

Ilona Szwedziak-Bork*

Ósma nowela niemieckiego prawa kartelowego – przegląd zmian. *More „European” approach?*

Spis treści

- I. Niemiecka ustawa kartelowa (GWB)
- II. Nowelizacje ustawy – przegląd
- III. Ósma nowela GWB – przegląd najważniejszych zmian
 1. Zakres zmian
 2. Zmiany w kontroli koncentracji
 3. Kontrola nadużyć
 4. Rozszerzenie kompetencji organizacji konsumenckich
 5. Stosowanie przepisów GWB do kas chorych
 6. Zmiany proceduralne
- IV. Podsumowanie

Streszczenie

Celem niniejszego opracowania jest przybliżenie ostatniej nowelizacji niemieckiej ustawy kartelowej, czyli ustawy przeciwko ograniczaniu konkurencji (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – dalej: GWB), która weszła w życie 30 czerwca 2013 r. Za najważniejszą część noweli uznaje się wprowadzanie zmian w przepisach dotyczących kontroli koncentracji, przede wszystkim zaś testu SIEC (*significant impediment of effective competition*), a także podwyższenie progu posiadania pozycji dominującej przez pojedyncze przedsiębiorstwo. Jako równie istotne wskazuje się m.in. na częściowe objęcie regulacją GWB kas chorych (*Krankenkassen*).

Słowa kluczowe: Ósma nowela niemieckiego prawa kartelowego, kontrola koncentracji, test istotnego ograniczenia konkurencji, pozycja dominująca, kasy chorych, stowarzyszenia ochrony konsumentów, zmiany proceduralne

I. Niemiecka ustawa kartelowa (GWB)

Za punkt wyjścia dla stworzenia niemieckiej ustawy kartelowej uznać należy niewątpliwie zakończenie II wojny światowej. Wtedy to, wśród decyzji zapadłych w odniesieniu do Niemiec, wprowadzono tzw. program 4D, obejmujący denazyfikację, demilitaryzację, demokratyzację oraz dekartelizację. Ostatnie z założeń pojawiło się nie bez przyczyny – w latach 30. XX w., a następnie w trakcie II wojny światowej poziom kartelizacji (powodowanej wyznaczonymi przez państwo celami) osiągnął swój najwyższy poziom.

* Doktorantka w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW; adwokat.

Na potrzeby decentralizacji gospodarki w 1947 r. rząd aliancki przyjął ustawy dekartelizacyjne, które stawiały sobie dwa cele: po pierwsze – likwidację niemieckiej siły gospodarczej (*Wirtschaftsmacht*) oraz zdolności zbrojeniowej (*Rüstungskapazität*), po drugie – wprowadzenie w Niemczech zasady wolności gospodarczej. Wprowadzany w Niemczech Zachodnich od 1948 r. model społecznej gospodarki rynkowej zakładał stworzenie skutecznych ram prawnych chroniących (zabezpieczających) wolną konkurencję rynkową.

Niemiecka ustawa kartelowa weszła w życie 1 stycznia 1958 r., zastępując aliancką regulację dotyczącą dekartelizacji. Na jej kształt z jednej strony wpływać miał neoliberalizm, z drugiej zaś – model amerykański¹. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, przyjęcie 3 lipca 1957 r. GWB było wynikiem kompromisu pomiędzy związkami przedsiębiorstw (ich opór doprowadził chociażby do odrzucenia pierwszego rządowego projektu z 1952 r. przewidującego m.in. zakaz karteli i kontrolę koncentracji) oraz stroną rządową. GWB z 1957 r. zawierała zatem wszystkie tendencje kompromisowe, jak: różnorodne przełamanie zakazu kartelowego (*Kartellverbot*) w postaci licznych wyłączeń oraz możliwości ich rozszerzania czy wyrażne dopuszczenie wertykalnych porozumień cenowych (*vertikale Preisbindungen*, *Preisbindungen der zweiten Hand*) dla artykułów markowych (*Markenware*). W ustawie nie znalazł się również zapis dotyczący kontroli koncentracji (*Zusammenschlusskontrolle*)².

II. Nowelizacje GWB – przegląd

Przyjęty w ustawie, i w gruncie rzeczy wymuszony, kompromis oznaczał konieczność wprowadzania kolejnych zmian, nie tylko w związku ze zmieniającym się otoczeniem gospodarczym, lecz także ze względu na konieczność dostosowywania niemieckiego prawa kartelowego do regulacji wspólnotowych (europejskich). Od czasu wejścia w życie GWB była nowelizowana ośmiokrotnie.

Pierwsza nowela GWB weszła w życie 1 stycznia 1965 r. Wtedy to zdecydowano się m.in. na zastąpienie wąskiej definicji nadużycia (*Missbrauchstatbestand*) klauzulą generalną. Ponadto, organ antymonopolowy uzyskał kompetencję samodzielnego nakładania grzywnien (*Geldbußen*). Ułatwiono również współpracę przedsiębiorstw poprzez legalizację tzw. karteli specjalizacyjnych (*Spezialisierungskartellen*), zaostrzając jednocześnie kontrolę nadużyć w stosunku do porozumień wertykalnych³.

