

Rozdział I. Istota i cele ochrony prawnej konkurencji

Konkurencja rozumiana jest niejednolicie¹. Stosunkowo często pojmowana jest jako proces rynkowej rywalizacji niezależnych przedsiębiorców, w warunkach istnienia wolnego rynku i dostępu do niego na równych zasadach. W powyższym rozumieniu ochrona konkurencji jawi się, jako dobro, którego istotą i zasadniczym celem jest zachowanie jej przedmiotowej struktury. Według formalnego podejścia wszelkie działania, które powodują ograniczenie lub zamknięcie dostępu do rynku konkurentów uznawane są za relewantne bez konieczności respektowania dodatkowych przesłanek. Jednak istota konkurencji, jej przedmiot i cel ochrony rozpatrywane są coraz częściej przez pryzmat jej skutków, tj. zabezpieczeń ukierunkowanych na osiąganie możliwie najwyższej efektywności, wyrażającej się w niskich cenach i kosztach produkcji oraz możliwościach jakościowego wyboru towarów i usług². W tym funkcjonalnym przedmiotowym podejściu do reguł konkurencji na plan pierwszy wysuwają się nie tyle, a w każdym razie nie tylko formalne kryteria utrzymania struktury konkurencji, co ulymatywny cel jej ochrony, wyrażający się w dążeniu do optymalnej efektywności ekonomicznej i dobrobytu konsumenckiego³. Przy ochronie konkurencji, podejmowanej w interesie publicznym⁴, za podstawę oceny przyjmuje się z reguły założenia makro-

¹ *Competition law* – prawo europejskie, czy *antitrust law* – w USA, *Kartellrecht* – w Niemczech.

² W doktrynie europejskiej przyjmowany jest model konkurencji skutecznej, zdolnej do działania, a nie konkurencji doskonałej – tak P. Podrecki, w: System PrPryw, t. 15, s. 784.

³ Reguły konkurencji są niezbędne, by UE mogła zwalczać przypadki nadużywania pozycji dominującej, kartele i uzgodnione praktyki, które mają szkodliwe skutki dla konsumentów – zob. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów pt. Europejski program na rzecz konsumentów – zwiększanie zaufania i pobudzenie wzrostu gospodarczego, COM (2012) 225 final oraz konsultacyjny dokument z 29.4.2013 r. Trade and Development Board, United Nations Conference on Trade and Development, Implementation Report on the United Nations Guidelines on Consumer Protection (1985–2013), TD/B/C.I/CLP/23.

⁴ Na temat motywów publicznoprawnej ochrony konkurencji C. Kosikowski, T. Ławicki, *Ochrona prawna konkurencji*, s. 21 i n.

ekonomiczne, czyli utratę korzyści przez określoną populację⁵. Powyższe analizy doskonale wpisują się w omawiane tutaj zagadnienia utraty dobrobytu przez konsumentów na skutek stosowania praktyk ograniczających lub w inny sposób zakłócających mechanizmy konkurencji rynkowej⁶.

W świetle przedmiotowego pojmowania istoty konkurencji, a więc diagnozowania zachowań przedsiębiorców przez pryzmat skutków, priorytetowym celem zakazu nadużycia wykluczającego powinno być ukierunkowanie narzędzi na ekonomiczny dobrobyt konsumenta⁷, którego odwrotnością jest szkoda konsumencka występująca w przypadku naruszeń omawianych reguł. W tym podejściu dostrzega się prawidłowy, aksjologiczny cel ochrony konkurencji⁸ wiązany z efektywnością ekonomiczną⁹. Jednak w praktyce orzeczniczej i w piśmiennictwie pojęcie dobrobytu konsumenckiego należy do najbardziej nadużywanych konstrukcji¹⁰. Praktyka wdrażania art. 102 TFUE¹¹ dowodzi, że posługiwanie się komponentem dobrobytu konsumenckiego przy nadużyciach wykluczających jest zbyt słabo osadzone w teoriach ekonomicznych¹², których wy-

⁵ Zob. *M. Lissowska*, *Ekonomiczna analiza prawa konsumenckiego*, s. 86–87; też, *Polityka konsumencka*, s. 62 i n.

⁶ W związku z brakiem legalnej definicji interesu publicznego konkretne jego rozumienie w ochronie konkurencji jako przesłanki jurysdykcyjnej następuje w praktyce orzeczniczej. Szerzej *M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomulka, T. Skoczny*, w: *System PrPryw*, t. 15, s. 733 i n.

⁷ *A. Jurkowska, T. Skoczny*, *Ekonomizacja wspólnotowej polityki konkurencji*, s. 185 i n.

⁸ Maksymalizacja korzyści konsumenckiej ma stanowić jeden z podstawowych celów ochrony konkurencji. *D. Miąsik*, *Stosunek prawa ochrony konkurencji*, s. 160 i n. Por. *D. Zimmer*, *Protection of Competition*, s. 23 i n.

⁹ *G. J. Werden*, *Consumer welfare*, s. 15 i n. Por. *S. Bishop, M. Walker*, *The Economics of EU Competition Law*, s. 25.

¹⁰ W polskiej antymonopolowej praktyce stosowania art. 9 OchrKonkurU dostrzega się odchylenie ukierunkowane bardziej na społeczno-ekonomiczne pożądane skutki ingerencji organów przez uwzględnianie zabezpieczenia interesu ekonomicznego konsumentów. Zob. wyr. SN z 23.11.2011 r., III SK 21/11, OSNAPiUS 2012, Nr 21–22, poz. 276, w którym mechanizm ochrony konkurencji przez pryzmat ochrony konsumenta Sąd ten wywiódł bezpośrednio z art. 76 Konstytucji RP. Por. głosę do niniejszego wyroku *A. Boleckiego*, *Ustalanie minimalnych cen odsprzedaży*, s. 103. O konieczności spójnego podejścia do stosowania art. 102 TFUE, zwłaszcza przez pryzmat efektywności ekonomicznej, korzyści konsumenckiej zob. *P. Akman*, „Consumer Welfare”, s. 71 i n.; *E. Arezzo*, *Is there a Role for Market Definition and Dominance*. W doktrynie podnosi się, że uwzględnianie korzyści konsumenckiej powinno być nie tylko wartością deklarowaną w oficjalnych dokumentach organów ds. konkurencji, ale przede wszystkim konsekwentnie realizowaną w procesie stosowania omawianych reguł.

