

## Gdzie jesteśmy i dokąd zmierzamy? Refleksje wokół możliwych kierunków zmian przepisów polskiego prawa konkurencji

### Spis treści

- I. Wprowadzenie – dlaczego szeroka dyskusja o zmianach w polskim prawie konkurencji jest potrzebna?
- II. Jakim celom służyć ma polskie prawo konkurencji?
- III. Konieczność zapewnienia niezależności organu ochrony konkurencji, która pozwoli na większą elastyczność w stosowaniu przepisów prawa
- IV. Znaczenie praw przedsiębiorców
- V. Wybrane zmiany merytoryczne
  1. Zmiany w zakresie oceny porozumień ograniczających konkurencję
  2. Zmiany w zakresie przepisów o nadużywaniu pozycji dominującej
- VI. Podsumowanie

### Streszczenie

Artykuł zarysowuje możliwe kierunki zmian przepisów polskiego prawa konkurencji. Rozważania dotyczą w pierwszej kolejności celów, jakim służyć ma ingerencja antymonopolowa. W tym zakresie dostrzega się potrzebę większej elastyczności w doborze tych celów, przy jednoczesnym doprecyzowywaniu konkretnych regulacji tak, by w ostatecznym rozrachunku zmniejszać, a nie zwiększać, niepewność prawa i ryzyko regulacyjne. Warunkiem większej elastyczności przepisów i realizowanych za ich pomocą celów powinno być także zapewnienie pełnej niezależności organu ochrony konkurencji, a być może także zmiana jego konstrukcji (organ wieloosobowy). Kluczowe jest także zapewnienie pełni praw przedsiębiorcom, co pośrednio także przyczyniać się będzie do merytorycznego charakteru wydawanych rozstrzygnięć. W tym zakresie podkreśla się potrzebę wprowadzenia gwarancji w obszarze poufności korespondencji pomiędzy prawnikiem a przedsiębiorcą, ustanowienie wymogu wyczerpującego uzasadnienia zarzutów oraz zagwarantowanie przedsiębiorcom wolności od samooskarżenia. W artykule zaproponowano także szereg zmian konkretnych przepisów, zarówno w obszarze porozumień ograniczających konkurencję, jak i w strefie zakazu nadużywania pozycji dominującej na rynku. Należą do nich m.in.: w zakresie porozumień ograniczających konkurencję: wprowadzenie zmodyfikowanej reguły *de minimis*, klarowny podział porozumień zakazanych z uwagi na ich cel i skutek; w zakresie praktyk jednostronnych: rozszerzenie definicji dominacji oraz stworzenie bardziej rozbudowanego

\* LL.M., radca prawny, partner w kancelarii prawnej WKB Wierciński Kwieciński Baehr sp.j., kierujący praktyką prawa konkurencji i prawa konsumenckiego; e-mail: [aleksander.stawicki@wkb.pl](mailto:aleksander.stawicki@wkb.pl); ORCID <https://orcid.org/0000-0003-2686-4723>.

i szczegółowego katalogu zakazanych praktyk (wraz z przesłankami). Wskazane propozycje zmian stanowią przede wszystkim zaproszenie do dyskusji, która w przyszłości może stać się pierwszym krokiem w kierunku unowocześnienia systemu prawa konkurencji w Polsce, a w dalszej perspektywie skuteczniejszego i pewniejszego egzekwowania jego norm.

**Słowa kluczowe:** antykonkurencyjny cel; antykonkurencyjny skutek; nowelizacja; porozumienia ograniczające konkurencję; nadużywanie pozycji dominującej; niezależność organu ochrony konkurencji.

**JEL:** K21, K40, L40

## I. Wprowadzenie – dlaczego szeroka dyskusja o zmianach w polskim prawie konkurencji jest potrzebna?

Przepisy antymonopolowe mają w Polsce relatywnie długą historię<sup>1</sup>. Podlegały one także wielokrotnym nowelizacjom, z których część miała istotny wymiar<sup>2</sup>. Konieczność implementacji do krajowego porządku prawnego tzw. Dyrektywy ECN+ sprawia, że czekają nas w tym obszarze kolejne zasadnicze zmiany<sup>3</sup>.

Należy przy tym zauważyć, że wszystkie nowelizacje, także te o istotnym „jakościowym” wymiarze, obarczone były grzechem „punktowego”, mocno technicznego spojrzenia na zmieniające przepisy. Skupiały się one na szczegółach, gubiąc z oczu szerszą perspektywę. Działo się tak, ponieważ nowelizując przepisy zbyt rzadko zadajemy sobie fundamentalne pytania o to, czy w wymiarze podstawowym istniejące rozwiązania są satysfakcjonujące i czy nadążają one za duchem czasów.

Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest fakt, że od samego początku, wzorując się na prawie unijnym, przyjęliśmy koncepcję zgodnie z którą przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>4</sup> (zwanej dalej „ustawą”) (np. dotyczące zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję czy nadużycia pozycji dominującej na rynku) sformułowane są w sposób bardzo generalny. To orzecznictwo (Prezesa UOKiK, sądów polskich oraz unijne – KE i sądów UE) w praktyce wypełnia je treścią. Łatwo jest w związku z tym przyjąć, że zmiany materii ustawowej nie są konieczne – wystarczy ewolucja orzecznictwa.

