

Tadeusz Skoczny

Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji - także w Polsce - po 1 maja 2004 r. : (w świetle wspólnotowych rozporządzeń nr 1/2003 i 139

Kwartalnik Prawa Publicznego 4/2, 151-181

2004

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

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

*Tadeusz Skoczny**

**STOSOWANIE
WSPÓLNOTOWYCH REGUŁ KONKURENCJI
- TAKŻE W POLSCE - PO 1 MAJA 2004 R.
(W ŚWIECIE WSPÓLNOTOWYCH ROZPORZĄDZEŃ
NR 1/2003 I 139/2004 ORAZ NOWELIZACJI USTAWY
O OCHRONIE KONKURENCJI I KONSUMENTÓW Z 2004 R.)**

1. WPROWADZENIE

Wspólnotowe¹ reguły konkurencji² zostały ustanowione w art. 81 [d. 85] i art. 82 [d. 86] TWE oraz w aktach prawa wtórnego wydanych na podstawie art. 83 [d. 87] TWE, w tym w szczególności w przepisach rozporządzenia nr 17/62³; na łącznej podstawie art. 83 i art. 305 [d. 235] TWE stworzone zostały wspólnotowo-prawne reguły prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorstw⁴.

* Prof. dr hab. Tadeusz Skoczny – kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego (Jean Monnet Chair on European Economic Law), Wydział Zarządzania, Uniwersytet Warszawski

¹ Przez „wspólnotowe” reguły konkurencji rozumiane będą w niniejszym artykule reguły stworzone przez Traktat Ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE), mające zastosowanie też w obszarze regulacji Traktat Ustanawiający Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (TEWEA); reguły konkurencji Traktat Ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali (TEWWiS) wygasły 23.7.2002 r.

² Przez wspólnotowe „reguły konkurencji” rozumiane będą w niniejszym artykule tylko „reguły konkurencji skierowane do przedsiębiorstw” (tzw. reguły antymonopolowe).

³ Por. Rada EWG: Rozporządzenie nr 17 [z 6.2.1962 r.]: Pierwsze rozporządzenie wykonawcze do art. 85 i 86 Traktatu, zmienione rozporządzeniem (WE) nr 1216/1999 Rady z 10.6.1999 r., O.J. 1962, L 1437204; zm.: O.J. 1999, L 148/5, cyt. dalej jako rozporządzenie nr 17/62.

⁴ Por. rozporządzenie (EWG) Nr 4064/89 Rady z 21.12.1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, zmienione rozporządzeniem (WE) nr 1310/97 Rady

Reguły te (tak generalne, jak i sektorowe)⁵ były doskonałe i modernizowane wielokrotnie⁶. Ich zasadnicza transformacja, zamykająca pewien etap rozwoju, ale dokonana w ogromnym stopniu pod wpływem rozszerzenia Unii Europejskiej (UE) o 10 nowych państw, w tym o Polskę, nastąpiła 1.5.2004 r., kiedy to weszły w życie dwa nowe rozporządzenia Rady – rozporządzenie 1/2003,⁷ zastępujące rozporządzenie nr 17/62, oraz rozporządzenie nr 139/2004,⁸ zastępujące rozporządzenie nr 4064/89.

Z dniem 1.5.2004 r. rozporządzenia te stanowiąc będą podstawę stosowania wspólnotowych reguł konkurencji przez organy wspólnotowe⁹ oraz właściwe organy państw członkowskich¹⁰, w tym przez polskie organy ochrony konkurencji¹¹. Te ostatnie (głównie Prezes UOKiK i SOKiK) będą w tym dniu stosowały także polską ustawę o ochronie

z 30.6.1997 r., O.J. 1990, L 257/13; zm.: O.J. 1997, L 180/1, cyt. dalej jako rozporządzenie nr 4064/89.

⁵ Prezentuję je szczegółowo w: *Reguły konkurencji* [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2002, s. 183 i n.

⁶ Historyczny rozwój wspólnotowych reguł konkurencji prezentuję i oceniam w: *Doskonalenie i modernizacja systemu stosowania wspólnotowych reguł konkurencji*, „Studia Europejskie” 2001, nr 1, s. 49; *Zakres i rozwój prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej* [w:] *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguły generalne*, (wybór i opracowanie: T. Skoczny), Warszawa 2002, s. 11–39; *Sektorowe reguły konkurencji w prawie wspólnotowym* [w:] *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 2: *Reguły sektorowe*, (wybór i opracowanie: T. Skoczny), Warszawa 2002, s. 11–66; *Konsekwencje przeszłego systemu stosowania art. 81 i 82 TWE dla prawa i orzecznictwa w zakresie ochrony konkurencji w Polsce*, cz. 1 i 2, „Prawo Unii Europejskiej” 2001, nr 4 i 5; *Europejskie prawo konkurencji – od doskonalenia przez modernizację w kierunku transformacji?* [w:] M. Seweryński, Z. Hajn, *Studia Prawno-Europejskie*, t. VI, Łódź 2002, s. 112 i n.

⁷ Por. rozporządzenie (WE) nr 1/2003 Rady z 16.12.2002 r. w sprawie wykonywania reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 TWE, O.J. 2003, L 1/1, cyt. dalej jako rozporządzenie nr 1/2003.

⁸ Por. rozporządzenie (WE) nr 139/2004 Rady z 20.1.1994 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, O.J. 2004, L 24/1, cyt. dalej jako rozporządzenie 139/2004.

⁹ Głównie Komisję Europejską (KE) i sądy wspólnotowe – (Europejski) Trybunał Sprawiedliwości (ETS) oraz Sąd Pierwszej Instancji (SPI); kwestie te będą poruszane w niniejszym artykule tylko w zakresie koniecznym dla ukazania relacji między nimi a organami krajowymi.

¹⁰ Problemy stosowania wspólnotowych reguł konkurencji przez organy innych państw członkowskich – tak starych, jak i nowych – będą poruszane w niniejszym artykule tylko wtedy, gdy odnoszą się także do organów polskich.

¹¹ Elementy charakterystyki ustrojowej polskich organów ochrony konkurencji – Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezesa UOKiK) i Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) oraz mogących pełnić tę funkcję sądów powszechnych – będą w niniejszym artykule prezentowane tylko w zakresie koniecznym dla ukazania zmian dokonujących się z dniem 1.5.2004 r.

konkurencji i konsumentów (dalej: uokik) z 2000 r.¹² w kształcie nadanym jej nowelą z 16.4.2004 r.¹³. Zgodnie z wolą projektodawcy tej noweli, miała ona dokonać ostatnich dostosowań prawa polskiego do prawa wspólnotowego oraz stworzyć konieczne podstawy prawne dla stosowania w Polsce wspólnotowych reguł konkurencji przez organy ochrony konkurencji WE, jej państw członkowskich, w tym Polski, w tym zmian koniecznych w świetle rozporządzeń nr 1/2003 i 139//2004¹⁴.

Celem niniejszego artykułu jest ukazanie ww. zmian wspólnotowego i polskiego prawa konkurencji, ze w szczególności uwzględnieniem tych z nich, które mogą mieć wpływ na zakres i jakość stosowania wspólnotowych reguł konkurencji w Polsce. Będą to w szczególności zmiany dotyczące ustroju organów ochrony konkurencji oraz stosowanych przez nich procedur i sankcji (pkt. 3, 4 i 5 artykułu); w niewielkim zakresie przedmiotem poniższej prezentacji i analizy będą reguły materialno-prawne (pkt. 2).

Poniższe rozważania będą zmierzały do zweryfikowania hipotezy badawczej, w myśl której co do zasady nie istnieją normatywne przeszkody¹⁵, żeby polskie organy ochrony konkurencji nie mogły skutecznie stosować wspólnotowych reguł konkurencji, w szczególności zakazów praktyk ograniczających konkurencję na rynku wewnętrznym, tj. zapewnić oczekiwanego przez KE, porównywalnego z innymi krajami poziomu ochrony konkurencji (*level-playing field*) przed jej zakłócaniem przez samych przedsiębiorców. Co więcej, równoległe, skuteczne stosowanie polskiego prawa ochrony konkurencji, powinno przyczynić się do umocnienia roli mechanizmu konkurencji oraz rozwoju kultury konkurencji w gospodarce rynkowej.

2. WSPÓLNOTOWE

A POLSKIE MATERIALNE PRAWO OCHRONY KONKURENCJI

W rezultacie wieloletniego procesu dostosowawczego, bazującego na zobowiązaniach wynikających z Układu Europejskiego (głównie art.

¹² Por. ustawę z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, t.j.: Dz. U. z 2003 r., Nr 86, poz. 804 z późn. zm., cyt. dalej jako uokik z 2000 r.

¹³ Por. ustawę z 16.4.2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 93, poz. 891, cyt. dalej jako nowela z 2004 r.; nowela ta zmieniła m.in. ustawę z dnia 17.11.1964 r. – Kodeks Postępowania Cywilnego, cyt. dalej jako K.p.c.

¹⁴ Por. „uzasadnienie” projektu rządowego (www.sejm.gov.pl/prace/).

¹⁵ Ew. bariery organizacyjne, kadrowe, finansowe i językowe nie będą analizowane w niniejszym artykule.

68)¹⁶ i stanowiącego przejaw politycznej determinacji wstąpienia do UE, uwarunkowanego m.in. pełnym przejściem najpóźniej z dniem akcesji całego dorobku wspólnotowego (tzw. *acquis communautaire*), materialno-prawne reguły ochrony konkurencji na terytorium R.P. są w pełni kompatybilne ze standardami wspólnotowymi, wynikającymi z reguł normatywnych oraz dorobku ich stosowania przez ETS, SPI i KE. I tak:

- a) oba systemy ustanawiają dwa modelowo identyczne zakazy praktyk ograniczających konkurencji: względny zakaz porozumień ograniczających konkurencję (art. 81 TWE, art. 5 uokik z 2000 r.) oraz bezwzględny zakaz nadużywania pozycji dominującej (art. 82 TWE, art. 8 uokik z 2000 r.); co więcej, od 1.4.2001 r. (data wejścia w życie uokik z 2000 r.) granice relatywizacji i/lub racjonalizacji zakazu porozumień ograniczających konkurencję wyznaczają te same przesłanki (art. 81 ust. 3 TWE, art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r.);
- b) zarówno wspólnotowe (rozporządzenie 139/2004), jak i polskie prawo ochrony konkurencji (por. głównie art. 12 ust. 1 i art. 98 uokik z 2000 r.) poddaje koncentracje przedsiębiorstw (przedsiębiorców) kontroli prewencyjnej, zezwalając wszakże na przywrócenie warunków konkurencji (w tym podział skoncentrowanego podmiotu) w przypadku koncentracji dokonanych bez zgłoszenia lub wbrew negatywnej decyzji organu.

Warto też podkreślić, że w Polsce istnieje już liczący się dorobek stosowania tych reguł przez Prezesa UOKiK i SOKiK¹⁷. Nie powinno więc być żadnych przeszkód, żeby normatywne przesłanki ww. zakazów praktyk ograniczających konkurencję (rozumienia „porozumień, decyzji i uzgodnień”, „eliminacji, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym” jako „celu lub skutku” praktyk kolektywnych, czy poszczególnych przejawów tych praktyk, ustanowionych przez art. 5 uokik z 2000 r., czy sposobów wyznaczania „rynku właściwego”, „pozycji dominującej”, indywidualnej i kolektywnej, oraz stwierdzenia jej „nadużywania”, ustanowionych w art. 8 uokik z 2000 r.), a także wyłączeń spod zakazu porozumień ograniczających konkuren-

¹⁶ Por. Układ ustanawiający stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską z jednej strony a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi z drugiej strony, podpisany w Brukseli 16.12.1991 r. (Dz. U. z 1994 r., Nr 11, poz. 38).