¹¹ Prawo Unii Europejskiej. Teksty jednolite wraz z wprowadzeniem, s. XLII.

¹² Tymczasem efektywność ekonomiczna w prawie konkurencji jest ściśle powiązana ze skutkami naruszeń dla ekonomicznego interesu konsumenta – *A. Schmidt*,

korzystywanie jest niezbędne, zwłaszcza w sprawach złożonych, w celu zapobieżenia negatywnym skutkom ingerencji organu ds. konkurencji¹³. Należy nadmienić, że pojęciem konsumenta w prawie konkurencji obejmuje się podmiotowo szeroki zakres uczestników obrotu, a więc zarówno profesjonalnych klientów naruszcziela, jak i konsumentów końcowych¹⁴.

Zasadniczo prawo ochrony konkurencji kierowane jest do przedsiębiorców (lub ich związków)¹⁵ w tym rozumieniu, że ponoszą oni sankcje niestosowania się do omawianych tutaj reguł¹⁶. W doktrynie i judykaturze można zauważyć zróżnicowane podejście do adoptowania korzyści z konkurencji dla uczestników obrotu i interesu publicznego. Co do zasady ochrona mechanizmów konkurencji przez działania uprawnionych organów na rzecz jej utrzymania i rozwoju, ma się przekładać na wymierne ekonomiczne korzyści dla nabywców rynkowych dóbr. W takich przypadkach mamy do czynienia z synergią¹⁷. Występuje ona w sytuacji, gdy środki zastosowane przez Komisję lub krajowy organ ds. konkurencji

S. Voigt, Der „more economic approach”, s. 1097 i n. Na temat wykorzystywania zdobyczy nauk ekonomicznych w sposób „nader powściągliwy” i możliwości, jakie daje nauka ekonomii współczesnemu juryście, A. Radwan, *Non ex regula ius sumatur*, s. 10 i n.

¹³ Zob. wyr. ETS z 6.4.1995 r., sprawy połączone C-241/91 P i C-242/91 P, *Radio Telefís Eireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Komisja*, Zb.Orz. 1995, s. I-743.

¹⁴ Por. przykładowo A. J. Lilja, *Der Codice del Consumo*, s. 50 i n.

¹⁵ Zob. art. 4 pkt 1 OchrKonkurU.

¹⁶ Dyskusyjne są próby objęcia bezpośrednią odpowiedzialnością osób fizycznych, które wchodzi w skład kierownictwa przedsiębiorstwa lub w skład organu zarządzającego. Zob. Projekt założeń ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 15.5.2012 r.

¹⁷ Na uwagę zasługują wyniki badań na temat: „Synergia między polityką konkurencji a polityką ochrony konsumentów” (Opracowania ekspertyz, analiz i badań w zakresie ochrony konkurencji dla Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w ramach projektu 2004/016-829.02.03 Ochrona konkurencji, Warszawa 2007). Wskazuje się w nich, że zasadniczo rezultatem ingerencji organu ds. konkurencji powinny być korzyści ekonomiczne dla uczestników obrotu, w tym zwłaszcza konsumenta. Jednak praktyka stosowania instrumentów w interesie publicznym pokazuje złożoność tych relacji. Interwencja organu w praktyki rynkowe powinna być odpowiednio nagłośniona, aby konsumenci i inni uczestnicy obrotu mogli korzystać z instrumentów prawa prywatnego, m.in. występować do sądów z roszczeniami odszkodowawczymi. Ingerencja Prezesa UOKiK w postaci zakazu kontynuowania zmów cenowych odnośnie do dystrybucji cementu łącznie z nałożeniem wysokich grzywien na członków kartelu powinna przelożyć się na korzyści z rywalizacji ceną dla nabywców tych produktów, Dz.Urz. UOKiK 2010, Nr 1, s. 1.

wywołują bezpośredni skutek dla konsumentów¹⁸. Nie każdy przypadek braku synergii ma wymiar niepożądany¹⁹.

Pojęcie konkurencji nie zostało dostatecznie zdefiniowane w aktach prawnych oraz przez doktrynę i judykaturę. Funkcjonują bardzo różne jej dookreślenia. Wśród nich najbardziej adekwatna do celów jej wdrożenia wydaje się koncepcja konkurencji skutecznej, identyfikowanej też zwrotem konkurencja „merytoryczna”. Oznacza ona pewien poziom intensywności rywalizacji samodzielnych²⁰ przedsiębiorców na relevantnym rynku w celu zabezpieczenia efektywności gospodarczej i w konsekwencji interesu nabywców dóbr rynkowych²¹. Celem lub skutkiem strategii ukierunkowanych na skuteczną ochronę konkurencji jest uniemożliwienie prowadzenia wszelkich działań naruszających lub istotnie zagrażających funkcjonowaniu mechanizmów rynkowych²². Efektywność wymiany handlowej w gospodarce rynkowej zależy od zachowań rynkowych nabywcy, stąd duży akcent kładzie się współcześnie na odkrywanie na nowo ekonomicznej strony popytu, która jest sprzężona z konkurencyjną strukturą gospodarki²³. Przy definiowaniu pojęcia konkurencji odchodzi się od koncepcji konkurencji doskonałej, stanowiącej raczej teoretyczny kon-

¹⁸ W Komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, w jego pkt 2.1 zatytułowanym: „W jaki sposób konkurencja poprawia sytuację konsumentów” [Sprawozdanie dotyczące polityki konkurencji za rok 2011, COM (2012) 253 final] Komisja wskazała na decyzje podjęte przez nią w przedmiotowym zakresie, w tym w odniesieniu do zakazu karteli dotyczących towarów konsumpcyjnych (decyzje: z 13.4.2011 r., COMP/39.579; z 12.10.2011 r., COMP/39.482; z 19.10.2011 r., COMP/39.605; z 7.12.2011 r., COMP/39.600) oraz zakazu stosowania utrudnień dostępu usług telekomunikacyjnych (dec. z 22.6.2011 r., COMP/39.525, Dz.Urz. UE C Nr 324, s. 5).