<sup>1</sup> Pierwsza współczesna regulacja antymonopolowa weszła w życie na początku 1990 roku. Zob. ustawa z dnia 24.02.1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz.U. 1990 Nr 14, poz. 88).

<sup>2</sup> Nowelizacją z 1996 roku Urząd Antymonopolowy m.in. zmienił nazwę na Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a także zyskał nowe kompetencje. W 2001 roku weszła w życie ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. W 2004 roku obowiązujący wówczas akt uzupełniono o przepisy dot. programu łagodzenia kar (ang. *leniency*). Istotnych zmian w przepisach dokonano także 21.04.2007 r., kiedy nastąpiło zastąpienie ówczesnie obowiązującej ustawy nowym aktem prawnym, tj. ustawą z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007 Nr 50, poz. 331). Ważne nowelizacje były dokonywane również w 2015 roku (ustawa z dnia 5.08.2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2015, poz. 1634) oraz w roku 2019 (ustawa z dnia 4.07.2019 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2019, poz. 1667).

<sup>3</sup> Zob. Dyrektywa PE i RUE 2019/1 z 11.12.2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego (PE/42/2018/REV/1). Termin jej implementacji upłynął 4 lutego 2021 r. Obecnie trwają prace legislacyjne nad kolejnymi zmianami w Projekcie. [(Zob. Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (UC69) (RM-0610-130-21)]. Projekt ustawy implementującej znajduje się aktualnie na etapie przeprowadzania dodatkowych uzgodnień pomiędzy Prezesem UOKiK a Ministrem Sprawiedliwości oraz Ministrem do Spraw Unii Europejskiej, do czego zobowiązała Rada Ministrów w październiku 2021 r.

<sup>4</sup> Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331, ze zm.).

Myślenie takie jest jednak pułapką. Po pierwsze, jesteśmy krajem prawa stanowionego, a nie precedensowego. To ustawy, a nie orzecznictwo, powinny być źródłem praw i obowiązków przedsiębiorców i obywateli, zwłaszcza tam, gdzie naruszenie tych obowiązków zagrożone jest wysokimi karami pieniężnymi (por. także Stawicki i Wardęga, 2016, art. 106). Po drugie, zmiany w orzecznictwie (zwłaszcza przy aktualnym tempie rozpoznawania spraw sądowych) są mocno odłożone w czasie, następują bardzo powoli i w zasadzie bez żadnej kontroli w tym sensie, że sądy mają pełne prawo proponować własną wykładnię przepisów, niekoniecznie zgodną z tym, czego należałoby oczekiwać biorąc pod uwagę np. rozwój gospodarki (choćby w obszarze e-commerce)<sup>5</sup>.

Czy ma to jednak oznaczać, że refleksja (i dyskusja) nad aktualnym kształtem polskiego prawa antymonopolowego i kierunkami jego ewolucji nie jest ani możliwa, ani konieczna? W moim przekonaniu nie – jest wręcz przeciwnie. Dziś, kiedy polskie prawo antymonopolowe kończy 30 lat, powinniśmy rozmawiać o tym, jaki powinno ono funkcjonować w zmieniającym się świecie i w ewoluującej gospodarce.

Niniejszy tekst jest próbą zasygnalizowania choć kilku kwestii, nad którymi warto się zastanowić. W tym sensie stanowi on zaproszenie do dyskusji.

## II. Jakim celem służyć ma polskie prawo konkurencji

Mija 13 lat odkąd prof. Dawid Miąsik postawił w swoim świetnym tekście, opublikowanym w „YARS”, fundamentalne pytanie o to, jakie są cele polskiego prawa konkurencji (Miąsik, 2008). Tytuł tego tekstu – odwołujący się do pojęcia „kontrolowanego chaosu” najlepiej oddaje dylematy związane z odpowiedzią na tak postawione pytanie, nawet jeżeli ostatecznie autor uznaje, iż owym celem jest dobrobyt konsumenta<sup>6</sup>.

Warto się zastanowić czy dziś, po kolejnych 13 latach, rozwinęliśmy się w myśleniu o celach polskiego prawa konkurencji choć o krok? Czy ów „kontrolowany chaos” jest bodaj odrobinę mniejszy? W mojej ocenie niewiele się w tym zakresie zmieniło. Także dziś mielibyśmy problemy z odpowiedzią na pytanie czemu (lub komu) służyć ma ingerencja Prezesa UOKiK.