¹⁷ Por.: S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999; E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002; T. Skoczny, *Dostosowanie prawa polskiego do prawa wspólnotowego w zakresie antymonopolowego prawa materialnego* [w:] P. Saganek, T. Skoczny (red.), *Wybrane problemy i obszary dostosowania prawa polskiego do prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 1999, s. 137 i n.

cję, ustanowionych w art. 7 ust. 1 uokik z 2000 r., miały być inaczej interpretowane i stosowane niż ich odpowiedniki ustanowione w art. 81 i 82 TWE¹⁸. Także takie kategorie jak „połączenie” czy „przejęcie kontroli”, „wspólny przedsiębiorca” (*joint ventures*), czy „obróć” przedsiębiorców uczestniczących w kontroli, wyznaczające zakres i zasięg prewencyjnej kontroli koncentracji w Polsce, oraz testy kontroli – „istotne ograniczenie konkurencji” czy „powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku” – powinny być raczej definiowane i rozumiane tak samo, jak ich odpowiedniki w rozporządzeniu nr 139/2004¹⁹. Korzystając z dorobku własnego²⁰ oraz z dorobku organów wspólnotowych²¹, polskie organy ochrony konkurencji powinny być w stanie bezpośrednio stosować art. 81 i 82 TWE lub uczestniczyć w ich stosowaniu przez organy WE i innych państw członkowskich; to samo można powiedzieć o współpracy w stosowaniu rozporządzenia nr 139/2004.

W kontekście obowiązkowego równoległego stosowana przez organy i sądy krajowe art. 81 i 82 TWE (patrz niżej), w płaszczyźnie

¹⁸ Zbieżność taką manifestują najlepiej rozporządzenia Rady Ministrów wyłączone spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję określone grupy porozumień specjalizacyjnych, badawczo-rozwojowych, wertykalnych, transferu technologii oraz porozumień zawieranych w sektorze dystrybucji samochodów i ubezpieczeń, Dz. U. z 2002 r., Nr 137, poz. 1151 i 1152 i Nr 142, poz. 1188 i 1189 oraz z 2003 r., Nr 14, poz. 116 i z 2004 r. Nr 95 poz. 951.

¹⁹ O zasadniczej zbieżności można mówić w szczególności w przypadku warunków zgłoszenia zamiarów koncentracji (por. rozporządzenie RM z 3.4.2002 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji, Dz. U. Nr 37, poz. 334). Różnice w zakresie rozumienia „wspólnego przedsiębiorcy” czy sposobu liczenia „obrotu” (por. rozporządzenie RM z 23.5.2001 r. w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, Dz. U. Nr 60, poz. 61, będą musiały być usunięte w drodze interwencji prawodawcy. Por. szerzej, R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2001, nr 3, s. 175 i n.

²⁰ Wspólnotowe reguły konkurencji mogły być stosowane przez polskie organy ochrony konkurencji w zakresie i na zasadach określonych w Układzie Europejskim i przepisach wykonawczych do niego (głównie w Decyzji nr 1/96 Rady Stowarzyszenia z 16.7.1996 r., ustanawiającej tzw. reguły implementacyjne); por. uchwałę nr 6 Rady Ministrów z 13.1.1997 r. w sprawie decyzji nr 1/96, 3/96 oraz 4/96 Rady Stowarzyszenia między Rzeczpospolitą Polską a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami członkowskimi, M.P. Nr 10 poz. 74; Układ Europejski nie odnosił się natomiast w zasadzie do kwestii prewencyjnej kontroli koncentracji. O ile mi wiadomo, do formalnego zastosowania art. 81 lub 82 TWE na podstawie Układu Europejskiego i ww. Decyzji nigdy jednak nie doszło.

²¹ Jest on szeroko dostępny w języku polskim dzięki redagowanej przeze mnie serii tomików orzecznictwa wydanych przez Urząd Antymonopolowy w latach 1995–1999. Por. także: *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo*, (wybór i redakcja W. Czaplński, R. Ostrihansky, P. Saganek, A. Wyrozumska), Warszawa 2001, s. 727 i n., jak też stosowne części dostępnych już na rynku polskim polskich i tłumaczonych podręczników z prawa wspólnotowego.

materialno-prawej mogą pojawić się trudności w jednolitym stosowaniu traktatowej przesłanki „wpływu na handel między państwami członkowskimi” oraz traktatowych przesłanek wyłączenia (art. 81 ust. 3). Z tych powodów zapewne, tuż przed wejściem życie nowego systemu KE opublikowała dwa, nie istniejące wcześniej obwieszczenia (akty interpretacyjne typu *soft law*): „Wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel zawartego w art. 81 i 82 TWE” oraz „Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE”²².

Pośrednio pomocne organom i sądom krajowym stosującym polskie przepisy dotyczące ochrony przed nadmierną koncentracją mogą być także „Wytyczne w sprawie oceny fuzji horyzontalnych na gruncie Rozporządzenia Rady w sprawie prewencyjnej kontroli koncentracji”²³ oraz liczne akty interpretacyjne (obwieszczenia) z 1998 r.²⁴, które KE zapewne również niedługo „odnowi”.

3. PODZIAŁ KOMPETENCJI MIĘDZY ORGANY WSPÓLNOTOWE A ORGANY PAŃSTW CZŁONKOWSKICH W SPRAWACH STOSOWANIA WSPÓLNOTOWYCH REGUŁ KONKURENCJI

3.1. WSPÓLNOTOWO-PRAWNE PODSTAWY PODZIAŁU KOMPETENCJI W ZAKRESIE STOSOWANIA REGUŁ KONKURENCJI WE

3.1.1. PODSTAWY TRAKTATOWE

Zasadnicze ramy podziału kompetencji i zadań między organy wspólnotowe a organy państw członkowskich w zakresie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 [d. 85 i 86] TWE wynikały od początku z art. 85 [d. 89] TWE oraz z przepisów rozporządzeń (głównie) lub dyrektyw (rzadko), stanowionych większością kwalifikowaną na wnioski Komisji i po konsultacji z Parlamentem Europejskim (art. 83 [d. 87] TWE), z zastrzeżeniem sytuacji, o której mowa w art. 84 [d. 86]

²² Por. Commission Notice Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (2004/C 101/07), O.J. 2004, C 101/81.

²³ Por. Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentration between undertakings (2004/C 31/03), O.J. 2004, C 31/5). Por. S. Voigt, A. Schmidt, *Mehr Sicherheit in der Europäischen Fusionsskontrolle?*, „Wirtschaft und Wettbewerb” 2003, nr 9, s. 897 i n.

²⁴ Chodzi tu o obwieszczenia dotyczące rozumienia pełnofunkcyjnych przedsiębiorstw wspólnych „koncentracji”, „przedsiębiorstw uczestniczących” w koncentracji

TWE. Na dzień dzisiejszy (dzień naszej akcesji do UE), zastrzeżenie to ma już jednak charakter historyczny, albowiem wszystkie cele regulacyjne wymienione w art. 83 ust. 2 TWE, służące ustaleniu zasad stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 TWE, zostały już zrealizowane w drodze rozporządzeń lub dyrektyw Rady, w tym w szczególności rozporządzenia 1/2003, które weszło w życie właśnie 1.05.2004 r., uchylając wcześniej obowiązujące przepisy, w tym głównie rozporządzenie nr 17/62.

Z przepisów prawa traktatowego (art. 85 TWE) wprost wynika jedynie uprawnienie państw członkowskich wnioskowania o wszczęcie przez Komisję postępowania w przypadkach podejrzenia naruszenia reguł określonych w art. 81 i 82 TWE oraz obowiązek „właściwych władz państw członkowskich” współpracy z Komisją i udzielania jej pomocy. Z art. 85 ust. 1 TWE nie wynika, jakie organy realizują uprawnienie do wnioskowania wszczynania postępowań przez Komisję, ani też kto to są „właściwe władze państw członkowskich” w tych sprawach. Musi to wynikać z przepisów wydanych na podstawie art. 83 TWE i/lub z przepisów prawa krajowego państw członkowskich UE.

Podział kompetencji i zadań między Komisję Europejską a organy ochrony konkurencji państw członkowskich w zakresie prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorstw dokonany został rozporządzeniem nr 4064/89, wydanym na łącznej podstawie art. 83 [d.] i art. 305 [d. 235] TWE, a od 1.5. 2004 r. jest regulowany przez (uchylające rozporządzenie nr 4064/89) rozporządzenie nr 139/2004.

3.1.2. ZMIANA SYSTEMU STOSOWANIA ART. 81 I 82 TWE W DRODZE ROZPORZĄDZENIA 1//2003; PODZIAŁ KOMPETENCJI MIĘDZY KE ORAZ ORGANY I SĄDY KRAJOWE

W 1962 r.²⁵ rozporządzeniem nr 17/62 stworzony został system stosowania art. 81 i 82 TWE, którego najbardziej charakterystycznymi elementami były: (a) dualizm stosowania art. 81 ust. 1 i 2 oraz art. 82 TWE przez KE i sądy krajowe; (b) bezpośrednia skuteczność art. 81

i „obrotu”, „oraz „środków zaradczych” i „ograniczeń dodatkowych” opublikowane w O.J. 1998, C 66/1, 5, 14 i 25 oraz O.J. 2001, C 68/3 i C 188/3. Są one opublikowane w języku polskim [w:] *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1, op. cit., s. 427 i n.

²⁵ Nie wracam już w tym miejscu do lat 1958–1962, kiedy to całe art. 81 i 82 TWE mogły być stosowane przez organy władze państw członkowskich i KE; por. szerzej: M. Sudoł, *Zakres kompetencji sądów krajowych w dziedzinie wspólnotowego prawa konkurencji* [w:] S. Biernat (red.), *Studia z prawa Unii Europejskiej*, Kraków 2003, s. 412 i n.

ust. 1 i art. 82 TWE, potwierdzona jednoznacznie przez ETS²⁶; (c) wyłączość stosowania art. 81 ust. 3 przez KE w formie wyłączeń grupowych i wyłączeń indywidualnych spod zakazu art. 81 ust. 1, wydawanych w wyniku zgłoszenia.

Rozporządzeniem nr 1/2003, uchylającym rozporządzenie nr 17/62, dotychczasowy, scentralizowany system stosowania art. 81 i 82 TWE został zastąpiony systemem nowym, zdecentralizowanym, w którym KE oraz organy ochrony konkurencji (art. 5) i – głównie w sporach cywilnych – sądy państw członkowskich UE (art. 6) stosują bezpośrednio cały art. 81 i art. 82 TWE (patrz niżej); dualność tego systemu została więc zachowana.

Od 1.5.2004 r. przestała więc istnieć możliwość zgłoszenia KE planowanego porozumienia²⁷ oraz uzyskania od KE indywidualnego wyłączenia (art. 81 ust. 3 TWE) spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (art. 81 ust. 1)²⁸. Wszelka kontrola porozumień ograniczających konkurencję jest więc obecnie możliwa jedynie *ex post*. Tym samym, teraz także we WE, jak od 1.4.2001 r. w Polsce, relatywizacja zakazu porozumień ograniczających konkurencję może dokonywać się tylko w drodze aktów normatywnych, ich racjonalizacja natomiast w drodze aktów indywidualnych²⁹.

Poglądu tego nie zmienia fakt, że KE będzie teraz mogła wydawać tzw. decyzje (atesty) pozytywne (art. 10 rozporządzenia nr 1/2003) (patrz niżej), a także wystosowywać do przedsiębiorstw w określonych przypadkach nieformalne listy doradcze (tzw. *guidance letters*), w których przedstawi im jej stanowisko w określonej kwestii prawnej. Ani w przypadku decyzji (atestów) pozytywnych, ani w przypadku *guidance letters* przedsiębiorcy nie mają prawa domagania się takiej decyzji czy stanowiska; jaka będzie praktyka KE w tych przypadkach, pokaże czas (patrz niżej).