Druga nowelizacja GWB z 1973 r. zaostrzyła kontrolę nadużycia (*Missbrauchsaufsicht*) względem dominujących na rynku przedsiębiorstw poprzez obniżenie posiadanego progu rynkowego (*Machtschwelle*) oraz przez wprowadzenie obalalnego domniemania prawnego. Wprowadziła również kontrolę połączeń dla dużych koncentracji, jeśli w wyniku takiej koncentracji miałyby powstać lub umocnić się pozycja dominująca. W stosunku do porozumień związanych z ustalaniem cen zakazano porozumień wertykalnych z wyjątkiem tych dotyczących produktów wydawniczych⁴. Nowela powołała również do życia nową instytucję – Komisję Monopolową (*Monopolkommission*). Nowelizacja ustawy z 1973 r. wprowadzała również ułatwienia dla porozumień kooperacyjnych

¹ I. Schmidt, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 5. Auflage 2005, s. 154.

² D. Zimmer, *50 Jahre GWB – ein Grund zum Feiern?*, „Wirtschaftsdienst” 2007, Vol. 87, Iss. 7.

³ I. Schmidt, *Wettbewerbspolitik und...*, s. 155.

⁴ *Ibidem*, s. 156.

dla małych i średnich przedsiębiorstw, co z drugiej strony stwarzało ryzyko umacniania pozycji rynkowych ze szkodą dla konkurencji⁵.

Kolejna zmiana ustawy miała miejsce trzy lata później. Nowela wprowadziła przede wszystkim zmianę w zakresie kontroli koncentracji na rynku prasowym, polegającą na tym, iż odtąd nawet małe koncentracje podlegały kontroli.

Czwarta nowela GWB z 1980 r. wiele spotkała się z krytyką. Wprowadzony do ustawy § 37a ust. 2 stworzył dla Federalnego Urzędu Kartelowego (*Bundeskartellamt*) możliwość zabronienia wykorzystywania przez przedsiębiorstwa ich przeważającej siły rynkowej (*überlegende Marktmacht*) przeciwko małym i średnim konkurentom w celu bezpośredniego lub pośredniego bezzasadnego utrudniania im działalności⁶. Regulacja ta została rozszerzona w dwóch kolejnych nowelizacjach. Czwarta nowela GWB rozszerzyła także klauzulę generalną o nadużywanie dominacji rynkowej w sferze cen i warunków umów oraz zróżnicowanie cenowe⁷.

Następna nowelizacja miała miejsce dopiero dziewięć lat później, w szczególności zaostżając istniejące już instrumenty w zakresie kontroli połączeń oraz zachowań w odniesieniu do rozwoju koncentracji w handlu. W pierwszym rządzie zaostrzono kontrolę koncentracji poprzez wprowadzenie nowych specyficznych kryteriów dla stwierdzenia pozycji dominującej na rynku. Po drugie ulepszono kontrolę zachowań przedsiębiorstw m.in. poprzez ograniczenie zakazu dyskryminacji (*Diskriminierungsverbot*), w szczególności obowiązku dostaw (*Belieferungspflicht*) silnym rynkowo przedsiębiorstwom wobec zachowań wymierzonych przeciwko małym i średnim przedsiębiorstwom. Zwolniono również współpracę po stronie popytu (*Einkaufskooperation*), o ile służyło to wyrównaniu niekorzyści małych i średnich przedsiębiorstw. Piąta nowela doprowadziła również do zawężenia tzw. dziedzin wyłączonych (*Aufnahmebereiche*).

Przed szóstą nowelą z 1998 r. postawiono dwa cele. Po pierwsze – definitywne rozstrzygnięcie trwającej od wielu lat dyskusji dotyczącej konieczności harmonizacji prawa krajowego z europejskim prawem konkurencji, po drugie – uporządkowanie samej systematyki ustawy – uczynienie jej bardziej przejrzystą i czytelną.

Odnosnie do kontroli koncentracji ustawodawca zdecydował się na podwyższenie progu obrotu (*Umsatzschwelle*) oraz progu dla połączeń bagatelnych. Ponadto, kontrola fuzji następowała teraz jako kontrola prewencyjna. Dziedziny objęte ustawowymi wyjątkami (*Ausnahmebereiche*), jak transport czy usługi bankowe i ubezpieczenia zostały ograniczone, względnie usunięte. Nowela wprowadziła jednak nową dziedzinę objętą wyjątkiem, a mianowicie sport.

W kontroli nadużyć nastąpiło przejście do reguły zakazu (*Verbotssprinzip*), a przykładowy katalog nadużyć uzupełniono o odmowę dostępu do sieci oraz innych urządzeń infrastrukturalnych. Zakaz dyskryminacji oraz zakaz utrudniania (*Behinderungsverbot*) rozszerzono o przykład stosowania nieuzasadnionych cen kupna i sprzedaży⁸.

⁵ Zapis ten usunięto dopiero w 2005 r.

⁶ D. Zimmer, *50 Jahre GWB...*

⁷ T. Skoczny, R. Janusz, *Wprowadzenie, Niemiecka Ustawa Kartelowa, Wybrane Narodowe Ustawy Antymonopolowe*, Urząd Antymonopolowy, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 1995, s. 32.

