

CZY MNIEJSZY MOŻE WIĘCEJ? KILKA REFLEKSJI WOKÓŁ EGZEKWOWANIA UNIJNYCH REGUŁ KONKURENCJI

ANNA PISZCZ¹

1. Wprowadzenie

Za jedną z miar wielkości pracownika naukowo-dydaktycznego szkoły wyższej uważam jego stosunek do „małych” czy też „mniejszych”. Mam tu na myśli nie tylko podejście do studentów, doktorantów czy niesamodzielnych pracowników naukowych, ale także – w przypadku reprezentantów nauk społecznych – stanowisko wobec małych („mniejszych”) przedsiębiorców zajmowane w pracach naukowych. Mocno mnie niepokoi fakt, że niegdyś tętniące życiem centra miast stają się siedzibą głównie licznych oddziałów banków, polscy drobni przedsiębiorcy upadają, a handel przemieszcza się do wielkich centrów („galerii”) handlowych, w których koszty najmu lokali są często zaporowe dla małych przedsiębiorców, w związku z czym konsument może tam kupować w zasadzie jedynie w tzw. „sieciówkach” głównie z kapitałem zagranicznym. Zagraniczne silne „sieciówki” królują też w branży spożywczej, wprowadzając w relacjach z polskimi dostawcami produktów różne nowości typu opłat półkowych itp. Organy administracji publicznej mają natomiast wspierać rozwój przedsiębiorczości, w szczególności mają wspierać mikroprzedsiębiorców oraz małych i średnich przedsiębiorców.² Cenne są więc te głosy w piśmiennictwie naukowym, które przypominają administracji i ustawodawcy o konieczności zróżnicowanego traktowania mniejszych i większych przedsiębiorców.

W wypowiedziach naukowych C. Kosikowskiego ma swoje odzwierciedlenie ten postulat szczególnego traktowania mniejszych przedsiębiorców, w tym również w zakresie reguł konkurencji. Szczególną uwagę należy zwrócić na pracę zbioro-

1 Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu w Białymstoku, p.o. Kierownika Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego, Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku.

2 Prawo unijne wyróżnia kategorie mikroprzedsiębiorstw, małych i średnich przedsiębiorstw (*SMEs, microenterprises, small and medium-sized enterprises*) – zob. zalecenie Komisji 2003/361/WE z dnia 6 maja 2003 r. dotyczące definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE L 124, 20.05.2003, s. 36). Z kolei prawo polskie wyróżnia kategorie mikro-, małych i średnich przedsiębiorców – zob. art. 103-110 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 584 z późn. zm.), dalej: u.s.d.g.

wą wieńczącą analizy i dyskusje zespołu³ realizującego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku (w latach 2008-2010) projekt badawczy własny pod kierownictwem C. Kosikowskiego pt. „Przedsiębiorczość na Podlasiu (problemy prawne i funkcjonowanie)”⁴ W pracy tej, której redaktorem naukowym i współautorem jest C. Kosikowski, napisał on:

„Polskie prawo ochrony konkurencji jest zgodne z prawem wspólnotowym i opiera się na uznanych w świecie standardach. (...) Jest na równi adresowane do wszystkich rodzajów przedsiębiorców. W tym jednak tkwi jego ułomność. Prawo ochrony konkurencji jednakowo dotyczy monopolistów, jak i mikroprzedsiębiorców oraz małych, średnich i dużych przedsiębiorców. To zaś przypomina sytuację obowiązywania tych samych reguł w tej samej dyscyplinie sportowej, lecz w odniesieniu do różnych uczestników, z których część stanowią oldboye, inną część seniorzy, a jeszcze inną juniorzy i młodzicy”⁵

a także:

„Na szczególne uwzględnienie zasługuje postulat stworzenia pewnych odrębnych reguł ochrony konkurencji między mikroprzedsiębiorcami oraz między małymi przedsiębiorcami. Te dwie grupy przedsiębiorców dominują w strukturze polskich przedsiębiorców. Tymczasem obowiązujące w Polsce prawo ochrony konkurencji jest skonstruowane raczej z myślą o poważnych przedsiębiorcach, których uwierają sztywne i normatywnie określone reguły konkurencji, a przez to stają się przedmiotem ich naruszania lub omijania”⁶

Nie wchodząc w szczegóły ówczesnych postulatów C. Kosikowskiego, w niniejszym opracowaniu chciałabym zwrócić uwagę na dwa rozwiązania powiązane ze wskazaną problematyką, ale w wymiarze europejskim, a nie krajowym – na jedno rozwiązanie w sferze egzekwowania publicznoprawnych reguł konkurencji Unii Europejskiej (UE) przez właściwe organy (tzw. *public enforcement*) oraz drugie – w sferze egzekwowania tychże reguł w drodze postępowania przed sądem (tzw. *private enforcement*).