²⁶ Por. ETS, sprawa 127/73 *SABAM I* [1974] ECR 51, 61 i n.

²⁷ Twierdzi się niekiedy, że nie był to wcale krok radykalny, albowiem ilość zgłoszeń porozumień i tak spadła w ostatnim okresie dosyć znacznie. Por. A. Riley, *EC Antitrust Modernisation... Part One...*, s. 606 i 612.

²⁸ Przestała też istnieć możliwość uzyskania tzw. atestu negatywnego (art. 2 rozporządzenia 17/62). Brak wyłączenia indywidualnego i atestu negatywnego sprawia, że nie ma też więcej potrzeby wystosowywania tzw. *comfort letters*. Por. M. Dreher, *Rechts- und Tatsachenirrtümer unter der neuen VO 1/2003*, „Wirtschaft und Wettbewerb” 2004, nr 1, s. 9.

²⁹ Piszę o tym szerzej w: *Instrumenty prawne relatywizacji i racjonalizacji zakazów praktyk ograniczających konkurencję* [w:] *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, s. 247 i n.

Ta, rewolucyjna zmiana systemu stosowania art. 81 TWE³⁰, wyrażona została wprost w art. 1 rozporządzenia nr 1/2003, zgodnie z którym:

- a) porozumienia spełniające przesłanki art. 81 ust. 1 TWE, które nie spełniają przesłanek art. 81 ust. 3 TWE, oraz nadużycia pozycji dominującej, o których mowa w art. 82, są zakazane, bez konieczności podejmowania w tym celu uprzedniej decyzji (art. 1 ust. 1 i 3); przepisy te potwierdzają zatem normatywnie bezpośrednią skuteczność art. 81 ust. 1 i art. 82 TWE;
- b) porozumienia spełniające przesłanki art. 81 ust. 1 TWE, które spełniają także przesłanki art. 81 ust. 3 TWE, nie są zakazane, bez konieczności podejmowania w tym celu uprzedniej decyzji (art. 1 ust. 1); są więc wyłączone spod zakazu art. 81 ust. 1 TWE z mocy prawa (legalnie)³¹.

Warto w tym miejscu zauważyć, że przyjmując rozporządzenie nr 1/2003, Rada UE uznała ostatecznie, że tego rodzaju zmiana systemu stosowania art. 81 ust. 3 TWE jest dopuszczalna bez zmiany samego Traktatu, co było silnie kontestowane po ogłoszeniu Białej Księgi (1999)³². Głównym argumentem przeciwko dopuszczalności tej zmiany było brzmienie art. 81 ust. 3 TWE, zgodnie z którym art. 81 ust. 1 TWE „może zostać uznany za niemający zastosowania”, co mogłoby sugerować, że zawsze konieczne jest podjęcie „uprzedniej decyzji” wyłączającej. Niekiedy wskazywano także, że art. 81 ust. 3 TWE nie spełnia wymogów bezpośredniej stosowalności w rozumieniu orzeczenia *Gend & Loos*³³. Spór ten zostanie zapewne rozstrzygnięty przez ETS dopiero wtedy, gdy zwróci się o to sąd krajowy (w trybie art. 234 TWE).

Kluczowym przepisem rozporządzenia nr 1/2003 jest jego art. 3, w którym wyznaczone zostały główne ramy relacji między art. 81 i 82 TWE a prawem ochrony konkurencji państw członkowskich. Przepis ten ustanawia mianowicie:

- a) obowiązkowe równoległe stosowanie wspólnotowego i krajowego prawa konkurencji (art. 3 ust. 1); zgodnie z tym przepisem, krajowe organy ochrony konkurencji lub sądy, oceniając na gruncie

³⁰ Por. pierwsze jej analizy i oceny w: I. Hossenfelder, M. Lutz, *Die neue Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrages*, „Wirtschaft und Wettbewerb” 2003, nr. 2, s. 118 i n.

³¹ Prawo polskie przewiduje natomiast instytucję racjonalizacji zakazu porozumień ograniczających konkurencję *ex post* w drodze deklaratoryjnej decyzji o nie stwierdzeniu praktyki ograniczającej konkurencję w sytuacji spełniania przesłanek art. 7 ust. 1 (art. 11 ust. 2–3 uokik z 2000 r. w wersji noweli z 2004 r.).

³² Na niezgodność takiej zmiany wskazywano przede wszystkim w Niemczech. Por.: Monopolkommission, Sondergutachten 28, 1999, s. 13 i d. Por. także M. Sudol, op. cit.

³³ Por. ETS, sprawa 26/62 *Gend & Loos* [1963] ECR 5, 24 i n.

prawa krajowego porozumienia lub nadużycia pozycji dominującej, mają obowiązek stosowania także art. 81 i 82 TWE, jeżeli porozumienia te lub nadużycia mają wpływ na handel między państwami członkowskimi; oznacza to, że – inaczej niż początkowo planowano³⁴ – organy te muszą stosować przepisy wspólnotowe i krajowe równolegle;

- b) pierwszeństwo prawa wspólnotowego (art. 3 ust. 2); zgodnie z tym przepisem, wyrażającym normatywnie drugą z podstawowych orzeczniczych zasad prawa wspólnotowego, organy krajowe nie mogą stwierdzić zakazanej praktyki ograniczającej konkurencję, jeżeli nie spełnia ona przesłanek art. 81 ust. 1 TWE lub spełnia przesłanki art. 81 ust. 3 TWE lub jest objęta wyłączeniem grupowym; znajduje to swoje potwierdzenie w przepisach art. 35 oraz art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003 (patrz niżej); prymat art. 81 TWE nad prawem krajowym ma więc zakres szerszy niż to miało miejsce w starym systemie, gdyż wtedy wymagało ono istnienia wyłączenia indywidualnego³⁵; w dalszym ciągu możliwe jest istnienie w prawie krajowym ostrzejszych zakazów praktyk jednostronnych³⁶;
- c) granice pierwszeństwa (art. 3 ust. 3); przepisy art. 3 ust. 1 i 2 nie mają zastosowania do przepisów krajowego prawa koncentracji przedsiębiorstw oraz przepisów krajowych, które w pierwszym rzędzie służą ochronie innych celów art. 81 i 82 TWE³⁷.

Koniecznym uzupełnieniem nowego systemu stosowania art. 81 i 82 TWE jest przyjęta w art. 2 rozporządzenia nr 1/2003 reguła ciężaru dowodu, zgodnie którą naruszenie art. 81 ust. 1 lub art. 82 TWE

³⁴ Zgodnie z projektem rozporządzenia (COM (2000) 582 final), stosowanie prawa krajowego w takich przypadkach miało być wyłączone.

³⁵ Zgodnie z panującym poglądem, mającym swoje źródło w wyr. ETS, w sprawie 14/69 *Walt Wilhelm* [1969] ECR 1, 13 i n.

³⁶ Z taką sytuacją nie mamy aktualnie do czynienia w Polsce (inaczej niż w Niemczech); mieliśmy natomiast w oryginalnej ustawie z 24.2.1990 o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, która zakazywała niektórych praktyk jednostronnych także przedsiębiorstw nie mających pozycji dominującej (art. 4). W literaturze postawione już zostało pytanie, o ile bardziej ostre mogą być te zakazy; por. P. J. Slot, op. cit., s. 469.

³⁷ Także ten przepis nie odnosi się wprost do prawa polskiego (lecz francuskiego). W moim przekonaniu jednak, gdyby polski sąd cywilny wydał wyrok uznający za czyn nieuczciwej konkurencji działanie przedsiębiorcy lub przedsiębiorców utrudniające dostęp do rynku w rozumieniu art. 15 ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.), a działanie to nie byłoby zakazane na gruncie art. 81 lub 82 TWE, to zasada pierwszeństwa wspólnotowego prawa ochrony konkurencji nad prawem krajowym nie miałyby tu zastosowania.

musi udowodnić podmiot, który zarzut taki stawia, a spełnienie przesłanek art. 81 ust. 3 TWE musi wykazać przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw, który chce skorzystać z wyłączenia legalnego³⁸. Reguła ta musi być stosowana także w postępowaniach przed organami i sądami polskimi. Wobec tego, że postępowania te i stosowane w nich środki dowodowe mają w Polsce charakter lub cywilno- lub administracyjno-prawny, nie powinno to rodzić żadnych problemów³⁹.

W nowym, wciąż dualnym (KE – z jednej strony, organy i sądy krajowe – z drugiej) systemie stosowania art. 81 i 82 TWE, uprawnienia decyzyjne KE zostały utrzymane lub wzmocnione (art. 4 rozporządzenia 1/2003)⁴⁰.

Jak dotychczas, może ona wydać decyzję stwierdzającą naruszenie zakazu i nakazać jego zaniechanie lub stwierdzić jego zaniechanie. Jednakże, zgodnie z założeniami nowego systemu, KE ma jednak w przyszłości koncentrować się na postępowaniach dotyczących najcięższych kolektywnych ograniczeń konkurencji (*hard-core cartels*)⁴¹.

Rozporządzenie nr 1/2003 wyposaża ją dodatkowo w uprawnienie do stosowania różnych, w tym strukturalnych środków gwarantujących skuteczność nakazu zaniechania (art. 7 ust. 1). KE może też stosować środki tymczasowe (art. 8) oraz nakładać na przedsiębiorców zobowiązania, które mają zapewnić skuteczność przyszłych decyzji nakazujących zaniechanie praktyki ograniczającej konkurencję (art. 9); wzmocnione zostały także jej uprawnienia w postępowaniu dowodowym⁴².

W wyjątkowych wypadkach, zwłaszcza gdy w danym zakresie brak jeszcze orzecznictwa sądowego, KE może także wydawać tzw. decyzje pozytywne (atesty pozytywne), tj. nie stwierdzać naruszenia art. 81 ust. 1 lub art. 82 TWE albo stwierdzać spełnienie przesłanek art. 81 ust. 3 TWE (art. 10). Tego rodzaju deklaratoryjne decyzje administracyjne mogą być wydawane wyłącznie z urzędu, jeżeli przemawia za tym interes publiczny; przedsiębiorcom nie przysługuje prawo wnioskowania o nie. Nie można jednak wykluczyć, że w początkowym okresie funkcjonowania nowego systemu stosowania art. 81 i 82 TWE, KE będzie korzystać z tej możliwości stosunkowo często, zastępując niejako

³⁸ Jest to reguła zgodna z dotychczasowym orzecznictwem ETS. Por. np. wyrok SPI w sprawie *Publisher Association* [1992] ECR II-2022.

³⁹ Por. art. 6 k.c. oraz art. 11 ust. 3 uokik z 2000 r., dodany doń nowelą z 16.4.2004 r.

⁴⁰ Patrz niżej. Por. A. Riley, op. cit., s. 604.

⁴¹ Por. J. S. Venit, op. cit., s. 552.

⁴² Mimo to, w literaturze jest wyrażony żal, że rozporządzenie nr 1/2003 nie skodyfikowało wszystkich reguł postępowania przed KE wypracowanych przez sądy europejskie; por. P. J. Slot, op. cit., s. 448.

ko dotychczasowe decyzje (atesty) negatywne i decyzje wyłączające⁴³. Wobec tego, że te decyzje (atesty) pozytywne stanowią decyzje w rozumieniu art. 16 rozporządzenia nr 1/2003, organy i sady krajowe nie mogą wydawać sprzecznych z nimi decyzji lub wyroków (patrz niżej).

KE zachowała także uprawnienia do nakładania kar pieniężnych, które może wykonywać w granicach i na zasadach określonych w art. 23–26 rozporządzenia nr 1/2003.

