Bartosz Turno

Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji

Kwartalnik Prawa Publicznego 12/2, 33-51

2012

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

MUZEUM HISTORII POLSKI

KWARTALNIK PRAWA PUBLICZNEGO
ROK XII • NR 2/2012 • UKSW – WARSZAWA • TNOiK – TORUŃ • ISSN 1642–9591

Bartosz Turno*

KATEGORIA POROZUMIEŃ ZAKAZANYCH ZE WZGLĘDU NA CEL W UNIJNYM ORAZ POLSKIM PRAWIE OCHRONY KONKURENCJI

1. Zagadnienia wprowadzające

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję ustanowiony w przepisach art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[1] (dalej jako „TfUE") oraz art. 6 ust. 1 ustawy z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[2] (dalej jako „Ustawa") odnosi się do porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji. Uważa się, że treść zakazu porozumień w prawie unijnym oraz polskim jest identyczna[3]. Teza ta odnoszona jest również słusznie do definicji porozumienia[4] oraz przedsiębiorcy[5]. Czy jednak pomimo takiej samej treści (na płaszczyźnie językowej) przepisów art. 101 ust. 1 TfUE oraz art. 6 ust. 1 Ustawy zakaz porozumień ze względu na cel ma na gruncie prawa unijnego

* Dr Bartosz Turno, LL.M. – Prawnik w Kancelarii Wierciński, Kwieciński, Baehr.

1 Dz.Urz.UE 2010 Nr C 83/47.

2 Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.

3 T. Skoczny, *Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji – także w Polsce – po 1 maja 2004 r. (w świetle wspólnotowych rozporządzeń nr 1/2003 i 139/2004 oraz nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2004 r.)*, „Kwartalnik Prawa Publicznego" 2004, nr 2, s. 154.

4 A. Jurkowska [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik, Warszawa 2009, s. 162–163

5 G. Materna, *Pojęcie „przedsiębiorca" a relacje między wspólnotowym i krajowym prawem ochrony konkurencji* [w:] *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, red. C. Banasiński, M. Kępiński, B. Popowska, T. Rabska, Warszawa 2006, s. 47. Por. M. Szydło, *Leeway of Member States in Shaping the Notion of an "Undertaking" in Competition Law*, „World Competition" 2010, nr 4, s. 549–568.

i polskiego dokładnie takie samo znaczenie? Czy zakaz porozumień ze względu na cel jest tak samo interpretowany i stosowany przez Komisję Europejską (dalej „Komisja") i Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes UOKiK")? Celem niniejszego artykułu jest wykazanie, że zbieżność co do rozumienia kategorii porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel w prawie unijnym i w prawie polskim jest jedynie częściowa. Pomimo bowiem identycznego brzmienia przepisów (na płaszczyźnie języka polskiego) zakaz porozumień ze względu na cel jest (niestety) nadal, po 8 latach od wejścia Polski do Unii Europejskiej (dalej „UE"), inaczej rozumiany i stosowany w prawie unijnym i w prawie polskim, co może wywoływać daleko idące (niekorzystne) konsekwencje dla przedsiębiorców. Przy czym należy wskazać, iż, w opinii autora, to praktyka unijna jest w tym zakresie prawidłowa. Wpisuje się ona bowiem w ekonomiczne podejście do stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Rozważania należy rozpocząć od odniesienia się do kwestii językowych. Polska wersja językowa przepisu art. 101 ust. 1 TfUE tłumaczy wyrażenie ang. *restriction by object*, użyte w tym przepisie w wersji angielskiej TfUE, jako niezgodne ze wspólnym rynkiem i zakazane porozumienie, którego celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji[6]. Podobnie przepis art. 6 ust. 1 Ustawy (będący niejako lustrzanym odbiciem przepisu art. 101 ust. 1 TfUE) stanowi, że „zakazane, są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji...". Wydaje się jednak, że bardziej adekwatne językowo i bliższe znaczeniu jakie wyrażeniu ang. *restriction by object* nadaje się w obcej (zwłaszcza dominującej w prawie konkurencji angielskojęzycznej) doktrynie prawa, jest używanie w odniesieniu do tego wyrażenia (zawartego w art. 101 ust. 1 TfUE) tłumaczenia „ograniczenia ze względu na przedmiot" niż ze względu na cel[7]. Dlatego też w dalszej części pracy będę konsekwentnie posługiwał się wyrażeniem „porozumienie zakazane ze względu na cel (przedmiot)", zwłaszcza w odniesieniu do przepisu art. 101 ust. 1 TfUE[8].

---

[6] Artykuł 101 ust. 1 TfUE w angielskiej wersji językowej stanowi „...all agreements [...] which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market".

[7] Tak również A. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. A. Stawicki, E. Stawicki, Warszawa 2011, s. 225–227.

[8] Wydaje się, że SN zaczyna posługiwać się terminem „przedmiot" na określenie tego, co w języku angielskim jest uznawane za *„restriction by object"*. W wyroku z 14.1.2009 r., sygn. akt III SK 26/08, OSNP 2010, nr 13–14, poz. 179, SN uznał, że „porozumienie ma na celu ograniczeze-

2. Istota antykonkurencyjnego celu (przedmiotu) porozumienia

Antykonkurencyjny cel (przedmiot) i skutek porozumienia, o których mowa zarówno w przepisie art. 101 ust. 1 TfUE jak i w art. 6 ust. 1 Ustawy, nie są przesłankami o charakterze kumulatywnym, lecz alternatywnym[9]. Dla uznania porozumienia za ograniczające konkurencję wystarczy zatem, że wystąpi choćby jedna z tych przesłanek – antykonkurencyjny cel (przedmiot) lub skutek[10]. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy rozważyć czy konkretne porozumienie podpada pod kategorię porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot)[11] (innymi słowy czy należy do tzw. ang. *object box*)[12].

---

nie konkurencji, nie tylko wtedy, gdy strony porozumienia mają zamiar ingerencji w funkcjonowanie mechanizmu konkurencji, ale także, gdy z przedmiotu poczynionych uzgodnień wynika, że nieodzownym skutkiem porozumienia jest ograniczenie konkurencji".

[9] Zob. np. Trybunał Sprawiedliwości (dalej „TS") w wyroku z 17.7.1997 r. w sprawie C-219/95 P *Ferriere Nord v. Komsja* Zb.Orz. 1997 I-4411, pkt. 13–15; wyrok TS z 20.11.2008 r. w sprawie C-209/07 *Beef Industry Development Society Ltd* Zb.Orz. 2008 I-8637, pkt. 15 (dalej „sprawa BIDS"); wyrok TS z 4.6.2009 r. w sprawie C-8/08 C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* Zb.Orz. 2009 I-4529, pkt 28 (dalej „sprawa T-Mobile"); podobnie także SOKiK w wyroku z 24.3.2004 r., sygn. akt XVII Ama 40/02, Dz.Urz.UOKiK 2004, nr 3, poz. 310; wyrok SA w Warszawie z 9.10.2009 r., sygn. akt VI ACa 86/09, niepubl.; wyrok SAM z 15.7.1998 r., sygn. akt XVII Ama 32/98, niepubl.; zob. także D. Miąsik, *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję – wprowadzenie i wyrok ETS z 30.06.1966 r. w sprawie 56/65 Société Technique Miniere (L.T.M.) v. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, EPS 2009, nr 6, s. 54–57.