2. Mały przedsiębiorca a reguły konkurencji UE

Z art. 4 i 5 rozporządzenia Komisji (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82

3 Cezary Kosikowski, Alicja Żukowska, Maciej Etel, Maciej Perkowski, Anna Piszcz, Rafał Dowgier, Leonard Etel, Wojciech Stachurski.

4 Nr N N110 272334.

5 C. Kosikowski, *Konkurencja przedsiębiorców na Podlasiu i jej ochrona prawna*, (w:) *Przedsiębiorczość na Podlasiu (problemy prawne i funkcjonowanie)*, red. C. Kosikowski, Białystok 2009, s. 170.

6 Tamże, s. 171.

Traktatu (dalej: rozporządzenie 1/2003)⁷ wynika, że w przypadku naruszenia reguł konkurencji UE określonych w art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) reguły te – zakaz porozumień przedsiębiorstw,⁸ decyzji związków przedsiębiorstw i praktyk uzgodnionych, ograniczających konkurencję (w tym karteli)⁹ oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej¹⁰ – są stosowane w indywidualnych sprawach bądź przez Komisję Europejską (dalej: Komisja), bądź przez krajowe organy ochrony konkurencji.¹¹ Obwieszczenie Komisji w sprawie współpracy wewnątrz Sieci Organów Ochrony Konkurencji¹² określa, w przypadku jakich spraw Komisja jest bardziej niż krajowy organ ochrony konkurencji właściwa do prowadzenia postępowania.

Podstawowe zasady postępowania przed Komisją określa rozporządzenie 1/2003. Wskazuje ono w szczególności kategorie decyzji Komisji, jej uprawnienia oraz rodzaje nakładanych przez nią kar pieniężnych. Z art. 23 ust. 2 lit. a rozporządzenia 1/2003 wynika, że Komisja może, w drodze decyzji, nałożyć kary¹³ na przedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw, jeżeli umyślnie lub w wyniku zaniedbania naruszają one art. 101 lub 102 TFUE, przy czym dla każdego przedsiębiorstwa lub związku przedsiębiorstw biorących udział w naruszeniu kara nie może przekraczać 10% całkowitego obrotu uzyskanego w poprzedzającym roku obrotowym. Szczegółowe zasady wymiaru kary Komisja określiła w Wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a rozporządzenia 1/2003 (z zastosowaniem dla Europejskiego Obszaru Gospodarczego).¹⁴ Ponadto Obwieszczenie Komisji w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych¹⁵ (dalej: Obwieszczenie o zwalnianiu z grzywien) pozwala przedsiębiorstwom uzyskać zwolnienie z kary bądź jej redukcję w sprawach kartelowych w zamian za współpracę z Komisją.

Z przepisów tych nie wynika, że Komisja w jakiś szczególny sposób traktuje małych przedsiębiorców w tego rodzaju postępowaniach, w tym ustalając wysokość nakładanych kar. W zachodniej literaturze¹⁶ podniesiono jednak, że Obwiesz-

7 Dz. Urz. WE L 1, 04.01.2003, s. 1.

8 W polskim języku prawnym i prawniczym powiedzielibyśmy „przedsiębiorców”.

9 Art. 101 ust. 1 TFUE.

10 Art. 102 TFUE.

11 Do dnia 30 listopada 2009 r. rozporządzenie dotyczyło art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE), zaś od dnia 1 grudnia 2009 r. Traktat ten zwany jest Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a numeracja artykułów zmieniła się w ten sposób, że odpowiednikami art. 81 i 82 TWE są art. 101 i 102 TFUE.

