

Kamil Kłopotcki*

Czy potrzebna jest ustawowa definicja kartelu? Rozważania w oparciu o propozycję definicji zawartą w projekcie ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji

Spis treści

- I. Zagadnienia wprowadzające
- II. Dotychczasowe próby definiowania pojęcia kartelu a definicje zawarte w dyrektywie 2014/104 oraz projekcie ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji
- III. Definicja porozumienia zawarta w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów
- IV. Czy potrzebna jest ustawowa definicja kartelu?

Streszczenie

W projekcie ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji, implementującej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objętego przepisami prawa krajowego, pojawia się po raz pierwszy w polskim systemie prawnym definicja kartelu. W ustawie z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, jak również w ustawach ją poprzedzających, m.in. ustawie o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, polski prawodawca definiował z kolei pojęcie porozumienia (ograniczającego konkurencję). Nie ulega wątpliwości, że oba terminy są częściowo tożsame. Kartel jest bowiem formą porozumienia. Czy tworzenie ustawowej definicji kartelu jest więc w ogóle potrzebne? Czy w przypadku nie wprowadzania definicji kartelu do polskiego ustawodawstwa będziemy w stanie sprostać wymaganiom zawartym w dyrektywie dotyczącym domniemania zaistnienia szkody w przypadku funkcjonowania kartelu? Co prawda projekt ustawy rozszerza owo domniemanie także na innego rodzaju praktyki naruszające konkurencję, jednak rozwiązanie to zdaje się stać w sprzeczności z założeniami, które leżały u podstaw tworzenia w dyrektywie nie tylko definicji kartelu, lecz także szerzej, założeniami leżącymi u podstaw tworzenia samej dyrektywy i będzie musiało zostać odpowiednio zmienione w toku prac legislacyjnych. Nie ulega wątpliwości, że innego rodzaju praktyki

* Doktorant w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu; prawnik w dziale prawa konkurencji kancelarii WKB Wierciński Kwieciński Baehr; e-mail: kamil.klopocki@wkb.com.pl.

są niekiedy mniej szkodliwe od kartelu i tym samym nie zawsze będą pociągały za sobą szkodę. Chociażby w tym kontekście stworzenie odpowiednio precyzyjnej definicji kartelu wydaje się być zarówno przydatne, jak i konieczne.

Słowa kluczowe: kartel; porozumienie; konkurenci; przedsiębiorcy.

JEL: K21

I. Zagadnienia wprowadzające

15 listopada 2016 r. na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji pojawił się pierwszy projekt ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji¹ (dalej: Projekt ustawy), implementującej postanowienia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objętego przepisami prawa krajowego² (dalej: Dyrektywa). W projekcie tym pojawia się po raz pierwszy w polskim systemie prawnym definicja kartelu. Następnie, pojawiły się jeszcze trzy kolejne projekty: z 22 grudnia 2016 r.³; z 13 stycznia 2017 r.⁴ oraz z 7 lutego 2017 r.⁵, które w zakresie treści tej definicji pozostały tożsame.

W toku konsultacji społecznych oraz opiniowania przedmiotowego projektu głos zabrały m.in. środowiska praktyków, przedstawiciele doktryny prawa konkurencji, reprezentacje przedsiębiorców czy zawodów prawniczych. Wśród przesłanych do Ministerstwa Sprawiedliwości pism zawierających uwagi do zaproponowanych regulacji znalazły się zarówno liczne uwagi merytoryczne, jak i dotyczące prostych kwestii językowych. Wśród głosów polemicznych dotyczących zaproponowanych rozwiązań legislacyjnych brak jest jednak głębszej analizy definicji kartelu zawartej w art. 2 pkt 3 projektu ustawy – znajdującej się także w Dyrektywie i stanowiącej bazę dla jej dalszych przepisów. W trakcie analizy wskazanych definicji wręcz automatycznie pojawia się pytanie czy jej formułowanie w projekcie ustawy jest w ogóle uzasadnione, biorąc pod uwagę istniejącą już w polskim systemie prawnym definicję porozumienia ograniczającego konkurencję. Jeżeli uznać, że jest to zasadne, należy odpowiedzieć w pierwszej kolejności czy propozycja definicji zawarta w projekcie ustawy odpowiada treściowo tej, zawartej w Dyrektywie. Następnie konieczne jest szersze spojrzenie na resztę przepisów Projektu ustawy w celu zbadania czy współgrają z ową definicją, tzn. czy ich treść stanowi logiczną konsekwencję definiowania tej praktyki w Projekcie ustawy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że unijny prawodawca zdefiniował kartel z ważnych

¹ Numer z wykazu: UC78 – dostępny na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji pod adresem: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12292051/12389785/12389786/dokument255466.pdf> (27.02.2017).

² Dz. Urz. UE L 349 z 5.12.2014, s. 1.

³ Numer z wykazu: UC78 – dostępny na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji pod adresem: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12292051/12389807/12389808/dokument264683.pdf> (27.02.2017).

⁴ Numer z wykazu: UC78 – dostępny na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji pod adresem: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12292051/12389812/12389813/dokument269721.pdf> (27.02.2017).