[10] Rzecz jasna możliwe jest w sprawie konkretnego porozumienia wystąpienie obu przesłanek łącznie. Podobnie także SA w Warszawie w wyroku z 4.12.2007 r., sygn. akt VI ACa 848/07, niepubl., który wskazał, że „cel i skutek zakazanego porozumienia mogą się bowiem przenikać do tego stopnia, że nie dają się jasno wyodrębnić". Alternatywny charakter przesłanki „celu lub skutku" porozumienia jest krytykowany przez A. Stawickiego, *Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2012, nr 1, s. 14. Wydaje się jednak, że problem nie leży w ugruntowanym przecież w orzecznictwie sądów unijnych i krajowych alternatywnym charakterze przesłanki celu lub skutku, lecz – jak wskazuje niniejszy artykuł w pkt. 6 poniżej – w często nieprawidłowym rozumieniu (np. przez polski organ antymonopolowy, czy sądy krajowe) kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel, zakresu tej kategorii oraz konsekwencji związanych z zakwalifikowaniem określonego typu porozumień do tej kategorii.

[11] Wyrok TS z 30.6.1966 r. w sprawie 56/65 *Société Technique Miniere* Zb.Orz. 1966 235, pkt. 249; sprawa BIDS, pkt. 15; sprawa T-Mobil, pkt 28.

[12] Takiego adekwatnego pojęcia używa R. Whish, *Competition Law*, wyd. 6, Oxford 2009, s. 118 oraz 120.

Zgodnie z pkt. 21 Obwieszczenia Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu[13], porozumieniami ograniczającymi konkurencję ze względu na cel (przedmiot) są takie porozumienia, które z samej swojej natury mają zdolność ograniczenia konkurencji (które są „oczywistymi" naruszeniami reguł konkurencji). Niektóre porozumienia mają bowiem tak wielki potencjał do wywołania nieuchronnych, negatywnych skutków dla konkurencji, że nie jest koniecznym udowadnianie ich rzeczywistych skutków na rynku. Innymi słowy „naturalna tendencja określonego porozumienia do ograniczenia konkurencji wystarczy do uznania, że jego cel (przedmiot) ogranicza konkurencję"[14]. To domniemanie jest oparte na uznaniu poważnego charakteru tych ograniczeń oraz na doświadczeniu i teorii ekonomii wskazującej, że będą one prawdopodobnie, w sposób nieuchronny wywoływać niekorzystne skutki na rynku i mogą zagrażać realizacji celów UE czy celów polskiej polityki konkurencji. Rozróżnienie pomiędzy porozumieniami zakazanymi ze względu na cel (przedmiot) lub skutek wynika zatem z faktu, że niektóre rodzaje zmów pomiędzy przedsiębiorcami mogą być uważane z samej swojej natury jako zagrażające prawidłowemu funkcjonowaniu konkurencji[15]. Przy ocenie antykonkurencyjnego charakteru (przedmiotu) porozumienia, należy uwzględnić m.in. jego treść, obiektywne znaczenie, cele, zamierzenia do osiągnięcia których obiektywnie zmierza, rzeczywiste postępowanie i zachowanie stron porozumienia na rynku oraz kontekst ekonomiczny i prawny, w którym porozumienie funkcjonuje[16].

Przy ocenie porozumienia – jako zakazanego ze względu na cel (przedmiot) – subiektywne intencje, zamiary, cele stron mogą być ważnym czynnikiem (który może, ale nie musi, być wzięty pod uwagę[17]) lecz nie są one czynnikiem decydującym[18]. Zatem porozumienie może być uznane za naruszające

---

[13] Dz.Urz.UE 2004 Nr C 101/97.

[14] O. Odudu, *A New Economic Approach to Article 81(1)*, „European Law Review" 2002, nr 27, s. 100.

[15] Sprawa BIDS, pkt. 17 oraz sprawa T-Mobile, pkt 31 oraz 43.

[16] Zob. np. wyrok TS z 28.3.1984 r. w sprawie 29/83 oraz 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzinc GmbH v. Komisja* Zb.Orz. 1984 1679, pkt. 25–26. Por. także A. Nikpay, J. Faull, *Article 81* [w:] *The EC Law of Competition*, red. J. Faull, A. Nikpay, wyd. 2, New York 2007, s. 225–226 oraz T. Skoczny, W. Szpringer, *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję I*, Warszawa 1996, s. 36; podobnie SN w wyroku z 14.1.2009 r., sygn. akt III SK 26/08, OSNP 2010, nr 13–14, poz. 179.

[17] Tak TS w wyroku z 6.10.2009 r. w sprawie C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P oraz C-519/06 P *GlaxoSmithKline v. Komisja* Zb.Orz. 2009 I-9291, pkt 58 (dalej „sprawa GSK").

[18] Tak sprawa T-Mobil, pkt 27. Przeciwnie O. Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Art. 81*, New York 2006, s. 120–125, który przywiązuje dużą wagę do intencji stron porozumienia przy ocenie porozumienia w ramach przepisu art. 101 ust. 1 TfUE.

konkurencję ze względu na cel (przedmiot) nawet jeśli strony porozumienia wykażą, że ograniczenie konkurencji nie było ich zamiarem, celem lub że kierowały nimi inne (nawet uzasadnione) motywy lub intencje (np. takie jak racjonalizacja wielkości produkcji w danej branży w celu przeciwdziałania skutkom kryzysu)[19]. Bez znaczenia jest więc, że porozumienie nie leży w interesie ekonomicznym np. niektórych jego uczestników[20]. Z drugiej strony, słusznie wskazuje się, że nie można stwierdzić, że konkretne porozumienie ogranicza konkurencję ze względu na cel (przedmiot) wyłącznie z tego powodu, że jego strony miały za cel (intencję, zamiar) ograniczenie konkurencji[21].

3. Zakres kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot)

Zaklasyfikowanie określonego typu porozumień do kategorii ograniczeń konkurencji ze względu na cel (przedmiot), wynika z przyjętej polityki konkurencji w UE lub w Polsce, w tym z zakładanych przez te polityki celów, które mają być osiągane[22]. Cele te poza wspieraniem i ochroną dobrobytu konsumentów (który to cel przynajmniej na poziome UE jest celem deklarowanym), obejmują także ochronę procesu konkurencji czy nawet struktury rynku, konkurencję jako taką czy nawet niekiedy ochronę konkurentów oraz na poziomie UE integrację rynku wewnętrznego[23]. Istotnym czynnikiem mającym wpływ na zakres kategorii ograniczeń ze względu na cel (przedmiot) jest przykładanie zarówno przez prawo UE jak i prawo polskie, równej wagi do ochrony konkurencji wewnątrz- i międzymarkowej[24]. Ponadto, na zakres tej

[19] Sprawa BIDS, pkt. 19–21.

[20] Wyrok TS z 25.1.2007 r. w sprawie C-403/04 P *Sumitomo Metal Industries Ltd. v. Komisja* Zb.Orz. 2007 I-729, pkt 45–46.

[21] Tak A. Nikpay, J. Faull, *Article 81* [w:] *The EC Law...*, red. J. Faull, A. Nikpay, s. 225; przeciwnie jednak zdaje się twierdzić SN wskazując w wyroku z 14.1. 2009 r., sygn. akt III SK 26/08, OSNP 2010, nr 13–14, poz. 179, że „porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, nie tylko wtedy, gdy strony porozumienia mają zamiar ingerencji w funkcjonowanie mechanizmu konkurencji, ale także, gdy...".