12 Dz. Urz. WE C 101, 27.04.2004, s. 43.

13 Ang. *fines*, w polskiej oficjalnej wersji językowej rozporządzenia 1/2003 „grzywny”.

14 Dz. Urz. UE C 210, 01.09.2006, s. 2.

15 Dz. Urz. UE C 298, 08.12.2006, s. 17.

16 I.S. Forrester, *Searching Beneath the Cherry Tree in the Garden: European Thoughts on How to Enhance the Task of Uncovering and Thereby Detering Cartels*, (w:) *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, red. C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu, Oxford-Portland 2007, s. 178-179.

czenie o zwalnianiu z grzywien zwiększa motywację większych przedsiębiorstw do współpracy z Komisją, a zmniejsza ją w przypadku mniejszych przedsiębiorstw. Zdaniem I.S. Forrestera często mniejsze przedsiębiorstwa bez złych zamiarów uczestniczą w spotkaniach branżowych z udziałem liderów, którzy na marginesie rozmów na bezpieczne tematy dokonują zakazanych ustaleń. Dobre intencje mniejszych przedsiębiorstw mogą nie wystarczać, by uchronić je od zarzutu uczestnictwa w kartelu. Przedsiębiorstwa te nie są jednak zbyt chętne do dobrowolnej współpracy z Komisją, gdyż mają więcej do stracenia w przypadku wykrycia kartelu niż ich więksi rywale, przede wszystkim w kontekście finansowym. Kara nałożona na mniejsze przedsiębiorstwo bywa relatywnie surowsza. W 2004 r. Rzecznik Generalny A. Tizzano zwrócił uwagę, że poczynawszy od 1998 r. polityka karania Komisji stawała się bardziej rygorystyczna, a podwyższenie poziomu kar (w szczególności za poważniejsze naruszenia) mogło przede wszystkim uderzyć w małe i średnie przedsiębiorstwa.¹⁷ Poza tym mniej prawdopodobne jest, że mniejsze przedsiębiorstwo uzyska zwolnienie z kary bądź jej redukcję. W praktyce albo będzie ono liczyło na to, że większy uczestnik kartelu nie podejmie współpracy z organem ochrony konkurencji, albo samo będzie musiało raportować organowi, w czym współuczestniczy. Żadna z tych opcji nie wydaje się szczególnie kusząca. Reasumując ten wywód, I.S. Forrester stwierdza, że Komisja powinna zrewidować swoją politykę karania wobec mniejszych przedsiębiorstw tak, by nie były one karane nadmiernie za te same przewinienia albo przewinienia mniejsze niż te, które można przypisać liderom zakazanych praktyk.¹⁸

Mały przedsiębiorca, uczestnicząc w kartelu wespół z większymi od siebie, może boleśniej odczuć skutki wykrycia kartelu. A jak wygląda sytuacja małych przedsiębiorców, gdy tylko oni są stronami porozumienia naruszającego art. 101 TFUE? W punkcie 19 nieobowiązującego już Obwieszczenia Komisji z 1997 r. w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie podlegają art. 85 ust. 1 TWE,¹⁹ Komisja wskazała, że porozumienia pomiędzy małymi i średnimi przedsiębiorstwami rzadko są w stanie znacząco oddziaływać na handel między państwami członkowskimi oraz na konkurencję na wspólnym rynku i, w konsekwencji, zasadniczo nie podlegają traktatowemu zakazowi. Nawet gdyby jednak, wyjątkowo, spełniły warunki zastosowania tego zakazu, Komisja nie dokona wszczęcia postępowania ani na wniosek, ani z urzędu. Nie zmieniało to faktu, że przedsiębiorstwa takie mogły być pociągnięte do odpowiedzialności przez właściwe organy krajowe za naruszenie krajowego prawa ochrony konkurencji.

17 Pkt 131 opinii z dnia 8 lipca 2004 r. w połączonych sprawach C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-206/02 P, C-207/02 P, C-208/02 P, C-213/02 P, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62002CC0189&lang1=en&type=TXT&ancre=> (dostęp 18.08.2015).

18 I.S. Forrester, *op. cit.*, s. 179.

19 Dz. Urz. WE C 372, 09.12.1997, s. 13.

Obwieszczenie to zostało zastąpione Obwieszczeniem Komisji z 2001 r. w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (*de minimis*).²⁰ W jego punkcie 3 stwierdzono, że nie określa ono tego, co nie stanowi odczuwalnego skutku dla handlu między państwami członkowskimi. Dodano natomiast: „Przyjmuje się jednak, że porozumienia między małymi i średnimi przedsiębiorstwami (...), rzadko są w stanie wpłynąć odczuwalnie na handel między Państwami Członkowskimi”.

