

Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji

Tomasz Krzyżewski

**ZAKAZ KONKUROWANIA W POLSKIM I UNIJNYM
PRAWIE ANTYMONOPOLOWYM**

Praca doktorska przygotowana pod kierunkiem dr. hab. Cezarego Banasińskiego

Warszawa 2020

SPIS TREŚCI

Wstęp

Przedmiot badań, cel badawczy (hipoteza badawcza) i struktura badań

Metoda badawcza

ROZDZIAŁ I – ZAGADNIENIA WSTĘPNE..... 14

- 1. Podstawowe pojęcia 14**
 - 1.1. Konkurencja 14
 - 1.2. Formy rynku 16
 - 1.3. Rynek właściwy 18
- 2. Źródła polskiego i unijnego prawa antymonopolowego oraz relacja pomiędzy polskim i unijnym porządkami prawnymi 21**
- 3. Cele prawa antymonopolowego 24**
- 4. Podsumowanie..... 30**

ROZDZIAŁ II – ZAKAZ KONKUROWANIA W POROZUMIENIACH

WERTYKALNYCH 33

- 5. Porozumienia wertykalne, porozumienia dystrybucyjne i transakcje wyłączne 33**
- 6. Porozumienia zakazane ze względu na cel i porozumienia zakazane ze względu na skutek 37**
- 7. Ograniczenia wertykalne i ich kategorie 40**
- 8. Zakaz konkurowania jako wykluczone ograniczenie wertykalne..... 44**
 - 8.1. Pojęcie i formy zakazu konkurowania 44
 - 8.2. Kwalifikacja prawna zakazu konkurowania..... 52
- 9. Korzyści i zagrożenia dla konkurencji wynikające z porozumień wertykalnych... 55**
 - 9.1. Korzyści dla konkurencji wynikające z zakazu konkurowania w porozumieniach wertykalnych 55
 - 9.2. Zagrożenia dla konkurencji wynikające z zakazu konkurowania w porozumieniach wertykalnych..... 59
 - 9.3. Wnioski 63
- 10. Rozwój regulacji zakazu konkurowania w porozumieniach wertykalnych 64**
 - 10.1. Regulacja zakazu konkurowania w rozporządzeniu nr 67/67 64
 - 10.2. Regulacja zakazu konkurowania w rozporządzeniu nr 1984/83 66
 - 10.3. Regulacja zakazu konkurowania w rozporządzeniu nr 2790/1999 69
 - 10.4. Wnioski 73
- 11. Warunki wyłączenia zakazu konkurowania w porozumieniach wertykalnych..... 74**
 - 11.1. Warunki wyłączenia zakazu konkurowania w rozporządzeniu nr 330/2010 75

| | |
|---|------------|
| 11.2. Warunki wyłączenia zakazu konkurencji w rozporządzeniu RM z 30 marca 2011 r..... | 80 |
| 11.3. Wyłączenie indywidualne zakazu konkurencji | 82 |
| 11.4. Warunki wyłączenia zakazu konkurencji na podstawie reguły <i>de minimis</i> | 87 |
| 12. Ocena antymonopolowa zakazu konkurencji stosowanego w wybranych porozumieniach dystrybucyjnych | 90 |
| 12.1. Dystrybucja wyłączna | 91 |
| 12.2. Dystrybucja selektywna | 93 |
| 12.3. Franchising | 98 |
| 12.4. Umowa agencyjna | 107 |
| 13. Zakaz konkurencji w połączeniu z wybranymi ograniczeniami konkurencji | 109 |
| 13.1. Sprzedaż wiązana | 110 |
| 13.2. Zarządzanie kategorią..... | 111 |
| 13.3. Ograniczenia cen odsprzedaży | 115 |
| 14. Podsumowanie..... | 116 |
| ROZDZIAŁ III – ZAKAZ KONKURENCJI W POROZUMIENIACH KOOPERACYJNYCH | 119 |
| 15. Porozumienia kooperacyjne..... | 119 |
| 16. Zakaz konkurencji w porozumieniach kooperacyjnych | 121 |
| 17. Korzyści i zagrożenia dla konkurencji wynikające z zakazu konkurencji w porozumieniach kooperacyjnych..... | 123 |
| 18. Wyłączenia grupowe porozumień kooperacyjnych | 125 |
| 19. Rozwój regulacji zakazu konkurencji w porozumieniach specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych..... | 127 |
| 19.1. Regulacja zakazu konkurencji w rozporządzeniu nr 417/85 i rozporządzeniu nr 418/85 | 128 |
| 19.2. Regulacja zakazu konkurencji w rozporządzeniu nr 2658/00 i rozporządzeniu nr 2659/00 | 129 |
| 19.3. Rozwój regulacji zakazu konkurencji w prawie polskim | 131 |
| 19.4. Wnioski | 132 |
| 20. Porozumienia specjalizacyjne | 133 |
| 21. Wyłączenie grupowe porozumień specjalizacyjnych..... | 135 |
| 22. Zakaz konkurencji w porozumieniach specjalizacyjnych | 137 |
| 22.1. Zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej w porozumieniach specjalizacyjnych..... | 137 |
| 22.2. Wyłączność zakupu w porozumieniach specjalizacyjnych..... | 141 |
| 23. Porozumienia badawczo-rozwojowe | 142 |

| | |
|--|------------|
| 24. Wyłączenie grupowe porozumień badawczo-rozwojowych..... | 144 |
| 25. Zakaz konkurencji w porozumieniach badawczo-rozwojowych..... | 146 |
| 25.1. Zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej w porozumieniach badawczo-rozwojowych | 146 |
| 25.2. Wyłączność zakupu w porozumieniach badawczo-rozwojowych | 150 |
| 26. Wyłączenie indywidualne zakazu konkurencji w porozumieniach kooperacyjnych | 152 |
| 27. Podsumowanie..... | 154 |
| ROZDZIAŁ IV – ZAKAZ KONKUROWANIA JAKO NADUŻYCIE POZYCJI DOMINUJĄCEJ | |
| 158 | |
| 28. Racjonalizacja zakazu nadużywania pozycji dominującej..... | 158 |
| 29. Zakaz konkurencji jako nadużycie pozycji dominującej..... | 165 |
| 30. Standardy oceny antymonopolowej zakazu konkurencji jako elementu praktyki wykluczającej stosowanej przez przedsiębiorców dominujących | 169 |
| 31. Systemy rabatowe powodujące skutek w postaci wyłączności zakupu..... | 172 |
| 31.1. Pojęcie i rodzaje rabatów | 173 |
| 31.2. Kwalifikacja polityki rabatowej jako formy nadużywania pozycji dominującej | 175 |
| 31.3. Prokonkurencyjne skutki stosowania rabatów warunkowych przez przedsiębiorców dominujących | 177 |
| 31.4. Antykonkurencyjne skutki stosowania rabatów warunkowych przez przedsiębiorców dominujących | 180 |
| 31.5. Zasady oceny antymonopolowej rabatów warunkowych w świetle Wytycznych Komisji | 182 |
| 31.6. Ewolucja podejścia w zakresie oceny antymonopolowej rabatów lojalnościowych oraz docelowych w orzecznictwie sądów unijnych..... | 185 |
| 31.6.1. Sprawa <i>Hoffmann-La Roche</i> | 185 |
| 31.6.2. Sprawa <i>Michelin I</i> | 186 |
| 31.6.3. Sprawa <i>British Airways</i> | 187 |
| 31.6.4. Sprawa <i>Tomra</i> | 189 |
| 31.6.5. Sprawa <i>Intel</i> | 191 |
| 31.6.6. Sprawa <i>Post Danmark II</i> | 198 |
| 31.7. Rabaty lojalnościowe w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK..... | 199 |
| 31.7.1. Sprawa <i>Wrigley</i> | 199 |
| 32. Podsumowanie..... | 201 |
| ROZDZIAŁ V – ZAKAZ KONKUROWANIA JAKO OGRANICZENIE AKCESORYJNE STOSOWANE W PROCESIE KONCENTRACJI PRZEDSIĘBIORCÓW..... | |
| 203 | |
| 33. Prewencyjna kontrola koncentracji | 203 |

| | |
|---|------------|
| 34. Ograniczenia akcesoryjne | 205 |
| 35. Doktryna ograniczeń akcesoryjnych..... | 207 |
| 36. Zastosowanie doktryny ograniczeń akcesoryjnych w ramach kontroli koncentracji przez unijny i polski organ antymonopolowy | 208 |
| 37. Bezpośrednie związanie i niezbędność ograniczenia | 213 |
| 38. Rozwój regulacji zakazu konkurowania w prawie unijnym | 215 |
| 38.1. Regulacja zakazu konkurowania w Komunikacie Komisji z dnia 14 sierpnia 1990 r. w sprawie ograniczeń akcesoryjnych w stosunku do koncentracji..... | 215 |
| 38.2. Regulacja zakazu konkurowania w Komunikacie Komisji z dnia 4 lipca 2001 r. w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych do realizacji koncentracji przedsiębiorstw..... | 217 |
| 38.3. Wnioski | 219 |
| 39. Zakaz konkurowania jako element koncentracji przedsiębiorców | 220 |
| 39.1. Zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej w ramach przejęć..... | 220 |
| 39.2. Zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej w ramach tworzenia wspólnych przedsiębiorców..... | 226 |
| 39.3. Wyłączność zakupu w ramach przejęć i w ramach tworzenia wspólnych przedsiębiorców..... | 229 |
| 40. Podsumowanie..... | 232 |
| ZAKOŃCZENIE | 234 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 239 |

Wykaz aktów prawnych:

Obowiązujące akty prawne

| | |
|---|--|
| TUE | Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. C 326 z 26.10.2012 r., str. 13) |
| TfUE | Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. C 326 z 26.10.2012 r., str. 47) |
| Traktat z Maastricht | Traktat z Amsterdamu zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty (Dz. U. C 340 z 10.11.1997 r., str. 115). |
| Rozporządzenie nr 1/2003 | Rozporządzenie Rady nr 1/2003/WE z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 TWE (Dz. U. L 001 z 04.01.2003 r., str. 1). |
| Rozporządzenie nr 139/2004 | Rozporządzenie Rady nr 139/2004/WE z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. L 024 z 29.01.2004 r., str. 1). |
| Rozporządzenie nr 330/2010 | Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 24.04.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. U. L 102 z 23.04.2010 r., str. 1). |
| Rozporządzenie nr 1217/2010 | Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1217/2010 z dnia 14.12.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień badawczo-rozwojowych (Dz. U. L 335 z 18.12.2010 r., str. 36). |
| Rozporządzenie nr 1218/2010 | Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1218/2010 z dnia 14.12.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych (Dz. U. L 335 z 18.12.2010 r., str. 43). |
| Wytyczne w zakresie wpływu na handel | Commission Notice Guidelines on the effect of trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (Dz. U. C 101 z 27.04.2004 r., str. 81) |
| Wytyczne w sprawie stosowania art. 81(3) | Obwieszczenie Komisji – wytyczne w sprawie stosowania art. 81(3) TWE (Dz. U. C 101 z 27.04.2004 r., str. 97) |
| Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych | Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. U. C 130 z 19.05.2010 r., str. 1) |
| Wytyczne w sprawie porozumień kooperacyjnych | Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. U. C 11 z 14.01.2011 r., str. 1) |
| Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych | Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych dla |

dokonania koncentracji (Dz. U. C 56 z 05.03.2005 r., str. 24)

Wytyczne

Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz. U. C 45 z 24.02.2009 r., str. 7)

Zawiadomienie *de minimis*

Komunikat Komisji – Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. C 291 z 30.08.2014 r., str. 1)

k.c.

Ustawa z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93) Tekst jednolity z dnia 16 maja 2019 r. (Dz. U. 2019, poz. 1145)

k.p.a.

Ustawa z dnia 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. 1960 nr 30 poz. 168)

u.o.k.i.k. lub ustawa antymonopolowa

Ustawa z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 nr 50 poz. 331)

Rozporządzenie RM z 30 marca 2011 r.

Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30.03.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2011 r. nr 81, poz. 441).

Rozporządzenie RM z 13 grudnia 2011 r.

Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13.12.2011 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2011 nr 288, poz. 1691)

Wyjaśnienia dotyczące oceny koncentracji

Wyjaśnienia dotyczących oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji

Obwieszczenie w sprawie definicji rynku właściwego

Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz. U. C 372 z 09.12.1997 r., str. 5)

Nieobowiązujące akty prawne:

Rozporządzenie nr 17/62

Rozporządzenie Rady EWG nr 17 – pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu (Dz. U. C 13 z 21.02.1962 r., str. 204)

Rozporządzenie nr 2821/71

Rozporządzenie nr 2821/71 Rady z dnia 20.12.1971 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień, decyzji i praktyk uzgodnionych (Dz. U. L 285 z 29.12.1971 r. str. 46)

| | |
|---|--|
| Rozporządzenie 67/67 | Rozporządzenie Komisji nr 67/67 z dnia 22.03.1967 roku w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień o wyłączności (Dz. U. 57 z 25.03.1967 r., str. 849) |
| Rozporządzenie nr 1983/83 | Rozporządzenie Komisji (EWG) Nr 1983/83 z 22.06.1983 r. o zastosowaniu art. 85(3) Traktatu Rzymskiego do porozumień dotyczących wyłącznej dystrybucji (Dz. U. L 173 z 30.06.1983 r., str. 1) |
| Rozporządzenie nr 1984/83 | Rozporządzenie Komisji (EWG) Nr 1984/83 z 22.06.1983 r. o zastosowaniu art. 85(3) Traktatu Rzymskiego do porozumień dotyczących wyłącznego zakupu (Dz. U. L 173 z 30.06.1983 r., str. 5) |
| Wyjaśnienia dotyczące rozporządzeń nr 1984/83 i nr 1983/83 | Wyjaśnienia Komisji (EWG) dotyczące rozporządzeń 1984/83 i 1984/84 (Dz. U. C 101 z 13.04.1984 r., str. 2). |
| Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2000 r. | Obwieszczenie Komisji – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. U. C 291 z 13.10.2000 r., str. 1) |
| Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych z 1990 r. | Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych w stosunku do koncentracji (Dz. U. C 203 z 14.08.1990 r., str. 5) |
| Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych z 2001 r. | Obwieszczenie w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych do realizacji koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. C 188 z 04.07.2001 r., str. 5) |
| Rozporządzenie nr 2790/1999 | Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22.12.1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. U. L 336 z 29.12.1999 r., str. 21) |
| Rozporządzenie nr 4087/88 | Rozporządzenie Komisji Wspólnot Europejskich nr 4087/88 z dnia 30.11.1988 r. w sprawie zastosowania artykułu 85 ust. 3 Traktatu do umów franchisingu (Dz. U. L 359 z 28.12.1988 r., str. 46). |
| Rozporządzenie nr 417/85 | Rozporządzenie Komisji nr 417/85 z dnia 19.12.1984 r. w sprawie zastosowania art. 85 (3) Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych (Dz. U. L 53 z 22.02.1985 r., str. 1) |
| Rozporządzenie nr 418/85 | Rozporządzenie Komisji nr 418/85 z dnia 19.12.1984 r. w sprawie zastosowania art. 85 (3) Traktatu do kategorii porozumień badawczo-rozwojowych (Dz. U. L 53 z 22.02.1985 r., str. 5) |
| Rozporządzenie nr 2658/2000 | Rozporządzenie Komisji nr 2658/2000 z dnia 29.11.2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych (Dz. U. L 304 z 05.12.2000 r., str. 3). |
| Rozporządzenie nr 2659/2000 | Rozporządzenie Komisji nr 2659/2000 z dnia 29.11.2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień badawczo- |

rozwojowych (Dz. U. L 304 z 05.12.2000 r., str. 7).

- Rozporządzenie RM z 13 sierpnia 2002 r. w sprawie porozumień wertykalnych** Rozporządzenie RM z dnia 13.08.2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. 2002 nr 142 poz. 1189 ze zm.)
- Rozporządzenie RM z 19 listopada 2007 r. w sprawie porozumień wertykalnych** Rozporządzenie RM z dnia 19.11.2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. 2007 nr 230 poz. 1691).
- Rozporządzenie RM z 13 sierpnia 2002 r. w sprawie porozumień kooperacyjnych** Rozporządzenie RM z dnia 13.08.2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i porozumień badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. nr 142 poz. 1188 str. 9160).
- Rozporządzenie RM z 19 listopada 2007 r. w sprawie porozumień kooperacyjnych** Rozporządzenia RM z dnia 19.11.2007 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. nr 230 poz. 1691 i 1692 str. 16620).

Wykaz skrótów:

| | |
|---------------------|---|
| UE | Unia Europejska |
| Trybunał | Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej |
| Sąd lub SPI | Sąd Pierwszej Instancji |
| Komisja | Komisja Europejska |
| SN | Sąd Najwyższy |
| RM | Rada Ministrów |
| Prezes UOKiK | Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów |
| UA | Urząd Antymonopolowy |
| AJL | Antitrust Law Journal |
| CMLR | Common Market Law Review |
| EPS | Europejski Przegląd Sądowy |
| IKAiR | Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny |
| KPPryw | Kwartalnik Prawa Prywatnego |
| KPPubl | Kwartalnik Prawa Publicznego |
| MoP | Monitor Prawniczy |
| PiP | Państwo i Prawo |
| PPH | Przegląd Prawa Handlowego |
| PrSpólek | Prawo Spólek |
| PS | Przegląd Sądowy |
| PUE | Prawo Unii Europejskiej |
| PUG | Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego |
| RPEiS | Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny |
| YARS | Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies |

WSTĘP

Gospodarcze znaczenie tematu

Zakaz konkurencji stanowi jedno z najczęściej stosowanych przez przedsiębiorców ograniczeń konkurencji. Znajduje ono zastosowanie w wielu sferach prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.

Omawiana instytucja nie ma charakteru jednolitego; zakaz konkurencji może bowiem występować w dwóch formach. Pierwsza z nich polega na zakazie podejmowania przez przedsiębiorcę działalności konkurencyjnej w stosunku do działalności prowadzonej przez kontrahenta, natomiast druga na zakazie wchodzenia przez przedsiębiorcę w określone przez strony relacje handlowe z konkurentami kontrahenta.

Klauzule tego typu stosowane są przez przedsiębiorców zarówno w zakresie ich współpracy, mającej charakter ciągły, polegającej między innymi na dystrybucji produktów, jak również współpracy ograniczonej w czasie, na przykład w zakresie wspólnych projektów badawczych oraz transakcji zmierzających do zmiany struktury przedsiębiorców, tj. transakcji koncentracyjnych¹. Tym samym warunki dopuszczalności zastosowania zakazu konkurencji muszą być rozpatrywane odrębnie dla wszystkich obszarów prawa antymonopolowego, tj. przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach, nadużyciu pozycji dominującej oraz kontroli koncentracji.

Złożony charakter instytucji zakazu konkurencji oraz możliwość jego zastosowania w różnych okolicznościach faktycznych w istotny sposób wpływa na ocenę badanej instytucji z punktu widzenia prawa antymonopolowego. Jej wynik zależy bowiem od ustaleń przedsiębiorców w formy i szczególnych cech konkretnej klauzuli umownej, jak również od okoliczności towarzyszących ich współpracy lub planowanej transakcji. Okoliczności zastosowania zakazu konkurencji będą miały wpływ na to, czy ocena organu antymonopolowego nastąpi *ex ante* (w przypadku planowanej koncentracji), czy też *ex post* (w przypadku praktyk antykonkurencyjnych). Rozgraniczenie to nie zawsze jest proste; w poszczególnych sytuacjach może bowiem dochodzić do zbiegu przepisów.

¹ Zakaz konkurencji stosowany jest również w stosunkach pomiędzy pracodawcą a pracownikiem. Z uwagi jednak na zakres niniejszej pracy, zakaz konkurencji na gruncie prawa pracy nie zostanie w niej omówiony.

Przedmiot badań, cel (hipoteza badawcza) i struktura badań

Przedmiot niniejszej pracy stanowiło zastosowania reguł prawa antymonopolowego do oceny zakazu konkurencji. Dokonana została również ocena podejścia organów antymonopolowych (Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Komisji Europejskiej), a także sądów krajowych i unijnych do oceny antymonopolowej zakazu konkurencji.

Celem niniejszej rozprawy jest weryfikacja następującej tezy: **obowiązujące reguły polskiego i unijnego prawa antymonopolowego, wypracowane w ustawodawstwie i orzecznictwie, pozwalają na efektywną ocenę antymonopolową zakazu konkurencji.**

Poprzez efektywną ocenę antymonopolową autor rozumie stan, w którym zachowana jest równowaga pomiędzy zapewnieniem przedsiębiorcom odpowiedniej pewności prawnej co do przewidywanej oceny danego stanu faktycznego przez organy antymonopolowe i sądy a możliwością efektywnej identyfikacji przez organy antymonopolowe i sądy sytuacji, w których skutki antykonkurencyjne przeważają nad pozytywnymi skutkami rynkowymi.

Dla weryfikacji powyższej tezy niezbędna jest analiza następujących hipotez badawczych:

- a) Zakaz konkurencji stanowi ograniczenie konkurencji o złożonym charakterze, którego ocena nie jest możliwa bez uwzględnienia jego formy i cech, a także kontekstu gospodarczego, w którym zostało zastosowane,
- b) Porozumień przedsiębiorców i praktyk jednostronnych, przewidujących zakaz konkurencji, nie można jednoznacznie zakwalifikować jako porozumień zakazanych ze względu na cel,
- c) Obowiązujące regulacje unijnego i polskiego prawa antymonopolowego, a także orzecznictwo sądów krajowych i unijnych dostarczają przedsiębiorcom wystarczających wskazówek co do oceny klauzul zakazu konkurencji,
- d) Obowiązujące regulacje unijnego i polskiego prawa antymonopolowego, a także orzecznictwo sądów krajowych i unijnych pozwalają na efektywne zidentyfikowanie zakazów konkurencji, których skutki antykonkurencyjne przeważają nad powodowanymi korzyściami w zakresie efektywności,
- e) Regulacje w zakresie zakazu konkurencji w polskim prawie antymonopolowym nie przewidują wszystkich rozwiązań wypracowanych w tym zakresie na gruncie prawa i orzecznictwa unijnego.

Metoda

W niniejszej pracy wykorzystano dwie podstawowe metody badawcze. Po pierwsze – jest to metoda dogmatyczna, polegająca na ustaleniu i interpretacji norm obowiązującego prawa poprzez językowo-logiczną analizę przepisów i orzecznictwa. W ten sposób dokonana została analiza przepisów znajdujących zastosowanie w zakresie oceny zakazu konkurencji jako instytucji prawa antymonopolowego. Po drugie – jest to metoda prawoporównawcza (komparatystyczna), którą posłużono się w celu zbadania wpływu prawa unijnego na prawo polskie oraz korelację obu porządków prawnych. Wspierająco zastosowano metodę historyczną dla ukazania ewolucji przepisów dotyczących instytucji zakazu konkurencji.

Struktura pracy wynika bezpośrednio z faktu wyodrębnienia poszczególnych obszarów prawa antymonopolowego, na gruncie których przedsiębiorcy stosują zakaz konkurencji.

W pierwszym rozdziale pracy przedstawiono podstawowe pojęcia niezbędne dla pełnego zrozumienia instytucji zakazu konkurencji. W rozdziale tym omówiono również podstawowe źródła polskiego i unijnego prawa antymonopolowego, mające znaczenie z punktu widzenia przedmiotu pracy, a także przedstawiono podstawowe cele prawa antymonopolowego.

W rozdziale drugim dokonano analizy rozwoju, zastosowania i oceny zakazu konkurencji jako elementu porozumień wertykalnych. Istotną część tego rozdziału stanowi analiza zastosowania ograniczenia konkurencji w postaci zakazu konkurencji w najczęściej spotykanych modelach dystrybucji oraz w połączeniu z innymi ograniczeniami konkurencji.

W rozdziale trzecim omówiona została instytucja zakazu konkurencji w ramach zawieranych przez przedsiębiorców porozumień horyzontalnych. W szczególności zaś przedstawiono problematykę stosowania i oceny klauzul zakazu konkurencji w porozumieniach specjalizacyjnych oraz badawczo-rozwojowych, jako stanowiących szczególne kategorie porozumień horyzontalnych podlegających wyłączeniom grupowym zarówno w prawie unijnym, jak i polskim.

Przedmiotem rozdziału czwartego jest analiza stosowania i oceny antymonopolowej zakazu konkurencji przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą na danym rynku właściwym. W szczególności istotną część tego rozdziału stanowi przeprowadzenie analizy orzecznictwa w zakresie szczególnej formy zakazu konkurencji jakim są rabaty lojalnościowe.

W rozdziale piątym przeprowadzono analizę stosowania klauzul zakazu konkurencji w przeprowadzanych przez przedsiębiorców transakcjach koncentracyjnych.

W ostatniej części pracy dokonano podsumowania przeprowadzonych badań.

ROZDZIAŁ I – ZAGADNIENIA WSTĘPNE

1. Podstawowe pojęcia

Prawo antymonopolowe, stanowiące gałąź prawa publicznego, pozostaje w ścisłym związku z nauką ekonomii. Wyrazem tej zależności jest między innymi posługiwanie się przez ustawodawstwo, orzecznictwo i doktrynę prawa antymonopolowego pojęciami wypracowanymi na gruncie nauki ekonomii. Jakość stosowania przepisów w dużej mierze zależy więc od wykładni prawnej tych pojęć, w tym fundamentalnego dla prawa antymonopolowego pojęcia konkurencji². W takich przypadkach wykładnia w procesie stosowania prawa powinna uwzględniać rozumienie tych pojęć na gruncie ekonomii. Jest to o tyle istotne, że czasami wykładnia danego pojęcia ważyć będzie na wyniku oceny antymonopolowej danego zachowania rynkowego przedsiębiorców. Istnieją również pojęcia, które zostały zdefiniowane przez ustawodawcę w procesie tworzenia prawa i przybrały formę definicji legalnych. Jako przykład można wskazać ekonomiczne pojęcie rynku i zdefiniowane przez ustawodawcę pojęcie rynku właściwego.

1.1. Konkurencja

Kluczowe dla wszelkich rozważań dotyczących prawa antymonopolowego jest zrozumienie czym jest sama konkurencja, stanowiąca dobro, które ma być chronione przez te regulacje. Pojęcie konkurencji nie zostało jednak zdefiniowane w aktach prawa antymonopolowego, zarówno unijnego, jak i polskiego³; nie doczekało się ono również uniwersalnej definicji w nauce ekonomii⁴.

Konkurencja jest nieodłącznym, immanentnym elementem gospodarki wolnorynkowej; stanowi bowiem mechanizm regulacji zasobów. W procesie konkutowania przedsiębiorcy podejmują działania mające na celu przyciągnięcie do siebie nabywców ich towarów i usług. Tym samym konkurencja prowadzi do selekcji przedsiębiorców, zabiegających o popyt odbiorców. Dla istnienia konkurencji konieczne jest spełnienie określonych warunków. Są to: ograniczoność zasobów w stosunku do potrzeb⁵; substytucyjność produktów w zaspokajaniu potrzeb nabywców⁶ oraz samodzielność przedsiębiorców dążących do maksymalizacji

² M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, str. 163.

³ C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, str. 143-144.

⁴ H. Landreth, D.C. Colander, *Historia myśli ekonomicznej*, Warszawa 2005, str. 454.

⁵ W. Wrzosek, *Funkcjonowanie rynku*, Warszawa 2002, str. 253.

⁶ R. Niestrój, *Zarządzanie marketingiem. Aspekty strategiczne*, Warszawa-Kraków 1998, str. 58.

korzyści ekonomicznych wynikających z ich uczestnictwa w rynku⁷. Zawraca się uwagę na szereg funkcji konkurencji w gospodarce. Chodzi o funkcje: sterowania (sterowanie podziałem i przepływem towarów zgodnie z preferencjami nabywców), dostosowawczą (zapewnienie dostosowania produktów i zdolności wytwórczych do zmieniającej się struktury popytu i techniki produkcji), alokacyjną (wspieranie optymalizacji alokacji zasobów), regulacyjną (podział dochodów według kryterium wydajności) oraz innowacyjną (wspieranie innowacji i postępu techniczno-organizacyjnego)⁸.

Na przestrzeni lat w ekonomii wypracowano bardzo wiele ujęć zjawiska konkurencji, które determinowały sposób jej rozumienia, a tym samym wpływały również na prowadzoną przez państwa politykę konkurencji⁹. Warto zatem przybliżyć główne ujęcia konkurencji wyróżnione na gruncie nauki ekonomii. Pierwszym z nich jest model konkurencji doskonałej, cechującej się tym, że żaden przedsiębiorca z osobna nie ma realnego wpływu na cenę, którą wyznacza rynek¹⁰. Przedstawiciele nurtu ekonomii klasycznej, którzy stworzyli podstawy tego modelu, postrzegali konkurencję jako pewną siłę rynkową o określonych konsekwencjach dla przedsiębiorców przez sposób ustalania ceny naturalnej¹¹. Kontynuatorzy nurtu ekonomii klasycznej – przedstawiciele ekonomii neoklasycznej, traktowali natomiast konkurencję nie jako proces rywalizacji, lecz jako pewien stan (strukturę) rynku zróżnicowany w zależności od liczby uczestników walki konkurencyjnej¹². W myśl nurtu klasyczno-neoklasycznego wielość przedsiębiorców tworzy konkurencję, zaś jeden przedsiębiorca oznacza jej brak¹³. Model konkurencji doskonałej opiera się na założeniu konkurencji niczym niezakłóconej oraz

⁷ C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, str. 144; W. Szymczak, N. Szadkowski, *Rola ekonomii w prawie konkurencji – teoria i praktyka polskiego organu antymonopolowego* [w:] A. Fornalczyk, T. Skoczny (red.) *Ekonomia ochrony konkurencji. Ograniczenia wertykalne*, Warszawa 2016, str. 153.

⁸ W. Wrzosek, *Funkcjonowanie rynku*, Warszawa 2002, str. 23. W praktyce konkurencja wypełnia te funkcje w różnym zakresie stosownie do stopnia intensywności konkurencji (W. Wrzosek, *Funkcjonowanie rynku*, Warszawa 2002, str. 254). Patrz również: A. Brzezińska-Rawa, *Wprowadzenie do prawa antymonopolowego*, Toruń 2009, str. 12.

⁹ C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, str. 145.

¹⁰ P.A. Samuelson, W.D. Nordhaus, *Ekonomia, t. 1*, Warszawa 2002, str. 231. Szkoła ekonomii klasycznej stworzyła teoretyczne podstawy mechanizmu rynkowej alokacji środków pomiędzy różne dziedziny gospodarki, zwane „prawem niewidzialnej ręki rynku”. W myśl tej koncepcji gwarancją efektywności gospodarki powinna być nieskrępowana realizacja wolności gospodarczej (szerzej: W. Stankiewicz, *Historia myśli ekonomicznej*, Warszawa 2007, str. 127-129). Pomimo późniejszego kształtowania się różnych odłamów ekonomii klasycznej i neoklasycznej, pojmowanie wolnego rynku i nieskrępowanej konkurencji jako regulatora procesów gospodarczych pozostało paradygmatem tego nurtu ekonomii (C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, str. 147).

¹¹ G. Maniak, *Konkurencja i konkurencyjność w badaniach współczesnej ekonomii* [w:] D. Kopycińska (red.) *Teoretyczne aspekty gospodarowania*, Szczecin 2005, str. 151. Wypracowana przez A. Smitha koncepcja „ceny naturalnej” oznaczała cenę pokrywającą koszty i minimalny zysk. Cena ta miałaby się kształtować na rynku w długim okresie pod wpływem rywalizacji przedsiębiorców maksymalizujących własne korzyści.

¹² Szerzej: E. Kośmicki, *Teoria konkurencji ekonomicznej. Próba oceny stanu badań i koncepcji*, RPEiS, 1/1988, str. 156-157.

¹³ C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, str. 151.

że nie ma rynku bez konkurencji. Ta zaś rozwiąże każdy problem, który pojawi się na rynku¹⁴. Podejście oparte na uznaniu konkurencji za siłę niezbędną do prawidłowego funkcjonowania rynku, a także dwubiegunowe podejście do konkurencji (konkurencja doskonała – monopol), zostało w późniejszym okresie zakwestionowane. Zwrócono uwagę przede wszystkim na niedoskonałości rynku takie jak jego koncentracja oraz bariery wejścia¹⁵. W przeciwieństwie do symetrycznej konkurencji doskonałej, model konkurencji niedoskonałej cechuje się asymetrią udziału przedsiębiorców w rynku wynikającą z posiadania i nadużywania przez przedsiębiorców władzy rynkowej oraz istnienia barier wejścia na rynek¹⁶. Nowe podejście oparto na założeniu, że popytem nie rządzi jedynie cena, a inne czynniki (takie jak różnice dochodów i lokalizacja nabywców) sprawiają, że konkurencja wcale nie prowadzi do efektywnej polityki cenowej¹⁷. Tym samym punktem wyjścia do analizy i opisu konkurencji nie powinien być rynek jako całość, ale poszczególni uczestnicy rynku.

Brak jednego podejścia do konkurencji (ujęcia konkurencji) powoduje konieczność postrzegania tego pojęcia jako kategorii zbiorczej obejmującej warunki funkcjonowania rynku, sam mechanizm konkurencji, jak również ich skutki dla gospodarki, przedsiębiorców oraz konsumentów¹⁸.

1.2. Formy rynku

Analizując strukturę danego rynku przy przyjęciu za kryterium stopień (skalę) jego opanowania przez przedsiębiorców, można wyróżnić trzy formy gospodarki: monopol pełny, duopol i oligopol¹⁹.

Pojęcie monopolu wiąże się z pojęciem wyłączności, co na gruncie nauki ekonomii rozumieć należy jako formę rynku charakteryzującą się występowaniem tylko jednego podmiotu po stronie podaży, popytu (monopson) bądź po obu stronach (monopol bilateralny) czy też istnieniem jednego przedsiębiorcy, który osiągnął szczególnie wysoką pozycję na rynku oraz innych marginalnych przedsiębiorców, których działania rynkowe z uwagi na małe obroty, środki czy też inne czynniki nie są w stanie zagrozić pozycji monopolisty²⁰.

¹⁴ R. Bartkowiak, *Historia myśli ekonomicznej*, Warszawa 2008, str. 83 i n.

¹⁵ T. Przybyciński, *Konkurencja i ład rynkowy – przyczynek do teorii i polityki konkurencji*, Warszawa 2005, str. 115.

¹⁶ J. Robinson, *Imperfect competition revisited*, *Economic Journal*, wrzesień 1953, t. LXIII, str. 579-593, [w:] E. Nabel, D. Sokołow, *Teoria konkurencji monopolistycznej. Wybór tekstów*, Warszawa 1963, str. 235 i n.; A. Zielińska-Głębocka [w:] Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*, Warszawa 2004, str. 29.

¹⁷ C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, str. 153-154.

¹⁸ E. Kośmicki, *Teoria konkurencji ekonomicznej. Próba oceny stanu badań i koncepcji*, RPEiS, 1/1988, str. 155.

¹⁹ A. Powalowski, S. Koroluk, L. Mering, *Prawo ochrony konkurencji*, Warszawa 2004, str. 34,35.

²⁰ T. Zalega, *Mikroekonomia współczesna*, Warszawa 2011, str. 336.

Oprócz ww. cech wyłączności monopol charakteryzuje: niezależność decyzji monopolisty (w zakresie cen towarów lub usług) od wpływu jego konkurentów, kontrahentów, a także konsumentów.

W warunkach monopolu brakuje substytutów dla dóbr oferowanych przez monopolistę. Często powiązane jest to również z brakiem możliwości swobodnego wejścia na rynek innych przedsiębiorców, co oznacza, że dobra monopolisty są jedyne w swoim rodzaju, nie posiadają bliskich substytutów, a zatem ich odbiorcy nie mają możliwości odejścia do innego przedsiębiorcy. Brak możliwości rozpoczęcia działalności na rynku przez nowych przedsiębiorców spowodowany jest istnieniem ww. barier wejścia. Mogą mieć one różne źródło. Wyróżnia się: bariery prawne (wynikające np. z prawa monopolisty do kluczowych patentów), ekonomiczne (np. konieczność poniesienia wysokiego wkładu początkowego, jakim nie dysponują przedsiębiorcy chcący wejść na dany rynek) lub administracyjne (będące wynikiem regulacji prawnych lub decyzji właściwych organów administracyjnych)²¹. Należy przy tym zwrócić uwagę, że celem polityki konkurencji powinno być zapewnienie swobodnego dostępu do rynku, powstawanie zaś barier w tym dostępie stanowi ograniczenie konkurencji²². Rynek monopolistyczny charakteryzuje również pełna informacja monopolisty o rynku, na którym funkcjonuje, tj. informacji w zakresie rozpoznania popytu lub kształcie krzywej elastyczności popytu.

Strukturę pośrednią pomiędzy polipolem, tj. formą gospodarki, przy której na rynku występuje wielu konkurentów, a monopolem stanowi oligopol²³. Taka sytuacja rynkowa charakteryzuje się istnieniem ograniczonej, lecz większej niż w przypadku monopolu, liczby przedsiębiorców posiadających znaczny udział w danym rynku. Dobra oferowane przez przedsiębiorców działających w warunkach oligopolu są bliskimi substytutami lub są wręcz jednorodne. Bariery wejścia odgrywają podobne znaczenie jak w przypadku monopolistycznej struktury rynku, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku oligopolu charakteryzują się mniejszą skutecznością. Bariery wejścia stanowią często rezultat działania samych przedsiębiorców, broniących rynku przed nowymi graczami²⁴. Podobnie jak monopolisci, przedsiębiorcy działający na rynku oligopolistycznym mają możliwość podnoszenia cen lub podejmowania innych działań konkurencyjnych; muszą oni jednak brać pod uwagę nie tylko własną sytuację rynkową, ale także możliwą reakcję na to zachowanie

²¹ Takie nierynkowe źródło miały np. monopole w ramach gospodarki socjalistycznej (tak zwany planimonopol).

²² W. Szpringer, *Łączenie przedsiębiorstw a regulacja antymonopolowa*, Warszawa 1993, str. 11.

²³ Szerzej: J. Szczordowski, *Kontrola rynków oligopolistycznych w prawie konkurencji*, Warszawa 2015, str. 36 i n.

²⁴ Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, str. 110.

swoich konkurentów, co powoduje powstawanie układów zależności pomiędzy przedsiębiorcami²⁵. Sytuacja ta może prowadzić do podjęcia walki konkurencyjnej mogącej skutkować polepszeniem jakości towarów przy jednoczesnym utrzymaniu ceny na poziomie akceptowalnym przez nabywców²⁶. Udziały rynkowe przedsiębiorców na rynku oligopolistycznym powodują sytuację, w której działanie każdego z przedsiębiorców wywołuje podobne reakcje pozostałych graczy. Oligopolistyczna struktura rynkowa stanowi tym samym naturalne środowisko dla powstawania porozumień kartelowych albo kolektywnej dominacji²⁷.

Oligopole dzielą się na szerokie, charakteryzujące się stosunkowo dużą liczbą konkurentów, oraz wąskie, polegające na konkurowaniu ze sobą niedużej liczby przedsiębiorców. Szczególnym typem oligopolu wąskiego jest duopol, polegający na konkurowaniu na danym rynku dwóch przedsiębiorców. W warunkach tej struktury rynku działanie każdego z dwóch przedsiębiorców, jeszcze bardziej niż w przypadku oligopolu, uzależnione jest od przewidywanej reakcji konkurenta; jest on bowiem całkowicie zależny od polityki rynkowej i cenowej drugiego przedsiębiorcy²⁸. Z uwagi na powyższą zależność, walka konkurencyjna w warunkach duopolu (podobnie jak w przypadku innych oligopoli wąskich) skupia się na aspektach pozacenowych. Z tego też względu dużą rolę w rywalizacji rynkowej odgrywa reklama oraz inne środki wspierania sprzedaży.

1.3. Rynek właściwy

Jednym z najważniejszych pojęć, jakimi posługuje się prawo antymonopolowe, jest pojęcie rynku właściwego, nazywanego również rynkiem relewantnym. Pojęcia tego nie należy utożsamiać z rynkiem w znaczeniu ekonomicznym, rozumianym jako ogół stosunków zachodzących między podmiotami uczestniczącymi w procesach wymiany handlowej czy też płaszczyzny zetknięcia się popytu i podaży²⁹. Na potrzeby prawa antymonopolowego znaczenie ma wyłącznie rynek relewantny, oznaczający płaszczyznę współzawodnictwa konkurentów w prowadzonej przez nich działalności gospodarczej³⁰. Współzawodnictwo to odbywa się w zakresie określonego towaru na określonym terytorium geograficznym (w określonych

²⁵ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1996, str. 12.

²⁶ C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 180.

²⁷ Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, str. 107.

²⁸ Wyrok SAM z 06.04.1994 r., XVII Amr 52/93, Wokanda nr 9/1994, str. 67.

²⁹ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1996, str. 73.

³⁰ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1996, str. 73.

przypadkach istotny jest również przedział czasowy, a także poziom obrotu)³¹. Wyznaczenie rynku właściwego ma wyjątkowo doniosłe znaczenie dla oceny antymonopolowej danej praktyki podejmowanej przez przedsiębiorców. Z uwagi na fakt, że interwencja antymonopolowa i ocena działania przedsiębiorców możliwa jest jedynie w odniesieniu do określonego rynku relewantnego³², to właśnie w odniesieniu do, ustalonego przez organ antymonopolowy, rynku właściwego liczona jest siła rynkowa przedsiębiorcy³³.

Omawiane pojęcie zostało zdefiniowane zarówno w polskiej ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³⁴, jak i w prawie unijnym, w Obwieszczeniu Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji³⁵. Definicja legalna rynku właściwego została zawarta w art. 4 pkt. 9 ustawy antymonopolowej. Zgodnie z ww. przepisem jest to rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Z powyższego jasno wynika, iż wyznaczenia rynku właściwego dokonywać należy na dwóch płaszczyznach (w dwóch aspektach) konkurowania ze sobą przedsiębiorców, tj. w odniesieniu do rynku produktów (rynku właściwego asortymentowo) oraz obszaru terytorialnego, na którym konkurują (rynku właściwego geograficznie)³⁶.

Rynek właściwy asortymentowo składa się ze wszystkich produktów lub usług, które uważane są za zamienne lub za substytuty przez nabywcę³⁷. Przy definiowaniu rynku produktowego decydujące znaczenie ma więc sposób postrzegania oferowanych produktów przez ich nabywców. Czynnikiem, którymi kierować się będzie nabywca przy podejmowaniu decyzji o możliwości zastąpienia jednych produktów innymi, są przeznaczenie produktu, jego cena, a także właściwości, w tym w szczególności jakość. Rynek właściwy asortymentowo

³¹ Wyrok SOKiK z 18.12.2002 r., XVII Ama 19/01, niepubl.

³² Wyrok SAM z 3.08.1994 r., XVII Amr 15/94, Wokanda nr 5/1995.

³³ M. Sendrowicz, S. Gronowski, *Wyznaczenie rynku właściwego w sprawie antymonopolowej w świetle orzecznictwa*, PS, nr 7-8/1997, str. 57; E. Kulińska, „Rynek relewantny” w postępowaniu antymonopolowym w orzecznictwie europejskim, *Glosa*, 5/2004, str. 17.

³⁴ Ustawa z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 nr 50 poz. 331) (dalej: „u.o.k.i.k.” lub „ustawa antymonopolowa”).

³⁵ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz. U. C 372 z 09.12.1997 r., str. 5) (dalej: „Obwieszczenie w sprawie definicji rynku właściwego”).

³⁶ Chodzi tutaj jednak o wyodrębnienie rynku w oparciu o definicję ustawową. Należy bowiem zwrócić również uwagę na nieznaną podstawy ustawowy czasowy aspekt rynku właściwego, o czym mowa dalej.

³⁷ Obwieszczenie w sprawie definicji rynku właściwego, pkt 7.

tworzony jest przez produkty charakteryzujące się bliską substytucyjnością³⁸. Zarówno polski, jak i unijny organ antymonopolowy, do mierzenia kryterium substytucyjności popytu wykorzystują ekonomiczną koncepcję krzyżowej elastyczności cenowej popytu³⁹. Koncepcja ta opiera się na założeniu, że jeżeli w przypadku nieznacznej zmiany ceny danego produktu, w sposób znaczny zmieni się popyt na inny produkt, to produkty te należy ocenić jako bliskie substytuty. Istotna w tym kontekście jest również możliwość wejścia na dany rynek przedsiębiorców, którzy dotychczas nie prowadzili na nim działalności (substytucyjność podaży). Potencjalni konkurenci powinni zostać wzięci pod uwagę przy definiowaniu rynku właściwego asortymentowo, jeżeli są w stanie przestawić swoją produkcję na odpowiednie produkty oraz obrót nimi w krótkim okresie czasu bez występujących dodatkowych znacznych kosztów lub zagrożeń, w odpowiedzi na małe, ale stałe zmiany w cenach względnych⁴⁰. Zagadnienie to powinno jednak mieć znaczenie wyłącznie posiłkowe i stosowane być w sytuacjach wyjątkowych, obok analizy substytucyjności popytu.

Zgodnie z przytoczoną powyżej definicją legalną, rynek właściwy geograficznie stanowi rynek towarów, które oferowane są na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu panują zbliżone warunki konkurencji. Podobną definicję przyjmuje prawo unijne, na gruncie którego właściwy rynek geograficzny *obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa uczestniczą w podaży i popycie na produkty lub usługi, na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne oraz który może zostać odróżniony od sąsiadujących obszarów za względu na to, że warunki konkurencji na tym obszarze znacznie się różnią*⁴¹. Na decyzję, że na danym obszarze panują zbliżone warunki konkurencji, wpływ mogą mieć następujące czynniki: rodzaj i właściwości towarów, bariery dostępu, preferencje konsumentów, różnice cenowe i koszty transportu⁴². Należy zaznaczyć, iż do podjęcia decyzji o przynależności badanych obszarów do jednego rynku właściwego geograficznie nie jest konieczne wykazanie jednolitości panujących na nich warunków konkurencji; wystarczy fakt, że badanie ww. miar doprowadzi do konkluzji, iż są one przynajmniej zbliżone⁴³. Kluczową kwestię stanowi okoliczność, czy nabywcy towarów oferowanych przez danego

³⁸ Wyrok SAM z 26.10.1994 r., XVII Amr 24/94, Wokanda nr 8/1995.

³⁹ Narzędzia tego nie należy mylić z prostą elastycznością cenową popytu, służącą do określenia zależności pomiędzy zmianą ceny a kształtowaniem się popytu nabywców na ten sam produkt.

⁴⁰ Obwieszczenie w sprawie definicji rynku właściwego, pkt 21.

⁴¹ Tamże, pkt 8.

⁴² Jak wskazuje T. Skoczny, nie jest to lista zamknięta, ekonomia dostarcza bowiem również innych narzędzi tego rodzaju (T. Skoczny, [w:] T. Skoczny (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, str. 165).

⁴³ Wyrok SN z 14.09.2006 r., III SK 13/06, OSNP 2007/17-18/265.

przedsiębiorcę są w stanie zacząć się zaopatrywać w te towary u innego przedsiębiorcy prowadzącego działalność na innym obszarze. Zmiana ta musi móc nastąpić w stosunkowo krótkim czasie bez ponoszenia przez nabywców znacznych dodatkowych kosztów⁴⁴.

Obok powyższych dwóch podstawowych aspektów rynku właściwego, wskazuje się również na istnienie rynku właściwego czasowo⁴⁵. Ten aspekt odnosi się do rynków o wysokiej zmienności warunków konkurencji w czasie oraz uwzględnienia konieczności podejmowania decyzji gospodarczych w oparciu o określone granice czasowe⁴⁶. Choć ten wymiar rynku nie został ujęty w definicji rynku właściwego znajdującej się w polskiej ustawie antymonopolowej, to na jego istnienie wskazuje ustawodawca unijny⁴⁷. Zagadnienie rynku właściwego czasowo stanowiło również przedmiot analiz zarówno doktryny, jak i organów antymonopolowych⁴⁸ oraz orzecznictwa⁴⁹.

2. Źródła polskiego i unijnego prawa antymonopolowego oraz relacja pomiędzy polskim i unijnymi porządkami prawnymi

Podstawę unijnego prawa konkurencji stanowią przepisy Traktatu o Unii Europejskiej⁵⁰ oraz Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁵¹. Zgodnie z art. 3 ust. 3 TUE, Unia ustanawia rynek wewnętrzny, którego jedną z podstaw jest społeczna gospodarka rynkowa o wysokiej konkurencyjności zmierzająca do pełnego zatrudnienia i postępu społecznego. Z kolei przepis art. 3 ust. 1 pkt b TfUE stanowi, że Unia posiada wyłączne kompetencje w zakresie ustanawiania reguł niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego. Reguły te, zgodnie z przepisem art. 42 TfUE, znajdują zastosowanie w odniesieniu do produkcji rolnej i handlu produktami rolnymi z uwzględnieniem celów Wspólnej Polityki Rolnej. Reguły konkurencji zawarte zostały w art. 101-109 TfUE, z tym że przepisy od art. 101-106 TfUE stanowią reguły mające zastosowanie do przedsiębiorstw, natomiast art. 107-109 TfUE dotyczą pomocy przyznawanej przez państwa członkowskie. Kluczowe znaczenie dla unijnego prawa antymonopolowego mają przepisy art. 101 i art. 102 TfUE, regulujące

⁴⁴ K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, str. 191.

⁴⁵ W. J. Piwowarczyk, *Elementy analizy dynamicznej skutków koncentracji na rynku właściwym*, IKAiR, nr 5(4)/2015, str. 13.

⁴⁶ C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 124-125; A. Piszcz, *Czynnik czasu w prawie antymonopolowym*, Białostockie Studia Prawnicze nr 7/2010, str. 86.

⁴⁷ Obwieszczenie w sprawie definicji rynku właściwego, pkt 12.

⁴⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 29.08.2008 r., nr RWA-27/2008.

⁴⁹ Wyrok Trybunału z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands*; Wyrok SAM z 07.04.1999 r., XVII Ama 89/98, niepubl.

⁵⁰ Traktat o Unii Europejskiej (Dz. Urz. C 326 z 26.10.2016 r., s. 13) (dalej: „TUE”)

⁵¹ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. C 326 z 26.10.2012 r., str. 47) (dalej: „TfUE”)

odpowiednio zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień i zakaz nadużywania pozycji dominującej. Istotną rolę odgrywają również rozporządzenia w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TfUE zwane również wyłączeniami grupowymi. Regulacje te określają warunki wyłączenia spod zakazu z art. 101 ust. 1 TfUE określonych kategorii porozumień. Dla celów niniejszego opracowania kluczowe znaczenie mają rozporządzenia dotyczące wyłączeń porozumień wertykalnych⁵², porozumień badawczo-rozwojowych⁵³ oraz porozumień specjalizacyjnych⁵⁴. Reguły stosowania art. 101 i art. 102 TfUE określone zostały w Rozporządzeniu Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r.⁵⁵, natomiast reguły znajdujące zastosowanie do koncentracji przedsiębiorstw określone zostały w Rozporządzeniu Rady (WE) nr 139/2004⁵⁶.

Reguły polskiego prawa antymonopolowego zawarte zostały w ustawie antymonopolowej, na podstawie której RM wydała szereg aktów wykonawczych, w tym również szereg rozporządzeń określających warunki wyłączenia spod zakazu określonych kategorii porozumień. Dla celów niniejszej pracy znaczenie mają przede wszystkim rozporządzenie określające warunki wyłączenia grupowego dla porozumień wertykalnych⁵⁷ oraz porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych⁵⁸.

Analizując relację pomiędzy regulacjami unijnymi i krajowymi regulacjami antymonopolowymi, należy przede wszystkim zaznaczyć, iż zgodnie z zasadą nadrzędności prawa unijnego nad prawem krajowym (tzw. zasadą pierwszeństwa⁵⁹), nakładającą na Państwa Członkowskie obowiązek wykonywania zobowiązań wynikających z traktatów, ustawodawstwo krajowe, w tym krajowe reguły prawa antymonopolowego, muszą

⁵² Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 24.04.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. L 102 z 23.04.2010, str. 1) (dalej: „rozporządzenie nr 330/2010”).

⁵³ Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1217/2010 z dnia 14.12.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień badawczo-rozwojowych (Dz. Urz. L 335 z 18.12.2010 r., str. 36) (dalej: „rozporządzenie nr 1217/2010”).

⁵⁴ Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1218/2010 z dnia 14.12.2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych (Dz. Urz. L 335, str. 43) (dalej: „rozporządzenie nr 1218/2010”).

⁵⁵ Rozporządzenie Rady nr 1/2003/WE z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 TWE (Dz. Urz. L 001 z 04.01.2003 r., s. 1) (dalej: „rozporządzenie nr 1/2003”).

⁵⁶ Rozporządzenie Rady nr 139/2004/WE z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. L 024 z 29.01.2004 r., s. 1) (dalej: „rozporządzenie nr 139/2004”).

⁵⁷ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30.03.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2011 r. Nr 81, poz. 441) (dalej: „rozporządzenie RM z 30 marca 2011 r.”).

⁵⁸ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13.12.2011 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. z 2011 Nr 288, poz. 1691) (dalej: „rozporządzenie RM z 13 grudnia 2011 r.”).

⁵⁹ Zasada ta nie ma podstaw normatywnych w traktacie, wynika z orzecznictwa, Wyrok Trybunału z 15.07.1964 r. w sprawie C-6/64 *Costa vs. E.N.E.L.* Szerzej o zasadzie pierwszeństwa: D. Miąsik, *Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem krajowym*, EPS, 10/2005, str. 58 i n.

pozostawać w zgodności z prawem unijnym. Stosunek przepisów art. 101 i art. 102 TfUE do przepisów prawa krajowego (czyli tzw. reguły konwergencji), a także zasady stosowania ww. przepisów przez krajowe organy antymonopolowe i sądy określone zostały w art. 3 rozporządzenia 1/2003⁶⁰. Przepis art. 3 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia 1/2003 stanowi, że stosowanie krajowego prawa konkurencji nie może prowadzić do zakazu porozumień, decyzji i praktyk, które mogą wpłynąć na handel między Państwami Członkowskimi, jeżeli nie są one zakazane na podstawie wspólnotowego prawa konkurencji (tj. nie wchodzą w zakres zakazu art. 101 ust. 1 TfUE, wchodzą w zakres wyłączenia przewidzianego w art. 101 ust. 3 TfUE lub też podlegają wyłączeniu na podstawie jednego z rozporządzeń przewidujących wyłączenie grupowe). Przepis ten ma na celu zapewnienie jednakowych „reguł gry” dla przedsiębiorców prowadzących działalność na rynku wewnętrznym⁶¹. Państwa Członkowskie są jednocześnie uprawnione do przyjęcia bardziej rygorystycznych niż przewidziane w prawie unijnym, przepisów zakazujących jednostronnych praktyk antykonkurencyjnych (nadużywanie pozycji dominującej), jak również przepisów sankcjonujących takie praktyki (art. 3 ust. 2 zd 2 rozporządzenia 1/2003)⁶². Przepis ten ma zatem charakter semi-imperatywny; nie daje bowiem ustawodawcy krajowemu możliwości wprowadzenia przepisów bardziej liberalnych niż przepisy prawa unijnego, a jedynie możliwość zaostrożenia reżimu prawnego dotyczącego określonych praktyk antykonkurencyjnych.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że kluczowa dla analizy instytucji zakazu konkurowania na tle reguł konwergencji będzie weryfikacja, czy polski ustawodawca dostosował się do powyższego obowiązku.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003, organy antymonopolowe Państw Członkowskich, jak również sądy krajowe, stosują (mają obowiązek stosować) prawo wspólnotowe, tj. art. 101 i art. 102 TfUE w przypadku, gdy dane porozumienie, praktyka lub nadużycie może wpływać na handel między Państwami

⁶⁰ W poprzednim stanie prawnym, tj. pod rządami Rozporządzenia Rady EWG nr 17 – pierwsze rozporządzenie wprowadzające w życie art. 85 i 86 Traktatu (Dz. Urz. C 13 z 21.02.1962 r., str. 204) analogiczne rozwiązanie nie istniało.

⁶¹ K. Kohutek, *Stosunek między art. 81 i 82 Traktatu a krajowym prawem konkurencji (reguły konwergencji)*, PUG 4/2006, str. 16.

⁶² Należy przy tym zaznaczyć, że pojęcia „jednostronnych praktyk antykonkurencyjnych” nie należy utożsamiać z praktykami podejmowanymi przez podmioty posiadające pozycję dominującą. Choć pojęcia te będą najczęściej wchodzić w zakres obu kategorii, to jednak kategoria „jednostronnych praktyk antykonkurencyjnych” stanowi kategorię szerszą (K. Kohutek, *Stosunek między art. 81 i 82 Traktatu a krajowym prawem konkurencji (reguły konwergencji)*, PUG, 4/2006, str. 17). Jako przykład takiej regulacji można przywołać niemiecką ustawę antymonopolową, na podstawie której zakazane są niektóre praktyki jednostronne stosowane przez przedsiębiorców nieposiadających pozycji dominującej (przywołane za M. Krasnodębska-Tomkiel, *Konwergencja systemów ochrony konkurencji w Unii Europejskiej w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*, EPS lipiec 2015, str. 23).

Członkowskimi. Oznacza to, że przesłanka wpływu na handel warunkuje obowiązek zastosowanie przez organ lub sąd krajowy przepisów prawa unijnego⁶³.

Chociaż instytucja zakazu konkurowania nie została wprost ukonstytuowana w TUE ani w TfUE, należy stwierdzić, że jest ona objęta zarówno zakazem zawierania antykonkurencyjnych porozumień (art. 101 TfUE), jak również zakazem nadużywania pozycji dominującej (art. 102 TfUE). Również na gruncie polskiej ustawy antymonopolowej zakaz konkurowania nie został wymieniony jako zakazana praktyka. W przypadku prawa polskiego instytucja ta została jednak objęta zakresem zarówno art. 6 u.o.k.i.k. konstytuującym zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień, jak również zakresem art. 9 u.o.k.i.k. dotyczącym zakazu nadużywania pozycji dominującej oraz przepisów działu III u.o.k.i.k. dotyczących kontroli koncentracji.

3. Cele prawa antymonopolowego

Jednym z obszarów, w którym objawia się ścisły związek pomiędzy prawem antymonopolowym a nauką ekonomii, jest zagadnienie celów prawa antymonopolowego. Nie wystarczy bowiem stwierdzić, że celem prawa antymonopolowego jest ochrona konkurencji⁶⁴. Teza ta, jakkolwiek słuszna, nie daje pełnej odpowiedzi na pytanie, jakimi wartościami kierować powinien się organ antymonopolowy i sądy w procesie stosowania przepisów prawa antymonopolowego. W konsekwencji nie dostarcza to przedsiębiorcom wystarczającej możliwości przewidzenia, jak z punktu widzenia omawianych przepisów zostanie ocenione ich zachowanie rynkowe. Stosując bowiem te same przepisy w tym samym stanie faktycznym, organ antymonopolowy lub sąd mogą dokonać diametralnie różnej oceny antymonopolowej danej praktyki w zależności od tego, jak zdefiniują wartości, których ochronie służy stosowana regulacja. Zaznaczyć należy, że definiowanie celów prawa antymonopolowego nie jest i nie powinno być działaniem jednorazowym. Regulacje te stosowane są bowiem w określonym środowisku ekonomicznym, społecznym i politycznym.

⁶³ Szerzej o przesłance „wpływu na handel”: Commission Notice Guidelines on the effect of trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (Dz. Urz. C 101 z 27.04.2004 r., str. 18); K. Kowalik-Bańczyk, *Pojęcie wpływu na handel w decyzjach Prezesa UOKiK*, EPS, 5/2010, str. 34 i n., M. Minkiewicz, *Pojęcie wpływu na handel i reguła konwergencji w praktyce stosowania prawa UE przez polskie sądy i Prezesa UOKiK*, IKAiR nr 3(3)/2014, str. 8 i n.; D. Miąsik [w:] K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarz-Kuczer (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II (art. 20-222)*, Warszawa 2012, str. 198-199.

⁶⁴ Jako cele polskiej ustawy antymonopolowej wskazane zostały „ochrona i rozwój konkurencji” (art. 1 ust. 1 u.o.k.i.k.)

Mogą zatem podlegać zmianom wraz ze zmianami następującymi w ww. obszarach, a ich wybór nigdy nie będzie pozbawiony politycznego charakteru⁶⁵.

Główne zasługi w zakresie analizy celów ustawodawstwa antymonopolowego przypisać należy doktrynie i orzecznictwu amerykańskiemu⁶⁶. Tym samym omówienie wybranych celów prawa antymonopolowego poprzedzić należy przedstawieniem poglądów przedstawicieli dwóch głównych ośrodków, tj. szkoły harwardzkiej oraz szkoły chicagowskiej, których przedstawiciele mieli istotny wkład w dyskusję w tym zakresie.

Przedstawiciele szkoły harwardzkiej stali na stanowisku, że to struktura rynku determinuje zachowania przedsiębiorców; oni z kolei powodują określone rezultaty rynkowe. Podejście to, zwane strukturalnym, zakładało, że zmiana rezultatów rynkowych zależy od zmiany struktury rynku; ona bowiem wpływa na zachowanie przedsiębiorców⁶⁷. W myśl tej doktryny polityka antymonopolowa powinna zatem zakładać demonopolizację rynków oraz restrykcyjne podejście do kwestii koncentracji przedsiębiorców, a także innych form współpracy między nimi (porozumień poziomych i pionowych). Przedstawiciele szkoły harwardzkiej zakładali efektywny skutek istnienia na danym rynku dużej liczby małych przedsiębiorców; naturalnym więc celem ustawodawstwa powinna być ich ochrona. W rezultacie doktryna szkoły harwardzkiej zakłada istnienie wielu celów prawa antymonopolowego, w tym celów innych niż ekonomiczne (społeczne, polityczne)⁶⁸.

Przedstawiciele szkoły chicagowskiej, definiując cele prawa antymonopolowego, posługiwali się tzw. teorią cenową, zakładającą, że przedsiębiorcy, dążąc do maksymalizacji zysków, kierują się decyzjami ekonomicznymi⁶⁹. W tym celu podejmują oni działania zmierzające do optymalizacji alokacji zasobów, która w konsekwencji zwiększa poziom dobrobytu konsumentów (ang. *consumer welfare*)⁷⁰. Zakazane powinny być tym samym praktyki obniżające poziom efektywności alokacyjnej; prowadzą one bowiem w konsekwencji do obniżenia poziomu dobrobytu konsumentów⁷¹. Tym samym ingerencja organów antymonopolowych powinna mieć na celu ochronę konkurencji rozumianej jako

⁶⁵ D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawno-porównawcze*, Kraków 2004, str. 38, str. 42.

⁶⁶ Szerzej: R. D. Blair, D. Daniel Sokol, *Welfare Standard in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement*, Fordham Law Review, Vol. 82, No. 5, 2013.

⁶⁷ Szerzej: Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce*, [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.) *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, str. 15-19.

⁶⁸ Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, str. 70; Z. Jurczyk, *Cele ustawodawstwa antymonopolowego* [w:] *Wybrane zagadnienia polityki konkurencji*, Warszawa 2004, str. 6-8.

⁶⁹ Szerzej: Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce*, [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.) *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, str. 20-25.

⁷⁰ Zob.: A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law, text, cases, and materials*, Oksford 2008, str. 23.

⁷¹ D. Aziewicz, *Ocena siły rynkowej przedsiębiorcy w nadzorze nad horyzontalnymi koncentracjami przedsiębiorców*, Warszawa 2017, str. 81; M. Friedman, R. Friedman, *Free to Choose*, New York 1980, str. 246.

mechanizm promujący najbardziej efektywne procesy gospodarcze, zapewniający właściwą alokację dóbr i tym samym najlepiej służący interesom konsumentów⁷². Szkoła chicagowska zakłada więc istnienie tylko jednego celu prawa antymonopolowego w postaci zwiększenie efektywności, a w konsekwencji dobrobytu konsumentów.

Opisany powyżej sposób rozumienia ochrony konkurencji prezentowany przez przedstawicieli szkoły chicagowskiej zdominował współczesny sposób myślenia o celach polityki antymonopolowej. Przyjmuje się zatem, że prawo antymonopolowe ma za zadanie chronić konkurencję, ponieważ stanowi ona mechanizm mający podstawowe znaczenie dla optymalizacji działalności gospodarczej, czyli zwiększenia efektywności działań przedsiębiorców⁷³. Zwiększona efektywność prowadzi natomiast do lepszego zaspokajania potrzeb społecznych, tj. do zwiększenia dobrobytu konsumentów. Z kolei praktyki ograniczające konkurencję, prowadząc do zmniejszenia efektywności ekonomicznej, wpływają na dobrobyt konsumentów w sposób negatywny. W konsekwencji uznać należy, że to właśnie dobrobyt konsumentów stanowi główny cel prawa antymonopolowego⁷⁴.

Warto w tym miejscu przyjrzeć się bliżej kluczowemu dla doktryny szkoły chicagowskiej pojęciu efektywność. Z uwagi na brak jednego przyjętego znaczenia, konieczne staje się przybliżenie różnych jego aspektów tj. efektywności alokacyjnej, produkcyjnej i dynamicznej. Efektywność alokacyjna oznacza optymalne rozmieszczenie przez przedsiębiorcę zasobów, rezultatem czego przedsiębiorcy wytwarzają produkty pożądane przez konsumentów, za które ci skłonni są zapłacić odpowiednią cenę⁷⁵. Celem prawa antymonopolowego powinno być osiągnięcie sytuacji, w której zasoby rozmieszczone zostaną w taki sposób, że wartość satysfakcji społecznej, mierzonej przez przeciętną konsumentką skłonność do płacenia za produkty i usługi, jest maksymalna⁷⁶. Efektywność produkcyjna wiąże się natomiast z polepszeniem relacji pomiędzy nakładami poniesionymi przez przedsiębiorcę na produkcję danego towaru a przychodem uzyskanym z jego sprzedaży. Zadaniem polityki konkurencji jest m.in. dążenie do osiągnięcia jak najlepszych relacji pomiędzy tymi efektywnościami⁷⁷. Wpływ na dobrobyt konsumentów ma również efektywność dynamiczna oznaczająca taką strukturę rynku, w której działający na nim gracze

⁷² A. Stawicki, E. Stawicki, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016, str. 35.

⁷³ I. Wiszniewska, A. Kawecki, *Problem legislacji antymonopolowej w systemie zreformowanej gospodarki*, PUG, 12/1982, str. 259.

⁷⁴ A. Powałowski, *Prawo ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, str. 25; M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organami ochrony konkurencji*, Warszawa 2011, str. 21.

⁷⁵ R. Bork, *The Antitrust paradox: a policy at war with itself*, Nowy Jork 1978.

⁷⁶ Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, str. 79.

⁷⁷ D. Aziewicz, *Ocena siły rynkowej przedsiębiorcy w nadzorze nad horyzontalnymi koncentracjami przedsiębiorców*, Warszawa 2017, str. 82.

wykazują się innowacyjnością, wprowadzając do swojej oferty nowe produkty⁷⁸. Poszerzenie oferty przez przedsiębiorców pozwala z kolei sprostać oczekiwaniom i nowym potrzebom konsumentów⁷⁹.

Chociaż przedstawiciele szkoły chicagowskiej utożsamiają dobrobyt konsumentów z efektywnością alokacyjną, a nawet używają tych pojęć zamiennie, to jednak należy podkreślić, iż ultymatywnym celem prawa antymonopolowego jest właśnie dobrobyt konsumentów, a nie samo zwiększenie efektywności⁸⁰.

Istnieje również odmienny pogląd, zgodnie z którym za cel prawa antymonopolowego należy rozumieć sam proces konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami (zgodnie ze sloganem *nie ma konkurencji bez konkurentów*). Definiowanie celu prawa antymonopolowego jako wzmocnienia wolności gospodarczej, w tym wolności konkurowania, znajduje swoje podłoże w założeniach szkoły ordoliberalnej, nurtu prawa i ekonomii wykształconego w Niemczech w latach 30. i 40. XX w., którego przedstawiciele uważali, że przedsiębiorcy działający na rynku chronieni powinni być nie tylko przed ograniczeniami wolności gospodarczej ze strony państwa, ale także ze strony innych przedsiębiorców. Nurt ten jako cel prawa antymonopolowego przyjmował ochronę samego procesu konkurowania, określając korzyści płynące ze zwiększenia efektywności działań przedsiębiorców jako mające znaczenie drugorzędne lub całkowicie je pomijając. W konsekwencji przedstawiciele szkoły ordoliberalnej uznawali, że już samo istnienie na rynku przedsiębiorców dominujących stanowi poważne ograniczenie konkurencji, co z kolei pociągało za sobą wymaganie od nich

⁷⁸ A. Nowak-Far, *Prawo i ekonomia rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, str. 171. Szerzej o efektywności dynamicznej: D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2012, str. 153-157.

⁷⁹ M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, str. 177.

⁸⁰ J. B. Kirkwood, R. H. Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, Notre Dame Law Review, Vol. 83, Issue 1, 2008 za M. Błachucki, *Rozwój historyczny i cele prawa konkurencji*, *Ekonomia i Prawo*, B. Polszakiewicz, J. Boehlke (red.), t. XII, nr 2/2013, str. 199-200; M. Bernatt, A. Jurkowska, T. Skoczny, *Ochrona konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2007, str. 20. W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że jeden z najwybitniejszych przedstawicieli szkoły chicagowskiej, R. Bork, wskazując w swojej pracy „*Antitrust Paradox a policy at war with itself*” jako cel prawa antymonopolowego dobrobyt konsumentów, pod pojęciem tym opisał dobrobyt ogólny rozumiany jako efektywność alokacyjna. Ma to o tyle istotne znaczenie, że na ww. pracę niejednokrotnie powoływał się Sąd Najwyższy USA. W konsekwencji, jak wskazuje D. Aziewicz, prowadzi to do niejasności, która z wartości – efektywność alokacyjna czy dobrobyt konsumentów, stanowi ostateczny cel amerykańskiego prawa antymonopolowego (D. Aziewicz, *Ocena siły rynkowej przedsiębiorcy w nadzorze nad horyzontalnymi koncentracjami przedsiębiorców*, Warszawa 2017, str. 35-36). Jednocześnie należy zauważyć, że przyjęcie za cel prawa antymonopolowego dobrobytu ogólnego będzie w znaczącej części przypadków skutkowało takim samym wynikiem oceny antymonopolowej, jak w przypadku uznania za ten cel dobrobytu konsumentów. Różnice objawiać się będą jedynie w skrajnych sytuacjach (S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Londyn 2002, str. 27).

działania w taki sposób, jakby pozycji tej nie posiadali, a tym samym nie mogli ograniczać wolności konkurencyjnej przedsiębiorców⁸¹.