Rozporządzenie to postanowiło także także, że właściwe organy ochrony konkurencji państw członkowskich mają prawo stosowania art. 81 i 82 TWE, z własnej inicjatywy lub na wniosek, w indywidualnych przypadkach⁴⁴; organy te mogą wtedy podejmować decyzje, z istoty swej odpowiadające decyzjom, do wydawania których uprawniona jest KE; mogą one mianowicie nakazać zaniechanie naruszenia, podejmować środki tymczasowe, przyjmować zobowiązania i nakładać kary pieniężne, a także wydawać decyzje pozytywne, niestwierdzające naruszenia zakazu (art. 5)⁴⁵; rozporządzenie nr 1/2003 nie reguluje jednak przesłanek wydawania tych decyzji przez te organy.

Jak już wskazano wyżej, rozporządzenie nr 1/2003 potwierdziło normatywnie, że sądy krajowe mają uprawnienia do stosowania art. 81 i 82 TWE (art. 6) (patrz niżej)⁴⁶.

O tym, jakie organy i sądy krajowe są właściwe do stosowania art. 81 i 82 TWE w każdym konkretnym państwie członkowskim, decydują same państwa członkowskie (stosownie ich organy i w stosowny dla nich sposób). Rozporządzenie nr 1/2003 nałożyło jednak na państwa członkowskie obowiązek wyznaczenia przed 1.5.2004 r. organów ochrony konkurencji i/lub sądów odpowiedzialnych za stosowanie art. 81 i 82 TWE i do zapewnienia, że przestrzegane będą m.in. reguły umarzania postępowań podjętych lub zakończonych przez Komisję lub organy ochrony konkurencji innych państw członkowskich, o których mowa w art. 11 ust. 6 (art. 35); obowiązek ten ciążył więc także na Polsce (patrz niżej).

⁴³ Por. A. Riley, op. cit., s. 608.

⁴⁴ W dotychczasowym systemie, (administracyjne) organy ochrony konkurencji mogły stosować art. 81 i 82 TWE tylko wtedy, gdy były do tego uprawnione na gruncie prawa krajowego; przed 1.5.2004 r., było tak tylko w 10 z 15 państw członkowskich. Por. XXXI Competition Annual Report, Brussels, European Commission, 2001, s. 372; por. także A. Riley, op. cit., s. 606.

⁴⁵ Tego rodzaju deklaratoryjne decyzje krajowych organów ochrony konkurencji nie będą więc wiązały ani sądów, ani KE i organów ochrony konkurencji innych państw członkowskich UE; stwierdza to wyraźnie P. Groves, op. cit., s. 254.

⁴⁶ Nie ulega wątpliwości, że ma to zachęcić zarówno przedsiębiorców do szukania ochrony ich interesów bezpośrednio na drodze sądowej, jak i same sądy do większej

3.1.3. ROZPORZĄDZENIE NR 139/2004

Rozporządzenie nr 139/2004, wprowadzając uchylono i zastąpiło rozporządzenie 4064/89, ale nie dokonało radykalnych zmian we wspólnotowo-prawnym systemie prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorstw⁴⁷. W sferze materialno-prawnej zmieniło istotnie tylko kryterium oceny zgłaszanych KE i kontrolowanych przez nią koncentracji, wprowadzając – w miejsce dotychczasowego podwójnego testu dominacji rynkowej i istotnego osłabienia konkurencji – test znaczącego ograniczenia skutecznej konkurencji (*significant impediment to effective competition*, SIEC-test), zbliżonego do stosowanego w wielu krajach (głównie w USA) testu istotnego osłabienia konkurencji (*substantial lessening of competition*, SLC-test), oraz zwiększyło rolę oceny koncentracji z punktu widzenia korzyści ekonomicznych (*efficiency gains*)⁴⁸. Zmiana ta, choć słuszna, bo dająca większą szansę skutecznemu przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym koncentracjom także na rynkach oligopolistycznych, wymusi i umożliwi ściślejszą kooperację organów ochrony konkurencji wewnątrz UE i w skali globalnej (patrz niżej).

Rozporządzenie nr 139/2004 nie odbiega od modelu prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorstw ustanowionego rozporządzeniem 4064/89. Kluczową kategorią tego modelu jest wyznaczenie granicy między kontrolą koncentracji o wymiarze wspólnotowym (*of community dimension; mit gemeinschaftsweiter Bedeutung*), podlegającą przepisom tego rozporządzenia i zastrzeżoną dla KE, a kontrolą koncentracji o wymiarze narodowym, podlegającą przepisom prawa ochrony konkurencji państw członkowskich (w tym uokik z 2000 r.) i zastrzeżoną dla organów ochrony konkurencji tych państw (w tym Polski). KE jest

gotowości do stosowania art. 81 i 82 TWE w sporach cywilnych między przedsiębiorstwami; w literaturze są jednak nie tylko zwolennicy (por. np. P. J. Slot, op. cit., s. 466), jak i sceptycy prywatnego egzekwowania tych norm (por. W. P. J. Wils, *Should private antitrust enforcement be encouraged?*, „World Competition” 2003, nr 26, s. 473 i n.

⁴⁷ Wydanie nowego aktu miało z jednej strony oznaczać swoiste nowe otwarcie kontroli koncentracji na rynku wewnętrznym, do którego dołączyło 10 nowych państw członkowskich, z drugiej zaś zatrzeć negatywne wrażenie, jakie przyniosło ze sobą spektakularne uchylenie trzech zakazów koncentracji; por. wyroki SPI: z 6.6.2002 r. w sprawie T-342/99 *Airtours v. Komisja*; 22.10.2002 w sprawie T-310/01 *Schneider GE v. Komisja*; z 25.10.2002 r. w sprawie T-5/02 *Tetra Laval v. Komisja*.

⁴⁸ Sprawy te pozostają poza zakresem rozważań niniejszego artykułu; por. wszakże: U. Böge, *Reform der Europäischen Fusionskontrolle*, „Wirtschaft und Wettbewerb” 2004, nr 2, s. 138, 143 i n.; M. Burgstaller, *Marktbeherrschung oder „Substantial Lessening of Competition”?*, „Wirtschaft und Wettbewerb” 2003, nr 7–8, s. 726 i n.

więc wyłącznie właściwa do podejmowania decyzji przewidzianych w rozporządzeniu nr 139/2004, a państwa członkowskie nie mają prawa stosowania swoich krajowych przepisów o ochronie konkurencji do koncentracji o wymiarze wspólnotowym, z zastrzeżeniem sytuacji określonych w rozporządzeniu nr 139/2004 (art. 21 ust. 2 i 3 tego rozporządzenia) (patrz niżej).

Jest charakterystyczne, że progi wymiaru wspólnotowego koncentracji, określone przy pomocy kryterium obrotu globalnego, wspólnotowego i krajowego, nie zostały zmienione przez rozporządzenie nr 139/2004 (art. 1); ich obniżenie musiałoby bowiem oznaczać dalsze zwiększenie ilości zgłoszeń do KE, podczas gdy KE chodziło raczej o zbudowanie systemu współpracy między organami ochrony konkurencji państw członkowskich UE⁴⁹.

Dla zapewnienia realizacji powszechnie obowiązujących wspólnotowych zasad subsydiarności i pewności prawnej, zasady ochrony interesów konkurencyjnych państw członkowskich oraz sformułowanej już w rozporządzeniu nr 4064/89, ale przez rozporządzenie nr 139/2004 wzmocnionej zasady jednej kontroli (jednego „okienka”) (*one-stop shop principle*), rozporządzenie to tworzy rozbudowany system korekcyjny (por. pkt 11 preambuły rozporządzenia 139/2004), umożliwiający przekazywanie kontroli zamierzonych koncentracji (1) o wymiarze wspólnotowym – organom ochrony konkurencji państw członkowskich a (2) o wymiarze narodowym – KE; przekazanie takie może przy tym nastąpić zarówno przed dokonaniem stosownego zgłoszenia, jak i po jego dokonaniu⁵⁰.

Nowym elementem wspólnotowej kontroli koncentracji jest możliwość wzajemnego przekazywania sobie spraw między KE a organami ochrony konkurencji państw członkowskich jeszcze przed dokonaniem stosownych zgłoszeń.

Przekazanie kontroli koncentracji o wymiarze wspólnotowym z KE do organu ochrony konkurencji państwa członkowskiego może nastąpić na wniosek przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji skierowany do KE, uzasadniony tym, że zamierzona koncentracja może znacząco wpłynąć na konkurencję na terytorium państwa członkowskiego, które wykazuje wszelkie cechy odrębnego rynku, i dlatego powinna być zbadana przez organy ochrony konkurencji tego państwa członkowskiego. Przekazanie nastąpi wtedy, gdy KE podzieli to stanowisko a organ ochrony konkurencji tego państwa członkowskiego nie sprzeciwi się

⁴⁹ Por. L. M. Davidson, *EC Merger Control: From Separate Jurisdiction Zones to a Cooperation Based Architecture*, „*Liverpool Law Review*” 2004, nr 25, s. 58.

⁵⁰ S. U. Böge, op. cit., s. 139 i n.

przekazaniu. W konsekwencji, zgłoszenie i kontrola tej koncentracji dokonuje się na podstawie przepisów prawa ochrony konkurencji danego państwa członkowskiego a nie rozporządzenia nr 139/2004 (art. 4 ust. 4).

W podobny sposób może być także przekazana Komisji kontrola koncentracji, która nie ma wymiaru wspólnotowego (lecz narodowy), ale musiałaby być oceniona na gruncie prawa ochrony konkurencji przynajmniej 3 państw członkowskich; w takiej sytuacji przedsiębiorstwa uczestniczące w koncentracji, jeszcze przed jej zgłoszeniem, mogą wystąpić do KE z wnioskiem o przekazanie jej (przejęcie przez nią) sprawy. Takie przekazanie (przejęcie) nie może nastąpić, jeżeli sprzeciwi się temu choćby jedno z tych państw członkowskich. Jeżeli sprzeciw taki nie nastąpi, domniemuje się, że dana koncentracja ma wymiar wspólnotowy, a w konsekwencji musi być ona zgłoszona KE, która dokona jej oceny na gruncie rozporządzenia nr 139/2004; żadne państwo członkowskie nie może więc w takiej sytuacji zastosować swoich przepisów prawa ochrony konkurencji (art. 4 ust. 5).

Tak jak dotychczas⁵¹, KE może także, z własnej inicjatywy lub na wniosek państwa członkowskiego, w drodze decyzji, przekazać właściwemu organowi ochrony konkurencji państwa członkowskiego kontrolę zgłoszonej jej koncentracji o wymiarze wspólnotowym, jeżeli organ ten wykaże, że (a) koncentracja ta grozi istotnym ograniczeniem konkurencji na terytorium państwa członkowskiego, które wykazuje wszelkie cechy odrębnego rynku, lub (b) koncentracja ta ograniczałaby konkurencję na terytorium państwa członkowskiego, które wykazuje wszelkie cechy odrębnego rynku i nie stanowi istotnej części wspólnego rynku; przekazanie zgłoszonej koncentracji organowi ochrony konkurencji państwa członkowskiego oznacza poddanie jej ocenie na gruncie prawa ochrony konkurencji tego państwa (art. 9).

Również tak jak dotychczas, KE może zbadać, na wniosek jednego państwa członkowskiego lub kilku takich państw, każdą koncentrację nie mającą wymiaru wspólnotowego, zgłoszoną już w jednym lub kilku z nich, jeżeli koncentracja ta ogranicza handel między państwami członkowskimi oraz grozi istotnym ograniczeniem konkurencji na terytorium lub terytoriach tych państw; w takiej sytuacji krajowe prawo ochrony konkurencji nie będzie mogło być dalej stosowane (art. 22)⁵².