⁸ A. Eisenkopf, *Mehr Wettbewerb durch 6. GWB – Novelle?*, „Wirtschaftsdienst” 1998, Vol. 78, Iss. 10, s. 626–628.

Kolejna, siódma już nowela weszła w życie 1 lipca 2005 r. Jej centralnym punktem było dostosowanie niemieckiego prawa kartelowego do nowej koncepcji europejskiego prawa konkurencji, w tym do regulacji zawartej w rozporządzeniu Rady 1/2003⁹.

Przepisy materialne dotyczące horyzontalnych oraz wertykalnych naruszeń konkurencji zostały jednoznacznie uregulowane. Tym samym, § 1 GWB odpowiadał regulacji zawartej w art. 81 ust. 1 TWE (art. 101 ust. 1 TFUE). Na miejsce dotychczasowego systemu zgłoszeń oraz zezwoleń wszedł wyjątek, o którym mowa w art. 81 ust. 3 TWE (art. 101 ust. 3 TFUE), zawarty w § 2 GWB.

W związku z brakiem doświadczeń opartych na europejskim kryterium znaczącego utrudnienia skutecznej konkurencji (SIEC – Test), ocena połączeń oparta na teście dominacji (*Dominanztest*) pozostała niezmieniona. Dotychczasowe dziedziny objęte wyjątkami zostały zredukowane do sektora rolniczego oraz wertykalnego związania cenami dla gazet i czasopism, przy czym zniesienie w GWB regulacji szczególnych dla określonych dziedzin gospodarki nie oznaczało automatycznej niedopuszczalności dotąd wyłączonych, względnie zwolnionych porozumień¹⁰. Od 2005 r. Federalny Urząd Kartelowy otrzymał możliwość przeprowadzania tzw. badania sektora (*Sektoruntersuchung*) w celu dokładnego sprawdzenia (niezależnie od konkretnego indywidualnego postępowania) pojedynczego sektora¹¹. Celem siódmej noweli kartelowej było również wzmocnienie ochrony prywatnoprawnej w przypadkach praktyk ograniczających konkurencję (istniejącej już w pierwotnej wersji ustawy). Ustawodawca niemiecki – jako pierwszy w Europie – wprowadził kompleksowy system prywatnoprawnego wdrażania prawa antymonopolowego¹².

III. Ósma nowela GWB – przegląd najważniejszych zmian

1. Zakres zmian

W sprawozdaniu gospodarczym z 2011 r. rząd niemiecki – przedkładając ósmą ustawę zmieniającą GWB (*das Achte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), zapowiedział wzmocnienie konkurencji we wszystkich obszarach. Zaprezentowany projekt ustawy w założeniu powinien w dalszym ciągu modernizować i optymalizować warunki ramowe dotyczące konkurencji, w szczególności w obszarze połączeń, kontroli zachowań (praktyk), przepisów odnoszących się do grzywien oraz postępowań dotyczących naruszeń kartelowych, jak również czynić realizowanie GWB jeszcze efektywniejszym¹³. Nie wszystkie zmiany wprowadzone zostały bez przeszkód ze strony różnych interesariuszy. Tak było np. w trakcie prac nad poddaniem kas chorych regulacji GWB.

Oprócz zmian w zakresie przepisów materialnych oraz proceduralnych, nowelizacja wprowadziła również zmiany czysto formalne dotyczące systematyki ustawy, a także zaktualizowała „starą nomenklaturę wspólnotową”, dostosowując ją do obecnego stanu prawnego.

⁹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. L 1 z 4.1.2003, s. 1–25).

¹⁰ I. Schmidt, *Hauptprobleme der 7. Kartellnovelle: Die Wende in der Kartellpolitik*, „Wirtschaftsdienst” 2005, Vol. 85, Iss. 8, s. 536–539.

¹¹ Do połowy 2013 r. Federalny Urząd Kartelowy rozpoczął dziesięć badań sektorów, z czego zakończył osiem. Więcej o badaniu sektorów: N. Gildhoff, *Sektoruntersuchungen: Zulässigkeitsvoraussetzungen und Rechtsschutz*, WuW 07- 08/2013, s. 716–726.

¹² O roszczeniach cywilnoprawnych w Niemczech – zob.: M. Będkowski-Koziół, *Prywatne wdrażanie prawa antymonopolowego w RFN – uwagi na tle regulacji siódmej noweli kartelowej*, PUG 2007, nr 3.

¹³ Referentenentwurf BMWi, *Achtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Pobrano z: www.bmwi.de.

2. Zmiany w kontroli koncentracji

Wyraźnym celem ósmej noweli jest z jednej strony kontynuowanie zbliżenia niemieckiego prawa połączeń (szczególnie § 35 GWB) do prawa europejskiego, obecnie uregulowanego w rozporządzeniu 139/2004 dotyczącego kontroli koncentracji przedsiębiorstw¹⁴, z drugiej zaś – dalsza konwergencja. Niemiecki ustawodawca podjął tym samym zamierzenia Komisji w przedmiocie dostosowywania krajowych reguł dotyczących prawa połączeń do regulacji europejskiej (*kohärenter gestalten*), ażeby stworzyć całkowicie jednolite warunki konkurencji na wspólnym rynku¹⁵. Zmiany dotyczące kontroli koncentracji są niewątpliwie największymi, które przyniosła nowelizacja z 2013 r.