Przyjęcie konkurencji rozumianej jako proces za cel prawa antymonopolowego prowadzić ma do ograniczenia wpływu podmiotów prywatnych na korzystanie z tej wolności przez innych przedsiębiorców działających na danym rynku. Możliwość wprowadzenia ograniczeń tego rodzaju zarezerwowana jest bowiem dla państwa.

Dobrobyt konsumentów i wolność gospodarowania nie wyczerpują katalogu proponowanych celów prawa antymonopolowego. Widoczne jest to zwłaszcza na przykładzie stosowania prawa antymonopolowego przez unijny organ antymonopolowy, czyli Komisję i sądy unijne. Jedną z najważniejszych wartości, jakimi kierują się Komisja i sądy, dokonując oceny praktyk rynkowych przedsiębiorców, stanowi integracja gospodarcza wewnątrz Unii. Chodzi o zapobieganie tworzenia przez przedsiębiorców przeszkód dla swobodnego przepływu towarów i usług⁸². Część doktryny prawa antymonopolowego uważa, że cel ten odchodzi na dalszy plan i traci na znaczeniu na rzecz względów efektywnościowych⁸³. Stanowisko to uzasadniane jest twierdzeniem, że cel w postaci ustanowienia wspólnego rynku został już osiągnięty⁸⁴. Jednocześnie zwraca się uwagę, że proces urzeczywistniania rynku wewnętrznego ma charakter stały, a tym samym cel integracyjny nadal ma istotne znaczenie dla tworzenia i stosowania prawa antymonopolowego⁸⁵.

Jako cel prawa antymonopolowego wskazać można również ochronę konsumentów. Pojęcia konsumentów nie należy jednak w tym wypadku utożsamiać z pojęciem tym użytym w kontekście omówionego powyżej dobrobytu konsumentów, chodzi bowiem o grupę końcowych nabywców danego produktu lub usługi. Prawo antymonopolowe, realizując cel jakim jest ochrona konsumentów, powinno chronić konsumentów przed praktykami przedsiębiorców naruszającymi lub mogącymi naruszyć ich interesy (np. przed praktykami

⁸¹ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012, str. 59, str. 61.

⁸² I. Zużewicz, *Konkurencja*, Z. Brodecki (red.), Warszawa 2004, str. 183.

⁸³ R. Wesseling, *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Oxford-Portland 2000, str. 48-49; T. Skoczny, *Podstawy i zakres wspólnotowego prawa konkurencji* [w:] J. Barcz (red.) *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2003, str. 184-185; Z. Brodecki, I. Zużewicz, *Zagadnienia ogólne* [w:] *Konkurencja*, str. 87-88.

⁸⁴ Pkt 13, Obwieszczenie Komisji – wytyczne w sprawie stosowania art. 81(3) TWE (Dz. Urz. C 101 z 27.04.2004 r., str. 97) (dalej: „Wytyczne Komisji w sprawie stosowania art. 81(3)”).

⁸⁵ M. Szydło twierdzi, iż pomimo wzrostu znaczenia celów ekonomicznych, cel integracyjny należy ocenić jak równie istotny oraz że nie jest właściwym ustalanie sztywnej hierarchii pomiędzy celami reguł konkurencji. (M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Dom Organizatora, Toruń 2006, str. 188-190). Na istotne znaczenie prawa antymonopolowego na funkcjonowanie rynku wewnętrznego zwrócił również uwagę Trybunał (wyrok Trybunału z 01.06.1999 r. w sprawie C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd*).

eksploatacyjnymi przedsiębiorców dominujących), a tym samym zapobiegać transferowi dobrobytu konsumentów na rzecz przedsiębiorców⁸⁶.

Określając jaki jest główny cel prawa antymonopolowego, należy opowiedzieć się za poglądem, zgodnie z którym celem tym jest dobrobyt konsumentów, możliwy do osiągnięcia poprzez najbardziej efektywne procesy gospodarcze. Istotą ingerencji organów antymonopolowych powinno być zatem przeciwdziałanie strategiom przedsiębiorców, które nie są oparte na efektywności ekonomicznej⁸⁷. Stanowisko to przyjęte jest również przez doktrynę prawa antymonopolowego⁸⁸, a także sądy⁸⁹, Komisję⁹⁰ i Prezesa UOKiK⁹¹. Jednocześnie warto zwrócić uwagę na zjawisko określane w doktrynie prawa antymonopolowego mianem *hipster antitrust*⁹², powstałego na gruncie krytyki praktyk dużych przedsiębiorców działających na rynku cyfrowym, takich jak Amazon, Google oraz Facebook. Przedstawiciele tego nurtu kwestionują uznanie dobrobytu konsumentów za cel prawa antymonopolowego, podnosząc jego zawodniczość, która z kolei przyczynia się do wzrostu koncentracji⁹³, powodującej niekorzystną dystrybucję zysków. Krytyka podmiotów o

⁸⁶ M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, str. 179.

⁸⁷ Należy zaznaczyć, że dobrobyt konsumentów nie zawsze przyjmowany był jako podstawowy cel prawa antymonopolowego. Jako przykład można wskazać amerykańską ustawę Shermana, której celem było zachowanie wolnej i niezakłóconej konkurencji jako zasady prowadzenia handlu (wywiad z C. Banasińskim, *Zależność między ochroną konkurencji a ochroną konsumentów – synergia*, Biuletyn Prawo konkurencji na co dzień 2007, nr 1, str. 2).

⁸⁸ Tak D. Aziewicz, *Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji*, IKAiR nr 3(2)/2013, str. 20-21; D. Aziewicz, *Ocena siły rynkowej przedsiębiorcy w nadzorze nad horyzontalnymi koncentracjami przedsiębiorców*, Warszawa 2017, str. 32-33.

⁸⁹ Wyrok SN z 19.10.2006, III SK 15/06, OSNP 2007/21-22/337.

⁹⁰ S. Albaek, *Consumer welfare in EU competition policy*, [w:] C. Heide-Jorgensen, C. Bergqvist, U. Neergaard, S.T. Poulsen (red.), *Aims and Values in Competition Law*, Kopenhaga 2013, str. 68-70; Decyzja Komisji z 21.09.2012 r. w sprawie nr COMP/M.6458 *Universal Music Group/EMI Music*, pkt 271.

⁹¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 26.04.2010 nr DOK-3/2010. Należy jednocześnie zauważyć, że chociaż polski organ antymonopolowy deklaruje uznanie dobrobytu konsumentów jako celu prawa antymonopolowego, to jednak

w jego praktyce decyzyjnej dostrzegalne są wpływy podejścia strukturalnego. Uwidacznia się to m.in. poprzez dokonywanie analizy notyfikowanych koncentracji głównie przy wykorzystaniu metody pośredniej polegającej na weryfikacji udziałów rynkowych, a także uzależnianie wydania zgody na dokonanie koncentracji spełnieniem przez przedsiębiorców warunków strukturalnych. Jako przykłady można podać decyzję Prezesa UOKiK z 05.09.2011 nr DKK-10/11 w sprawie *UPC/Aster* oraz decyzję Prezesa UOKiK z 21.01.2014 nr DKK-4/2014 w sprawie *Auchan/Real* (C. Banasiński, *Weryfikacja celów stosowania prawa antymonopolowego?*, [w:] *Księga pamiątkowa dla prof. Bożeny Popowskiej* [na dzień 2.06.2020 r. w druku – TK]). Por.: D. Miąsik, *Controlled chaos with consumer welfare as the winner – a study of the goals of Polish antitrust law*, YARS, vol. 2008, 1(1), str. 33 i n.

⁹² Termin ten został sformułowany przez adwokata Konstantina Medvedovsky'ego, a spopularyzowany przez byłego komisarza federalnego ds. handlu, Joshua'ego D. Wrighta – za C. Banasiński, *Weryfikacja celów stosowania prawa antymonopolowego?* [w:] *Księga pamiątkowa dla prof. Bożeny Popowskiej* [na dzień 2.06.2020 r. w druku – TK].

⁹³ J. Kwoka, *Mergers, Mergers Control and Remedies. A Retrospective Analysis of U.S. Policy*, Cambridge, Massachusetts 2014, str. 12-15.

znaczej sile rynkowej przywołuje na myśl założenia podejścia strukturalnego⁹⁴. Przedstawiciele omawianego nurtu proponują zastąpienie kryterium dobrobytu konsumentów bliżej nieokreślonymi kryteriami „interesu obywatelskiego” oraz „interesu publicznego”⁹⁵. W doktrynie prawa antymonopolowego postulaty ruchu *hipster antitrust* są krytykowane z uwagi na populistyczne postulaty (zastąpienie obiektywnego badania efektywności przedsiębiorców przez subiektywną ocenę interesu obywatelskiego) oraz słabości metodologiczne (badanie historycznych danych statystycznych bez odniesienia do konkretnych rynków właściwych)⁹⁶.

4. Podsumowanie

Zakaz konkurowania w sposób bezpośredni oddziałuje na konkurencję panującą na rynku. Klauzula zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej jest bowiem w swojej istocie umownym ograniczeniem wolności podejmowania działalności gospodarczej. Zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej uniemożliwia kontrahentowi wejście na określony rynek, a także sprzedaży lub odsprzedaży produktów konkurencyjnych. Również druga forma zakazu konkurowania, czyli klauzula wyłączności zakupu, bezpośrednio oddziałuje na konkurencję poprzez ograniczenie swobody kontraktowania przedsiębiorcy zobowiązanego do zaopatrywania się wyłącznie lub w znacznym zakresie u swojego kontrahenta.

Uwarunkowania rynkowe mają istotny wpływ na ocenę antymonopolową zakazu konkurowania. Generalnie rzecz biorąc dopuszczalność zastosowania zakazu konkurowania będzie tym bardziej ograniczona im bardziej uwarunkowania rynkowe danego stanu faktycznego będą wskazywać na sytuację, w której konkurencja na danym rynku jest już ograniczona. Bardziej prawdopodobne będzie tym samym uznanie za legalne zastosowanie zakazu konkurowania w przypadku istnienia dużej liczby przedsiębiorców działających na rynku niż w przypadku oligopolu. Instytucja ta może być stosowana w warunkach monopolu. Sytuacja taka nastąpi w przypadku zobowiązania się przedsiębiorców działających na innym szczeblu obrotu do niepodejmowania działalności konkurencyjnej względem monopolisty.

⁹⁴ C. Banasiński, *Weryfikacja celów stosowania prawa antymonopolowego?* [w:] *Księga pamiątkowa dla prof. Bożeny Popowskiej* [na dzień 2.06.2020 r. w druku – TK.

⁹⁵ J. D. Wright, E. Dorsey, J. Klick, J.M. Rybnicek, *Requiem For A Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust*, <http://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2019/05/Wright-et-al.-Final.pdf> (data wejścia: 2.06.2020 r.).

⁹⁶ C. Banasiński, *Weryfikacja celów stosowania prawa antymonopolowego?* [w:] *Księga pamiątkowa dla prof. Bożeny Popowskiej* [na dzień 2.06.2020 r. w druku – TK.

Konkurencja rozważana w kategorii wartości prawnie chronionej stanowi zjawisko występujące na określonym rynku⁹⁷. Zdefiniowanie rynku właściwego wpływa zatem w istotny sposób na ocenę antymonopolową zakazu konkurencji. Wpływ ten ma charakter zarówno pośredni, jak i bezpośredni. Wpływ pośredni polega na umożliwieniu określenia siły rynkowej działających na rynku właściwym przedsiębiorców, a tym samym ustalenie dopuszczalności zastosowania przez nich klauzul zakazu konkurencji. Im silniejszą pozycję rynkową wykazuje przedsiębiorca, tym mniej prawdopodobne, aby organ antymonopolowy lub sąd uznał stosowane przez niego ograniczenie konkurencji za dopuszczalne⁹⁸. Wpływ bezpośredni objawia się z kolei przy określaniu przez strony umowy rynku, na którym podejmowanie działalności konkurencyjnej jest zakazane lub rynku, w zakresie którego obowiązuje wyłączność kontraktowania z drugą stroną umowy.

Zakaz konkurencji został objęty regulacjami prawa antymonopolowego zarówno na gruncie prawa polskiego, jak i unijnego. Znaczna część regulacji z zakresu prawa ochrony konkurencji państw członkowskich stanowi odzwierciedlenie regulacji unijnych. Niektóre przepisy unijnego prawa antymonopolowego stosowane są w porządku krajowym, bezpośrednio. Powiązanie porządków prawnych państw członkowskich i unijnego widoczne jest również przy stosowaniu prawa antymonopolowego przez sądy i organy antymonopolowe. Powyższe zależności mają wpływ zarówno na uregulowanie instytucji zakazu konkurencji w prawie polskim, jak również na określenie reguł przeprowadzenia jego oceny antymonopolowej. Reguły te pozwalają następnie na wskazanie warunków dopuszczalności stosowania ograniczenia konkurencji przez przedsiębiorców.

Istotne znaczenie dla oceny antymonopolowej zakazu konkurencji ma określenie celu prawa antymonopolowego. Wskazanie wartości, jakiej służyć ma interwencja organów państwowych w działania rynkowe przedsiębiorców, może bowiem w znacznym stopniu wpływać na ostateczną ocenę antymonopolową zastosowania zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej lub transakcji wyłącznych. Będzie to szczególnie ważne w procesie stosowania prawa przez organy antymonopolowe i sądy. W przypadku uznania za cel prawa antymonopolowego dobrobytu konkurentów najważniejsze znaczenie w procesie oceny zakazu konkurencji będzie miało porównanie wywoływanych przez niego pozytywnych skutków prokonkurencyjnych ze skutkami antykonkurencyjnymi. Zakaz

⁹⁷ I. Oleksiuk, *Ochrona konkurencji na rynku praw autorskich – problem substytucyjności towarów i usług*, PiP 2/2016, str. 56.

⁹⁸ R. Poździk zauważa, że przyjęcie zbyt wąskiego lub zbyt szerokiego zakresu rynku właściwego może mieć negatywny wpływ na prawidłową ocenę, czy w konkretnym stanie faktycznym porozumienie dystrybucyjne zawierające w swojej treści klauzule wyłączności narusza przepisy ustawy antymonopolowej (R. Poździk, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Lublin 2006, str. 268).

konkurowania z samej swojej istoty ogranicza wolność działalności gospodarczej (zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej) lub swobodę kontraktowania (wyłączność zakupów). W konsekwencji, przyjęcie za cel prawa antymonopolowego samego procesu konkurowania znajdzie odzwierciedlenie w znacznie bardziej surowej ocenie antymonopolowej omawianego ograniczenia konkurencji. W oparciu o aktualnie przeważający pogląd, zgodnie z którym dobrobyt konsumentów stanowi podstawowy cel prawa antymonopolowego, należy uznać, że wprowadzenie w ramy współpracy pomiędzy przedsiębiorcami klauzul zakazu konkurowania może prowadzić do osiągnięcia tego celu poprzez prowadzenie do zwiększenia efektywności stosujących je przedsiębiorców.

ROZDZIAŁ II – ZAKAZ KONKUROWANIA W POROZUMIENIACH WERTYKALNYCH

5. Porozumienia wertykalne, porozumienia dystrybucyjne i transakcje wyłączne

Pojęcie porozumień wertykalnych nie zostało zdefiniowane ani w TfUE, ani w polskiej ustawie antymonopolowej. Definicja tego pojęcia została jednak zamieszczona w unijnym i polskim rozporządzeniu o wyłączeniach grupowych porozumień wertykalnych. Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit a rozporządzenia nr 330/2010, porozumienia wertykalne oznaczają *porozumienia lub praktyki uzgodnione zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami, działającymi – w ramach takiego porozumienia lub praktyki uzgodnionej – na różnych szczeblach obrotu w zakresie produkcji lub sprzedaży, które dotyczą warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży niektórych towarów lub usług przez ich strony*. Natomiast zgodnie z treścią § 3 pkt 2 rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r. są to *porozumienia zawierane pomiędzy dwoma lub więcej przedsiębiorcami, z których każdy działa – w ramach takiego porozumienia – na różnym szczeblu obrotu, których przedmiotem są warunki zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów*.

Analizując to pojęcie należy zwrócić uwagę na cechy konstytutywne porozumień wertykalnych. Po pierwsze, ww. definicja nie obejmuje jednostronnych praktyk przedsiębiorców⁹⁹. Po drugie, stronami porozumienia lub uzgodnionej praktyki muszą być przedsiębiorcy, a co za tym idzie przytoczona definicja nie obejmuje swoim zakresem np. umów przedsiębiorców z konsumentami. Po trzecie, istotą porozumień wertykalnych jest działanie jego stron na różnych szczeblach obrotu gospodarczego. W przypadku porozumień, zawieranych przez więcej niż dwóch przedsiębiorców; wymóg ten dotyczy wszystkich przedsiębiorców; oznacza to, że każdy z nich musi działać na innym szczeblu obrotu. Relacja wertykalna przejawiać się musi w zakresie realizacji danego porozumienia, co oznacza, że jako porozumienie o charakterze wertykalnym określane będzie również takie porozumienie, którego strony, chociaż prowadzą działalność gospodarczą również na tym samym szczeblu obrotu, to jednak w zakresie badanego porozumienia nie są względem siebie konkurentami¹⁰⁰. Określając typ relacji łączącej przedsiębiorców, należy tym samym zweryfikować spełnianą

⁹⁹ Porozumienie polega na zgodności woli przedsiębiorców co do postępowania na rynku, brak takiej zgodności, czyli np. sytuacja, w której jedno z przedsiębiorców narzuca warunki postępowania na rynku drugiemu podmiotowi, nie będzie stanowiło porozumienia w rozumieniu prawa antymonopolowego (K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX).

¹⁰⁰ P. Podrecki, [w:] M. Kępiński (red.) *System Prawa Prywatnego, Tom XV Prawo konkurencji*, Warszawa 2014, str. 848. W prawie polskim zaznaczono, że chodzi o działanie na różnych szczeblach obrotu w ramach danego porozumienia.

przez nich funkcję gospodarczą (np. produkcja, dystrybucja, sprzedaż detaliczna). Rozporządzenie nr 330/2010 przewiduje dwa wyjątki od zasady, że jego zakresem objęte są jedynie porozumienia i praktyki uzgodnione pomiędzy przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami. Pierwszy wyjątek dotyczy sytuacji, w której dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem towarów, a nabywca jedynie dystrybutorem i nie jest przedsiębiorcą konkurującym na szczeblu produkcji; drugi zaś wiąże się z przypadkiem, gdy dostawca świadczy usługi, działając na kilku szczeblach obrotu handlowego, a nabywca prowadzi działalność na szczeblu detalicznym i nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na tym szczeblu obrotu handlowego, na którym nabywa usługi objęte porozumieniem¹⁰¹. Po czwarte, przedmiotem porozumienia wertykalnego są *warunki zakupu, sprzedaży lub odsprzedaż niektórych towarów lub usług*. W praktyce oznacza to, że pojęcie porozumień wertykalnych obejmuje swoim zakresem umowy sprzedaży i dystrybucji towarów lub usług. Jako warunki zakupu, sprzedaży i odsprzedaży towarów lub usług uznać należy np. ich cenę, właściwości, formę dostawy, a także sposób składania zamówień przez nabywców.

W przeciwieństwie do porozumień zawieranych przez konkurentów (porozumień horyzontalnych), porozumienia wertykalne co do zasady mogą wywoływać skutki pozytywne dla konkurencji (np. poprzez poprawę obsługi klientów). Stanowi to przyczynę łagodniejszej oceny porozumień wertykalnych na gruncie prawa antymonopolowego. Wyrazem tego bardziej liberalnego podejścia są rozporządzenia grupowe określające warunki wyłączenia spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję pewnych kategorii porozumień wertykalnych. W przypadku spełnienia przez dane porozumienie lub uzgodnioną praktykę określonych w rozporządzeniu warunków, uznaje się, że spełnia ono przesłanki wyłączenia spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień określone w art. 101 ust. 3 TfUE¹⁰², tj. przyczynia się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź popierania postępu technicznego lub gospodarczego; uwzględnia interesy konsumentów i umożliwia im partycypację z korzyści niesionych przez porozumienie; nie wprowadza ograniczeń, które dla dokonania owego progresu nie są nieodzowne oraz nie umożliwia uczestnikom porozumienia eliminacji konkurencji w odniesieniu do znacznej części wchodzących w grę produktów¹⁰³. W celu dostarczenia wskazówek w zakresie oceny porozumień wertykalnych na mocy art. 101 TfUE Komisja wydała Wytyczne w sprawie

¹⁰¹ Art. 2 ust. 4 pkt a i b rozporządzenia nr 330/2010. Analogiczne rozwiązanie wprowadzone zostało w rozporządzeniu RM z 30 marca 2011 r.

¹⁰² Pkt 35 Wytycznych w sprawie stosowania art. 81(3).

¹⁰³ M. Bauer, F. Hoffmann, *Porozumienia dystrybucyjne we wspólnotowym prawie konkurencji*, PPH, 12/2003, str. 8. Wskazuje się, że dwie pierwsze przesłanki mają charakter pozytywny, natomiast przesłanki trzecia i czwarta charakter negatywny.

ograniczeń wertykalnych¹⁰⁴. W prawie unijnym warunki dopuszczalności zawierania przez przedsiębiorców porozumień wertykalnych określone zostały we wspomnianym powyżej rozporządzeniu nr 330/2010. Zaznaczyć należy, że rozporządzenie to ustanawia warunki wyłączenia dla porozumień wertykalnych podlegających reżimowi art. 101 ust. 1 TfUE. Nic nie stoi więc na przeszkodzie, aby za zgodne z prawem ochrony konkurencji uznać porozumienie wertykalne niespełniające przesłanek wyłączenia określonych w rozporządzeniu 330/2010, jeżeli porozumienie takie w ogóle nie jest objęte zakresem art. 101 ust. 1 TfUE. Jednocześnie, nawet przy braku spełnienia przesłanek wyłączenia grupowego, każde porozumienie może zostać objęte wyłączeniem indywidualnym po wykazaniu przez strony spełnienia przesłanek określonych w art. 101 ust. 3 TfUE¹⁰⁵. Odpowiednikiem rozporządzenia nr 330/2010 na gruncie prawa polskiego jest wspomniane wyżej rozporządzenie RM z 30 marca 2011 r., natomiast odpowiednik art. 101 ust. 3 TfUE stanowi art. 8 u.o.k.i.k.¹⁰⁶.

W grupie porozumień wertykalnych wyróżnia się kategorię porozumień dystrybucyjnych zawieranych przez przedsiębiorców w celu usprawnienia drogi towarów do odbiorców¹⁰⁷. Porozumienia te charakteryzują się tym, że w ramach stosunku wertykalnego jedna ze stron kupuje (lub szerzej, obejmuje w posiadanie) towary lub usługi w celu ich dalszej odsprzedaży¹⁰⁸. Ostatnia z wymienionych cech, tj. cel w postaci dalszej odsprzedaży, rozumianej jako sprzedaż w niezmienionej formie, bez zbytniego przetwarzania czy też zmiany struktury towaru, stanowi element odróżniający porozumienia dystrybucyjne od pozostałych porozumień pionowych. Porozumienia tego typu mogą przybrać różną formę. Wyróżnia się m.in. dystrybucję intensywną, charakteryzującą się większą liczbą podmiotów odsprzedających towary producenta; dystrybucją selektywną, w ramach której liczba

¹⁰⁴ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz. C 130 z 19.05.2010 r., str. 1) (daje: „Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych”).

¹⁰⁵ Instytucję wyłączenia spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień określa się mianem „relatywizacji zakazu” (szerzej o relatywizacji zakazu: T. Skoczny, *Instrumenty relatywizacji i racjonalizacji zakazu porozumień ograniczających konkurencję* [w:] *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga pamiątkowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. J. Grabowskiego*, Katowice 2004, str. 247-261).

¹⁰⁶ Polska regulacja stanowi (z drobnymi zmianami o charakterze stylistycznym i językowym) powielenie mechanizmów i warunków z art. 101 ust. 3 TfUE (B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2013, str. 154).

¹⁰⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.12.2006 nr RWA-46/2006, str. 12.

¹⁰⁸ Porozumienia dystrybucyjne zawierane są przez producentów lub importerów w celu usprawnienia drogi towaru do odbiorców (E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, str. 69).

dystrybutorów jest ograniczona, lub dystrybucję wyłączoną, w ramach której odsprzedaż produktów przekazana zostaje tylko jednemu dystrybutorowi¹⁰⁹.

Szczególne typy porozumień dystrybucyjnych stanowią transakcje wyłączne, tj. stosunki prawne, w ramach, których na rzecz jednej ze stron została zastrzeżona wyłączność¹¹⁰. Odsprzedawca lub dostawca związany klauzulą wyłączności jest dla innych dostawców lub odsprzedawców niedostępny jako odbiorca lub dostawca ich towarów¹¹¹. Porozumienia tego typu mogą przybrać formę porozumień o wyłącznym zakupie oraz porozumień o wyłącznej sprzedaży. Choć żadna z form transakcji wyłącznych nie została zdefiniowana bezpośrednio w rozporządzeniu nr 330/2010 (znajduje się tam za to definicja zakazu konkurencji), ich definicje wprowadzono odpowiednio w § 3 pkt 4 i 3 polskiego rozporządzenia dotyczącego wyłączeń grupowych. Zobowiązanie wyłącznego zakupu¹¹² oznacza klauzulę zawieraną w ramach porozumienia wertykalnego, na podstawie, której dostawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się kupować towary objęte porozumieniem wyłącznie od jednego dostawcy. Na podstawie zobowiązania wyłącznej dostawy¹¹³ dostawca zobowiązuje się sprzedawać towary objęte porozumieniem wyłącznie jednemu nabywcy, a nabywca zobowiązuje się do korzystania lub odsprzedaży tych towarów w sposób określony przez dostawcę. Tego typu zobowiązania często polegają na tym, że dostawca wyznacza odsprzedawcy określone terytorium, na którym ma on skupić swoje działania, natomiast sam zobowiązuje się nie dostarczać towarów innemu odsprzedawcy działającemu na tym terytorium. Umowa wyłącznej sprzedaży została uregulowana w art. 550 Kodeksu cywilnego¹¹⁴. Zgodnie z treścią ww. przepisu strony mogą zastrzec w umowie wyłączność polegającą na tym, że sprzedawca nie będzie dostarczał rzeczy określonego rodzaju innym osobom bądź też w ten sposób, że kupujący będzie jedynym odsprzedawcą zakupionych rzeczy na określonym obszarze. Strony mogą również zastrzec w umowie wyłączność polegającą na zakazie dystrybuowania przez nabywcę produktów konkurencyjnych względem tych nabywanych od sprzedawcy. Zobowiązanie takie zostało wprost przewidziane w tytule XXIII k.c. dotyczącym umowy agencyjnej. Na podstawie art. 764⁶ § 1 k.c. strony umowy mogą w formie pisemnej ograniczyć działalność konkurencyjną agenta na okres po rozwiązaniu umowy agencyjnej. Zgodnie z treścią art. 764⁶ § 2 ograniczenie działalności

¹⁰⁹ Formami dystrybucji mogą być także m.in. dystrybucja w systemie agencyjnym lub franchisingowym.

¹¹⁰ R. Poźdżik, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Lublin 2006, str. 67.

¹¹¹ I. Wiszniewska, *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, Warszawa 1995, str. 12.

¹¹² Zwane również „wyłącznością nabywania”.

¹¹³ Zwane również „wyłącznością sprzedawania”.

¹¹⁴ Ustawa z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93) Tekst jednolity z dnia 16 maja 2019 r. (Dz. U. 2019, poz. 1145) (dalej: „k.c.”).

konkurencyjnej agenta nie może być zastrzeżone na okres dłuższy niż dwa lata od rozwiązania umowy; przepisy 764⁶ § 3 i 764⁶ § 4 przewidują zasady dotyczące wypłacenia agentowi odpowiedniej sumy pieniężnej za ograniczenie jego działalności konkurencyjnej.

6. Porozumienia zakazane ze względu na cel i porozumienia zakazane ze względu na skutek

Zarówno art. 6 u.o.k.i.k., jak i art. 101 ust. 1 TfUE konstytuując zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień stanowią, że zakazane są takie porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji (w treści art. 101 ust. 1 TfUE mowa jest o „zapobieżeniu, ograniczeniu lub zakłóceniu konkurencji”). Z powyższego wynika, że w przypadku, gdy chociaż jeden z ww. czynników, tj. cel lub skutek, miałby charakter antykonkurencyjny, taki przymiot obejmuje całe porozumienie¹¹⁵. Alternatywny charakter przesłanki skutkuje koniecznością zbadania w pierwszej kolejności celu porozumienia, a dopiero gdy analiza ta nie wskaże na wystarczającą szkodliwość porozumienia, należy przeprowadzić badanie jego skutków¹¹⁶. Biorąc pod uwagę, że ww. dwa przepisy mają fundamentalne znaczenie dla rozumienia pojęcia antykonkurencyjnych porozumień na gruncie obu porządków prawnych, kluczowe znaczenie zdaje się mieć zrozumienie pojęć „antykonkurencyjnego celu” i „antykonkurencyjnego skutku”. Nie stanowią one bowiem terminów tożsamyh, a w zależności od tego, do której kategorii przypisane zostanie dane porozumienie, różna będzie jego ocena antymonopolowa. Omawiany podział porozumień ma zatem wyjątkowo istotne znaczenie dla stosowania reguł antymonopolowych.

Analizę pojęcia „porozumień zakazanych ze względu na cel” rozpocząć należy od kwestii językowych. W angielskiej wersji językowej TfUE pojęcie to brzmi bowiem *agreements which have as their object prevention, restriction or distortion of competition*. Prawidłowe tłumaczenie na język polski brzmiałoby więc *porozumienia zakazane ze względu na przedmiot*. Twierdzenie to nie stanowi jedynie wywodu mającego na celu wytknięcie błędnego tłumaczenia. Użycie zarówno w polskiej ustawie antymonopolowej, jak i polskiej wersji językowej TfUE pojęcia „celu” sugeruje bowiem subiektywny zamiar stron polegający

¹¹⁵ C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 187; M. Bychowska, *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję*, Glosa nr 5/2003, str. 10. W praktyce często zdarza się, że porozumienia charakteryzują się zarówno antykonkurencyjnym celem, jak i skutkiem (por. decyzja Prezesa UOKiK z 30.11.2004 r., nr RKR-39/2004).

¹¹⁶ Wyrok Trybunału z 30.06.1965 w sprawie 56/65 *Société Technique Minière*.

na ograniczeniu konkurencji¹¹⁷. Przyjęcie takiego rozwiązania byłoby oczywiście nieuzasadnione. Po pierwsze, rodziłoby to komplikacje co do ustalenia jaki był faktyczny, rozumiany w sposób obiektywny, „cel” uczestników porozumienia (strony nie mają przecież obowiązku jego sformalizowania); po drugie, problematyczna byłaby sytuacja, kiedy to uczestnicy porozumienia nie mieliby tego samego wyobrażenia co do „celu” (nie wydaje się możliwe rozwiązanie, zgodnie z którym postępowanie antymonopolowe i jego ewentualne konsekwencje objęłoby tylko tych uczestników, którym w trakcie przystępowania do porozumienia przyświecał antykonkurencyjny cel); po trzecie, nasuwa się pytanie, co w przypadku, gdy subiektywnie rozumiany cel nie miałby charakteru antykonkurencyjnego, a jednak porozumienie wywołałoby antykonkurencyjny skutek na rynku¹¹⁸. Warto wskazać również najbardziej abstrakcyjną sytuację w postaci ostatecznego nałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorców, którzy chociaż zawarli porozumienie o prokonkurencyjnych skutkach rynkowych, przyświecał im subiektywnie rozumiany antykonkurencyjny „cel”. Należy zatem przyjąć rozumienie antykonkurencyjnego celu jako konstrukcji domniemania negatywnego wpływu danego porozumienia na konkurencję poprzez sam jego przedmiot, a nie subiektywnego zamiaru przedsiębiorców¹¹⁹. Zgodnie z taką konstrukcją, organy antymonopolowe i sądy mogą przyjąć, że poprzez zawarcie porozumienia charakteryzującego się określonymi cechami strony wykazały zamiar polegający na ograniczeniu konkurencji na rynku¹²⁰. Zwraca się również uwagę, że antykonkurencyjny „cel” porozumienia nie musi wynikać z całości treści porozumienia (wszystkich jego postanowień)¹²¹. Wystarczy bowiem

¹¹⁷ W decyzji z 29.06.2007 r., nr RWR-20/2007 Prezes UOKiK zdefiniował antykonkurencyjny cel porozumienia jako *wolę jego uczestników wyrażoną w treści określonego dokumentu, jak również to, czego strony porozumienia wyraźnie nie określiły w umowie, ale zamierzają osiągnąć*.

¹¹⁸ Tak A. Stawicki, *Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek*, IKAiR nr 1(1)/2012, str. 11. Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok SOKiK z 29.05.2006 r., XVII Ama 9/05 (Dz. Urz. UOKiK z 2006 r., Nr 4 poz 58), w którym sąd stwierdził, że *nie ma znaczenia brak woli stron osiągnięcia skutku w postaci ograniczenia konkurencji na danym rynku*.

¹¹⁹ Rzecznik Generalna J. Kokott w swojej opinii w sprawie *T-Mobile* porównała porozumienia zakazane ze względu na cel do przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo: *kto prowadzi samochód pod wpływem dużej ilości alkoholu lub narkotyków, w większości porządków prawnych podlega sankcjom karnym lub porządkowym, i to całkowicie niezależnie od tego, czy faktycznie naraził kogoś w ruchu drogowym na niebezpieczeństwo lub w ogóle spowodował wypadek*. Zdaniem J. Kokott analogicznie *uropejskie prawo konkurencji naruszają przedsiębiorstwa i można na nie nałożyć grzywnę, jeżeli posługują się na rynku uzgodnionymi praktykami mającymi cel antykonkurencyjny. Bez znaczenia jest przy tym, czy w konkretnym przypadku określony uczestnik rynku lub ogół społeczeństwa rzeczywiście poniósł szkodę* (pkt 47 opinii rzecznika generalnego Juliane Kokott z 19.02.2009 r. w sprawie C-8/08 *T-Mobile*).

¹²⁰ A. Stawicki wskazuje, że *„cel” porozumienia należy odnosić nie tyle do subiektywnej motywacji stron porozumienia (celu podjętych przez nie działań), ale do zamiaru osiągnięcia przez niego określonych skutków mających antykonkurencyjny wymiar* A. Stawicki, *Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek*, IKAiR nr 1(1)/2012, str. 12.

¹²¹ Tak K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, str. 252 oraz A. Jurkowska-Gomułka [w:] T. Skoczny (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, str. 265.

zawarcie w nim niektórych klauzul, aby przypisać mu przymiot antykonkurencyjnego celu. Taka interpretacja zbieżna jest również z prawidłowym tłumaczeniem z języka angielskiego, zgodnie z którym mówić powinniśmy raczej o porozumieniu zakazanym ze względu na przedmiot aniżeli porozumieniu zakazanym ze względu na cel. W ten sposób należy odczytywać to pojęcie również na gruncie polskiej ustawy antymonopolowej.

Przypisanie porozumienia do kategorii „zakazanych ze względu na przedmiot (cel)” niesie ze sobą istotne konsekwencje zarówno dla dokonującego oceny organu antymonopolowego, jak i dla uczestniczących w porozumieniu przedsiębiorców. Tego typu porozumienia zakazane są bowiem w każdych okolicznościach. W konsekwencji, dla określenia ich antykonkurencyjnego charakteru nie jest konieczne badanie skutków jakie faktycznie wywołały one na rynku. Organ antymonopolowy nie musi w związku z tym wykazywać wywołania tych skutków poprzez prowadzenie zaawansowanych badań ekonomicznych mających na celu zobrazować antykonkurencyjny skutek¹²², natomiast przedsiębiorcy pozbawieni są argumentów obronnych w postaci wykazania jego braku¹²³. Czy powinno to jednak oznaczać, że do określania danego porozumienia, jako zakazanego ze względu na cel, wystarczy formalna ocena treści porozumienia i wskazanie konkretnych klauzul? Zakładając, że organ antymonopolowy nie powinien dokonywać oceny porozumienia w oderwaniu od szerszego kontekstu ekonomicznego i faktycznego, a także, że zobowiązany jest on z urzędu uwzględnić ww. elementy, na tak postawione pytanie należałoby udzielić odpowiedzi przeczącej. Wskazuje się co prawda, że określenie zakresu kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel odbywa się w oparciu o naukę ekonomii, która dostarcza odpowiedzi na pytanie, które typy porozumień, co do zasady, wywołują antykonkurencyjne skutki¹²⁴. Niemniej jednak nawet w przypadku przyjęcia braku konieczności przeprowadzania analizy skutków rynkowych porozumienia należy nadal wymagać od organu, aby przed podjęciem decyzji w zakresie oceny antymonopolowej porozumienia wziął on także pod uwagę szereg czynników, takich jak: charakter rynku, na którym działają przedsiębiorcy, jego strukturę, działania innych przedsiębiorców, w tym w szczególności wywoływaną przez nich presję konkurencyjną.

Porozumienia zakazane ze względu na skutek oceniane są przez pryzmat tego jaki wpływ miało jego zawarcie na relacje między uczestnikami porozumienia oraz na osoby

¹²² Zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 15.12.2005 r., nr RPZ-36/2005.

¹²³ A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Warszawa 2013, str. 39

¹²⁴ Tak B. Turno, *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji*, KPPubl nr 2/2012, str.38.

trzecie, tj. konkurentów, kontrahentów i konsumentów. Jako punkt odniesienia wskazuje się konkurencję, która istniałaby na danym rynku, gdyby porozumienie nie zostało zawarte¹²⁵. Antykonkurencyjny charakter tych porozumień nie jest jednak oczywisty¹²⁶. Wykazanie faktycznych lub potencjalnych antykonkurencyjnych skutków wymaga przeprowadzenia dokładnej analizy rynkowej w oparciu o obiektywne kryteria. Należy jednocześnie zaznaczyć, że przesłanką uznania porozumienia za niezgodne z prawem nie jest niezbędne wystąpienie antykonkurencyjnych skutków. Dla oceny takiej kluczowy jest bowiem fakt, że porozumienie mogło taki skutek potencjalnie wywołać¹²⁷, pod warunkiem że zagrożenie dla zasad swobodnej konkurencji było realne¹²⁸. Dla prawidłowej analizy należy zatem wykazać, jakie konkretne antykonkurencyjne skutki dane porozumienie wywołało lub potencjalnie mogłoby wywołać.

W wydanych Wytycznych Komisja stwierdziła, że aby uznać, że porozumienie może wywierać antykonkurencyjny skutek, musi istnieć wysokie realne prawdopodobieństwo tego, że porozumienie jest w stanie wywołać negatywny wpływ na takie parametry konkurencji, jak w szczególności: ceny, wielkość produkcji, innowacyjność lub wybór towarów¹²⁹.

Przypisanie danego porozumienia do kategorii porozumień zakazanych ze względu na skutek zwiększa wymagania względem organu antymonopolowego w zakresie wykazania antykonkurencyjnego charakteru danego porozumienia. Jak już bowiem wskazano wcześniej, wiąże się to z przeprowadzeniem często skomplikowanych analiz ekonomicznych faktycznego lub potencjalnego wpływu porozumienia na konkurencję.

7. Ograniczenia wertykalne i ich kategorie

Zakres wyłączenia grupowego określonego rozporządzeniem nr 330/2010 obejmuje te porozumienia wertykalne, w których treści zawarte zostały ograniczenia wertykalne (ang. *vertical restraints*). Pojęcie to zdefiniowane zostało w art. 1 ust. 1 lit. b rozporządzenia nr 330/2010¹³⁰. Zgodnie z treścią ww. przepisu ograniczenia wertykalne oznaczają *ograniczenia konkurencji zawarte w porozumieniu wertykalnym wchodzącym w zakres stosowania art. 101*

¹²⁵ A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Warszawa 2005, str. 92; Wyrok Trybunału z 30.06.1965 r. w sprawie 56/65 *Société Technique Minière*.

¹²⁶ D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium porównawcze*, Kraków 2004, str. 221.

¹²⁷ Jak zaznaczył SA w Warszawie w wyroku z 22.11.2010 r., VI ACa 607/09, niepubl. *wystarczająca jest już bowiem sama możliwość wystąpienia na rynku negatywnych skutków będących przejawem ograniczenia konkurencji*.

¹²⁸ Wyrok SN z 24.07.2003 r. I CKN 496/01, Dz. Urz. UOKiK z 2004 r., nr 1 poz. 283.

¹²⁹ Pkt 24 Wytycznych w sprawie stosowania art. 81(3).

¹³⁰ Rozporządzenie RM z 30 marca 2011 r. nie przewiduje definicji „ograniczenia wertykalnego”.

ust. 1 Traktatu¹³¹. Mając na względzie przytoczoną uprzednio definicję porozumienia wertykalnego, stwierdzić należy, że ograniczenia wertykalne to ograniczenia konkurencji dotyczące warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług zawarte w treści porozumienia, którego stronami są przedsiębiorcy działający na różnych szczeblach obrotu. Zawarcie w treści porozumienia ograniczeń wertykalnych stanowi podstawową przesłankę zastosowania wyłączenia grupowego z rozporządzenia nr 330/2010 (art. 2 ust. 1 rozporządzenia nr 330/2010).

Kategoria ograniczeń wertykalnych nie ma charakteru jednolitego. Przyjmując za kryterium podziału wpływ ograniczeń wertykalnych na możliwość objęcia porozumienia wyłączeniem na podstawie rozporządzenia nr 330/2010, ograniczenia wertykalne można podzielić na dwie kategorie¹³². Pierwsza grupa to najpoważniejsze ograniczenia (ang. *hardcore restrictions*), zwane także „klauzulami czarnymi”, których zawarcie w porozumieniu skutkować będzie wycofaniem przywileju wyłączenia grupowego dla całego porozumienia wertykalnego. Motywem dla nieobjęcia zakresem wyłączenia porozumień wertykalnych, zawierających najpoważniejsze ograniczenia, było przekonanie, że korzyści wynikające z tego typu porozumień nie są w stanie kompensować (równoważyć) negatywnych następstw dla rynku, wynikających z tych porozumień¹³³. Druga kategoria to tzw. ograniczenia wykluczone (ang. *excluded restrictions*) zwane także „klauzulami szarymi”, których zawarcie w porozumieniu skutkować będzie wykluczeniem tych konkretnych postanowień spod zakresu wyłączenia przy jednoczesnym objęciu wyłączeniem pozostałej części porozumienia wertykalnego, jeżeli możliwe jest oddzielenie jej od zobowiązań nieobjętych wyłączeniem¹³⁴. Warto w tym miejscu odwołać się również do wyroku w sprawie *Société Technique Minière*, w której Trybunał wskazał, że *Automatyczna nieważność określonego porozumienia ma zastosowanie tylko do tych części umowy, których dotyczy zakaz lub do umowy jako całości, jeżeli okaże się, że oddzielenie tych jej części od umowy nie jest możliwe. Wszelkie zatem inne postanowienia umowne, których zakaz nie dotyczy i które w*

¹³¹ Pojęcie „ograniczeń wertykalnych” nie zostało zdefiniowane na gruncie prawa polskiego.

¹³² Ograniczenia wertykalne można również podzielić na cenowe, dotyczące uzgadniania pomiędzy stronami porozumienia cen odsprzedaży towarów i usług przez dystrybutorów, i nie cenowe, tj. inne niż cenowe.

¹³³ K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX.

¹³⁴ Pkt 65 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych. Na marginesie należy zaznaczyć, że do pewnego czasu w rozporządzeniach dotyczących wyłączenia spod zakazu porozumień wertykalnych zawierano listę klauzul dozwolonych, niestanowiących ograniczeń konkurencji. Tego typu wskazówki dla przedsiębiorców, zawierane w treści rozporządzenia, dla ich odróżnienia od ww. dwóch kategorii ograniczeń wertykalnych określa się mianem „klauzul białych”.

związku z tym nie wymagają zastosowania Traktatu, pozostają poza zakresem stosowania prawa Wspólnoty¹³⁵.

Zgodnie z treścią art. 4 rozporządzenia 330/2010 wyłączenie nie ma zastosowania do porozumień wertykalnych, które bezpośrednio lub pośrednio, oddzielnie lub w połączeniu z innymi czynnikami pod kontrolą stron mają na celu określone w dalszej części przepisu ograniczenia konkurencji¹³⁶. Z powyższego wynika, że dla braku objęcia zakresem wyłączenia danego porozumienia wertykalnego nie jest konieczne, aby klauzula stanowiąca najpoważniejsze ograniczenie konkurencji stanowiła podstawową jego treść. Rozwiązanie to należy uznać za słuszne; w przeciwnym razie przepis ten mógłby być obchodzony przez przedsiębiorców poprzez „obudowanie” klauzul silnie antykonkurencyjnych innymi postanowieniami porozumienia. W art. 4 rozporządzenia nr 330/2010 wskazanych zostało pięć typów najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Są to: ograniczenia nabywcy do ustalania ceny odsprzedaży (art. 4 pkt a), ograniczenia terytorialne lub kręgu klientów, na którym lub którym nabywca może sprzedawać towary lub usługi objęte porozumieniem (art. 4 pkt b), ograniczenia dotyczące aktywnej lub pasywnej sprzedaży dystrybutorom detalicznym w systemie dystrybucji selektywnej (art. 4 pkt c), ograniczenia dystrybutorów działających w systemie dystrybucji selektywnej w zakresie wzajemnych dostaw (art. 4 pkt d) oraz ograniczenia uzgodnione między dostawcą komponentów a nabywcą, który je wykorzystuje, prawa dostawcy do sprzedaży komponentów jako części zamiennych użytkownikom ostatecznym, zakładom naprawczym lub innym usługodawcom, którym nabywca nie powierzył napraw lub serwisowania swoim towarów (art. 4 pkt e). Należy zwrócić uwagę, że dla niektórych z opisanych powyżej ograniczeń konkurencji rozporządzenie przewiduje wyjątek (np. ograniczenia sprzedaży dystrybutorom detalicznym działającym w systemie dystrybucji selektywnej) lub szereg wyjątków (np. ograniczenia terytorium lub kręgu klientów). Katalog najpoważniejszych ograniczeń konkurencji ma charakter zamknięty, co oznacza, że zawarcie przez przedsiębiorców innych niż wskazane powyżej ograniczeń konkurencji nie stoi na przeszkodzie możliwości zastosowania wyłączenia w stosunku do porozumienia zawierającego takie klauzule. Brzmienie art. 4 rozporządzenia nr 330/2010 wskazuje, że ustawodawca unijny uznał ww. najpoważniejsze ograniczenia konkurencji za zakazane ze względu na cel¹³⁷. Oznacza to, że dla dokonania oceny zakazującej objęcia

¹³⁵ Wyrok Trybunału z 30.06.1965 r., w sprawie 56/65 *Société Technique Minière*.

¹³⁶ Analogiczną treść ma § 11 rozporządzenia RM z dnia 30 marca 2011 r.

¹³⁷ Porozumienia zakazane ze względu na cel stanowią kategorię porozumień, które z uwagi na sam ich charakter można uznać za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji (wyrok Trybunału z 20.11.2008 r. w sprawie C-209/07 *BIDS*, pkt 17).

danego porozumienia wertykalnego przywilejem wyłączenia grupowego wystarczy samo wykazanie przez organ antymonopolowy lub sąd zawarcia przez przedsiębiorców w jego treści najpoważniejszego ograniczenia, bez konieczności dokonywania analizy faktycznych lub potencjalnych skutków rynkowych wywoływanych przez to ograniczenie. Istotny jest również fakt, że skutek w postaci implementacji najpoważniejszego ograniczenia konkurencji przez strony porozumienia można wywnioskować nie tylko z konkretnej klauzuli, ale także po zbadaniu innych czynników, na które wpływ miały strony porozumienia. Jak wskazuje Komisja, przepis ten stanowi podstawę domniemania, że porozumienie wchodzi w zakres stosowania art. 101 ust.1 TfUE oraz że porozumienie najprawdopodobniej nie spełnia warunków określonych w art. 101 ust. 3 TfUE, a tym samym nie ma w stosunku do niego zastosowania wyłączenie grupowe¹³⁸. Nie wyłącza to jednak możliwości ubiegania się przez przedsiębiorców o wyłączenie indywidualne poprzez wykazanie pozytywnych skutków rynkowych porozumienia. Przykładem tego typu sytuacji może być niezbędność zawarcia w porozumieniu najpoważniejszego ograniczenia konkurencji w celu zagwarantowania przestrzegania zakazu sprzedaży substancji niebezpiecznych określonym klientom¹³⁹.

Ograniczenia wykluczone (tzw. klauzule szare) wskazane zostały w art. 5 rozporządzenia nr 330/2010. Przepis ten wskazuje, jakie klauzule zawarte w porozumieniu nie będą mogły skorzystać z przywileju wyłączenia i zostaną wykluczone z możliwości ich legalizacji (z jednoczesną możliwością objęcia wyłączeniem porozumienia w pozostałym zakresie). W treści przepisu wskazane zostały takie klauzule.

Po pierwsze, jest to zakaz konkurowania, którego czas trwania jest nieokreślony lub przekracza pięć lat. Po drugie, zobowiązanie skutkujące zakazem wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży produktów po zakończeniu obowiązywania porozumienia. Po trzecie, zobowiązanie skutkujące zakazem sprzedaży produktów niektórych konkurentów dostawcy przez dystrybutorów działających w systemie dystrybucji selektywnej. Przepisy ust. 2 i 3 tego artykułu określają odstępstwa od zastosowania ust. 1 do określonych tam klauzul. Wykluczone ograniczenia nie są zakazane ze względu na cel, na co wskazuje porównanie treści art. 4 i 5 rozporządzenia nr 330/2010. Należy tym samym uznać, że aby organ antymonopolowy lub sąd mogły stwierdzić, że klauzula stanowiąca wykluczone ograniczenie nie będzie podlegała wyłączeniu grupowemu, konieczne będzie zbadanie wszystkich okoliczności sprawy, a także rzeczywiste lub potencjalne skutki rynkowe powodowane przez ograniczenie konkurencji. Jest to rzecz jasna sytuacja bardziej korzystna dla przedsiębiorców

¹³⁸ Pkt 47 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych.

¹³⁹ Pkt 60 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych.

będących stronami porozumienia. Klauzule stanowiące wykluczone ograniczenia mają również większe niż najpoważniejsze ograniczenia konkurencji szanse na uzyskanie wyłączenia indywidualnego. Należy zaznaczyć, że opisana powyżej „zasada podzielności”, skutkująca, w przypadku uznania za niedozwolone określonego ograniczenia wertykalnego, wyłączeniem nie całego porozumienia, ale tylko konkretnej części umowy, nie znajduje zastosowania, gdy w treści danego porozumienia obok wykluczonego ograniczenia występuje przynajmniej jedno najpoważniejsze ograniczenie konkurencji. Wówczas zastosowanie znajdują zasady oceny dotyczące najpoważniejszych ograniczeń konkurencji, a tym samym żadna część porozumienia nie będzie mogła skorzystać z przywileju wyłączenia¹⁴⁰. Należy więc stwierdzić, że ustawodawca unijny dokonał swego rodzaju hierarchizacji obu przepisów, dając pierwszeństwo przepisowi art. 4 rozporządzenia nr 330/2010. Rozwiązanie to należy uznać za słuszne. Samo zawarcie w porozumieniu ograniczeń wykluczonych nie powinno bowiem prowadzić do legalizacji porozumień zawierających najpoważniejsze ograniczenie konkurencji.

Na gruncie prawa polskiego katalog ograniczeń zakazanych zawarty został w § 11 rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r. W § 12 wskazane zostały z kolei ograniczenia wykluczone. Klauzule zawarte w obu przepisach stanowią katalogi analogiczne do tych zawartych w rozporządzeniu nr 330/2010.

8. Zakaz konkurowania jako wykluczone ograniczenie wertykalne

8.1. Pojęcie i formy zakazu konkurowania

Legalna definicja zakazu konkurowania, zawarta w rozporządzeniu nr 330/2010 i rozporządzeniu RM z 30 marca 2011 r., dzieli się wyraźnie na dwie części. W pierwszej wskazano, że zakaz konkurowania to jakiegokolwiek bezpośrednio lub pośrednio zobowiązanie zakazujące nabywcy wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług, które konkurują z towarami lub usługami objętymi porozumieniem. Druga część mówi, że zakaz konkurowania stanowi zobowiązanie nabywcy do dokonywania u określonego dostawcy lub przedsiębiorstwa przez niego wskazanego ponad 80% swoich zakupów towarów lub usług objętych porozumieniem i ich substytutów na właściwym rynku¹⁴¹.

¹⁴⁰ Wytoczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 70.

¹⁴¹ Istotne znaczenie ma fakt, że definicja przewidziana w art. 1 ust. 1 pkt d rozporządzenia nr 330/2010 została w pewnym sensie uproszczona przez Komisję w Wytocznych w sprawie ograniczeń wertykalnych. Zgodnie z treścią pkt 66 *Zakazy konkurowania są to uzgodnienia, w wyniku których nabywca dokonuje u dostawcy lub we wskazanym przez niego innym przedsiębiorstwie ponad 80% wszystkich swoich zakupów towarów i usług objętych porozumieniem i ich substytutów dokonanych w poprzednim roku kalendarzowym.*

Analiza ww. definicji prowadzi do wniosku, że można wyróżnić dwa rodzaje zakazu konkurencji.

Pierwszy z nich ma na celu zapobieżenie podjęcia przez nabywcę działalności konkurencyjnej określonego typu (*zobowiązanie zakazujące nabywcy wytwarzania, (...) sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług, które konkurują z towarami lub usługami objętymi porozumieniem*).

Zamieszczenie w umowie tego typu klauzul nakłada na nabywcę obowiązek o charakterze negatywnym, polegającym na powstrzymaniu się od prowadzenia określonej działalności gospodarczej¹⁴².

Druga forma zakazu konkurencji polega natomiast na zakazie dokonywania przez nabywcę zakupu produktów objętych porozumieniem z innych źródeł niż dostawca (*zobowiązanie zakazujące nabywcy zakupu towarów lub usług, które konkurują z towarami lub usługami objętymi porozumieniem oraz zobowiązanie nabywcy do dokonywania u określonego dostawcy lub przedsiębiorstwa przez niego wskazanego ponad 80% swoich wszystkich zakupów towarów lub usług objętych porozumieniem*).

Tego typu klauzula może polegać na nałożeniu na nabywcę obowiązku o charakterze negatywnym, obejmującym zakaz zakupu towarów konkurencyjnych, lub pozytywnym, na podstawie którego nabywca zobowiązany jest do zakupu od dostawcy towarów lub usług o ustalonej ilości lub wartości.

Pierwszy rodzaj zakazu konkurencji polega na ograniczeniu swobody nabywcy w zakresie podejmowania działalności polegającej na wytwarzaniu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług konkurencyjnych. Tę formę zakazu konkurencji można określić jako zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej (ang. *non-compete clause*). Działalność stanowiąca przedmiot zakazu niekoniecznie musi być prowadzona przez samego dostawcę. Z uwagi na brzmienie przepisu, nie ma przeszkód, aby zakaz obejmował działalność prowadzoną przez innych przedsiębiorców, np. przez dystrybutorów działających w ramach sieci franczyzowej, której organizatorem jest dostawca¹⁴³. Decydujące znaczenie ma w tym wypadku efekt polegający na uniemożliwieniu nabywcy wytwarzania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług konkurencyjnych w stosunku do towarów lub usług dostawcy. Tym samym zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej może przybrać

¹⁴² K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX).

¹⁴³ W przypadku sieci franczyzowej ograniczenie polegające na zakazie podejmowania działalności konkurencyjnej dotyczyć będzie rzecz jasna nie działalności gospodarczej, polegającej na organizacji sieci franczyzowej, lecz działalności prowadzonej przez uczestników sieci, tj. np. świadczenia usług gastronomicznych.

jedną z dwóch form. Po pierwsze, zakaz może obejmować działalność polegającą na sprzedawaniu lub odsprzedawaniu produktów konkurencyjnych oferowanych przez konkurentów dostawcy. W takim wypadku zakaz ten może być w pewnym stopniu związany z klauzulą, której przedmiot stanowi zakaz zakupu produktów konkurencyjnych. Po drugie, przedmiot zakazu może stanowić działalność gospodarcza prowadzona przez samego dostawcę. Nabywca byłby tym samym ograniczony w zakresie wejścia na rynek, na którym już obecny jest dostawca. Brzmienie przepisu wskazuje, że może to być działalność polegająca na wytwarzaniu produktów lub ich odsprzedaży¹⁴⁴.

Drugi rodzaj zakazu konkurowania, tj. zakaz dokonywania zakupów produktów, które konkurują z towarami lub usługami objętymi porozumieniem lub obowiązkiem realizacji większości potrzeb zakupowych u określonego dostawcy¹⁴⁵ określany jest pojęciem wyłączności zakupu (ang. *exclusive dealing*). Zakres przedmiotowy zakazu konkurowania zależy od tego jak zdefiniowane zostaną *towary lub usługi objęte porozumieniem*. Tylko wówczas możliwe będzie bowiem wskazanie *towarów i usług z nimi konkurujących*. Brzmienie przepisu sugeruje, że uczestnicy porozumienia dysponują pewnego rodzaju swobodą przy ustalaniu zakresu tego pojęcia. Nie wydaje się to jednak możliwe, biorąc pod uwagę drugą część definicji zakazu konkurowania tego rodzaju, odnoszącą się do *substytutów towarów lub usług i ich substytutów na rynku właściwym*. Tym samym, podczas ustalania zakresów ww. pojęć, konieczne wydaje się odwołanie stron do definicji rynku właściwego produktowo.

Poprzez wyłączność zakupu na nabywcę nałożone zostaje zobowiązanie do koncentracji swoich potrzeb zakupowych dotyczących określonych towarów lub usług u dostawcy lub u przedsiębiorcy wskazanego przez dostawcę¹⁴⁶. Zobowiązanie to może przybrać przy tym jedną z dwóch form. Po pierwsze, będzie to zakaz zakupu jakichkolwiek ilości produktów konkurencyjnych. Druga część definicji zawarta w rozporządzeniu nr 330/2010 stanowi, że z zakazem konkurowania mamy do czynienia również w przypadku, gdy nabywca

¹⁴⁴ Sam zakup produktów nie stanowi bowiem działalności gospodarczej, natomiast w przypadku, gdy dostawca sprzedaje produkt użytkownikowi końcowemu, porozumienie wertykalne w ogóle nie zostaje zawarte.

¹⁴⁵ W doktrynie zauważa się niepoprawność takiego sformułowania. Produkty nie mogą bowiem same z siebie podejmować działalności konkurencyjnej (tak K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX).

¹⁴⁶ Taka sytuacja miała miejsce w sprawie Rady Miejskiej, która w regulaminie utrzymania czystości i porządku w mieście zobowiązała właścicieli nieruchomości do korzystania z usług miejskiej jednostki organizacyjnej przy usuwaniu i unieszkodliwianiu zgromadzonych odpadów komunalnych bądź dokonywania tych czynności indywidualnie. Zdaniem organu antymonopolowego w praktyce oznaczało to, że wywóz odpadów w mieście powierzony został wyłącznie miejskiej jednostce organizacyjnej – Zakładowi Usług Komunalnych. Odwołanie od decyzji zostało następnie oddalone przez SAM (wyrok SAM z 06.12.2000 r., XVII Ama 95/99, niepubl.).

zobowiązany jest do realizacji ponad 80% ogółu swoich zamówień u danego dostawcy lub podmiotu przez niego wskazanego. Wartość ta powinna być obliczana w oparciu o wartość lub ewentualnie wielkość¹⁴⁷ zamówień dokonywanych na daną kategorię produktów w poprzednim roku kalendarzowym¹⁴⁸.

W rezultacie przyjmując za kryterium stopień związania nabywcy z dostawcą, klauzule wyłącznego zakupu można podzielić na tzw. klauzule wyłącznego pokrycia zapotrzebowania, na podstawie których nabywca będzie zobowiązany do realizacji wszystkich zamówień u danego dostawcy, oraz tzw. klauzule minimalnego odbioru, na podstawie których nabywca zobowiązany będzie do realizacji u dostawcy zamówień w stopniu przewyższającym 80% ogólnych potrzeb, ale mniejszym niż 100% zamówień.

Zgodnie z definicją z rozporządzenia nr 330/2010 zobowiązania, o których mowa jest powyżej, mogą zostać nałożone na nabywcę zarówno bezpośrednio, jak i w sposób pośredni. Oznacza to, że jako zakaz konkurencji traktowane powinny być również inne klauzule powodujące tożsamy skutek, takie jak np. wymóg utrzymywania przez nabywcę określonych zapasów danego produktu (ang. *stocking commitments*). Obowiązek ten, chociaż bezpośrednio nie powoduje po stronie nabywcy obowiązku składania cyklicznych zamówień na określone ilości produktów, to rodzi po stronie nabywcy obowiązek uzupełniania zapasów na dany rodzaj produktów produktami dostawcy. Zakaz konkurencji może zostać również osiągnięty poprzez stosowanie przez dostawcę systemu zachęt uzależnionych od ilości lub wartości składanych przez nabywcę zamówień. Nieliniowe ustalanie cen stanowi formę nakłaniania nabywcy do zaspokajania jego potrzeb zakupowych produktami oferowanymi przez dostawcę przy zastosowaniu systemu rabatowego¹⁴⁹. Jednym z rodzajów obniżek stosowanych w tym przypadku przez dostawcę mogą być rabaty ilościowe, tj. takie, których udzielenie uzależnione jest od składania zamówień określonej wielkości. Praktyka ta byłaby tym samym zbliżona do obowiązku minimalnej ilości zakupów. Warto również zwrócić uwagę na praktykę polegającą na udzieleniu nabywcy przez dostawcę rabatu pod warunkiem realizacji u niego określonej części potrzeb¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Druga z wymienionych metod znajdzie zastosowanie w przypadku rynków zasadniczo jednorodnych o zbliżonych cenach, jak np. rynki surowcowe (Ł. Grzejdziak [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, str. 389).

¹⁴⁸ Jeżeli w roku zawarcia porozumienia brakuje danych dotyczących zamówień z poprzedniego roku, wykorzystane mogą zostać dane szacunkowe nabywcy dotyczące jego łącznego rocznego zapotrzebowania (Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 66.).

¹⁴⁹ W tym przypadku decydujące znaczenie będzie miała ocena, czy stworzony przez dostawcę system możliwych do uzyskania korzyści (głównie finansowych) stanowić będzie dla nabywcy wystarczający bodziec, aby zrezygnował on z zamawiania produktów marek konkurencyjnych.

¹⁵⁰ W. K. Tom, D. A. Balto, N. W. Averitt, *Anticompetitive aspects of market-share discounts and other incentives to exclusive dealing*, ALJ, Vol. 67 No. 3, 2000, str. 627.

Jak wskazuje Komisja, taki sam skutek jak wyłączność zakupu może mieć tzw. klauzula angielska¹⁵¹, na podstawie której nabywca zobowiązany jest do informowania dostawcy o każdej lepszej ofercie i może z niej skorzystać tylko wówczas, gdy dostawca nie może jej sprostac¹⁵². Szczególnie wątpliwości wzbudza postanowienie klauzuli przewidujące konieczność ujawnienia przez nabywcę informacji co do tego, który przedsiębiorca złożył daną ofertę. Tego typu postanowienie umożliwia bowiem przepływ pomiędzy dostawcami kluczowych informacji o charakterze handlowym, ułatwiając tym samym zawarcie przez nich zmywy, mającej charakter porozumienia horyzontalnego. Szczególny rodzaj wyłączności zakupu został zastosowany w sprawie *Van den Bergh Foods* dotyczącej dostawcy, który przekazywał dystrybutorom „impulsowe” lodówki przeznaczone do przechowywania lodów. Lodówki przekazywane były bezpłatnie, lecz pod warunkiem utrzymywania w nich jedynie produktów dostawcy¹⁵³. R. Poździk zauważa, że do porozumień o wyłączne zakupy należy zaliczyć również m.in. obowiązek zapłaty marży z tytułu sprzedaży towarów nabytych u innych dostawców¹⁵⁴; uprawnienie dostawcy do rozwiązania umowy bez okresu wypowiedzenia w przypadku zakupu produktów innych dostawców oraz obowiązek uzyskania zgody na sprzedaż innych towarów niż dostarczone przez organizatora sieci¹⁵⁵.

Treść polskiego rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r. przewiduje definicję zakazu konkurencji (§ 1 pkt 12). Definicja zakazu konkurencji jest niemal tożsama z definicją zawartą w prawie unijnym¹⁵⁶.

Niemniej jednak istotne znaczenie ma fakt, że polskie rozporządzenie o wyłączeniach grupowych porozumień wertykalnych, w przeciwieństwie do swojego odpowiednika w prawie unijnym, przewiduje definicję zobowiązania wyłącznego zakupu. Zgodnie z treścią

¹⁵¹ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 129.

¹⁵² C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 262; decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2005 r., nr DOK-172/05 PKP Cargo.

¹⁵³ Wyrok SPI z 23.10.2003 r. w sprawie nr T-65/98 *Van den Bergh Foods*.

¹⁵⁴ W tym wypadku należy zaznaczyć, że chodzi raczej o dodatkową opłatę, a nie marżę. Ta bowiem stanowi różnicę pomiędzy ceną zakupu a ceną sprzedaży.

¹⁵⁵ R. Poździk, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Lublin 2006, str. 227-228.

¹⁵⁶ Zgodnie z treścią § 1 punkt 12 rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r. zakaz konkurencji będzie stanowić po pierwsze wyłączenie uprawnień nabywcy do wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty towarów objętych porozumieniem wertykalnym (podpunkt a), po drugie, zakazem konkurencji określone zostało zobowiązanie nabywcy do dokonywania u określonego dostawcy lub przedsiębiorców przez niego wskazanych ponad 80% swoich wszystkich zakupów towarów objętych porozumieniem wertykalnym i towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za ich substytuty, obliczonych na podstawie wartości lub, jeśli jest to przyjęte na określonym rynku właściwym, wielkość zakupów dokonanych przez nabywcę w poprzednim roku kalendarzowym (podpunkt b). W rozporządzeniu RM mowa jest jedynie o towarach objętych zakazem konkurencji, które jednak zgodnie z art. 4 pkt 7 u.o.k.i.k. definiowane są jako rzeczy, jak również energia, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

§ 1 punkt 3 rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r., zobowiązanie wyłącznego zakupu oznacza *klauzule zawarte w porozumieniach wertykalnych, na podstawie których nabywca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się kupować towary objęte porozumieniem wertykalnym wyłącznie od jednego dostawcy*. Z uwagi na podobieństwo definicji pierwszej formy zakazu konkurowania właśnie do ww. definicji zobowiązania (wyłączności zakupu) do instytucji opisanej w ww. definicji należy zastanowić się, w jakim stosunku pozostają do siebie obie instytucje na gruncie prawa krajowego. Analizując po kolei elementy obu definicji stwierdzić należy, po pierwsze, że o ile zakaz konkurowania stanowi zobowiązanie nabywcy do dokonywania określonej wielkości zakupów od dostawcy lub przedsiębiorców przez niego wskazanych¹⁵⁷, o tyle w definicji zobowiązania wyłączności zakupu mowa jest jedynie o zobowiązaniu do dokonywania zakupów wyłącznie od „jednego dostawcy”. Wyłączność zakupu nie będzie mogła tym samym obejmować obowiązku dokonywania zakupów od np. pewnej kategorii dostawców. Jednocześnie nic nie stoi na przeszkodzie, aby „jedynym dostawcą” był przedsiębiorca wskazany przez stronę porozumienia. Po drugie, o ile zakaz konkurowania dotyczy zobowiązania do nabywania u określonego dostawcy lub przedsiębiorców przez niego wskazanych ponad 80% zakupów, definicja wyłączności zakupu stanowi, że nabywca nie będzie w ogóle kupował towarów u innych dostawców. Po trzecie, jeżeli chodzi o towary objęte danym ograniczeniem, zakaz konkurowania obejmuje towary objęte porozumieniem wertykalnym oraz towary, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za ich substytuty. Zobowiązanie wyłączności zakupu obejmuje natomiast jedynie towary objęte porozumieniem wertykalnym. W praktyce wiele zatem zależy od tego, czym są „towary objęte porozumieniem wertykalnym”, a zatem od tego, jak towary te zostaną zdefiniowane przez strony porozumienia. W praktyce nic nie stoi na przeszkodzie, aby strony określiły towary objęte porozumieniem poprzez wskazanie określonej kategorii produktów. Zakresy obu ograniczeń mogą być w takim wypadku tożsame. Po przeprowadzeniu powyższej analizy należy stwierdzić, że nie jest uzasadnione wyodrębnianie definicji zobowiązania wyłącznego zakupu. Ograniczenie to zostało już bowiem objęte zakresem rozporządzenia poprzez wprowadzenie dwuczłonowej definicji zakazu konkurowania. Podobnie bowiem jak w przypadku prawa unijnego i rozporządzenia nr 330/2010 wyłączność zakupu wprowadzona została definicją drugiej formy zakazu konkurowania. Nie znajduje uzasadnienia

¹⁵⁷ Ustawodawca unijny w definicji zakazu konkurowania posługuje się liczbą pojedynczą.

wprowadzanie tego typu rozbieżności pomiędzy aktem prawa unijnego a rozporządzeniem krajowym.