Wątek ten podjęty został ponownie w Zawiadomieniu Komisji z 2004 r. – Wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel zawartego w art. 81 i 82 Traktatu²¹ (dalej: Wytyczne o wpływie na handel). W jego punkcie 50 wskazano, kiedy normalnie nie jest możliwy odczuwalny wpływ na handel między państwami członkowskimi. Odesłano w nim do Obwieszczenia z 2001 r. i twierdzenia, że porozumienia między małymi i średnimi przedsiębiorstwami (MŚP) normalnie nie są w stanie wpłynąć odczuwalnie na handel między państwami członkowskimi. Zdaniem Komisji powodem takiego domniemania jest fakt, że działalność MŚP jest zwykle lokalna bądź co najwyżej regionalna. MŚP mogą jednak podlegać prawu unijnemu, w szczególności gdy angażują się w transgraniczną działalność gospodarczą.

W Komunikacie Komisji z 2014 r. – Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*),²² powyższa kwestia została sprowadzona już wyłącznie do przypisu do punktu 4, w którym stwierdzono: „Należy zauważyć, że porozumienia między małymi i średnimi przedsiębiorstwami (MŚP), zgodnie z definicją zawartą w zaleceniu Komisji z dnia 6 maja 2003 r. w sprawie definicji mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw lub jakimkolwiek przyszłym zaleceniu zastępującym to zalecenie (Dz.U. L 124 z 20.5.2003, s. 36), zazwyczaj również nie są w stanie wpływać na wymianę handlową między państwami członkowskimi”, po czym odesłano do pkt 50 Wytycznych o wpływie na handel.

Jak więc widać, na przestrzeni lat narracja Komisji wokół zastosowania zakazu z art. 101 TFUE²³ do porozumień MŚP ulegała przeobrażeniom – od deklaracji, że Komisja nie będzie wszczynać w sprawach takich porozumień postępowania (bo nie są one w stanie oddziaływać odczuwalnie na handel między państwami członkowskimi ani na konkurencję na wspólnym rynku) po **ostrożne wskazanie, że zazwyczaj porozumienia takie nie są w stanie wpływać na handel między pań-**

20 Dz. Urz. UE C 368, 22.12.2001, s. 13.

21 Dz. Urz. UE C 101, 27.04.2004, s. 81.

22 Dz. Urz. UE C 291, 30.08.2014, s. 1.

23 Wcześniej art. 81 TWE (jeszcze wcześniej art. 85 TWE).

stwami członkowskimi, chyba że przedsiębiorstwa te angażują się w transgraniczną działalność gospodarczą i ich porozumienie spełnia kryterium wpływu na handel.²⁴ Komisja stopniowo wycofywała się ze swej deklaracji z 1997 r.

A jak wygląda sytuacja porozumień przedsiębiorstw sektora MŚP w świetle krajowego prawa ochrony konkurencji? Polskie prawo ochrony konkurencji nie wprowadza żadnego rozwiązania, z którego wynikałoby, że porozumienia MŚP nie ograniczają konkurencji. I słusznie. Zdarza się, że na danym rynku lokalnym mikroprzedsiębiorcy w rozumieniu przepisów u.s.d.g. zawierają porozumienia horyzontalne, które eliminują konkurencję pomiędzy nimi (np. na rynku przewozów taksówkami). Zasadnie zatem w ślad za rozwiązaniami unijnymi w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów²⁵ wprowadzono regułę *de minimis* (art. 7), ale odnoszącą się do udziałów uczestników porozumienia w rynku właściwym. Tworzenie jakichkolwiek bezwzględnych wyłączeń spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję przez wzgląd na sam status uczestnika porozumienia jako mikro-, małego czy średniego przedsiębiorcy byłoby nieracjonalne i szkodliwe dla konkurencji, czy to na rynku lokalnym, czy też na rynku o szerszym zasięgu. Zdaje się, że zmiana narracji w miękkim prawie (*soft law*) ochrony konkurencji UE odnośnie do MŚP potwierdza, że i Komisja doszła do przekonania, że w sferze publicznego prawa konkurencji małemu nie może być wolno zbyt dużo.