¹⁹ W krótkim przedziale czasowym decyzja organu ds. konkurencji, zakazująca stosowania drapieżnych cen może przekładać się na utratę korzyści przez konsumenta. W momencie stosowania strategii niskich cen kupujący uzyskuje niewątpliwie korzyści ekonomiczne. Problemem jest jednak prawidłowa ocena przyszłych skutków wykluczenia z rynku konkurentów. Zob. *R. Stefanicki*, Ochrona konsumenta, s. 13 i n.

²⁰ *J. Emmerich*, Kartellrecht, s. 371 i n.

²¹ W przedmiocie zasadniczego znaczenia dla funkcjonowania rynku wewnętrznego reguł dotyczących ochrony konkurencji zawartych w traktatach zob. m.in. wyr. ETS z 1.6.1999 r., C-126/97, *Eco Swiss*, Zb.Orz. 1999, s. I-3055, pkt 36; *D. Miąsik*, *T. Skoczny*, w: *Skoczny*, Komentarz OchrKonkurU, s. 39.

²² Przesłanki celu i skutku nie mają charakteru kumulatywnego, a alternatywny. Oznacza to, że uzgodnione praktyki (zmowy) są zakazane niezależnie od wystąpienia ich skutków. Zob. zwłaszcza opinię Rzecznika Generalnego z 19.2.2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile*, Zb.Orz. 2009, s. I-4529 i powołane w niej orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości.

²³ Zdaniem *A. Ezrachi*, EC competition law, s. 364 i n., z dokumentów i wniosków przygotowanych przez Komisję wynika, że w celach europejskiego prawa ochrony konkurencji korzyści konsumenta wysuwają się na plan pierwszy. Zasadnicze wiąże się w literaturze przedmiotu problem ochrony konsumenta z kryterium ekonomicznej efektywności. *Cz. Żulawska*, Rozwój polskiego prawa konsumenckiego, s. 71 i n.

cept niż stan możliwy do osiągnięcia²⁴. Pojmując istotę konkurencji i cele jej ochrony w kategoriach optymalnej skuteczności, najczęściej wskazuje się na paradygmaty efektywności ekonomicznej²⁵ i jej podstawowe kategorie, tj. efektywność alokacyjną, produkcyjną i dynamiczną²⁶. Osiągnięcie pierwszej z wymienionych wyraża się w tym, że zasoby są wykorzystywane przez rywalizujące przedsiębiorstwa zgodnie z preferencjami konsumentów²⁷. Preferencje te są zmiennymi determinującymi ostatecznie proces produkcji²⁸. Zredukowanie tej efektywności może się wyrażać w ograniczonej podaży lub obniżeniu standardów jakościowych. Z kolei efektywność produkcyjna jest osiągana, gdy towary lub usługi są świadczony po najniższym, w danych warunkach rynkowych, koszcie, co również przekłada się na korzyści dla konsumentów²⁹ i wpływa na poziom stymulacji zbytu istotny dla przedsiębiorców³⁰. Efektywność ta dotyczy nie tylko sfery produkcji, ale także dystrybucji. Przedsiębiorstwa, w celu obniżenia kosztów dystrybucji lub zapewnienia przewidywalnego ich po-

²⁴ D. Miąsik, T. Skoczny, w: *Skoczny*, Komentarz OchrKonkurU, s. 39 i n. i przedstawione przez autorów piśmiennictwo oraz orzecznictwo.

²⁵ G. Monti, EC Competition Law, s. 44; J. F. Bellis, T. Kasten, Will Efficiencies Play an Increasingly Important Role, s. 136, stawiają pytanie, czy Komisja nie powinna dokonać analizy, dlaczego z perspektywy historycznej efektywność nie odgrywała znaczącej roli w tym zakresie w jej pracach.

²⁶ S. Gronowski, Polskie prawo antymonopolowe, s. 21; D. Miąsik, T. Skoczny, w: *Skoczny*, Komentarz OchrKonkurU, s. 44; E. Arezzo, Is there a Role for Market Definition and Dominance, s. 47. Uwagi na temat celów wdrażania prawa konkurencji – E. Buttigieg, Competition law, s. 3 i n.

²⁷ Zob. wyr. ETS z 21.2.1973 r., 6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Komisja*, Zb.Orz. 1973, s. 215; wyr. SN z 19.10.2006 r., III SK 15/06, OSNAPiUS 2007, Nr 21–22, poz. 337 oraz Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączonej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz.Urz. UE C z 2009 r. Nr 45, s. 7).

²⁸ Wskazywanie, zwłaszcza w ostatnich latach, w dokumentach organów unijnych oraz w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości na ochronę interesu konsumenta przy wykonywaniu prawa konkurencji, wykazuje związek z ogólną polityką unijną, w której do ogólnych traktatowych celów zalicza się ochronę konsumenta. Zob. R. Stefanicki, Kierunki rozwoju, s. 195 i n. W kwestii zróżnicowanego podejścia do preferencji konsumentów w kontekście konkurencji D. T. Armentano, Antitrust Policy, s. 53–54.

²⁹ Por. D. Miąsik, Reguła rozsądku, s. 46.