Badając wykorzystanie zakazu konkurencji jako ograniczenia konkurencji wprowadzanego w ramy porozumień wertykalnych, należy również zwrócić uwagę na wykorzystanie w obrocie gospodarczym klauzul, które chociaż w pewnych aspektach przypominają klauzule zakazu konkurencji, nie stanowią ograniczeń wertykalnych. Ograniczenia wertykalne to ograniczenia konkurencji zawarte w porozumieniu wertykalnym. Zgodnie z definicjami zawartymi w unijnym i polskim rozporządzeniu o wyłączeniach grupowych porozumień wertykalnych, porozumienia te zostały zdefiniowane jako porozumienia zawierane pomiędzy podmiotami działającymi na różnych szczeblach obrotu, dotyczące warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży niektórych towarów i usług przez ich strony (art. 1 ust. 1 pkt a rozporządzenia nr 330/2010 oraz § 3 pkt 2 rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r.). Z powyższego wynika, że, aby dane porozumienie zostało zakwalifikowane jako porozumienie wertykalne, spełniona musi zostać przesłanka podmiotowa (strony porozumienia muszą być przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu) oraz przedmiotowa (porozumienie musi dotyczyć warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów bądź usług przez strony porozumienia). Klauzule zawarte w porozumieniach niespełniających ww. przesłanek nie stanowią ograniczeń wertykalnych, a zatem nie mogą zostać potraktowane jako zakaz konkurencji w rozumieniu rozporządzeń o wyłączeniach grupowych. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na wyrok Trybunału w sprawie *Maxima Latvija*¹⁵⁸. Sprawa ta dotyczyła przedsiębiorcy prowadzącego sklepy wielkopowierzchniowe, który w zawieranych umowach najmu, wprowadzał klauzule, na podstawie których właściciel centrum handlowego zobowiązany był uzyskać zgodę Maxima na wynajęci innemu przedsiębiorcy powierzchni niewynajmowanej Maxima¹⁵⁹. Rozpatrując sprawę łotewski organ antymonopolowy uznał to działanie za naruszające prawo ochrony konkurencji, porozumienie wertykalne, stwierdzając jednocześnie, że nie ma konieczności wykazywania, że tego typu ograniczenie utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Oznacza to, że porozumienie zostało uznane za zakazane ze względu na cel. Po podtrzymaniu decyzji przez regionalny sąd administracyjny Maxima wniosła skargę kasacyjną do sądu odsyłającego, który z kolei zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi

¹⁵⁸ Wyrok Trybunału z 26.11.2015 r. w sprawie C-345/14 *Maxima Latvija*.

¹⁵⁹ Szerzej: O. Stefanowicz, *Klauzule antykonkurencyjne w umowach najmu lokali wielkopowierzchniowych w galeriach handlowych. Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 listopada 2015 r. w sprawie C-345/14 SIA Maxima Latvija przeciwko Konkurences padome*, IKAiR nr 1(5)/2016, str. 148 i n.

dotyczącymi tego, czy analizowane działanie stron należy uznać za porozumienie, którego celem jest ograniczenie konkurencji, a także tego, jakie okoliczności należy wziąć pod uwagę dokonując analizy porozumienia oraz czy dla ustalenia, czy porozumienie ma znamiona porozumienia zakazanego, konieczne jest zbadanie jego potencjalnych skutków na rynku¹⁶⁰. W wydanym wyroku Trybunał uznał, że analizowane porozumienie nie powinno zostać uznane za zakazane ze względu na sam jego charakter (ze względu na cel)¹⁶¹. Trybunał zwrócił uwagę, że ze względu na kontekst ekonomiczny porozumienia, na podstawie analizy ich treści, nie można jednoznacznie wykazać ich szkodliwości dla konkurencji, w stopniu uzasadniającym uznanie za zakazane ze względu na cel¹⁶². Jednocześnie Trybunał stwierdził, że ocena wpływu porozumienia na konkurencję wymaga uwzględnienia kontekstu gospodarczego i prawnego, a także ich kumulatywnego wpływu na konkurencje wywoływanego razem z innymi porozumieniami, a także pozycji rynkowej stron porozumienia, czasu, na jaki została zawarta umowa, oraz potencjalnych skutków danego porozumienia dla konkurencji¹⁶³.

Klauzula stosowana przez Maxima wykazuje pewne podobieństwo do pierwszej z analizowanych form zakazu konkurencji, tj. z wyłączeniem zakupu. Ogranicza ona bowiem swobodę kontraktowania strony porozumienia poprzez uniemożliwienie pozabawionego ograniczeń zawierania umów z podmiotami prowadzącymi działalność konkurencyjną

w stosunku do Maxima. W tym kontekście należy dokonać analizy spełnienia przez porozumienie zawierane w przedmiotowej sprawie przesłanek porozumienia wertykalnego. W zakresie przesłanki podmiotowej należy stwierdzić, że przedsiębiorcy działają na różnych szczeblach obrotu (jednocześnie warto zaznaczyć, że działają również na zupełnie innych rynkach). Co do przesłanki przedmiotowej, należy stwierdzić, że przesłanka ta nie została spełniona. Porozumienie dotyczy bowiem nie „warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży niektórych towarów lub usług”, ale warunków zawarcia umowy najmu¹⁶⁴. W oparciu o powyższe przedmiotowego porozumienia nie można zakwalifikować jako „porozumienia wertykalnego”, a zawartej w nim klauzuli jako „ograniczenia wertykalnego” w postaci „zakazu konkurencji” w rozumieniu rozporządzenia nr 330/2010. Niemniej jednak z uwagi

¹⁶⁰ Tamże, pkt 10.

¹⁶¹ Tamże, pkt 21.

¹⁶² Tamże, pkt 23.

¹⁶³ Tamże, pkt 25-30.

¹⁶⁴ K. Kohutek, *Zastrzeżenie wyłączności wynajmu lokalu wielkopowierzchniowego a zakaz z art. 101 ust. 1 TjUE. Głosa do wyroku TS z dnia 26 listopada 2015 r., C-345/14, Głosa 2016/2/85-92.*

na istotne podobieństwo obu ograniczeń, do oceny klauzuli zawartej w umowie najmu powinno stosować się zasady oceny antymonopolowej dotyczące zakazu konkurencji.

8.2. Kwalifikacja prawna zakazu konkurencji

Zakaz konkurencji nie stanowi pojęcia jednolitego; można bowiem wyróżnić jego dwa rodzaje. Są to: zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej oraz wyłączność zakupu. Powyższy podział ma istotny wpływ na kwalifikację prawną omawianej praktyki.

Porozumienia o zakazie podejmowania działalności konkurencyjnej, polegające na zakazie podejmowania określonej działalności gospodarczej przez nabywcę, należy przede wszystkim zakwalifikować jako porozumienia polegające na podziale rynku zbytu lub zakupu (art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.i.k. lub art. 101 ust. 1 pkt c TfUE), z zastrzeżeniem, że z uwagi na charakter zakazu konkurencji, polegający na zobowiązaniu do określonego zachowania lub zaniechania wyłącznie jednej strony stosunku prawnego, tj. nabywcy¹⁶⁵, w przypadku omawianego ograniczenia konkurencji mamy do czynienia jedynie z podziałem rynku wyższego szczebla. Podział ten następuje przy zastosowaniu kryterium przedmiotowego, tj. wskazania rodzaju działalności, której nabywca nie może podejmować. W przypadku, gdy zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej obejmuje zakaz sprzedaży produktów konkurencyjnych, porozumienia tego typu mogą wywoływać skutek polegający na ograniczeniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem (art. 6 ust. 1 pkt 6 u.o.k.i.k.).

Podobnej kwalifikacji podlega wyłączność zakupu. Porozumienia tego rodzaju przede wszystkim mogą polegać na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem (art. 6 ust. 1 pkt 6 u.o.k.i.k.)¹⁶⁶. W sprawie obrotu drożdżami piekarskimi Prezes UOKiK stwierdził, że zawarcie przez producenta drożdży oraz jego dystrybutora umów handlowych zawierających klauzulę wyłącznego zakupu ograniczało dostęp do rynku przedsiębiorcom nieobjętych porozumieniem¹⁶⁷. Zwraca się jednocześnie uwagę, że klauzule wyłączności zawsze w mniejszym lub większym zakresie powodują również podział rynku¹⁶⁸, wypełniając tym samym przesłanki art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.i.k. lub

¹⁶⁵ Art. 1 ust. 1 pkt d rozporządzenia nr 330/2010 oraz § 3 pkt 12 ppkt a rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r. W przypadku zakazu konkurencji podział rynku nastąpi w oparciu o kryterium przedmiotowe.

¹⁶⁶ Przepis art. 6 ust. 1 pkt 6 u.o.k.i.k. nie znajduje odpowiednika na gruncie prawa unijnego.

¹⁶⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2006 r., nr DOK-164/06.

¹⁶⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2003 r., nr RŁO-13/2003); R. Poźdżik, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Lublin 2006, str. 276. Zwraca się również uwagę, że porozumienia o wyłączności zakupu w przypadku ich równoległego zawierania przez konkurentów zwiększają ryzyko zawarcia porozumienia horyzontalnego na szczeblu produkcji lub dystrybucji hurtowej (D. Miąsik, *Reguła rozsądku*

art. 101 ust. 1 pkt c TfUE. Takiej kwalifikacji dokonał Prezes UOKiK w sprawie dotyczącej przewozu osób statkiem po rzece Wiśle w Sandomierzu, w której na podstawie zawartego porozumienia Oddział Polskiego Towarzystwa Turystyczno-Krajobrazowego im. Aleksandra Patkowskiego w Sandomierzu zobowiązany był do kupowania usług przewozu osób statkiem po rzece Wiśle w Sandomierzu wyłącznie od Tadeusza P. w Sandomierzu.

Oba rodzaje zakazu konkutowania mogą występować w porozumieniach mających charakter porozumień wertykalnych lub horyzontalnych¹⁶⁹. Wyłączność zakupu stanowi ograniczenie konkurencji charakterystyczne dla porozumień zawieranych przez przedsiębiorców działających na różnych szczeblach obrotu, natomiast klauzula zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, w przypadku, gdy obejmuje zakaz podejmowania działalności prowadzonej przez dostawcę, dotyczyć będzie konkurentów lub potencjalnych konkurentów, którzy mogą pozostawać również w relacji wertykalnej (dostawca-nabywca). Może ona być jednak również zawierana w relacji „czysto” wertykalnej, której strony nie są nawet potencjalnymi konkurentami. Taka sytuacja będzie miała miejsce w przypadku, gdy klauzula obejmuje działalność polegającą na sprzedawaniu i odsprzedawaniu produktów konkurujących z produktami objętymi porozumieniem.

Kwalifikacja prawna porozumień zawierających zakaz konkutowania do kategorii porozumień zakazanych ze względu na cel lub skutek jest znacznie utrudniona z uwagi na niejednorodny charakter omawianej instytucji. Analiza tego zagadnienia powinna obejmować zarówno formę ograniczenia konkurencji, jak również poziom obrotu, na którym prowadzą działalność jego uczestnicy.

Porozumienia wertykalne (w tym porozumienia dystrybucyjne) z reguły powodują szereg prokonkurencyjnych skutków polegających na zwiększeniu efektywności przedsiębiorców, a co za tym idzie wywołują pozytywny efekt na dobrobyt konsumentów stanowiący ostateczny cel prawa antymonopolowego¹⁷⁰. Na prokonkurencyjny charakter porozumień wertykalnych wskazuje fakt objęcia ich wyłączeniem grupowym na podstawie

w prawie antymonopolowym. *Studium prawoporównawcze*, Kraków 2004, str. 526; W. K. Tom, D. A. Balto, N. W. Averitt, *Anticompetitive aspects of market-share discounts and other incentives to exclusive dealing*, ALJ, Vol. 67, No. 3, 2000, str. 617); T. Skoczny, *Przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym w świetle orzecznictwa*, Warszawa 1994, str. 70.

¹⁶⁹ Zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 pkt c rozporządzenia nr 330/2010 pojęcie „przedsiębiorstwa konkurującego” oznacza „rzeczywistego lub potencjalnego konkurenta; „rzeczywisty konkurent” oznacza przedsiębiorstwo działające na tym samym rynku właściwym; „potencjalny konkurent” oznacza przedsiębiorstwo, co do którego można realnie, a nie tylko teoretycznie zakładać, że gdyby porozumienie wertykalne nie istniało, to w odpowiedzi na niewielki, lecz trwały wzrost cen względnych takie przedsiębiorstwo zdecydowałoby się przeprowadzić w krótkim czasie konieczne dodatkowe inwestycje lub ponieść inne niezbędne koszty dostosowawcze, aby wejść na rynek właściwy”.

¹⁷⁰ Szerzej: P. Bielińska-Grotthuss, *Porozumienia ograniczające konkurencję w prawie polskim i wspólnotowym*, Glosa 2004/3, str. 6.

rozporządzenia nr 330/2010 oraz rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r. Słuszne wydaje się zatem poprzedzenie dokonania ich oceny antymonopolowej analizą rzeczywistych lub potencjalnych skutków rynkowych praktyki.

W doktrynie prawa antymonopolowego zwraca się uwagę na wysoce niedookreślony charakter przepisu art. 6 ust. 1 pkt 6 u.o.k.i.k.¹⁷¹ konstytuującego praktykę polegającą na ograniczeniu dostępu do rynku. Jego literalna interpretacja nakazywałaby bowiem uznać, że każda klauzula wyłączności zakupu powoduje w pewnym zakresie utrudnienie dostępu do rynku. Tak było w sprawie *PKP Cargo*, kiedy podstawą wydania przez Prezesa UOKiK decyzji był materiał dowodowy w postaci postanowień umownych¹⁷². W określonych okolicznościach klauzula tego rodzaju nie będzie jednak prowadzić do rzeczywistego zamknięcia rynku dla przedsiębiorców niebędących stroną porozumienia. W przywołanej wcześniej sprawie dotyczącej dystrybucji drożdży piekarskich organ antymonopolowy uznał, że sama weryfikacja postanowień umownych nie wystarczyła do dokonania oceny praktyki. Dotychczasowe orzecznictwo unijne skupiało się raczej na analizie skutków zakazu konkurencji¹⁷³. Również Prezes UOKiK zauważa, że zobowiązania wyłącznego zakupu nie są przez ustawodawcę traktowane w sposób restrykcyjny¹⁷⁴.

Analogicznie do wyłączności zakupu powinny być oceniane porozumienia zawierające zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej w formie ograniczenia nabywcy możliwości sprzedaży lub odsprzedaży produktów konkurencyjnych. W taki sposób powinna być również oceniana klauzula zakazująca podejmowania współpracy z konkurentem dostawcy działającym na rynku świadczenia usług. Taka sytuacja miała miejsce w sprawie prowadzonej przez włoski organ ochrony konkurencji dotyczącej klauzuli zakazu prowadzenia działalności konkurencyjnej przez taksówkarzy zrzeszonych w jednej z korporacji. W sprawie tej włoski organ antymonopolowy stwierdził, że klauzule te mogą być uzasadnione, jeżeli są ukierunkowane na zapewnienie właściwego funkcjonowania przedsiębiorstwa, a zatem same w sobie nie wydają się mieć antykonkurencyjnego celu; zaznaczył jednak, że w określonym kontekście gospodarczym zakaz prowadzenia działalności konkurencyjnej będzie ograniczał konkurencję¹⁷⁵. Podobnie w jednym z wyroków SAM, sąd

¹⁷¹ C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, str. 307 i n.

¹⁷² Decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2005 r., nr DOK-172/05.

¹⁷³ Wyrok Trybunału z 28.02.1991 r., w sprawie C-234/89 *Delimitis*, pkt 10-13; Szerzej: opinia rzecznika generalnego Fennelly z 7.07.2000 r. w sprawie C-214/99 *Neste*, pkt 18-19.

¹⁷⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 28.12.2006 r. nr RWA-46/2006, str. 12-13.

¹⁷⁵ Decyzja włoskiego organu ochrony konkurencji (*Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato*) z 27.06.2018 r. nr I801B, *Taxi – Milano*. Szerzej: G. Materna, *Klauzule o zakazie konkurencji jako bariera rozwoju alternatywnych kanałów rezerwacji taksówek w świetle decyzji Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato z 27 czerwca 2018 r. (sprawa I801B, Taxi – Milano)*, IKAiR nr 8(7)/2018, str. 158 i n.

nie zakwestionował praktyki operatora telewizji kablowej polegającej na zobowiązaniu operatora spółdzielni do nieudostępniania jego konkurentom obiektów infrastruktury technicznej dla prowadzenia analogicznej działalności¹⁷⁶.

Znacznie bardziej skomplikowana jest ocena pod tym kątem porozumień o zakazie konkurencji, polegająca na ograniczeniu nabywcy w podejmowaniu działalności gospodarczej prowadzonej przez dostawcę. Co do zasady porozumienia horyzontalne traktowane są bowiem bardziej rygorystycznie z uwagi na znacznie większy antykonkurencyjny potencjał (szczegółowa analiza tego zagadnienia zawarta została w części pracy poświęconej porozumieniom kooperacyjnym). Niemniej jednak również tego typu porozumienia mogą podlegać wyłączeniu grupowemu. Zgodnie z treścią art. 2 ust. 4 rozporządzenia nr 330/2010, a także § 6 rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r., wyłączenie grupowe znajduje zastosowanie do porozumień wertykalnych zawieranych przez konkurentów, pod warunkiem że porozumienia te mają charakter niewzajemny oraz że dotyczą modelu podwójnej dystrybucji¹⁷⁷. Porozumienie należące do tej szczególnej kategorii porozumień w przypadku spełnienia ww. wymogów oceniane będą w sposób analogiczny do porozumień wertykalnych¹⁷⁸. W przeciwnym wypadku porozumienie podlegać będzie standardowej ocenie antymonopolowej (z uwzględnieniem regulacji wyłączeń grupowych kooperacyjnych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych). W tym kontekście należy zauważyć, że z uwagi na traktowanie horyzontalnych porozumień podziałowych za nacechowane wyjątkowo silnym potencjałem antykonkurencyjnym¹⁷⁹, ich ocena antymonopolowa będzie znacznie bardziej surowa.

9. Korzyści i zagrożenia dla konkurencji wynikające z porozumień wertykalnych

9.1. Korzyści dla konkurencji wynikające z zakazu konkurencji w porozumieniach wertykalnych

W porównaniu do porozumień horyzontalnych, porozumienia zawierane pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu znacznie częściej wywołują pozytywne skutki dla konkurencji. Skutki te mogą równoważyć lub przeważać negatywne

¹⁷⁶ Wyrok SAM z 06.12.1995 r., XVII Amr 44/95, Wokanda nr 1/1997.

¹⁷⁷ Szerzej w dalszej części opracowania.

¹⁷⁸ Również w zakresie zastosowania odpowiednich wytycznych, w pkt 27 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych Komisja zauważa, że wertykalne aspekty porozumień wertykalnych zawieranych pomiędzy konkurentami powinny być oceniane na podstawie tychże wytycznych, a nie wytycznych w sprawie ograniczeń horyzontalnych.

¹⁷⁹ Zob. E. Elhauge, D. Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Oksford 2007, str. 114; R. Whish, *Competition Law*, Oksford 2003, str. 477.

efekty zawarcia tego typu porozumień tak, że po przeprowadzeniu ekonomicznej analizy danej sprawy, okaże się, że stosowanie określonych ograniczeń wertykalnych należałoby uznać za uzasadnione, a tym samym spełniające warunki wyłączenia spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień. Komisja podkreśla w Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, że pozytywne skutki porozumień wertykalnych spowodowane mogą być przede wszystkim promowaniem konkurencji pozacenowej i polepszeniem jakości świadczonych usług¹⁸⁰. Bardziej skomplikowane transakcje handlowe, wykraczające poza zobowiązanie sprzedaży i wydania towaru po stronie dostawcy oraz zakupu i zapłaty ceny po stronie nabywcy, chociaż narzucające na strony transakcji inne niż wskazane wyżej, czasami bardzo istotne, obowiązki, mogą przyczynić się do bardziej optymalnego poziomu inwestycji i sprzedaży.

Porozumienia wertykalne zawierające zakaz konkurencji mogą powodować rozwiązanie tzw. problemu gapowicza, nazywanego też efektem „wolnego jeźdźca” (ang. *free-riding problem*), oznaczającego sytuację rynkową, w której jeden przedsiębiorca korzysta z pewnego dobra, nie ponosząc kosztów związanych z jego promocją lub świadczeniem dodatkowych usług, przy czym koszty te ponoszone są przez innych przedsiębiorców¹⁸¹. Tego typu sytuacja może zaistnieć w przypadku, gdy niektórzy dystrybutorzy „pasożytniczą” na działaniach promocyjnych prowadzonych przez innych dystrybutorów danych produktów, nie ponosząc przy tym kosztów tych działań. Efektem tego typu sytuacji jest rezygnacja dystrybutorów z prowadzenia lepszej obsługi klientów poprzez zapewnianie im kompleksowej informacji i pomocy, a także działań promocyjnych z uwagi na fakt, że ostatecznego zakupu nabywca dokonuje u dystrybutora nieponoszącego dodatkowych kosztów, a zatem zdolnego do oferowania produktów w lepszej cenie. Podobny przykład efektu „wolnego jeźdźca” może stanowić sytuacja, w której jeden z producentów produktów danego rodzaju inwestuje w rozwój punktu sprzedaży swojego dystrybutora, natomiast inny producent produktów tego rodzaju, którego produkty również oferowane są w tym punkcie sprzedaży, korzysta z efektu polepszenia jakości usług oferowanych w tym lokalu, chociaż w przeciwieństwie do pierwszego producenta nie poniósł żadnych, związanych z tym kosztów. W konsekwencji pierwszy producent może zrezygnować z inwestycji w lokal dystrybutora, gdyż uzna, że nie chce pośrednio wspierać sprzedaży produktów swojego konkurenta. Tego

¹⁸⁰ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 106.

¹⁸¹ R. Poździk, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Lublin 2006, str. 36; szerzej: H. W. Friederiszick, E. Głowicka, *Competition policy in modern retail markets*, Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 4, Issue 1, 2016, str. 10 i n.; B. Klein, A.V. Lerner, *The expanded economics of free-riding: How exclusive dealing prevents free-riding and creates undivided loyalty*, ALJ, Vol. 74, No. 2, 2007, str. 473.

typu rezultat nie jest korzystny dla konsumentów, gdyż nie zostaje zwiększony poziom jakości obsługi w lokalu dystrybutora (a także usług posprzedażowych) oraz prowadzenia działań promocyjnych przez dystrybutora. Opisanemu wyżej przypadkowi efektu gapowicza zapobiegać może wprowadzenie do umowy producenta z dystrybutorem zakazu konkurencji. Należałoby jednak w pierwszej kolejności zbadać czy lepsza jakość obsługi, czy też aktywacje promocyjne faktycznie przyciągają do lokalu dystrybutora klientów, którzy mogą kupić produkty konkurencyjne w stosunku do produktów oferowanych przez producenta inwestującego w lokal, tzn. promocja odbywa się w lokalu nabywcy i jest ogólna, a nie poświęcona jednej marce¹⁸².

W przypadku, kiedy producent określonego produktu chce dopiero wejść na nowy rynek, możliwe, że konieczne będzie w tym celu podjęcie pewnych działań przez dystrybutora jego produktu (tzw. inwestycje dokonywane za pierwszym razem). Aby dystrybutor zgodził się podjąć tego typu działania, konieczne okazać się może zapewnienie mu (przynajmniej na określony czas) ochrony przed konkurencją ze strony innych dystrybutorów (czasami może okazać się uzasadnione zapewnienie mu ochrony nie tylko przed sprzedażą aktywną innych dystrybutorów, ale także sprzedażą bierną). W tym kontekście należy zwrócić uwagę na możliwość połączenia w jednym porozumieniu dwóch ograniczeń wertykalnych, a mianowicie zakazu konkurencji oraz wyłączności sprzedaży. Tego typu sytuacja polegałaby z jednej strony, na zapewnieniu ochrony terytorialnej dystrybutorowi, z drugiej zaś na zapewnieniu przez dystrybutora sprzedaży na danym terytorium wyłącznie produktów tego producenta.

Porozumienia wertykalne mogą rozwiązywać również tzw. problem zatoru (ang. *hold-up problem*). Dotyczy to przypadków, w których konieczna okazuje się inwestycja dostawcy w konkretnego dystrybutora. Komisja podaje w tym przypadku przykłady zapewnienia specjalnego sprzętu lub szkoleń pracowników klienta. Poczynienie określonych nakładów dostawca może chcieć uzależnić od określonych zobowiązań klienta, np. od zobowiązania do zakupu przez dystrybutora wyłącznie towarów oferowanych przez danego dostawcę lub też zakazu sprzedaży lub odsprzedaży produktów konkurencyjnych. Zdaniem Komisji, aby wprowadzenie ograniczenia konkurencji (np. zakazu konkurencji) było uzasadnione, spełnione muszą być określone przesłanki. Po pierwsze, inwestycja musi być związana z konkretną umową. W przypadku dokonania inwestycji przez producenta (i związanego z nią wprowadzenia w ramy stosunku handlowego zakazu konkurencji) należy uznać, że jest ona

¹⁸² Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 107 ppkt a.

związana z konkretną umową, jeżeli po wygaśnięciu tej umowy inwestycja nie może być wykorzystana przez dostawcę do zaopatrywania innych klientów i może być sprzedana jedynie ze znaczną stratą¹⁸³. Po drugie, inwestycja musi być długoterminowa, która się szybko nie zwraca. Po trzecie, inwestycja musi być asymetryczna, co oznacza, że jedna ze stron inwestuje więcej niż druga. W przypadku spełniania ww. warunków, wprowadzenie ograniczenia wertykalnego w postaci np. zakazu konkurencji (w przypadku inwestycji dostawcy) może okazać się uzasadnione na czas amortyzacji inwestycji. Odrębnym regułem podlegać będą porozumienia, na podstawie których jedna ze stron uzyskała dostęp do istotnego *know-how*¹⁸⁴.

Kolejnym pozytywnym efektem wywoływanym przez porozumienia wertykalne zawierające zakaz konkurencji może być uzyskanie niższych cen detalicznych danego produktu poprzez wykorzystanie korzyści skali. W tym celu producent może skoncentrować sprzedaż swoich produktów na niewielkiej liczbie dystrybutorów poprzez np. wprowadzenie do umowy wymogu dokonywania zakupów o minimalnej wielkości lub wartości czy też wyłączność zaopatrzenia¹⁸⁵.

Porozumienia wertykalne mogą prowadzić do rozwiązywania tzw. problemów niedostatków rynku kapitałowego. Sytuacja ta będzie miała miejsce w przypadku, gdy typowe instytucje kredytowe nie realizują w pełni potrzeb kredytowych określonego podmiotu, a pozostałej części kredytu udziela mu kontrahent handlowy (np. producent produktów dystrybuowanych przez pożyczkobiorcę)¹⁸⁶. Pomoc ta może być jednak uzależniona np. od zobowiązania się nabywcy do nieoferowania produktów konkurencyjnych w stosunku do produktów dostawcy czy też zobowiązania do realizowania u dostawcy określonej wartości lub wielkości zakupów¹⁸⁷.

Pozytywnym skutkiem zakazu konkurencji może być również efekt w postaci jednolitości w ramach systemu dystrybucji, w tym także zobowiązanie dystrybutorów do stosowania określonych standardów w zakresie jakości¹⁸⁸.

Również w polskim orzecznictwie zwrócono uwagę na pozytywne efekty wywoływane przez porozumienia wertykalne. W wyroku w sprawie dystrybucji nawozów SAM zwrócił uwagę, że z reguły omawiane ograniczenie konkurencji prowadzi do usprawnienia dystrybucji

¹⁸³ Tamże, pkt 107 ppkt d.

¹⁸⁴ Tamże, pkt 107 ppkt e.

¹⁸⁵ Tamże, pkt 107 ppkt g.

¹⁸⁶ K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX.

¹⁸⁷ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 107 ppkt h.

¹⁸⁸ Tamże, pkt 107 ppkt i.

poprzez umożliwienie dokładniejszego planowania sprzedaży towarów w dłuższym czasie oraz zapewnienia dostawy na stałych zasadach; pozwala ograniczyć ryzyko zmian warunków rynkowych i obniżyć koszty dystrybucji; sprzyja promocji sprzedaży i prowadzi do zwiększenia zbytu, stwarzając po stronie dostawcy zainteresowanie przyczynieniem się do ulepszenia struktury sieci oraz wpływania na jakość i wielkość sprzedaży; stymuluje konkurencję pomiędzy produktami różnych producentów; a także zapewnia regularne dostawy towarów oraz szybsze i łatwiejsze ich nabywanie dla konsumentów¹⁸⁹.

Podsumowując, stwierdzić należy, że porozumienia wertykalne, w tym także porozumienia zawierające w swojej treści zakaz konkurencji (zarówno w formie wyłączności zakupów, jak i zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej) stosowany samodzielnie lub w połączeniu z innymi ograniczeniami wertykalnymi, w znacznym stopniu może przyczynić się do wywołania prokonkurencyjnych efektów rynkowych¹⁹⁰. Powyższe zawsze powinno być brane pod uwagę w trakcie oceny konkretnego porozumienia. Ponadto należy zgodzić się z poglądem wyrażonym w jednym z wyroków SAM, zgodnie z którym z uwagi na uznaniowy charakter decyzji wydawanych przez organ antymonopolowy powinny one uwzględniać szeroko rozumiany kontekst gospodarczy, w tym również interesy innych podmiotów gospodarczych, oraz przede wszystkim konsumentów, a przeprowadzenie ww. analizy stanowi obowiązek organu¹⁹¹.

9.2. Zagrożenia dla konkurencji wynikające z zakazu konkurencji w porozumieniach wertykalnych

Celem przepisów dotyczących ochrony konkurencji w zakresie zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami porozumień jest identyfikacja porozumień wywołujących antykonkurencyjne skutki rynkowe. O ile bowiem, w pewnym zakresie, możliwe jest uzasadnienie wprowadzenia określonych ograniczeń konkurencji, to równie ważne jest uwzględnienie w analizie negatywnych skutków wywoływanych przez nie dla konkurencji. Dopiero bowiem porównanie skutków antykonkurencyjnych i równoważących je skutków w zakresie zwiększenia efektywności pozwoli odpowiedzieć na pytanie, czy skutki

¹⁸⁹ Wyrok SAM z 6.12.1995 r., XVII Amr 47/95, Wokanda nr 1/1997. Powyższe korzyści umieszczone zostały również w projekcie *Wyjaśnień Urzędu Antymonopolowego w sprawie stosowania przepisów ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym do porozumień dotyczących wyłącznej sprzedaży i wyłącznego zakupu* (I. Wiszniewska, *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, Warszawa 1995, str. 97-98).

¹⁹⁰ W przypadku klauzul wyłącznego zakupu SAM uznał nawet, że korzyści gospodarcze, jakie niosą ze sobą transakcje wyłączne, z reguły przeważają nad negatywnymi skutkami ograniczeń konkurencji (wyrok SAM z 6.12.1995 r., XVII Amr 47/95, Wokanda nr 1/1997). Podobnie SAM w wyroku z 6.12.1995 r., XVII Amr 44/95, Wokanda nr 1/1997.

¹⁹¹ Wyrok SAM z 6.12.1995 r., XVII Amr 47/95, Wokanda nr 1/1997.

prokonkurencyjne **powodowane** przez badane porozumienie wertykalne równoważą negatywne skutki rynkowe, a co za tym idzie pozwoli stwierdzić, czy analizowane porozumienie jest legalne, czy też nie może skorzystać z wyłączenia spod zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TfUE lub art. 6 u.o.k.i.k. Porozumienia wertykalne zawierające ograniczenia konkurencji mogą powodować szereg skutków antykonkurencyjnych, z których najważniejsze zostały omówione poniżej.

Po pierwsze, zawarcie przez strony porozumienia ograniczeń wertykalnych może powodować zamknięcie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Chodzi w tym wypadku zarówno o jego konkurentów faktycznych, jak również potencjalnych. W przypadku podmiotów już obecnych na rynku zawarte porozumienie wertykalne może stanowić barierę uniemożliwiającą lub utrudniającą prowadzenie ekspansji prowadzonej działalności.

Po drugie, możliwym negatywnym skutkiem ograniczeń wertykalnych może być złagodzenie konkurencji międzymarkowej (ang. *inter-brand competition*), tj. konkurencji między dostawcą a jego konkurentami, a także złagodzenie konkurencji w ramach jednej marki (ang. *intra-brand competition*), tj. konkurencji między dystrybutorami produktów jednego dostawcy.

Po trzecie, porozumienia wertykalne mogą stwarzać przeszkody dla integracji wspólnego rynku poprzez tworzenie sztucznych barier dla przepływu towarów i usług pomiędzy państwami członkowskimi.

Ww. możliwe efekty porozumień wertykalnych mogą powodować niekorzystne dla dobrobytu konsumentów zjawiska, jak m.in. ograniczenie wyboru produktów¹⁹².

Przechodząc do konkretnych antykonkurencyjnych skutków wywoływanych przez zakaz konkurowania, należy zauważyć, że zawarcie przez strony porozumienia, w którego treści wpisana jest omawiana klauzula, powoduje przede wszystkim zamknięcie dostępu do rynku dostawcom będącymi konkurentami dostawcy-strony porozumienia¹⁹³. Klauzula wyłącznego zakupu, niepozwalająca dystrybutorowi na zaopatrywanie się w produkty konkurencyjne, stanowić będzie bowiem istotną barierę wejścia na rynek dla konkurentów beneficjenta zakazu. Podobny skutek wywoła zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej ograniczający możliwość sprzedaży i odsprzedaży produktów konkurencyjnych. Klauzula zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej może również

¹⁹² Wytoczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 101.

¹⁹³ W wyroku w sprawie *Ruch SAM* stwierdził, że „narzucona umową na wyłączność zaopatrywania się franchisobiorców w prasę u franchisodawcy ogranicza konkurencję na rynku kolportażu prasy, gdyż utrudnia innym kolporterom wejście na wyżej wymieniony rynek” (wyrok SAM z 1.03.1995 r., XVII Amr 60/94, Wokanda nr 2/1996).

zamknąć dostęp do rynku kontrahentowi w zakresie, w jakim obejmuje produkcję towarów konkurencyjnych. Należy jednak zaznaczyć, że o zamknięciu dostępu do rynku mówić należy dopiero wówczas, kiedy zakres pokrycia umów dystrybucyjnych klauzulami zakazu konkurencji jest na tyle znaczący, że faktycznie mamy do czynienia z wyeliminowaniem możliwości wejścia innego dostawcy na dany rynek¹⁹⁴. Przykładowo, jeżeli zakaz konkurencji zawarty będzie jedynie w umowach z kilkoma nabywcami, będącymi graczami w danym kanale sprzedaży, a siła rynkowa tych nabywców w kanale nie będzie znacząca, pozostali dostawcy zachowają możliwość wejścia na dany rynek poprzez zawarcie umów dystrybucyjnych z innymi nabywcami, niezobowiązanymi do zachowania jednomarkowości. Podobne stanowisko zajął SAM, który w jednym z wyroków stwierdził, że transakcje wyłączne (w tym porozumienia o wyłącznym zakupie) mogą powodować zamknięcie rynku, gdy większość odsprzedawców (dostawców) wskutek licznych transakcji wyłącznych jest niedostępna dla podmiotów gospodarczych zamierzających rozpocząć działalność gospodarczą w zakresie określonych towarów¹⁹⁵. Na to czy faktycznie został ograniczony, czy też zamknięty dostęp do rynku, wpływ ma także pozycja rynkowa stron porozumienia oraz czas „związania” nabywcy zakazem konkurencji¹⁹⁶. Ponadto, analizując negatywny efekt porozumień wertykalnych, należy kierować się wskazówką Komisji, zgodnie z którą uzgodnienia o charakterze wyłącznym mają zasadniczo gorszy wpływ na konkurencję niż uzgodnienia o charakterze niewyłącznym¹⁹⁷. Efekt w postaci ograniczenia dostępu do rynku będzie więc mniejszy w przypadku zastosowania przez strony słabszej formy wyłączności zakupu, tj. klauzuli narzucania określonych ilości. W tym przypadku, chociaż dystrybutor zobowiązany będzie do nabywania zamówień o określonej przez strony minimalnej wartości lub ilości, to jednak zachowa pewną swobodę w zakresie zaspokajania pozostałej części jego potrzeb zakupowych. Należy uznać więc, że w przypadku klauzuli narzucania ilości, efekt ograniczenia dostępu do rynku będzie tym silniejszy, im mniejsza część potrzeb zakupowych zrealizowana będzie mogła zostać u dostawcy lub wybranego przez niego dystrybutora.

Drugim z negatywnych dla konkurencji efektów, jaki może spowodować zakaz konkurencji, to złagodzenie konkurencji międzymarkowej. Dystrybutorzy jako strony porozumień wertykalnych zawartych z producentem poddani są zarówno konkurencji

¹⁹⁴ D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 2004, str. 525.

¹⁹⁵ Wyrok SAM z 6.12.1995 r., XVII Amr 44/95, Wokanda nr 1/1997.

¹⁹⁶ I. Wiszniewska, *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, Warszawa 1995, str. 77.

¹⁹⁷ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 103.

wewnątrzmarkowej (konkurują z innymi dystrybutorami tego samego produktu), jak i międzymarkowej (konkurują z podmiotami dystrybuującymi produkty konkurencyjne w stosunku do produktów ich kontrahenta). Przyjmuje się, że ograniczenia konkurencji łagodzące konkurencję międzymarkową są z reguły bardziej szkodliwe dla konkurencji jako ograniczające możliwości wyboru konsumentom finalnym¹⁹⁸. Z podobnego założenia wychodzi również ustawodawca unijny zapewniając większy stopień ochrony konkurencji międzymarkowej¹⁹⁹. Osłabienie konkurencji wewnątrzmarkowej zwiększa z kolei ryzyko zawarcia przez producentów danego produktu porozumienia horyzontalnego (kartelowego) pomiędzy dystrybutorami. Zawarcie przez wielu producentów z dużą ilością dystrybutorów porozumień, na podstawie których dystrybutorzy ci nie mają prawa nabywać produktów innych producentów sprawia, że możemy mówić o podziale dystrybutorów ze względu na oferowaną przez nich markę danego produktu. Sytuacja ta zniechęca z kolei producentów do „walki” o dealerów swoich konkurentów, w trakcie której zmiana preferencji zakupowych dystrybutora uzależniona byłaby najpewniej od zapewnienia dystrybutorom większych korzyści niż inni producenci²⁰⁰.

Obok przytoczonej wyżej wskazówki Komisji dotyczącej oceny uzgodnień o charakterze wyłącznym i niewyłącznym, wyraziła ona w Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych również inne reguły dotyczące oceny negatywnego wpływu na konkurencję porozumień wertykalnych. Komisja zaznaczyła, że ograniczenia wertykalne dotyczące produktów markowych, z uwagi na to, że opatrzenie produktu marką zmniejsza jego substytucyjność, powinny być oceniane bardziej surowo niż te dotyczące produktów niemarkowych²⁰¹. Zgodnie z kolejną, wyjątkowo istotną regułą interpretacyjną, kombinacje ograniczeń wertykalnych, co do zasady, powinny być oceniane surowiej niż ograniczenia stosowane indywidualnie²⁰². Zasada ta ma doniosłe znaczenie dla rozważań dotyczących analizy porozumień wertykalnych, w których zakaz konkurencji połączony został z innym ograniczeniem wertykalnym np. ograniczeniem cen odsprzedaży lub sprzedażą związaną. Zaznaczono jednak, że reguła ta nie ma zastosowania do wszystkich przypadków. Niektóre

¹⁹⁸ K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX.

¹⁹⁹ Inaczej A. Zawłocka-Turno, B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym*, RPEiS, 4/2011, str. 80.

²⁰⁰ D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 2004, str. 527.

²⁰¹ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 104.

²⁰² Tamże, pkt 105.

kombinacje ograniczeń wertykalnych mają bowiem mniej antykonkurencyjny charakter niż te same ograniczenia stosowane pojedynczo.

Jak zostało już zaznaczone powyżej, przy ocenie antykonkurencyjnych skutków porozumień wertykalnych istotne znaczenie ma to, w jaki sposób zorganizowane zostały systemy dystrybucyjne innych producentów działających na rynku. W przypadku bowiem, kiedy dane ograniczenie wertykalne (np. zakaz konkurencji) zostało zawarte w umowach dystrybucyjnych dużej ilości producentów lub producentów posiadających znaczny udział w danym rynku, możemy mieć do czynienia z siecią porozumień, co z kolei doprowadzić może do powstania tzw. skutków skumulowanych²⁰³.

9.3. Wnioski

Porozumienia wertykalne, zawierające w treści zakaz konkurencji, nie zawsze powodują wyłącznie negatywne skutki dla konkurencji panującej na rynku właściwym. Porozumienia tego typu mogą wywoływać również prokonkurencyjne skutki w postaci zwiększenia efektywności przedsiębiorców. To z kolei prowadzi do osiągnięcia jedynego celu prawa antymonopolowego jakim jest dobrobyt konsumentów. Nie należy zatem z góry wykluczyć możliwości przeważenia korzyści w zakresie efektywności nad negatywnymi skutkami zakazu konkurencji, w tym przede wszystkim zamknięciem dostępu do rynku. Ustawodawca unijny i polski słusznie uznali zatem, że porozumienia zawierające zakaz konkurencji mogą skorzystać nie tylko z wyłączenia indywidualnego, ale także z wyłączenia grupowego, których warunki określone zostały w rozporządzeniu nr 330/2010 oraz rozporządzeniu RM z 30 marca 2011 r. Zagrożenia oraz korzyści dla konkurencji w dużej mierze będą zależne od pozycji rynkowej stron porozumienia, czasu obowiązywania zakazu konkurencji, w trakcie którego nabywca ograniczony byłby w zakresie korzystania z oferty handlowej innych dostawców lub samodzielnego podejmowania działalności konkurencyjnej względem dostawcy. W przepisach obu rozporządzeń słusznie wskazano również szczególne stany faktyczne implikujące konieczność surowszej oceny antymonopolowej tego typu postanowień. Należy jednocześnie zwrócić uwagę na dwa czynniki mające wyjątkowo istotne znaczenie dla antymonopolowej oceny zakazu konkurencji. Po pierwsze, prokonkurencyjne skutki równoważące skutki antykonkurencyjne będą miały miejsce raczej w przypadku wertykalnych porozumień zawierających zakaz konkurencji. W praktyce uzyskanie wyłączenia przez porozumienia

²⁰³ Tamże, pkt 105.

horyzontalne będzie wyjątkowo trudne z uwagi na silny potencjał antykonkurencyjny. Po drugie, zakaz konkurowania w postaci wyłączności zakupów będzie wywoływał raczej więcej pozytywnych dla konkurencji skutków niż klauzula zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej. Wydaje się, że aspekt ten powinien zostać wzięty pod uwagę przez ustawodawcę przy określaniu warunków dopuszczalności stosowania tej formy zakazu konkurowania przez przedsiębiorców.

10. Rozwój regulacji zakazu konkurowania w porozumieniach wertykalnych

Zakaz konkurowania stanowił przedmiot regulacji rozporządzeń stanowiących podstawę wyłączeń grupowych porozumień wertykalnych od samego początku ich istnienia²⁰⁴. Stosunek ustawodawcy unijnego do tej kwestii zmieniał się jednak wraz z rozwojem gospodarki Państw Członkowskich i zdobywanego z czasem doświadczenia zarówno przedsiębiorców, jak i Komisji. Z czasem zmieniały się tym samym warunki dopuszczalności stosowania klauzul o zakazie konkurowania w zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami porozumieniach. Wydaje się zatem, że dokonanie analizy kolejnych rozporządzeń w tym zakresie konieczne jest do przeprowadzenia pełnej analizy zakazu konkurowania na gruncie prawa antymonopolowego.

W prawie polskim rozporządzenie RM z 30 marca 2011 r. poprzedzone było dwoma rozporządzeniami RM. Oba akty prawne wzorowane były na obowiązującym w czasie ich wydania rozporządzeniu unijnym, dlatego też rozwój polskiej regulacji zakazu konkurowania omówiony zostanie w podrozdziale dotyczącym ww. rozporządzenia unijnego.

10.1. Regulacja zakazu konkurowania w rozporządzeniu nr 67/67

Pierwszym rozporządzeniem przewidującym wyłączenie grupowe dla porozumień wertykalnych było wydane na podstawie rozporządzenia Rady nr 19/65²⁰⁵ rozporządzenie Komisji nr 67/67 z dnia 22 marca 1967 roku w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień o wyłączności²⁰⁶. Komisja podkreśliła, że doświadczenie zebrane w okresie wydawania indywidualnych decyzji w zakresie wyłączeń pozwoliło na

²⁰⁴ Przed wydaniem wyłączeń grupowych, Komisja wydawała zwolnienia indywidualne (szerzej: I. Hykawy, E. Wojtaszek, *Regulacja porozumień ograniczających konkurencję w prawie Wspólnoty Europejskiej*, PPH listopad 1994, str. 9-10.

²⁰⁵ Rozporządzenie nr 19/65/EWG Rady z dnia 2 marca 1965 r. w sprawie stosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do określonych grup porozumień i praktyk uzgodnionych (Dz. U. 36 z 06.03.1965 r., str. 533)

²⁰⁶ Rozporządzenie Komisji nr 67/67 z dnia 22.03.1967 r. w sprawie zastosowania art. 85 ust. 3 Traktatu do pewnych kategorii porozumień o wyłączności (Dz. U. 57 z 25.03.1967 r., str. 849) (dalej: „Rozporządzenie nr 67/67”). Zakres regulacji obejmował na równi zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej.

wyodrębnienie pierwszej kategorii porozumień i uzgodnionych praktyk, porozumień dotyczących wyłączności, które z uwagi na powodowane przez nie pozytywne skutki w zakresie polepszenia dystrybucji, co do zasady spełniają warunki wyłączenia określone w art. 85 ust. 3 TfUE (obecnie art. 101 ust. 3 TfUE)²⁰⁷. Rozporządzenie obejmowało obie formy zakazu konkurowania: zobowiązanie wyłącznego zakupu oraz zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej²⁰⁸. Jednym ze wskazanych przez Komisję efektów porozumień dotyczących wyłączności, polepszających jakość dystrybucji, a odnoszących się do zobowiązania wyłącznego zakupu, stanowiła możliwość przejęcia przez przedsiębiorcę objętego tym zobowiązaniem od producenta odpowiedzialności za organizację promocji produktu objętego porozumieniem. Jak wskazała Komisja, samo to zobowiązanie często pozwala na podjęcie rywalizacji rynkowej przez małych i średnich przedsiębiorców. Zgodnie z art. 1 rozporządzenia nr 67/67 zakresem art. 85 ust. 1 Traktatu nie były objęte dwustronne porozumienia, gdzie jedna ze stron zobowiązuje się do zakupu określonych produktów wyłącznie od drugiej strony (art. 1 ust. 1 pkt b rozporządzenia nr 67/67) lub gdzie porozumienie powiązane było ze zobowiązaniem drugiej strony do wyłącznej sprzedaży produktów objętych porozumieniem stronie zobowiązanej do wyłącznego zakupu (art. 1 ust. 1 pkt c rozporządzenia nr 67/67). Rozporządzenie nr 67/67 zawierało również katalog tzw. klauzul białych stanowiący pewnego rodzaju wskazówkę dla przedsiębiorców odnośnie do dopuszczalnych przez Komisję ram kształtowania treści porozumienia. Tego typu rozwiązanie miało na celu pomoc przedsiębiorcom w początkowym okresie obowiązywania regulacji wyłączeń grupowych. Zgodnie z art. 2 rozporządzenia nr 67/67, dodatkowym zobowiązaniem, możliwym do nałożenia na przedsiębiorcę, było m.in.: zobowiązanie do nieprodukowania oraz niedystrybuowania w trakcie trwania porozumienia lub w okresie jednego roku od dnia jego wygaśnięcia produktów konkurujących z produktami objętymi porozumieniem (art. 2 ust. 1 pkt a rozporządzenia nr 67/67); zobowiązanie przedsiębiorcy do zakupu pełnego asortymentu dostawcy lub zamawiania minimalnych ich ilości (art. 2 ust. 2 pkt a rozporządzenia nr 67/67) oraz zobowiązanie do utrzymywania zapasu produktów (art. 3 ust. 2 pkt c rozporządzenia nr 67/67). Oznacza to, że ograniczenia zakazu konkurowania określone zostały jedynie w zakresie zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej (ograniczenie czasowe). Pierwszą regulację zakazu konkurowania należy tym samym uznać

²⁰⁷ Preambuła rozporządzenia nr 67/67.

²⁰⁸ Szerzej: N. J. Sarad, *EEC Regulation of exclusive dealing arrangement*, International Tax and Business Lawyer, Vol. 3, No. 81, 1985, str. 82 i n.

za raczej liberalną, tj. pozwalającą w znacznej mierze na jego wykorzystanie (przynajmniej w formie wyłączności zakupu) w zasadzie bez żadnych ograniczeń.

10.2. Regulacja zakazu konkurowania w rozporządzeniu nr 1984/83

Doświadczenia zebrane w trakcie obowiązywania rozporządzenia nr 67/67 skutkowały wydaniem kolejnych rozporządzeń dotyczących wyłączeń grupowych porozumień dystrybucyjnych, w tym także rozporządzenia nr 1983/83²⁰⁹ dotyczącego wyłącznej dystrybucji oraz rozporządzenia nr 1984/83²¹⁰ dotyczącego wyłącznych zakupów²¹¹. W celu ułatwienia przedsiębiorcom podejmowania odpowiednich decyzji w zakresie porozumień dystrybucyjnych wydane zostały również Wyjaśnienia dotyczące tego, jakimi czynnikami kierować będzie się Komisja przy ustalaniu, czy dane porozumienie objęte jest zwolnieniem²¹². Na potrzeby niniejszej pracy dokładnego omówienia wymaga rozporządzenie nr 1894/83 dotyczące wyłącznego zakupu.

Odmienne niż rozporządzenie nr 67/67, rozporządzenie nr 1984/83 przewidywało trzy kategorie porozumień tego typu. Obok ogólnej kategorii porozumień zawierających zobowiązanie wyłącznego zakupu, znajdujące zastosowanie do wszystkich gałęzi gospodarki, przewidywało ono bowiem odrębne regulacje dotyczące dwóch szczególnych kategorii porozumień, tj. porozumień dotyczących wyłącznego zakupu, zawieranych w celu odsprzedaży piwa w pomieszczeniach używanych do sprzedaży i konsumpcji napojów (porozumienia dotyczące dostawy piwa) oraz produktów naftowych na stacjach benzynowych (porozumienia dotyczące stacji obsługi)²¹³. Komisja uznała bowiem, że *w przypadku porozumień dotyczących dostawcy piwa lub stacji obsługi powinny być przyjęte odrębne zasady uwzględniające specyfikę danych rynków*²¹⁴. Co istotne, zakresem wyłączenia nie został objęty zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej, a jedynie wyłączność zakupu.

²⁰⁹ Rozporządzenie Komisji (EWG) Nr 1983/83 z 22.06.1983 r. o zastosowaniu art. 85(3) Traktatu Rzymskiego do porozumień dotyczących wyłącznej dystrybucji (Dz. U. L 173 z 30.06.1983 r., str. 1) (dalej: „Rozporządzenie 1984/83”). W niniejszej pracy wykorzystano tłumaczenie zawarte w: I. Wiszniewska, *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, Warszawa 1995, str. 225.

²¹⁰ Rozporządzenie Komisji (EWG) Nr 1984/83 z 22.06.1983 r. o zastosowaniu art. 85(3) Traktatu Rzymskiego do porozumień dotyczących wyłącznego zakupu (Dz. U. L 173 z 30.06.1983 r., str. 5) (dalej: „Rozporządzenie 1984/83”). W niniejszej pracy wykorzystano tłumaczenie zawarte w: I. Wiszniewska, *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, Warszawa 1995, str. 235.

²¹¹ E. D. Sage, *Wyłączenia grupowe dla porozumień wertykalnych*, [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2008, str. 197.

²¹² Wyjaśnienia Komisji (EWG) dotyczące rozporządzeń 1984/83 i 1984/84 (Dz. U. C 101 z 13.04.1984 r., str. 2) (dalej: „Wyjaśnienia Komisji dotyczące rozporządzeń 1983/83 i 1984/83”). W niniejszej pracy wykorzystano tłumaczenie zawarte w: I. Wiszniewska, *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, Warszawa 1995, str. 251.

²¹³ Pkt 2 preambuły Rozporządzenia 1984/83.

²¹⁴ Pkt 12 preambuły Rozporządzenia 1984/83.

Jest to istotna zmiana w stosunku do zakresu wyłączenia przewidzianego rozporządzeniem nr 67/67.

Podobnie, jak w poprzednio obowiązującej regulacji, również w rozporządzeniu nr 1984/83 Komisja zwróciła uwagę na prokonkurencyjne efekty porozumień o wyłącznym zakupie (zwrócono uwagę między innymi na fakt, że zawarcie kilku porozumień tego typu jest często jedyną szansą dla dostawcy na wejście na rynek i konkutowanie z innymi dostawcami²¹⁵). W stosunku do definicji zobowiązania wyłącznego zakupu, rozporządzenie nr 1984/83 wprowadziło istotną modyfikację; wyłączność zakupu określona została mianowicie jako *zobowiązanie do kupowania określonych w porozumieniu towarów w celu odsprzedaży tylko od drugiej strony, dostawcy lub od związanego z dostawcą przedsiębiorstwa czy też od przedsiębiorstwa, któremu dostawca powierzył sprzedaż swoich towarów*²¹⁶. Oznacza to, że dostawca mógł przekazać wykonywanie swoich zobowiązań umownych związanemu z nim lub niezależnemu od niego przedsiębiorcy²¹⁷. Zakresem wyłączenia objęte zostały wyłącznie „towary”. Tym samym z przywileju wyłączenia nie mogły korzystać porozumienia dotyczące usług. Jednocześnie zgodnie z punktem 36 Wyjaśnień, *w porozumieniu należy wskazać markę lub nazwę towarów kontraktowych*. Zdaniem Komisji, tylko wówczas można bowiem określić dokładnie zakres obowiązku wyłącznego zakupu odsprzedawcy i zakazu obrotu towarami konkurencyjnymi²¹⁸. Podobnie jak poprzednio obowiązujące rozporządzenie, również rozporządzenie nr 1984/83 stanowiło, że wyłączenia nie stosuje się w przypadku, gdy porozumienie dotyczące wyłącznego zakupu zawierane jest pomiędzy producentami towarów substytucyjnych. Obok tego wyjątku art. 3 rozporządzenia nr 1984/83 przewidywał jednak również, że w przypadku, gdy porozumienie zawarte pomiędzy producentami nie będzie mieć charakteru wzajemnego, będzie mogło korzystać z wyłączenia, pod warunkiem że całkowity roczny obrót żadnego z przedsiębiorców będących stronami porozumienia nie był większy niż 100 mln euro (art. 3 pkt b rozporządzenia nr 1984/83)²¹⁹. Poza tym wyłączenia nie stosowało się w przypadku zobowiązania o charakterze sprzedaży wiązanej²²⁰, tj. w przypadku, gdy zobowiązaniem wyłącznego zakupu objęte zostały dwie lub więcej kategorii towarów, które

²¹⁵ Pkt 6 preambuły Rozporządzenia 1984/83.

²¹⁶ Art. 1 Rozporządzenia 1984/83.

²¹⁷ Wyjaśnienia Komisji dotyczące rozporządzeń nr 1983/83 i nr 1984/83, pkt 15.

²¹⁸ Tamże, pkt 36.

²¹⁹ Zgodnie z art. 5 ust. 3 w celu obliczenia obrotu sumuje się obroty osiągnięte w ostatnim roku finansowym przez strony porozumienia i związane z nimi przedsiębiorstwa w związku ze wszystkimi towarami i usługami, wyłączając wszystkie podatki i inne opłaty. Nie bierze się pod uwagę transakcji między stronami porozumienia i związanymi z nimi przedsiębiorstwami lub między tymi związanymi przedsiębiorstwami.

²²⁰ Warto zaznaczyć, że poprzednio obowiązujące rozporządzenie nr 67/67 dopuszczało możliwość nałożenia na nabywcę zobowiązania do zakupu pełnego asortymentu dostawcy, które może stanowić praktykę sprzedaży wiązanej.

to kategorii nie są ze sobą związane ani ze względu na ich charakter, ani z uwagi na ich handlowe przeznaczenie²²¹. Przynależność do jednej kategorii może opierać się na przesłankach np. technicznych lub handlowych, a także wynikać z przyjętych zwyczajów handlowych²²². Celem omawianej regulacji było ograniczenie wyłączności do jednego rodzaju produktów z wyłączeniem możliwości rozszerzenia jej na inne towary znajdujące się w ofercie handlowej dostawcy²²³. W rozporządzeniu nr 1984/83 wprowadzono również ograniczenie czasowe, polegające na braku możliwości korzystania z wyłączenia, w przypadku gdy porozumienie dotyczące wyłącznego zakupu zawarte zostanie na czas nieokreślony lub na okres dłuższy niż pięć lat²²⁴.

W rozporządzeniu przewidziane zostały szczegółowe postanowienia dotyczące porozumień dotyczących dostawy piwa oraz stacji obsługi. Te szczególne rodzaje porozumień opisane zostały odpowiednio w tytule II i III rozporządzenia nr 1984/83. Wyłączenie opisane w art. 6 rozporządzenia nr 1984/83 obejmowało porozumienia dotyczące odsprzedaży określonych rodzajów piwa lub piwa i innych napojów w wyznaczonych pomieszczeniach, na mocy których odsprzedawca w zamian za określone korzyści handlowe lub finansowe zobowiązuje się do wyłącznego zakupu tych produktów od dostawcy, przedsiębiorcy z nim związanego lub przez niego wskazanego (art. 6 rozporządzenia nr 1984/83). Porozumienie, aby mogło korzystać z wyłączenia, powinno być zawarte na czas nie dłuższy niż pięć lat, w przypadku gdy dotyczy określonego rodzaju piw i innych napojów, oraz nie dłuższy niż dziesięć lat, gdy dotyczy wyłącznie określonego rodzaju piw (art. 8 ust. 1 pkt c i d rozporządzenia nr 1984/83). Opisane powyżej ograniczenie czasowe zostało złagodzone w stosunku do porozumień dotyczących pomieszczeń wynajmowanych przez dostawcę odsprzedawcy lub z których odsprzedawca korzysta na innej podstawie prawnej lub faktycznej. W takim przypadku obowiązek wyłącznego zakupu, a także zakaz obrotu towarami konkurencyjnymi mogły zostać nałożone na odsprzedawcę na okres odpowiadający okresowi, w którym faktycznie korzystał on z pomieszczeń dostawcy. Odsprzedawca musiał mieć jednak zagwarantowane prawo do pozyskiwania innych niż piwo napojów dostarczanych na podstawie porozumienia od innych przedsiębiorców, w przypadku gdy zaoferują mu oni warunki ich zakupu korzystniejsze niż dostawca, a także prawo do pozyskiwania od innych przedsiębiorców innych niż piwo napojów tego samego rodzaju, co

²²¹ Art. 3 pkt c Rozporządzenia 1984/83.

²²² Wyjaśnienia Komisji dotyczące rozporządzeń nr 1983/83 i nr 1984/83, pkt 38.

²²³ R. Poździk, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Lublin 2006, str. 124.

²²⁴ Art. 3 pkt d Rozporządzenia 1984/83.

dostarczane na podstawie porozumienia, ale opatrzonych innym znakiem towarowy, w przypadku gdy dostawca nie oferuje takich napojów (art. 8 ust. 2).

Przepis art. 10 rozporządzenia nr 1984/83 regulował warunki objęcia wyłączeniem porozumień dotyczące sprzedaży paliw analogicznie do art. 6 rozporządzenia nr 1984/83. Wyłączeniem objęte były porozumienia dwustronne, dotyczące odsprzedaży określonych ropopochodnych paliw silnikowych lub określonych ropopochodnych paliw silnikowych i innych paliw we wskazanej w porozumieniu stacji obsługi, w ramach których odsprzedawca zobowiązał się do wyłącznego zakupu paliw w zamian za określone korzyści handlowe lub finansowe (art. 10 rozporządzenia nr 1984/83). Podobnie jak w przypadku porozumień dotyczących odsprzedaży piwa, również i w tym przypadku rozporządzenie przewidywało ograniczenie czasowe, zgodnie z którym wyłączenia nie stosowało się, jeżeli porozumienie zawarte zostało na czas nieokreślony lub na okres dłuższy niż dziesięć lat, a także gdy dostawca zobowiązał odsprzedawcę do narzucenia obowiązku wyłącznego zakupu jego następcy na czas dłuższy niż ten, w którym sam odsprzedawca byłby związany z dostawcą (art. 12 ust. 1 pkt c i d rozporządzenia nr 1984/83). W przypadku gdy porozumienie dotyczyło stacji obsługi dostawcy, obowiązek wyłącznego zakupu mógł trwać tak długo, jak długo odsprzedawca faktycznie korzysta z tych pomieszczeń (art. 12 ust. 2 rozporządzenia nr 1984/83).

Omawiane rozporządzenie wprowadziło istotne zmiany w zakresie oceny zakazu konkurencji przez Komisję. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na fakt nieobjęcia zakresem wyłączenia obu form zakazu konkurencji. Rozporządzenie nr 1984/83 obejmowało bowiem jedynie wyłączność zakupu, nie regulowało natomiast warunków stosowania zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej. Należy również zwrócić uwagę na fakt wprowadzenia ograniczenia dopuszczalnego czasu trwania wyłączności zakupu do pięciu lat. Rozporządzenie to należy uznać tym samym za znaczne zaostrzenie możliwości stosowania zakazu konkurencji.

10.3. Regulacja zakazu konkurencji w rozporządzeniu nr 2790/1999

Rozporządzenie Komisji nr 2790/1999²²⁵ należy traktować jako kolejny etap rozwoju regulacji porozumień wertykalnych, stanowiący wynik głębszych reform w polityce konkurencji w zakresie wyłączeń grupowych porozumień wertykalnych, mającej na celu

²²⁵ Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22.12.1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. U. L 336 z 29.12.1999 r., str. 21) (dalej: „rozporządzenie nr 2790/1999”)

uproszczenie aktów prawnych stanowiących podstawę wyłączeń oraz precyzyjnego określenia reguł wyłączeń dla porozumień wertykalnych²²⁶. Najważniejszą zmianę w stosunku do poprzednich rozporządzeń dotyczących tej materii stanowiło bez wątpienia wprowadzenie progu udziału w rynku przedsiębiorców – stron porozumienia, którego przekroczenie uniemożliwia skorzystanie z przywileju wyłączenia²²⁷. Rozporządzenie nr 2790/1999 nie przewidywało katalogu klauzul białych, tj. postanowień, których zawarcie w treści porozumienia było dopuszczalne. Zmiana ta uzasadniona została rosnącą świadomością przedsiębiorców, a tym samym brakiem konieczności poszerzania rozporządzenia o tego typu instrukcje²²⁸. Ustawodawca unijny zrezygnował również ze szczegółowego uregulowania dopuszczalności porozumień dotyczących dystrybucji piwa oraz paliwa²²⁹. Zakresem rozporządzenia objęte zostały porozumienia zawierane przez dwóch lub więcej przedsiębiorców²³⁰ dotyczące nie tylko, jak to miało miejsce poprzednio, odsprzedaży produktów, ale także ich kupna i sprzedaży²³¹; oznacza to, że przedmiotem wyłączenia objęte są również m.in. porozumienia o zakupie towarów na użytek własny lub w celu przetworzenia²³². W przeciwieństwie do poprzednich regulacji, na podstawie których wyłączenie mogło dotyczyć wyłącznie produktów finalnych, przedmiotem rozporządzenia 2790/1999 objęte zostały dodatkowo usługi oraz półprodukty. Tego typu rozszerzenie zakresu wyłączenia z uwagi na jednoczesne zwiększenie pewności prawa i swobody kontraktowania ocenić należy pozytywnie²³³. Najważniejszą zmianą w zakresie warunków wyłączenia, stanowiącą wyraz ekonomizacji wyłączenia grupowego, było wspomniane już wprowadzenie progów udziału w rynku. Zgodnie z art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 2790/1999, wyłączenie stosowało się pod warunkiem, że udział dostawcy w odnośnym rynku, na którym sprzedaje on

²²⁶ P. Grotthuss, *Nowa regulacja porozumień wertykalnych w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej*, Glosa, 1/2001, str. 4. Szerzej o różnicach pomiędzy rozporządzeniem 1984/82 a rozporządzeniem 2790/1999 E. Wojtaszek-Mik, *Dystrybucja paliw (ograniczenie czasowe umowy zakupu wyłącznego i ustalenia cen odsprzedaży) – glosa do wyroku TS z 2.04.2009 r. w sprawie C-260/07 Pedro IV Servicios v. Total Espana*, EPS maj 2010, str. 49 i n.

²²⁷ Art. 3 Rozporządzenia 2790/1999.

²²⁸ E. D. Sage, *Wyłączenie grupowe dla porozumień wertykalnych*, [w:] *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), Warszawa 2008, str. 201.

²²⁹ Rozporządzenie nr 2790/1999 podobnie więc jak Rozporządzenie nr 67/67 miało charakter wyłączenia parasolowego.

²³⁰ O potrzebie tej zmiany wspominał T. Kapp (Dyskusja II dotycząca referatu T. Kappa *Porozumienia dotyczące dystrybucji wyłącznej i zakupu wyłącznego*, [w:] *Europejskie prawo konkurencji: porozumienia dystrybucyjne*, M. Łabędzka (red.), 1998, str. 49-50.

²³¹ Art. 2 ust. 1 Rozporządzenia 2790/1999.

²³² P. Dębowski, T. Skoczny, *Wyłączenie określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, PPH, 2/2003, str. 7-8.

²³³ P. Grotthuss, *Nowa regulacja porozumień wertykalnych w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej*, Glosa 1/2001, str. 4.

towary lub usługi objęte porozumieniem, nie przekracza 30%. W określonych przypadkach próg ten mógł być jednak przez przedsiębiorców przekroczony bez konsekwencji dla wyłączenia porozumienia²³⁴.

W przepisie art. 1 pkt b rozporządzenia nr 2790/1999 wprowadzona została definicja zakazu konkutowania, zgodnie z którą oznaczało ono *jakiegokolwiek bezpośrednio lub pośrednio zobowiązanie nakazujące kupującemu nie produkować, nie nabywać, nie sprzedawać bądź nie odsprzedawać towarów lub usług, które konkurują z towarami albo usługami kontraktowymi bądź jakiegokolwiek bezpośrednio lub pośrednio zobowiązania dokonywania przez nabywcę u dostawcy albo w innym przedsiębiorstwie wyznaczonym przez dostawcę więcej niż 80% całkowitych zakupów towarów lub usług kontraktowych i ich substytutów na odnośnym rynku, obliczonych na podstawie wartości jego zakupów w poprzednim roku kalendarzowym*. Zakresem wyłączenia objęte zostały tym samym obie formy zakazu konkutowania. Zarówno wyłączność zakupu, jak również zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej. Omawiane rozporządzenie stanowiło tym samym akt prawny przewidujący pierwszą kompleksową definicję zakazu konkutowania.

Rozporządzenie nr 2790/1999 przewidywało katalog klauzul szarych, których zamieszczenie w treści porozumienia powodowało, że wyłączenie nie znajdowało zastosowania do tych postanowień nie wpływając na wyłączenie pozostałej części porozumienia. Czas trwania zobowiązania do niekonkutowania ponownie ograniczony został do okresu pięciu lat (art. 5 pkt a rozporządzenia 2790/1999) z zastrzeżeniem, że jeżeli zobowiązanie to było odnawialne w sposób milczący, uważane było za zawarte na czas nieokreślony, a tym samym nie objęte zakresem wyłączenia. Wyjątek stanowił przypadek, kiedy towary lub usługi kontraktowe były sprzedawane przez kupującego w pomieszczeniach i na terenie będącym własnością dostawcy lub dzierżawionych przez niego od stron trzecich nie związanych z nabywcą. Wówczas to czas obowiązywania zakazu konkutowania nie mógł przekroczyć okresu zajmowania pomieszczeń i terenu przez kupującego (art. 5 pkt a rozporządzenia nr 2790/1999). Kupujący nie mógł być również zobowiązany do niekonkutowania po wygaśnięciu porozumienia, chyba że takie zobowiązanie odnosiło się do towarów i usług, które konkurują z towarami lub usługami kontraktowymi oraz zobowiązanie to było ograniczone do pomieszczeń i terenu, na którym kupujący działał w czasie trwania

²³⁴ Zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt c, jeżeli początkowo udział rynkowy był nie większy niż 30%, ale później wzrósł powyżej tego poziomu, nie przekraczając 35%, wyłączenie stosowało się przez okres dwóch kolejnych lat po roku, w którym pierwszy raz przekroczone 30% próg udziałów rynkowych. Z kolei zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt d, jeżeli początkowo udział rynkowy był nie większy niż 30%, ale później wzrósł powyżej 35%, wyłączenie stosowało się przez okres jednego roku kalendarzowego po roku, w którym pierwszy raz przekroczone 35% poziom udziału rynkowego.

porozumienia oraz zobowiązanie to jest niezbędne do ochrony *know-how* przekazanego przez dostawcę kupującemu. W takim wypadku czas trwania zobowiązania do niekonkurowania mógł obowiązywać na okres maksymalnie jednego roku po wygaśnięciu porozumienia; pozostawiona została jednak możliwość nałożenia nielimitowanego w czasie ograniczenia na używanie i ujawnienie *know-how* niestanowiącego własności publicznej (art. 5 pkt b rozporządzenia nr 2790/1999). Zakazane było również nakładanie zakazu konkurowania na członków systemu dystrybucji selektywnej, zgodnie z którego treścią nie mogliby oni sprzedawać produktów określonych konkurujących dostawców (art. 5 pkt c rozporządzenia nr 2790/1999).

Omawiane rozporządzenie regulowało zakaz konkurowania w sposób całościowy. Jego zakresem objęte były obie formy zakazu konkurowania, co bezwzględnie należy uznać za zabieg pozytywny. Podtrzymano ograniczenie czasowe dopuszczalności zakazu konkurowania wprowadzając jednocześnie szereg zasad szczególnych. Warto również zwrócić uwagę, że wprowadzając nowe rozporządzenie w sprawie wyłączeń grupowych porozumień wertykalnych, Komisja podtrzymała dobrą praktykę rozpoczętą w trakcie obowiązywania rozporządzenia nr 1984/83 i wydała Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych²³⁵. Jako cel Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2000 r. Komisja wskazała *przedstawienie zasady oceny porozumień wertykalnych zgodnie z art. 81 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*²³⁶.