3. Mały przedsiębiorca a egzekwowanie reguł konkurencji UE przed sądem

Naruszenie reguł konkurencji UE nie tylko powoduje interwencję właściwych organów podejmowaną w interesie publicznym, ale również skutkuje tym, że podmioty dotknięte naruszeniem mogą dochodzić ochrony swych praw przed sądami krajowymi. Warunki dochodzenia tej ochrony są zróżnicowane w poszczególnych państwach członkowskich, stąd też zidentyfikowano potrzebę ich pewnego zharmonizowania. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości²⁶ stanowiło impuls do działań Komisji, która zajęła się jednak jedynie wycinkiem problematyki egzekwowania reguł konkurencji UE przed sądem, a mianowicie tylko dochodzeniem naprawienia szkody wyrządzonej naruszeniem tych reguł.²⁷ Prace te znalazły finał w inicjatywie ustawodawczej Komisji z 11 czerwca 2013 r. Komisja wystąpi-

24 Szerzej o tym kryterium zob. M. Minkiewicz, *Pojęcie wpływu na handel i reguła konwergencji w praktyce stosowania prawa UE przez polskie sądy i Prezesa UOKiK*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2014, nr 3(3), s. 8 i nast.

25 Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 184).

26 W szczególności wyroki wydane w sprawach C-453/99 *Courage/Crehan* (ECR 2001, I-06297) oraz C-295-298/04 *Manfredi et al.* (ECR 2006, I-06619).

27 Zob. Zieloną Księgę Komisji WE „Roszczenia o odszkodowanie za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i nadużywanie pozycji dominującej” z dnia 19 grudnia 2005 r., COM(2005) 672 wersja ostateczna, {SEC(2005) 1732} oraz Białą Księgę Komisji WE w sprawie roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naru-

ła o uregulowanie wspomnianej problematyki w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady. Projekt dyrektywy objęto tzw. pakietem dokumentów dotyczących powództw o odszkodowania z tytułu naruszenia unijnych reguł konkurencji oraz zbiorowego dochodzenia roszczeń.²⁸

Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego²⁹ (dalej: dyrektywa), przyjęto 26 listopada 2014 r. Państwa członkowskie najpóźniej do 27 grudnia 2016 r. mają wprowadzić w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne konieczne do jej wykonania. W dyrektywie pojawia się wątek dotyczący małych i średnich przedsiębiorstw, ale jako podmiotów naruszających reguły konkurencji UE (a nie poszkodowanych naruszeniem) i ponoszących z tego tytułu solidarną odpowiedzialność odszkodowawczą.

Art. 11 ust. 1 dyrektywy zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia, by przedsiębiorstwa, które naruszyły prawo konkurencji w wyniku wspólnych działań, były solidarnie odpowiedzialne za szkodę wynikającą z naruszenia prawa konkurencji; z takim skutkiem, że każde z tych przedsiębiorstw ma obowiązek w pełni wyrównać szkodę, a poszkodowany, dopóki nie otrzyma pełnego odszkodowania, ma prawo żądać pełnego odszkodowania od dowolnego z nich. Wyjątek od tego obowiązku państw członkowskich przewidziano w ust. 2, zgodnie z którym „w drodze odstępstwa od ust. 1 państwa członkowskie zapewniają, by – bez uszczerbku dla prawa do pełnego odszkodowania, ustanowionego w art. 3 dyrektywy – jeżeli sprawcą naruszenia jest małe lub średnie przedsiębiorstwo (MŚP), w rozumieniu definicji z zalecenia Komisji 2003/361/WE, ponosiło ono odpowiedzialność wyłącznie wobec własnych nabywców bezpośrednich i pośrednich (...)”. W świetle art. 11 ust. 2 konieczne jest jednak kumulatywne spełnienie przez takie przedsiębiorstwo dwóch następujących przesłanek:

- 1) w dowolnym momencie w okresie naruszenia prawa konkurencji udział tego przedsiębiorstwa we właściwym rynku wynosił poniżej 5% (**retrospektywna przesłanka ilościowa**); oraz

szenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji z 2 kwietnia 2008 r., COM(2008) 165 wersja ostateczna, {SEC(2008) 404 SEC (2008) 405 SEC (2008) 406}.