[22] R. Whish, op.cit., s. 118; A. Nikpay, J. Faull, *Article 81* [w:] *The EC Law...*, red. J. Faull, A. Nikpay, s. 226.

[23] Na temat celów (deklarowanych i rzeczywistych) unijnej i polskiej polityki konkurencji – zob. np.: P. Akman, *„Consumer Welfare" and Article 82EC: Practice and Rhetoric*, „World Competition" 2009, nr 32, No. 1, s. 71–90; D. Miąsik, *Controlled Chaos with Consumer Welfare as the Winner – a Study of the Goals of Polish Antitrust Law*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies" 2008, nr 1, s. 33–57.

[24] A. Nikpay, J. Faull, *Article 81* [w:] *The EC Law...*, red. J. Faull, A. Nikpay, s. 222.

kategorii wpływa fakt, że ograniczenie konkurencji cenowej zajmuje najwyższą pozycję w hierarchii naruszeń unijnego jak i polskiego prawa konkurencji[25].

Ekonomiści zarzucają jednak, że kwalifikowanie (z góry) określonych typów porozumień jako zakazanych ze względu na cel (przedmiot) jest sprzeczne z ekonomicznym podejściem do oceny porozumień[26]. Taka teza nie wydaje się jednak słuszna. Określenie zakresu kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot) odbywa się bowiem w oparciu o dorobek nauki ekonomii, która podpowiada, które typy porozumień, co do zasady, wywołują antykonkurencyjne skutki. Zatem kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot) zawiera się właściwie w kategorii porozumień zakazanych ze względu na skutek. Innymi słowy, każde porozumienie zakazane ze względu na cel (przedmiot) stanowi jednocześnie porozumienie zakazane ze względu na skutek. Nie jest jednak tak, że każde porozumienie zakazane ze względu na skutek, jest równocześnie porozumieniem zakazanym ze względu na cel (przedmiot).

Uznaje się, że zakwalifikowanie przez Komisję oraz sądy unijne określonego typu porozumień do kategorii porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel (przedmiot) nie pozostawia krajowym organom ochrony konkurencji oraz sądom krajowym pola manewru odnośnie do rozszerzania czy też zawężania tej kategorii[27]. Teza ta stanowi konsekwencję zasady prymatu prawa UE i reguły konwergencji odnoszącej się do porozumień i wyrażonej w przepisie art. 3 ust. 2 Rozporządzenia nr 1/2003 z dnia 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu WE[28] (dalej „Rozporządzenie nr 1/2003").

Do kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot) – do tzw. ang. *object box* – należą[29]:

a) wszystkie horyzontalne porozumienia (w tym kartele) odnoszące się do:
   — ustalania ceny[30],

---

[25] Zob. np. wyrok TS z 25.10.1977 r. w sprawie 26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v. Komisja* Zb.Orz. 1977 1875, pkt 21; decyzja Komisji z 10.10.2001 r. w sprawie COMP/ /36.264 *Mercedes-Benz*, Dz.Urz.WE 2002 Nr L 257/1, pkt 181; decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r. DOK-12/2010, s. 83, 101–105.

[26] Zob. np. RBB Economics, *Catch-22: The Role for economics in the assessment of information exchanges under Article 81*, September 2009, dostępne na www.rbbecon.com, s. 1–4.

[27] A. Nikpay, J. Faull, *Article 81* [w:] *The EC Law...*, red. J. Faull, A. Nikpay, s. 226.

[28] Dz.Urz.UE 2003 Nr L1/1.

[29] Tak R. Whish, op.cit., s. 119–122 oraz R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, wyd. 7, Oxford University Press 2012, s. 121–125. Podobnie kategorię tę postrzega A. Stawicki, op.cit., s. 15.

[30] Tak Sąd w wyroku z 15.9.1998 r. w sprawie T-374/94 *European Night Services i inni v. Komisja* Zb.Orz. 1998 II-3141, pkt 136 i wskazane tam orzecznictwo (dalej „sprawa ENS").

— ograniczania produkcji lub sprzedaży[31],
— podziału rynku[32],
— kolektywnych bojkotów[33],
— kolektywnej wyłączności zakupu (ang. *collective exclusive dealing*),
— zmów przetargowych[34],
— wymiany informacji o aktualnych lub przyszłych cenach, w tym o wielkości upustów[35] oraz o ilości sprzedaży lub produkcji[36],

b) wertykalne porozumienia odnoszące się do:
— ustalania sztywnej lub minimalnej ceny odsprzedaży[37],
— zakazu eksportu[38] (co zwłaszcza w prawie unijnym narusza imperatyw rynku wewnętrznego),
— oraz inne ograniczenia wertykalne wskazane w art. 4 Rozporządzenia Komisji nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TfUE do kategorii porozumień wertykalnych i uzgodnionych praktyk[39] oraz § 11 pkt. 2 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30.3.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających kon-

---

[31] Tak w odniesieniu do tej kategorii porozumień TS w sprawie BIDS, pkt. 40.

[32] Tak sprawa ENS, pkt 136 i wskazane tam orzecznictwo; wyrok Sądu z 3.3.2011 r. w sprawie T-122/07-T-124/07 *Siemens Österreich and VA Tech Transmission & Distribution v. Komisja*, niepubl., dostępny na http://curia.europa.eu/, pkt 212.

[33] W tym np. dotyczących porozumień standaryzacyjnych lub *de facto* standaryzacyjnych będących częścią szerszego uzgodnienia nakierowanego na wykluczenie aktualnych lub potencjalnych konkurentów z rynku, np. poprzez wywieranie presji na podmioty trzecie, aby nie nabywały one lub nie sprzedawały produktów, które nie spełniają tych standardów lub poprzez stosowanie norm i standardów w celu zapobieżenia wprowadzeniu nowej technologii lub opóźnienia takiego wprowadzenia, czego skutkiem miało być obniżenie cen (pkt 273 *Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych*, Dz.Urz.UE 2011 r. Nr C11/01).

[34] Wyrok Sądu z 21.21995 r. w sprawie T-29/92 *SPO i inni v. Komisja*, Zb.Orz. 1995, II- 289.

[35] Tak Rzecznik Generalna Kokott w opinii z 19.11.2009 r. w sprawie C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV i in.*, dostępne na www.curia.eu, pkt. 50–72.

[36] Chodzi tutaj o wymianę samodzielną a nie wymianę ww. informacji będącą elementem kartelu. W tym drugim przypadku wymiana takich informacji nie jest traktowana jako samodzielne naruszenie lecz po prostu jako mechanizm funkcjonowania np. kartelu cenowego.

[37] Wyrok TS z 28.1.1986 r. w sprawie 161/84 *Pronuptia* Zb.Orz. 1986 353, pkt 25; wyrok TS z 3.6.1985 r. w sprawie 243/83 *SA Binon* Zb.Orz. 1985 2015, pkt 44; wyrok SA w Warszawie z 9.10.2009 r., sygn. akt VI ACa 86/09, niepubl.

[38] Tak w odniesieniu do takiej praktyki TS np. w sprawie GSK, pkt 59–64, wyrok TS z 4.10.2011 r. w sprawie C-403/08 i C-429/08 *Football Association Premer League i in.*, niepubl., dostępny na http://curia.europa.eu/, pkt 134–146.