W czasie obowiązywania rozporządzenia nr 2790/1999 wydano również dwa rozporządzenia na gruncie prawa polskiego. Pierwszym z nich było rozporządzenie RM z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję²³⁷. Zgodnie z treścią § 2 pkt 8 rozporządzenia RM z 13 sierpnia 2002 r. zakaz konkurowania zdefiniowany został jako wynikające bezpośrednio lub pośrednio z porozumienia wyłączenie uprawnień dostawcy lub nabywcy do wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów uznawanych za substytuty towarów objętych porozumieniem (§ 2 pkt 8 ppkt a rozporządzenia RM z 13 sierpnia 2002 r.) lub zobowiązanie nabywcy do dokonywania u określonego dostawcy ponad 80% swoich wszystkich zakupów towarów objętych porozumieniem i towarów uznawanych za ich substytuty, obliczonych na podstawie wartości zakupów dokonywanych przez nabywcę

²³⁵ Obwieszczenie Komisji – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. U. C 291 z 13.10.2000 r., str. 1) (dalej: Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2000 r.).

²³⁶ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2000 r., pkt 1.

²³⁷ Rozporządzenie RM z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. 2002 nr 142 poz. 1189 ze zm.) (dalej: „rozporządzenie RM z 13 sierpnia 2002 r.”).

w poprzednim roku kalendarzowym (§ 2 pkt 8 ppkt b rozporządzenia RM z 13 sierpnia 2002 r.). Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z ww. definicją zakazem podejmowania działalności konkurencyjnej mógł zostać objęty zarówno dostawca, jak i nabywca. Jest to istotna różnica w stosunku do definicji zobowiązania niekonkurowania przewidzianej w rozporządzeniu nr 2790/1999. Drugi akt prawny – rozporządzenie RM z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję²³⁸ wprowadziło definicję pokrywającą się z tą przewidzianą w rozporządzeniu nr 2790/1999.

10.4. Wnioski

Analiza rozwoju regulacji zakazu konkurowania w prawie unijnym pozwala na zaobserwowanie dwóch wyraźnych tendencji.

Pierwszą z nich jest rosnący stopień szczegółowości regulacji instytucji zakazu konkurowania w kolejnych rozporządzeniach. W pierwszym rozporządzeniu o wyłączeniach grupowych, tj. w rozporządzeniu nr 67/67, wyłączność zakupu została wprost wskazana jako dozwolone ograniczenie konkurencji. Natomiast zastosowanie zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej było dopuszczalne pod warunkiem ograniczenia jego okresu obowiązywania. W rozporządzeniu nr 1984/83 dotyczyło jedynie wyłączności zakupu, jednak ta forma zakazu konkurowania została już w tym akcie zdefiniowana. Określone zostały również wyjątki od dopuszczalności jej zastosowania. Rozporządzenie nr 2970/1999 wprowadzało pierwszą kompleksową regulację dopuszczalności zastosowania zakazu konkurowania, a także przewidywało progi udziału w rynku, których przekroczenie uniemożliwiałoby skorzystanie z przywileju wyłączenia grupowego. Wprowadzona została również definicja obejmująca swoim zakresem obie formy ograniczenia konkurencji, tj. zarówno wyłączność zakupu, jak i zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej.

Drugim widocznym trendem była ewolucja regulacji zakazu konkurowania w oparciu o doświadczenia Komisji zebrane w trakcie obowiązywania kolejnych rozporządzeń oraz obserwacji rosnącej świadomości przedsiębiorców działających na rynku. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na wprowadzenie w ramach rozporządzenia nr 67/67 katalogu tzw. klauzul białych, tj. ograniczeń konkurencji dopuszczalnych na gruncie prawa unijnego. Katalog ten został podtrzymany przez ustawodawcę unijnego w rozporządzeniu nr 1984/83. W celu dostarczenia przedsiębiorcom kolejnych wskazówek w zakresie oceny

²³⁸ Rozporządzenie RM z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. 2007 nr 230 poz. 1691).

antymonopolowej konkretnych ograniczeń konkurencji opracowano również Wyjaśnienia określające, brane pod uwagę przez Komisję, czynniki mające wpływ na zakwalifikowanie danego porozumienia jako dozwolonego lub zakazanego. W tym samym rozporządzeniu zdecydowano się na szczegółowe uregulowanie zobowiązania wyłączności zakupu na dwóch, zdaniem Komisji, specyficznych rynkach, tj. rynku sprzedaży piwa i stacji obsługi. Również ta decyzja wskazuje na wpływ doświadczeń Komisji na treść kolejnych rozporządzeń. Podczas opracowywania rozporządzenia nr 2790/1999 uznano, że przedsiębiorcy są już dostatecznie „wyedukowani” i zrezygnowano z umieszczenia w rozporządzeniu katalogu „klauzul białych”. Zrezygnowano również ze szczególnego uregulowania dopuszczalności zastosowania ograniczeń na rynkach piwa i stacji obsługi.

Uzasadnione wydaje się być twierdzenie, że regulacja zakazu konkurencji w aktualnie obowiązującym rozporządzeniu nr 330/2010 stanowi wypadkową doświadczeń Komisji zebranych w trakcie obowiązywania poprzednich rozporządzeń, a także rosnącej świadomości przedsiębiorców w zakresie prawa antymonopolowego. Warto jednocześnie zaznaczyć, że już od samego początku istnienia regulacji wyłączeń grupowych ustawodawca dostrzegał pozytywne efekty zastosowania zakazu konkurencji. Nigdy również ograniczenie to nie było w pełni zabronione. Stopniowo jednak postępował stopień szczegółowości jego uregulowania.

Na marginesie należy również zwrócić uwagę, że brak objęcia porozumień zawierających zakaz konkurencji zakresem rozporządzenia o wyłączeniach grupowych nie oznacza, że porozumienie to nie może skorzystać z wyłączenia indywidualnego. Ze względów praktycznych przedsiębiorcy często w pierwszej kolejności analizują, czy porozumienie podlegać będzie pod wyłączenie grupowe. W takim wypadku nie jest bowiem konieczna weryfikacja porozumienia z punktu widzenia jego antykonkurencyjnego charakteru²³⁹.

11. Warunki wyłączenia zakazu konkurencji w porozumieniach wertykalnych

Wyłączenie grupowe spod zakazu ustanowionego w art. 101 ust. 1 TfUE ma charakter wyłączenia parasolowego (ang. *umbrella exemption*), co oznacza, że znajduje zastosowanie do szerokiego kręgu porozumień (charakter taki miały również poprzednie rozporządzenia wyłączające porozumienia wertykalne, tj. rozporządzenie nr 67/67 oraz rozporządzenie nr 2790/1999). Zgodnie z art. 2 ust. 1 rozporządzenia nr 330/2010, art. 101 ust. 1 TfUE nie znajduje zastosowania do porozumień wertykalnych zawierających ograniczenia wertykalne.

²³⁹ Opinia rzecznika generalnego Paolo Mengozzi'ego z dnia 4.09.2008 r. w sprawie C-260/07 *Pedro IV Servicios*, pkt 45.

Przepisy art. 2 ust. 2 i ust. 3 dotyczą szczególnych warunków zastosowania wyłączenia do określonych kategorii porozumień, tj.: porozumień zawieranych między związkiem przedsiębiorstw i jego członkami oraz porozumień zawieranych pomiędzy związkiem i jego dostawcami, a także porozumień zawierających postanowienia odnoszące się do przeniesienia na nabywcę praw własności intelektualnej lub korzystania przez niego z takich praw. Zgodnie z treścią art. 2 ust. 4 z wyłączenia nie mogą korzystać, poza dwoma wyjątkami²⁴⁰, porozumienia zawierane między konkurentami; ust. 5 wskazuje natomiast, że wyłączenia nie stosuje się w przypadku, gdy dane porozumienie wchodzi w zakres innego rozporządzenia o wyłączeniu grupowym, chyba że rozporządzenie takie stanowi inaczej.

Rozporządzenie nr 330/2010 przewiduje dwa podstawowe warunki, których łączne spełnienie przez przedsiębiorców pozwala na skorzystanie z przywileju wyłączenia grupowego: pierwszy z warunków ma charakter ilościowy i określa próg udziałów przedsiębiorców, stron porozumienia w rynkach właściwych, drugi warunek, jakościowy, wskazuje natomiast, zawarcie których klauzul eliminuje możliwość zastosowania wyłączenia w stosunku do całego lub części porozumienia. Przepisy art. 4 i art. 5 określają jakie kategorie porozumień nie mogą korzystać z przywileju wyłączenia na mocy rozporządzenia nr 330/2010.

Podobne warunki wyłączenia porozumień wertykalnych przewiduje rozporządzenie RM z 30 marca 2011 r.

11.1. Warunki wyłączenia zakazu konkurowania w rozporządzeniu nr 330/2010

Aby zakaz konkurowania mógł skorzystać z przywileju wyłączenia grupowego, konieczne jest spełnienie ogólnej przesłanki ilościowej, a także przesłanek jakościowych, które przewidują określone szczególne wymagania dla zakazu konkurowania. Zgodnie z treścią art. 3 rozporządzenia nr 330/2010, wyłączenie grupowe ma zastosowanie, jeżeli udział dostawcy nie przekracza 30% rynku właściwego, na którym sprzedaje on objęte porozumieniem towary lub usługi, natomiast udział nabywcy nie przekracza 30% rynku właściwego, na którym nabywa on produkty lub usługi objęte porozumieniem. Warunek ten, wprowadzony po raz pierwszy w rozporządzeniu nr 2790/1999, stanowi rezultat rosnącego doświadczenia Komisji w zakresie porozumień wertykalnych. Warunek ilościowy nie

²⁴⁰ W drodze wyjątku z wyłączenia mogą skorzystać wertykalne porozumienia niewzajemne, jeżeli dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem towarów, a nabywca jest dystrybutorem i nie jest przedsiębiorstwem na szczeblu wytwórstwa (ust. 4 pkt a) lub dostawca świadczy usługi na kilku szczeblach obrotu handlowego, a nabywca dostarcza towary lub świadczy usługi na poziomie detalicznym i nie jest przedsiębiorstwem konkurującym na tym szczeblu obrotu handlowego, na którym nabywa usługi objęte porozumieniem (ust. 4 pkt b).

odwołuje się do samej treści porozumienia, ale do siły rynkowej jego stron, co ocenić należy jako przejaw racjonalizacji i ekonomizacji stosowania wyłączenia porozumień wertykalnych²⁴¹. Drugi warunek konieczny do spełniania określony został w art. 4 i art. 5 rozporządzenia nr 330/2010. Zgodnie z tymi przepisami, wyłączenie nie ma zastosowania do całego porozumienia, jeżeli w jego treści strony umieściły jedną z klauzul czarnych (art. 4) lub do określonych fragmentów porozumienia, jeżeli zawarte zostały w nim określone w rozporządzeniu klauzule szare (art. 5). Warunkiem braku zastosowania wyłączenia tylko do tych klauzul jest możliwość wystarczającego ich wyodrębnienia z pozostałej części porozumienia.

Spełnienie przez przedsiębiorców ww. dwóch warunków powoduje, że dane porozumienie uznaje się za spełniające wymogi konieczne dla wyłączenia indywidualnego, a tym samym nie jest już konieczna jego analiza na gruncie art. 101 ust. 3 TfUE. W przypadku niespełnienia przez przedsiębiorców warunku ilościowego, dane wyłączenie będzie wciąż miało szanse na uzyskanie wyłączenia indywidualnego (art. 101 ust. 3 TfUE). Inaczej ma się rzecz w przypadku, gdy w treści danego porozumienia zawarte zostały postanowienia o charakterze klauzul czarnych. Wówczas to sytuacja przedsiębiorców komplikuje się z uwagi na domniemanie, że porozumienie najprawdopodobniej nie spełnia warunków wyłączenia określonych w art. 101 ust. 3 Traktatu²⁴².

Komisja nie wprowadziła odrębnych warunków wyłączenia dla wyłączności zakupu oraz zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej. Oznacza to, że przesłanki wskazane w rozporządzeniu znajdują zastosowania do obu form zakazu konkurencyjnego. W przypadku, gdy porozumienie wertykalne zawierane jest przez konkurentów, istnieją co prawda dodatkowe wymogi konieczne dla skorzystania przez przedsiębiorców z wyłączenia; wynikają one jednak z przepisów ogólnych rozporządzenia nr 330/2010 (art. 2 ust. 4), znajdujących zastosowanie niezależnie od tego czy określone porozumienie dotyczy zakazu konkurencyjnego, czy też nie. W treści art. 5 rozporządzenia nr 330/2010 jako ograniczenia wykluczone wskazane zostały trzy kategorie zakazu konkurencyjnego. Wyłączenie nie będzie miało zastosowania do następujących zobowiązań.

Po pierwsze, wyłączenie nie obejmuje zakazu konkurencyjnego zawartego na czas nieokreślony lub dłuższy niż okres pięciu lat z zastrzeżeniem, że zakaz konkurencyjnego odnawiany w sposób milczący po upływie pięciu lat należy traktować jako zawarty na czas

²⁴¹ E. D. Sage, *Wyłączenie grupowe dla porozumień wertykalnych*, [w:] *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), Warszawa 2008, str. 202.

²⁴² Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt. 47.

nieokreślony (art. 5 ust. 1 pkt a)²⁴³. Chodzi w tym wypadku o zawarcie w porozumieniu klauzul automatycznie przedłużających okres obowiązywania zawartych w porozumieniu zobowiązań (tzw. klauzul wiecznie zielonych). Zakazy konkurencji zawarte na czas nieokreślony nie będą korzystały z wyłączenia przez cały okres ich obowiązywania. W praktyce oznacza to, że jeżeli zakaz konkurencji został zawarty na czas nieokreślony, przedsiębiorcy nie będą mogli skorzystać z wyłączenia bez względu na fakt, że jego faktyczny okres obowiązywania nie przekroczył jeszcze dopuszczalnego okresu pięcioletniego²⁴⁴. Jak wskazuje Komisja, zakaz konkurencji może być objęty wyłączeniem grupowym, o ile nie istnieją żadne przeszkody uniemożliwiające nabywcy skuteczne zakończenie zakazu konkurencji po upływie okresu pięciu lat²⁴⁵. Zgodnie z art. 5 ust. 2 ograniczenie dotyczące okresu obowiązywania zakazu konkurencji nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy produkty objęte porozumieniem sprzedawane są w lokalach i na terenie stanowiących własność dostawcy lub które wynajmuje on lub dzierżawi od osób trzecich niepowiązanych z nabywcą²⁴⁶. Wówczas zakaz konkurencji może obowiązywać tak długo, jak długo nabywca zajmuje lokal lub teren. Wyjątek ten jest jak najbardziej uzasadniony z uwagi na ochronę długoterminowych inwestycji dostawcy. Trudno oczekiwać bowiem, że dostawca poczyni inwestycję, w wyniku której promowane będą towary lub usługi jego konkurentów lub w którym prowadzona będzie działalność konkurencyjna. Wyjątek ten nie powinien być nadużywany przez strony porozumienia, w szczególności przez dostawcę, poprzez „sztuczne” nadanie tytułu prawnego do lokalu lub terenu na określony czas wyłącznie w celu uniknięcia limitu okresu pięcioletniego. Należy jednocześnie zaznaczyć, że omawiany wyjątek dotyczy jedynie odstępstwa od uniemożliwienia zawierania zakazu konkurencji na okres dłuższy niż pięć lat, nie stanowi jednak podstawy do ustanowienia tego ograniczenia na czas nieokreślony.

Po drugie, wyłączenie nie znajdzie zastosowania do zobowiązań skutkujących zakazem wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży przez nabywcę towarów lub usług po zakończeniu obowiązywania porozumienia wertykalnego (tzw. poumowne zakazy konkurencji). Objęcie zakresem wyjątku zarówno wszystkich towarów lub usług oznacza, że w przypadku, gdy zakaz konkurencji ma charakter pozaumowny, warunki skorzystania

²⁴³ Stanowisko to zostało również przyjęte przez SPI w wyroku z 8.06.1995 r. w sprawie T-7/93 *Langnese-Iglo*, pkt 138.

²⁴⁴ Tak J. Kruk-Kubarska [w:] F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Jurkowska-Gomułka, M. Modzelewska de Raad, O. Szejnert-Roszak, *Porozumienia dystrybucyjne w prawie konkurencji. Unia Europejska-Polska*, Warszawa 2018, str. 328-329.

²⁴⁵ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 66.

²⁴⁶ Przy wykładni tego przepisu nie należy jednak kierować się regulacjami prawa cywilnego danego państwa. Oznacza to, że źródłem prywatnego prawa podmiotowego może być również np. leasing lub użyczenie.

z wyłączenia są zaostrzone i co do zasady wyłączenie nie znajdzie zastosowania również do zakazu konkurowania, który zakresem przedmiotowym obejmuje również produkty niekonkurencyjne. Zgodnie z treścią art. 5 ust. 3, określającym wyjątki od ww. ograniczenia, wyłączenie stosuje się do zakazu konkurowania, jeżeli łącznie spełnione zostaną następujące warunki: zakaz konkurowania dotyczy produktów konkurujących z produktami objętymi porozumieniem (art. 5 ust. 3 pkt a); zobowiązanie ograniczone jest do lokalu i terenu²⁴⁷, na którym nabywca prowadził działalność w trakcie obowiązywania porozumienia (art. 5 ust. 3 pkt b); zobowiązanie jest niezbędne do ochrony *know-how*²⁴⁸ przekazanego nabywcy przez dostawcę (art. 5 ust. 3 pkt c) oraz czas obowiązywania zakazu konkurowania ograniczony jest do jednego roku po zakończeniu obowiązywania porozumienia (art. 5 ust. 3 pkt d). Celem omawianego wyjątku jest ochrona *know-how* i renomy dostawcy. Jeżeli zatem przyjmiemy, że pozostałe trzy przesłanki, tj. przesłanka przedmiotowa, terytorialna i czasowa prowadzą do ochrony ww. wartości, wprowadzanie dodatkowej przesłanki, o której mowa jest w art. 5 ust. 3 pkt c nie wydaje się konieczne²⁴⁹.

Po trzecie, wyłączenie nie obejmie zobowiązań skutkujących zakazem konkurowania w postaci zakazu sprzedaży produktów niektórych konkurentów dostawcy przez dystrybutorów działających w systemie dystrybucji selektywnej. Komisja wskazała w Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, że celem omawianego wyjątku jest przeciwdziałanie sytuacji, w której konkretny konkurent lub konkurenci dostawcy są ograniczeni w korzystaniu z punktów sprzedaży obsługiwanych przez dystrybutorów

²⁴⁷ Pojęcie „lokalu i terenu” zostało zdefiniowane przez Trybunał w postanowieniu w sprawie *La Retoucherie*. Trybunał uznał, że *lokal i teren, na którym nabywca prowadzi działalność w trakcie obowiązywania porozumienia odnosi się wyłącznie do miejsca, z którego prowadzi się sprzedaż towarów lub usług objętych porozumieniem,*

a nie do całego obszaru, na którym te towary lub usługi mogą być sprzedawane zgodnie z umową (Postanowienie Trybunału z 7.02.2013 r. w sprawie C-117/12, *La Retoucherie de Manuela*, pkt 41). Na gruncie aktualnie obowiązującego rozporządzenia o wyłączeniach grupowych dostawca musi mieć prawo zarówno do gruntu, jak i do lokalu. Dodatkowy wymóg polegający na konieczności posiadania przez dostawcę również prawa własności terenu wprowadzono w rozporządzeniu 2790/99.

²⁴⁸ Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt g rozporządzenia nr 330/2010 *know-how* oznacza pakiet nieopatentowanych informacji praktycznych, wynikających z doświadczenia dostawcy i przeprowadzonych przez niego testów, które są niejawnne, istotne i określone; „niejawnne” w tym kontekście oznacza, że *know-how* nie jest powszechnie znane ani łatwo dostępne; przez „istotne” rozumie się, że *know-how* jest ważne i użyteczne dla nabywcy z punktu widzenia używania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług objętych porozumieniem; przez „określone” rozumie się, że *know-how* zostało opisane w sposób wyczerpujący w stopniu pozwalającym na weryfikację kryteriów niejawnności i istotności

²⁴⁹ Warto jednocześnie zwrócić uwagę na pogląd, zgodnie z którym spełnienie przesłanek przedmiotowej, terytorialnej i czasowej powoduje brak konieczności uzasadniania jej wprowadzenia (tak J. Kruk-Kubarska [w:] F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Jurkowska-Gomułka, M. Modzelewska de Raad, O. Szejnert-Roszak, *Porozumienia dystrybucyjne w prawie konkurencji. Unia Europejska-Polska*, Warszawa 2018, str.333).

działających w systemie dystrybucji selektywnej²⁵⁰. Jednocześnie nic nie stoi na przeszkodzie objęciu zakazem konkurencyjności dystrybucji produktów wszystkich konkurentów dostawcy.

W przypadku klauzuli zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej w zakresie, w jakim dotyczy wytwarzania produktów konkurencyjnych, kwestia skorzystania z wyłączenia na gruncie rozporządzenia nr 330/2010 jest bardziej problematyczna niż w przypadku wyłączenia zakupu. Klauzula ta powoduje bowiem efekt w postaci zakazu wyjścia na rynek, na którym już działa podmiot uprawniony. Porozumienie takie należy co do zasady zakwalifikować jako porozumienie horyzontalne zawarte pomiędzy potencjalnymi konkurentami. Zgodnie z treścią art. 2 ust. 4 rozporządzenia nr 330/2010, wyłączenie co do zasady nie znajduje zastosowania do porozumień wertykalnych zawieranych pomiędzy konkurentami²⁵¹. Jednocześnie przepis ten przewiduje wyjątek od ww. zasady. Rozporządzenie znajdzie bowiem zastosowanie do zawieranych przez konkurentów porozumień wertykalnych o charakterze niewzajemnym, zaliczających się do jednej z dwóch kategorii. Po pierwsze, będą to porozumienia wertykalne o charakterze niewzajemnym, w których dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem towarów, a nabywca jest dystrybutorem i nie jest przedsiębiorcą konkurencyjnym na szczeblu wytwórczości. Po drugie, wyłączenie znajdzie zastosowanie do porozumień wertykalnych o charakterze niewzajemnym, w których dostawca świadczy usługi na kilku szczeblach obrotu handlowego, a nabywca dostarcza towary lub świadczy usługi na poziomie detalicznym i nie jest przedsiębiorcą konkurencyjnym na tym szczeblu obrotu handlowego, na którym nabywa usługi objęte porozumieniem.

Oznacza to, że w przypadku porozumień wertykalnych zawieranych przez potencjalnych konkurentów ich wyłączenie na gruncie rozporządzenia nr 330/2010 możliwe jest jedynie po łącznym spełnieniu dwóch dodatkowych warunków. Są to: warunek niewzajemności oraz warunek podwójnej dystrybucji. Warunek niewzajemności polega na tym, że porozumienie wertykalne zawarte pomiędzy konkurentami będzie objęte rozporządzeniem wyłącznie w przypadku, gdy ograniczenie konkurencji będzie dotyczyło tylko jednej strony porozumienia. Należy jednocześnie zaznaczyć, że zgodnie z definicją

²⁵⁰ Pkt 69 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych.

²⁵¹ Zgodnie z treścią art. 1 ust.1 pkt c rozporządzenia nr 330/2010, pojęcie „przedsiębiorstwa konkurującego” oznacza rzeczywistego lub potencjalnego konkurenta. „Rzeczywisty konkurent” oznacza przedsiębiorstwo działające na tym samym rynku właściwym; „potencjalny konkurent” oznacza przedsiębiorstwo, co do którego można realnie, a nie tylko teoretycznie zakładać, że gdyby porozumienie wertykalne nie istniało, to w odpowiedzi na niewielki, lecz trwały wzrost cen względnych takie przedsiębiorstwo zdecydowałoby się przeprowadzić w krótkim czasie konieczne dodatkowe inwestycje lub ponieść inne niezbędne koszty dostosowawcze, aby wejść na rynek właściwy.

zawartą w art. 1 ust. 1 pkt d rozporządzenia nr 330/2010 zakaz konkurowania oznacza „zobowiązanie nabywcy”. Warunek podwójnej dystrybucji polega na tym, że aby porozumienie było objęte zakresem rozporządzenia, przedsiębiorcy muszą konkurować ze sobą na rynku niższego szczebla, nie zaś na rynku wyższego szczebla. Ma to miejsce w przypadku, gdy dostawca jest wytwórcą i dystrybutorem towarów, a nabywca jest dystrybutorem, natomiast nie jest przedsiębiorcą konkurującym na szczeblu wytwórstwa²⁵². W tym kontekście należy zauważyć, że z uwagi na fakt, że zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 pkt c rozporządzenia nr 330/2010 przedsiębiorcą konkurującym będzie jedynie przedsiębiorca działający na tym samym rynku produktowym i geograficznym. Tym samym wytwórcy prowadzący działalność na różnych rynkach geograficznych nie będą traktowani jako konkurenci. Należy również zaznaczyć, że warunek podwójnej dystrybucji nie zostanie spełniony w przypadku, gdy zakaz działalności konkurencyjnej zostanie nałożony przez dostawcę będącego hurtownikiem na nabywcę prowadzącego działalność polegającą na sprzedaży detalicznej. Nie jest do końca jasne, dlaczego wyłączeniem grupowym objęte mogą być jedynie porozumienia, których jedną ze stron jest producent (wytwórca). Zdaniem autora niniejszej pracy nie istnieją przeciwwskazania, aby warunek ten rozszerzyć również na zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej zawarty pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na innych szczeblach obrotu.

W przypadku, gdy dane porozumienie zawierające zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej spełnia warunki podwójnej dystrybucji, dla uzyskania wyłączenia grupowego konieczne jest spełnienie pozostałych warunków wyłączenia (ilościowych i jakościowych) znajdujących zastosowanie również do klauzuli zakazu konkurowania w formie wyłączności zakupu; natomiast w przypadku braku spełnienia warunku wstępnego, spełnienie warunków ilościowych i jakościowych nie powinno być badane przez organ antymonopolowy. W takiej sytuacji porozumienie będzie podlegać normalnej ocenie antymonopolowej jako porozumienie horyzontalne zawarte pomiędzy potencjalnymi konkurentami.

11.2. Warunki wyłączenia zakazu konkurowania w rozporządzeniu RM z 30 marca 2011 r.

Rozporządzenie RM z 30 marca 2011 r. ustanawia warunki dopuszczalności zakazu konkurowania analogiczne do warunków wskazanych w rozporządzeniu nr 330/2010. Warto

²⁵² J. Kruk-Kubarska [w:] F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Jurkowska-Gomułka, M. Modzelewska de Raad, O. Szejnerta-Roszak (red.), *Porozumienia dystrybucyjne w prawie konkurencji. Unia Europejska – Polska*, Warszawa 2018, str. 109.

jednak dokonać bliższej analizy regulacji krajowej w zakresie kwalifikacji zakazu konkurencji jako ograniczenia wykluczonego.

Odpowiednik art. 5 rozporządzenia nr 330/2010 na gruncie prawa polskiego stanowi § 12 rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r. Zgodnie z tym przepisem, klauzule opisane w jego treści stanowią naruszenie art. 6 ust. 1 u.o.k.i.k., ustanawiającego zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień. Brzmienie ww. przepisu wskazywałoby na to, że, w przeciwieństwie do prawa unijnego, na gruncie prawa polskiego przyjęto domniemanie niezgodności z prawem zakazu konkurencji. Przepis § 12 nie stanowi wprost, jak to ma miejsce w art. 5 rozporządzenia nr 330/2010, że wyłączenie nie ma zastosowania do danej klauzuli, stąd też zwraca się uwagę, że rozporządzenie RM nie przewiduje kategorii klauzul szarych, a zamiast tego zawarte zostały w nim dwa katalogi klauzul czarnych, powodujących brak możliwości skorzystania z wyłączenia całego porozumienia²⁵³. Taka wykładnia nie byłaby jednak prawidłowa. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę na treść § 13 rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r., zgodnie z którym wyłączenia nie stosuje się do porozumień, jeżeli klauzul, o których mowa w § 12 i których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 u.o.k.i.k., nie można oddzielić od porozumienia wertykalnego jako całości. Powyższe w sposób wyraźny wskazuje, że intencją ustawodawcy była możliwość wydzielenia określonych klauzul przy jednoczesnym pozostawieniu w mocy pozostałej części porozumienia. Po drugie, należy uwzględnić różnice w brzmieniu treści § 11 („wyłączeniu nie podlegają porozumienia”) wskazującego klauzule czarne, powodujące nieważność całego porozumienia, a treścią omawianego § 12. Różnice te należy uzasadnić właśnie zamiarem odmiennego uregulowania statusu klauzul szarych. Również biorąc pod uwagę praktykę decyzyjną Prezesa UOKiK²⁵⁴ oraz zasadę wykładni prawa polskiego w zgodzie z prawem unijnym, przepis ten należy interpretować w ten sposób, że zawarcie w porozumieniu klauzul wskazanych w § 12 powoduje jedynie, że nie mogą one skorzystać z przywileju wyłączenia z jednoczesną możliwością wyłączenia na podstawie rozporządzenia porozumienia w pozostałej części. W tym kontekście należy podzielić pogląd, zgodnie z którym przedsiębiorcy powinni podlegać podobnym regułom niezależnie od kraju prowadzenia działalności gospodarczej²⁵⁵. Warto jednocześnie zaznaczyć, że nawet odmienne uregulowanie przedmiotowej kwestii na gruncie prawa polskiego byłoby niemożliwe z uwagi

²⁵³ M. Marek, *Wyłączenie dystrybucji selektywnej spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, IKAiR nr 7(5)/2016, str. 21-22.

²⁵⁴ Między innymi: decyzja Prezesa UOKiK z 12.04.2007 r., nr RKR-32/2007.

²⁵⁵ E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, str. 46-47.

na semi-imperatywny charakter przepisu art. 3 ust. 2 zd. 2 rozporządzenia nr 1/2003, dający ustawodawcy krajowemu możliwość wprowadzenia bardziej restrykcyjnych przepisów dotyczącego praktyk antykonkurencyjnych niż przepisy prawa unijnego jedynie w odniesieniu do praktyk jednostronnych, tj. nadużywania pozycji dominującej.

11.3. Wyłączenie indywidualne zakazu konkurencji

W przypadku braku spełnienia przesłanek wyłączenia wskazanych w rozporządzeniu nr 330/2010 lub rozporządzeniu RM z 30 marca 2011 r. przedsiębiorcy mogą nadal ubiegać się o skorzystanie z wyłączenia indywidualnego. W tym celu konieczne jest wykazanie przez strony porozumienia spełnienia kumulatywnie warunków określonych w art. 101 ust. 3 TfUE lub art. 8 u.o.k.i.k. Przepis art. 101 ust. 3 TfUE uznaje się za przykład skodyfikowanej reguły rozsądku²⁵⁶, stanowiącej narzędzie mające na celu ustalenie, czy pozytywne skutki porozumienia przeważają nad jego skutkami negatywnymi²⁵⁷. Taki wniosek można również odnieść do art. 8 u.o.k.i.k. W obu przepisach wskazano cztery przesłanki skorzystania z wyłączenia indywidualnego. Po pierwsze, porozumienie musi przyczyniać się do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź popierania postępu technicznego lub gospodarczego. Przesłanka ta będzie spełniona, jeżeli zawarcie porozumienia skutkuje obniżeniem kosztów produkcji²⁵⁸ lub na rynek wprowadzony zostanie nowy produkt albo powstanie lub zostanie rozwinięta nowa technologia. Po drugie, porozumienie zapewnia nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część korzyści wynikających z porozumienia²⁵⁹. Po trzecie, porozumienie nie może nakładać na przedsiębiorców będących jego stronami ograniczeń, które są zbędne do osiągnięcia celu porozumienia. Po czwarte, porozumienie nie może stwarzać jego uczestnikom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów. W doktrynie wskazuje się, że

²⁵⁶ W doktrynie istnieje wiele definicji reguły rozsądku. Pojęcie to można definiować m.in. jako sposób, w jaki ustala się, czy dane zachowanie jest zakazane przez przepisy prawa antymonopolowego lub sposób oceny zgodności zachowań przedsiębiorców z przepisami prawa antymonopolowego. Należy jednocześnie stwierdzić, że najczęściej przyjmuje się, że „zastosowanie reguły rozsądku polega na wyważeniu między antykonkurencyjnymi i prokonkurencyjnymi skutkami porozumienia” (L. Gyselen, *Vertical restraints in the distribution process-strength and weakness of the free rider rationale under EEC competition law*, CMLR, Vol. 21, No. 4, 1984). Szerzej o regule rozsądku (w tym również o definiowaniu tego pojęcia): D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 2004, str. 52 i n.)

²⁵⁷ Wytyczne w sprawie zastosowania art. 81(3), pkt 30 i 32; M. Bychowska, *Podstawowe regulacje wspólnotowe dotyczące zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję*, PUE nr 6/2001, str. 11; S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1996, str. 150.

²⁵⁸ Na obniżeniu kosztów produkcji muszą skorzystać wszyscy uczestnicy rynku, a nie tylko strony porozumienia.

²⁵⁹ Pojęcia „nabywcy” oraz „użytkownika” należy rozumieć szeroko, tj. uwzględniając konsumentów oraz innych uczestników łańcucha dystrybucji.

wszystkie z ww. przesłanek cechuje duży poziom relatywizacji²⁶⁰. Wynika to z ekonomizacji prawa antymonopolowego, który to kierunek, chociaż niewątpliwie należy uznać za słuszny, powoduje wysoki poziom niepewności po stronie przedsiębiorców²⁶¹. Znacznie niższy stopień niedookreśloności cechuje przesłankę niezbędności. Już bowiem na etapie zawierania porozumienia możliwe jest ustalenie przez przedsiębiorców, jakie postanowienia umowy wykraczają poza cel porozumienia²⁶². W konsekwencji należy stwierdzić, że kluczowe znaczenie dla oceny antymonopolowej będzie miało ważenie pro- i antykonkurencyjnych skutków powodowanych przez porozumienie zawierające klauzulę zakazu konkurencji, a także ocena tego, czy forma ograniczenia konkurencji została dostosowana do celu porozumienia i czy możliwe było osiągnięcie korzyści rynkowych przy wykorzystaniu mniej restrykcyjnych środków²⁶³.

W części VI Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych zatytułowanych „Polityka egzekwowania prawa w indywidualnych przypadkach” Komisja dokonała analizy spełnienia przez wybrane ograniczenie konkurencji warunków wyłączenia indywidualnego. Pierwszym z analizowanych przez Komisję ograniczeń jest jednomarkowość (ang. *single-branding*). Pojęcie to zostało wprowadzone w Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, w myśl których *pojęcie jednomarkowości należy łączyć z porozumieniami, których główny element polega na tym, że nabywca jest zobowiązany lub nakłaniany do skoncentrowania swoich zamówień na określonym rodzaju produktu dostarczanego przez jednego dostawcę*²⁶⁴. Powyższe wskazuje na utożsamienie przez Komisję jednomarkowości z jedną z form zakazu konkurencji, tj. z wyłącznością zakupu²⁶⁵. Niemniej jednak należy stwierdzić, że z uwagi na ścisły związek tego rodzaju zakazu konkurencji z zakazem podejmowania działalności konkurencyjnej, polegającej na zakazie sprzedawania i odsprzedawania produktów konkurencyjnych, wskazówki wypracowane w Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych można również zastosować przy dokonywaniu oceny antymonopolowej drugiej z ww. instytucji.

²⁶⁰ C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, str. 329-338.

²⁶¹ Jednocześnie przedsiębiorcy są zachęceni przez Komisję do samodzielnego przeprowadzenia oceny spełnienia przesłanek wyłączenia indywidualnego (Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 96).

²⁶² C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, str. 333.

²⁶³ W tym zakresie szczególne znaczenie będzie miał zakres zastosowanej wyłączności zakupu oraz czas jej obowiązywania.

²⁶⁴ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 129.

²⁶⁵ D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 2004, str. 525. Zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 pkt d rozporządzenia nr 330/2010 zakaz konkurencji oznacza m.in. *zobowiązanie zakazujące nabywcy (...) zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług, które konkurują z towarami lub usługami objętymi porozumieniem oraz zobowiązanie nabywcy do dokonywania u określonego dostawcy lub przedsiębiorstwa przez niego wskazanego ponad 80% swoich wszystkich zakupów towarów lub usług objętych porozumieniem (...)*.

Celem, który przedsiębiorcy (głównie dostawca) chcą osiągnąć, zawierając w treści porozumienia klauzule o wyłączności zakupu, jest mniejsze lub większe ograniczenie swobody decyzyjnej odbiorcy w zakresie wyboru źródła zaopatrzenia. W przypadku bowiem, gdy nabywca zechce zaopatrzyć się w dany rodzaj produktów, jego podstawowym lub wyłącznym wyborem będą produkty oferowane przez drugą stronę porozumienia, dostawcę.

Pozytywne skutki rynkowe wywoływane przez porozumienia o jednomarkowości w znacznej części przypadków będą przeważać nad ich skutkami antykonkurencyjnymi. Powyższa konkluzja stanowiła podstawę objęcia porozumień wertykalnych zawierających klauzulę wyłączności zakupów wyłączeniem grupowy. Niespełnienie warunków wyłączenia grupowego nie eliminuje możliwości skorzystania z wyłączenia indywidualnego, którego udzielenie jest możliwe po przeprowadzeniu dokładnej analizy porozumienia obejmującej zbadanie formy wyłączności zakupu, długości okresu jej obowiązywania, a także kontekstu rynkowego porozumienia wertykalnego.

Co do formy wyłączności zakupu należy stwierdzić, że przedsiębiorcy powinni stosować ograniczenia konkurencji, które są niezbędne i konieczne dla osiągnięcia określonych prokonkurencyjnych skutków. Oznacza to, że jeżeli wzrost efektywności jest możliwy do osiągnięcia przy wykorzystaniu środków o mniej antykonkurencyjnym charakterze, to właśnie te ograniczenia powinny zostać zastosowane. Jako przykład można wskazać wytyczną Komisji, która zauważyła, że w zakresie zwiększenia efektywności narzucanie ilości może stanowić alternatywę dla klauzuli wyłącznego pokrycia zapotrzebowania²⁶⁶.

Co się tyczy okresu obowiązywania jednomarkowości, generalna zasada wprowadzona przez Komisję stanowi, że im dłuższy jest czas związania nabywcy z określonym dostawcą, tym bardziej znaczące może być zamknięcie dostępu do rynku²⁶⁷. Komisja zawarła w Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych uproszczony opis zależności pomiędzy czasem trwania zobowiązania do jednomarkowości i pozycją rynkową stron porozumienia a prawdopodobną oceną przez organ antymonopolowy tego ograniczenia konkurencji. Wyróżnione zostały w tym zakresie trzy możliwe stany faktyczne. Po pierwsze – w przypadku, gdy porozumienie zawierające zobowiązanie do jednomarkowości zawarte zostało przez przedsiębiorców niedominujących na okres krótszy niż rok, będzie ono co do zasady uważane za powodujące antykonkurencyjne skutki lub za powodujące skutki antykonkurencyjne nieprzeważające nad skutkami prokonkurencyjnymi. Po drugie –

²⁶⁶ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 145.

²⁶⁷ Tamże, pkt 133.

w przypadku, gdy porozumienie takie zawarte zostało przez niedominujących przedsiębiorców na okres od jednego do pięciu lat, wymagane będzie zbadanie pro- i antykonkurencyjnych skutków. Po trzecie – w przypadku, gdy porozumienie takie zawarte zostało na okres dłuższy niż pięć lat, uznaje się co do zasady, że powodowane przez nie skutki antykonkurencyjne nie są w stanie przeważać nad skutkami prokonkurencyjnymi. W tym ostatnim wypadku Komisja nie odwołała się do udziałów rynkowych stron porozumienia²⁶⁸.

W zakresie analizy stanu faktycznego organ antymonopolowy powinien wziąć pod uwagę: pozycję rynkową dostawcy; pozycję rynkową i ilość konkurentów dostawcy; siłę nabywców (równoważącą władzę rynkową), istnienie barier wejścia oraz szczebel obrotu handlowego, na którym stosowana jest jednomarkowość.

Po pierwsze, istotne znaczenie dla oceny antymonopolowej wyłączności zakupu ma pozycja rynkowa dostawcy będącego stroną porozumienia. Należy zauważyć, że konkurenci mają ograniczone możliwości konkurowania w przypadku, gdy dany dostawca oferuje marki stanowiące „niezbędne pozycje w zapasach” (ang. *must stock brand*²⁶⁹) lub też w przypadku, gdy z uwagi na jego pozycję tylko ten dostawca jest w stanie sprostać potrzebom zakupowym nabywcy²⁷⁰. W takim wypadku konkurencja na rynku i tak jest już ograniczona (dostawcy nie mają możliwości konkurowania o całość popytu nabywcy), a produkt danego dostawcy w warunkach normalnej konkurencji znalazłby się w ofercie handlowej nabywcy bez względu na to czy swoboda decyzyjna nabywcy zostałaby ograniczona, czy też nie. Zobowiązanie do jednomarkowości powodować będzie jednak skutek polegający na braku oferowania produktów innych dostawców, które w normalnej sytuacji mogłyby być odsprzedawane przez nabywcę. Komisja zaznacza jednocześnie, że siła rynkowa konieczna do wykazania naruszenia art. 101 ust. 1 TfUE jest zazwyczaj niższa niż ta potrzebna do stwierdzenia posiadania pozycji dominującej w rozumieniu art. 101 ust. 2 TfUE²⁷¹.

Po drugie, ocena antymonopolowa powinna uwzględniać siłę rynkową oraz liczbę konkurentów dostawcy obecnych na rynku właściwym. W szczególności antykonkurencyjny efekt porozumienia będzie osłabiony w przypadku, kiedy na danym rynku działają inni silni dostawcy o pozycji rynkowej zbliżonej do pozycji strony porozumienia. Dodatkowo istotna

²⁶⁸ Tamże, pkt 133.

²⁶⁹ Dokładnej analizy pojęcia produktu „*must have*” dokonał R. M. Steuer. Zwrócił on uwagę na trudności w nakreśleniu granicy pomiędzy produktem popularnym a tym niemożliwym do zastąpienia. Stwierdził również, że jeżeli produkt jest potrzebny grupie nabywców i nie istnieją jego „rozsądne substytuty”, wówczas to dla nabywców produkt ten stanowi pozycję niezbędną („*must have*”). Cecha ta nazywana jest „unikatowością” (ang. *uniqueness*) produktu R. M. Steuer, *Musthavedness*, ALJ Vol. 81, No. 2, 2017, str. 447-474.

²⁷⁰ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 132.

²⁷¹ Wytyczne w sprawie zastosowania art. 81(3), pkt 26.

będzie liczba dostawców działających na danym rynku. Zdaniem Komisji nie można oczekiwać istotnych antykonkurencyjnych skutków tak długo, jak długo na rynku działa duża liczba silnych konkurentów²⁷². W takim przypadku otwarta pozostaje kwestia ograniczenia czy też zamknięcia dostępu do rynku nowym przedsiębiorcom. Zbadania wymaga zatem to, czy nie mamy do czynienia z sytuacją skutku skumulowanego, tj. sytuacją, w której istnieje sieć porozumień, na podstawie których nabywcy zobowiązani są do jednomarkowości względem swojego dostawcy²⁷³. Na konieczność badania istnienia skutku skumulowanego wskazuje Sąd w wyrokach w sprawach *Brasserie De Haecht*²⁷⁴ oraz *Delimitis*²⁷⁵. W obu wyrokach zaznaczono jednocześnie, że analiza tego aspektu stanu faktycznego stanowi jedynie jeden z elementów kontekstu prawno-ekonomicznego danego porozumienia, a tym samym powinno być oceniane razem z innymi czynnikami, jak np. możliwością wejścia na dany rynek. Jednocześnie Trybunał stwierdził, że umowa, której stroną jest przedsiębiorca, którego wkład nie jest znaczący dla powstania skutku skumulowanego, nie będzie wchodzić w zakres zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję²⁷⁶. W sprawie *Shöller* SPI stwierdził, że w celu ustalenia, czy sieć porozumień o wyłącznych zakupach jest przedmiotem zakazu zawartego w Traktacie, należy rozważyć, czy w ujęciu łącznym wszystkie podobne umowy zawarte na rynku właściwym oraz pozostałe cechy gospodarczego i prawnego kontekstu tych umów wskazują, że łącznie wywołują one skutek odmowy dostępu do rynku nowym konkurentom²⁷⁷. Komisja zawarła w Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych wskazówki dotyczącą weryfikacji tego, czy w danej sytuacji występuje skutek antykonkurencyjny w postaci zamknięcia dostępu do rynku. Po pierwsze, co do zasady Komisja uznaje, że związany udział w rynku poniżej 5% nie przyczynia się do wystąpienia skumulowanego skutku antykonkurencyjnego w postaci zamknięcia dostępu do rynku²⁷⁸. Po drugie do zamknięcia dostępu do rynku najprawdopodobniej nie doprowadzi sytuacja, w której udział rynkowy największego dostawcy nie przekracza 30%, a udział rynkowy pięciu największych dostawców wynosi poniżej 50%²⁷⁹.

Po trzecie, istotne znaczenie ma równoważąca siła rynkowa nabywców. Silni nabywcy mogą bowiem wywierać na dostawców nacisk, w rezultacie czego zobowiązanie do

²⁷² Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 134.

²⁷³ Tamże, pkt 134.

²⁷⁴ Wyrok Trybunału z 12.12.1967 r. w sprawie 23/67 *Brasserie De Haecht*.

²⁷⁵ Wyrok Trybunału z 28.02.1991 r. w sprawie C-234/89 *Delimitis*, pkt 20.

²⁷⁶ Tamże, pkt 24.

²⁷⁷ Wyrok SPI z 8.06.1995 r. w sprawie T-9/93 *Shöller*. Szerzej: A. Jurkowska, T. Skoczny, *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Warszawa 2007, str. 348-349.

²⁷⁸ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 134.

²⁷⁹ Tamże, pkt 135.

jednomarkowości połączone zostanie z odpowiednim świadczeniem po stronie dostawcy. Tego typu sytuacje należy jednak rozpatrywać z dużą dozą ostrożności, mając na uwadze, że nie każde tego typu „świadczenie wyrównawcze” przyniesie korzyści dla finalnych odbiorców produktu, np. konsumentów²⁸⁰.

Po czwarte, należy wziąć pod uwagę istnienie barier wejścia na rynek. Jeżeli dostawom pozbawionym dostępu do konkretnego przedsiębiorcy stosunkowo łatwo jest znaleźć alternatywnych nabywców, wyłączność zakupu najpewniej nie będzie powodować zamknięcia dostępu do rynku²⁸¹.

Po piąte, ocena antymonopolowa powinna uwzględniać szczebel obrotu handlowego, na którym stosowana jest jednomarkowość. Komisja zauważyła, że co do zasady prawdopodobieństwo zamknięcia rynku jest mniejsze w przypadku stosowania jednomarkowości na poziomie hurtowym niż detalicznym²⁸².

Należy stwierdzić, że wypracowana metoda oceny wyłączności zakupu dostarcza przedsiębiorcom wystarczającej pewności prawnej co do tego, kiedy porozumienie takie zostanie uznane za dozwolone. Kluczowe znaczenie mają w tym zakresie: forma wyłączności zakupu, czas jej obowiązywania oraz kontekst ekonomiczny porozumienia. Jednocześnie należy ponownie podkreślić, że Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych obejmują wskazówki w zakresie oceny antymonopolowej wyłącznie zakazu konkurencji w postaci wyłączności zakupu oraz zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej w postaci zakazu sprzedaży i odsprzedaży produktów konkurencyjnych.

11.4. Warunki wyłączenia zakazu konkurencji na podstawie reguły *de minimis*

Zarówno na gruncie prawa unijnego, jak i polskiego wprowadzono regułę, zgodnie z którą porozumienia przedsiębiorców o niskim udziale rynkowym nie zagrażają konkurencji i jako takie nie powinny zostać objęte ingerencją organów antymonopolowych²⁸³. W prawie unijnym reguła ta wprowadzona została w Komunikacie Komisji – Zawiadomieniu w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 TfUE²⁸⁴. Zgodnie z punktem 8 Zawiadomienia *de minimis*, za legalne uznaje się porozumienia

²⁸⁰ Tamże, pkt 137.

²⁸¹ Tamże, pkt 136.

²⁸² Tamże, pkt 138-141.

²⁸³ R. Whish, *Competition Law*, Oksford 2009; str. 137; M. Bychowska, *Prawo antymonopolowe – porozumienia o charakterze bagatelnym*, PUE 2/2002, str. 18.

²⁸⁴ Komunikat Komisji – Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. C 291 z dnia 30.08.2014 r., str. 1) (dalej: „Zawiadomienie *de minimis*”). Zawiadomienie *de minimis* nie jest wiążące zarówno dla sądów jak i organów ds. konkurencji państw członkowskich (pkt 5 Zawiadomienia *de minimis*).

zawierane przez konkurentów, jeżeli łączny udział w rynku przedsiębiorców będących jego stronami nie przekracza 10% na żadnym z rynków właściwych (pkt 8 ppkt a Zawiadomienia *de minimis*) oraz 15% w przypadku, gdy porozumienie zostało zawarte pomiędzy przedsiębiorcami, którzy nie są rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami (pkt 8 ppkt b Zawiadomienia *de minimis*). W prawie polskim reguła *de minimis* zawarta została w art. 7 u.o.k.i.k., zgodnie z którego treścią zakazu nie stosuje się do porozumień, których łączny udział w rynku właściwym nie przekracza 5% w przypadku konkurentów (art. 7 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k.) oraz 10% w przypadku, gdy strony porozumienia nie są konkurentami (art. 7 ust. 1 pkt 2 u.o.k.i.k.)²⁸⁵. Reguła ta nie znajduje jednak zastosowania do wszystkich porozumień. Uznaje się bowiem, że niektóre kategorie porozumień niejako z natury rzeczy ograniczają lub mogą ograniczać konkurencję w sposób istotny (odczuwalny), a tym samym nie zasługują na zwolnienie z zakazu antykonkurencyjnych praktyk tylko z uwagi na marginalny udział rynkowy zawierających je przedsiębiorców²⁸⁶. Do kategorii porozumień nieobjętych wyłączeniem *de minimis* na gruncie polskiej ustawy antymonopolowej należą porozumienia polegające na: ustalaniu bezpośrednio lub pośrednio cen i innych warunków zakupu i sprzedaży towarów; ograniczeniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji; podziale rynków zbytu lub zakupu; uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (art. 7 ust. 3 u.o.k.i.k.). Zawiadomienie *de minimis* wprowadza jednak diametralnie inne zasady zastosowania reguły *de minimis*. Przede wszystkim należy zaznaczyć, że w Zawiadomieniu *de minimis* nie wskazano wprost, które typy porozumień nie mogą podlegać wyłączeniu. Wskazano jedynie, że reguła ta nie znajduje zastosowania do porozumień, które mają na celu zapobieganie, ograniczenie lub zakłócenie

Podobnie jednak jak w przypadku innych aktów *soft law* wydanych przez Komisję, również w tym zakresie Komisja raczej będzie postępować zgodnie z treścią Zawiadomienia *de minimis*. Zawiadomienie *de minimis* nie jest również, co oczywiste, wiążące dla Trybunału (pkt 7 Zawiadomienia *de minimis*).

²⁸⁵ Zarówno Zawiadomienie *de minimis*, jak i polska ustawa antymonopolowa przewidują jednocześnie wyjątek polegający na objęciu danego porozumienia regułą *de minimis* nawet w przypadku przekroczenia przez przedsiębiorców udziałów rynkowych. Zgodnie z treścią art. 7 ust. 2 u.o.k.i.k. *zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, nie stosuje się również w przypadku, gdy udziały w rynku właściwym określone w ust. 1 nie zostały przekroczone o więcej niż dwa punkty procentowe w okresie dwóch kolejnych lat kalendarzowych w czasie trwania porozumienia*. Natomiast zgodnie z treścią punktu 11 Zawiadomienia *de minimis* *Komisja jest również zdania, że porozumienia nie ograniczają odczuwalnie konkurencji, jeżeli udziały stron porozumienia w rynku w ciągu dwóch kolejnych lat kalendarzowych nie przekraczają progów odpowiednio 10 %, 15 % i 5 % wymienionych*

w pkt 8, 9 i 10 o więcej niż 2 punkty procentowe”.

²⁸⁶ C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 227.

konkurencji na rynku wewnętrznym (pkt 2 Zawiadomienia *de minimis*)²⁸⁷. Jako przykłady takiej sytuacji wskazano horyzontalne porozumienia dotyczące ustalania cen odsprzedaży, ograniczenia produkcji lub sprzedaży, podziału rynków lub klientów oraz wertykalne porozumienia zawierające najpoważniejsze ograniczenia konkurencji²⁸⁸. Komisja zwraca jednocześnie uwagę, że *ochrona* [wynikająca z progów udziału w rynku - TK] *ma również znaczenie w przypadku porozumień objętych rozporządzeniem Komisji w sprawie wyłączeń grupowych w zakresie, w jakim takie porozumienia zawierają tzw. ograniczenie wykluczone*²⁸⁹. W tym kontekście należy rozpatrywać możliwość zakwalifikowania porozumienia zawierającego w treści zakaz konkurowania jako porozumienia bagatelnego. Analiza obu aktów, tj. polskiej ustawy antymonopolowej oraz Zawiadomienia *de minimis*, prowadzi do wniosku, że różne są podstawy wskazania wyjątków od zasady *de minimis* na gruncie prawa polskiego i unijnego. W u.o.k.i.k. *explicite* wskazano typy porozumień, co do których ww. reguła nie znajdzie zastosowania. Wskazane rodzaje zakazanych praktyk określone są jako „najcięższe praktyki przeciwko konkurencji i konsumentom”²⁹⁰, „najcięższe ograniczenia konkurencji”²⁹¹ lub „porozumienia, które w najcięższy sposób godzą w konkurencję między nimi bądź ją eliminują”²⁹². Również SOKiK zwrócił uwagę, że brak zastosowania wyłączenia do ww. kategorii porozumień podkreśla wagę (ciężar gatunkowy) tych naruszeń²⁹³. Nie wskazano jednocześnie, że porozumienia te są zakazane ze względu na cel²⁹⁴. W Zawiadomieniu *de minimis* wskazane zostało natomiast, że wyłączeniu na podstawie reguły *de minimis* nie mogą podlegać porozumienia, które „mają na celu zapobieganie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na rynku wewnętrznym” (pkt 2 i 13 Zawiadomienia *de minimis*), natomiast konkretne typy porozumień wskazane zostały jedynie jako przykłady sytuacji, kiedy omawiana reguła nie znajdzie zastosowania. Wyjątkowo istotny pozostaje również fakt wskazania przez Komisję, że ochrona wynikająca z progów udziału w rynku ma znaczenie dla porozumień zawierających wykluczone ograniczenia (czyli m.in. zakaz

²⁸⁷ Treść punktu 3 Zawiadomienia *de minimis* wskazuje natomiast, że wyłączenie dotyczy porozumień, „których skutkiem mogłoby być zapobieganie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na rynku wewnętrznym”.

²⁸⁸ Zawiadomienie *de minimis*, pkt 13.

²⁸⁹ Tamże, pkt 14.

²⁹⁰ C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 227.

²⁹¹ A. Stawicki, E. Stawicki, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016, str. 307.

²⁹² K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX 2014.

²⁹³ Wyrok SOKiK z 29.05.2012 r., XVII Ama 179/11 niepubl., Wyrok SOKiK z 10.01.2013 r., XVII Ama 140/10 niepubl.

²⁹⁴ W jednej z decyzji Prezes UOKiK zauważa, że *porozumienia tego rodzaju z natury ograniczają lub mogą ograniczać konkurencję, czyli godzą w zasady funkcjonowania rynku* (decyzja Prezesa UOKiK z 16.12.2011 r., nr RKT-48/2011), ten sposób „selekcji” porozumień niepodlegających wyłączeniu nie wynika jednak z treści przepisu art. 7 ust. 3 ustawy antymonopolowej.

konkurowania)²⁹⁵. Zakaz konkurowania w porozumieniach wertykalnych nie stanowi ograniczenia konkurencji zakazanego ze względu na cel. W zakresie oceny zastosowania reguły *de minimis* fakt ten ma jednak znaczenie jedynie na gruncie regulacji unijnej. Uzależnia ona bowiem brak możliwości zastosowania ww. reguły od tego, że dane porozumienie jest zakazane ze względu na cel. W prawie polskim fakt ten pozostaje bez znaczenia, wyjątki spod reguły *de minimis* wskazane zostały bowiem wprost, a nie poprzez wskazanie, że są to wszystkie porozumienia zakazane ze względu na cel. W przypadku potraktowania zakazu konkurowania jako porozumienia podziałowego, co może mieć miejsce zwłaszcza w przypadku zastosowania drugiej jego formy, tj. zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, porozumienie zawarte przez przedsiębiorców dysponujących niskimi udziałami rynkowymi (tj. nieprzekraczającymi progów wskazanych w ustawie antymonopolowej i Zawiadomieniu Komisji) nie będzie mogło zatem podlegać wyłączeniu na gruncie art. 7 u.o.k.i.k. przy jednoczesnym podleganiu wyłączeniu na gruncie Zawiadomienia *de minimis*. Sytuacja ta stanowi naruszenie reguły konwergencji wyrażonej w art. 3 rozporządzenia nr 1/2003, zgodnie z którą *zastosowanie krajowego prawa konkurencji nie może prowadzić do zakazania porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi, lecz nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TfUE (obecnie art. 101 ust. 1 TfUE) lub spełniają przesłanki art. 81 ust. 3 (obecnie art. 101 ust. 3 TfUE), lub które objęte są rozporządzeniem w celu stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu (obecnie art. 101 ust. 3 TfUE)*²⁹⁶.

12. Ocena antymonopolowa zakazu konkurowania stosowanego w wybranych porozumieniach dystrybucyjnych

W niniejszym podrozdziale przeanalizowane zostaną zasady dokonywania oceny antymonopolowej zakazu konkurowania zawartego w ramach wybranych porozumień dystrybucyjnych.

W wydanych przez Komisję Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych zawarty został rozdział zawierający analizę poszczególnych ograniczeń wertykalnych. Ww. rozdział stanowi część sekcji VI Wytycznych („Polityka egzekwowania prawa w indywidualnych przypadkach”), mającej na celu przedstawienie ogólnego zarysu analizy i polityki

²⁹⁵ Szerzej o porozumieniach bagatelnych: P. Grabowski, *Zasada de minimis w nowych wyjaśnieniach Komisji Europejskiej i polskiej ustawie antymonopolowej*, PPH 3/2003, str. 26.

²⁹⁶ M. Krasnodębska-Tomkiel, *Przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję – art. 81 i 82 TWE a krajowe prawo antymonopolowe*, PPH lipiec 2005, str. 27.

egzekwowania prawa przez Komisję w indywidualnych przypadkach dotyczących porozumień wertykalnych²⁹⁷. Systematyka zastosowana przez Komisję w ramach dokonywania analizy poszczególnych ograniczeń konkurencji obejmuje: po pierwsze, opisanie ograniczenia oraz analizę elementów istotnych przy jego ocenie antymonopolowej oraz po drugie, przykład zastosowania ograniczenia. W przypadku analizy zasady oceny antymonopolowej umów agencyjnych odwołać się należy z kolei do części II Wytycznych („Porozumienia wertykalne, które zasadniczo nie są objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1”).

12.1. Dystrybucja wyłączna

Jedną z podstawowych form dystrybucji stanowi dystrybucja wyłączna, polegająca na maksymalnym ograniczeniu liczby pośredników w ramach przestrzennie wyodrębnionego rynku na danym terenie²⁹⁸. Model ten został uregulowany w art. 550 k.c., dotyczącym zastrzeżenia w umowie sprzedaży²⁹⁹ klauzuli polegającej na tym, że kupujący będzie jedynym odsprzedawcą zakupionych rzeczy na oznaczonym obszarze³⁰⁰. Na podstawie umowy dystrybucji wyłącznej dostawca zobowiązuje się sprzedawać produkty objęte porozumieniem tylko jednemu dystrybutorowi do odsprzedaży na określonym terytorium³⁰¹. Zwykle zobowiązaniu nabywcy do sprzedaży produktów na przydzielonym mu terytorium towarzyszy zakaz aktywnej sprzedaży na innych terytoriach³⁰². Model ten wykorzystywany jest przede wszystkim jako forma dystrybuowania towarów pochodzących z seryjnej produkcji wielkoprzemysłowej. Z uwagi na zapewnienie szerokiej kontroli organizatorowi systemu dystrybucji, model ten wykorzystywany jest zarówno przez przedsiębiorców oferujących produkty o ustabilizowanym popycie i wysokiej renomie, jak również przez przedsiębiorców dopiero wchodzących na rynek. Strony mogą zawrzeć w treści umowy dystrybucji wyłącznej dodatkowe zastrzeżenia ograniczające swobodę działania nabywcy. Jednym z takich środków

²⁹⁷ Pkt 1 ppkt 4 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych.

²⁹⁸ R. Poździk, *Dystrybucja towarów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Lublin 2006, str. 62.

²⁹⁹ W doktrynie wskazuje się, że chociaż regulacja dystrybucji wyłącznej umiejscowiona została w przepisach dotyczących umowy sprzedaży, to jednak w istocie ma znaczenie dla umów dystrybucji, gdyż reguluje uprawnienia kupującego, będącego dalszym odsprzedawcą (A. Falandysz-Zięcik [w:] F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Jurkowska-Gomułka, M. Modzelewska De Raad, O. Szejnert-Roszak (red.) *Porozumienia dystrybucyjne w prawie konkurencji. Unia Europejska – Polska*, Warszawa 2018, str. 43.

³⁰⁰ Druga część tego przepisu dotyczy zobowiązania wyłącznej dostawy polegającej na tym, że sprzedawca zobowiązany jest nie dostarczać rzeczy określonego rodzaju innym osobom.

³⁰¹ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 151.

³⁰² Rozporządzenie nr 330/2010 nie zezwala stronom porozumienia na ograniczenie dystrybutora w zakresie sprzedaży biernej (art. 4 pkt b rozporządzenia nr 330/2010).

jest zakaz konkurencji w obu formach, tj. zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej, jak również wyłączności zakupu.

Zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej jest bardzo często stosowanym elementem umowy łączącej dostawcę i pośrednika w systemie dystrybucji wyłącznej. W doktrynie wskazuje się nawet, że tego typu ograniczenie nałożone na dystrybutora stanowi *naturalia negotii* umowy dystrybucji wyłącznej³⁰³. Wprowadzenie tego postanowienia ma na celu ochronę interesów dostawcy, który w zamian za zapewnienie dystrybutorowi braku presji konkurencyjnej ze strony innych dystrybutorów na danym terenie, może oczekiwać, że w ramach prowadzonej działalności dystrybutor jego towarów nie będzie oferował towarów konkurencyjnych. Połączenie dystrybucji wyłącznej z zakazem podejmowania działalności konkurencyjnej może powodować zamknięcie dostępu do rynku w przypadku gęstej sieci wyłącznych dystrybutorów o małych terytoriach lub w przypadku skutków skumulowanych³⁰⁴. W takim wypadku możliwe są jednak również efekty prokonkurencyjne w postaci zwiększenia motywacji dystrybutora wyłącznego przy promowaniu jedynej marki znajdującej się w jego ofercie.

Często stosowana w ramach modelu dystrybucji wyłącznej jest również druga forma zakazu konkurencji, tj. klauzula wyłączności zakupu, polegająca na zobowiązaniu do zaopatrywania się w dany produkt wyłącznie u danego producenta (dostawcy) albo od związanego z nim przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy, któremu powierzył on sprzedaż swoich produktów³⁰⁵. Podstawę stosowania ww. klauzuli stanowi, podobnie jak w przypadku pierwszej z omawianych form zakazu konkurencji, ochrona interesów organizatora sieci dystrybucyjnej. Uzasadnione jest twierdzenie, że wyłączność zakupu (zwana również zakazem *non contrahere*³⁰⁶) jest klauzulą równoległą w stosunku do klauzuli wyłączności dostaw, która stanowi podstawowe zobowiązanie dostawcy w ramach dystrybucji wyłącznej³⁰⁷. Tego typu rozwiązanie nazywane jest zjawiskiem symetrii wyłączności³⁰⁸. Klauzula wyłączności zakupów stanowi środek zapewnienia lojalności pośrednika, która z kolei stanowi jeden z podstawowych elementów wyróżniających umowę dystrybucji wyłącznej. Zobowiązanie to powoduje ograniczenie swobody dystrybutorów; w tej bowiem sytuacji ograniczeni oni będą nie tylko w zakresie terytorium, na którym mogą sprzedawać

³⁰³ R. Mańko, *Zasady umów długoterminowych*, KPPryw nr 2/2006, str. 555.

³⁰⁴ Wytoczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt. 161.

³⁰⁵ Por. I. Wiszniewska, *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, Warszawa 1995, s. 50.

³⁰⁶ S. Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000, str. 294.

³⁰⁷ R. Poźdźnik, *Dystrybucja towarów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Lublin 2006, str. 225.; Por. wyrok SN z 14.01.1997 r., I CKN 52/96, OSNC 1997/6-7/78.

³⁰⁸ Zob. A. Koch, *Umowa wyłącznej koncesji handlowej w eksporcie*, Poznań 1982, str. 109 i nast. i cytowana tam literatura.

produkty, ale także w zakresie źródła zaopatrzenia. Wszystko to wpływa na możliwość ograniczenia przez dostawcę konkurencji międzymarkowej wewnętrznej oraz doprowadzenia do podziału rynku³⁰⁹.

W oparciu o powyższą analizę należy stwierdzić, że zakaz konkurowania może stanowić podstawowy element umowy o dystrybucji wyłącznej, a co za tym idzie bez jego ustanowienia dystrybutor może nie być zainteresowany rozwijaniem sieci w modelu dystrybucji wyłącznej. Zakres ograniczenia w zakresie prowadzenia działalności konkurencyjnej oraz źródeł zaopatrzenia powinien przy tym odpowiadać podstawowemu celowi jego wprowadzenia, tj. ochronie interesów organizatora sieci, i to właśnie ona powinna stanowić granicę, poza którą zakaz konkurowania powinien zostać oceniony jako nadmiernie uciążliwy dla dystrybutora. Aktualnie wypracowane metody oceny antymonopolowej dostarczają przedsiębiorcom wystarczających wskazówek co do tego, kiedy dana klauzula najprawdopodobniej zostanie zakwestionowana przez organy antymonopolowe, a kiedy polegać będzie wyłączeniu grupowemu lub indywidualnemu. Nie ulega jednak wątpliwości, że co do zasady wprowadzenie zakazu konkurowania w ramy współpracy pomiędzy dostawcą a wyłącznym dystrybutorem powinno być dozwolone na gruncie prawa antymonopolowego.

12.2. Dystrybucja selektywna

Niektóre kategorie produktów ze względu na swój charakter wymagają, aby ich dystrybucja prowadzona była w określony sposób przez podmioty, które są w stanie sprostać tym szczególnym wymaganiom. Jako przykład można wskazać produkty skomplikowane technologicznie lub towary luksusowe. W tych przypadkach szczególnymi warunkami ich dystrybucji będą między innymi konieczność zapewnienia przez dystrybutora określonych usług przedsprzedażowych (np. przetestowanie towaru) lub posprzedażowych (np. jego serwis), odpowiednie urządzenie lokalu, w którym będą one oferowane, czy też zapewnienie odpowiednio wyszkolonego personelu, który będzie dysponował wiedzą o produkcie, a tym samym będzie mógł pomagać nabywcy (np. konsumentowi) przy zakupie produktów. W tym celu dostawcy decydują się na prowadzenie dystrybucji swoich towarów i usług w systemie dystrybucji selektywnej³¹⁰. Stworzenie przez dostawcę tego typu systemu dystrybucji ma na celu ograniczenie kręgu podmiotów uprawnionych do sprzedaży określonych towarów.

³⁰⁹ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt. 162.

³¹⁰ K. Kohutek, *Dystrybucja selektywna na gruncie polskich i wspólnotowych regulacji prawa konkurencji* [w:] A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2008, str. 240; M. Marek, *Wyłączenie dystrybucji selektywnej spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, IKAiR nr 7(5)/2016, str. 9.

W tym aspekcie dystrybucja selektywna zbliżona jest do dystrybucji wyłącznej. W przeciwieństwie jednak do tej drugiej, w przypadku dystrybucji selektywnej przyłączenie do sieci dystrybucji uwarunkowane jest od spełnienia przez dany podmiot określonych kryteriów, a nie przebiega na zasadzie przydziału danemu dystrybutorowi określonego terytorium. Druga różnica pomiędzy oboma systemami polega na tym, że o ile w przypadku dystrybucji wyłącznej dystrybutor ograniczony jest w zakresie prowadzenia sprzedaży aktywnej poza przydzielonym mu terytorium, o tyle w przypadku dystrybucji selektywnej dystrybutor zobowiązany jest odsprzedawać towary kontraktowe jedynie innym autoryzowanym dealerom lub klientom końcowym³¹¹. Model dystrybucji selektywnej stanowi tym samym pewnego rodzaju rozwiązanie pośrednie pomiędzy modelami dystrybucji intensywnej i wyłącznej. Należy zaznaczyć, że system dystrybucji selektywnej różni się również od modelu franchisingu³¹². Warto również zwrócić uwagę, że wszystkie ww. modele dystrybucji mogą się częściowo pokrywać, uzupełniać lub przenikać³¹³.

Definicja systemu selektywnej dystrybucji zawarta została zarówno w prawie unijnym, jak i polskim. Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt d rozporządzenia nr 330/2010, system dystrybucji selektywnej to *system dystrybucji, w którym dostawca zobowiązuje się sprzedawać bezpośrednio lub pośrednio towary lub usługi objęte porozumieniem tylko dystrybutorom wybranym według określonych kryteriów, a dystrybutorzy ci zobowiązują się nie sprzedawać towarów lub usług nieautoryzowanym dystrybutorom na terytorium, na którym dostawca postanowił stosować system*. Definicja systemu dystrybucji selektywnej zawarta w polskim rozporządzeniu (§ 3 pkt 5 rozporządzenia RM z dnia 30 marca 2011 r.) przewiduje pewne rozbieżności w stosunku do definicji zawartej w rozporządzeniu nr 330/2010. Zgodnie z przepisami rozporządzenia RM dystrybutorzy działający w systemie dystrybucji selektywnej zobowiązują się nie tylko do niesprzedawania towarów na terytorium, na którym dostawca prowadzi działalność, ale także na terytorium, na którym dostawca podjął działania świadczące o tym, że zamierza prowadzić działalność w tym systemie. Druga różnica polega na tym, że o ile rozporządzenie nr 330/2010 przewiduje, że dystrybutorzy powinni zostać wybrani według „określonych kryteriów”, to rozporządzenie RM z 30 marca 2011 r. mówi, że wybór ten powinien przebiegać na podstawie „kryteriów określonych w tym porozumieniu”, co sugeruje, że kryteria te mogą zostać określone poza treścią porozumienia.