³⁰ W wyr. z 17.9.2007 r., T-201/04, *Microsoft v. Komisja*, Zb.Orz. 2007, s. II-3601, SPI stwierdził, że celem ochrony konkurencji jest zachowanie jej struktury z korzyścią dla konsumentów. Zob. pkt 110 i n. Sprawozdania Komisji dotyczącego polityki konkurencji za rok 2009, COM (2010) 282. Zasadnie podnosi E. Łętowska, Antynomie ochrony konsumenta, s. 380, że zasadniczym celem polityki unijnej jest ochrona wewnętrznego rynku i sprzyjających mu reguł, takich jak konkurencyjny model gospodarki.

ziomu, mogą ograniczać liczbę dystrybutorów, zawierać umowy o wyłączność. Przypadek skuteczności dynamicznej może się wyrażać tendencją do wzbogacenia rynku o nowe produkty i nowoczesne technologie wytwarzania³¹. W ścisłym związku z nią występuje efektywność produkcyjna, ponieważ postęp technologiczny prowadzi do redukcji kosztów wytwarzania i dystrybucji. Pozbawienie nabywcy rynkowych produktów, możliwości wyboru i realizacji rozsądnych oczekiwań związanych z jakością towarów i usług stanowi zjawisko negatywne w obrocie, nawet jeżeli w danym momencie nie ponosi on ekonomicznej straty z ograniczenia bądź wykluczenia mechanizmów konkurencji³².

Materialne prawo, służące zabezpieczeniu konkurencji, zostało skonstruowane wokół dwóch podstawowych konstrukcji, tj. zakazów porozumień antykonkurencyjnych (art. 101 TFUE, art. 6 OchrKonkurU) oraz nadużyć pozycji dominującej (art. 102 TFUE, art. 9 OchrKonkurU)³³. Dopuszczalne jest równoległe stosowanie art. 101 i 102 TFUE, jeżeli w tym samym stanie faktycznym spełnione są przesłanki wymienionych przepisów³⁴. Należy podnieść, że Wniosek Dyrektywy w sprawie roszczeń odszkodowawczych pojęciem naruszenia prawa konkurencji obejmuje,

³¹ Zdaniem *W. Szpringera*, Konsument na rynku usług finansowych, s. 157, konkurencja regulując rynek, powodując zwłaszcza niższe ceny i większy wybór ofert oraz innowacje, nie gwarantuje jednak solidności produktów. Stąd istnieje niezbędność dopełnienia prawa konkurencji m.in. przez prawo konsumenckie. Konkurencja stwarza (jak to określa *M. Szydło*, Konkurencja regulacyjna, s. 46) jedynie równe pole gry rynkowej.

³² Zob. zwłaszcza wyr. Sądu z 9.9.2010 r., T-155/06, *Tomra Systems i inni v. Komisja*, Zb.Orz. 2010, s. II-4361. W wyr. z 17.9.2007 r., T-201/04, *Microsoft v. Komisja*, Zb.Orz. 2007, s. II-3601, Komisja, odnosząc się do zaskarżonej decyzji, stwierdziła, że oceniane przez nią zachowanie Microsoft spełnia przesłanki konieczne dla stwierdzenia praktyki nadużycia w rozumieniu art. 82 WE. Organy analizujące praktyki stosowane przez Microsoft przyjęły, że przedsiębiorca nadużywa pozycji dominującej na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych w związku ze stosowaniem oferty związanej. Z tym że odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych oraz systemy operacyjne dla stacji roboczych stanowią produkty odrębne. Komisja uznała, że Microsoft nie pozostawia konsumentom możliwości wyboru systemu Windows bez dodatku Windows Media Player. Zdaniem Komisji, stosowana przez spółkę sprzedaż wiązana ogranicza konkurencję na rynku odtwarzaczy multimedialnych. Niniejsza sprawa unaoczniała fakt, że wykonywanie prawa konkurencji, jako jednej z podstawowych wartości dla funkcjonowania wewnętrznego rynku, może pozostawać w pewnej opozycji do innych praw zasługujących na ochronę. Tutaj pojawiają się m.in. wielokrotnie wzmiankowane w orzecznictwie sądowym kwestie ochrony patentu i innych praw własności intelektualnej. Zob. uwagi *M. Sendrowicz*, Handel równoległy, s. 127–138; *B. Targański*, Prawo ochrony konkurencji, s. 173 i n.

³³ W kwestii relacji unijnych prawa konkurencji do innych sfer regulacyjnych i związków występujących między nimi *P. Akman*, The concept of abuse, s. 50 i n.

³⁴ *A. Jurkowska-Gomulka, G. Materna, D. Miąsik*, Komentarz do art. 101 Traktatu, pkt 101.3.4.

zgodnie z brzmieniem definicji zawartej w art. 4 pkt 1, naruszenie wymienionych przepisów Traktatu lub krajowego prawa konkurencji, których cele są zasadniczo identyczne z celami wymienionych przepisów Traktatu. Praktyka stosowania przedmiotowych przepisów daleka jest od spójności³⁵. Przede wszystkim złożona jest konstrukcja drugiego z wymienionych przepisów. W unijnym i krajowym prawie konkurencji mamy do czynienia, w przypadku nadużyć pozycji dominującej, z dystynkcją na praktyki wykluczające oraz eksploatacyjne. W każdym z tych przedziałów bezpośrednio chronione są inne kategorie uczestników rynku: w pierwszym będą to zwłaszcza konkurenci, w drugim – klienci (kontrahenci) dominanta posiadającego znaczną siłę rynkową. Zasadniczo praktyki eksploatacyjne nie ingerują w funkcjonowanie mechanizmów konkurencji, stanowiąc z reguły pochodną siły rynkowej dominanta i wykluczenia konkurentów. Polegają zatem głównie na czerpaniu przez takiego przedsiębiorcę nieuzasadnionych korzyści z faktu ograniczenia konkurencji lub wprowadzenia innych jej zakłóceń.