Zakres i skala przekazywania sobie do oceny na gruncie prawa wspólnotowego lub prawa krajowego (w tym polskiego) zamierzonych

⁵¹ Por. wyr. SPI w sprawie T-118/02 *Royal Philips Electronics*.

⁵² Por. Ch. Bright, M. Persson, *Article 22 of the EC Merger Regulation: An Opportunity Not to be Missed*, „European Competition Law Review” 2003, nr 10, s. 490.

koncentracji zależeć będzie w pierwszym rzędzie od skuteczności Sieci Organów Ochrony Konkurencji (patrz niżej).

3.2. ORGANY I SĄDY POLSKIE STOSUJĄCE WSPÓLNOTOWE REGUŁY KONKURENCJI W ŚWIETLE NOWELI Z 16.4.2004 R. DO UOKiK Z 2000 R.

Ze zrozumiałych względów, polskie prawo ochrony konkurencji obowiązujące 30.4.2004 r. nie zawierało żadnych odniesień do wspólnotowych reguł stosowania art. 81 i 82 TWE oraz reguł wspólnotowej kontroli koncentracji. Sytuacja ta uległa zmianie na mocy noweli z 2004 r. do uokik z 2000 r., która wielokrotnie odnosi się do zidentyfikowanych w słowniczku ustawowym rozporządzeń nr 1/2003 i 139/2004 (art. 4 pkt 18 i 19).

Nowela ta była konieczna przede wszystkim z uwagi na zobowiązania wynikające wprost z art. 84 i 85 TWE oraz nałożone na państwa członkowskie (w tym Polskę) przez art. 35 rozporządzenia nr 1/2003 zobowiązanie wyznaczenia „organu lub organów ochrony konkurencji właściwych do stosowania art. 81 i 82 TWE” oraz podjęcia przed 1.5.2004 r. „środków koniecznych do przyznania im uprawnień do stosowania tych przepisów”.

Jak już wskazano wyżej, zgodnie z rozporządzeniem 1/2003, do stosowania art. 81 i 82 TWE uprawnione są – obok KE (art. 4) – także „organy ochrony konkurencji państw członkowskich” (art. 5) oraz „sądy państw członkowskich” (art. 6). Także polski ustawodawca mógł więc przyznać tę kompetencję albo (administracyjnemu) „organowi ochrony konkurencji”, albo jednemu lub różnym sądom, albo i organom administracyjnym i sądom; musiałby wtedy rozdzielić między nie kompetencje orzecznicze.

Nie ulega wątpliwości, że polski ustawodawca wyznaczył do stosowania art. 81 i 82 TWE Prezesa UOKiK. Zgodnie z nowym art. 24 ust. 1a i art. 26 pkt 7a tej ustawy Prezes UOKiK jest organem wykonującym zadania nałożone na „władze państw członkowskich UE” na podstawie art. 84 i 85 TWE, a szczególności jest „właściwym organem ochrony konkurencji w rozumieniu art. 35 rozporządzenia nr 1/2003/WE”.

Nowela nie rozstrzyga natomiast kwestii roli sądów polskich (w tym głównie sądów cywilnych) w bezpośrednim stosowaniu art. 81 i 82 TWE (patrz niżej). Obowiązujące prawo polskie określa natomiast rolę sądów w instancyjnym toku weryfikacji decyzji Prezesa UOKiK – SOKiK jako organu odwoławczego od decyzji Prezesa UOKiK⁵³, Ape-

⁵³ Art. art. 479²⁸ K.p.c. Por. także Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 30.12.1998 r. w sprawie utworzenia sądu antymonopolowego, Dz. U. Nr 166, poz. 1254 z późn. zm.

lacyjnego SOKiK, którego utworzenie do 1.11.2003 r. nakazał Trybunał Konstytucyjny (zostanie on utworzony po wejściu w życie noweli do K.p.c., która jest aktualnie w trakcie procesu legislacyjnego)⁵⁴ oraz Sądu Najwyższego (SN) jako instancji rewizyjnej (kasacyjnej)⁵⁵.

4. WSPÓLDZIAŁANIE WSPÓLNOTOWYCH I POLSKICH ORGANÓW KONKURENCJI W SPRAWACH KONKURENCJI

4.1. WSPÓLDZIAŁANIE ORGANÓW OCHRONY KONKURENCJI PAŃSTW CZŁONKOWSKICH NA GRUNCIE ROZPORZĄDZENIA NR 1/2003

Ustanowiony 1.5.2004 r. system równoległej właściwości KE oraz organów ochrony konkurencji wszystkich państw członkowskich stosowania art. 81 i 82 TWE może być tylko wtedy skuteczny i zapewniać jednolitość tego stosowania, gdy organy te będą ze sobą ściśle współpracować, wzajemnie się wspierać i informować. Rozporządzenie nr 1/2003 nałożyło więc na KE i organy ochrony konkurencji państw członkowskich obowiązek stosowania wspólnotowych reguł konkurencji „w ścisłej współpracy” (art. 11 ust. 1). W świetle tego rozporządzenia, KE i organy ochrony konkurencji państw członkowskich powinny tworzyć sieć organów ochrony konkurencji (*Network of Competition Authorities*, NCA), której funkcjonowanie powinno zapewnić optymalny podział spraw oraz skuteczną ochronę konkurencji. Szczegółowe zasady tej współpracy określiły art. 11–14 i 22 rozporządzenia nr 1/2003 oraz „Wspólna Deklaracja” przyjęta równocześnie wraz z rozporządzeniem⁵⁶.

Zasadniczym elementem ścisłej współpracy organów ochrony konkurencji w sieci NCA są obowiązki informacyjne. Zgodnie z art. 11 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003, KE informuje organy ochrony konkurencji państw członkowskich o wszczęciu postępowania i zamierzonych decyzjach, przekazując im stosowne dokumenty. Z drugiej strony, zgodnie z art. 11 ust. 3 i 4 tego rozporządzenia organy ochrony konkurencji państw członkowskich mają obowiązek pisemnego, bezzwłocznego informowania Komisji i ew. także organów ochrony konkurencji innych państw członkowskich o podjęciu postępowania i zamiarze wydania decyzji.

⁵⁴ Por. wyr. TK z 12.6.2002, sygn. P 13/01, OTK-A 2002/4/42.

⁵⁵ Art. 479.35 K.p.c.

⁵⁶ Joint Statement of the Council and the Commission on the functioning of the Network of Competition Authorities. Doc. MD 74/02 z 25.11.2002 r. (dostępne ze strony internetowej www.europa.eu/int/comm).

Rozporządzenie nr 1/2003 określiło także szczegółowe zasady współpracy organów ochrony konkurencji państw członkowskich z Komisją w zakresie prowadzonych przez nią postępowań (art. 18 ust. 6, art. 19 ust. 2, art. 20 ust. 3–8, art. 21 ust. 2–3).

Identycznie, jak to było na gruncie art. 9 rozporządzenia 17/62, właściwość organów ochrony konkurencji państw członkowskich kończy się z momentem wszczęcia postępowania przez KE. Jeżeli jednak postępowanie takie zostało już wszczęte przez organ ochrony konkurencji któregośkolwiek państwa członkowskiego, KE musi skonsultować z nim swoją decyzję o wszczęciu postępowania (art. 11 ust. 6). Z punktu widzenia prawa polskiego, irrelevantne są przepisy rozporządzenia dotyczące sytuacji, w której organ krajowy wnosi sprawę do rozstrzygnięcia przez sąd (art. 35 ust. 3 i 4). Art. 11 ust. 6 rozporządzenia 1/2003 nie ma też żadnego wpływu na właściwość sądów apelacyjnych i rewizyjnych (art. 35 ust. 3 zd. 2).

Nowym elementem współpracy w sieci NCA jest prawo wzajemnej wymiany informacji (także poufnej) i jej wykorzystywania w postępowaniach, także takich, w których prawo wspólnotowe i krajowe stosowane jest równolegle (art. 12 ust. 1 i 2 w zw. z art. 3 ust. 1), z zastrzeżeniem zachowania takiego samego poziomu ochrony prawnej osób fizycznych,⁵⁷ jaki istnieje w kraju, z którego informacje te pochodzą (art. 12 ust. 3).

Rozporządzenie nr 1/2003 określiło także szczegółowe zasady współpracy między organami ochrony konkurencji państw członkowskich w zakresie prowadzonych przez nie postępowań (art. 22)⁵⁸.

Dla zapewnienia optymalnego podziału pracy, organy ochrony konkurencji należące do sieci NCA uzyskały możliwość (nie obowiązek!) umorzenia postępowania i/lub odmowy wszczęcia postępowania w sytuacjach, gdy w tych samych sprawach wszczęto już postępowanie przed innym organem (Komisją lub innego kraju członkowskiego) lub inny organ sprawę już rozstrzygnął (art. 13).

Wreszcie, rozporządzenie nr 1/2003 szczegółowo uregulowało współpracę na forum Komitetu Doradczego ds. Praktyk Ograniczających i Pozycji Dominujących (art. 14 i art. 33 ust. 1).

⁵⁷ Należy w tym miejscu zwrócić uwagę Czytelnika, że w art. 12 zweryfikowanego tłumaczenia rozporządzenia użyto nieprawidłowo (!) pojęcia „podmiot gospodarczy” zamiast „osoba fizyczna” (*natural persons*).

⁵⁸ Szczegółowe reguły tej współpracy ustalono w: Commission Notice on Co-operation within the Network of Competition Authorities (O.J. 2004, C 101/43), które zastąpiło Obwieszczenie Komisji w sprawie współpracy między Komisją a krajowymi organami ochrony konkurencji przy prowadzeniu spraw z zakresu stosowania art. 85 i 86 Traktatu (O.J. 1997, C 313/3; w jęz. polskim opublikowane w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguły generalne*, op. cit., s. 523).

4.2. WSPÓLDZIAŁANIE ORGANÓW OCHRONY KONKURENCJI PAŃSTW CZŁONKOWSKICH NA GRUNCIE ROZPORZĄDZENIA NR 139/2004

Także rozporządzenie nr 139/2004 kładzie ogromny nacisk na współpracę organów ochrony konkurencji stanowiących sieć NCA. Współpraca ta istniała już na gruncie rozporządzenia 4064/89, kiedy to organy ochrony konkurencji („starych”) państw członkowskich utworzyły Forum „Europejskich organów Konkurencji” (*European Competition Authorities, ECA*)⁵⁹.

Zgodnie z przepisami rozporządzenia 139/2004, w przypadkach wzajemnego przekazywania sobie spraw (patrz wyżej), organy ochrony konkurencji wszystkich państw członkowskich;

- a) albo składają wnioski albo są informowane o wnioskach o przekazanie (art. 4 ust. 4 akapit 2; art. 4 ust. 5 akapit 2; art. 9 ust. 1; art. 22 ust. 1, ust. 2 akapit 1 i ust. 5);
- b) zajmują stanowisko w sprawie wniosków KE lub innych państw członkowskich w wyznaczonych (krótkich) terminach, mogą m.in. zgłosić sprzeciw wobec wnioskowanego przekazania (art. 4 ust. 4 akapit 3; art. 4 ust. 5 akapit 3–4; art. 22 ust. 2 akapit 2);
- c) są informowane o decyzjach przekazujących lub odmawiających przekazania (art. 4 ust. 4 akapit 4; art. 4 ust. 5 akapit 4; art. 9 ust. 1 i ust. 3 akapit 2; art. 22 ust. 3 akapit 2);
- d) mogą składać odwołania do SPI (art. 9 ust. 9) od decyzji o odmowie przekazania mu sprawy w trybie art. 9.