³¹¹ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 174.

³¹² Ta forma dystrybucji zostanie omówiona w dalszej części opracowania.

³¹³ Wyrok SAM z 6.12.1995 r., XVII Amr 47/95, Wokanda nr 1/1997.

Ocena antymonopolowa systemu dystrybucji selektywnej uzależniona jest przede wszystkim od tego, czy w porozumieniu zawarte zostały najcięższe ograniczenia konkurencji oraz od charakteru kryteriów, na podstawie których przebiega proces oceny tego, czy dany dystrybutor może stać się uczestnikiem sieci. Kryteria, na podstawie których przebiega selekcja dystrybutorów, mogą mieć charakter jakościowy, ilościowy lub mieszany³¹⁴. W przypadku czysto jakościowej dystrybucji selektywnej dealerzy są dobierani jedynie na podstawie obiektywnych kryteriów związanych z charakterem produktu³¹⁵. Zastosowanie wyłącznie kryteriów jakościowych sprawia, że każdy podmiot spełniający określone warunki może stać się autoryzowanym dealerem. Porozumienia dystrybucyjne, których podstawą był wybór dystrybutorów na podstawie czysto jakościowych kryteriów, z uwagi na brak ich antykonkurencyjnych skutków, w ogóle nie są objęte zakazem zawierania porozumień ograniczających konkurencję (art. 6 u.o.k.i.k. lub art. 101 ust. 1 TfUE)³¹⁶. W przypadku gdy do selekcji dystrybutorów wykorzystywane będą kryteria ilościowe (np. wymóg minimalnej lub maksymalnej sprzedaży) lub kryteria mieszane jakościowo-ilościowe (np. wybór na podstawie kryteriów obiektywnych z zastrzeżeniem maksymalnej liczby dystrybutorów), porozumienie o dystrybucji selektywnej będzie wchodziło w zakres zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, a tym samym ich dopuszczalność uzależniona będzie od spełnienia przez nie warunków wyłączenia grupowego lub indywidualnego.

System selekcji może zostać uznany za czysto jakościowy, a tym samym dane porozumienie o dystrybucji selektywnej może zostać uznane za niepowodujące skutków antykonkurencyjnych, jeżeli spełnione zostaną trzy przesłanki: po pierwsze, charakter danego produktu musi wymagać systemu dystrybucji selektywnej; po drugie, wybór dealerów musi odbywać się na podstawie obiektywnych kryteriów o charakterze jakościowym, jednolitych i dostępnych dla wszystkich ewentualnych odsprzedawców i niestosowanych w sposób dyskryminacyjny; po trzecie, kryteria nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne dla zapewnienia prawidłowej dystrybucji produktów³¹⁷. Dopuszczalność zawarcia porozumień spełniających przedstawione powyżej warunki w zakresie kryteriów selekcji dealerów nie będzie uzależniona od spełnienia przez nie warunków wyłączenia spod zakazu, a tym samym nie ma w tym przypadku znaczenia pozycja rynkowa przedsiębiorców będących stronami

³¹⁴ Jak wskazano powyżej, w przeciwieństwie do rozporządzenia Komisji, zgodnie z rozporządzeniem RM, kryteria, na podstawie których dochodzi do wyboru dystrybutorów, powinny zostać określone przez strony w samym porozumieniu.

³¹⁵ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 175.

³¹⁶ Tamże, pkt 175.

³¹⁷ Tamże, pkt 175.

porozumienia (ta ocena pozostaje bez uszczerbku dla postanowień art. 9 u.o.k.i.k. i 102 TfUE dotyczących nadużywania przez przedsiębiorców pozycji dominującej)³¹⁸.

Powyższe nie oznacza jednak, że w zakres zakazu nie będą wchodzić porozumienia zawierające najcięższe ograniczenia konkurencji, o których mowa jest w art. 4 rozporządzenia nr 330/2010 oraz § 11 rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r. Na podstawie tych dwóch regulacji (przepisy art. 4 pkt d rozporządzenia nr 330/2010 oraz § 11 pkt 4 rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r. mają jednakowe brzmienie) wyłączenie nie będzie miało zastosowania w stosunku do porozumień, które mają na celu ograniczenie wzajemnych dostaw między dystrybutorami działającymi w systemie dystrybucji selektywnej, włączając w to dystrybutorów działających na różnych szczeblach obrotu. Ma to bardzo istotne konsekwencje przy analizie dopuszczalności zastosowania klauzul zakazu konkurencji w porozumieniach o dystrybucji selektywnej. W konsekwencji należy bowiem stwierdzić, że w przypadku tego typu porozumień strony są istotnie ograniczone w zakresie możliwości zastosowania klauzuli wyłącznego zakupu, zgodnie z którą potrzeby zakupowe mogą być realizowane tylko u konkretnego dostawcy. Tego typu zobowiązanie, w przypadku wskazania organizatora systemu dystrybucji selektywnej jako jedynej źródła dostaw, ograniczałoby bez wątpienia wzajemne dostawy pomiędzy dystrybutorami. Na jej podstawie bowiem autoryzowani dealerzy danego dostawcy zostaliby ograniczeni w zakresie wzajemnych dostaw produktów kontraktowych³¹⁹. Należy zatem stwierdzić, że klauzula wyłączności zakupów powinna być zmodyfikowana na potrzeby dystrybucji selektywnej w taki sposób, aby dopuszczała zakup produktów również od innych dystrybutorów. Nic natomiast nie stoi na przeszkodzie, aby w treści porozumienia strony zawarły zakaz sprzedawania i odsprzedawania produktów konkurencyjnych (zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej). Na podstawie tej klauzuli dystrybutor zostanie ograniczony w ten sposób, że w zakresie określonego rodzaju produktów będzie mógł sprzedawać i odsprzedawać jedynie produkty objęte porozumieniem, natomiast pozostawiona zostanie mu swoboda w zakresie źródła, u którego będzie się w te produkty zaopatrywał. Oznacza to, że nie zostanie nałożony obowiązek zaopatrywania się jedynie u dostawcy, a tym samym nie zostanie ograniczona

³¹⁸ K. Kohutek, *Dystrybucja selektywna na gruncie polskich i wspólnotowych regulacji prawa konkurencji* [w:] A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2008, str. 244.

³¹⁹ Dopuszczalne są natomiast postanowienia umowne w inny sposób ograniczające krąg źródeł, z których dealer uprawniony jest nabywać towary kontraktowe. Przykładem tego typu rozwiązania może być klauzula umowna, na podstawie której dystrybutor uprawniony jest do nabywania produktu objętego porozumieniem wyłącznie od dostawcy lub innych autoryzowanych dealerów.

swoboda dostaw wzajemnych pomiędzy dystrybutorami działającymi w systemie dystrybucji selektywnej.

O ile wymóg dokonania selekcji dealerów na podstawie kryteriów o charakterze jakościowym ma na celu ochronę konkurencji międzymarkowej wewnętrznej, tj. ochronę konkurencji między dystrybutorami danego dostawcy, o tyle regulacja dotycząca łącznego stosowania przez strony, w porozumieniu o dystrybucji selektywnej, klauzuli zakazu konkurencji ma prowadzić do ochrony konkurencji międzymarkowej zewnętrznej, tj. konkurencji między dostawcami danego rodzaju produktów. W oparciu o powyższe, dopuszczalność zastosowania zakazu konkurencji w postaci zakaz obrotu produktami konkurencyjnymi obwarowana została jeszcze jednym warunkiem, który organizator systemu dystrybucji selektywnej zobowiązany jest spełnić, aby porozumienie zostało objęte wyłączeniem. Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt c rozporządzenia nr 330/2010 wyłączenie grupowe nie ma zastosowania do jakiegokolwiek bezpośredniego lub pośredniego zobowiązania skutkującego zakazem sprzedaży produktów niektórych konkurentów dostawcy przez dystrybutorów działających w systemie dystrybucji selektywnej. *A contrario* należy więc uznać, że nie jest zakazane takie postanowienie umowne, na podstawie którego autoryzowani dealerzy zostaliby ograniczeni w zakresie dystrybuowania wszystkich towarów należących do tego samego rodzaju co towary kontraktowe. Celem tego przepisu jest bowiem zapobieżenie sytuacji ułatwiającej zawarcie zмовы przez dostawcę i niektórych z jego konkurentów na szczeblu horyzontalnym; wykluczenie niektórych z innych dostawców powodowałoby stworzenie przez wiodących dostawców klubu wybranych marek³²⁰.

Połączenie selektywnej dystrybucji z zakazem konkurencji może powodować zamknięcie dostępu do rynku; taka konstrukcja uniemożliwia bowiem innym producentom skorzystanie z dystrybutorów zobowiązanych do lojalności względem dostawcy. Efekt ten wzmocniony zostaje w przypadku istnienia na danym rynku sieci podobnych powiązań pomiędzy dostawcami a dystrybutorami³²¹.

System dystrybucji selektywnej polega na ograniczeniu liczby dystrybutorów danego dostawcy, których wybór oparty jest na określonych kryteriach. W tym kontekście należy zaznaczyć, że efekt w postaci zakazu konkurencji, dystrybutor może osiągnąć nie tylko wprost, wprowadzając go do treści stosunku handlowego wiążącego go z dealerami (np. w postaci narzucania określonych ilości), ale także dokonując ich wyboru na podstawie odpowiednich kryteriów ilościowych. Kryteriami powodującymi zakaz konkurencji

³²⁰ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 182.

³²¹ Tamże, pkt 183.

w postaci wyłączności zakupu mogą być między innymi: konieczności zapewnienia dostawcy określonego udziału w całości zakupów dystrybutora czy też konieczności zagwarantowania produktom dystrybutora określonego procenta powierzchni sprzedaży produktów w placówkach handlowych dystrybutora. Zakaz konkutowania w postaci wyłączności zakupu wprowadzony do stosunku handlowego jako pochodna zastosowanego kryterium ilościowego nie będzie tym samym korzystać z wyłączenia.

Regulację w zakresie dopuszczalności zastosowania zakazu konkutowania w ramach systemu dystrybucji selektywnej należy ocenić jako optymalny balans pomiędzy zminimalizowaniem ryzyka zawierania przez przedsiębiorców antykonkurencyjnych porozumień a zapewnieniem im informacji co do tego jakie warunki muszą oni spełnić, aby zawarte porozumienie skorzystało z wyłączenia. Ogólne zasady dotyczące wyłączenia zostały bowiem w tym przypadku uzupełnione o dodatkowe wytyczne, wynikające wprost ze specyfiki szczególnego systemu dystrybucji jakim jest dystrybucja selektywna. Zasadami tymi są: konieczność modyfikacji klauzuli wyłącznego zakupu w taki sposób, aby dopuszczalne było dokonywanie zakupów od innych uczestników sieci dystrybucyjnej, a także konieczność objęcia zakazem konkutowania produktów wszystkich konkurentów organizatora sieci. Trzecią wytyczną jest brak możliwości wprowadzenia zakazu konkutowania jako kryterium ilościowego, na podstawie którego przeprowadzana byłaby selekcja dystrybutorów.

12.3. Franchising

Dystrybucja wyłączna i selektywna nie wyczerpują wszystkich możliwości związanych z wyborem systemu dystrybucji przez dostawcę towarów lub usług. Często wybieranym przez przedsiębiorców modelem ekspansji gospodarczej jest franchising. Pojęcie to definiowane jest jako szczególny rodzaj dystrybucji dóbr i usług polegający na przystąpieniu niezależnych przedsiębiorców do sieci franchisingowej posiadającej jednorodny charakter i prowadzenie przez nich działalności w ramach jednolitego systemu opracowanego przez franchisodawcę³²². Definicje pojęcia systemu dystrybucji franchisingowej została zawarta w przepisach z zakresu prawa ochrony konkurencji – zgodnie z § 3 pkt 6 rozporządzenia RM z 30 marca 2011, pod

³²² M. Skrzek, E. Wojtaszek, *Reguły konkurencji a franchising*, Warszawa 1995, str. 29. Na konieczność odróżnienia pojęcia franchisingu od pojęcia umowy franchisingowej zwraca uwagę A. Koch, którego zdaniem rozróżnienie ww. pojęć jest „dogodną konwencją terminologiczną dla precyzyjnego odgraniczenia pewnej techniki współpracy ekonomicznej od kontraktu cywilnoprawnego, konkretyzującego jej założenia” (A. Koch, *Umowa franchisingowa*, RPEiS, 3/1980, str. 50. Na potrzeby niniejszej pracy pojęcia franchisingu oraz umowy franchisingowej, a także dystrybucji w systemie franczyzy stosowane są zamiennie. Szerzej o definicji umowy franchisingowej: B. Fuchs, *Pojęcie umowy franchisingowej*, Rejent nr 9/1995, str. 157 i n.

pojęciem tym rozumie się system dystrybucji, w którym dystrybutor bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się odsprzedawać zakupione od dostawcy towary objęte porozumieniem wertykalnym, wykorzystując udostępnione przez niego – w zamian za wynagrodzenie – prawa własności intelektualnej i przemysłowej lub *know-how*³²³. Definicja ta nie jest jednak pozytywnie oceniana przez doktrynę prawa antymonopolowego głównie z powodu braku identyfikacji *know-how* jako koniecznego warunku uznania, że dany system dystrybucji może zostać uznany za franchising³²⁴. Na gruncie prawa unijnego definicję franchisingu można zbudować na podstawie informacji zawartych w punkcie 189 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, zgodnie z którego treścią umowa franchisingu polega na przekazaniu franczyzobiorcy przez franczyzodawcę licencji dotyczących praw własności intelektualnej (PWI) związanych ze znakami towarowymi lub oznaczeniami oraz *know-how*. W ramach tej umowy franczyzodawca będzie zwykle zobowiązany również do świadczenia na rzecz uczestników sieci franczyzowej pomocy handlowej lub technicznej. Zgodzić należy się z poglądem, że definicja odczytana z Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych w większym stopniu odpowiada praktyce funkcjonowania systemu dystrybucji w ramach sieci franczyzowej³²⁵. Stwierdzić należy bowiem, że przekazanie franczyzobiorcy *know-how*, które ten będzie następnie wykorzystywał przy prowadzeniu działalności polegającej na dystrybucji towarów lub usług, oraz pomoc świadczona przez franczyzodawcę stanowi główny czynnik warunkujący dopuszczalność zakwalifikowania danej formy dystrybucji towarów lub usług jako franczyzy³²⁶. Należy również zwrócić uwagę na definicję franchisingu wypracowaną w orzecznictwie. W uzasadnieniu orzeczenia w sprawie Ruch, SAM wskazał, że *franchising jest metodą działalności gospodarczej w zakresie dystrybucji towarów i usług, polegającą na otrzymaniu przez franchisingobiorcę prawa sprzedaży we własnym imieniu określonych towarów i usług w ramach procesu marketingowego franchisingodawcy, z wykorzystaniem jego nazwy, znaków towarowych i doświadczeń techniczno-organizacyjnych*³²⁷.

Dystrybucja towarów i usług w systemie dystrybucji franczyzowej umożliwia przedsiębiorcom stworzenie, przy ograniczonych inwestycjach, jednolitej sieci dystrybucji ich

³²³ § 3 pkt 6 rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r.

³²⁴ A. Bolecki, *Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji*, IKAiR nr 7(2) /2013, str. 61. Autor ten zarzuca także polskiemu ustawodawcy brak uwzględnienia w definicji franczyzy zakupowej.

³²⁵ Tamże.

³²⁶ M. Skrzek, E. Wojtaszek, *Reguły konkurencji a franchising*, Warszawa 1995, str. 29., Podobnie R. Poździk, *Dystrybucja towarów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Lublin 2006, str. 214.

³²⁷ Wyrok SAM z 01.03.1995 r., XVII Amr 60/94, Wokanda, nr 2/1996.

produktów³²⁸. Franchising prowadzi jednocześnie do obniżenia kosztów produkcji i dystrybucji towarów, a także sprzyja wzbogaceniu oferty rynkowej oraz jest czynnikiem przyciągającym napływ kapitału zagranicznego. Niemniej jednak sieć porozumień wertykalnych, składających się na system dystrybucji franchisingowej może również w pewnych przypadkach powodować skutki antykonkurencyjne. Szczególnie uważnie należy przyrzeć się sytuacjom, w których umowy franchisingowe zawierają określone ograniczenia wertykalne. Z uwagi na zakwalifikowanie umów franczyzowych do kategorii porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami należy badać je pod kątem ich zgodności z prawem ochrony konkurencji tak samo, jak każdy inny system dystrybucji, np. dystrybucję wyłączną czy selektywną. Ustawodawca unijny stosował różne sposoby regulacji systemu dystrybucji franczyzowej w różnych rozporządzeniach o włączeniach grupowych. O ile tego typu porozumienia nie stanowiły przedmiotu regulacji rozporządzenia 67/67, a w czasie jego obowiązywania franczyza traktowana była tak, jak inne systemy dystrybucyjne, o tyle już w późniejszym okresie franchisingowi poświęcono cały odrębny akt prawny, tj. rozporządzenie Komisji nr 4087/88 z dnia 30 listopada 1988 r. w sprawie zastosowania artykułu 85 ust. 3 Traktatu do umów franchisingu wydane na podstawie rozporządzenia nr 19/65/EWG³²⁹. W rozporządzeniu nr 2790/1999 ustawodawca unijny odszedł od kazuistycznego regulowania poszczególnych umów dystrybucyjnych. Tego typu podejście podtrzymane zostało w aktualnie obowiązującym rozporządzeniu nr 330/2010. Oznacza to, że w oparciu o rozporządzenie o wyłączeniu grupowym porozumień wertykalnych umowa franchisingu powinna podlegać takiej samej ocenie co pozostałe porozumienia wertykalne. Nie zmienia to jednak faktu, że specyfika umowy franchisingowej, w tym także cel jej zawarcia, uzasadnia w pewnych sytuacjach bardziej liberalną ocenę niektórych zawartych w niej klauzul. Jak wskazuje się w doktrynie prawa antymonopolowego, pewne klauzule umowne, chociaż mogą być potencjalnie sprzeczne z zasadami ochrony konkurencji, to jednak ich zamieszczenie w umowach franchisingowych należy uznać za dopuszczalne ze względu na korzyści płynące z całego systemu³³⁰. Tego typu odstępstwa od ogólnych zasad oceny umów dystrybucyjnych

³²⁸ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 189.

³²⁹ Rozporządzenie Komisji Wspólnot Europejskich nr 4087/88 z dnia 30.11.1988 r. w sprawie zastosowania artykułu 85 ust. 3 Traktatu do umów franchisingu (Dz. U. L 359 z 28.12.1988 r., str. 46) (dalej: „rozporządzenie 4087/88”). O warunkach wyłącznie porozumień franczyzowych na gruncie ww. rozporządzenia: K. Kiljański, *Porozumienia franchisingowe w świetle prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej*, KPPryw nr 4/2000, str. 867-878.

³³⁰ E. Wojtaszek, *Ochrona konkurencji a swoboda kontraktowania w umowach franchisingu*, PiP 10/1996, str. 22.

wynikają jednak nie z konkretnych przepisów prawa, ale z praktyki orzeczniczej organów antymonopolowych i sądów³³¹.

Franchising stanowi system, w którym zakres zależności dystrybutora od dostawcy zazwyczaj jest znacznie szerszy niż w przypadku innych umów. Ograniczenie swobody decyzyjnej franczyzobiorcy ma na celu osiągnięcie przez franczyzodawcę efektu jednolitości i standaryzacji sieci. Chociaż franczyzobiorca nie działa w tym systemie jako agent dostawcy, to jednak franczyzodawca ponosi znaczne ryzyko związane z różnego rodzaju decyzjami dystrybutora. Spowodowane jest to wykorzystywaniem przez franczyzobiorcę PWI, w tym *know-how* organizatora sieci oraz koniecznością zapewnienia przez franczyzodawcę jednolitego wizerunku sieci i odpowiedniego poziomu standaryzacji. W związku z ww. ryzykiem konieczne staje się wprowadzenie do treści umowy franchisingowej klauzul umożliwiających do pewnego stopnia ochronę franczyzodawcy przed niesubordynacją uczestników sieci. Klauzule to powinny jednak być niezbędne dla zachowania jednorodności i renomy sieci lub zabezpieczenia *know-how* i pomocy udzielanej przez franczyzodawcę przed wykorzystaniem ich przez konkurencję³³². Umowa franczyzowa może regulować różnego rodzaju obowiązki franczyzobiorcy, w tym między innymi obowiązek informacyjny polegający na konieczności sygnalizowania organizatorowi sieci o wiadomych franczyzobiorcy naruszeniach PWI lub obowiązkach dotyczących utrzymywania przez franczyzobiorcę określonych przez franczyzodawcę cen odsprzedaży (and. *resale price maintenance*).

W celu ochrony renomy i *know-how* organizatora sieci, a także zapewnienia odpowiednich standardów, wprowadzony może zostać w ramy umowy franczyzy również zakaz konkurowania. Zakaz ten może przybrać jedną z dwóch form.

Po pierwsze, franczyzobiorca może zostać ograniczony w zakresie angażowania się w działalność konkurencyjną. Ograniczenie to polega na zobowiązaniu franczyzobiorcy do niepodejmowania innej działalności podobnej do działalności sieci lub do niepodejmowania działalności mogącej zaszkodzić innym uczestnikom sieci franczyzowej (w tym sprzedaży lub odsprzedaży produktów konkurencyjnych). W doktrynie prawa antymonopolowego zauważa się, że tego typu zobowiązanie może wręcz stanowić *naturalia negotii* umowy franczyzy³³³. Należy zauważyć, że tego typu postanowienia umowy franczyzowej tworzą pewne

³³¹ A. Bolecki, *Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji*, IKAiR nr 7(2)/2013, str. 63.

³³² Motyw 11 rozporządzenia nr 4087/88. W wyroku w sprawie *Pronuptia*, Trybunał stwierdził, że postanowienia, które mają zasadnicze znaczenie dla uniknięcia ryzyka, że *know-how* i pomoc udzielona przez franchisodawcę niezbędna do zastosowania jego metod, zostaną wykorzystane przez jego konkurentów, nie stanowią ograniczenia konkurencji (wyrok Trybunału z 28.01.1986 r. w sprawie C-161/84 *Pronuptia*, pkt 16).

³³³ Por. R. Mańko, *Zasady umów długoterminowych*, KPPryw nr 2/2006, str. 555-556.

powiązania horyzontalne pomiędzy uczestnikami sieci, będącymi względem siebie konkurentami. Istnieje tym samym ryzyko potraktowania współpracy w ramach sieci franczyzowej jako porozumienia horyzontalnego nawet pomimo braku zawarcia formalnych umów pomiędzy franczyzobiorcami³³⁴. Zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej należy rozpatrywać w następujących wymiarach: w wymiarze przedmiotowym, określającym, jaki rodzaj działalności gospodarczej nie będzie dostępny dla franczyzodawcy; terytorialnym, określającym, na jakim obszarze geograficznym podejmowanie działalności konkurencyjnej nie będzie możliwe; oraz czasowym, określającym w jakim okresie franczyzobiorca nie będzie mógł podejmować działalności konkurencyjnej³³⁵. Zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej zwykle będzie polegał na uniemożliwieniu franczyzobiorcy prowadzenia działalności w ramach innej sieci franczyzowej lub samodzielnego podejmowania działalności konkurencyjnej. Od stron umowy franczyzowej zależy to, jak zdefiniowana zostanie działalność konkurencyjna. W sprawie dotyczącej szwajcarskiego producenta obuwia i skórzanych akcesoriów *Charles Jourdan* zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej obejmował sprzedaż produktów o podobnej cenie i stylu³³⁶. Zakaz ten może zostać ograniczony terytorialnie lub czasowo. Na przykład w sprawie *Pronuptia* obejmował on obszar całego państwa³³⁷. Zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej ograniczony jest również zwykle w czasie do okresu trwania umowy franczyzowej. W sprawie *Computerland* zakaz obowiązywał jednak również po wygaśnięciu kontraktu, z tym że wraz z upływem kolejnych lat terytorium, na którym nie mogła być prowadzona działalność konkurencyjna, stopniowo podlegał ograniczeniu³³⁸. Strony mogą również uzależnić możliwość podjęcia działalności konkurencyjnej od uzyskania przez uczestnika sieci zgody franczyzodawcy. Oprócz ograniczenia terytorialnego i czasowego zakazu, może on zostać również złagodzony poprzez określenie wyjątków. W sprawie *Pronuptia* przedsiębiorca działający na rynku sukien ślubnych określił warunki (m.in. staż uczestnictwa w sieci oraz wywiązanie się z obowiązków kontraktowych), po spełnieniu których uczestnik sieci mógł podjąć działalność konkurencyjną³³⁹. Ta forma zakazu konkurencyjności może polegać również na ograniczeniu swobody inwestowania franczyzobiorcy w kapitał konkurenta. W sprawie *Yves Rocher* francuski producent kosmetyków uzależnił dopuszczalność dokonania przez uczestnika sieci

³³⁴ Wyrok SAM z 21.07.1992 r., XVII Amr 12/92, Wokanda nr 1/1993.

³³⁵ E. Wojtaszek, *Ochrona konkurencji a swoboda kontraktowania w umowach franchisingu*, PiP 10/1996, str. 19.

³³⁶ Pkt 15 decyzji Komisji z 2.12.1988 r. w sprawie nr 89/94 *Charles Jourdan*.

³³⁷ Pkt 5 ppkt g wyroku Trybunału z 28.01.1986 r. w sprawie nr C-161/84 *Pronuptia*.

³³⁸ Pkt 12 decyzji Komisji z 13.07.1987 r. w sprawie nr 87/407 *Computerland*.

³³⁹ Pkt 11 decyzji Komisji z 17.12.1986 r. w sprawie nr 87/17 *Pronuptia*.

inwestycji w konkurenta od tego, czy pociągała ona za sobą osobiste zaangażowanie uczestnika sieci w działalność konkurencyjną³⁴⁰, natomiast w sprawie *Computerland* inwestycja ta mogła być przeprowadzona, o ile nie pozwalała uczestnikowi sieci na uzyskanie efektywnej kontroli nad tym konkurentem³⁴¹. W sprawie *ServiceMaster* franczyzobiorca mógł nabyć maksymalnie 5% udziałów spółki notowanej na giełdzie³⁴². Zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej może przybrać formę „zobowiązania do niezabiegania” (ang. *non-solicitation*³⁴³), oznaczającego zakaz zabiegania o klientów, którzy korzystali z usług franczyzobiorcy przed wygaśnięciem umowy franczyzowej³⁴⁴.

Po drugie, zakaz konkurowania w umowach franczyzowych może polegać na zobowiązaniu franczyzobiorcy do dokonywania zakupów wyłącznie (lub głównie) u franczyzodawcy lub u wskazanych przez niego dostawców³⁴⁵. Zobowiązanie może przy tym dotyczyć wszystkich produktów kupowanych przez uczestnika sieci lub tylko produktów oferowanych przez franczyzodawcę. W sprawie *Pronuptia* uczestnikowi sieci pozostawiona została swoboda w zakresie wyboru źródła zaopatrzenia w produkty niezwiązane z przedmiotem umowy³⁴⁶. Ograniczenie może zostać również złagodzone poprzez ustalenie części potrzeb zakupowych, których realizacja musi nastąpić u organizatora sieci³⁴⁷. W sprawach *Computerland* i *ServiceMaster* organizator sieci franczyzowej pozostawił uczestnikom sieci swobodę w zakresie wyboru źródła zaopatrzenia, uzależniając ją jednocześnie spełnieniem przez produkty wymogów jakościowych³⁴⁸. Pozytywnym efektem stosowania wyłączności zakupu jest przyczynienie się do zagwarantowania jednakowej jakości towarów i usług oferowanych w ramach sieci franczyzowej oraz utrzymania jednolitego wizerunku sieci. W sprawie *CPN SAM* zwrócił uwagę, że posiadanie przez uczestników sieci swobody w zakresie wyboru źródeł zaopatrzenia bądź brak takiego prawa

³⁴⁰ Pkt 26 decyzji Komisji z 17.12.1986 r. w sprawie nr 87/14 *Yves Rocher*.

³⁴¹ Pkt 12 decyzji Komisji z 13.07.1987 r. w sprawie nr 87/407 *Computerland*.

³⁴² Pkt 10 decyzji Komisji z 14.11.1988 r. w sprawie nr 88/604 *ServiceMaster*.

³⁴³ Tak pojęcie to zostało przetłumaczone w M. Skrzek, E. Wojtaszek, *Reguły konkurencji a franchising*, Warszawa 1995.

³⁴⁴ Pkt 11 decyzji Komisji z 14.11.1988 r. w sprawie nr 88/604 *ServiceMaster*.

³⁴⁵ Tak E. Wojtaszek-Mik, *Umowa franchisingu w świetle prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej i polskiego prawa antymonopolowego*, Toruń 2001, str. 218. Należy jednocześnie zauważyć, że klauzula wyłączności zakupu może zostać wprowadzona łącznie z niosącą wymierne korzyści dla franczyzobiorcy klauzulą wyłączności dostaw, na podstawie której franczyzodawca zobowiązuje się, że na danym obszarze geograficznym swoje towary będzie dostarczał wyłącznie konkretnemu franczyzobiorcy (tak R. Poździk, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Lublin 2006, str. 216).

³⁴⁶ Pkt 12 decyzji Komisji z 17.12.1986 r. w sprawie nr 87/17 *Pronuptia*.

³⁴⁷ W sprawie *Pronuptia* wartość ta wynosiła 50% przewidywanej sprzedaży ustalonej na podstawie danych z poprzedniego roku zgodnie z opracowanym wcześniej harmonogramem dostaw (pkt 27 decyzji Komisji w sprawie *Pronuptia*).

³⁴⁸ Pkt 8 decyzji Komisji z 13.07.1987 r. w sprawie nr 87/407 *Computerland* i pkt 17 decyzji Komisji z 14.11.1988 r. w sprawie nr 88/604 *ServiceMaster*.

może być istotnym czynnikiem decydującym o zdolności konkurencyjnej danej sieci jako całości w stosunku do innych podmiotów działających na rynku w zbliżonych strukturach organizacyjnych³⁴⁹. Tego typu postanowienie ma na celu wyeliminowanie lub co najmniej ograniczenie konkurencji pośredników z franczyzodawcą poprzez zapewnienie organizatorowi sieci kontroli źródeł zaopatrzenia uczestników sieci³⁵⁰. Ograniczenie może obejmować zarówno brak możliwości sprzedaży produktów pomiędzy franczyzobiorcami, jak również zaopatrywanie się u przedsiębiorców prowadzących działalność poza strukturami sieci franczyzowej. W praktyce, zarówno Komisja, jak i sądy interweniowały w celu umożliwienia uczestnikom sieci dostaw wzajemnych (ang. *cross-supplies*). Taka sytuacja miała miejsce w sprawach *Yves Rocher* i *Pronuptia*, kiedy to pierwotnie wprowadzona do umowy franczyzowej klauzula, przewidująca zakaz dostaw wzajemnych pomiędzy uczestnikami, sieci została po interwencji Komisji usunięta³⁵¹. W sprawie *Charles Jourdan* możliwość wzajemnego zaopatrywania się przez uczestników sieci była natomiast dopuszczalna pod warunkiem, że sprzedaż hurtowa nie stanowiła podstawowej działalności franczyzobiorców³⁵². Widoczne są w tym zakresie korelacje z brakiem możliwości ograniczenia tego typu dostaw w przypadku dystrybucji selektywnej. Zobowiązanie do wyłącznego zakupu może zostać uzależnione od możliwości sprostania przez dostawcę potrzebom zakupowym uczestnika sieci³⁵³.

Często obie z wymienionych wyżej form zakazów konkurencji stosowane są przez przedsiębiorców będących franczyzodawcami łącznie.

W zakresie możliwości zastosowania zakazu konkurencji w umowach franczyzowych należy odwołać się do art. 5 rozporządzenia nr 330/2010³⁵⁴. Zawarte w nim ograniczenia dotyczące czasu trwania zakazu konkurencji (maksymalnie na czas trwania porozumienia³⁵⁵) zostały bowiem w sposób znaczący złagodzone na potrzeby wprowadzenia efektywnego systemu dystrybucji franczyzowej. Zgodnie z art. 5 ust. 1 lit b, wyłączenie grupowe nie znajduje zastosowania w stosunku do zawartych w porozumieniu wertykalnym

³⁴⁹ Wyrok SAM z 14.04.1994 r., XVII Amr 55/93, Wokanda nr 11/1994.

³⁵⁰ R. Poździk, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Lublin 2006, str. 216.

³⁵¹ Pkt 31 decyzji Komisji z 17.12.1986 r. w sprawie nr 87/14 *Yves Rocher*; pkt 12 ppkt a decyzji Komisji z 17.12.1986 r. w sprawie nr 87/17 *Pronuptia*.

³⁵² Pkt 16 decyzji Komisji z 2.12.1988 r. w sprawie nr 89/94 *Charles Jourdan*.

³⁵³ Pkt 12 decyzji Komisji z 17.12.1986 r. w sprawie nr 87/17 *Pronuptia*.

³⁵⁴ W tym miejscu należy zaznaczyć, że opisane poniżej warunki wyłączenia uregulowane zostały w sposób analogiczny na gruncie polskiego rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r.

³⁵⁵ Jak zauważa Komisja w punkcie 148 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, w przypadku przekazania istotnego *know-how*, zakaz konkurencji zawarty na cały czas obowiązywania porozumienia będzie zwykle uzasadniony.

bezpośredniego lub pośredniego zobowiązania skutującego zakazem wytwarzania, zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży przez nabywcę towarów lub usług po zakończeniu obowiązywania porozumienia. Ograniczenie zostało złagodzone treścią art. 5 ust. 2 i art. 5 ust. 3. Zgodnie z pierwszym z ww. przepisów, ograniczenie dotyczące czasu trwania zakazu konkurencji nie znajduje zastosowania, w przypadku gdy towary lub usługi objęte porozumieniem są sprzedawane

w lokalach i na terenie, do którego tytuł prawny przysługuje dostawcy. Natomiast na podstawie drugiego, okres obowiązywania zakazu konkurencji może bowiem trwać po zakończeniu okresu obowiązywania porozumienia, jeżeli spełnione zostaną następujące warunki: po pierwsze, zobowiązanie dotyczy towarów lub usług, które konkurują z towarami lub usługami objętymi porozumieniem (art. 5 ust. 3 pkt a); po drugie, zobowiązanie jest ograniczone do lokalu i terenu, na którym nabywca prowadzi działalność w trakcie obowiązywania porozumienia (art. 5 ust. 3 pkt b); po trzecie, zobowiązanie jest niezbędne do ochrony *know-how* przekazanego przez dostawcę nabywcy (art. 5 ust. 3 pkt c); po czwarte, czas obowiązywania zobowiązania jest ograniczony do jednego roku po zakończeniu obowiązywania porozumienia (art. 5 ust. 3 pkt d). Dodatkowo, zgodnie z ust. 3 ograniczenie stosowania zakazu konkurencji po zakończeniu okresu obowiązywania porozumienia nie ogranicza możliwości nałożenia ograniczenia, nielimitowanego w czasie, na stosowanie i ujawnianie *know-how*, które nie weszło do domeny publicznej.

Wyjątek z ust. 2 nie powinien budzić większych kontrowersji. Oczywistym bowiem jest, że dostawca nie powinien mieć obowiązku tolerowania sprzedaży produktów swoich konkurentów w lokalu będącym jego własnością (lub też do którego przysługuje mu inny tytuł prawny). Wyłączeniem grupowym objęta zostanie więc sytuacja, w której pomimo wygaśnięcia umowy franczyzowej franczyzobiorca zobowiązany jest do sprzedawania w danym lokalu towarów lub usług konkurencyjnych w stosunku do towarów lub usług objętych wspomnianą umową franczyzy.

Na podstawie art. 5 ust. 3 obowiązek franczyzobiorcy w postaci zakazu wytwarzania, zakupu, sprzedaży i odsprzedaży produktów konkurencyjnych w stosunku do tych objętych porozumieniem (ograniczenie przedmiotowe) może być przedłużony tylko na okres jednego roku po zakończeniu okresu obowiązywania porozumienia, czyli od czasu wygaśnięcia umowy franczyzowej (ograniczenie czasowe). Wydłużony czas obowiązywania zakazu konkurencji musi dotyczyć wyłącznie podejmowania działalności konkurencyjnej w lokalu i na terenie, na którym prowadzona była działalność stanowiąca przedmiot porozumienia

(ograniczenie terytorialne). Przedłużenie czasu obowiązywania zakazu konkurencji musi być niezbędne do ochrony *know-how* dostawcy (przesłanka celowościowa).

Analogiczne warunki wyłączenia grupowego porozumień franczyzowych zostały implementowane w prawie polskim.

Zakaz konkurencji stanowi klauzulę służącą uniknięciu lub zredukowaniu ryzyka, że z przekazanego franczyzobiorcy *know-how* będą korzystać również konkurenci organizatora sieci. Ich celem jest również utrzymanie jednorodności i renomy sieci franczyzowej³⁵⁶. Tym samym stosowanie zakazu konkurencji w umowach franczyzowych co do zasady jest dopuszczalne, jeżeli jego stosowanie ma na celu ochronę ww. wartości. Analiza antymonopolowa klauzul zakazu konkurencji w porozumieniach dotyczących franchisingu powinna być zatem zawsze oparta na weryfikacji tego, czy wprowadzenie konkretnych ograniczeń było niezbędne i konieczne do ochrony *know-how* organizatora sieci franczyzowej, ochrony poczynionej przez niego inwestycji w postaci wsparcia dla uczestników sieci, tj. franczyzobiorców, a także dla zapewnienia odpowiedniego poziomu standaryzacji (jednorodności) w zakresie sieci franczyzowej, która ma istotny wpływ na renomę franczyzodawcy³⁵⁷. Konieczność i niezbędność wprowadzenia w ramy umowy franchisingowej zakazu konkurencji powinna również stanowić kluczowy element analizy porozumienia pod kątem jego ewentualnego skorzystania z wyłączenia indywidualnego. Identyfikację ochrony *know-how* oraz inwestycji i renomy franczyzodawcy jako kluczowego kryterium dopuszczalności zakazu konkurencji w porozumieniach franczyzowych należy uznać za wybór słuszny. Bardziej konkretne wytyczne w tym zakresie, tj. reguły dotyczące ograniczenia przedmiotowego, terytorialnego oraz czasowego klauzul zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej oraz wyłączności zakupu, mogą być poddawane modyfikacjom w zależności od polityki konkurencji oraz sytuacji rynkowej, niemniej jednak generalna zasada, polegająca na tym, że ograniczenia te muszą spełniać określone funkcje ochronne w stosunku do interesów franczyzodawcy, powinna pozostać niezmienną. Ustawodawcy unijny i polski zdają się dostrzegać konieczność uwzględnienia specyfiki umów franczyzowych, a wprowadzone w obu rozporządzeniach warunki wyłączenia grupowego należy uznać za optymalne. Ponadto należy stwierdzić, że istotnych wskazówek w zakresie

³⁵⁶ Tak K. Kohutek, *Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 stycznia 1986 r., 161/84*, LEX/el. 2013

³⁵⁷ Komisja zauważa w Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, że im ważniejsze jest przekazanie *know-how*, tym bardziej jest prawdopodobne, że ograniczenia wywołują wzrost efektywności lub są niezbędne w celu ochrony *know-how* oraz że ograniczenia wertykalne spełniają warunki określone w art. 101 ust. 3 (pkt 190 ppkt a Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych).

oceny zakazu konkurencji dostarczają Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych oraz orzecznictwo.

12.4. Umowa agencyjna

Kolejnym modelem dystrybucji stosowanym przez przedsiębiorców jest tzw. model agencyjny. Zgodnie z treścią art. 758 § 1 k.c. przez umowę agencyjną przejmujący zlecenie (agent³⁵⁸) zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, do stałego pośredniczenia, za wynagrodzeniem, przy zawieraniu z klientami umów na rzecz dającego zlecenie przedsiębiorcy albo do zawierania ich w jego imieniu³⁵⁹. Pierwszy z ww. typów określany jest jako agencja pośrednicza, natomiast drugi jako agencja przedstawicielska³⁶⁰. Umowa agencyjna oparta jest na zasadzie lojalności stron, z której z kolei wynika zakaz prowadzenia działalności konkurencyjnej. Zakaz konkurencji w tej formie, wiążący agenta przez okres obowiązywania umowy, stanowi *naturalia negotii* umowy agencyjnej³⁶¹. Jednocześnie na gruncie art. 764⁶ k.c. zakaz ten może zostać przedłużony na czas po rozwiązaniu umowy agencyjnej³⁶². Możliwość przedłużenia czasu obowiązywania zakazu konkurencji obwarowane jest trzema warunkami: po pierwsze może nastąpić jedynie w formie pisemnej, pod rygorem nieważności (art. 764⁶ § 1 k.c.); po drugie, wydłużony okres czasu trwania zakazu nie może przekraczać okresu dwóch lat od rozwiązania umowy (art. 764⁶ § 2 k.c.); po trzecie, taki przedłużony zakaz konkurencji może obejmować zakresem jedynie grupę klientów lub obszar geograficzny objęte działalnością agenta oraz rodzaj towarów lub usług stanowiących przedmiot umowy (art. 764⁶ § 1 k.c. *in fine*). Ponadto dający zlecenie zobowiązany jest do wypłaty agentowi odpowiedniej sumy pieniężnej za ograniczenia działalności konkurencyjnej w czasie jego trwania, chyba że co innego wynika z umowy albo że umowa została rozwiązana na skutek okoliczności, za które agent ponosi odpowiedzialność (764⁶ § 3 k.c.). Jeżeli wysokość tej sumy nie została wskazana w umowie, agentowi należy się suma odpowiadająca korzyściom osiągniętym przez dającego zlecenie na skutek ograniczenia działalności konkurencyjnej agenta oraz utraconych z tego powodu możliwości zarobkowych agenta (764⁶ § 4 k.c.). Komisja również zaważa, że umowy agencyjne mogą zawierać postanowienia uniemożliwiające agentowi działanie w charakterze

³⁵⁸ Komisja zdefiniowała agencję jako osobę prawną lub fizyczną, której udziela się pełnomocnictwa do negocjowania lub zawierania umów na rzecz innej osoby (dającego zlecenie), we własnym imieniu albo w imieniu dającego zlecenie (pkt 12 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych).

³⁵⁹ Szerzej: M. Czekaj, *Umowa agencji i pośrednictwa*, Kraków 2001, str. 31 i n.

³⁶⁰ Wyrok NSA z 1.09.1995 r., S.A./Ka 1517/94 niepubl.

³⁶¹ R. Mańko, *Zasady umów długoterminowych*, KPPryw nr 2/2006, str. 555 i cytowana tam literatura.

³⁶² Szerzej: E. Rott-Pietrzyk, *Umowa agencyjna – nowa regulacja w KC. Cz. II*, MoP nr 12/2001.

agenta lub dystrybutora przedsiębiorcy będącego konkurentem dającego zlecenie³⁶³. Należy zauważyć, że klauzule te niesłusznie określane są przez Komisję jako postanowienia o jednomarkowości. Powinny one bowiem zostać zakwalifikowane raczej jako zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej.

Z uwagi na fakt, że umowy agencyjne zawierane są głównie pomiędzy przedsiębiorcami, należy rozważyć, w jaki sposób powinna przebiegać ich ocena z punktu widzenia przepisów prawa antymonopolowego.

Komisja wskazuje w Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, że czynnikiem decydującym przy definiowaniu umowy agencyjnej dla celów stosowania art. 101 ust. 1 TfUE jest ryzyko finansowe lub handlowe ponoszone przez agenta w związku z działaniami, do których został wyznaczony jako agent przez dającego zlecenie³⁶⁴. Analizowana umowa zostanie zakwalifikowana jako umowa agencyjna, jeżeli spełnione zostaną następujące przesłanki: po pierwsze, agentowi nie zostanie przyznane prawo własności do zakupionych lub sprzedanych towarów objętych porozumieniem lub agent nie dostarcza sam usług objętych porozumieniem; po drugie, agent nie uczestniczy w kosztach związanych z dostawą lub zakupem; po trzecie agent nie utrzymuje na własny koszt lub ryzyko zapasów; po czwarte, agent nie ponosi odpowiedzialności za produkt (jeżeli nie ponosi za to winy); po piąte, agent nie ponosi odpowiedzialności za niewypełnienie umowy przez klienta (jeżeli nie ponosi za to winy); po szóste, agent nie jest obowiązany inwestować w stymulowanie zbytu; nie czyni inwestycji (np. w wyposażenie lokalu)³⁶⁵. Komisja zastrzega jednocześnie, że wykaz ten nie jest wyczerpujący³⁶⁶.

W przypadku, gdy agent ponosi ryzyko finansowe wynikające z prowadzonej działalności, umowa zawarta pomiędzy stronami nie zostanie uznana jako umowa agencji, a jej ocena antymonopolowa będzie przebiegać w taki sam sposób, jak w przypadku każdego innego porozumienia wertykalnego zawartego pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami³⁶⁷. Natomiast gdy ryzyko finansowe leży wyłącznie po stronie dającego zlecenie, umowa

³⁶³ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 19.

³⁶⁴ Komisja wyróżniła trzy rodzaje ryzyka finansowego: ryzyko bezpośrednio związane z umowami zawartymi lub negocjowanymi na rzecz dającego zlecenie; ryzyko dotyczące inwestycji związanych z konkretnym rynkiem oraz ryzyko związane z innymi działaniami podejmowanymi na tym samym rynku produktowym w tej mierze, w jakiej dający zlecenie wymaga podjęcia takich działań przez agenta – ale nie w charakterze agenta działającego na rzecz dającego zlecenie, lecz na własne ryzyko (pkt 13-14 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych). Szerzej na temat teorii dotyczących kwalifikacji umów agencyjnych z punktu widzenia art. 101 ust. 1 TfUE: M. Kozak, *Umowa agencyjna w świetle artykułu 101 TfUE. Jak gonić króliczka, aby go nie złapać*, IKAiR nr 4(1)/2012, str. 29-31.

³⁶⁵ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 16.

³⁶⁶ Tamże, pkt 17.

³⁶⁷ F. Volgelhaar, *Competition Law in the EU, Its Member States and Switzerland*, Tom 1, Haga 2000, str. 32.

zostanie zakwalifikowana jako umowa agencji i art. 101 ust 1 TfUE co do zasady nie znajdzie zastosowania³⁶⁸. Komisja zauważa, że postanowienia o zakazie podejmowania działalności konkurencyjnej oraz o wyłączności zakupu mogą budzić zastrzeżenia pod kątem ich zgodności z prawem antymonopolowym, jeżeli czas ich trwania rozciąga się na okres po zakończeniu współpracy pomiędzy dającym zlecenie i jeżeli prowadzą lub przyczyniają się do powstania skutku w postaci zamknięcia dostępu do rynku³⁶⁹. W takim przypadku zastosowanie znajdują zarówno przepisy art. 101 ust. 1 TfUE, jak również przepisy dotyczące wyłączeń grupowych i indywidualnych (rozporządzenia nr 330/2010 oraz art. 101 ust. 3 TfUE). Warto w tym miejscu zauważyć, że Komisja przyjęła w Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych stanowisko bardziej liberalne niż to wypracowane na gruncie orzecznictwa. W wyroku w sprawie *CEES* Trybunał stwierdził, że w przypadku gdy agent nie ponosi ryzyka finansowego i handlowego, przepis Traktatu dotyczący zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień znajdzie zastosowanie do postanowień regulujących stosunki między agentem, zleceniodawcą, takich jak klauzule wyłączności i zakazu konkurencji³⁷⁰. Podobnie w wyroku w sprawie *IMA* Trybunał stwierdził, że w przypadku gdy agent nie ponosi ryzyka, w zakresie stosowania art. 81 ust. 1 (obecnie 101 ust. 1 TfUE) WE mogą wchodzić jedynie *zobowiązania nałożone na podmiot prowadzący stację paliw w ramach oferowanych przez zleceniodawcę usług pośrednika, takie jak klauzula w przedmiocie wyłączności i zakazu konkurencji*³⁷¹. W przeciwieństwie do stanowiska Komisji, w obu ww. wyrokach Trybunał nie ograniczył zastosowania art. 101 ust. 1 TfUE do zakazu konkurowania obowiązującego po rozwiązaniu umowy agencyjnej.

Umowa agencyjna nie została uregulowana w sposób szczególny w polskim prawie antymonopolowym. Porozumienia takie, z uwagi na fakt, że ich stronami są przedsiębiorcy, powinny być zatem poddawane normalnej ocenie w oparciu o przepisy u.o.k.i.k. oraz innych aktów prawnych, w tym w szczególności rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r.³⁷².

13. Zakaz konkurowania w połączeniu z wybranymi ograniczeniami konkurencji

³⁶⁸ Zdaniem Trybunału okoliczność, że pośrednik ponosi jedynie niewielką część ryzyka, nie może prowadzić do zastosowania art. 85 (obecnie 101) Traktatu (wyrok Trybunału z 14.12.2006 r. w sprawie C-217/05 *CEEES*).

³⁶⁹ Pkt 21 Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych.

³⁷⁰ Wyrok Trybunału z 14.12.2006 r. w sprawie C-217/05 *CEEES*, pkt 62.

³⁷¹ Wyrok Trybunału z 11.09.2008 r. w sprawie C-279/06 *CEPSA*, pkt 44.

³⁷² G. Materna, *Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych w świetle rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r.*, IKAiR nr 5(2)/2013, str. 10.

13.1. Sprzedaż wiązana

Porozumienia dotyczące sprzedaży wiązanej dotyczą sytuacji, w których klienci nabywający tylko jeden produkt są zobligowani do nabycia innego odrębnego produktu od tego samego dostawcy lub od podmiotu przez niego wskazanego³⁷³.

Tego typu praktyka może być objęta zakresem przepisów o zakazie zawierania antykonkurencyjnych porozumień, stanowiąc praktykę nazwaną zarówno na gruncie art. 101 TfUE oraz art. 6 u.o.k.i.k. Zgodnie z 6 ust. 1 pkt 5 u.o.k.i.k. zakazane są porozumienia polegające na uzależnieniu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy. Podobną definicję porozumień o sprzedaży wiązanej przewiduje art. 101 ust. 1 pkt e TfUE. W doktrynie przyjmuje się, że przepis ten dotyczy sytuacji, w której strony porozumienia zobowiązały się uzależnić zawieranie umów z innymi podmiotami od spełnienia dodatkowych warunków, o których mowa w tym przepisie, a także do umów zawartych w wyniku powyższego uzgodnienia³⁷⁴. Przepis art. 6 u.o.k.i.k. lub art. 101 TfUE znajdują zastosowanie, gdy spełnione zostaną dwa warunki: po pierwsze, umowa wiązana musi zostać narzucona kontrahentowi, co oznacza, że bez przyjęcia innego świadczenia nie jest możliwe zawarcie umowy w zakresie, w jakim dotyczy ona produktu wiązanego. Wątpliwości może budzić sytuacja, w której przyjęcie dodatkowego świadczenia wpływa na korzystniejsze warunki nabycia produktu wiązanego. W opinii autora niniejszej pracy tego typu sytuacje należy rozpatrywać indywidualnie, nie przesądzając z góry, że przepisy prawa antymonopolowego nie znajdują do nich zastosowania³⁷⁵. Po drugie, należy wykazać brak związku rzeczowego³⁷⁶ lub zwyczajowego³⁷⁷ pomiędzy produktami wiązanim i związanym. Komisja wskazała w Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, że jeżeli przy braku sprzedaży wiązanej znaczna liczba klientów nabyła produkt wiążący bez produktu wiązanego,

³⁷³ Pojęcia tego nie należy mylić z pojęciem sprzedaży pakietowej dotyczącej sytuacji, gdy dwa lub więcej towarów oferowanych jest łącznie jako pakiet (I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji – ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013, str. 9.

³⁷⁴ D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 2004, str. 532-533.

³⁷⁵ D. Miąsik stoi na stanowisku, że w takim przypadku nie będziemy mieli do czynienia ze sprzedażą wiążaną (D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 2004, str. 533). Natomiast P. Podrecki uważa, że z porozumieniem wiązanim będziemy mieć do czynienia również, w przypadku gdy warunki umowy dla świadczenia głównego są w sposób rażąco mniej korzystne (P. Podrecki [w:] M. Kępiński (red.) *System Prawa Prywatnego*, tom XV, str. 869). Pogląd ten należy uznać za trafny.

³⁷⁶ Chodzi tutaj o cechy fizyczne produktu, takie jak jego skład lub trwałość.

³⁷⁷ W tym przypadku należy wziąć pod uwagę powszechność zwyczaju wśród przedstawicieli danej branży, nie zaś powszechność danej praktyki w działalności indywidualnego przedsiębiorcy.

umożliwiając tym samym oddzielenie produkcji obu tych produktów, to wskazywałoby to na ich odrębność³⁷⁸.

Rozpatrując kwestię połączenia porozumienia o sprzedaży związanej z zakazem konkurencji (w formie wyłączności zakupu), należy wziąć pod uwagę dwie możliwe konfiguracje. Po pierwsze, wyłącznością może być objęty produkt związany i produkty konkurencyjne względem tego produktu. Po drugie, wyłączność zakupu może obejmować kategorię, do której należy produkt wiążący. W pierwszej sytuacji zakup produktu związanego jest wspierany nie tylko poprzez jego związek z produktem wiążącym, lecz również poprzez stworzenie sytuacji, w której produkt związany musi zostać nabyty z uwagi na istnienie klauzuli wyłączności zakupu. Zakaz konkurencji potęguje efekt porozumienia o sprzedaży związanej jakim jest zamknięcie dostępu do rynku produktu związanego. Skutek ten należy jednak każdorazowo oceniać biorąc pod uwagę odsetek łącznej sprzedaży produktu związanego³⁷⁹. Zakaz konkurencji w stosunku do produktu związanego wzmacnia pozycję rynkową dostawcy, która z kolei, z uwagi na ww. wymóg „narzucenia” porozumienia, stanowi główny czynnik oceny antykonkurencyjnych skutków umów o sprzedaży związanej³⁸⁰. Połączenie zakazu konkurencji w formie wyłączności zakupu należy tym samym ocenić jako posiadające, w określonych okolicznościach, skutek silnie antykonkurencyjny. W sytuacji drugiego typu, tj. gdy wyłączność zakupu dotyczy produktu wiążącego, skutek antykonkurencyjny zostanie wzmocniony w ten sposób, że produkt, który odbiorca zobowiązany jest zamówić od konkretnego dostawcy, nie jest możliwy do nabycia bez jednoczesnego zakupu produktu innej kategorii (produktu związanego). Tym samym również w tym przypadku połączenie obu omawianych ograniczeń ma silnie antykonkurencyjny potencjał.

13.2. Zarządzanie kategorią

Porozumienia dotyczące zarządzania kategorią (ang. *category management*), zgodnie z Wytycznymi w sprawie ograniczeń wertykalnych, oznaczają porozumienia zawierane pomiędzy dystrybutorem a dostawcą, na podstawie których dystrybutor zleca dostawcy wprowadzanie do obrotu kategorii produktów obejmującej na ogół nie tylko produkty dostawcy, ale również produkty konkurentów³⁸¹. Pojęcie zarządzania kategorią należy

³⁷⁸ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 215. Komisja powołała się w tym wypadku na wyrok SPI z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04 *Microsoft* (pkt 917, 921, 922).

³⁷⁹ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 216.

³⁸⁰ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 219-220.

³⁸¹ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 209.

przeciwstawić pojęciu zarządzania marką. Pierwsza z ww. form polega bowiem na podejmowaniu decyzji w odniesieniu do całej kategorii produktów, a nie skupiających się wyłącznie na jednej konkretnej marce³⁸². Zarządzanie kategorią umożliwia dystrybutorowi oferowanie najbardziej optymalnej dla konsumentów listy asortymentowej, skuteczną organizację powierzchni ekspozycyjnej, a także efektywną politykę cenową w zakresie produktów z danej kategorii³⁸³. Co do zasady jednak dla dystrybutora nie stanowi różnicy, który z oferowanych przez niego produktów wybierze jego klient. Jego głównym celem jest bowiem jedynie przyciągnięcie konsumentów, a tym samym skuteczna rywalizacja ze swoimi konkurentami na rynku dystrybucyjnym. To dostawcy bardziej zależy, aby z danej kategorii produktów konsument wybrał właśnie ten oferowany przez niego. Z tego względu to dostawca jest bardziej zainteresowany analizowaniem decyzji zakupowych konsumentów wewnątrz kategorii³⁸⁴. Zarządzanie kategorią najczęściej zlecane jest przez dystrybutorów wiodącym dostawcom w danej kategorii (ang. *category champions*). Wynika to z przekonania, że dostawca, będący liderem na danym rynku, posiada o nim największą wiedzę, a tym samym można zakładać, że w sposób najskuteczniejszy będzie zarządzał kategorią na szczeblu dystrybucyjnym. Również Komisja wskazuje, że porozumienia dotyczące zarządzania kategorią mogą zwiększać efektywność poprzez zapewnienie dystrybutorom dostępu do specjalistycznej wiedzy. Mogą one także, zdaniem Komisji, prowadzić do osiągnięcia korzyści skali. Wskazuje ona również generalną zasadę, że korzyści wynikające z powierzenia dostawcy zarządzania kategorią są tym większe, im większa jest konkurencja międzymarkowa zewnętrzna i im niższe są koszty konsumenta związane z przejściem od jego dostawcy do innych³⁸⁵. Wydaje się więc, że powierzenie dostawcy przez dystrybutora zarządzania kategorią produktów jest w pewnym zakresie uzasadnione.

Porozumienia dotyczące zarządzania kategorią mogą różnić się co do treści, a tym samym co do uprawnień nadanych dostawcy w zakresie zarządzania kategorią. Uprawnienia takie mogą dotyczyć między innymi rozmieszczenia produktów na półkach sklepowych, tj. stałej powierzchni ekspozycyjnej, decyzji co do tego, jakie produkty w jakim czasie będą dodatkowo eksponowane np. w końcówkach alejek sklepowych (dodatkowa powierzchnia ekspozycyjna), decyzji dotyczącej polityki marketingowej dystrybutora w odniesieniu do

³⁸² Tego typu porozumienia miały na celu między innymi zaplanowanie wielkości i częstotliwości zamówień. W tym zakresie jako przykład należy wskazać umowę zawartą w połowie lat 80., pomiędzy siecią Wal-Mart a jednym z jej dostawców, producentem FMCG, Procter and Gamble.

³⁸³ B. J. Lorden, *Category management: The antitrust implications in the United States and Europe*, Loyola Consumer Law Review, Vol. 23, Issue 4, 2011, str. 543.

³⁸⁴ ABA Section of Antitrust Law, *Category Management Antitrust Handbook 3*, 2010.

³⁸⁵ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 213.

danej kategorii produktów (np. planowanie gazetek promocyjnych), a także listy asortymentowej dystrybutora w zakresie kategorii. Powyższa lista ma charakter otwarty, może obejmować również inne uprawnienia z zakresu sprzedaży produktów lub ich zakupu od innych dystrybutorów (np. ww. ustalanie listy asortymentowej).

Chociaż porozumienia dotyczące zarządzania kategorią znajdują uzasadnienie biznesowe i w przeważającej liczbie przypadków nie będą sprzeczne z prawem³⁸⁶, należy również zastanowić się nad ich negatywnym wpływem na konkurencję. Porozumienia tego typu powodują następujące wątpliwości na gruncie prawa antymonopolowego: dostawca pełniący funkcję managera kategorii dla danego dystrybutora, pełniąc tę funkcję może wejść w posiadanie strategicznych informacji dotyczących swoich konkurentów, np. przy okazji ustalania listy asortymentowej produktów może uzyskać informacje dotyczące cen po jakich swoje produkty oferuje jego konkurent; dostawca taki może również, podejmując za dystrybutora decyzje zakupowe, przeciwdziałać rozwojowi swoich konkurentów; w przypadku, gdy dostawca działa jako manager kategorii dla więcej niż jednego dystrybutora na danym rynku, może prowadzić to ułatwienia zмовy pomiędzy dystrybutorami; porozumienia dotyczące zarządzania kategorią mogą ułatwić zмовę również pomiędzy dostawcami³⁸⁷. Powyższe zagrożenia dla konkurencji można pogrupować w dwie kategorie, tj. zamknięcie dostępu do rynku oraz ułatwienie zawarcia zмовy. Analizując stosunek zakazu konkurowania i porozumień o zarządzaniu kategorią, skupić należy się na pierwszej z ww. kategorii.

Dostawca może wpływać na zamknięcie dostępu do rynku swoim konkurentom na dwa sposoby. Po pierwsze, może on wpływać na decyzje dystrybutora dotyczące odsprzedaży produktów, np. niekorzystnie wpływając na udział produktów konkurentów przy tworzeniu strategii marketingowej lub cenowej dystrybutora. W konsekwencji takich działań managera kategorii produkty jego konkurentów mogą nie być korzystnie eksponowane w placówkach handlowych dystrybutora, nie być uwzględniane w gazetkach promocyjnych lub być oferowane po niekorzystnej dla konsumentów cenie. Wszystko to może wpływać na efekt w postaci zamknięcia dostępu do rynku. Po drugie, zamknięcie dostępu do rynku może mieć miejsce, w przypadku gdy dostawcy pełniącemu funkcję zarządzającego kategorią produktów przyznane będzie uprawnienie w zakresie decydowania, które produkty z danej kategorii zostaną przez dystrybutora zakupione. Należy bowiem zwrócić uwagę, że celem zarządzania

³⁸⁶ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 209.

³⁸⁷ Por. D. M. Desrochers, G. T. Gundlach, A. A. Foer, *Analysis of antitrust challenges to category captain arrangements*, Journal of Public Policy & Marketing, Vol. 22, No. 2, 2003, str. 205.

kategorią jest możliwie jak najdalej idąca minimalizacja kosztów, która z kolei może zostać osiągnięta poprzez zmniejszenie liczby produktów znajdujących się w ofercie dystrybutora³⁸⁸. Jak zostało już wcześniej zauważone, dystrybutorzy jako zarządzający kategorią wyznaczają zwykle najważniejszych graczy, tj. zwykle liderów lub wiceliderów na danym rynku. Badając, czy sytuacja, w której efektem porozumienia o zarządzaniu kategorią jest oferowanie przez dystrybutora wyłącznie produktów liderowi kategorii, pod uwagę powinny zostać wzięte następujące czynniki: treść porozumienia zawartego pomiędzy stronami; wpływ tego porozumienia na sytuację rynkową; siła rynkowa lidera kategorii; wykluczenie pozostałych dostawców lub szkody dla konkurencji³⁸⁹. Co do zasady, dystrybutor powinien zachować prawo do ostatecznego podejmowania decyzji w zakresie zakupu i sprzedaży produktów z danej kategorii, a „kapitanowi kategorii” powinien wydawać jedynie niewiążące dystrybutora rekomendacje. Innym sposobem na odparcie zarzutu zamknięcia rynku jest zasięgnięcie opinii innych podmiotów działających w zakresie danej kategorii.

Teoretycznie możliwe jest, aby, wykorzystując powierzoną mu funkcję, lider kategorii starał się doprowadzić do sytuacji, w której dany dystrybutor oferuje wyłącznie jego produkty. W praktyce jednak sytuację taką trudno sobie wyobrazić³⁹⁰. Rolą „kapitana kategorii” jest zwiększenie przychodów dystrybutora z danej kategorii produktów, ale także takie nią zarządzanie, aby możliwie jak najlepiej sprostać oczekiwaniom jego klientów. W przypadku gdy zarządzanie kategorią sprowadza się do zarządzania jedną marką, dostawca-zarządzający kategorią najpewniej straci tę pozycję na rzecz innego z producentów lub też samego dystrybutora, który może dojść do wniosku, że zarządzanie jedną marką nie wykracza poza jego możliwości i posiadana przez niego wiedza jest w tym celu wystarczająca. Powyższe nie wyklucza natomiast możliwości doprowadzenia porozumienia o zarządzaniu kategorią do wyłączności zaopatrywania się przez odbiorcę w towary dostawcy. W takim wypadku porozumienie o zarządzaniu kategorią byłoby nie tyle połączone z zakazem konkurencji, co wywoływałoby takie same skutki. Mając na uwadze powyższe, analizując zależności pomiędzy omawianym typem porozumienia a zakazem konkurencji, należy zwrócić szczególną uwagę na to, jakie efekty powoduje dane porozumienie o zarządzaniu kategorią. Jeżeli w wyniku jego zawarcia nastąpiło skoncentrowanie zamówień na produkty

³⁸⁸ R. L. Steiner, *Category Management – A Pervasive, New Vertical/Horizontal Format*, 15 Antitrust 77, 2001, Westlaw.

³⁸⁹ ABA Section of Antitrust Law, *Category Management Antitrust Handbook*, 3, 2010, str. 38.

³⁹⁰ Znacznie bardziej prawdopodobne jest nieuzasadnione obniżenie udziału zakupowego konkurentów lub inwestycji w działania promocyjne dotyczące konkurencyjnych produktów z jednoczesnym pozostawieniem ich w ofercie kontrahenta (B. Klein, K. M. Murphy, *Exclusive dealing intensifies competition for distribution*, ALJ, Vol. 75, No. 2, 2008, str.464-465).

u przedsiębiorcy zarządzającego kategorią, istnieje prawdopodobieństwo naruszenia prawa antymonopolowego poprzez zamknięcie dostępu do rynku konkurentom przedsiębiorcy zarządzającego kategorią.

13.3. Ograniczenia cen odsprzedaży

Porozumienia mające na celu ustanowienie stałej lub minimalnej ceny odsprzedaży (ang. *resale price maintenance*), czyli tzw. porozumienia o RPM, mogą wywoływać znaczące skutki antykonkurencyjne i stanowią jedne z najczęściej kwestionowanych przez organy antymonopolowe porozumień dystrybucyjnych. Przede wszystkim powodują one ograniczenie wewnątrzmarkowej konkurencji cenowej oraz większą transparentność cen, co z kolei sprzyja kartelizacji rynku zarówno na szczeblu dostawy, jak i dystrybucji³⁹¹. Wśród prokonkurencyjnych skutków stosowania porozumień o ustalaniu ceny odsprzedaży wskazać należy zwiększenie pozacenowej konkurencji wewnątrzmarkowej oraz powiązane z tym zwiększenie cenowej konkurencji międzymarkowej. Porozumienia o ustalaniu ceny odsprzedaży pozwalają uniknąć efektu gapowicza poprzez zapewnienie dystrybutorom odpowiedniej wysokości zysków. Mogą one także przyczyniać się do ochrony renomy produktów, a także ułatwienia wprowadzenia na rynek nowych produktów.

Porozumienia o ustalaniu ceny odsprzedaży uważane są w polskim i unijnym prawie antymonopolowym za porozumienia zakazane ze względu na cel (przedmiot)³⁹². Wymienione one zostały również jako pierwsze w katalogu najpoważniejszych ograniczeń z art. 4 rozporządzenia nr 330/2010 (art. 4 pkt a). Oznacza to, że porozumienie zawierające ograniczenie ceny odsprzedaży nie podlega wyłączeniu grupowemu, a tym samym jego legalizacja nastąpić może jedynie na gruncie wyłączenia indywidualnego po uprzednim wykazaniu przez strony, że dane porozumienie powoduje wzrost efektywności oraz że spełnione zostały przesłanki wyłączenia indywidualnego³⁹³. W praktyce będzie to jednak bardzo trudne z uwagi na stanowisko Komisji, zgodnie z którym porozumienia zawierające najpoważniejsze ograniczenia obiektywnie nie przynoszą korzyści dla dobrobytu konsumentów i gospodarki³⁹⁴. W treści ww. przepisu zaznaczono jednak, że tak surowej ocenie nie powinny podlegać porozumienia polegające na narzucaniu maksymalnych cen

³⁹¹ A. Zawłocka-Turno, B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym*, RPEiS, 4/2011, str. 73.

³⁹² Podobne stanowisko SN Stanów Zjednoczonych Ameryki uległo zmianie w 2007 r. za sprawą wyroku w sprawie *Leegin* (wyrok z 28.06.2007 r. w sprawie *Leegin Creative Leather Products Inc*, 551 U.S. 877 (2007)), na mocy którego porozumienia dotyczące cen odsprzedaży powinny oceniane być w ramach reguły rozsądku.

³⁹³ Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, pkt 223.

³⁹⁴ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81(3), pkt 46 i 79.

odsprzedaży lub zalecaniu (rekomendowaniu) cen odsprzedaży, o ile nie skutkują one sztywną lub minimalną ceną odsprzedaży w wyniku presji lub zachęt³⁹⁵. Należy jednak zwrócić uwagę, że stanowisko polegające na uznawaniu porozumień o minimalnych i sztywnych cenach odsprzedaży jako porozumień zakazanych *per se* jest w doktrynie (a także przynajmniej częściowo w orzecznictwie) kwestionowane. Porozumienia o cenach odsprzedaży (również cenach minimalnych i sztywnych) mogą bowiem powodować zarówno skutki anty-, jak i prokonkurencyjne. Dlatego też postuluje się zasadność stosowania w stosunku do tych porozumień analizy skutkowej polegającej na każdorazowym zbadaniu efektów zwarcia porozumienia o RPM³⁹⁶.

Połączenie w jednym porozumieniu ograniczenia cen odsprzedaży z zakazem konkutowania ma wyjątkowo negatywny wpływ na konkurencję. Ogranicza ono bowiem jednocześnie konkurencję wewnątrzmarkową (porozumienia o ustalaniu ceny odsprzedaży), jak i międzymarkową (zakaz konkutowania)³⁹⁷. Z uwagi na fakt, iż ograniczenia dotyczące cen odsprzedaży stanowią ograniczenia konkurencji powodujące wycofanie wyłączenia grupowego dla całego porozumienia, umowa zawierająca ww. kombinację ograniczeń wertykalnych nigdy nie będzie korzystała z przywileju wyłączenia grupowego. Jednocześnie przedsiębiorcy nadal mają prawo ubiegać się o zwolnienie indywidualne, którego uzyskanie będzie jednak, z uwagi na silnie antykonkurencyjny potencjał, znacznie utrudnione.

