

Uniwersytet w Białymstoku

Wydział Prawa



Krzysztof Borzół

## **Wpływ umów wertykalnych na zjawisko konkurencji**

*Promotor rozprawy doktorskiej:*

Prof. dr hab. Agnieszka Malarewicz-Jakubów

*Promotor pomocniczy rozprawy doktorskiej:*

Dr Renata Tanajewska



## Spis treści

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Wstęp .....</b>   | <b>5</b>  |
| <b>Rozdział 1 Definicje i przesłanki stosowania przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów .....</b>                         | <b>12</b> |
| 1.1. Definicja przedsiębiorcy według przepisów unijnych i ustawowych.....  | 12        |
| 1.1.1. Rodzaje przedsiębiorców w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów .....                                    | 18        |
| 1.1.2. Podmioty niewykonyjące działalności gospodarczej objęte przepisami ustawy o ochronie konkurencji jak przedsiębiorcy ..... | 19        |
| 1.2. Interes publiczny stosowania przepisów o ochronie konkurencji .....   | 21        |
| 1.2.1. Działania skierowane do szerokiej grupy przedsiębiorców .....   | 23        |
| 1.2.2. Działania skierowane do wąskiej grupy przedsiębiorców .....   | 23        |
| 1.3. Pojęcie rynku .....   | 25        |
| 1.3.1. Pojęcie rynku właściwego i jego funkcja .....   | 25        |
| 1.3.2. Rynek produktowy .....  | 29        |
| 1.3.3. Rynek geograficzny.....   | 32        |
| <b>Rozdział 2 Porozumienie – definicja i zakres .....</b>  | <b>36</b> |
| 2.1. Definicja porozumienia na gruncie prawa konkurencji.....  | 36        |
| 2.1.1. Porozumienia antykonkurencyjne .....  | 38        |
| 2.1.2. Porozumienie prokonkurencyjne .....   | 51        |
| 2.2. Rodzaje porozumień .....  | 61        |
| 2.2.1. Porozumienia cenowe.....  | 61        |
| 2.2.2. Dozwolone rekomendacje cenowe .....   | 66        |
| 2.2.3. Porozumienia kontyngentowe .....  | 73        |
| 2.2.4. Porozumienie dyskryminacyjne .....  | 75        |
| 2.2.5. Porozumienia dotyczące przetargów .....   | 77        |

|   |            |
|---|------------|
| 2.2.6. Porozumienia <i>de minimis</i> .....   | 82         |
| 2.2.7. Wyłączenie grupowe .....   | 83         |
| 2.2.8. Wyłączenie indywidualne .....  | 91         |
| Podsumowanie.....   | 96         |
| <b>Rozdział 3 Niezbędne ograniczenia konkurencji na gruncie prawa wspólnotowego<br/>(<i>ancillary restraints</i>) UE i w Stanach Zjednoczonych.....</b> | <b>99</b>  |
| 3.1. Instytucja niezbędnych ograniczeń konkurencji.....   | 99         |
| 3.1.1. Wpływ ustawy Shermana na powstanie niezbędnych ograniczeń<br>konkurencji w USA .....   | 105        |
| 3.1.2. Doktryna Komisji Europejskiej i orzecznictwo Trybunału do <i>ancillary<br/>restraints</i> .....  | 112        |
| 3.2. Działalność UOKiK w świetle niezbędnych ograniczeń.....  | 125        |
| Podsumowanie.....   | 132        |
| <b>Rozdział 4 Wpływ dozwolonych porozumień wertykalnych na rozwój rynku<br/>i konkurencji.....</b>  | <b>134</b> |
| 4.1. Dystrybucja wyłączna.....  | 134        |
| 4.2. Dystrybucja selektywna.....  | 142        |
| 4.3. Umowy franchisingowe.....  | 148        |
| Podsumowanie.....   | 151        |
| <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>   | <b>158</b> |
| I. Literatura.....  | 158        |
| II. Publicystyka.....   | 162        |
| III. Orzecznictwo.....  | 166        |
| IV. Decyzje organów.....  | 169        |
| V. Akty prawne .....  | 171        |
| <b>Wykaz skrótów .....</b>  | <b>174</b> |
| <b>Spis tabel i wykresów .....</b>  | <b>176</b> |

## Wstęp

Warunkiem koniecznym do uzyskania sprawnego systemu, niezależnie od jego jakości czy funkcjonalności, jest posiadanie właściwej organizacji oraz instrumentów zarządzania. Gospodarkę cechuje sprzężenie instytucji finansowych, prawnych, społecznych, w ramach których funkcjonują poszczególne podmioty rynkowe, zmuszone do określonego działania w sposób trwały, celowy i powtarzalny. Patrząc na gospodarkę z tej perspektywy, można zauważyć, że niezależnie od poziomu rozwoju ekonomicznego jest ona ukierunkowana na osiągnięcie jak największej efektywności. Nie powinno być to natomiast rozumiane jako coś negatywnego i destrukcyjnego.

Działania podmiotów rynkowych, ukierunkowane na pozyskanie potencjalnych korzyści i rzadkich zasobów, zawsze będą podyktowane ich partykularnymi interesami. Przekłada się to na zrodzenie konkurencyjności, czyli „zdolności prowadzenia działań dążących do osiągnięcia takich samych lub zbliżonych celów, o które w tym samym czasie i w takim samym otoczeniu zabiegają inne podmioty gospodarcze. Konkurencyjność można zdefiniować jako umiejętność planowania, kreowania i sprzedawania produktu bardziej atrakcyjnego od produktów konkurencji”<sup>1</sup>. Z jednej strony konkurencyjność odpowiada więc za lepsze rezultaty i poprawę efektywności, a z drugiej – generuje rywalizację oraz konflikty.

Obecnie płaszczyzna rozstrzygnięcia takich sporów przeniosła się ze strefy militarnej do strefy ekonomicznej. Gary Hamel i Coimbatore Krishnarao Prahalad, pisząc o przygotowaniu przewagi konkurencyjnej, przy opisywaniu mechanizmów rynkowych celowo używają języka „militarnego”<sup>2</sup>. Najefektywniejszym sposobem rozstrzygnięcia konfliktów jest natomiast gospodarka, która dąży do wykluczenia lub zmarginalizowania najsłabszego ogniwa. To gospodarka doprowadza do rywalizacji podmiotów działających w środowisku rynkowym. Samą rywalizację można natomiast odnaleźć na wielu płaszczyznach, zarówno wewnątrz przedsiębiorstwa (między

---

<sup>1</sup> K. Kieljan, J. Lelito, <https://mfiles.pl/pl/index.php/Konkurencyjno%C5%9B%C4%87>, data odczytu 05.03.2015 r.

<sup>2</sup> Por.: G. Hamel, C.K. Prahalad, *Przewaga konkurencyjna jutra: strategie przejmowania kontroli nad branżą i tworzenie rynków przyszłości*, Business Press, Warszawa 1999.

pracownikami), jak i na zewnątrz (między przedsiębiorcami). Zjawisko to nie powinno być oceniane negatywnie – na przykład w kulturze japońskiej miarą efektywnej współpracy jest silna rywalizacja<sup>3</sup>.

W działalności gospodarczej rywalizacja rzadko odbywa się w systemie zero-jedynkowym<sup>4</sup>. Przykładowo, uczestnicy sieci sprzedaży danego produktu odnoszą wspólne korzyści. Wymuszenie na dostawcach niskich cen prowadzi do osłabienia ich kondycji ekonomicznej i może skutkować mniejszą rentownością, a w ostateczności – upadłością bądź likwidacją, pozostawiając przedsiębiorców korzystających z usług tych dostawców bez źródeł zaopatrzenia. Również wojny cenowe między konkurentami w dalszym horyzoncie czasowym mogą zmniejszać zyski w przypadku, gdy uczestnicy rywalizacji doprowadzają do zachowań skrajnych, jak wykorzystanie pozycji dominującej czy praktyki monopolistyczne.

Przy takiej złożoności zachowań podmiotów rynkowych niełatwo znaleźć rozwiązanie, które doprowadziłoby do wyeliminowania wszelkich nieprawidłowości w zakresie konkurencji. Niemniej jednak powstaje potrzeba regulacji i zdefiniowania działań podmiotów rynkowych. Kwestia ta stanowi obecnie jedno z największych wyzwań nauk społecznych (w szczególności ekonomicznych i prawnych), gdzie trudno jest zastosować optymalne metody analizy, które nie będą ograniczały poznania zachowań przedsiębiorców i sprowadzały się jedynie do danych liczbowych. Przy obecnej globalizacji i współistnieniu rynków krajowych, działających jak naczynia połączone, międzynarodowe konsorcja mają możliwość wpływania na decyzje polityczne i stanowienie prawa. Próba uregulowania konkurencyjności, choćby na jednym z rynków, może w konsekwencji spowodować efekt kuli śniegowej<sup>5</sup>. W tym kontekście rodzi się pytanie o wpływ grup interesów i organizacji międzynarodowych na oddziaływanie bądź egzekwowanie wprowadzonych instrumentów gospodarczych. Należy zwrócić uwagę, że jako alternatywę dla takich działań grupy państw stosują łączenie swoich sił w celu wyeliminowania zagrożeń i osiągnięcia partykularnego

---

<sup>3</sup> Por.: D. Socik Przedsiębiorstwa japońskie i ich konkurencyjność,

<http://www.exporter.pl/zarzadzanie/management/japkonkurencja.html>, data odczytu 05.06.2015 r.

<sup>4</sup> Według teorii „klastrow” lub inaczej „gron” według Michaela Portera firmy konkurują ze sobą, jednocześnie współpracując w tych samych obszarach, gdzie możliwa jest synergia przedsiębiorstw. Efektem synergii jest m.in. dyfuzja *know-how*, rotacja kadr, przyciąganie nowych przedsiębiorstw, zwiększenie produktywności wewnątrz grona, otwartość na innowacje. M. Baran, Wpływ grona na konkurencyjność przedsiębiorstw, s. 40, [http://mikroekonomia.net/system/publication\\_files/692/original/3.pdf?1315212203](http://mikroekonomia.net/system/publication_files/692/original/3.pdf?1315212203), data odczytu 07.06.2015 r.

<sup>5</sup> A. Zielińska-Głębocka, Współczesna gospodarka światowa. Przemiany, innowacje, kryzysy, rozwiązania regionalne, Oficyna Wolters Kluwer Biznes, Warszawa 2012, s. 151.

celu<sup>6</sup>. Takie zachowanie nie różni się zatem od antykonkurencyjnych porozumień między przedsiębiorcami. Należy przy tym zauważyć, że dodatkowo transakcje sprzedaży konsumenckiej oraz warunki, w jakich one przebiegają, są w dużej mierze determinowane przez konsumentów i ich potrzeby<sup>7</sup>. Konsument nie dokonuje wyborów w związku z analizą przewagi konkurencyjnej, a jest zainteresowany walorem ekonomicznym (ceną), przydatnością produktów i ich jakością. W ten sposób to konsument, wybierając towary najbardziej mu odpowiadające, *de facto* decyduje o przewadze konkurencyjnej w sektorze.

W celu osiągnięcia przewagi nad konkurencją przedsiębiorstwo powinno przeprowadzić analizę rynku, która zgodnie z systemem przyjętym przez Michaela Portera obejmuje pięć stref, takich jak: wejście na rynek nowych konkurentów, siła przetargowa dostawców, siła przetargowa odbiorców, pojawienie się substytucyjnych towarów, działania konkurentów<sup>8</sup>. W ten sposób ustalana (poprzez liczbę klientów) przewaga nad konkurencją z jednej strony prowadzi do poszerzenia skali działania danego przedsiębiorstwa w porównaniu do innych podmiotów, z drugiej zaś – wymusza wynikające z prawa konkurencji ograniczenia w działaniu. Zgodnie z teorią<sup>9</sup> Ronalda Coase'a opłacalność ekspansji przedsiębiorstwa trwa do momentu, kiedy koszty zarządzania przedsiębiorstwem (wewnętrzne) są mniejsze od kosztów ponoszonych przy zawieraniu transakcji z otoczeniem (zewnętrznych). Choć Ronald Coase oparł swoją teorię na przykładzie stada, do dziś wzbudza ona żywe dyskusje w zakresie ekonomiki podejmowanych działań i kosztów transakcyjnych. Sam Ronald Coase stwierdził, iż „(...) w świecie bez kosztów transakcyjnych każdą transakcję można przyspieszyć tak, że cała wieczność przeminie w mgnieniu oka”<sup>10</sup>.

Zgodnie z terminologią stosowaną w prawie ochrony konkurencji<sup>11</sup> porozumienia zawierane między przedsiębiorcami na różnych szczeblach obrotu, które nie naruszają prawa, a zarazem pozwalają powiększać przedsiębiorstwo za

---

<sup>6</sup> Międzynarodowa współpraca przejawia się w ramach GATT/WTO, na forum OECD, poprzez UNCTAD oraz Międzynarodową Sieć Konkurencji (ICN), szerzej o podejmowanych na forum międzynarodowym działaniach w: B. Michalski, *Międzynarodowa Koordynacja Polityki Konkurencji*, Difin, Warszawa 2009, s. 36

<sup>7</sup> A. Fornalczyk, *Biznes a ochrona konkurencji*, Wolters Kluwer, Kraków 2007, s. 16.

<sup>8</sup> M. Porter, *Strategia konkurencji: metody analizy sektorów i konkurentów*, MT Biznes, Warszawa 2006, s. 22.

<sup>9</sup> Por.: R. Coase, *The Problem of Social Cost*, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 3, Chicago 1960.

<sup>10</sup> R. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, First Edition, Chicago and London 1990, s. 15.

<sup>11</sup> Definicja porozumień wertykalnych została określona m.in. w rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. 2011 nr 81 poz. 441).

pośrednictwem zewnętrznych podmiotów, określane są jako pionowe, wertykalne. Wspomniane porozumienia przynoszą obopólne korzyści zainteresowanym podmiotom, ponieważ z jednej strony pozwalają zminimalizować koszty poszukiwania partnerów i kształtować wieloletnią współpracę, z drugiej zaś – prowadzą do stabilności w działalności oraz umożliwiają tworzenie wieloletniej strategii rozwoju. Postanowienia takich umów w pewnym stopniu ograniczają dotychczasową samodzielność (poprzez działania zgodnie z wytycznymi zleceńodawcy), jednak umowa jest dobrowolna i podmiot nie traci prawnej i ekonomicznej podmiotowości.

W praktyce gospodarczej w ramach porozumień wertykalnych zawierane są wieloletnie umowy, które silnie wiążą podmioty na gruncie budowy sieci handlowej. Również postanowienia tego rodzaju umów mogą naruszać prawo konkurencji z uwagi na ograniczenie faktycznej lub potencjalnej konkurencji. Zgodnie z definicją zaproponowaną przez Annę Fornalczyk „konkurencja faktyczna polega na rywalizacji przedsiębiorstwa z konkurentami już działającymi na danym rynku (...), natomiast konkurencja potencjalna oznacza możliwość wejścia na ten rynek nowych sprzedawców w wyniku uruchomienia przez nich produkcji towarów takich samych lub ich bliskich substytutów (wejście do sektora) albo w wyniku importu tych towarów (import konkurencyjny jako metoda wejścia na rynek)”<sup>12</sup>. Z przywołanej definicji wynika, że porozumienia wertykalne można przypisać konkurencji faktycznej, w której za pośrednictwem sieci podmiotów powiązanych przedsiębiorstwo dominujące może zwiększać swój potencjał konkurencyjny, nie angażując znacznych środków własnych.

Zarówno prawo polskie, jak i wspólnotowe zawierają stosowne przepisy zakazujące stosowania antykonkurencyjnych porozumień pionowych<sup>13</sup>. Organy antymonopolowe stosują przy ocenie naruszeń regułę rozsądku zapisaną w regulacjach traktatowych. Na przykład porozumienie może zostać łagodniej ocenione, jeżeli przyczynia się do udoskonalenia określonej dziedziny produkcji. Dodatkowo, jeżeli konsumenci również odnoszą z tego tytułu korzyści, porozumienia takie są wyłączone z zakazów antykonkurencyjnych. Polityka UE do 1 maja 2004 r. przyjmowała indywidualną ocenę i wyłączenia porozumień spod zakazów. Jednak po 1 maja 2004 r. uznano, że blisko czterdzieści lat doświadczenia pozwala na wprowadzenie reguł określających rodzaje umów sprzecznych ze swobodą konkurencji i czas wyłączeń

---

<sup>12</sup> A. Fornalczyk, *Biznes a ochrona konkurencji*, Oficyna Wolters Kluwer Biznes, Kraków 2007, s. 16-17.

<sup>13</sup> Art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, oraz art. 101 ust. 1 TFUE.



indywidualnych skończył się po wejściu w życie Rozporządzenia 1/2003<sup>14</sup>, na mocy którego implementacja art. 81 ust. 1 i 3 TWE odbywała się w sposób bezpośredni bez konieczności uzyskania uprzedniej decyzji administracyjnej. Na końcu z dniem 1 maja 2014 r. weszło w życie rozporządzenie Komisji nr 316/2014, które zastąpiło poprzednio obowiązujące Rozporządzenie<sup>15</sup> Komisji, przechodząc z podejścia liberalnego do restrykcyjnego i interwencyjnego. Jednocześnie UE przygotowała rozporządzenie zawierające tzw. listę VRBER (Vertical Restraints New Block Exemptions)<sup>16</sup>, wyłączającą spod zakazów określone porozumienia i grupę podmiotów. Również na płaszczyźnie krajowej powstały przepisy wyłączające niektóre postanowienia spod zakazów ograniczających konkurencję<sup>17</sup>.

Powyższe kwestie stały się głównym impulsem do analizy porozumień wertykalnych. Celem niniejszej pracy jest przedstawienie wpływu tego rodzaju umów na zjawisko konkurencji. Porozumienia, które przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów oraz postępu technologicznego, zapewniają zarówno stronom tych umów, jak również konsumentom wymierne korzyści. Porozumienia takie niejednokrotnie uważane są za ograniczające konkurencję, jednak z perspektywy ekonomicznej i dostępu do rynku pozytywnie wpływają na rynek właściwy.

W niniejszej pracy zostaną pominięte zagadnienia związane z prawem konkurencji na poziomie przedsiębiorca – konsument, co stanowi oddzielną tematykę związaną z prawem konkurencji.

Jak już wspomniano, ograniczenie konkurencyjności nie zawsze musi prowadzić do negatywnych konsekwencji gospodarczych. Na poparcie tej tezy zostanie przedstawiona analiza przeprowadzona zarówno z praktycznego, jak i teoretycznego punktu widzenia zagadnienia ochrony praw konkurencji, co w konsekwencji pozwoli

---

<sup>14</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. UE z 2003 r., L 1/1; Dz.U. UE).

<sup>15</sup> Rozporządzenie Komisji (WE) nr 772/2004 z 7.04.2004 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii (Dz. Urz. UE z 2004 r., L 123).

<sup>16</sup> Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Tekst mający znaczenie dla EOG), dostępne pod adresem: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX:32010R0330>, data odczytu 16.07.2015 r.

<sup>17</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. 2014 poz. 1012).

zaprezentować szerokie spektrum zagadnienia związanego ze swobodą kształtowania tego rodzaju umów<sup>18</sup>.

Zasadniczo umowy cywilnoprawne – zarówno te zawierane między przedsiębiorcami, jak i osobami fizycznymi – ograniczone są jedynie przepisami prawa. W ramach niniejszego opracowania szczególna uwaga zostanie poświęcona normom wynikającym z prawa konkurencji.

Z uwzględnieniem powyższych ograniczeń treść umów podlega również autonomii woli stron. W poniższych rozważaniach skupię się na zagadnieniach, które są dla porozumień (umów) wertykalnych najbardziej charakterystyczne, tj. mają wpływ na największą liczbę zainteresowanych podmiotów obrotu gospodarczego i stanowią przedmiot zainteresowania instytucji związanych z prawem ochrony konkurencji. W konsekwencji, celem wykazania przyjętych założeń, struktura pracy przyjęła opisany poniżej kształt.

Pierwsza część pracy koncentrować się będzie na teoretycznych zagadnieniach związanych z prawem konkurencji. Krótka charakterystyka porozumień na rynku gospodarczym pozwoli przedstawić założenia prawa ochrony konkurencji w odniesieniu do celowości praktyki gospodarczej. Dodatkowo umieszczona została część wyjaśniająca i porządkująca nomenklaturę przedmiotu. Taka formuła pozwala na dostarczenie niezbędnych informacji o najczęstszych rodzajach umów zawieranych w obrocie gospodarczym. Obrazuje również zagrożenia związane z naruszeniem prawa konkurencji.

Kolejne trzy rozdziały przedstawią poszczególne rodzaje porozumień zawieranych w obrocie gospodarczym. Szczegółowa analiza zagadnienia pozwoliła wyodrębnić najczęściej spotykane rodzaje umów wertykalnych i wskazać, że są istotnym elementem stosunków gospodarczych, m.in. poprzez zmniejszenie ryzyka ingerencji podmiotów zewnętrznych, ułatwienie zarządzania strategicznego oraz optymalizację kosztów wspólnych przedsięwzięć inwestycyjnych. Finalnie porozumienia są podstawą do budowy trwalszych związków przedsiębiorstw.

Główną tezę stanowi twierdzenie, że porozumienia pionowe mogą pozytywnie wpływać na rozwój konkurencji przy ocenie ich skutków rynkowych. Tezą poboczną jest wykazanie, że bez naruszenia prawa konkurencji możliwe jest uzyskanie istotnych korzyści gospodarczych płynących z zawierania porozumień wertykalnych.

---

<sup>18</sup> Sprawa *State Oil Company v. Khan* 522 U.S. 3, 118 S. Ct. 275; 139 L. Ed. 2d 199; 1997, w której dopuszczono stosowanie cen maksymalnych, U.S. LEXIS 6705, data odczytu 16.08.2015 r.

Poprzez oszacowanie zysków i strat uczestników porozumienia i otoczenia gospodarczego można określić wpływ porozumień na decyzje biznesowe.

Przy opracowaniu dysertacji wykorzystane zostały następujące metody badawcze: metoda dogmatyczna, analiza orzecznictwa, metoda analityczna, metoda statystyczna oraz metoda porównawcza. Metoda dogmatyczna polegać będzie na przedstawieniu i analizie obowiązujących przepisów prawnych. Przedstawienie obowiązującego stanu prawnego w Polsce, Unii Europejskiej oraz Stanach Zjednoczonych pozwoli spojrzeć szeroko na zjawisko konkurencji. Analizie orzecznictwa zostaną poddane najważniejsze orzeczenia sądowe, które ukształtowały pogląd na porozumienia wertykalne oraz kierunki ich rozwoju, a także obowiązujące przepisy prawne oraz poglądy przedstawicieli doktryny. Przeprowadzenie zbiorczych analiz orzecznictwa antymonopolowego pozwoli zobrazować dotychczasowe restrykcyjne podejście sądów do porozumień wertykalnych. Jednocześnie dzięki analizie statystycznej zostaną przedstawione najważniejsze trendy w kształtowaniu porozumieniach wertykalnych w obecnych realiach gospodarczych. Dodatkowo komparatystyka europejskiego i amerykańskiego modelu prawa ochrony konkurencji pozwoli zobrazować różnice w podejściu do polityki ochrony konkurencji oraz spojrzeniu na ingerencje państwa w proces rozwoju konkurencji, pozwalające na bardziej swobodne kształtowanie relacji biznesowych. Metoda porównawcza zarazem będzie wykorzystywana w całości pracy jako metoda poboczna.

# **Rozdział 1**

## **Definicje i przesłanki stosowania przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów**

### **1.1. Definicja przedsiębiorcy według przepisów unijnych i ustawowych**

Od 1 maja 2004 r. w Polsce obowiązują równolegle dwie regulacje dotyczące prawa konkurencji: krajowa<sup>19</sup> i wspólnotowa<sup>20</sup>. W tym kontekście mogą powstać wątpliwości co do relacji pomiędzy przepisami krajowymi, orzecznictwem krajowym, wyrokami TSUE czy decyzjami KE.

Jedną z funkcji prawa konkurencji jest zapewnienie podmiotom prowadzącym działalność gospodarczą publicznoprawnych ram swobody aktywności rynkowej. Pojęcie przedsiębiorca określa podmiotowy zakres działania. Celem niniejszego rozdziału jest ukazanie wykładni pojęcia przedsiębiorcy oraz rynku poprzez pryzmat relacji między wspólnotowym a krajowym prawem konkurencji. Ma to znaczenie dla ukazania, pomiędzy jakimi podmiotami zostają zawierane porozumienia wertykalne i horyzontalne.

Prawo unijne w sposób odmienny od prawa krajowego reguluje pojęcie przedsiębiorcy. Rozbieżność wynikająca z art. 81 i 82 TWE polega na zastosowaniu w stosunku do prawa krajowego wykładni funkcjonalnej. Zgodnie z definicją przyjętą przez orzecznictwo ETS „(...) przedsiębiorca to każda autonomiczna jednostka organizacyjna, prowadząca samodzielnie działalność gospodarczą, nastawiona na zaspokajanie swoich codziennych potrzeb, bez względu na formę prawną i sposób

---

<sup>19</sup> Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. Nr 50, poz. 331 z 2007 r., z późn. zm.).

<sup>20</sup> Art. 81-86 TWE, Dz.U. UE, CE 321, 29 grudnia 2006.

funkcjonowania”<sup>21</sup>. Działalnością jest zatem każda działalność polegająca na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku<sup>22</sup>. Natomiast w art. 4 ust 1 UOKK przyjęto sformalizowaną definicję, wprost odwołującą się do definicji z ustawy Prawo przedsiębiorców<sup>23</sup> i na potrzeby praktyk ograniczających konkurencję. Przez przedsiębiorcę należy rozumieć przedsiębiorców w rozumieniu przepisów ustawy Prawo przedsiębiorców, a także (a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy Prawo przedsiębiorców, (b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu<sup>24</sup>.

Można zatem łatwo zauważyć, że definicja unijna jest znacznie szersza i daje dużo większe możliwości interpretacyjne. Prawo antykonkurencyjne zostało powołane do kształtowania prawidłowego rozwoju konkurencji we wszystkich sektorach gospodarki, zatem pojęcie przedsiębiorcy powinno być badane poprzez wykładnię funkcjonalną. Zgodnie z tym definicja ta w prawie polskim nie uwzględniałaby jednostek takich, jak stowarzyszenia czy fundacje, które działają w przeważającej mierze w celu niezarobkowym<sup>25</sup>. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumenta uznał jednak, że taka interpretacja jest nieadekwatna i należy przeprowadzić wykładnię rozszerzającą<sup>26</sup>.

Podjmując próbę zdefiniowania przedsiębiorcy w relacji opisanych dwóch systemów prawnych, należy wskazać dwa przedziały czasowe: przedakcesyjny, czyli przed 1 maja 2004 r., oraz okres po przystąpieniu do Unii Europejskiej. Do momentu akcesji Polski do UE obowiązywała jedynie krajowa ustawa antymonopolowa, natomiast obecnie zastosowanie ma również Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>27</sup>. Dodatkowo, celem zastosowania art. 101 i 102 TFUE

---

<sup>21</sup> Wyrok TS z 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90 Höfner i Elser przeciwko Macrotron, Eur-Lex nr 61990CJ0041, oraz C-159/91 w sprawie Pucet, Eur-Lex nr 61991CJ0159.

<sup>22</sup> R. Wish, *Competition Law*, Fifth Edition, LexisNexisButterworths, London 2003, s. 80-92.

<sup>23</sup> Art. 4 ust. 1 Ustawa Prawo przedsiębiorców (Dz.U. 2018 poz. 646).

<sup>24</sup> Ustawa o Ochronie Konkurencji i Konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (Dz.U. Nr 50, poz. 331, ze zm.).

<sup>25</sup> Por.: M. Szaciński, Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym a prawo autorskie, *Przegląd Sądowy* Nr 9/1996.

<sup>26</sup> Wyrok SOKiK z dnia 13 listopada 2003 r.; XVII Ama 128/02, Legalis nr 776174.

<sup>27</sup> W momencie akcesji Polski do UE obowiązywał Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, który w dniu 13 grudnia 2007 r. został zastąpiony Traktatem Lizbońskim.

w poszczególnych krajach członkowskich, w tym dokonania rozdziału kompetencji między Komisję a organy krajowe, obowiązuje Rozporządzenie Rady Europejskiej z 16 grudnia 2002 r. nr 1/2003<sup>28</sup>. Przed przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej już 16 grudnia 1991 r. został podpisany Układ Europejski<sup>29</sup>, regulujący relacje gospodarcze pomiędzy Polską i państwami członkowskimi. W art. 63 Układu Europejskiego uznano za niedozwolone wszelkie porozumienia między przedsiębiorcami, w tym uzgodnione praktyki, których celem było ograniczanie konkurencji. W Układzie przewidziano również obowiązek Polski dostosowania obecnych i przyszłych przepisów do ustawodawstwa wspólnotowego. Ważność tej regulacji podkreśla fakt, że uznano ją za „istotny warunek wstępnej integracji gospodarczej Polski ze Wspólnotami”<sup>30</sup>, a Polska zobowiązała się do najlepszego starania w celu zapewnienia zgodności jej przyszłego ustawodawcy z ustawodawstwem Wspólnot<sup>31</sup>.

W praktyce harmonizacja prawa polskiego z prawem wspólnotowym odbywała się poprzez zmianę na dwóch płaszczyznach: zmianę przepisów ustawowych oraz poprzez opracowanie przez UOKiK zbioru wyjaśnień oraz zasad postępowania zgodnego z prawem konkurencji.

Proces integracyjny ukształtował również definicję przedsiębiorcy, ponieważ bez ujednoczenia tego pojęcia byłby trudny do zrealizowania i mógłby zostać uznany za sprzeczny z celami Układu Europejskiego. Na etapie tworzenia przepisów krajowych przedstawiciele doktryny<sup>32</sup> wskazywali niebezpieczeństwo wprowadzenia formalistycznej definicji bezpośrednio odwołującej się do działalności gospodarczej i korespondującej z funkcjonalną definicją wspólnotowego prawa konkurencji<sup>33</sup>. Wątpliwości nie miały jednak przełożenia na kształt ustawy, która wprost odwołała się do kazuistycznej definicji. Dopiero w orzecznictwie Prezesa UOKiK odnaleźć można traktowanie przedsiębiorców w duchu prawa wspólnotowego, uznając tym samym

---

<sup>28</sup> Rozporządzenie WE w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. L 1 z 4.1.2003).

<sup>29</sup> Układ Europejski, ustanawiający stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi, sporządzony w Brukseli dnia 16 grudnia 1991 r. Dz.U. z 1994 r. nr 11, poz. 38.

<sup>30</sup> Art. 68 Układu Europejskiego, ustanawiającego stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi.

<sup>31</sup> Art. 69 Układu Europejskiego, ustanawiającego stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi.

<sup>32</sup> K. Strzyczkowski, Nowe prawo konkurencji. Uwagi o projekcie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego Nr 9/2000, s. 3.

<sup>33</sup> I. Wiszniewska, Dostosowanie polskiego prawa antymonopolowego do prawa europejskiego, Studia Prawnicze 1996, s. 142 i nast.

fundacje oraz stowarzyszenia nieprowadzące *sensu stricto* działalności gospodarczej za przedsiębiorców<sup>34</sup>. Takie stanowisko potwierdził również Sąd Najwyższy, stwierdzając w swoim orzecznictwie, że wszelkie wątpliwości powinny być rozstrzygane poprzez wykładnię funkcjonalną tak, aby osiągnąć rezultat zgodny z prawem i zasadami obowiązującymi w Unii Europejskiej<sup>35</sup>.

Od momentu przystąpienia Polski do Unii Europejskiej obowiązują dwa komplementarne systemy ochrony konkurencji: krajowy i wspólnotowy – oparty na TFUE. Sama ochrona konkurencji w oparciu o prawo wspólnotowe może przejawiać się zarówno poprzez działalność Prezesa UOKiK, jak i poprzez Komisję Europejską. Odmienne kształtuje się natomiast ochrona przedsiębiorcy za pośrednictwem krajowych organów i sądów w sprawach krajowych i w sprawach wpływających na kontakty gospodarcze pomiędzy państwami członkowskimi. W momencie przystąpienia Polski do Unii obowiązywało wspomniane powyżej Rozporządzenie, które ujednoliciło stosowanie prawa konkurencji w Unii oraz zdecentralizowało podejmowanie decyzji w sprawie ochrony konkurencji na rzecz organów krajowych.

W konsekwencji krajowy organ ochrony konkurencji, w celu ochrony praktyk konkurencji i skutecznego funkcjonowania współpracy w dziedzinie ochrony konkurencji pomiędzy Państwami Członkowskimi, stosuje bezpośrednio art. 101 i 102 TFUE, równoległe z przepisami krajowymi. Postępowanie takie zostało wprost przewidziane w art. 3 ust. 1 Rozporządzenia, które stanowi, że krajowe organy badające zachowanie przedsiębiorcy są również zobowiązane do przeprowadzenia oceny zgodnie z art. 102 TFUE. Ponadto, w przypadku stosowania przepisów krajowych oraz unijnych w sytuacji ich kolizji pierwszeństwo należy dać przepisom unijnym. Potwierdził to również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wówczas ETS) w wyroku w sprawie C-6/64 Flamingo Costa przeciwko Eenel<sup>36</sup>. Sąd stwierdził, że stosowanie prawa krajowego w sprawie o wymiarze wspólnotowym nie może naruszać prawa wspólnotowego. W ten sposób nie można stosować prawa krajowego, które np. legalizuje postępowanie zakazane przez TFUE.

---

<sup>34</sup> Decyzje Prezesa UOKiK z dnia 17 września 2002 r. nr DDI-77/2002, sygn. akt DDI-2-57-8/879/99/MW/BC, z dnia 22 września 2002 r., nr DDI-82/2002 sygn. akt i z dnia 16 lipca 2004 r. nr RWA-21/2004, <http://uokik.gov.pl/decyzje/>, data odczytu 21.04.2016 r.

<sup>35</sup> Wyrok SN z 29 maja 2001 r., sygn. akt: I CKN 1217/98, [http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza\\_orzeczen.aspx](http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx), data odczytu 15.07.2016 r.

<sup>36</sup> Analogicznie: wyrok ETS w sprawie Walt Wilhelm i inni przeciwko Bundeskartel C-14/68, Eur-Lex nr 6198CJ0014, wyrok w sprawie C-106/776 Simmenthal, InfoCuria nr 1978 00629 wyrok w sprawie C-473/93 Komisja przeciwko Luksemburgowi, InfoCuria nr 1996 I-03207.

Ważnym elementem tworzenia jednakowych warunków dla porozumień i uzgodnionych praktyk rynkowych było Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2790/1999 z 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 TWE do określonych kategorii porozumień wertykalnych<sup>37</sup>. Rozporządzenie określiło zasady zakazu blokowania przez prawo krajowe porozumień i praktyk, które mają wpływ na handel między państwami członkowskimi UE, lecz nie ograniczają konkurencji. Rozumie się przez to takie porozumienia, które nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 101 TFUE, lub porozumienia, które spełniają przesłanki art. 101 ust. 3 TFUE lub objęte są rozporządzeniami wyłączeniowymi.

Oceniając stosowanie pojęcia przedsiębiorca na gruncie prawa konkurencji oraz wykładni stosowanej przez ETS, należy uznać, że została zagwarantowana realizacja celów, których osiągnięcie było priorytetem prawa wspólnotowego. Rada Europejska w cytowanym już rozporządzeniu wskazała kierunek, w jakim powinno zmierzać prawo krajowe, aby ujednoczyć siatkę pojęciową. Definicja przedsiębiorcy w prawie konkurencji nie może posiadać odmiennych zakresów znaczeniowych. Na tego typu twierdzenie wpływa również wykładnia językowa. W świetle art. 3. ust. 2 rozporządzenia Rady państwa członkowskie mogą przyjmować i stosować bardziej restrykcyjne niż w art. 82 TWE przepisy prawne, które zabraniają lub przewidują sankcje za jednostronne praktyki<sup>38</sup>. Taka wykładnia oznacza możliwość bardziej rygorystycznego traktowania jednostronnych zachowań i uznawania ich za niezgodne z prawem konkurencji pomimo ich zalegalizowania w prawie UE.

Prawo konkurencji znacznie ograniczyło interpretowanie prawa krajowego w sposób odmienny od prawa wspólnotowego. Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie rzadko wypowiadał się co do wpływu prawa wspólnotowego na prawo konkurencji. Wyjątek stanowi orzeczenie *Walt Wilhelm i inni*<sup>39</sup>, gdzie Trybunał dopuścił istnienie różnic pomiędzy prawem krajowym a wspólnotowym, pod warunkiem że oba systemy są stosowane obiektywnie i w stosunku do wszystkich przedsiębiorców. W drugim wyroku Trybunał wskazał, że porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami jednego z państw członkowskich nie podlega ocenie w aspekcie naruszenia traktatowych zakazów ograniczenia konkurencji. Oznaczało to, że krajowa

---

<sup>37</sup> Dz.U. WE z dnia 29 grudnia 1999 r. nr L 336, s. 21.

<sup>38</sup> Wyrok TS z 10 lipca 1980 r. w połączonych sprawach C-253/78, i 1-3/79 *Procureur de la Republique i inni przeciwko Bruno Giry i Guerlain SA i inni*, InfoCuria nr 1980 02327.

<sup>39</sup> Wyrok TS z 13 lutego 1969 r. C-14/68, *Procureur de la Republique i inni przeciwko Bruno Giry i Guerlain SA i inni*, Eur-Lex nr 61968CJ0014.



i wspólnotowa regulacja rozpatruje zachowania przedsiębiorców z odmiennego punktu widzenia. Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd, że w sprawach niemających wpływu na handel między państwami członkowskimi prawo wspólnotowe nie zakazuje stosowania bardziej rygorystycznych przepisów krajowych, nawet jeżeli w efekcie mogą one prowadzić do zakazania zachowań, na których stosowanie prawo wspólnotowe zezwala. Niezależnie od porządku prawnego, podstawowe pojęcia z zakresu prawa konkurencji (także definicja przedsiębiorcy) powinny być interpretowane w duchu wykładni prowspólnotowej<sup>40</sup>.

Prawidłowość tej tezy potwierdza praktyka organów antymonopolowych Wielkiej Brytanii, które w prawie krajowym stosują wspólnotową interpretację terminu przedsiębiorca. Tamtejszy Trybunał Apelacyjny stwierdził, że wszelkie wątpliwości odnośnie do zasad konkurencji w prawie krajowym powinny być rozstrzygane w sposób możliwie najbardziej zgodny z prawem wspólnotowym<sup>41</sup>.

Dodatkowym argumentem za proeuropejską wykładnią pojęcia przedsiębiorca z art. 4 pkt 1 ustawy antymonopolowej w sprawach krajowych jest fakt, że ma ono swoje źródło nie tylko w prawie wspólnotowym, ale także w prawie konstytucyjnym. Ewentualna wykładnia w sprawach krajowych pojęcia przedsiębiorca w sposób odmienny niż w prawie wspólnotowym rodzi możliwość zarzutu naruszenia konstytucyjnej zasady zaufania obywateli do państwa prawa w myśl art. 2 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny potwierdził taką wykładnię wyrokiem z 13 kwietnia 1999 r., sygn. akt: K 36/98. Zróznicowanie podmiotów w zależności od ich terytorialnego działania może również naruszać zasadę równości wobec prawa zgodnie z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

Chociaż Rozporządzenie Rady nie daje jednoznacznej odpowiedzi w sprawie relacji pomiędzy wspólnotowym i krajowym prawem konkurencji, jego wykładnia powinna zmierzać do stosowania prawa wspólnotowego w odniesieniu do orzecznictwa sądów krajowych, dokonujących wykładni definicji zawartej w polskich przepisach. Dotyczy to w szczególności definicji przedsiębiorcy, o czym świadczą przedstawione wyżej argumenty.

---

<sup>40</sup> Por.: W. Rowiński, Nakaz dokonywania wykładni pronijnej jako dyrektywa wykładni systemowej, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2016, Rok LXXVIII, zeszyt 1.

<sup>41</sup> Sprawa *Bettercare Group Ltd* przeciwko *Director General of Fair Trading* z dnia 1 października 2002 r. sygn. 1006/2/1/01, par. 30-33, *Catribunal/cases*.

### **1.1.1. Rodzaje przedsiębiorców w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów**

W polskiej definicji można przytoczyć dwie podstawowe kategorie przedsiębiorców. Kryterium tego rozróżnienia stanowi definicja legalna z ustawy Prawo przedsiębiorców, która w art. 4 ust. 1 lit. a. ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta pod pojęciem przedsiębiorcy definiuje przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy Prawo przedsiębiorców, jako podstawę prawną. Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy Prawo przedsiębiorców przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną i która wykonuje działalność gospodarczą<sup>42</sup>. Najlepszym przykładem przedsiębiorcy, w rozumieniu tej definicji, będą spółki prawa handlowego, tj. spółki osobowe i kapitałowe.

Za przedsiębiorców rozumie się również wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności<sup>43</sup>. Według tak skonstruowanego przepisu spółka cywilna nie posiada statusu przedsiębiorcy, gdyż jest to stosunek zobowiązaniowy (umowa) zawiany pomiędzy jej wspólnikami. Przedsiębiorcami będzie wówczas każdy ze wspólników z osobna. Podobnie nie posiadają statusu przedsiębiorcy konsorcja lub spółki ciche, które analogicznie są jedynie umowami pomiędzy osobami fizycznymi lub prawnymi mającymi na celu realizację określonego przedsięwzięcia gospodarczego. W zakresie powyższej definicji mieszczą się osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą i wpisane do ewidencji działalności gospodarczej (CEiDG). Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów uznaje za przedsiębiorcę osobę fizyczną, która prowadzi działalność gospodarczą we własnym imieniu i na własny rachunek lub też prowadzi działalność gospodarczą w ramach wykonywania wolnego zawodu<sup>44</sup>. W takim przypadku działalnością gospodarczą będzie jedynie taka działalność osoby fizycznej, która wykonuje swoją profesję we własnym imieniu. Nie można w konsekwencji uznać za przedsiębiorcę osoby, która wykonuje zawód w ramach stosunku pracy, a także na podstawie umowy cywilnoprawnej, gdzie odpowiedzialność i ryzyka spoczywają odpowiednio na

---

<sup>42</sup> Art. 4 ust. 1 Ustawa z dn. 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U. 2018 poz. 646).

<sup>43</sup> Art. 4 ust. 2 Ustawa z dn. 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U. 2018 poz. 646).

<sup>44</sup> Art. 4 pkt 1 lit. b Ustawy z dnia 23 marca 2018 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. 2018 nr 50, poz. 331 ze zm.

pracodawcy lub zleceniodawcy. Osoby wykonują tzw. wolne zawody na podstawie przepisów szczególnych, regulujących wykonywane przez nich profesje (np. na podstawie ustawy Prawo o adwokaturze), natomiast ustawa Kodeks spółek handlowych<sup>45</sup> zawiera otwarty katalog tych zawodów, takich jak: adwokat, radca prawny, notariusz, biegły rewident czy inżynier<sup>46</sup>.

W celu ustalenia przedmiotowego zakresu działalności gospodarczej należy przytoczyć art. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców, gdzie działalnością jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły<sup>47</sup>. Podobne stanowisko przyjął Sąd Najwyższy w swojej uchwale, uznając, że przedsiębiorcą w rozumieniu tego przepisu „jest każdy podmiot wyszczególniony w art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (obecnie art. 4 ustawy Prawo przedsiębiorców – KB), który faktycznie prowadzi na danym rynku właściwym działalność objętą zakresem normowania”<sup>48</sup>. Zatem wpis lub brak wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego lub CEiDG nie przesądzają o zakwalifikowaniu podmiotu jako przedsiębiorcy. Głównym elementem oceny jest spełnienie kryteriów określonych w art. 4 Prawo przedsiębiorców. Tylko te kryteria są relewantne z punktu widzenia statusu podmiotu gospodarczego.

### **1.1.2. Podmioty niewykonyjące działalności gospodarczej objęte przepisami ustawy o ochronie konkurencji jak przedsiębiorcy**

Drugą kategorią podmiotów uznanych za przedsiębiorców są podmioty, które co prawda nie wykonują działalności gospodarczej w myśl ustawy Prawo

---

<sup>45</sup> Art. 88 ustawy KSH.

<sup>46</sup> Notariusz, w ocenie Prezesa UOKiK, jako osoba fizyczna wykonująca zawód we własnym imieniu i na własny rachunek, w ramach prowadzonej indywidualnie lub spółki cywilnej lub partnerskiej, również jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy.

<sup>47</sup> W prawie UE nie wprowadzono kategorii działalności gospodarczej, ale rozróżniono przedsiębiorczość i świadczenie usług. Z art. 49 TFUE i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz M. Etel, Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 98 i n. wynika, że pojęcie przedsiębiorczości dotyczy działalności wykonywanej w innym państwie członkowskim w sposób stały i ciągły oraz samodzielny w celu zarobkowym (element „stałości” odróżnia swobodę przedsiębiorczości od swobody świadczenia usług).

<sup>48</sup> Wyrok SN z 6 grudnia 2007 r., III SK 16/07 w sprawie z odwołania Stowarzyszenia Autorów ZAiKS w Warszawie przeciwko Prezesowi UoKiK. Sąd Najwyższy uznał organizację zbiorowego zarządzania prawami autorskimi za przedsiębiorcę pod warunkiem, że świadczy ona usługi. Zdaniem Sądu ZAiKS oferuje scalony katalog praw autorskich oraz negocjuje (jednostkowo, a nie każdorazowo) warunki korzystania z niego w imieniu zrzeszonych twórców. Tym samym dostarcza na rynek produkt, którego nie są w stanie dostarczyć sami twórcy, za co pobiera wynagrodzenie w postaci części uiszczonych opłat, SN/orzecznictwo.

przedsiębiorców, ale z zastrzeżeniem, że mają zdolność prawną i prowadzą działalność o charakterze użyteczności publicznej w innych formach niż przewiduje to ustawa. Mogą to być podmioty np. prawa publicznego<sup>49</sup> albo podmioty o charakterze użyteczności publicznej. Warto zwrócić uwagę, że usługa użyteczności publicznej, a zarazem sama usługa w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta, ma znaczenie szersze niż to nadane jej przez przepisy prawa unijnego. Szersza definicja przepisów krajowych nie ma w praktyce większego znaczenia, co potwierdził Sąd Najwyższy, który uznał za jednostki użyteczności publicznej miasto i powiat w ramach rynku fotograficznego dla dokumentów personalizowanych<sup>50</sup>.

Kolejnym podmiotem, objętym przepisami ustawy o ochronie konkurencji w sposób analogiczny do przedsiębiorców, są osoby fizyczne, które sprawują kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą w rozumieniu pkt 4 ustawy, choćby nie prowadził działalności gospodarczej w rozumieniu Prawa przedsiębiorców, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji<sup>51</sup>. Odrębnym przypadkiem mogą być zgrupowania przedsiębiorców, tj. izby, zrzeszenia i inne organizacje oraz inne rodzaje zrzeszające przedsiębiorców zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. d) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów lub związki przedsiębiorców (art. 4 ust. 2 UOKK). Związek przedsiębiorców ma charakter prawny<sup>52</sup>, niezależnie od tego, czy w gronie jego członków znajdują się osoby fizyczne, czy też związek nie posiada cech samorządu, co potwierdził Prezes UOKiK w swojej decyzji<sup>53</sup>. Również ETS w sprawie przeciwko Wouters stwierdził, że członkowie rady adwokackiej posiadają status przedsiębiorcy niezależnie od celu społecznego i natury usług, które świadczą, oraz faktu, iż zawód adwokata jest zawodem regulowanym<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> B. Nowak, Implementacja dyrektyw do systemu krajowego. Przypadek Polski, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego, 2007, nr 5, s. 14.

<sup>50</sup> Wyrok SN z 3 września 2009 r., sygn. akt III SK 9/09 (OSNP 2011, nr 11-12 poz. 168), Legalis nr 264449.

<sup>51</sup> Art. 4 ust. 1 lit c) UOKK.

<sup>52</sup> Art. 4 ust. 1 lit d) UOKK.

<sup>53</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 29 maja 2006 r. DOK-49/2006, PZPN i Canal+, <http://uokik.gov.pl/decyzje/>, data odczytu 08.09.2016 r.

<sup>54</sup> Wyrok TS z 19 lutego 2002 r. C-309/99 J.C.J Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV vs Algemene Raad van de Nederlandse Orde Advocaten, Eur-Lex nr 61999CC0309.

## 1.2. Interes publiczny stosowania przepisów o ochronie konkurencji

Ochrona konkurencji jest częścią publicznego prawa gospodarczego. W każdym wolnorynkowym kraju obowiązuje ochrona interesów publicznych, a nie indywidualnych podmiotów obrotu gospodarczego. Na tej podstawie ustawodawca w ustawie o ochronie konkurencji i konsumenta już w art. 1 ust. 1 określił, że ochrona i rozwój konkurencji odbywają się w interesie publicznym. Oznacza to, że ustawa znajduje zastosowanie w przypadkach, gdy zostaje naruszony lub też zagrożony interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków dla funkcjonowania rynku. Przedmiotem działania UOKiK jest ochrona konkurencji jako wartości konstytucyjnej oraz elementu wolnego rynku. Nie będzie ona jednak regulowała postępowania oraz uprawnień podmiotów poszkodowanych na skutek zakłócenia konkurencji. Chociaż ustawodawca nie przewidział definicji interesu publicznego, interpretacja tego pojęcia kształtowana jest różnorodnie – w zależności od celów danego aktu normatywnego. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 1 reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej w interesie publicznym przedsiębiorców oraz klientów<sup>55</sup> i ma na celu ochronę poszczególnych podmiotów przed nieuczciwym działaniem konkurencji. Ustawa nie określa natomiast systemu ochrony w skali makro, tj. w skali całej gospodarki.

Definicja interesu publicznego została wypracowana na gruncie orzecznictwa sądów polskich, zgodnie z którym „naruszenie interesu publicznoprawnego ma miejsce nie tylko wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, ale także wtedy, gdy działania te wywołały na rynku inne niekorzystne zjawiska, które dotyczyły konkretnego przedsiębiorcy<sup>56</sup>. Sąd uznał zatem, że interes publicznoprawny może być oceniany na podstawie negatywnych skutków działania monopolisty na określonym rynku właściwym<sup>57</sup>. Innymi słowy, praktyki naruszające interes publiczny można podzielić na dwa rodzaje: jako praktyki

---

<sup>55</sup> Art. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 9 lutego 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 419).

<sup>56</sup> Wyrok SN z dnia 5 czerwca 2008 r. sygn. Akt III SK 40/07, Legalis nr 175656.

<sup>57</sup> Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. nr 50, poz. 331 ze zm.) przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę i właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty, oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu panują zbliżone warunki konkurencji.

bezpośrednio wpływające na stan konkurencji oraz praktyki eksploatacyjne, których celem jest zwiększenie korzyści kosztem innych, również bezpośrednio niezwiązanych z rynkiem. Sąd Najwyższy stwierdził także, że naruszenie interesu publicznego pozwala organowi antymonopolowemu na dokonywanie selekcji spraw, w których będzie miał zamiar dokonać interwencji. Każdorazowo organ będzie musiał wskazać istnienie interesu publicznoprawnego i odnieść go do konkretnej praktyki stanowiącej przedmiot postępowania.

W wyroku z dnia 2 marca 2006 r.<sup>58</sup> Sąd Najwyższy uznał, że samo zachowanie się przedsiębiorcy w myśl art. 6 lub 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie daje podstaw do stwierdzenia naruszenia interesu publicznego. Uznał tym samym za prawidłowe stanowisko Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nakładające obowiązek na organ antymonopolowy istnienia interesu publicznego w każdej sprawie. Jednocześnie sąd dopuścił możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu praktyk ograniczających konkurencję na drodze powództwa cywilnego.

Natomiast Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 16 listopada 2005 r.<sup>59</sup> określił, że dobrem chronionym przez ustawę jest samo istnienie konkurencji jako specyfiki prowadzenia działalności gospodarczej. Ponadto, „dla stwierdzenia zagrożenia interesu publicznego wystarczające jest dowolne nadużycie siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku, ponieważ sam fakt nadużycia posiadanej pozycji dominującej na rynku narusza ten interes. Dobrem chronionym jest bowiem samo istnienie konkurencji jako takiej, w związku z czym interes publiczny zostaje naruszony, gdy badana praktyka oddziałuje i narusza samo zjawisko konkurencji, nawet gdy negatywny skutek odczuwany jest jako rezultat działań skierowanych przeciwko jednemu lub niewielkiej liczbie konkurujących przedsiębiorców”.

Reasumując, zadaniem postępowania w trybie ustawy antymonopolowej jest ochrona interesu publicznoprawnego. Zatem regulacje powinny chronić, gdy na skutek działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest interes publiczny, nie zaś interes jednostki czy też grupy jednostek. Ustalając natomiast, czy dane zachowanie narusza interes publiczny, należy brać pod uwagę rodzaj praktyki, jej charakter i ewentualne skutki tego typu działań, nie zaś liczbę dotkniętych tym działaniem konsumentów.

---

<sup>58</sup> Wyrok SN z dnia 2 marca 2006 r. sygn. Akt I CSK 83/05, Legalis nr 212536.

<sup>59</sup> Wyrok SOKiK XVII Ama 97/04, Legalis nr 73886.

### **1.2.1. Działania skierowane do szerokiej grupy przedsiębiorców**

Zgodnie z przywołanym orzecznictwem pierwszą formą podejścia do próby zdefiniowania interesu publicznego jest pogląd, że nie każde naruszenie przepisów ustawy pozwala na użycie przewidzianych w niej instrumentów, lecz jedynie takie naruszenie, które dotyka szerszego kręgu uczestników rynku<sup>60</sup>. W ten sposób postępowanie, jak w przypadku uchwały Okręgowej Rady Adwokackiej odmawiającej adwokatowi wyznaczenia siedziby zawodowej w miejscowości przez niego wskazanej<sup>61</sup> czy też narzucenie przez dostawcę gazu wąskiej grupie odbiorców warunków przyłączenia do sieci<sup>62</sup>, nie stanowi naruszenia interesu publicznego. Według tej koncepcji Prezes UOKiK przyjmuje, że przesłanka interesu publicznego zostaje spełniona, gdy oddziaływanie przedsiębiorcy może naruszać interes potencjalnie nieograniczonej liczby przedsiębiorców oraz w sposób pośredni interes konsumentów, chociaż podejście to ustąpiło miejsca podejściu węższemu, w którym interes publiczny ocenia się w sytuacji, gdy działanie przedsiębiorcy jest skierowane przeciwko innemu przedsiębiorcy, ale pośrednio dotyka większą liczbę podmiotów – w szczególności konsumentów. Takie podejście można wciąż znaleźć w przypadkach, gdy należy określić wpływ na funkcjonowanie rynku w szerszym zakresie<sup>63</sup>.

### **1.2.2. Działania skierowane do wąskiej grupy przedsiębiorców**

Równolegle istnieje konkurencyjna linia orzecznicza, nazywana również jakościową, utożsamiająca interes publiczny z naruszeniem konkurencji lub wywołaniem (możliwością wywołania) na rynku niekorzystnych skutków<sup>64</sup>. Teza ta została zapoczątkowana jeszcze podczas obowiązywania uchylonej ustawy z 2001 r. W tym ujęciu zakłada się, że istnienie interesu publicznoprawnego należy oceniać przez pryzmat szerszego spojrzenia, uwzględniającego całość negatywnych skutków działań na określonym rynku. Podstawowym celem ustawy jest ochrona konkurencji i ochrona interesów przedsiębiorców oraz konsumentów, ochrona konkurencji zaś

---

<sup>60</sup> Wyrok SAMop z 29 grudnia 1993 r. sygn. XVII AMR 42/93, Legalis nr 44739.

<sup>61</sup> Wyrok SN z 29 maja 2001 r., sygn. I CKN 1217/98, Legalis nr 50795.

<sup>62</sup> Wyrok SAMop z 28 maja 2001 r., sygn. XVII Ama 92/00, Saos nr 88179.