Trudno jest porównywać rzeczywistość roku 2008 z teraźniejszością roku 2021. Obecnie cały świat dyskutuje nad celami prawa antymonopolowego i pojawia się coraz więcej głosów otwarcie kontestujących jego dotychczasowy paradygmat, w co celują przede wszystkim wyznawcy *neobrandeisianizmu*. Oznacza on m.in. kwestionowanie dorobku szkoły chicagowskiej i związanego z nią przekonania, że nadrzędnym celem prawa konkurencji jest wspomniany już dobrobyt konsumenta. Zwolennicy nowego myślenia postulują m.in. powrót do ochrony konkurencji jako procesu rynkowego, co przekładałoby się w bardzo istotny sposób na kierunki orzecznictwa, być może zmierzając także do odejścia w części wypadków od mocno ekonomicznego podejścia do egzekwowania przepisów i zastąpienia go podejściem bardziej formalnym, eliminującym określone zachowania jako „podejrzane” *per se*<sup>7</sup>.

Powszechna jest w tym kontekście także dyskusja o tym, czy prawo antymonopolowe ma być bytem odrębnym, który działa w oderwaniu od innych regulacji koncentrując się punktowo tylko na

<sup>5</sup> Rozwój handlu elektronicznego będzie stawiał przed nami coraz poważniejsze wyzwania. Por. przykładowo Mleczek, 2018.

<sup>6</sup> Odnośnie celów polskiego prawa konkurencji por. także Stawicki i Stawicki, 2016, art. 1.

<sup>7</sup> Zagadnienie to bardzo wyczerpująco omawia Polański, 2019a.

wycinku rzeczywistości, czy też – wręcz przeciwnie – powinno ono w większym stopniu uwzględniać np. kwestie związane z pogłębiającymi się nierównościami ekonomicznymi czy zmianą klimatu. Innymi słowy świat dyskutuje o tym, czy faktycznie to konkurencja, legendarna „niewidzialna ręka rynku”, ma być odpowiedzią na wszystkie nasze problemy i bolączki (których przecież przybywa, a nie ubywa) czy też przeciwnie, państwa i przedsiębiorcy muszą sięgać po rozwiązania, których jeszcze niedawno sobie nie wyobrażaliśmy, w celu udoskonalenia rzeczywistości?<sup>8</sup>

Warto w tym momencie zastanowić się nad tym, na jakim etapie dyskusji jesteśmy w Polsce. Czy w ogóle ją toczymy? A jeżeli – jak ja to widzę – dyskusji takiej nie ma, to czy nie powinno nas to napawać wstydem? Przecież bez takiej debaty, bez ustalenia tego, jak ma wyglądać kwestia egzekwowania norm prawa konkurencji trudno jest myśleć nie tylko o poważnych zmianach legislacyjnych, ale także o – jak się wydaje – koniecznych zmianach w podejściu do stosowania prawa antymonopolowego. Brak takiej dyskusji skazuje się nas w związku z tym na „dryfującą stagnację”.

Od razu chciałbym przy tym zaznaczyć, że nigdy nie byłem wielkim zwolennikiem „uekonomiczniana”, często na siłę, egzekwowania przepisów prawa konkurencji. Z praktycznego punktu widzenia w wielu wypadkach oznacza ono nie tyle zapewnienie optymalnego efektu ingerencji (bowiem ustalenie jaka jest „ekonomiczna prawda obiektywna” często nie jest możliwe), co raczej zupełne zatarcie granic pomiędzy tym, co jest dozwolone, a tym, co jest zakazane, skoro o wszystkim ostatecznie decydować mają wyniki analiz ekonomicznych<sup>9</sup>. Z tego punktu widzenia podejście formalne, przy wszystkich ryzykach z nim związanych, ma tą podstawową zaletę, że bardzo wyraźnie wskazuje biznesowi na co może sobie pozwolić, a co spotka się ze zdecydowaną ingerencją organów ochrony konkurencji. To powoduje znaczący spadek ryzyka regulacyjnego, które przecież w aktualnych warunkach i tak jest bardzo wysokie. Spadek takiego ryzyka zawsze jest zjawiskiem pozytywnym.

Nigdy nie byłem też zwolennikiem „prawnokonkurencyjnego izolacjonizmu” rozumianego jako przekonanie, że ochrona konkurencji, służąca dobrobytowi konsumentów, jest celem samym w sobie a tym samym, że egzekwując przepisy prawa antymonopolowego organy nie muszą brać pod uwagę żadnych innych wartości ani innych polityk. Takie myślenie jest pułapką i wcale nie musi prowadzić do optymalnych skutków. W tym sensie godzę się na – jak to określa J. Polański – większą „polityczność” prawa konkurencji, to jest na przyjęcie, że jest ono jednym tylko z narzędzi kształtowania ekonomicznej i gospodarczej rzeczywistości. Od razu jednak muszę poczynić zastrzeżenie, że nie może to oznaczać większej uznaniowości czy dowolności w wydawaniu rozstrzygnięć. Chodzi jedynie o to, by, egzekwując przepisy prawa, można było uwzględniać także cele inne niż tylko zwiększanie dobrobytu konsumentów. Przykładowo, w obliczu zmian klimatycznych, mogłoby to dotyczyć ochrony środowiska naturalnego. Cele te oraz ich wzajemne zależności powinny być jednocześnie jasno definiowane oraz powinny obiektywnie uzasadniać ingerencję podejmowaną w określony sposób.