14. Podsumowanie

Zakaz konkutowania stanowi ograniczenie wertykalne o wyjątkowo złożonym charakterze. Przede wszystkim można wyróżnić jego dwa rodzaje, tj. zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej oraz wyłączność zakupu, z których każdy podlega dalszym podziałom pozwalającym wyróżnić szczególne formy klauzul zakazu konkutowania. W szczególności istotne jest zróżnicowanie wariantów klauzuli wyłączności zakupów, która może zostać nałożona na nabywcę zarówno w sposób bezpośredni, jak również za pośrednictwem innych zobowiązań lub systemu zachęt, powodujących efekt w postaci zaopatrywania się wyłącznie u dostawcy lub wskazanego przez niego przedsiębiorcy. Formy stosowanego zakazu różnią się także stopniem związania nabywcy z kontrahentem i zakresem

³⁹⁵ Szerzej o ustalaniu minimalnych cen odsprzedaży: Z. Jurczyk, *Co dalej z minimalnymi cenami odsprzedaży?* [w:] A. Fornalczyk, T. Skoczny (red.) *Ekonomia ochrony konkurencji. Ograniczenia wertykalne*, Warszawa 2016, str. 240 i n.

³⁹⁶ D. Aziewicz, *Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie antymonopolowym*, IKAiR nr 3(2)/2013, str. 21-22.

³⁹⁷ R. L. Steiner, *Exclusive dealing + Resale price maintenance: A powerful anticompetitive combination*, *Southwestern University Law Review*, Vol. 33, No. 4, 2004, str. 456.

swobody wchodzenia w relacje z jego konkurentami lub samodzielnego podejmowania działalności określonego typu. Mnogość rodzajów i form zakazu konkurencyjnego stosowanych w relacjach wertykalnych znacznie utrudnia wypracowanie reguł przeprowadzenia jego oceny antymonopolowej.

Zasady te spełniają dwojaką funkcję. Z jednej strony powinny stanowić dla organów ochrony konkurencji narzędzie skutecznej identyfikacji praktyk antykonkurencyjnych. Z drugiej natomiast powinny zapewnić przedsiębiorcom odpowiedni poziom pewności prawnej umożliwiającej im przewidzenie tego, jak w określonych okolicznościach zachowa się organ antymonopolowy.

W oparciu o przeprowadzoną w niniejszym rozdziale analizę należy stwierdzić, że wypracowane zasady oceny zakazu konkurencyjnego jako ograniczenia konkurencji stosowanego w porozumieniach wertykalnych stanowią rozwiązanie optymalne z punktu widzenia pogodzenia dwóch ww. wartości.

W szczególności należy w tym wypadku zwrócić uwagę na trzy kwestie.

Po pierwsze, zakaz konkurencyjny (zarówno zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej, jak i wyłączność zakupów) stosowany w porozumieniach wertykalnych nie jest traktowany przez Komisję i Prezesa UOKiK jako ograniczenie wywołujące antykonkurencyjne skutki *per se*. Oznacza to, że wprowadzenie ww. klauzul w ramy porozumienia wertykalnego nie będzie traktowane równoznacznie z naruszeniem prawa antymonopolowego z samego faktu spełniania formalnych przesłanek pozwalających zakwalifikować ograniczenie jako zakaz konkurencyjny. Tym samym organ antymonopolowy dokonujący oceny porozumienia zobowiązany jest każdorazowo zbadać pro- i antykonkurencyjne skutki rynkowe stosowania klauzuli.

Po drugie, wydane rozporządzenia w sprawie wyłączeń grupowych porozumień wertykalnych (zarówno na gruncie unijnym, jak i polskim), dostarczają wyczerpujących informacji w zakresie okoliczności, które należy wziąć pod uwagę dokonując oceny antymonopolowej zakazu konkurencyjnego na potrzeby wyłączenia grupowego (również na potrzeby skorzystania z wyłączenia indywidualnego). Ponadto opracowane przez Komisję Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (stanowiące również swego rodzaju wskazówki interpretacyjne dla krajowych organów antymonopolowych) wskazują na czynniki istotne pod kątem oceny spełniania przesłanek wyłączenia indywidualnego. Analizując treść ww. aktów prawnych, możliwe jest wskazanie kryteriów dopuszczalności zastosowania zakazu konkurencyjnego w poszczególnych porozumieniach wertykalnych, w tym również w ramach najczęściej wykorzystywanych modeli dystrybucji produktów.

Po trzecie, istotnych informacji w zakresie dopuszczalności stosowania zakazu konkurencji w porozumieniach wertykalnych dostarcza bogate orzecznictwo polskich i unijnych sądów. Analizując konkretne przypadki, sądy wypracowały metody oceny zakazu konkurencji w obu jego formach. Mogą one stanowić podstawę dla oczekiwania przedsiębiorców, dokonania takiej oceny w podobnych przypadkach.

ROZDZIAŁ III – ZAKAZ KONKUROWANIA W POROZUMIENIACH KOOPERACYJNYCH

15. Porozumienia kooperacyjne

Pojęciem porozumień kooperacyjnych określa się jeden z typów porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na tym samym szczeblu obrotu gospodarczego, tj. porozumień horyzontalnych, mających na celu osiągnięcie wspólnego celu, przynoszącego korzyści wszystkim lub niektórym uczestnikom porozumienia³⁹⁸. Obok porozumień kooperacyjnych do kategorii porozumień horyzontalnych zalicza się również kartele³⁹⁹. Różnica pomiędzy ww. dwoma rodzajami porozumień poziomych polega na tym, że o ile w przypadku porozumień kooperacyjnych zachodzi domniemanie przynoszenia przez nie korzyści gospodarczych, tak w przypadku karteli mamy do czynienia z domniemaniem istotnego ograniczenia przez nie konkurencji na rynku. W praktyce prokonkurencyjna kooperacja przedsiębiorców przyjmuje zwykle jedną z kilku form. Są to: porozumienia badawczo-rozwojowe; porozumienia produkcyjne (specjalizacyjne); porozumienia o wspólnych zakupach oraz porozumienia standaryzacyjne. Określenie porozumienia mianem kooperacji oznacza, że przedsiębiorców łączy określony stosunek, polegający na współpracy w oparciu o trwałe wzajemne świadczenia stron porozumienia, wspólne ich działanie oraz uzgadnianie (synchronizację, koordynację) ich działań⁴⁰⁰. Z jednej strony, kooperacja stanowi więc z samej swojej istoty zjawisko przeciwstawne konkurencji; prowadzi bowiem do zastąpienia rywalizacji przedsiębiorców ich współdziałaniem. Przyczyną zawierania przez przedsiębiorców porozumień kooperacyjnych jest osiągnięcie określonych korzyści ekonomicznych przez strony porozumienia w sposób inny niż konkurowanie ze sobą. Współdziałanie przedsiębiorców, jak niemal każda inicjatywa gospodarcza, ma za zadanie zwiększenie siły rynkowej stron porozumienia na określonym rynku. To z kolei może doprowadzić do sytuacji, że dany przedsiębiorca w konsekwencji współpracy ze swoim konkurentem osiągnie pozycję rynkową pozwalającą mu działać niezależnie od konkurentów,

³⁹⁸ J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, Oksford 2007, s. 660-663, Pojęciem porozumienia kooperacyjnego można jednak określać również niektóre porozumienia wertykalne, polegające na kooperacji podmiotów działających na dwóch, bezpośrednio następujących po sobie szczeblach dystrybucji (np. produkcja i sprzedaż hurtowa). Tego typu porozumienia kooperacyjne stanowią namiastkę integracji pionowej, w przypadku której dwa lub więcej szczebli dystrybucji opanowane są przez jednego przedsiębiorcę. Wyróżnia się również kooperację „ukośną” występującą w przypadku kooperacji podmiotów działających na różnych szczeblach obrotu, a nawet w różnych branżach. W tym układzie dany przedsiębiorca może konkurować z innym przedsiębiorcom w ramach jednej sieci, natomiast współpracować (kooperować) w ramach innej sieci.

³⁹⁹ Taka klasyfikacja porozumień horyzontalnych została przeprowadzona przez A. Jurkowską (A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Warszawa 2005, str. 32).

⁴⁰⁰ Tamże, str. 44.

klientów i konsumentów. Z drugiej strony, porozumienia kooperacyjne mogą prowadzić do istotnych korzyści w zakresie efektywności. Ponadto słusznie zwraca się uwagę, że współpraca przedsiębiorców w jednej dziedzinie nie musi towarzyszyć wyłączeniu konkurencji w innych dziedzinach aktywności stron porozumienia⁴⁰¹. Część doktryny prawa antymonopolowego reprezentuje pogląd, zgodnie z którym kooperacja i konkurencja nie stanowią zjawisk wzajemnie się wykluczających. Wielowymiarowość kooperacji powoduje, że w przeciwieństwie do karteli antymonopolowa ocena porozumień kooperacyjnych nie powinna być jednoznaczna⁴⁰². Ww. konkluzja będzie miała istotne znaczenie dla oceny antymonopolowej zakazu konkurencji. W przeciwieństwie do porozumień wertykalnych, które co do zasady wywołują skutki prokonkurencyjne, w przypadku porozumień horyzontalnych istotne znaczenie dla wyniku oceny zakazu konkurencji będzie miał charakter porozumienia, w którego treści zostało zawarte. O ile zakaz konkurencji w porozumieniach kooperacyjnych może liczyć na zwolnienie spod zakazu z uwagi na prokonkurencyjne skutki porozumienia, to już ograniczenie konkurencji zawarte w ramach kartelowego porozumienia horyzontalnego najpewniej zostanie uznane za nielegalne.

Porozumienia kooperacyjne stanowią szczególną kategorię współpracy przedsiębiorców. Zawierane przez konkurentów porozumienia horyzontalne charakteryzują się silnie antykonkurencyjnym potencjałem, niemniej jednak kooperacja różni się od karteli powodowaniem określonych korzyści gospodarczych. W praktyce korzyści ekonomiczne kooperantów bywają wręcz warunkowane ograniczeniem konkurencji⁴⁰³. Typowym ograniczeniem konkurencji powodowanym przez zawarcie przez przedsiębiorców porozumienia kooperacyjnego jest podział rynków zbytu lub ustalenie przez nich cen, po których oferować będą produkowane lub dystrybuowane przez siebie produkty. Jako korzyści dla konkurencji, powodowane przez omawiany typ porozumień, wymienić należy przede wszystkim zmniejszenie przejmowanego przez przedsiębiorców ryzyka biznesowego (zostaje ono rozłożone pomiędzy uczestników kooperacji), oszczędności kosztów, zwiększenie ponoszonych przez nich inwestycji, gromadzenie *know-how*, zwiększenie jakości i różnorodności produktów oraz szybsze wprowadzanie innowacji na rynek⁴⁰⁴. Istnieją sytuacje, w których pozytywne skutki porozumienia horyzontalnego będą przeważać nad jego

⁴⁰¹ Pojęcie kooperacji (ang. *co-opetition*) oznacza równoczesne konkurencje i współpracę przedsiębiorców.

⁴⁰² Tak A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Warszawa 2005, str. 85.

⁴⁰³ Tamże, str. 44.

⁴⁰⁴ A. Jurkowska, *Wyłączenia grupowe dla porozumień kooperacyjnych (specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych)* [w:] *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce* (red. A. Jurkowska, T. Skoczny), Warszawa 2008, str. 115.

efektami ograniczającymi konkurencję. Jako przykład można wskazać sytuację, w której na podstawie zawartego porozumienia strony ograniczone są w zakresie samodzielnej produkcji, jednakże rekompensowane jest to zwiększoną jakością produktu, stanowiącą rezultat wymiany *know-how* oraz obniżoną ceną, będącą wynikiem poczynionych oszczędności produkowanego przez nich wspólnie produktu. Mając na względzie powyższe, nie można z góry stwierdzić, że antykonkurencyjne skutki horyzontalnej kooperacji przedsiębiorców zawsze będą przeważać nad jej skutkami prokonkurencyjnymi, a ewentualna ocena porozumień kooperacyjnych powinna być poprzedzona dokładną analizą osiągniętych korzyści i spowodowanych szkód. W tym celu konieczne jest określenie odpowiednich ram prawnych, a zatem stworzenie takich regulacji antymonopolowych, które pozwalałyby organom ochrony konkurencji na wyważenie skutków pro- i antykonkurencyjnych danego porozumienia kooperacyjnego. Ocena ta powinna uwzględniać również indywidualny interes przedsiębiorców; często bowiem wprowadzenie do danego porozumienia określonych elementów powodujących skutki antykonkurencyjne determinować będzie ich decyzję o podjęciu współpracy, która w przyszłości może skutkować efektami niosącymi korzyści konkurencji i konsumentom. W celu przedstawienia analitycznych ram oceny antymonopolowej najczęściej spotykanych rodzajów horyzontalnych porozumień kooperacyjnych Komisja wydała Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych⁴⁰⁵.

Konkluzja w postaci konieczności stworzenia odpowiednich ram prawnych dla organów ochrony konkurencji pozwalających dokonać całościowej oceny porozumienia, a także ewentualnego wyłączenia spod zakazu, stanowiła podstawę objęcia określonych kategorii porozumień kooperacyjnych wyłączeniem grupowym spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Nie oznacza to rzecz jasna, że porozumienie kooperacyjne nie spełniające przesłanek wyłączenia grupowego zawsze stanowić będzie naruszenie prawa antymonopolowego. Przedsiębiorcy mogą bowiem starać się o skorzystanie z wyłączenia indywidualnego.

16. Zakaz konkurowania w porozumieniach kooperacyjnych

Jednym z ograniczeń konkurencji stosowanym w porozumieniach kooperacyjnych jest zakaz konkurowania. Podobnie jak w przypadku porozumień wertykalnych, również w tym

⁴⁰⁵ Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. U. C 11 z 14.01.2011 r., str. 1) (dalej: „Wytyczne w sprawie porozumień kooperacyjnych”).

przypadku może on przybrać jedną z dwóch form. Po pierwsze, zakaz konkurencji może stanowić zobowiązanie przedsiębiorców do niepodejmowania określonego typu działalności konkurencyjnej w stosunku do działalności stanowiącej przedmiot porozumienia kooperacyjnego. Zakaz ten może obejmować prowadzenie jej przez partnera kooperacji samodzielnie lub we współpracy z podmiotami innymi niż partner kooperacji⁴⁰⁶. Tego typu sytuacja będzie miała miejsce między innymi w przypadku porozumień badawczo-rozwojowych, kiedy to przedsiębiorca będący stroną porozumienia jest ograniczony w zakresie prowadzenia badań o charakterze tożsamym do badań stanowiących przedmiot porozumienia. Za klauzulę zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej Trybunał uznał również zapis statutu spółdzielni dokonującej wspólnych zakupów, zgodnie z którym przedsiębiorcy będący jej członkami nie mogli być członkami innej spółdzielni⁴⁰⁷.

Drugą formą zakazu konkurencji stosowaną w ramach kooperacji przedsiębiorców jest klauzula wyłączności zakupu, na podstawie której jedna ze stron porozumienia zobowiązuje się do nabywania określonych produktów lub usług jedynie od partnera kooperacji. Możliwe jest również wprowadzenie w ramy współpracy wzajemnego zobowiązania do wyłączności zakupu. Wówczas to strony porozumienia będą dla siebie jedynymi dostawcami produktów lub usług objętych przedmiotem klauzuli.

Wprowadzenie do treści porozumienia zakazu konkurencji powinno służyć osiągnięciu określonych korzyści gospodarczych w zakresie zwiększenia efektywności, stanowiących cel porozumienia kooperacyjnego. Korzyści te wpływają natomiast pozytywnie na dobrobyt konsumentów. Powyższe ma wyjątkowo istotne znaczenie w kontekście oceny antymonopolowej zakazu konkurencji w porozumieniach horyzontalnych. Omawiana klauzula stanowi bowiem narzędzie często wykorzystywane przez przedsiębiorców zawierających kartel, stanowiący porozumienie mające na celu jedynie istotne ograniczenie konkurencji na rynku. W takim wypadku ograniczenie nie będzie najpewniej prowadzić do żadnych korzyści w zakresie efektywności. Konkluzja ta dostarcza istotną wskazówkę dla organów antymonopolowych i sądów w zakresie oceny dopuszczalności zakazu konkurencji w przypadku porozumień horyzontalnych. Zakaz konkurencji jest szczególnie często stosowany w przypadku dwóch kategorii porozumień kooperacyjnych: specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych, dlatego też to właśnie tym dwóm kategoriom porozumień poświęcona będzie znaczna część niniejszego rozdziału.

⁴⁰⁶ Tak A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Warszawa 2005, str. 222.

⁴⁰⁷ Wyrok Trybunału z 15.12.1994 r. w sprawie C-250/92 *Gottrup-Klim*, pkt 28.

17. Korzyści i zagrożenia dla konkurencji wynikające z zakazu konkurencji w porozumieniach kooperacyjnych

Zobowiązanie do niepodejmowania działalności konkurencyjnej powoduje sytuację, w której strona porozumienia nie może rozpocząć lub kontynuować działalności objętej przedmiotem porozumienia. Zakaz może obejmować zarówno działalność podejmowaną samodzielnie, jak również prowadzoną w ramach współpracy z innymi przedsiębiorcami. Tym samym klauzula ta powoduje zamknięcie dostępu do rynku stronie porozumienia kooperacyjnego poprzez ograniczenie swobody prowadzonej przez nią działalności. Natomiast w sytuacji, gdy zakaz konkurencji dotyczy podejmowania określonego typu współpracy z innymi przedsiębiorcami, klauzula ta może powodować ograniczenie dostępu do rynku dla przedsiębiorców niebędących stroną porozumienia, którzy chcieliby rozpocząć z jedną ze stron porozumienia współpracę o charakterze tożsamym do przedmiotu kooperacji.

Wprowadzając tego typu klauzule w ramy porozumienia kooperacyjnego, przedsiębiorcy wprost stwierdzają, że konkurencja na określonym rynku zostanie osłabiona poprzez samoograniczenie w sferze aktywności gospodarczej stron porozumienia. Powyższe wskazywałoby na konieczność całkowitego zakazu wykorzystywania tego typu klauzul umownych. Konkluzja ta nie byłaby jednak słuszna. Istnieją określone typy porozumień, przynoszące wymierne korzyści w zakresie efektywności, dla których zawarcia klauzula niekonkurencji może stanowić niezbędny warunek przystąpienia przedsiębiorców do współpracy. W przypadku braku możliwości wprowadzenia zakazu konkurencji w ramy porozumienia, przedsiębiorcy w ogóle nie zdecydują się na podjęcie kooperacji w danej dziedzinie⁴⁰⁸; nie będą bowiem skłonni podejmować współpracy, w przypadku gdy ich interes będzie zagrożony. Działanie jednego z przedsiębiorców poza ramami porozumienia czy to we współpracy z innymi podmiotami, czy też samodzielnie mogłoby powodować szereg niekorzystnych skutków dla pozostałych przedsiębiorców⁴⁰⁹. Mogłoby to doprowadzić m.in. do wykorzystania informacji uzyskanych od pozostałych stron umowy do własnych celów. Zasadniczym powodem wprowadzenia w ramy porozumienia tej formy zakazu konkurencji może być zatem ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym także *know-how* uczestników porozumienia kooperacyjnego. Poza tym współpraca lub działalność podjęta poza ramami porozumienia zwykle wiąże się z inwestycją czasu lub środków, które w przypadku jej niepodejmowania mogłyby zostać przeznaczone na rozwój kooperacji objętej porozumieniem.

⁴⁰⁸ Decyzja Komisji z 17.06.1996 r. w sprawie nr IV/35.337 *Atlas*, pkt 42.1.

⁴⁰⁹ Wyrok Trybunału z 15.12.1994 r. w sprawie C-250/92 *Gottrup-Klim*, pkt 34-35.

Angażowanie się w interesy konkurencyjne zmniejsza natomiast zaangażowanie uczestników porozumienia w dążeniu do wspólnie obranego celu. Zakaz konkurencyjności powoduje, że przedsiębiorcy są bardziej skłonni do pełnego skoncentrowania dostępnych im środków dla celów danego porozumienia. Status zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej jako warunku *sine qua non* podjęcia przez przedsiębiorców współpracy w ramach porozumienia kooperacyjnego powoduje, że korzyści dla konkurencji, jakie można osiągnąć poprzez omawiane ograniczenie konkurencji, należy utożsamiać z korzyściami powodowanymi przez samo porozumienie⁴¹⁰.

Antykonkurencyjny skutek klauzul o wyłączności zakupu polega na uniemożliwieniu stronie porozumienia zaopatrywania się w określone towary u innych dostawców niż partner kooperacji. Powoduje to automatyczne zamknięcie dostępu do części rynku konkurentom beneficjenta zakazu konkurencyjności. Niemniej jednak klauzule wyłączności mogą prowadzić również do korzystnych dla konkurencji skutków. Zakaz konkurencyjności w postaci wyłączności zakupu będzie wywoływał korzyści analogiczne do tych osiągniętych poprzez wprowadzenie tego typu klauzul do treści porozumień wertykalnych. Należy wśród nich wyróżnić przede wszystkim korzyści skali w zamówieniach i transporcie. Koncentracja zamówień, stanowiąca rezultat zobowiązania do wyłączności, umożliwia bowiem osiągnięcie lepszych warunków zakupu od dostawców. Podobnie jak w przypadku zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej również wyłączność zakupu stanowi może warunek konieczny podjęcia współpracy w ramach porozumienia, a tym samym należy uznać ją za niezbędną dla powodzenia kooperacji⁴¹¹.

Należy zatem stwierdzić, że najistotniejsze dla oceny antymonopolowej zakazu konkurencyjności nie jest to, jaki wywołuje ona antykonkurencyjny skutek, ale to, jaki wynik da porównanie skutków antykonkurencyjnych ze skutkami prokonkurencyjnymi wywołowanymi przez zawarte przez przedsiębiorców porozumienie. Tylko taka dokładna analiza pozwoli na stwierdzenie czy zawarcie przez przedsiębiorców zakazu konkurencyjności będzie, czy też nie będzie skutkowało zwiększeniem efektywności. Dla dopuszczalności klauzuli zakazu konkurencyjności kluczowe znaczenie będzie mieć również to czy forma, czas obowiązywania i inne właściwości ograniczenia konkurencji są niezbędne dla zawarcia porozumienia. Tym samym należy stwierdzić, że jedynie analiza skutków rynkowych porozumienia oraz

⁴¹⁰ Decyzja Komisji z 8.12.1984 r. w sprawie nr IV.29.955 *Carbon Gas Technologie*, pkt 3 i 6; Decyzja Komisji z 17.07.1996 r. w sprawie nr IV/35.617 *Phoenix/Global One*, pkt 52.

⁴¹¹ Decyzja Komisji z 17.06.1996 r. w sprawie nr IV/35.337 *Atlas*, pkt 42, Decyzja Komisji z 17.07.1996 r. w sprawie nr IV/35.617 *Phoenix/Global One*, pkt. 52.

weryfikacja spełnienia warunku niezbędności przez zakaz konkurencji pozwala na przeprowadzenie jego prawidłowej oceny antymonopolowej.

18. Wyłączenia grupowe porozumień kooperacyjnych

Pozytywne skutki wywoływane przez porozumienia kooperacyjne stanowiły przyczynę objęcia zakresem wyłączeń grupowych również niektórych kategorii porozumień horyzontalnych. W tym miejscu należy przypomnieć, że rozporządzenia dotyczące wyłączeń grupowych spełniają dwie zasadnicze funkcje: po pierwsze, mają one na celu zapewnienie skutecznej ochrony konkurencji, po drugie, powinny zagwarantować przedsiębiorcom odpowiedni poziom ochrony prawnej. W przypadku wyłączeń grupowych porozumień horyzontalnych szczególne znaczenie ma druga z wymienionych funkcji. Ten typ porozumień oceniany jest bowiem w sposób zdecydowanie bardziej surowy niż porozumienia wertykalne. Świadomi przedsiębiorcy są więc ostrożniejsi przed podjęciem współpracy na płaszczyźnie poziomej, tj. ze swoimi konkurentami, niż przed podjęciem współpracy z podmiotem działającym na innym szczeblu obrotu, tj. ze swoim dostawcą lub odbiorcą. Zapewniając zatem przedsiębiorcom odpowiedni poziom pewności co do warunków dopuszczalności rozpoczęcia danego typu współpracy, ustawodawca unijny i krajowy zachęca ich niejako do zawierania porozumień, które chociaż charakteryzują się silnym potencjałem antykonkurencyjnym, mogą wywoływać również określonego rodzaju korzyści gospodarcze, a zatem wpływać na konkurencję w sposób pozytywny. Należy zatem stwierdzić, że podstawowym celem wydania rozporządzeń o wyłączeniach grupowych jest chęć stymulowania przedsiębiorców do podejmowania kooperacji we wskazanych dziedzinach objętych wyłączeniem⁴¹².

Na szczeblu unijnym do wydawania rozporządzeń dotyczących wyłączeń grupowych porozumień horyzontalnych upoważniona jest Rada, która z kolei upoważniła do ich wydania Komisję.

Na gruncie prawa polskiego do wydania rozporządzenia określającego warunki wyłączenia grupowego określonych kategorii porozumień upoważniona została ustawowo RM. Podstawę wydania rozporządzeń grupowych stanowi przepis art. 8 ust. 3 u.o.k.i.k., zgodnie z którym RM może, w drodze rozporządzenia, wyłączyć określone rodzaje porozumień spełniające przesłanki kwalifikujące porozumienie do skorzystania z wyłączenia indywidualnego, biorąc pod uwagę korzyści, jakie mogą przynieść określone rodzaje

⁴¹² A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Warszawa 2005, str. 112.

porozumień. Należy uznać, że fakultatywność upoważnienia odnosi się wyłącznie do tego, jakie kategorie porozumień objęte zostaną wydanymi na podstawie upoważnienia ustawowego rozporządzeniami⁴¹³. Upoważnienie ustawowe określa obligatoryjne i fakultatywne elementy wydanego na jego podstawie rozporządzenia. Zgodnie z treścią delegacji, RM zobowiązana jest określić w rozporządzeniu warunki wyłączenia, klauzule których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie zakazu, a także okres obowiązywania wyłączenia. Element fakultatywny rozporządzenia stanowi spis klauzul białych, tj. tych, których występowania w porozumieniu nie uznaje się za naruszające zakaz. Oznacza to, że o ile w rozporządzeniu dotyczącym wyłączeń grupowych konieczne jest określenie klauzul czarnych, o tyle wymienienie klauzul białych stanowi wyłącznie uprawnienie, a nie obowiązek RM.

Zarówno na gruncie unijnym, jak i krajowym wyłączeniem grupowym nie zostały objęte wszystkie kategorie porozumień kooperacyjnych. W przypadku dwóch kategorii porozumień kooperacyjnych można stwierdzić, że prawdopodobieństwo spełnienia przez nie przesłanek określonych w art. 101 ust 3 TfUE, a także art. 8 u.o.k.i.k. jest większe niż w przypadku innych porozumień horyzontalnych⁴¹⁴. Jako takie wskazane zostały porozumienia specjalizacyjne oraz porozumienia badawczo-rozwojowe. Tych typów porozumień dotyczą wydane przez Komisję rozporządzenie nr 1218/2010 (dotyczące wyłączenia grupowego porozumień specjalizacyjnych) oraz rozporządzenie nr 1217/2010 (dotyczące wyłączenia grupowego porozumień badawczo-rozwojowych), a także wydane przez RM, rozporządzenie z dnia 13 grudnia 2011 r. (dotyczące wyłączenia grupowego porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych). W przypadku prawa unijnego funkcję uzupełniającą w stosunku do ww. rozporządzeń mają wspomniane już Wytyczne w sprawie porozumień kooperacyjnych⁴¹⁵. Dokument ten, podobnie jak Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, stanowi akt prawa *soft law* i jako taki nie jest wiążący dla Komisji i sądów. Niemniej jednak stanowi wskazówkę dla przedsiębiorców co do prawdopodobnej oceny przez Komisję określonych porozumień kooperacyjnych. Dokument może również stanowić narzędzie pomocnicze dla Prezesa UOKiK i przedsiębiorców działających na rynku polskim.

⁴¹³ A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenie określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, PPH, 1/2003, str. 12. Pogląd ten wyrażony został na gruncie poprzednio obowiązującej u.o.k.i.k. z 2000 r. Z uwagi jednak na podobne uregulowanie przedmiotowej kwestii, należałoby go także odnieść do aktualnie obowiązującej ustawy.

⁴¹⁴ A. Jurkowska, *Wyłączenia grupowe dla porozumień kooperacyjnych (specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych)*, [w:] *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, (red.) A. Jurkowska, T. Skoczny, Warszawa 2008, str. 115.

⁴¹⁵ Wytyczne w sprawie porozumień kooperacyjnych, pkt 8.

Rozporządzenie nr 1218/2010 określa warunki wyłączenia dla trzech kategorii porozumień specjalizacyjnych, tj. po pierwsze, porozumień o specjalizacji jednostronnej, na podstawie których jeden z konkurentów stron porozumienia zgadza się całkowicie lub częściowo zaprzestać produkowania niektórych produktów lub powstrzymać się od ich produkowania i nabywać je od drugiej strony, która z kolei zgadza się te produkty produkować i dostarczać; po drugie, porozumień o specjalizacji wzajemnej, na podstawie których dwie strony lub większa liczba stron zgadza się, na zasadzie wzajemności, całkowicie lub częściowo zaprzestać produkowania niektórych, lecz różnych produktów lub powstrzymać się od ich produkowania i nabywać je od pozostałych stron, które zgadzają się je produkować i dostarczać; oraz po trzecie, porozumień o wspólnej produkcji, na podstawie których dwie strony lub większa ich liczba zgadzają się wspólnie produkować niektóre produkty.

Rozporządzenie 1217/2010 określa warunki wyłączenia dla porozumień badawczo-rozwojowych, tj. dla porozumień, na podstawie których przedsiębiorcy podejmują wspólne prace badawczo-rozwojowe z jednoczesnym postanowieniem o wspólnym korzystaniu z wyników tych prac bądź porozumienia obejmujące tylko jeden z tych elementów, tj. tylko prowadzenie prac lub tylko korzystanie z wyników.

W przeciwieństwie do ustawodawstwa unijnego, na gruncie prawa polskiego RM zdecydowała się na uregulowanie wyłączeń obu ww. kategorii porozumień kooperacyjnych w jednym akcie prawnym. Rozporządzenie RM z dnia 13 grudnia 2011 r. określa warunki jakie muszą zostać spełnione, aby porozumienia specjalizacyjne i badawczo-rozwojowe zostały uznane za wyłączone spod zakazu, o którym mowa w art. 6 u.o.k.i.k. Polskie wyłączenie grupowe co do zasady wiernie odzwierciedla przepisy rozporządzeń unijnych.

Objęcie wyłączeniem grupowym jedynie porozumień specjalizacyjnych oraz badawczo-rozwojowych nie oznacza, że inne porozumienia horyzontalne, a w szczególności inne porozumienia kooperacyjne, nieobjęte zakresem wydanych rozporządzeń, nie pozbawia ich prawa do ubiegania się o wyłączenie indywidualne spod zakazu antykonkurencyjnych porozumień. W przypadku współpracy horyzontalnej będzie to jednak znacznie trudniejsze niż w przypadku porozumień wertykalnych z uwagi na znacznie silniejszy antykonkurencyjny potencjał i mniejsze prawdopodobieństwo wywoływania przez nie prokonkurencyjnych skutków.

19. Rozwój regulacji zakazu konkurencji w porozumieniach specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych

19.1. Regulacja zakazu konkurencji w rozporządzeniu nr 417/85 i rozporządzeniu nr 418/85

Pierwszym rozporządzeniem dotyczącym wyłączeń grupowych porozumień specjalizacyjnych było Rozporządzenie Komisji nr 417/85 z dnia 19 grudnia 1984 r. w sprawie zastosowania art. 85 (3) Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych⁴¹⁶. Regulacja ta obejmowała swoim zakresem obie formy zakazu konkurencji. W przypadku zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej dopuszczalność ograniczenia samodzielnego podejmowania pewnego rodzaju działalności wynika z samego charakteru porozumień specjalizacyjnych. Zgodnie natomiast z art. 2 rozporządzenia nr 417/85, dopuszczalne było zawarcie w ramach treści porozumienia klauzul stanowiących o obowiązku niezawierania z osobami trzecimi porozumień specjalizacyjnych, odnoszących się do produktów tożsamyh z produktami objętymi porozumieniem lub do produktów stanowiących substytutu produktów objętych porozumieniem.

W zakresie wyłączności zakupu art. 2 pkt b rozporządzenia nr 417/85 stanowił, że dopuszczalne jest wprowadzenie przez strony do porozumienia obowiązku zakupu produktów stanowiących przedmiot specjalizacji wyłącznie od drugiej strony porozumienia lub od wspólnego przedsiębiorcy. Jednocześnie ww. przepis przewidywał obowiązek złagodzenia zobowiązania poprzez wprowadzenie do jego treści klauzuli angielskiej, zgodnie z którą zakaz konkurencji nie miał zastosowania w przypadku, gdy przedsiębiorca zobowiązany mógł nabyć produkty od innej strony na bardziej korzystnych warunkach, a podmiot mający realizować dostawy w ramach zobowiązania wyłącznego zakupu nie był w stanie zaproponować takich samych warunków.

Zakaz konkurencji w odniesieniu do porozumień badawczo-rozwojowych również został uregulowany już w pierwszym rozporządzeniu, dotyczącym wyłączeń grupowych tej kategorii porozumień, tj. w Rozporządzeniu Komisji nr 418/85 z dnia 19 grudnia 1984 r. w sprawie zastosowania art. 85 (3) Traktatu do kategorii porozumień badawczo-rozwojowych⁴¹⁷. Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit a rozporządzenia nr 418/85 wyłączeniem objęte było ograniczenie konkurencji, polegające na zobowiązaniu do niepodejmowania niezależnych działań badawczo-rozwojowych w zakresie objętym zawartym przez strony porozumieniem lub w zakresie blisko z nim powiązonym, w czasie trwania programu

⁴¹⁶ Rozporządzenie Komisji nr 417/85 z dnia 19.12.1984 r. w sprawie zastosowania art. 85 (3) Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych (Dz. U. L 53 z 22.02.1985 r., str. 1) (dalej: „rozporządzenie nr 417/85”).

⁴¹⁷ Rozporządzenie Komisji nr 418/85 z dnia 19.12.1984 r. w sprawie zastosowania art. 85 (3) Traktatu do kategorii porozumień badawczo-rozwojowych (Dz. U. L 53 z 22.02.1985 r., str. 5) (dalej: „rozporządzenie nr 418/85”).

badawczo-rozwojowego. Podobnie dozwolone było stosowanie ograniczenia konkurencji, polegającego na zobowiązaniu do niepodejmowania tego typu działalności z osobami trzecimi. Rozporządzenie nr 418/85 przewidywało również, w art. 4 ust. 1 pkt f dopuszczalność stosowania klauzuli niekonkurowania, polegającej na zakazie wprowadzenia produktu objętego porozumieniem na rynki zarezerwowane dla pozostałych stron umowy w okresie 5 lat od pierwszego wprowadzenia produktów na wspólny rynek. Stosowanie tej klauzuli uwarunkowane było możliwością odbiorców i pośredników do uzyskania produktów od innych dostawców bez dodatkowych utrudnień ze strony partnerów. Zgodnie z art. 6 pkt f wyłączenie nie znajdowało zastosowania do przypadków, gdy czas obowiązywania ww. rodzaju zakazu konkurowania przekraczał okres pięciu lat.

W zakresie klauzuli wyłączności zakupu, art. 4 ust. 1 lit c rozporządzenia nr 418/85 stanowił wprost, że wyłączenie obejmować będzie ograniczenie konkurencji polegające na obowiązku zakupu produktów objętych porozumieniem wyłącznie od stron porozumienia lub od wspólnych organizacji lub przedsiębiorców albo osób trzecich, którym wspólnie powierzono produkcję. W przypadku porozumień badawczo-rozwojowych nie wprowadzono obowiązku złagodzenia klauzuli wyłączności poprzez zastosowanie klauzuli angielskiej. Takie rozwiązanie uzasadnione było specyfiką porozumień badawczo-rozwojowych. Z reguły bowiem towary stanowiące efekt przeprowadzonych przez strony porozumienia nie są dostępne u żadnych innych przedsiębiorców, a zatem odbiorca nie dysponuje żadnym alternatywnym źródłem zaopatrzenia⁴¹⁸.

19.2. Regulacja zakazu konkurowania w rozporządzeniu nr 2658/00 i rozporządzeniu nr 2659/00

Rozporządzenie nr 417/85 i rozporządzenie nr 418/85 zostały zastąpione odpowiednio Rozporządzeniem Komisji nr 2658/2000 z dnia 29 listopada 2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych⁴¹⁹ oraz Rozporządzeniem Komisji nr 2659/2000 z dnia 29 listopada 2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień badawczo-rozwojowych⁴²⁰, odzwierciedlającymi już podejście

⁴¹⁸ A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Warszawa 2005, str. 236.

⁴¹⁹ Rozporządzenie Komisji nr 2658/2000 z dnia 29.11.2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień specjalizacyjnych (Dz. U. L 304 z 05.12.2000 r., str. 3) (dalej: „rozporządzenie nr 2658/2000”).

⁴²⁰ Rozporządzenie Komisji nr 2659/2000 z dnia 29 listopada 2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień badawczo-rozwojowych (Dz. U. L 304 z 05.12.2000 r., str. 7) (dalej: „rozporządzenie nr 2659/2000”).

ekonomiczne do kooperacji horyzontalnej⁴²¹. Jak już wskazano wyżej, dopuszczalność klauzuli zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej samodzielnie wynika z samego charakteru porozumień specjalizacyjnych, których formy wskazane zostały w art. 1 ust. 1 pkt a-c rozporządzenia nr 2658/2000. Jeżeli chodzi o ograniczenie swobody zawierania podobnych porozumień, to Komisja nie przewidziała wprost możliwości wprowadzenia takiej klauzuli w ramy porozumienia. Niemniej jednak, za jej dopuszczalnością przemawia analiza innego przepisu rozporządzenia. Chodzi o art. 1 ust. 2, zgodnie z którego treścią wyłączenie stosuje się również do postanowień porozumienia, które nie stanowią ich podstawowego przedmiotu, lecz są bezpośrednio związane i niezbędne do ich wprowadzenia w życie. Jako przykłady takich postanowień wskazano klauzule dotyczące cesji lub korzystania z PWI; należy jednak uznać, że również klauzula zakazu zawierania podobnych porozumień może zostać uznana za objętą wyłączeniem na podstawie omawianego przepisu, pod warunkiem spełnienia przesłanek bezpośredniego związania i konieczności. W przypadku klauzuli wyłącznego zakupu, jej dopuszczalność została przewidziana w art. 3 pkt a rozporządzenia nr 2658/2000, zgodnie z którego treścią wyłączenie stosuje się również, w przypadku gdy strony akceptują zobowiązanie wyłącznych zakupów⁴²².

Przepis art. 5 ust. 1 lit a rozporządzenia nr 2659/2000 stanowił, że nie są objęte zakresem wyłączenia porozumienia o badaniach i rozwoju, które mają na celu ograniczenie swobody stron porozumienia w zakresie samodzielnego prowadzenia lub uczestniczenia w pracach badawczo-rozwojowych w dziedzinie niezwiązanej z tą, do której odnoszą się prace badawczo-rozwojowe objęte porozumieniem lub w innej dziedzinie pokrewnej. Taki sposób uregulowania zakazu konkurencyjności oznacza *a contrario*, że stosowanie tego typu zobowiązania było dopuszczalne tak długo, jak długo dotyczyło dziedziny objętej pracami badawczo-rozwojowymi lub dziedziny pokrewnej. Ograniczony powinien być również czas obowiązywania klauzuli zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej. Zgodnie z omówionym dokładniej poniżej art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 2659/2000 klauzula taka mogła zostać uznana jako niezbędna do wykonywania danego porozumienia badawczo-rozwojowego jedynie, gdy czas jej obowiązywania był tożsamy z czasem obowiązywania porozumienia badawczo-rozwojowego, z którym jest bezpośrednio związana.

⁴²¹ Szerzej na ten temat A. Niewęglowski, *Charakter prawny porozumień o współpracy w dziedzinie prac badawczych*, *Studia Iuridica Lublinensia* t. XI, 2008, str. 187 i n.

⁴²² Pojęcie „zobowiązania wyłącznych zakupów” zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 9 rozporządzenia jako „zobowiązanie zakupu produktu, którego dotyczy porozumienie specjalizacyjne, tylko od strony, która zgodziła się na jego dostarczenie”.

Jeżeli chodzi o klauzulę wyłączności zakupu, to podobnie jak w przypadku wyłączeń porozumień specjalizacyjnych, należy zwrócić uwagę na mający generalny charakter przepis art. 1 ust. 2, zgodnie z którego treścią wyłączenie ma zastosowanie do postanowień porozumienia, które nie stanowią ich głównego celu, lecz są bezpośrednio związane i niezbędne dla ich wykonywania. Jako przykład tego typu postanowień wskazano klauzulę zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej [(...) *zobowiązanie do nieprowadzenia, przez okres wykonywania porozumienia, niezależnie lub razem z innymi stronami, prac badawczo-rozwojowych w obszarze, którego porozumienie dotyczy lub w obszarze ściśle z nim związanym*], niemniej jednak wydaje się, że pod warunkiem spełnienia ogólnych przesłanek bezpośredniego związania i niezbędności wyłączeniem mogła zostać objęta również klauzula wyłącznego zakupu.

19.3. Rozwój regulacji zakazu konkurowania w prawie polskim

W prawie polskim pierwszym rozporządzeniem dotyczącym wyłączeń grupowych porozumień specjalizacyjnych i porozumień badawczo-rozwojowych było rozporządzenie RM z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i porozumień badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję⁴²³.

Na mocy jego przepisów dozwolone było stosowanie klauzuli zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej w porozumieniach specjalizacyjnych. Zgodnie bowiem z § 8 pkt 1 wyłączenie miało zastosowanie do porozumień zawierających zobowiązanie stron porozumienia do niezawierania z osobą trzecią porozumień specjalizacyjnych, obejmujących towary takie same lub uznawane przez nabywców za substytuty. Zakaz prowadzenia samodzielnej działalności wynika natomiast z istoty porozumień specjalizacyjnych. Jeżeli chodzi o wyłączność zakupu, to była ona dopuszczalna w porozumieniach specjalizacyjnych na podstawie przepisu § 8 pkt 2 rozporządzenia, zgodnie z którego treścią wyłączeniu podlegały porozumienia obejmujące zobowiązanie stron do wyłącznej dostawy lub wyłącznego zakupu towarów objętych treścią porozumieniem.

W przypadku porozumień badawczo-rozwojowych, klauzula wyłączności zakupu również została dozwolona na gruncie przepisu § 9 pkt 3 rozporządzenia RM z 13 sierpnia

⁴²³ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i porozumień badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 142 poz. 1188 str. 9160) (dalej: „rozporządzenie RM z 13 sierpnia 2002 r.”). Szerzej na ten temat: A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenie określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, PPH 1/2003, str. 11 i n.

2002 r. Co się tyczy zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej w zakresie prowadzenia prac badawczo-rozwojowych, to dopuszczalność zastosowania tej formy zakazu konkurencyjnego wynikała *a contrario* z przepisu § 11 pkt 4, zgodnie z którego treścią wyłączenia nie stosowało się do porozumień badawczo-rozwojowych, mających na celu ograniczenie swobody uczestnictwa stron porozumienia w prowadzeniu działalności badawczo-rozwojowej samodzielnie lub we współpracy z osobami trzecimi w innej dziedzinie niż objęta porozumieniem – w czasie trwania tej działalności bądź w tej samej dziedzinie – po jego zakończeniu.

W taki sam sposób zakaz konkurencyjnego uregulowany został na gruncie kolejnego aktu prawnego, tj. rozporządzenia RM z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję⁴²⁴.

19.4. Wnioski

Analiza rozwoju regulacji zakazu konkurencyjnego w porozumieniach specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych pozwala stwierdzić, że w kolejnych rozporządzeniach ustawodawca unijny i polski przyjmowali stanowisko, że zastosowanie zakazu konkurencyjnego jest dozwolone zarówno w przypadku porozumień specjalizacyjnych, jak i badawczo-rozwojowych. Jeżeli chodzi o pierwszy z ww. typów porozumień kooperacyjnych, zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej, przynajmniej w pewnym zakresie, wynika z samego charakteru porozumień, na podstawie których przedsiębiorcy niejako zrzekają się prawa do prowadzenia określonego typu działalności na rzecz pozostałych stron porozumienia lub decydują się na prowadzenie jej jedynie wspólnie z innymi przedsiębiorcami. Ustawodawcy dopuszczali również samoograniczenie przedsiębiorców do prowadzenia w tym zakresie współpracy z osobami trzecimi. Jeżeli chodzi zaś o wyłączenie zakupu, to ta forma zakazu konkurencyjnego dozwolona była począwszy od pierwszego z rozporządzeń, a sposób jej uregulowania nie uległ większym zmianom w kolejnych rozporządzeniach grupowych. Ten ostatni wniosek można odnieść również do sposobu uregulowania instytucji zakazu konkurencyjnego w kolejnych rozporządzeniach, dotyczących wyłączeń grupowych porozumień badawczo-rozwojowych. Dotyczy to zarówno zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej (dozwolonej na gruncie każdego z rozporządzeń),

⁴²⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. nr 230 poz. 1691 i 1692 str. 16620) (dalej: „rozporządzenie RM z 19 listopada 2007 r.”).

jak i wyłączności zakupu. Warto zwrócić uwagę, że jedynie w pierwszych rozporządzeniach z zakresu wyłączeń grupowych porozumień kooperacyjnych ustawodawca unijny zdecydował się na wprowadzenie tzw. katalogu klauzul białych, tj. klauzul, które w przypadku ich wprowadzenia do treści porozumienia zostaną objęte wyłączeniem⁴²⁵.

Na gruncie prawa polskiego regulacja zakazu konkurowania w porozumieniach specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych również przewidywała możliwość zastosowania zarówno zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, jak i wyłączności zakupu, a same warunki dopuszczalności nie podlegały większym zmianom od czasu wejścia w życie pierwszego rozporządzenia dotyczącego wyłączeń grupowych porozumień kooperacyjnych. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że ustawodawca polski nadal nie zrezygnował z wprowadzania katalogu klauzul dozwolonych w ramach rozporządzeń o wyłączeniach grupowych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych.

20. Porozumienia specjalizacyjne

Pojęciem porozumień specjalizacyjnych (zwanymi również porozumieniami produkcyjnymi⁴²⁶) określa się porozumienia horyzontalne zawierane pomiędzy przedsiębiorcami będącymi względem siebie konkurentami lub potencjalnymi konkurentami, którzy zgodnie decydują zaprzestać produkcji niektórych produktów lub świadczenia określonych usług, a w zamian za to „specjalizować się” w produkcji innych produktów (bądź innych typów produktów tego samego rodzaju) lub świadczeniu innego typu usług⁴²⁷. Porozumieniami tego typu będą więc umowy mające na celu skoncentrowanie działalności produkcyjnej lub usługowej i zaprzestanie wykonywania działalności w zakresie zarezerwowanym dla innych przedsiębiorców⁴²⁸. Wyróżnia się trzy kategorie porozumień specjalizacyjnych. Są to: po pierwsze, porozumienia o specjalizacji jednostronnej, na podstawie których tylko jedna strona umowy zobowiązuje się zaprzestać produkcji określonych produktów; po drugie, porozumienia o specjalizacji wzajemnej, na podstawie których dwie lub więcej stron porozumienia decydują się zaprzestać produkcji określonych produktów; po trzecie, porozumienia o wspólnej produkcji, na podstawie których strony

⁴²⁵ Konsekwencją wprowadzenia katalogu klauzul białych było ograniczenie swobody kształtowania stosunków umownych przez przedsiębiorców poprzez wskazanie wprost, które klauzule zostaną objęte wyłączeniem (A. Jurkowska, „*Economic approach*” jako jeden z głównych kierunków modernizacji wspólnotowego prawa konkurencji na przykładzie nowych regulacji w dziedzinie porozumień kooperacyjnych, [w:] C. Mik (red.) *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, Toruń 2002, str. 182-183.

⁴²⁶ Nazwa ta może być jednak myląca. Porozumienia specjalizacyjne mogą bowiem obejmować również specjalizację w zakresie świadczenia usług.

⁴²⁷ I. Van Bael, J. F. Bellis, *Reguły konkurencji a porozumienia specjalizacyjne*, Warszawa 1995, str. 13.

⁴²⁸ I. Zużewicz [w:] *Konkurencja*, Z. Brodecki (red.), Warszawa 2004, str. 189.

zobowiązują się produkować określone produkty jedynie wspólnie, w ramach danego porozumienia⁴²⁹.

Porozumienia specjalizacyjne mogą prowadzić do szeregu skutków antykonkurencyjnych. Ograniczenie konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami będącymi stronami tego typu porozumienia stanowią uzgodnienia poziomu produkcji i jakości produktów. Natomiast w przypadku, gdy porozumienie specjalizacyjne przybiera formę porozumienia o wspólnej produkcji polegającej na przekazaniu produkcji wspólnemu przedsiębiorcy, strony porozumienia mogą również ustalać cenę, po której przedsiębiorca ten sprzedawać będzie produkty⁴³⁰. Porozumienia specjalizacyjne z samej swojej natury polegają na koordynacji zachowań rynkowych konkurentów, co z kolei może powodować skutki podobne do porozumień kartelowych. Podstawą zakwalifikowania ich do kategorii porozumień kooperacyjnych, a nie karteli, jest fakt wywoływania przez nie również pozytywnych skutków dla konkurencji. Celem porozumień specjalizacyjnych jest umożliwienie przedsiębiorcom pełnego wykorzystania produkcji lub osiągnięcia korzyści skali w celu jej racjonalizacji i uzyskania niższych kosztów⁴³¹. Komisja zauważa, że porozumienia tego typu mogą przyczyniać się do poprawy produkcji lub dystrybucji towarów, w szczególności, w przypadku gdy strony porozumienia wniosą uzupełniające się umiejętności, aktywa lub *know-how*⁴³². W przypadku porozumień o specjalizacji jednostronnej lub wzajemnej przedsiębiorcy będą mogli skoncentrować się na wytwarzaniu określonych produktów, zwiększając tym samym efektywność produkcji i umożliwiając obniżenie cen określonych towarów dla swoich odbiorców, co z kolei sprawi, że z pozytywnych efektów porozumienia najprawdopodobniej skorzystają konsumenci⁴³³. Wskazuje się również, że porozumienia te mogą przyczyniać się do powiększenia gamy dostępnych produktów lub ich polepszenia, które to korzyści nie byłyby możliwe do osiągnięcia przez przedsiębiorców z uwagi na wysokie koszty lub inne czynniki uniemożliwiające podjęcie określonego typu działalności⁴³⁴.

⁴²⁹ Pkt 7 preambuły rozporządzenia nr 1218/2010; § 3 ust. 1 pkt 1 ppkt a-c rozporządzenia RM z dnia 13 grudnia 2011. Wskazuje się również na inną możliwą klasyfikację porozumień dotyczących produkcji, zgodnie z którym porozumienia produkcyjne dzielą się na trzy kategorie: porozumienia o wspólnej produkcji, porozumienia specjalizacyjne oraz porozumienia w zakresie podwykonawstwa, które z kolei mogą być zwierane zarówno pomiędzy przedsiębiorcami będącymi konkurentami, jak i przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu (I. Zużewicz, [w:] Z. Brodecki (red.) *Konkurencja*, Warszawa 2004, str. 187).

⁴³⁰ Pkt 167 Wytucznych w sprawie porozumień horyzontalnych.

⁴³¹ I. Van Bael, J. F. Bellis, *Reguły konkurencji a porozumienia specjalizacyjne*, Warszawa 1995, str. 14.

⁴³² Pkt 183 Wytucznych w sprawie porozumień kooperacyjnych.

⁴³³ Pkt 6 preambuły rozporządzenia nr 1218/2010.

⁴³⁴ Pkt 6 preambuły rozporządzenia nr 1218/2010; Wytuczne w sprawie porozumień kooperacyjnych, pkt 183; I. Van Bael, J. F. Bellis, *Reguły konkurencji a porozumienia specjalizacyjne*, Warszawa 1995, str. 15.

21. Wyłączenie grupowe porozumień specjalizacyjnych

Na podstawie przepisów rozporządzenia nr 1218/2010 porozumienia specjalizacyjne objęte zostały wyłączeniem w sytuacji, kiedy spełnione zostaną określone w treści rozporządzenia warunki ilościowe i jakościowe.

W przypadku, gdy stronami porozumienia specjalizacyjnego są przedsiębiorcy, których udział rynkowy nie przekracza określonego poziomu, porozumienia takie będą niosły ze sobą określone korzyści gospodarcze⁴³⁵. Warunek ilościowy wyrażony został w art. 3 rozporządzenia nr 1218/2010, zgodnie z którym wyłączenie stosuje się, w przypadku gdy łączny udział stron porozumienia w rynku nie przekracza 20% na jakimkolwiek rynku właściwym⁴³⁶. Udział ten oblicza się w oparciu o zasady opisane w art. 5 rozporządzenia. W przepisie tym wskazano między innymi zasady wyłączenia porozumień w przypadku przekroczenia przez jego strony udziału 20% w rynku właściwym. W przypadku gdy udział przedsiębiorców w rynku właściwym początkowo nie przekraczał 20%, a następnie wzrasta i nie przekracza poziomu 25%, wyłączenie stosuje się nadal przez okres dwóch lat kalendarzowych po upływie roku, w którym próg 20% został przekroczony po raz pierwszy (art. 5 pkt d rozporządzenia nr 1218/2010), natomiast w analogicznym przypadku, jeżeli udział przedsiębiorców w rynku właściwym przekroczy 25%, wyłączenie stosuje się przez okres jednego roku kalendarzowego po upływie roku, w którym próg 25% został przekroczony po raz pierwszy (art. 5 pkt e rozporządzenia nr 1218/2010). Jednocześnie należy zwrócić uwagę na sytuację, w której produktami wytwarzanymi w ramach porozumienia specjalizacyjnego są produkty pośrednie. W takim przypadku, jeżeli strona lub strony porozumienia wykorzystują je jako produkty wejściowe do własnej produkcji niektórych produktów niższego szczebla, które następnie sprzedają na rynku, przyznanie wyłączenia powinno zależeć również od udziału stron porozumienia w rynku właściwym produktów rynku niższego szczebla⁴³⁷.

Drugi warunek, mający charakter jakościowy, polega na tym, że wyłączeniem nie są objęte porozumienia zawierające najpoważniejsze ograniczenia konkurencji, które zostały opisane w art. 4 rozporządzenia nr 1218/2010. Zgodnie z tym przepisem wyłączenie nie ma zastosowania do porozumień specjalizacyjnych, które bezpośrednio, pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi zależnymi od stron czynnikami mają na celu: ustalanie cen

⁴³⁵ Pkt 10 preambuły rozporządzenia nr 1218/2010.

⁴³⁶ Art. 3 rozporządzenia nr 1218/2010.

⁴³⁷ Pkt 10 preambuły rozporządzenia nr 1218/2010.

sprzedaży (z wyjątkiem ustalania cen sprzedaży produktów klientom w przypadku porozumień o wspólnej dystrybucji), ograniczenie produkcji (z wyjątkiem ustalania ilości produktów w przypadku porozumień o specjalizacji jednostronnej lub wzajemnej oraz ustalania zdolności produkcyjnej i wielkości produkcji w przypadku porozumień o wspólnej dystrybucji) lub sprzedaży lub podział rynków lub klientów. Rozporządzenie 1218/2010 nie zawiera katalogu dozwolonych klauzul białych; podobnie jak w przypadku poprzednio obowiązującym rozporządzeniu, regulującym zasady wyłączenia porozumień specjalizacyjnych, katalog dozwolonych ograniczeń konkurencji można do pewnego stopnia ustalić analizując przepisy rozporządzenia⁴³⁸. Zgodnie z art. 2 ust. 2 rozporządzenia wyłączenie stosuje się do porozumień specjalizacyjnych zawierających postanowienia dotyczące przeniesienia praw własności intelektualnej, pod warunkiem że nie stanowią one podstawowego przedmiotu porozumienia, lecz są bezpośrednio z nim związane i konieczne do jego wprowadzenia w życie. Ponadto treść art. 2 ust. 3 rozporządzenia wskazuje, że wyłączeniem objęte są porozumienia, na mocy których strony akceptują zobowiązanie w zakresie wyłączności dostaw lub zakupu (art. 2 ust. 3 pkt a) lub zobowiązania w zakresie wspólnej dystrybucji (art. 2 ust. 3 pkt b). Wskazane powyżej wyjątki nie stanowią zamkniętej listy klauzul, których stosowanie przez przedsiębiorców w porozumieniach specjalizacyjnych będzie dozwolone. W tym zakresie przedsiębiorcy mogą korzystać z katalogu klauzul białych zawartym w nieobowiązującym już rozporządzeniu nr 417/85, jak również z dorobku orzecznictwa oraz praktyki decyzyjnej Komisji.

Odpowiednik rozporządzenia nr 1218/2010 w prawie polskim stanowi rozporządzenie RM z dnia 13 grudnia 2011 r. Podobnie jak w przypadku poprzednio obowiązującego rozporządzenia RM z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie porozumień kooperacyjnych, RM zdecydowała się na uregulowania w jednym akcie prawnym wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję obu kategorii porozumień kooperacyjnych, tj. porozumień specjalizacyjnych oraz badawczo-rozwojowych. W przeciwieństwie do rozporządzenia Komisji, polskie rozporządzenie dotyczące wyłączeń porozumień kooperacyjnych przewiduje katalog klauzul białych, których wprowadzenie do treści porozumienia nie stanowi naruszenia art. 6 u.o.k.i.k. Niemniej jednak, o ile zawarty w rozdziale 3 rozporządzenia RM katalog klauzul czarnych odnosi się zarówno do

⁴³⁸ Jak wskazuje A. Jurkowska w opracowaniu dotyczącym poprzednio obowiązującej regulacji (rozporządzenia 2658/00), które jednak można odnieść do omawianego rozporządzenia, „te postanowienia w nowym wspólnotowym rozporządzeniu są, do pewnego stopnia, odpowiednikami białych klauzul z poprzednio obowiązującego rozporządzenia nr 417/85) (A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Warszawa 2005, str. 114.).

porozumień badawczo-rozwojowych (§ 8), jak i specjalizacyjnych (§ 7), to zawarty w rozdziale 4 rozporządzenia katalog klauzul, których występowanie w porozumieniach nie uznaje się za naruszenie zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję (katalog klauzul białych), odnosi się wyłącznie do porozumień badawczo-rozwojowych. Wspomniany wyżej katalog klauzul czarnych, zawarty w § 7 rozporządzenia RM, obejmuje porozumienia mające na celu ustalanie cen odsprzedaży (§ 7 pkt 1), ograniczenia produkcji lub sprzedaży towarów objętych specjalizacją (§ 7 pkt 2) oraz podział rynków zbytu towarów objętych specjalizacją (§ 7 pkt 3). Rozporządzenia, zarówno Komisji, jak i RM, nie przewidują katalogu klauzul szarych powodujących nieważność konkretnego zobowiązania umownego przy jednoczesnym objęciu wyłączeniem pozostałej części porozumienia. Oznacza to, że w przypadku porozumień specjalizacyjnych, inaczej niż w przypadku porozumień wertykalnych, uznanie zakazu konkurencji za klauzulę wchodzącą w zakres ww. katalogu klauzul zakazanych skutkować będzie nieobjęciem wyłączeniem grupowym całego porozumienia.

22. Zakaz konkurencji w porozumieniach specjalizacyjnych

22.1. Zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej w porozumieniach specjalizacyjnych

Klauzula zakazu konkurencji w formie zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej może stanowić: po pierwsze, zobowiązanie do niepodejmowania samodzielnych działań w zakresie działalności, której dotyczy porozumienie oraz po drugie, zobowiązanie do niezawierania ze stronami trzecimi porozumień analogicznych, tj. mających ten sam przedmiot do porozumienia, którego dotyczy zakaz konkurencji. W przypadku porozumień specjalizacyjnych zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej oznaczać będzie więc, że strona porozumienia ograniczona jest w zakresie samodzielnego podejmowania działalności, która na podstawie porozumienia „zarezerwowana” jest dla jej partnera lub partnerów kooperacji (lub dla wspólnego przedsiębiorcy) bądź w zakresie możliwości zawierania ze stronami trzecimi porozumień specjalizacyjnych dotyczących produktów lub usług wskazanych w treści porozumienia bądź produktów lub usług w stosunku do nich konkurencyjnych. Jako przykład takiego zobowiązania można wskazać sprawę *MAN/Saviem* dotyczącą przedsiębiorców będących producentami samochodów, którzy zobowiązali się do nieopracowywania pojazdów z serii drugiego partnera bez jego udziału⁴³⁹. W oparciu o powyższe należy stwierdzić, że porozumienia specjalizacyjne

⁴³⁹ Decyzja Komisji z 17.01.1972 r. w sprawie nr IV/26612 *MAN/Saviem*.

(o specjalizacji jednostronnej oraz specjalizacji wzajemnej) już z samej swojej natury przewidują zakaz samodzielnego podejmowania działalności, której dotyczy porozumienie. W takim wypadku możliwe jest jednak nadal wprowadzenie dodatkowo zakazu zawierania podobnych porozumień specjalizacyjnych z innymi przedsiębiorcami. W przytoczonej wyżej sprawie *MAN/Saviem* przedsiębiorcy zobowiązali się do zaniechania negocjacji dotyczących umów o współpracy technicznej lub w zakresie sprzedaży, mających tę samą lub podobną treść co porozumienie. Co do trzeciej kategorii porozumień specjalizacyjnych, tj. porozumień o wspólnej produkcji, należy zwrócić uwagę, że zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 1 pkt d rozporządzenia nr 1218/2010, zawierając porozumienie o wspólnej produkcji przedsiębiorcy zobowiązują się do wspólnego produkowania niektórych produktów. Ustawodawca nie zastrzega więc z góry, że strony nie będą mogły kontynuować lub rozpocząć samodzielnej produkcji produktów. W praktyce wydaje się, że takiej właśnie sytuacji będzie dotyczyć przeważająca większość porozumień o wspólnej produkcji. Również w tym wypadku strony mogą ograniczyć możliwość zawarcia porozumienia o wspólnej produkcji z innymi przedsiębiorcami.

Klauzula zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej nie została wprost dozwolona na gruncie prawa unijnego. W aktualnie obowiązującym rozporządzeniu nr 1218/2010, podobnie zresztą jak na gruncie poprzednio obowiązującego rozporządzenia, zrezygnowano z zastosowania katalogu klauzul dozwolonych (katalogu klauzul białych). Nie zmienia to faktu, że teza o dopuszczalności zastosowania omawianego ograniczenia konkurencji znajduje oparcie w analizie treści rozporządzenia. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że klauzula zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej nie została wymieniona w katalogu najpoważniejszych ograniczeń konkurencji zawartym w art. 4 rozporządzenia. Ponadto w preambule rozporządzenia nr 1218/2010 zwrócono uwagę na to, że nie powinno ono wyłączać porozumień zawierających ograniczenia, które nie są niezbędne do osiągnięcia pozytywnych skutków płynących z porozumienia specjalizacyjnego⁴⁴⁰. *A contrario* należy uznać, że wolą ustawodawcy unijnego było, aby wyłączeniem grupowym objęte były wszystkie te ograniczenia konkurencji, które są niezbędne dla osiągnięcia prokonkurencyjnych efektów porozumienia specjalizacyjnego. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej może stanowić takie właśnie niezbędne ograniczenie. Wprowadzenie omawianej klauzuli może bowiem w określonym przypadku stanowić warunek konieczny zawarcia przez przedsiębiorców

⁴⁴⁰ Pkt 11 preambuły rozporządzenia nr 1218/2010.

danego porozumienia. Istota porozumienia specjalizacyjnego polega na ograniczeniu samodzielnego podejmowania określonej działalności. Jednocześnie nie istnieją przesłanki, aby twierdzić, że aby kooperanci skłonni byłiby zaakceptować uczestnictwo swojego partnera w innym porozumieniu specjalizacyjnym, mającym taki sam przedmiot, przy jednoczesnym ograniczeniu podejmowania przez niego samodzielnej działalności w tym zakresie. Takie działanie stanowiłoby niejako obejście celu porozumienia specjalizacyjnego. Należy także zaznaczyć, że na podstawie przepisu art. 2 ust. 2 rozporządzenia 1218/2010 wyłączeniem objęte są postanowienia niestanowiące podstawowego przedmiotu porozumienia, a które dotyczą przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji na te prawa. W tym kontekście należy stwierdzić, że wprowadzenie w ramy porozumienia klauzuli zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej może być związane z udostępnieniem innemu przedsiębiorcy *know-how*, a zatem ograniczenie to można uznać za dotyczące przeniesienia PWI lub udzielenia licencji na PWI.

W rozporządzeniu RM z dnia 13 grudnia 2011 r. wskazano, które klauzule zawierane w porozumieniach specjalizacyjnych będą korzystać z wyłączenia grupowego. Zgodnie z przepisem § 3 ust. 2 tego rozporządzenia, wyłączenie stosuje się również do porozumień specjalizacyjnych zawierających określone klauzule, które nie stanowią głównego przedmiotu tych porozumień, ale są bezpośrednio z nimi powiązane i są niezbędne do ich wykonywania. W katalogu tym nie wymieniono jednak ograniczenia konkurencji, polegającego na zobowiązaniu do niepodejmowania działalności konkurencyjnej. Powyższe wskazywałoby na brak objęcia wyłączeniem omawianej klauzuli w zakresie, w jakim dotyczy ona zawierania podobnych porozumień specjalizacyjnych (zakaz podejmowania samodzielnej współpracy wynika bowiem z samej istoty porozumienia specjalizacyjnego). Zdaniem autora niniejszej pracy, takie uregulowanie klauzuli zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej na gruncie prawa polskiego nie jest prawidłowe. Po pierwsze, nie jest uzasadnione wprowadzenie tego typu różnicy w stosunku do regulacji unijnej, na której gruncie zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej jest dozwolony. Po drugie, nie ma przesłanek dla wprowadzenia tak daleko idących ograniczeń w zakresie zastosowania klauzuli zakazu podejmowania kooperacji z innymi przedsiębiorcami przy jednoczesnym dopuszczeniu zakazu podejmowania samodzielnej działalności w określonym zakresie, który to zakaz wynika z samej istoty porozumień specjalizacyjnych. Po trzecie, klauzula zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, w zakresie w jakim dotyczy współpracy z osobami trzecimi, może w określonych wypadkach spełniać przesłanki objęcia wyłączeniem określone w § 3 ust. 2 rozporządzenia, zgodnie z którego treścią wyłączenie to obejmuje

klauzule, które nie stanowią głównego przedmiotu porozumień specjalizacyjnych, ale są z nimi bezpośrednio powiązane i niezbędne dla ich wykonywania.

Przeprowadzona wyżej analiza pozwala zatem przyjąć, że klauzula zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej zarówno samodzielnie, jak i w formie zawarcia podobnych porozumień z innymi przedsiębiorcami jest zarówno na gruncie prawa unijnego, jak i polskiego dopuszczalna. Należy jednocześnie uznać, że zawarcie w treści porozumienia specjalizacyjnego klauzuli zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej dopuszczalne będzie tak długo, jak długo będzie to ograniczenie konkurencji niezbędne do osiągnięcia celu porozumienia specjalizacyjnego oraz jak długo będzie z nim bezpośrednio związane. W tym celu konieczne jest dokonanie analizy aspektu przedmiotowego zobowiązania do niekonkurowania, tj. objętej nim działalności oraz jego aspektu czasowego, tj. jego okresu obowiązywania⁴⁴¹. Klauzula zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej powinna być ograniczona do działalności objętej specjalizacją. W przypadku, gdy przedmiot zakazu miałby zakres szerszy niż zakres specjalizacji (w tym całkowity zakaz podejmowania jakiejkolwiek działalności) wyłączenie nie znajdzie zastosowania z uwagi na fakt braku niezbędności takiego poszerzonego ograniczenia dla uzyskania korzyści gospodarczych wynikających z porozumienia specjalizacyjnego. Jako przykład można przywołać sprawę *Carbon Gas Technologie* dotyczącą kooperacji przedsiębiorców w zakresie zgazowywania węgla. Strony porozumienia zobowiązały się, że ani one, ani żaden z powiązanych z nimi przedsiębiorców nie będzie konkurował z utworzonym wspólnym przedsiębiorcą w zakresie objętym kooperacją (a tym samym nie będą konkurować również ze sobą nawzajem). Komisja uznała jednak, że w okolicznościach sprawy prokonkurencyjne efekty kooperacji mogły zostać osiągnięte bez wprowadzenia w ramy porozumienia ograniczenia konkurencji w postaci zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej. W konsekwencji ograniczenie to zostało potraktowane jako ograniczające konkurencję na rynku⁴⁴². W tym kontekście należy stwierdzić, że efekt analogiczny do klauzuli zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej wywołałaby klauzula uzależniająca możliwość podjęcia działalności lub współpracy w zakresie określonej działalności od zgody partnera kooperacji. Czas obowiązywania klauzuli zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej powinien być ograniczony do czasu niezbędnego do wywołania korzyści gospodarczych przez porozumienie specjalizacyjne.

⁴⁴¹ A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Warszawa 2005, str. 226.

⁴⁴² Pkt II A 1 decyzji Komisji z 8.12.1983 r., w sprawie nr IV.29.955 *Carbon Gas Technologie*.