<sup>63</sup> Wyrok SA w Warszawie z 30 kwietnia 2009 r., VI ACa 843/08, niepublikowany.

<sup>64</sup> Wyrok SN z dnia 27 sierpnia 2003 r., sygn. I CKN 527/01 Lex nr 137525.

polega na przeciwdziałaniu monopolizacji rynku<sup>65</sup>. Podkreślone zatem zostało, że interes publiczny to interes polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego<sup>66</sup>. Podejście do oceny interesu publicznego pod kątem jakości, a nie skali naruszenia konkurencyjności, pozwoliło na bardziej efektywną możliwość regulacji funkcjonowania gospodarki. W najnowszym orzecznictwie jakościowe podejście zdominowało weryfikację przesłanki interesu publicznego. Sąd Najwyższy stwierdził, że „(...) ustawa chroni konkurencję jako mechanizm regulujący sposób funkcjonowania gospodarki. Czyni to w interesie publicznym. Dlatego pojęcie interesu publicznego należy interpretować przez pryzmat aksjologii ustawodawstwa antymonopolowego, a nie w sposób wąski i mechaniczny. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni bowiem istnienie mechanizmu konkurencji, jako optymalnego sposobu podziału dóbr w społecznej gospodarce rynkowej, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm godzi w interes publiczny”<sup>67</sup>.

Zdarza się również, że szeroka i wąska ocena interesu publicznego badane są równocześnie. Przykładem tego jest stanowisko Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który stwierdził, że do postępowania w sprawach o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym kwalifikują się zatem tylko takie sprawy, w których podmiot gospodarczy, w następstwie stosowania zakazanych praktyk monopolistycznych, narusza interes publiczny w zakresie rozwoju konkurencji, ochrony podmiotów narażonych na stosowanie takich praktyk oraz ochrony interesu konsumentów. Naruszenie interesu publicznoprawnego może nastąpić, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, a nie jeden podmiot, względnie – gdy działania te wywołały na rynku inne niekorzystne zjawiska<sup>68</sup>.

Odwołanie do interesu publicznego ma na celu rozgraniczenie zachowań przedsiębiorców godzących jedynie w interes prywatny oraz wąskiej grupy podmiotów. Celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta jest określenie działań, które godzą w dobro publiczne lub powodują zagrożenie tego dobra. Nie można oczywiście wykluczyć, że w pewnych okolicznościach określone naruszenie

---

65 Wyrok SOKiK z dnia 8 lipca 2011 r. sygn. XVII AmA 23/09, Lex nr 2155757.

66 Wyrok SOKiK z dnia 21 lipca 2008 r., sygn. XVII AmA 21/08, decyzje.uokik.gov.pl, data odczytu 20.09.2016 r.

67 Wyrok SN z 5 czerwca 2008 r., sygn. III SK 40/07 OSNAPiUS 2009, poz. 272.

68 Wyrok SOKiK z 8 lipca 2011 r., sygn. akt XVII AmA 23/09, Legalis nr 1315581.



godzące w interes publiczny będzie naruszać interes indywidualnego przedsiębiorcy. Jednak zgodnie z orzecznictwem nie ma podstaw do stosowania przepisów ustawy, jeżeli spór prawny i spór interesów nie wykraczają swoimi konsekwencjami poza obszar interesu publicznego w rozumieniu ust. 1 ustawy<sup>69</sup>.

### **1.3. Pojęcie rynku**

Według definicji Leszka Balcerowicza „rynek to szczególny mechanizm koordynacji zamierzeń i działań dostawców oraz odbiorców danego dobra, kiedy dochodzi do uzgodnień między nimi bez odgórnego, szczegółowego kierowania. Rynek istnieje tylko wtedy, gdy ludzie mają w gospodarce szeroki zakres wolności”<sup>70</sup>. Przedsiębiorcy często używają pojęcia rynku do określenia, na jakim obszarze działają lub jaka jest ich docelowa grupa klientów. Definiowanie rynku ma na celu – oprócz wymiaru ekonomicznego – określenie ograniczeń konkurencji między przedsiębiorcami. Stąd też na potrzeby pojęcia rynku asortymentowego i geograficznego oraz do zapewnienia jednolitego stosowania wspólnotowego prawa konkurencji ustalono posługiwanie się pojęciem rynku właściwego.

#### **1.3.1. Pojęcie rynku właściwego i jego funkcja**

Rynek właściwy w UOKK został określony jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę i właściwości, w tym, jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty, oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu panują zbliżone warunki konkurencji<sup>71</sup>. W definicji tej znalazło się pojęcie towaru, który również został zdefiniowany w tej samej ustawie jako rzeczy, jak również energia, papiery

---

<sup>69</sup> Wyrok SA z 3.10.2012 r., VI ACA 1319/11, niepublikowany z odwołaniem do wyroku SN z 19.5.2009 r., III SK 40/08, Legalis nr 212567.

<sup>70</sup> Por. M. Szydło, Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 61, gdzie autor określa rynek w sensie ekonomicznym jako „miejsce zetknięcia podaży z popytem, czy też jako ogół stosunków łączących podmioty uczestniczące w wymianie dóbr (towarów i usług)”. Należy podkreślić za autorem, że pojęcia rynku w znaczeniu ekonomicznym i w znaczeniu antymonopolowym są ze sobą nierozzerwalnie połączone.

<sup>71</sup> Art. 4 pkt 9 UOKK.

wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane<sup>72</sup>. W podobnym brzmieniu rynek właściwy zdefiniowano w obwieszczeniu komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji<sup>73</sup>.

Warto również zaznaczyć, że wskazana w art. 4 pkt 9 UOKK definicja rynku właściwego ma zastosowanie wyłącznie w zakresie ochrony konkurencji, nie ma natomiast znaczenia w przypadku ochrony konsumentów. Rynek właściwy ma bowiem elementarne znaczenia dla skuteczności ochrony konkurencji. Obok siły rynkowej odgrywa on kluczową rolę, ponieważ siła rynkowa uzewnętrznia się właśnie na rynku jako miejsca zetknięcia się popytu i podaży<sup>74</sup>.

Wyznaczenie rynku właściwego służy określeniu granic konkurencji, w tym identyfikacji presji konkurencyjnych, jakim poddawani są przedsiębiorcy uczestniczący w zakazanych praktykach<sup>75</sup>. Takie rozumienie rynku właściwego dominuje wśród przedstawicieli doktryny europejskiej. Celem określenia rynku właściwego jest uporządkowanie relacji ekonomicznych, mających za zadanie ocenę działań poszczególnych przedsiębiorców zgodnie z prawem konkurencji. Przedstawiciele doktryny przyjmują również, że rynek właściwy wyznacza płaszczyznę współzawodnictwa przedsiębiorców w zakresie danego towaru na określonym terytorium geograficznym<sup>76</sup>. Natomiast, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Sądu Najwyższego, wyznaczenie rynku właściwego ma istotne znaczenie dla wychwycenia reperkusji zachowań przedsiębiorców dla zjawiska konkurencji, co pozwala na wyciągnięcie prawnych konsekwencji tych zachowań przez organ antymonopolowy<sup>77</sup>.

Konieczność wyznaczenia rynku właściwego ma istotne znaczenie, ponieważ nie można przyjąć występowania praktyk ograniczających konkurencję na abstrakcyjnym rynku. Praktyki te dokonują się na konkretnych rynkach i mają znaczenie na konkretnym rynku właściwym. Finalnie wyznaczenie siły, czyli tzw. pozycji rynkowej przedsiębiorcy, odbywa się również na konkretnym rynku właściwym. Dzięki określeniu rynku właściwego postępowanie w sprawie o naruszenie prawa konkurencji odbywa się na trzech płaszczyznach: określenia praktyk

---

<sup>72</sup> Art. 4 pkt 7 UOKK.

<sup>73</sup> Obwieszczenie Komisji 97/C 372/03, Ru-Lex nr 31997Y1209(01).

<sup>74</sup> Wyrok SN z dnia 24 kwietnia 2007 r., sygn. akt: VI ACa 1054/06, Lex nr 446253.

<sup>75</sup> System Prawa Prywatnego t. 15, Prawo Konkurencji, red. M. Kępiński, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 976.

<sup>76</sup> Wyrok SOKiK z 18.02.2002 r. XVII AMA 19/01 Dz.Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 2, poz. 260.

<sup>77</sup> Wyrok SN z 12.04.2013r. II SK 28/12 OSNAPiUS 2014, Nr 4, poz. 63.

ograniczających konkurencję jako zakazu porozumień ograniczających konkurencję, nadużywania pozycji dominującej oraz kontroli koncentracji. Wyznaczenie rynku właściwego w sprawie oraz określenie w nim udziałów przedsiębiorcy podejrzanego o naruszenie przepisów ochrony konkurencji ma zasadnicze znaczenie dla bytu samego postępowania, w tym stawianych stronie zarzutów.

Kolejno w doktrynie uznaje się, że występują cztery przypadki, kiedy należy wyznaczyć rynek właściwy. Pierwszym z nich jest ustalenie, czy celem lub skutkiem badanego porozumienia jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Przesłanka ta została określona wprost w art. 6 ust. 1 UOKK. W art. 101 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej nie znalazła się co prawda taka konstrukcja, ale na bazie analizy wyroków sądów wspólnotowych można uznać, że jej istnienie również wiąże się z koniecznością wyznaczenia rynku właściwego<sup>78</sup>. W drugim przypadku rynek właściwy ustalany jest w celu określenia, czy porozumienie ma charakter bagatelny, przez co w stosunku do tego typu porozumień nie będzie miał zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy czy art. 101 ust. 1 TFUE. Ma to istotne znaczenie, ponieważ jeżeli porozumienie nie przekracza progu określonego w art. 7 ustawy lub w obwieszczeniu Komisji w sprawie porozumień bagatelnych, nie podlega kontroli organu antymonopolowego. Po trzecie, określenie rynku właściwego jest konieczne dla stwierdzenia, czy udział w rynku właściwym nie przekracza progu określonego w Rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>79</sup> oraz Rozporządzeniu Komisji w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych<sup>80</sup>. Po czwarte, rynek właściwy ustalany jest tylko na gruncie art. 101 TFUE w sytuacji, gdy porozumienie ma wpływ na handel między państwami członkowskimi, co m.in. ma miejsce, gdy udział przedsiębiorców, będących stronami tego porozumienia, przekracza 5% udziału w rynku właściwym.

Wyznaczenie rynku właściwego jest również konieczne do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej na podstawie katalogu określonego w art. 9 ustawy,

---

<sup>78</sup> Wyrok TSUE z 15.09.2008 w sprawach połączonych T-374/94, T-375/94, T-384/94, Eur-Lex nr 61994TJ0374.

<sup>79</sup> Rozporządzenie w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję z dnia 30 marca 2011r., Dz.U. nr 81 poz. 441 ze zm.

<sup>80</sup> Rozporządzenie Komisji UE z dnia 20 kwietnia 2010 r. nr 330/2010.

który jest znaczenie szerszy od przesłanek określonych w art. 102 TFUE. Ponadto wyznaczenie rynku właściwego stanowi pierwszy krok do oceny pozycji dominującej przedsiębiorcy nie tylko na rynku właściwym, na którym funkcjonuje, ale również na innych powiązanych rynkach. Wyznaczenie rynku właściwego jest również konieczne dla oceny, czy zamierzona koncentracja przedsiębiorców może istotnie ograniczyć konkurencję, w szczególności poprzez uzyskanie lub umocnienie pozycji dominującej. Rynek właściwy stanowi w ten sposób ocenę prawdopodobieństwa utrudnienia skutecznej koncentracji w myśl rozporządzenia Rady<sup>81</sup> w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. W prawie wspólnotowym rynek właściwy, czy też relewantny, jest przesłanką orzecniczą. Dorobek sądów został sformalizowany w cytowanym już rozporządzeniu z 1997 r. Dodatkowo rynek właściwy podzielony został na rynek produktowy i rynek geograficzny, o czym poniżej<sup>82</sup>.

Rynek nie posiada uniwersalnych danych rynku właściwego, a do jego wyznaczenia nie ma określonych metod. Oznacza to, że w każdej sprawie musi on być wyznaczany odrębnie. Dlatego rynek raz zdefiniowany nie jest przesłanką do kolejnych definicji rynku w innych sprawach, nawet jeżeli zebrany materiał dowodowy jest podobny, a rynek zbliżony. Może on stanowić najwyżej wskazówkę lub punkt wyjścia przy wyznaczaniu rynku w konkretnej sprawie. Orzecznictwo sądów krajowych również wskazuje na podobne stanowisko, gdzie nawet przy substytutowych produktach oraz analogicznym zakresie terytorialnym „nie stanowi wystarczającej podstawy do obalenia (...) zarzutów zaprezentowana w toku postępowania przed Sądem Okręgowym argumentacja Prezesa UOKiK, iż wyznaczenie zasięgu rynku właściwego pod względem produktowym i geograficznym zostało oparte o dotychczas zdobytą wiedzę i doświadczenie orzecnicze z zakresu wielokrotnie analizowanego rynku najmu (dzierżawy) lokali użytkowych”<sup>83</sup>. Dyrektywą do prawidłowego wyznaczenia rynku właściwego jest subsumcja stanu faktycznego<sup>84</sup>. W tym celu niezbędna jest analiza ekonomicznego wymiaru rynku właściwego według kryterium właściwości oraz wszystkich narzędzi pomiaru określonych w art. 4 pkt 9 ustawy. Chociaż rynek właściwy to pojęcie prawne,

---

<sup>81</sup> Rozporządzenie Rady (WE) z dnia 20 stycznia 2004 r. nr 139/2004.

<sup>82</sup> Por. również wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 lutego 2007 r. sygn. akt VI ACA 1029/06, zgodnie z którym w postępowaniu antymonopolowym powinno się wyznaczyć co najmniej rynek produktowy i rynek geograficzny.

<sup>83</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 21 kwietnia 2010 r. sygn. akt VI ACA 1092/09, Legalis nr 363609.

<sup>84</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 17 czerwca 2008 r. sygn. akt VI ACA 1162/07, decyzje.uokik.gov.pl, data odczytu 02.10.2016 r.

powinien być wyznaczany na podstawie czynników ekonomicznych. Zgodnie ze stanowiskiem SOKiK rynek właściwy tylko w taki sposób jest wyznaczony prawidłowo, nawet jeżeli jest to rynek jednego produktu, jak np. rynek dystrybucji książki *Harry Potter*, która nie ma substytutu<sup>85</sup>. Obowiązek prawidłowego wyznaczenia rynku właściwego spoczywa na Prezesie UOKiK<sup>86</sup>.

### 1.3.2. Rynek produktowy

Art. 4. ust. 9 UOKK definiuje rynek właściwy jako rynek towarów podzielony na dwa wymiary: wymiar towarowy, czyli rynek właściwy produktowo, oraz wymiar geograficzny, czyli rynek właściwy terytorialnie. Rynek właściwy, w ramach którego weryfikowane jest naruszenie konkurencji, badany jest na płaszczyźnie dwóch wymiarów, zatem rynek właściwy to połączenie rynku produktowego i geograficznego. Właściwy rynek produktowy obejmuje wszystkie towary i/lub usługi, które uznawane są przez konsumenta za wzajemnie wymienne lub substytucyjne ze względu na ich właściwości, ceny i przeznaczenie. Według Tadeusza Skoczego występują trzy przesłanki rozumienia rynku właściwego produktowo:

1. uznanie substytucyjności za podstawę kryterium wyznaczania rynku właściwego produktowo;
2. substytucyjność powinna być badana z punktu widzenia nabywców;
3. substytucyjność posiada trzy wymiary: przeznaczenie, właściwości i cenę<sup>87</sup>.

Zgodnie z pierwszą przesłanką substytucyjność powinna obejmować wzajemną wymiennność towarów w badanym okresie i dostępnych na rynku. Do wyznaczenia rynku niezbędne jest określenie zastępowalności towarów lub usług (zamiennosc towarów), które mają służyć zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców<sup>88</sup>. Oznacza to, że za substytutowne należy uznać towary, które z punktu widzenia nabywcy są wzajemnie wymienne<sup>89</sup>. W świetle orzecznictwa rynek właściwy produktowo jest wyznaczany na podstawie tzw. bliskiej substytucyjności, którą można oznaczyć jako odnoszący się do towarów lub usług jednego rodzaju, przez swoje szczególne

---

<sup>85</sup> Wyrok SOKiK z dnia 4 września 2006 r., sygn. akt XVII AMA 50/05, niepublikowany

<sup>86</sup> Wyrok SN z dnia 17 marca 2010 r., sygn. akt III SK 40/09, OSNAPiUS 2011, Nr 19-20, poz. 266.

<sup>87</sup> Por.: Komentarz z do art. 4 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, 2. wydanie, red. T. Skoczny, CH. Beck, Warszawa 2014.

<sup>88</sup> Wyrok SN z dnia 14 września 2006 r., sygn. akt III SK 13/06, OSNAPiUS 2007, Nr 17-18, poz. 265.

<sup>89</sup> Wyrok SOKiK z dnia 26 października 1994 r., sygn. akt XVII AMR 24/94, Wok. 1995, Nr 8.

właściwości odróżniające się od innych towarów lub usług w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek produktu tworzą towary bądź usługi, które z punktu widzenia nabywcy charakteryzują się bliską substytutywnością<sup>90</sup>.

Podstawowym narzędziem do określenia substytutywności popytowej jest test SSNIP (*Small but Significant and Non-Transitory Increase of Price* – niewielki, ale istotny, nieprzejdźciowy wzrost ceny), zwany również testem „hipotetycznego monopolisty”<sup>91</sup>. Polega on na ustaleniu, jak zachowaliby się konsumenci w przypadku nieznacznego (od 5% do 10%) podwyższenia ceny danego towaru przez przedsiębiorcę podejrzanego o praktykę ograniczającą konkurencję lub antykonkurencyjną koncentrację. Jeżeli pomimo podwyższenia ceny popyt na ten towar nie zmaleje, oznacza to, że nie ma on substytutu, a rynek właściwy powinien być wyznaczony tylko dla niego. Jeżeli natomiast popyt na towar zmaleje, a wzrośnie na inny towar wprowadzony na ten sam rynek właściwy, można uznać to za dowód substytutywności produktowej i braku koncentracji. Test daje pozytywny wynik w przypadku, gdy przedsiębiorstwo przy wykorzystaniu podwyżki uzyska zysk<sup>92</sup>. Obrazuje to poniższy wzór<sup>93</sup>:

$$\Delta R - \Delta C > 0$$
$$MR \times \Delta Q - MC \times \Delta Q > 0$$

R – utarg

C – koszt

MR – utarg końcowy

MC – koszt końcowy

W kolejnym etapie według tej metody bada się wielkość rynku poprzez sprawdzenie, czy inne produkty należą do tego samego rynku właściwego. Jeżeli produkt alternatywny zostanie wybrany przez konsumentów, to zostanie dodany do rynku właściwego, ponieważ produkty te nie stanowią substytutu dla wystarczająco dużej liczby konsumentów.

---

<sup>90</sup> Wyrok SA w Warszawie z 15 maja 2012 r., sygn. akt VI ACA 1270/11, Legalis nr 532606.

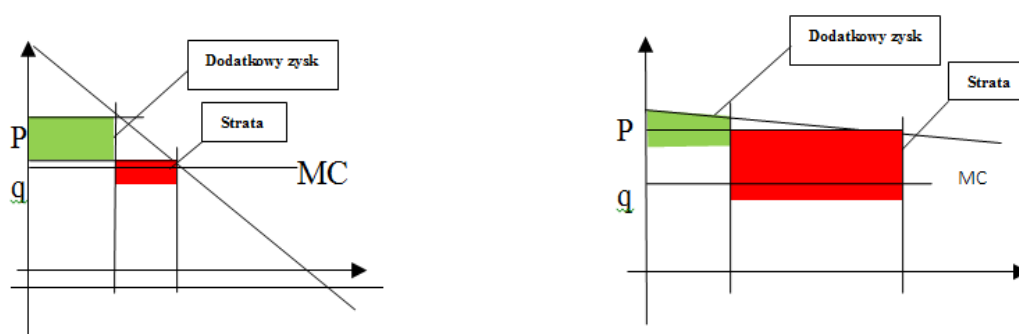
<sup>91</sup> Por.: R. Whish D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford 2003.

<sup>92</sup> J.B. Baker, *Market definition. An analytical overview*, *Antitrust Law Journal* 2007, nr 1, s. 129-173.

<sup>93</sup> T. Kwaśniewski, *Ocena siły rynkowej przedsiębiorstw w postępowaniach antymonopolowych*, UOKiK, Warszawa 2015, s. 28.

Warto również wskazać, że istotnym elementem testu SSNIP jest marża produktu. W przypadku niewielkiej marży na produkcie zysk po cenie SSNIP przewyższa spadek sprzedaży ilościowej, natomiast przy wysokiej marży i elastyczności sprzedaży cenowej, w przypadku podniesienia ceny według testu, wyższa cena nie pokrywa spadku ilościowego. Obrazuje to poniższy wykres.

**Wykres 1 Zyskowość SSNIP**



q – cena przed SSNIP

P – cena po SSNIP

KK – koszty krańcowe

Źródło: Ch. Bongard, Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji, Wykres 22, UOKiK, Warszawa 2007, s. 73.

Test ten jest obarczony jednak pewnym błędem, który ujawnił się w sprawie przeciwko El du Pont de Nemours & Co<sup>94</sup>. Sąd Najwyższy USA uznał bowiem, że na rynku sprzedaży celofanu po zastosowaniu testu SSNIP klienci zaczęliby nabywać inne produkty, mniej elastyczne, przez co nawet w przypadku podniesienia ceny o 20% nie nastąpiła monopolizacja rynku zgodnie z art. 2 Sherman Act<sup>95</sup>. Nie wzięto natomiast pod uwagę faktu, że spółka El du Pont posiadała już 70% udział rynku w sprzedaży celofanu, a cena bazowa była już nadmiernie wygórowana. W przypadku, gdyby sąd wziął pod uwagę, że cena celofanu nie była już ceną rynkową, a bliską ceny

<sup>94</sup> Wyrok Sądu Najwyższego USA z dnia 11 czerwca 1956 r., sygn. akt USA 351 U.S. 377. Justia Supreme Court, <https://supreme.justia.com/cases>, data odczytu 15.10.2016 r.

<sup>95</sup> Section 2 of the Sherman Act, USA 1980 r., [http://neconomides.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC\\_Acts.pdf](http://neconomides.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC_Acts.pdf), data odczytu 04.06.2016 r.

monopolisty, klienci nie przenieśliby popytu na inne substytucyjne produkty. Należało zatem uznać, że rynkiem właściwym jest rynek *stricte* sprzedaży celofanu, na którym spółka El du Pont posiadała monopol. Od tamtego wyroku błąd ten nazwano błędem celofanowym<sup>96</sup>.

Obecnie na gruncie dorobku wspólnotowego substytucyjność bada się poprzez weryfikację, czy producenci mogą stosunkowo szybko i bez większych nakładów przestawić produkcję na inny rodzaj produktu, którego cena wzrosła. W ten sposób Prezes UOKiK uznał, że benzyna oraz ON stanowią rynek substytucyjny, ponieważ rafinerie mogą bez większych kosztów przestawić produkcję z jednego paliwa na drugie<sup>97</sup>, dlatego oba paliwa znajdują się w obszarze jednego rynku właściwego. Ostatnim elementem badania substytucyjności jest określenie potencjalnej konkurencji. Definiuje ją procent zmiany wielkości popytu na jedno dobro w stosunku do procentowej zmiany ceny<sup>98</sup> innego dobra. Pozwala to określić, czy w przypadku niewielkiego wzrostu cen możliwe jest stosunkowo szybkie wejście na rynek innego producenta tego towaru.

W polskim orzecznictwie wskazano rynki powiązane produktowo jako wspólny rynek właściwy<sup>99</sup>, polegający przede wszystkim na posiadaniu pozycji dominującej na danym rynku i wykorzystaniu jej na innym, jak np. rynek usług cementarnych, na którym monopol ma gmina połączona z rynkiem usług pogrzebowych obejmującym wszystkie usługi związane z pochówkiem<sup>100</sup>.

### 1.3.3. Rynek geograficzny

Zgodnie z definicją określoną w art. 4 ust. 9 UOKK rynek właściwy geograficznie obejmuje obszar, na którym przedsiębiorcy uczestniczą w podaży

---

<sup>96</sup> M. Motta, *Competition Policy*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, s. 105.

<sup>97</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2007 r., Nr DOK-99/2007, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 15.10.2016 r.

<sup>98</sup> P. Krugman, R. Wells, *Mikroekonomia*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2012, s. 275.

<sup>99</sup> Przykładowo rynki: pokryć dachowych typu blachodachówka (decyzją Prezesa UOKiK Nr RWR-42/2008); rynek obrotu prawami do transmisji telewizyjnych meczów piłki nożnej rozgrywanych przez polskie kluby piłkarskie w ramach rozgrywek prowadzonych przez PZPN (wyrok SA w Warszawie z dnia 4 grudnia 2007 r., sygn. akt VI ACA 848/07, Legalis nr 420470, wyrok SOKiK z 14 lutego 2007 r., sygn. akt: XVII AMA 98/06, Legalis nr 87211); rynek pasażerskich kwalifikowanych przewozów kolejowych Eurocity, Intercity (wyrok SN z dnia 7 maja 2004 r., sygn. akt III SK 38/04, Legalis nr 289034, por. wyrok SOKiK z 4 sierpnia 2003 r., sygn. akt XVII Ama 106/02, saos nr 363688).

<sup>100</sup> Wyrok SAMop z dnia 21 lutego 1998, sygn. akt XVII AMA 51/97, Legalis nr 42770.



i popycie na towary lub usługi, a obszar działania można odróżnić od sąsiednich obszarów pod względem odmiennych warunków konkurencji. Podobnie jak w przypadku rynku właściwego produktowo, Tadeusz Skoczny wyróżnia trzy przesłanki rozumienia wymiaru rynku:

1. zbieżność warunków konkurowania na podstawie kryterium wyznaczania rynku właściwego geograficznie;
2. warunki na konkretnym obszarze, na którym towar lub usługa jest oferowana;
3. występowanie pięciu miar zbieżności (rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transport).

Wyznaczanie rynku właściwego geograficznie polega na określeniu, czy przedsiębiorstwa uczestniczące w podaży uczestniczą w nim w sposób zbliżony lub dostatecznie jednolity. Oznacza to, że właściwość geograficzna określana jest na podstawie popytu na dany produkt i zbliżonej podaży. W związku z takim zakresem badania w orzecznictwie często można spotkać pojęcie rynku relewantnego, który obejmuje obszar, na którym podmioty znajdujące się po stronie popytu lub podaży funkcjonują w wystarczająco zbliżonych warunkach konkurencji, oraz który można odróżnić od obszarów sąsiednich przez wzgląd na odmienne warunki prowadzenia działalności oferowane na nich podmiotom gospodarczym<sup>101</sup>.

Do wyznaczania rynku geograficznego stosuje się również test SSNIP, który polega na zweryfikowaniu, czy poprzez nieznaczne zwiększenie ceny (5-10%) klienci zaczną kupować towar w innym mieście, powiecie czy państwie. W przypadku uzyskania wyniku pozytywnego obszar ten dołącza się do rynku właściwego geograficznie. Na gruncie orzecznictwa polskiego wielokrotnie stwierdzono, że obszarem zbliżonym warunkami konkurowania jest obszar Unii Europejskiej, jak w przypadku wyznaczania rynku właściwego dla węgla kamiennego<sup>102</sup>. Jednak często rynek geograficzny może też być wyznaczany bardzo wąsko, jak w przypadku określenia rynku usług kserograficznych dla Konina. Sąd określił wówczas, że ze względu na bariery dostępu do rynku uzasadnione jest zawężenie rynku terytorialnego i wyodrębnienie na terenie Konina kilku rynków, w tym obszarów obejmujących

---

<sup>101</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 15 maja 2012 r., sygn. akt VI ACA 1270/11, Legalis nr 532606.

<sup>102</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 30 października 2008 r., sygn. akt: VI ACA 747/08, orzeczenia.waw.sa.gov.pl, data odczytu 20.10.2016 r.

zasoby mieszkaniowe spółdzielni mieszkaniowej<sup>103</sup>. Obszar Biblioteki Głównej UMCS stanowi natomiast odrębny obszar wymiaru geograficznego rynku usług kserograficznych. Innym przykładem jest wyznaczenie rynku właściwego geograficznie dla obrotu prawami transmisji telewizyjnych meczów piłki nożnej rozgrywanych przez polskie kluby piłkarskie. Określono, że rynek krajowy, a nie europejski, będzie stanowił rynek właściwy, ponieważ kibice jako konsumenci są zainteresowani przede wszystkim oglądaniem meczów w ramach rozgrywek prowadzonych przez Polski Związek Piłki Nożnej<sup>104</sup>.

Warto również dodać, że na gruncie orzecznictwa, oprócz rynku produktowego oraz geograficznego, pod uwagę mogą być brane inne wymiary, jak np. rynek czasowy, podmiotowy lub strukturalny. Rynek czasowy, choć nie zdefiniowany w ustawie, wynika z pkt 12 obwieszczenia. Chociaż rynek właściwy określa się na dłuższej przestrzeni czasowej, to czasami warunki konkurencji zależą od pory roku czy sezonu. Dotyczy to głównie produktów szybko zbywalnych czy sezonowych, uzależnionych np. od pory zbiorów.

Podmiotowy wymiar rynku uzależnia określenie ograniczenia konkurencji od tego, czy mają one charakter horyzontalny czy też wertykalny. Określa się wówczas szczebel poziomu dystrybucji towaru jako produkcję zbytu, czyli pierwotnego wprowadzenia do obrotu towaru na obrót hurtowy oraz obrót detaliczny.

W ostatnim aspekcie oznaczenie rynku właściwego na poziomie strukturalnym stanowi spór w orzecznictwie. Miało to miejsce np. w przypadku sporu co do rynku dystrybucji hurtowej napojów alkoholowych<sup>105</sup>, w którym to zarząd spółki Sobieski Trade Sp. z o.o. chciał uznać się za działającego na innym (wyższym) poziomie rynku sprzedaży hurtowej produktów alkoholowych powyżej 18% niż przejmowana przez niego spółka Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjne Wiesław Wawrzyniak Sp. z o.o., co miało wpływ na wynik postępowania koncentracyjnego. Sąd jednak podzielił zdanie Prezesa UOKiK, że w momencie koncentracji zarówno spółka przejmująca, jak i przejmowana działały na tym samym poziomie hurtowej sprzedaży alkoholu<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 24 kwietnia 2007 r., sygn. akt VI ACA 1054/06, Lex nr 446253.

<sup>104</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 4 grudnia 2007 r., sygn. akt VI ACA 848/07, Legalis nr 420470.

<sup>105</sup> Wyrok SOKiK z dnia 20 grudnia 2007 r., sygn. akt XVII AMA 2/07, Legalis nr 101081.

<sup>106</sup> Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK 1/07 w sprawie o sygn. DOK3-430/1/07/MB, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 20.10.2016 r.

W polskim prawie istnieje wiele definicji przedsiębiorcy. Sytuacja ta budzi wątpliwości nie tylko natury czysto prawnej, ale także na styku prawa i ekonomii. Najważniejsze znaczenie Ustawy o Ochronie Konkurencji i Konsumentów w zakresie prawa konkurencji stanowi dobre uzasadnienie, dlaczego została ona wybrana do tej analizy. Jest to główny akt prawny dotyczący konkurencji w Polsce. Z tego powodu często odwołują się do niego inne przepisy dotyczące konkurencji. Ponadto termin przedsiębiorca jest bardzo szeroko rozumiany w ustawie, co wynika ze specyfiki zawartego w niej przepisu o ochronie prewencyjnej. Ustawodawca dokonuje szeregu nowatorskich ustaleń, które pozwalają stwierdzić, że termin przedsiębiorca powinien być interpretowany w sposób kompleksowy w prawie konkurencji tak, aby uwzględnić potencjalne zagrożenia dla wolnego rynku.

## **Rozdział 2**

### **Porozumienie – definicja i zakres**

#### **2.1. Definicja porozumienia na gruncie prawa konkurencji**

Prawo konkurencji w ramach prawa antymonopolowego reguluje przeciwdziałanie antykonkurencyjnym zachowaniom przedsiębiorców oraz kontrolę łączenia przedsiębiorców. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>107</sup> stanowi podstawowy akt prawny z zakresu ochrony konkurencji i określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów, zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz organy właściwe w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów nieuczciwej konkurencji.

Prawo ochrony konkurencji zakazuje praktyk ograniczających konkurencję, którymi są porozumienia ograniczające konkurencję (praktyki wielostronne), oraz nadużywania pozycji dominującej (praktyki jednostronne). Antykonkurencyjne mogą być również koncentracje, którymi są: połączenie przedsiębiorców, przejęcie kontroli, utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, nabycie części mienia innego przedsiębiorcy.

Ustawa w art. 4 zawiera definicje normatywne, w tym definicję porozumienia. I tak przez porozumienia rozumie się: umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Taki trójdzielny podział oraz ogólny charakter porozumień pozwalają spojrzeć na porozumienia z szerszej perspektywy aniżeli wyłącznie na gruncie Kodeksu cywilnego. Pozwala objąć swym zakresem również działania faktyczne

---

<sup>107</sup> Ustawa o Ochronie Konkurencji i Konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. Dz.U. Nr 50, poz. 331.

przedsiębiorców<sup>108</sup>, które często mają charakter poufnych ustaleń. Sąd Najwyższy słusznie stwierdził, że instytucja porozumień w prawie antymonopolowym, postrzegana całościowo, nie pokrywa się z koncepcją umowy w rozumieniu prawa cywilnego<sup>109</sup>. Ustawodawca nie wartościuje rodzaju porozumień, uznając je za całościowy krąg praktyk ograniczających konkurencję. Porozumienia są jednak często umowami konsensualnymi między przedsiębiorcami bez względu na to, czy są one formalnie wiążące<sup>110</sup>.

Ustawodawca słusznie przy tworzeniu definicji posłużył się *acquis communautaire*, czyli dorobkiem prawnym Wspólnoty Europejskiej, w tym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości. Sam art. 101 TFUE nie przedstawia w sposób bezpośredni definicji porozumień, przedstawiając jedynie ich zbiór. Treść art. 101 ust. 1 TFUE wskazuje trzy formy kooperacji mieszczące się w kategorii porozumienia, tj. umowy między przedsiębiorcami, decyzje związków przedsiębiorstw i uzgodnione praktyki. W tym zakresie dużą rolę odegrało orzecznictwo ETS, które przyszło z pomocą definicji porozumień, uznając za nie standardowe warunki sprzedaży, ugody pozasądowe, korespondencję między przedsiębiorstwami czy rozmowy między ich reprezentantami<sup>111</sup>. Również polski ustawodawca nie wprowadził wymogu, aby porozumienie ograniczające konkurencję dokonane zostało w określony sposób, przy zastosowaniu określonej formy prawnej, dlatego w pojęciu porozumienia ograniczającego konkurencję mieszczą się wszelkie formy i sposoby uzgodnień stanowisk i działań przedsiębiorców<sup>112</sup>.

Wszelkie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu określone są terminem porozumienia wertykalne, a porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu określa się mianem porozumień horyzontalnych. Porozumienia horyzontalne są uznawane przez Prezesa UOKiK za bardziej szkodliwe dla konkurencji. Wynika to stąd, że gdy do zawarcia porozumienia dochodzi pomiędzy producentami lub sprzedawcami

---

<sup>108</sup> P. Podrecki, Porozumienia monopolistyczne i ich cywilnoprawne skutki, Zakamycze, Kraków 2000, s. 48.

<sup>109</sup> Wyrok SN z 23.11.2011 r., III SK 21/11, OSNAPiUS 2012, Nr 21–22, poz. 276, Legalis nr 473642.

<sup>110</sup> D. Kostecka-Jurczyk, Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2014, s. 47.

<sup>111</sup> Orzeczenie w sprawie T-168/01 GlaxoSmithKline Services Unlimited przeciwko Komisji, (Zb. Orz. 2006), s. II-2969, Eur-Lex nr 62001TJ0168; Orzeczenie w sprawie T-7/89 Hercules Chemicals NV przeciwko Komisji, (Zb. Orz. 1991), s. II-1711, Eur-Lex nr 61989TC0001.

<sup>112</sup> A. Powałowski, S. Koroluk Prawo ochrony konsumentów, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2002, s. 25.

produktu w sytuacji braku substytutu, to konsumenci takiego produktu zostają pozbawieni możliwości wyboru, z uwagi na wyeliminowanie konkurencji tam, gdzie przynosi ona najwięcej korzyści.

### **2.1.1. Porozumienia antykonkurencyjne**

Porozumienie antykonkurencyjne reguluje art. 6 UOKK, który stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W dalszej części artykułu wskazano przykłady, w których określone zostały przykłady porozumień ograniczających konkurencję, pozostawiając jednak katalog otwarty, co oznacza, że UOKiK może zbadać każde porozumienie między przedsiębiorcami, które może zostać zakwalifikowane jako naruszenie konkurencji. Przykładowe porozumienia antykonkurencyjne to: ustalanie bezpośrednio lub pośrednio cen oraz innych warunków zakupu bądź sprzedaży towarów, ograniczanie lub kontrolowanie produkcji czy zbytu, a także postępu technicznego lub inwestycji, podział rynków zbytu bądź zakupu, stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych czy niejednorodnych warunków umów, które stwarzają tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji, uzależnianie zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, które nie ma rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy, ograniczania dostępu do rynku bądź eliminowanie z rynku przedsiębiorców, którzy nie zostali objęci porozumieniem, uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, m.in. odnośnie do zakresu prac lub ceny.

Z definicji zakazanego porozumienia antykonkurencyjnego wynika, że musi ono zawierać antykonkurencyjny cel albo antykonkurencyjny skutek. Cel lub skutek to przesłanki alternatywne, co oznacza, że wystarczy udowodnić jedną z tych przesłanek<sup>113</sup>. Kwalifikacja danego porozumienia jako zakazanego, z uwagi na

---

<sup>113</sup> A. Jurkowska w: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, red. T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 378.

antykonkurencyjny cel, zwalnia z konieczności wykazywania antykonkurencyjnego skutku<sup>114</sup>.

Celu porozumienia nie traktuje się jako subiektywnej motywacji stron porozumienia, ale jako zamiar osiągnięcia przez strony porozumienia określonych skutków o antykonkurencyjnym charakterze. W rezultacie cel porozumienia należy oceniać obiektywnie i w kontekście warunków konkurencji na określonym rynku<sup>115</sup>. Cel porozumienia utożsamiany jest z przedmiotem porozumienia. Przedmiot należy odnieść do kontekstu faktycznego, w którym dochodzi do zawarcia porozumienia. W tym kontekście należy uwzględnić czynniki w postaci rodzaju produktów, pozycji stron na rynku, długości trwania porozumienia<sup>116</sup>.

Wobec powyższego rozumienie celu porozumienia jest odmienne niż wynika to z art. 65 § 2 KC, według którego przy wykładni oświadczeń woli przy umowach priorytet ma subiektywna ocena rzeczywistej zgodnej woli intencji stron. Stąd krytycznie należy ocenić sformułowanie zakazu porozumień ze względu na cel, bo przy wykładni literalnej odwoływać się powinno do subiektywnych intencji stron, a jeśli chodzi o obiektywne oceny, to sformułowanie celu porozumienia powinno być zastąpione przedmiotem porozumienia.

Porozumieniami, których celem jest ograniczenie konkurencji, są porozumienia, których treść i kontekst wskazują, że ograniczenie konkurencji staje się nieuniknioną konsekwencją zawarcia porozumienia i przystąpienia do jego realizacji. Chociażby strony porozumienia wykazały, że nie chciały ograniczać konkurencji, a zawarciu porozumienia towarzyszyły inne motywy, to porozumienie może zostać uznane za takie, którego celem jest ograniczenie konkurencji. Jeżeli treść porozumienia, względnie zachowanie stron na rynku, wskazuje na zaistnienie antykonkurencyjnego celu, to wystarczające jest już wtedy uznanie porozumienia za zakazane, a gdy z treści porozumienia nie wynika istnienie antykonkurencyjnego celu, to badane jest, na ile prawdopodobnie w badanym kontekście porozumienia konkurencja mogła zostać ograniczona<sup>117</sup>. Antykonkurencyjny cel mają porozumienia w największym stopniu ograniczające konkurencję, w tym w szczególności

---

<sup>114</sup> B. Turno, Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2012, nr 2, s. 34.

<sup>115</sup> A. Stawicki, Porozumienia zakazane z uwagi na cel lub skutek, *iKAR* 2012, nr 1, s. 12.

<sup>116</sup> J. Fidała, Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych, *iKAR* 2012, nr 3, s. 27.

<sup>117</sup> J. Fidała, Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych, *iKAR* 2012 nr 3, s. 27-28.

porozumienia polegające na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów; ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji; a także na podziale rynków zbytu lub zakupu. Dystrybucja selektywna jest właśnie przykładem porozumień o podziale rynku.

Antykonkurencyjny skutek zachodzi zaś, gdy porozumienie może negatywnie wpływać na konkurencję na rynku (na poziom cen, wielkość produkcji czy poziom innowacyjności na danym rynku), przy czym nieważne jest, czy skutek ten już zaistniał, czy dopiero może wystąpić<sup>118</sup>. Objęcie porozumienia zakazem ze względu na jego antykonkurencyjne skutki wymaga przeprowadzenia obiektywnej analizy jego wpływu na konkurencję w oparciu o kryteria ekonomiczne. Oceny skutków porozumienia należy dokonywać w ramach faktycznego kontekstu prawnego i gospodarczego, w którym miałyby miejsce konkurencja w sytuacji braku porozumienia wraz z jego wszystkimi domniemanymi ograniczeniami. W sytuacji, gdy dane zachowanie podmiotów może prowadzić bądź prowadzi do zachwiania sytuacji rynkowej w sposób odbiegający od warunków zwykle na rynku panujących, to podlega ono zakazowi porozumień ograniczających konkurencję z uwagi na skutek<sup>119</sup>. Według judykatury antykonkurencyjny skutek porozumień cenowych polega zarówno na podniesieniu cen, zmniejszeniu wielkości sprzedaży lub produkcji, jak również na utrudnieniu wejścia na rynek innym przedsiębiorcom<sup>120</sup>. Ponadto, dla kwalifikacji porozumienia jako niedozwolonego, wystąpienie skutków, które mają charakter antykonkurencyjny, nie jest ważne, gdy cel porozumienia zostanie ustalony jako antykonkurencyjny<sup>121</sup>.

Antykonkurencyjny cel lub skutek polegać ma na wyeliminowaniu, ograniczeniu lub naruszeniu w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Wyeliminowanie konkurencji, ograniczenie konkurencji, naruszenie w inny sposób konkurencji – to właśnie formy antykonkurencyjnych porozumień<sup>122</sup>. Można przytoczyć wiele przykładów, w których urząd przyjął, że porozumienie ogranicza bądź eliminuje konkurencję, kiedy to zgodnie z przedstawioną w pracy tezą niektóre

---

<sup>118</sup> A. Stawicki, Porozumienia zakazane z uwagi na cel lub skutek, iKAR 2012 nr 1, s. 12.

<sup>119</sup> J. Fidała, Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych, iKAR 2012 nr 3 s. 28.

<sup>120</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 lutego 2007 r., VI ACa 819/06, Lex Nr 1332073.

<sup>121</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2012 r., VI ACa 752/12, Lex Nr 1312120.

<sup>122</sup> A. Bolecki, Co to jest porozumienie?, w: A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, Prawo konkurencji, wyd. 1, Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 108-109.



z tych porozumień pozwalają poprawić konkurencyjność oraz konkurować z najsilniejszymi graczami na rynku.

Pomiędzy wyeliminowaniem i ograniczaniem konkurencji granicę wyznaczają skutki oddziaływania na konkurencję. W przypadku wyeliminowania, a w szczególności wyeliminowania w sposób sprzeczny z zasadami konkurencji, podmiotu działającego na tym samym rynku, konkurent dokonuje zamierzonych czynności, których celem lub skutkiem jest rezygnacja ze współzawodnictwa wszystkich innych przedsiębiorców na rynku czy też tak znacznej ich części, że konkurencja ze strony pozostałych pozbawiona jest istotnego znaczenia<sup>123</sup>. Chodzi tu o doprowadzenie do upadłości lub wycofania się konkurencji z rynku właściwego konkurentów.

Różnica w ramach ograniczenia konkurencji polega jedynie na fakcie, że działając w sposób zamierzony, intencją przedsiębiorcy jest zwiększenie swojego udziału w rynku na niekorzyść konkurencji bez jednoczesnej woli doprowadzenia do wycofania się konkurencji czy monopolizacji rynku. Przy ograniczaniu konkurencji chodzi o wywołanie poważnego zagrożenia konkurencji na rynku z powodu koordynowania działań przez przedsiębiorców<sup>124</sup>.

Oceniając jednak wyłączenie porozumienia pod kątem wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym, niemal każde porozumienie czy działanie konkurencji można uznać za niekonkurencyjne. Tymczasem złożoność procesów rynkowych prowadziła do sytuacji, w której przedsiębiorcy podejmowali współpracę niekoniecznie w celu wyeliminowania konkurencji, lecz jej stymulowania. Dlatego przy badaniu oceny porozumień nie jest wystarczające zweryfikowanie celu i konieczne jest również badanie potencjalnego lub rzeczywistego skutku. W przypadku przedstawienia najbardziej popularnych działań eliminujących konkurencję stanowisko UOKiK jest niezmiennie i polega na zdecydowanym eliminowaniu takich praktyk. Jednak należałoby rozważyć, czy takie działanie zawsze powinno być piętnowane.

Przykładem porozumień, których celem i skutkiem jest wyeliminowanie konkurencji, są zmowy przetargowe. Zmowy przetargowe są formą współpracy przedsiębiorców przystępujących do przetargu, które odnoszą się głównie do

---

<sup>123</sup> E. Modzelewska- Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, TWIGGER, Warszawa 2002, s. 66.

<sup>124</sup> A. Stawicki w: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, red. A. Stawicki, E. Stawicki, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 224.

przetargów publicznych. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że nie wystarczy jedynie samo podejrzenie zmywy, lecz musi ona również godzić w porządek publiczny<sup>125</sup>. W ramach zmów przetargowych wyróżnia się zmywy dotyczące ograniczania ofert przetargowych, których istotą jest, że działający w porozumieniu przedsiębiorcy powstrzymują się od złożenia ofert lub wycofują wcześniej złożone oferty w celu umożliwienia wybranemu między sobą przedsiębiorcy wygranie przetargu ofertą o zawyżonej cenie, oraz zmywy dotyczące pozornego składania ofert, polegające na składaniu przez współpracujących ze sobą przedsiębiorców nienaturalnie wysokich czy w inny sposób nieakceptowanych ofert, a tak naprawdę tylko jeden z przedsiębiorców składa akceptowalną dla organizatora przetargu ofertę<sup>126</sup>.

Wyróżnia się także mające na celu osłabienie konkurencji między potencjalnymi wykonawcami zmywy przetargowe horyzontalne, które mogą przybierać wiele form, a ich skutkiem jest zawyżenie ceny lub pogorszenie jakości, oraz zmywy przetargowe wertykalne, które polegają najczęściej na uzgodnieniu warunków przetargu lub treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) między zamawiającym a jednym z potencjalnych wykonawców w celu wykluczenia z udziału w przetargu innych wykonawców<sup>127</sup>.

Antykonkurencyjny skutek mogą mieć też konsorcja przetargowe, które są jednym z najczęstszych porozumień występujących na gruncie porozumień horyzontalnych. Tworzenie konsorcjów przez przedsiębiorców polega na podjęciu współpracy celem złożenia przez nich jednej, wspólnej oferty w ramach jednego przetargu. Tworzenie konsorcjów zostało dopuszczone na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2018 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>128</sup>. Chociaż tworzenie konsorcjów przetargowych jest dozwolone, to nie oznacza, że zostają one wyłączone spod oceny zgodności z prawem konkurencji.

Pomimo że pojęcie konsorcjum nie posiada swojej legalnej definicji, w literaturze prawniczej przyjęto, że jest ono w dużej mierze oparte na umowie spółki cywilnej. W orzecznictwie natomiast konsorcjum zdefiniowane zostało jako „twór powołany w drodze umowy przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia wytyczonego celu

---

<sup>125</sup> W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 51.

<sup>126</sup> P. Semeniuk, Polskie zmywy przetargowe – krytyka, iKAR 2013, nr 1, s. 54.

<sup>127</sup> W. Dorabialski, S. Joźwiak-Górny, Zmywy przetargowe, UOKiK, Warszawa 2013, s. 3.

<sup>128</sup> Ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.

gospodarczego”<sup>129</sup>. Różnica pomiędzy konsorcjum a spółką cywilną, jak wskazuje Małgorzata Stachowiak, jest taka, że sama umowa zawarta przez konsorcjantów nie zawiera w sobie wniesienia wkładów, przez co konsorcjum nie posiada majątku własnego<sup>130</sup>. Konsorcjum to forma organizacyjna nieposiadająca określonej podmiotowości prawnej, struktury organizacyjnej czy też odrębnego majątku, utworzona przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia określonego, wytyczonego celu gospodarczego. Konsorcjum może przybrać formę umowy lub być nieformalnym porozumieniem, ale jego celem jest zawsze wspólna realizacja przedsięwzięcia przez połączenie posiadanych zasobów oraz rozłożenie ryzyka gospodarczego pomiędzy uczestników konsorcjum<sup>131</sup>.

Przedsiębiorcy często zakładają konsorcja w celu złożenia wspólnej oferty przetargowej. Najczęstszymi powodami tworzenia konsorcjów jest brak możliwości samodzielnego świadczenia usług wymaganych w umowie z uwagi na zbyt duży zakres prac, brak spełnienia przez przedsiębiorcę wymaganych kryteriów, np. finansowych, brak zaplecza logistycznego, jak np. odpowiednich zasobów ludzkich i sprzętowych, czy nieposiadanie przez przedsiębiorcę *know-how* niezbędnego do przystąpienia do oferty<sup>132</sup>.

Zawieranie umowy konsorcjum jest oświadczeniem woli przedsiębiorców do połączenia ich potencjałów ekonomicznych, technologicznych, sprzętowych oraz wykorzystania efektu skali. Przedsiębiorcy tworzą konsorcja również w celach logistycznych, tak aby można było w przyszłości móc posiadać środki na przyszłe inwestycje. W literaturze podkreśla się ponadto, że „celem zawarcia porozumienia w sprawie wspólnego ubiegania się o zamówienia publiczne jest także rozłożenia ryzyka między wszystkich uczestników porozumienia. Takie podejście znajduje swoich oponentów, którzy w takiej argumentacji znajdują znamiona zmowy, tj. zamierzonego działania w celu naruszenia konkurencyjności”<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 20 lutego 2007 r IX CA 50/07, LEX nr 621228.

<sup>130</sup> M. Stachowiak, Komentarz do art. 23 ustawy – Prawo Zamówień Publicznych, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, wyd. 6, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 40.

<sup>131</sup> M. Sieradzka, Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny cel udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – analiza i ocena, iKAR 2015 nr 5, s. 38.

<sup>132</sup> Irlandzki Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Consortium bidding, how to comply with competition law when rendering as part of a consortium, guide for SME, Dublin, 2014, s. 3-4.

<sup>133</sup> S. Mosur-Bleze, Niekonkurencyjne konsorcjum, Przetargi Publiczne 3/2014, s. 23.

Mali i średni przedsiębiorcy stanowią podstawę gospodarki krajowej. W związku z tym utworzenie przez MSP konsorcjum pozwala na skondensowanie wiedzy, zasobów oraz możliwości ekonomicznych przedsiębiorstw. Rozwój gospodarczy uzależniony jest od działań przedsiębiorstw z sektora MSP. Kryteria zamówienia publicznego są często barierą nie do przejścia dla osób podejmujących działania zmierzające do uzyskania zlecenia od podmiotu publicznego. Często też uzyskanie zlecenia z zamówienia publicznego daje tym podmiotom stabilizację finansową i podstawy do konkurencji na rynku z dużymi przedsiębiorcami. Tworzenie konsorcjów jest dozwolone zarówno na gruncie prawa krajowego, jak i unijnego.

Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia konsorcjum, a ustawodawca przewidział jedynie, że wykonawcy mogą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia (art. 23 ust. 1 p.z.p.). Jest to odzwierciedlenie przepisów unijnych, a mianowicie dyrektywy Parlamentu Europejskiego<sup>134</sup>. Na taką formę współpracy zezwala również art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, który w myśl swobody zawierania umów pozwala na układanie stosunków prawnych według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Dopuszczalność zawierania umowy konsorcjum przetargowego nie świadczy o wyłączeniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Stąd, kiedy kilku przedsiębiorców zawiązuje konsorcjum, to takie porozumienie może zostać zbadane pod kątem koncentracji. Uznać można wszak, że konsorcja przetargowe, polegające na złożeniu oferty przez więcej niż jednego przedsiębiorcę, nie ograniczają czy też nie naruszają konkurencji w myśl art. 6 ust. 1 UOKiK<sup>135</sup>. Stanowisko UOKiK jest w tym przypadku odmienne od stawianej tezy.

Przykładem tego może być decyzja nr RLU 38/2012 z dnia 13 grudnia 2012 r., dotycząca przetargu na odbiór i transport odpadów komunalnych w latach 2008-2011, zorganizowanego przez Zarząd Mienia Komunalnego (ZMK) w Białymstoku. Dwie działające na lokalnym rynku spółki wywozu odpadów komunalnych (ASTWA oraz MPO) przystąpiły do przetargu na wywóz śmieci ze wspólną ofertą. Według stanowiska UOKiK zawiązanie konsorcjum miało umożliwić przedsiębiorcom utrzymanie dotychczasowego podziału rynku z pominięciem konkurencji. Zdaniem Prezesa UOKiK rzekome ograniczenia techniczne, które uniemożliwiały im

---

<sup>134</sup> Art. 4 ust 2 zd. 1 Dyrektywy PE i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE.

<sup>135</sup> A. Jurkowska-Gomułka, Komentarz do art. 6 UOKiK, red. K. Skoczny, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 301-302.

samodzielne ubieganie się o wykonanie zamówienia, były niczym innym, jak znową przetargową, a spółki zawarły nielegalne porozumienie antykonkurencyjne. Od decyzji Prezesa UOKiK<sup>136</sup> strony wniosły odwołanie do sądu. W wyroku SOKiK z dnia 10 marca 2015 r. XVII AmA 73/13 – który w tym przypadku należy uznać za rewolucyjny i zmierzający do liberalizacji rynku – sąd uznał, że złożenie wspólnej oferty jest prawnie dopuszczalne. Choć sąd nie odniósł się do kwalifikacji konsorcjum na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, to uznał, że „warunkiem dopuszczalności konsorcjum jest to, aby uczestnicy konsorcjum wystąpili z jedną wspólną ofertą, a nie tylko uzgodnili warunki własnych ofert”. Wyrok ten stanowi dobry przykład potwierdzenia tezy, że liberalne podejście do porozumień, w tym przypadku horyzontalnych, ma pozytywny wpływ na konkurencyjność.

Podejście UOKiK dotychczas zakładało, że konsorcjum ma antykonkurencyjny charakter z tego względu, że przedsiębiorcy biorący udział w przetargu mogą samodzielnie do niego przystąpić. Wówczas zawiązanie konsorcjum prowadzi do ograniczenia rywalizacji pomiędzy przedsiębiorcami. Natomiast prokonkurencyjne skutki płynące z utworzenia konsorcjum zachodzą, gdy dzięki konsorcjum grupa przedsiębiorców może podjąć się zadania, które przekraczałoby możliwości każdego z nich z osobna. Podmioty działające w konsorcjum nie zawsze, według stanowiska UOKiK, mające możliwości techniczne i organizacyjne, mogą występować indywidualnie. Zawarcie konsorcjum pozwala grupie mniejszych podmiotów na nawiązanie rywalizacji z większymi przedsiębiorcami, którzy dotychczas nie mieli presji konkurencyjnej<sup>137</sup>.