<sup>8</sup> Ponownie, postulat większej „polityczności” prawa konkurencji stawia Polański, 2019. Por. także Wu, 2018a oraz Wu, 2018b. Zob. również w kwestii celów prawa konkurencji oraz Ruchu Hipster Antitrust oraz Szkoły New Brandeis: Banasiński, 2020.

<sup>9</sup> Na pułapki związane z bardziej ekonomicznym podejściem do egzekwowania przepisów prawa konkurencji wskazuje m.in. Polański, 2019b. Autor ten słusznie dostrzega, że w zakresie oceny porozumień ograniczających konkurencję mamy do czynienia z coraz większym chaosem spowodowanym m.in. odejściem od klarownego podziału na porozumienia zakazane z uwagi na cel (przedmiot) i porozumienia zakazane z uwagi na swój rynkowy skutek. Kwestię tę omawiam w dalszej części artykułu, wskazując, że to sam UOKiK przyczynił się do takiego stanu rzeczy próbując – w mojej ocenie bez podstawy prawnej – kwestionować wiele porozumień właśnie przez pryzmat ich celu, a nie skutku (co było łatwiejsze).

Mam świadomość, że postawione powyżej postulaty – większej pewności prawa (nawet kosztem większego formalizmu) i większej elastyczności jego stosowania wydają się głęboko sprzeczne ze sobą. Jak takie podejście miałyby funkcjonować w praktyce postaram się pokazać na wybranych przykładach w dalszych częściach tego tekstu.

### III. Konieczność zapewnienia niezależności organu ochrony konkurencji, która pozwoli na większą elastyczność w stosowaniu przepisów prawa

Przed przystąpieniem do szczegółowych rozważań muszę jeszcze poczynić dodatkowe, bardzo istotne, zastrzeżenie. Jeżeli większa „polityczność” (a tym samym i elastyczność) stosowania prawa konkurencji nie ma oznaczać – w istocie rzeczy – wyłącznie daleko idącej uznaniowości lub co gorsza zastępowania decyzji merytorycznych decyzjami politycznymi (co byłoby jawnie sprzeczne z równoważnym i równocześnie stawianym postulatem maksymalnej pewności prawa), to musimy także rozmawiać o tym, na jakich zasadach powoływany jest i jak funkcjonuje organ odpowiedzialny za realizację polityki konkurencji.

Słowem kluczem jest tu oczywiście niezależność tego organu od politycznych wpływów. W tym obszarze ważne jest nie tylko formalne zapewnienie takiej niezależności (do czego i tak zobowiązuje nas Dyrektywa ECN+<sup>10</sup>), ale przede wszystkim wprowadzenie merytorycznych kryteriów obsady stanowiska (lub – o czym dalej – stanowisk) w organie, odwołujących się do wiedzy i doświadczenia w obszarze ochrony konkurencji.

Niezależność wzmacniać może także kolegalność. To prawda, że przyzwyczailiśmy się w Polsce do tego, że Prezes UOKiK jest organem jednoosobowym, ale to przecież nie zamyka drogi do dyskusji o zmianach także w tym obszarze. Istnieją przecież jurysdykcje, w których organy ochrony konkurencji mają kolegalny skład<sup>11</sup>. W mojej ocenie rozwiązanie takie ma wiele zalet. Przede wszystkim pozwala na zderzenie odmiennych spojrzeń, wynikających z różnych doświadczeń zawodowych i osobistych. To z kolei stwarza szansę na to, że wydane rozstrzygnięcia będą posiadały wyższą jakość ze względu na mniejsze ryzyko wystąpienia błędu<sup>12</sup>.

Alternatywą mogłoby być powołanie przy Prezesie UOKiK organu doradczego, mogącego się wypowiadać – niewiążąco – w przedmiocie wydawanych rozstrzygnięć. To także miałyby szansę przyczynić się do wysokiej jakości merytorycznej wydawanych rozstrzygnięć i zmniejszyć ryzyko złe rozumianego „upolitycznienia” polityki prawa konkurencji.

W kontekście niezależności Prezesa UOKiK (względnie kolegalnego organu, który miałby go zastąpić) należy z pewnością postulować powrót do kadencyjności. Sytuacja, w której osoba stojąca na czele organu może w każdej chwili zostać odwołana, z pewnością nie sprzyja poczuciu niezależności.

<sup>10</sup> Por. art. 4 Dyrektywy PE i RUE 2019/1 z 11.12.2018 r. mającej na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego.