28 Szerzej o działaniach Komisji przed wystąpieniem w inicjatywą ustawodawczą zob. A. Piszcz, *Still-unpopular Sanctions: The Private Antitrust Enforcement Developments in Poland after the 2008 White Paper*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2012, nr 5(7), s. 56–61. O „pakiecie” zob. A. Piszcz, „Pakiet” Komisji Europejskiej dotyczący powództw o odszkodowania z tytułu naruszenia unijnych reguł konkurencji oraz zbiorowego dochodzenia roszczeń, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 5(2), s. 52 i nast. O Dyrektywie zob. I.B. Nestoruk, *Projekt dyrektywy harmonizującej krajowe przepisy służące dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia unijnego prawa konkurencji*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2014, z. 1, s. 181 i nast.; A. Piszcz, *Dyrektywa odszkodowawcza 2014/104/UE – przegląd niektórych rozwiązań*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2015, nr 4(4), s. 75 i nast.

29 Dz. Urz. UE L 349, 05.12.2014, s. 1.

- 2) zastosowanie zwykłych zasad odpowiedzialności solidarnej nieodwracalnie zagroziłoby jego efektywności ekonomicznej i skutkowałoby całkowitą utratą wartości jego aktywów (**prospektywna przesłanka jakościowa**).

Kolejne dwie **przesłanki retrospektywne (negatywne)** wynikają z art. 11 ust. 3 dyrektywy. Ażeby małe bądź średnie przedsiębiorstwo mogło skorzystać z omawianego wyjątku, nie jest dopuszczalne, by:

- 1) kierowało naruszeniem prawa konkurencji lub nakłoniło inne przedsiębiorstwa na udział w tym naruszeniu;³⁰ lub
- 2) zostało uprzednio uznane za sprawcę naruszenia prawa konkurencji.

A zatem mimo że zasadą ma być solidarna odpowiedzialność sprawców naruszenia wobec poszkodowanych w przypadku spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 i negatywnych przesłanek z art. 11 ust. 3 dyrektywy, małe bądź średnie przedsiębiorstwo nie będzie ponosiło odpowiedzialności solidarnie z pozostałymi sprawcami naruszenia wobec ich nabywców bezpośrednich i pośrednich. Pozostali sprawcy, niemający tego statusu, ponoszą natomiast solidarną odpowiedzialność wobec wszystkich nabywców bezpośrednich i pośrednich (z zastrzeżeniem przepisu art. 11 ust. 4 dyrektywy). W założeniu więc postanowienie to, będące swego rodzaju regułą *de minimis*, ma polepszać sytuację małych i średnich przedsiębiorstw, które pozwano o naprawienie szkody, w porównaniu z pozostałymi przedsiębiorstwami.

Podkreślenia wymaga, że postanowienie to zostało dopisane do dyrektywy niemal w ostatniej chwili. Nie było go ani w projekcie dyrektywy z czerwca 2013 r. autorstwa Komisji, ani w wersji projektu z listopada 2013 r. powstałej w rezultacie prac w Radzie. Być może pośpiech w projektowaniu postanowienia jest jedną z przyczyn powodujących, że o ile większość postanowień dyrektywy jest krótko komentowana w preambule, to o art. 11 ust. 2 brak jakiegokolwiek wzmianki w tej części dyrektywy. Można też zgłosić do tych postanowień pewne zastrzeżenia.

Po pierwsze, analizowana regulacja prawna wydaje się być **bezprecedensową kombinacją prawa prywatnego i prawa publicznego**.³¹ Ingerencja ustawodawcy unijnego w krajowe prawo prywatne dokonywana ze względów polityki unijnej wymaga szczególnej ostrożności i solidnego uzasadnienia. Można natomiast mieć wątpliwości, czy w przypadku postanowień art. 11 ust. 2 i 3 dyrektywy istnieje uzasadnienie choćby porównywalne do tego, jakie leży u podstaw ograniczenia solidarności odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotów zwolnionych z kary w ramach tzw. programu *leniency*.

30 W prawidłowej polskiej oficjalnej wersji językowej powinno być: „lub nakłoniło inne przedsiębiorstwa **do udziału** w tym naruszeniu”.

31 Zob. też A. Piszcz, (w:) S.O. Pais, A. Piszcz, *Package on Actions for Damages Based on Breaches of EU Competition Rules: Can One Size Fit All?*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2014, nr 7(10), s. 227.