Niemieckiemu prawu kontroli koncentracji podlegają obecnie koncentracje, jeśli w ostatnim roku gospodarczym przed jej dokonaniem: biorące w niej udział przedsiębiorstwa osiągnęły światowy przychód większy aniżeli 500 mln euro oraz co najmniej jedno z biorących w niej udział przedsiębiorstw osiągnęło w Niemczech przychód wyższy aniżeli 25 mln euro, a inne z uczestniczących przedsiębiorstw osiągnęło przychód w wysokości powyżej 5 mln euro.

Ustawodawca niemiecki przyjął, że koncentracja nie podlega obowiązkowi kontroli, o którym mowa powyżej, jeśli przedsiębiorstwo nie jest zależne kapitałowo w rozumieniu GWB¹⁶ oraz w ostatnim roku gospodarczym osiągnęło łączny światowy obrót mniejszy niż 10 mln euro wraz z innym łączącym się przedsiębiorstwem. Wyłączenie spod zakazu stosuje się również do koncentracji dokonywanych przez łączenie publicznych instytucji lub zakładów, którym towarzyszy reforma terytorialna¹⁷.

Jedną z kluczowych kwestii, która została wprowadzona nowelą, jest zmiana kryteriów badania koncentracji – przejście z dominacji rynkowej na test SIEC (*significant impediment of effective competition*; niem. *Erwartung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs*). Uzasadnienie projektu ustawy w przedmiocie dostosowania do europejskiego reżimu kontroli połączeń oparte zostało na wielu argumentach. Po pierwsze, przejście europejskiej oceny koncentracji polepszyłoby w znacznym stopniu możliwość równoległej oceny zamiaru połączenia na płaszczyźnie krajowej (niemieckiej) oraz europejskiej, co leżałoby w interesie tak przedsiębiorstw, jak i skutecznej ochrony konkurencji. Po drugie, nowe kryterium zakazu tworzy dla wszystkich uczestniczących w koncentracjach przedsiębiorstw niezależnie od osiągniętych obrotów jednolitą miarę oceny, a przez to – *level playing field*. Jako przekonujące ocenione zostały również wyniki europejskiej praktyki połączeń od czasu wprowadzenia testu SIEC. Dlatego też – biorąc pod uwagę doświadczenia europejskie – Komisja Monopolowa stwierdziła, że brak jest jakiegokolwiek podstawy do odstąpienia od przyjęcia testu¹⁸.

W związku z przyjęciem testu SIEC, zmianie uległy przesłanki oceny dokonywanej przy kontroli koncentracji. Zmieniony § 36 Abs. 1 GWB stanowi obecnie, iż Federalny Urząd Kartelowy zabroni dokonania koncentracji, przez którą istotnie ograniczona zostałaby skuteczna konkurencja, w szczególności, jeśli można byłoby spodziewać się stworzenia lub wzmocnienia pozycji

¹⁴ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. L 24 z 29.01.2004 r., s. 1–22).

¹⁵ T. Lettl, *Fusionkontrolle im GWB nach der 8. GWB – Novelle*, WUW 07 – 08/2013, s. 706–707.

¹⁶ § 36 Abs. 2 GWB.

¹⁷ § 35 Abs. 2 Satz 2 GWB.

¹⁸ Zob.: Die 8. GWB – Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB. Pobrano z: <http://www.monopolkommission.de>.

dominującej¹⁹. Przy czym np. nadal możliwe będzie połączenie, o ile uczestniczące w nim przedsiębiorstwa wykażą, że ich połączenie spowoduje również polepszenie się warunków konkurencji oraz że korzyści przewyższą przeszkody w konkurencji²⁰. Jest to znana prawu niemieckiemu tzw. klauzula rozsądku (*Abwägungsklausel*), która chroni „połączenia sanujące”²¹.

Dodatkowo, ósma nowela wprowadziła również kolejne dwa wyjątki od zakazu dokonania połączenia. Po pierwsze, przesłanki odmowy dokonania połączenia nie dotyczą rynku, na którym od przynajmniej pięciu lat oferowane są towary lub usługi gospodarcze, oraz na którym w ostatnim roku kalendarzowym osiągnięte zostały obroty mniejsze aniżeli 15 mln euro²². Przepis ten zwany klauzulą bagatelności, czy też klauzulą rynku bagatelnego (*Bagatellmarktklausel*), w niezmiennym brzmieniu usunięty został z § 35 dotyczącego przesłanek (warunków) kontroli połączeń i przeniesiony do regulacji dotyczącej materialnoprawnego testu oceny koncentracji. Co istotne, połączenia bagatelne objęte zostały obowiązkiem zgłoszenia (*Anmeldepflicht*).