⁵ Numer z wykazu: UC78 – dostępny na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji pod adresem: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12292051/12389818/12389819/dokument273620.pdf> (27.02.2017).

powodów. Jednym z nich jest z pewnością domniemanie wystąpienia szkody w przypadku wystąpienia kartelu. Owo domniemanie wynika w tym przypadku z charakteru karteli, których skutki są w sposób oczywisty antykonkurencyjne; do skutków tych należy zaliczyć m.in. znaczne podwyższenie cen, nieefektywność alokacyjną, produkcyjną jak również innowacyjną, charakterystyczną dla rynków monopolistycznych (Turno, 2013, s. 214). W tym sensie zaliczyć je należy do szerszej kategorii porozumień, które są zakazane ze względu na ich antykonkurencyjny cel (Stawicki, 2012, s. 15)⁶. Na szczególnie szkodliwy charakter kartelu zwrócił ponadto uwagę właśnie prawodawca unijny, wskazując w preambule Dyrektywy, że „w zależności od okoliczności sprawy kartel prowadzi do podwyższenia cen lub uniemożliwia obniżenie cen, które nastąpiłoby, gdyby naruszenie nie miało miejsca”⁷. Domniemanie wystąpienia szkody w świetle Projektu ustawy obejmuje jednak także inne niż kartel praktyki naruszające konkurencję.

Na osobną dyskusję zasługuje próba rozstrzygnięcia, w jakiej ustawie powinna znaleźć się ewentualna definicja kartelu. Nie budzi przecież wątpliwości, że pojęcie kartelu znane jest doktrynie prawa konkurencji budowanej dotychczas w oparciu o ustawę z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁸ (dalej: uokik), stanowiącej część dorobku prawa publicznego. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK), orzekając o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, niejednokrotnie orzekał o porozumieniach spełniających cechy kartelu w rozumieniu Projektu ustawy. Pojęcie kartelu wiąże się także z funkcjonującym na bazie przepisów uokik programem łagodzenia kar (*leniency*).

Zgodnie z przepisami Projektu ustawy, regulującej z kolei zagadnienia prywatnoprawne, sądy powszechne niekiedy będą musiały orzec o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, zanim wypowiedzą się na temat ewentualnej szkody oraz jej wysokości⁹. Nie zawsze bowiem wydanie wyroku poprzedzone będzie wydaniem decyzji przez Prezesa UOKiK. Materia regulowana Projektem ustawy oraz ta zawarta w przepisach uokik są więc częściowo zbieżne, a kluczowym wspólnym elementem jest zakaz stosowania praktyk określonych w art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁰ (dalej: TFUE) oraz 6 lub 9 uokik, których wystąpienie na gruncie uokik stwierdza Prezes UOKiK oraz kwestia właściwej terminologii odnoszącej się do tych praktyk. Prowadzi to do wniosku, że nie należy tych ustaw w sposób sztuczny od siebie oddzielać, a pojęcie kartelu powinno być analizowane zarówno w odniesieniu do Projektu ustawy, jak i do przepisów uokik, a nie tylko w odniesieniu do jednej albo do drugiej ustawy. Nie ma również sensu tworzenie ewentualnych dwóch odrębnych definicji kartelu w każdej z tych ustaw.

⁶ Autor wskazuje, że do katalogu porozumień zakazanych ze względu na cel należy zaliczyć te wymienione w art. 6 ust. 1 pkt 1–3 oraz 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym w pierwszej kolejności porozumienia poziome (między konkurentami), których przedmiotem jest ustalanie cen i innych warunków sprzedaży towarów i usług, następnie porozumienia między konkurentami, których celem jest podział rynków bądź klientów albo ograniczenie produkcji czy w końcu zmywy przetargowe (zob. także Turno, 2013, s. 216).

⁷ Zob. motyw 47 preambuły Dyrektywy. Jak zauważono, w związku z tajnym charakterem kartelu, domniemanie ma zaradzić kwestii asymetrii w dostępie do informacji oraz niektórym innym problemom związanym z ustalaniem wysokości szkody wynikającej z naruszenia prawa konkurencji. Ma też zapewnić skuteczność roszczeń odszkodowawczych.

⁸ T.j. Dz.U. 2017, poz. 229.

⁹ Zgodnie z art. 30 Projektu ustawy „ustalenia prawomocnej decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję lub prawomocnego wyroku sądu wydanego w wyniku wniesienia środka odwoławczego od takiej decyzji wiążą sąd w postępowaniu o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji co do stwierdzenia naruszenia prawa konkurencji”.

¹⁰ Dz. Urz. UE C 326, s. 49.

II. Dotychczasowe próby definiowania pojęcia kartelu a definicje zawarte w dyrektywie 2014/104 oraz projekcie ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji

Definiowanie pojęcia kartelu jest istotnie skomplikowane. Pomimo generalnej zgody odnośnie do przykładów praktyk, które można nazwać kartelem, jego precyzyjna definicja bywa nieuchwytna. Wynika m.in. ze złożonej etymologii tego słowa (o etymologii słowa „kartel” zob. np. Harding i Joshua, 2007, s. 12–13). W jaki sposób pojęcie kartelu rozumiano dotychczas? Próby definiowania tej praktyki znajdują się zarówno w publikacjach naukowych, jak i dokumentach o charakterze *soft law* wydawanych przez unijne instytucje oraz inne organizacje międzynarodowe. Jednym z przykładów ujęcia czym jest kartel pozostaje robocza definicja zawarta w motywie 1 Obwieszczenia Komisji w sprawie *leniency*¹¹. Zgodnie z nią kartele to **porozumienia i/lub uzgodnione praktyki** co najmniej dwóch **konkurentów** zmierzające do koordynowania działań konkurencyjnych na rynku i/lub do wpływania na określone czynniki konkurencji poprzez praktyki, takie jak ustalanie cen sprzedaży lub innych warunków handlowych oraz poziomu produkcji lub sprzedaży, podział rynków wraz z ustalaniem ofert przetargowych, ograniczenia przywozu lub wywozu oraz/lub działania antykonkurencyjne przeciw konkurentom (definicję tę akceptuje także: Stawicki 2016, s. 130). Centralnym elementem tej definicji jest wyliczanie konkretnych rodzajów zachowań konkurentów. Jej autorzy posługują się też wyraźnie pojęciem konkurentów jako tych podmiotów, które są zdolne do zawarcia kartelu. W konsekwencji kartel jest tu porozumieniem o charakterze horyzontalnym (a więc porozumieniem zawieranym przez przedsiębiorców działających na tym samym szczeblu obrotu).

Pojęcie kartelu zdefiniowane zostało także w rekomendacjach wydanych przez Radę OECD dotyczących skutecznych działań przeciwko kartelom¹². Zgodnie z nimi kartel to **antykonkurencyjne porozumienie, antykonkurencyjna praktyka uzgodniona lub antykonkurencyjny układ między konkurentami** zawierane w celu ustalania cen, organizowania zmów przetargowych, ustanawiania limitów/ograniczeń w produkcji, dzielenia rynku poprzez przydział klientów, dostawców, terytoriów czy kanałów sprzedaży (tłumaczenie własne)¹³. Posługując się pojęciem konkurentów, również i ona nie pozostawia wątpliwości, że kartel jest porozumieniem horyzontalnym.

Próbie zdefiniowania kartelu podjęli też przedstawiciele międzynarodowej doktryny prawa ochrony konkurencji. R. Wish i D. Bailey wskazują, że jest to **porozumienie horyzontalne** zawarte pomiędzy **niezależnymi przedsiębiorstwami** (*undertakings*) w celu ustalania cen, podziału rynków, ograniczenia produkcji oraz ustalania wyników przetargów (Whish i Bailey, 2008, s. 513)¹⁴. Pomimo użycia terminu „przedsiębiorstwa”, posługując się pojęciem „porozumienia horyzontalnego”, potwierdzają, że chodzi tu o porozumienia zawierane między konkurentami.

¹¹ Obwieszczenie Komisji w sprawie zwalniania z grzywn i zmniejszania grzywn w sprawach kartelowych (Dz. Urz. UE z 2006 r. C 298, s. 11).

¹² Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels. Pozyskano z: <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf> (27.02.2017).

¹³ A “hard core cartel” is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce (OECD Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 25.03.1998, C(98)35/final).

¹⁴ Horizontal agreements between independent undertakings to fix prices, divide markets, to restrict output and to fix the outcome of supposedly competitive tenders (tłum. wł.).

O ekonomicznej definicji kartelu wspomina z kolei Z. Jurczyk, definiując go jako związek prawnie samodzielnych przedsiębiorstw tej samej gałęzi, będących bezpośrednimi konkurentami, które w celu maksymalizacji zysku zawarły porozumienie o zaniechaniu wzajemnej konkurencji i prowadzeniu wspólnej strategii cenowej i podażowej (Jurczyk, 2015, s. 9). Autor ten zwraca uwagę, że typowy kartel tworzony jest w celu ustanowienia jednolitych cen, ograniczenia produkcji lub sprzedaży czy dokonania podziału terytorialnego rynku (Jurczyk, 2012, s. 157). Podkreśla również, że cechami tego rodzaju współpracy przedsiębiorstw są nie tylko porozumienia cenowe i ilościowe eliminujące konkurencję, ale i pewien rodzaj korporacyjnej struktury, która pozwala kartelowi realizować uzgodnione zadania, utrzymywać równowagę oraz trwać na rynku przez wiele lat.

W tym samym kierunku zmierza B. Turno, przedstawiając propozycję zwięzłej i jednocześnie bardzo praktycznej definicji kartelu, również kładącej nacisk na aspekt ekonomiczny tego pojęcia. Jak wskazuje, kartel to wyraźne **porozumienie między co najmniej dwoma niezależnymi przedsiębiorcami** oferującymi podobne towary lub usługi, którego przedmiotem jest zobowiązanie do niekonkurowania między sobą, w celu maksymalizacji wspólnego zysku jego członków (Turno, 2013, s. 211). Definicja ta, podobnie jak ta przywołana przez Z. Jurczyka rezygnuje z powszechnie stosowanych wyliczeń, o jakiego typu zachowania chodzi. Nie pozostawia jednak wątpliwości, że swoim zakresem obejmuje wszystkie te praktyki, których przykłady znalazły się m.in. w wyżej wskazanych definicjach z rekomendacji OECD czy obwieszczenia Komisji Europejskiej w sprawie *leniency*. Pomimo posłużenia się przez tego autora sformułowaniem **porozumienia przedsiębiorców**, precyzuje on jednak dalej, że przez kartel rozumie się najczęściej porozumienie między konkurentami, a nie szerzej jako porozumienia wertykalne (ibidem).