<sup>11</sup> Belgijski organ ds. ochrony konkurencji (*Belgische Mededingingsautoriteit / Autorité belge de la Concurrence*) jest kierowany przez Zarząd, jednak posiada również Służbę Dochodzeniową oraz organ podejmujący decyzje – Kolegium ds. Konkurencji. Kolegium ds. Konkurencji przewodniczy Prezes BCA. Pozyskano z: <https://www.belgiancompetition.be/en/about-us> (14.12.2021). Również warto zwrócić uwagę na strukturę włoskiego organu antymonopolowego (*Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato*) – pozyskano z: <https://en.agcm.it/en/about-us/organization/organization-chart>. Także hiszpański organ posiada zarówno Prezesa, jak i Radę: <https://www.cnmc.es/en/sobre-la-cnmc/organigrama> (14.12.2021). Z kolei japońska *Fair Trade Commission* jest kierowana przez Prezesa i czterech Komisarzy – pozyskano z: [https://www.jftc.go.jp/en/about\\_jftc/R3.4kikouzu.pdf](https://www.jftc.go.jp/en/about_jftc/R3.4kikouzu.pdf) (14.12.2021). Również niemiecki *Autoriteit Consument & Markt* kierowany jest przez Zarząd składający się z trzech osób.

<sup>12</sup> Postulat wprowadzenia kolegalnego organu ochrony konkurencji formułują także Podrecki, Mroczek i Menszig-Wiese, 2019.

## IV. Znaczenie praw przedsiębiorców

W poprzednim zeszycie iKAR-a (Stawicki, 2021) odniesiono się szczegółowo do rozwiązań, które nowelizacja implementująca tzw. Dyrektywę ECN+ przewiduje w obszarze ochrony praw przedsiębiorców. Niestety, w tym zakresie po stronie ustawodawcy od dawna panuje błędne przekonanie, że im mniej tych praw, tym lepiej. W mojej ocenie jest jednak przeciwnie. Rozwiązania oparte na pewnej równowadze broni, szacunku i dialogu dają znacząco większe szanse na uniknięcie błędów, zarówno tych merytorycznych, jak i proceduralnych, które również mogą skutkować wadliwością decyzji. W tym wymiarze, im więcej praw przedsiębiorców, tym mniejsze jest ryzyko arbitralnych czy „politycznych” rozstrzygnięć. Tym samym, prawa te stają się dodatkową, bardzo istotną, gwarancją prawdziwej niezależności organu ochrony konkurencji (por. Bernatt, 2011).

Jakich zmian – o fundamentalnym charakterze – można byłoby zatem oczekiwać w tym zakresie?

Niewątpliwie w obliczu bardzo szerokich uprawnień dochodzeniowych Prezesa UOKiK należałoby rozważyć wprowadzenie rozwiązania funkcjonującego w postępowaniach przed KE, tj. obowiązek zatrudnienia w UOKiK osoby pełniącej funkcję *hearing officer*. Zadaniem takiej postaci byłoby zadbanie o to, by prawa przedsiębiorcy były w postępowaniu przed organem przestrzegane w jak najpełniejszym zakresie<sup>13</sup>.

Niezależnie od tego, w mojej ocenie, kluczowe jest uregulowanie co najmniej następujących kwestii:

- wprowadzenie jednoznacznych i daleko idących gwarancji w zakresie poufności korespondencji pomiędzy wykwalifikowanym prawnikiem i przedsiębiorcą<sup>14</sup>;
- wprowadzenie regulacji „wymuszających” jasne, pełne i jednoznaczne uzasadnienie zarzutów stawianych przedsiębiorcy zarówno w momencie wszczęcia postępowania, jak i przed wydaniem decyzji (tzw. szczegółowe uzasadnienie zarzutów, które musi faktycznie pełnić taką rolę);
- zagwarantowanie przedsiębiorcom wolności od samooskarżania, rozumianej nie jako prawo odmowy przekazania informacji w zakresie, w jakim odnoszą się one do faktów, ale wyłącznie w zakresie, w jakim przedsiębiorca mógłby zostać zmuszony w jakikolwiek sposób do przyznania się do naruszenia przepisów (Bernatt, 2011).

Wskazane powyżej zmiany przepisów powinny być traktowane jako rozsądny „program minimum”. Wszystko, co wykraczać będzie poza te postulaty, powitać powinniśmy z radością.

## V. Wybrane zmiany merytoryczne

Po zarysowaniu przesłanek, których spełnienie pozwoliłoby bez obaw myśleć o większej „polityczności” egzekwowania przepisów prawa konkurencji, warto przyjrzeć się temu, jak postulowane zmiany („polityczność” i „pewność”) mogłyby wyglądać w dwóch kluczowych obszarach, tj. w zakresie przepisów zakazujących zawierania porozumień ograniczających konkurencję na rynku oraz przepisów, które zakazują nadużywania pozycji dominującej na rynku.

<sup>13</sup> Decyzja Przewodniczącego Komisji Europejskiej z 13.10.2011 r. w sprawie funkcji i zakresu uprawnień urzędnika przeprowadzającego spotkanie wyjaśniające w niektórych postępowaniach z zakresu konkurencji.

<sup>14</sup> Por. na ten temat Bernatt i Turno, 2013 oraz Bernatt i Turno, 2015, a także Bernatt, 2011.