Gdy zestawimy ze sobą metodologię wdrażania art. 101 TFUE z koncepcją stosowania art. 102 TFUE, to się okaże, że wykonywanie pierwszego z wymienionych przepisów gwarantuje wyższą jakość standardów odnośnie do respektowania aksjologicznych celów ochrony omawianych reguł. Ze względu na niekorzystne ekonomiczne skutki, jakie wywołują kartele, surowy reżim prawny w stosunku do porozumień antykonkurencyjnych nie budzi wątpliwości z ekonomicznego i prawnego punktu widzenia. Z tym że klasyfikacji prawnej w kategorii antykonkurencyjnych zachowań podlegają już praktyki kartelowe ze względu na ich cel. Zatem cel i skutek nie musi wystąpić w każdym przypadku. W wyroku z 4.6.2009 r.³⁶ Trybunał stwierdził, że istnieje możliwość uznania uzgodnionej praktyki za mającą antykonkurencyjny cel, mimo że nie ma ona bezpośredniego związku z utratą tzw. korzyści konsumenckiej. Istotą konstrukcji, na jakiej się opiera art. 81 Traktatu (obecnie 101 TFUE), jest wiązanie określonych instrumentów ochronnych już z przypadkiem porozumień, których celem jest naruszenie konkurencji³⁷. Treść niniejszego przepisu nie pozwala ograniczyć jego zastosowania jedynie do przypad-

³⁵ Wdrażanie przedmiotowego prawa powinno gwarantować osiągnięcie zakładanych rezultatów stosowania określonych modeli ochronnych.

³⁶ C-8/08, *T-Mobile*, Zb.Orz. 2009, s. I-4529, pkt 36. Na temat znaczenia tego wyroku zob. *D. Miąsik*, *Związanie sądów krajowych*, s. 53 i n.

³⁷ W świetle ugruntowanego stanowiska sądów unijnych, wystarczające dla oceny charakteru antykonkurencyjnego porozumienia, jest wystąpienie samego celu, a niekoniecznie także jego skutków – zob. wyr. TSUE z 8.12.2011 r., C-389/10 P, *KME Germany i inni v. Komisja*, niepubl., pkt 75; wyr. ETS z 4.6.2009 r., C-8/08, *T-Mobile*, Zb.Orz. 2009, s. I-4529, pkt 29; *P. Podrecki*, w: *System PrPryw*, t. 15, s. 781.

ków, w których wystąpił skutek przedmiotowych porozumień lub innych uzgodnionych praktyk³⁸ dla ostatecznych konsumentów³⁹.

Wdrażanie pierwszego z wymienionych przepisów Traktatu oparte jest na bardziej elastycznej niż art. 102 TFUE konstrukcji, pozwalającej na reakcje organów na zmieniające się warunki rynkowe. Należy mieć na względzie fakt, że porozumienia między przedsiębiorstwami stanowią nieodłączną część normalnych stosunków rynkowych, mogą ułatwiać prawidłowe funkcjonowanie tych podmiotów w obrocie⁴⁰ i osiąganie korzyści. Przedmiotem zakazu (art. 101 TFUE, art. 6 OchrKonkurU) objęte są jedynie wszelkiego rodzaju porozumienia i zмовy, które szkodzą mechanizmom rynkowym charakterystycznym dla gospodarki opartej na konkurencji. W wielu przypadkach trudno byłoby jednoznacznie kwalifikować zachowania rynkowe przedsiębiorców, zważywszy na możliwość wywoływania przez nie zarówno oczekiwanych społecznie, jak i niepożądanых skutków⁴¹. Możliwości uchylecia od generalnego zakazu zostały

³⁸ W wyr. z 14.3.2013 r., C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. i inni v. Gazdasági Versenyhivatal*, niepubl. Trybunał podniósł, że art. 101 ust. 1 TFUE powinien być interpretowany w ten sposób, że porozumienia, przez które zakłady ubezpieczeń samochodowych umawiają się dwustronnie bądź to z koncesjonariuszami samochodowymi działającymi, jako warsztaty naprawcze, bądź to ze stowarzyszeniem reprezentującym te warsztaty odnośnie do stawki za godzinę, jaka ma być płaconą przez zakład ubezpieczeń za naprawę ubezpieczonych przez niego pojazdów, przewidując, że stawka ta zależy m.in. od liczby i odsetka umów ubezpieczenia sprzedanych przez koncesjonariusza działającego, jako pośrednik tego zakładu, mogą zostać uznane za ograniczenia konkurencji „ze względu na cel” w rozumieniu rzeczzonego przepisu, jeżeli w wyniku indywidualnej i konkretnej oceny treści i celu tych porozumień, a także kontekstu prawnego i gospodarczego, w jaki się one wpisują, okaże się, że są one szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej gry konkurencyjnej na relevantnych rynkach.

³⁹ W tym obszarze na szczególną uwagę zasługuje wyr. ETS z 25.20.1977 r., 26/76, *Metro SB-Grossmärkte GmbH and Co. V. Komisja*, Zb.Orz. 1977, s. 1875. Na rynkowe skutki porozumień horyzontalnych zwróciła uwagę Komisja w Sprawozdaniu dotyczącym polityki konkurencji za rok 2011 [Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z 30.5.2012 r., COM (2012) 253]. Wskazała na konkretne przykłady zastosowanych środków, m.in. w sprawie kartelu bananowego (dec. z 12.10.2011 r., COMP/39482).

⁴⁰ Przykładem mogą być zgrupowania spółek, określane w doktrynie jako holdingi lub koncerny. Jednak obowiązujące w tym zakresie szcztatkowe przepisy KSH nie rozwiązują żadnego z problemów w tym przedmiotowym zakresie (zob. m.in. *A. Opalski, M. Romanowski*, O potrzebie zasadniczej reformy, s. 9; *A. Szumański*, Próby regulacji prawa grup spółek, pkt 1), stąd Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego zgłosiła w latach 2009–2010 projekty zmian.