Podobnie C. Harding i J. Joshua, skupiając się na aspekcie ekonomicznym, definiują kartel jako organizację niezależnych przedsiębiorstw, podejmujących działalność gospodarczą w tym samym lub zbliżonym obszarze, stworzoną dla celów promowania wspólnych interesów gospodarczych poprzez kontrolowanie konkurencji pomiędzy tymi przedsiębiorstwami (Harding i Joshua, 2007, s. 12)¹⁵.

W sposób bardzo szeroki kartel definiuje M. Król-Bogomilska, stwierdzając, że jest nim każde porozumienie między przedsiębiorcami będącymi konkurentami (kartelowe). Jako przykłady wskazuje zmowy cenowe, podział rynku, ograniczenia produkcji lub sprzedaży, zmowy przetargowe, ograniczenia przewozu lub wywozu. Przywołując Z. Jurczyka, wskazuje także, że istnieją dwa podstawowe rodzaje karteli, tj. pierwsze tzw. klasyczne (zawierane w celu naśladowania monopolu) oraz drugie nakierowane na prowadzenie działań skierowanych przeciwko przedsiębiorstwom, które nie są członkami kartelu (Król-Bogomilska, 2013, s. 43–44; Jurczyk, 2012, s. 158–159).

Jak z kolei kartel zdefiniował europejski prawodawca w Dyrektywie oraz w jaki sposób definicję tę implementuje Projekt ustawy? Zgodnie z art. 2 pkt 14 Dyrektywy kartel oznacza **porozumienie lub uzgodnione praktyki** co najmniej dwóch **konkurentów** zmierzające do koordynowania działań konkurencyjnych na rynku lub do wpływania na istotne czynniki konkurencji poprzez takie praktyki, jak – **choć niewyłącznie** – ustalanie lub koordynowanie cen nabycia lub sprzedaży lub innych warunków transakcji handlowych, w tym odnośnie do praw własności intelektualnej, ustalanie poziomu produkcji lub sprzedaży, podział rynków i klientów (w tym zmowa przetargowa),

¹⁵ *An organization of independent enterprises from the same or similar area of economic activity, formed for the purpose of promoting common economic interests by controlling competition between themselves (tłum. wł.).*

ograniczenia przywozu lub wywozu lub działania antykonkurencyjne podejmowane przeciwko innym konkurentom. Art. 2 pkt 3 Projektu ustawy stanowi natomiast, że kartel oznacza **porozumienia lub praktyki uzgodnione** przez co najmniej dwóch **przedsiębiorców, którzy są wobec siebie konkurentami**, zmierzające do koordynowania działań konkurencyjnych na rynku lub wpływania na istotne czynniki konkurencji, **w szczególności** polegające na ustalaniu lub koordynowaniu cen nabycia lub sprzedaży lub innych warunków transakcji handlowych, w tym odnośnie do praw własności intelektualnej, ustalaniu poziomu produkcji lub sprzedaży, podziale rynków i klientów, w tym na zmowie przetargowej, ograniczeniu przywozu lub wywozu lub działaniach antykonkurencyjnych podejmowanych przeciwko innym konkurentom.

Konfrontując obie definicje należy zaznaczyć, że posługują się pojęciami „porozumienia” oraz „uzgodnionej praktyki”. O ile rozwiązanie takie nie jest kontrowersyjne w definicjach sformułowanych w dokumentach obcojęzycznych, w tym również w definicji zawartej w Dyrektywie, tworzonej na poziomie unijnym w pewnym oderwaniu od ewentualnych innych przepisów/definicji zawartych w aktach prawnych tworzonych na poziomie krajowym, o tyle w Projekcie ustawy budzi uzasadnione wątpliwości. Biorąc bowiem pod uwagę istniejącą definicję porozumienia zawartą w uokik, zawiera ona w sobie zarówno umowy i uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców bądź ich organów **jak również właśnie uzgodnienia dokonane między przedsiębiorcami**¹⁶. W tym kontekście należy zaznaczyć, że definicja kartelu zawarta w Projekcie ustawy stanowi dość bezrefleksyjną kalkę tej umieszczonej w słowniczku Dyrektywy. Wprowadzając niepotrzebny chaos pojęciowy, idzie jednak nieznacznym dalej, posługując się pojęciem „przedsiębiorców będących względem siebie konkurentami”, w odróżnieniu od po prostu „konkurentów” (*competitors*), o których mowa w Dyrektywie. Rozwiązanie to zdaje się być niepotrzebne. Zgodnie bowiem z definicją konkurentów zawartą w art. 4 pkt 11 uokik rozumie się przez nich właśnie **przedsiębiorców**, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym. Nie ma więc wątpliwości, że chodzi o przedsiębiorców. Każdy konkurent jest więc przedsiębiorcą, jednak nie każdy przedsiębiorca jest konkurentem. Jak się wskazuje, w ustawodawstwie antymonopolowym definiowanie konkurenta ma być pomocne w głównej mierze przy rozróżnianiu porozumień horyzontalnych i wertykalnych. Strony porozumień horyzontalnych (takim bez wątpienia jest kartel) muszą być, a wertykalnych nie mogą być – konkurentami (Skoczny i Szwedziak-Bork, 2014, s. 185).