Po drugie, zakaz dokonania koncentracji będzie wyłączony w przypadku umocnienia się pozycji dominującej wydawcy czasopism lub gazet, który przejmuje małego albo średniego wydawcę, jeśli udowodnione zostanie, że przejmowane wydawnictwo w ostatnich trzech latach zanotowało istotną stratę roczną w rozumieniu § 275 Abs. 2 Nr 20 niemieckiego kodeksu handlowego (*Handelsgesetzbuch*) oraz że bez dokonania połączenia jego istnienie byłoby zagrożone. Poza tym, wydawnictwo musi udowodnić, że przed połączeniem nie został znaleziony żaden inny nabywca, który zapewniłby inne zgodnie z obowiązującym zasadami konkurencji rozwiązanie²³.

Niemiecki ustawodawca zdecydował się również na zmiany w zakresie obliczania przychodów oraz udziałów w rynku. Zmieniony § 38 Abs. 5 GWB stanowi obecnie, że jeśli połączenie dokonywane jest przez nabycie części (*der Erwerb von Teilen*) jednego lub większej liczby przedsiębiorstw, niezależnie od tego czy części te posiadają własną osobowość prawną, uwzględnia się ze strony zbywcy jedynie obrót lub część rynku, która przypada na zbywaną część. Powyższe nie znajdzie jednak zastosowania, dopóki u zbywcy pozostaje kontrola w rozumieniu § 37 Abs. 1 Nr 2 GWB²⁴ lub 25% albo więcej udziałów. Dwa lub więcej zdarzenia nabycia (transakcje), o których mowa powyżej, dokonane pomiędzy tymi samymi osobami w przeciągu dwóch lat, traktowane będą jako pojedyncze połączenie, jeśli w ich wyniku po raz pierwszy uzyskany zostanie próg obrotu, o którym mowa w § 35 GWB²⁵, przy czym za chwilę połączenia przyjmuje się ostatnie zdarzenie nabycia (transakcję)²⁶.

¹⁹ W brzmieniu sprzed nowelizacji znajdował się jedynie zapis dotyczący powstania lub umocnienia pozycji dominującej.

²⁰ § 36 Abs. 1 Satz 2 nr 1 GWB.

²¹ T. Skoczny, R. Janusz, *Wprowadzenie, Niemiecka Ustawa Kartelowa...*, s. 45.

²² Przepis ten był wcześniej zawarty w § 35 GWB.

²³ Dodatkowo, zgodnie z § 38 Abs. 3 GWB dla wydawania, produkowania i dystrybucji gazet, czasopism oraz ich części dla obliczania obrotu lub udziału w rynku oblicza się ośmiokrotność przychodu.

²⁴ Zgodnie z § 37 Abs. 1 Nr. 2, połączenie ma miejsce w przypadku nabycia bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad całością bądź częścią jednego lub większej liczby przedsiębiorstw przez jedno lub więcej przedsiębiorstw. Podstawę kontroli stanowią prawa, umowy lub jakiegokolwiek inne środki, które oddzielnie bądź wspólnie, i uwzględniając okoliczności faktyczne lub prawne, dają możliwość wywierania decydującego wpływu na działania przedsiębiorstwa, w szczególności przez: a) własność lub prawo użytkowania całego lub części aktywów przedsiębiorstwa, b) prawa lub umowy przyznające decydujący wpływ na skład, głosowanie lub uchwały organów przedsiębiorstwa.

²⁵ Tj. biorące w niej udział przedsiębiorstwa osiągnęły światowy przychód większy aniżeli 500 mln euro oraz co najmniej jedno z biorących w niej udział przedsiębiorstw osiągnęło w Niemczech przychód wyższy aniżeli 25 mln euro, a inne z uczestniczących przedsiębiorstw osiągnęło przychód w wysokości powyżej 5 mln euro.

²⁶ Ustawodawca niemiecki przeniósł zatem regulację zawartą w rozporządzeniu 139/2004.

3. Kontrola nadużyć

Definicja pozycji dominującej została zawarta w nowym § 18 GWB (zastępującym § 19 GWB). Zgodnie z § 18 Abs. 1 GWB przedsiębiorstwo ma pozycję dominującą na rynku (*marktbeherrschend*), jeśli jako oferent lub nabywca określonego rodzaju towarów lub usług gospodarczych na właściwym rynku produktowym²⁷ i geograficznym: 1) nie ma konkurenta; 2) nie jest poddane żadnej istotnej konkurencji albo 3) posiada w stosunku do swoich konkurentów przeważającą pozycję rynkową (*übertagende Marktstellung*). GWB zawiera przy tym kryteria, które są brane pod uwagę przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorstwa względem jego konkurentów. Katalog jest otwarty, są to w szczególności: udział w rynku (*Marktanteil*), siła finansowa (*Finanzkraft*), dostęp do rynków zaopatrzenia lub zbytu (*Beschaffungs- oder Absatzmärkten*), powiązania z innymi przedsiębiorstwami, prawne lub faktyczne bariery dostępu do rynku dla innych przedsiębiorstw, faktyczną lub potencjalną konkurencję ze strony przedsiębiorstw, które mieszczą się w ramach obowiązywania GWB lub poza nią, zdolność przestawienia swojego popytu lub podaży na inne towary lub usługi gospodarcze, możliwość zmiany partnera handlowego na inne przedsiębiorstwo.