22.2. Wyłączność zakupu w porozumieniach specjalizacyjnych

W prawie unijnym definicja zobowiązania do wyłączności w zakresie zakupów zawarta została w art. 1 ust. 1 pkt p rozporządzenia nr 1218/2010. Zgodnie z treścią ww. przepisu jest to *zobowiązanie do zakupu produktu będącego przedmiotem porozumienia specjalizacyjnego tylko od strony porozumienia*. Tego typu ograniczenie konkurencji zostało wprost dozwolone na podstawie przepisu art. 2 ust. 3 pkt b rozporządzenia, którego treść stanowi, że wyłączeniem objęte są porozumienia, na mocy których strony akceptują zobowiązanie do wyłączności w zakresie zakupów lub dostaw. Wynika z tego, że postanowienia dotyczące wyłączności zakupów na podstawie aktualnie obowiązującego rozporządzenia będą objęte wyłączeniem po spełnieniu warunku ilościowego określonego w art. 5 (nieprzekroczenie określonego udziału w rynku uczestników porozumienia) oraz braku zawarcia w porozumieniu najpoważniejszych ograniczeń wymienionych w art. 4, powodujących brak możliwości skorzystania z wyłączenia całego porozumienia. Przepisy rozporządzenia nie wprowadzają żadnych ograniczeń w zakresie dopuszczalności zastosowania wyłączności zakupu. Podobnie kwestia ta uregulowana została na gruncie poprzednio obowiązującego rozporządzenia nr 2658/2000 (art. 3 pkt a rozporządzenia nr 2658/2000). Inaczej niż w ww. dwóch rozporządzeniach dotyczących porozumień specjalizacyjnych, w rozporządzeniu nr 417/85 kwestię tę uregulowano w ten sposób, że dopuszczalność klauzuli wyłącznych zakupów warunkowana była istnieniem zastrzeżenia łagodzącego antykonkurencyjny wymiar klauzuli. Warunek łagodzący stanowiła tzw. klauzula angielska⁴⁴³. Polegała ona na tym, że przedsiębiorca był uprawniony do zaopatrywania się w określone produkty u stron trzecich, oferujących zakup produktów na korzystniejszych warunkach, a kooperant nie był przygotowany do zaoferowania tych samych warunków (art. 2 ust. 1 pkt b rozporządzenia 417/85)⁴⁴⁴. Zakazana była jednocześnie klauzula wyłączności zakupów w „czystej postaci”. W rozporządzeniu 2658/2000 ustawodawca zrezygnował z wymogu klauzuli angielskiej, a w rozporządzeniu 1218/2010 podtrzymał to rozwiązanie, czyniąc klauzulę wyłączności zakupów bezwarunkowo dopuszczalną na gruncie porozumień specjalizacyjnych⁴⁴⁵. W zakresie formy wprowadzenia zakazu konkurencji w postaci wyłączności zakupu,

⁴⁴³ I. Van Bael, J. F. Bellis, *Reguły konkurencji a porozumienia specjalizacyjne*, Warszawa 1995, str. 23.

⁴⁴⁴ Klauzula angielska mogła zostać również uregulowana w taki sposób, że zobowiązanie wyłącznego zakupu nie obowiązywało, gdy kontrahent nie był zdolny do wywiązania się z obowiązku dostaw (decyzja Komisji z 8.10.1973 r. w sprawie IV/26.825 *Prym-Beka*) lub w zakresie w jakim istniała potrzeba pokrycia dodatkowego zapotrzebowania (decyzja Komisji z 15.12.1975 r. sprawie *Bayer/Gist Brocasses*).

⁴⁴⁵ A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji*, Warszawa 2005, str. 236.

w decyzji w sprawie *Bayer/Gist-Brocades*, Komisja wskazała, że dla stwierdzenia istnienia zobowiązania do wyłączności zakupu nie jest konieczne wprowadzenie takiego obowiązku wprost w treści porozumienia. Ważne jest bowiem to, czy w rzeczywistości przedsiębiorca będzie zaopatrywał się wyłącznie u drugiej strony porozumienia specjalizacyjnego. Na wprowadzenie w ramy porozumienia postanowień o wyłączności zakupu może, zdaniem Komisji, wskazywać zawarcie przez strony długoterminowych zobowiązań dotyczących zaopatrywania się u partnera, jak również stosunek wzajemnej zależności wynikający ze specjalizacji i ze wspólnych inwestycji. Ww. okoliczności dają podstawę dla uznania, że każda strona zasadniczo będzie próbować pokryć swoje zapotrzebowanie u drugiej strony porozumienia⁴⁴⁶. Tym samym należy uznać, że podobnie jak w przypadku porozumień wertykalnych, również przy porozumieniach kooperacyjnych wyłączność zakupu może występować zarówno w formie bezpośredniej, jak i pośredniej.

W prawie polskim RM nie zdecydowała się na zwarcie w treści rozporządzenia z dnia 13 grudnia 2011 r. definicji zobowiązania do wyłącznego zakupu. Należy jednak przyjąć, że pojęcie to powinno być interpretowane podobnie jak w przypadku prawa unijnego, tj. zgodnie z definicją przewidzianą w rozporządzeniu nr 1218/2010. Klauzula wyłączności zakupu została wymieniona jako dozwolone ograniczenie konkurencji w katalogu klauzul białych. Zgodnie z treścią przepisu § 3 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia RM, zostanie ona zatem objęta wyłączeniem grupowym. Warto zauważyć, że w podobny sposób kwestia ta uregulowana była w poprzednio obowiązujących: rozporządzeniu RM z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie porozumień kooperacyjnych (§ 8 pkt 2) oraz rozporządzeniu RM z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie porozumień kooperacyjnych (§ 3 ust. 3 pkt 3). Skorzystanie z wyłączenia uwarunkowane jest jedynie niezbędnością klauzuli zobowiązania wyłącznego zakupu dla wykonywania porozumienia specjalizacyjnego. Dla skorzystania z wyłączenia grupowego konieczne jest również spełnienie warunku ilościowego oraz brak wprowadzenia do treści porozumienia najpoważniejszych ograniczeń konkurencji.

23. Porozumienia badawczo-rozwojowe

Porozumienia badawczo-rozwojowe zdefiniowane zostały w art. 1 ust. 1 pkt a rozporządzenia nr 1217/2010 jako porozumienia zawierane pomiędzy dwiema lub większą liczbą stron, określające warunki, na jakich strony te: prowadzą wspólne prace badawczo-rozwojowe nad produktami lub technologiami objętymi umową oraz wspólnie wykorzystują

⁴⁴⁶ Decyzja Komisji z 15.12.1975 r. w sprawie nr IV/27.073 *Bayer/Gist-Brocades*, pkt II 3 c.

wyniki tych prac (art. 1 ust. 1 pkt a ppkt i); wspólnie wykorzystują wyniki prac badawczo-rozwojowych nad produktami lub technologiami objętymi umową, przeprowadzonych wspólnie na podstawie porozumienia zawartego wcześniej między tymi samymi stronami (art. 1 ust. 1 pkt a ppkt ii); prowadzą wspólne prace badawczo-rozwojowe nad produktami lub technologiami objętymi umową, z wyłączeniem wspólnego wykorzystywania wyników tych prac (art. 1 ust. 1 pkt a ppkt iii); prowadzą opłacane prace badawczo-rozwojowe nad produktami lub technologiami objętymi umową oraz wspólnie wykorzystują wyniki tych prac (art. 1 ust. 1 pkt a ppkt iv); wspólnie wykorzystują wyniki opłacanych prac badawczo-rozwojowych nad produktami lub technologiami objętymi umową na podstawie porozumienia zawartego wcześniej między tymi samymi stronami (art. 1 ust. 1 pkt a ppkt v) lub prowadzą opłacane prace badawczo-rozwojowe nad produktami lub technologiami objętymi umową, z wyłączeniem wspólnego wykorzystywania wyników tych prac (art. 1 ust. 1 pkt a ppkt vi).

Komisja zwróciła uwagę w Wytycznych w sprawie porozumień kooperacyjnych, że są one zróżnicowane pod względem formy i zakresu. W oparciu o przedmiot porozumienia możemy wyróżnić m.in. *outsourcing* działań w zakresie badań i rozwoju, wspólne prace nad ulepszeniem istniejących technologii, jak również współpracę w zakresie badań, rozwoju i wprowadzania do obrotu całkowicie nowych produktów. W tym kontekście warto zauważyć, że większy potencjał antykonkurencyjny mają porozumienia określające bardziej kompleksową współpracę pomiędzy przedsiębiorcami, obejmującą różne etapy wykorzystania wyników prac badawczych (np. licencjonowanie lub wprowadzanie do obrotu), podczas gdy porozumienia czysto badawczo-rozwojowe rzadko wywołują skutki ograniczające konkurencję⁴⁴⁷. Jeżeli chodzi o formę współpracy pomiędzy przedsiębiorcami, porozumienia badawczo-rozwojowe mogą funkcjonować w oparciu o umowę zawartą pomiędzy stronami lub też przybrać formę utworzenia przez jego strony wspólnego przedsiębiorcy (*joint venture*).

Porozumienia badawczo-rozwojowe mogą wywoływać antykonkurencyjne skutki w postaci osłabienia lub spowolnienia procesu innowacji. Efekt ten spowodowany może zostać związaniem przedsiębiorców postanowieniami porozumienia i uniemożliwieniem im tym samym samodzielnego podejmowania określonego typu działalności (np. prac badawczych). Ponadto, w następstwie wymiany informacji pomiędzy stronami porozumienia, tego typu kooperacja może prowadzić do ograniczenia konkurencji pomiędzy współpracującymi przedsiębiorcami lub umożliwić antykonkurencyjną koordynację na tych

⁴⁴⁷ Wytyczne w sprawie porozumień kooperacyjnych, pkt 137.

rynkach; ta z kolei może powodować między innymi podwyższenie cen dla odbiorców towarów⁴⁴⁸. Z drugiej strony, porozumienia badawczo-rozwojowe mogą prowadzić do oczywistych skutków prokonkurencyjnych polegających na wspieraniu innowacji, a w konsekwencji udostępnieniu konsumentom nowych lub ulepszonych produktów, a także nowych technologii.

24. Wyłączenie grupowe porozumień badawczo-rozwojowych

Porozumienia badawczo-rozwojowe, na podstawie rozporządzenia nr 1217/2010, podlegają wyłączeniu po łącznym spełnieniu dwóch warunków, tj. ilościowego – polegającego na nieprzekroczeniu przez strony porozumienia określonych progów udziałów rynkowych, oraz jakościowego – polegającego na wprowadzeniu określonych postanowień do treści porozumienia, jak również pominięciu określonych w treści rozporządzenia postanowień antykonkurencyjnych. Progi udziałowe określone zostały odrębnie dla porozumień, których strony są konkurentami oraz dla tych, których uczestnicy nie konkurują ze sobą. W przypadku porozumień zawieranych pomiędzy konkurentami łączny udział stron nie może przekraczać 25% dla porozumień dotyczących wspólnych prac badawczo-rozwojowych oraz wspólnego wykorzystania ich wyników; wspólnego wykorzystania wyników prac przeprowadzonych na podstawie uprzednio zawartej umowy, a także porozumień dotyczących wspólnych prac badawczo-rozwojowych z wyłączeniem wspólnego wykorzystania ich wyników (art. 1 ust. 1 pkt a ppkt i-iii). Natomiast w przypadku porozumień dotyczących wspólnego prowadzenia i wykorzystania wyników opłacanych prac badawczo-rozwojowych (art. 1 ust. 1 pkt a ppkt iv-vi), próg 25% dotyczy łącznego udziału strony finansującej i wszystkich stron, z którymi zawarte zostało porozumienie badawczo-rozwojowe w odniesieniu do tych samych produktów lub technologii objętych umową⁴⁴⁹.

W przeciwieństwie do wyłączenia porozumień wertykalnych, a także porozumień specjalizacyjnych, w przypadku porozumień badawczo-rozwojowych kryterium jakościowe nie nakłada na przedsiębiorców jedynie obowiązków o charakterze negatywnym (zakazu wprowadzenia określonych klauzul do treści porozumienia). Rozporządzenie o wyłączeniach grupowych porozumień badawczo-rozwojowych przewiduje również, jakie postanowienia muszą znaleźć odzwierciedlenie w treści porozumienia, aby mogło ono zostać objęte wyłączeniem grupowym. Wymagane postanowienia obejmują: wymóg zagwarantowania wszystkim stronom porozumienia dostępu do ostatecznych wyników prac badawczo-

⁴⁴⁸ Tamże, pkt 127.

⁴⁴⁹ Art. 4 ust. 2 pkt a i b rozporządzenia nr 1217/2010.

rozwojowych (art. 3 ust. 2); wymóg zagwarantowania dostępu wszystkim stronom do już istniejącego *know-how* innych stron (art. 3 ust. 3), wymóg ograniczenia wykorzystywania wyników prac badawczych jedynie do tych, które są chronione PWI lub stanowią *know-how* i są niezbędne do wytwarzania produktów lub stosowania technologii objętych umową (art. 3 ust. 4), a także wprowadzenie obowiązku strony porozumienia, której powierzono wytwarzanie produktów objętych umową, do realizacji zamówień innych stron na dostawy tych produktów (art. 3 ust. 5).

Ustawodawca nie wprowadził do treści rozporządzenia wykazu klauzul dozwolonych. Taka decyzja uzasadniona jest, podobnie jak w przypadku pozostałych rozporządzeń Komisji o wyłączeniach grupowych, rosnącą z czasem świadomością przedsiębiorców.

Rozporządzenie przewiduje natomiast katalog najpoważniejszych ograniczeń konkurencji (art. 5), których zawarcie w treści porozumienia uniemożliwi skorzystanie przez przedsiębiorców z wyłączenia grupowego. Ograniczenia te można pogrupować w następujący sposób: postanowienia dotyczące ograniczenia stron w prowadzeniu działalności badawczo-rozwojowej (art. 5 pkt a); postanowienia dotyczące ograniczenia produkcji lub sprzedaży (art. 5 pkt b); ustalania cen w ramach sprzedaży produktu lub udzielania licencji na technologie (art. 5 pkt c); ograniczenia terytorium lub klientów, na którym strony mogą biernie sprzedawać produkt lub udzielać licencji na technologie (art. 5 pkt d); ograniczenia czynnej sprzedaży produktów lub udzielania licencji na terytorium lub klientom, nieprzyznanym jednej ze stron na wyłączność (art. 5 pkt e); postanowienia dotyczące wymogu odmowy zaspokojenia popytu ze strony klientów, którzy wprowadziliby do obrotu produkty objęte umową na innych terytoriach w ramach rynku wewnętrznego (art. 5 pkt f) oraz postanowienia dotyczące utrudniania użytkownikom lub odsprzedawcom uzyskania produktów objętych umową od innych odsprzedawców w ramach rynku wewnętrznego (art. 5 pkt g).

Trzeci katalog klauzul (obok list klauzul obowiązkowych i klauzul czarnych) przewidzianych w treści rozporządzenia stanowi katalog klauzul szarych, do których wyłączenie nie znajduje zastosowania bez względu jednak na możliwość skorzystania z niego przez resztę porozumienia. Te wykluczone ograniczenia to: zobowiązanie do niekwestionowania ważności PWI po zakończeniu prac badawczo-rozwojowych bądź po wygaśnięciu porozumienia; ważności PWI chroniących wyniki prac badawczo-rozwojowych z zastrzeżeniem możliwości zakończenia porozumienia w przypadku kwestionowania ważności PWI przez jedną ze stron (art. 6 pkt a) oraz zobowiązanie do nieudzielania osobom trzecim licencji na wytwarzanie produktów lub stosowanie technologii objętych umową,

chyba, że w porozumieniu przewidziano wykorzystanie wyników przez przynajmniej jedną ze stron i ma ono miejsce na rynku wewnętrznym względem osób trzecich (art. 6 pkt b).

Na gruncie prawa polskiego rozporządzenie RM z dnia 13 grudnia 2011 r. przewiduje regulacje ilościowych warunków wyłączenia dla porozumień badawczo-rozwojowych w sposób analogiczny do regulacji unijnej (§ 5 ust. 1 oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia). Również w zakresie kryterium jakościowego polski ustawodawca zdecydował się w znacznym zakresie powielić regulacje unijne. Tym samym w treści rozporządzenia wskazane zostały postanowienia, które muszą znaleźć odzwierciedlenie w treści porozumienia, aby mogło ono skorzystać z wyłączenia (§ 9)⁴⁵⁰ oraz te, których zastosowanie spowoduje brak możliwości skorzystania z wyłączenia przez całe porozumienie, tj. klauzule czarne (§ 8). Należy jednocześnie wskazać na dwie istotne różnice w stosunku do regulacji unijnej. Po pierwsze, postanowienia uznane na gruncie unijnym za postanowienia wykluczone (klauzule szare) wskazane zostały przez polskiego ustawodawcę za najpoważniejsze ograniczenia konkurencji eliminujące możliwość skorzystania z wyłączenia w całości (§ 8 pkt 8-10). Po drugie, w przeciwieństwie do regulacji unijnej, w treści polskiego rozporządzenia wskazano dopuszczalne ograniczenia konkurencji (klauzule białe) (§ 3 ust. 2).

25. Zakaz konkutowania w porozumieniach badawczo-rozwojowych

25.1. Zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej w porozumieniach badawczo-rozwojowych

Pierwszą formę zakazu konkutowania stanowi zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej, polegający na zobowiązaniu strony porozumienia do niepodejmowania, indywidualnie lub we współpracy z osobami trzecimi, określonego rodzaju działań. Można zatem mówić o dwóch typach zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej. Po pierwsze, będzie to zakaz konkutowania w zakresie prac badawczo-rozwojowych. Przedmiot klauzuli niekonkutowania w porozumieniach kooperacyjnych związany jest bowiem zwykle z obszarem objętym specjalizacją lub działalnością badawczo-rozwojową⁴⁵¹. Ograniczenie to może obejmować samodzielne prowadzenie prac lub prowadzenie tych prac z osobami trzecimi. Jako przykład można przytoczyć sprawę *Beecham/Parke, Davis* dotyczącą porozumienia firm farmaceutycznych, w ramach którego przedsiębiorcy zobowiązali się do

⁴⁵⁰ W tym kontekście należy zwrócić uwagę na niefortunny tytuł rozdziału, w ramach którego wymienione zostały postanowienia obowiązkowe dla zastosowania rozporządzenia. Tytuł ten „klauzule, których występowanie w porozumieniach badawczo-rozwojowych nie uznaje się za naruszenie art. 6 ust. 1 ustawy” sugeruje bowiem, że jest to katalog klauzul białych.

⁴⁵¹ A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji*, Warszawa 2005, str. 222.

przeprowadzania samodzielnych badań wyłącznie w przypadku, gdy druga strona umowy nie będzie chciała prowadzić ich wspólnie⁴⁵², oraz sprawę *Konsortium ECR 900* dotyczącą konsorcjum działającego na rynku cyfrowej telefonii komórkowej, którego strony zobowiązały się nie składać samodzielnie ofert oraz zawierać kontraktów, których przedmiotem byłby system GSM na określonym w treści porozumienia terytorium⁴⁵³. Po drugie, pod pojęciem zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej należy rozumieć ograniczenie swobody stron porozumienia w zakresie wytwarzania, sprzedaży lub przenoszenia praw do towarów lub procesów lub też udzielania licencji na towary lub procesy, które konkurują z towarami lub procesami objętymi porozumieniem dotyczącym wspólnego wykorzystywania wyników. W sprawie *Continental/Michelin* przedsiębiorcy będący producentami opon zdecydowali, że w ramach samodzielnie prowadzonej działalności będą wprowadzać na rynek jedynie produkty inne niż te objęte badaniami oraz że eksploatacja patentów i *know-how* będzie prowadzona jedynie za pośrednictwem wspólnego przedsiębiorcy, w którym strony porozumienia miały równe udziały. Tym samym strony utraciły możliwość samodzielnego udzielania licencji stronom trzecim⁴⁵⁴. W sprawie *Atlas* przedsiębiorcy zawierający porozumienie postanowili, że nie będą samodzielnie świadczyć usług konkurujących z usługami świadczonymi przez powołanego przez nich wspólnego przedsiębiorcę⁴⁵⁵.

Zakaz konkurowania może w sposób znaczący wpłynąć na ocenę antymonopolową porozumienia badawczo-rozwojowego. Jak wskazuje Komisja w preambule do rozporządzenia nr 1217/2010, chociaż porozumienia dotyczące wspólnej realizacji prac badawczych lub wspólnego rozwoju wyników badań, aż do (ale z wyłączeniem) etapu ich przemysłowego zastosowania, którego stronami są przedsiębiorcy nieposiadający znacznej siły rynkowej, nie będzie, co do zasady wywoływało skutków antykonkurencyjnych, to jednak w określonych okolicznościach porozumienia takie będą mogły ograniczyć konkurencję na rynku. Jako przykład podana została sytuacja, kiedy przedsiębiorcy zobowiązują się do nieprowadzenia prac badawczo-rozwojowych w tej samej dziedzinie. Zgodnie z art. 5 pkt a rozporządzenia, wyłączenie nie ma zastosowania do porozumień badawczo-rozwojowych, które mają na celu ograniczenie swobody stron w prowadzeniu prac badawczo-rozwojowych samodzielnie lub we współpracy z osobami trzecimi w dziedzinie niezwiązanej z tą, do której odnosi się porozumienie badawczo-rozwojowe bądź po

⁴⁵² Decyzja Komisji z 17.01.1979 r. w sprawie nr IV/28.796 *Beecham/Parke, Davis*, pkt 14.

⁴⁵³ Decyzja Komisji z 27.07.1990 r. w sprawie nr IV/32.688 *Konsortium ECR 900*, pkt E3

⁴⁵⁴ Decyzja Komisji z 11.10.1988 r. w sprawie nr IV/32.173 *Continental/Michelin*, pkt 13 i 15.

⁴⁵⁵ Decyzja Komisji z 17.06.1996 r. w sprawie nr IV.35.337 *Atlas*, pkt 21.4.

zakończeniu wspólnych prac badawczo-rozwojowych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych w dziedzinie, której dotyczą prace lub w dziedzinie pokrewnej. Na podstawie ww. przepisu (stanowiącego klauzulę czarną) należy zatem uznać, że aby dane porozumienie spełniało kryterium jakościowe w odniesieniu do klauzuli zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, ograniczenie to musi spełniać dwa wymogi. Pierwszy z nich odnosi się do aspektu przedmiotowego porozumienia. Kryterium jakościowe nie zostanie mianowicie spełnione, jeżeli przedmiot zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej nie będzie związany z dziedziną, do której odnosi się dane porozumienie badawczo-rozwojowe. Literalne brzmienie ww. przepisu wskazuje, że zakres zakazu konkurowania nie musi być przedmiotowo tożsamy z przedmiotem porozumienia. Musi jedynie dotyczyć tej samej dziedziny co porozumienie. Takie niefortunne sformułowanie niesie ze sobą ryzyko umożliwienia znacznego ograniczenia swobody stron porozumienia poprzez objęcie zakazem wszelkich prac w danej dziedzinie. Pojęcie „dziedziny” nie zostało bowiem zdefiniowane w przepisach rozporządzenia nr 1217/2010; ustawodawca unijny nie dostarcza więc wskazówek w zakresie zdefiniowania swoistego „rynku”, na którym podejmowana jest działalność („prace badawczo-rozwojowe”). Należy zatem uznać, że zakres zakazu nie musi być tożsamy z zakresem prac badawczo-rozwojowych, ale rozszerzenie tego zakresu musi być niezbędne i konieczne dla osiągnięcia prokonkurencyjnych efektów porozumienia badawczo-rozwojowego. Przyjęcie odmiennego podejścia mogłoby doprowadzić do paraliżu w zakresie działalności badawczo-rozwojowej, w szczególności, jeżeli stronami porozumienia są podmioty o znacznym potencjale w tym zakresie. Nie jest również dozwolone wprowadzanie do porozumień kooperacyjnych całkowitych zakazów konkurowania, które zakazywałyby działalności partnerów w sposób absolutny, wykraczający poza zakres danego porozumienia⁴⁵⁶. Drugi wymóg dotyczy aspektu czasowego zakazu konkurowania. Zgodnie z treścią przepisu art. 5 pkt a rozporządzenia 1217/2010, najpoważniejsze ograniczenie stanowi bowiem zakaz ograniczający swobodę prowadzenia prac badawczo-rozwojowych samodzielnie lub we współpracy z osobami trzecimi po zakończeniu wspólnych prac badawczo-rozwojowych lub opłacanych prac badawczo-rozwojowych w dziedzinie, której dotyczą prace lub w dziedzinie pokrewnej. Oznacza to, że tak długo jak prace badawczo-rozwojowe prowadzone są w ramach porozumienia, swoboda przedsiębiorców w zakresie prowadzenia innych prac samodzielnie lub we współpracy ze stronami trzecimi może zostać ograniczona i nie będzie to w żaden sposób wpływało na możliwość skorzystania

⁴⁵⁶ A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji*, Warszawa 2005, str. 227

z wyłączenia przez porozumienie. Regulację zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej w postaci ograniczenia swobody prowadzenia prac badawczo-rozwojowych należy uznać za kompleksową i dostarczającą przedsiębiorcom dokładnych wskazówek co do tego, w jakich okolicznościach przedmiotowe ograniczenie konkurencji zostanie uznane za niezgodne z wymaganiami rozporządzenia 1217/2010.

Drugi typ zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej dotyczy wykorzystania wyników prac badawczo-rozwojowych i obejmuje ograniczenie stron porozumienia do wytwarzania, sprzedaży lub przenoszenia praw do produktów, technologii lub procesów lub udzielanie licencji na towary lub procesy konkurencyjne. Na podstawie rozporządzenia nr 1217/2010 co do zasady, postanowienia dotyczące ograniczenia produkcji lub sprzedaży stanowią najpoważniejsze ograniczenia konkurencji powodujące brak możliwości wyłączenia porozumienia spod zakazu. Przewidziano jednocześnie cztery wyjątki. Jednym z nich jest zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej. Zgodnie z treścią przepisu art. 5 pkt b ppkt iv, jeden z wyjątków stanowi ograniczenie swobody stron do wytwarzania, sprzedaży lub przenoszenia praw do produktów, technologii lub procesów, a także udzielenia licencji na produkty, technologie lub procesy, które konkurują z produktami lub technologiami objętymi umową w okresie, w którym strony zgodziły się wspólnie wykorzystywać wyniki⁴⁵⁷. Podobnie zatem jak w przypadku pierwszej formy zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, również i w tym wypadku zastosowanie wyjątku uzależnione jest od spełnienia dwóch wymogów. Pierwszy z nich odnosi się do aspektu przedmiotowego zakazu i stanowi, że zakres przedmiotowy ograniczenia może obejmować jedynie produkty, technologie lub procesy konkurencyjne w stosunku do tych objętych porozumieniem. Drugi warunek odnosi się do aspektu czasowego porozumienia i wprowadza konieczność ograniczenia czasu obowiązywania zakazu do okresu, w którym strony zgodziły się wspólnie wykorzystywać wyniki. Jednocześnie rozporządzenie nie nakłada na przedsiębiorców obowiązku ograniczenia czasu wspólnego wykorzystywania wyników. Tym samym zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej uzależniony jest jedynie od woli stron wyrażonej w treści porozumienia. Nic nie stoi również na przeszkodzie przedłużeniu czasu wspólnego wykorzystywania wyników i jednoczesnego przedłużenia czasu obowiązywania zakazu konkurencyjnego. Również i w tym wypadku regulację na gruncie unijnym należy uznać za pełną i zapewniającą przedsiębiorcom odpowiedni poziom pewności prawnej.

⁴⁵⁷ Pojęcie *wykorzystywania wyników* zostało zdefiniowane w art. 1 ust. 1 pkt g rozporządzenia jako „produkcja lub dystrybucja produktów objętych umową, zastosowanie technologii objętych umową, przeniesienie praw własności intelektualnej lub udzielenie na nie licencji bądź też udostępnienie *know-how* wymaganego do takiej produkcji lub zastosowania”.

Pierwsza forma zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej została również uregulowana w prawie polskim. W tym zakresie należy odwołać się do przepisu § 8 pkt 7 rozporządzenia RM z dnia 13 grudnia 2011 r., zgodnie z którego treścią, wyłączenie nie znajdzie zastosowania do porozumień, które mają na celu ograniczenie swobody uczestnictwa stron porozumienia w prowadzeniu działalności badawczo-rozwojowej samodzielnie lub we współpracy z osobami trzecimi w innej dziedzinie niż objęte porozumieniem, lub po zakończeniu wspólnej działalności badawczo-rozwojowej, lub opłacanej działalności badawczo-rozwojowej w dziedzinie, której działalność dotyczy, lub pokrewnej. Regulacja krajowa stanowi zatem wierne odzwierciedlenie prawa unijnego, w sposób kompleksowy określający wymogi dla uznania omawianej klauzuli za podlegającej wyłączeniu grupowemu.

Również druga forma zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, tj. ograniczenie w zakresie wytwarzania, sprzedaży i przenoszenia praw lub udzielania licencji w zakresie produktów lub technologii konkurencyjnych, została uregulowana na gruncie prawa polskiego w sposób analogiczny do regulacji unijnej. Zgodnie z treścią przepisu § 8 pkt 2 ppkt d rozporządzenia RM z dnia 13 grudnia 2011 r. na zasadzie wyjątku od reguły zakazu ograniczenia produkcji lub sprzedaży wyłączeniem będą objęte porozumienia zawierające ograniczenia swobody stron do wytwarzania, sprzedaży lub przenoszenia praw do towarów lub procesów lub też udzielenia licencji na towary lub procesy, które konkurują z towarami lub procesami objętymi porozumieniami w okresie, w którym strony zgodziły się wspólnie wykorzystywać wyniki.

25.2. Wyłączność zakupu w porozumieniach badawczo-rozwojowych

Druga z form zakazu konkurowania, tj. wyłączność zakupów, w porozumieniach badawczo-rozwojowych, podobnie jak klauzula wyłączności dostaw, związana jest ze wspólnym wykorzystaniem wyników, które może polegać m.in. na produkcji towarów objętych porozumieniem. Ta forma zakazu konkurowania nie została uregulowana przepisami rozporządzenia nr 1217/2010, które, podobnie jak rozporządzenie dotyczące wyłączenia grupowego porozumień specjalizacyjnych, nie przewiduje katalogu klauzul dozwolonych (klauzul białych). Omawiane ograniczenie konkurencji nie zostało jednocześnie wskazane ani jako najpoważniejsze ograniczenie, ani jako ograniczenie wykluczone. Brak jakiegokolwiek odniesienia się ustawodawcy unijnego do omawianej instytucji nie jest jednak równoznaczne z nieobjęciem wyłączeniem grupowym. W tym kontekście należy przywołać treść art. 2 ust. 2 rozporządzenia nr 1217/2010. Zgodnie z treścią tego przepisu wyłączenie obejmuje również postanowienia dotyczące przeniesienia PWI na stronę lub strony, lub na podmiot utworzony

przez strony w celu prowadzenia wspólnych prac badawczo-rozwojowych, opłacanych prac badawczo-rozwojowych lub wspólnego wykorzystywania wyników lub też dotyczące udzielenia im licencji na te prawa, o ile postanowienia te nie stanowią podstawowego przedmiotu takich porozumień, ale są bezpośrednio z nimi związane i konieczne do wprowadzenia ich w życie. Literalna wykładania ww. przepisu wskazuje, że obejmuje on jedynie konkretne postanowienia dotyczące przeniesienia lub udzielenia licencji na PWI. Należy jednak uznać, że przepis ten dostarcza wskazówek w zakresie dopuszczalności innych postanowień ograniczających swobodę stron porozumienia. W drodze analogii można zatem uznać, że po spełnieniu przesłanki bezpośredniego związania i niezbędności do wykonywania porozumienia, zakresem wyłączenia objęte może zostać również zobowiązanie do wyłącznego zakupu. Po drugie, zwraca się uwagę na podobieństwo cechujące klauzule wyłączności zakupów w porozumieniach badawczo-rozwojowych i porozumieniach specjalizacyjnych. Można zatem uznać, że skoro omawiane ograniczenie jest dozwolone na gruncie regulacji dotyczącej wyłączeń grupowych porozumień specjalizacyjnych, to można również uznać, że ustawodawca unijny akceptuje jego zawarcie również w treści porozumień badawczo-rozwojowych⁴⁵⁸.

Na gruncie prawa polskiego zakaz konkurowania w formie wyłączności zakupów również nie został wprost dozwolony. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na treść przepisu § 3 ust. 2 rozporządzenia RM z 13 grudnia 2011 r., odnoszącego się do klauzul objętych wyłączeniem z uwagi na spełnienie przesłanki bezpośredniego powiązania z porozumieniem oraz niezbędności ich zastosowania w celu wykonywania porozumienia (katalog klauzul białych). Istotne wydaje się zaznaczenie, że chociaż ww. przepis odnosi się zarówno do porozumień specjalizacyjnych, jak i badawczo-rozwojowych, to już przepis § 3 ust. 2 pkt 2 wskazuje, że wyłączeniem objęte zostaną zobowiązania stron porozumienia do wyłącznej dostawy lub wyłącznego zakupu towarów objętych specjalizacją. Literalne brzmienie przepisu sugeruje zatem objęcie klauzul wyłączności zakupu wyłączeniem jedynie w przypadku porozumień specjalizacyjnych, a zatem *a contrario* – brak możliwości zakwalifikowania jako podlegających wyłączeniu tego typu ograniczeń zawartych w ramach porozumień badawczo-rozwojowych. Niemniej jednak należy uznać, że przyjęcie tego typu interpretacji zawężającej nie byłoby uzasadnione. Podobnie jak w przypadku rozporządzenia Komisji nr 1217/2010 nie ma bowiem podstaw dla uniemożliwienia zastosowania omawianej

⁴⁵⁸ Tak A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Warszawa 2005, str. 237-238.

klauzuli przy porozumieniach badawczo-rozwojowych po spełnieniu przez nie przesłanek bezpośredniego związania i niezbędności dla wykonania porozumienia.

26. Wyłączenie indywidualne zakazu konkurencji w porozumieniach kooperacyjnych

Wyłączeniem grupowym objęte zostały jedynie dwie kategorie porozumień kooperacyjnych, tj. porozumienia specjalizacyjne oraz badawczo-rozwojowe. Nie znaczy to jednak, że zakaz konkurencji, zawarty w innych porozumieniach należących do tej kategorii, nie może skorzystać z wyłączenia indywidualnego. Obok ww. typów porozumień, Komisja zwraca w Wytycznych w sprawie porozumień kooperacyjnych uwagę na kategorie porozumień o zakupach oraz porozumień standaryzacyjnych. O ile trudno postrzec możliwość zastosowania zakazu konkurencji w zakresie porozumień standaryzacyjnych, o tyle w przypadku porozumień o wspólnych zakupach tego typu ograniczenie konkurencji jest szeroko stosowane.

Komisja wskazuje porozumienia o wspólnych zakupach⁴⁵⁹, w przypadku gdy konkurenci kupują znaczną część swoich produktów wspólnie, mogą obniżyć zachętę do prowadzenia konkurencji cenowej na rynkach zbytu. Istnieje zatem ryzyko, że korzyści w postaci niższych cen osiągnięte przy pomocy porozumienia o wspólnych zakupach nie zostaną przeniesione na konsumentów⁴⁶⁰. Oznacza to, że nawet jeżeli zakaz konkurencji w postaci wyłączności zakupu nie zostanie nałożony na przedsiębiorców bezpośrednio, możliwa jest sytuacja, że zachęta w postaci niższej ceny pośrednio spowoduje, że i tak będą oni realizować swoje potrzeby zakupowe w ramach porozumienia. Tego typu sytuacja jest bardziej prawdopodobna, w przypadku gdy przedsiębiorcy będący stronami porozumienia o wspólnych zakupach dysponują znaczną siłą rynkową⁴⁶¹. W przypadku porozumień o wspólnych zakupach zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej, polegający na zakazie uczestniczenia w innych porozumieniach tego typu, oraz klauzula wyłączności zakupu mają tożsamy charakter. Związane jest to ze szczególnym przedmiotem porozumienia o wspólnych zakupach. Analiza spełnienia warunków wyłączenia indywidualnego tego typu kooperacji obejmować powinna m.in. niezbędność ograniczeń konkurencji. W tym kontekście należy stwierdzić, że zakaz konkurencji (w obu jego formach) stanowi ograniczenie

⁴⁵⁹ Pojęciem porozumień o wspólnych zakupach lub porozumień zakupowych nazywa się formy współpracy przedsiębiorców, których głównym celem jest wspólne nabywanie produktów (A. Jurkowska-Gomułka, *Dopuszczalność porozumień zakupowych w świetle reguł konkurencji w wybranych systemach prawnych*, KPPubl nr 3-4/2011, str. 67).

⁴⁶⁰ Wytyczne w sprawie porozumień kooperacyjnych, pkt 201.

⁴⁶¹ Tamże, pkt 204.

konkurencji niezbędne dla osiągnięcia korzyści płynących z porozumienia. Ograniczenie stron porozumienia w zakresie możliwości zaopatrywania się w produkty objęte porozumieniem zwykle jest bowiem konieczne do osiągnięcia korzyści skali⁴⁶². W sprawie *Gottrup-Klim* Trybunał uznał, że nałożony przez spółdzielnię zakupową na jej członków zakaz podwójnego członkostwa nie musi *per se* stanowić naruszenia art. 101 ust. 1 TfUE, nie wykluczając jednocześnie negatywnego oddziaływania takiego zakazu na konkurencję⁴⁶³. Należy uznać, że zakaz konkurowania powinien być ograniczony przedmiotowo do produktów, które nabywane są w ramach porozumienia o wspólnych zakupach. Tym samym zabronienie stronie porozumienia zakupu jakichkolwiek produktów poza ramami kooperacji nie powinno zostać uznane za niezbędne dla realizacji celów porozumienia kooperacyjnego.

Drugą kategorię porozumień horyzontalnych (obok porozumień kooperacyjnych) stanowią kartele. Porozumienia te zazwyczaj nie powodują żadnych prokonkurencyjnych skutków i tym samym zwykle traktowane są jako zakazane ze względu na cel⁴⁶⁴. Tego typu porozumienia mogą przewidywać zakaz konkurowania zarówno w postaci wyłączności zakupu, jak i zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej. Wyłączność zakupu stanowi klauzulę charakterystyczną dla porozumień wertykalnych, natomiast jej wykorzystanie we współpracy pomiędzy konkurentami zwykle związane jest realizacją określonego projektu gospodarczego. Taka sytuacja ma miejsce głównie w przypadku porozumień kooperacyjnych, w ramach których wyłączność zakupu jest szeroko stosowanym narzędziem ochrony interesów uczestników kooperacji. W przypadku horyzontalnych porozumień kartelowych stosowany przez strony porozumienia będzie głównie zakaz konkurowania w formie zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej. Porozumienia, na podstawie których konkurenci zobowiązują się nie podejmować działań konkurencyjnych względem pozostałych stron porozumienia, będą co do zasady naruszały konkurencję. Wyjątek stanowią sytuacje, gdy przedsiębiorcy wchodzi w skład jednej grupy kapitałowej⁴⁶⁵ lub jeżeli zobowiązanie nie ma na celu osiągnięcia zwiększenia efektywności równoważącej lub przeważającej nad skutkami antykonkurencyjnymi (tak jak ma to miejsce w przypadku porozumień kooperacyjnych)⁴⁶⁶. Porozumienia zawierające zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej należy zakwalifikować jako porozumienia polegające na podziale rynków zbytu lub zakupu (art. 6

⁴⁶² Tamże, pkt 218.

⁴⁶³ Wyrok Trybunału z 15.12.1994 r. w sprawie C-250/92 *Gottrup-Klim*.

⁴⁶⁴ Wyrok SPI z 21.02.1995 r. w sprawie T-29/92 *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties*, pkt 185.

⁴⁶⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2000 r., nr RWR-34/2000.

⁴⁶⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 8.07.2011 r., nr RBG-9/2011.

ust. 1 pkt 3 u.o.k.i.k.; art. 101 ust. 1 pkt c TfUE)⁴⁶⁷. Podobnie można zakwalifikować również stosowaną przez strony porozumienia horyzontalnego wyłączność zakupu⁴⁶⁸. Tak było na przykład w sprawie zrzeszenia branżowego sprzedawców i producentów cementu na rynku holenderskim, którego członkowie ustalili między innymi, że będą zaopatrywać się w cement do dalszej odsprzedaży tylko od innych członków zrzeszenia lub od autoryzowanych odsprzedawców⁴⁶⁹. W doktrynie prawa antymonopolowego wskazuje się, że porozumienia podziałowe stanowią wyjątkowe zagrożenie dla panującej na rynku konkurencji⁴⁷⁰. Prowadzą one bowiem do podniesienia poziomu cen, obniżenia jakości produktów, osłabienia tempa wprowadzania nowych produktów⁴⁷¹. Wyjątkowo silny potencjał antykonkurencyjny zdaje się stanowić wystarczające uzasadnienie dla stwierdzenia, że porozumienia te powinny być zakazane ze względu na cel⁴⁷². Tym samym nie tylko nie powinny korzystać z wyłączenia indywidualnego⁴⁷³, ale również z wyłączenia *de minimis*⁴⁷⁴.

27. Podsumowanie

Porozumienia kooperacyjne stanowią szczególną kategorię porozumień horyzontalnych. W oparciu o dokonaną analizę należy uznać, że stosowanie zakazu konkurowania w związku z określonymi projektami gospodarczymi, polegającymi w szczególności na specjalizacji produkcji lub wspólnych badaniach, jest dopuszczalne zarówno na gruncie prawa unijnego,

⁴⁶⁷ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, str. 76.

⁴⁶⁸ Kwestia kwalifikacji prawnej zakazu konkurowania przedstawiona została szerzej w rozdziale II niniejszej pracy.

⁴⁶⁹ Decyzja Komisji z 16.12.1971 r. w sprawie IV/324 *Vereeniging van Cementhandelaren*..

⁴⁷⁰ D. Miąsik zauważa, że mają nawet silniejszy skutek antykonkurencyjny od porozumień cenowych (D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 2004, str. 491).

⁴⁷¹ E. Gellhorn, W.E. Kovacic, *Antitrust law and economics in a nutshell*, St. Paul, 1994, str. 203-204.

⁴⁷² W sprawie dotyczącej podziału rynku przez producentów napojów alkoholowych SAM stwierdził, że o istocie praktyki monopolistycznej decyduje już sam uzgodniony zamiar podmiotów gospodarczych wpłynięcia na rynek w sposób sprzeczny z prawem, nie zaś skutek takiego działania (wyrok SAM z 8.11.1993 r., XVII Amr 27/93, Wokanda nr 5/1994). Por. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 29.10.2004 r., RWA-30/2004. Sprawa ta dotyczyła porozumienia zawartego pomiędzy Nowa Era Sp. z o. o. oraz Polskim Przedsiębiorstwem Wydawnictw Kartograficznych (PPWK), polegającego na podziale przez przedsiębiorców rynku poprzez podpisanie umowy, zgodnie z którą Nowa Era miała nie konkurować z PPWK w zakresie wydawnictw kartografii użytkowej przez 10 lat, natomiast PPWK miało przez ten sam okres nie konkurować z Nową Erą na rynku wydawnictw szkolnych i edukacyjnych. Organ antymonopolowy stwierdził w wydanej decyzji, że *Wobec wykazanego wyżej antykonkurencyjnego skutku porozumienia między Nową Erą i PPWK bez znaczenia jest, czy rzeczywiście – jak podnosi Nowa Era – klauzule konkurencyjne zawarte w Umowie miały wyłącznie gwarancyjny charakter, stanowiąc zabezpieczenie interesów obu stron realizujących założenia Umowy*.

⁴⁷³ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, str. 79.

⁴⁷⁴ A. Piszcz, *Konsolidacja, kooperacja i konkurowanie: ich granice w polskim prawie ochrony konkurencji*, Zarządzenie i Finanse, nr 1 cz. 3 / 2012 r., str. 217-218.

jak i polskiego. W przypadku dwóch ww. kategorii dopuszczalność stosowania zakazu konkurencji wynika bezpośrednio z treści wydanych przez Komisję i RM rozporządzeń o wyłączeniach grupowych porozumień kooperacyjnych. Należy jednak zaznaczyć, że konkluzja ta nie zawsze wynika z literalnego brzmienia przepisów; zwykle bowiem do takiego wniosku konieczne jest przeprowadzenie całościowej analizy regulacji z zakresu grupowych wyłączeń porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych, a także oparcia wykładni na założeniu bardziej ekonomicznego podejścia w stosunku do dopuszczalności zastosowania ograniczeń konkurencji.

W przypadku porozumień specjalizacyjnych istotne wydaje się rozróżnienie dwóch form zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, tj. zakaz samodzielnego podejmowania określonej działalności oraz zakaz zawierania z innymi przedsiębiorcami porozumień specjalizacyjnych obejmujących swoim zakresem przedmiot porozumienia zawierającego ograniczenie konkurencji. Pierwsza ze ww. form wynika z samego charakteru porozumienia specjalizacyjnego, na podstawie którego przedsiębiorcy zrzekają się w określonym zakresie prawa do podejmowania określonego rodzaju działalności na rzecz partnerów kooperacji. Dopuszczalność zakazu zawierania podobnych porozumień z innymi przedsiębiorcami, chociaż nie została wprost dozwolona w rozporządzeniach Komisji i RM, wynika między innymi z jej pośredniego powiązania z pierwszym z omówionych typów zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej.

Specyfika przedsięwzięć gospodarczych stanowiących przedmiot porozumień badawczo-rozwojowych sprawia, że zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej może przybrać dwie formy. Są to: zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej polegającej na prowadzeniu prac badawczych (ograniczenie swobody stron porozumienia w zakresie prowadzenia samodzielnych prac badawczo-rozwojowych lub podejmowania takich prac we współpracy z innymi podmiotami) oraz zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej w zakresie wykorzystania wyników prac badawczych (ograniczenie swobody stron w zakresie wytwarzania, sprzedaży lub przenoszenia praw do towarów lub procesów, lub udzielania licencji na towary lub procesy, które konkurują z towarami lub procesami objętymi porozumieniem). Obie formy zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej zostały wprost dozwolone zarówno na gruncie prawa unijnego, jak i polskiego.

W zakresie analizy klauzuli wyłączności zakupu należy stwierdzić, że również ta forma zakazu konkurencji jest dopuszczalna na gruncie unijnych i polskich przepisów dotyczących wyłączeń grupowych porozumień kooperacyjnych. W przypadku porozumień specjalizacyjnych jej zastosowanie jest dozwolone wprost pod warunkiem bezpośredniego

związania z porozumieniem oraz niezbędnością dla jego wykonywania. Chociaż rozporządzenie dotyczące porozumień badawczo-rozwojowych nie odnosi się wprost do tego rodzaju zakazu konkurencji, również w odniesieniu do tej kategorii porozumień kooperacyjnych należy uznać, że wyłączność zakupu jest dopuszczalna pod warunkiem jej bezpośredniego związku z głównym przedmiotem porozumienia oraz niezbędnością dla wprowadzenia w życie danego projektu gospodarczego.

Przeprowadzenie analizy dopuszczalności zastosowania klauzul zakazu konkurencji w prawie polskim wykazało, że należy postulować zrezygnowanie przez RM z uwzględnienia w rozporządzeniu o wyłączeniach grupowych katalogu klauzul białych. Aktualnie obowiązujące rozwiązanie może bowiem prowadzić do sytuacji, kiedy literalna wykładnia przepisów rozporządzenia błędnie sugeruje brak możliwości objęcia wyłączeniem któregośkolwiek z postanowień niewskazanych w katalogu. W praktyce jednak katalog klauzul białych wykorzystywany jest jedynie w celu przykładowego wskazania postanowień umownych, niestanowiących naruszenia zakazu porozumień antykonkurencyjnych. Stosowanie katalogu klauzul dozwolonych powinno być zarezerwowane dla rynków słabo rozwiniętych, o krótkim dorobku regulacji antymonopolowej⁴⁷⁵. Warto zauważyć, że aktualnie obowiązująca ustawa antymonopolowa (w przeciwieństwie do poprzedniej) nie przewiduje obowiązku zawarcia katalogu klauzul dozwolonych w rozporządzeniu wydawanym przez RM.

W przypadku gdy porozumienie horyzontalne nie spełnia przesłanek wyłączenia grupowego, przedsiębiorcy będący jego stronami nadal mogą ubiegać się o skorzystanie z instytucji wyłączenia indywidualnego. Jego uzyskanie nie powinno stanowić większego problemu, w przypadku gdy zakaz konkurencji zawarty został w porozumieniu kooperacyjnym, np. porozumieniu o wspólnych zakupach. W tym przypadku kluczowe znaczenie będzie miało zbadanie skutków rynkowych powodowanych przez samo porozumienie oraz odpowiednie dostosowanie formy i zakresu zakazu konkurencji do celu porozumienia. Zakaz konkurencji, stanowiący element niekooperacyjnych porozumień horyzontalnych, co do zasady nie będzie kwalifikował się do uzyskania wyłączenia indywidualnego z uwagi na silnie antykonkurencyjny. Porozumienia te traktowane są jako zakazane ze względu na cel, a zatem stwierdzenie ich nielegalności nie wymaga badania faktycznych lub potencjalnych skutków praktyki.

⁴⁷⁵ Tak C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 234.

Reasumując należy stwierdzić, że w przypadku porozumień horyzontalnych główne znaczenie dla dopuszczalności zakazu konkurencji będzie miała nie tylko jego forma oraz okoliczności faktyczne, ale również typ porozumienia, w którym został on zawarty, a także jego bezpośredni związek i niezbędność dla powodzenia projektu kooperacyjnego. Należy stwierdzić, że wypracowane zasady oceny pozwalają na skuteczną identyfikację tych porozumień, w wyniku których konkurencja na rynku zostanie naruszona. Zapewniony jest również wystarczający poziom pewności prawnej przedsiębiorców.

ROZDZIAŁ IV – ZAKAZ KONKUROWANIA JAKO NADUŻYCIE POZYCJI DOMINUJĄCEJ

28. Racjonalizacja zakazu nadużywania pozycji dominującej

Analizując zagadnienie racjonalizacji zakazu nadużywania pozycji dominującej, należy odwołać się do szerszego pojęcia ekonomizacji unijnego prawa ochrony konkurencji rozumianego jako zwiększenie zakresu wykorzystywania instrumentów ekonomicznych⁴⁷⁶. Trend ten znajduje swoje podstawy w zmianie rozłożenia akcentów na gruncie reguł traktatowych. Chodzi o zmianę podstawowego celu reguł ochrony konkurencji, tj. odchodzenie od pierwotnie dominującego celu w postaci budowania rynku wspólnego, a później wewnętrznego (cel integracyjny) na rzecz coraz silniejszego akcentowania zasad otwartej gospodarki rynkowej⁴⁷⁷. W czasie budowy wspólnego rynku konieczne było doprowadzenie do eliminacji barier wolnego handlu, a tym samym doprowadzenie do swobodnego przepływu towarów, osób, usług i kapitału. Narzędziem, które doprowadzić miało do urzeczywistnienia tego celu miały być m. in. reguły prawa ochrony konkurencji. Niemniej jednak wraz z upływem czasu cel w postaci integracji rynku zastępowany był stopniowo przez wspieranie konkurencji na wspólnym rynku. Podstawę prawną tego procesu stanowił Traktat z Maastricht⁴⁷⁸ ustanawiający imperatyw konstytucyjny *poszanowania zasad otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją*⁴⁷⁹. Opisana powyżej zmiana celu polityki konkurencji traktowana jest jako podstawa procesu ekonomizacji prawa ochrony konkurencji, a tym samym racjonalizacji zakazów jedno- i wielostronnych praktyk antykonkurencyjnych. Procesem racjonalizacji objęty został w pierw zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień. Należy postawić pytanie, dlaczego nie zostały nim objęte równocześnie praktyki zakazane na gruncie obecnego art. 102 TfUE. Zdaniem T. Skoczego stało się tak z dwóch powodów. Po pierwsze, ówczesny art. 82 TWE od początku stosowany był w całości i skutkował bezpośrednio. Nie zostały również wydane w tym zakresie przez Komisję żadne wytyczne. Po drugie, dorobek orzeczniczy w zakresie nadużywania pozycji dominującej nie był obszerny, a praktyka w tym zakresie opierała się w zasadzie na kilku kluczowych

⁴⁷⁶ A. Piszcz, *Ekonomizacja prawa antymonopolowego*, Ekonomiczne Problemy Usług nr 45/2009, str. 502.

⁴⁷⁷ R. Molski, *Prawo antymonopolowe w obliczu globalizacji*, Bydgoszcz – Szczecin 2008, str. 87, E.U. Petersman, *Legal, Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies: Constitutional Functions of WTO "Linking Principles" for Trade and Competition*, New England Law Review, Vol. 34, No. 145, 1999, str. 151.

⁴⁷⁸ Traktat z Amsterdamu zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty (Dz. U. C 340 z 10.11.1997 r. str. 115).

⁴⁷⁹ T. Skoczny, *W sprawie modernizacji stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej* [w:] C. Banasiński (red.) *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno-ekonomiczne)*, Warszawa 2005, str. 112-113.

orzeczeniach Trybunału⁴⁸⁰. W miarę upływu czasu, proces ekonomizacji prawa ochrony konkurencji, a zatem również racjonalizacji zakazu objął również przepisy dotyczące nadużywania pozycji dominującej.

W przeciwieństwie do zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, zakaz nadużywania pozycji dominującej ma charakter bezwzględny. Oznacza to, że zarówno przepis art. 102 TfUE, jak i art. 9 u.o.k.i.k. nie przewidują możliwości wyłączenia ich zastosowania w przypadku uznania danej praktyki jednostronnej jako nadużycia. Racjonalizacja zakazu nadużywania pozycji dominującej promowana jest w procesie stosowania prawa przez organy antymonopolowe poprzez zastosowanie ekonomicznego podejścia (ang. *economic approach*) oraz instytucji reguły rozsądku (ang. *rule of reason*)⁴⁸¹. Konieczność zastosowania ww. narzędzi racjonalizacji zakazu wynika z wydanych przez Komisję Wytucznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące⁴⁸². Krajowe organy antymonopolowe nie podlegają co prawda obowiązkowi stosowania metod racjonalizujących (po pierwsze, chodzi o bezpośrednie stosowanie art. 102 TfUE oraz po drugie, możliwość stosowania surowszych metod oceny praktyk jednostronnych została dozwolona na gruncie rozporządzenia nr 1/2003), niemniej jednak istnieje ugruntowane stanowisko doktryny postulujące zastosowanie ww. metod racjonalizujących przez polski organ antymonopolowy i sądy⁴⁸³.

Po pierwsze, racjonalizacja zakazu jednostronnych praktyk antykonkurencyjnych polega na rezygnacji z formalistycznego podejścia zakazu *per se* na rzecz przeprowadzenia, przy wykorzystaniu dorobku nauki ekonomii, oceny antymonopolowej danej praktyki przez pryzmat wywoływanych przez nią skutków na rynku właściwym. Podejście to oparte jest na wykładni przepisu art. 102 TfUE w ten sposób, że w przypadku zaistnienia określonych

⁴⁸⁰ Tamże, str. 106-107.

⁴⁸¹ C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 237.

⁴⁸² Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz. U. C 45 z 24.02.2009 r., str. 7) (dalej: „Wytyczne”), pkt. 30; Tak C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, str. 317-318. To właśnie w Wytycznych część doktryny prawa antymonopolowego pokładała nadzieje na bardziej ekonomiczne podejście sądów unijnych (B. Allan, *Rule-making in the context of Article 102 TFEU*, *Competition Law Journal* 13/2014, str. 20-21).

⁴⁸³ M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, str. 243-244; oraz C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, str. 319. C. Banasiński zauważa jednocześnie, że istnieją wątpliwości co do możliwości zastosowania tego rozwiązania ze względu na odrębność podstaw prawnych postępowania krajowego oraz postępowań wszczynanych bezpośrednio na podstawie norm traktatowych oraz charakteru prawnego samych Wytycznych, które stanowią niewiążący akt prawa *soft law*.

okoliczności usprawiedliwiających zachowanie przedsiębiorcy, organ antymonopolowy lub sąd nie powinien stwierdzić nadużycia pozycji dominującej. Tym samym mniejsze znaczenie będzie miało spełnienie przez daną praktykę przesłanek formalnych, kwalifikujących ją do jednego z wymienionych przez przepisy prawa antymonopolowego, rodzajów praktyk antykonkurencyjnych na rzecz materialnych skutków rynkowych danego działania przedsiębiorcy dominującego. Dopiero kompleksowo przeprowadzona analiza może skutkować uznaniem praktyki za bezprawną lub prawnie dopuszczalną. Nie powinna bowiem zostać objęta zakazem praktyka, która wywołuje dla konkurencji więcej skutków pozytywnych niż negatywnych. Podobnie, biorąc pod uwagę swobodę podejmowania działalności gospodarczej, nie powinna nim zostać objęta praktyka, której efekty pro- i antykonkurencyjne bilansują się w taki sposób, że w ostatecznym rozrachunku działanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą w ogóle nie wywołuje wpływu na stan konkurencji na rynku właściwym. Tego typu podejście niewątpliwie należy uznać za słuszne. Pozwala ono bowiem na dokonanie pełniejszej, bardziej dokładnej analizy antymonopolowej danej praktyki oraz oceny jej faktycznego wpływu na dobrobyt konsumentów. Przyjęcie podejścia ekonomicznego pociąga za sobą obowiązek przeprowadzenia przez organ antymonopolowy ważenia efektów rynkowych praktyki. Oznacza to, że dostarczenie przez przedsiębiorcę argumentacji w zakresie obrony efektywnościowej nie jest niezbędne do uznania danej praktyki za niewchodzącej w zakres zastosowania zakazu, a ciężar przeprowadzenia całościowej analizy skutkowej spoczywa w tym wypadku na organie antymonopolowym.

Nie znaczy to jednak, że podejście formalne pozbawione jest zalet. Należy bowiem zwrócić uwagę na niewątpliwie pozytywny efekt stosowania tej metody, polegający na zwiększeniu pewności przedsiębiorców co do rozstrzygnięć organów antymonopolowych i sądów w danej sprawie, a także eliminujący ewentualny paraliż decyzyjny przedsiębiorców wynikający z konieczności przeprowadzenia analizy ekonomicznej skutków planowanego działania rynkowego⁴⁸⁴. Wybór pomiędzy podejściem formalnym a podejściem racjonalnym w swojej istocie, podobnie zresztą jak w przypadku oceny praktyk bilateralnych, opiera się na ważeniu dwóch wartości. Z jednej strony, pewności prawnej, z drugiej natomiast, przeciwdziałania ewentualnym błędom w zakresie oceny danej praktyki. Oczywiście jest bowiem, że podejście formalne musi skutkować uznaniem za antykonkurencyjne praktyk, które chociaż spełniają formalne przesłanki zastosowania zakazu, to w praktyce nie wywołują

⁴⁸⁴ R. Whish, *Intel v Commission: Keep calm and carry on!*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 1, 2015, str. 1-2.

antykonkurencyjnych skutków (fałszywe negatywy, ang. *false negatives*) oraz brakiem uznania za antykonkurencyjne praktyk, które chociaż tego typu skutki wywołują, to jednak nie spełniają formalnych przesłanek nadużywania pozycji dominującej (fałszywe pozytywy, ang. *false positives*)⁴⁸⁵.

Komisja wskazuje w Wytycznych, że aby praktyka, w wyniku której osiągnięto określone korzyści gospodarcze przeważające nad negatywnymi skutkami praktyki, nie została uznana za nadużycie, konieczne jest spełnienie dodatkowych przesłanek. Po pierwsze, działanie przedsiębiorcy, które w normalnych warunkach stanowiłoby nadużycie, jest konieczne do osiągnięcia korzyści, a zatem nie mogą istnieć inne, mniej antykonkurencyjne rozwiązania, które przynosiłyby takie same korzyści; po drugie, działanie przedsiębiorcy nie przyczynia się do stłumienia skutecznej konkurencji, poprzez eliminację wszystkich lub większości źródeł faktycznej lub potencjalnej konkurencji⁴⁸⁶. Należy również stwierdzić, że uzyskane korzyści powinny zostać przeniesione na konsumentów. Oznacza to, że przedsiębiorca dominujący nie może być jedynym beneficjentem korzyści gospodarczych płynących z niedozwolonej praktyki⁴⁸⁷.

Po drugie, zakazem nadużywania pozycji dominującej nie powinna zostać objęta praktyka, która spełniając określone kryteria, jest w danych okolicznościach uzasadniona⁴⁸⁸. Ten aspekt racjonalizacji może mieć w praktyce istotne znaczenie. Działania przedsiębiorców mających pozycję dominującą nie mają raczej dużego potencjału prokonkurencyjnego; dlatego też często jedyną szansą na uniknięcie uznania praktyki za bezprawną stanowi uznanie jest za obiektywnie uzasadnioną. Wskazówek co do tego, kiedy określone zachowanie przedsiębiorców może być wyłączone spod zakazu nadużywania pozycji dominującej, dostarcza orzecznictwo (zwłaszcza sądów unijnych) oraz Wytyczne, w których Komisja wskazuje, że przedsiębiorcy mogą powoływać się na obiektywną konieczność zastosowania danej praktyki (ang. *objective justification defence*). W innym dokumencie wydanym przez Komisję, tj. *DG Competition discussion paper on the application of the article 92 of the Treaty to exclusionary abuses*, wskazano również na możliwość uzasadnienia

⁴⁸⁵ M. Szydło, *Ekonomiczna analiza nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 TWE*, EPS luty 2007, str. 34-35; L. Peepkorn, *Commission publishes discussion paper on abuse of dominance*, Competition Policy Newsletter, 1/2006, str. 4.

⁴⁸⁶ Wytyczne, pkt 30.

⁴⁸⁷ Jak zauważa A. Stawicki, korzyści nie może w pełni „konsumować” podmiot dominujący (A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016, str.344.

⁴⁸⁸ T. Skoczny, *Instrumenty 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, str. 247.

praktyki koniecznością sprostania konkurencji ze strony innych przedsiębiorców (ang. *meeting competition defence*)⁴⁸⁹. Dodatkowo, w doktrynie prawa antymonopolowego zwraca się uwagę na brak zastosowania zakazu do praktyk podejmowanych w celu wypełnienia przymusu państwa (ang. *state compulsion*)⁴⁹⁰.

Obiektywne uzasadnienie praktyki oznacza, że zaistniały okoliczności o charakterze zewnętrznym, które wymuszają na przedsiębiorcy zachowanie formalnie spełniające przesłanki zakazanej praktyki lub też usprawiedliwiają podjęte przez niego działania⁴⁹¹. Taką argumentację wzmacnia okoliczność, że analogiczne działania byłyby konieczne do podjęcia również przez przedsiębiorcę nieposiadającego pozycji dominującej. W takim wypadku, podlegające ocenie antymonopolowej zachowanie zostanie usprawiedliwione jako podejmowane w celu normalnego prowadzenia działalności gospodarczej, a nie w celu ograniczenia konkurencji. Okoliczności powodujące obiektywne uzasadnienie praktyki zwykle będą miały charakter ekonomiczny⁴⁹². Niemniej jednak równie dobrze mogą być to okoliczności innej natury, np. kwestie bezpieczeństwa żywności⁴⁹³ lub ograniczenia techniczne⁴⁹⁴. Obiektywny charakter okoliczności oznacza, że dla jej weryfikacji nie ma znaczenia subiektywna ocena danego stanu faktycznego przez przedsiębiorcę dominującego⁴⁹⁵. Należy zaznaczyć, że analizując obronę przedsiębiorcy, organ antymonopolowy lub sąd powinny wziąć pod uwagę niezbędność podjęcia przez przedsiębiorcę danego działania (lub zaniechania), a także jego proporcjonalność⁴⁹⁶. Oznacza to, że obrona ta nie będzie skuteczna, w przypadku gdy cel, który chce osiągnąć przedsiębiorca, można było osiągnąć za pomocą innych środków⁴⁹⁷.

Zarówno na gruncie unijnej, jak i polskiej regulacji nie jest zakazane samo posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej. Zakazem objęte jest bowiem dopiero jej nadużywanie. Konieczność sprostania konkurencji stanowi okoliczność uzasadniającą

⁴⁸⁹ DG Competition discussion paper on the application of the article 92 of the Treaty to exclusionary abuses, pkt 81 i n.

⁴⁹⁰ I. Szewdziak-Bork, T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, str. 440.

⁴⁹¹ Wyrok SN z 14.11.2008 r., III SK 9/08, LEX 479321; Wyrok SN z 13.05.2008 r., III SK 30/07, OSNP 2009/15-16/216.

⁴⁹² M.in. wyrok SN z 29.05.1991 r., III CRN 120/91, OSNCP 1992/5/87.

⁴⁹³ DG Competition discussion paper on the application of the article 92 of the Treaty to exclusionary abuses, pkt 80; Wytyczne, pkt 29.

⁴⁹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 7.07.2008 r., nr DOK-5/08.

⁴⁹⁵ Wyrok SPI z 12.12.1991 r. w sprawie T-30/89 *Hilti*, pkt 118-119; Wyrok SPI z 06.10.1994 r. w sprawie T-83/91 *Tetra Pak*, pkt 83-84 i 138.

⁴⁹⁶ M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń, 2006, str. 465; Wyrok Trybunału z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands*, pkt 189-190; C.E. Mosso, S. Ryan, *Article 82 – Abuse of dominant position* [w:] J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC law of competition*, Oksford 1999, s. 154-155; D.G. Goyder, *EC Competition Law*, Oksford 2003, s. 301.

⁴⁹⁷ Wytyczne, pkt. 28.

stosowanie przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą praktyk, które w innych okolicznościach uznane zostałyby za antykonkurencyjne⁴⁹⁸. Każdy przedsiębiorca, w tym przedsiębiorca dominujący, powinien mieć możliwość podejmowania działań dążących do ochrony swoich uzasadnionych interesów gospodarczych. W przypadku gdy konkurenci przedsiębiorcy podejmują działania mogące zagrozić tym interesom, ma on prawo podjąć działania reakcyjne zmierzające do ich ochrony. Argumentacja ta została zastosowana po raz pierwszy w sprawie *United Brands*. Zdaniem sądu *fakt posiadania przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej nie pozbawia go prawa do ochrony swych interesów handlowych, gdy zostaną zaatakowane*⁴⁹⁹. Jako przykład można wskazać sytuację, kiedy przedsiębiorca zajmujący pozycję dominującą zrównuje swoje ceny do poziomu cen konkurentów. Zdaniem SPI, tego typu działanie nie może być samo w sobie uznane za nadużycie⁵⁰⁰. Doktryna sprostania konkurencji została również zastosowana w polskim orzecznictwie. W jednym z wyroków SN uznał, że przedsiębiorcy posiadający pozycję dominującą powinni mieć możliwość obrony przed konkurentami⁵⁰¹. Pozbawiając dominanta możliwości podejmowania reakcji na działania konkurentów, pozbawiłoby się go *de facto* możliwości ochrony posiadanej pozycji dominującej, której posiadanie samo w sobie nie jest przecież zakazane. Analiza uzasadnienia działań dominanta powinna brać pod uwagę działania konkurentów oraz to, czy działania dominanta były faktycznie niezbędne dla ochrony jego interesów. Możliwość uzasadnienia działań dominanta można w tym względzie porównać do instytucji obrony koniecznej na gruncie prawa karnego. Działania te muszą być bowiem w swoim rodzaju adekwatne do działań konkurentów, a także do nich proporcjonalne. W ww. orzeczeniu SN stwierdził, że działania te muszą być *rozsądne*⁵⁰². Z kolei Prezes UOKiK wskazał, że *choćby przedsiębiorca dominujący (...) ma prawo ochrony swoich interesów handlowych, to jednak przy zachowaniu zasady proporcjonalności*⁵⁰³.

Działanie lub zaniechanie podmiotu dominującego nie będzie uznane za bezprawne również w przypadku, gdy wynikało ono z zastosowania się do nakazów pochodzących od władzy państwowej⁵⁰⁴. Również w tym wypadku powinno zostać wzięte pod uwagę, czy dostosowanie się do nakazów władzy państwowej nie mogło zostać przez dominanta

⁴⁹⁸ C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa, 2015, str. 318.

⁴⁹⁹ Wyrok Trybunału z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands*, pkt 189.

⁵⁰⁰ Wyrok SPI z 30.01.2007 r. w sprawie T-340/03 *France Telecom*.

⁵⁰¹ Wyrok SN z 16.10.2008 r., III SK 2/08, LEX 599553.

⁵⁰² Tamże.

⁵⁰³ Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2013 r., nr RBG-51/2013.

⁵⁰⁴ M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny [w:] *System Prawa Prywatnego, Tom XV Prawo konkurencji*, M. Kępiński (red.), str. 994. Nie ma jednocześnie wymogu, aby źródłem przymusu państwa były przepisy prawa.

zrealizowane za pomocą mniej szkodliwych dla konkurencji działań lub zaniechań. W przypadku, gdy działanie przedsiębiorcy dominującego było już poddane środkom zastosowanym przez regulatora, jego ocena na gruncie przepisów art. 9 u.o.k.i.k. lub 102 TfUE powinna uwzględniać to, czy w ramach zastosowanego środka regulacyjnego przedsiębiorca dysponował swobodą działania, pozwalającą na podjęcie z jego inicjatywy praktyk stanowiących nadużycie⁵⁰⁵.

Racjonalizacja zakazu nadużywania pozycji dominującej może znaleźć zastosowanie do wszystkich praktyk jednostronnych podejmowanych przez przedsiębiorców o znacznej sile rynkowej. Nic nie stoi więc na przeszkodzie, aby organy antymonopolowe i sądy zastosowały je w stosunku do zakazu konkurencji. Zarówno Komisja, jak i Prezes UOKiK, jak również polskie i unijne sądy powinny zatem po pierwsze zbadać okoliczności sprawy oraz skutki wywoływane przez zakaz konkurencji. Należy zaznaczyć, że w tym przypadku organ antymonopolowy zobowiązany jest do dokonania ww. analizy z urzędu. Po drugie, przedsiębiorcy mogą argumentować, że dana praktyka nie powinna zostać objęta zakazem z uwagi na istnienie obiektywnych okoliczności koniecznych do podjęcia określonego zachowania, z uwagi na konieczność sprostania konkurencji lub przymusowi państwa. W tym wypadku to przedsiębiorcy będą zobowiązani do przedstawienia organowi antymonopolowemu dowodów na poparcie tezy o obiektywnym uzasadnieniu praktyki, która w normalnych okolicznościach uznana zostałaby za nadużycie pozycji dominującej.