III. Definicja porozumienia zawarta w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów

Jak już zasygnalizowano powyżej, problem wprowadzenia definicji kartelu do polskiego systemu prawnego wiąże się w głównej mierze z tym, że pojęcie to mieści się w zdefiniowanym w uokik pojęciu „porozumienia”. Zgodnie z art. 4 pkt 5 uokik, ilekroć w ustawie jest mowa o porozumieniach rozumie się przez to umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, jak również uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów

¹⁶ Na tę niekonsekwencję pojęciową uwagę zwraca również K. Kohutek w liście akademików i praktyków współpracujących z Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS) wysłanym w ramach konsultacji społecznych dotyczących przedmiotowego projektu (zob. <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs/2/12292051/12389791/12389794/dokument261253.pdf>) (27.02.2017). Wątku tego nie ma sensu jednak rozwijać w ramach niniejszego artykułu.

statutowych. Definicja ta ma swoje korzenie już w ustawie z 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym¹⁷. Jej najistotniejszą cechą, na którą zwracają uwagę przedstawiciele doktryny, jest bez wątpienia kompleksowość, a więc wyszczególnienie trzech postaci szeroko rozumianych porozumień:

- 1) **umowy** przedsiębiorców lub związków przedsiębiorców;
- 2) **uzgodnienia** dokonanego w jakiejkolwiek formie przez przedsiębiorców lub ich związki;
- 3) **uchwały lub innego aktu** związków przedsiębiorców bądź ich organów (Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 123).

Ad 1. Definicja porozumienia obejmuje oświadczenie woli złożone w każdej formie, nie ogranicza się wyłącznie do czynności o charakterze sformalizowanym (tj. umów zawartych w formie pisemnej). Umowę taką należy więc rozumieć w kategoriach prawa cywilnego, co powoduje, że w zakresie definicji porozumienia mieszczą się wszystkie ich rodzaje określone w kodeksie cywilnym, w tym zarówno nazwane, jak i nienazwane (Stawicki, 2016, s. 132; Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 125)¹⁸. Nie ma też znaczenia wiążący charakter takiej umowy, ponieważ w świetle orzecznictwa dla wykazania antykonkurencyjnego celu nie ma znaczenia ostateczny jej efekt¹⁹. W kategoriach umowy można również traktować robocze, bieżące ustalenia poczynione w trakcie negocjacji, które część autorów traktuje jako rodzaj uzgodnień. Co więcej, wśród przedstawicieli europejskiej doktryny prawa konkurencji pojawiają się głosy, zgodnie z którymi umowa stanowiąca przejaw zakazanego porozumienia wyrwa się z reżimu cywilnoprawnego, który bywa niewystarczający dla ścigania międzynarodowych karteli ograniczających konkurencję poprzez szereg różnych mechanizmów²⁰. Podsumowując, kategoria umów jest niezmiernie szeroka.

Ad 2. Szeroką kategorię stanowią także uzgodnienia. Nawiązując do dotychczasowego orzecznictwa najistotniejszą cechą takich porozumień jest:

„koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku wspólnego działania, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Takie zachowanie przedsiębiorców pozwala na wyeliminowanie ich niepewności co do przebiegu procesów rynkowych i warunków działania konkurentów, która to niepewność jest podstawą działania konkurencji. (...) Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji”²¹.

¹⁷ Dz.U. 1990 Nr 14, poz. 88.

¹⁸ K. Kohutek precyzuje, że prawodawca miał na myśli umowy cywilnoprawne zawierane w obrocie gospodarczym i nie ma znaczenia, o jaki rodzaj umowy chodzi, natomiast zwykle będą to umowy sprzedaży i jej modyfikacje, umowy dostawy oraz inne umowy niemające swych normatywnych typów (Kohutek, 2014).

¹⁹ Na istotne wyroki zwraca uwagę: Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 125. Są to wyr. SA w Warszawie z 19.07.2007 r., VI ACa 767/06, niepubl.; wyr. SOKiK z 5.09.2005 r., XVII Ama 63/04, niepubl.; wyr. SOKiK z 10.09.2003 r., XVII AMA 136/02, Wokanda 2004, nr 7–8, s. 95.

²⁰ Na szersze niż cywilnoprawne ujęcie umowy w kontekście definicji porozumienia wśród przedstawicieli polskiej doktryny uwagę zwraca E. Stawicki. Przywołując poglądy europejskich autorów, wskazuje, że „w odróżnieniu od umów cywilnych, gdzie podstawowym warunkiem ważności umowy jest istnienie prawnie wiążących oświadczeń woli, w prawie konkurencji dla kwalifikacji określonego działania jako umowy istnienie takich wiążących strony oświadczeń woli nie jest wymagane. W konsekwencji stronom tak szeroko rozumianej umowy mogą nie przysługiwać roszczenia, jakie byłyby związane z określoną umową cywilnoprawną. Wskazuje się, iż nie znaczy to, że strony takich umów nie dysponują żadnymi środkami prowadzącymi do naprawienia ich „szkody” (zob. Stawicki, 2016, s. 132 oraz wskazane tam piśmiennictwo).

²¹ Wyr. SA w Warszawie z 5.05.2005 r., VI ACa 1146/04, OSG 2008, nr 2, poz. 16; utrzymany w mocy wyr. SN z 9.08.2006 r., III SK 6/06, Dz. Urz. UOKiK z 2007 r. Nr 3, poz. 39.