Dodatkowo, ustawodawca niemiecki zdecydował się na podniesienie progu udziału w rynku dla pojedynczego posiadania pozycji dominującej. Zgodnie z § 18 Abs. 2 zakłada się, że pojedyncze przedsiębiorstwo posiada pozycję dominującą, jeśli jego udział w rynku (*Marktanteil*) wynosi co najmniej 40% (wcześniej próg ten wynosił 1/3)²⁸.

Zmienione nowelą § 19 oraz § 20 GWB zawierają – obecnie rozdzielone – przepisy szczególne dotyczące przedsiębiorstw dominujących oraz przedsiębiorstw posiadających siłę rynkową, w szczególności zakaz utrudniania oraz zakaz dyskryminacji. § 19 GWB otrzymał nowy tytuł – „Zakazane zachowania przedsiębiorstw posiadających pozycję dominującą” (*Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen*), do katalogu nadużyć dodano zaś kolejny punkt stanowiący, iż nadużyciem jest wykorzystanie pozycji rynkowej przedsiębiorstw, które wymaga bądź skłania inne przedsiębiorstwa do przyznania mu korzyści bez obiektywnie uzasadnionej podstawy²⁹.

Większym zmianom uległ § 20 GWB, który otrzymał tytuł „Zakazane zachowania przedsiębiorstw ze względną albo przeważającą siłą rynkową” (*Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht*), obejmujący przed nowelą zarówno zakaz dyskryminacji, jak i zakaz nieuzasadnionego utrudniania. W obecnym brzmieniu § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB zawiera definicję „względnej siły rynkowej” (*relative Marktmacht*), zgodnie z którą regulacja zawarta w § 19 (Abs.1 w związku z Abs.2 Nr 1) dotyczy również przedsiębiorstw oraz związków przedsiębiorstw, jeżeli małe lub średnie przedsiębiorstwa działające jako oferent lub nabywca określonego rodzaju towarów lub usług gospodarczych są od nich zależne w ten sposób, że nie mają wystarczających i spodziewanych możliwości zmiany ich na inne przedsiębiorstwa (względna siła rynkowa)³⁰.

²⁷ W rozumieniu ustawy rynek produktowy może być szerszy, aniżeli zakres obowiązywania ustawy (*vide* § 18 Abs. 2 GWB).

²⁸ Nie zmieniony został przy tym próg dla domniemania istnienia duopolu oraz oligopolu. Zgodnie z § 18 Abs. 5, dwa lub więcej przedsiębiorstw posiada pozycję dominującą, o ile: nie istnieje między nimi istotna konkurencja w zakresie określonych towarów lub usług gospodarczych oraz spełniają one jako całość przesłanki, o których mowa w § 18 Abs. 1 GWB. Całość przedsiębiorstw działa jako dominująca, jeśli składa się z trzech lub mniejszej liczby przedsiębiorstw, które posiadają łączny udział w rynku w wysokości 50% lub jeśli składają się z pięciu bądź mniejszej liczby przedsiębiorstw, które mają wspólnie udział w rynku wynoszący dwie trzecie (§ 18 Abs. 6 GWB). Domniemanie, o którym mowa powyżej jest obalalne, przedsiębiorstwa muszą udowodnić, że warunki konkurencji między nimi są spełnione albo, że całość przedsiębiorstw nie posiada przeważającej siły rynkowej w stosunku do pozostałych konkurentów.

²⁹ Tak: § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB.

³⁰ Przy czym zakłada się, że oferent określonego rodzaju towarów lub usług gospodarczych jest zależny od nabywcy w rozumieniu zdania pierwszego, jeśli ten nabywca poza rabatami zwyczajowo przyznawanymi w obrocie bądź innymi świadczeniami, regularnie otrzymuje od niego inne przywileje (ulgi), których tego samego rodzaju nabywcy nie otrzymują (§ 20 Abs. 1 Satz 2 GWB).

Ósma nowela przesądziła również utrzymanie do końca 2017 r. regulacji dotyczącej sprzedaży poniżej kosztów (*unter Einstadspreis*) oraz tzw. nożyc kosztowo-cenowych (*die Kosten-Preis-Schere*). Obecnie oferowanie artykułów spożywczych za cenę poniżej kosztów jest obiektywnie uzasadnione, jeśli jest to potrzebne, aby zapobiec pogorszeniu (zepsuciu) albo grożącej niemożności sprzedaży towarów znajdujących się u sprzedawcy w regularnej sprzedaży, jak również w porównywalnie poważnych przypadkach. Nie jest przy tym nieuzasadnionym utrudnieniem, wydanie artykułów spożywczych instytucjom dobroczynnym (charytatywnym) w ramach jej zadań³¹.

Niemiecki ustawodawca zdecydował się ponadto na wyłączenie spod ogólnego zakazu porozumień ograniczających konkurencję, o których mowa w § 1 GWB³² umów przedsiębiorstw świadczących usługę użyteczności publicznej zaopatrywania w wodę, o ile spełnione zostaną warunki, o których mowa w tym przepisie (§ 31 Abs. 1 GWB).

Dodatkowo, specjalna kontrola nadużycia nad posiadającymi pozycję dominującą sprzedawcami gazu lub energii elektrycznej, która miała obowiązywać do końca 2012 r., została przedłużona do 31 grudnia 2017 r.³³.