⁴¹ Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyr. z 19.12.2012 r., VI ACa 752/12, niepubl., orzekł, że zakaz sformułowany w art. 6 ust. 1 OchrKonkurU obejmuje nie tylko te przypadki, w których osiągnięty został zamierzony skutek. Zakaz dotyczy również samego uczestnictwa w porozumieniu wymierzonym w objęte ochroną dobro, jakim jest

precyzyjnie dookreślone. Artykuł 101 TFUE statuuje szereg okoliczności egzoneracyjnych odwołujących się do reguły rozsądku. W jego świetle zakazane, co do zasady, porozumienia bądź praktyki nie będą podlegać sankcjom z tytułu naruszenia reguł konkurencji, jeżeli zostaną podyktowane dążeniem do wspierania postępu technicznego⁴², polepszania jakości produktów i w konsekwencji zapewniania korzyści ich nabywcom⁴³. Porozumienia przedsiębiorców mogą mieć charakter horyzontalny oraz wertykalny⁴⁴, a w niektórych przypadkach – mieszany⁴⁵. Pojęcie porozumienia, w rozumieniu nadanym mu w prawie konkurencji⁴⁶, nie ma odpo-

swobodna konkurencja. Dla zastosowania powołanego przepisu nie jest przy tym konieczne wykazywanie, czy do realizacji porozumienia doszło w znaczeniu osiągnięcia zamierzonego skutku antykonkurencyjnego na danym rynku.

⁴² Zwłaszcza innowacyjnej technologii i nowości produktu *R. Ellger*, w: *U. Immenga, E. J. Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, t. 1, s. 409.

⁴³ W wyr. z 13.10.2011 r., C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v. Président de l’Autorité de la concurrence, Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*, Zb.Orz. 2011, s. I-9419, Trybunał orzekł, że art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że klauzula umowna w ramach systemu dystrybucji selektywnej, wymagająca, żeby sprzedaż artykułów kosmetycznych i pielęgnacyjnych odbywała się w przestrzeni fizycznej w obowiązkowej obecności dyplomowanego farmaceuty, której konsekwencją jest zakaz wykorzystania Internetu dla celów tej sprzedaży, stanowi ograniczenie ze względu na cel w rozumieniu tego przepisu, jeżeli w następstwie indywidualnego i konkretnego badania treści i celu tej klauzuli umownej oraz prawnego i gospodarczego kontekstu, w jaki jest ona wpisana, okaże się, że zważywszy na właściwości przedmiotowych produktów, taka klauzula nie jest obiektywnie uzasadniona. Artykuł 4 lit. c rozporządzenia Komisji (WE) Nr 2790/1999 z 22.12.1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.Urz. WE L Nr 336, s. 21) należy interpretować w ten sposób, że wyłączenie grupowe przewidziane w art. 2 tego rozporządzenia nie ma zastosowania do umowy dystrybucji selektywnej, która zawiera klauzulę *de facto* zakazującą Internetu, jako środka sprzedaży produktów umownych. Natomiast taka umowa może korzystać indywidualnie z wyłączenia ustawowego (art. 101 ust. 3 TFUE), jeżeli spełnione są przesłanki tego przepisu – zob. *D. Goyder*, EC Competition Law, s. 121 i n.

⁴⁴ W kwestii oceny porozumień wertykalnych z punktu widzenia możliwych naruszeń konkurencji *S. M. Colino*, Vertical Agreements, s. 26.

⁴⁵ W uzasadnieniu dec. Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., Nr DOK – 12/2010, Prezes wskazał, że dla kwalifikacji przedmiotowego porozumienia, jako najpoważniejszego naruszenia prawa konkurencji, ma również znaczenie fakt, iż zawarte porozumienie miało *de facto* charakter horyzontalny, będąc w istocie kartelem detalistów, nadzorowanym i stabilizowanym przez producenta. Zatem pomimo formalnej kwalifikacji przedmiotowego naruszenia, jako porozumienia wertykalnego, a więc zawartego na różnych szczeblach obrotu (producent – detalista), w rzeczywistości miało ono skutki horyzontalne. Porozumienie cenowe w znacznym stopniu ograniczyło konkurencję na produkty pomiędzy tymi detalistami. Zob. na ten temat również *A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madala, T. Wardyński*, Prawo konkurencji, rozdz. II.

⁴⁶ Przepisy krajowe są dostosowane do wymogów prawa unijnego. Art. 7 OchrKonkurU dotyczy porozumień bagatelnych (zob. omówienie zasady *de minimis*

wiednika w prawie cywilnym, czyli znaczenia nadawanego w tych przepisach. Stanowi ono bowiem kategorię zbiorczą obejmującą uzgodnione praktyki, uchwały, zmony itp. porozumienia szkodzące mechanizmom rynkowym, opartym na omawianych zasadach.

Stosunkowo złożone problemy pojawiają się w praktyce wdrażania drugiego z wymienionych przepisów Traktatu⁴⁷. Kwestie te są nieoświetlone z punktu widzenia podjętej w tej monografii tematyki. Stosowana przeważnie w orzecznictwie unijnym konceptualizacja nadużycia pozycji dominującej jest przedmiotem krytyki doktrynalnej oraz eksperckich środowisk ekonomicznych⁴⁸. W odróżnieniu od wdrażania zakazów z art. 101 TFUE, które wspiera rozbudowane prawo wtórne, strukturyzujące test rozsądnego ograniczenia konkurencji, dla zabezpieczenia jednolitego stosowania art. 102 TFUE brak jest obudowy normatywnej, która konkretyzowałaby ramy prawne niniejszego przepisu. „Ubogość normatywna” art. 102 TFUE, operowanie w nim zakazami *per se* lub *quasi per se* oraz pojęciami ogólnymi i nieostrymi konstrukcjami prawnymi redukuje stopień pewności prawa. Inaczej mówiąc, zakazy nadużyć określone niniejszym przepisem funkcjonują w niejednorodnych i nieprzejrzystych ramach akcyjologicznych. Prawo, jako środek realizacji określonych celów, zwłaszcza realizacji społecznych funkcji i osiągania pożądanych skutków, musi być w niezbędnym zakresie dookreślone. Bez wypełnienia tego warunku przestaje być skutecznym wyznacznikiem pożądanych zachowań. Niezwykle dynamiczna materia, jaką stanowi prawo konkurencji, wymaga wprawdzie odejścia od nadmiernej kazuistyki i sztywnych zamkniętych konstrukcji⁴⁹, ale nie zwalnia normodawcy od zachowa-

z tego przepisu – A. Jurkowska, w: *Skoczny*, Komentarz OchrKonkurU, s. 435 i n. oraz powołane przez Autorkę orzecznictwo). Z kolei art. 8 OchrKonkurU stanowi, że zakazu określonego w art. 6 ust. 1 nie stosuje się do porozumień, które jednocześnie przyczyniają się do poprawy produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego, zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści oraz nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów. Na temat *ratio legis* niniejszego przepisu D. Miąsik, w: *Skoczny*, Komentarz OchrKonkurU, s. 451 i n.