Praktyki takie mają więc podobnie jak umowy, bardzo szeroki zakres przedmiotowy. Mówiąc o uzgodnieniu, chodzi w zasadzie o jakiegokolwiek nawiązanie kontaktu pomiędzy przedsiębiorcami, które wpłynie na zniekształcenie ich zachowań, które przestaną być w pełni autonomiczne (Kohutek, 2014). W konsekwencji dotychczasowa rywalizacja pomiędzy przedsiębiorcami zastąpiona zostaje przez współpracę nakierowaną na obniżenie ryzyka gospodarczego, wpływającego ze zmniejszenia niepewności co do działalności konkurentów i realizacji wspólnych interesów (Stawicki, 2016, s. 135).

Ad 3. Ostatnim rodzajem porozumień są uchwały i inne akty związku przedsiębiorców, będącego stroną trzecią tej relacji. Stwierdzenie udziału w takim porozumieniu nie zawsze wynika więc z aktywności jego uczestników. Definicja związku przedsiębiorców została zawarta w art. 4 pkt 2 uokik i stanowi, że są to izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców, jak również związki tych organizacji. Uchwały takie nie muszą mieć charakteru wiążącego dla swoich adresatów. Forma takiego aktu również nie ma znaczenia, stąd nazewnictwo (dyrektywy, rekomendacje, zalecenia, statuty itd.) nie wpływają na ich kwalifikację prawną jako ewentualnie naruszających konkurencję. W zakresie innych aktów, w doktrynie wymienia się m.in. decyzje zarządu związku, które nie wiążąc w sposób formalny członków upowszechnia ich zachowania w wyniku jego publikacji (Stawicki, 2016, s. 138 oraz wskazane tam orzecznictwo).

Podsumowując należy wyraźnie podkreślić bardzo szeroki zakres przedmiotowy porozumienia, obejmujący wszelkiego rodzaju porozumienia o charakterze zarówno pionowym (wertikalnym), jak i poziomym (horyzontalnym). Ponadto, ustawowa definicja porozumienia jest narzędziem koniecznym do oceny praktyk wskazanych w art. 6 uokik (Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 125; Turno, 2013, s. 109–110). Taką praktykę stanowi również kartel, stąd nie budzi wątpliwości, że definicja porozumienia w aktualnym stanie prawnym znajduje zastosowanie również do karteli.

IV. Czy potrzebna jest ustawowa definicja kartelu?

Biorąc pod uwagę powyższe należy zastanowić się czy potrzebna jest w ogóle ustawowa definicja kartelu. Jeżeli tak, kolejną kwestią powinno być zastanowienie się nad tym, w jakiej ustawie powinna się znaleźć oraz jak dokładnie powinna brzmieć. Jak zauważa E. Stawicki, w odniesieniu do większości przepisów materialnych zawartych w uokik brak dokładnego objaśnienia tego terminu nie stanowi problemu. Nie wynika to wyłącznie z istnienia szerokiej definicji porozumienia, omówionej w punkcie III wyżej. Jak wskazuje ten autor, rozumienie istoty kartelu jest jasne również z perspektywy art. 7 uokik (Stawicki, 2016, s. 130)²². Przepis ten zawiera ustawowe wyłączenie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję z art. 6 uokik. Stanowi, że zakazu zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym, nie stosuje się do porozumień zawieranych między konkurentami, jeżeli ich łączny udział w rynku właściwym, którego dotyczy porozumienie, nie przekracza 5% oraz między przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami – jeżeli udział żadnego z nich w rynku właściwym, którego dotyczy porozumienie, nie przekracza 10% (zasada *de minimis*). W ustępie 3 ustawodawca wskazał jednak te praktyki, które nie mogą korzystać z zagwarantowanego wyłączenia. Są to porozumienia zawarte w art. 6 ust. 1 pkt 1–3 i 7, a więc polegające na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio,

²² Autor ten nie przekreśla jednak przydatności definicji kartelu, gdyby taka znalazła się w przepisach uokik, wskazując na motyw 1 Obwieszczenia Komisji Europejskiej w sprawie *leniency* jako przykładu odpowiedniej definicji kartelu.

cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów, ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji, podziale rynków zbytu lub zakupu, uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (zmowy przetargowe). **Art. 7 ust. 3, wskazując na przykłady porozumień z art. 6 ust. 1 pkt 1–3 i 7, może stwarzać domniemanie, że w zakresie, w jakim są one zawierane między konkurentami, będą wypełniały pojęcie „kartelu”.** Innymi słowy porozumienia z art. 6 ust. 1 pkt 1–3 i 7 to kartele, jeżeli mają charakter horyzontalny²³. W stosunku do wymienionych powyżej kategorii porozumień można jednak stosować art. 8 uokik (tzw. reguła rozsądku²⁴).

W świetle powyższego w polskim porządku prawnym nie budzi co do zasady wątpliwości, jakiego rodzaju praktyki zaliczyć należy – po pierwsze – do tych z kategorii najcięższych, zakazanych ze względu na cel (tzw. *hard-core*), po drugie – to, co rzeczywiście oznacza kartel.