[39] Dz.Urz.UE 2010 Nr L102/1.

kurencję[40], w szczególności ograniczenia terytorium lub kręgu klientów, którym nabywca może odsprzedawać towary oraz ograniczenia sprzedaży pasywnej[41].

Porozumienia zakazane ze względu na cel (przedmiot) to zatem tzw. najcięższe ograniczenia konkurencji (ang. *hard-core restrictions*), zakazane nawet w braku antykonkurencyjnych skutków na rynku. Rzecznik Generalna Kokott słusznie porównuje je do przestępstwa prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego. Odpowiedzialność za takie przestępstwo wchodzi w grę nawet jeśli sprawca nie spowodował wypadku (a więc nawet przy braku skutku). Na tej samej zasadzie przedsiębiorcy naruszają przepis art. 101 ust. 1 TfUE lub art. 6 ust. 1 Ustawy dopuszczając się praktyk z kategorii zakazanych ze względu na cel (przedmiot), nawet jeśli brak jest antykonkurencyjnych skutków na rynku[42]. Powyższy katalog nie jest jednak zamknięty i odzwierciedla przepis art. 101 ust. 1 TfUE oraz przepis art. 6 ust. 1 pkt 1–3 oraz 7 Ustawy w związku z art. 7 ust. 2 Ustawy. Inne typy porozumień mogą być traktowane jako zakazane ze względu na cel (przedmiot) (włączone do *object box*), z powodu ich charakterystyki lub z powodu ich szczególnego kontekstu (lub gdy z czasem zmienią się cele unijnej lub polskiej polityki konkurencji) lecz co do zasady te inne niż ww. porozumienia powinny być oceniane jako zakazane ze względu na skutek[43].

Kwestia celu (przedmiotu) lub skutku porozumienia sprowadza się zatem raczej głównie do zagadnienia odpowiedniej klasyfikacji, kwalifikacji, przyporządkowania danego porozumienia, które jest przedmiotem oceny. Kwalifikacja ta odbywa się w oparciu o przedmiot tego porozumienia, jego cechy, istotę oraz kontekst ekonomiczny i prawny, w którym funkcjonuje. Albo to porozumienie obiektywnie należy do tzw. ang. *object box* i nie ma potrzeby badania jego skutków albo do niego nie należy i wtedy istnieje potrzeba badania skutków porozumienia (innymi słowy: czy dane porozumienie jest np. kartelem cenowym czy nim nie jest?). Przy takim ujęciu tego zagadnienia rozważania na temat subiektywnego celu stron porozumienia, świadomości i intencji stron, tego czy cel porozumienia został osiągnięty lub też rzeczywistego

[40] Dz.U. Nr 81, poz. 441.

[41] Wyrok TS z 2.12.2010 r. w sprawie C-108/09 *Ker-Optica* Zb.Orz. 2010 I-0000, pkt 76 oraz wyrok TS z 13.10.2011 r. w sprawie C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, niepubl., dostępny na http://curia.europa.eu/, pkt 44–47, 54, 60.

[42] Opinia Rzecznik Generalnej Kokott z 19.11.2009 r. w sprawie C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV i in.*, pkt. 47.

[43] R. Whish, D. Bailey, op.cit., s. 124–126.

braku naruszenia są zbędne[44]. Nie chodzi zatem o cel (subiektywny) stron porozumienia, lecz o cel (obiektywny) porozumienia (jego przedmiot), który prowadzi do zakwalifikowania tego porozumienia do tzw. ang. *object box*[45]. Przykładowo, jeśli mamy do czynienia z porozumieniem będącym kartelem cenowym to takie analizowane porozumienie musi być zakwalifikowane do porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot) dlatego, że kategoria karteli cenowych znajduje się właśnie w tzw. ang. *object box* (albowiem nauka ekonomii i doświadczenie mówi nam, że kartele cenowe nieuchronnie wywołają negatywne skutki na rynku).

4. Konsekwencje związane z zakwalifikowaniem porozumienia do kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot)

Klasyfikacja porozumienia jako ograniczającego konkurencję ze względu na cel (przedmiot) ma więc istotne konsekwencje. Po pierwsze, dla wykazania naruszenia art. 101 ust. 1 TfUE lub art. 6 ust. 1 Ustawy, nie jest konieczne wykazanie skutków porozumienia[46]. Z tą kategorią porozumień wiąże

[44] Nie wydaje się więc konieczne poszukiwanie – jak twierdzi E. Skrodzka, *Pojęcie „porozumienia naruszającego konkurencję" w ujęciu prawa polskiego oraz wspólnotowego z uwzględnieniem działań podejmowanych przez dystrybutorów w ramach dystrybucji selektywnej*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2009, Tom. XXI, s. 385 – „wszelkich wskazówek i dowodów, które wskazywałyby na antykonkurencyjny cel skoordynowanych działań co najmniej dwóch podmiotów". Tak samo ww. zaproponowane ujęcie porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot) pozwala uniknąć przyjętej w decyzji Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r. nr DOK-11/2010, pkt 180, definicji celu porozumienia określanego jako „wolę jego uczestników wyrażoną w treści określonego dokumentu, jak również to, czego strony porozumienia wyraźnie nie określiły w umowie, ale zamierzają osiągnąć".

[45] Por. D. Miąsik, *Porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE – glosa do wyroku ETS z 20.11.2008* w sprawie C-209/07 *Competition Authority przeciwko Beef Industry Development Society Ltd i Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, EPS 2009, nr 8, s. 53, który wskazuje, że *„Za porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji należy uznać takie uzgodnienia* [...], *których przedmiot jest antykonkurencyjny"*.

[46] Zob. np. wyrok TS z 13.7.1966 r. w połączonych sprawach 56/64 oraz 58/64 *Consten oraz Grundig v. Komisja*, Zb.Orz. 1966, 299, pkt 342; wyrok TS z 8.7.1999 r. w sprawie C-235/92 P *Montecatini v. Komisja*, Zb.Orz., 1999 I-4539, pkt 122; wyrok TS z 11.1.1990 r. w sprawie C-277/87 *Sandoz Prodotti Farmaceutici v. Komisja*, Zb.Orz. 1990, I-45; wyrok Sądu z 11.3.1999 r. w sprawie T-141/94 *Thyssen Stahl v. Komisja*, Zb.Orz. 1999, II-347; wyrok TS z 17.7.1997 r. w sprawie C-219/95 P *Ferriere Nord v. Commission*, Zb.Orz. 1997, I-4411, pkt 14 i 15; sprawa BIDS, pkt 16.; sprawa T-Mobil, pkt 29; wyrok SOKiK z 9.3.2007 r., sygn. akt XVII Ama 20/06,