Jeżeli z ekonomicznego punktu widzenia konsorcjum występuje jako podmiot gospodarczy działający we własnym zakresie<sup>138</sup>, to konsorcjanci nie działają w imieniu pozostałych wykonawców. Porozumienie takie jest jawne i przybiera formę umowy. W wyroku Sądu Najwyższego<sup>139</sup> sąd wskazał na występowanie konsorcjów wewnętrznych (tzw. ciche czy ukryte), które nie są ujawniane na zewnątrz i stanowią jedynie formę wewnętrznych relacji uczestników rynku, oraz konsorcjów

---

<sup>136</sup> Decyzja Prezesa UOKiK, RLU Nr 38/2012 z dnia 31 grudnia 2012 r., <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 25.10.2017 r.

<sup>137</sup> W. Dorabialski, S. Joźwiak-Górny, *Zmowy przetargowe*, UOKiK, Warszawa 2013, s. 12-13.

<sup>138</sup> Indywidualna oferta jest działaniem we własnym zakresie według stanowiska KIO, wyr. KIO/UZP/93/15, 94/15 z 3.02.2015 r.

<sup>139</sup> Wyrok SN z 20 listopada 2014 r. V CSK 177/14, Legalis nr 1180506.

zewewnętrznych, tj. takich, w których jeden podmiot na pomocy relacji horyzontalnych reprezentuje pozostałych uczestników rynku.

W rezultacie zawarcie konsorcjum nie może być automatycznie kwalifikowane jako naruszające zakaz z art. 6 ust. 1 UOKK. Dopuszczalność utworzenia konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może wynikać jedynie z badania przesłanki samodzielnego udziału lub wykonania zamówienia publicznego, a konieczne jest dodatkowo ustalenie, czy spełniona została przesłanka niezbędności zawarcia umowy konsorcjum<sup>140</sup>.

Ograniczenie konkurencji obejmuje zachowania, które prowadzą do zakłócenia konkurencji. Potwierdza to judykatura, podkreślając, że ograniczenie konkurencji pojawia się wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorców prowadzi lub może prowadzić do wywołania odmiennych skutków, jak np. obniżenie wielkości produkcji lub sprzedaży, podniesienie cen lub ograniczenie zakresu wyboru, z jakiego korzysta konsument. Tego rodzaju zachowania godzą w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelną funkcją ustawy powinny być zakazane i surowo ukarane<sup>141</sup>.

Stwierdzenie istnienia antykonkurencyjnego celu porozumienia wymaga, aby jego treść czy kontekst wskazywały, że ograniczenie konkurencji stanowi nieuniknioną, immanentną konsekwencję zawarcia porozumienia<sup>142</sup>. Dotyczy to więc porozumień, których oczywistą konsekwencją jest zniekształcenie efektywności ekonomicznej rynków z uwagi na szkodę dla dobra konsumenta<sup>143</sup>.

Niektóre porozumienia stanowią tak istotne ograniczenie konkurencji, że niemal automatycznie podlegają zakazowi porozumień ograniczających konkurencję. Dotyczy to m.in. horyzontalnych porozumień cenowych, kontyngentowych oraz podziałowych, które z samej swojej istoty mają antykonkurencyjny cel i nie jest konieczna analiza ich antykonkurencyjnych skutków, których zaistnienie można domniemywać z uwagi właśnie na sam cel.

Przykładem porozumień ograniczających konkurencję są porozumienia narzucające minimalną lub sztywną cenę odsprzedaży zawarte między dostawcami i dystrybutorami. Są one niedozwolone bez wykazania skutków w postaci

---

<sup>140</sup> M. Sieradzka, Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny cel udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – analiza i ocena, iKAR 2015 nr 5, s. 44.

<sup>141</sup> Wyrok SN z 19 października 2006 r., III SK 15/06, Legalis nr 89202.

<sup>142</sup> D. Miąsik, Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE, Europejski Przegląd Sądowy, sierpień 2009, s. 55.

<sup>143</sup> J. Fidała, Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych, iKAR 2012 nr 3, s. 30.

rzeczywistego wpływu na konkurencję, ponieważ z samej natury takich porozumień wynika ich cel w postaci zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji na rynku właściwym<sup>144</sup>. Podobnie, w przypadku wertykalnych porozumień cenowych, dotyczących narzucania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży, organy antymonopolowe przyjmują domniemanie o istnieniu silnego antykonkurencyjnego potencjału porozumień z uwagi na cel zawarcia porozumienia, który uzasadnia jego negatywną ocenę.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego narzucanie ceny odsprzedaży ściśle według cennika jest niedozwoloną ingerencją w samodzielność handlową, która usprawiedliwia uznanie jej za praktykę monopolistyczną. Należy ona do grupy praktyk, określanych w piśmiennictwie mianem porozumień wertykalnych, na podstawie których producent zapewnia sobie kontrolę rynku poprzez wyznaczanie sprzedawcy ceny, po jakiej ten ma sprzedawać jego wyroby. Prowadzi to do zakłóceń naturalnych mechanizmów rynkowych, kształtowanych prawami podaży i popytu, pozbawiając sprzedawcę możliwości indywidualizacji cen. Antykonkurencyjny charakter takich praktyk jest więc oczywisty<sup>145</sup>. Podobne stanowisko przyjmuje Prezes UOKiK w przypadku porozumień między sprzedawcami, gdy uzyskują oni możliwość wpływania na strategie rynkowe przedstawicieli handlowych. Dzieje się to poprzez narzucanie przedstawicielom cen odsprzedaży towarów ściśle według cennika (tj. według cen sztywnych). W konsekwencji uzyskują oni przynajmniej teoretyczną możliwość przewidywania ze znacznym prawdopodobieństwem i wyprzedzeniem wysokości cen stosowanych przez konkurentów dystrybuujących te same produkty. Taka praktyka nie stanowi według UOKiK niedozwolonej ingerencji w te decyzje uczestnika sieci, które powinny i muszą pozostać w sferze jego swobodnego wyboru. Tylko w takim wypadku, gdy żaden z podmiotów funkcjonujących na określonym rynku nie jest pewien decyzji cenowych konkurentów, można mówić o regulacyjnej roli rynku i swobodzie konkurencji<sup>146</sup>.

Również Komisja Europejska w wydanych wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych stwierdziła, że narzucanie cen odsprzedaży ma antykonkurencyjny potencjał porozumienia z punktu widzenia celu prawa konkurencji, gdyż może m.in. ułatwiać znowę między dostawcami przez zwiększanie przejrzystości cen na

---

<sup>144</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 9 października 2009 r., sygn. akt VI ACa 86/09, Lex nr 1642917.

<sup>145</sup> Wyrok SN z dnia 16 stycznia 2003 r., sygn. akt I CKN 1200/00, Legalis nr 58241.

<sup>146</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 30 grudnia 2010 r., sygn. akt RGD 31/2010, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 25.10.2017 r.

rynku, ułatwiając tym samym wykrycie, czy dostawca narusza równowagę zmony, obniżając ceny<sup>147</sup>, ułatwić zmonę na poziomie dystrybucji. Silni lub dobrze zorganizowani dystrybutorzy są w stanie zmusić lub przekonać jednego lub kilku dostawców do ustalenia cen odsprzedaży powyżej konkurencyjnego poziomu – i w ten sposób umożliwić im osiągnięcie lub ustabilizowanie równowagi zmony, łagodzić konkurencję między producentami lub detalistami, zwłaszcza jeśli producenci wykorzystują tych samych dystrybutorów do dystrybucji swoich produktów i narzucanie cen odsprzedaży jest stosowane przez wszystkich lub wielu z nich, a także uniemożliwić sprawnej działającym detalistom wejście na rynek lub rozwinięcie działalności w odpowiedniej skali z niskimi cenami przez uniemożliwienie konkurencji cenowej między różnymi dystrybutorami<sup>148</sup>.

W piśmiennictwie jednak wskazuje się na możliwość potencjalnych pozytywnych skutków zachowań polegających na narzucaniu minimalnej lub sztywnej ceny odsprzedaży. Otóż w pewnych ekonomicznych warunkach wertykalne porozumienia cenowe w zakresie minimalnej i sztywnej ceny odsprzedaży są korzystne dla konsumenta<sup>149</sup>. Wynika to z faktu, że ustalenie ceny na określonym poziomie może przykładowo umożliwić utrzymanie parametrów jakościowych sprzedawanych towarów (gdyż tzw. wojna cenowa nie wpłynie na jakość towarów) lub umożliwić obsługę posprzedażową. W konsekwencji postuluje się przeformułowanie zasady, że wertykalne porozumienia dotyczące minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży są zakazane ze względu na cel na rzecz zasady, uznając je za zakazane ze względu na skutek. Porozumienia w zakresie sztywnej lub minimalnej ceny odsprzedaży mogą, co wynika z powyższego, sprzyjać zmonie cenowej na poziomie dostawy lub dystrybucji, co negatywnie wpływa na konkurencję, albo stymulować konkurencję międzymarkową, co jest prokonkurencyjne.

Naruszenie konkurencji w inny sposób uznawane jest za kategorię najszerszą, gdyż traktuje się ją jako każdą sztuczną zmianę warunków konkurencji<sup>150</sup>. Naruszenie konkurencji będzie mogło dotyczyć różnorodnych porozumień, które zawierane są

---

<sup>147</sup> Zawiadomienie Komisji z dnia 10 maja 2010 r.: Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 224. SEC/2010/0411.

<sup>148</sup> Zawiadomienie Komisji z dnia 10 maja 2010 r., Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 224. SEC/2010/0411.

<sup>149</sup> J. Fidała, Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych, iKAR 2012 nr 3, s. 41.

<sup>150</sup> A. Stawicki w: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, red. A. Stawicki, E. Stawicki Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 224.



w rzeczywistości gospodarczej, a ocena zawieranych porozumień i ich antykonkurencyjnego celu lub skutku należy do stron porozumienia.

Naruszenie konkurencji często jest skutkiem kooperacji. Nie dotyczy to grup kapitałowych, gdyż przedsiębiorcy należący do jednej grupy kapitałowej traktowani są jako jeden organizm gospodarczy. Istotą grupy kapitałowej jest wspólne działanie formalnie odrębnych podmiotów w formie spółek kapitałowych – podmioty te są powiązane w sposób trwały więzami kapitałowymi, nastawione na realizację wspólnego celu gospodarczego i mają możliwość jego osiągnięcia, z uwagi na wskazane powiązania<sup>151</sup>. Oznacza to, że występują *de facto* jako jeden organizm gospodarczy. Natomiast zakaz zawierania porozumień o charakterze antykonkurencyjnym może mieć zastosowanie do spółek zależnych, które zachowują znaczną autonomię decyzyjną. W przypadku, gdy spółki takie funkcjonują na rynku tak, jak konkurenci, to porozumienia przez nie zawarte mogą być oceniane na gruncie przepisów prawa konkurencji<sup>152</sup>.

W pozostałych przypadkach zastąpienie współzawodnictwa na rynku kooperacją i unifikacją zachowań narusza zwykle konkurencję na rynku<sup>153</sup>. Przykładem są porozumienia konkurentów o wspólnej sprzedaży, które pociągają za sobą zagrożenie dla konkurencji, kontrahenci mają bowiem ograniczoną możliwość wyboru partnera w zakresie sprzedaży towarów, skoro część potencjalnych kontrahentów działa w ramach wspólnej sieci. Przykładowo w sprawie RUCH S.A. i Kolportaż Prasy ROLKON Sp. z o.o. Prezes UOKiK nie stwierdził, że podczas organizowania wspólnej sprzedaży tytułów prasowych przez spółki doszło do porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku kolportażu prasy<sup>154</sup>.

Innym przykładem jest możliwość naruszenia konkurencji poprzez uzgadnianie cen rekomendowanych (sugerowanych) oraz maksymalnych, które uznawane są za mniej szkodliwe dla konkurencji. W konsekwencji porozumienia takie korzystają z wyłączenia grupowego dla porozumień wertykalnych, jeśli udział w rynku producenta lub dystrybutora nie przekracza 30%. Natomiast w sytuacji, gdy udział uczestników porozumienia przekracza próg procentowy, wówczas porozumienie nie

---

<sup>151</sup> Por.: M. Trocki, B. Wawrzyniak, Grupy kapitałowe w Polsce, Difin, Warszawa 2000.

<sup>152</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt VI ACa 995/12, LEX Nr 1314951.

<sup>153</sup> A. Pisz, Konsolidacja, kooperowanie i konkurowanie: ich granice w polskim prawie ochrony konkurencji, s. 217, [www. http://jmf.wzr.pl/pim/2012\\_1\\_3\\_18.pdf](http://jmf.wzr.pl/pim/2012_1_3_18.pdf), data odczytu 26.10.2017 r.

<sup>154</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 16 lipca 2004 r. nr RWA 19/2004, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 20.09.2017 r.

korzysta z wyłączenia grupowego, a podlega indywidualnej analizie i w zależności od okoliczności sprawy może zostać uznane za zakazane lub wyłączone spod zakazu.

Z kolei koncentracje również naruszają konkurencję, chyba że chodzi o koncentracje, które nie przekraczają tzw. progu bagatelności, w ich rezultacie bowiem konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona. Próg bagatelności wynosi 5% w stosunku do porozumień między konkurentami co do łącznego ich udziału w rynku właściwym, którego dotyczy porozumienie, a 10% – w stosunku do porozumień zawieranych między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami<sup>155</sup>. Podstawą wyłączenia jest przekonanie, że nie wszystkie porozumienia ograniczające konkurencję wymagają interwencji organów ochrony konkurencji i konsumentów i zasługują na sankcjonowanie. Dlatego wynikająca z art. 7 ustawy o UOKiK zasada *de minimis* znajduje zastosowanie wobec porozumień, które w zasadzie nieodczuwalnie oddziałują na konkurencję na rynku właściwym. Zgodnie z ustawą o UOKiK<sup>156</sup> Prezes Urzędu, w drodze decyzji, wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona. Jednakże Prezes Urzędu wydaje również, w drodze decyzji, zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, gdy odstępianie od zakazu koncentracji jest uzasadnione w szczególności tym, że przyczyni się ona do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego czy też może ona wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową. Od decyzji Prezesa UOKiK przysługuje odwołanie do sądu.

W 2015 r. sądy rozstrzygały w trzystu szesnastu sprawach dotyczących ochrony konkurencji, przy czym w stu siedemdziesięciu przypadkach decyzje Urzędu w całości były podtrzymywane przez sądy, sześćdziesiąt osiem razy – zmieniane, dwadzieścia osiem razy – uchylone, natomiast dwanaście spraw zostało przekazanych do ponownego rozpatrzenia przez sądy niższych instancji<sup>157</sup>. Z powyższego wynika, że większość decyzji Prezesa UOKiK jest wydawanych prawidłowo i sądy przyznawały rację Prezesowi UOKiK.

Naruszenie konkurencji może mieć miejsce także przez porozumienia wertykalne, których istotą jest łączenie sposobu dystrybucji selektywnej i dystrybucji wyłącznej. Istotą dystrybucji wyłącznej jest zakazanie dystrybutorom sprzedaży

---

<sup>155</sup> Art. 7 UOKK.

<sup>156</sup> Art. 18 UOKK.

<sup>157</sup> Por.: <https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=17557>, data odczytu 16.05.2017 r.

skierowanej do grupy klientów czy do pewnego terytorium, zastrzeżonych na wyłączność dla producenta lub innemu dystrybutorowi, a jej łączenie z dystrybucją selektywną jest zasadniczo niedopuszczalne. Wyjątek dotyczy łączenia dystrybucji selektywnej z dystrybucją wyłączną, o ile funkcjonują na innych obszarach<sup>158</sup>, chociaż nie jest to precyzyjnie wyjaśnione i uregulowane w prawie polskim i unijnym. W rezultacie umowy dystrybucyjne wywołują wiele wątpliwości prawnych pod względem zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

### **2.1.2. Porozumienie prokonkurencyjne**

Zakaz antykonkurencyjnych porozumień dotyczy wyłącznie tych porozumień, których cel lub skutek ma określone przełożenie na konkurencję. Z kolei porozumienie prokonkurencyjne, czyli nieprowadzące do ograniczenia konkurencji, są dozwolone przez prawo. Przy zawarciu takich porozumień nadal zapewnione jest prawidłowe funkcjonowanie normalnej konkurencji, czyli taka sytuacja na rynku, w której przedsiębiorcy rywalizują ze sobą, podejmując decyzje autonomicznie. Standardowa konkurencja oznacza niezależność procesu dochodzenia przez przedsiębiorców działających na danym rynku do decyzji o sposobie reakcji na zachowania konkurentów lub zmian w otoczeniu rynkowym wywołanym innymi czynnikami<sup>159</sup>. Wyjątkiem od zakazu porozumień ograniczających konkurencję są porozumienia, co do których uznano, że przynoszą one pozytywne skutki. Przeważają one nad ograniczeniem konkurencji, dlatego powinny zostać dopuszczone do obrotu prawnego. Konsekwencją objęcia porozumienia wyłączeniem od zakazu jest jego ważność z mocy prawa. Za legalne nie mogą zostać uznane porozumienia, które mają fundamentalnie antykonkurencyjną istotę.

Ocena porozumień jako prokonkurencyjnych wiąże się ze zorientowaniem na ocenę skutków ekonomicznych (*effects-based approach*), co oznacza badanie gospodarczych skutków zachowań przedsiębiorców, nie zaś form ich działań. Chodzi o ocenę zachowań przedsiębiorców, a nie tylko warunków rynkowych, w jakich te zachowania miały miejsce, i innych kryteriów gospodarczych, zwłaszcza korzyści ekonomicznych generowanych na rzecz konsumentów.

---

<sup>158</sup> Zawiadomienie Komisji z dnia 10 maja 2010 r., Wytoczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 176. SEC/2010/0411.

<sup>159</sup> D. Miąsik, Głosa do wyroku TS z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. akt C-209/07, EPS 2009/8/50-58.

Wyróżnione kategorie dozwolonych porozumień zostały objęte rozporządzeniem określającym wyłączenia grupowe<sup>160</sup> i najczęściej odnoszą się do porozumień wertykalnych. Forma prawna porozumienia nie ma wpływu na możliwość korzystania z wyłączenia.

Prokonkurencyjne mogą być porozumienia w zakresie dystrybucji selektywnej, w ramach których producent zobowiązuje się sprzedawać towary wyłącznie dystrybutorom wybranym według pewnych kryteriów, a ci zobowiązują się nie sprzedawać tych towarów innym dystrybutorom, nieobjętym porozumieniem. Dzieje się tak, pomimo że dystrybucja selektywna wiąże się zawsze z ograniczeniem swobody dystrybutorów. Według orzecznictwa dotyczy to produktów zaawansowanych technicznie (zegarki, sprzęt elektroniczny), produktów luksusowych (kosmetyki, biżuteria, zastawy stołowe) i gazet, uzasadniają to bowiem właściwości tych produktów, o ile selekcja dystrybutorów opierała się na niedyskryminujących i obiektywnych, jakościowych kryteriach<sup>161</sup>. Przykładem takich obiektywnych i jakościowych kryteriów są np. szkolenie personelu sprzedaży czy serwisowanie.

Występuje jakościowa dystrybucja selektywna, która wiąże się z wyborem dystrybutorów lub warsztatów wyłącznie w oparciu o obiektywne kryteria związane z charakterem produktu lub usługi, oraz ilościowa dystrybucja selektywna, która obejmuje dodatkowe kryteria wyboru, ograniczające potencjalną liczbę dystrybutorów. Zasadniczo przyjmuje się, że jakościowa dystrybucja selektywna nie wchodzi w zakres stosowania zakazu porozumień ze względu na brak antykonkurencyjnych skutków, o ile spełnione są warunki co do charakteru produktu, kryteriów wyboru i proporcjonalności<sup>162</sup>. Przyjęcie kryteriów ilościowych uważa się zwykle za bardziej restrykcyjne, dlatego częściej mogą ograniczać konkurencję i naruszać zakaz porozumień.

Zasadniczo liczba wyznaczonych dystrybutorów nie może być ograniczona odgórnym limitem. Z drugiej strony Trybunał Sprawiedliwości UE uznał, że producenci nowych samochodów w ramach selektywnej dystrybucji ilościowej nie muszą określać kryteriów doboru dystrybutora w sposób obiektywnie uzasadniony i jednolity, a wystarczające jest określenie kryteriów doboru, które umożliwi ich

---

<sup>160</sup> Rozporządzenie RM, W sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, Dz.U. nr 81, poz. 441.

<sup>161</sup> P. Milczarek, Porozumienia wertykalne we wspólnotowym prawie konkurencji, *Studia Europejskie* 2000 nr 4, s. 69.

<sup>162</sup> Zawiadomienie Komisji z dnia 10 maja 2010 r., Wytoczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 175. SEC/2010/0411.

dokładne sprawdzenie i ocenę z punktu widzenia zasad konkurencji<sup>163</sup>. Powyższe orzeczenie ma istotne znaczenie w kontekście legalności porozumień dystrybucyjnych, natomiast Trybunał nie podał wskazówek, jak ustalić te ilościowe kryteria pod kątem możliwości weryfikacji ich treści co do zgodności z prawem konkurencji, co jest utrudnieniem dla przedsiębiorców.

Legalność porozumień w zakresie dystrybucji selektywnej często zależy od odpowiedniego skonstruowania takich umów w odniesieniu do opisu zobowiązań i liczby dystrybutorów oraz kryteriów ich wyboru. Wymóg zawarcia w porozumieniu kryteriów wyboru dystrybutora może być wątpliwy, skoro prawo unijne mówi tylko o weryfikowalności kryteriów na podstawie umowy<sup>164</sup>. Niewłaściwe sformułowanie czy wykonanie umów może stanowić o antykonkurencyjności porozumień i w konsekwencji skutkować nałożeniem wysokich kar przez Prezesa UOKiK. Jednocześnie większy udział w rynku producenta podwyższa ryzyko, że umowa stanowi porozumienie ograniczające konkurencję<sup>165</sup>.

Polskie rozporządzenie w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>166</sup> zezwala producentowi na: wprowadzenie dystrybutorowi zakazu aktywnej sprzedaży na określonym terytorium czy określonej grupie klientów, o ile przydzielił ich na wyłączność sobie lub innym dystrybutorom, chyba że ograniczenie utrudnia sprzedaż towarów klientom dystrybutora; wprowadzenie wymogu, aby lokal dystrybutora spełniał określone wymogi jakościowe w zakresie np. powierzchni, wyglądu, wystroju wnętrza, funkcjonalności, standardów bezpieczeństwa, prestiżu lokalizacji albo odległości; wprowadzenie zakazu dystrybutorowi hurtowemu sprzedaży ostatecznym użytkownikom; ograniczenie prowadzenia sprzedaży na rzecz nieautoryzowanych dystrybutorów w zakresie terytorium, na którym dostawca postanowił prowadzić sprzedaż za pośrednictwem systemu dystrybucji selektywnej; wprowadzenie

---

<sup>163</sup> Wyrok TSUE z dnia 14 czerwca 2012 r., sygn. akt C-158/11, *Auto 24 SARL v. Jaguar Land Rover Franc.*

<sup>164</sup> M. Marek, *Wyłączenie dystrybucji selektywnej spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, iKAR 2016, nr 7, s. 13-14.

<sup>165</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1223/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. dotyczące produktów kosmetycznych w aspekcie regulacji antymonopolowych.

<sup>166</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, Dz. Urz. Nr 81, poz. 441.

ograniczenia prawa dystrybutora do odsprzedaży komponentów dostarczanych przez dostawcę jego konkurentom<sup>167</sup>.

Celem prawa ochrony konkurencji jest zapewnienie dobrobytu konsumentom (*consumer welfare*) poprzez zachowanie konkurencyjnej struktury rynku jako mechanizmu zapewniającego optymalny społecznie rozdział środków produkcji i równocześnie kształtujący należycie cenę i podaż oferowanych towarów i usług. Powyższe znajduje potwierdzenie w teorii szkoły chicagowskiej, według których celem polityki konkurencji jest dobrobyt konsumenta (*consumer welfare*) osiągany przez promocję efektywności<sup>168</sup>.

Wolny rynek oparty na konkurencji jest uważany za ekonomicznie bardziej wydajny niż rynek oparty na regulacji gospodarki przez państwo<sup>169</sup>. Potwierdza to Prezes UOKiK, stwierdzając, że „ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest ze względu na fakt, iż praktyki naruszające poszczególne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w szczególności zakaz porozumień ograniczających konkurencję, godzą w dobrobyt konsumenta (*consumer welfare*) i jako sprzeczne z naczelną funkcją ustawy powinny być surowo karane”<sup>170</sup>. Ponadto godzenie w dobrobyt konsumentów oznacza pozbawienie ich końcowych korzyści wynikających z konkurencji, takich, jak: większy wybór, lepsza jakość, niższe ceny oraz większa innowacyjność produktów i usług oferowanych na rynku, a istotą konkurencji jest maksymalne zaspokojenie potrzeb konsumentów, ale przy najniższych cenach<sup>171</sup>.

Prawo ochrony konkurencji wskazuje pośrednio na dobrobyt konsumenta jako kryterium oceny antykonkurencyjnych zachowań przedsiębiorców (art. 101 ust. 3 TFUE). Zawieranie porozumień może bowiem zapewnić taki poziom efektywności rynkowej, że poszczególni odbiorcy towarów i usług, a zwłaszcza konsumenci, mogą w pełni korzystać z takich wartości uzyskiwanych dzięki konkurencji, jak wzrost

---

<sup>167</sup> A. Bolecki, Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych, iKAR 2013, nr 3, s. 26.

<sup>168</sup> P. Ważniewski, W. Dorabialski, *Ekonomika ekonomizacji ochrony konkurencji z perspektywy UOKiK – priorytety w stosowaniu narzędzi ekonomicznych*, s. 5, [http://www.lpkpk.wz.uw.edu.pl/working\\_papers/Ekonomika\\_ekonomizacji.pdf](http://www.lpkpk.wz.uw.edu.pl/working_papers/Ekonomika_ekonomizacji.pdf), data odczytu 25.05.2017 r.

<sup>169</sup> M. Kępiński, *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji*, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 15, *Prawo konkurencji*, red. M. Kępiński, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 7.

<sup>170</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 24 grudnia 2010 r., RPZ-31/2010, s. 7.

<sup>171</sup> A. Jurkowska-Gomułka, *Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r.*, iKAR 2012, nr 1, s. 37.

produkcji i sprzedaży, obniżka kosztów cen, postęp techniczny, zwiększenie efektywności gospodarowania.

Pojęcie dobrobytu konsumentów może być rozumiane w sposób zbliżony do ekonomicznej kategorii nadwyżki konsumenta, która jest swego rodzaju miarą korzyści czerpanej z konsumpcji i obejmuje różnicę między kwotą, jaką konsument skłonny jest zapłacić, a tą w rzeczywistości poniesioną na zakup produktów. Jednakże pojęcie dobrobytu konsumentów nie jest całkowicie tożsame z przytoczonym pojęciem nadwyżki konsumenta<sup>172</sup>.

Pojęcie dobrobytu konsumentów łączy się z interesem publicznym w prawie konkurencji. Istotę interesu publicznego utożsamia się z wartościami czy potrzebami stanowiącymi z reguły *ratio legis* określonej regulacji prawnej. W orzecznictwie interes publiczny w ochronie konkurencji to ochrona istnienia mechanizmu konkurencji jako optymalnego sposobu podziału dóbr w społecznej gospodarce rynkowej, a naruszenia interesu publicznego upatruje się natomiast w szerokim spektrum negatywnych skutków praktyki rynkowej dla konkurencji, stąd w zasadzie każde działanie wymierzone w mechanizm konkurencji godzi w interes publiczny<sup>173</sup>.

Dobrobyt konsumenta najczęściej postrzega się jako stan sprzeczny z interesem producentów, co wynika z założenia, że poprawa sytuacji przedsiębiorstw w postaci wzrostu zysków odbywać się musi kosztem konsumentów. Nie jest to do końca oczywiste, jednakże prawdą jest, że interes prywatny podmiotów biorących udział w wymianie gospodarczej nie musi być zbieżny z interesem konsumentów jako odbiorców końcowych.

Przykładem zaakcentowania dobrobytu konsumentów stanowią rozstrzygnięcia ETS w sprawach Postsparkasse i GlaxoSmithKline, gdzie sąd wskazał dobrobyt konsumentów jako przesądzający o uznaniu porozumienia za niezgodne z rynkiem wewnętrznym<sup>174</sup>. W sprawie GlaxoSmithKline sąd wskazał jednak, że porozumienie, które zmierza do ograniczenia handlu równoległego, powinno być zasadniczo uważane za takie, które ogranicza konkurencję. Ma to miejsce na tyle, na ile można domniemywać, iż pozbawia ono konsumentów końcowych korzyści. Ponadto można

---

<sup>172</sup> J. Kociubiński, Prawo konkurencji w modelu gospodarczym Unii Europejskiej, s. 237, [http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/63634/18\\_Jakub\\_Kociubinski.pdf](http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/63634/18_Jakub_Kociubinski.pdf), data odczytu 14.06.2017 r.

<sup>173</sup> Wyrok SN z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt III SK 40/07, OSNAPIUS 2009, Nr 19-20, poz. 27.

<sup>174</sup> Orzeczenie T-168/01, GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Komisja, 2006 ECR II-02969, wywód pkt 298 – 307, Eur-Lex nr 62001TJ0168; T-213/01 i T-214/01, Österreichische Postsparkasse AG and Bank für Arbeit und Wirtschaft AG v. Komisja, Eur-Lex nr 62001TJ0213.

domniemywać, iż porozumienia, których celem jest utrudnianie przywozu równoległego produktów leczniczych, skutkują pozbawieniem konsumentów końcowych korzyści związanych z tym przywozem. Nie można natomiast domniemywać, że handel równoległy ma wpływ na ceny sprzedaży detalicznej produktów leczniczych finansowanych z krajowych systemów ubezpieczeń zdrowotnych i przynosi konsumentowi końcowemu znaczną korzyść, analogiczną do tej, jaka byłaby wynikiem wolnej gry popytu i podaży.

Dystrybucja selektywna prowadzi zazwyczaj do wzrostu efektywności w sytuacji, gdy ze strony dystrybutorów konieczne są inwestycje związane z ochroną lub kreowaniem wizerunku marki lub też świadczeniem usług przedsprzedażnych. Dystrybucja jakościowa, przy spełnieniu przesłanki legalności, zasadniczo służy również interesowi konsumentów, a weryfikacja tych przesłanek, dokonana w sposób obiektywny, musi nastąpić z uwzględnieniem interesu konsumentów. Jest to wyjątek, bo w przypadku porozumień dystrybucyjnych interes klientów polega na tym, że im więcej przedsiębiorców dany towar oferuje, to tym większe mogą być obniżki cenowe, promocje czy oferty specjalne.

W przypadku dystrybucji selektywnej może wprawdzie nastąpić utrzymywanie określonego poziomu cen, ale konsument otrzymuje wyższą jakość produktów, lepszą obsługę posprzedażową czy łatwiejszą dostępność produktów, co jest dla niego korzystne. W szczególności, w przypadku specjalnego sprzętu elektronicznego, dystrybucja selektywna oznacza, że nabywca może otrzymać fachową informację od odpowiednio wykwalifikowanego personelu oraz ma gwarancję, że sprzęt będzie jakościowo lepszy.

Interes konsumentów w ramach dystrybucji selektywnej był przedmiotem oceny przez ETS w sprawie zwanej Metro II<sup>175</sup>. W sprawie chodziło o to, że dystrybucja luksusowych zegarków marki Cartier odbywała się na terytorium Niemiec w systemie dystrybucji selektywnej, natomiast spółka Metro, będąca poza siecią, nabywała zegarki marki Cartier w Szwajcarii i sprzedawała w Niemczech. Problem powstał, gdy Cartier odmówił spółce Metro realizowania gwarancji na swoje produkty. ETS uznał, że system dystrybucji selektywnej spełnia kryteria ważności, stąd ograniczenie gwarancji producenta dla produktów nabywanych u Metro jest

---

<sup>175</sup> Wyrok ETS z dnia 13 stycznia 1994 r., w sprawie C-376/92 Metro SB-Großmarkte v. Cartier, Eur-Lex 61992CJ0376.



dozwolone. Wyrok ten może być poddany krytyce, gdyż ograniczenie gwarancji narusza niewątpliwie interes konsumentów.

Wpływu prokonkurencyjnych porozumień na rynek nie da się przedstawić w liczbach, gdyż dane te nie są przedmiotem sprawozdań. Wydaje się, że wpływ takich porozumień wertykalnych w zakresie dystrybucji selektywnej ma miejsce, ale w piśmiennictwie brak danych statystycznych na ten temat.

Porozumienia prokonkurencyjne to porozumienia nieobjęte zakazem przez prawo konkurencji, a takie przewidują art. 101 ust. 3 TFUE i odpowiednio art. 8 ust. 1 UOKK. Otóż jeżeli udowodniono istnienie ograniczenia konkurencji, to takie porozumienie nie będzie nieważne, jeśli spełni cztery warunki. Po pierwsze, porozumienie ograniczające musi prowadzić do uzyskania korzyści gospodarczych, takich jak polepszenie produkcji lub dystrybucji produktów bądź wspieranie postępu technicznego lub gospodarczego, tzn. prowadzić do przyrostu wydajności. Po drugie, ograniczenia muszą być niezbędne do osiągnięcia przyrostu wydajności. Po trzecie, konsumenci otrzymają słuszną część uzyskanego przyrostu wydajności, osiągniętego w wyniku niezbędnych ograniczeń. Po czwarte, porozumienie nie może dawać stronom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

Powyższe przepisy regulują wyjątek od zakazu konkurencji w postaci wyłączeń indywidualnych. Założeniem jest, że zakaz zawierania porozumień antykonkurencyjnych nie może być stosowany jedynie w sposób formalny, gdyż w każdym przypadku należy zbadać, czy poza skutkami negatywnymi dla konkurencji porozumienie wywołuje również skutki prokonkurencyjne, które, równoważąc jego negatywny wpływ na konkurencję, mogłyby przemawiać za wyłączeniem go spod zakazu. Niektóre praktyki, chociaż w pewnym zakresie stanowią naruszenie wolnej konkurencji, mają równocześnie potencjał wywołania korzyści, którymi zainteresowany jest rynek. Istotne jest, że wszystkie powyższe przesłanki wyłączeń indywidualnych muszą być spełnione łącznie (przesłanki kumulatywne).

Dopuszczalne będą porozumienia, których zawarcie przynosi obiektywne korzyści gospodarcze (tzw. *efficiency gains*)<sup>176</sup> w postaci polepszenia produkcji,

---

<sup>176</sup> M. Motta. *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, s. 239.

dystrybucji towarów lub postępu technicznego lub gospodarczego<sup>177</sup>. Wykazanie spełnienia tej przesłanki wymaga zidentyfikowania korzyści gospodarczych, jakie wynikać mają z zawarcia porozumienia, i stwierdzenia istnienia związku przyczynowego między zawarciem porozumienia a osiągnięciem tak zdefiniowanych korzyści. W przypadku korzyści, które jeszcze się nie zmaterializowały, należy zaś określić stopień prawdopodobieństwa ich wystąpienia oraz sposoby ich osiągnięcia i termin ich realizacji.

Niezbędność ograniczeń oznacza, że negatywne skutki dla konkurencji, jakie wynikają z zawarcia porozumienia, muszą być proporcjonalne do korzyści wynikających z jego zawarcia<sup>178</sup>. Chodzi o to, żeby ograniczenia konkurencji w żaden sposób nie wykraczały poza to, co jest niezbędne dla zrealizowania korzyści płynących z porozumienia. Wykazanie tej przesłanki wymaga sprawdzenia najpierw, czy korzyści są ściśle powiązane z zawarciem porozumienia oraz czy nie można ich osiągnąć w sposób ekonomicznie zasadny za pomocą mniej restrykcyjnych środków, a następnie, czy każde z ograniczeń konkurencji, jakie wynikają z zawarcia porozumienia, jest niezbędne do tego, by korzyści zostały osiągnięte. Ograniczenie konkurencji jest niezbędne, jeżeli jego brak wyłączyłby lub poważnie utrudniłby osiągnięcie korzyści płynących z zawarcia porozumienia lub względnie ich osiągnięcie stałoby się znacząco mniej prawdopodobne.

Zawarcie porozumienia musi zapewniać udział w tych korzyściach nabywcom lub użytkownikom produktów, których dotyczy porozumienie. Chodzi o zapewnienie uczestnikom obrotu gospodarczego korzyści finansowych, np. niższych cen, dogodnych warunków zapłaty, lub korzyści o charakterze niefinansowym, jak np. poprawa jakości towarów, wyższy poziom ich nowoczesności, bardziej fachowa obsługa klientów. Wymagane jest, aby przeniesiona została co najmniej taka część korzyści, która zrównoważy antykonkurencyjny wpływ porozumienia. Zawarcie porozumienia nie może także umożliwiać jego stronom eliminacji konkurencji w zakresie znacznej części towarów. Za porozumienie zagrażające konkurencji rynkowej w zakresie znacznej części towarów uznaje się porozumienie, którego

---

<sup>177</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 23 października 2003 r. C-552/03 *Vander Bergh Foods v. Commission*, Eur-Lex nr 62003CO0552.

<sup>178</sup> Por. K. Róziwicz-Ładoń, *Postępowanie przed prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 197.

uczestnik posiada pozycję dominującą na rynku lub może ją uzyskać w wyniku zawartego porozumienia.

Komisja Europejska uznała, że art. 101 ust. 3 TFUE nie wyłącza *a priori* z zakresu jego zastosowania określonych typów porozumień. Oznacza to, że nawet porozumienia ukierunkowane na najpoważniejsze ograniczenia konkurencji uzyskują prawnie dopuszczalną szansę na uznanie za legalne poprzez spełnienie czterech przesłanek ekonomicznych z art. 101 ust. 3 TFUE. Z drugiej strony, Komisja zaznacza, że porozumienia zawierające zasadnicze ograniczenia konkurencji mają niewielkie szanse na wyłączenie w oparciu o kryteria z art. 101 ust. 3 TFUE, ponieważ porozumienia takiej natury zwykle nie spełnią dwóch pierwszych warunków wyłączenia indywidualnego.

Każde wyłączenie indywidualne może mieć zastosowanie do wszelkiego typu porozumień, nawet tych uznanych za najcięższe naruszenie przepisów prawa konkurencji, jak ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży, ale spełnienie powyższych kryteriów w tego typu przypadkach jest bardzo trudne<sup>179</sup>.

Istotne jest, że ciężar udowodnienia okoliczności wyłączających z art. 8 UOKK ciąży na przedsiębiorcy. W przypadku więc wszczęcia postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK musi jedynie wykazać, że strony zawarły porozumienie ograniczające konkurencję o określonym przedmiocie lub skutku, natomiast gdy przedsiębiorcy nie wskażą w tej sytuacji okoliczności uzasadniających zastosowanie wyłączenia indywidualnego, to Prezes UOKiK nie ma obowiązku dokonania takiej analizy z urzędu. Tymczasem, zdaniem przedstawicieli doktryny, wykazanie, iż porozumienie nie ogranicza konkurencji, jest zazwyczaj prostsze niż udowodnienie zaistnienia przesłanek indywidualnego zwolnienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>180</sup>.

Przykładem zastosowania wyłączeń indywidualnych przez porozumienie dystrybucyjne jest sprawa Givenchy<sup>181</sup>, w której sąd uznał, że dystrybucja selektywna w przypadku sprzedaży ekskluzywnych perfum może zostać ograniczona do kilku dystrybutorów, gdyż w efekcie przyczynia się do zwiększenia sprzedaży i wizerunku

---

<sup>179</sup> D. Wojtczak, Porozumienia wertykalne, UOKiK, Warszawa 2013, s. 14.

<sup>180</sup> M. Sieradzka, Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny cel udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – analiza i ocena, iKAR 2015, nr 5 s. 44.

<sup>181</sup> Decyzja Komisji z 24.06.1992 r. w sprawie IV/33.542 Givenchy (Dz. Urz. UE L 236/11), pkt II. B. (2) par. 3.

marki<sup>182</sup>. Pozwala dostawcy skoncentrować się na najbardziej efektywnych sklepach i racjonalizować koszty związane z dystrybucją i pomocą dla sprzedawców detalicznych. Jednocześnie zapewnia użytkownikom słuszną część zysku, z uwagi na dużą liczbę dystrybutorów i swobodę kształtowania cen. Powoduje to przeniesienie korzyści na konsumentów i jest niezbędne do jej osiągnięcia, skoro brak ograniczenia prowadziłby do znacznego rozrostu sieci dystrybucji i spowodowałby wzrost kosztów dystrybucji oraz stopniową erozję wizerunku marki. Co więcej, nie daje możliwości wyeliminowania konkurencji, gdyż nie zakazuje sprzedaży konkurencyjnych towarów.

W praktyce polskich organów ochrony konkurencji oraz w orzecznictwie znaczenie wyłączeń indywidualnych ma charakter marginalny. Decyzje Prezesa UOKiK czy orzeczenia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o zastosowaniu art. 8 ust. 1 UOKK, tj. wyłączeń indywidualnych, są rzadkością. Znaczenie ma zapewne praktyka Prezesa UOKiK, który podczas postępowania wyjaśniającego uznał argumentację strony powołującej się na doktrynę i, uznając ją za uzasadnioną, wydał postanowienie, którym zakończył postępowanie wyjaśniające, uznając, że nie doszło do złamania prawa antymonopolowego.

Tymczasem wyłączenie indywidualne to, jak wskazano na przykładzie wniosków płynących z orzeczenia TS w sprawie Givenchy, przydatny instrument. Należy jednak zaznaczyć, że ma to miejsce w sytuacji, gdy porozumienie nie jest objęte wyłączeniami grupowymi, dystrybuowany produkt zaś nie ma szczególnego charakteru bądź kryteria wyboru dystrybutorów są ilościowe lub mieszane. W zakresie porozumień dystrybucyjnych Prezes UOKiK w sprawie przeciwko Royal Canin Polska<sup>183</sup> nałożył na przedsiębiorców karę za ograniczanie kanałów dystrybucji karm dla zwierząt domowych poprzez ograniczenie dystrybucji do sprzedawców, którzy gwarantowali nadzór weterynarza, ponieważ nie były spełnione przesłanki legalności porozumienia. W grudniu 2015 r. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, rozpatrując odwołanie ukaranych spółek, stwierdził, że porozumienie miało na celu ustanowienie systemu sprzedaży selektywnej, który ograniczałby liczbę podmiotów mogących oferować na rynku produkt dostarczany przez inicjatora porozumienia – Royal Canin.

---

<sup>182</sup> A. Ezrachi, *EU Competition Law, An analytical guide to the leading cases*, Hart Publishing, Oxford 2016, s. 184.

<sup>183</sup> Decyzja Prezesa UOKiK Nr RKR - 48 /2013 z dnia 30 grudnia 2013 r., <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 30.09.2017 r.

Krytycznie oceniam wdrożenie przez polskiego ustawodawcę rozporządzenia Komisji Europejskiej nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych<sup>184</sup>. Otóż rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję wymaga wpisania kryteriów wyboru dystrybutorów do umowy z dystrybutorami, co utrudnia dostawcom skorzystanie z wyłączenia oraz znacząco ogranicza ich swobodę co do zmian kryteriów kanałów dystrybucji<sup>185</sup>.

## **2.2. Rodzaje porozumień**

### **2.2.1. Porozumienia cenowe**

Porozumienia cenowe to takie porozumienia między przedsiębiorcami, które polegają na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów. Zasadniczo porozumienia cenowe zaliczane są do ograniczeń konkurencji o najcięższym charakterze, dlatego są zakazane bez względu na wielkość udziału w rynku stron porozumienia oraz wertykalny czy horyzontalny charakter. Porozumienia cenowe zasadniczo uznawane są za zakazane ze względu na cel. Jednocześnie jednak pojawiają się postulaty dokonywania oceny porozumień cenowych z punktu widzenia skutków rynkowych<sup>186</sup>.

Zakaz porozumień cenowych obejmuje praktyki polegające na bezpośrednim ustalaniu cen poprzez jednoznaczne wskazanie ceny towaru, jak również praktyki pośrednie, obejmujące metody obliczania cen. Ponadto zakaz obejmuje zarówno porozumienia cenowe po stronie popytu (ceny zakupu), jak i po stronie podaży (ceny sprzedaży). Zmowy cenowej nie należy mylić z naśladownictwem, które oznacza dostosowywanie np. poziomu cen do zachowań konkurentów działających na rynku.

---

<sup>184</sup> Rozporządzenie Komisji Europejskiej nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. L 102 z 23.4.2010, s. 1-7.

<sup>185</sup> M. Marek, Wyłączenie dystrybucji selektywnej spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, iKAR 2016 nr 7, s. 14.

<sup>186</sup> J. Fidala, Wertykalne porozumienia cenowe typu RPM w kontekście rynku Książki, iKAR 2016, nr 1, s. 10.

Zachowanie takie jest dozwolone oraz często stanowi element polityki handlowej przedsiębiorców.

Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ustalanie cen i warunków zakupu<sup>187</sup>. Chodzi tu o uzgodnienia między dwoma przedsiębiorcami warunków zakupu, które mają być wspólne stosowane wobec podmiotów trzecich. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą obejmować porozumienia horyzontalne i porozumienia wertykalne.

W przypadku zmowy cenowej producentów w zakresie cen zakupów jest ona wymierzona w dostawców, którzy w związku z zawarciem przez producentów zakazanego porozumienia nie mają szans na ukształtowanie swoich cen na rynkowych warunkach, jeżeli producenci umówili się, że w indywidualnych negocjacjach żaden z nich nie wyrazi zgody na zapłatę wyższej ceny zakupu.

Horyzontalne porozumienia zakupowe motywowane są koniecznością uzyskania oszczędności kosztów w postaci niższych cen nabycia przez określone grupy nabywców. Celem porozumień o wspólnych zakupach jest zwykle wygenerowanie siły nabywczej, której skutkiem mogą być niższe ceny lub wyższa jakość produktów i usług dla konsumentów, jednakże siła nabywcza może w pewnych okolicznościach powodować problemy w zakresie konkurencji<sup>188</sup>.

Z wytycznych Komisji Europejskiej wynika, że porozumienia o wspólnych zakupach mogą wywołać skutki ograniczające konkurencję na rynkach zakupu lub rynkach zbytu niższego szczebla, takie jak podwyższone ceny, zmniejszona sprzedaż, jakość i zróżnicowanie produktów, podział rynku czy antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku dla innych możliwych nabywców. Jeżeli strony posiadają znaczny stopień udziału w rynkach zbytu, istnieje duże prawdopodobieństwo, że korzyści z niższych cen nabycia, uzyskane w ramach porozumienia o wspólnych zakupach, nie zostaną przeniesione na konsumentów. Istnieje również ryzyko, że przedsiębiorcy uczestniczący w porozumieniu mogą zmusić dostawców do zmniejszenia zakresu lub jakości produkowanych przez nich produktów. Porozumienia o wspólnych zakupach mogą również prowadzić do zamknięcia dostępu do rynku dla konkurujących nabywców przez ograniczenie ich dostępu do dostawców, z którymi współpraca jest opłacalna. Powyższe skutki ograniczające konkurencję są mniejsze, jeżeli

---

<sup>187</sup><http://www.rp.pl/artykul/811567-Porozumienia-ograniczajace-konkurencje--zmowy-cenowe-zakazane.html>, data odczytu 18.06.2017 r.

<sup>188</sup> Wytyczne KE w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. Urz. UE z 2011 r., C 11/1).

porozumienie zawierają przedsiębiorstwa, których udział na rynku zbytu jest niski, przy czym przyjmuje się, że porozumienia zakupowe, w których łączny udział stron w rynku zakupów i sprzedaży nie przekracza 15%, nie powoduje ograniczenia konkurencji<sup>189</sup>.

W świetle prawa wspólnotowego w odniesieniu do horyzontalnych porozumień zakupowych (uczestnicy porozumienia uzgadniają ceny nabycia, jakie mogą być płacone na rzecz dostawców) uzgodnienie cenowe tego rodzaju należy traktować jako ograniczenie konkurencji, niezbędne dla realizacji porozumienia, a badanie takiego ograniczenia powinno być przeprowadzane z uwzględnieniem ogólnych skutków porozumienia o zakupach na rynku<sup>190</sup>. Z praktyki zaś przykładem niedozwolonego porozumienia jest porozumienie zakupowe między dwiema sieciami supermarketów, których łączny udział w rynku zakupów wahał się od 25% do 40%, a udział w rynku sprzedaży wynosił 60%<sup>191</sup>.

W zakresie porozumień horyzontalnych porozumienia cenowe przyjmują postać karteli cenowych, w ramach których wytwórcy danego dobra, posiadający znaczną część rynku, koordynują politykę cenową poprzez bezpośrednie lub pośrednie ustalanie cen lub ich elementów. Formy cenowych porozumień horyzontalnych mogą dotyczyć cen sztywnych, cen minimalnych, cen maksymalnych czy cen sugerowanych.

Sztywne ustalenie cen sprzedaży następuje poprzez ustalenie takich cen towaru, które stosować mają wszystkie podmioty należące do kartelu cenowego. Tego typu porozumienie wymaga, aby producent zobowiązał dystrybutorów swoich produktów do stosowania konkretnie wskazanej ceny odsprzedaży za dany produkt, czyli ściśle określonej co do wysokości. Ponadto w ramach takich porozumień producent może przyjąć system nagród dla dystrybutora przestrzegającego sztywnej ceny odsprzedaży, np. w postaci dodatkowego rabatu potransakcyjnego, albo wdrożyć system kar za niestosowanie się do wskazanych cen sztywnych odsprzedaży, np. poprzez możliwość wypowiedzenia umowy na wypadek niestosowania się przez dystrybutora do ustalonych cen. Współcześnie porozumienia tego typu są rzadko spotykane, gdyż jest to zjawisko stosunkowo łatwo wykrywalne przez organy antymonopolowe.

---

<sup>189</sup> Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 TFUE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. Urz. UE C 11, 14.01.2011, s. 1); pkt 205-207.

<sup>190</sup> A. Jurkowska-Gomułka, Dopuszczalność porozumień zakupowych w świetle reguł konkurencji w wybranych systemach prawnych, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2011, nr 3-4, s. 75.

<sup>191</sup> A. Jurkowska-Gomułka, Dopuszczalność porozumień zakupowych w świetle reguł konkurencji w wybranych systemach prawnych, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2011, nr 3-4, s. 82.

W praktyce częściej występują porozumienia, na podstawie których przedsiębiorcy ustalają cenę minimalną jako dolną granicę, której przedsiębiorca uczestniczący w zmowie nie może przekroczyć przy ustalaniu ceny swojego wyrobu. Poniżej ceny minimalnej przedsiębiorcy zobowiązują się więc nie sprzedawać określonych towarów, a mają swobodę kształtowania cen wyłącznie powyżej ustalonego poziomu. Takie porozumienia ograniczają konkurencję i wywołują negatywne skutki dla odbiorcy końcowego, ponieważ za zakupiony produkt muszą zazwyczaj zapłacić cenę wyższą niż ta, która funkcjonowałaby bez zawarcia porozumienia. Porozumienie takie przyczynia się też do zamknięcia i podziału znacznej części rynku, gdyż ogranicza możliwości konkurencyjnego działania, prowadząc do ograniczenia podaży, zredukowania możliwości rozwojowych rynków, a w rezultacie – do znacznego obniżenia poziomu efektywności i zmniejszenia dobrobytu społeczno-rynkowego.

Uczestnicy zmowy cenowej mogą ustalić między sobą maksymalną cenę produktu, gdzie wyznaczona jest górna granica ceny wyrobu. Przy cenie maksymalnej przedsiębiorcy powyżej tej ceny nie mogą sprzedawać towarów. Praktyka ustalania cen maksymalnych nie stanowi zasadniczo naruszenia prawa konkurencji, o ile nie ma charakteru ceny sztywnej lub minimalnej<sup>192</sup>.

W ramach niedozwolonych zmwów cenowych określone są również ceny zalecane, w tym kierunkowe, progowe, interwencyjne<sup>193</sup>. Cena zalecana (rekomendowana) określa poziom ceny, po której dostawca zaleca odbiorcy sprzedaż towarów. Ceny zalecane są zgodne z prawem konkurencji, o ile dostawca w żaden sposób nie przymusza odbiorcy do stosowania jego rekomendacji, natomiast stosowanie formalnego lub nieformalnego przymusu, np. uzależnienie realizacji dostaw lub wypłaty premii od stosowania cen rekomendowanych, stanowi naruszenie prawa konkurencji<sup>194</sup>.

Przykładem horyzontalnej zmowy cenowej było porozumienie zawarte przez siedmiu producentów cementu, tj.: Lafarge Cement S.A. z siedzibą

---

<sup>192</sup> D. Kostecka-Jurczyk, Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Wrocław 2014, s. 60.

<sup>193</sup> A. Jurkowska, Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji; Od formalizmu do ekonomizacji, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005, s. 145.

<sup>194</sup> D. Kostecka-Jurczyk, Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Wrocław 2014, s. 59.



w Małogoszczy, Górażdże Cement S.A. z siedzibą w Choruli, Grupą Ożarów S.A. z siedzibą w Karsach, Cemex Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Dyckerhoff Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Sitkówce-Nowiny, Cementownią Warta S.A. z siedzibą w Trębaczowie i Cementownią Odra S.A. z siedzibą w Opolu. Powyższe spółki ustalały między sobą udziały poszczególnych uczestników porozumienia, minimalne ceny cementu, a także wysokość podwyżek cen oraz terminy i kolejność ich wprowadzania. Ponadto porozumienie obejmowało monitorowanie odstępstw od ustalonej strategii, utrzymywanie stałych udziałów w rynku poprzez rekompensaty dla spółek osiągających mniejszy niż założony udział w rynku, a także działania skierowane przeciwko podmiotom trzecim, poprzez ograniczenie sprzedaży na rzecz workowni<sup>195</sup>. Skutkiem tego porozumienia były wysokie ceny, chociaż po rozwiązaniu kartelu ceny cementu nie spadły.

Innym porozumieniem horyzontalnym, stwierdzonym przez Prezesa UOKiK, było ustalenie cen za usługi odbierania odpadów komunalnych przez: Ochronę Środowiska Sp. z o.o. z siedzibą w Kamienicy Polskiej, SITA Częstochowa Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zakład Oczyszczania Miasta Zbigniew S. Konopiska, Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemar S. Konopiska, Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków Wiesław S. Częstochowa i Firmę „Professional” s.c. Wiesław S., Elżbieta S., Wywóz nieczystości stałych i płynnych Rąbień – nałożono wówczas kary pieniężne<sup>196</sup>. O zawarciu porozumienia przez wyżej wymienione podmioty, zdaniem UOKiK, świadczyła zbieżność dat wprowadzenia podwyżek, zbieżność dat podjęcia decyzji o podwyżce, skala dokonanych podwyżek oraz fakt wspólnego uczestnictwa przedsiębiorców w spotkaniach w okresie poprzedzającym wprowadzenie podwyżek. Wskutek odwołania sprawa trafiała do sądu, który uchylił decyzję, motywując to zjawiskiem naśladownictwa cenowego, chociaż w sposób jednoznaczny nie wskazał powodu podwyższenia cen do jednakowego poziomu, co w istocie miało miejsce. Należy jednak zauważyć, że granica między naśladownictwem a zмовą cenową bardzo często

---

<sup>195</sup> Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK- 7/09 z dnia 8 grudnia 2009 r., <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 12.07.2017 r.

<sup>196</sup> Decyzja Prezesa UOKiK nr RKT-110/2008, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 13.07.2017 r.

się zaciera, a w danej sprawie mogło dojść do zawarcia zmowy cenowej, której jednak nie udało się udowodnić<sup>197</sup>.

### 2.2.2. Dozwolone rekomendacje cenowe

Praktyka antykonkurencyjna, polegająca na zawarciu wertykalnych porozumień cenowych w zakresie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży, kwalifikuje się jako porozumienia zakazane ze względu na cel, co w konsekwencji zwalnia organy antymonopolowe z konieczności analizy tego typu porozumień pod względem skutków<sup>198</sup>. Cel tych porozumień ma bardzo silny potencjał antykonkurencyjny, dlatego nie zachodzi konieczność przeprowadzania szczegółowej analizy skutków, których istnienie w tym zakresie można domniemywać, z uwagi właśnie na sam cel<sup>199</sup>. Takie stanowisko jest dla organów monopolowych korzystne, gdyż zmniejsza koszty regulacyjne organów antymonopolowych czy przedsiębiorców.