Istnieją jednak takie przepisy materialne, dla stosowania których zdefiniowanie kartelu byłoby rozwiązaniem bardzo korzystnym. Przykładem mogą być tu regulacje dotyczące polskiego programu łagodzenia kar (*leniency*), zawarte w art. 113a–113k uokik, pozwalające na odstępianie od nałożenia kary pieniężnej lub jej obniżenie wobec takich przedsiębiorców, którzy podjęli współpracę z Prezesem UOKiK oraz przedstawili dowody na istnienie niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję. Pomimo bowiem faktu, że art. 7 ust. 3 uokik stanowi wskazówkę, jakiego rodzaju porozumienia są najpoważniejszym zagrożeniem dla konkurencji, o tyle art. 113a dotyczy wszystkich porozumień, o których mowa w art. 6 uokik oraz art. 101 TFUE. Tak szerokie zastosowanie programu łagodzenia kar może paradoksalnie utrudniać jego funkcjonowanie i stać w sprzeczności z jego podstawowym celem, jakim z pewnością jest właśnie zwalczanie karteli (Stawicki, 2016, s. 130). W konsekwencji wprowadzenia definicji kartelu, należałoby także znowelizować art. 113a uokik.

Kolejnym argumentem przemawiającym za zdefiniowaniem pojęcia kartelu są przepisy samej Dyrektywy dotyczące domniemania wyrządzenia szkody przez tego rodzaju porozumienie (art. 17 ust. 2). Pomimo że Projekt ustawy rezygnuje z takiego ujęcia owego domniemania i posługując się sformułowaniem „naruszenie prawa konkurencji”, rozszerza je na innego rodzaju praktyki, należy zdecydowanie podkreślić, że rozwiązanie to wydaje się stać w sprzeczności z założeniami, które generalnie leżały u podstaw tworzenia definicji kartelu w Dyrektywie i będzie musiało zostać zmienione w toku prac legislacyjnych. Konkluzji tej nie zmienia ani fakt, że szerszy zakres domniemania został przyjęty także w innych państwach członkowskich implementujących Dyrektywę, ani że dyrektywa w tym zakresie nie wprowadza pełnej harmonizacji²⁵. Kartel, z którym prawodawca

²³ Nie ulega jednocześnie wątpliwości, że porozumienia z art. 6 ust. 1 pkt 1–3 i 7 mogą zostać zawarte także przez przedsiębiorców działających na różnych szczeblach obrotu, tym samym w takim przypadku będą miały charakter wertykalny. Biorąc pod uwagę, że kartel to porozumienie między konkurentami (horyzontalne), nie każde porozumienie z art. 6 ust. 1 pkt 1–3 i 7 można z góry określić mianem kartelu.

²⁴ Zgodnie z art. 8 ust. 1 uokik reguła ta ma zastosowanie do porozumień, które jednocześnie:

- 1) przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
- 2) zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;
- 3) nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- 4) nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

²⁵ W toku konsultacji społecznych w odniesieniu do zakresu omawianego domniemania, argumentację taką przedstawiali projektodawcy; zob. dokument pt. „Zestawienie uwag zgłoszonych w ramach konsultacji społecznych i opiniowania dotyczących projektu ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji UC 78-konferencja uzgodnieniowa 6 i 9 grudnia 2016 r.” dostępny pod adresem: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//12292051/12389818/12389819/dokument273634.pdf> (27.02.2017). Fakt, że szerszy zakres domniemania został przyjęty także w innych państwach członkowskich, nie przesądza, że państwa te dokonały prawidłowej implementacji Dyrektywy. Z kolei przyjęcie szerszego zakresu domniemania, które nie jest wprost sprzeczne z Dyrektywą, nie jest jednocześnie zgodne z jej duchem. Tak jak wskazano w tekście, nie budzi wątpliwości

unijny wiązał domniemanie szkody, wymaga moim zdaniem stworzenia odpowiedniej, legalnej definicji chociażby dlatego, by na bazie stwierdzenia istnienia tej konkretnej praktyki, móc w sposób jasny stwierdzić, że wystąpiła szkoda, a na bazie jej zaistnienia odpowiednio określić kwotę przysługującego odszkodowania²⁶.

W obowiązującym stanie prawnym próba zakwalifikowania danej praktyki jako kartelu poprzez z jednej strony korzystanie z szerokiej definicji porozumienia, z drugiej zaś – dla ułatwienia korzystania z odesłania zawartego w art. 7 ust. 3 uokik do czterech porozumień wymienionych w art. 6 ust. 1 pkt 1–3 i 7 uokik jest rozwiązaniem niepraktycznym i trudnym. Wynika to, jak już wspomniano, z dwóch faktów: po pierwsze, definicja porozumienia obejmuje także porozumienia wertykalne, a po drugie, przykłady porozumień z art. 6 ust. 1 pkt 1–3 i 7 nie przesądzają, że mogą one być zawarte wyłącznie przez konkurentów. Tym samym bazowanie na obecnym systemie dochodzenia do tego, kiedy mamy do czynienia z kartelem, nie daje gwarancji, że sąd (zgodnie z art. 10 Projektu ustawy, sprawy o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji należą do właściwości sądów okręgowych) odpowiednio oceni porozumienie jako kartelowe czy też nie.