się bowiem domniemanie ich (nieuchronnych) antykonkurencyjnych skutków, przez co istnieje domniemanie nielegalności takiego porozumienia[47]. Celem takiego domniemania i jego zaletami są: pewność prawna; odstraszanie w odniesieniu do zachowań uznanych za grożące poważną szkodą dla konkurencji oraz oszczędzanie po stronie organów antymonopolowych zasobów kadrowych i finansowych. Z drugiej jednak strony wadą takiego rozwiązania jest: ryzyko wydawania przez organ antymonopolowy decyzji błędnie stwierdzających praktykę w sytuacji, gdy obiektywnie nie doszło do naruszenia reguł konkurencji (ang. *false positive decisions*); brak analiz rynkowych i skutków praktyki może zniechęcać czy utrudniać podmiotom poszkodowanym (przez antykonkurencyjne wielostronne praktyki przedsiębiorców) dochodzenie odszkodowania[48]. Po drugie, część doktryny stoi na stanowisku, że w takiej sytuacji strony porozumienia są pozbawione możliwości przedstawiania – na etapie analizy czy ich porozumienie spełnia przesłanki naruszenia art. 101 ust. 1 TfUE lub art. 6 ust. 1 Ustawy – dowodów, że nie wywołuje ono antykonkurencyjnych skutków, a zatem nie ogranicza konkurencji[49]. Uważają oni, że na tym etapie strony porozumienia mogą jednak argumentować, że porozumienie nie narusza art. 101 ust. 1 TfUE lub art. 6 ust. 1 Ustawy z uwagi na realizowanie przez nie uzasadnionego interesu publicznego związanego np. z funkcją regulacyjną[50]. Stronom porozumienia pozostaje zatem jedynie próba wykazania (z iluzorycznymi szansami na sukces w przypadku tzw. *hard-core restrictions*), że porozumienie spełnia warunki z art. 101 ust. 3 TfUE lub art. 8 ust. 1 pkt 1–4 Ustawy (innymi słowy, że pomimo ograniczania konkurencji to ograniczenie może być jednak tolerowane z uwagi na przeważanie prokonkurencyjnych aspektów takiego porozumienia, przez co porozumienie traci przymiot bezprawnego). Inni natomiast uważają jednak, że pomimo, iż domniemanie an-

niepubl.; wyrok SOKiK z 24.3.2004 r., sygn. akt XVII Ama 40/02, Dz.Urz. UOKiK 2004, nr 3, poz. 31; decyzja Prezesa UOKiK z 25.8.2006 r. nr RPZ 23/2006.

[47] O. Odudu, *The Boundaries of EC...*, s. 113 i n. oraz opinia Rzecznik Generalnej Kokott z 19.11.2009 r. w sprawie C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV i in.*, dostępne na www.curia.eu, pkt. 45.

[48] E. Gellhorn, W.E. Kovacic, S. Calkins, *Antitrust Law and Economics. In A Nutshell*, wyd. 5, Thomson West 2004, s. 201.

[49] A.P. Reindl, *Resale Price Maintenance and Article 81 EC: Developing a More Sensible Analytical Approach* [w:] *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute. International Antitrust Law & Policy*, red. B.E. Hawk, Juris Publishing, Inc., 2010, s. 1328; oraz M. Marquis, *02 (Germany) v. Commission and the exotic mysteries of Article 81(1) EC*, „European Law Review" 2007, nr 32, s. 34–39.

[50] Wyrok TS z 19.2.2002 r. w sprawie C-309/99 *Wouters i in.*, Zb.Orz. 2002, I-1577, pkt 97 oraz wyrok TS z 18.7.2006 r. w sprawie C-519/04 P *Meca Medina v. Komisja*, Zb.Orz. 2006, I-6991.

tykonkurencyjnych skutków porozumień zakazanych ze względu na ich cel (przedmiot) jest silne, to niemniej jednak (w ramach I etapu analizy, tj. w ramach badania czy porozumienie podpada pod zakaz z art. 101 ust. 1 TfUE lub odpowiednio art. 6 ust. 1 Ustawy) może zostać wzruszone, jeżeli zostaną przedstawione przekonujące dowody świadczące o tym, iż w odniesieniu do konkretnego porozumienia nie można oczekiwać wystąpienia antykonkurencyjnego skutku[51]. Teza ta znajduje uzasadnienie w fakcie, że łatwiej jest wykazać, że konkretne porozumienie nie ogranicza konkurencji na etapie jego analizy w ramach art. 101 ust. 1 TfUE (lub art. 6 ust. 1 Ustawy) niż wykazywać, na etapie analizy spełniania przez to porozumienie wszystkich przesłanek z art. 101 ust. 3 TfUE (lub z art. 8 ust. 1 pkt 1–4 Ustawy), że z uwagi na prokonkurencyjne skutki to ograniczenie winno być jednak tolerowane.

Warto jednak w tym miejscu podkreślić, że nie należy porozumień zakazanych w prawie UE lub polskim ze względu na cel (przedmiot) utożsamiać z porozumieniami zakazanymi *per se* (z samej swojej istoty) na podstawie art. 1 ustawy Sherman'a[52]. Zasadnicza różnica pomiędzy tymi systemami (unijnym oraz polskim a amerykańskim) sprowadza się do tego, że w przypadku naruszenia z kategorii *per se* (np. ustalanie cen lub podział rynku pomiędzy konkurentami) prawo amerykańskie całkowicie wyklucza podnoszenie przez przedsiębiorców argumentu, że zawarte przez nich porozumienie nie ogranicza konkurencji. Nie ma również prawnej możliwości wyłączenia takiego porozumienia spod zakazu (co jest teoretycznie możliwe w prawie unijnym oraz polskim nawet w stosunku do karteli cenowych w oparciu o przepis art. 101 ust. 3 TfUE lub art. 8 ust. 1 pkt. 1–4 Ustawy[53]).

5. Konsekwencje związane z brakiem zakwalifikowania porozumienia do kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot)

Jeśli okaże się, że konkretne porozumienie nie kwalifikuje się do kategorii porozumień należących do tzw. *object box* tzn. zakazanych ze

[51] M. Bennett, A. Fletcher, E. Giovannetti, D. Stallibrass, *Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy and Small Steps Towards a More Nuanced Policy* [w:] *Annual Proceedings...*, red. B.E. Hawk, s. 500; O. Odudu, *Restrictions of Competition by Object – What's the Beef*, „Competition Law Journal" 2008, nr s. 11 i n.

[52] Tak nieprawidłowo Prezes UOKiK w decyzji z 31.12.2010 r. nr DOK-11/2010, pkt. 182 – „Porozumienia tego typu, stanowiące najpoważniejsze ograniczenia konkurencji uznaje się za zakazane per se".

[53] Wyrok Sądu z 15.7.1994 r. w sprawie T-17/93 *Matra Hachette v. Komisja*, Zb.Orz 1994, II-595, pkt 85.

względu na cel (przedmiot) to niezbędne jest przeanalizowanie jego skutków[54]. W takim przypadku Komisja lub Prezes UOKiK są zobowiązani (na organie spoczywa bowiem w tym wypadku ciężar dowodu) do przeprowadzenia obszernej i uciążliwej analizy rzeczywistych lub potencjalnych skutków porozumienia na rynku[55] (mając na uwadze aktualną oraz potencjalną konkurencję)[56], wraz z dokładnym zdefiniowaniem rynku właściwego w jego wymiarze produktowym i geograficznym, oraz do określenia sytuacji która miałaby miejsce na rynku, gdyby dane porozumienie nie zostało zawarte. Innymi słowy, obowiązek ten sprowadza się do określenia alternatywnej, hipotetycznej sytuacji, która miałaby miejsce w braku tego porozumienia z uwzględnieniem jednak prawnych i ekonomicznych warunków, które występowały na rynku w czasie funkcjonowania ocenianego porozumienia (ang. *counterfactual*)[57]. W analizie tej nacisk musi być położony na naturę produktu lub usługi, strukturę oraz aktualne, rzeczywiste warunki ekonomiczne, na jakich funkcjonuje rynek i w którym funkcjonuje przedsiębiorca[58]. Pod uwagę bierze się również stopień siły rynkowej stron porozumienia, prawny i ekonomiczny kontekst sprawy, w tym efekt sieci porozumień, niezbędne ograniczenia dodatkowe (ang. *ancillary restraints*), w tym ograniczenia uzasadnione z biznesowego punktu widzenia (ang. *commercial ancillarity*)[59], ewentualne uzasadnione cele interesu publicznego (ang. *regulatory ancillarity*)[60]. Jeśli po takiej pełnej analizie skutków, w jej rynkowym kontekście, okaże się, że porozumienie ograniczyło konkurencję, to wtedy można uznać, że narusza ono przepis art. 101

[54] Sprawa BIDS, pkt. 15.; sprawa T-Mobile, pkt 28.