## 1. Zmiany w zakresie oceny porozumień ograniczających konkurencję

Rozważając możliwe reformy tego obszaru warto zauważyć, iż aktualne rozwiązania tworzą niezwykle sztywny gorset, który może – zupełnie niepotrzebnie – krępować ruchy, w szczególności mniejszych graczy rynkowych.

Dzieje się tak z uwagi na konstrukcję przepisów, które zakładają możliwość wyłączenia spod zakazu jedynie na trzy sposoby: (1) z uwagi na niski udział w rynku stron porozumienia (tu jednak problemem zawsze jest określenie rynku właściwego i udziału w tak zdefiniowanym rynku), co sprawia, iż to rozwiązanie ma małe znaczenie praktyczne (Stawicki, 2016, art. 7); (2) poprzez tzw. wyłączenie blokowe (te jednak mają zastosowanie tylko do ograniczonego kręgu porozumień, a samo stosowanie rozporządzenia blokowego nie zawsze jest łatwe) (Stawicki, 2016, art. 8); (3) poprzez wyłączenie indywidualne (tu jednak, jak powszechnie wiadomo, spełnienie przesłanek takiego wyłączenia jest niezwykle trudne, a ciężar dowodu spoczywa w tym zakresie na przedsiębiorcy) (Stawicki, 2016, art. 8).

Istniejący stan prawny sprawia, że współpraca przedsiębiorców – zwłaszcza tych, którzy są konkurentami lub chociażby potencjalnymi konkurentami – staje się w wielu przypadkach niemożliwa albo przynajmniej obciążona jest bardzo wysokim ryzykiem prawnym. Dzieje się tak szczególnie dziś, kiedy na odpowiedzialność spółki nakłada się indywidualną odpowiedzialność osób, które nią kierują (Stawicki, 2016, art. 6a). W rezultacie, w obawie przed ingerencją Prezesa UOKiK, przedsiębiorcy nie podejmują wielu inicjatyw, które w ostatecznym rozrachunku mogłyby przynieść więcej korzyści niż szkód.

W związku z tym należy rozważyć zmiany, które uelastyczniałyby istniejące rozwiązania. W szczególności – wzorem np. Holandii i Niemiec – warto dyskutować nad wprowadzeniem zmodyfikowanej reguły *de minimis*, opartej nie o udziały rynkowe (bo te trudno wyliczyć, zwłaszcza, że często poważnym problem jest zdefiniowanie rynku właściwego), ale np. o kryterium łącznego obrotu uczestników porozumienia czy też dedykowanego małym i średnim przedsiębiorcom<sup>15</sup>. To pozwalałoby w prosty sposób i bez wątpliwości wyłączyć spod zakazu porozumienia zawierane przez mikro i małych przedsiębiorców, które często mogą być prokonkurencyjne np. tam, gdzie pozwalają im na podjęcie gry rynkowej z większymi konkurentami<sup>16</sup>.

Warto także wrócić do dyskusji o podziale porozumień na te, które zakazane są z uwagi na swój antykonkurencyjny cel i te, które zakazane są z uwagi na swoje skutki rynkowe. Kwestia ta budziła i nadal budzi liczne – choć w dużej mierze niepotrzebne – kontrowersje (Stawicki, 2016, s. 225–228). Dzieje się tak m.in. z uwagi na politykę samego Prezesa UOKiK, który – nadmierne rozciągając kategorię porozumień zakazanych z uwagi na swój cel także na różnego rodzaju ustalenia<sup>17</sup>, które się do niej nie powinny kwalifikować (co jednak wymagałoby wykazania, iż mają one negatywne dla konkurencji skutki) – doprowadził do zatarcia granic pomiędzy tym, co faktycznie jest ograniczeniem *hard-core*, a tym, co nim nie jest (por. Stawicki, 2016, s. 225–228). To z kolei skłoniło sądy do działania w odwrotnym kierunku, tj. wyłączania spod zakazu z uwagi na brak antykonkurencyjnych skutków porozumień, które winny być traktowane jako zakazane

<sup>15</sup> Zob. Wytoczne *de minimis* Bundeskartellamt – *Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung („Bagatelbekanntmachung“)* vom 13. März 2007. Por. z Autoriteit Consument & Markt, *Leidraad Afspraken tussen leveranciers en afnemers*.

<sup>16</sup> Postulat ten zgłaszano już w komentarzu – por. Stawicki, 2016, art. 7.

<sup>17</sup> Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 28.09.2020 r., nr 2/2020; oraz decyzja Prezesa UOKiK z 15.02.2008 r., nr 4/2008.

wyłącznie z uwagi na swój cel<sup>18</sup>. Aktualnie, w konsekwencji mamy do czynienia z niepożądaną sytuacją, w której praktycznie każde porozumienie musi być oceniane zarówno przez pryzmat celu, jak i skutku. Zmniejsza to zdecydowanie pewność przepisów prawa<sup>19</sup>.