Podsumowując oraz odpowiadając na pytanie zawarte w tytule niniejszego tekstu, należy, w moim odczuciu, generalnie opowiedzieć się za przyjęciem definicji kartelu w polskim porządku prawnym. Pomimo bowiem, że definicja porozumienia w szczególności w połączeniu z art. 6 i 7 uokik wskazuje sytuacje wypełniające znamiona kartelu i w tym kontekście regulacje te dotychczas przeważnie były wystarczające, to nie można się nie zgodzić, że definicja kartelu zdaje się być niezmiernie użyteczna z uwagi na przyszłe postępowania w sprawie o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji (w kontekście np. stwierdzenia wystąpienia szkody wyrządzonej przez kartel). Byłaby również pożądana na gruncie uokik z punktu widzenia funkcjonowania programu *leniency*. Pytanie jednak brzmi, czy definicja kartelu zaproponowana w Projekcie ustawy jest wystarczająco precyzyjna, by korzystanie z niej mogło stanowić alternatywę dla istniejących dzisiaj rozwiązań. Odpowiedź zdaje się być przecząca. Dla jej sprecyzowania należałoby przede wszystkim zastąpić sformułowanie „porozumienia lub praktyki uzgodnione przez co najmniej dwóch przedsiębiorców, którzy są wobec siebie konkurentami” po prostu sformułowaniem „porozumienia między co najmniej dwoma konkurentami”. Tym samym, definicja kartelu będzie stanowiła dopełnienie, a nie istotne powtórzenie definicji porozumienia.

W jakiej ustawie powinna się znaleźć? Z punktu widzenia możliwości jej zastosowania w ramach procedury *leniency*, akceptowalne (i być może rozsądniejsze) byłoby jej zawarcie w przepisach uokik. Nie ulega także wątpliwości, że uokik stanowi centralną ustawę polskiego prawa ochrony konkurencji, dla której ustawa o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji po jej uchwaleniu, będzie stanowić pewną „satelitę”. Należy jednak zaznaczyć, że jej występowanie w Projekcie ustawy i w przyszłości właśnie w ustawie o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji zdaje się być wystarczające i tak samo poprawne. Jak wskazano we wstępie niniejszej pracy, Projekt ustawy oraz uokik posiadają

szczególny, antykonkurencyjny charakter kartelu. Z innymi praktykami naruszającymi konkurencję wiążą się dużo mniej antykonkurencyjne skutki. Nie ma więc potrzeby wzmacniania pozycji osób poszkodowanych także innymi naruszeniami.

²⁶ Zob. motyw 47 preambuły Dyrektywy, zgodnie z którym w związku z tajnym charakterem kartelu, domniemanie ma zarządzić kwestii asymetrii w dostępie do informacji oraz niektórym innym problemom związanym z ustalaniem wysokości szkody wynikającej z naruszenia prawa konkurencji. Trudno jednak zgodzić się, by owo domniemanie samo w sobie mogło pomóc w obliczeniu wysokości szkody.

pewne zakresy wspólne. Należy do nich zakaz stosowania praktyk określonych w art. 101 i 102 TFUE oraz art. 6 lub 9 uokik, których wystąpienie na gruncie uokik stwierdza Prezes UOKiK, a na gruncie przepisów Projektu ustawy może stwierdzić sąd powszechny, zanim rozstrzygnie o odszkodowaniu. W każdym przypadku w przepisach uokik powinny się zatem znaleźć odpowiednie odesłania do definicji kartelu, np. w art. 6 i 7 czy wspomnianym wcześniej art. 113a.

Tym samym o ile sam pomysł zdefiniowania pojęcia kartelu w Projekcie ustawy należy ocenić raczej pozytywnie, o tyle jej kształt wymaga zdecydowanej korekty, w celu jej uszczegółowienia. **Za korektą art. 2 pkt 3 koniecznie musi jednak pójść także korekta art. 7 Projektu ustawy, tak by domniemanie wyrządzenia szkody dotyczyło wyłącznie kartelu.** Nie podlega przecież wątpliwości fakt, że z szeregiem innego rodzaju praktyk wiążą się dużo mniej antykonkurencyjne skutki.

Bez tej korekty tworzenie definicji kartelu, w szczególności w Projekcie ustawy, nie ma, moim zdaniem, większego sensu. Co ciekawe, gdyby art. 7 Projektu ustawy pozostawić w niezmienionej postaci, to określenie „kartel” nie znalazłoby żadnego zastosowania w części merytorycznej nowej ustawy, pojawia się w niej bowiem wyłącznie w słowniczku, w przepisie definiującym kartel oraz w przepisach definiujących program łagodzenia kar oraz oświadczenie w ramach programu łagodzenia kar. Byłaby więc definicją służącą do skonstruowania dwóch kolejnych definicji zawartych w nowej ustawie.

Bibliografia

- Harding, C. i Joshua J. (2007). *Regulating cartels in Europe. A study of legal control of corporate delinquency*. Nowy Jork: Oxford University Press.
- Jurczyk, Z. (2015). *Kartele a ekonomizacja. I Polski Kongres Prawa Konkurencji*. Pozyskano z: http://www.1pkpk.wz.uw.edu.pl/working_papers/Jurczyk_Kartele_a_ekonomizacja.pdf (27.02.2017).
- Jurczyk, Z. (2012). *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*. Warszawa: C.H. Beck.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Kohutek, K. (2014). Komentarz do art. 4. W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Lex.
- Król-Bogomilska, M. (2013). *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Stawicki, A. (2012). Porozumienia zakazane z uwagi na cel lub skutek. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(1), 10–15.
- Stawicki, E. (2016). W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Turno, B. (2013). *Leniency. Program łagodzenia kar w polskim prawie ochrony konkurencji*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Whish, R. i Bailey, D. (2008). *Competition Law*. Oksford: Oxford University Press.