[55] Zob. np. wyrok TS z 12.12.1967 r. w sprawie 23/67 *Brasserie De Haecht v. Wilkin Janssen*, Zb.Orz. 1967, 407, pkt. 415; wyrok TS z 28.2.1991 r. w sprawie C-234/89 *Delimitis v. Henninger Bräu*, Zb.Orz. 1991, I-935, pkt 13.

[56] Wyrok Sądu z 12.6.1997 r. w sprawie T-504/93 *Tiercé Ladbroke v. Komisja*, Zb.Orz. 1997, II-923.

[57] Zob. wyrok Sądu z 2.5.2006 r. w sprawie T-328/03 *O2 (Germany) v. Komisja*, Zb.Orz. 2006, II-1231, pkt 73. Szerzej na ten temat zob. C. Veljanovski, *Counterfactual Tests in Competition Law*, „Competition Law Journal" 2010, nr 4, dostępne także na http://ssrn.com/abstract=1714706.

[58] Zob. np. sprawa ENS, pkt 136; wyrok Sądu z 14.5.1997 r. w sprawie T-77/94 *VBG i in. v. Komisja*, Zb.Orz. 1997, II-759, pkt 140.

[59] Porozumienia, zawierające klauzule mogące naruszyć swobodę drugiej strony w zakresie podejmowania decyzji gospodarczych (zawarte często w porozumieniach dystrybucyjnych) niekoniecznie (same w sobie) naruszają konkurencję – zob. np. wyrok TS z 30.6.1966 r. w sprawie 56/65 *Société Technique Miniere* Zb.Orz. 1966 235; wyrok Sądu z 15.12.1994 r. w sprawie C-250/92 *Gottrup-Klim i in. Grovvareforeninger v. Dansk Landbrugs Grovvareselskab*, Zb.Orz. 1994, I-5641.

[60] Zob. szerzej R. Whish, D. Bailey, op.cit., s. 128–133.

ust. 1 TfUE lub art. 6 ust. 1 Ustawy (ogranicza konkurencję ze względu na skutek)[61]. Szacuje się, że konieczność przeprowadzenia w sprawie takiej analizy wydłuża o 1 rok do 2 lat postępowanie przed Komisją.

6. Praktyka Prezesa UOKiK w odniesieniu do interpretacji i stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel (przedmiot)

Interpretacja przepisu art. 6 ust. 1 Ustawy, w decyzjach administracyjnych Prezesa UOKiK, w zakresie odnoszącym się do porozumień zakazanych ze względu na cel, odbiega od przedstawionego powyżej rozumienia i interpretacji (przez Komisję, sądy unijne i przedstawicieli unijnej doktryny prawa) ustanowionego w przepisie art. 101 ust. 1 TfUE zakazu porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel (przedmiot – ang. *by object*). W orzecznictwie Prezesa UOKiK wskazać można bowiem szereg decyzji, w których za naruszające zakaz z art. 6 ust. 1 Ustawy (ze względu na cel) uznano porozumienie nienależące do kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot), czyli nienależące do tzw. ang. *object box*, bez przeprowadzania analizy skutków tego porozumienia (poprzez analizę tzw. ang. *counterfactual*). Przykładowo w decyzji z 6.7.2007 r. nr RLU-28/2007 Prezes UOKiK uznał, że porozumienie polegające na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminującego z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem (o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt. 6 ustawy z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[62] (dalej jako „Ustawa(2000)") – obecnie w art. 6 ust. 1 pkt 6 Ustawy) – stanowiło ograniczenie konkurencji z uwagi na cel (s. 28–33 ww. decyzji). Tak samo Prezes UOKiK w decyzji z 29.5.2006 r. nr DOK-49/06, s. 23–24[63], w której uznał, że taki sam rodzaj porozumienia (o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 6 Ustawy(2000)) ogranicza konkurencję ze względu na cel (jednocześnie nie sposób uznać, że analiza na s. 25 tej decyzji jest analizą antykonkurencyjnych skutków porozumienia). Podobnie orzekł Prezes UOKiK – rów-

[61] W wyroku z 12.4.2011 r. w sprawie T-461/07 *Visa Europe Ltd and Visa International Service v. Komisja*, niepubl., dostępne na http://www.curia.europa.eu/, Sąd potwierdził, że zgodne z prawem jest nałożenie kary pieniężnej na przedsiębiorcę w sytuacji stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję ze względu na skutek.

[62] T.j.: Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.

[63] Decyzja została ostatecznie utrzymana w mocy wyrokiem SA z 21.4.2011 r., sygn. akt VIA Ca 996/10.

nież w odniesieniu do praktyki z art. 5 ust. 1 pkt 6 Ustawy(2000) – w decyzji z 21.12.2005 r. nr DOK-172/05[64] (s. 36–40), w decyzji z 29.12.2006 r. DOK-164/06 (s. 20–26) oraz w decyzji z 29.12.2006 r. DOK 164/06 (s. 23–26)[65].

W powyżej zaprezentowanych decyzjach Prezes UOKiK – bez badania (lub bez należytego badania) skutków porozumienia (pomimo, że tego typu porozumienie nie należy obiektywnie do kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel, w związku z czym konieczna była analiza skutków porozumienia) stwierdził, że porozumienie ogranicza konkurencję ze względu na cel, przy czym decydujący dla takiej konkluzji był subiektywny cel działania uczestników porozumienia zmierzający do wywołania skutku w postaci ograniczenia konkurencji (który to cel, w ocenie Prezesa UOKiK, występował w tych sprawach i został przez niego udowodniony). Taka praktyka prowadzi zatem do (nieprawidłowego jednak) wniosku, że każde porozumienie – nawet takie, które nie zawiera się w zbiorze porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot), tj. które obiektywnie nie należy do tzw. *object box*, a więc nawet porozumienie:

---

[64] Decyzja została utrzymana w mocy wyrokami SA z 17.6.2008 r., sygn. akt VI Aca1162/07, VI Aca 1144/07 oraz z 20.11.2008 r. VI ACa 1161/07. SN w drodze postanowień z 29.4.2009 r., sygn. akt III SK7/09 oraz III SK 8/09 odmówił w tej sprawie przyjęcia skarg kasacyjnych do rozpoznania.