Z drugiej strony takie wertykalne porozumienia cenowe mogą wywoływać prokonkurencyjne skutki, dlatego postuluje się również oceniać skutek porozumień cenowych, a nie stosować regułę *per se*, która w tym przypadku może przynieść straty poprzez zakazywanie prokonkurencyjnych zachowań, których prawo konkurencji nie powinno ignorować. Dotyczy to m.in. porozumień wertykalnych, które motywowane mogą być obiektywnymi czynnikami, takimi jak zwiększenie efektywności sprzedaży, optymalizacja procesów dystrybucyjnych czy poszerzenie oferty rynkowej. Istotne jest, że powstawanie pozytywnych skutków porozumienia zależy od stron porozumienia, ich konkurentów, a także wynika z charakteru produktów, których dotyczy dane porozumienie. Tymczasem ocena porozumień cenowych przez organ antymonopolowy następuje ze względu na cel, a w konsekwencji przesądza o sprzeczności porozumień cenowych z prawem ochrony konkurencji, a nie ze względu na skutek<sup>200</sup>. Argumentem dla takiego stanowiska jest często generowanie wysokich kosztów postępowania

---

<sup>197</sup> Ł. Kierznowski, Między znową a naśladownictwem cenowym, Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 1 marca 2011 r., XVII AmA 87/09, iKAR 2014, nr 3(3), s. 86.

<sup>198</sup> J. Fidała, Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych, iKAR 2012 nr 3, s. 27.

<sup>199</sup> J. Fidała, Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych, iKAR 2012 nr 3, s. 31.

<sup>200</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z: 30 grudnia 2010 r., RGD-31/2010, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 15.07.2017 r.

oraz wątpliwości co do dowodów empirycznych wzrostu cen, co należy ocenić krytycznie.

Porozumienia cenowe o charakterze wertykalnym zawierane są między dostawcami i dystrybutorami i polegają na narzucaniu przez dostawcę minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży stosowanych przez dystrybutora. Porozumienie będzie miało miejsce w sytuacji ustalenia przez dostawcę cen minimalnych oraz konsekwentnego stosowania przez dystrybutora cen odsprzedaży zgodnych z wolą dostawcy. Pozytywnie należy ocenić tezę Sądu Najwyższego, że brak jawnego zdystansowania się dystrybutora od prób jego dostawcy dotyczących narzucania cen odsprzedaży nie wystarczy do uznania, że taki dystrybutor wyraził milczącą zgodę na uczestnictwo w antykonkurencyjnym porozumieniu<sup>201</sup>. Krytycznie należy natomiast ocenić podejście Prezesa UOKiK, że brak reakcji dystrybutora na próby narzucenia cen sztywnych lub minimalnych przez dostawcę oznacza, iż dystrybutor uczestniczy w porozumieniu, gdyż wspiera niezgodne z prawem postępowanie oraz uniemożliwia lub utrudnia jego wykrycie<sup>202</sup>.

W świetle orzecznictwa wspólnotowego ustalenie ceny, nawet takiej, która ma jedynie charakter rekomendacji, ogranicza konkurencję, ponieważ umożliwia wszystkim uczestnikom rynku przewidywanie – z dużym stopniem prawdopodobieństwa – polityki cenowej konkurentów, zwłaszcza jeśli istnieje możliwość przeprowadzania kontroli i pociągnięcia do odpowiedzialności za ich niestosowanie<sup>203</sup>. Również w Polsce judykatura stwierdziła, że w przypadku porozumień wertykalnych producent zapewnia sobie kontrolę rynku poprzez wyznaczanie sprzedawcy ceny, po jakiej ten ma sprzedawać jego wyroby, co prowadzi do zakłóceń naturalnych mechanizmów rynkowych, kształtowanych prawami podaży i popytu, pozbawiając sprzedawcę możliwości indywidualizacji cen.

Z kolei według Prezesa UOKiK porozumienia w zakresie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży są zakazane. Stoi on na stanowisku, że stworzenie po stronie dystrybutorów mechanizmu, który umożliwiłby im wzajemne przewidzenie cen odsprzedaży konkurentów, eliminuje niepewność zachowań cenowych pomiędzy dystrybutorami na danym rynku. Ogranicza to możliwość reagowania przez danego

---

<sup>201</sup> Wyrok SN z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11, OSNP 2012 nr 21-22, poz. 276.

<sup>202</sup> Takie podejście zastosowano w decyzji Prezesa UOKiK z 15.09.2008 r. nr RWR-42/2008, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 13.07.2017 r.

<sup>203</sup> Wyrok TSUE z 17.10.1972 r. w sprawie C-8/72 Vereeniging van Cementhandelaren przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 21, Eur-Lex nr 61972CJ0008.

dystrybutora na impulsy rynkowe, sprzyjając kształtowaniu się na rynku przejrzystości cen odsprzedaży. Powoduje również rezygnację z rywalizacji cenowej na poziomie dystrybucji, a także ogranicza rywalizację wewnątrzmarkową pomiędzy dystrybutorami w odniesieniu do towarów tego samego dostawcy<sup>204</sup>. Ponadto Prezes UOKiK uznał, że porozumienia cenowe stanowią najcięższe naruszenie prawa konkurencji. Cena jest bowiem elementem, który najsilniej oddziałuje na stosunki konkurencyjne pomiędzy przedsiębiorcami, a jednocześnie wpływa na wybór ofert przez konsumentów<sup>205</sup>.

Zakazane porozumienia cenowe obejmują nie tylko wprost określone ceny sztywne lub ceny minimalne, ale także porozumienia dotyczące pewnych składników ceny, jak porozumienia odnośnie do wielkości przyznawanych rabatów, porozumienia dotyczące stawek roboczogodziny czy porozumienia dotyczące elementów przyjmowanych do kalkulacji ceny. Zakazane są także ograniczenia swobody prowadzenia polityki cenowej, np. poprzez przyjęcie ustalenia, że ceny nie będą zmieniane bez zgody konkurentów, czy przyjęcie, że zmiany ceny będą zawsze poprzedzone publicznym ogłoszeniem nowego cennika z określonym wyprzedzeniem. Niedozwolone są również porozumienia dotyczące tych aspektów prowadzonej działalności gospodarczej, które mają przełożenie na ceny, np. porozumienie odnośnie do warunków udzielanej gwarancji czy braku odpłatności za usługi dodatkowe<sup>206</sup>.

W polskiej praktyce Prezes UOKiK wykrył szereg wertykalnych porozumień cenowych. W 2010 r. Prezes UOKiK wykrył znowę cenową producenta farb Akzo Nobel oraz sieci handlowych Castorama, OBI, Praktiker i Leroy Merlin, w ramach której ceny produktów były ustalane z sieciami i polegały na sztucznym zawyżaniu ceny wielu produktów<sup>207</sup>. Zmowa cenowa miała również miejsce w latach 2006-2007 na rynku producentów oraz dystrybutorów glazury i gresu, w ramach której spółka Opoczno ustalała w umowach z hurtownikami ceny glazury i gresu<sup>208</sup>. Zostali oni zobowiązani do sprzedaży produktów po sugerowanych cenach, a w przypadku

---

<sup>204</sup> Decyzja Prezes UOKiK z 8.07.2011 r., RLU 9/2011, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 15.07.2017 r.

<sup>205</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 27.12.2012r., DOK-8/2012, s. 30, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 15.07.2017 r.

<sup>206</sup> Uzasadnienie wyroku SA w Warszawie z 8 maja 2014, VI ACa 626/13, <http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl>, data odczytu 12.07.2017 r.

<sup>207</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2010 r. nr DOK-12/2010, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 15.07.2017 r.

<sup>208</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r. nr RKT - 35 /2009, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 15.07.2017 r.

zastosowania niższych stawek musieli poinformować o tym producenta. Inne zakazane porozumienie cenowe dotyczyło producenta akcesoriów do przyczep – firmy Knott, która ustaliła ze swoimi dystrybutorami cennik sugerowanych cen minimalnych na oferowane produkty<sup>209</sup>. Zmowa cenowa została wykryta również w przypadku producenta zamków i zawiasów spółki Gerda, która to w latach 2000-2007 zobowiązywała w umowach swoich partnerów handlowych do ścisłego przestrzegania ustalonych przez siebie cen sprzedaży na poszczególne typy drzwi antywłamaniowych, a jeżeli dystrybutor nie wywiązywał się z narzuconych cen, to producent zastrzegał sobie prawo do rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym<sup>210</sup>.

W innym postępowaniu Prezes UOKiK decyzją z dnia 11 grudnia 2008 r. uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez Zakłady Chemiczne Hajduki S.A. z siedzibą w Chorzowie i kilkunastu innych przedsiębiorców porozumienia na krajowym rynku sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych. Porozumienie to polegało na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży wyrobów produkowanych przez Hajduki i sprzedawanych przez innych przedsiębiorców. Decyzja Prezesa została podtrzymana przez sąd, który uznał, że porozumienie ustanawiające minimalne bądź sztywne ceny odsprzedaży, a także pochodne ceny odsprzedaży, jak np. wysokość marży, to porozumienia należące do kategorii porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel<sup>211</sup>.

Innym porozumieniem, które przez Prezesa UOKiK zostało uznane za antykonkurencyjne, było porozumienie zawarte pomiędzy ZTS Gamrat S.A. a czterema dystrybutorami, gdzie strony uzgodniły maksymalną wysokość rabatu do dalszej odsprzedaży. Rabat był uzależniony m.in. od miesięcznej wielkości zakupów, a na rzecz dostawcy zostało zastrzeżone prawo wglądu do faktur kontrahentów, natomiast za nieprzestrzeganie limitów określonych w porozumieniu przewidziane zostały sankcje. Prezes UOKiK uznał, że ustalony w porozumieniu system rabatowy

---

<sup>209</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 15 grudnia 2009 r. nr RPZ - 27 / 2009, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 12.09.2017 r.

<sup>210</sup> R. Bochan, Funkcjonowanie wybranych rynków oligopolistycznych w Polsce w aspekcie działań Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, s. 33, [www.cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.hdl\\_11089./2-021\\_037-Bochan.pdf](http://www.cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.hdl_11089./2-021_037-Bochan.pdf), data odczytu 12.09.2017 r. Por. również Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 30 grudnia 2009 r. nr RKT-44/2009, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 12.09.2017 r.

<sup>211</sup> K. Kohutek, RPM nie zawsze godzą w interes publiczny, iKAR 2014, nr 6(3), s. 120.

w praktyce oznaczał ustalenie ceny minimalnej produktu, poniżej której dystrybutorzy nie mogli sprzedawać produktów<sup>212</sup>.

Z kolei decyzją z dnia 29 czerwca 2007 r. Prezes UOKiK uznał, że Röben Ceramika Budowlana Sp. z o.o. zawarł z dwudziestoma dystrybutorami jego towarów porozumienie ograniczające konkurencję, polegające na ustalaniu sztywnych cen odsprzedaży dachówki Röben miedziana odbiorcom końcowym, która to decyzja została utrzymana w mocy przez sąd. Z uzasadnienia Sądu Najwyższego wynika, że ustalanie sztywnych cen odsprzedaży skutkuje wyższymi cenami oraz nie pozwala na posługiwanie się ceną przez sprzedawców zbywających substytucyjnych względem siebie towarów pochodzących od różnych dostawców do kształtowania konkurencji między towarami tych dostawców i w ten sposób ogranicza konkurencję. Sąd Najwyższy wskazał wiele antykonkurencyjnych skutków ustalania sztywnych cen odsprzedaży, a mianowicie zaburzenie efektywności alokacyjnej poprzez wykluczanie z rynku konkurentów dostawców, a także zaburzenie efektywności produkcyjnej poprzez zmniejszenie innowacyjności i rozwoju na poziomie dostawcy i dystrybutorów oraz oferowanie zbędnych usług towarzyszących sprzedaży. Z drugiej strony Sąd Najwyższy zauważył prokonkurencyjne skutki porozumień cenowych, jak ułatwienie producentom wprowadzenia na rynek nowych produktów; ograniczenie tzw. efektu gapowicza na poziomie dystrybucji; zapewnienie jednolitego wizerunku i charakteru działania sieci czy skuteczność przeprowadzenia krótkoterminowych kampanii promocyjnych opierających się na niskiej cenie<sup>213</sup>. Najczęściej zobligowanie dystrybutorów do stosowania sztywnych/minimalnych cen odsprzedaży, co zapewnia im wyższą marżę, wywołuje prokonkurencyjny skutek w sytuacji, gdy wejście na dany rynek nowego gracza podnosi poziom konkurencji międzymarkowej wśród dotychczasowych uczestników rynku<sup>214</sup>.

Z powyższych przykładów wynika, że porozumienia zostały uznane za zakazane z uwagi na siłę rynkową przedsiębiorców, którą to oni wykorzystują, przyczyniając się ten sposób do powstania negatywnego skutku antykonkurencyjnego w postaci koordynowania zachowań po stronie dystrybutorów. Tymczasem posiadanie mniejszej siły rynkowej nie wywołuje takich negatywnych właściwości, zwłaszcza gdy

---

<sup>212</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 12 kwietnia 2007 r. RKR-410-1/05/JL-118/07, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 12.09.2017 r.

<sup>213</sup> Wyrok SN z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11, OSNP 2012 nr 21-22, poz. 276.

<sup>214</sup> A. Bolecki, Ustalanie minimalnych cen odsprzedaży – czas na zmiany. Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2011 r. w sprawie III SK 21/11 ( Röben Ceramika Budowlana), iKAR 2012 nr 3, s. 105.

określona racjonalna cena odsprzedaży przyczynia się do wzmocnienia pozacenowej konkurencji wewnątrzmarkowej pomiędzy dystrybutorami, którzy zmuszeni są rywalizować o klienta poprzez świadczenie usług na odpowiednim poziomie, właściwym ze względu na charakter i właściwości produktów.

Zdaniem judykatury i przedstawicieli doktryny wertykalne porozumienie ustalające sztywną cenę odsprzedaży mogą być dozwolone jedynie pod warunkiem wykazania, że spełnione zostały przesłanki indywidualnego wyłączenia spod zakazu z art. 8 ust. 1 UOKK. Potwierdza to stanowisko Komisji Europejskiej, która w wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych wskazała, że wertykalne uzgodnienia cenowe wyjątkowo mogą korzystać z indywidualnego wyłączenia przewidzianego w art. 101 ust. 3 TFUE. Z praktyki wynika jednak, że Prezes UOKiK nigdy nie zastosował wobec zмовы cenowej w zakresie cen sztywnych lub minimalnych wyłączenia indywidualnego spod zakazu<sup>215</sup>. Wynika to z konieczności kumulatywnego zaistnienia przesłanek wyłączenia indywidualnego. W przyszłości ocena antykonkurencyjności porozumień cenowych powinna w coraz większym stopniu opierać się na skutkach tego porozumienia i uwzględniać jego kompleksowy wpływ na dobrobyt konsumentów i funkcjonowanie całej gospodarki krajowej i wspólnotowej, co jest zbieżne z przesłankami wyłączenia indywidualnego.

Umowa dystrybucji może zawierać postanowienie, zgodnie z którym producent sugeruje dystrybutorowi, by przy dalszej sprzedaży towarów zakupionych od producenta brał pod uwagę ceny katalogowe określone przez producenta. Określa się je wówczas jako ceny rekomendowane lub sugerowane, które są rekomendacją, w jakiej kwocie produkty powinny być sprzedawane, i dystrybutor nie jest nią związany w jakikolwiek sposób.

Umowa pomiędzy producentem a dystrybutorem może także określać, że przy ustalaniu cen odsprzedaży dystrybutor może kierować się cenami nadrukowanymi na produkcie, które pełnią funkcję cen sugerowanych, np. ceny nadrukowane na książki przez wydawcę<sup>216</sup>. Dostawca może ustalić ceny rekomendowane odbiorcy w inny sposób, np. w aneksie do umowy czy przekazać pocztą elektroniczną. Ustalanie w stosunkach wertykalnych rekomendowanych cen odsprzedaży jest dozwolone

---

<sup>215</sup> A. Zawłocka-Turno, B. Turno, Standard prawny oceny wertykalnych porozumień cenowych polegających na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Glosa częściowo aprobująca do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11, iKAR 2016 nr 1, s. 161.

<sup>216</sup> D. Wojtczak, Porozumienia wertykalne, UOKiK, Warszawa 2013, s. 12.

w przypadku nieprzekraczania przez dostawcę i dystrybutora progu 30% udziału w rynku, o ile cena rekomendowana nie ma w rzeczywistości charakteru ceny minimalnej lub sztywnej<sup>217</sup>. Wyłączenie to wynika także z rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Porozumienie przedsiębiorców mieszczące się w progu do 30% udziału rynku jest legalne. Natomiast jeżeli udział któregokolwiek z uczestników porozumienia przekracza ten próg, porozumienie nie korzysta z wyłączenia grupowego, co wprawdzie nie przesądza jeszcze o jego delegalizacji z mocy prawa, ale skutkuje jego indywidualnym badaniem w przypadku kontroli UOKiK.

Z praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK i orzecznictwa w przypadku sugerowania cen odsprzedaży producent nie powinien podejmować jakichkolwiek działań w zakresie monitoringu stosowania tych cen przez dystrybutorów. Dlatego słusznie podlegają zakazowi porozumienia, gdy stosowanie ceny sugerowanej przez dystrybutorów wiąże się z dodatkowymi korzyściami dla dystrybutora, np. w postaci dodatkowych rabatów lub świadczeń marketingowych, albo gdy niestosowanie się do ceny rekomendowanej wiązać się będzie z sankcjami dla dystrybutora. W takich sytuacjach ceny sugerowane są uznawane za ceny sztywne lub minimalne, nie nazwa bowiem decyduje, lecz rzeczywisty charakter porozumienia.

Nazwa ceny używana w porozumieniu przez przedsiębiorców nie jest podstawą oceny porozumienia, a podstawą taką jest rzeczywisty charakter uzgodnionej ceny. Powyższa niezgodność między nazwą ceny a jej rzeczywistym charakterem miała miejsce w porozumieniu zawartym przez importera sprzętu i akcesoriów muzycznych Roland Polska Sp. z o.o. z dystrybutorami tych towarów, uznanym za ograniczające konkurencję<sup>218</sup>. Otóż w wykonaniu porozumienia importer wysyłał swoim dystrybutorom cenniki, w których były wskazane sugerowane ceny internetowe. Prezes UOKiK uznał, że ceny te nie były sugerowanymi, lecz minimalnymi, a to dlatego, że obowiązywał jeszcze system represji i konsekwencji możliwych do zastosowania przez importera wobec dystrybutorów niestosujących uzgodnionych cen. SOKiK podtrzymał stanowisko urzędu.

---

<sup>217</sup> Rozporządzenie Komisji nr 330/2010 z 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i uzgodnionych praktyk, Dz. Urz. UE 2010, L 102/1.

<sup>218</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 29 grudnia 2011 r., sygn. DOK2-410/1/11/KS, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 27.09.2017 r.



Skoro rekomendowane ceny są dozwolone, to przedsiębiorcy korzystają z tego, ustalając ceny sugerowane, ale mogą jednocześnie wpaść w pułapkę zachowania nielegalnego, chociaż zbliżonego do rekomendacji cenowych. Tak było w sprawie, w której Prezes UOKiK uznał za niedozwoloną znowę cenową porozumienie sieci sklepów Żabka i producenta lodów Koral<sup>219</sup>. Żabka zobowiązała się do sprzedaży lodów po cenach nie niższych od cen sugerowanych przez Koral. Według UOKiK porozumienie stanowiło sprzeczną z prawem znowę cenową, Żabka bowiem zrezygnowała z samodzielnego kształtowania własnej polityki cenowej na rzecz ich wspólnego ustalania z producentem. Faktem było, że Żabka stosowała ceny sprzedaży lodów Koral nie niższe niż zaproponowane przez Koral. UOKiK nie przyjął argumentacji stron porozumienia, z której wynikało, że zobowiązanie Żabki do stosowania cen nie niższych niż sugerowane nie było postanowieniem stosowanym. Dowodem na to miał być brak kontroli cen oraz brak jakichkolwiek sankcji z tytułu nieprzestrzegania cen sugerowanych. UOKiK uznał, że skoro Żabka przestrzegała cen sugerowanych, to faktem była znowa cenowa. Również według Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów „oddziaływanie zawartego porozumienia niewątpliwie miało także wpływ na politykę cenową sieci w odniesieniu do odsprzedaży lodów (...), ponieważ gdyby nie ustalony pułap, to nie byłoby przeszkód, aby ceny wybranych lodów były na jeszcze niższym poziomie”<sup>220</sup>.

### **2.2.3. Porozumienia kontyngentowe**

Przedmiotem porozumień kontyngentowych jest ograniczanie lub kontrolowanie produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji. Porozumienia takie ograniczają konkurencję, gdyż ograniczenie wielkości podaży prowadzi do wzrostu cen sprzedaży i zwiększeniu zysków osiąganych przez przedsiębiorców kosztem konsumentów, którzy nie mogą w pełni zaspokoić swoich potrzeb ze względu na brak towarów<sup>221</sup>. Porozumienia kontyngentowe uznawane są za jedne z najcięższych ograniczeń konkurencji, dlatego wyłączone są spod zakresu zastosowania klauzuli bagatelności.

---

<sup>219</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2008 r., RKT-410-01/01/08/MK, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 25.09.2017 r.

<sup>220</sup> Wyrok SOKiK z 29 maja 2012 r., sygn. XVII AmA 179/11, Legalis nr 717303.

<sup>221</sup> K. Kohutek, RPM nie zawsze godzą w interes publiczny, iKAR 2014, nr 6(3), s. 273.

Podstawowym przejawem porozumień kontyngentowych jest ograniczanie produkcji lub sprzedaży poprzez wprowadzenie w tym zakresie określonych limitów. Przedmiotem takich porozumień są ustalone przez ich uczestników minimalne lub maksymalne kwoty wielkości produkcji czy sprzedaży towarów. Skutkują one kontrolowaniem liczby wytwarzania lub zbytu towarów i sprowadzają się do ograniczenia swobody przedsiębiorcy co do zarządzania produkcją. Jednocześnie rosną zyski przedsiębiorców, gdyż zgodnie z zasadami popytu i podaży, gdy liczba towaru na rynku się zwiększa, to jego cena spada. W konsekwencji producentom nie zależy, aby na rynku istniał nadmiar wytwarzanego przez nich towaru, a korzystniejszy jest jego deficyt, który powoduje wzrost ceny. Dlatego też przedsiębiorcy często zawierają porozumienia co do liczby towaru wytwarzanego przez poszczególnych członków umowy.

Do ograniczenia produkcji lub sprzedaży towarów mogą prowadzić także porozumienia specjalizacyjne, których uczestnicy uzgadniają normy i typy produkcji bądź wypracowują nowe procesy produkcyjne, zmuszając konkurentów do wycofania się z rynku. Porozumienia o ograniczeniu zbytu przejawiają się w szeregu uzgodnień, jak np.: wycofanie z obrotu określonego towaru, określenie liczby odmian wytwarzanych produktów, określenie liczby zaopatrywanych dystrybutorów, wielkości zakupów półsurowca niezbędnego do wytworzenia produktu, przestoje w pracy maszyn<sup>222</sup>, obowiązku uzyskania zgody konkurentów na otwarcie nowej fabryki, zamykanie zakładów produkcyjnych poszczególnych konkurentów, redukcję zatrudnienia u każdego konkurenta. Porozumienia kontyngentowe mogą przybrać również postać zbliżoną do porozumień polegających na podziale rynku w sytuacji, gdy jedna ze stron zobowiązuje się do ograniczenia produkcji danego towaru w zamian za takie samo zobowiązanie drugiej strony w stosunku do innego produktu.

Jeśli w danej gałęzi gospodarki istnieje wysoki poziom nadprodukcji, to przedsiębiorstwa są skłonne zawrzeć porozumienie ograniczające jej zakres. Porozumienie ograniczające produkcję zawarte w warunkach nadprodukcji danego towaru jest korzystne, gdyż prowadzi do przesunięcia czynników produkcji tam, gdzie produkcja jest niewystarczająca. Podejście do tego typu porozumień, traktowanych wcześniej jako zakazanych, zmieniło się, gdyż Komisja może zaakceptować porozumienia ograniczające produkcję, jeśli strukturalna nadprodukcja dotyka

---

<sup>222</sup> Decyzja Komisji Europejskiej 94/601/EC Cartonboard z dnia 27 listopada 2002 r.

wszystkich przedsiębiorców na danym rynku w przedłużającym się okresie, skutkuje poważnymi stratami na działalności operacyjnej oraz nie ma oczekiwań trwałej poprawy w średnim okresie czasu. Ponadto Komisja będzie przyznawała wyłączenia takim porozumieniom, o ile ograniczenie nadprodukcji jest trwałe i nieodwracalne, a wielkość redukcji pozwoli istniejącym przedsiębiorcom konkurować przy niższym poziomie produkcji<sup>223</sup>.

Ograniczenie rozwoju i inwestycji w kontekście zakazu porozumień dotyczy takiego ograniczenia, gdy strony decydują się na ograniczenie swojej innowacyjności. Postęp techniczny przeważnie następuje na podstawie inwestycji, dlatego te dwa pojęcia są ze sobą nierozdzielnie związane. Ograniczenie inwestycji będzie zwykle związane z ograniczeniem postępu technicznego i odwrotnie.

Porozumienia tego typu mogą mieć miejsce np. poprzez zmniejszenie nakładów na przeprowadzane badania. Inne porozumienie tego typu może polegać na ograniczaniu przez przedsiębiorców wydatków na wynagrodzenia dla pracowników, co zmniejsza rywalizację o pozyskanie najlepszych pracowników i spowalnia rozwój<sup>224</sup>.

UOKiK uznaje, że te rodzaje porozumień są szczególnie szkodliwe dla konsumentów, gdyż nie pozwalają na ulepszanie produktów, których używają. Porozumienia mające na celu ograniczenie lub skutkujące ograniczeniem postępu technicznego lub inwestycji są rzadko spotykane praktyce antymonopolowej, a w Polsce Prezes UOKiK nie wydał w takiej sprawie decyzji.

#### **2.2.4. Porozumienie dyskryminacyjne**

Porozumienia dyskryminacyjne polegają na uprzywilejowaniu niektórych kontrahentów przedsiębiorcy w stosunku do innych jego kontrahentów, czyli stosowaniu uciążliwych lub niejednorodnych warunków utrudniających konkurowanie różnym uczestnikom rynku. Zasadą jest, że przedsiębiorcy powinni traktować swoich klientów i kontrahentów w taki sam sposób, tzn. powinni oferować te same warunki do

---

<sup>223</sup> D. Kostecka-Jurczyk, Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Wrocław 2014, s. 54.

<sup>224</sup> A. Bolecki, Co to jest porozumienie?, w: A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, Prawo konkurencji, Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 137-138.

równorzędnych transakcji, chyba że zróżnicowanie jest obiektywnie uzasadnione<sup>225</sup>. Porozumienia dyskryminacyjne mogą mieć miejsce zarówno między bezpośrednimi konkurentami (porozumienia horyzontalne), jak i przedsiębiorcami współpracującymi na różnych szczeblach obrotu (porozumienia wertykalne).

Dyskryminacja pozytywna ma miejsce wtedy, gdy dochodzi do uprzywilejowania niektórych wybranych kontrahentów względem innych. Istotą dyskryminacji pozytywnej jest uprzywilejowanie, chociaż zarzut zawarcia porozumienia dyskryminacyjnego może być też sformułowany wobec przedsiębiorcy, który nie uwzględniając istotnych różnic pomiędzy swoimi kontrahentami, proponuje im takie same warunki kontraktowania, tzn. bez względu na ich odmienną sytuację rynkową traktuje ich w identyczny sposób, niezależnie od uzasadnienia ekonomicznego.

Do uprzywilejowania niektórych przedsiębiorców może dojść poprzez przyznanie im większych rabatów czy upustów względem pozostałych. Rabaty dla nabywcy dokonującego zakupu dużej partii towaru są uznawane za nieograniczające konkurencji, natomiast rabaty lojalnościowe mają już często antykonkurencyjny charakter i dyskryminujący pozostałych kontrahentów.

Z orzecznictwa Prezesa UOKiK wynika, że udzielanie jednym dystrybutorom większych rabatów niż innym może być świadomą i niedyskryminującą polityką handlową producenta. Producent poprzez przyznanie wyższych rabatów kilku dystrybutorom dążyć może do optymalizacji własnych zysków, zwłaszcza gdy dystrybutorami wiodącymi i jednocześnie posiadającymi wyższe rabaty będą przedsiębiorstwa o dużych obrotach, z zapleczem magazynowym i o ugruntowanej wiarygodności finansowej, co gwarantuje stałe i o dużej wartości zakupy produktów producenta<sup>226</sup>.

Charakter dyskryminacyjny mają porozumienia, które polegają na stosowaniu w umowach z kontrahentami uciążliwych lub niejednorodnych warunków współpracy, stwarzających tym podmiotom zróżnicowane warunki konkurencji.

Porozumienia dyskryminacyjne mają zazwyczaj na celu stworzenie uciążliwych warunków dla określonych konkurentów, a zatem wyraźne utrudnianie im dostępu do

---

<sup>225</sup> D. Kostecka-Jurczyk, Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Wrocław 2014, s. 55.

<sup>226</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 12 grudnia 2007 r., nr RKR-32/2007, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 20.07.2017 r.

rynku. O uciążliwych lub niejednorodnych warunkach umów świadczy stwarzanie korzystniejszych warunków jednym przedsiębiorcom, ze szkodą dla pozostałych, bez żadnego uzasadnienia ekonomicznego.

Porozumieniami dyskryminacyjnymi tego typu będą uzgodnienia mające na celu utrudnienie wejścia innemu przedsiębiorcy na rynek poprzez zastosowanie bardziej uciążliwych warunków handlowych, np. warunków dostawy, terminów płatności, rabatów itp., niż stosowanych wobec pozostałych uczestników danego rynku.

Porozumienia dyskryminacyjne mogą przybrać formę bojkotu polegającego na uzgodnieniu odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom lub niedokonywania zakupu towarów lub usług u innych przedsiębiorców. Jest to tzw. bojkot kolektywny, rozumiany jako zmowa przedsiębiorców obejmująca za przedmiot wyeliminowanie z rynku konkurenta, który oczywiście wykluczony jest z porozumienia. Zmowa taka może mieć charakter zarówno horyzontalny (np. dwóch konkurentów chce pogorszyć sytuację trzeciego rywala), jak i wertykalny (np. producent w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje określonych dystrybutorów tak, że pozostali nie są w stanie skutecznie z nimi konkurować). Elementem zbiorowego bojkotu jest całkowita eliminacja konkurentów nieobjętych porozumieniem z rynku właściwego. Tego rodzaju praktyki są uważane za praktyki należące do kategorii najcięższych.

#### **2.2.5. Porozumienia dotyczące przetargów**

Zakazane są porozumienia polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Zmowa przetargowa może mieć charakter horyzontalny, gdy porozumienie zawierają przedsiębiorcy jako potencjalni oferenci, oraz charakter wertykalny, gdy porozumienie następuje między organizatorem przetargu i uczestnikiem przetargu.

W stosunku do zmwów przetargowych nie dochodzi do wyłączenia spod zakazu porozumień bagatelnych, tj. zawieranych przez przedsiębiorców o nieznacznych

udziałach rynkowych, co jest interpretowane jako podkreślenie przez ustawodawcę znacznej wagi tego rodzaju naruszeń<sup>227</sup>.

Zmowy przetargowe horyzontalne mogą przybierać różne formy, ale zawsze ich celem jest osłabienie konkurencji między potencjalnymi wykonawcami, co może prowadzić do zawyżenia ceny lub pogorszenia jakości towarów lub usług. Najczęściej przejawem zmowy przetargowej jest praktyka, gdy działający w porozumieniu przedsiębiorcy powstrzymują się od złożenia ofert bądź też wycofują wcześniej złożone oferty w celu umożliwienia wybranemu między sobą przedsiębiorcy wygrania przetargu ofertą o zawyżonej cenie. Praktyka ta przejawiać się może również w składaniu przez działających w porozumieniu przedsiębiorców nienaturalnie wysokich lub w inny sposób nieakceptowalnych ofert, z wyjątkiem jednego, który składa ofertę rynkową<sup>228</sup>.

W przypadku zmów przetargowych dodatkową ich cechą jest podział uzyskanych korzyści między wykonawców biorących udział w zmowie, które pochodzą z uzyskanej w wyniku zmowy wyższej ceny umowy w sprawie zamówienia. Ponadto konkurenci, którzy celowo nie złożyli oferty w przetargu czy wycofali się z niego, zostają następnie podwykonawcami czy dostawcami wybranego wykonawcy.

Podstawowe znaczenie ma składanie ofert kurtuazyjnych, które polega na uzgodnieniu złożenia przez konkurentów ofert mniej korzystnych dla zamawiającego od oferty wykonawcy wytypowanego przez uczestników zmowy na zwycięzcę. Bardziej zaawansowaną praktyką jest systemowy podział rynku, który polega na wytypowaniu i uzgodnieniu przetargów na podstawie kryteriów geograficznych, przedmiotowych lub podmiotowych, w jakich poszczególni uczestnicy porozumienia będą brać udział i wygrywać, a w jakich nie będą składać ofert lub będą składać jedynie oferty zabezpieczające<sup>229</sup>.

W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego występuje zjawisko wycofywania ofert. Jednakże czynnością podobną w skutkach, a mającą na celu antykonkurencyjne ustalenie warunków przetargu, jest odmowa zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z uwagi na

---

<sup>227</sup> A. Jurkowska-Gomułka w: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz., 2. wydanie, red. T. Skoczny, CH. Beck, Warszawa 2014, s. 324.

<sup>228</sup> P. Semeniuk, Polskie zminy przetargowe – krytyka, iKAR 2013, nr 1, s. 54.

<sup>229</sup> W. Dorabialski, S. Joźwiak-Górny, Zminy przetargowe, UOKiK, Warszawa 2013, s. 9.

umożliwienie zawarcia umowy wykonawcy, który złożył następną w kolejności ofertę<sup>230</sup>.

W świetle praktyki orzeczniczej Prezesa UOKiK naruszenie zakazu zawierania porozumień w postaci zmów przetargowych (art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKK) jest niezależne od tego, czy porozumienie realnie wpłynęło na wynik przetargu, wystarczające jest bowiem, że strony porozumienia stawiały sobie za cel ograniczenie konkurencji<sup>231</sup>.

Przykładowa zmowa przetargowa została wykryta przez Prezesa UOKiK w przetargu na zakup i dostawę przenośnych czytników linii papilarnych ogłoszonym przez Komendę Główną Policji (KGP). Postępowanie w tej sprawie zostało wszczęte w grudniu 2013 r., a efektem tego było stwierdzenie, że dwóch uczestników przetargu, tj. spółki EAS Envimet Polska i Unicom, zawarło niedozwolone porozumienie. Przedsiębiorcy ustalili wspólnie cenę zaproponowaną przez EAS Enviment Polska oraz wymieniali informacje o cenie zawartej w konkurencyjnej ofercie, dzięki czemu EAS Envimet Polska został zwycięzcą przetargu. O zawarciu porozumienia świadczyły materiały i ustalenia prokuratury w tej samej sprawie oraz fakt, że Unicom nie wpłacił wadium, przez co został wykluczony z przetargu<sup>232</sup>.

Zmowa przetargowa miała również miejsce w przetargu na dostawę przedmiotów zaopatrzenia mundurowego organizowanym przez Agencję Mienia Wojskowego i Jednostkę Wojskową nr 4226 w Warszawie w latach 2011-2012. Postępowanie zostało wszczęte w grudniu 2013 r., a zmwę zawarły wówczas trzy spółki: Agrotur z Pabianic, Marko z Borkowic oraz Zakład Pracy Chronionej Texpol z Dłutowa<sup>233</sup>. Zmowa polegała na mechanizmie rozstawiania i wycofywania ofert, a zwycięzca przetargu zrezygnował z podpisania umowy lub umyślnie nie złożył wymaganych dokumentów, aby zwyciężyła droższa oferta. W przypadku zmowy Agrotur, Marko i Texpol zwycięzca nie składał wyjaśnień na wezwanie zamawiającego bądź nie dostarczał wymaganych dokumentów z ZUS/KRUS, KRS lub urzędów skarbowych. Za istnieniem zmowy świadczył też fakt, że oferty wszystkich przedsiębiorców wypełniane były podobnym charakterem pisma, a w jednym

---

<sup>230</sup> W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 45.

<sup>231</sup> Decyzja Prezesa UOKiK nr RKR-30/2014 z 15.12.2014 r., <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 14.10.2017 r., Decyzja Prezesa UOKiK, nr DOK-10/2014 z 30.12.2014 r., <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 14.10.2017 r.

<sup>232</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2014 nr DOK- 8/2014, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 14.10.2017 r.

<sup>233</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2014 nr DOK- 9/2014, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 14.10.2017 r.

przypadku złożone zostały przez tę samą osobę. Wspólnemu uzgodnieniu mogły sprzyjać ponadto powiązania rodzinne pomiędzy podmiotami.

Z kolei z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach zamówień publicznych wynika, że wybór wykonawcy zamówienia w trybie przetargu ma na celu zagwarantowanie wyłonienia oferty, która jest najbardziej korzystna z punktu widzenia zamawiającego zgodnie z kryteriami oceny ofert ustalonymi w postępowaniu. Konkurowanie pomiędzy niezależnymi wykonawcami sprzyja wyborowi oferty najkorzystniejszej, motywuje bowiem wykonawców do składania ofert konkurencyjnych cenowo i jakościowo. W przypadku zmowy przetargowej horyzontalnej (poziomej) wykonawcy przestają konkurować pomiędzy sobą i podwyższają ceny za przedmiot zamówienia tak, aby zwyciężyła w przetargu oferta możliwie najdroższa.

Z uzasadnienia wyroku wynika, że porozumienie pomiędzy wykonawcami o charakterze zmowy przetargowej może zostać zawarte na podstawie różnych okoliczności towarzyszących udziałowi wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Takie okoliczności to brak kompletnych ofert składanych w przetargu, poza jedną, nieuzupełnienia braków formalnych, powiązania rodzinne osób prowadzących działalność gospodarczą, a ponadto złożenie wadialnych gwarancji ubezpieczeniowych udzielonych przez to samo towarzystwo ubezpieczeniowe i w tym samym dniu, złożenie gwarancji w tym samym czasie, co świadczy, że doręczyła je ta sama osoba w imieniu trzech przedsiębiorców, a kontakt z poszczególnymi oferentami odbywa się z tą samą osobą<sup>234</sup>.

Jednakże w innym wyroku KIO stwierdziła, że fakt występowania podobnych błędów gramatycznych i technicznych w ofercie nie może świadczyć jednoznacznie o tym, iż obaj wykonawcy zawarli nielegalne porozumienie w celu ograniczenia konkurencji<sup>235</sup>. Ponadto, z uwagi na trudności w udowodnieniu zmowy przetargowej przy orzekaniu w przedmiocie takiej zmowy, dopuszczalne i wystarczające jest oparcie się na dowodach pośrednich. Fakt zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców można wywnioskować z istnienia innych, udowodnionych faktów. Należy podkreślić, że podstawa faktyczna takiego domniemania musi uprawniać do wniosku, że wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Nie jest wystarczające wykazanie, że

---

<sup>234</sup> Wyrok KIO z 7 maja 2014, KIO 813/14, Lex nr 1463508.

<sup>235</sup> Wyrok KIO z 26 sierpnia 2014, KIO 1621/14; KIO 1668/14, Lex nr 1532325



wniosek o zaistnieniu zmowy jest tylko jednym z możliwych wniosków wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności<sup>236</sup>.

Wśród porozumień przetargowych są dozwolone jedynie porozumienia w ramach jednego organizmu oraz porozumienia w postaci konsorcjów przetargowych, utworzonych na potrzeby złożenia oferty przetargowej przez przedsiębiorców, jeżeli nie są potencjalnymi konkurentami i obiektywnie nie mogliby samodzielnie podjąć się realizacji zamówienia będącego przedmiotem przetargu.

Wertykalne zmowy przetargowe zawierane są między zamawiającym a oferentem ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Do wertykalnych porozumień przetargowych dochodzi zwłaszcza w przypadku przetargów publicznych, gdy organizator reprezentowany jest przez osobę niedbającą o jego interesy, której celem jest uzyskanie dla siebie korzyści majątkowej.

Porozumienie między oferentem a zamawiającym polega na uzgodnieniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób faworyzujący danego oferenta, uzgodnieniu ujawnienia poufnych informacji, np. o treści złożonych ofert, przed ich otwarciem, pozwalające oferentom pozostającym w zmowie na uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi oferentami lub maksymalizację korzyści kosztem zamawiającego lub też uzgodnieniu faworyzowania danego oferenta przy ocenie spełniania przez niego oraz pozostałych oferentów warunków uczestnictwa w przetargu lub ocenie jego oferty kryteriów innych niż cena<sup>237</sup>.

Najczęściej zмова przetargowa ujawnia się już na etapie ustalania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a przejawem tego są postanowienia, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę czy eliminują konkretnych wykonawców bądź też uprzywilejowują jednego z zainteresowanych w stosunku do pozostałych.

W piśmiennictwie wskazuje się, że zagrożenie korupcją w zamówieniach publicznych w Polsce szacuje się w wysokości 19–23%, w tym 52% uznaje się za mogące być dotknięte zmovami przetargowymi<sup>238</sup>. Potencjalne korzyści wynikające

---

<sup>236</sup> Wyrok KIO z 9 lipca 2014, KIO 3016/13, Lex nr 1506523.

<sup>237</sup> M. Minkiewicz, Ochrona zamawiającego przed zmovami przetargowymi w polskim prawie karnym, antymonopolowym oraz prawie zamówień publicznych, iKAR 2015, nr 4, s. 22.

<sup>238</sup> P. Krzykowski, Nieprawidłowości przy realizacji projektów współfinansowanych ze środków unijnych w perspektywie finansowej 2014-2020, E-seria Monografie Wydziału Prawa i Administracji UWM, Olsztyn 2016, s. 80.

ze zwalczania zmów przetargowych to zredukowanie cen ofert w przetargach publicznych nawet o 20%<sup>239</sup>.

#### 2.2.6. Porozumienia *de minimis*

Pod pojęciem porozumień *de minimis* rozumie się porozumienia bagatelne, opierające się na kryterium ilościowym, tj. kryterium udziału w rynku przedsiębiorców uczestniczących w danym porozumieniu. Zasada *de minimis* wyłącza możliwość uznania za zakazane niektórych porozumień ograniczających konkurencję, w sytuacji gdy nie dotyczą one istotnej części rynku właściwego, a także nie stanowią jednego z czterech najcięższych naruszeń prawa konkurencji<sup>240</sup>.

Przesłanka *de minimis* w prawie polskim została zawarta w art. 7 UOKK. W świetle tego przepisu dozwolone są porozumienia naruszające konkurencję, w sytuacji gdy: łączny udział w rynku przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekraczał 5% w odniesieniu do przedsiębiorców będących względem siebie konkurentami albo udział w rynku żadnego z przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekraczał 10% w odniesieniu do przedsiębiorców niebędących względem siebie konkurentami.

W prawie wspólnotowym dozwolone są porozumienia naruszające konkurencję, o ile łączny udział w rynku przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekraczał 10% w przypadku przedsiębiorców będących względem siebie konkurentami lub udział w rynku żadnego z przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekraczał 15% w przypadku przedsiębiorców niebędących względem siebie konkurentami. W przypadkach trudnych do sklasyfikowania porozumień jako porozumienie między konkurentami lub jako porozumienie między niekonkurentami zastosowanie ma próg 10%. Powyższe progi obniżone są do 5%, jeżeli na danym rynku

---

<sup>239</sup> A. Zawłocka-Turno, Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych, iKAR 2012, nr 4, s. 45–50.

<sup>240</sup> D. Wojtczak, Porozumienia wertykalne, UOKiK, Warszawa 2013, s. 12.

konkurencja zostaje ograniczona przez skumulowany efekt porozumień o sprzedaży towarów lub usług, zawartych między różnymi dostawcami i dystrybutorami<sup>241</sup>.

Za bagatelne nie są uznawane zmony cenowe i przetargowe oraz porozumienia podziałowe i kontyngentowe, które z natury rzeczy są zawsze szkodliwe dla konkurencji i zakazane<sup>242</sup>.

### **2.2.7. Wyłączenie grupowe**

Wyłączenia grupowe są najważniejszym instrumentem relatywizacji zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Istota wyłączeń przejawia się w trzech jej cechach, tj. podstawy prawne wyłączeń grupowych muszą mieścić się w normach ustawy antymonopolowej oraz w konkretyzującym rozporządzeniu Rady Ministrów. Wyłączenia grupowe opierają się na domniemaniu braku naruszenia zakazu przez porozumienia nim objęte, a co za tym idzie – skutkują wyłączeniem sankcjonowania<sup>243</sup>.

W Polsce wyłączenia grupowe reguluje art. 8 UOKK, określający ogólne przesłanki wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję oraz zawierający delegację dla Rady Ministrów do wydawania rozporządzeń wyłączających. Szczegółowe zasady wyłączeń grupowych regulują rozporządzenia wyłączające, określające przedmiot oraz szczegółowe warunki wyłączenia.

Wyłączenia grupowe skutkują wyłączeniem sankcjonowania, dlatego porozumienie ograniczające konkurencję wyłączone grupowo jest prawnie wiążące i wykonalne, nie zachodzi potrzeba wydawania administracyjnej decyzji lub wyroku sądowego stwierdzającego spełnianie przesłanek wyłączenia w przypadku każdego porozumienia, które kwalifikuje się do tego wyłączenia i spełnia jego warunki, a porozumienia te, chociaż naruszają ogólny zakaz porozumień ograniczających konkurencję, nie mogą być podstawą sankcji publicznoprawnych ani prywatnoprawnych.

---

<sup>241</sup> Obwieszczenie KE w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 TWE (*de minimis*) (Dz.U. UE C 368/07 z dnia 22 grudnia 2001 r. ze zm.).

<sup>242</sup> D. Wojtczak, Porozumienia wertykalne, UOKiK, Warszawa 2013, s. 11.

<sup>243</sup> A. Jurkowska, T. Skoczny, Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce, Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2008, s. 39.

Wyłączenia grupowe mają ułatwić przedsiębiorcom zorientowanie się, czy ich porozumienie mieści się w kategorii dozwolonych porozumień, i polegają na opisaniu w odrębnym akcie prawnym typowych rozwiązań stosowanych w określonego rodzaju porozumieniach, które są uznane za korzystne dla rynku i dlatego wyłączone spod zakazu.

Normy zawarte w rozporządzeniach Rady Ministrów o wyłączeniach grupowych mają charakter domniemań prawnych. Nakazują one organowi stosującemu prawo uznać za udowodnione, że sprecyzowane w nich rodzaje porozumień spełniają przesłanki z art. 8 ust. 1 UOKK. W konsekwencji ciężar dowodu zaistnienia tej okoliczności zostaje zdjęty z przedsiębiorców, którzy muszą jedynie wykazać, że zawarte pomiędzy nimi porozumienie wchodzi w zakres zastosowania przepisów rozporządzenia Rady Ministrów, co niewątpliwie jest łatwiejsze do udowodnienia.

Na mocy delegacji ustawowej, zawartej w art. 8 ust. 3 UOKK Rada Ministrów może, w drodze rozporządzenia, wyłączyć spod zakazu określone rodzaje porozumień spełniających pewne przesłanki, biorąc pod uwagę korzyści, jakie mogą przynieść określone rodzaje porozumień.

Rozporządzenie Rady Ministrów jest aktem o charakterze generalnym i abstrakcyjnym, odnoszącym się do z góry nieokreślonej liczby porozumień określonego w nim rodzaju i dlatego mowa jest o grupowym charakterze udzielonego w ten sposób wyłączenia.

Obowiązują obecnie następujące rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych, tj.: Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 kwietnia 2015 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień o transferze technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>244</sup>; Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>245</sup>; Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień

---

<sup>244</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 kwietnia 2015 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień o transferze technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, Dz.U. 2015 poz. 585.

<sup>245</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, Dz.U. 2011, nr 288, poz. 1691.

ograniczających konkurencję<sup>246</sup>; Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień, zawieranych między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>247</sup>.

Szczegółowe wyłączenia porozumień spod zakazów prawa konkurencji uregulowane są przepisami wykonawczymi do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. powołanym już rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Rozporządzenie zasadniczo zawiera uregulowania analogiczne, jak poprzednie Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>248</sup>.

Zakres przedmiotowy wyłączeń określony został w § 4 rozporządzenia, który obejmuje porozumienia wertykalne, w szczególności zawierające zobowiązania wyłącznego zakupu lub wyłącznej dostawy lub tworzące systemy dystrybucji selektywnej lub systemy dystrybucji franchisingowej, jeżeli spełniają warunki wyłączenia określone w rozporządzeniu. Rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych ma zastosowanie do porozumień wertykalnych dotyczących zakupu lub sprzedaży wszystkich rodzajów towarów i usług. Nie odnosi się natomiast do umów najmu i dzierżawy, skoro nie dochodzi do transakcji sprzedaży. Rozporządzenie nie ma także zastosowania do porozumień dotyczących przenoszenia praw własności intelektualnej, takich jak patenty lub udzielania licencji na te prawa.

W świetle rozporządzenia wyłączeniu podlegają porozumienia wertykalne spełniające określone wymogi, przy czym generalnie wymogiem tym jest, aby udział dostawcy i jego grupy kapitałowej w rynku właściwym sprzedaży towarów objętych porozumieniem nie przekraczał 30% lub też udział nabywcy i grupy kapitałowej, do której należy nabywca, w rynku właściwym zakupu towarów objętych takim porozumieniem nie przekraczał 30%.

---

<sup>246</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień, zawieranych między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, Dz.U. 2011 nr 81 poz. 447.

<sup>247</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień, zawieranych między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, Dz.U. 2011 nr 67 poz. 355.

<sup>248</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, Dz.U. 2007 r. Nr 230 poz. 1691.

Udział dostawcy oblicza się na podstawie wartości sprzedaży towarów objętych porozumieniem wertykalnym, a także wartości sprzedaży innych towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za ich substytuty. W przypadku nabywcy udział oblicza się na podstawie wartości zakupu towarów objętych porozumieniem wertykalnym, a także wartości zakupu innych towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za ich substytuty. Przy obliczaniu udziału w rynku nie uwzględnia się sprzedaży dokonywanej między przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej. Udział w rynku może być obliczany na podstawie innych wiarygodnych danych rynkowych, jeśli wymaga tego specyfika danego rynku, a dane dotyczące wartości sprzedaży lub wartości zakupu nie są dostępne. Udział w rynku oblicza się zawsze na podstawie danych dotyczących poprzedniego roku kalendarzowego.

Rozporządzenie reguluje również wyłączenia w zakresie porozumień wertykalnych między związkami przedsiębiorców a ich członkami oraz między związkami przedsiębiorców a ich dostawcami. Pierwszą przesłanką jest, aby wszyscy członkowie związku byli sprzedawcami detalicznymi towarów (niebędących usługami). Dodatkowo, kumulatywnie, obrót żadnego z członków związku, wraz z obrotem przedsiębiorców należących do jego grupy kapitałowej, w poprzednim roku kalendarzowym nie przekroczył równowartości 50 milionów euro.

Jeżeli udział nie przekracza 30%, ale po zawarciu porozumienia wertykalnego wzrasta powyżej tej wielkości, nie przekraczając jednak 35%, wyłączenie stosuje się, ale przez okres dwóch lat kalendarzowych następujących po upływie roku, w którym próg 30% został przekroczony po raz pierwszy. Natomiast jeżeli udział nie przekracza 30%, ale po zawarciu porozumienia wertykalnego wzrasta powyżej 35%, wyłączenie stosuje się również, ale przez okres roku kalendarzowego następującego po upływie roku, w którym próg 35% został przekroczony po raz pierwszy. Okres wyłączenia nie może łącznie trwać dłużej niż dwa kolejne lata kalendarzowe po upływie roku, w którym próg 30% został przekroczony po raz pierwszy<sup>249</sup>.

Pomimo spełniania wymogu progu 30% porozumienie nadal będzie uznawane za porozumienie zakazane, jeżeli będzie należało do tzw. klauzul czarnych (*hardcore*

---

<sup>249</sup> § 9 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. 2014, poz. 1012).

*restrictions*<sup>250</sup>) albo postanowień wyłączonych (*excluded restrictions*<sup>251</sup>), nazywanych w Polsce klauzulami czarnymi. Rozporządzenia zawiera przepisy, w których określono porozumienia wertykalne niepodlegające wyłączeniu, a także klauzule, których występowanie w porozumieniu wertykalnym stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 UOKK. Zgodnie z postulatami doktryny zrezygnowano z włączania do treści aktu klauzul białych, tj. dozwolonych w porozumieniach<sup>252</sup>.

Według § 11 rozporządzenia o wyłączeniach nie podlegają im porozumienia wertykalne, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami zależnymi od stron tych porozumień mają na celu ograniczenie prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży przez narzucenie przez dostawcę minimalnych lub sztywnych cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem wertykalnym, terytorium lub kręgu klientów, na którym lub którym nabywca może sprzedawać towary objęte porozumieniem wertykalnym, chyba że jednocześnie dotyczą ograniczania lokalu lub terenu, gdzie nabywca prowadzi działalność; aktywnej sprzedaży do określonego terytorium lub określonej grupy klientów zastrzeżonych dla dostawcy lub przydzielonych przez dostawcę innemu nabywcy, o ile ograniczenia te nie utrudniają klientom nabywcy sprzedaży towarów objętych porozumieniem wertykalnym; sprzedaży ostatecznym użytkownikom przez dystrybutora hurtowego, dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji selektywnej odsprzedaży towarów objętych porozumieniem wertykalnym, dystrybutorom nienależącym do tego systemu na terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność lub podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie. Dotyczy również praw nabywcy do odsprzedaży komponentów objętych porozumieniem wertykalnym innym przedsiębiorcom, którzy używaliby ich do produkcji towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę lub właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty towarów sprzedawanych przez dostawcę, dystrybutorom detalicznym działającym w systemie dystrybucji selektywnej możliwości prowadzenia sprzedaży użytkownikom ostatecznym, z wyjątkiem ograniczenia możliwości prowadzenia przez nich sprzedaży w lokalach niespełniających kryteriów określonych w porozumieniu wertykalnym

---

<sup>250</sup> Por. *Hardcore Restrictions in Vertical Agreements. Justifications for the Approach Taken in Regulation 2790/99*, College of Europe, Warszawa 2003.

<sup>251</sup> *European Competition Law: A Case Commentary, Second Edition*, red. W. VerLoren van Themaat, B. Reude, Edward Elgar Publishing, Camberley 2018, par. 15.11.

<sup>252</sup> A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny, M. Szydło, *Nowa uokik z 2007 r.: krytyczna analiza niektórych rozwiązań*, *Przegląd Ustawodawca Gospodarczego* 2007, nr 5, s. 19.

będącym podstawą utworzenia systemu dystrybucji selektywnej; wzajemnych dostaw między dystrybutorami działającymi w systemie dystrybucji selektywnej, włączając w to dystrybutorów działających na różnych szczeblach obrotu; prawa dostawcy do sprzedaży komponentów objętych porozumieniem wertykalnym – jako części zamiennych ostatecznym użytkownikom, zakładom naprawczym lub innym usługodawcom, którym nabywca nie powierzył napraw lub serwisowania towarów wyprodukowanych z użyciem tych komponentów.

W przypadku powyższych klauzul czarnych ich zastosowanie wyklucza możliwość wyłączenia całego porozumienia spod zakazu. Istnienie klauzuli czarnej ma dla całego porozumienia skutek podobny do pozostawania poza zasięgiem przedmiotowym rozporządzenia, bezwzględnie eliminuje bowiem wobec całego porozumienia możliwość skorzystania z wyłączenia wertykalnego. Pociąga za sobą nieważność całego porozumienia. Klauzule te stanowią najcięższe ograniczenia konkurencji, których stosowanie jest bezwzględnie zakazane.