Wskazane powyżej wątpliwości należałoby rozstrzygnąć, np. jednoznacznie wskazując jakiego rodzaju porozumienia i w jakich okolicznościach mogą być uznane za zakazane z uwagi na sam swój cel (czy przedmiot). Katalog taki powinien mieć charakter zamknięty. Z drugiej strony warto zastanowić się nad wskazaniem w przepisach ustawy, jakie okoliczności mogą przemawiać za uznaniem, że porozumienie prowadzi do antykonkurencyjnych skutków. Katalog takich przesłańek, nawet o otwartym charakterze, będzie bardzo istotną wskazówką interpretacyjną. Pomoże także znacząco przedsiębiorcom w szacowaniu ryzyk prawnych.

Wreszcie, skoro już mamy wprowadzić do przepisów prawa odpowiedzialność spółek matek za naruszenia prawa przez ich spółki córki<sup>20</sup>, to miejmy także odwagę wyłączenia porozumień zawieranych przez podmioty tworzące grupy kapitałowe spod zakazu. Koncepcja jednolitego organizmu gospodarczego (*single economic unit*) powinna działać z równą mocą zarówno „przeciwko” jak i „dla” przedsiębiorców<sup>21</sup>.

## 2. Zmiany w zakresie przepisów o nadużywaniu pozycji dominującej

Przepisy dotyczące nadużywania pozycji dominującej także stanowią dość dokładną kalkę przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>22</sup> (TFUE). Tym samym również i one są niewykorzystaną szansą, tym bardziej, że w odróżnieniu od porozumień nie wiąże nas w ich przypadku reguła konwergencji (a tym samym możliwe jest ustanawianie rozwiązań dalej idących niż TFUE i prawo unijne) (por. Minkiewicz, 2014).

Podstawowym problemem związanym z ich stosowaniem jest to, że w zasadzie dotyczą one wyłącznie tych sytuacji, w których jeden przedsiębiorca dysponuje znaczącą siłą rynkową, albowiem kolektywna dominacja – z uwagi na znaczące trudności z jej wykazaniem – nie jest stwierdzana w praktyce. Dodatkowo, aktualnie obowiązujące przepisy często pozostają martwe, a w szczególności rzadko są stosowane bezpośrednio przez zainteresowanych przedsiębiorców, bowiem zarówno wyznaczenie rynku właściwego, jak i określenie siły rynkowej przedsiębiorcy, jest zadaniem niezwykle trudnym.

Prowadzi to do sytuacji, w której wiele zachowań rynkowych – które powinny być oceniane jednoznacznie negatywnie i które wiążą się z istotną przewagą ekonomiczną jednego przedsiębiorcy nad drugim – nie może być w żaden sposób sankcjonowane przez Prezesa UOKiK.

Warto byłoby rozważyć pójście w kierunku wyznaczonym choćby przez przepisy prawa austriackiego, które dużo bardziej kreatywnie podchodzą do tej kwestii. Wskazują one, że dominację przypisać można także większej liczbie przedsiębiorców, o ile mają oni (łącznie) określone wysokie udziały w rynku. Dodatkowo, przepisom tym znane jest także pojęcie relatywnej czy względnej

<sup>18</sup> Zob. wyrok SA w Warszawie z 30.08.2018 r., VII AGa 1114/18 (*Ski Team*).

<sup>19</sup> W tym zakresie por. w szczególności Stawicki, 2016, art.6. Co do kontrowersji por. Polański, 2019b.

<sup>20</sup> Zob. Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (UC69) (RM-0610-130-21) – zaproponowano nowe uregulowania kwestii odpowiedzialności przedsiębiorców wywierających decydujący wpływ – patrz art. 6b oraz art. 9a.

<sup>21</sup> Odnośnie koncepcji jednolitego organizmu gospodarczego por. Stawicki, 2016, art. 4. Por. Banasiński, 2009, art. 4. Na marginesie można zauważyć, że sama definicja grupy kapitałowej, odwołująca się do kontroli tejże grupy przez „jednego przedsiębiorcę”, nie jest najlepsza. W obrocie gospodarczym częste są sytuacje wspólnej kontroli i warto tego typu powiązania uwzględnić w przepisach prawa konkurencji.

<sup>22</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390).



dominacji, tj. sytuacji, w której jeden przedsiębiorca jest zależny gospodarczo od innego przedsiębiorcy w stopniu uniemożliwiającym mu obronę swoich interesów<sup>23</sup>.

Takie rozszerzenie definicji dominacji pozwoliłoby na ingerencję Prezesa UOKiK w szeregu innych, patologicznych, sytuacji rynkowych, co z pewnością wpłynęłoby korzystnie na problematykę uczciwej konkurencji.