[65] W decyzji tej Prezes UOKiK uznał, że porozumienie wertykalne zawierające zobowiązanie wyłącznego zakupu (ang. *exclusive purchasing*), które z uwagi na przekroczenie udziałów rynkowych nie podlegało grupowemu wyłączeniu spod zakazu porozumień, stanowi porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel. Decyzja ta została zmieniona przez SOKiK (wyrok z 18.8.2008 r., sygn. akt XVII Ama 83/07, niepubl.), a wyrok ten został w całości utrzymany przez SA w Warszawie (wyrok z 25.2.2010 r., sygn. akt VI ACa 61/09, niepubl.). Niemniej jednak sądy obu instancji uznały, że zobowiązanie wyłącznego zakupu stanowi porozumienie zakazane ze względu na cel, a nie ze względu na skutek – szerzej M. Modzelewska de Raad, *More economic approach to exclusivity agreements: how does it work in practice? Case comment to the judgment of the Court of Appeals in Warsaw of 25 February 2010 – Lesaffre Polska (Ref. No. VI ACa 61/09)*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies" 2011, nr 4(5), s. 267–275; A. Bolecki, *Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2012, nr 1, s. 27–29 oraz A. Piszcz, *Przegląd polskiego orzecznictwa antymonopolowego za lata* 2010–2011 (cz. I), „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2012, nr 1, s. 133. Stanowisko zarówno Prezesa UOKiK jak i SOKiK oraz Sądu Apelacyjnego w Warszawie odnośnie do zakwalifikowania zobowiązania wyłącznego zakupu do kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel pozostaje jednak w jawnej sprzeczności ze stanowiskiem wyrażanym w unijnym prawie konkurencji, w którym jasne jest, że zobowiązanie wyłącznego zakupu nie należy do kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel, lecz do kategorii porozumień zakazanych ze względu na skutek– zob. R. Whish, D. Bailey, op.cit., s. 637–639 oraz wskazane tam orzecznictwo Komisji oraz sądów unijnych.

— które z samej swojej natury nie ma zdolności, potencjału ograniczenia konkurencji/nie posiada naturalnej tendencji do wywołania nieuchronnych, negatywnych skutków dla konkurencji,
— które nie jest oczywistym naruszeniem reguł konkurencji,
— wobec którego doświadczenie i nauka ekonomii nie wskazują, że będzie nieuchronnie wywoływać niekorzystne skutki na rynku i stanowić zagrożenie dla realizacji celów UE czy celów polskiej polityki konkurencji,

może jednak stanowić porozumienie zakazane ze względu na cel (przez to naruszać przepis art. 6 ust. 1 Ustawy). Dla takiego wniosku (w oparciu o praktykę Prezesa UOKiK) wystarcza jedynie możliwość przypisania stronom takiego porozumienia (spoza kategorii ang. *object box*) subiektywnego celu zmierzającego do ograniczenia konkurencji.

Zaprezentowana powyżej praktyka oraz płynący z niej wniosek stanowi zaprzeczenie rozumienia w prawie i doktrynie unijnej zagadnienia porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot) lub skutek. Praktyka ta prowadzi również do zatarcia istotnej różnicy pomiędzy porozumieniami zakazanymi ze względu na cel (przedmiot) lub skutek. Jeśli takie podejście, przy tego rodzaju porozumieniu, znalazłoby zastosowanie w sytuacji, w której równolegle z prawem polskim stosowane byłoby prawo unijne, to mielibyśmy najprawdopodobniej do czynienia z naruszeniem reguły konwergencji wynikającej z przepisu art. 3 ust. 2 Rozporządzenia nr 1/2003 (w stosunku do takiego rodzaju porozumienia prawo krajowe byłoby bowiem bardziej rygorystyczne, niż prawo unijne, co nie jest dopuszczalne[66]). W oparciu o prawo polskie doszłoby bowiem do stwierdzenia ograniczenia konkurencji ze względu na cel porozumienia (bez badania jego skutków), podczas gdy na podstawie prawa unijnego nie można byłoby stwierdzić, że porozumienie takie sta-

[66] Słusznie uważa się, że zgodnie z regułą konwergencji w stosunku do tej samej wielostronnej praktyki przedsiębiorców (ocenianej równolegle na gruncie prawa krajowego i unijnego) Prezes UOKiK nie może w oparciu o przepis art. 6 ust. 1 Ustawy zakazać praktyki, która nie byłaby zakazana na mocy art. 101 ust. 1 TfUE. Z uwagi na prymat prawa UE przepisy prawa krajowego (przy ich równoległym stosowaniu z prawem unijnym) nie mogą również nie zakazywać porozumień, które są sprzeczne z prawem UE. Prawo krajowe odnoszące się do zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie może być więc bardziej restrykcyjne ani też bardziej liberalne niż prawo unijne. A zatem, rezultat równoległego stosowania przepisów polskich (art. 6 ust. 1 Ustawy) i unijnych (art. 101 ust. 1 TfUE) musi być taki sam – szerzej R. Whish, op.cit., s. 76–77; E. De Smijter, L. Kjolbye, *The Enforcement System under Regulation 1/2003* [w:] *The EC Law...*, red. J. Faull, A. Nikpay, s. 100–107; oraz M. Krasnodębska-Tomkiel, *Wspólnotowe prawo konkurencji – skutki dla Polski*, Warszawa 2006, s. 277–280.

nowi ograniczenie ze względu na cel (przedmiot). W przypadku takich porozumień (innych niż tzw. *hard-core restrictions*, o jakich mowa obecnie np. w art. 6 ust. 1 pkt 6 Ustawy) prawo unijne dla stwierdzenia ich bezprawności wymaga bowiem przeprowadzenia analizy ich skutków.

Zaprezentowana powyżej interpretacja Prezesa UOKiK w odniesieniu do rozumienia porozumień zakazanych ze względu na cel lub skutek jest spowodowana, jak się wydaje, literalnym brzmieniem przepisu art. 6 ust. 1 Ustawy. Przepis ten posługując się wyrażeniem „cel" (a nie przedmiot) pozwala bowiem Prezesowi UOKiK w zasadzie każdym porozumieniu z dosyć dużą łatwością odnaleźć lub wywnioskować z zachowania przedsiębiorców subiektywny cel stron porozumienia w postaci ograniczenia konkurencji. W konsekwencji pozwala to Prezesowi UOKiK na łatwe i szybkie stwierdzenie, że porozumienie to ogranicza konkurencję ze względu na celu, pomimo tego, że wcale nie należy ono (i obiektywnie nie powinno należeć) do kategorii porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel (nie należy do tzw. *object box*, nie kwalifikuje się do kategorii najcięższych ograniczeń konkurencji) oraz pomimo braku przeprowadzenia analizy rzeczywistych lub potencjalnych skutków takiego porozumienia na rynku. Prezes UOKiK wykazuje więc tendencję do nieuzasadnionego poszerzania kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot), albowiem taka kwalifikacja znacząco ułatwia organowi antymonopolowemu stwierdzenie praktyki ograniczającej konkurencję. Jednocześnie w decyzjach Prezesa UOKiK brak jest rozważań dlaczego akurat w tej konkretniej sprawie i w odniesieniu do konkretnego typu porozumienia organ antymonopolowy zdecydował się rozszerzyć zakres kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel (tj. włączyć dodatkowy typ porozumienia do *object box*). Prezes UOKiK może rzecz jasna, uznać, że badane porozumienie powinno zostać włączone do *object box* i być zakazane ze względu na cel, lecz szczegółowe motywy takiego działania organu powinny być szeroko przedstawione w decyzji i poparte analizą ekonomiczną uzasadniającą rozszerzenie *object box* o ten typ porozumienia.