Mikroprzedsiębiorstwa oraz małe i średnie przedsiębiorstwa odgrywają istotną rolę w gospodarkach państw członkowskich, zatem instytucje Unii Europejskiej powinny je wspierać. Czy ograniczenie u części takich przedsiębiorstw, które są odpowiedzialne za szkodę wyrządzoną naruszeniem reguł konkurencji, przymiotu solidarności ich odpowiedzialności cywilnej po to, by chronić je przed niewypłacalnością i ich wyeliminowaniem z rynku, jest właściwym mechanizmem ich wsparcia? Faktem jest, że część z nich nie ma wystarczającej wiedzy ani „zapleczka” prawniczego (odmiennie niż duzi przedsiębiorcy z „głębokimi kieszeniami”), by uniknąć nieświadomego naruszenia zakazów prawa konkurencji. Czy jednak rozwiązanie z art. 11 ust. 2 i 3 dyrektywy stanowi odpowiedni sposób zaradzenia temu problemowi, skoro uderza w inną grupę podmiotów, mianowicie w poszkodowanych naruszeniem reguł konkurencji (w tym być może inne małe przedsiębiorstwa czy konsumentów), którym może być trudniej uzyskać naprawienie szkody?³² Można żywić wątpliwości, czy w tym przypadku właściwie wyważono interes publiczny oraz interesy prywatne. Nasuwa się przypuszczenie, że unijnemu ustawodawcy dogodniej było ograniczyć prawa prywatnych podmiotów niż polepszyć sytuację małych i średnich przedsiębiorstw w zakresie ich odpowiedzialności publicznoprawnej, np. w zakresie ich karania przez Komisję. Z drugiej strony, w zachodniej literaturze wyrażono pogląd, że ograniczenie solidarności odpowiedzialności z art. 11 ust. 2 dyrektywy powinno być rozszerzone na większe przedsiębiorstwa i mieć zastosowanie również do nich, gdyby poniesienie przez nie odpowiedzialności mogło prowadzić do ich eliminacji jako efektywnych konkurentów albo do niewypłacalności.³³

Po drugie, czy rzeczywiście czas już zacząć się martwić, że art. 11 ust. 2 dyrektywy powoduje, iż małym wolno będzie zbyt dużo? Analiza prospektywnej przesłanki jakościowej prowadzi do wniosku, że w praktyce małym i średnim przedsiębiorstwom bardzo trudno będzie ją spełnić. Pozwane małe bądź średnie przedsiębiorstwo, by uwolnić się od odpowiedzialności, musiałoby wykazać, że jej poniesienie na zasadach ogólnych byłoby powiązane z nieodwracalnym (czyli jakim?) **zagrożeniem jego efektywności ekonomicznej** (jak rozumianej?) oraz całkowitą (!) **utrata wartości jego aktywów** (wszystkich?). Na pierwszy rzut oka **udowodnienie takich przyszłych okoliczności i związku poniesienia odpowiedzialności na zasadach ogólnych z tymi okolicznościami (jego skutkami) wydaje się bardzo trudne**, jeśli nie niemożliwe. Jak sądy krajowe powinny interpreto-

32 Z kolei art. 11 ust. 4 dyrektywy przewiduje ograniczenie solidarności odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotów zwolnionych z kary w ramach tzw. programu *leniency*; podobne wątpliwości co do zasadności tego ograniczenia wyraziła C. Kersting. Zob. C. Kersting, *Removing the Tension Between Public and Private Enforcement: Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2014, nr 5, s. 4.

33 C.H. Bovis, C.M. Clarke, *Private Enforcement of EU Competition Law*, „Liverpool Law Review” 2015, nr 36, s. 68.

wać wyrażenia użyte w art. 11 ust. 2 lit. b dyrektywy? Można odnieść wrażenie, że unijny ustawodawca, chcąc móc obwieścić, że zadbał o będące z natury w gorszym położeniu małe i średnie przedsiębiorstwa, *de facto* ustanowił niemal „zaporowe” przesłanki skorzystania przez nie z wprowadzonego udogodnienia.

Po trzecie, implementacji i interpretacji postanowień art. 11 ust. 2 i 3 dyrektywy nie ułatwiają też **rozbieżności w wersjach językowych dyrektywy**. W polskiej wersji dyrektywy w art. 11 ust. 3 lit. a mowa jest o nakłanianiu innych przedsiębiorstw, podczas gdy wersja angielska posługuje się sformułowaniem *has coerced other undertakings*, co oznacza przymuszanie czy zmuszanie innych przedsiębiorstw do udziału w naruszeniu.