Rozporządzenie nr 139/2004 reguluje przede wszystkim przesłanki i tryb postępowań w sprawach koncentracji o wymiarze wspólnotowym oraz koncentracji nie mających tego charakteru, ale przekazanych jej w trybie art. 4 ust. 5 lub art. 22. Jedną z najistotniejszych zasad tych postępowań jest ścisłe powiązanie prowadzącej je KE z właściwymi organami ochrony konkurencji państw członkowskich. Aby było to możliwe, KE ma obowiązek przekazywać tym organom w ciągu trzech dni roboczych kopie zgłoszeń koncentracji i, w miarę możliwości, wszelkich innych dokumentów związanych ze stosowaniem rozporządzenia nr 139/2004 (art. 19 ust. 1). KE musi prowadzić całe to postępowanie „w ścisłym i stałym powiązaniu” z właściwymi organami ochrony konkurencji państwa członkowskich, które mogą w każdym jego stadium zajmować stanowisko w sprawach tego postępowania (art. 19 ust. 2). Zasad-

⁵⁹ Za U. Böge, op. cit., s. 140.

nicza część tej współpracy dokonuje się jednak w ramach tzw. Komitetu Doradczego ds. Kontroli Koncentracji (art. 19 ust. 3–7).

Współdziałanie KE i organów ochrony konkurencji państw członkowskich ma miejsce w szczególności w postępowaniu dowodowym.

W zakresie zbierania informacji, KE ma obowiązek przekazywania im niezwłocznie kopii decyzji zobowiązujących przedsiębiorstwa do udzielenia informacji, a na żądanie tych organów – także kopii zwykłych próśb o informacje (art. 11 ust. 5), jak również informowania ich o przeprowadzeniu przesłuchania na obszarze państwa członkowskiego i dopuszczenia do niego także ich przedstawicieli (art. 11 ust. 7 akapit 2).

Ponadto, rządy i właściwe organy ochrony konkurencji państw członkowskich zobowiązane są do udzielania KE na jej żądanie wszelkich informacji koniecznych dla realizacji jej zadań (art. 11 ust. 6).

W zakresie przeprowadzania kontroli w ramach postępowań przez KE, ma ona obowiązek informować właściwe organy ochrony konkurencji państw członkowskich o zamiarze przeprowadzenia kontroli w przedsiębiorstwach lub związkach przedsiębiorstw mających swoją siedzibę na terytoriach tych państw odpowiednio wcześniej przed rozpoczęciem takiej kontroli (art. 13 ust. 3) oraz wysłuchać te organy przed podjęciem decyzji o zarządzeniu kontroli (art. 13 ust. 4); pracownicy tych organów mogą uczestniczyć w tych kontrolach (art. 13 ust. 5).

Właściwe organy ochrony konkurencji państw członkowskich świadczą pomoc urzędową w przypadku nietolerowania kontroli KE przez przedsiębiorstwa i ich związki, w miarę potrzeby z udziałem policji i po uzyskaniu zgody sądu krajowego, jeżeli prawo krajowe zgody takiej wymaga (art. 13 ust. 6–8).

KE może jednak także zwrócić się o przeprowadzenie zarządzonej przez nią kontroli do właściwych organów ochrony konkurencji państw członkowskich (art. 12 ust. 1), przy czym KE może delegować do udziału w tych kontrolach swoich pracowników lub inne osoby (art. 12 ust. 2).

**4.3. WSPÓŁPRACA PREZESA UOKiK
Z INNYMI ORGANAMI OCHRONY KONKURENCJI
W POSTĘPOWANIACH PROWADZONYCH NA PODSTAWIE
ROZPORZĄDZEŃ NR 1/2003 I 139/2004
W ŚWIETLE NOWELI Z 16.04.2004 R. DO UOKiK Z 2000 R.**

Także nowela z 2004 r. formułuje obowiązek Prezesa UOKiK współpracy z Komisją. Zgodnie z nowym art. 26 pkt 6a uokik z 2000 r., do zadań Prezesa UOKiK należy m.in. współpraca z innymi organami, do których zakresu działania należy ochrona konkurencji i konsumentów; można więc

przyjąć, że obowiązek ten rozciąga się na współpracę z KE oraz z organami ochrony konkurencji pozostałych państw członkowskich UE.

Współpraca z KE i organami ochrony konkurencji pozostałych państw członkowskich UE w toku postępowań w sprawach stosowania art. 81 i 82 TWE prowadzonych w trybie rozporządzenia 1/2003 przejawia się w wielu formach; wynikające z tego rozporządzenia uprawnienia i obowiązki Prezesa UOKiK zostały wprowadzone *explicite* do uokik z 2000 r. przez nowelę z 2004 r. Dotyczą one w szczególności przeprowadzania kontroli u przedsiębiorcy lub przedsiębiorców, w tym dokonywania przeszukań w ich pomieszczeniach (na podstawie art. 58) lub lokalach mieszkalnych (na podstawie art. 91). Trzeba to jednak odróżnić dwie sytuacje:

- a) w pierwszej, gdy postępowanie prowadzone jest przed Prezesem UOKiK, w ramach tego postępowania, na mocy nowego art. 57 ust. 1a uokik z 2000 r., Prezes UOKiK może upoważnić do udziału w kontroli pracownika organu ochrony konkurencji państwa członkowskiego UE w przypadku, o którym mowa w art. 22 rozporządzenia nr 1/2003, tj. wtedy, gdy Prezes UOKiK przeprowadza kontrolę prowadzącą do ustalenia faktów w imieniu i na rachunek organu ochrony konkurencji innego państwa członkowskiego w celu ustalenia, czy nastąpiło naruszenie art. 81 i 82 TWE (patrz niżej); wymagało to dokonania zmian w dalszych przepisach uokik z 2000 r., regulujących wymogi, które musi spełniać takie upoważnienie (art. 57 ust. 2 pkt 3 a) oraz obowiązki (art. 57 ust. 4) i uprawnienia kontrolera (art. 57 ust. 5a);
- b) w drugiej, gdy Prezes UOKiK nie prowadzi odrębnego postępowania i bez jego wszczynania, na mocy nowego art. 61a uokik z 2000 r., Prezes UOKiK może przeprowadzić kontrolę, w tym dokonać przeszukania na podstawie art. 58 lub art. 91 uokik z 2000 r., gdy:
 - z wnioskiem takim zwróci się KE, albowiem przedsiębiorca lub osoba upoważniona do jego reprezentowania albo posiadacz lokalu mieszkalnego sprzeciwiają się przeprowadzeniu przez KE kontroli w toku postępowania prowadzonego przez nią postępowania na podstawie art. 1/2003 lub rozporządzenia nr 139/2004;
 - z wnioskiem takim zwróci się KE lub organ ochrony konkurencji innego państwa członkowskiego UE w przypadku, o którym mowa w art. 22 rozporządzenia nr 1/2003 (patrz wyżej i niżej) oraz art. 12 rozporządzenia nr 139/2004, upoważniającego KE do zlecenia kontroli organom ochrony konkurencji państw członkowskich.

Zgodnie z nowym brzmieniem art. 65 ust. 2 i 3 uokik z 2004 r., informacje uzyskane w toku postępowania przed Prezesem UOKiK nie mogą być wykorzystywane w innych postępowaniach prowadzonych na podstawie odrębnych przepisów, z zastrzeżeniem wymiany informacji z KE i organami ochrony konkurencji państw członkowskich UE dokonywanej na podstawie rozporządzenia nr 1/2003. Natomiast informacje uzyskane w toku postępowania przed Prezesem UOKiK od organu ochrony konkurencji państwa członkowskiego UE mogą być wykorzystywane w toku tego postępowania na warunkach, na jakich zostały przekazane przez ten organ, włączając w to niewykorzystywanie informacji do nałożenia sankcji na określone osoby fizyczne.

Nowela z 2004 r. rozszerzyła też katalog przypadków umorzenia postępowania w drodze postanowienia Prezesa UOKiK. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 67 ust. 1 pkt 6 oraz ust. 2 uokik z 2004 r., Prezes UOKiK musi umorzyć postępowanie przypadku przejęcia sprawy przez KE na podstawie przepisów prawa wspólnotowego oraz może umorzyć postępowanie w przypadku rozstrzygnięcia sprawy przez właściwy organ ochrony konkurencji państwa członkowskiego UE.

Nowela z 2004 r. rozszerzyła też katalog przypadków odmowy wszczęcia postępowania w drodze postanowienia Prezesa UOKiK. Na mocy nowego art. 85a ust. 1 i 2, Prezes UOKiK, zgodnie z art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003, musi odmówić wszczęcia postępowania antymonopolowego w przypadku, gdy KE prowadzi postępowanie w tej samej sprawie lub sprawa została już przez KE rozstrzygnięta oraz, zgodnie z art. 13 rozporządzenia nr 1/2003, może odmówić wszczęcia postępowania w przypadku, gdy właściwy organ ochrony konkurencji innego państwa członkowskiego UE prowadzi postępowanie w tej samej sprawie lub sprawa została rozstrzygnięta przez właściwy organ ochrony konkurencji innego państwa członkowskiego UE.

5. BEZPOŚREDNIE STOSOWANIE WSPÓLNOTOWYCH REGUŁ KONKURENCJI PRZEZ SĄDY PAŃSTW CZŁONKOWSKICH

5.1. PROBLEMY BEZPOŚREDNIEGO STOSOWANIA WSPÓLNOTOWYCH REGUŁ KONKURENCJI PRZEZ SĄDY PAŃSTW CZŁONKOWSKICH, W TYM SĄDY POLSKIE

Sądy krajowe miały zawsze do odegrania zasadniczą rolę w dziedzinie stosowania wspólnotowych reguł konkurencji. Z mocy rozporządzenia nr 17/62, do 30.4.2004 r. sądy te mogły stosować bezpośrednio

art. 81 ust. 1 i art. 82 TWE; znalazło to swoje pełne potwierdzenie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości – najpierw w sprawach *SABAM I*⁶⁰ i *Delimitis*⁶¹, a potem w „trylogii”⁶² spraw *Ecco Swiss*⁶³, *Masterfoods*⁶⁴ i *Courage*⁶⁵.

Mimo tak zdecydowanego stanowiska Trybunału Sprawiedliwości, na gruncie poprzedniego systemu bezpośrednie stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji przez sądy krajowe było raczej skromne⁶⁶. Nie może dziwić, że zwolennicy prywatnego egzekwowania reguł konkurencji są rozczarowani⁶⁷ i zazdroszczą USA⁶⁸; trzeba też podkreślić, że w literaturze pojawiają się też głosy sceptyczne wobec zasady bezpośredniego stosowania wspólnotowych reguł konkurencji przez sądy krajowe⁶⁹.

Za jedną z najważniejszych przyczyn tego stanu rzeczy uznaje się powszechnie to, że w starym systemie stosowanie art. 81 ust. 3 TWE było bowiem zastrzeżone dla Komisji Europejskiej, jako że postępowanie przez sądem krajowym mogło być zastopowane przez zgłoszenie do KE o udzielenie wyłączenia indywidualnego (tzw. *notification torpedos*)⁷⁰. Jak wskazano wyżej, rozporządzenie nr 1/2003 zmieniło ten system; z dniem 1.5.2004 r., sądy krajowe, rozstrzygając spory między osobami fizycznymi i przedsiębiorstwami, np. z powództwa o odszkodowanie, mogą stosować bezpośrednio także art. 81 ust. 3 TWE, określający przesłanki wyłączenia porozumień ograniczających konkurencję spod zakazu art. 81 ust. 1 TWE (art. 1 ust. 1 i 2 oraz art. 6).

Trzeba będzie odczekać kilka lat, żeby przekonać się, czy sytuacja ta ulegnie zmianie w tych krajach, a także na ile spełni się oczekiwanie

⁶⁰ Por. ETS, sprawa 127/73 *SABAM I* [1974] ECR 51, 61 i n.