4. Rozszerzenie kompetencji organizacji konsumenckich

Na mocy noweli organizacjom ochrony konsumentów przyznane zostało prawo w prywatnym dochodzeniu roszczeń z tytułu naruszenia prawa kartelowego (*private Kartellrechtsdurchsetzung*). W § 33 ust. 2 GWB³⁴ ustawa przyznaje kwalifikowanym instytucjom, w szczególności zrzeszeniom konsumentów, roszczenie o zaniechanie bezprawnych naruszeń (*Unterlassungsanspruch*), jak również roszczenie o wydanie korzyści uzyskanych w wyniku naruszenia prawa antymonopolowego (*Vorteilsabschäpfung*) w wypadku szkód masowych lub rozproszonych (*Massen- und Streuschäden*).

5. Stosowanie przepisów GWB do kas chorych

Spośród wszystkich zmian, które wprowadziła ósma nowela, najwięcej kontrowersji spowodowały zapisy dotyczące ustawowych kas chorych (*gesetzliche Krankenkassen*).

Komisja Monopolowa w swoich zaleceniach stwierdziła, że ustawowe kasy chorych powinny zasadniczo podlegać ogólnym przepisom prawa kartelowego, które winny obowiązywać zarówno w stosunku do dostawców usług, jak i do ich członków. Poza tym, między kasami powinny być stosowane przepisy dotyczące prawa połączeń. Wyjątki od stosowania wspólnych przepisów ochrony konkurencji muszą być wyraźnie wymienione i ograniczone do dziedzin, w których kasy na podstawie zwierzchnich (władczych) umów zobowiązane są do wspólnego działania³⁵. Zalecenia te nie zostały jednak w pełni wdrożone, ze względu na silne rozbieżności w trakcie przygotowywania noweli. Tzw. kompromis w ostatniej minucie (*ein Kompromis in letzter Minute*) doprowadził nawet do tego, że ósma nowela kartelowa mogła wejść w życie, nie jak wcześniej zaplanowano 1 stycznia 2013 r., ale dopiero pół roku później.

³¹ § 20 Abs. 3 GWB.

³² § 1 GWB stanowi, że zakazane są porozumienia między przedsiębiorstwami, uchwały związków przedsiębiorstw oraz inne uzgodnione porozumienia (zachowania), które prowadzą lub skutkują do zapobieżenia, ograniczenia albo zakłócenia konkurencji.

³³ Zob. § 29 i § 131 Abs. 1 GWB.

³⁴ § 33 Abs. 2 Nr. 1 GWB.

³⁵ Tak: *Die 8. GWB – Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht – Empfehlungen der Monopolkommission*, WuW 03/2013, s. 272.

Ósma nowela wprowadziła jednoznaczne kompetencje dla Federalnego Urzędu Kartelowego w zakresie kontroli dobrowolnych zrzeczeń kas chorych (*Krankenkassen*) zgodnie z regułami, o których mowa w GWB. Normy dotyczące kontroli połączeń są przy tym odpowiednio stosowane³⁶.

Wyraźnie przewidziane stosowanie przepisów dotyczących kontroli połączeń oraz związane z tym kompetencje Federalnego Urzędu Kartelowego w odniesieniu do zrzeczeń kas chorych określa się jako bardzo pożądane. Kontrola połączeń przez Federalny Urząd Kartelowy ma przede wszystkim zapewnić, że po stronie kas nie powstaną żadne antykonkurencyjne koncentracje, które prowadziłyby do negatywnych następstw dla ubezpieczonych w kasach, małych kas chorych oraz dostawców usług medycznych. Warto zauważyć, że od 2000 r. do 2013 r. liczba ustawowych kas chorych zmniejszyła się z 420 do 134. Proces koncentracyjny w stronę tworzenia dużych kas został zatem rozpoczęty, a 30 ze 134 kas chorych skupia ok. 90% podaży i popytu³⁷. Dlatego też, wobec rosnącej konsolidacji rynku nieuniknione jest, aby procesy te zostały poddane kontroli przez Federalny Urząd Kartelowy³⁸.

Rezygnacja z odpowiedniego poddania prawu kartelowemu stosunków prawnych pomiędzy kasami (ich związkami) oraz pomiędzy kasami a ubezpieczonymi odebrane zostało jako negatywne, gdyż może to prowadzić do niesprawiedliwego zróżnicowania pomiędzy osobami ubezpieczonymi dostawcami usług w odniesieniu do ochrony przed niezgodnymi z prawem kartelowymi zachowaniami kas chorych. Tworzenie karteli przez kasy wymierzone przeciw dostawcom usług – zgodnie z obowiązującym prawem, tj. kodeksem socjalnym (§ 69 Abs. 2 Satz 1 *Sozialgesetzbuch Buch V*³⁹) podlega przepisom ustawy kartelowej. Antykonkurencyjne porozumienia tworzone przez kasy przeciwko ubezpieczonym, np. poprzez pobieranie przez kasy dodatkowych świadczeń, nie są natomiast kontrolowane przez Federalny Urząd Kartelowy⁴⁰.