Zakaz zawierania porozumień naruszają klauzule, które bezpośrednio lub pośrednio zakazują: konkurowania na czas określony dłuższy niż pięć lat lub na czas nieokreślony, chyba że nabywca sprzedaje towary objęte porozumieniem wertykalnym w lokalu lub na terenie, których właścicielem, wieczystym użytkownikiem, dzierżawcą lub najemcą jest dostawca, lub które dostawca wynajmuje lub dzierżawi od osób trzecich niezwiązanych z nabywcą, a okres trwania takiego zobowiązania nie przekracza okresu zajmowania przez nabywcę tego lokalu lub terenu, dystrybutorom działającym w systemie dystrybucji selektywnej sprzedaży towarów tylko niektórych konkurentów dostawcy, nabywcom wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów po wygaśnięciu porozumienia wertykalnego, chyba że obowiązywanie takich klauzul dotyczy towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty towarów objętych porozumieniem wertykalnym, oraz jest ograniczone do lokalu lub terenu, na którym nabywca prowadzi działalność w trakcie obowiązywania porozumienia wertykalnego, oraz jest niezbędne do ochrony *know-how* przekazanego przez dostawcę nabywcy, zaś czas ich obowiązywania jest ograniczony do roku po wygaśnięciu porozumienia wertykalnego, tu z wyjątkiem możliwości nałożenia ograniczenia, które nie ma limitu czasowego na używanie i ujawnianie *know-how*.

Klauzule niedozwolone nie mogą skorzystać z wyłączenia, ale ich stosowanie nie świadczy o antykonkurencyjnej istocie całego porozumienia, którego są częścią.



W konsekwencji stosowanie klauzul niedozwolonych nie wyklucza możliwości wyłączenia dla porozumienia, którego są częścią, o ile można je oddzielić od reszty umowy<sup>253</sup>. Porozumienia wertykalne zawierające klauzule niedozwolone podlegają stąd każdorazowej ocenie co do zastosowaniu wyłączenia.

Powyższe jakościowe warunki wyłączenia są sformułowane w sposób zakazujący zawierania pewnych porozumień i klauzul, ponieważ ich konsekwencją jest generalnie brak zastosowania wyłączenia grupowego, mimo że próg udziału w rynku nie został przekroczony. Wskazanie niedopuszczalnego zakresu współdziałania przedsiębiorców przy określeniu wyjątków od nich zapewnia przedsiębiorcom duży poziom pewności co do legalności ich porozumień w świetle ustawy.

Specyficznym rodzajem sektorowego wyłączenia grupowego pozostaje wyłączenie dla porozumień dystrybucji samochodów i części zamiennych. Silna konkurencja na rynku motoryzacyjnym skłania producentów samochodów do poszukiwania jak najbardziej efektywnych form zbytu samochodów, części zamiennych oraz świadczenia usług serwisowych. Do najskuteczniejszych sposobów dotarcia do konsumenta należą dystrybucja i prowadzenie obsługi serwisowej pojazdów przez dystrybutorów (dealerów) w ramach niezależnych, autoryzowanych sieci organizowanych przez producentów różnych marek samochodów lub krajowych importerów. Sieci dystrybucyjne powstają zwykle za pomocą umów o selektywnej lub wyłącznej dystrybucji, należących do kategorii porozumień wertykalnych, które objęte są zasadniczo wspólnotowym zakazem porozumień ograniczających konkurencję.

W przypadku porozumień dystrybucyjnych w sektorze motoryzacyjnym w prawie wspólnotowym istnieje dłuioletnia tradycja ułatwiania ich funkcjonowania przez stanowienie wyłączeń grupowych o charakterze sektorowym. Szczególne traktowanie sektora motoryzacyjnego wynika z ogromnego znaczenia tej branży dla konsumentów i konieczności ochrony konsumentów poprzez wzmocnienie konkurencji w przemyśle motoryzacyjnym. W konsekwencji warunki wyłączeń grupowych stosowanych wobec sektora motoryzacyjnego były bardziej rygorystyczne aniżeli warunki wyłączeń grupowych przewidzianych dla pozostałych porozumień wertykalnych.

---

<sup>253</sup> A. Jurkowska, T. Skoczny, Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce, Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2008, s. 236.

Kwestie wyłączenia grupowego w sektorze motoryzacyjnym uregulowano rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 8 października 2010 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>254</sup>. Rozporządzenie to regulowało warunki, jakie muszą być spełnione, aby porozumienie wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych zostało uznane za wyłączone spod zakazu, klauzule, których występowanie w porozumieniu wertykalnym w sektorze pojazdów samochodowych nie uznaje się za naruszenie art. 6 UOKK, oraz klauzule, których występowanie w porozumieniu wertykalnym w sektorze pojazdów samochodowych stanowi naruszenie art. 6 UOKK.

Regulacje zawarte w rozporządzeniu były zbliżone do unormowań zawartych w przepisach prawa Unii Europejskiej. Rozporządzenie wyłączeniowe obowiązywało przez okres trzech lat. Po upływie tego terminu porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych podlegają ogólnym regułom wyłączeniowym.

Obecnie dominuje stanowisko, że stan konkurencji na rynku sprzedaży pojazdów samochodowych i części nie odbiega od dystrybucji innych dóbr. W tej sytuacji bardziej rygorystyczne warunki wyłączenia stały się zbędne, a dalsza liberalizacja rynku usług motoryzacyjnych jest najwłaściwszym sposobem zwiększenia ich dostępności i obniżenia cen<sup>255</sup>.

W związku ze specyfiką sektora motoryzacyjnego w 2013 r. nastąpiła nowelizacja rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wyłączeń grupowych. Według dodanego § 11a rozporządzenia wyłączeniu nie podlegają porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi okolicznościami zależnymi od stron tych porozumień mają na celu: ograniczenie sprzedaży części zamiennych do pojazdów samochodowych przez członków systemu dystrybucji selektywnej niezależnym warsztatom, stosującym te części do świadczenia usług serwisowych; uzgodnione – między dostawcą części zamiennych do pojazdów samochodowych, narzędzi naprawczych, diagnostycznych lub innego sprzętu a producentem pojazdów samochodowych – ograniczenie uprawnienia dostawcy do sprzedaży tych części zamiennych, narzędzi naprawczych,

---

<sup>254</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 8 października 2010 r., w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję Dz.U. Nr 198, poz. 1315.

<sup>255</sup> P. Szot, A. Zięba, Umowy dystrybucyjne w przemyśle samochodowym w nowym systemie wyłączeń grupowych, iKAR 2012, nr 3, s. 63.

diagnostycznych lub innego sprzętu dystrybutorom albo autoryzowanym lub niezależnym warsztatom lub ostatecznym użytkownikom; uzgodnione – między producentem pojazdów samochodowych, wykorzystującym komponenty do montażu pojazdów samochodowych, oraz dostawcą takich komponentów – ograniczenie uprawnienia dostawcy do efektywnego umieszczania swojego znaku towarowego lub swojego logo w widocznym miejscu na dostarczanych komponentach lub na częściach zamiennych do pojazdów samochodowych.

### **2.2.8. Wyłączenie indywidualne**

Wyłączenie ma indywidualny charakter, gdy nie dotyczy określonej grupy porozumień, ale konkretnej, jednostkowej sytuacji, w której doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami. Wyłączenia indywidualne są wyrazem ekonomizacji prawa konkurencji i umożliwiają zawieranie porozumień, których skutkiem jest naruszanie konkurencji, o ile przynoszą więcej korzyści niż szkody.

Wyłączenia indywidualne spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję reguluje art. 8 UOKK, według którego dozwolone są porozumienia, o ile jednocześnie spełniają cztery warunki, tj. przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego, zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumienia korzyści, nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów, nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

Na mocy powyższego przepisu porozumienia, spełniające określone w nim przesłanki, są *ex lege* wyłączone spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Wyłączenia indywidualne są wyjątkiem legalnym od ogólnego zakazu porozumień ograniczających konkurencję, gdyż obejmują takie rodzaje porozumień, które wprawdzie naruszają zakaz porozumień ograniczających konkurencję, ale przynoszą korzyści zdolne przewyższyć straty, wynikające z ograniczenia konkurencji, jeżeli spełniają cztery powyższe przesłanki. Istotne, że wszystkie powyższe przesłanki wyłączeń indywidualnych muszą być spełnione łącznie.

Dopuszczalne będą porozumienia, których zawarcie przynosi obiektywne korzyści gospodarcze (tzw. *efficiency gains*) w postaci polepszenia produkcji, dystrybucji towarów postępu technicznego lub gospodarczego. Porozumienie może być uznane za spełniające przesłankę, o której mowa w art. 8 ust. 1 pkt 1 UOKK, o ile odniesie pozytywny skutek w zakresie np. lepszej alokacji dóbr czy też zmniejszenia kosztów prowadzonej działalności, co znajduje bezpośrednie odzwierciedlenie w sferze interesów szerokiego kręgu uczestników rynku lub też całej gospodarki, czyli jeśli wpływa bezpośrednio na efektywność działania. Podniesienie efektywności działania wymaga wykazania obiektywnych korzyści, jakie przyniosło porozumienie, przy czym nie mogą być to tylko korzyści odnoszone przez podmiot stosujący praktyki ograniczające konkurencję. Wykazanie spełnienia tej przesłanki wymaga zidentyfikowania korzyści gospodarczych, jakie wynikać mają z zawarcia porozumienia i stwierdzenia istnienia związku przyczynowego między zawarciem porozumienia a osiągnięciem tak zdefiniowanych korzyści, natomiast w przypadku korzyści, które jeszcze się nie zmaterializowały – określenia stopnia prawdopodobieństwa ich wystąpienia oraz sposobów ich osiągnięcia i terminu ich realizacji. Konieczne jest wskazanie konkretnych korzyści pod względem efektywności, przy czym musi zachodzić możliwość ich weryfikacji w kontekście charakteru wskazanych korzyści, związku pomiędzy zawarciem porozumienia a osiągnięciem tak zdefiniowanego pożytku, prawdopodobieństwa oraz wielkości wzrostu efektywności; a także określenia, w jaki sposób oraz kiedy wzrost efektywności zostanie osiągnięty<sup>256</sup>. Istotne jest, aby ograniczenia konkurencji w żaden sposób nie wykraczały poza to, co jest niezbędne dla zrealizowania korzyści płynących z porozumienia. Wykazanie tej przesłanki wymaga sprawdzenia najpierw, czy korzyści są ściśle powiązane z zawarciem porozumienia oraz czy nie można ich osiągnąć w sposób ekonomicznie zasadny za pomocą mniej restrykcyjnych środków, a następnie – czy każde z ograniczeń konkurencji, jakie wynika z zawarcia porozumienia, jest niezbędne do tego, by korzyści zostały osiągnięte<sup>257</sup>. Ograniczenie konkurencji jest niezbędne do osiągnięcia korzyści, jeżeli jego brak wyłączyłby lub poważnie utrudnił

---

<sup>256</sup> D. Wojtczak, Porozumienia wertykalne, UOKiK, Warszawa 2013, s. 14.

<sup>257</sup> Por.: wyrok TS z dnia 26.10.1998 r. w sprawie Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, C-7/97, Eur-Lex nr 61997CJ007, w której powołano się na test niezbędności.

osiągnięcie korzyści płynących z zawarcia porozumienia, względnie ich osiągnięcie stałoby się znacząco mniej prawdopodobne.

Ograniczenie konkurencji wynikające z zawartego porozumienia musi być proporcjonalne zarówno do podniesienia efektywności działania, jak i zapewnienia nabywcom odpowiednich korzyści. Ocena niezbędności porozumienia wymaga dokonania oceny racjonalności działania stron z uwzględnieniem z jednej strony ich interesu, a z drugiej – szerokiego kontekstu gospodarczego. O niezbędności ograniczenia konkurencji nie decyduje czynnik subiektywny w postaci przekonania uczestników porozumienia ani ocena jego niezbędności w oparciu o reprezentowany przez nich punkt widzenia. Ograniczenie konkurencji musi być niezbędne do wywołania pozytywnych skutków. Bez ograniczenia konkurencji skutki te nie wystąpiłyby w ogóle lub ich osiągnięcie byłoby trudne. Dostępna alternatywa musi być mniej ryzykownym i tańszym sposobem uzyskania takich samych efektów oraz realna z ekonomicznego punktu widzenia. Nie stanowi jej zachowanie, które byłoby nieopłacalne lub dostępne tylko teoretycznie bądź przy znacznym nakładzie kosztów. Dlatego też przy ocenie tej przesłanki należy odwołać się do modelu racjonalnego przedsiębiorcy. Racjonalność należy oceniać pod kątem zachowania innych uczestników tego rynku, tj. konkurentów oraz nabywców, czyli ocenić, czy dane zachowanie spotyka się z ich negatywnymi reakcjami<sup>258</sup>.

Zawarcie porozumienia musi zapewniać udział w tych korzyściach nabywcom lub użytkownikom produktów, których dotyczy porozumienie. Chodzi o zapewnienie uczestnikom obrotu gospodarczego korzyści finansowych, np. niższych cen, dogodnych warunków zapłaty lub korzyści o charakterze niefinansowym, np. poprawa jakości towarów, wyższy poziom ich nowoczesności, bardziej fachowa obsługa klientów. Przesłanka ta wymaga, aby koordynacja zachowań przedsiębiorców przyniosła korzystne skutki konsumentom lub innym uczestnikom tego rynku, przy czym korzyści te mogą być zarówno bezpośrednie, np. niższe ceny lub pośrednie, poprawa jakości towarów lub jakości świadczonych usług czy warunków sprzedaży. O braku takowych korzyści mogą świadczyć m.in. negatywne sygnały płynące z rynku, a dotyczące funkcjonowania porozumienia. Wymagane jest, aby przeniesiona została co najmniej taka część korzyści, która zrównoważy antykonkurencyjny wpływ porozumienia.

---

<sup>258</sup> Wyrok SOKiK z dnia 7 lutego 2001 r., sygn. akt XVII AmA 25/00, Lex nr 56388.

Zawarcie porozumienia nie może także umożliwiać jego stronom eliminacji konkurencji w zakresie znacznej części towarów. Za porozumienie zagrażające konkurencji rynkowej w zakresie znacznej części towarów uznaje się porozumienie, którego uczestnik posiada pozycję dominującą na rynku lub może ją uzyskać w wyniku zawartego porozumienia. Przesłanka wyeliminowania konkurencji zostaje spełniona wtedy, gdy określone współdziałanie przedsiębiorców prowadziłyby do zaniku swobody w zakresie podejmowania decyzji rynkowych zarówno przez nich samych, jak też i innych przedsiębiorców działających na rynku właściwym. Do oceny tej przesłanki niezbędna jest ocena stanu konkurencji na danym rynku w dłuższym okresie czasu czy zajmowanej przez strony porozumienia pozycji na tym rynku, jak również ocena eliminacji konkurencji. Porozumienie antykonkurencyjne nie zostanie w konsekwencji zwolnione z zakazu, jeśli stwarza możliwość uczestniczącym w nim przedsiębiorcom wyeliminowania konkurencji w znacznej części tego rynku, z uwzględnieniem aktualnej i potencjalnej konkurencji.

Każde wyłączenie indywidualne może mieć zastosowanie do wszelkiego typu porozumień. Oznacza to, że nawet porozumienia ukierunkowane na najpoważniejsze ograniczenia konkurencji uzyskują prawnie dopuszczalną szansę na uznanie za legalne dzięki spełnieniu czterech przesłanek ekonomicznych. W przypadku jednak porozumień uważanych za najcięższe naruszenie przepisów prawa konkurencji spełnienie powyższych kryteriów w tego typu przypadkach jest bardzo trudne<sup>259</sup>.

Wyłączenie indywidualne to przydatny instrument w sytuacji, gdy porozumienie nie jest objęte wyłączeniami grupowymi. W polskiej rzeczywistości gospodarczej znaczenie wyłączeń indywidualnych ma charakter marginalny. Świadczą o tym decyzje Prezesa UOKiK czy orzeczenia sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o zastosowaniu art. 8 ust. 1 UOKK, tj. wyłączeń indywidualnych, które są rzadkością. Wynika to ze wspomnianej już w niniejszej pracy okoliczności, że Prezes UOKiK w toku postępowania wyjaśniającego akceptuje argumentację strony powołującej się na poglądy doktryny i w związku z tym wydaje postanowienie, którym kończy postępowanie wyjaśniające, uznając, że nie doszło do złamania prawa antymonopolowego. Przykładowo przy spełnieniu przesłanek z art. 8 ust. 1 UOKK Prezes UOKiK stwierdził w sprawie Polskiego Stowarzyszenia Flisaków Pienińskich na rzece Dunajec na trasie Sromowce Wyżne – Szczawnica – Krościenko

---

<sup>259</sup> D. Wojtczak, Porozumienia wertykalne, UOKiK, Warszawa 2013, s. 14.

w Sromowcach Niżnych<sup>260</sup>, dotyczącej ustalania cennika za świadczenie przez członków ww. stowarzyszenia usług przewozu osób na powyżej wskazane trasie, co w ocenie urzędu może być niedozwolonym porozumieniem polegającym na bezpośrednim ustalaniu cen. Zdaniem Prezesa UOKiK zawarte przez Stowarzyszenie porozumienie spełnia przesłankę, o której mowa w art. 8 ust. 1 pkt 1 UOKK, gdyż wspólne ustalanie cen przez Stowarzyszenie przyczynia się do świadczenia usług spływu Dunajcem w sposób bardziej efektywny i tym samym powoduje polepszenie dystrybucji tych usług. Lepsza dystrybucja tych usług przejawia się w umożliwieniu szybkiej obsługi klientów oraz usprawnieniu nabywania biletów przez konsumentów, gdyż konsekwencją wspólnego ustalania cen za spływ jest możliwość zakupu przez klientów biletów na spływ w jednym miejscu<sup>261</sup>. Przyjęta forma działalności zapewnia turystom właściwą obsługę i bezpieczeństwo, co nie byłoby możliwe przy świadczeniu tych usług indywidualnie przez flisaków. Zawarte przez Stowarzyszenie porozumienie nie jest zatem według organu wymierzone przeciwko innym uczestnikom tego rynku. W ocenie Prezesa Urzędu korzyści natury gospodarczej i ekonomicznej oraz płynące z zawartego porozumienia pozytywne skutki dla konsumentów turystów uczestniczących w spływie oraz innych uczestników tego rynku przeważają nad negatywnym skutkiem wynikającym z zawartego porozumienia, tj. ustalaniem cen za spływ przez Stowarzyszenie w postaci ograniczenia konkurencji cenowej pomiędzy flisakami. Z uwagi na spełnienie kumulatywne wszystkich przesłanek z art. 8 ust. 1 UOKK porozumienie było legalne w świetle przepisów ustawy.

Ciążar udowodnienia okoliczności wyłączających z art. 8 UOKK ciąży na przedsiębiorcy. Oznacza to, że strony zawartego porozumienia muszą być w stanie wykazać, iż spełnia ono cztery przesłanki wyłączenia spod zakazu z art. 6 ust. 1 UOKK. Jedynie wówczas przedsiębiorcy zawierające niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję nie będą podlegać sankcjom.

Z kolei Prezes UOKiK w wyjaśniającym postępowaniu wskazuje jedynie, że strony zawarły porozumienie ograniczające konkurencję o określonym przedmiocie lub skutku. Jeżeli przedsiębiorcy nie wskażą w tej sytuacji okoliczności uzasadniających zastosowanie wyłączenia indywidualnego, to Prezes UOKiK nie ma obowiązku dokonania takiej analizy z urzędu.

---

<sup>260</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 4.11.2011 r., RKT-33/2011, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 12.11.2017 r.

<sup>261</sup> Uzasadnienie decyzji Prezesa UOKiK z 4.11.2011 r., RKT-33/2011, s. 17, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 15.11.2017 r.

Zdaniem Małgorzaty Sieradzkiej wykazanie, iż porozumienie nie ogranicza konkurencji, jest zazwyczaj prostsze niż udowodnienie zaistnienia przesłanek indywidualnego zwolnienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję<sup>262</sup>. Udowodnienie spełnienia przesłanek wyłączenia indywidualnego jest niewątpliwie trudne, ale słusznym jest, że to na przedsiębiorcy ciąży ciężar dowodu. To przedsiębiorcy zawierający porozumienie najlepiej znają intencję biznesową oraz okoliczności jej towarzyszące. Jeżeli potrafią przedstawić argumenty przemawiające za zastosowaniem indywidualnego wyłączenia, takie wyłączenie powinno być dopuszczalne.

## Podsumowanie

Porozumienie wertykalne w dzisiejszym szybko zmieniającym się rynku wymaga od producentów zawierania porozumień z wyspecjalizowanymi dystrybutorami. Dotychczasowy rozwój prawa konkurencji uzasadnia wymaganą zmianę podejścia do ochrony konkurencji. O ile w początkowym stadium rozwoju wolnej gospodarki nastawione było na ochronę silnej konkurencji, tak teraz należałoby skoncentrować ochronę na ekonomicznej efektywności. Sama nadwyżka indywidualnego producenta w postaci generowanego przez niego zysku czy też sama nadwyżka indywidualnego konsumenta wyrażająca się w różnicy pomiędzy subiektywnym przekonaniem o wartości danej rzeczy i ceną, jaką w rzeczywistości musi on za nią zapłacić, nie powinny samoistnie przesądzać o tym, czy cel prawa ochrony konkurencji jest realizowany, jeżeli w danym kontekście zasadne byłoby uwzględnienie nadwyżki osiągananej przez inne podmioty<sup>263</sup>. Z tak przyjętym modelem ekonomicznym obecne formalistyczne podejście do porozumień wertykalnych należy ocenić negatywnie. Porozumienia, które dzisiaj uznane są za naruszające konkurencję, mogą wykazywać wiele korzyści ekonomicznych na rynku, tj.:

---

<sup>262</sup> M. Sieradzka, Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny cel udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – analiza i ocena, iKAR 2015, nr 5, s. 44.

<sup>263</sup> Koncepcja zakładająca przyrost dobrobytu w sytuacji powstania nadwyżki po którejkolwiek ze stron, bez wartościowania pomiędzy nimi, właściwa jest koncepcji „dobrobytu całkowitego” (*total welfare*) według teorii Alfreda Marshalla. Koncepcja dobrobytu konsumenta według teorii Kennetha Arrowa zakłada z kolei przyznanie priorytetowego znaczenia przyrostowi po stronie konsumentów; S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, London 2002, s. 24.



1. Ograniczenie tzw. *free ridingu*, czyli niewłaściwego działania na szczeblu dystrybucji poprzez wykorzystywanie innych podmiotów działających na tym samym szczeblu obrotu, np. poprzez marketing i reklamę.
2. Przeniesienie wewnątrzmarkowej konkurencji na poziomie ceny na inne elementy konkurencyjności, np. jakościową, obsługę posprzedażną oraz zewnątrzmarkową.
3. Wzrost efektywności na rynku poprzez umożliwienie wejścia innym podmiotom i poszerzanie oferty produktowej.
4. Wzrost inwestycji na wizerunek marki w wyniku gwarancji marżowości produktów.
5. Ograniczenia negatywnych decyzji dystrybutorów przez wyniszczające wojny cenowe.
6. Ograniczenia możliwości wystąpienia tzw. podwójnej marży, gdzie dystrybutor nakłada dodatkową marżę na odsprzedawane produkty.

Oczywiście nie można z góry zakładać, że wszystkie porozumienia, które obecnie są zakazane, posiadają prokonkurencyjne cechy. Podejście ekonomiczne, a nie literalne stosowanie przepisów pozwala na podejście skutkowe do porozumień wertykalnych. Przykładowo zastosowanie ceny sztywnej określonego produktu pozwoliłoby skoncentrować się sprzedawcom na wysiłku sprzedażowym i zapewnieniu jakości obsługi procesu sprzedaży, jak np. wykwalifikowany personel, odpowiednia lokalizacja, marketing. Po drugie, określenie dolnego poziomu marżowego pozwoliłoby na rywalizację rynkową pomiędzy samymi producentami produktów podobnego typu, np. poprzez budowanie lepszej jakościowo oferty, w tym stosowania różnego typu zachęt. Po trzecie, wprowadzenie cenowych porozumień wertykalnych mogłoby dać możliwość wejścia na rynek produktów, które w wyniku niskiej marżowości nigdy nie miałyby szansy sprzedaży. Ryzyko ekonomicznej straty nie spoczywałoby wówczas na sprzedawcach końcowych. Po czwarte – co jest mocno powiązane z argumentem trzecim – porozumienie cenowe mogłoby zlikwidować zjawisko tzw. *cream skimmingu*, czyli sprzedaży wyłącznie produktów niskich kosztowo lub wysoko marżowych. Mniejsi dystrybutorzy nie mają szans na zatowarowanie się tego typu produktami, które celowo są wykupywane przez duże podmioty uczestniczące w sprzedaży produktu. Ponadto określenie wysokości ceny odsprzedaży pozwoliłoby na zapewnienie przekierowania choćby części zysku na pozostałe, mniej zyskowe produkty. Korzyścią dla odbiorców końcowych mogłaby

być zwiększona oferta produktowa substytutów produktowych oraz zwiększenie jakości sprzedażowej i posprzedażowej.

Powyższe argumenty skłaniają do spojrzenia ekonomicznego na porozumienia wertykalne w zakresie ich domniemanego ograniczania konkurencji. Wartym również rozważenia jest weryfikacja Rozporządzenia określającego wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień i zmodyfikowania tzw. czarnej listy porozumień zakazanych.

## **Rozdział 3**

### **Niezbędne ograniczenia konkurencji na gruncie prawa wspólnotowego (*ancillary restraints*) UE i w Stanach Zjednoczonych**

#### **3.1. Instytucja niezbędnych ograniczeń konkurencji**

Bezwzględne stosowanie przepisów dotyczących zakazu zawierania porozumień pomiędzy przedsiębiorcami może niekiedy prowadzić do niekorzystnych dla gospodarki zjawisk, natomiast porozumienia potencjalnie naruszające warunki konkurencji mogą wywoływać pozytywne skutki. Powyższe doprowadziło do wykształcenia się instytucji niezbędnych ograniczeń konkurencji.

Doktryna niezbędnych ograniczeń konkurencji wiąże się z antymonopolową oceną koncentracji oraz ze stosowaniem zakazu karteli, czyli zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Porozumienie między niezależnymi przedsiębiorcami może bowiem zostać uznane za naruszenie prawa konkurencji, jeśli jego celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku. Zakazane są jednocześnie porozumienia między konkurentami oraz porozumienia między podmiotami działającymi na różnych szczeblach obrotu danym towarem.

Koncepcja niezbędnych ograniczeń konkurencji (*ancillary restraints*) zaczęła kształtować się w Stanach Zjednoczonych na początku XX w., a w Europie pojawiła się w latach sześćdziesiątych. Doktryna niezbędnych ograniczeń konkurencji stanowi obecnie immanentną część prawa ochrony konkurencji w ramach Wspólnoty Europejskiej. Instytucja (doktryna, koncepcja) tzw. niezbędnych ograniczeń konkurencji (*ancillary restraints*) zakłada, że niektóre ograniczenia konkurencji, które normalnie traktowane byłyby jako niedozwolone, powinny zostać uznane za legalne,

stanowią bowiem część szerszej działalności gospodarczej i są niezbędne dla jej realizacji<sup>264</sup>.

Doktryna niezbędnych ograniczeń stanowi instrument racjonalizacji zakresu stosowania zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję (zawierania karteli), a jej zadaniem jest eliminacja nieefektywnych zachowań rynkowych, a nie wszystkich ograniczeń konkurencji. Celem konstrukcji niezbędnych ograniczeń konkurencji jest uelastycznienie oceny porozumień, które mogą ograniczać konkurencję. Powyższe następuje w uproszczonej formie, tj. bez konieczności odwoływania się do instytucji indywidualnego wyłączenia i związanej z tym konieczności ekonomicznego uzasadnienia spełnienia czterech przesłanek prokonkurencyjności<sup>265</sup>.

Według doktryny ograniczeń dodatkowych zakazu porozumień antykonkurencyjnych nie stosuje się w sytuacji, kiedy zasadniczy przedmiot porozumienia nie narusza reguł konkurencji, a określone, zamieszczone w tym porozumieniu postanowienia ograniczające konkurencję są bezpośrednio związane z zasadniczym przedmiotem porozumienia oraz są dla jego zawarcia i wykonania niezbędne.

Test niezbędności postanowień ograniczających konkurencję wiąże się z oceną, czy te postanowienia są obiektywnie konieczne dla realizacji przedmiotu porozumienia i czy zachowane są proporcje znaczeń tych konkretnych klauzul i zamierzonych czynności podstawowych<sup>266</sup>. Wskazuje się, że określone postanowienie dodatkowe jest bezpośrednio związane z podstawowym przedmiotem porozumienia, jeżeli ma pomocniczy, wspierający, drugoplanowy charakter i jest nierozzerwalnie związane z przedmiotem porozumienia, w którym to postanowienie jest zamieszczone. Ponadto warunek bezpośredniego, funkcjonalnego związku z zasadniczym przedmiotem porozumienia jest spełniony, gdy przy braku wprowadzenia do danego porozumienia

---

<sup>264</sup> A. Bolecki, Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej, iKAR 2012 nr 1, s. 15.

<sup>265</sup> A. Jurkowska, Doktryna niezbędnych ograniczeń we wspólnotowym orzecznictwie antymonopolowym w sprawach porozumień ograniczających konkurencję, Problemy Zarządzania 2004, nr 3 (5), s. 49.

<sup>266</sup> E. Stawicki w: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, red. A. Stawicki, E. Stawicki Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 475.

określonego postanowienia realizacja zasadniczego przedmiotu porozumienia, czyli ekonomicznego celu, byłaby niemożliwa bądź bardzo utrudniona<sup>267</sup>.

Z kolei w świetle komunikatu Komisji Europejskiej ograniczenia można uznać za bezpośrednio związane i konieczne dla dokonania koncentracji, o ile pozostają w ścisłym związku z samą koncentracją. Ograniczenia bezpośrednio związane z koncentracją są ekonomicznie powiązane z główną transakcją, a ich celem jest umożliwienie płynnego przejścia na zmienioną strukturę przedsiębiorstwa po koncentracji. Ograniczenie jest bezpośrednio powiązane z porozumieniem głównym, gdy stanowi jego część składową i jest uzależnione od jego istnienia, czyli nie ma charakteru samodzielnego, a jedynie wspiera porozumienie główne. Ograniczenie konkurencji można uznać za konieczne, jeżeli w braku takiego postanowienia koncentracja nie może być zrealizowana lub może być zrealizowana jedynie na bardziej niepewnych warunkach, po znacznie wyższym koszcie, w znacznie dłuższym okresie lub ze znacznie większym stopniem trudności. Niezbędność ograniczenia oceniania jest zaś obiektywna i wynika z ustalenia, czy porozumienie główne może w racjonalny sposób funkcjonować bez ocenianego ograniczenia. Dla oceny, czy dane ograniczenie jest konieczne, należy brać pod uwagę jego charakter, a także okoliczność, że czas jego obowiązywania, przedmiot i geograficzny obszar zastosowania nie wykraczają poza rozsądne wymagania w ramach porozumienia. Jeżeli dostępne są równie skuteczne alternatywy zgodnego z prawem celu porozumienia, wówczas przedsiębiorstwa muszą wybrać takie środki, aby w najmniejszym stopniu ograniczały konkurencję<sup>268</sup>. Jednocześnie według Komisji zastosowanie doktryny nie wymaga dodatkowych ograniczeń, w przeciwieństwie do analizy możliwości zastosowania wyłączenia indywidualnego spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję badania pro- i antykonkurencyjnych skutków danego postanowienia<sup>269</sup>.

W ramach instytucji proponuje się w piśmiennictwie w obrębie *ancillary restraints* wyróżniać *commercial ancillarity* jako ograniczenia uzasadnione z biznesowego punktu widzenia oraz *regulatory ancillarity* jako ograniczenia

---

<sup>267</sup> Z uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK z 27 grudnia 2012 r., nr DOK – 7/2012, [http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec\\_prez.nsf/0/B57F3D8D652B9715C1257EC6007B9BAF/\\$file/Decyzja%20nr%20DOK-7\\_2012%20Akuna%20wersja%20BIP.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/B57F3D8D652B9715C1257EC6007B9BAF/$file/Decyzja%20nr%20DOK-7_2012%20Akuna%20wersja%20BIP.pdf), data odczytu 16.11.2017 r.

<sup>268</sup> Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych dla dokonania koncentracji, Dz. Urz. UE 2005, C 56/03, pkt 13.

<sup>269</sup> Obwieszczenie Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu WE, Dz. Urz. UE 2004, C 101/08, pkt 30.

uzasadnione celem interesu publicznego, tj. gdy dodatkowe, pomocnicze ograniczenie konkurencji jest usprawiedliwione względami społeczno-publicznymi lub związanymi z działalnością regulacyjną podmiotów wyposażonych w jakiś element imperium państwowego<sup>270</sup>.

Realizacja doktryny niezbędnych ograniczeń odnosi się do art. 8 ust. 1 UOKK<sup>271</sup> oraz art. 101 ust. 3 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TFUE), w świetle których za zgodne z prawem mogą zostać uznane porozumienia naruszające konkurencję, o ile spełniają jednocześnie następujące przesłanki: przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego; zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści; nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów; nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

Powyższe przepisy regulują wyłączenia ustawowo indywidualne od zakazu porozumień ograniczających konkurencję, ale poza tym istnieją również wyłączenia obejmujące porozumienia bagatelne (*de minimis*), a także wyłączenia grupowe określone w rozporządzeniach wykonawczych do UOKK. Wyłączenia ustawowo indywidualne wiążą się z korzyściami prokonkurencyjnymi, jakie stwarza dane porozumienie. Warunki uznania praktyki ograniczającej konkurencję za zgodne z prawem to korzyści pod względem efektywności, słuszny udział konsumentów, nieodzowność ograniczeń oraz brak eliminowania konkurencji, przy czym te cztery warunki mają charakter łączny. Jeśli jeden z warunków nie jest spełniony, to porozumienie nie może zostać wyłączone z zakazu zawarcia.

Przy koncepcji *ancillary restraints* ocena zgodności z prawem porozumienia ograniczającego konkurencję następuje w uproszczonej formie, bez konieczności odwoływania się do instytucji indywidualnego zwolnienia i związanej z tym konieczności ekonomicznego uzasadnienia spełnienia czterech przesłanek prokonkurencyjności. Wynika stąd podstawowa różnica między instytucją indywidualnego zwolnienia a instytucją niezbędnego, pomocniczego ograniczenia konkurencji, która to znajduje zastosowanie jedynie do oceny pewnego

---

<sup>270</sup> A. Bolecki, Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej, iKAR 2012, nr 1, s. 18.

<sup>271</sup> Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r., Dz.U. z 2007 nr 50, poz. 331, ze zm.

niesamodzielnego wycinka określonego porozumienia, natomiast indywidualne zwolnienie stosuje się do oceny całego porozumienia. Ponadto w przypadku indywidualnego zwolnienia konieczne jest zbilansowanie pro- i antykonkurencyjnych skutków porozumienia oraz oceny, które z nich przeważają, natomiast w przypadku *ancillary restraints* ocena dotyczy tego, czy jeden z kwestionowanych elementów w porozumieniu, który nie ogranicza konkurencji, jest niezbędny do jego realizacji, i wówczas dopiero będzie uznany za prawidłowy, chociaż rozpatrywany samodzielnie zostałby uznany za antykonkurencyjny<sup>272</sup>.

Przykładami postanowienia dodatkowego ograniczającego konkurencję są klauzule o zakazie konkurencji nakładane na zbywców przy przejęciu przedsiębiorstwa. W orzecznictwie organów unijnych uznano, że korzyści, jakie daje stosowanie klauzuli o zakazie konkurencji, przesądzają o konieczności dopuszczenia jej w obrocie mimo niewątpliwie antykonkurencyjnego charakteru. Aby jednak postanowienia te zostały uznane za konieczne do jej przeprowadzenia, czas ich trwania, geograficzny zasięg ich obowiązywania, a także przedmiot i podmioty im podlegające nie mogą przekraczać pewnych racjonalnych granic, co jest rzeczywiście konieczne dla efektywnego dokonania transferu przedsiębiorstwa<sup>273</sup>. Z kolei przy umowach franchisingowych możliwe jest zamieszczenie klauzuli o zakazie konkurencji, o ile zabezpiecza organizatora przed ryzykiem dostania się *know-how* w ręce konkurencji oraz umożliwia organizatorowi sieci kontrolowanie jej członków w celu zapewnienia ochrony reputacji całej sieci, jako niezbędnie konieczne dla normalnego wdrożenia i funkcjonowania porozumień franchisingowych<sup>274</sup>.

*Ancillary restraints* stanowią konstrukcję rozumowania prawniczego, która znajduje zastosowanie na gruncie oceny celu porozumienia w kontekście art. 101 ust. 1 TFUE. Wszelkie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu to porozumienia wertykalne, a porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu określa się mianem porozumień horyzontalnych. Konstrukcja *ancillary restraints* znajduje zastosowanie do obu rodzajów porozumień, chociaż porozumienia horyzontalne są zasadniczo uważane za bardziej szkodliwe dla konkurencji niż ograniczenia wertykalne, dlatego są surowiej

---

<sup>272</sup> A. Bolecki, Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek – aktualne tendencje orzecznicze w Unii Europejskiej, iKAR 2012, nr 3, s. 17.

<sup>273</sup> Orzeczenie ETS w sprawie 42/84 Remia BV i inni przeciwko Komisji, Zb.O. 1985, s. 2545, pkt17-20, Eur-Lex nr 61984CC0042.

<sup>274</sup> Orzeczenie ETS w sprawie 161/84 Pronuptia de Paris GmbH przeciwko Pronuptia de Paris Irgrand Schuilgalis, Zb O. 1986, s. 353, pkt 14-17, Eur-Lex nr 61984CJ0161.

oceniane<sup>275</sup>. Organ antymonopolowy jest zawsze zobowiązany z urzędu zastosować konstrukcję niezbędnych ograniczeń przy ocenie porozumień, o ile istnieją ku temu uzasadnione podstawy<sup>276</sup>.

Od doktryny niezbędnych ograniczeń należy odróżnić tzw. instytucję obiektywnego uzasadnienia naruszenia konkurencji, zakładającej, że ograniczenia konkurencji, które są obiektywnie niezbędne, nie podlegają zakazowi zawierania porozumień ograniczającej konkurencję. Koncepcja obiektywnego uzasadnienia ograniczenia konkurencji stanowi autonomiczny instrument prawny pozwalający wykazać legalność porozumienia zawierającego ograniczenie konkurencji bez konieczności stosowania art. 101 ust. 3 TFUE oraz zawartych w nim czterech przesłanek prokonkurencyjności. W piśmiennictwie wskazuje się, że koncepcja obiektywnego uzasadnienia dotyczy stanów faktycznych, w których zastosowanie instytucji *ancillary restraints* będzie utrudnione z uwagi na brak porozumienia głównego i pobocznego w stosunku do ograniczenia konkurencji, tzn. gdy ograniczenie konkurencji nie ma charakteru wtórnego wobec porozumienia głównego albo wysuwa się na plan pierwszy jako samodzielne porozumienie, uzasadnione np. względami porządku publicznego<sup>277</sup>. W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE obiektywne uzasadnienie to wszelkie względy prawne, biznesowe, ekonomiczne, techniczne, organizacyjne itp., które stanowią uzasadnienie dla konkretnego ograniczenia konkurencji, a w konsekwencji klauzula umowna nie będzie uznana za antykonkurencyjną ze względu na cel<sup>278</sup>. Koncepcja obiektywnego uzasadnienia (*objective justification*) znajduje podstawę w art. 102 TFUE.

Niezbędne ograniczenia konkurencji (*ancillary restraints*) w szerokim rozumieniu obejmują tzw. klauzule białe, czyli postanowienia, które co do zasady nie wywierają negatywnych skutków dla konkurencji i przez to nie naruszają zakazu porozumień ograniczających konkurencję z art. 101 ust. 1 TFUE oraz art. 6 ust. 1 UOKK. Klauzule stanowiące niezbędne ograniczenia konkurencji nie są jednak powszechnie traktowane jako klauzule białe, a raczej jako postanowienia specyficzne, stanowiące same w sobie odrębną kategorię pojęciową. Świadczy o tym między

---

<sup>275</sup> D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Zakamycze, Kraków 2004, s. 475.

<sup>276</sup> A. Bolecki, Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej, iKAR 2012, nr 1, s. 17.

<sup>277</sup> A. Bolecki, Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek – aktualne tendencje orzecznicze w Unii Europejskiej, iKAR, 2012, nr 3 s. 19.

<sup>278</sup> A. Bolecki, Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek – aktualne tendencje orzecznicze w Unii Europejskiej, iKAR 2012 nr 3 s. 19.



innymi deklaracja Komisji wyrażona w preambułach do rozporządzeń wyłączających porozumienia horyzontalne, w której stwierdza ona, że właściwym jest odchodzenie od podejścia polegającego na wyliczeniu wyłączonych postanowień. Jednocześnie obydwie regulacje wskazują na takie postanowienia porozumień, które stanowią niezbędne ograniczenia konkurencji, ale Komisja nie nazywa ich klauzulami białymi<sup>279</sup>.

W tym miejscu należy zauważyć, że koncepcja niezbędnych ograniczeń i koncepcja obiektywnego uzasadnienia naruszenia konkurencji prowadzą do tego samego rezultatu, którym jest legalność porozumień ograniczających konkurencję jako wyjątek od generalnego zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję (zakazu karteli). Przesłanki obydwu koncepcji opierają się na ekonomizacji prawa antymonopolowego oraz braku konieczności odwoływania się do instytucji indywidualnego wyłączenia spod zakazu porozumień kartelowych i ekonomicznego uzasadnienia spełnienia przesłanek prokonkurencyjności. Wobec tego konkretne porozumienie może być kwalifikowane jako legalne bądź w ramach koncepcji niezbędnych ograniczeń, bądź koncepcji obiektywnego uzasadnienia naruszenia konkurencji, a dopuszczalność zastosowania właściwej konstrukcji do konkretnego przypadku może być dla przedsiębiorców nader trudne.

### **3.1.1. Wpływ ustawy Shermana na powstanie niezbędnych ograniczeń konkurencji w USA**

Zasada wolnej konkurencji stanowi podstawowe założenie prawa antytrustowego w Stanach Zjednoczonych, które zostało skodyfikowane w trzech federalnych aktach prawnych, tj. Sherman Antitrust Act z 1890 r., Clayton Antitrust Act z 1914 r. oraz Federal Trade Commission z 1914 r. Podstawowe znaczenia ma ustawa Shermana, natomiast dwie pozostałe ustawy uzupełniają generalne zakazy ograniczające konkurencję wymienione w ustawie Shermana.

---

<sup>279</sup> A. Jurkowska, T. Skoczny, Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we wspólnotowym i polskim prawie ochrony konkurencji, w: Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2008, s. 54.

Ustawa Shermana została wprowadzona w życie w celu ochrony wolności konkurencji przed jej ograniczeniami i była pierwszą tego typu regulacją na świecie<sup>280</sup>. Jednakże wejściu w życie Sherman Act w 1890 r. towarzyszyły pobudki polegające na ograniczeniu konkurencji. Otóż amerykańscy farmerzy, poirytowani faktem, że zamiast ubrań z produkowanej przez nich bawełny konsumenci coraz powszechniej wybierali ubrania z juty, składali skargi do Kongresu w celu poszukiwania ochrony antymonopolowej, która zlikwidowałaby ich konkurencję<sup>281</sup>.

Ustawa Shermana z 1890 r. stanowi podstawowy akt prawa antymonopolowego, który zakazuje zmony i ograniczania swobody handlu, a także wszelkiego rodzaju monopolizacji i prób doprowadzenia do niej. Ustawa ta zawiera dwa główne postanowienia. W świetle jej art. 1 każda umowa, związek w postaci trustu lub innej albo zмова stanowiąca ograniczenie handlu lub wymiany towarowej pomiędzy poszczególnymi stanami lub z państwami obcymi uznawana jest za nielegalne. Przepis ten zakazuje zawierania umów i podejmowania czynności oraz praktyk, które bezzasadnie ograniczają działalność gospodarczą, a w konsekwencji prowadzą do powstawania monopolu.

Z kolei art. 2 ustawy stwierdza że „każdy podmiot, który monopolizuje, usiłuje monopolizować lub zawiera z jakimkolwiek innym podmiotem związek lub porozumienie w celu monopolizowania jakiegokolwiek sfery handlu lub wymiany towarowej pomiędzy poszczególnymi stanami lub z państwami obcymi, uznawany jest za winnego przestępstwa i w wypadku skazania podlega karze pieniężnej w wysokości nieprzekraczającej stu milionów dolarów, jeżeli jest spółką prawa handlowego, lub miliona dolarów, jeżeli jest innym podmiotem, lub karze więzienia w wymiarze do lat dziesięciu, albo obu wymienionym karom, według uznania sądu<sup>282</sup>”. Przepis ten skierowany jest przeciw wzrostowi i nadużywaniu władzy przez istniejące już monopole.

W orzecznictwie sądów amerykańskich wykształciły się dwa sposoby analizowania spraw antymonopolowych, tj. *rule of reason* i *per se*, przy czym szczególnie ciężkie i bezdyskusyjne przypadki naruszenia prawa antymonopolowego

---

<sup>280</sup> M. Zalewska, Amerykańska koncepcja w unijnym prawie – *essential facilities doctrine*, Europejskie Stowarzyszenie Studentów Prawa ELSA Poznań, Adam Mickiewicz University Law Review, Poznań 2013, s. 171.

<sup>281</sup> Por.: T.J. DiLorenzo, Paradoks antymonopolowych ekonomistów, <https://www.barczewicz.com/blog/archives/2007/07/24/paradoks-antymonopolowych-ekonomistow/>, data odczytu 05.12.2017 r.

<sup>282</sup> Section 2 of the Sherman Act, USA 1980 r., [http://neconomides.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC\\_Acts.pdf](http://neconomides.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC_Acts.pdf), data odczytu 04.06.2016 r.

są nielegalne *per se*, natomiast inne praktyki ograniczające konkurencję podlegają ocenie przez pryzmat ich zgodności z kryterium rozsądności. Przypadki praktyki ograniczających konkurencję *per se* to porozumienia, które ze względu na swój oczywiście negatywny wpływ na konkurencję oraz brak jakichkolwiek okoliczności usprawiedliwiających niezbitcie uważane są za niepożądane, a jednocześnie nielegalne, bez wyszukanego dochodzenia dla sprecyzowania szkody, którą powodują, lub biznesowego wytłumaczenia ich użycia. Natomiast prawdziwy test nielegalności odnosi praktykę w zakresie *rule of reason* i dotyczy tego, czy nałożone ograniczenie tylko reguluje i w ten sposób promuje konkurencję, czy też tłumi, a nawet eliminuje konkurencję.

Początek zasady nielegalności *per se* datuje się na rok 1899 w sprawie Addystone Pipe & Steel Co. przeciwko Stanom Zjednoczonym. W sprawie tej sformułowano alternatywny sposób oceny zgodności zachowań przedsiębiorców z art. 1 ustawy Shermana jako koncepcja ograniczeń dodatkowych<sup>283</sup>. Stan faktyczny w tej sprawie przedstawiał się w ten sposób, że sześć przedsiębiorstw podzieliło terytorium USA na trzy rodzaje rynków. Pierwszy rynek obejmował terytorium zastrzeżone dla poszczególnych przedsiębiorców, gdzie pozostałe strony były zobowiązane do przedkładania ofert wyższych niż przedsiębiorstwo, na rzecz którego zastrzeżono dany rynek. Drugi rynek zakładał przeprowadzenie wewnętrznego przetargu na jego obsługę, gdzie wygrywał oferent, który zobowiązywał się zapłacić najwyższą sumę pozostałym stronom porozumienia Trzeci rynek nie został objęty żadnymi ograniczeniami konkurencji.

Na tle powyższej sprawy wyróżniono ograniczenia handlu bezpośrednie i dodatkowe, co stanowiło podstawę zakazu *per se* w późniejszym czasie. Ograniczenia bezpośrednie występowały, gdy cel porozumienia lub jego przedmiot koncentrowały się tylko na ograniczeniu konkurencji, dlatego podlegały one zakazowi bez konieczności analizowania skutków i bez możliwości uzasadnienia. Natomiast ograniczenia dodatkowe to ograniczenia, które towarzyszyły innej, zgodnej z prawem umowie, a ich celem było podniesienie efektywności działania, zapewnienie skuteczności transakcji, doprowadzenie do zawarcia umowy, ochrona zgodnych z prawem interesów stron umowy przed szkodą, którą ponieśli, gdyby konkurencja

---

<sup>283</sup> D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Studium prawno-porównawcze, Zakamycze, Kraków 2004, s. 76.

nie została ograniczona. Regułę rozsądku dopuszczono wtedy jedynie do tych ograniczeń konkurencji, które miały charakter ograniczeń dodatkowych<sup>284</sup>.

Rozróżnienie ograniczeń dodatkowych i bezpośrednich opierało się na funkcji ograniczenia konkurencji wobec innych elementów współdziałania stron porozumienia. Istotne było to, że ograniczenia dodatkowe musiały być proporcjonalne do realizacji celu głównego, w przeciwnym razie dochodziło do utraty legalnego charakteru klauzuli, ponieważ nadmiernie ograniczała ona prawa jednej strony umowy oraz prowadziła do powstania monopolu. Ponadto badanie celu polegało nie na ustaleniu celu subiektywnego wynikającego z zamiaru stron, ale celu obiektywnego, ustalanego za pomocą badania związku między ograniczeniem konkurencji a głównym przedmiotem umowy, który warunkował wymagany rodzaj i rozmiar ochrony przed konkurencją<sup>285</sup>.

Z kolei w sprawie Northern Pacific R. Co Sąd Najwyższy USA zdefiniował zakaz *per se*, uznając, że niezgodne z prawem, bez kompleksowego badania konkretnych szkód przez nie wyrządzonych lub gospodarczego uzasadnienia dla ich zastosowania, są tylko niektóre ograniczenia, które mają oczywiście negatywny wpływ na konkurencję i są pozbawione korzyści. Jak wskazano w powyższym orzeczeniu: „Reguła zakazu *per se* nie tylko sprawia, że jest bardziej pewne, jakie kategorie ograniczeń są zabronione ustawą Shermana, z korzyścią dla wszystkich zainteresowanych, ale eliminuje również potrzebę przeprowadzenia niezwykle skomplikowanych i długich analiz ekonomicznych całej historii danej branży, a także branż pokrewnych, w celu ustalenia w szerszym ujęciu, czy dane ograniczenie było bezzasadne”. W konsekwencji porozumienia zakazane *per se* to takie, których negatywny wpływ na konkurencję wynika z samej ich istoty, a ich uzasadnienie jest niedopuszczalne, ponieważ jest ono sprzeczne ze wszystkimi celami prawa antymonopolowego w danym systemie prawnym<sup>286</sup>. Amerykańskie sądy zaliczyły do praktyk zakazanych *per se* ustalanie cen, podział rynków, bojkoty grupowe oraz umowy wiązane.

Reguła rozsądku pojawiła się, gdy szereg spraw spowodował kwestionowanie zasady nielegalności *per se*. Jedną z pierwszych ważniejszych spraw rozstrzyganych

---

<sup>284</sup> D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Studium prawnoporównawcze, Zakamycze, Kraków 2004, s. 76-77.

<sup>285</sup> D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Studium prawnoporównawcze, Zakamycze, Kraków 2004, s. 78.

<sup>286</sup> D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Studium prawnoporównawcze, Zakamycze, Kraków 2004, s. 76.

w dziedzinie ochrony konkurencji zgodnie z zasadą rozsądku była sprawa Standard Oil Co. of New Jersey przeciwko Stanom Zjednoczonym z 1911 r. oraz sprawa American Tobacco z 1911 r. W następstwie orzecznictwa w tych sprawach uznano, że norma art. 1 ustawy Shermana zakazuje jedynie porozumień, które ograniczały konkurencję w nierozsądny sposób, a nie jest zakazana każda praktyka ograniczająca konkurencję. Reguła rozsądku miała zapobiec legalizacji szkodliwych porozumień ograniczających konkurencję, a dopuścić między przedsiębiorstwami współpracę, która nie wywołuje negatywnych skutków. Stąd niektóre porozumienia są w oczywisty sposób antykonkurencyjne, natomiast w razie braku takiej oczywistości należało poddać analizie cele porozumienia oraz jego skutki, aby ustalić, w jakim stopniu dane zachowanie ogranicza konkurencję, oraz rozstrzygnąć, czy zgodnie z rozsądkiem poziom ten jest duży czy też nie.

W sprawie Chicago Board of Trade z 1918 r. Sąd Najwyższy USA sformułował zaś metodę analizy porozumień, zwanej pełną regułą rozsądku, w ramach której postulowano dokonanie całościowej analizy ekonomicznej zachowania przedsiębiorców, ponieważ – jak wskazał sąd: „prawdziwy test nielegalności polega na tym, czy nałożone ograniczenie jest tego rodzaju, że tylko reguluje i w ten sposób promuje konkurencję, czy też tłumi, a nawet eliminuje konkurencję. Wobec powyższego uznano, że uznanie danej praktyki za nierozsądną wymagało uwzględnienia charakteru treści ograniczenia, zasad prowadzenia działalności na rynku, sytuacji na rynku przed i po wprowadzeniu ograniczenia, rzeczywistych i potencjalnych skutków ograniczenia, przyczyn wprowadzenia ograniczenia oraz zamiaru stron”<sup>287</sup>. Oznaczało to odejście od analizy ograniczającej się do kwestii ustalenia jedynie, czy praktyka zwiększała, czy zmniejszała poziom konkurencji.

Następnie regułę rozsądku zastosowano m.in. w 1962 r. w sprawie Brown Shoe Co. przeciwko Stanom Zjednoczonym, ale czynnikiem wyróżniającym ją były znacząco zawyżone poziomy odniesienia dla odróżnienia racjonalnego ograniczenia konkurencji od nieracjonalnego.

Podobnie w sprawie Ford Motor Co. przeciwko Stanom Zjednoczonym w 1972 r. potwierdzono wcześniejsze ustalenia co do rozsądzania spraw tego typu zgodnie z zasadą rozsądku, z uwzględnieniem wagi korzyści i kosztów. Natomiast w sprawie Continental TV Inc v. GTE Sylvania regule rozsądku przywrócono status

---

<sup>287</sup> D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Studium prawoporównawcze, Zakamycze, Kraków 2004, s. 89-90.

dominującego standardu oceny praktyk ograniczających konkurencję. Uznano wówczas, że reguła rozsądku wymaga rozważenia wszystkich okoliczności sprawy, zanim uzna się, że porozumienie ogranicza konkurencję w nierozsądny sposób<sup>288</sup>. Treść reguły rozsądku doprecyzowano w sprawie *Professional Engineers*, gdzie rozrózniono dwa elementy analizy zgodności porozumienia z zakazem ograniczeniem konkurencji, tj. ustalenie faktu ograniczenia konkurencji oraz ocenę przedłożonego uzasadnienia. Samo ograniczenie swobody działania nie oznaczało naruszenia konkurencji, ale niedopuszczalne stało się usprawiedliwienie ograniczenia poprzez powołanie się na korzyści, które z ograniczenia odnosił interes publiczny, a konieczne stało się powołanie argumentów gospodarczych i wykazanie pozytywnych dla konkurencji skutków<sup>289</sup>.

Regule rozsądku podlegają porozumienia niemieszczące się w kategorii *per se*, które mogą być uznane za dopuszczalne, gdy prowadząc do ograniczenia konkurencji w jednym obszarze, zwiększają konkurencję w innym, przy zachowaniu proporcjonalności między ograniczeniem konkurencji a zakładanymi lub wywołanymi pozytywnymi skutkami. Reguła rozsądku pozwala stwierdzić, czy czyn w sposób nieuzasadniony (ang. *unreasonably*) ogranicza konkurencję.