⁶¹ Por. ETS, sprawa C-234/89 *Delimitis v. Henninger Bräu* [1991] ECR I-935.

⁶² Por. A.P. Komninos, *New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Right to Damages*, „Common Market Law Review” 2002, t. 39, s. 447 i n.

⁶³ Por. ETS, sprawa C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV* [1999] ECR I-3055.

⁶⁴ Por. ETS, sprawa C-344/98 *Masterfoods Ltd. v. HB Ice Cream Ltd.* [2000] ECR I-11369.

⁶⁵ Por. ETS, sprawa *Courage Ltd. v. Bernard Crehan* [2001] ECR I-6297.

⁶⁶ Por.: poszczególne tomy serii książek zatytułowanej *EEC Competition Rules in national courts*, wydawanych przez H.-P. Behrensa od 1992 r. przez Nomos Verlagsgesellschaft z Baden-Baden; Braakman (red.), *The Application of articles 85 & 86 of the EC Treaty by National Courts in the Member States*, European Commission, DG IV-Competition, 1997 (dostępne ze strony internetowej www.europa.eu/int/comm).

⁶⁷ P. J. Slot, op. cit., s. 466; autor mówi, że stosowanie to jest „czymś tak nieuchwytnym, jak święty graal”.

⁶⁸ Por. J. S. Venit, op. cit., s. 570–572.

⁶⁹ Por. P. J. Wils, op. cit., s. 473 i n.

⁷⁰ Por. A. Riley, op. cit., s. 665.

KE, że przedsiębiorcy będą częściej korzystali z możliwości dochodzenia swoich roszczeń z deliktów antymonopolowych przed sądami cywilnymi, a sądy te będą chętniej niż dotychczas roszczenia takie dopuszczały i uznawały. Wiele zależy oczywiście od skuteczności przepisów rozporządzenia nr 1/2003, regulujących zasady współpracy KE z sądami krajowymi w sprawach z zakresu ochrony konkurencji (patrz niżej).

Równie wielką niewiadomą jest przyszła podstawa sądów polskich, które – tak, jak sądy innych państw członkowskich – są z mocy rozporządzenia nr 1/2003 uprawnione do bezpośredniego stosowania (całego) art. 81 i art. 82 TWE (art. 6). Niczego nie zmienia tu fakt, że nowela z 2004 r. nie odniosła się wcale do problemu, czy polskie sądy powszechne (cywilne) będą mogły stosować bezpośrednio art. 81 i 82 TWE. Żaden inny akt normatywny kwestii tej również nie rozstrzygnął ze skutkiem na 1.5.2004 r. Trzeba więc stwierdzić, że polskie sądy cywilne będą bezpośrednio stosować art. 81 i 82 TWE, jeżeli same uznają to za możliwe i celowe. Ponieważ nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, że postawa sądów polskich w tym zakresie będzie inna niż w przypadku stosowania przez nie przepisów polskiego ustawodawstwa antymonopolowego, w szczególności zakazów porozumień ograniczających konkurencję i nadużywania pozycji dominującej (art. 4 i 5 ustawy antymonopolowej z 1990 r. czy art. 5 i 8 uokik z 2000 r.), trzeba przyjąć, że nie będą one raczej uznawały roszczeń bazujących na naruszeniu wspólnotowych reguł konkurencji, o ile Prezes UOKiK nie rozstrzygnie najpierw skutecznie (tj. po zakończeniu drogi weryfikacji sądowej), że nastąpiło naruszenie art. 81 i 82 TWE.

Przypomnijmy, że działania naruszające polskie zakazy praktyk ograniczających konkurencję (antymonopolowe) mogły być co do zasady przedmiotem postępowań przed sądem cywilnym od 1990 r. Podstawę tych postępowań mogły stanowić skargi o ustalenie (np. nieważności ujednolicenia cen między konkurentami) lub skargi odszkodowawcze (np. z tytułu zamknięcia dostępu do rynku). Zgodnie z orzecnictwem polskim, sprawy na tle stosunków cywilnych, będących następstwem stosowania praktyk monopolistycznych, np. o ustalenie nieważności umowy narzuconej w wyniku stosowania takich praktyk (art. 8 ust. 2 ustawy antymonopolowej z 1990 r.), rozpoznają sądy cywilne (gospodarcze). Decyzja lub wyrok Sądu Antymonopolowego (dzisiaj: SOKiK) mają dla tych postępowań cywilnych zasadniczo prejudycjalne znaczenie⁷¹.

⁷¹ Por. uchwała SN z 27.10.1995 r. (III CZP 135/95; OSP 1996, z. 6, poz. 112, z głosem S. Gronowskiego).

W sprawie tej po raz pierwszy wypowiedział się SN w r. 1994. Rozpoznając kasację od wyroku sądu powszechnego (Sądu Apelacyjnego), utrzymującego w mocy wyrok sądu niższej instancji (Sądu Wojewódzkiego), uchylił ten ostatni wyrok m.in. przychyłając się do powołanego w kasacji argumentu, że oba ww. sądy nie ustosunkowały się do zarzutu pozwanego, iż umowa będąca przedmiotem postępowania jest przejawem praktyki monopolistycznej powoda (przedsiębiorstwa wodociągów i kanalizacji), stwierdzenie której i orzeczenie o konsekwencjach której następuje w trybie ustawy antymonopolowej 1990⁷², a postępowanie takie zostało już wszczęte. Zd. SN, stwierdzenie wystąpienia praktyki monopolistycznej, a w konsekwencji – nieważność całości lub części umowy (art. 8 ust. 2 tej ustawy lub art. 58 § 1 i 3 k.c.) – może nastąpić również w sprawie między stronami umowy, jako przesłanka rozstrzygająca o roszczeniu z niej wynikającym. Sady obu instancji okoliczności tej rzeczywiście nie wyjaśniły⁷³.

Orzeczenie to spotkało się w doktrynie raczej z krytyką⁷⁴, bazującą przede wszystkim na względnym charakterze zakazu praktyk monopolistycznych, wynikającym z ustawowej klauzuli rozsądku (art. 6 ustawy antymonopolowej z 1990 r.), odrębności sankcji nieważności zawartej w art. 8 ust. 2 tej ustawy oraz niebezpieczeństwach związanych z dualizmem postępowań mających za przedmiot stwierdzenie i określanie konsekwencji praktyk monopolistycznych.

Już w 1995 r. inny skład SN nie podzielił stanowiska wyrażonego w wyroku z 1994 r.⁷⁵ Zdaniem SN, ustawodawca utworzył centralny organ administracji państwowej do przeciwdziałania praktykom monopolistycznym, do którego wyłącznej kompetencji należy wydawanie decyzji antymonopolowych. W tym świetle, zasadą jest, że żaden inny organ niż Prezes Urzędu Antymonopolowego (dzisiaj: UOKiK) oraz – w przypadku odwołania – SOKiK, w żadnym innym trybie nie jest władny orzekać zarówno co do wystąpienia praktyki monopolistycznej, jak i nieistnienia takiej praktyki. Za stanowiskiem takim przemawia, zdaniem SN, przede wszystkim okoliczność, że praktyki monopolistyczne wymienione w art. 4 i 5 tej ustawy są względnie zakazane, gdyż w świetle

⁷² Por. wyrok SN z 29.5.1991 r. (III CRN 120/91; OSNCP 1992, z. 5, poz. 87).

⁷³ Por. wyrok SN z 22.2.1994 r. (I CRN 238/93).

⁷⁴ Por. T. Ławicki, *Glosa do wyroku SN z dnia 22 lutego 1994 r. w sprawie I CRN 238/93*, OSP 1996, z. 6. Za słusznością tego wyroku opowiedział się natomiast P. Podrecki, *Porozumienia monopolistyczne i ich cywilnoprawne skutki*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynałazczości i Ochrony Własności Intelektualnej”, z. 74, Kraków 2000, s. 200.

⁷⁵ Por. uchwałę SN z 27.10.1995 r. (III CZP 135/95).

treści jej art. 6 mogą podlegać legalizacji, jeżeli zostaną spełnione przesłanki wymienione w tym przepisie.

Również to stanowisko to zostało poddane częściowej krytyce, głównie przez Sędziego Gronowskiego⁷⁶. Stwierdził on, że w świetle deklaratoryjnego charakteru decyzji Prezesa UOKiK wydanej na podstawie art. 8 ust. 1 antymonopolowej z 1990 r., nakazującej zaniechanie stwierdzonej praktyki monopolistycznej, nie powinny istnieć formalne przeszkody uniemożliwiające sądowi powszechnemu dokonywanie samodzielnych ustaleń w przedmiocie zawarcia umowy z zastosowaniem praktyk monopolistycznych (art. 8 ust. 2 tej ustawy), a także, czy ewentualne praktyki podlegają zalegalizowaniu według reguł wskazanych w jej art. 6. Przeciwno nadawaniu decyzji wydanej na podstawie art. 8 ust. 1 prejudycjalnego charakteru przemawia, zdaniem Sędziego Gronowskiego, przede wszystkim inny przedmiot i charakter postępowania antymonopolowego (interes publicznoprawny) i postępowania przed sądem cywilnym (prawa podmiotowe stron); jego zdaniem nie ma podstaw prawnych dla pozbawienia sadu powszechnego prawa dokonywania samodzielnych ustaleń w przedmiocie praktyk monopolistycznych. Widząc potrzeby eliminowania niebezpieczeństw wynikających z ewentualnych rozbieżności orzecznictwa SOKiK oraz sądów powszechnych w kwestii istnienia i konsekwencji praktyk monopolistycznych i wykształcenia zasad dających jednak priorytet ustaleniom dokonany w postępowaniu antymonopolowym, Sędzia Gronowski zaproponował złożoną formułę rozwiązania problemu stosunku postępowania cywilnego przed sądem powszechnym do postępowania antymonopolowego przed Prezesem UOKiK.

Po pierwsze, w przypadku istnienia decyzji z art. 8 ust. 1 ustawy antymonopolowej z 1990 r., sąd powszechny powinien na tym poprzestać.

Po drugie, zasadniczo nie powinno być przeszkód dla dokonywania przez sąd samodzielnych ustaleń w kwestii stosowania praktyk monopolistycznych w sytuacji, gdy postępowanie toczące się przed Prezesem UOKiK nie zakończyło się – z różnych przyczyn (np. w wyniku późniejszej utraty pozycji dominującej przez przedsiębiorcę, która dysponował nią na etapie zawarcia umowy) – wydaniem decyzji z art. 8 ust. 1 tej ustawy.

Po trzecie, nie może być również przeszkód dla dokonania przez sąd ustaleń w kwestii praktyk monopolistycznych, jeżeli istnieje niemożność wydania w tym przedmiocie decyzji administracyjnej (np. z uwagi na przedawnienie).

⁷⁶ Por. głosę opublikowaną w: OSP 1996, z. 6, poz. 112.

Nie ma sporu w orzecznictwie i w doktrynie, że w razie równoległego prowadzenia postępowania antymonopolowego i sądowego, sądy powszechne powinny zawieszać postępowanie na podstawie art. 177 § 1 i 3 K.p.c.

Oczywiście nie można wykluczyć, że orzecznictwo sądów polskich w tej kwestii ulegnie zmianie, właśnie pod wpływem oczekiwań związanych z prawem tych sądów do bezpośredniego stosowania wspólnotowych reguł konkurencji. SN musiałby jednak zabrać głos.