6. Zmiany proceduralne

Nowela wprowadziła również kilka zmian proceduralnych. I tak np. w nowo utworzonym § 81a GWB (*Auskunftspflichten*) ograniczono prawo do odmowy udzielenia informacji (*Auskunftsverweigerungsrecht*) dotyczących obrotów dla osób prawnych oraz stowarzyszeń, wobec których bierze się pod uwagę wyznaczenie grzywny. Powyższe odpowiada obecnej praktyce Komisji Europejskiej, która w ramach postępowania w przedmiocie nałożenia grzywny na dane przedsiębiorstwo może pytać nie tylko o dane związane z obrotami tego przedsiębiorstwa, również lecz także o informacje o spotkaniach uczestników kartelu⁴¹.

Ponadto, przedsiębiorstwa zobowiązane są do wydania Federalnemu Urzędowi Kartelowemu odpowiednich dokumentów. Prawo do odmowy zeznań pozostawione zostało jedynie osobom fizycznym, które działają dla osoby prawnej lub stowarzyszeń, jeśli odpowiedź naraziłaby tę osobę lub osoby wymienione w § 52 Abs. 2 niemieckiego kodeksu postępowania karnego (*Strafprozeßordnung*) na odpowiedzialność z tytułu przestępstwa lub wykroczenia, o czym należy taką osobę pouczyć.

³⁶ § 172a Sozialgesetzbuch (SGB) Fünftes Buch (V) – Gesetzliche Krankenversicherung – (Artikel 1 des Gesetzes v. 20. Dezember 1988, BGBl. I, s. 2477).

³⁷ Tak jest np. w domowej intensywnej opiece, w której mające siłę rynkową po stronie popytu kasy chorych (związki) na małym, względnie – średnim poziomie konfrontowane są przez dostawców usług.

³⁸ Ch. Burholt, *Gesundheitskartellrecht in der 8. GWB – Novelle*, WuW 12/2013, s. 1173

³⁹ § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB Buch V.

⁴⁰ Ch. Burholt, *Gesundheitskartellrecht in der 8. GWB...*, s. 1174.

⁴¹ § 81a GWB.

Naruszenie obowiązku udzielenia informacji przez przedsiębiorstwo jest wykroczeniem (*Ordnungswidrigkeit*), za które może zostać wymierzona grzywna w wysokości do 100 000 euro. Przepis ten stosuje się również w odniesieniu do sądowego wniosku o udzielenie informacji⁴².

Nowela zmieniła również § 50 Abs. 4 GWB, zgodnie z którym Federalny Urząd Kartelowy może zezwolić funkcjonariuszom organów ochrony konkurencji z państwa członkowskiego UE, włącznie z upoważnionymi przez ten organ ochrony konkurencji osobami, współdziałać w przeszukiwaniach oraz przesłuchiowaniach w ramach pomocy prawnej zgodnie z art. 22 ust. 2 rozporządzenia 1/2003⁴³.

IV. Podsumowanie

Większość zmian wprowadzonych ósmą nowelą ma na celu zbliżenie ustawodawstwa niemieckiego do regulacji dotyczącej prawa konkurencji na poziomie unijnym. Pomimo silnej „potrzeby konwergencji” niemieckie przepisy zachowują jednak własne unormowania, nieznanne prawu europejskiemu, jak np. przewidziana w § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr 1 GWB klauzula rozsądku w przepisach dotyczących koncentracji przedsiębiorstw, której nie przewiduje prawo europejskie.

Najważniejszą zmianą zbliżającą niemiecką regulację dotyczącą kontroli koncentracji do przepisów unijnych jest niewątpliwie przyjęcie testu SIEC, które w szczególności umożliwia ujęcie przypadków naruszenia konkurencji poniżej progu dominacji rynkowej. Tym samym powstanie lub umocnienie pozycji dominującej jest obecnie jedynie typowym przykładem istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji.

Podobnie jak wprowadzenie nowego testu, oceniane jest dobrze podwyższenie progu pojedynczego posiadania siły rynkowej (udziału w rynku) z 1/3 do 40%, które znajdzie zastosowanie tak w ocenie pozycji dominującej, jak i przy kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

Za istotny, choć dalece niewystarczający, krok ku wdrażaniu reguł konkurencji uznać należy poddanie niemieckiej ustawie kartelowej ustawowych kas chorych. Wydaje się jednak, że „kompromis w ostatniej minucie” jest jednocześnie „kompromisem na krótką metę”, zwłaszcza biorąc pod uwagę postępującą konsolidację kas chorych oraz ich przewagę m.in. w stosunkach z ubezpieczonymi czy też między samymi kasami. Należy zatem oczekiwać, że ustawodawca niemiecki podejmie kolejną próbę implementacji reguł konkurencji.

⁴² A. Yomere, *die Novellierung des Kartellbußgeldverfahrens durch die 8. GWB – Novelle*, WuW 12/2013, s. 1188–1189.

⁴³ W starym brzmieniu § 50 Abs. 4 GWB stanowił, że Federalny Urząd Kartelowy mógł zezwolić funkcjonariuszom organu ochrony konkurencji z innego państwa członkowskiego UE oraz innym upoważnionym osobom im towarzyszącym na towarzyszenie im przez funkcjonariuszy urzędu przy przeszukiwaniach, zgodnie z art. 22 ust. 1 rozporządzenia 1/2003.