Wreszcie, skoro zalecenie Komisji 2003/361/WE definiuje mikroprzedsiębiorstwo oraz małe i średnie przedsiębiorstwo, nie jest zrozumiałe, dlaczego **zakres podmiotowy art. 11 ust. 2 (zarówno w polskiej, jak i angielskiej wersji językowej dyrektywy) pomija mikroprzedsiębiorstwa**. Zdaje się być to oczywistym przeoczeniem unijnego ustawodawcy. Niestety, nie ułatwia to transpozycji postanowień dyrektywy przez państwa członkowskie, które tym chętniej będą ograniczać się do metody „kopiuj i wklej”. Generalnie implementacja art. 11 ust. 2 i 3 dyrektywy do prawa polskiego nie wydaje się łatwa, zwłaszcza że prawo polskie nie zna podobnych ograniczeń odpowiedzialności odszkodowawczej.

4. Uwagi końcowe

Niniejsze opracowanie jest ilustracją traktowania przedsiębiorstw sektora MŚP przez unijne prawo ochrony konkurencji, próbą szerszego spojrzenia na ich sytuację w przypadku naruszenia reguł konkurencji UE. Powyższe rozważania wyraźnie prowadzą do wniosku, że w obecnym stanie prawnym w zakresie egzekwowania reguł konkurencji UE szeroko rozumiane małe przedsiębiorstwa (mikroprzedsiębiorstwa oraz małe i średnie przedsiębiorstwa) nie spotykają się z jakimś wyjątkowym, preferencyjnym traktowaniem przez unijne instytucje (w sferze stosowania czy stanowienia prawa). Co do zasady, unijne regulacje stawiają mniejsze przedsiębiorstwa w jednym rzędzie z pozostałymi przedsiębiorstwami.

Jeśli zwrócimy się ku historii podejścia Komisji do mniejszych przedsiębiorstw, zauważymy, że początkowo w sposób wiążący dla siebie samej deklarowała ona w prawie miękkim, iż w przypadku porozumień pomiędzy przedsiębiorstwami z sektora MŚP nie będzie ona wszczynać postępowań, zwłaszcza że porozumienia takie w zasadzie nie są w stanie wpływać odczuwalnie na handel między państwami członkowskimi. Z biegiem czasu nastąpiła zmiana w nastawieniu do sektora MŚP (z perspektywy publicznego prawa ochrony konkurencji) i Komisja nie powtórzyła tak daleko idących deklaracji w nowszych dokumentach.

Jakościowo różny jest nowy, kontrowersyjny „przywilej” MŚP w sferze prywatnego egzekwowania reguł konkurencji UE wynikający z dyrektywy 2014/104/UE (który ma być implementowany do prawa krajowego przez państwa członkowskie), tj. ograniczenie solidarności ich odpowiedzialności odszkodowawczej. Skorzystanie z niego będzie wymagało spełnienia szeregu przesłanek, jednak sposób ich sformułowania powoduje, że trudno liczyć na to, iż MŚP istotnie będą w stanie z tego przywileju korzystać. Jeśli w 1997 r. małemu istotnie wolno było – bezkarnie – więcej (i Komisja nie wszczęłaby przeciwko niemu postępowania), to obecnie nie jest to już tak jednoznaczne. W tym miejscu, wracając do wstępnych refleksji, popieram postulat wprowadzania rozwiązań odrębnych, „względniejszych” dla przedsiębiorstw sektora MŚP. Nie mogą to jednak być przywileje pozorne. Przesłanki korzystania z nich, choć powinny być formułowane z ostrożnością zapobiegającą późniejszemu nadużywaniu przywileju w sposób nieoczekiwany przez projektodawcę, należy ujmować w sposób, który nie utrudnia nadmiernie ich wykładni. Z drugiej strony uważam, że wsparcie mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw powinno przejawiać się raczej w specjalnie sformułowanych przepisach prawa publicznego, a nie w przepisach prawa prywatnego kosztem prawnie chronionych prywatnych interesów i uprawnień podmiotów dotkniętych naruszeniem reguł konkurencji UE.