W kontekście powyższych uwag warto również zauważyć, że analizą ze względu na skutek nie jest stwierdzenie zawarte często w wielu decyzjach Prezesa UOKiK, że pomimo tego, że dane porozumienie ogranicza konkurencję ze względu na cel to także ogranicza konkurencję z uwagi na skutek „albowiem ceny wzrosły"[67]. Jest to tylko daleko idący (i niepoprawny) skrót

[67] Zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 24.5. 2010 r. nr DOK-4/2010, pkt. 337–342. Podobnie także w decyzji z 16.3.2012 r., RWR 7/2012, s. 35.

myślowy. Nie może on być w żadnym wypadku utożsamiany z analizą porozumienia jako zakazanego ze względu na skutek. Prezes UOKiK nie analizuje bowiem tutaj co stałoby się, gdyby takiego porozumienia nie było tzn. nie rozważa sytuacji alternatywnej (ang. *counterfactual*), tj. czy w takim alternatywnym stanie ceny wzrosłyby mniej lub wcale, a jedynie stwierdza fakt bez porównania tego stanu do stanu alternatywnego, hipotetycznego[68].

7. Uwagi *de lege ferenda*

Wydaje się, że przedstawiony powyżej problem dotyczący interpretacji i stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel może wynikać ze stosowania do art. 6 ust. 1 Ustawy obowiązującej w prawie cywilnym metody wykładni oświadczeń woli (umów). Zgodnie bowiem z przepisem art. 65 § 2 k.c. przy wykładni oświadczeń woli wchodzących w skład umów priorytet przyznaje się subiektywnej metodzie, która skupia się na rzeczywistej zgodnej woli (intencji) stron. Być może omawiany problem mógłby zostać rozwiązany przez zmianę sposobu interpretacji przepisu art. 6 ust. 1 Ustawy, w ten sposób, że decydujące znaczenie miałby obiektywny cel porozumienia, tj. jego przedmiot, abstrahując jednocześnie od celu stawianego przez strony porozumienia, ich intencji czy zamiarów[69]. Wydaje się jednak, że optymalnym rozwiązaniem, które usunęłoby możliwość błędnego interpretowania przepisu art. 6 ust. 1 Ustawy we wskazanym zakresie, byłaby jego nowelizacja (przy okazji zapowiadanych przez UOKiK zmian ustawy[70]) w ten sposób, że wyrażenie „cel" zostałoby zastąpione przez wyrażenie „przedmiot". Przepis ten po nowelizacji mógłby uzyskać następujące brzmienie: „zakazane są porozumienia, których przedmiotem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym...". Wydaje się, że taka zmiana, poprzez niejako wymuszenie odejścia od wikłania się w rozważania na temat subiektywnych celów, intencji, woli czy zamiarów stron porozumienia, mogłaby zdecydowanie przyczynić się do

[68] Szerzej na temat aktualnej analizy skutkowej porozumień dokonywanej przez Prezesa UOKiK zob. A. Bolecki, op.cit., s. 20–25.

[69] Pewną zmianę sposobu interpretacji można już zauważyć w niektórych niedawnych decyzjach Prezesa UOKiK np. z 28.11.2011 r., nr DOK-10/2011, pkt 115 oraz z 28.12.2011 r., nr DOK-12/2011, pkt 106.

[70] Zob. *Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* z 16.7.2012 r., dostępny na http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/1/projekt/43452/katalog/43464

prawidłowego rozumienia i stosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję i byłaby bliższa zasadzie ekonomizacji i racjonalizacji stosowania tego zakazu[71]. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję ze względu na przedmiot nie byłby bowiem stosowany wobec porozumień, wobec których nauka ekonomii i doświadczenie nie przesądziło, że co do zasady prowadzi ono (nieuchronnie) do antykonkurencyjnych skutków. Sprzyjałoby to również pożądanej horyzontalnej kooperacji pomiędzy przedsiębiorcami[72], która przy ww. praktyce Prezesa UOKiK, może być hamowana w obawie przed stwierdzeniem praktyki ograniczającej konkurencję i nałożeniem wysokiej kary pieniężnej. Zmiana ta minimalizowałaby również ryzyko popełniania błędów polegających na wydawaniu przez Prezesa UOKiK decyzji błędnie stwierdzających praktykę ograniczającą konkurencję, w sytuacji gdy takie ograniczenie obiektywnie nie miało miejsca. Dodatkowo, w razie równoległego stosowania prawa polskiego i unijnego, odpadłby problem związany z ryzykiem naruszania reguły konwergencji.

8. Uwagi końcowe

Konkludując, może się wydawać, że kwestia celu (przedmiotu) lub skutku porozumienia, po ponad 20 latach obowiązywania w Polsce prawa konkurencji, powinna być jasna. Być może jest to powód, dla którego kwestia ta, w decyzjach Prezesa UOKiK, traktowana jest raczej „lekko" i przez to – jak wykazał niniejszy artykuł – w określonych aspektach, inaczej niż w prawie unijnym, przez co błędnie. Podobnie przedsiębiorcy oraz ich doradcy prawni nie wykorzystują potencjału jaki niesie ze sobą rozróżnienie na kategorie porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot) lub skutek. W ostatnich latach byliśmy przecież świadkami wydania przez sądy unijne kilku istotnych wyroków, w których kwestia celu (przedmiotu) lub skutku porozumienia zajmowała ważne miejsce[73]. W najbliższej przyszłości zagad-

[71] Szerzej na ten temat 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 roku*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2012, nr 1, s. 33–49.

[72] Na ten temat np. A. Jurkowska, *Reforma wspólnotowego prawa konkurencji w zakresie wyłączenia spod zakazu kartelu porozumień horyzontalnych*, „Prawo Unii Europejskiej" 2001, nr 2, s. 20–25.

[73] Zob. np. sprawa BIDS; sprawa T-Mobil oraz sprawa GSK.

nienie to będzie niewątpliwie jeszcze bardziej „eksploatowane". Wynika to z faktu coraz większego zaangażowania ekonomistów w sprawy antymonopolowe. Próbują oni (niekiedy z sukcesem[74]) wykazywać, że konkretne porozumienie, lub cała ich kategoria, nie powinno być traktowane jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) lecz jako porozumienie zakazane ze względu na skutek, przez co zakres kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel (przedmiot) może podlegać zmianom.

Object restrictions in the EU and Polish competition law

Article 101 section 1 of the Treaty on the Functioning of the European Union as well as Article 6 section 1 of the Act on Competition and Consumer Protection prohibits all agreements between undertakings having as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition. It is being claimed that the meaning and scope of the prohibition of the anticompetitive agreement is identical in UE law and Polish law. The same is being rightly said with respect to the terms "an undertaking" and "an agreement". Although the content of Article 101 section 1 of the TFEU and Article 6 section 1 of the Act is the same the query is: does the prohibition of object restrictions as established in these articles have exactly the same meaning? Is the prohibition of object restrictions understood and applied in the same way by the Commission and the President of the Office for Competition and Consumer Protection (hereafter "the OCCP President")? The subject matter of this paper is to show that regardless of the same content of the above mentioned provisions of law, the ban on object restrictions is understood and applied differently in the UE law (by the Commission and EU courts) and in Polish law (by the OCCP President and national courts). It seems that the OCCP President, unlike EU Institutions, attaches too much importance to the subjective intention and aim of the parties to the agreement rather than to the object of the agreement. Therefore, such a practice cannot be considered as being in compliance with the economic approach to application of the prohibition of agreements restricting competition.

[74] Zob. np. sprawę rozstrzygniętą przez SN USA wyrokiem z 28.6.2007 r. *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS, Inc.* 551 U.S. 877 (2007).