⁴⁷ Elementy konstytutywne nadużycia pozycji dominującej z uwzględnieniem praktyki orzeczniczej sądów unijnych i orzecznictwa krajowego omawiają: M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomulka, T. Skoczny, w: *System PrPryw*, t. 15, s. 986 i n.

⁴⁸ W Opinii Economic Advisory Group on Competition Policy („An economic approach to Article 82” Antitrust sub-group, lipiec 2005) tzw. podejście skutkowe do nadużyć pozycji dominującej jest bardziej elastyczne, spójne i pozwala prawidłowo kwalifikować zachowania przedsiębiorcy dominującego.

⁴⁹ Jednak taki model, pozwalający na bardziej elastyczne podejście do regulowanej materii, stawia przed organami stosującymi prawo większe wymogi w porównaniu z sytuacją, gdy sąd orzeka w oparciu o przepisy szczegółowe, kazuistyczne, oparte na zamkniętych konstrukcjach.

nia wymogów przejrzystości i niezbędnej dookreśloności stanowionego prawa. Taką funkcję powinny wypełniać akty wtórne. Przepisy traktatowe, zbliżone w swej konstrukcji do ustawodawstwa konstytucyjnego, mogą mieć charakter bardziej ogólny niż ustawodawstwo zwykłe. Jednak ich wdrażanie, ze względu chociażby na wymogi pewności prawa, powinno być wspomagane przewidywalną linią orzeczniczą, istotną m.in. dla przedsiębiorców planujących wdrożenie określonej strategii gospodarczej. Dookreśloność regulacji jest konieczna zwłaszcza w związku z *quasi*-karnym charakterem środków stosowanych przez organy ds. konkurencji w interesie ogólnym. Przepisy powinny być tak skonstruowane, aby z jednej strony zapewniały niezbędną pewność prawa – temu celowi służy m.in. definiowanie kluczowych pojęć – a z drugiej pozwalały na elastyczne ich stosowanie w zmieniających się warunkach. Stąd odwołanie się do pewnych wartości respektowanych w danym porządku oraz kryteriów racjonalnych w procesie interpretacji tego prawa jest konieczne dla osiągnięcia założonych rezultatów.

Brak w przepisach regulujących konkurencję legalnej definicji nadużyć pozycji dominującej i dookreślenia pojęcia wykluczenia z rynku⁵⁰ powoduje, że przewidywalność kwalifikacji zachowań przedsiębiorców w kategoriach określonych art. 102 TFUE (art. 9 OchrKonkurU) jest niższa niż w przypadku stosowania art. 101 TFUE (art. 6 OchrKonkurU). Konsekwencją tego stanu są m.in. ingerencje organów ds. konkurencji prowadzące do chłodzenia konkurencji lub tzw. fałszywych pozytywów⁵¹. Nieodosobnione są oceny, że sądom unijnym, mimo ponad czterdziestoletniego stosowania wymienionego przepisu, nie udało się wypracować w miarę precyzyjnego, z zachowaniem wymogu spójności, zakresu pojęcia „nadużycia wykluczającego”. Pewne próby dookreślenia konstrukcji występują w orzecznictwie sądów unijnych, ale dominująca linia wyroków jest daleka od przedmiotowego podejścia. Już w wyroku z 21.2.1973 r.⁵² został zastosowany koncept zakazu nadużycia dominacji do praktyk wykluczających. Sąd wywiódł go bezpośrednio z art. 102 TWE opowiadając się za modelem konkurencji podmiotowej. Kolejne orzeczenia były zbliżone co do samego strukturalnego podejścia do ochrony konkurencji. Skupiano się w nich głównie na dookreśleniu poszczególnych form praktyk wykluczających. Taką możliwość stwarza art. 102 TFUE, który operuje otwartą egzemplifikacją praktyk zakaza-

⁵⁰ Za wprowadzeniem określonej definicji nadużycia pozycji dominującej opowiada się doktryna, w tym m.in. *M. Szydło*, *Nadużywanie pozycji dominującej*, s. 120.

⁵¹ Na współzależności między reglamentacją prawną a funkcjonowaniem mechanizmów konkurencji w praktyce zwraca uwagę m.in. *H. Bochniarz*, *Konkurencja jako fundament gospodarki rynkowej*, s. 397.

⁵² 6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Komisja*, *Zb.Orz.* 1973, s. 215.

nych. Zasadniczo sądy unijne nie postrzegają konkurencji podmiotowej instrumentalnie, tj. jako środka zapobiegania szkodzie konsumenckiej, lecz traktują ochronę struktury konkurencji jako cel sam w sobie. Podejście to jest w pewnym sensie podyktowane integracyjnymi celami polityki unijnej. Doprecyzowanie stosownych ram jest niezbędne, ponieważ wyznacza granice ochrony poszkodowanych naruszeniami prawa konkurencji, a także ramy legalnych działań organów podejmowanych w interesie publicznym.