Postulat ten należałoby jednak opatrzyć zastrzeżeniem, że poszerzenie katalogu sytuacji kwalifikowanych jako dominacja, nie może być powiązane z równoległym otworem drogi do, w zasadzie, nieograniczonej ingerencji Prezesa UOKiK, tak jak to dzieje się w przepisach zabraniających wykorzystywania przewagi kontraktowej. Kierunek zmian powinien być odwrotny. Należy doprecyzowywać przepisy wskazujące jakie zachowania stanowią nadużycie siły rynkowej tak, by ograniczać możliwość nieskrępowanej ingerencji organu, a tym samym zwiększać pewność prawa po stronie przedsiębiorców (także tych dominujących). Innymi słowy nie chodzi o to, by ingerencji było więcej czy bardzo dużo ale o to, by podejmowana była ona wyłącznie w relacji do wąskiego katalogu sytuacji, które w sposób jednoznaczny oceniane być muszą negatywnie, ale z którymi dziś nie jesteśmy sobie w żaden sposób w stanie poradzić, bo nie mamy ku temu niezbędnych narzędzi prawnych. Ten skutek można by osiągnąć np. definiując każdą zakazaną praktykę w odrębnym przepisie statuującym przesłanki uznania określonych działań przedsiębiorcy za sprzeczne z prawem.

Nie jestem natomiast zwolennikiem zmian w tym obszarze, które – być może – nasuwałyby się wielu w pierwszej kolejności, tj. regulowania w jakiś szczególny sposób działania przedsiębiorców z sektora e-commerce (tzw. Big Tech). Po pierwsze dlatego, że nie jestem zwolennikiem „usektorowywania” ustawy czy też konstruowania jej przepisów z myślą o konkretnych przedsiębiorcach. Ustawa powinna zachować swój generalny charakter. Po drugie – co może jest ważniejsze – rozwiązania w tym zakresie planowane są w prawie unijnym i nie ma potrzeby ich powielania na krajowym podwórku. Po trzecie – jeżeli już mielibyśmy ingerować w ten obszar – to bardziej adekwatne wydają mi się narzędzia regulacyjne, działające *ex ante* a nie *ex post*.

## VI. Podsumowanie

Zdaję sobie sprawę z faktu, że zgłoszony w niniejszym tekście zbiór postulatów ma zróżnicowany charakter. Mam również świadomość, że o ile część z nich dość łatwo byłoby wdrożyć w życie, o tyle są wśród nich także postulaty rewolucyjne, których spełnienie zmieniałoby całkowicie zarówno samą ustawę, jak i sposób jej stosowania.

W tym kontekście tekst ten traktuję głównie jako zaproszenie do dyskusji. Dyskusji, której bardzo nam – w moim przekonaniu – brakuje.

<sup>23</sup> Zob. austriacka ustawa antymonopolowa (*Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005) StF: BGBl. I Nr. 61/2005 (NR: GP XXII RV 926 AB 990 S. 112. BR: AB 7309 S. 723.)*), sekcja 4a.

## Bibliografia

- Banasiński, C. (2020). *Weryfikacja celów stosowania prawa antymonopolowego? Księga Jubileuszowa Prof. Bożeny Popowskiej*. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.
- Banasiński, C. i Piontek, E. (red.). (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Bernatt, M. (2011). *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Bernatt, M. i Turno, B. (2013). Zasada legal professional privilege w projekcie zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(2), 17–30.
- Bernatt, M. i Turno, B. (2015). O potrzebie doskonalenia rozwiązań procesowych w znowelizowanej z dnia 18 stycznia 2015 r. ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(4), 75–92.
- Miąsik, D. (2008). Controlled Chaos with Consumer Welfare as the Winner – a Study of the Goals of Polish Antitrust Law. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 1(1).
- Minkiewicz, M. (2014). Pojęcie wpływu na handel i reguła konwergencji w praktyce stosowania prawa UE przez polskie sądy i Prezesa UOKiK. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 3(3).
- Mleczek, M. (2018). Technologiczne wyzwania dla antropocentrycznego prawa konkurencji na przykładzie algorytmicznego ustalania cen w sektorze e-commerce. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 8(7).
- Podrecki P., Mroczek, M. i Menszig-Wiese, K. (2019). O potrzebie zastąpienia Prezesa UOKiK kolejalnych organem ochrony konkurencji. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 6(8).
- Polański, J. (2019a). Neobrandeisianizm i polityczność ochrony konkurencji. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 5(9).
- Polański, J. (2019b). O ramach analitycznych przy badaniu naruszeń „ze względu na cel. Komentarz do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 30 sierpnia 2018 r., VII AGa 1114/18 (Ski Team)”. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4(8).
- Stawicki, A. (2021). Prawa przedsiębiorców jako warunek skutecznego egzekwowania przepisów prawa konkurencji – rozważania wokół implementacji dyrektywy ECN+. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 3(10).
- Stawicki, A. i Stawicki, E. (red.). (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 2. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Turno, B. (2009). Prawo odmowy przekazania informacji służącej wykryciu naruszenia reguł konkurencji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 3, 31–48.
- Turno, B. i Zawłocka-Turno, A. (2012). Legal professional privilege and the privilege against self-incrimination in EU Competition Law after the Lisbon Treaty – Is it time for a substantial change? *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 5(6), 193–214.
- Wu, T. (2018a). After Consumer Welfare, Now What? The „Protection of Competition” Standard in Practice. *The Journal of the Competition Policy International*, Spring, 1(1).
- Wu, T. (2018b). *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. Nowy Jork: Columbia Global Reports.