Porozumienia w ramach *rule of reason* poddane są szczegółowej analizie ekonomicznej pozwalającej oszacować, czy nie sprzyjają one powiększaniu dobrobytu społecznego. Taka analiza pozwala na dokonanie oceny, czy porozumienie naruszające reguły konkurencji pozwala równoważyć negatywne skutki wspieraniem dobrobytu<sup>290</sup>. W świetle reguły rozsądku sądy USA są zobowiązane rozważyć ogólny wpływ porozumienia na konkurencję na rynku właściwym i w tym celu muszą określić i wyważyć antykonkurencyjne i prokonkurencyjne skutki. Jeżeli skutki prokonkurencyjne mają przewagę, to porozumienie nie jest uznawane za ograniczające konkurencję.

O tym, czy dany rodzaj praktyki jest w amerykańskim prawie konkurencji uznany za *per se* nielegalny, zależy od jurysdykcji sądów, które na przestrzeni lat bądź to poszerzały, bądź zawężyły ten katalog. Reguła wydaje się mieć w USA coraz większe znaczenie, co wynika również z rozpowszechniania się w Stanach

---

<sup>288</sup> D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Studium prawno-porównawcze, Zakamycze, Kraków 2004, s. 108.

<sup>289</sup> D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Studium prawno-porównawcze, Zakamycze, Kraków 2004, s. 111.

<sup>290</sup> D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Studium prawno-porównawcze, Zakamycze, Kraków 2004, s. 63.

Zjednoczonych poglądów tzw. szkoły chicagowskiej, kładącej nacisk na analizę rynkowych skutków danej praktyki. Potwierdza to wydanie w 2007 r. przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych wyroku w sprawie Leegin, który uchylił obowiązujący niemal sto lat precedens ustalony w orzeczeniu w sprawie Dr. Miles, że praktyka ustalania cen odsprzedaży uznawana była za niezgodną jako *per se* z § 1 ustawy Shermana. W konsekwencji dopuszczalność ustalania cen minimalnych odsprzedaży powinna być oceniana w każdym przypadku w oparciu o regułę rozsądku. Współcześnie, dla uznania pewnego działania za nielegalnego *per se*, musi ono charakteryzować się czystym prawdopodobieństwem wystąpienia efektów antykonkurencyjnych i brakiem prawdopodobieństwa wystąpienia adekwatnych kompensacji w sferze korzyści z konkurencji<sup>291</sup>.

Reguła rozsądku została rozpowszechniona w ramach tzw. chicagowskiej szkoły w opozycji do harwardzkiej reguły bezwzględnego zakazu. Teoria szkoły chicagowskiej charakteryzowała się daleko idącą tolerancją amerykańskich organów antymonopolowych dla praktyk monopolizujących rynki zależne, porozumień wertykalnych oraz połączeń horyzontalnych, gdyż wszelkie zachowania rynkowe oprócz skutków negatywnych dla konkurencji mogą mieć również prokonkurencyjny charakter. Na chicagowskiej regule rozsądku oparta jest metoda efektywnościowa, która umożliwiła zaadaptowanie abstrakcyjnych i ogólnych norm prawa konkurencji do zmieniających się realiów gospodarczych.

Reguła rozsądku jest przykładem ekonomizacji (ekonomicznej analizy) prawa antymonopolowego i przyczyniła się do rozwoju konkurencji poprzez jej rozluźnienie. Prokonkurencyjność zawieranych niekiedy porozumień z pozoru ograniczających konkurencję w praktyce ma miejsce, chociaż jej ocena powinna być dokonywana *ad casum*, czyli na podstawie okoliczności towarzyszących konkretnej sprawie, stąd teoria rozsądku szkoły chicagowskiej jest zdecydowanie uzasadniona. W amerykańskiej doktrynie nie brakuje krytyków prawa antymonopolowego, których zdaniem wprowadzenie regulacji do konkurencji jest działaniem nieracjonalnym, będącym efektem ekonomicznej niewiedzy. Rynek jest najlepszym regulatorem i nie wymaga unormowań korygujących<sup>292</sup>. Krytycznie natomiast należy ocenić podejście szkoły harwardzkiej, której przedstawiciele uznawali zakaz zawierania porozumień

---

<sup>291</sup> M. Klimczak, Regulacja pionowej integracji przedsiębiorstw – pomiędzy teorią ekonomii a praktyką prawa, *Ekonomia i Prawo* 2012, nr 1, Wrocław, s. 111.

<sup>292</sup> Por.: A. Greenspan, Antitrust, <http://www.polyconomics.com/ssu/ssu-980612.html>, data odczytu 06.12.2017 r.

kartelowych za bezwzględny, uznając, że jakiegokolwiek zachowanie przedsiębiorcy, prowadzące do potencjalnego lub rzeczywistego ograniczenia konkurencji, powinno być traktowane jako działanie antykonkurencyjne. Szkoła harwardzka opowiada się za analizą nie tylko zagadnień ekonomicznych, ale również celów społecznych<sup>293</sup>. To podejście jest sprzeczne z doktryną ekonomicznej analizy prawa.

Charakterystyczną cechą amerykańskiego prawa antymonopolowego jest ekonomiczna analiza skutków negatywnych zachowań przedsiębiorców, co znajduje uzasadnienie w wykształceniu się reguły rozsądku. Ponadto rozwój reguły rozsądku w zakresie prawa antymonopolowego wiąże się z teorią ekonomicznej analizy prawa, która pozwala na ocenę systemu prawnego z uwzględnieniem praktycznych efektów obowiązywania określonych przepisów prawa. Tworzenie prawa oraz jego stosowanie z uwzględnieniem koncepcji ekonomicznych oznacza, że wprowadzanie rozwiązań prawnych i ich interpretacja powinny być dokonywane ze względu na zaspokojenie potrzeb obywateli. Ekonomiczna analiza prawa w odniesieniu do konkurencji jest powszechnie aprobowana. Główne założenie podejścia ekonomicznego polega na odstąpieniu od legalistycznego stosowania regulacji antymonopolowych (ang. *form-based approach*) opartych na ogólnych zasadach jako bezwzględne zakazy określonych praktyk przedsiębiorców, których konstrukcja nie wymaga dokonywania oceny rzeczywistego oddziaływania konkretnego zachowania przedsiębiorcy na rynek, na rzecz indywidualnej analizy poszczególnych zachowań przedsiębiorców, pogłębionych o ocenę ich następstw (ang. *effect-based approach*)<sup>294</sup>.

### **3.1.2. Doktryna Komisji Europejskiej i orzecznictwo Trybunału do *ancillary restraints***

Amerykańska reguła rozsądku została przejęta przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Do tego czasu Komisja uznawała, że każde porozumienie ograniczające cele rynku wewnętrznego jest sprzeczne z prawem konkurencji, chociażby analiza ekonomiczna nie wykazywała poważnego ograniczenia konkurencji. Dlatego organy UE wdrożyły bardziej elastyczne podejście wiążące się z oceną

---

<sup>293</sup> Z. Jurczyk, Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce, w: Konkurencja w gospodarce współczesnej, UOKiK, Warszawa 2007, s. 13.

<sup>294</sup> Ch. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji, UOKiK, Bonn-Warszawa 2007, s. 6-7.



zachowań przedsiębiorstw z uwzględnieniem warunków gospodarczych, ważąc anty- i prokonkurencyjne skutki porozumienia w świetle art. 101 ust. 1 TFUE, zamiast sprawdzania ich w świetle art. 101 ust. 3 TFUE.

W ramach Wspólnoty Europejskiej koncepcja niezbędnych ograniczeń znalazła po raz pierwszy odzwierciedlenie w orzecznictwie ETS z lat sześćdziesiątych XX w. w wyroku ETS z 30 czerwca 1966 r. w sprawie C-56/65 STM v. Maschinenbau Ulm<sup>295</sup>. W sprawie 56/65 Société Technique Minière (STM) przeciwko Maschinenbau francuskie przedsiębiorstwo dostarczające sprzęt do wykonywania robót publicznych i niemiecki producent ciężkiej maszynierii zawarli porozumienie o wyłącznej dystrybucji. Maschinenbau zgodził się nie zaopatrywać dłużej żadnego z dystrybutorów we Francji ani nie sprzedawać samemu pewnych typów maszyn. STM zgodził się natomiast zakupić znaczną liczbę maszyn od Maschinenbau w ciągu dwóch lat, ale nie mógł później znaleźć odpowiedniej liczby nabywców na te maszyny. ETS orzekł, że wyłączność (ograniczenie konkurencji) była kluczowa dla stworzenia systemu dystrybucji ze względu na wysokie ryzyko podjęte przez STM, ponieważ były to wyspecjalizowane i kosztowne produkty, dlatego porozumienie to było wręcz niezbędne do wejścia w nowy obszar rynku<sup>296</sup>. Na podstawie tego orzeczenia porozumienie będzie zgodne z prawem konkurencji, mimo że ogranicza swobodę działania, o ile nie wystąpią negatywne skutki w zakresie ograniczenia konkurencji.

Koncepcja niezbędnych ograniczeń była następnie kontynuowana w wyroku z dnia 13 lipca 1966 r. w połączonych sprawach C-56/64 – C-58/64 Consten v. Grundig<sup>297</sup>, a dalej w wyroku ETS z 25 października 1977 r. w sprawie 26/76 – Großmärkte GmbH & Co. KG v. Commission (Metro I)<sup>298</sup>, dotyczących stosowania art. 81 ust. 1 i ust. 3 Traktatu WE. Art. 81 ust. 1 zakazywał wszelkich porozumień między przedsiębiorstwami mających postać praktyk uzgodnionych, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji. W drodze odstępstwa art. 81 ust. 3 Traktatu stanowił, że zakaz mógł zostać uznany za niemający zastosowania w przypadku porozumień, które przyczyniają się do polepszenia

---

<sup>295</sup> Wyrok ETS z 30 czerwca 1966 r. w sprawie C-56/65 STM v. Maschinenbau Ulm (Zb. Orz. 1966, s. 235), Eur-Lex nr 61965CJ0056.

<sup>296</sup> D. Kostecka-Jurczyk, Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2014, s. 95.

<sup>297</sup> Wyrok ETS z 13 lipca 1966 r. C-56/64 – C-58/64 Consten v. Grundig (Zb. Orz. 1966), s. 299, Eur-Lex nr 61964CJ0056.

<sup>298</sup> Wyrok ETS z 25 października 1977 r. w sprawie 26/76 – Großmärkte GmbH & Co. KG v. Commission (Metro I) (Zb. Orz. 1977, s. 1875), Eur-Lex nr 61976CJ0026.

produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla użytkowników słusznej części wynikającego z tego zysku oraz w przypadku takich porozumień, które nakładają ograniczenia niezbędne do osiągnięcia tych celów, a także nie dają przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów. W ramach art. 81 TWE ciężar analizy został przesunięty na ust. 3, gdyż większość porozumień objętych zakazem została uznana za legalne właśnie na podstawie przepisu art. 81 ust. 3, ponieważ ust. 1 znajdował zastosowanie do niemal wszystkich porozumień między przedsiębiorcami, gdyż w zasadzie każda umowa pociągała za sobą ograniczenie swobody działania stron.

W latach osiemdziesiątych XX w. orzecznictwo ETS w odniesieniu do doktryny niezbędnych ograniczeń pojawiło się w sprawach Pronuptia<sup>299</sup>, Nungesser<sup>300</sup>, Remia<sup>301</sup>. W wyroku Pronuptia ETS uznał za dopuszczalne te klauzule umowne, które przy uwzględnieniu istniejącego kontekstu gospodarczego są niezbędne do ochrony *know-how* franchisingodawcy. Dotyczy to w szczególności klauzul mających na celu zapobieżenie osiągnięcia przez podmioty konkurencyjne pośrednich korzyści płynących z dostarczonej przez franchisingodawcę pomocy oraz *know-how*. Przykładem może być klauzula zakazująca franchisingobiorcy, w czasie obowiązywania umowy oraz w ustalonym okresie po jej zakończeniu, otwierania sklepu o tym samym lub podobnym charakterze na obszarze, na którym franchisingobiorca może konkurować z członkiem sieci. Takie klauzule, mimo że mają w pewnym zakresie charakter antykonkurencyjny, są niezbędne dla normalnego wdrożenia i funkcjonowania porozumienia franchisingowego. Trybunał stwierdził jednak, że franchisingobiorca musi mieć prawo kształtowania cen towarów lub usług, a organizatorowi przysługuje jedynie możliwość kierowania do dystrybutorów niewiążących zaleceń cenowych.

Natomiast w sprawie Nungesser v. Komisja stan faktyczny był taki, że francuski instytut badawczo-rozwojowy INRA opracował nową odmianę kukurydzy, chronioną prawami hodowców roślin, natomiast prawa do produkcji i sprzedaży roślin w Niemczech przyznano obywatelowi niemieckiemu, p. Eisele, który zobowiązał się

---

<sup>299</sup> Orzeczenie ETS w sprawie 161/84 Pronuptia v. Komisja (Zb. Orz. 1986), s. 353, Eur-Lex nr 61984CJ0161.

<sup>300</sup> Orzeczenie ETS w sprawie 258/78 Nungesser v. Komisja (Zb. Orz. 1982, 2015), Eur-Lex nr 61978CJ0258.

<sup>301</sup> Orzeczenie ETS w sprawie 42/84 Remia v. Komisja (Zb. Orz. 1985), s. 2545, Eur-Lex nr 61984CJ0042.

zarejestrować odmianę w niemieckim urzędzie, zorganizować marketing nasion w Niemczech oraz zaopatrywać się w dwie trzecie nasion u francuskich dostawców. Umowa ta miała charakter wyłącznej dystrybucji z elementem umowy o wyłączne zakupy. Prawa z rejestracji odmiany zostały następnie przeniesione na spółkę Nungesser KG należącą do licencjodawcy. Komisja, do której zaskarżono porozumienie, uznała, że klauzule przyznające licencjodawcy wyłączność terytorialną na rynku niemieckim oraz zobowiązanie do powstrzymania się przez licencjodawcę od zaopatrywania rynku niemieckiego i podejmowania działań przeciwko ewentualnym importerom równoległym, naruszały art. 81 ust. 1 TWE. Z kolei ETS, rozpatrując odwołanie, uznał, że przedmiotem umowy było korzystanie z prawa wyłącznego do chronionej odmiany roślin, prawo to zaś służyło opracowywaniu nowych technologii, a licencja – rozpowszechnianiu tej technologii na terytorium Wspólnoty. Ponadto zastosowanie wyłączności dopuszczalne jest wtedy, jeżeli dotyczy wprowadzenia produktu o szczególnych cechach, który jest produktem nowym, na nowy rynek, a wejście na rynek wiąże się z istotnym ryzykiem ze strony licencjodawcy.

Natomiast w wyroku w sprawie Remia i in. przeciwko Komisji Trybunał uznał, że klauzula o zakazie konkurencji była obiektywnie konieczna do urzeczywistnienia przeniesienia przedsiębiorstw, gdyż w braku tego rodzaju klauzuli, gdyby sprzedawca i nabywca pozostali konkurentami po przeniesieniu, porozumienie w sprawie przeniesienia przedsiębiorstwa nie mogłoby zostać wykonane. Sprzedawca, który ma wyjątkowo szczegółową wiedzę na temat sprzedanego przedsiębiorstwa, miałby bowiem możliwość odzyskania swojej dawnej klienteli natychmiast po przeniesieniu i tym samym pozbawiłby przedsiębiorstwo podstawy bytu. Trybunał stwierdził, że fakt zawarcia w umowie zbycia przedsiębiorstwa sam z siebie nie wyłącza klauzul z zakresu stosowania art. 101 ust. 1 TFUE. Uznał w konsekwencji, że w celu dokonania oceny, czy takie klauzule podlegają zakazowi ustanowionemu w tym artykule, należy zbadać, jaka konkurencja istniałaby na rynku w przypadku ich braku. W danej sytuacji Trybunał uznał, że zaletą klauzul o zakazie konkurencji jest co do zasady to, że gwarantują możliwość i skuteczność zbycia, z zastrzeżeniem, że powinny jednak być konieczne do przeniesienia zbywanego przedsiębiorstwa i że ich czas i zakres obowiązywania powinny być ściśle ograniczone do tego celu.

Do rozwoju koncepcji niezbędnych ograniczeń przyczyniło się orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, bezpośrednio nawiązujące do doktryny

niezbędnych ograniczeń, co nastąpiło w wyrokach w sprawach: *Göttrup-Klim*<sup>302</sup>, *European Night Services*<sup>303</sup> oraz *Métropole*<sup>304</sup>. W sprawie *European Night Services* Komisja orzekła, że wspólne przedsiębiorstwo między trzema spółkami kolejowymi, mające na celu świadczenie usług związanych z przewozem pasażerów w nocy między Wielką Brytanią i Europą przez tunel pod kanałem La Manche, ograniczy konkurencję między założycielami i wspólnym przedsiębiorstwem oraz względem stron trzecich. Jednakże ETS uznał, że Komisja nie uargumentowała stosowania art. 101 ust. 1 TFUE, niewłaściwie wyznaczyła rynek relewantny, nie zastosowała właściwie wielu kryteriów, nie wykazała motywów ekonomicznych, a warunki wyłączenia także były błędne, ponieważ Komisja stosowała niewłaściwie pojęcie urządzeń kluczowych i przyznała wyłączenie na zbyt krótki czas, biorąc pod uwagę oczekiwany długi okres inwestycji. W świetle orzeczenia ETS Komisja niewłaściwie zastosowała przepisy, gdyż umowie nie towarzyszyły oczywiste ograniczenia konkurencji, a sąd uznał za konieczne ustalenie pro- i antykonkurencyjnych skutków porozumienia w ramach art. 81 ust. 1 TWE<sup>305</sup>.

W orzeczeniu w sprawie *Métropole* po raz pierwszy dokonano kompleksowej analizy i wykładni doktryny niezbędnych ograniczeń<sup>306</sup>. Skarżący powołali się w sprawie na regułę rozsądku, według której praktyka antykonkurencyjna nie podlega zakazowi ustanowionemu w art. 85 ust. 1 Traktatu, jeśli ma ona bardziej pozytywne niż negatywne skutki dla konkurencji na danym rynku. W ocenie Trybunału pojęcie ograniczenia akcesoryjnego obejmuje każde ograniczenie, które jest bezpośrednio związane z operacją główną i konieczne do jej realizacji, a przez ograniczenie bezpośrednio związane z realizacją operacji głównej należy rozumieć każde ograniczenie, które ma drugorzędne znaczenie w stosunku do jej realizacji i wykazuje z nią oczywisty związek. Podwójnego badania wymaga natomiast przesłanka odnosząca się do konieczności ograniczenia, z jednej strony należy bowiem ustalić, że

---

<sup>302</sup> Wyrok ETS z 15 grudnia 1994 r. w sprawie C-250/92 *Göttrup-Klim e.o. Grovvareforeninger v Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AMBA* (Zb. Orz. 1994), s. I- 05641, Eur-Lex nr 61992CJ0250.

<sup>303</sup> Wyrok ETS z dnia 15 września 1998 r. w sprawie T-374/94 *European Night Services i in. v. Komisja*, (Zb. Orz. 1998), s. II-3141, pkt 136, Eur-Lex nr 61994TJ0374.

<sup>304</sup> Wyrok ETS z 18 września 2001 r. w sprawie T-112/99 *Métropole Télévision* (Zb. Orz. 2001), s. II-2459, Eur-Lex nr 61999TJ0112.

<sup>305</sup> D. Kostecka-Jurczyk, *Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2014, s. 100.

<sup>306</sup> A. Jurkowska, *Doktryna niezbędnych ograniczeń we wspólnotowym orzecznictwie antymonopolowym w sprawach porozumień ograniczających konkurencję*, *Problemy Zarządzania* 2004, nr 3 (5), Warszawa s. 53–54.

ograniczenie jest obiektywnie konieczne do realizacji operacji głównej, z drugiej – że jest ono proporcjonalne do tej operacji. W przypadku, gdy ograniczenie jest obiektywnie konieczne do realizacji operacji głównej, należy jeszcze sprawdzić, czy czas jego obowiązywania oraz przedmiotowy i geograficzny zakres stosowania nie wykraczają poza to, co jest konieczne do realizacji tej operacji. Jeżeli czas obowiązywania lub zakres stosowania ograniczenia wykraczają poza to, co jest konieczne do realizacji operacji, powinno być ono poddane odrębnej analizie.

Możliwość wyłączenia porozumień ograniczających konkurencję spod zakazu zachodzi, gdy spełniają one pewne przesłanki, w szczególności gdy są niezbędne do realizacji pewnych celów i nie dają przedsiębiorstwom możliwości wyeliminowania konkurencji w odniesieniu do znaczącej części określonych produktów. Rozważenie pro- i antykonkurencyjnych aspektów ograniczenia może nastąpić jedynie w dokładnie wytyczonych ramach tego postanowienia. Nie można jednak uznawać w sposób całkowicie abstrakcyjny i bez wprowadzenia żadnego rozróżnienia, że każde porozumienie ograniczające swobodę działania stron lub jednej z nich podlega koniecznie zakazowi z art. 85 ust. 1 Traktatu. Przy decydowaniu o tym, czy występuje wyjątek od zakazu, należy uwzględnić zarówno konkretne ramy, w jakich wywołuje ono swoje skutki, w szczególności kontekst gospodarczy i prawny, w jakim wykonują działalność zainteresowane przedsiębiorstwa, charakter produktów lub usług, których dotyczy to porozumienie, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania i strukturę rynku. W zakresie, w jakim ocena akcesoryjnego charakteru określonego zobowiązania w stosunku do operacji głównej wiąże się z dokonywaniem skomplikowanych analiz ekonomicznych przez pozwaną stronę, kontrola sądowa tej oceny ogranicza się do sprawdzenia, czy przestrzegane były przepisy proceduralne, czy uzasadnienie jest wystarczające, czy okoliczności faktyczne zostały prawidłowo ustalone, czy nie ma oczywistego błędu w ocenie oraz czy nie doszło do nadużycia władzy.

Z kolei orzeczenie w sprawie brytyjskiego operatora O<sub>2</sub><sup>307</sup> odnosi się do metody analizy oddziaływania porozumienia na konkurencję. Metoda ta ma polegać na uwzględnieniu wpływu porozumienia na rzeczywistą i potencjalną konkurencję oraz uwzględnienie sytuacji konkurencyjnej, jaka istniałaby, gdyby nie zawarto porozumienia. Analiza ta odnosi się do pozytywnych i negatywnych skutków porozumienia dla konkurencji, ocenianych poprzez odniesienie do sytuacji, w której

---

<sup>307</sup> Wyrok T-328/03 O<sub>2</sub> v. Komisja, (Zb. Orz. 2006), s. II-1231, Eur-Lex nr 62003TJ0328.

dane porozumienie nie funkcjonuje. Jednakże odrzucono możliwość zastosowania na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE analizy polegającej na ważeniu pro- i antykonkurencyjnych skutków porozumienia w ramach reguły rozsądku. W konsekwencji wyrok w sprawie O<sub>2</sub> potwierdził konieczność indywidualizacji ocen porozumień w świetle art. 101 ust. 1 TFUE.

W świetle nowszego orzecznictwa ETS instytucja *ancillary restraints* miała zastosowanie w sprawie David Meca-Medina i Igor Majcen<sup>308</sup> oraz w sprawie Wouters<sup>309</sup>. Przedmiotem sprawy była praktyka ograniczająca konkurencję, związana z koniecznością zapewnienia dobra społecznego i publicznego, a nie gospodarczego. W wyroku w sprawie Meca-Medina ETS uznał, że wprowadzenie przez federacje sportowe przepisów antydopingowych oraz dotyczących reguł zawodów sportowych może stanowić o ograniczeniu konkurencji, ale jest to obiektywnie usprawiedliwione społecznym celem regulacji antydopingowej, natomiast zasady organizowania zawodów sportowych mają na celu zapewnienie zdrowej rywalizacji między sportowcami, co usprawiedliwia potencjalne ograniczenia konkurencji. Z kolei w sprawie Wouters chodziło o zasadę ustanowioną przez holenderską radę adwokacką zabraniającą adwokatom zakładania spółek z osobami niebędącymi adwokatami, a Trybunał uznał, że zakaz taki wprawdzie ogranicza konkurencję, ale jest obiektywnie uzasadniony koniecznością zapewnienia, aby adwokat działał w pełni niezależnie, lojalnie, przy zachowaniu tajemnicy zawodowej i poszanowaniu reguł dotyczących się unikania konfliktu interesów.

Orzecznictwo ETS dotyczące doktryny *ancillary restraints* doprowadziło do ekonomizacji prawa antymonopolowego. Jednakże na tle sprawy Wouters okazało się, że część doktryny klasyfikuje je jako wyraz konstrukcji *ancillary restraints*, część uważa, że chodzi o nową instytucję reguły rozsądku i wyłączenia spod zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE, co uzasadnia to, że ograniczenie konkurencji w sprawie Wouters miało charakter samoistny, a nie dodatkowy, pomocniczy względem porozumienia głównego, a część – że wyrok jest zastosowaniem instytucji

---

<sup>308</sup> Wyrok ETS z 18 lipca 2006 r. w sprawie C-519/04 David Meca-Medina and Igor Majcen v Komisja, Eur-Lex nr 62004CJ0519.

<sup>309</sup> Wyrok ETS z 19.02.2002 r. w sprawie C-309/99 J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, InfoCuria nr 2002 I-01577.

obiektywnego uzasadnienia naruszenia konkurencji<sup>310</sup>. Powyższe stanowi wynik braku unormowania doktryny *ancillary restraints* w przepisach prawnych, a jedynie umocowania w prawotwórczej roli ETS, a następnie praktyki Komisji Europejskiej zatwierdzających legalność zawierania porozumień monopolowych.

Już w 1990 r. Komisja Europejska w oparciu o dorobek orzeczniczy wydała obwieszczenie w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych z koncentracją przedsiębiorstw i koniecznych dla jej realizacji, zastąpione następnie przez obwieszczenie z 2001 r. Z obwieszczenia wynika, że ograniczenie konkurencji można uznać za konieczne, jeżeli w braku takiego postanowienia koncentracja nie może być zrealizowana lub może być zrealizowana jedynie na bardziej niepewnych warunkach, po znacznie wyższym koszcie, w dłuższym okresie lub z większym stopniem trudności. Ponadto przy ustalaniu zakresu koniecznych ograniczeń powinno brać się pod uwagę jego charakter, lecz równocześnie zapewnić, aby czas ich trwania, przedmiot i zasięg geograficzny były zasadne z punktu widzenia realizacji koncentracji.

Poglądy wyrażone powyżej przez ETS zostały przyjęte dalej w wytycznych w sprawie stosowania dawnego art. 81 ust. 3 TWE. W wytycznych Komisja stwierdziła, że „pojęcie ograniczeń dodatkowych obejmuje każde domniemane ograniczenie konkurencji, które bezpośrednio dotyczy i jest niezbędne do realizacji głównej, nieograniczającej transakcji, a także jest w stosunku do tej transakcji proporcjonalne. Jeżeli celem i skutkiem zasadniczej części porozumienia nie jest ograniczenie konkurencji, wówczas w zakres art. 81 ust. 1 nie wchodzi także ograniczenia, które dotyczą bezpośrednio realizacji takiej transakcji i są niezbędne do jej przeprowadzenia”. Tego rodzaju ograniczenia powiązane nazywa się ograniczeniami dodatkowymi. Ograniczenie dotyczy bezpośrednio głównej transakcji, jeżeli jest podporządkowane jej realizacji i nierozzerwalnie z nią związane. Aby zostać uznane za niezbędne, ograniczenie musi być obiektywnie konieczne do realizacji głównej transakcji i być w stosunku do niej proporcjonalne. Badanie, czy dane ograniczenie można uznać za dodatkowe, odnosi się jednak do wszystkich przypadków, w których główna transakcja nie wpływa na ograniczenie konkurencji. Nie polega ono wyłącznie na określeniu oddziaływania porozumienia na konkurencję

---

<sup>310</sup> M. Grzelak, Glosa do wyroku w sprawie Wouters, w: Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 727-738.

wewnątrzmarkową. Stosowanie pojęcia ograniczenia dodatkowego należy odróżnić od stosowania obrony na podstawie art. 81 ust. 3 poprzez powołanie się na określone korzyści ekonomiczne wynikające z porozumień ograniczających konkurencję, które to korzyści zestawia się z negatywnymi skutkami porozumień. Stosowanie pojęcia ograniczeń dodatkowych nie zakłada ważenia pozytywnych i negatywnych skutków dla konkurencji.

Ocena ograniczeń dodatkowych sprowadza się do ustalenia, czy w konkretnym kontekście głównej transakcji lub działania o charakterze nieograniczającym konkurencji dane ograniczenie jest niezbędne do realizacji takiej transakcji lub działania oraz czy jest w stosunku do nich proporcjonalne. Jeżeli można obiektywnie stwierdzić, że bez rozpatrywanego ograniczenia zrealizowanie głównej, nieograniczającej transakcji byłoby utrudnione lub niemożliwe, ograniczenie takie można uznać za obiektywnie konieczne i proporcjonalne do realizowanej transakcji<sup>311</sup>.

Komisja Europejska wskazała w wytycznych, że czynnikiem decydującym o niezbędności jest stwierdzenie, czy porozumienie ograniczające konkurencję i indywidualne ograniczenie konkurencji umożliwia prowadzenie działalności skuteczniej, tj. bardziej efektywnie aniżeli w przypadku braku takiego porozumienia. Chodzi o to, czy porozumienie lub ograniczenie daje więcej korzyści w porównaniu do sytuacji, kiedy takie porozumienie lub ograniczenie nie zostałyby zawarte. Porozumienie ograniczające konkurencję jest niezbędne do osiągnięcia korzyści wskazanych przez przedsiębiorcę w sytuacji, kiedy nie istnieją inne ekonomicznie lub gospodarczo wykonalne oraz mniej restrykcyjne sposoby osiągnięcia korzyści, jakie dane porozumienie oferuje. Strona postępowania musi bowiem wytłumaczyć oraz zaprezentować, dlaczego pozornie realistyczne oraz znacząco mniej restrykcyjne alternatywy do porozumienia ograniczającego konkurencję zapewniają jednak mniejsze korzyści aniżeli porozumienie antykonkurencyjne<sup>312</sup>.

Komisja Europejska przyjęła także koncepcję niezbędnych ograniczeń w uelastycznieniu prawa konkurencji. W sprawie *Télévision par satellite (TPS)* Komisja uznała wprawdzie, że klauzule zawarte w analizowanym porozumieniu były niezgodne z art. 101 ust. 1 TFUE, jednakże wyraziła zgodę na praktykę ograniczającą konkurencję z uwagi na efekty w postaci korzyści dla konsumentów, jakie stwarza

---

<sup>311</sup> Obwieszczenie Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, WE, Dz. Urz. UE 2004, C 101/08.

<sup>312</sup> Obwieszczenie Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3, pkt 74-75, WE, Dz. Urz. UE 2004, C 101/08.



wejście nowych podmiotów na rynek telewizyjny zdominowany przez Canal+. W konsekwencji Komisja zaakceptowała porozumienie zawarte między TF1, M6, France 2, France 3, FT i Sue z Lyonnaise des Eaux, ustanawiające cyfrową platformę satelitarną TPS, natomiast zawarte w porozumieniu klauzule ograniczające konkurencję, jak prawa wyłączne do cyfrowej dystrybucji programów czterech zaangażowanych nadawców telewizyjnych, zostały wyłączone z uwagi na tylko trzyletni okres ich obowiązywania oraz fakt, że TPS wchodzi na rynek, na którym działają już trzej konkurenci, w tym Canal+ i CanalSatellite. W konsekwencji Komisja stwierdziła, że porozumienie to było dalekie od eliminowania konkurencji, a nawet, że porozumienie w ramach TPS jest wręcz prokonkurencyjne<sup>313</sup>. ETS podtrzymał decyzję Komisji o tym, że porozumienie nie było sprzeczne z zakazem zawierania porozumień ograniczających konkurencję.

Art. 101 ust. 1 TFUE zakazuje wszelkich porozumień między przedsiębiorstwami i uzgodnionych praktyk, które mogą naruszać handel między państwami członkowskimi UE, a których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji na rynku wewnętrznym UE. Nie są zakazane m.in. porozumienia o wymianie informacji w odniesieniu do celu, gdy przekazywane informacje nie są wystarczające do identyfikacji przyszłych zachowań rynkowych imiennie wskazanych konkurentów, a co do skutku – jeśli nie stwarza istotnego prawdopodobieństwa znacznego negatywnego wpływu na jeden czy kilka z parametrów konkurencji, takich jak cena, wielkość produkcji, jakość, różnorodność lub innowacyjność towaru. Decydującym kryterium zastosowania zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE jest ustalenie, że porozumienie wpływa na swobodę działania stron lub na pozycje osób trzecich na rynku w sposób dostrzegalny, a nie tylko teoretyczny<sup>314</sup>.

Porozumienia zakazane w świetle art. 101 ust. 1 TFUE mogą zostać wyłączone z zakazu na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE. Obecnie art. 101 ust. 3 TFUE ma skutek bezpośredni, dlatego strony porozumienia muszą same określić, czy ich działanie jest zgodne z art. 101 TFUE, a także strony mogą wdrożyć porozumienie bez potrzeby kontroli lub wyłączenia przez organ antymonopolowy. W świetle stanowiska Komisji w każdym przypadku porozumienia podlegającego art. 101 TFUE powinna zostać przeprowadzona ekonomiczna ocena porozumienia dotycząca prokonkurencyjności

---

<sup>313</sup> Decyzja KE z 3.03.1999 w sprawie IV/36.237 TPS, Dz. Urz. 1999, L 90/6.

<sup>314</sup> D. Miąsik, Zasada proporcjonalności w prawie wspólnotowym i jej zastosowanie przez sądy krajowe, w: Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy, red. A. Wróbel, Zakamycze, Kraków 2005, s. 211.

i antykonkurencyjności. Orzecznictwo dostarcza ponadto przykładów, że należy uwzględniać również czynniki pozaefektywnościowe, jak zwiększenie zatrudnienia, sprzyjanie realizacji celów z zakresu ochrony środowiska, wspieranie wzrostu konkurencyjności przemysłu europejskiego<sup>315</sup>.

W świetle wytycznych Komisji art. 101 ust. 3 TFUE nie wyłącza *a priori* z zakresu jego zastosowania określonych typów porozumień. Oznacza to, że nawet porozumienia ukierunkowane na najpoważniejsze ograniczenia konkurencji uzyskują prawnie dopuszczalną szansę na uznanie za legalną poprzez spełnienie czterech przesłanek ekonomicznych z art. 101 ust. 3 TFUE. Z drugiej strony, Komisja zaznacza, że porozumienia zawierające zasadnicze ograniczenia konkurencji mają niewielkie szanse na wyłączenie w oparciu o kryteria z art. 101 ust. 3, porozumienia takiej natury bowiem zwykle nie spełnią dwóch pierwszych warunków wyłączenia indywidualnego.

Powyższe wytyczne, będące podsumowaniem dotychczasowego orzecznictwa i praktyki decyzyjnej instytucji Unii Europejskiej, stanowią w założeniu istotny przewodnik dla organów ochrony konkurencji oraz sądów unijnych i krajowych, a także samych przedsiębiorstw. Ułatwiają one przedsiębiorstwom dokonywanie samooceny porozumień z punktu widzenia strat, jakie przynoszą mechanizmowi konkurencji na podstawie art. 101 ust. 1 TFUE, i korzyści, jakie niosą za sobą dla gospodarki i konsumentów w świetle art. 101 ust. 3 TFUE. Jednocześnie w wytycznych Komisja uznała, że z pewnymi wyjątkami wszystkie ograniczenia wertykalne zawarte w porozumieniach odnoszących się do procesów wymiany dóbr i usług mogą powodować skutki prokonkurencyjne.

Komisja Europejska jest organem, któremu powierzono odpowiedzialność za egzekwowanie prawa konkurencji w UE. Przedsiębiorstwa zawierające porozumienie nie muszą uzyskiwać zgody Komisji na zawarcie porozumienia, ale muszą się liczyć z wszczęciem przez nią postępowania w przypadku podejrzenia naruszenia zakazu z art. 101 TFUE. Komisja staje przed problemem stosowania art. 101 TFUE i nierzadko jest to problem dotyczący antykonkurencyjności porozumienia, a jeśli nie znajdzie przesłanek skorzystania z reguły rozsądku, doktryny, niejednych ograniczeń czy obiektywnego uzasadnienia, to wydaje różne decyzje, w tym decyzje o nałożeniu kar. W latach 2003-2007 Komisja wydała trzydzieści jeden decyzji w sprawie karteli

---

<sup>315</sup> D. Kostecka-Jurczyk, Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2014, s. 100.

i ukarała łącznie sto osiemdziesiąt sześć przedsiębiorstw. Łączna suma wysokości nałożonych kar w tym okresie wynosiła aż 6 633 961 300 euro<sup>316</sup>. Brakuje danych w kwestii wszczętych, a umorzonych postępowań antymonopolowych przez Komisję w związku z uznaniem braku naruszenia zakazu z art. 101 TFUE.

Doktryna niezbędnych ograniczeń nadal funkcjonuje we wspólnotowym prawie konkurencji, o czym świadczy wyrok z dnia 29 czerwca 2012 r. w sprawie T-360/09 E.ON RUHRGAS I E.ON przeciwko Komisji<sup>317</sup>. Z uzasadnienia wyroku wynika, że „błędem jest interpretowanie w ramach kwalifikacji ograniczeń akcesoryjnych przesłanki obiektywnej konieczności w ten sposób, że wiąże się ona z potrzebą rozważenia pro- i antykonkurencyjnych skutków porozumienia”. To stanowisko jest uzasadnione nie tylko koniecznością poszanowania skuteczności art. 81 ust. 3 WE, ale również względami spójności. Badanie obiektywnej konieczności ograniczenia w stosunku do operacji głównej może mieć tylko względnie abstrakcyjny charakter. Nie chodzi bowiem o dokonanie analizy, czy w świetle sytuacji konkurencyjnej na właściwym rynku ograniczenie jest niezbędne dla sukcesu komercyjnego operacji głównej, lecz o ustalenie, czy w szczególnych ramach operacji głównej ograniczenie jest konieczne do realizacji tej operacji. Jeżeli bez ograniczenia operacja główna byłaby trudna, a nawet niemożliwa do zrealizowania, ograniczenie może zostać uznane za obiektywnie konieczne do jej realizacji. W przypadku, gdy ograniczenie jest obiektywnie konieczne do realizacji operacji głównej, należy jeszcze sprawdzić, czy jego czas obowiązywania oraz jego przedmiotowy i geograficzny zakres zastosowania nie wykraczają poza to, co jest konieczne do realizacji tej operacji. Jeżeli czas obowiązywania lub zakres zastosowania ograniczenia wykraczają poza to, co jest konieczne do realizacji operacji, powinno być ono poddane odrębnej analizie w ramach art. 81 ust. 3 WE. „W zakresie, w jakim ocena akcesoryjnego charakteru określonego zobowiązania w stosunku do operacji głównej wiąże się z dokonywaniem skomplikowanych analiz ekonomicznych przez pozwaną, kontrola sądowa tej oceny ogranicza się do sprawdzenia, czy przestrzegane były przepisy proceduralne, czy uzasadnienie jest wystarczające, czy okoliczności faktyczne zostały prawidłowo ustalone, czy nie ma oczywistego błędu w ocenie oraz czy nie doszło do nadużycia

---

<sup>316</sup> Z. Tokarski, Przyczyny upadku karteli, w: Organizacje komercyjne i niekomercyjne wobec wzmoczonej konkurencji oraz wzrastających wymagań konsumentów, red. A. Nalepka, A. Ujwara-Gil, red. B. Kołcz, Wyższa Szkoła Biznesu, Nowy Sącz 2009, s. 59-60.

<sup>317</sup> Orzeczenie ETS z 29 czerwca 2012r., nr T-360/09 E.ON Ruhrgas I E.ON przeciwko Komisji, Eur-Lex nr 62009TA0360.

władzy. Jeżeli zostanie ustalone, że ograniczenie jest bezpośrednio związane z operacją główną i jest konieczne do realizacji tej operacji, to zgodność tego ograniczenia z regułami konkurencji powinna zostać zbadana razem ze zgodnością operacji głównej”. I tak w przypadku, gdy operacja główna nie podlega zakazowi ustanowionemu w art. 81 ust. 1 WE, to samo odnosi się do ograniczeń bezpośrednio związanych z tą operacją i koniecznych do tej operacji. Natomiast jeśli operacja główna stanowi ograniczenie w rozumieniu tego postanowienia, lecz korzysta z wyłączenia zgodnie z art. 81 ust. 3 WE, wyłączenie to obejmuje również te ograniczenia akcesoryjne.

Powyższe stanowisko znalazło potwierdzenie w wyroku z 28 czerwca 2016 r. w sprawie T-208/13 Portugal Telecom SGPS SA przeciwko Komisji<sup>318</sup>. Jednocześnie podkreślono, że jeżeli zostanie ustalone, że ograniczenie jest bezpośrednio związane z operacją główną i jest konieczne do realizacji tej operacji, to zgodność tego ograniczenia z regułami konkurencji powinna zostać zbadana razem ze zgodnością operacji głównej. I tak w przypadku, gdy operacja główna nie podlega zakazowi ustanowionemu w art. 101 ust. 1 TFUE, to samo odnosi się do ograniczeń bezpośrednio z nią związanych i koniecznych do jej realizacji. Natomiast jeśli operacja główna stanowi ograniczenie w rozumieniu tego postanowienia, lecz korzysta z wyłączenia zgodnie z art. 101 ust. 3 WE, wyłączenie to obejmuje również ograniczenia akcesoryjne.

Orzeczenia ETS jest wiążące dla sądu krajowego składającego pytanie prawne i wszelkich sądów rozstrzygających tę samą sprawę w innych instancjach, które zobowiązane są do pełnego stosowania przepisów prawa wspólnotowego w sposób, w jaki są one interpretowane przez ETS. Natomiast orzeczenia dotyczące wykładni mają ograniczony skutek *erga omnes*.

Statystyki orzecznictwa sądów UE z zakresu konkurencji dostępne są w przedziale od 2004 do 2009 r. Od 1 maja 2004 r. do 30 kwietnia 2009 r. sądy UE wydały sto trzydzieści pięć wyroków z dziedziny konkurencji, w tym czterdzieści dziewięć wydał Europejski Trybunał Sprawiedliwości, a osiemdziesiąt sześć – Sąd Pierwszej Instancji. Orzecznictwo koncentruje się głównie na stosowaniu reguł konkurencji w celu ochrony konkurencji jako podstawowego mechanizmu funkcjonowania rynku wewnętrznego. Dwadzieścia osiem wyroków ETS i sześćdziesiąt wyroków SPI dotyczyło naruszenia zakazu porozumień ograniczających

---

<sup>318</sup> Orzeczenie ETS z dnia 28 czerwca 2016r., w sprawie T-208/13 Portugal Telecom SGPS SA przeciwko Komisji., Eur-Lex nr 62013TA0208.

konkurencję, co jest znaczną liczbą<sup>319</sup>. Ze statystyk tych wynika, że decyzje Komisji Europejskiej o naruszeniu zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję są przez skarżących przedsiębiorców podważane na drodze sądowej, przy czym podstawą skarg może być odwołanie do reguły rozsądku czy też odwołanie się do doktryny niezbędnych ograniczeń. Na pewno doktryna *ancillary restraints* była przedmiotem rozważań w sprawie David Meca-Medina, Igor Majcen przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich.

### 3.2. Działalność UOKiK w świetle niezbędnych ograniczeń

Prawo ochrony konkurencji reguluje<sup>320</sup> zakazy pewnych praktyk rynkowych horyzontalnych i wertykalnych, zakazy określonych zachowań rynkowych przedsiębiorców posiadających pozycję monopolistyczną bądź dominującą na rynku kontrolę koncentracji między przedsiębiorcami oraz kontrolę nad pomocą dla przedsiębiorców udzielaną przez państwo<sup>321</sup>.

Polskie prawo ochrony konkurencji składa się z reguł normatywnych, a także reguł wypracowanych w procesie stosowania norm prawa ochrony konkurencji przez sądy. Jednocześnie polskie prawo antymonopolowe jest związane regułami konkurencji UE, a wpływ na stosowanie prawa wywiera dorobek orzecznictwa sądów unijnych oraz wiążące i niewiążące akty Komisji Europejskiej. Wyrazem tego jest występowanie dwóch rodzajów porozumień antykonkurencyjnych, tj. niewymagających wykazania skutków porozumienia zabronione ze względu na cel oraz wymagające przeprowadzenia analizy rzeczywistych i potencjalnych skutków gospodarczych przez organ antymonopolowy porozumienia zabronione ze względu na skutek.

Polskie ustawodawstwo antymonopolowe, zgodnie z tendencjami panującymi na świecie, realizuje ekonomiczne podejście do polityki antymonopolowej, które wyrosło z potrzeb obrotu gospodarczego przy nacisku przedsiębiorstw oraz przedstawicieli nauki. Przejawem ekonomicznego pojmowania polityki

---

<sup>319</sup> Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004-2009, red. A. Jurkowska-Gomułka, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 16-18.

<sup>320</sup> Ustawa o Ochronie Konkurencji i Konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r., Dz.U. Nr 50, poz. 331.

<sup>321</sup> M. Kępiński, *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji*, w: System Prawa Prywatnego, t. 15, Prawo konkurencji, red. M. Kępiński, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 9.

antymonopolowej jest możliwość legalizacji porozumień ze względu na korzyści o charakterze społeczno-gospodarczym (art. 8 UOKK), ustanowienie kryterium oceny dopuszczalności koncentracji przedsiębiorstw (art. 18-20 UOKK) czy szerokie zastosowanie ekonomicznych analiz przy ocenie nadużywania pozycji dominującej (art. 9 UOKK)<sup>322</sup>.

W świetle prawa polskiego reguły rozsądku, tożsame z koncepcją niezbędnych ograniczeń, przyjmowane są jako element wykładni prawa wspólnotowego. Na gruncie polskiego prawodawstwa reguła rozsądku znajduje się we wskazanym powyżej art. 8 UOKK określającego wyłączenia indywidualne, wprowadzone do porządku prawnego, które polegają na zwolnieniu spod zakazu określonej kategorii porozumień z mocy samego prawa. Porozumienia takie muszą jednocześnie spełniać cztery ustawowo określone warunki, tj. przyczyniać się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego, zapewniać nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści, nie nakładać na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów, oraz nie stwarzać tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów. Jednocześnie na przedsiębiorcach spoczywa obowiązek dokonania oceny zgodności z prawem zawieranego porozumienia oraz udowodnienia okoliczności warunkujących wyłączenie, przy czym dla celów zastosowania wyłączenia niewystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie spełnienia tych przesłanek przez przedsiębiorcę<sup>323</sup>.

Zdaniem przedstawicieli doktryny porozumienia zakazane *per se* to zarówno porozumienia, do których nie stosuje się progów bagatelności z art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i porozumienia, których antykonkurencyjne skutki nie podlegają ocenie pod kątem reguły rozsądku<sup>324</sup>. Ponadto wyłączenie indywidualne w wyjątkowych sytuacjach może mieć zastosowanie także do porozumień ograniczających konkurencję o najcięższym charakterze.

Na podstawie art. 8 ustawy o UOKK formalnie możliwe jest w drodze indywidualnej decyzji Prezesa UOKiK zwolnienie w trybie każdego rodzaju

---

<sup>322</sup> K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 70-71.

<sup>323</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 26 kwietnia 2011 r. nr DOK-3/2011.

<sup>324</sup> A. Stawicki w: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, red. E. Stawicki, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 120.

porozumienia antykonkurencyjnego. Zdaniem przedstawicieli doktryny art. 8 ust. 1 UOKK może stanowić podstawę do wyłączenia danego porozumienia spod zakazu porozumień zaliczanych do najcięższych ograniczeń konkurencji. Nie można zaprzeczyć takiemu postawieniu sprawy, mimo iż w tych przypadkach zastosowanie wyłączenia w praktyce będzie mocno ograniczone z uwagi na znaczny stopień i zakres antykonkurencyjnych skutków danego porozumienia, które z reguły przeważać będą nad korzyściami, jakie rynkowi (gospodarce) i konsumentom przynosić będzie oceniane porozumienie<sup>325</sup>.

Z kolei w odniesieniu do art. 9 UOKK, według Edwarda Stawickiego, zakaz nadużywania pozycji dominującej ma zawsze charakter *per se*, tj. zakaz odnoszący się do porozumień ma charakter względny, natomiast odnoszący się do nadużyciu pozycji dominującej jest zakazem bezwzględnym. Oznacza to, że w przeciwieństwie do zakazu odnoszącego się do porozumień, który to może zostać wyłączony na podstawie przesłanek zawartych w przepisach art. 7 (reguła *de minimis* – „bagatelne” znaczenie dla rynku) lub art. 8 (reguła rozsądku – przewaga skutków prokonkurencyjnych nad ograniczeniami konkurencji), w ustawie nie przewidziano żadnych przesłanek uchylających zakaz odnoszący się do praktyki polegającej na nadużyciu pozycji dominującej<sup>326</sup>.

Reguły rozsądku osłabiają bezwzględny zakaz nadużywania pozycji dominującej. Metodologia stosowania tej reguły polega na badaniu wszelkich relewantnych okoliczności antykonkurencyjnych i prokonkurencyjnych danego przypadku. Tymczasem zdaniem przedstawicieli doktryny reguła ta milczy na temat sposobów, zwłaszcza wymaganych warunków (np. określonych testów), mogących służyć jako dowód wykazania określonej okoliczności, nie określa też *in abstracto*, jakim dowodom (warunkom, testom) należałoby przypisywać mniejszą lub większą wagę. Na gruncie reguły rozsądku relewantne są lub mogą być w zasadzie wszelkie okoliczności rynkowe danego przypadku. Wszystkie z nich należy odpowiednio zbadać i zinterpretować test wszelkich okoliczności<sup>327</sup>. Z tej przyczyny Prezes UOKiK dysponuje szerokim zakresem uznaniowości decyzyjnej, balansując badane wartości z punktu widzenia naruszenia aksjologii ustawowej, co wynika stąd, że reguła rozsądku

---

<sup>325</sup> K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 306–307.

<sup>326</sup> E. Stawicki w: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, red. A. Stawicki, E. Stawicki, Warszawa 2011, s. 41-42.

<sup>327</sup> K. Kohutek, Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012, s. 215.

nie kreuje prawa materialnego, które określałoby *ex ante* katalog legalnych i nielegalnych okoliczności.

Zgodnie z art. 2 UOKK Prezes UOKiK wydaje, w drodze decyzji, zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona. Ma to miejsce w przypadku, gdy odstąpienie od zakazu koncentracji jest uzasadnione, a w szczególności przyczyni się ona do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego lub może wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową. Przepis ten stanowi realizację reguły rozsądku, zgodnie z którą niektóre ograniczenia konkurencji powinny być uznane za dopuszczalne, jeżeli przynoszą określone korzyści ogólnogospodarcze lub społeczne, a zarazem korzyści te przeważają nad negatywnymi skutkami ograniczenia. Reguła rozsądku zakłada bowiem, że ochrona konkurencji nie jest celem samym w sobie, a celem, któremu służy konkurencja, jest dobro społeczeństwa. Jest to zgodne z prawem wspólnotowym, zgodnie z którym koncentracja powinna być uznana za przyczyniającą się do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego, kiedy wywołany nią wzrost efektywności rynku prawdopodobnie poprawi zdolność oraz motywację nowo powstałego przedsiębiorcy do działań prokonkurencyjnych, korzystnych dla konsumentów, przeciwdziałających negatywnym wpływom na konkurencję, które mogłaby wywołać koncentracja<sup>328</sup>.

Kontrola koncentracji opiera się na analizie przewidzenia jej skutków dla konkurencji jako analiza *ex ante*. Zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi UOKiK, który wyraża zgodę na koncentrację przy posługiwaniu się określonymi kryteriami racjonalności z uwagi na różnorodność i złożoność zachowań przedsiębiorstw na rynku, które mogą oddziaływać na konkurencję jednocześnie pozytywnie i negatywnie<sup>329</sup>. Organ antymonopolowy posługuje się tzw. testem istotnego ograniczenia konkurencji, przeprowadzonym w oparciu o kryterium sprowadzające się do odpowiedzi na pytanie, czy w wyniku realizacji zamierzonej koncentracji konkurencja na rynku właściwym ulegnie istotnemu ograniczeniu, w szczególności poprzez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej. Potencjalnie korzystne dla rynku skutki (*efficiencies*) brane są pod uwagę w ramach testu i są one składową wielowymiarowych analiz służących wypracowaniu ostatecznej sumarycznej

---

<sup>328</sup> Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw 2004/C31/03, Dz.U. WE C z 5 lutego 2004 r., nr 31.

<sup>329</sup> E. Jantóń-Drozdowska w: Ekonomiczne przesłanki antymonopolowej oceny koncentracji, Konkurencja w gospodarce współczesnej, red. C. Banasiński, E. Sławicki, UOKiK, Warszawa 2007, s. 276.



oceny zgłoszonej koncentracji<sup>330</sup>. Odejście od formalnego zakazu koncentracji przejawia się w możliwości wydania zgody na koncentrację, pomimo niespełnienia kryterium nieograniczania w istotny sposób konkurencji, ze względu na inne, tj. związane z ochroną innych niż konkurencja wartości mieszczących się w interesie publicznym, z uwagi na kompensowanie strat w zakresie konkurencji pozytywnymi skutkami koncentracji, które mogą się ujawnić w innych niż konkurencja dobrach społecznych lub gospodarczych podlegających ochronie ze względu na interes publiczny<sup>331</sup>.

W świetle orzecznictwa Prezesa UOKiK przyjmuje się, że brak konieczności badania skutków porozumienia, gdy wykazano jego antykonkurencyjny cel, dotyczy w szczególności porozumień, co do których jako cel ustalono ograniczenie konkurencji cenowej lub podział rynku. Porozumienia tego typu, stanowiące najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, uznaje się za zakazane *per se*<sup>332</sup>. W innej decyzji Prezes UOKiK stwierdził natomiast, że stosowanie rabatów lojalnościowych nie może stanowić *per se* nadużycia pozycji dominującej, ale musi podlegać ocenie pod kątem rynkowych skutków. Dokonując oceny danej sprawy, Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z postulowanym przez Komisję Europejską ekonomicznym podejściem (ang. *more economic approach*) rabaty lojalnościowe, stosowane przez przedsiębiorstwo posiadające na określonym rynku pozycję dominującą, nie mogą być uznane jako *per se* antykonkurencyjne. Ekonomiczne podejście wymaga w związku z powyższym zbadania faktycznych skutków, jakie tego rodzaju rabaty wywołują na rynku<sup>333</sup>. Jednocześnie Prezes UOKiK podkreślił, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia ograniczającego konkurencję nie muszą wystąpić łącznie, gdyż wystarczające jest spełnienie tylko jednego ze wskazanych elementów, tj. antykonkurencyjnego celu porozumienia lub antykonkurencyjnego skutku porozumienia, przy czym zmowy przetargowe są traktowane jako ograniczenia konkurencji zakazane z uwagi na ich cel (przedmiot)<sup>334</sup>.

---

<sup>330</sup> A. Stawicki, E. Stawicki, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 504.

<sup>331</sup> P. Kowalska, Ekonomizacja prawa antytrustowego oraz jej wpływ na stosowanie przepisów prawa antymonopolowego dotyczących wybranych praktyk ograniczających konkurencję na przykładzie sektora elektroenergetyki w Polsce, Przegląd Prawniczy ELSA 2013 nr 1, s. 19-20.

<sup>332</sup> Decyzja UOKiK z dnia 31 grudnia 2010 r., nr DOK-11/2010, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 20.01.2018 r.

<sup>333</sup> Decyzja UOKiK z dnia 26 sierpnia 2010 r., nr DOK-8/2010, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 20.01.2018 r.

<sup>334</sup> Decyzja UOKiK z dnia 30 grudnia 2014 r., nr DOK - 11/2014DOK-1-410-2/13/MF, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 22.01.2018 r.