Z wdrażaniem art. 102 TFUE (art. 9 OchrKonkurU) łączone jest realizowanie różnych celów, a zwłaszcza ochrony podmiotowej struktury konkurencji, efektywności ekonomicznej i bezpośrednio związanego z tą efektywnością dobrobytu konsumenckiego⁵³. Dla zabezpieczenia aksjologicznej spójności stosowania tego przepisu i zwiększenia przewidywalności rozstrzygnięć niezbędne byłoby wskazanie na zasadniczy cel zakazu nadużycia wykluczającego konkurentów lub w związku z występowaniem wielości celów, nadania jednemu z nich priorytetu. W podejściu merytorycznym (skutkowym) do oceny naruszeń omawianych reguł bierze się pod uwagę ekonomiczny wymiar praktyk wykluczających w postaci skutków dla konsumentów. Mogą to być również skutki przyszłe, o ile zachodzi wystarczające prawdopodobieństwo ich wystąpienia. Zasadniczo orzecznictwo unijne faworyzuje podmiotowo-strukturalny cel ochrony konkurencji⁵⁴. Podejście to wykazuje związek z integracyjną polityką organów unijnych⁵⁵. W literaturze przedmiotu coraz częściej podnosi się kwestię dostrzegalnego zmniejszania czynnika integracyjnego w polityce ochrony konkurencji⁵⁶. Traktat Lizboński wprowadza pewne zmiany w przedmiotowym zakresie. W art. 3 TUE, stanowiącym o celach Unii,

⁵³ Istnieją trudności z dookreśleniem tego pojęcia, zwłaszcza w kontekście tzw. wyboru konsumenckiego. Tradycyjnie akcent był kładziony na ilościowe determinanty gwarantowane ilością substytutów. Obecnie coraz większą wagę przywiązuje się do komponentów jakościowych (wybór przez jakość oczekiwaną przez określoną populację nabywców).

⁵⁴ W kwestii oceny ewaluowania koncepcji ochrony konkurencji w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości na rzecz funkcjonalnego podejścia oraz rozbieżności głównego nurtu tego orzecznictwa ze stanowiskiem Komisji Europejskiej zawartego w Wytycznych w sprawie priorytetów zob. *D. Miąsik*, Związanie sądów krajowych, s. 53 i n.

⁵⁵ Kwestią otwartą pozostaje, czy cel ten w konstrukcji orzecznictwa unijnego jest najważniejszy. Zob. *K. Czarpacka*, Aksjologiczne ramy, s. 137 i n. Zdaniem *K. Kohutka*, Praktyki wykluczające, s. 590 i n., polityka ochrony konkurencji powinna być ściśle wiązana z ekonomicznym podejściem z tzw. podejściem skutkowym, wyraźnie ukierunkowanym na ochronę konsumenta przed jej zakłóceniami. Zdaniem *M. Kenny*, The transformation, s. 93 i n., wymaga się uwzględniania w stosowaniu reguł ochrony konkurencji celów innych polityk unijnych, por. *R. Whish*, EC competition law, s. 153 i n.

⁵⁶ *T. Skoczny*, Europejskie prawo konkurencji, s. 112.

nie ma dotychczasowego traktatowego odniesienia do zapewnienia niezakłóconej konkurencji. Ustęp 3 tego przepisu stanowi, że celem Unii jest ustanowienie rynku wewnętrznego⁵⁷. W świetle powyższego konkurencja jawi się jako środek służący ochronie rynku wewnętrznego oraz kształtowania dobrobytu społeczeństwa obywatelskiego⁵⁸. Natomiast art. 3 ust. 1 lit. b TFUE stanowi, że UE ma wyłączne kompetencje w zakresie stanowienia reguł konkurencji⁵⁹ niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego. Obydwa Traktaty mają taką samą moc prawną, zatem należy interpretować je spójnie⁶⁰.

Wprawdzie celem dobrobytu konsumenta sądy unijne posługiwały się i posługują w dalszym ciągu jako pewną wartością, której zabezpieczeniu ma służyć wdrażanie art. 102 TFUE, to jednak z reguły nie przypisywano temu celowi stosowania reguł konkurencji właściwej rangi. Model formalny, w którym akcent kładzie się na utrzymanie podmiotowej struktury konkurencji, nie wydaje się być prawidłowy, a w każdym razie wystarczający dla ewaluacji praktyk wykluczających. Bazowanie na przyszłych potencjalnych (długoterminowych) następstwach praktyk wykluczających może prowadzić do zróżnicowanych wyników, zwłaszcza zakazów określonych rodzajów praktyk (form) ze względu na ochronę podmiotowej struktury, które faktycznie okazują się w wielu przypadkach prokonkurencyjne.

Wyraźny trend na odstępowanie od powyższego konceptu można dostrzec w polityce Komisji Europejskiej, a zwłaszcza w jej Wytycznych w sprawie priorytetów, którymi będzie się ona kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące. W ich świetle szkoda konsumentcka jawi się jako generalne kryterium oceny wykluczeń konkurentów z rynku. Komisja zapropono-

⁵⁷ M. Motta, *Competition policy*, s. 23.

⁵⁸ A. Nowak-Far, *Konstytucyjne procedury*, s. 89 i n. Problematyka ta ma wymiar ponad europejski – zob. np. działania podejmowane w Krajach Zatoki Perskiej, *تاءار ج 2012 يري عيصر لال ببقم*: راول قديمتم تاوطخ تعطق ظلم علا دي حوت http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/c1mem4d2_ar.pdf. Zob. także uwagi B. Kurcza, *Lizboński miszmasz*, s. 32 i n.; H. L. Buxbaum, *Private Enforcement of Competition*, s. 45.

⁵⁹ W opinii części doktryny wskazanie reguł konkurencji jako przykładu kompetencji wyłącznych może budzić poważne wątpliwości i bardziej zasadne byłoby bazowanie na koncepcji kompetencji równoległych – P. Saganek, *Komentarz do art. 3 Traktatu*, pkt 3.6.4 zatytułowanego „Kompetencja w zakresie reguł konkurencji”.

⁶⁰ Na powyższe wskazuje dołączony do Traktatu protokół Nr 27. Zob. B. Kurcza, *Lizboński miszmasz*, s. 32; J. Basedow, *The More Economic Approach*, s. 8. Zob. także uwagi A. Wróbla, w: *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską*, t. I, s. 152 i n. oraz s. 160 i n.; zob. także wyr. ETS z 21.2.1973 r., 6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Komisja*, Zb.Orz. 1973, s. 215.