5.2. KE A SĄDY PAŃSTW CZŁONKOWSKICH STOSUJĄCE BEZPOŚREDNIO WSPÓLNOTOWE REGULY KONKURENCJI; WSPÓLPRACA I ZAPEWNIENIE JEDNOLITOŚCI ORZEKANIA

Jednym z immanentnych warunków skuteczności bezpośrednio stosowania wspólnotowych reguł konkurencji przez sądy krajowe jest ścisła współpraca między nimi a KE i krajowymi organami ochrony konkurencji⁷⁷. Zakres i formy tej współpracy w nowym systemie określone zostały w art. 15 rozporządzenia nr 1/2003 oraz w nowym „Obwieszczeniu Komisji w sprawie współpracy między Komisją a sądami państw członkowskich UE w stosowaniu art. 81 i 82 TWE”⁷⁸.

Zgodnie z tym przepisami, KE i (administracyjne) organy ochrony konkurencji państw członkowskich UE powinny w szerokim zakresie być dla (cywilnych) sądów krajowych „*amici curiae*”⁷⁹.

Po pierwsze, sądy te mogą zwracać się do KE o informację i opinie w sprawach związanych ze stosowaniem wspólnotowych reguł konkurencji (art. 15 ust. 1).

Po drugie, organy ochrony konkurencji (tak KE, jak i organy krajowe) mogą też przedkładać sądom na piśmie – a za zgodą sądów także ustnie – stosowne uwagi (art. 15 ust. 3); KE może to czynić wtedy, gdy wymaga tego zapewnienie jednolitości stosowania prawa wspólnotowego.

Z drugiej strony, wzorem prawa niemieckiego, państwa członkowskie będą teraz musiały przysyłać KE kopie wyroków sądów krajowych, w których zastosowano art. 81 lub 82 TWE (art. 15 ust. 2).

⁷⁷ Niewielki zakres tej współpracy na gruncie Obwieszczenia Komisji w sprawie współpracy sądów krajowych i Komisji przy stosowaniu art. 85 i 86 Traktatu (O.J. 1993, C 39/5; w jęz. polskim opublikowane w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguły generalne*, op. cit., s. 513) jest uznawany za jedną z przyczyn braku szerokiego stosowania art. 85 i 86 przez sądy krajowe; por. A. Riley, op. cit., s. 665. Por. także wyr. ETS w sprawie C-94/00 *Roquette Freres* [2002] ECR I-9011.

⁷⁸ O.J. 2004, C 101/54; uchyliło ono stare Obwieszczenie z 1993 r. (por. przyp. 77).

⁷⁹ Por. U. Böge, op. cit., s. 126.

Za formę pomocy krajowej dla KE może być uznane także wydawanie przez sądy państw członkowskich zgody na przeszukanie biur i mieszkań (patrz wyżej)⁸⁰.

Zapewnieniu jednolitości stosowania art. 81 i 82 TWE służy także priorytet decyzji KE, wydanych już lub przewidywanych w związku z toczącym się przed nią postępowaniem; to rozwiązanie (art. 16 rozporządzenia nr 1/2003) bazuje na dorobku dotychczasowego orzecznictwa. I tak:

- a) sądy krajowe (tak jak i krajowe organy ochrony konkurencji, patrz wyżej) nie mogą wydać wyroku, który byłby sprzeczny z wydaną już decyzją KE⁸¹;
- b) sądy muszą też unikać sytuacji, w której ich wyrok mógłby być sprzeczny z oczekiwaną decyzją KE⁸².

Sądy krajowe mogą oczywiście także skorzystać z prawa zadania ETS pytania wstępnego na zasadach określonych w art. 234 TWE.

6. PODSUMOWANIE I WNIOSKI

Nie ulega wątpliwości, że w nowym systemie stosowania wspólnotowych reguł konkurencji inaczej rozłożone zostały obowiązki i odpowiedzialność. Przyjęta metoda relatywizacji zakazu porozumień ograniczających konkurencję (wyłączenia legalne) pozbawia przedsiębiorstwa komfortowo wysokiego poziomu pewności prawnej, jaka była ich udziałem na gruncie systemu kontroli prewencyjnej i wyłączeń indywidualnych. W nowym systemie największa odpowiedzialność za przestrzeganie wspólnotowych „reguł konkurencji skierowanych do przedsiębiorstw” (w tym zawieranie porozumień nie spełniających przesłanek art. 81 ust. 1 TWE, albo spełniających przesłanki art. 81 ust. 3 TWE) ciąży więc na samych przedsiębiorcach i ich doradcach; znajduje to swoje potwierdzenie także w – nie prezentowanych w niniejszym artykule – zmianach w systemie sankcjonowania naruszeń kolektywnych praktyk ograniczających konkurencję. Same przedsiębiorstwa więc zdecydują w praktyce, czy sądy otrzymają szansę bezpośredniego stosowania całego art. 81 i art. 82 TWE.

⁸⁰ Art. 20 ust. 8 i art. 21 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2003.

⁸¹ Art. 16 ust. 1; por. także ETS, sprawa C-344/98 *Masterfoods* [2000] ECR I-11369.

⁸² Art. 16 ust. 2; por. także ETS, sprawa C-234/89 *Delimitis* [1991] ECR I-935.

Zdecydowanie większą odpowiedzialność w nowym – zdecentralizowanym – systemie stosowania wspólnotowych reguł konkurencji ponoszą też (głównie administracyjne) organy ochrony konkurencji państw członkowskich. Trudno jednak stwierdzić, czy będą one stosowały art. 81 i 82 TWE częściej niż czyniły to dotychczas sądy krajowe⁸³. Niepewność ta odnosi się w szczególności do organów ochrony konkurencji nowych członków UE, a więc także Prezesa UOKiK, chociaż polski i węgierski organ ochrony konkurencji uznawane są za najlepiej do tego przygotowane⁸⁴. Od kompetencji, ale także od aktywności tych organów zależy najbardziej, czy będą one liczącym się partnerem KE i innych – bardziej doświadczonych (za takie uważa się organy niemiecki, brytyjski i włoski)⁸⁵ – organów zapewniania przestrzegania wspólnotowych reguł konkurencji na rynku wewnętrznym, ale także czy wykorzystają wszystkie szanse, jakie dają przepisy rozporządzeń nr 1/2003 i 1139/2004 dla ochrony konkurencji na terytorium Polski, które zapewne nie raz będzie mogło być uznane za odrębny rynek regionalny, wymagający wzmoczonej ochrony przed praktykami ograniczającymi konkurencję wielkich koncernów lub skutkami nadmiernej koncentracji, zwłaszcza na rynkach oligopolistycznych. Prezes UOKiK będzie mógł zapewne liczyć na pomoc KE i organów ochrony konkurencji innych państw członkowskich, tworzących sieć NCA, nie tylko wtedy, gdy stosuje równoległe wspólnotowe i polskie prawo ochrony konkurencji, ale także w jego działaniach służących tworzeniu i realizacji polityki konkurencji oraz promocji kultury konkurencji w Polsce.

W nowym systemie stosowania art. 81 i 82 TWE rola KE zmienia się⁸⁶. Straciła ona wprawdzie wyłączność stosowania art. 81 ust. 3 TWE i nie uzyskała generalnej delegacji do wydawania rozporządzeń ustanawiających wyłączenia grupowe, o co wystąpiła w projekcie rozporządzenia nr 1/2003; w dalszym ciągu będzie więc musiała każdorazowo uzyskać upoważnienie państw członkowskich (Rady UE) do wydawania takich rozporządzeń. Wobec tego jednak, że w UE to właśnie KE dysponuje inicjatywą prawodawczą, dalsza relatywizacja zakazu porozumień ograniczających konkurencję będzie wciąż zależała przede wszystkim od niej⁸⁷. Wiele może ona w tym zakresie osiągnąć przez

⁸³ W pierwszych reakcjach literatury wyrażane są raczej wątpliwości co do tego, czy nowe rozwiązania będą miały praktyczny wpływ na zakres administracyjnego stosowania tych reguł w państwach członkowskich UE; por. A. Riley, op.cit., *Part One...*, s. 604, oraz *Part Two...*, s. 670.

⁸⁴ Ibidem, s. 658 i n.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Chociaż zdaniem A. Rileya, op. cit., s. 604, raczej wzmocniła się niż osłabła.

⁸⁷ Warto w tym miejscu zauważyć, że od 1999 r. zmieniła się także rola wyłączeń grupowych; por. P. J. Slot, op. cit., s. 451.

publikowanie dokumentów interpretacyjnych (aktów typu *soft law*). Tak rozumiejąc swoją rolę, aż do 27.4.2004 r. KE publikowała ostateczne wersje licznych dokumentów, które mają służyć pomocą w stosowaniu wspólnotowego prawa konkurencji, głównie przez organy nowych państw członkowskich⁸⁸.

Przejście od starego do nowego systemu stosowani art. 81 i 82 TWE nie musi być bezproblemowe. Przez czas jakiś pozostaną np. ważne decyzje KE przyznające konkretnych porozumień ograniczającym konkurencję czasowe (z reguły 5-letnie) wyłączenie indywidualne na gruncie art. 81 ust. 3 TWE⁸⁹. Decyzje te zostały jednak wydane wtedy, gdy przedmiotem ochrony konkurencji był cały rynek wewnętrzny lub jego istotna część, do których nie zaliczały się terytoria nowych państw członkowskich, w tym Polski. Trudno dzisiaj odpowiedzieć na pytanie, czy KE będzie monitorowała funkcjonowanie tych wyłączeń w nowych warunkach.

Nie tylko KE, ale także Prezes UOKiK powinny w miarę szybko dokonać analizy konsekwencji rozciągnięcia obowiązywania rozporządzeń ustanawiających wyłączenia grupowe na nowe państwa członkowskie. Na mocy rozporządzenia nr 1/2003, tak KE (art. 29 ust. 1), jak i organy ochrony konkurencji państw członkowskich (art. 29 ust. 2) mają prawo cofnięcia przywileju wyłączenia grupowego w stosunku do kolektywnej praktyki ograniczającej konkurencję, której dotyczy dane rozporządzenie wyłączające, jeżeli powoduje ona skutki niezgodne z art. 81 ust. 3 TWE na terytorium państwa członkowskiego lub jego części, które nosi znamiona odrębnego rynku regionalnego.

Największą niewiadomą pozostaje jednak przyszła rola (aktywność) sądów krajowych w bezpośrednim stosowaniu art. 81 i 82 TWE i to nie tylko w „nowych” (w tym w Polsce), ale także w „starych” państwach członkowskich; wiele zależeć będzie od ich dotychczasowego dorobku i posiadanych środków (głównie kadr), a także od tego czy nie

⁸⁸ Por.: Commission Notice on co-operation within the Network of Competition Authorities (2004/C 101/03) (O.J. 2004, C 101/43); Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 of the Treaty (2004/C 101/04) (O.J. 2004, C 101/54); Communication from the Commission Notice Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08) (O.J. 2004, C 101/97); Commission Notice on the handling of complaints by the Commission under Articles 81 and 82 of the EC Treaty (2004/C 101/05) (O.J. 2004, C 101/65); Commission Notice on informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC treaty that raise in individual cases (guidance letters).

⁸⁹ Art. 43 rozporządzenia nr 1/2003 utrzymuje więc w mocy art. 8 ust. 3 rozporządzenia nr 17/62, a decyzje wyłączające uznaje za ważne do czasu ich wygaśnięcia.

potraktują konstrukcji „przyjaciela sądu” jako próby ingerencji administracyjnej w ich niezawisłość⁹⁰.

Warto także na zakończenie otworzyć dyskusję wokół pytania, czy zdecentralizowane stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji jest rozwiązaniem adekwatnym do sytuacji, charakteryzującej się wysokim stopniem zharmonizowania tych reguł w państwach członkowskich UE oraz zbliżającym się ukończeniem procesu budowy jednolitego rynku wewnętrznego – z jednej strony, a wymogami konkurencji międzysystemowej (głównie z USA) – z drugiej⁹¹.

⁹⁰ Por. A. Railey, op. cit., s. 658 i n.

⁹¹ Por. P. J. Slot, op. cit., s. 467 i 470.