Z kolei w decyzji z 25 czerwca 2013 r.<sup>335</sup> Prezes UOKiK przyjął, że zawarte przez spółkę Sfinks Polska S.A. z franchisingobiorcami porozumienie jest ograniczającym konkurencję porozumieniem polegającym na ustalaniu sztywnych cen sprzedaży. Trybunał we wskazanym wyroku stwierdził jednakże, że zgodność umów franchisingowych z obecnym art. 101 ust. 1 TFUE nie może być oceniana *in abstracto*, ale w odniesieniu do konkretnych klauzul umownych i ich ekonomicznego znaczenia. W ocenie Trybunału efektywna ochrona renomy dawcy (ang. *goodwill*) i *know-how* jest niezbędna dla funkcjonowania systemu jako całości. Postanowienia, które są nieodzowne do ochrony i regulacji sieci, *know-how* oraz pomocy udzielonej franchisingobiorcom nie naruszają nawet w sposób pośredni obecnego art. 101 ust. 1 TFUE.

Taka kwalifikacja prawna opiera się na wypracowanej w praktyce organów UE doktrynie niezbędnych ograniczeń (ang. *ancillary restraints*). Zakaz przewidziany w art. 101 ust. 1 TFUE nie powinien być w świetle tego poglądu stosowany do określonych klauzul ograniczających konkurencję. Powinny one być w sposób obiektywny i bezpośredni związane oraz niezbędne do zawarcia i funkcjonowania głównego porozumienia niemającego charakteru ograniczającego konkurencję oraz do skutecznej realizacji celów tego porozumienia. Klauzule ograniczające konkurencję, aby mogły być uznane za dopuszczalne (jako akcesoryjne), powinny pozostawać w bezpośrednim, funkcjonalnym związku z zasadniczym przedmiotem porozumienia. Warunek ten uznaje się za spełniony, jeżeli przy braku wprowadzenia do danego porozumienia określonej klauzuli realizacja zasadniczego przedmiotu porozumienia (jego ekonomicznego celu) byłaby niemożliwa lub bardzo utrudniona. Ponadto dodatkowym wymogiem legalizacji ograniczenia akcesoryjnego jest warunek zachowania proporcjonalności pomiędzy treścią klauzuli antykonkurencyjnej (przede wszystkim czasu jej obowiązywania, terytorialnego lub podmiotowego zakresu jej stosowania i inne) a ekonomicznie uzasadnionym celem porozumienia. Niemniej Trybunał w tej sprawie uznał, że nawet pozytywna ocena porozumień w systemie dystrybucji franchisingowej w żaden sposób nie zwalnia przedsiębiorców z zakazu ustalania sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży, które są bezwzględnie zakazane.

---

<sup>335</sup> Decyzja UOKiK z dnia 25 czerwca 2013 r., nr DOK - 1/2013DOK-1 /13/MF, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 22.01.2018 r.

Podobnie w decyzji z 27 grudnia 2012 r.<sup>336</sup> Prezes UOKiK odniósł się do doktryny niezbędnych ograniczeń i przyjął, że określone postanowienie dodatkowe jest bezpośrednio związane z podstawowym przedmiotem porozumienia, jeżeli ma pomocniczy, wspierający, drugoplanowy charakter, i jest nierozdzielnie związane z przedmiotem porozumienia, w którym to postanowienie jest zamieszczone. Test niezbędności takich postanowień sprowadza się do oceny, czy takie postanowienia są obiektywnie konieczne dla realizacji przedmiotu porozumienia i czy zachowane są proporcje znaczeń tych konkretnych klauzul i zamierzonych czynności podstawowych. Warunek bezpośredniego, funkcjonalnego związku z zasadniczym przedmiotem porozumienia jest spełniony, o ile przy braku wprowadzenia do danego porozumienia określonego postanowienia realizacja zasadniczego przedmiotu porozumienia (jego ekonomicznego celu) byłaby niemożliwa lub bardzo utrudniona. Jeśli dostępne są równie skuteczne alternatywy zgodnego z prawem celu porozumienia, przedsiębiorstwa muszą wybrać tę, która w najmniejszym stopniu ogranicza konkurencję.

Zastosowanie doktryny ograniczeń dodatkowych nie wymaga, w przeciwieństwie do analizy możliwości zastosowania, wyłączenia indywidualnego spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję na podstawie art. 8 ust. 1 UOKK, badania pro- i antykonkurencyjnych skutków danego postanowienia. W ocenie Prezesa Urzędu ustalone okoliczności sprawy jednoznacznie wskazały, że doszło do zawarcia przez Akuna Polska Sp. z o.o. ze współpracującymi z tym przedsiębiorcą dystrybutorami antykonkurencyjnych porozumień w rozumieniu ustawy. Spółce Akuna zarzucono ustalanie sztucznych cen odsprzedaży suplementów diety oraz podział rynku zbytu i zakupu suplementów diety Akuna. Wynikało to stąd, że Prezes Urzędu uznał brak wykazania niezbędności zakwestionowanego ograniczenia dla zasadniczego przedmiotu porozumienia.

W analizowanych decyzjach Prezesa UOKiK brakuje takiej, która potwierdzałaby, że dane porozumienie jest legalne z uwagi na doktrynę niezbędnych ograniczeń.

W 2015 r. UOKiK wszczął trzydzieści cztery postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję oraz sto siedemdziesiąt siedem postępowań wyjaśniających w tym zakresie. Prezes UOKiK w 2015 r. wydał w sumie czterdzieści

---

<sup>336</sup> Decyzja UOKiK z dnia 27 grudnia 2012 r., nr DOK-7/2012, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 02.02.2018 r.

jeden decyzji w odniesieniu do porozumień horyzontalnych, wertykalnych i nadużywania pozycji dominującej, w tym dziesięć o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazujące jej zaniechanie, jedenaście decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzające jej zaniechanie, dwanaście decyzji zobowiązujących oraz sześć decyzji o nałożeniu kary<sup>337</sup>. Suma kar nałożonych przez Prezesa UOKiK w latach 2008-2012 w sprawach praktyk ograniczających konkurencję wyniosła 1 006 623 tys. zł. Z danych tych wynika, że w tylu przypadkach Prezes UOKiK nie znalazł przesłanek co do zastosowania doktryny niezbędnych ograniczeń, co powinno być krytycznie ocenione. Przedsiębiorcy dochodzący swoich racji przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumenta w większości przypadków otrzymują znacząco niższe kary. Pozwala to wysunąć tezę, że pomimo ograniczenia konkurencji Prezes UOKiK przynajmniej w części przypadków powinien zastosować instytucję niezbędnych ograniczeń i odstąpić od wymierzenia kary. Każdorazowo powinien być również zbadany pozytywny wpływ takiego porozumienia na rynek właściwy. Przedsiębiorcom pozwoliłoby to na znaczące obniżenie kosztów związanych z prowadzeniem dystrybucji selektywnej czy też nowych rozwiązań biznesowych. Brakuje natomiast danych statystycznych co do liczby zastosowania doktryny w postępowaniach antymonopolowych niezbędnych ograniczeń konkurencji.

## Podsumowanie

Amerykański profesor Michael Carrier wskazał<sup>338</sup>, że rola reguły rozsądku na przestrzeni niemal trzydziestu lat (od 1977 do 1999 r.) znacząco wzrosła w orzecznictwie sądów amerykańskich. Zauważył również znaczące odchodzenie od zasady *per se* w stronę zasady *rule of reason*. Na zbadanych w okresie od 2 lutego 1999 do 5 maja 2009 r. wyroków sądu z dwustu dwudziestu dwóch przypadków aż dwieście piętnaście zostało odrzuconych z powodu niewykazania antykonkurencyjnego efektu, co stanowi aż 96,84% przypadków. Powodowie mogą wykazać antykonkurencyjny efekt na dwa sposoby. Po pierwsze, mogą pokazać rzeczywisty niekorzystny efekt, taki jak wzrost ceny, obniżenie produkcji lub pogorszenie jakości.

---

<sup>337</sup> Sprawozdanie UOKiK z działalności za 2015 r., s. 30-32, <https://www.uokik.gov.pl/publikacje.php?tag=1>, data odczytu 28.01.2018 r.

<sup>338</sup> M.A. Carrier, The rule of reason, an empirical update for the 21 century, *George Mason Law Review*, Vol. 16, No. 827, 2009, 29 sierpnia 2009 r., s. 2.

Po drugie, mogą wskazać na potencjalny niekorzystny wpływ, jaki ujawnia się na podstawie siły rynkowej.

Sytuacja przedsiębiorców na gruncie polskiego prawa jest analogiczna. W polskim i wspólnotowym prawie konkurencji należy wykazać, że porozumienie nie narusza prokonkurencyjności, przy czym domniemywa się, że stosowanie np. ceny minimalnej jest najpoważniejszym ograniczeniem konkurencji. Skutkuje to tym, że przedsiębiorcy nie mają realnej możliwości wykazania, że porozumienie pozytywnie wpływa na rynek. Podejścia europejskie oraz amerykańskie są lustrzane i jednocześnie obarczone takimi samymi błędami. W prawie amerykańskim w wyniku tzw. *private enforcement* to na powódzie spoczywa obowiązek udowodnienia antykonkurencyjnych skutków. W ocenie autora niniejszej pracy to pozwany powinien udowodnić prokonkurencyjny charakter porozumień. W Europie natomiast w przypadku porozumień wertykalnych ciężar dowodowy powinien spoczywać na Komisji, a w przypadku rynku polskiego – UOKiK. W takim podejściu można dokładnie zweryfikować skutki brutto zawartych porozumień.

Jednak, aby można było doprowadzić do zmian legislacyjnych, w pierwszej kolejności musi nastąpić mentalna zmiana podejścia do porozumień kartelowych. Jak już zostało wykazane, najprostszym sposobem dokonania oceny skutków porozumienia jest analiza wzrostu lub zmniejszenia poziomu sprzedaży. Problemem przy wdrożeniu takich rozwiązań może być niechęć przed zwiększeniem kosztów działania organów antymonopolowych<sup>339</sup>. Jak wskazał Łukasz Grzejdziak, realizacja wskazanych postulatów *de lege ferenda* nie tylko umożliwiłaby przeprowadzenie proponowanej zmiany, lecz także pozwoliłaby na włączenie ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży towarów w zakresie stosowania reguły *de minimis*. Taki schemat oceny znacznie lepiej pasuje nie tylko do konstrukcji reguł materialnych, lecz także do uwarunkowań systemu wdrażania prawa konkurencji – zarówno UE, jak i USA<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> F. van Doorn, Resale price maintenance in EC Competition law Price Maintenance in EC Competition Law: The Need for a Standardised Approach, Utrecht University, Utrecht 2009, s. 20.

<sup>340</sup> Por.: Ł. Grzejdziak, W poszukiwaniu złotego środka oceny porozumień konkurencyjnych, <https://www.prawo.pl/biznes/porozumienia-konkurencyjne-ustalanie-cen-odsprzedaży-opinia,337687.html>, data odczytu 13.03.2018 r.

## **Rozdział 4**

### **Wpływ dozwolonych porozumień wertykalnych na rozwój rynku i konkurencji**

#### **4.1. Dystrybucja wyłączna**

Jak już zostało wskazane, dystrybucja wyłączna stanowi ważny element porozumień wertykalnych. Przy wyborze pośrednika na danym obszarze producent lub importer zapewniają, że dystrybutor zrealizuje pożądane cele. Chociaż owe cele zazwyczaj prowadzą do zwiększenia sprzedaży w przypadku dystrybucji wyłącznej, nie zawsze w przypadku wyłączności dystrybucji takie działania mają znaczenie dla zwiększenia sprzedaży. Wyłączność dystrybucji dotyczy bowiem zazwyczaj marek luksusowych, dla których wielkość sprzedaży ma drugorzędne znaczenie, jak np. zegarki Rolex, fortepiany Steinway czy luksusowe samochody. Produkty zazwyczaj są wyprzedane już w momencie ich premiery, a limitowanie produkcji doprowadza do sytuacji, w której konsumenci z góry zapisują się na zakup określonego produktu. Rola dystrybutora jest zatem ograniczona do kryteriów jakościowych, a jego konkurencyjność jest na rynku minimalna. Trudno również mówić o substytutach tych produktów. Dobra specjalne posiadają bowiem na tyle unikatowe cechy czy właściwości, że nabywcy są w stanie podjąć większy wysiłek w celu ich nabycia niż w przypadku produktów, którym można przypisać produkty zamienne. W przypadku takich produktów działa tzw. efekt marki oraz zjawisko przywiązania i powtarzania zakupów tej samej marki. Sami producenci często odsyłają do swoich dystrybutorów lokalnych na dany kraj, sami nie angażując się w proces sprzedażowy.

Prawo wspólnotowe zajęło się problematyką dystrybucji ekskluzywnej najwcześniej spośród innych porozumień wertykalnych. Do czasu wydania przez Komisję w 1967 r. rozporządzenia 67/67<sup>341</sup> transakcje wyłączne podlegały

---

<sup>341</sup> Rozporządzenie Komisji nr 67/67 z dnia 22 marca 1967 r. dotyczące stosowania art. 81 ust. 3 WE do kategorii porozumień w sprawie wyłączności (O.J. 057, 25/03/1967), s. 0849-0852.

zwolnieniom indywidualnym. Kolejną regulację transakcji wyłącznych przeprowadzono w 1983 r., wydając rozporządzenie 1983/83<sup>342</sup> dotyczące sprzedaży wyłącznej oraz rozporządzenie 1984/83<sup>343</sup> dotyczące zakupów wyłącznych. W 1997 r. przedłużono okres ich obowiązywania do 31 grudnia 1999 r. (rozporządzenie 1582/97), a następnie do 31 maja 2000 r. (rozporządzenie 2790/99), umożliwiając tym samym jednoczesne wejście w życie kompleksowej regulacji dotyczącej porozumień wertykalnych.

Za sprzeczne ze wspólnotowym prawem konkurencji uznawano natomiast takie transakcje sprzedaży wyłącznej, które wprost lub pośrednio prowadziły do całkowitej ochrony terytorialnej, a więc uniemożliwiały import równoległy i tym samym uniemożliwiały integrację rynków (wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Consten i Grundig/Komisja). To kryterium odpadało w przypadku porozumień eksportowych dotyczących przedsiębiorców z siedzibą poza Wspólnym Rynkiem.

Komisja Europejska w dniu 10 maja 2017 r. opublikowała nowy raport dotyczący spójnej koncepcji Jednolitego Rynku Cyfrowego. Raport dotyczył handlu internetowym towarami i usługami w tych sektorach, w których handel elektroniczny jest najbardziej rozpowszechniony, takich jak elektronika, odzież i obuwie oraz treści cyfrowe. Raport określa działania zmierzające do egzekwowania prawa w odniesieniu do praktyk mogących mieć negatywny wpływ na konkurencję oraz handel transgraniczny.

Zgodnie z przeprowadzonym badaniem rynku sprzedaży elektronicznej dystrybucja wyłączna przybrała w głównej mierze cechy wyłącznej dystrybucji internetowej. Odsetek osób między 16 a 74 rokiem życia, które zamówiły dobra lub usługi przez internet, wzrósł w ostatnich latach z 30% w 2007 r. do 55% w 2016 r.<sup>344</sup> W związku z tym w ciągu ostatnich dziesięciu lat wzrosły zarówno liczba umów dystrybucji selektywnej, jak i częstotliwość stosowania kryteriów kwalifikacji<sup>345</sup>. Handel internetowy zwiększył swoją transparentność cenową. Za pomocą wszechobecnych porównywarek cenowych konsumenci mogą szybko zweryfikować informacje dotyczące produktów oraz cen, co pozwala im na znalezienie najlepszej

---

<sup>342</sup> Rozporządzenie Komisji (EWG) nr 1983/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do porozumień dotyczącej wyłącznej dystrybucji i zakupu (Dz.Urz. WE L 173).

<sup>343</sup> Rozporządzenia Komisji (EWG) nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o wyłączności zakupu (Dz.Urz. WE L 173 z 30.06.1983).

<sup>344</sup> Por.: Eurostat, wspólnotowe badanie korzystania z ICT w gospodarstwach domowych i przez osoby prywatne z dnia 9 grudnia 2015 r., [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce\\_statistics\\_for\\_individuals](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics_for_individuals), data odczytu 12.12.2018 r.

<sup>345</sup> Na podstawie badania 259 producentów produktów sprzętu powszechnego użytku.

oferty w internecie. Skutkuje to niestety zjawiskiem tzw. *free-ridingu*. Konsumenci wybierają produkt w internecie, korzystając wcześniej z usług przedpłaconych za pośrednictwem sklepów stacjonarnych. Powoduje to w szczególności sytuację, w której fizyczne punkty sprzedaży służą jedynie za informację dotyczącą produktu<sup>346</sup>.

Wpływ dystrybucji wyłącznej na konkurencję jest znaczący. Przede wszystkim ma przeciwdziałać zjawisku *free-ridingu* oraz zachęcać dystrybutorów do inwestowania w fizyczne punkty sprzedaży i zwiększania jakości usług. Ma to kluczowe znaczenie dla sprzedawców wyłącznie internetowych, którzy nie są w stanie zaproponować usług posprzedażnych w takim zakresie, jak dystrybutorzy stacjonarni. Domniemane znacznie wyższe koszty związane ze świadczeniem usług poza internetem wywołują jednak silniejsze obawy związane z *free-ridingiem*, polegającym na wykorzystywaniu usług świadczonych poza internetem przez sprzedawców detalicznych działających w internecie. W związku z tym producenci decydują się na system dystrybucji wyłącznej zakazującej konkurencji w internecie.

Drugim elementem wpływu na rozwój konkurencji dystrybucji wyłącznej jest fakt możliwości porównywania cen produktów u sprzedawców online. Doprowadza to do konkurencji cenowej, która jest dobra w przypadku konsumentów, jednak do momentu, w którym nie odbija się to na jakości. Obok kluczowego parametru konkurencji, jakim jest cena, równie istotnym elementem konkurencji przedsiębiorców są jakość, wizerunek marki oraz innowacja. Pozycjonowanie marki, jako produktu wysokiej jakości, jest czynnikiem wpływającym na przywiązanie konsumenta, co z kolei przyczynia się do długoterminowej polityki producentów.

W wyniku badania, jakie przeprowadziła Komisja Europejska w latach 2015-2016, według producentów najważniejszymi parametrami konkurencji są: jakość, wizerunek marki oraz fakt, czy dany produkt jest nowością; cena zajmuje natomiast pozycję od czwartego do szóstego miejsca. Z kolei dla sprzedawców (we wszystkich sektorach) najważniejszym lub drugim w kolejności parametrem konkurencji jest cena. Zakres marek, dostępność oraz jakość podawano jako trzy kolejne (ich kolejność różniła się w zależności od sektora)<sup>347</sup>.

---

<sup>346</sup> Aż 72% ankietowanych korzysta z *free-ridingu*, zgodnie ze Sprawozdaniem Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego.

<sup>347</sup> Por. Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego. Sprawozdanie końcowe na temat badania sektora handlu elektronicznego z dnia 10 maja 2017 r., [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_final%20report\\_pl.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final%20report_pl.pdf), pkt 12, data odczytu 15.12.2018 r.



Inną metodą wpływania na rozwój konkurencji jest stosowanie dystrybucji wyłącznej tylko w zakresie internetowych platform handlowych. Aby nie kolidowało to ze strategiami producentów dotyczącymi dystrybucji i promocji marek, dystrybutorzy nie mogą sprzedawać produktów za pośrednictwem platform internetowych. Pomimo że wyłączność terytorialna może ograniczyć konkurencję między markami i prowadzić do podziału rynku, to może równocześnie tworzyć wydajności, które uzasadniałyby pewną ochronę terytorialną. Wyłącznie dystrybutorzy mogą być zachęceni do inwestowania w dodatkowe działania promocyjne i marketingowe, na przykład w celu wprowadzenia produktu lub marki na nowym rynku geograficznym, na którym inni dystrybutorzy mogą mieć problem z *free-ridingiem*, obecnym w przypadku braku ochrony terytorialnej.

Wnioski z badania sektorowego wskazują, że wyłączenie terytorialne jest typowo przyznawane w odniesieniu do kanałów sprzedaży *offline*, ale również internetowych. To właśnie tutaj w dzisiejszych czasach odbywa się ochrona terytorialna polegająca na blokowaniu możliwości zarówno zakupu produktów, jak i ofert programowych dla użytkowników spoza danego terytorium. Chociaż budzi to wątpliwości pod kątem możliwości blokowania sprzedaży pasywnej, w gruncie rzeczy przyczynia się do ochrony dystrybutora działającego na danym terytorium. Prawie połowa producentów (49%), wskazuje, że korzystają oni z terytorialnych umów dystrybucyjnych. Jednakże otrzymane informacje o relacjach dystrybucji między producentami a sprzedawcami detalicznymi wskazują, że tylko niewielka część relacji jest oparta na terytorialnej wyłączności, co oznacza, że wielu respondentów korzysta z niej w ograniczonej liczbie swoich umów dystrybucyjnych<sup>348</sup>.

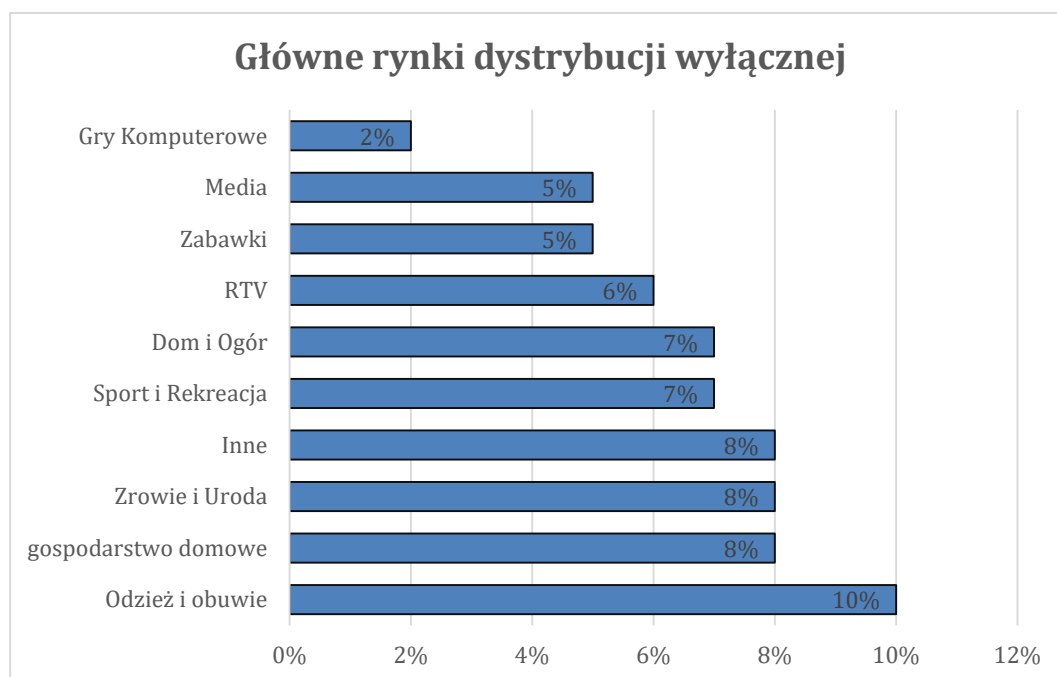
Producenci, którzy korzystają z wyłącznej dystrybucji terytorialnej, zwykle wyznaczają wyłącznego dystrybutora na poziomie hurtowym, a nie na poziomie detalicznym. Dokonują tego w szczególności w tych państwach członkowskich lub na tych terytoriach, w których nie posiadają własnych oddziałów z wyspecjalizowanymi sprzedawcami. Może to być na przykład sytuacja w państwach członkowskich uznawanych za zbyt małe pod względem wielkości działalności lub jeśli marka nie jest wystarczająco znana, aby uzasadnić utworzenie spółki zależnej. W takich przypadkach producenci potrzebują doświadczonych partnerów dystrybucyjnych, posiadających wiedzę na temat lokalnych warunków rynkowych, którzy mogą

---

<sup>348</sup> Oparte na badaniu 247 producentów, którzy odpowiedzieli na zadane pytanie ankietowe.

skontaktować się z detalistami i podejmować inwestycje niezbędne do uruchomienia, promowania i reklamy określonej marki lub produktu. Na przykładzie poszczególnych produktów można zobrazować, w jakich rodzajach produktów najczęściej spotykamy dystrybucję wyłączną.

**Wykres 2 Główne rynki dystrybucji wyłącznej**

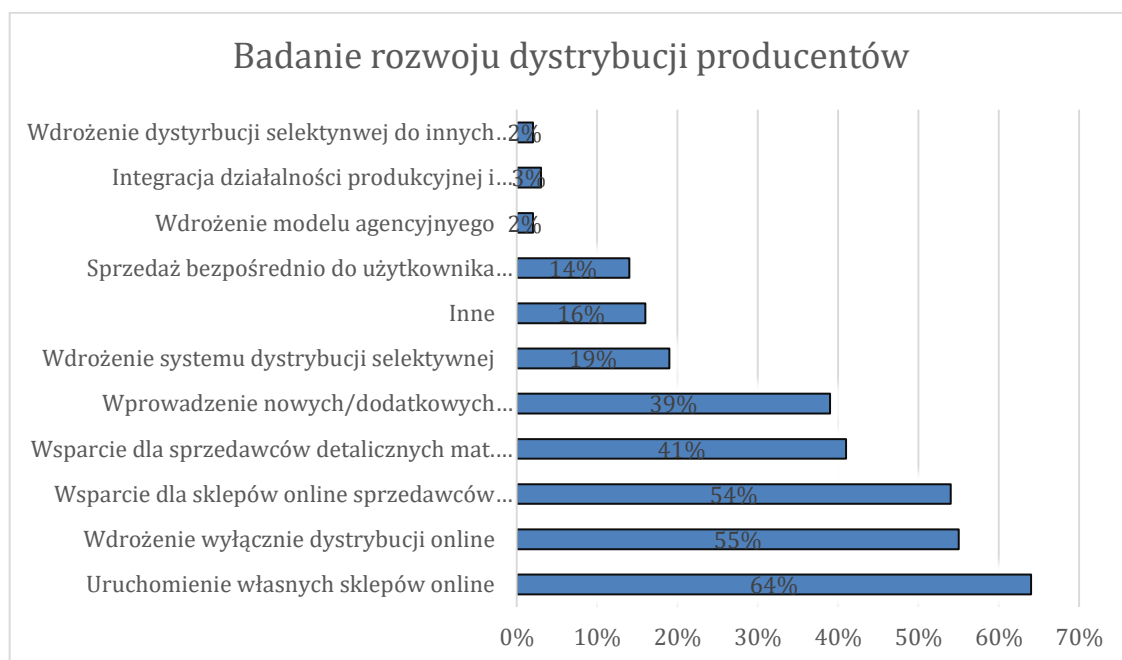


Źródło: Commission staff working document, Issues paper presenting initial findings of the e-commerce sector inquiry conducted by the Directorate-General for Competition, Figure 22, Bruksela 2017, s. 42.

Producenci posiadający wiele marek niekoniecznie działają według jednolitej polityki sprzedażowej. Ich strategie różnią się od siebie w zależności od marki i państwa członkowskiego. Oprócz bezpośredniej sprzedaży klientom producenci korzystają z innych środków umożliwiających wyższy poziom kontroli nad sieciami dystrybucyjnymi (w szczególności *online*). Znaczny wzrost wykorzystania rozsądnej dystrybucji, a także wprowadzenie na dużą skalę nowych kryteriów w umowach dystrybucyjnych świadczy o dużych nakładach, jakie producenci wnoszą w cel kontroli dystrybucji swoich produktów<sup>349</sup>.

<sup>349</sup> Na podstawie odpowiedzi 244 ankietowanych przeprowadzonych na potrzeby Sprawozdania.

### Wykres 3 Badanie rozwoju dystrybucji producentów



Źródło: The e-commerce Sector Inquiry Key Findings of the Prelimieasures taken by manufacturers in the last 10 years to react to the growth of e-commercenary, Bruksela 2016, s. 12.

Przejrzystość cen online jest ogromnym wyzwaniem dla tworzenia konkurencji warunków między detalistami *online* i *offline*. Trudności z utrzymaniem spójnego wizerunku marki w kanałach sprzedaży *online* i *offline* wpływają na strategie dystrybucji producentów. Z jednej strony producenci znacznie zwiększyli sprzedaż bezpośrednią w ciągu ostatnich dziesięciu lat, otwierając własne sklepy internetowe i sprzedając bezpośrednio za pośrednictwem internetowych rynków. Z drugiej – wielu producentów podjęło działania mające na celu zwiększenie kontroli nad ich sieciami dystrybucyjnymi poprzez wprowadzenie selektywnych systemów dystrybucji lub specjalnych kryteriów dystrybucji w odniesieniu do sprzedaży *online*.

Większość respondentów uważa sprzedaż za pośrednictwem stron internetowych sprzedawców detalicznych, a także sprzedaż za pośrednictwem sklepów stacjonarnych, jako potencjalnie korzystne.

Odsetek sprzedaży produktów przez sprzedawców detalicznych sprzedawanych wyłącznie w sklepach stacjonarnych zmniejszył się, podczas gdy sprzedaż za pośrednictwem czystych detalistów internetowych i hybrydowych sprzedawców wzrosła. Pomimo rosnącego znaczenia handlu elektronicznego wielu producentów,

w szczególności dóbr luksusowych, podkreśla znaczenie sklepów stacjonarnych oraz wysokiej jakości zakupów.

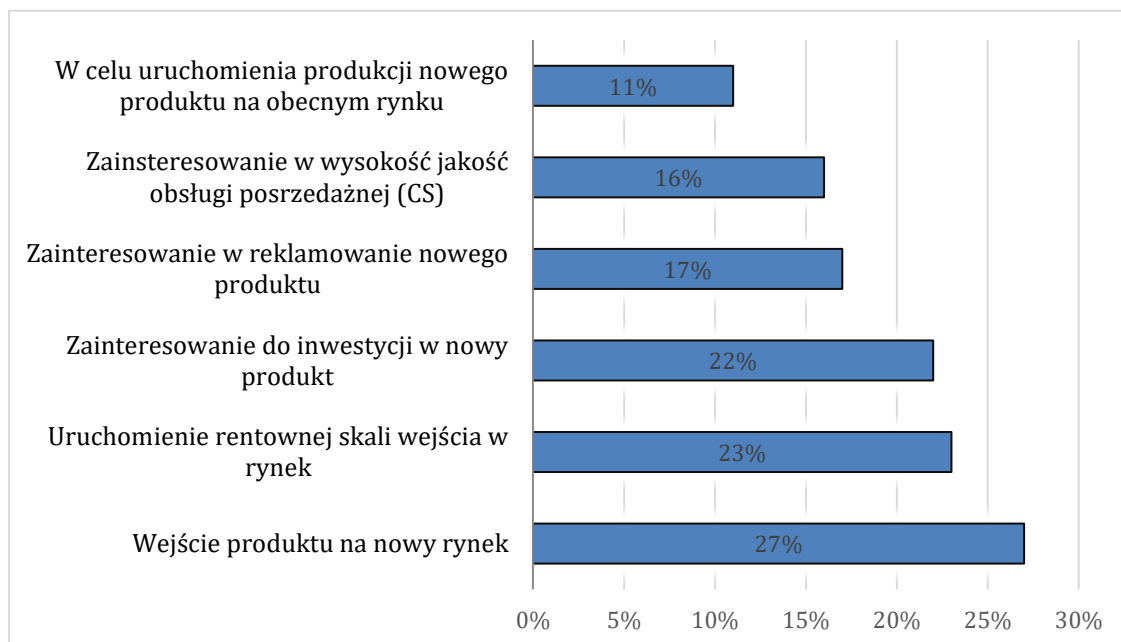
Ponadto dystrybutorzy wyłączni mogą przyczyniać się do rozwoju konkurencji w większych państwach członkowskich, w których struktury rynku są podzielone na regiony, a klienci zazwyczaj kupują od mniejszych lub średniej wielkości detalistów, a nie od kilku dużych sieci handlowych. W niektórych przypadkach wyłączność terytorialna na poziomie hurtowym połączona jest z działaniem sieci autoryzowanych sprzedawców detalicznych o selektywnej dystrybucji. W takim przypadku ekskluzywny hurtownik jest odpowiedzialny za tworzenie i zarządzanie siecią autoryzowanych sprzedawców detalicznych, zgodnie z kryteriami określonymi przez producenta w danym państwie członkowskim.

Rozwój tego typu sieci może wymagać znacznych inwestycji dokonywanych przez hurtowników, np. w celu wyboru i pomocy autoryzowanym sprzedawcom detalicznym, promowania marki, kontroli sieci zamkniętych oraz zastosowania kryteriów selekcji w celu zapewnienia wysokiej jakości dystrybucji i usług posprzedażnych oraz spójnej strategii marketingowej, respektującej wizerunek marki.

Wyłączność terytorialna na poziomie hurtowym niekoniecznie jest związana z terytorialnymi (czynnymi) ograniczeniami sprzedaży, nałożonymi na wyłącznego dystrybutora lub dystrybutorów z innych państw członkowskich lub terytoriów. Producent może po prostu zdecydować się na sprzedaż swoich produktów tylko za pośrednictwem jednego dostawcy hurtowego w danym państwie członkowskim lub regionie. W takim przypadku wyłączność terytorialna ogranicza się do obowiązku wytwórcy, aby nie wyznaczać innych hurtowników na terytorium, nie przyznając wyłącznemu dystrybutorowi żadnej ochrony przed sprzedażą pochodzącą spoza jej terytorium.

Producenci przyznają, że wyłączność terytorialna udzielana dystrybutorowi jest konieczna przede wszystkim w celu uruchomienia i ustanowienia marki na nowym rynku krajowy. Poniższy wykres obrazuje powody przyznania wyłączności terytorialnej.

#### Wykres 4 Producenci, którzy uznali przyznanie wyłączności za konieczne



Źródło: Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry, Figure B.26, Bruksela 2017, s. 67.

Istnieją znaczące rozbieżności w zależności od kategorii produktów. Na przykład tylko 15% producentów zajmujących się elektroniką konsumencką uważa, że dystrybucja wyłączna jest konieczna, aby wejść na nowy rynek, w przeciwieństwie do 46% respondentów zajmujących się kosmetykami i opieką zdrowotną i 40% aktywnych w usługach dotyczących sportu i rekreacji.

Odpowiedzi producentów wskazują, że wyłączenia terytorialne dystrybutorów nie są ogólną polityką dystrybucji, stosowaną przez producenta we wszystkich państwach członkowskich w odniesieniu do marek. Są to raczej decyzje indywidualne, przy których podejmowaniu producent bierze pod uwagę cechy produktu i marki, lokalne warunki rynkowe (wielkość, dojrzałość i struktura rynku), a także własną wiedzę na temat rynku. Niezależnie od tego, czy przyznawana jest wyłączność terytorialna, konieczna jest wola dystrybutorów do zawarcia porozumienia dystrybucyjnego, w którym brak wyłączności terytorialnej. Na niektórych rynkach (np. kosmetyków kolorowych) uznano, że wyłączność terytorialna jest praktyką w sprzedaży *offline*. Na tych rynkach dystrybutorzy nie są przygotowani ani też skłonni do działania innego niż dystrybucja ekskluzywna.

Dystrybucja wyłączna z perspektywy rozwoju konkurencji może być uznana przez producentów (i wymaganą przez dystrybutorów) za niezbędną w celu ochrony przed *free-ridingiem* ze strony innych dystrybutorów w przypadkach, gdy dystrybutor zmuszony jest do poniesienia znacznych kosztów inwestycji w celu rozwoju sprzedaży na określonym terytorium. Dotyczy to inwestycji producentów np. w logistykę, zasoby ludzkie, punkty sprzedażowe i zaplecza, salony wystawowe, wysokiej jakości usługi dla klientów oraz działania promocyjne i marketingowe. Wyłączność terytorialna może zapewnić wystarczający zwrot z inwestycji dla dystrybutora, a przy tym zagwarantować długoterminowe zobowiązania. Bez terytorialnych wyłączności dystrybutorzy mogą nie być skłonni do zawarcia umowy dystrybucyjnej i zobowiązania się do poczynienia inwestycji.

Wyłączność terytorialna może również wpływać na rozwój konkurencji, ponieważ umożliwia skuteczne monitorowanie wyników dystrybutora i koordynowanie działań promocyjnych i marketingowych obu stron. Pozwala to zapewnić jednolity wizerunek marki, przez co konsumenci utożsamiają dystrybutora z producentem. Posiadanie pojedynczego dystrybutora upraszcza procesy biznesowe, powoduje bowiem zmniejszenie obsługi logistycznej oraz mniejszą liczbę umów do negocjacji, zmniejszając tym samym koszty transakcji.

## **4.2. Dystrybucja selektywna**

W selektywnych systemach dystrybucyjnych dystrybutorzy są wybierani na podstawie szczegółowych kryteriów określonych w umowie dystrybucyjnej. Zmiany w selektywnych systemach dystrybucji stanowią jedną z najczęstszych reakcji producentów na liczne wahania (w ciągu ostatnich dziesięciu lat) w zakresie wzrostu i spadku handlu na terytorium UE. Większość producentów (bo aż 56%), którzy odpowiedzieli na odpowiednie pytanie, wskazuje, że korzystali lub korzystają z selektywnych umów dystrybucyjnych dla niektórych produktów<sup>350</sup>.

Ponieważ większość producentów wskazała, że ich selektywne umowy dystrybucyjne są stosowane tylko do niektórych produktów, ogólny udział selektywnych umów dystrybucyjnych we wszystkich umowach dystrybucyjnych pozostaje znacznie niższy.

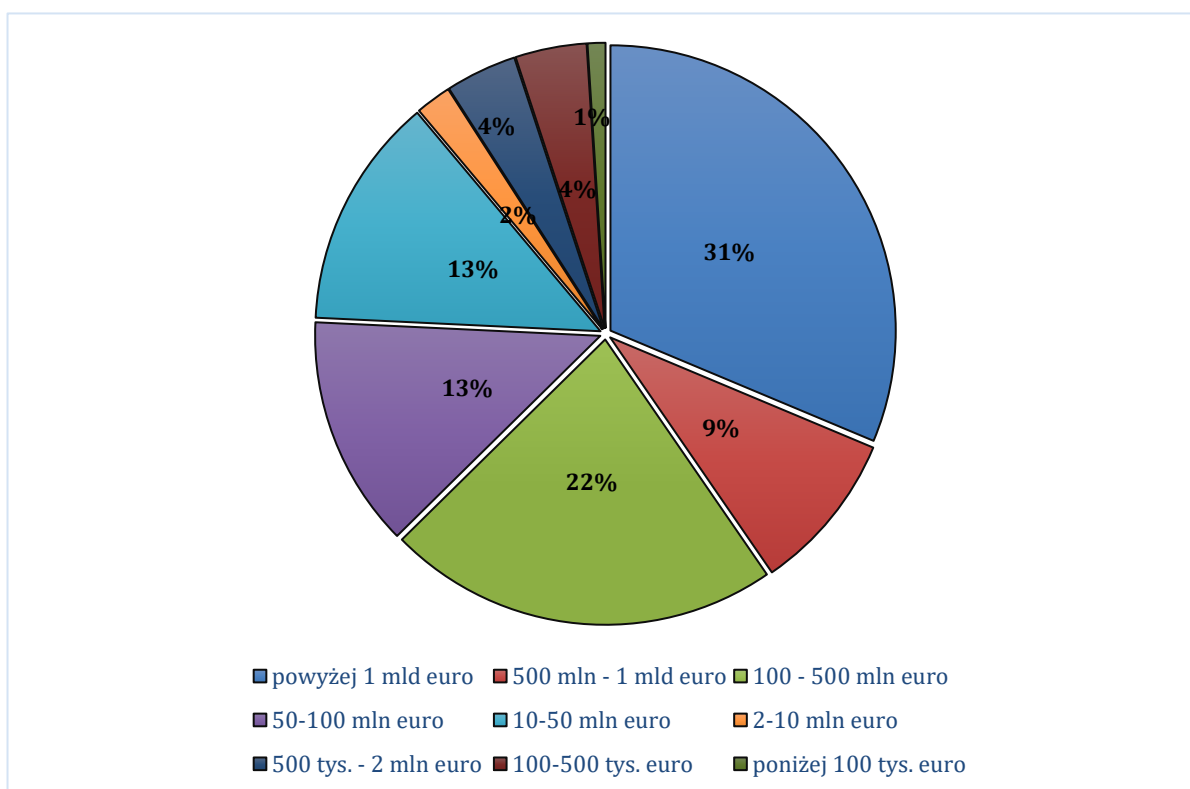
---

<sup>350</sup> Na podstawie odpowiedzi 252 ankietowanych przeprowadzonych na potrzeby Sprawozdania.

Kiedy zapytano o środki podjęte w reakcji na wzrost handlu elektronicznego w ciągu ostatnich dziesięciu lat, 19% producentów wskazało, że wprowadziło selektywny system dystrybucji w obszarach, w których wcześniej nie był stosowany, podczas gdy 2% respondentów – że zastosowało istniejący system dystrybucji selektywnej do innych rodzajów produktów. Ponadto 67% producentów, stosujących selektywny raport dystrybucyjny, wprowadziło nowe kryteria w zawieranych bądź wykonywanych umowach dystrybucyjnych<sup>351</sup>.

Poniższy wykres przedstawia dystrybucję producentów używających selektywnej dystrybucji w odniesieniu do obrotów. Niemal jedna trzecia producentów używających selektywnej dystrybucji ma obroty przekraczające 1 mld euro, a prawie dwie trzecie – ponad 100 mln euro.

**Wykres 5 Producenci korzystający z dystrybucji selektywnej w obrotach**



Źródło: Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry, Figure B.30, Bruksela 2017, s. 74.

<sup>351</sup> Na podstawie odpowiedzi 244 ankietowanych przeprowadzonych na potrzeby Sprawozdania.

Aż 67% producentów, którzy stosują selektywne raporty dystrybucyjne, wprowadziło w swoich umowach dystrybucyjnych nowe kryteria w ciągu ostatnich dziesięciu lat. Jest to najbardziej widoczne w kategoriach odzieży i obuwia (77%) oraz w sklepach z kategorii dom i ogród (71%). Producenci podkreślają znaczenie wysokiej jakości dystrybucji jako ważnego czynnika konkurencji, wpływającego na wizerunek marki, jakość usług przed- i posprzedażnych oraz doświadczenie konsumenta w dokonywaniu wyboru. Poniżej przedstawiono najbardziej typowe powody, dla których prowadzi się selektywny system dystrybucji<sup>352</sup>:

1. ochrona pozycji rynkowej;
2. zachowanie wizerunku marki / reputacji;
3. zapewnienie środowiska (wizualizacji) punktu sprzedaży odzwierciedlającego pozycjonowanie i reputację marki;
4. zachowanie prestiżu i luksusu postrzegania i reputacji produktów/ marki;
5. odpowiadanie oczekiwaniom klientów przy zakupie marek premium lub produktów premium;
6. zapewnienie wysoko jakościowych usług przed- i posprzedażowych, z wykwalifikowaną, profesjonalną kadrami, zdolnych do świadczenia wysokiej jakości i profesjonalnych porad (także w przypadku niektórych produktów w celu zapewnienia bezpiecznego stosowania produktu);
7. zapewnienie klientom zindywidualizowanej porady, najlepszej reakcji na indywidualne potrzeby i działania następcze/ w celu osiągnięcia zaangażowania klienta;
8. zapewnienie najwyższej jakości prezentacji technicznej przez specjalistów, najwyższego poziomu informacji o produkcie, o kompatybilności z innymi produktami oraz instalacji;
9. zapewnienie spójnej i jednolitej prezentacji produktów w UE w celu przekazania klientom spójnego przesłania, co obejmuje projektowanie i estetyczną spójność prezentacji produktu;
10. zagwarantowanie klientom pozytywnego doświadczenia zakupowego;
11. uniknięcie lub zminimalizowanie swobodnego korzystania przez klientów z kanałów sprzedaży *online* za pośrednictwem wysokiej jakości fizycznych punktów sprzedaży;

---

<sup>352</sup> Na podstawie odpowiedzi 165 ankietowanych.



12. skuteczniejsze zabezpieczenie produktów przed sfałszowanymi produktami dzięki większej identyfikowalności, rozpoznawalności.

Przedstawiane przez producentów powody zawierania umów dystrybucji selektywnej nie różnią się znacząco w zależności od kategorii produktów. Powyższe uzasadnienia są równocześnie przedstawione przez producentów odzieży i obuwia, urządzeń elektronicznych, zabawek, kosmetyków lub sprzętu sportowego. Tytułem przykładu należy wskazać, że oprócz sektorów odzieżowych, kosmetycznych i elektroniki użytkowej, gdzie selektywna dystrybucja jest szeroko rozpowszechniona, selektywne systemy dystrybucji są wykorzystywane przez producentów urządzeń kuchennych, sprzętu ogrodniczego, sprzętu czyszczącego, butów sportowych i akcesoriów sportowych oraz akcesoriów dla dzieci.

Niektórzy producenci informują również o zróżnicowanym systemie dystrybucji, w ramach którego dystrybucja selektywna jest stosowana wyłącznie na liniach premium, podczas gdy pozostała część ich produktów jest sprzedawana w otwartej dystrybucji.

Kryteria wprowadzone do sprzedaży *online* odzwierciedlają wymagania jakości dla sprzedaży w trybie *offline*. Często szczegółowe wymagania dotyczące sprzedaży *online* odzwierciedlają jasny zamiar producentów, aby zachować kontrolę nad środowiskiem, w którym produkt jest prezentowany, spójny marketing marki i jakość wyświetlania samego produktu. Wraz ze wzrostem sprzedaży *online* korzystanie z systemów dystrybucji selektywnej konsekwentnie rośnie<sup>353</sup>.

Zgodnie z orzecznictwem TSUE dystrybucję selektywną uważa się za neutralną dla konkurencji w myśl art. 101 ust. 1 TFUE, pod warunkiem że sprzedawcy dokonują wyboru na podstawie obiektywnych kryteriów o charakterze jakościowym, ustanowionych jednolicie dla wszystkich potencjalnych dystrybutorów, a cechy charakterystyczne produktu wymagają skorzystania z tego systemu w celu zachowania jakości produktu i zapewnienia jej właściwego wykorzystania, a w konsekwencji ustanowione kryteria nie wykraczają poza to, co jest konieczne<sup>354</sup>.

Selektywna dystrybucja jest środkiem stosowanym przez producentów do utrzymania pewnego poziomu kontroli nad dystrybucją ich produktów,

---

<sup>353</sup> Według raportu CBRE: *Zakupy przyszłości. Retail 2030*, zakupy e-commerce zwiększają się 3% rocznie, CBRE 2018, <https://biuroprasowe.cbre.pl/42856-cbre-retail-2030-jaka-przyszlosc-czekaj-polski-handel>, data odczytu 13.12.2018 r.

<sup>354</sup> Wyrok w sprawie Metro SB Großmärkte przeciwko Komisji, 26/76, UE: C: 1977: 167, pkt 20, oraz wyrok w sprawie L'Oréal, 31/80, UE: C: 1980: 289, pkt 15 i 16.

w szczególności linii produktów wysokiej jakości i nowych linii produktowych. Pozwala producentom na kontrolę dystrybucji aż do klienta finalnego i służy jako narzędzie utrzymywania spójnego wizerunku marki i adresowania potencjalnego wolnego handlu między sprzedawcami detalicznymi w sieci dystrybucyjnej. Zdolność producentów do wyboru kontrahentów poprzez dystrybucję selektywną, tj. jakościowych i ilościowych kryteriów dystrybucji, które są najbardziej adekwatne do danej kategorii produktów i do ich pozycjonowania, od kilku dziesięcioleci ma kluczowe znaczenie dla konkurencji, a w szczególności dla rynku tzw. produktów premium.

Jednocześnie selektywna dystrybucja jest narzędziem, pozwalającym niekiedy na wdrażanie i monitorowanie innych rodzajów ograniczeń wertykalnych, z których niektóre mogą budzić obawy z punktu widzenia naruszenia konkurencji. Wiele ograniczeń w systemie sprzedaży online ujawnia się właśnie w kontekście stosowania selektywnych systemów dystrybucji. Wynika to z faktu, że w ramach systemu dystrybucji selektywnej producent łatwiej kontroluje ceny i skuteczniej angażuje się w utrzymanie cen odsprzedaży lub zabrania (pewnych form) sprzedaży *online* lub reklamy.

Badania przeprowadzone przez Komisję Europejską wskazują również na wymóg (w selektywnych systemach dystrybucji) prowadzenia jednego lub więcej sklepów stacjonarnych. Wymóg ten odpowiada w dużej mierze obawom związanym z jakością wizerunku produktu i jakością dystrybucji, co odzwierciedla kryteria jakości określone w odpowiednich umowach dystrybucyjnych. Dzięki temu prowadzenie sprzedaży w sklepach stacjonarnych sprzyja pozytywnemu odbiorowi producenta przez klientów. W konsekwencji wymóg prowadzenia sklepów stacjonarnych jako próg wejścia do systemu dystrybucji selektywnej należy uznać za mieszczący się w wymogach określonych Rozporządzeniem Komisji (UE) nr 330/2010.

Zwiększenie wykorzystania selektywnej dystrybucji i stosowanie nowych kryteriów selekcji stanowi jedną z najczęstszych reakcji producentów w ciągu ostatnich dziesięciu lat na wzrost handlu elektronicznego. 56% producentów wskazuje, że korzysta z selektywnych umów dystrybucyjnych, choć często ograniczają się do ich wysokiej jakości lub nowych linii produktów.

Badanie wskazuje na szersze zastosowanie selektywnej dystrybucji przez producentów o relatywnie wyższych rocznych obrotach: jedna trzecia producentów używających selektywnej dystrybucji ma obroty powyżej 1 mld euro,

a prawie dwie trzecie – ponad 100 mln euro. Dystrybucja selektywna jest najczęstszym środkiem stosowanym przez producentów do utrzymania pewnego poziomu kontroli nad dystrybucją ich produktów, w szczególności linii produktów wysokiej klasy. Wyniki badania sektorowego nie wskazują, że ogólne podejście Komisji do jakościowej i ilościowej selektywnej dystrybucji, zgodnie z wytycznymi pionowymi, musi zostać zmienione. Jednocześnie większość producentów stosujących dystrybucję selektywną nie korzysta jedynie z dystrybucji *online*, wymagając, aby sprzedawca detaliczny prowadził co najmniej jeden sklep stacjonarny.

Promowanie jakości usług poprzez sklepy stacjonarne może przynieść rynkowi wartość dodaną. Konkurencja w celu podniesienia jakości świadczonych usług, również otworzy sklepy stacjonarne. Dodatkowo, dystrybucja selektywna chroni produkty przed wyniszczającą konkurencją cenową przez wyłącznych dystrybutorów online. Nieustanne obniżanie marży doprowadza do zmniejszenia jakości usług, ponieważ *de facto* uniemożliwia sfinansowanie obsługi posprzedażowej.

W rezultacie wymogi dotyczące obsługi co najmniej jednego sklepu stacjonarnego, chociaż częściowo określa je Rozporządzenie Komisji, nie powodują uzasadnionych obaw dotyczących jakości świadczonych usług, choć mogą i powinny – w przypadku wystąpienia znaczących skutków antykonkurencyjnych – zostać poddane dalszej kontroli w indywidualnych przypadkach.

Jeżeli udział producenta lub dystrybutorów w rynku właściwym przekracza 30%, w zasadzie każdy rodzaj praktyk ograniczających swobodę gospodarczą jest zakazany<sup>355</sup>. Należałoby jednak spojrzeć na tę problematykę z innej perspektywy. Dystrybucyjne porozumienia cenowe mogą ułatwiać koordynację cenową pomiędzy producentami. Koordynowanie cen nie jest w Polsce zakazane, traktowane jest bowiem nie jako zmowa cenowa, a tzw. podglądanie konkurencji. Należy zwrócić uwagę, jak wskazuje Komisja Europejska w swym raporcie, że dzisiejsze technologie pozwalają na bieżąco monitorować poziom cen konkurencji, przez co obniżana jest cena w sklepach własnych. Jest to o tyle niepokojące, że odbywa się bez jakiegokolwiek nadzoru i ograniczeń prawnych. Konsument korzystający z porównywarek cenowych bardzo łatwo weryfikuje, u którego z dystrybutorów jest najniższa cena. Dystrybutorzy wykorzystują algorytmy celem przyciągnięcia klientów hipotetycznie jak najniższą ceną.

---

<sup>355</sup> Np. dystrybucja wyłączna, podział terytorialny działania dystrybutorów lub też zakaz sprzedaży aktywnej.

Czy mając na uwadze powyższe, uzgodnienia cenowe w każdym przypadku negatywnie wpływają na konkurencję? Same uzgodnienie ceny pomiędzy dystrybutorami i producentem nieposiadającym odpowiedniej pozycji rynkowej ma niewielki wpływ na zachowania konsumentów. Konsument zawsze może skorzystać z alternatywnego kanału sprzedaży lub z substytutowych produktów.

Zakładając, że producent ustala cenę sztywną dla danego produktu dla każdego z dystrybutorów z osobna, to konkurencja nie będzie w stanie dostosować swojej ceny do poszczególnej ceny sztywnej. W ten sposób konkurencja nie zostanie naruszona, a producent będzie miał gwarancję, że każdy z dystrybutorów utrzyma pożądaną przychodowość

Ponadto, jeżeli każdy z dystrybutorów będzie inwestować we własną markę poprzez poprawę jakości obsługi poprzedażowej dzięki zagwarantowanym cenom sztywnym, nie powinno mieć to wpływu na konsumentów (mogą skorzystać z oferty alternatywnych dystrybutorów sprzedających substytucyjne towary). Ponadto, co potwierdził TSUE w orzeczeniu w sprawie Leegin, może zaistnieć sytuacja, w której wprowadzenie ceny sztywnej nie jest inicjowane przez producentów, a dystrybutorów. Mało efektywni dystrybutorzy, bojąc się konkurencji wewnątrzmarkowej, mogą zachęcać producentów do wprowadzania cen sztywnych. Doprowadzi to do straty wyłącznie po stronie producenta, a zwiększy efektywność dystrybutorów. Konsumentci jednak nie tracą na takiej praktyce rynkowej, ponieważ zachowują możliwość udania się do innego producenta substytucyjnych produktów.

### **4.3. Umowy franchisingowe**

W przypadku umowy franchisingowej wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych<sup>356</sup> opisują pewne aspekty franchisingu, ale nie podają definicji czy opisu franchisingu. Samo Rozporządzenie odsyła do treści dotyczącej dystrybucji selektywnej, zakazów konkurencji i dystrybucji wyłącznej. Sugerowane jest również, aby w zależności od ograniczeń zawartych w porozumieniu franchisingowym treści te stosować analogicznie. Ponadto w myśl zaleceń Komisji Europejskiej zakaz konkurowania związany z towarami i usługami zakupionymi przez franchisingobiorców nie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust. 1, gdy zakaz ten

---

<sup>356</sup> Pkt 189 wytycznych.

jest konieczny do utrzymania wspólnej tożsamości i reputacji sieci będącej przedmiotem franchisingu. W takich przypadkach okres trwania zakazu konkurencji nie ma znaczenia, tzn. nie jest ograniczony do lat pięciu, pod warunkiem że nie przekracza czasu trwania umowy franchisingowej.

Inaczej mówiąc, w przypadku umowy franchisingu koncepcja niezbędnych ograniczeń konkurencji (*ancillary restraints*), może powodować, że zakazy konkurowania pozostają poza zakresem art. 101 ust. 1 TFUE. Same wytyczne wskazują, że ochrona *know-how* oraz KIW (katalog identyfikacji wizualnej) jest ważniejsza od swobody konkurowania i sama w sobie może przyczynić się do wzrostu efektywności. Istotną cechą franchisingu jest pomoc handlowa oraz techniczna (np. logistyka, zarządzanie zasobami ludzkimi). W ocenie przygotowującej dysertację nie jest to dobra definicja. Po pierwsze, pozwala ona przyjąć, że franchisingiem jest każdy nieujednolicony sposób dystrybucji towarów z wykorzystaniem jedynie znaku towarowego dostawcy (bez przekazywania żadnego *know-how*), co jest wbrew poglądom doktryny i prawa unijnego. Po drugie, definicja ta nie przewiduje istnienia franchisingu zakupowego. Po trzecie, nie wiadomo, w jakim celu ustawodawca zdefiniował system dystrybucji franchisingowej, skoro poza słownikiem zawartym w ustawie terminów definicja ta nie jest przez niego w ogóle wykorzystywana.

Model biznesowy oparty na franchisingu istotnie różni się od klasycznej dystrybucji, a różnice te mają wpływ na ocenę antymonopolową. Porównując umowę franchisingu z klasyczną umową dystrybucyjną – w kontekście oceny antymonopolowej – można przyjąć, że franchising wyróżniają następujące cechy: a) jednolitość i standaryzacja sieci; b) narzucenie franchisingobiorcom modelu biznesowego, którego twórcą jest franchisingodawca; c) przeważnie znacznie szerszy niż w przypadku zwykłej dystrybucji stopień zależności między franchisingodawcą a franchisingobiorcami; d) przeważnie bardziej ograniczony niż w przypadku zwykłej dystrybucji stopień swobody franchisingobiorców; e) znacznie ściślejsza współpraca stron niż w przypadku klasycznego dostawcy i dystrybutora, zwłaszcza jeśli opłata licencyjna jest obliczana jako procent od obrotu franchisingobiorcy; f) znacznie większe niż w przypadku klasycznej dystrybucji ryzyko franchisingodawcy związane z niesubordynacją jego partnerów, wpływającą na renomę i integralność sieci.

W Polsce umowy franchisingowe są oceniane przez UOKiK analogicznie jak umowy dystrybucyjne, przez co krytycznie należy ocenić stanowisko polskiego organu antymonopolowego co do tego typu porozumień. Sąd Najwyższy w jednym ze swoich

wyroków<sup>357</sup> uznał bowiem, że stosowanie jednolitej polityki cenowej w przypadku sieci sprzedaży nie podlega wyłączeniu spod zakazu porozumień. Niestety podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny, a następnie ponownie orzekający SOKiK<sup>358</sup>. Decyzja dotyczyła uznania za antykonkurencyjne zobowiązanie członków sieci franchisingowej do stosowania jednolitego cennika. Prezes UOKiK uznał za zakazaną praktykę cenową zarządzanie wyłącznie przez franczyzodawcę polityką cenową<sup>359</sup>. Zdaniem Prezesa UOKiK konsekwencją obowiązywania w umowach wskazanych powyżej klauzul cenowych jest unifikacja kart menu pod względem cenowym. Powyższego wniosku nie zmienia fakt wprowadzenia przez Sphinx Polska od 2010 r. w restauracjach franchisingowych dwóch rodzajów kart menu, różniących się cenami w zależności od atrakcyjności lokalizacji danej restauracji (wybór cennika dokonywany jest przez franchisingobiorcę)<sup>360</sup>. Prezes UOKiK nie zanegował co prawda niepodważalnych, a potwierdzonych w orzecznictwie unijnym, korzyści z systemu dystrybucji franchisingowej. Jednocześnie zaprzeczył możliwości zastosowania klauzul cenowych za niezbędne ograniczenia konkurencji, pomimo ich prokonkurencyjnego charakteru, co skutkowałoby zastosowaniem wyłączenia z art. 6 ust. 1 UOKK. Dzięki temu uczestnicy porozumienia mogliby stosować ceny sztywne lub minimalne. Sąd Ochrony Konsumentów, niezależnie od utrzymania w mocy decyzji Prezesa UOKiK, wskazał, że nie jest wykluczone zastosowanie wyłączeń indywidualnych, jednak sam zainteresowany z takiej możliwości nie skorzystał.

Gospodarcze znaczenie porozumień dystrybucyjnych zostało zauważone kilkakrotnie w polskim orzecznictwie<sup>361</sup> i wskazuje na pozytywny wpływ na konkurencję między przedsiębiorcami. Dzięki porozumieniom wertykalnym producenci mogą docierać do klientów końcowych za pośrednictwem wyspecjalizowanych przedsiębiorców. W dzisiejszych czasach trudno jest połączyć produkcję z wiedzą dotyczącą sieci dystrybucji. Jednak nawet w przypadku uznania porozumień za prokonkurencyjne orzecznictwo oraz decyzje Prezesa UOKiK wskazują, że porozumienia wertykalne nie mogą liczyć na wyłączenie spod zakazu

---

<sup>357</sup> Wyrok III SK 21/11 z 23 listopada 2011 r., Lex nr 1108489.

<sup>358</sup> Wyrok SOKiK z 11.08.2016r., XVII AmA 41/16, LEX nr 2117816, który został zmieniony w zakresie wymiaru kary pieniężnej, którą Sąd Apelacyjny obniżył z kwoty 464 228,92 zł do kwoty 5000 zł wyrokiem z dnia 10.01.2018 r.

<sup>359</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 25.06.2013r. DOK-1/2013, Sphinx pkt 96, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 12.05.2018 r.

<sup>360</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 25.06.2013r. DOK-1/2013, Sphinx pkt 97, <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 12.05.2018 r.

<sup>361</sup> Wyrok SN III SK 21/11 z 23.11.2011, Lex nr 1108489.

określonego w art. 6 UOKK, a jedynie na ocenę przesłanek zastosowania art. 7 ust. 1 UOKK. W ocenie sporządzającego pracę ocena prokonkurencyjnych aspektów porozumień wertykalnych nie jest odosobniona<sup>362</sup>. Niestety konsekwencją braku ekonomicznego podejścia do cenowych porozumień wertykalnych jest przerzucenie na przedsiębiorców obowiązku dowodzenia przesłanek wyłączenia indywidualnego zgodnie z art. 8 UOKK. Przedsiębiorcy ponoszą ogromne ryzyko ekonomiczne i biznesowe w przypadku nieuwzględnienia ich przesłanek i uznania zawartego porozumienia za naruszające prawo konkurencji.

## Podsumowanie

Obecne orzecznictwo wydaje się wykluczać możliwość potraktowania ograniczeń wertykalnych jako niosących prokonkurencyjne skutki (*ancillary restraints*). Sąd Najwyższy co prawda stwierdził, że w każdym przypadku porozumienia należącego do kategorii porozumień wertykalnych dochodzi do zagrożenia interesu publicznego czy też naruszenia wartości istotnych dla prawa antymonopolowego, a także aktualizacji motywowanej każdorazowo potrzebą realizacji interesu publicznego, a co za tym idzie – nałożenia kary pieniężnej<sup>363</sup>, jednak nie formułuje wprost nakazu ekonomicznej analizy porozumień wertykalnych<sup>364</sup>. Postawa sądów, zwłaszcza Sądu Najwyższego, wobec ograniczeń wertykalnych wydaje się być „w pół drogi” w porównaniu do stanowiska Prezesa UOKiK. Problematyczność porozumień wertykalnych można zauważyć również w statystyce decyzji Prezesa UOKiK na przykładzie poniższej tabeli.

---

<sup>362</sup> Por.: A. Zawłocka-Turno, B. Turno, Standard prawny oceny wertykalnych porozumień cenowych polegających na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Glosa częściowo aprobująca do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2011 r., SN III SK 21/11, Lex nr 1108489.

<sup>363</sup> Wyrok SN z 15.05.2014 r., III SK 44/13, Lex nr 1459203.

<sup>364</sup> Por.: S. Syp, Komentarz do wyroku SN z 15 maja 2014 r. (III SK 44/13) – Podejście do porozumień wertykalnych, *nihil novi?*, <http://korporacyjnie.pl/komentarz-do-wyr-sn-z-15-maja-2014-r-iii-sk-4413-podejscie-do-porozumien-wertykalnych-nihil-novi/>, data odczytu 20.12.2018 r.

**Tabela 1 Liczba decyzji Prezesa UOKiK odnoszących się do porozumień wertykalnych w latach 2011-2016**

|  | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 |
|--|------|------|------|------|------|------|
| Liczba decyzji w sprawach porozumień ograniczających konkurencję ogółem (porozumienia wertykalne + horyzontalne) | 28   | 19   | 28   | 18   | 11   | 10   |
| - liczba decyzji dotyczących porozumień wertykalnych ogółem  | 15   | 11   | 13   | 5    | 2    | 3    |
| - liczba decyzji stwierdzających porozumienie wertykalne i nakazujących jego zaniechanie                         | 4    | 4    | 4    | 2    | 1    | 0    |
| - liczba decyzji stwierdzających porozumienie wertykalne i stwierdzających jego zaniechanie                      | 8    | 6    | 9    | 3    | 0    | 3    |
| - liczba decyzji zobowiązujących   | b.d. | 1    | 0    | 0    | 1    | 0    |

Źródło: Sprawozdanie z działalności UOKiK za 2011 r., Warszawa 2012 r., Sprawozdanie z działalności UOKiK za 2014 r., Warszawa 2015 r., Sprawozdanie z działalności UOKiK za 2015 r., Warszawa 2016 r., baza orzecznictwa UOKiK z <https://www.uokik.gov.pl/publikacje.php?tag=1>, data odczytu 28.12.2018 r.

Decyzje Prezesa UOKiK dotyczyły przede wszystkim rozstrzygnięć uznania za zakazane wertykalne ustalanie cen odsprzedaży. Prezes UOKiK od momentu wejścia Polski do Unii Europejskiej nie wydał ani jednej decyzji ani nie prowadził



postępowania na podstawie art. 101 TFUE. Uznać zatem można, że działalność UOKiK nastawiona jest na decyzje dotyczące zmów przetargowych (art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKK) oraz decyzje dotyczące wertykalnych porozumień cenowych (art. 6 ust. 1 pkt 1 UOKK). Wynika z tego, że Prezes UOKiK nie pogłębia tematyki ekonomicznego podejścia do porozumień wertykalnych, a wręcz ogranicza swoje podejście jedynie do szeroko opisanych porozumień cenowych. Praktyka orzecznicza również nie odnotowała dotąd przykładu skutecznego podejścia do cenowych porozumień wertykalnych<sup>365</sup>.

Orzecznictwo, które głównie skupia się na prokonkurencyjności i antykonkurencyjności cen odsprzedaży, powoduje wysokie koszty postępowań przy wątpliwym argumencie wzrostu cen końcowych. Pytanie, jakie należy postawić, to czy właściwe w takiej sytuacji prawo konkurencji ciężar udowodnienia legalności porozumienia nakłada na przedsiębiorcę w myśl art. 8 ust. 1 ustawy. Obawy przed wzrostem kosztów związanych z działalnością organu antymonopolowego również wydają się nieuzasadnione. Jak wynika bowiem z przeprowadzonej przez amerykański sąd analizy, dowodem na antykonkurencyjność RPM winien być test popytu<sup>366</sup>. Wątpliwe jest również zastosowanie art. 101 ust. 3 TFUE w przypadku domniemania nielegalności takiego porozumienia. Przedsiębiorca raczej nie podejmie ryzyka obarczonego wysokimi karami pieniężnymi. Przedsiębiorstwo nie ma bowiem możliwości obalenia domniemania negatywnych skutków RPM zarówno na gruncie prawa polskiego, jak i europejskiego. Art. 101 ust. 3 TFUE przedstawia bowiem bardzo rygorystyczne kryteria w szczególności udowadniania, że tych samych operatywnych skutków anty- i prokonkurencyjnych nie można osiągnąć w inny sposób. Nastawienie europejskiego organu antymonopolowego jest, co do zasady, podobne do polskiego podejścia, tzn. nastawione na ochronę praw konsumentów, dużą rywalizację wśród przedsiębiorców i ochronę struktur rynku. Przy dynamicznym podejściu do praw konsumenta może to jednak stać w sprzeczności z ochroną ich dobrobytu.

Podejście skutkowe polskich sądów do innego typu porozumień daje możliwość wypracowania podobnych systemów w nowelizacji prawa. Flagowym

---

<sup>365</sup> D. Azewicz, Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji, iKAR 2013/3, s. 21-22.

<sup>366</sup> Zmniejszenia popytu i ceny są dowodem antykonkurencyjności. Zwiększenie popytu przy wzroście ceny co do zasady jest dowodem prokonkurencyjności. Do podobnego wniosku doszedł również Łukasz Grzejdak w prawnoporównawczym studium stosowania amerykańskiego i europejskiego prawa konkurencji względem ustalania cen odsprzedaży towarów.

orzeczeniem jest tutaj wyrok SOKiK w sprawie Lesaffre-Biocorporation<sup>367</sup>. Porozumienie to Prezes UOKiK uznał za niekonkurencyjne według literalnego brzmienia przepisu w zakresie wyłączności zakupu. Natomiast sądy dwóch instancji wykazały, że ocena antymonopolowa nie może być niezależna od aspektów ekonomicznych, które stanowią istotę tego rodzaju porozumień. UOKiK natomiast nie poczynił żadnych analiz pod kątem ekonomicznym.

Ostatnią kwestią, jaka występuje w związku z polityką traktowania porozumień cenowych jako bezwzględnie zakazanych, są próby obejścia prawa przez przedsiębiorców. W zachodnich krajach wspólnotowych coraz częściej stosowana jest konstrukcja *Minimum Advertised Price*, czyli polityka cen marketingowych. Oznacza ona ustalania przez producenta cen (w tym minimalnych i sztywnych), po jakich dany produkt będzie reklamowany przez dystrybutora. Oczywiście dystrybutor będzie miał prawo zastosowania własnej polityki cenowej w momencie sprzedaży tak, aby nie naruszyć prawa konkurencji, jednak świadomość konsumenta po obejrzeniu reklamy, w której podana jest cena końcowa, wpływa na jego zainteresowanie produktem. Dystrybutor może być wówczas niezainteresowany sprzedażą produktu (zwłaszcza po cenach niższych od reklamowanych) z chęci czystego zysku. Zjawisko to oraz jego skala w Polsce nie zostały jeszcze zbadane przez urząd antymonopolowy, zatem trudno jest przewidzieć ocenę UOKiK do tego typu porozumień.

Polska praktyka jasno wskazuje, że polska praktyka stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję wobec porozumień wertykalnych ogranicza się do porozumień cenowych. Ograniczana od 2014 r. działalność Prezesa UOKiK obrazuje konieczność przeprowadzenia zmian na poziomie legislacyjnym. Obecne stanowisko w tym zakresie może wyglądać na stojące w sprzeczności z art. 1 ust. 1 UOKK, czyli ochroną i rozwojem konkurencji. Jak twierdzi Prezes UOKiK, głównym i nadrzędnym celem polityki konkurencji jest zapewnienie warunków do funkcjonowania konkurencji w gospodarce wszędzie tam, gdzie może ona wpływać na zwiększenie efektywności gospodarowania i innowacyjności, a co za tym idzie – dobrobytu konsumentów<sup>368</sup>.

---

<sup>367</sup> Wyrok SOKiK z 18.08.2008 r. XVII Ama 83/07, Lex nr 2097494; wyrok SA w Warszawie z dnia 25.02.2010 r., VI Aca 61/09, Lex nr 1381275. Glosa do wyroku SA: M. Modzelewska de Raad, More economic approach to exclusivity agreements: how does it work in practice? Case comment to the judgement of the Court of Appeals in Warsaw of 25 February 2010, Yearbook of Antitrust and Regulatory studies 2011/5, s. 267-275.

<sup>368</sup> UOKiK, Polityka Konkurencji na lata 2011-2013, s. 6, <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=9947>, data odczytu 15.05.2017 r. Podobnie stwierdził Prezes UOKiK w decyzji z 26.04.2010 DOK – 3/2010.

Porozumienia wertykalne, zarówno na rynku *online*, jak i *offline*, zawsze były tematem paradoksalnym. Stanowią jeden z najbardziej dynamicznych sporów dotyczących egzekwowania przepisów antymonopolowych. Przyczyną tego stanu rzeczy jest fakt, że porozumienia te pomiędzy przedsiębiorstwami mogą mieć różnoraki wpływ na proces konkurencji. Z jednej strony niosą one za sobą istotne korzyści ekonomiczne w postaci oszczędności kosztów prowadzenia biznesu, z drugiej – powodują kilka problemów antykonkurencyjnych, takich jak ryzyko zmony lub wykluczenia z rynku (w postaci dystrybucji selektywnej, geoblokowania, rozdzielania dóbr pomiędzy określone podmioty). Cechy te powodują sprzeczne stanowiska w zakresie regulacji i skonstruowania jasnych reguł postępowania. Przykładowo Richard Posner stwierdza, że natura ograniczeń wertykalnych utrudnia dotarcie do idealnej polityki antymonopolowej, stawiając pytanie „jak egzekwować przepisy antymonopolowe przeciwko praktykom, których nie jesteśmy przygotowani do egzekwowania (jak ma to miejsce w przypadku ustalania cen), jako całkowicie pozbawionego możliwości zastosowania reguł ekonomii”<sup>369,370</sup>.

Kluczową ideą jest to, żeby obustronna zależność (producent-dystrybutor) była wystarczająco silna, aby wymagać ścisłej koordynacji, ale nie tak silna, aby wywołać pełną integrację. Wspólne przedsięwzięcia, sojusze strategiczne, franchising, umowy dystrybucyjne, podwykonawstwo można wykorzystać jako przykłady hybrydowej formy współpracy. Współpraca na zasadzie umowy wertykalnej staje się dla konkurentów tanią drogą do zdobycia technologii i dostępu do rynku. Wynika to z faktu, że wymaga ona dużych nakładów inwestycyjnych w celu opracowania nowych produktów i wejścia na nowe rynki, na co niewiele firm może pozwolić sobie samodzielnie w każdym przypadku. W związku z tym porozumienia wertykalne są nie tylko korzystne, ale kluczowe dla zapewnienia właściwych kanałów dostarczania towarów konsumentom końcowym. Porozumienia wertykalne rozszerzają swoją współpracę w kontekście globalizacji i gospodarek cyfrowych, w których firmy poszukują elastycznych i alternatywnych sposobów redukcji kosztów. Firmy stopniowo dążyły do współpracy w świecie, w którym technologie szybko się zmieniają, rynki stają się globalne, potrzebne są ogromne kwoty inwestycyjne, aby opracowywać nowe produkty z coraz krótszymi cyklami życia.

---

<sup>369</sup> <https://decyzje.uokik.gov.pl>, data odczytu 15.12.2018 r., „Ostatecznym celem ochrony konkurencji, o którym mowa w art. 1 UOKiK, jest maksymalizacja dobrobytu konsumentów (tzw. *consumer welfare*).

<sup>370</sup> R. Posner, *Vertical Restraints and Antitrust Policy*, *University of Chicago Law Review* 229, Chicago s. 241.

Współpraca wertykalna może jednak wywoływać obawy związane z przestrzeganiem reguł konkurencyjności. Gdy podnoszone jest zagrożenie innowacyjności na rynkach cyfrowych, pojawiają się jednocześnie problemy antykonkurencyjne. Przy wskazanym już rynku e-commerce gwarantowany jest łatwiejszy dostęp detalistów do klientów, a zatem klienci mają do czynienia z ogromną ilością informacji, obniżeniem kosztów wyszukiwania i umożliwieniem lepszej przejrzystości cen. Konsument może bez wychodzenia z domu przejść przez wszystkie dostępne sklepy, aby sprawdzić cenę czy porównać określone produkty. Czynniki te bezpośrednio skutkują większą konkurencją cenową *online*, jak i wpływają na sprzedaż *offline*. E-commerce powoduje bardziej intensywną konkurencję w zakresie marki, jakości i innowacji.

Jeśli wrócimy do zaproponowanych pytań, czy ocena umów wertykalnych zmienia się wraz z nowymi interakcjami wynikającymi z handlu elektronicznego lub innych sieci oraz w jaki sposób prawo konkurencji może rozwiązać dylemat regulacyjny, jakim są porozumienia wertykalne wzmocnione cyfryzacją, można stwierdzić, że nadal istnieje rozległa przestrzeń do dalszych badań. Z jednej strony państwa sceptycznie podchodzą do dostosowywania swojej polityki w zakresie egzekwowania prawa antymonopolowego po obu stronach Atlantyku, odkąd ekonomiczna analiza porozumień wertykalnych (samooceny) uwzględnia już specyfikę tych nowych modeli biznesowych. Z drugiej strony, urzędy antymonopolowe mogą być wprowadzone w błąd z uwagi na fakt, że nowe modele biznesowe mogą pełnić ważne funkcje w procesie konkurencyjności, a obecnie obowiązujące prawo nie pozwala dostrzec pełnego spektrum interakcji na konkurencyjność. Polityka w USA zmieniła się w kierunku stosowania zasady rozsądku i wynika to głównie z ewolucji ekonomicznych szkół myślenia. Oznacza to, że cyfryzacja w Stanach Zjednoczonych tylko wzmacnia potrzebę starannej oceny analizy ekonomicznej nowych modeli. W Unii Europejskiej scenariusz jest nieco odmienny. Komisja Europejska zdecydowała się nie dostosowywać swojego VBER ze względu na istnienie rynków cyfrowych, a niektóre podjęte środki mają na celu regulacje ograniczeń w przyszłości, jak np. rozporządzenie w sprawie geoblokowania.

W związku z tym niniejsza dysertacja próbuje pokazać, że dyskusja na temat polityki antymonopolowej zorientowanej na umowy handlowe jest nadal aktualna na całym świecie i należy ją dokładnie zbadać w celu zagwarantowania stronom większej pewności prawnej, a zatem optymalnego poziomu egzekwowania. Celem niniejszej

dysertacji było przedstawienie, że przejście do stosowania zasady rozsądku lub wyłącznej kontroli *ex post* porozumień wertykalnych nie powinno pozostać takie same wraz z pojawieniem się nowych rodzajów handlu, jak np. rynek e-commerce. W ciągu ostatnich dziesięcioleci zarówno Stany Zjednoczone, jak i UE zaczęły przyjmować bardziej elastyczne stanowiska wobec porozumień wertykalnych i zaakceptowały fakt, że te strategie umowne mogą przynieść pozytywne skutki dla konkurencji na rynkach, a nie tylko problemy związane z konkurencją. Ocena umów wertykalnych ulega zmianie z nowymi interakcjami pochodzącymi z platform handlu elektronicznego lub innych sieci. W związku z tym prawo konkurencji również powinno podążać za ewolucją handlu oraz zmieniającego się środowiska konkurencji.

# BIBLIOGRAFIA

## I. Literatura

- Bernatt M., Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011
- Bishop S., Walker M., The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, Sweet & Maxwell, London 2002
- Bolecki A., Co to jest porozumienie? w: A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, Prawo konkurencji, wyd. I, LexisNexis, Warszawa 2011
- Bongard C., Möller D., Raimann A., Szadkowski N., Dubejko U., Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji, UOKiK, Bonn-Warszawa 2007
- Carrier M.A., The rule of reason, an empirical update for the 21 century, George Mason Law Review, Vol. 16, No. 827, 2009
- Coase R., The Firm, the Market and the Law, University of Chicago Press; First Edition Chicago 1990
- Coase R., The Problem of Social Cost, The Journal of Law & Economics, Vol. 3, Chicago 1960
- Dorabialski W., Joźwiak-Górny S., Zmowy przetargowe, UOKiK, Warszawa 2013
- Dynamic competition and public policy. Technology, innovation and antitrust issues, red. J. Ellig, Cambridge University Press; 1 Edition New York 2001
- Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, red. M. Stachowiak, Wolters Kluwer, Warszawa 2014
- Dzierżanowski W., Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, Wolters Kluwer, Warszawa 2012
- Ekonomiczne przesłanki antymonopolowej oceny koncentracji, Konkurencja w gospodarce współczesnej, red. C. Banasiński, E. Sławicki, UOKiK Warszawa 2007
- Etel M., Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej, Wolters Kluwer, Warszawa 2012
- European Competition Law: A Case Commentary, Second Edition, red. W. VerLoren van Themaat, B. Reude, Edward Elgar Publishing, Camberley 2018

- Ezrachi A., *EU Competition Law, An analytical guide to the leading cases*, Hart Publishing, Oxford 2016
- Fingelton J., Nikpay A., *Stimulating or Chilling Competition*, w: Fordham Competition Law Institute. *International Antitrust Law & Policy*, red. B. Hawk, Fordham University School of Law, New York 2009
- Fornalczyk A., *Biznes a ochrona konkurencji*, Oficyna Wolters Kluwer, Warszawa 2007
- Grzelak M., *Glosa do wyroku w sprawie Wouters*, w: *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Oficyna Wolters Kluwer, Warszawa 2007
- Hamel G., Prahalad C.K., *Przewaga konkurencyjna jutra: strategie przejmowania kontroli nad branżą i tworzenie rynków przyszłości*, Business Press, Warszawa 1999
- Hardcore Restrictions in Vertical Agreements. Justifications for the Approach Taken in Regulation 2790/99*, College of Europe, Warszawa 2003
- Jansen R. i Budd A., *NMA's Baptism of Fire: Bid-Rigging in the Dutch Construction Sector, Changes in Competition Policy over the Last Two Decades*, UOKiK, Warszawa 2010
- Jurkowska A., *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji; Od formalizmu do ekonomizacji*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005
- Jurkowska A., Skoczny T., *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencje we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2008
- Jurkowska-Gomułka A., *Komentarz do art. 6 UOKiK*, red. K. Skoczny, C.H. Beck, Warszawa 2014
- Kępiński M., *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji*, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 15, *Prawo konkurencji*, red. M. Kępiński, C.H. Beck, Warszawa 2014
- Kohutek K., *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawdliwość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012
- Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008
- Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010
- Konkurencja w gospodarce współczesnej*, red. C. Banasiński, W.E. Stawicki, UOKiK, Warszawa 2007

- Kostecka-Jurczyk D., Porozumienia kooperacyjne w polskim i europejskim prawie konkurencji, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2014
- Król-Bogomilska M., Kary pieniężne w prawie antymonopolowym, Wydawnictwo KiK, Warszawa 1998
- Krugman P., Wells R., Mikroekonomia, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2012
- Miąsik D., Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Zakamycze, Kraków 2004
- Miąsik D., Zasada proporcjonalności i jej zastosowanie przez sądy krajowe, w: Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy, red. A. Wróbel, Zakamycze, Kraków 2005
- Michalski B., Międzynarodowa Koordynacja Polityki Konkurencji, Difin, Warszawa 2009
- Modzelewska de Raad M., Glosa do wyroku Aca 61/09, More economic approach to exclusivity agreements: how does it work in practice? Case comment to the judgement of the Court of Appeals in Warsaw of 25 February 2010, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2011/5
- Modzelewska-Wąchal E., Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2002
- Motta M., Competition Policy Theory and practice, Cambridge University Press, Cambridge 2015
- Organizacje komercyjne i niekomercyjne wobec wzmożonej konkurencji oraz wzrastających wymagań konsumentów, red. A. Nalepka, A. Ujwara-Gil, Wyższa Szkoła Biznesu National-Louis University w Nowym Sączu, Nowy Sącz 2010
- Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004-2009, red. A. Jurkowska-Gomułka, Wolters Kluwer, Warszawa 2010
- Podrecki P., Porozumienia monopolistyczne i ich cywilnoprawne skutki, Zakamycze, Kraków 2000
- Porter M., Strategia konkurencji: metody analizy sektorów i konkurentów, MT Biznes, Warszawa 2014
- Porter M., Strategia konkurencji: metody analizy sektorów i konkurentów, MT Biznes, Warszawa 2006
- Powałowski A., Ochrona konkurencji i zbiorowych interesów konsumentów, w: A. Powałowski, S. Koroluk, Prawo ochrony konsumentów, Warszawa 2002
- Róziewicz-Ładoń K., Postępowanie przed prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję, Wolters Kluwer, Warszawa 2011



- Scherer F.M., *Industrial market structure and economic performance*, Houghton Mifflin Company, Chicago 1980
- Schraner F., *Kartellrecht und Immaterialgüterrecht. Ihr Verhältnis und die einseitige Einführung regionaler Erschöpfung im Patentrecht*, Schulthess Verlag, Zürich 2010
- System Prawa Prywatnego*, t. 15, red. T. Skoczny, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014
- Szydło M., *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010
- The development of competition law. Global perspectives*, red. R. Zäch, A. Heinemann, A. Kellerhals, Cheltenham 2010
- Tokarski Z., *Przyczyny upadku karteli*, w: *Organizacje komercyjne i niekomercyjne wobec wzmożonej konkurencji oraz wzrastających wymagań konsumentów*, red. A. Nalepka, A. Ujwara-Gil, Wyższa Szkoła Biznesu, Nowy Sącz 2009
- Trocki M., Wawrzyniak B., *Grupy kapitałowe w Polsce*, Difin, Warszawa 2000
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. D. Miąsik, CH Beck, Warszawa 2009
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. E. Stawicki, Wolters Kluwer, Warszawa 2011
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. 2. wydanie*, red. T. Skoczny, Warszawa 2014
- van Doorn F., *Resale price maintenance in EC Competition law: the need for standardized approach*, Utrecht University, Utrecht 2009
- Ważniewski P., Dorabialski W., *Ekonomika ekonomizacji ochrony konkurencji z perspektywy UOKiK – priorytety w stosowaniu narzędzi ekonomicznych*, [http://www.1pkpk.wz.uw.edu.pl/working\\_papers/Ekonomika\\_ekonomizacji.pdf](http://www.1pkpk.wz.uw.edu.pl/working_papers/Ekonomika_ekonomizacji.pdf)
- Wish R., Baileys D., *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford 2003
- Wiszniewska I., *Dostosowanie polskiego prawa antymonopolowego do prawa europejskiego*, *Studia Prawnicze* 1996
- Zielińska-Głębocka A., *Współczesna gospodarka światowa. Przemiany, innowacje, kryzysy, rozwiązania regionalne*, Oficyna Wolters Kluwer Biznes, Warszawa 2012

## II. Publicystyka

(Röben Ceramika Budowlana), iKAR 2012, nr 3

Andrews P., Self-regulation by Professions – The Approach Under EU and US Competition Rules, *European Competition Law Review* 2002, nr 23(6)

Azewicz D., Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji, iKAR 2013/3

Baran M., Wpływ grona na konkurencyjność przedsiębiorstw, [http://mikroekonomia.net/system/publication\\_files/692/original/3.pdf?1315212203](http://mikroekonomia.net/system/publication_files/692/original/3.pdf?1315212203)

Baza orzecznictwa UOKiK, [www.uoki.gov.pl](http://www.uoki.gov.pl)

Bochan R., Funkcjonowanie wybranych rynków oligopolistycznych w Polsce w aspekcie działań Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, [www.cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.hdl\\_11089.../2-021\\_037-Bochan.pdf](http://www.cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.hdl_11089.../2-021_037-Bochan.pdf)

Bolecki A., Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek – aktualne tendencje orzecznicze w Unii Europejskiej, iKAR 2012, nr 3

Bolecki A., Ustalanie minimalnych cen odsprzedaży – czas na zmiany. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2011 r. w sprawie III SK 21/11

Cseres K.J., The Controversies of the Consumer Welfare Standard, *Competition Law Review* 2006, vol. 3(2)

DiLorenzo T.J., Paradoks antymonopolowych ekonomistów, [www.barczentewicz.com.pl](http://www.barczentewicz.com.pl)

Eurostat, wspólnotowe badanie korzystania z ICT w gospodarstwach domowych i przez osoby prywatne z dnia 9 grudnia 2015r, [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce\\_statistics\\_for\\_individuals](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics_for_individuals)

Fidala J., Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych, iKAR 2012

Fidala J., Wertykalne porozumienia cenowe typu RPM w kontekście rynku Książki, iKAR 2016 nr 1

Greenspan A., Antitrust, <http://www.polyconomics.com/ssu/ssu-980612.html>

Grzejdak Ł., W poszukiwaniu złotego środka oceny porozumień konkurencyjnych, <https://www.prawo.pl/biznes/porozumienia-konkurencyjne-ustalanie-cen-odsprzedaży-opinia,337687.html>

- Harris H.S., Ganske R.J., The monopolization and IP abuse provisions of China's anti-monopoly law: concerns and a proposal, 75 Antitrust Law Journal 213 2008  
<http://www.rp.pl/artykul/811567-Porozumienia-ograniczajace-konkurencje--zmowy-cenowe-zakazane.html>
- Hutchings M., Whealan P., Consumer interest in competition law cases, Consumer Law Review 2006, vol. 16
- Irlandzki Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Consortium bidding, How to comply with competition law when rendering as part of a consortium, guide for SME, 2014
- Jurkowska A., Doktryna niezbędnych ograniczeń we wspólnotowym orzecznictwie antymonopolowym w sprawach porozumień ograniczających konkurencję, Problemy Zarządzania 2004, nr 3
- Jurkowska A., Miąsik D., Skoczny T., Szydł M. o, Nowa uokik z 2007 r.: krytyczna analiza niektórych rozwiązań, „PUG” 2007, nr 5
- Jurkowska-Gomułka A., Dopuszczalność porozumień zakupowych w świetle reguł konkurencji w wybranych systemach prawnych, Kwartalnik Prawa Publicznego 2011, nr 3-4
- Jurkowska-Gomułka A., Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r., iKAR 2012, nr 1
- Kierznowski Ł., Między złą a naśladownictwem cenowym, Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 1 marca 2011 r., XVII AmA 87/09, iKAR 2014, nr 3(3)
- Kociubiński J., Prawo konkurencji w modelu gospodarczym Unii Europejskiej, [http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/63634/18\\_Jakub\\_Kociubinski.pdf](http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/63634/18_Jakub_Kociubinski.pdf)
- Kohutek K., RPM nie zawsze godzą w interes publiczny, iKAR 2014, nr 6(3)
- Kovacic W., Competition policy, consumer protection and economic disadvantage, 25 Jurnal of Law and Policy 2007
- Kowalska P., Ekonomizacja prawa antytrustowego oraz jej wpływ na stosowanie przepisów prawa antymonopolowego dotyczących wybranych praktyk ograniczających konkurencję na przykładzie sektora elektroenergetyki w Polsce, Przegląd Prawniczy ELSA 2013 nr 1

- Krzykowski P., Nieprawidłowości przy realizacji projektów współfinansowanych ze środków unijnych w perspektywie finansowej 2014–2020, E-seria Monografie Wydziału Prawa i Administracji UWM, Olsztyn 2016
- Loozen E., Professional Ethics nad Restraints of Competition, *European Law Review* 2006, nr 31(1)
- M. Klimczak, Regulacja pionowej integracji przedsiębiorstw – pomiędzy teorią ekonomii a praktyką prawa, *Ekonomia i Prawo* 2012, nr 1
- Marek M., Wyłączenie dystrybucji selektywnej spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, *iKAR* 2016, nr 7
- Miąsik D., Glosa do wyroku TS z dnia 20 listopada 2008 r., C-209/07, EPS 2009/8/50-58
- Miąsik D., Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE, *Europejski Przegląd Sądowy*, sierpień 2009 r.
- Miąsik D., Skoczny T., Nowa UOKiK z 2007 r. krytyczna analiza niektórych rozwiązań, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 2007 nr 5
- Milczarek P., Porozumienia wertykalne we wspólnotowym prawie konkurencji, *Studia Europejskie* 2000 nr 4
- Minkiewicz M., Ochrona zamawiającego przed znowami przetargowymi w polskim prawie karnym, antymonopolowym oraz prawie zamówień publicznych, *iKAR* 2015, nr 4
- Mosur-Bleze S., Niekonkurencyjne konsorcjum. Przetargi Publiczne, *iKAR* 2015, nr 8
- Pisz A., Konsolidacja, kooperowanie i konkurowanie: ich granice w polskim prawie ochrony konkurencji, [www. http://jmf.wzr.pl/pim/2012\\_1\\_3\\_18.pdf](http://jmf.wzr.pl/pim/2012_1_3_18.pdf)
- Raport CBRE, Zakupy przyszłości, Retail 2030, <https://biuroprasowe.cbre.pl/42856-cbre-retail-2030-jaka-przyszlosc-czeka-polski-handel>
- Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry, Bruksela 2017, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf)
- Rowiński W., Nakaz dokonywania wykładni prounijnej jako dyrektywa wykładni systemowej, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, Rok LXXVIII, zeszyt 1, 2016
- Semeniuk P., Polskie znowy przetargowe – krytyka, *iKAR* 2013, nr 1
- Sieradzka M., Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny cel udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – analiza i ocena, *iKAR*, 2015 nr 5

- Socik D., Przedsiębiorstwa japońskie i ich konkurencyjność,  
<http://www.exporter.pl/zarzadzanie/management/japkonkurencja.html>
- Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego. Sprawozdanie końcowe na temat badania sektora handlu elektronicznego z dnia 10 maja 2017 r.,  
[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_final%20report\\_pl.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final%20report_pl.pdf)
- Sprawozdanie UOKiK z działalności za 2011 r.,  
<https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=11985>
- Sprawozdanie UOKiK z działalności za 2012 r.,  
<https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=13214>
- Sprawozdanie UOKiK z działalności za 2014 r.,  
[https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=11898](https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11898)
- Sprawozdanie UOKiK z działalności za 2015 r.,  
<https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=18517>
- Stawicki A., Porozumienia zakazane z uwagi na cel lub skutek, iKAR 2012, nr 1
- Stawicki E., Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek, iKAR 2012, nr 1
- Strzyczkowski K., Nowe prawo konkurencji. Uwagi o projekcie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego Nr 9/2000
- Syp S., Komentarz do wyroku SN z 15 maja 2014 r. (III SK 44/13) – Podejście do porozumień wertykalnych, nihil novi?, <http://korporacyjnie.pl/komentarz-do-wyr-sn-z-15-maja-2014-r-iii-sk-4413-podejscie-do-porozumien-wertykalnych-nihil-novi/>
- Szaciński M., Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym a prawo autorskie, Przegląd Sądowy Nr 9/1996
- Szot P., Zięba A., Umowy dystrybucyjne w przemyśle samochodowym w nowym systemie wyłączeń grupowych, iKAR 2012, nr 3
- Turno B., Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji, Kwartalnik Prawa Publicznego, 2012, nr 2
- UOKiK, Polityka Konkurencji na lata 2011-2013,  
<https://uokik.gov.pl/download.php?plik=9947>
- Whish R., Bailey D., Competition Law, Oxford University Press, 2003
- Zalewska M., Amerykańska koncepcja w unijnym prawie – essential facilities doctrine, Adam Mickiewicz University Law Review

Zawłocka-Turno A., Turno B., Standard prawny oceny wertykalnych porozumień cenowych polegających na ustalaniu sztywnych (lub minimalnych) cen odsprzedaży na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Glosa częściowo aprobująca do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11, iKAR 2016, nr 1

Zawłocka-Turno A., Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych, iKAR, Warszawa 2012

### **III. Orzecznictwo**

Orzeczenie ETS T-208/13 Portugal Telecom SGPS SA przeciwko Komisji

Orzeczenie ETS w połączonych sprawach C-253/78 i 1-3/79 Procureur de la Republique i inni przeciwko Bruno Giry i Guerlain SA i inni

Orzeczenie ETS w sprawie C-552/03 Vander Bergh Foods v. Commission

Orzeczenie ETS w sprawie 26/76 -Großmärkte GmbH & Co. KG przeciwko Komisji Europejskiej

Orzeczenie ETS w sprawie 31/80 L'Oréal przeciwko Komisji

Orzeczenie ETS w sprawie C-161/84 Pronuptia v. Komisja

Orzeczenie ETS w sprawie C-250/92 Götrrup-Klim e.o. Grovwareforeninger v. Dansk Landbrugs Grovvareselskab AMBA

Orzeczenie ETS w sprawie C-258/78 Nungesser v. Komisja

Orzeczenie ETS w sprawie C-309/99, J.C.J Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV vs Algemene Raad van de Nederlandse Orde Advocaten

Orzeczenie ETS w sprawie C-376/92 Metro SB-Großmarkte v. Cartier

Orzeczenie ETS w sprawie C-42/84 Remia v. Komisja

Orzeczenie ETS w sprawie C-519/04, Meca-Medina and Majcen v Commission

Orzeczenie ETS w sprawie C-56/64 – C-58/64 Consten v. Grundig

Orzeczenie ETS w sprawie C-56/65 STM v. Maschinenbau Ulm

Orzeczenie ETS w sprawie T-112/99 Métropole Télévisio v. Komisja

Orzeczenie ETS w sprawie T-360/09 E.ON Ruhrgas I E.ON przeciwko Komisji

Orzeczenie ETS w sprawie T-374/94, European Night Services i in. v. Komisja

Orzeczenie TS Bettercare Group Ltd przeciwko Director General of Fair Trading z dnia 1 października 2002 r. w sprawie 1006/2/1/01 par. 30-33

Orzeczenie TS w sprawach T-213/01 i T-214/01, Österreichische Postsparkasse AG and Bank für Arbeit und Wirtschaft AG v. Komisja

Orzeczenie TS w sprawie T-168/01, GlaxoSmithKline Services Unlimited przeciwko Komisji.

Orzeczenie TS w sprawie T-328/03 O2 v. Komisja

Orzeczenie TS w sprawie T-7/89, Hercules Chemicals NV przeciwko Komisji

Orzeczenie TSUE w sprawie C-8/72, Vereeniging van Cementhandelaren przeciwko Komisji Europejskiej

Sprawa State Oil Company v. Khan 522 U.S. 3 (more) 118 S. Ct. 275; 139 L. Ed. 2d 199; 1997 U.S. LEXIS 6705.

wyr. SA z 3.10.2012 r., VI ACA 1319/11, niepublikowany – z odwołaniem do wyr. SN z 19.5.2009 r., III SK 40/08

Wyrok ETS Komisja przeciwko Luksemburgowi C-473/9319

Wyrok ETS w sprawie Simmenthal C-106/776

Wyrok ETS w sprawie Walt Wilhelm i inni przeciwko Bundeskartel C-14/68

Wyrok SA w Warszawie z 10 stycznia 2018, VII AGA 828/18

Wyrok SA w Warszawie z 15 maja 2012 r., VI ACA 1270/11

Wyrok SA w Warszawie z 17 czerwca 2008 r., VI ACA 1162/07, niepublikowany

Wyrok SA w Warszawie z 17 stycznia 2013 r., VI ACa 995/12

Wyrok SA w Warszawie z 21 kwietnia 2010 r., VI ACA 1092/09

Wyrok SA w Warszawie z 30 kwietnia 2009 r. VI ACa 843/08, niepublikowany

Wyrok SA w Warszawie z 30 października 2008 r. VI ACA 747/08

Wyrok SA w Warszawie z 8 maja 2014, VI ACa 626/13

Wyrok SA w Warszawie z 9 października 2009 r., VI ACa 86/09

Wyrok SA w Warszawie z dnia 19 grudnia 2012 r., VI ACa 752/12

Wyrok SA w Warszawie z dnia 25 lutego 2010 r., VI Aca 61/09

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie 13 lutego 2007 r., VI ACa 819/06

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21 lutego 2007 r., akt VI ACa 1029/06

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 grudnia 2007 r., sygn. akt: VI ACA 848/07.

Wyrok Sądu Najwyższego USA z dnia 11 czerwca 1956 r., sygn. akt USA 351 U.S. 377. Justia Supreme Court

Wyrok Sądu Najwyższego z 7 maja 2004 r., sygn.. akt: III SK 38/04

Wyrok SN USA, 351 U.S. 377, 1956

Wyrok SN z 12 kwietnia 2013 r., II SK 28/12

Wyrok SN z 14 września 2006 r., III SK13/06

Wyrok SN z 15 maja 2014 r., III K SK 44/13  
Wyrok SN z 16 stycznia 2003 r., I CKN 1200/00  
Wyrok SN z 17 marca 2010 r., III SK 40/09  
Wyrok SN z 19 października 2006 r., III SK 15/06  
Wyrok SN z 2 marca 2006 r., I CSK 83/05  
Wyrok SN z 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14  
Wyrok SN z 24 kwietnia 2007 r. VI ACa 1054/06  
Wyrok SN z 27 sierpnia 2003 r., I CKN 527/01  
Wyrok SN z 29 maja 2001 r., I CKN 1217/98  
Wyrok SN z 3 września 2009 r., IIISK 9/09  
Wyrok SN z 3 września 2009r., III SK 9/09 (OSNP 2011, nr 11-12 poz. 168)  
Wyrok SN z 5 czerwca 2008 r., III SK 40/07  
Wyrok SN z 6 grudnia 2007 r., III SK 16/07  
Wyrok SN z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11  
Wyrok SN z dnia 5 czerwca 2008 r., IIISK 40/07  
Wyrok SN z dnia 14 września 2006 r., sygn. akt III SK 13/06  
Wyrok SO w Olsztynie z 20 lutego 2007 r., sygn. akt IX CA 50/07  
Wyrok SOKiK XVII Ama 97/04  
Wyrok SOKiK z 14 lutego 2007 r., sygn. akt: XVII AMA 98/06  
Wyrok SOKiK z 18 lutego 2002 r., XVII AMA 19/01  
Wyrok SOKiK z 18 sierpnia 2008 r. XVII Ama 83/07  
Wyrok SOKiK z 20 grudnia 2007 r., XVII AMA 2/07  
Wyrok SOKiK z 21 lutego 1998 r., XVII AMA 51/97  
Wyrok SOKiK z 28 maja 2001 r., XVII Ama 92/00  
Wyrok SOKiK z 29 grudnia 1993 r. XVII AMR 42/93  
Wyrok SOKiK z 29 maja 2012 r., XVII AmA 179/11  
Wyrok SOKiK z 4 sierpnia 2003 r., sygn.. akt: XVII Ama 106/02  
Wyrok SOKiK z 4 września 2006 r., XVII AMA 50/05  
Wyrok SOKiK z 7 lutego 2001 r., XVII AmA 25/00  
Wyrok SOKiK z dnia 11 sierpnia 2016 XVII AmA 41/16  
Wyrok SOKiK z dnia 13 listopada 2003 r., XVII Ama 128/02  
Wyrok SOKiK z dnia 21 lipca 2008 r., XVII AmA 21/08  
Wyrok SOKiK z dnia 26 października 1994 r., sygn.. akt: XVII AMR 24/94, Wok. 1995, Nr 8  
Wyrok SOKiK z dnia 8 lipca 2011 r. sygn, XVII AmA 23/09



Wyrok TS z 19 lutego 2002 r. C-309/99 J.C.J Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV i Algemene Raad van de Nederlandse Orde Advocaten

Wyrok TS z 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90 Höfner i Elser przeciwko Macrotron, oraz C-159/91 w sprawie Pucet

Wyrok TS z dnia 26.10.1998 r. w sprawie Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, C-7/9

Wyrok TSUE z 15 września 2007 r., w sprawach połączonych T-374/94, T-375/94, T-384/94

Wyrok TSUE z C-158/11 Auto 24 SARL v. Jaguar Land Rover Franc

#### **IV. Decyzje organów**

Decyzja KE z 24 czerwca 1992 r. w sprawie IV/33.542 Givenchy (Dz. Urz. UE L 236/11)

Decyzja KE z 3 marca 1999 r., IV/36.237

Decyzja Komisji Europejskiej 94/601/EC Cartonboard

Decyzja Prezes UOKiK z 26 kwietnia 2010 r., DOK-3/2010

Decyzja Prezes UOKiK z 30 grudnia 2010 r., RGD 31/2010

Decyzja Prezes UOKiK z 8 lipca 2011 r., RLU 9/2011

Decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2014 r. nr DOK-10/2014

Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK 1/07

Decyzja Prezesa UOKiK z 12 grudnia 2007 r., nr RKR-32/2007

Decyzja Prezesa UOKiK z 12 kwietnia 2007 r., RKR-410-1/05/JL-118/07

Decyzja Prezesa UOKiK z 15 grudnia 2009 r. nr RPZ-27 / 2009

Decyzja Prezesa UOKiK z 15 grudnia 2014 r., nr RKR-30/2014

Decyzja Prezesa UOKiK z 15 września 2008 r., nr RWR-42/2008

Decyzja Prezesa UOKiK z 15 września 2008r. nr RWR-42/2008

Decyzja Prezesa UOKiK z 16 lipca 2004 r. nr RWA-21/2004

Decyzja Prezesa UOKiK z 16 lipca 2004 r., nr RWA 19/2004

Decyzja Prezesa UOKiK z 22 września 2002 r. nr DDI-82/2002

Decyzja Prezesa UOKiK z 24 grudnia 2010 r., RPZ-31/2010

Decyzja Prezesa UOKiK z 25 czerwca 2013 r., nr DOK-1 /13/MF  
Decyzja Prezesa UOKiK z 26 kwietnia 2011 r., nr DOK-3/2011  
Decyzja Prezesa UOKiK z 26 sierpnia 2010 r., nr DOK-8/2010  
Decyzja Prezesa UOKiK z 27 grudnia 2012 r., DOK-8/2012  
Decyzja Prezesa UOKiK z 27 grudnia 2012 r., nr DOK-7/2012  
Decyzja Prezesa UOKiK z 27 grudnia 2012 r., nr DOK-7/2012  
Decyzja Prezesa UOKiK z 29 grudnia 2011 r., DOK2-410/1/11/KS  
Decyzja Prezesa UOKiK z 29 maja 2006 r. DOK-49/2006  
Decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 201 r. 4 nr DOK- 8/2014  
Decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2010 r., RGD-31/2010  
Decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2013 r., Nr RKR-48 /2013  
Decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2014 r. nr DOK- 9/2014  
Decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2014 r., nr DOK-1-410-2/13/MF  
Decyzja Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2007 r., Nr DOK-99/2007  
Decyzja Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2008 r., nr RKT-110/2008  
Decyzja Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2008 r., RKT-410-01/01/08/MK  
Decyzja Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2010 r., nr DOK-11/2010  
Decyzja Prezesa UOKiK z 4 listopada 2011 r., RKT-33/2011  
Decyzja Prezesa UOKiK z 8 grudnia 2009 r., nr DOK-7/09  
Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 25 czerwca 2013 r. nr DOK-1/2013  
Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 30 grudnia 2009 r. nr RKT-44/2009  
Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2010 r. nr DOK-12/2010  
Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2012 r., RLU Nr 38/2012  
Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r. nr RKT-35 /2009  
Decyzja RLU z 31 grudnia 2012 r. Nr 38/2012  
Decyzje Prezesa UoKiK z 17 września 2002 r. nr DDI-77/2002  
Orzeczenie KIO z 3 lutego 2015 r., KIO/UZP/ 93/15, 94/15  
Wyrok KIO z 26 sierpnia 2014 r., KIO 1621/14; KIO 1668/14  
Wyrok KIO z 7 maja 2014 r., KIO 813/14  
Wyrok KIO z 9 lipca 2014 r., KIO 3016/13

## V. Akty prawne

Dyrektywy PE i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/W

Kodeks Spółek Handlowych z dnia 20 lipca 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 1577)

Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych dla dokonania koncentracji, Dz. Urz. UE 2005, C 56/03.

Obwieszczenie KE w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 TWE (*de minimis*) (Dz.U. UE C 368/07 z dnia 22 grudnia 2001 r. ze zm.)

Obwieszczenie Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu WE, Dz. Urz. UE 2004, C 101/08

Obwieszczenie Komisji Nr 97/C 372/03

Rozporządzenia Komisji (EWG) nr 1984/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 traktatu do kategorii porozumień o wyłączności zakupu (Dz.Urz. WE L 173)

Rozporządzenie Komisji (EWG) nr 1983/83 z dnia 22 czerwca 1983 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do porozumień dotyczącej wyłącznej dystrybucji i zakupu (Dz.Urz. WE L 173)

Rozporządzenie Komisji Europejskiej nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. L 102 z 23.4.2010

Rozporządzenie Komisji nr 67/67 z dnia 22 marca 1967 r. dotyczące stosowania art. 81 ust. 3 WE do kategorii porozumień w sprawie wyłączności (O.J. 057, 25/03/1967)

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1223/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. dotyczące produktów kosmetycznych w aspekcie regulacji antymonopolowych

Rozporządzenie Rady (WE) z dnia 20 stycznia 2004 r. nr 139/2004

Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, Dz.U. 2011, nr 288, poz. 1691

- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 kwietnia 2015 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień o transferze technologii spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, Dz.U. 2015 poz. 585
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję Dz.U. 2007 r. Nr 230 poz. 1691.
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień, zawieranych między przedsiębiorcami prowadzącymi działalność ubezpieczeniową, spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, Dz.U. 2011 nr 67 poz. 355
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, Dz.U. 2011 nr 8, poz. 441
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 8 października 2010 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję Dz.U. Nr 198, poz. 1315
- Rozporządzenie WE w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu Dz.U. L 1 z 4.1.2003
- Rozporządzenie z dnia 30 marca 2011 r. Dz.U. nr 81 poz. 441
- Section 2 of the Sherman Act, USA 1980 r.,  
[http://neconomides.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC\\_Acts.pdf](http://neconomides.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC_Acts.pdf)
- Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE). Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, CE 321, 29 grudnia 2006
- Układ Europejski ustanawiający stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi, sporządzony w Brukseli dnia 16 grudnia 1991 r. Dz.U. z 1994 r. nr 11, poz. 38
- Ustawa o Ochronie Konkurencji i Konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (Dz.U. Nr 50, poz. 331)
- Ustawa o Zwalczaniu Nieuczciwej Konkurencji z dnia 9 lutego 2018 r. (Dz.U. z 2018 r., poz. 419)
- Ustawa Prawo przedsiębiorców (Dz.U. 2018 poz. 646)
- Ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.

Wytyczne KE w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. Urz. UE z 2011 r., C 11/1)

Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw 2004/C31/03, Dz.U. WE C z 5 lutego 2004 r., nr 31

Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych, (2010/C 130/01).

Zawiadomienie Komisji – wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych  
SEC/2010/0411

## Wykaz skrótów

|                       |  |
|-----------------------|--|
| CEiDG                 | Centralna Ewidencja i informacja o działalności gospodarczej   |
| Dz.U.                 | Dziennik Ustaw   |
| EOG                   | Europejski Obszar Gospodarczy  |
| ETS                   | Europejski Trybunał Sprawiedliwości  |
| EWG                   | Europejska Wspólnota Gospodarcza   |
| GATT                  | Układ Ogólny w sprawie Taryf Celnych i Handlu (ang. <i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> , GATT) podpisane w <a href="#">Genewie</a> dnia 30 października 1947 r. |
| ICT                   | Information and Communication Technologies   |
| IKAR                  | Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny  |
| KE                    | Komisja Europejska   |
| KSH                   | Ustawa z dnia Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z późn. zm.)   |
| MSP                   | Sektor małych i średnich przedsiębiorstw   |
| Por.                  | Porównaj   |
| Prawo przedsiębiorców | Ustawa z dnia Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z późn. zm.)  |
| Prezes UOKiK          | Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów  |
| PUG                   | Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego   |
| SA                    | Sąd Apelacyjny   |
| SAMop                 | Sąd Antymonopolowy   |
| SN                    | Sąd Najwyższy  |
| SOKiK                 | Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów  |

|                  |   |
|------------------|---|
| SSNIP            | <i>Small but Significant and Non-Transitory Increase of Price</i>   |
| TFUE             | Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej  |
| TS               | Trybunał Sprawiedliwości  |
| TWE              | Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską  |
| TSUE             | Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej  |
| UE               | Unia Europejska   |
| Układ Europejski | Układ Europejski ustanawiający stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi |
| WE               | Wspólnota Europejska  |
| UOKK             | Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z późn. zm.)   |
| UNCTAD           | Konferencja Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju (ang. <i>United Nations Conference on Trade and Development</i> )            |
| UWM              | Uniwersytet Warmińsko-Mazurski  |
| VRBER            | Vertical Restraints New Block Exemptions  |
| WTO              | World Trade Organisation  |
| Zob.             | Zobacz  |

## **Spis tabel i wykresów**

|  |     |
|--|-----|
| Tabela 1 Liczba decyzji Prezesa UOKiK odnoszących się do porozumień wertykalnych w latach 2011-2016..... | 152 |
| Wykres 1 Zyskowość SSNIP .....   | 31  |
| Wykres 2 Główne rynki dystrybucji wyłącznej .....  | 138 |
| Wykres 3 Badanie rozwoju dystrybucji producentów .....   | 139 |
| Wykres 4 Producenci, którzy uznali przyznanie wyłączności za konieczne .....                             | 141 |
| Wykres 5 Producenci korzystający z dystrybucji selektywnej w obrotach.....                               | 143 |