Stanowisko Komisji wyrażone w Wytycznych uznawane jest jako pierwsze wyraźne powołanie się na dobrobyt konsumentów jako cel stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej⁵⁰⁶. Chociaż cel ten był już wcześniej sporadycznie powoływany w orzecznictwie⁵⁰⁷, stanowisko Komisji stanowi odejście od dominującego dotychczas

⁵⁰⁵ Decyzja Komisji z 21.05.2003 r. w sprawie nr COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 *Deutsche Telekom*. Szerzej: I. Różyk-Rozbicka, *Możliwość kwestionowania decyzji regulacyjnych Prezesa UKE na gruncie prawa ochrony konkurencji*, IKAiR nr 5(2)/2012, str. 10-11. W zakresie równoczesnego stosowania ustaw sektorowych oraz ustawy antymonopolowej, w sprawie AQUA S.A. dotyczącej stosowania nadmiernie wygórowanych cen za dostawę wody i odprowadzanie ścieków z gospodarstw domowych, rozpatrujący sprawę SN stwierdził, że zatwierdzanie taryf przez gminy nie obejmuje wysokości zysku, który przedsiębiorstwa świadczące te usługi zamierzają osiągać. Gminna kontrola prawidłowości taryf dotyczy wyłącznie ich legalności, natomiast wysokość marży zysku pozostawia uznaniu przedsiębiorstwa. W tym miejscu SN dostrzegł pole do działania dla organu antymonopolowego (wyrok SN z 27.08.2003 r., I CK 184/03, niepubl.). Szerzej: C. Banasiński, M. Krasnodębska-Tomkiel, *Zastosowanie środków prawnych prawa antymonopolowego na szczególnych rynkach regulowanych*, PPH 1/2009, str. 18 i n.

⁵⁰⁶ E. Kosiński, D. Wojtczak, *Prawna dopuszczalność i środki relatywizacji zakazu nadużycia pozycji dominującej w Polsce*, RPEiS, 4/2012, str. 115-116

⁵⁰⁷ Wyrok SPI z 27.09.2006 r. w sprawie T-168/01 *GlaxoSmithKlineServices*, pkt 118.

wpływu doktryny ordoliberalnej przejawiającej się w przywiązywaniu największej wagi do ochrony struktury rynku, która jest osłabiona już samym istnieniem dominanta⁵⁰⁸.

29. Zakaz konkurowania jako nadużycie pozycji dominującej

Zakaz konkurowania jako jednostronna praktyka antykonkurencyjną nie różni się w swojej formie od ograniczenia konkurencji stosowanego przez przedsiębiorców w ramach zawieranych przez nich porozumień. Również w tym przypadku wyróżnia się dwa jego rodzaje, tj. zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej oraz wyłączność zakupu.

Przedsiębiorca dominujący może wykorzystać posiadaną siłę rynkową w celu uniemożliwienia innym przedsiębiorcom rozpoczęcia prowadzenia określonego rodzaju działalności lub też zmusić ich do zaprzestania działalności już przez nich prowadzonej. Tego typu działanie, aby spełniało przesłanki nadużycia pozycji dominującej musi zostać podjęte jednostronnie. Dominant może na przykład uzależnić realizację dostaw na rzecz przedsiębiorcy od jego zobowiązania do niepodejmowania działalności konkurencyjnej w stosunku do działalności prowadzonej przez dominanta lub niesprzedawania produktów konkurencyjnych. Istnieje również możliwość wykorzystania przez dominanta działającego na więcej niż jednym rynku pozycji na jednym z nich w celu uniemożliwienia kontrahentowi wejścia na inny rynek, na którym również prowadzi działalność dominant. Praktyka ta określana jest pojęciem „lewarowania” pozycji dominującej.

Dokonując kwalifikacji prawnej zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej należy zaznaczyć, że ograniczenie możliwości prowadzenia określonego typu działalności gospodarczej może przede wszystkim stanowić niedozwolone działanie polegające na podziale rynku. Tego typu praktyka stanowi jedno z nazwanych nadużyć w polskiej ustawie antymonopolowej. Zgodnie z treścią przepisu art. 9 ust. 2 pkt 7 u.o.k.i.k. nadużywanie pozycji dominującej może polegać na podziale rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych.

Podział rynku dokonany w oparciu o kryterium terytorialne polega na przypisaniu przez dominanta jego kontrahentom określonych obszarów geograficznych, na których prowadzić będą oni swoją działalność. Kryterium asortymentowe może obejmować przypisanie przez dominanta innym dostawcom rodzajów towarów, które będą oni produkować. Natomiast podział rynku w oparciu o kryterium podmiotowe oznaczać może przydzielenie konkretnym przedsiębiorcom grup klientów, których będą oni zaopatrywać. W każdym z ww. przypadków

⁵⁰⁸ Wyrok Trybunału z 9.11.1983 r. w sprawie C-322/81 *Michelin I*.

praktyka dominanta prowadzić będzie do narzucenia na innego przedsiębiorcę zobowiązania do niekonkurowania z dominantem w określonym zakresie.

Zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej może zostać również uznany za praktykę polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.i.k.). Taka kwalifikacja prawna została zastosowana przez SAM w sprawie gminy, która poprzez uchwałę podjętą przez organ stanowiący dokonała zróżnicowania wysokości stawek opłaty targowej, kształtując te opłaty na poziomie niższym na targowisku prowadzonym przez gminę, na poziomie wyższym zaś na pozostałych targowiskach (tj. na targowiskach prowadzonych przez podmioty inne niż gmina)⁵⁰⁹.

Ponadto omawiana praktyka może również zostać zakwalifikowana jako narzucanie przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści (art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.i.k.).

Chociaż ww. przepisy polskiej ustawy antymonopolowej nie znajdują odpowiedników w TfUE, to jednak nic nie stoi na przeszkodzie uznaniu omawianego działania za nienazwane nadużycie pozycji dominującej.

Warto również zwrócić uwagę, że zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej może być również stosowany przez przedsiębiorców posiadających na rynku kolektywną pozycję dominującą. W takim przypadku działanie przedsiębiorców spełnia zarówno przesłanki antykonkurencyjnego horyzontalnego porozumienia podziałowego, jak również nadużycia kolektywnej pozycji dominującej⁵¹⁰.

Drugą formę zakazu konkurowania stanowi wyłączność zakupu oznaczająca obowiązek dokonywania zakupów wyłącznie lub w znacznym zakresie od przedsiębiorcy dominującego⁵¹¹. W rezultacie nałożenia na nabywcę takiego ograniczenia jego kontrahenci

⁵⁰⁹ Wyrok SAM z 11.05.1994 r. w sprawie XVII Amr 64/93, Wokanda nr 12/1994.

⁵¹⁰ Na równoległe stosowanie przepisów art. 101 ust. 1 i 102 TfUE Trybunał zwrócił uwagę m.in. w sprawie *Campagne Maritime Belge* (wyrok Trybunału z 16.03.2000 r. w połączonych sprawach C-286/96 P i C-396/96 P *Campagne Maritime Belge*). Szerzej: M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, str. 227. Szerzej o kolektywnej pozycji dominującej: T. Skoczny, A. Jurkowska-Gomułka, *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, str. 77; A. Pisarkiewicz, *Ochrona konkurencji w telekomunikacji ze szczególnym uwzględnieniem doktryny Urzędów Kluczowych* [w:] E. Piontek (red.) *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Warszawa 2008, str. 160-162.

⁵¹¹ Wytyczne, pkt 33. Nic nie stoi jednocześnie na przeszkodzie, aby wyłącznym dostawcą był podmiot lub grupa podmiotów wskazana przez dominanta nakładającego zobowiązanie do wyłącznego zakupu. Tak było w sprawie dostawcy energii cieplnej, który zawarł w tymczasowych wytycznych doboru i instalowania liczników ciepła zapis wymieniający w sposób imienny firmy, których ciepłomierze dopuszczone są do stosowania. UA nie stwierdził naruszenia przepisów prawa antymonopolowego (nieobowiązującej już ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (tekst jednolity: Dz.U. z 1991 r., nr 89, poz. 403)) (decyzja UA z 29.05.1992 r., nr UA/DŁ/500-13/AZ/255/92). Natomiast rozpatrujący sprawę SAM uchylił zaskarżoną decyzję stwierdzając, że zapis ten w jaskrawy sposób przeciwdziała ukształtowaniu się

zostają ograniczeni w zakresie wyboru dostawcy, od którego dokonają zakupu towaru lub któremu zlecają usługi. Klauzula wyłącznego zakupu może zostać powiązana ze zobowiązaniem po stronie dostawcy, np. zobowiązaniem do realizacji dostaw wyłącznie do tego dystrybutora, co w konsekwencji zapewni mu przewagę konkurencyjną polegającą na ekskluzywności w zakresie oferowania asortymentu dostawcy⁵¹².

Wyłączność zakupu może zostać wprowadzona przez przedsiębiorców do treści stosunku prawnego w różnej postaci. Z uwagi na formę zobowiązania kontrahenta do wyłączności zakupu, klauzule te można podzielić na bezpośrednie i pośrednie.

Klauzula wyłączności może stanowić postanowienie umowne wprost nakazujące kontrahentowi zaopatrywanie się w dane towary lub usługi jedynie u określonego dostawcy będącego przedsiębiorcą dominującym lub przedsiębiorcom przez niego wskazanym⁵¹³. Pośrednie zobowiązanie wyłącznego zakupu stanowi natomiast kategorię obejmującą zobowiązania umowne, które chociaż nie przewidują wprost obowiązku zaopatrywania się w produkty wyłącznie u dominanta, to jednak wywołują taki efekt.

Skutek w postaci zakazu konkurowania w formie wyłączności zakupu może zostać spowodowany nałożeniem na dystrybutora obowiązku utrzymywania przez niego określonego poziomu zapasów produktów nabywanych od dostawcy (ang. *stocking commitments*). W takim wypadku, chociaż kontrahentowi dominanta pozostawiona zostaje swoboda w zakresie wyboru źródła zaopatrzenia, w praktyce z uwagi na obowiązek ciągłego utrzymywania pewnej liczby produktów określonego dostawcy może to skutecznie zniechęcić nabywcę do składania zamówień u innego przedsiębiorcy. Kluczowe znaczenie przy ocenie antymonopolowej zobowiązania do utrzymywania zapasów będzie miał wskazany poziom wymaganych zapasów oraz weryfikacja, czy obowiązek faktycznie prowadzi do wyłączności zakupu.

Pośrednie zobowiązanie wyłącznego zakupu może stanowić nałożenie na dystrybutora obowiązku do składania zamówień minimalnej wielkości lub wartości (ang. *minimum purchase commitments*), czego efektem może być zakup przez odbiorcę ilości produktów nieodpowiadających jego rzeczywistym potrzebom. W tym przypadku, jeżeli minimalna

warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (wyrok SAM z 27.10.1992 r., XVII Amr 22/92, Wokanda nr 4/1993).

⁵¹² B. Klein, K.M. Murphy, *Exclusive dealing intensifies competition for distribution*, ALJ, Vol. 75, No. 2, 2008, str. 433.

⁵¹³ Podobnie jak w przypadku porozumień wertykalnych, należy stwierdzić, że zakaz konkurowania może przewidywać obowiązek zaopatrywania się w produkty jednej marki niezależnie od tego, od którego przedsiębiorcy zostaną one zakupione.

wielkość lub wartość zamówień zostanie ustalona na odpowiednio wysokim poziomie, powstałe zapasy mogą zniechęcić odbiorcę do zakupu produktów od innych dostawców.

Kolejną formę pośredniej wyłączności zakupu stanowi nałożenie na odbiorcę zobowiązania pełnego asortymentu (ang. *full line forcing*), polegające na obowiązku zakupu lub utrzymywania w ofercie pełnej gamy towarów znajdujących się w ofercie handlowej dostawcy. Nabywca nie jest jednocześnie bezpośrednio zobowiązany do zakupu produktów danego rodzaju jedynie od konkretnego producenta, co oznacza, że pozostawiona będzie mu swoboda w zakresie zakupu produktów konkurentów producenta. W przypadku tego ograniczenia konkurencji nacisk położony jest zatem nie na ilość lub wartość kupowanych produktów, ale na zakres produktów objętych zobowiązaniem, tj. całego asortymentu produktów kontrahenta. Jako przykład można wskazać producenta napojów gazowanych, wody i soków, który w umowach z dystrybutorami nakłada na nich zobowiązanie do utrzymywania w swojej ofercie wszystkich jego produktów, tj. produktów należących do wszystkich trzech kategorii. W praktyce zakup określonego produktu w ramach realizacji obowiązku do pełnego zaopatrzenia może spowodować, że nabywca nie będzie zainteresowany zakupem produktów konkurencyjnych od innego dostawcy.

Jako pośrednie zobowiązanie do wyłączności zakupu może również zostać zakwalifikowane stosowanie tzw. klauzuli angielskiej, na podstawie której kontrahent przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, który otrzyma korzystniejszą ofertę od jego konkurenta, może zażądać od dominanta dostosowania warunków zakupu do tej oferty⁵¹⁴. W praktyce tego typu zobowiązanie stanowi barierę przed nieskrępowanym dokonywaniem zamówień z innych źródeł, a tym samym może prowadzić do wyłączności zakupu.

W celu osiągnięcia efektu w postaci wyłączności zakupu dominant może również stosować różnego rodzaju zachęty. W tym celu najczęściej wykorzystywane są przez przedsiębiorców systemy rabatowe, których dokładna analiza została przedstawiona w dalszej części pracy.

Podobnie jak zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej, również wyłączność zakupu może spełniać przesłanki różnych typów nadużycia pozycji dominującej. Klauzule te mogą zostać uznane przede wszystkim za przejaw praktyki opisanej w przepisie art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.i.k., zgodnie z którym stanowi nadużycie pozycji dominującej zachowanie

⁵¹⁴ Wyrok Trybunału z 13.02.1979 r. w sprawie C-85/76 *Hoffmann-La Roche*, pkt 102 i n.; B. Majewska-Jurczyk, *Dominacja w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Wrocław 1998, str. 68-69; Z. Brodecki (red.) *Konkurencja*, Warszawa 2004, str. 252.

przedsiębiorcy polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji⁵¹⁵. Alternatywnie bezpośrednia wyłączność zakupu może stanowić ograniczenie, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.i.k., tj. praktykę polegającą na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści⁵¹⁶. Stosowanie klauzul wyłączności przez dominanta może prowadzić do podziału rynku, a tym samym spełniać przesłanki praktyki wskazanej w art. 9 ust. 2 pkt 7 u.o.k.i.k. Zobowiązania pełnego asortymentu mogą być również zakwalifikowane jako rodzaj sprzedaży wiązanej (art. 9 ust. 2 pkt 4 u.o.k.i.k. lub art. 102 pkt d TfUE).

Obie formy zakazu konkurowania mogą powodować szereg skutków antykonkurencyjnych, w tym w szczególności zamknięcie lub ograniczenie dostępu do rynku dla kontrahenta (zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej) lub dla konkurentów przedsiębiorcy stosującego ww. ograniczenie konkurencji (wyłączność zakupu). W sytuacji, gdy podmiot stosujący praktykę abuzywną posiada znaczną pozycję rynkową, potencjał antykonkurencyjny jest jednak znacznie większy niż w przypadku zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami porozumień wertykalnych. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że może ono również powodować skutki prokonkurencyjne analogiczne do tych wywoływanych przez zakaz konkurowania w porozumieniach pionowych.

30. Standardy oceny antymonopolowej zakazu konkurowania jako elementu praktyki wykluczającej stosowanej przez przedsiębiorców dominujących

Zakaz konkurowania jako działanie podejmowane przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą podlegać będzie ocenie antymonopolowej przeprowadzanej zarówno przez organy antymonopolowe i sądy, jak również przez samych przedsiębiorców, chcących zredukować ryzyko antymonopolowe. W oparciu o podejście ekonomiczne, analiza ta nie powinna być ograniczona jedynie do weryfikacji formalnej kwalifikacji danej praktyki jako zakazu konkurowania. Konieczne jest natomiast uwzględnienie całokształtu okoliczności, w tym przede wszystkim pro- i antykonkurencyjne efekty powodowane przez daną praktykę,

⁵¹⁵ Wyrok SAM z 27.10.1992 r., XVII Amr 22/92, Wokanda nr 4/1993. W ten sposób może zostać zakwalifikowana również praktyka polegająca na wymuszeniu przez dominanta na kontrahentach udostępnienia umów i dokumentacji finansowej wiązanej z zawieranymi przez nich transakcjami z osobami trzecimi na rynkach niezdominowanych przez dominanta czyli pewna forma klauzuli angielskiej (E. Strzępka-Frania, *Utrudnianie przedsiębiorcom dostępu do rynku*, PrSpółek nr 3/2005, str. 49).

⁵¹⁶ Oba przepisy polskiej ustawy antymonopolowej nie zostały wskazane w art. 102 TfUE, w związku z czym należy uznać, że na gruncie prawa unijnego, bezpośrednia wyłączność zakupu może zostać uznana za nienazwane nadużycie pozycji dominującej.

oraz warunków rynkowych, w których praktyka została podjęta⁵¹⁷. Warto przy tym raz jeszcze zauważyć, że zakaz konkurencji stanowi często wykorzystywane ograniczenie konkurencji stosowane w ramach porozumień wertykalnych na rynkach niezdominowanych, stanowiąc przejaw normalnej, merytorycznej konkurencji, a nie narzędzia mającego na celu jedynie wykluczenie konkurentów⁵¹⁸. Stosowanie zakazu konkurencji często jest niezbędne do ochrony inwestycji dokonanych przez przedsiębiorców, których pozycja na rynku może być dominująca. Powoduje ono również szereg prokonkurencyjnych efektów polegających na zwiększeniu efektywności (spowodowanego m.in. koncentracją zamówień i możliwością lepszego planowania produkcji).

Dla dokonania prawidłowej analizy antymonopolowej zakazu konkurencji konieczne staje się wyznaczenie określonego standardu, czyli testu, w oparciu o który dokonana zostanie ocena danej praktyki. Testy te bazują na kryteriach dobrobytu konsumenta, kryterium ekonomicznego sensu oraz kryterium efektywności ekonomicznej⁵¹⁹.

Po pierwsze, do analizy antymonopolowej zakazu konkurencji można wykorzystać test dobrobytu konsumentów (ang. *consumer welfare test*), który za antykonkurencyjne nakazuje traktować praktyki powodujące wykluczenie konkurentów bez jednoczesnego przynoszenia korzyści w postaci wzrostu efektywności. Aby badana praktyka została uznana za dopuszczalną, uzyskane korzyści powinny przynajmniej kompensować efekty antykonkurencyjne. W doktrynie podnosi się, że przeprowadzenie tego testu jest problematyczne m.in. z uwagi na trudności w szacowaniu wielkości strat wynikających z ograniczenia konkurencji oraz wyceny powodowanych przez nie korzyści⁵²⁰. W przypadku porozumień wertykalnych analiza ta jest ułatwiona z uwagi na istnienie rozporządzeń nr 330/2010 oraz RM z 30 marca 2011 r., wskazujących przesłanki, których spełnienie powoduje domniemanie, że prokonkurencyjne skutki porozumienia przeważają nad skutkami antykonkurencyjnymi, a tym samym test dobrobytu konsumentów jest zdany pozytywnie. Istotnych wskazówek w tym zakresie dostarczają również Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych.

Po drugie, ocena praktyki może zostać przeprowadzona w oparciu o test braku sensu ekonomicznego (ang. *no economic sense test*), tzw. NES-test, polegający na weryfikacji, czy

⁵¹⁷ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012, str. 512.

⁵¹⁸ A.F. Abbot, J.D. Wright, *Antitrust analysis of tying arrangements and exclusive dealing* [w:] K. Hylton (red.), *Antitrust Law and Economics*, Cheltenham – Northampton 2010, str. 196.

⁵¹⁹ K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012, str. 437-438.

⁵²⁰ Tamże, str. 465-466.

zachowanie dominanta byłoby racjonalne z ekonomicznego punktu widzenia przy założeniu braku wywoływania efektów w postaci wykluczenia jego konkurentów. Możliwe jest również wykorzystanie w tym celu testu poświęcenia zysków (ang. *profit sacrifice test*), tzw. PS-test, zgodnie z którym praktyka stosowana przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą jest antykonkurencyjna, jeżeli stanowi krótkotrwałe poświęcenie zysków, nieracjonalne (nierentowne) w razie braku eliminacji lub ograniczenia konkurencji w dłuższej perspektywie. Analiza zakazu konkurowania w oparciu o NEC-test polega na zbadaniu, czy zastosowanie tego ograniczenia konkurencji byłoby racjonalne bez wywołania efektu w postaci wykluczenia konkurentów. Sama jednak istota zakazu konkurowania polega na wykluczeniu konkurenta w postaci „odcięcia” go od określonego nabywcy lub zakazie podejmowania przez nabywcę określonego typu działalności. W konsekwencji omawiana praktyka nigdy nie spełniłaby wymogów NEC-testu. Chociaż w praktyce zakaz konkurowania może zostać wykorzystany wyłącznie w celu wykluczenia, to jednak istnieją określone korzyści gospodarcze, dla których osiągnięcia antykonkurencyjny efekt w postaci wykluczenia jest konieczny. Do podobnej konkluzji prowadzi analiza możliwości zastosowania PS-testu. Oba testy, określane mianem testów intencyjnych, mają na celu dostarczenie odpowiedzi na pytanie o ekonomiczną racjonalność danej praktyki w razie braku wywołania skutków wykluczających, który to skutek stanowi konieczną konsekwencję zastosowania zakazu konkurowania. Warto jednocześnie zauważyć, że PS-test, bazujący na analizie krótkotrwałego poświęcenia zysków, może być w omawianym przypadku całkowicie niemożliwy do zastosowania z uwagi na fakt, że zastosowanie zakazu konkurowania może nie wymagać od przedsiębiorcy poświęcenia jakichkolwiek kosztów. NEC-test może jednak zostać wykorzystany przy ocenie pewnych wariantów zakazu konkurowania, które niekoniecznie powodują wykluczenie z rynku, takich jak np. rabaty warunkowe. Tego typu praktyki mogą bowiem generować jedynie nieznaczne zyski dla dominanta, a ich zasadniczy sens może ujawniać się dopiero po osiągnięciu odpowiedniego stopnia wykluczenia konkurentów z rynku. W takim wypadku wynik testu byłby negatywny.

Po trzecie, wykorzystać można test równie efektywnego konkurenta (ang. *as efficient competitor*), tzw. AEC-test, zgodnie z którym antykonkurencyjne są praktyki, które wykluczają lub prawdopodobnie doprowadzą do wykluczenia konkurentów równie efektywnych lub bardziej efektywnych niż przedsiębiorca dominujący, stosujący badaną praktykę⁵²¹. Dla wykorzystania tego testu konieczne jest zatem ustalenie, który z rodzajów

⁵²¹ R. Posner, *Antitrust Law*, Chicago 2001, str. 194-195.

efektywności stanowić będzie kryterium oceny konkurentów, którzy są tak samo lub bardziej efektywni od dominanta. AEC-test może znaleźć zastosowanie jedynie w wariantcie zakazu konkurencji stanowiącego praktykę cenową, a zatem np. w przypadku rabatów warunkowych.

Komisja wskazała w Wytycznych dwie kategorie czynników, które powinny być brane pod uwagę podczas dokonywania oceny antymonopolowej praktyk jednostronnych. Po pierwsze będą to czynniki wspólne dla oceny potencjału wykluczającego wszystkich praktyk jednostronnych⁵²². W tym zakresie Komisja będzie brała pod uwagę pozycję rynkową przedsiębiorcy stosującego praktykę; warunki panujące na danym rynku właściwym; pozycję rynkową konkurentów dominanta, a także wyrównawczą siłę nabywczą jego odbiorców. Istotne znaczenie ma także zakres praktyki jednostronnej. Po drugie, Komisja wyróżniła dwa czynniki, szczególne dla oceny antymonopolowej zobowiązania do wyłącznego zakupu. Analiza danego przypadku będzie obejmowała weryfikację statusu przedsiębiorcy dominującego jako „nieuniknionego partnera handlowego” (ang. *unavoidable trading partner*)⁵²³ oraz czas ważności zobowiązania do wyłączności zakupu⁵²⁴. Komisja zwraca uwagę, że generalnie wraz z długością okresu obowiązywania zobowiązania do wyłącznego zakupu rośnie prawdopodobieństwo wystąpienia efektu zamknięcia rynku. Jednocześnie w przypadku przedsiębiorców będących „nieuniknionym partnerem handlowym” taki efekt może zostać spowodowany nawet przez krótkotrwałe stosowanie omawianej praktyki. Należy zatem stwierdzić, że dokonując oceny antymonopolowej zarówno bezpośrednich, jak i pośrednich form zobowiązania do wyłącznego zakupu organ antymonopolowy powinien zawsze przeprowadzić pełną analizę danego przypadku. Zobowiązanie to nie powinno bowiem być traktowane jako zakazane *per se*. Komisja nie stworzyła analogicznej listy szczególnych czynników istotnych dla oceny antymonopolowej zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej. Oznacza to, że w przypadku tej kategorii zakazu konkurencji Komisja powinna wziąć pod uwagę czynniki wspólne dla wszystkich praktyk jednostronnych.

31. Systemy rabatowe powodujące skutek w postaci wyłączności zakupu

⁵²² Wytyczne, pkt 20.

⁵²³ Taki status, zdaniem Komisji, mogą posiadać przedsiębiorcy, których produkty stanowią pozycję „absolutnie niezbędną w zapasach” (ang. *must stock item*) (Wytyczne, pkt 36). Niektórzy przedstawiciele doktryny twierdzą, że pojęcie to nie wnosi wiele do oceny antymonopolowej praktyk jednostronnych, gdyż w rzeczywistości status ten oznacza, że przedsiębiorca ma władzę nad swoimi klientami, co z kolei stanowi element definicji pozycji dominującej (D. Geradin, P. Hofer, F. Louis, N. Petit, M. Walker, *The concept of dominance in EC competition law*, 2005, <https://ssrn.com/abstract=770144>) (data wejścia: 2.06.2020 r.).

⁵²⁴ Wytyczne, pkt 36.

31.1. Pojęcie i rodzaje rabatów

Egzekwowanie przestrzegania przez kontrahentów zobowiązania wyłącznego zakupu może być wspierane z jednej strony przez stosowanie negatywnych konsekwencji w stosunku do klientów, którzy dokonują zakupów od innych dostawców, z drugiej natomiast przez oferowanie różnego typu „wynagrodzenia” za przestrzeganie tego zobowiązania⁵²⁵, w tym zachęty w postaci obniżenia ceny zamawianych produktów lub usług. Pojęcie rabatu⁵²⁶ należy definiować jako zniżkę, ustępstwo procentowe od ustalonej ceny towaru lub usługi⁵²⁷. Udzielanie odbiorcom (niekoniecznie konsumentom) rabatów jest praktyką powszechnie stosowaną przez przedsiębiorców, zwykle stanowiąc jeden z kluczowych obszarów negocjacji pomiędzy kontrahentami⁵²⁸. Często nie są to proste obniżki ceny przyznawane w ramach pojedynczej transakcji, a mniej lub bardziej skomplikowane systemy rabatowe mające na celu poprawienie pozycji konkurencyjnej oraz pozyskanie klienta i związanie go z danym przedsiębiorcą przez dłuższy okres⁵²⁹. Tego typu polityki handlowe projektowane i stosowane są głównie przez przedsiębiorców posiadający silną pozycję rynkową i dysponujących rozbudowaną siecią dystrybutorów lub nabywców. Niemniej jednak warto zaznaczyć, że systemy rabatowe stosowane są również przez małych i średnich przedsiębiorców zmuszonych do udzielania znacznej wysokości rabatów pod wpływem presji konkurencyjnej ze strony większych dostawców.

Różnorodność form obniżek cenowych stosowanych w ramach polityk handlowych przedsiębiorców powoduje konieczność dokonania ich klasyfikacji. Wyróżnia się wiele różnych kategorii rabatów, których podział zależy od przyjętego kryterium.

Przede wszystkim rabaty można podzielić ze względu na uzależnienie ich udzielenia od określonego działania lub zaniechania po stronie odbiorcy. W oparciu o to kryterium wyróżnia się rabaty bezwarunkowe, tj. obniżki udzielane bez konieczności podjęcia przez odbiorcę jakiegokolwiek działania lub zaniechania, oraz rabaty warunkowe, których

⁵²⁵ Komisja zauważa w Wytycznych, że dominant może mieć obowiązek zrekompensowania odbiorcom, w całości lub części, strat wynikających z pogorszenia konkurencji spowodowanej wyłącznością (Wytyczne, pkt 34).

⁵²⁶ Rabaty określa się również jako premie, dyskonty lub upusty (K. Kohutek, *Polityka rabatowa przedsiębiorców dominujących w świetle orzecznictwa z zakresu prawa konkurencji*, Głosa 4/2012, str. 87).

⁵²⁷ A. Stawicki, [w:] E. Stawicki, A. Stawicki (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016, str. 399; A. Szmigielski, *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016, str.11.

⁵²⁸ K. Klehr, *Polityka rabatowa przedsiębiorców dominujących w świetle orzecznictwa z zakresu prawa konkurencji*, Głosa 4/2012, str. 87.

⁵²⁹ A. Szmigielski, *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016, str.12.

przyznanie zależy od tego, czy podmiot uprawniony zachowa się w określony sposób⁵³⁰. Bez spełnienia warunku mechanizm rabatowy nie zostanie aktywowany, natomiast w przypadku częściowego spełnienia warunku, rabat może być przyznany w ograniczonym zakresie. Warunek uprawniający do otrzymania obniżki cenowej może zostać określony między innymi w taki sposób, że odbiorca wynagradzany będzie za przestrzeganie wyłączności zakupu. Warto jednocześnie zauważyć, że warunkiem przyznania rabatu może być zarówno wyłączność zakupu w formie bezpośredniej, jak i pośredniej (np. rabat przyznawany za utrzymywanie określonego poziomu zapasów). W kategorii rabatów warunkowych wyróżnia się szereg podkategorii.

Po pierwsze, rabaty ilościowe (zwane również rabatami „czysto” ilościowymi), których wysokość uzależniona jest wyłącznie od ilości zakupionych produktów. Wielkości zakupów uprawniające do uzyskania obniżki określone powinny zostać przy tym poprzez wskazanie progów zakupowych jednakowych dla wszystkich odbiorców.

Po drugie, rabaty lojalnościowe (zwane również rabatami „za wierność” lub „za wyłączność”), oznaczające rabaty udzielane pod warunkiem realizacji przez nabywcę całości lub znacznej części swojego zapotrzebowania na daną kategorię produktów u dostawcy udzielającego rabatu. W tym wypadku udzielenie rabatu warunkowane jest bezpośrednim zobowiązaniem odbiorcy do wyłączności zakupów. Szczególny wariant rabatu lojalnościowego stanowi rabat za udział w rynku (ang. *market-share rebates*) polegający na uzależnieniu udzielenia obniżki od realizacji przez nabywcę określonej części jego potrzeb zakupowych u dostawcy. Możliwe jest również zastosowanie przez dominanta mechanizmu polegającego na stopniowej degradacji wysokości rabatu proporcjonalnie do obniżenia udziału produktów dominanta w całości zakupów odbiorcy. W rezultacie stosowania rabatów lojalnościowych negatywne konsekwencje poniosą konkurenci dominanta, którzy pozbawieni będą możliwości konkurowania o zapotrzebowanie klientów.

Po trzecie, rabaty docelowe polegające na uwarunkowaniu przyznania rabatu od zakupu przez odbiorcę we wskazanym okresie określonej ilości produktów dominanta lub zakupu produktów o określonej wartości⁵³¹. Cel zakupowy może przy tym zostać ustalany na tym samym poziomie dla wszystkich klientów lub określonej ich grupy, jak również odrębnie dla

⁵³⁰ D. G. Goyder, *EC Competition Law*, Oxford 2003, s. 291. Komisja zdefiniowała w Wytycznych rabaty warunkowe jako rabaty udzielane odbiorcom, by wynagrodzić ich za przejawianie określonych zachowań nabywczych (pkt 37 Wytycznych).

⁵³¹ M. Sendrowicz i M. Szwał definiują rabaty docelowe jako formę polityki rabatowej stosowanej przez przedsiębiorców polegającą na ustaleniu wielkości lub wartości zamówień, których zrealizowanie w danym okresie uprawnia odbiorcę towaru do uzyskania upustu (M. Sendrowicz, M. Szwał, *Prawo konkurencji. Podstawowe pojęcia*, Warszawa 2007, str. 25).

każdego odbiorcy. W przypadku indywidualnego ustalenia celu wymagany poziom zakupów może zostać ustalony w odniesieniu do zakupów zrealizowanych w poprzednim okresie (np. kwartale). Taki warunek zbliżony jest do zobowiązania minimalnych zamówień stanowiącego pośrednią formę wyłączności zakupów. W tej sytuacji wypełnienie zobowiązania przez odbiorcę nagrodzone zostaje natomiast korzyścią w postaci udzielonej obniżki.

Ze względu na zakres produktów objętych obniżką cenową wynikającą ze spełnienia warunku osiągnięcia określonego progu zakupowego (w przypadku rabatów docelowych i „czysto” ilościowych) wyróżnia się rabaty retroaktywne (rabaty z mocą wsteczną)⁵³², w przypadku których obniżką objęte są wszystkie produkty nabyte w procesie dochodzenia do progu zakupowego, oraz rabaty przyrostowe, kiedy to obniżka dotyczy jedynie produktów nabytych po osiągnięciu progu zakupowego.

Ze względu na przedmiot rabatu można wyróżnić rabaty jednoproduktowe, obejmujące wyłącznie jeden rodzaj produktu lub usług, oraz rabaty wieloproduktowe, dotyczące produktów różnych rodzajów⁵³³. Rabaty te nazywane są również rabatami pakietowymi lub wiązanymi. Ze względu na swój charakter rabaty te mogą stanowić nadużywanie pozycji dominującej polegające na sprzedaży związanej. Taka kwalifikacja jest uzasadniona np. w przypadku, gdy przyznanie rabatu na jeden rodzaj produktów uzależnione jest od jednoczesnego zakupu produktów należących do innej kategorii. W tym zakresie warto zwrócić uwagę na pośrednią formę wyłączności zakupu w postaci zobowiązania pełnego asortymentu, do którego spełnienia odbiorca może być zachęcany przez dostawcę obietnicą udzielenia rabatu wieloproduktowego.

31.2. Kwalifikacja polityki rabatowej jako formy nadużywania pozycji dominującej

Stosowanie rabatów przez przedsiębiorców nie powinno co do zasady wzbudzać wątpliwości pod kątem prawa antymonopolowego. Obniżenie cen produktów lub usług zwykle będzie bowiem prowadzić do prokonkurencyjnego skutku w postaci obniżenia końcowej ceny jaką za dany produkt lub usługę musi zapłacić konsument⁵³⁴. Niemniej jednak rabaty warunkowe mogą w pewnych okolicznościach powodować konieczność interwencji

⁵³² Zwane również jako tzw. *first-dollar discounts*.

⁵³³ Rabaty wieloproduktowe określane są również jako „mieszana sprzedaż pakietowa” występująca w sytuacji, gdy dwa lub więcej produktów są sprzedawane zarówno łącznie, jak i oddzielnie, przy czym nabycie pakietu tych produktów razem jest korzystniejsze cenowo dla nabywcy (S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, Londyn 2009, str. 276-277; I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji – ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013, str. 10.

⁵³⁴ Przy założeniu, że obniżka zostanie przez dystrybutora, przynajmniej częściowo „przeniesiona” na końcową cenę produktu oferowanego konsumentowi.

organów antymonopolowych jako praktyki wywołujące antykonkurencyjny skutek na danym rynku właściwym. Należy przy tym zaznaczyć, że taki skutek może zostać spowodowany wyłącznie, w przypadku gdy rabaty stosowane są przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą⁵³⁵. Zarówno polska ustawa antymonopolowa, jak i TfUE nie regulują *expressis verbis* zagadnienia systemów rabatowych. Podstawą kwalifikacji prawnej praktyki udzielania rabatów powinny zatem być ogólne przepisy art. 9 u.o.k.i.k. oraz art. 102 TfUE.

Polityka rabatowa stosowana przez dominanta może powodować zamknięcie dostępu do rynku jego konkurentom, a tym samym działanie to może zostać zakwalifikowane jako praktyka wykluczająca. Na gruncie polskiej ustawy antymonopolowej takie działanie będzie spełniać przesłanki praktyki polegającej na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.i.k.). Za posiadające skutek wykluczający uznane mogą zostać przede wszystkim rabaty lojalnościowe, których istota polega na ograniczeniu odbiorcy w zakresie źródeł zaopatrzenia wyłącznie do dominanta⁵³⁶ oraz rabaty docelowe, które w przypadku odpowiedniego ich zaprojektowania, tj. określenia wysokości progów zakupowych, okresu referencyjnego oraz produktów objętych rabatem mogą prowadzić do efektu w postaci zaopatrywania się odbiorcy wyłącznie u dominanta.

Przyznawanie rabatów wieloproduktowych może zostać uznane za praktykę polegającą na stosowaniu sprzedaży wiązanej (art. 9 ust. 2 pkt 4 u.o.k.i.k. oraz art. 102 pkt d TfUE).

Jednocześnie warto zauważyć, że stosowana przez dominanta polityka rabatowa może zostać potraktowana jako przejaw dyskryminacji, tj. praktyki opisanej w art. 9 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. oraz art. 102 pkt c TfUE. Zgodnie z treścią tego przepisu zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej polegające na stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji⁵³⁷. W praktyce możliwe jest, że za pomocą stosowania odpowiednio skonstruowanych rabatów dominant stworzy nierówne warunki konkurowania dla przedsiębiorców działających na rynku niższego szczebla. Taka sytuacja może mieć miejsce w przypadku przyznawania rabatów różnej wysokości, ustalania różnych progów zakupowych uprawniających do uzyskania obniżki lub stosowania różnych okresów

⁵³⁵ Pkt 57 wyroku SPI z 30.09.2003 r. w sprawie T-203/01 *Michelin II*; Pkt 58 wyroku Trybunału z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P *British Airways*.

⁵³⁶ B. Majewska-Jurczyk, *Dominacja w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Wrocław 1998, str. 67.

⁵³⁷ Tak: C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 258-262; A. Jurkowska, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, str. 647; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, str. 376.

referencyjnych, w trakcie których odbiorca musi dokonać zakupów⁵³⁸. Oznacza to, że polityka rabatowa traktowana może być jako praktyka eksploatacyjna⁵³⁹. Jako praktyka dyskryminacyjna mogą zostać uznane przede wszystkim rabaty docelowe, szczególnie w przypadku ustalenia dla klientów różnych progów zakupowych.

W doktrynie prawa antymonopolowego wskazuje się również na możliwość uznania polityki rabatowej za drapieżnictwo cenowe (art. 9 ust. 2 pkt 1 u.o.k.i.k. oraz art. 102 pkt a TfUE). Teza ta uzasadniana jest skutkiem zastosowania rabatów w postaci obniżenia ceny faktycznie płaconych przez odbiorców do poziomu zakazanego przez prawo⁵⁴⁰. Jednocześnie warto zwrócić uwagę na stanowisko Komisji, która stwierdza, że w przeciwieństwie do rabatów warunkowych, praktyki drapieżnicze zawsze związane są z poświęceniem pewnej części zysków przez dominanta⁵⁴¹.

W oparciu o powyższe należy stwierdzić, że stosowanie rabatów warunkowych może zostać zakwestionowane na gruncie różnych przepisów prawa antymonopolowego. Przede wszystkim praktyka ta w określonych sytuacjach spełnia przesłanki uznania jej za działanie polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Praktyka ta może zostać również uznana za działanie o charakterze dyskryminacyjnym, sprzedaż wiążaną lub drapieżnictwo cenowe.

31.3. Prokonkurencyjne skutki stosowania rabatów warunkowych przez przedsiębiorców dominujących

W doktrynie prawa antymonopolowego, jak i w dokumentach organów ochrony konkurencji, powszechnie przyjmuje się, że rabaty warunkowe mogą wywoływać szereg prokonkurencyjnych skutków⁵⁴². Warto zaznaczyć, że np. rabaty lojalnościowe stosowane są nie tylko przez przedsiębiorców dominujących, ale także przez podmioty o słabszej pozycji rynkowej, których pozycja nie pozwala na osiągnięcie przez nich skutku antykonkurencyjnego⁵⁴³.

⁵³⁸ Pkt 56-57 i pkt 65 wyroku SPI z 30.09.2003 r. w sprawie T-203/01 *Michelin II*; pkt 143-145 wyroku Trybunału z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P *British Airways*.

⁵³⁹ E. Rousseva, *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, Oxford-Portland 2010, str. 217.

⁵⁴⁰ A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016, str. 399.

⁵⁴¹ Wytoczne, pkt 37.

⁵⁴² A. Szmigielski, *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016, str. 63.

⁵⁴³ S. Bishop, *Delivering benefits to consumers or per se illegal? Assessing the competitive effects of loyalty rebates* [w:] *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket, Swedish Competition Authority, 2005, str. 71.

Po stronie odbiorcy podstawowym prokonkurencyjnym skutkiem stosowania rabatów warunkowych jest obniżenie końcowej ceny za towar lub usługę⁵⁴⁴ co wynika z rozwiązania tzw. problemu podwójnej marży (ang. *double marginalization*) i polega na tym, że cena producenta, zawierająca już jego marżę, zostaje podwyższona przez dystrybutora produktu o wysokość jego marży, co w konsekwencji prowadzi do tego, że końcowa cena, jaką konsument musi zapłacić za produkt, zostaje podwyższona o dwie marże (producenta i dystrybutora). Możliwe jest oczywiście rozwiązanie problemu podwójnej marży poprzez sprzedaż produktów przez producenta po wysokości kosztów poniesionych przy wyprodukowaniu produktu lub braku obarczenia marżą ceny produktu oferowanego przez dystrybutora odbiorcom końcowym. W praktyce jednak taka decyzja dostawcy lub dystrybutora nie byłaby racjonalna. Otrzymanie rabatu zwiększa motywację odbiorcy do polepszenia warunków zakupu dla swoich klientów, ponieważ obniżenie ceny finansowane jest faktycznie przez dostawcę. Korzysta na tym również dostawca, któremu co do zasady zależy na jak najbardziej korzystnej (tj. jak najniższej) cenie końcowej dla konsumenta nabywanego towaru lub usługi, a tym samym zwiększenia rotacji swoich produktów w punkcie sprzedaży; wpływa to bowiem później na zwiększenie ilości lub częstotliwości zakupów dokonywanych przez odbiorcę⁵⁴⁵. W przypadku rabatów docelowych dochodzi do tego świadomość dostawcy, że w przypadku osiągnięcia odpowiedniego poziomu zakupów w danym okresie referencyjnym otrzyma on odpowiednią obniżkę retro- lub proaktywną. Udzielanie tego typu rabatów stymuluje zatem odbiorców do skupienia większej uwagi i środków na dodatkowym promowaniu produktów objętych rabatami. Często bowiem dostawca jest przedsiębiorcą *de facto* finansującym akcje marketingowe, którymi objęte są jego produkty w placówce handlowej. W skrajnym przypadku ten bezsprzecznie pozytywny efekt często możliwy jest do osiągnięcia poprzez stosowanie rabatów wyłącznościowych, zobowiązujących odbiorcę do niesprzedawania produktów konkurenta dostawcy, a tym samym skupienia całej uwagi i wysiłków odbiorcy na promowaniu jednego produktu z danej kategorii.

W przypadku systemu dystrybucyjnego nieobejmującego systemu rabatowego dostawca może wstrzymać się z poniesieniem dodatkowych kosztów w celu przeprowadzenia szkoleń lub innego rodzaju inwestycji mającej na celu zwiększenie sprzedaży produktów przez odbiorcę bojąc się, że nakłady te przysłużą się w przyszłości do promowania towarów

⁵⁴⁴ K. Bułakowski, *Rabaty stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w latach 2011-2015*, IKAiR nr 5(6)/2017, str. 29.

⁵⁴⁵ Wyjątek stanowią dobra luksusowe, których producentom zwykle zależy na utrzymywaniu odpowiednio wysokiej ceny końcowej produktów.

lub usług jego konkurentów (problem zatoru). Również ten problem można rozwiązać poprzez skoncentrowanie uwagi odbiorcy na sprzedaży wyłącznie produktów dostawcy udzielającego rabatu. W tym wypadku konsument uzyskać może nie tylko lepszą cenę, lecz również zapewniona zostanie mu lepsza obsługa lub pełniejsza informacja o nabywanym produkcie. Należy również zaznaczyć, że w konsekwencji stosowania rabatów warunkowych zakupiona może zostać przez odbiorcę większa ilość towaru, co może prowadzić do efektywniejszej alokacji zasobów.

Po stronie dostawcy stosowanie rabatów może pozytywnie wpłynąć na konkurencję rynkową. Dzieje się tak w przypadku, kiedy konkurenci są w stanie obniżyć cenę produktu lub usługi do poziomu ceny oferowanej przez przedsiębiorcę po zastosowaniu rabatu. W konsekwencji ostateczna cena dla odbiorcy będzie niższa bez względu na to, z której oferty skorzysta. Stosowanie obniżek stanowi, obok między innymi polepszenia jakości oferowanych produktów, jedno z narzędzi umożliwiających przedsiębiorcy sprostanie konkurencji na rynku, pozytywnie ją tym samym wspierając. Rabaty wpływają również pozytywnie na efektywność przedsiębiorcy. Udzielenie rabatu powoduje zwiększenie ilości kupowanego towaru przez nabywców, co w konsekwencji może doprowadzić do korzyści skali i poprawienia wydajności przedsiębiorcy. Powyższe może prowadzić do efektywnego pokrywania kosztów stałych⁵⁴⁶. Przedsiębiorcy udzielający okresowych rabatów warunkowych mogą też liczyć na zwiększenie rozpoznawalności danego towaru lub usługi wśród aktualnych lub potencjalnych klientów. Towar oferowany po obniżonej cenie jest bowiem bardziej interesujący, a szanse na jego sprzedaż większe. Podobnie wykorzystanie rabatu jako narzędzia stosunkowo szybkiego zwiększenia zakresu dostępności oferowanego produktu może być stosowane w celu weryfikacji popytu na nowy produkt⁵⁴⁷.

Zarówno po stronie odbiorcy, jak i dostawcy rabaty stosowane są również w celu wyprzedania towaru, którego przedsiębiorca nie zdołał sprzedać po normalnej cenie. Jej obniżenie pozwala szybko i skutecznie pozbyć się zalegającego towaru, tzn. sprzedać klientom lub konsumentom, a w pewnych wypadkach dodatkowo uniknąć kosztów ich utylizacji (np. w przypadku towarów spożywczych).

⁵⁴⁶ A. Szmigielski, *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016, str. 63-64.

⁵⁴⁷ Praktyka ta nazywana jest nauką przez działanie (ang. *learning-by-doing*).

31.4. Antykonkurencyjne skutki stosowania rabatów warunkowych przez przedsiębiorców dominujących

Można wskazać dwa podstawowe negatywne dla konkurencji skutki stosowania rabatów przez przedsiębiorców dominujących.

Po pierwsze, rabaty te mogą powodować antykonkurencyjne wykluczenie konkurentów (ang. *foreclosure effect*). Jak zaznacza Komisja w Wytycznych, termin ten odnosi się do sytuacji, gdy efektywny dostęp aktualnych lub potencjalnych konkurentów do towarów lub usług, lub rynków jest utrudniony lub uniemożliwiony wskutek działania przedsiębiorstwa (przedsiębiorcy) dominującego⁵⁴⁸. Stosowanie niektórych typów rabatów przez przedsiębiorców dominujących może prowadzić do utrudnienia lub uniemożliwienia konkurentom dotarcia do klientów poprzez „związanie” nabywców z jednym dostawcą. Ten skutek powodowany jest przede wszystkim przez rabaty lojalnościowe oraz rabaty docelowe. W skrajnym przypadku ostatecznym efektem ich stosowania może być nawet wyjście z rynku obecnych konkurentów, którzy chociaż byli tak samo efektywni jak przedsiębiorca dominujący, nie mogli dotrzeć z oferowanymi przez siebie produktami do liczby klientów wystarczającej do osiągnięcia przez dostawców granicy opłacalności. W przypadku konkurentów potencjalnych chodzi o tworzenie barier wejścia uniemożliwiających samo rozpoczęcie opłacalnej działalności na danym rynku. Komisja zaznacza również, że w wyniku antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku przedsiębiorca dominujący może podnieść ceny, co z kolei spowoduje szkodę po stronie bezpośrednich lub pośrednich użytkowników produktów, tj. klientów lub konsumentów. Komisja wskazała również na czynniki, które są brane pod uwagę oceniając, czy wykluczenie nastąpiło oraz jaki był stopień jego nasilenia⁵⁴⁹. Po pierwsze jest to pozycja dominująca przedsiębiorcy. Im silniejsza jest pozycja rynkowa przedsiębiorcy, tym bardziej prawdopodobne jest wystąpienie antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku. Silniejszy przedsiębiorca ma bowiem większe możliwości kreowania środowiska rynkowego. Istotne dla oceny są również warunki wejścia na rynek oraz ekspansji na rynku właściwym. W szczególności Komisja wskazuje na efekty skali oraz sieci. Chodzi w tym wypadku o stopień pokrycia rynku przez praktykę stosowaną przez dominanta. Kolejnymi czynnikami branymi pod uwagę są: pozycja konkurentów przedsiębiorcy dominującego (presja konkurencyjna) oraz pozycja jego odbiorców (wyrównawcza siła nabywcza). Istotne jest również to, przez jak długi czas trwa domniemane nadużycie. Komisja wskazuje, że im dłużej ono trwa i im bardziej regularnie jest

⁵⁴⁸ Wytyczne, pkt 19.

⁵⁴⁹ Wytyczne, pkt 20.

ono podejmowane, tym większe jest prawdopodobieństwo wystąpienia efektu zamknięcia dostępu do rynku. Jako czynniki brane pod uwagę przez Komisję wskazane zostały również dowody faktycznego zamknięcia dostępu do rynku oraz bezpośrednie dowody stosowania strategii wyłączającej. Wydaje się oczywiste, że dowody zamknięcia dostępu do rynku powinny być brane pod uwagę przy analizie tego czy takie zamknięcie występuje. Co istotne, należy wskazać, że oceniając czy nastąpiło zamknięcie dostępu do rynku oraz jego stopień, Komisja będzie brała pod uwagę same wyniki przedsiębiorcy dominującego i jego konkurentów. Zwiększenie udziału rynkowego oraz marginalizacja konkurentów stanowią oczywisty cel stosowania nadużycia przez przedsiębiorcę dominującego. Co do dowodów stosowania strategii wyłączającej, to bez wątpienia stanowią one jednoznaczną wskazówkę dla organu antymonopolowego, że tego typu skutek rynkowy mógł nastąpić. Niemniej jednak chęć zamknięcia dostępu do rynku nie powinna sama w sobie determinować twierdzenia, że do takiego wykluczenia mogło dojść, a tym bardziej że do niego faktycznie doszło.

Jak wskazuje Komisja, stosowanie przez przedsiębiorcę dominującego rabatów retroaktywnych (rabatów z mocą wsteczną) zwiększa prawdopodobieństwo wystąpienia efektów w postaci antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku⁵⁵⁰. Zachęta w postaci uzyskania rabatu na wszystkie dotychczas dokonane zakupy jest bowiem wyjątkowo silna i może skutecznie zniechęcić klienta do dokonania zakupów u innego dostawcy. Oczywiste jest również, że im bliżej osiągnięcia określonego progu zakupowego znajduje się nabywca, tym jego motywacja do zmiany dostawcy jest mniejsza. Należy uznać, że kulminacja tego procesu ma miejsce w przypadku ostatniej jednostki produktu zakupionej przed przekroczeniem progu. Znaczenie w tym zakresie ma także wysokość progu zakupowego, którego osiągnięcie uprawnia do przyznania obniżki, a także wysokość rabatu poniżej progu, tj. rabatu przyznawanego w oderwaniu od efektu objęcia obniżką wstecznych zakupów. Proces stopniowego zwiększenia siły związania odbiorcy z jednym dostawcą wraz ze wzrostem łącznej ilości lub wartości dokonanych zakupów nazywany jest efektem zasysania (ang. *suction effect*), dającego się w skrócie opisać stwierdzeniem, że o ile zmiana dostawcy nie jest trudna na początku współpracy handlowej (przy założeniu, że sam rabat nie jest wysoki, a próg szybko osiągalny), o tyle na dalszym jej etapie wraz z realizacją kolejnych zakupów, a tym samym przybliżaniem się do osiągnięcia progu skutkującego otrzymaniem dodatkowego rabatu na wszystkie zakupy, decyzja o zmianie stopniowo staje się dla nabywcy coraz mniej opłacalna. Chcąc przyciągnąć do siebie klienta, konkurent przedsiębiorcy

⁵⁵⁰ Wytyczne, pkt 40.

dominującego musiałyby w takim wypadku zaproponować mu nie tylko cenę lepszą niż cena po rabacie, ale także obniżoną do poziomu rekompensującego klientowi korzyści, które uzyskałby on po osiągnięciu progu zakupowego przy współpracy z przedsiębiorcą dominującym. Cenę tę nazywa się ceną efektywną. Możliwa jest również sytuacja, kiedy to pozycja rynkowa przedsiębiorcy udzielającego rabatu jest tak silna, że jest on nieuniknionym partnerem handlowym odbiorcy. W takim przypadku część wolumenu zakupowego (potrzeb odbiorcy) będzie musiała być zaspokajana u przedsiębiorcy dominującego. Ta część potrzeb zakupowych odbiorcy nazywana jest udziałem niepodważalnym.

Po drugie, stosowanie rabatów może powodować skutek w postaci dyskryminacji cenowej klientów. Taki efekt wywołany zostanie przede wszystkim, gdy przedsiębiorca dominujący będzie udzielał nabywcom rabatów różnej wysokości. Dyskryminacja cenowa może jednak mieć miejsce również w innych sytuacjach. Przedsiębiorca dominujący może na przykład stosować zindywidualizowane progi zakupowe. Wówczas to nie wszyscy nabywcy, którzy zakupili taką samą ilość produktów lub produkty o takiej samej łącznej wartości, otrzymają rabat. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na stosowanie rabatów wzrostowych (szczególnego typ rabatów docelowych), których udzielenie uzależnione jest od procentowego wzrostu wartości lub ilości zakupów danego przedsiębiorcy w stosunku do poprzedniego okresu. W takim przypadku dokonanie takich samych zakupów przez dwóch nabywców, w przypadku jednego z nich może skutkować udzieleniem rabatu, podczas gdy inny klient z uwagi na realizację większych zakupów w poprzednim okresie, a tym samym brak osiągnięcia celu wzrostowego, rabatu nie otrzyma. Przejawem dyskryminacji cenowej może być również różnicowanie innych elementów mechanizmu rabatowego, w tym stosowanie różnych okresów referencyjnych, w trakcie których nabywca musi dokonać zakupów, lub różnicowanie zakupów objętych rabatem. W tym ostatnim przypadku dominant może udzielać jednemu przedsiębiorcy rabatu retroaktywnego, podczas gdy inny przedsiębiorca uprawniony będzie do mniej korzystnego rabatu proaktywnego.

31.5. Zasady oceny antymonopolowej rabatów warunkowych w świetle Wytycznych Komisji

Wyrazem wprowadzenia podejścia ekonomicznego przy ocenie praktyk stosowanych przez przedsiębiorców dominujących była (przynajmniej formalna) zmiana podejścia Komisji do rabatów warunkowych, w tym w szczególności rabatów lojalnościowych oraz docelowych. Wydane Wytyczne wskazują na rezygnację z zakazu *per se* na rzecz oceny praktyki w oparciu

o test równie efektywnego konkurenta⁵⁵¹. Należy przy tym zwrócić uwagę, że Komisja pozostawiła sobie pewnego rodzaju furtkę stwierdzając, że w przypadku gdy wydaje się, że działanie dominanta może jedynie zaszkodzić konkurencji i nie przynosi żadnych korzyści w postaci wzrostu efektywności, można przypuszczać, że wywołuje ono skutki antykonkurencyjne i Komisja nie musi przeprowadzać szczegółowej oceny przed stwierdzeniem niezgodności danego działania z unijnym prawem antymonopolowym⁵⁵². Jako przykład takiej sytuacji Komisja wskazała działanie przedsiębiorcy dominującego, polegające na stosowaniu wobec swoich klientów zachęt finansowych, pod warunkiem że nie będą oni wypróbowywali produktów konkurentów dominanta. W świetle przedmiotu niniejszej pracy należy zauważyć, że opisane powyżej ograniczenie konkurencji różni się od zakazu konkurencji w postaci wyłączności zakupu, która obejmuje zobowiązanie odbiorcy do niedokonywania zakupów od konkurentów dominanta. Nie powinno zostać potraktowane za naruszenie zasady wyłączności samo wypróbowanie produktów konkurencyjnych. Tym samym należy stwierdzić, że brak obowiązku przeprowadzenia dogłębnej analizy w przypadku wprowadzenia zakazu wypróbowania produktów innych dostawców nie wpływa na obowiązek Komisji przeprowadzenia takiej analizy w ramach dokonywania oceny antymonopolowej wyłączności zakupu.

Badanie potencjalnego skutku wykluczającego praktyki powinno być, zdaniem Komisji oparte na teście równie efektywnego konkurenta, u którego podstawy leży twierdzenie, że potrzeby konsumentów najlepiej zaspokajane są przez działalność najefektywniejszych przedsiębiorców⁵⁵³. Stosowanie tego testu ma na celu analizę potencjalnego wykluczenia konkurentów przez działania przedsiębiorcy dominującego, w oparciu o porównanie cen produktów z kosztami ich wytworzenia. W tym celu konieczne jest porównanie ceny do dwóch kluczowych wartości. Pierwsza z nich to długoterminowy średni koszt przyrostowy (ang. *Long-Run Average Incremental Cost – LRAIC*) oznaczający średnią wszystkich kosztów (zarówno zmiennych, jak i stałych) ponoszonych przez przedsiębiorcę w celu wytworzenia produktu. Druga wartość to średni koszt możliwy do uniknięcia (ang. *Average Avoidable Cost – AAC*) oznaczający średnią kosztów, których przedsiębiorca mógłby uniknąć, gdyby nie wytwarzał dodatkowej liczby produktów⁵⁵⁴. W przypadku gdy cena, po której przedsiębiorca dominujący oferuje produkty, jest niższa od ww. wartości, równie efektywny konkurent

⁵⁵¹ Wytyczne, pkt 41-46.

⁵⁵² Wytyczne, pkt 22.

⁵⁵³ K. Kohutek, *Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji*, PPH, lipiec 2010 s. 37; R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oksford-Portland-Oregon 2006, str. 189.

⁵⁵⁴ LRAIC jest zazwyczaj wyższy od AAC.

dominanta może zostać wykluczony z rynku, a tym samym Komisja, co do zasady, przyjmuje domniemanie antykonkurencyjnego charakteru praktyki. Test równie efektywnego konkurenta stanowi standardowy punkt odniesienia dla Komisji podczas oceny praktyk mogących powodować zamknięcie dostępu do rynku przez przedsiębiorców dominujących. W przypadku praktyki polegającej na stosowaniu polityki rabatowej schemat działania organu został jednak zmodyfikowany. Wypracowano mianowicie trzy możliwe kategorie, pod które podlegać mogą rabaty warunkowe w zależności od tego, jak wysoka jest rzeczywista cena. Jeżeli jest ona wyższa niż LRAIC, przyjmuje się, że taki rabat jest zgodny z art. 102 TfUE. Jeżeli cena ta jest niższa niż LRAIC, jednak wyższa niż AAC, konieczne jest zbadanie pozostałych czynników rynkowych⁵⁵⁵. Natomiast w przypadku, gdy cena rzeczywista znajduje się na poziomie niższym niż AAC przyjmuje się domniemanie zamknięcia dostępu do rynku dla równie efektywnych konkurentów, a zatem rabat taki należy uznać za nadużycie pozycji dominującej przez dostawcę⁵⁵⁶.

W przypadku rabatów retroaktywnych analiza dotyczyć będzie zakupów, które mogą zostać przeniesione od dostawcy będącego przedsiębiorcą dominującym udzielającym rabatu do jego konkurenta. Wolumen ten nazywany jest „podważalnym udziałem” (ang. *contestable share*). Dokonując analizy antymonopolowej tego typu rabatów, kluczowe znaczenie ma wysokość ceny rzeczywistej podważalnego udziału. W przypadku gdy przedsiębiorca dominujący jest nieuniknionym partnerem handlowym odbiorcy, a co za tym idzie dysponuje określonej wielkości udziałem niepodważalnym, będzie on starał się wykorzystać („lewarować”) „swoją część wolumenu” jako „dźwignię” pomagającą w osiągnięciu celu jakim jest zaspokojenie potrzeb klienta w zakresie podważalnej części popytu. W konsekwencji stosowania ww. modelu należy uznać, że im wyższa jest niepodważalna część popytu, tym większe prawdopodobieństwo wystąpienia efektu antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku. Nie budzi większych wątpliwości stwierdzenie, że im silniejszą pozycję posiada przedsiębiorca dominujący, a tym samym dominant będący jednocześnie nieuniknionym partnerem handlowym, tym większe jest ryzyko, że jego działania rynkowe mogą powodować skutki antykonkurencyjne, takie jak zamknięcie dostępu do rynku.

Komisja wskazuje w Wytycznych, że istotne znaczenie dla oceny systemu rabatowego ma sposób ustalenia progu zakupowego, po którego osiągnięciu klienci uzyskaliby rabat retro- lub proaktywny. Większe prawdopodobieństwo wystąpienia skutków antykonkurencyjnych istnieje przy stosowaniu rabatów o zindywidualizowanych progach

⁵⁵⁵ Wytyczne, pkt 43.

⁵⁵⁶ Wytyczne, pkt 44.

(w tym także progach określonych jako część ogólnych potrzeb nabywcy). W takim bowiem wypadku dostawca może ustalić próg dla każdego odbiorcy w taki sposób, aby skutecznie zniechęcić go do zmiany dostawcy. Taki efekt jest mniej prawdopodobny w przypadku progów standardowych, tj. takich samych dla wszystkich odbiorców lub określonej grupy odbiorców. Komisja może uznać taki system za wywołujący skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku, jeżeli próg zakupowy zostanie ustalony na poziomie potrzeb zaopatrzeniowych znacznej części klientów⁵⁵⁷.

31.6. Ewolucja podejścia w zakresie oceny antymonopolowej rabatów lojalnościowych oraz docelowych w orzecznictwie sądów unijnych

W niniejszej części pracy przedstawiono wyniki analizy najważniejszych wyroków Trybunału i Sądu w sprawach dotyczących rabatów lojalnościowych i rabatów docelowych. Jednocześnie należy zaznaczyć, że orzecznictwo w zakresie szerszej kategorii rabatów warunkowych jest znacznie bogatsze. Zdaniem autora niniejszego opracowania wybrane wyroki są najbardziej adekwatne z punktu widzenia przedstawionego problemu badawczego.

31.6.1. Sprawa *Hoffmann-La Roche*

Sprawa ta dotyczyła największego wówczas producenta witamin, którego działanie zostało zakwestionowane przez Komisję i uznane za nadużywanie pozycji dominującej. Hoffmann-La Roche udzielał klientom rabatów, po uprzednim wyrażeniu przez nich zgody na pokrywanie całości lub istotnej części swego zapotrzebowania wyłącznie u dominanta. Progi zakupowe uprawniające do otrzymania obniżki określone były przy tym indywidualnie w oparciu o oszacowanie wielkości zapotrzebowania konkretnego klienta. Komisja uznała po pierwsze, że tego typu praktyka całkowicie znosi swobodę klientów w zakresie wyboru dostawcy poprzez fakt, że zakup produktów od innego dostawcy powodowałby skutek w postaci zniesienia rabatu na wszystkie produkty Hoffmann-La Roche oraz po drugie, że zakwestionowana praktyka powoduje skutek w postaci dyskryminacji klientów dominanta poprzez zastosowanie nierównych warunków zakupu (różnych cen) przy takich samych transakcjach dokonywanych przez różnych klientów w zależności od tego czy klient zaopatruje się wyłącznie u Hoffmann-La Roche, czy też korzysta również z usług jej konkurentów⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ Wytoczne, pkt 45.

⁵⁵⁸ Wyrok Trybunału z dnia 13.02.1979 r. w sprawie nr 85/76 *Hoffmann-La Roche*, str. 468.

W przedmiotowej sprawie po raz pierwszy dokonano rozróżnienia rabatów „czysto ilościowych” i rabatów lojalnościowych⁵⁵⁹. Rozpatrując odwołanie spółki Trybunał uznał, że w odróżnieniu od rabatów „czysto” ilościowych, które są bezpośrednio powiązane z ilością kupowanego produktu, rabaty lojalnościowe polegają na przekazaniu klientowi korzyści finansowej w zamian za powstrzymanie się od realizacji dostaw u konkurencyjnych dostawców. Trybunał podzielił również stanowisko Komisji, zwracając uwagę na dyskryminacyjny skutek stosowania rabatów lojalnościowych, stwierdzając, że rabaty te powodują zastosowanie różnych warunków do podobnych transakcji zawieranych z różnymi klientami, skutkiem czego klienci ci płacą różną cenę za taką samą ilość takiego samego produktu w zależności od tego czy nabywali produkty tego rodzaju wyłącznie od dominanta, czy też nie.

Dokonując oceny orzeczenia w sprawie Hoffmann-La Roche, należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że zarówno Komisja, jak i Trybunał uznały stosowanie przez przedsiębiorców systemu rabatów lojalnościowych za nadużycie pozycji dominującej bez poprzedzenia takiej konkluzji przeprowadzeniem badania faktycznych efektów rynkowych praktyki. Zgodnie z takim podejściem, antykonkurencyjny charakter rabatów lojalnościowych wynika z samej ich natury. Nie jest przy tym konieczne dokonanie analizy skutków rynkowych wywoływanych przez określoną praktykę, a zatem rabaty lojalnościowe zakazane są *per se*.

31.6.2. Sprawa *Michelin I*

Sprawa dotyczyła posiadającego pozycję dominującą przedsiębiorcy zajmującego się produkcją i sprzedażą opon samochodowych. Zakwestionowana przez Komisję praktyka Michelin polegała na przyznawaniu klientom zniżek cenowych, których udzielenie uwarunkowane było osiągnięciem przez dealerów rocznych celów sprzedaży. Progi zakupowe uprawniające do otrzymania obniżki były przy tym ustalane indywidualnie w oparciu o przeprowadzoną przez Michelin estymację potrzeb zakupowych danego klienta i były zazwyczaj z roku na rok coraz wyższe. Dealerzy informowani byli wyłącznie o celach zakupowych na dany okres. Nie mieli zatem pełnej wiedzy co do tego w jaki sposób kalkulowany jest należny im rabat.

Trybunał zauważył, że w odróżnieniu od rabatów udzielanych w sprawie Hoffmann-La Roche, rabaty udzielane przez Michelin nie miały charakteru rabatów lojalnościowych. Ich udzielenie nie było bowiem uzależnione od dokonywania zakupów jedynie u dominanta bez

⁵⁵⁹ Pkt 90 wyroku Trybunału w sprawie nr 85/76 *Hoffmann-La Roche*. Szerszej analizy rabatów „czysto” ilościowych SPI dokonał w wyroku w sprawie *Michelin II* (T-203/01)

możliwości korzystania z usług jego konkurentów. Przyznawane rabaty nie miały jednocześnie charakteru „czysto” ilościowego; nie były one bowiem oparte jedynie o ilość nabywanych produktów. Trybunał stwierdził zatem, że rabaty te tworzą „trzecią kategorię” obniżek, do których nie można zastosować ani domniemania ich legalności, ani też zakazu *per se*. W oparciu o powyższą konkluzję Trybunał stwierdził, że dokonując ich oceny antymonopolowej należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, a zwłaszcza kryteria i zasady przyznawania rabatu oraz zbadać czy oferowane korzyści nie bazują na uzasadnieniu ekonomicznym. Trybunał zaznaczył jednocześnie, że każdy system rabatowy, który uzależnia przyznanie obniżki od ilości produktów sprzedanych w dość długim okresie referencyjnym, pod koniec tego okresu nieuchronnie wywołuje wzrost presji na kupujących⁵⁶⁰. Zdaniem Trybunału czynniki, które należy wziąć pod uwagę dokonując analizy rabatów docelowych, to: okres referencyjny, pozycja rynkowa przedsiębiorcy dominującego, udział rynkowy konkurentów dominanta, transparentność systemu rabatowego oraz wysokość stopy dyskontowej.

Omawianego wyroku nie należy uznać za przejaw ekonomicznego podejścia. Dokonując wyodrębnienia rabatów „trzeciej kategorii”, Trybunał nie uznał co prawda tego typu obniżek za zakazane *per se* i podkreślił konieczność wzięcia pod uwagę wszystkich okoliczności sprawy (w tym zwłaszcza kryteria i zasady przyznawania rabatu, czyli transparentność systemu rabatowego, długość okresu referencyjnego, a także udział rynkowy dominanta i jego konkurentów). Trybunał stwierdził również, że należy zbadać, czy oferowane korzyści nie bazują na uzasadnieniu ekonomicznym. Nie należy jednocześnie w pełni zaakceptować przyjętego podejścia. Trybunał nie stwierdził bowiem, że ocena antymonopolowa rabatów wymaga przeprowadzenia analizy skutków rynkowych praktyki.

31.6.3. Sprawa *British Airways*

Sprawa ta dotyczyła największego, posiadającego pozycję dominującą, przedsiębiorcy lotniczego w Zjednoczonym Królestwie, który zawarł z agentami podróży porozumienia przyznające im prawo do prowizji od sprzedaży biletów lotniczych na przeloty organizowane przez tego przewoźnika. Porozumienia te zawierały trzy systemy finansowej motywacji kontrahentów, z których zakwestionowana została trzecia kategoria porozumień, tj. retroaktywna premia za rezultaty, polegająca na możliwości uzyskania przez agenta dodatkowej prowizji uzależnionej od wyników sprzedażowych agenta. Wyniki te mierzone

⁵⁶⁰ Pkt 81 wyroku Trybunału z 9.11.1983 r. w sprawie C-322/81 *Michelin I*.

były poprzez porównanie całkowitego wpływu ze sprzedaży biletów British Airways, wystawionych przez agenta w danym okresie, z wpływami uzyskanymi przez tego agenta w tym samym miesiącu roku ubiegłego. Dodatkowo nagradzana była sytuacja, kiedy to stosunek między wpływami w rozpatrywanym okresie i odpowiednim okresie referencyjnym wyniósł 95% natomiast jego poziom maksymalny został osiągnięty wtedy, gdy stosunek ten wynosił 120%.

Komisja uznała ww. praktykę za nadużycie polegające na stosowaniu systemu prowizji, który eliminował konkurencję na rynku poprzez wynagradzanie lojalności agentów oraz ich zróżnicowane traktowanie. Przedsiębiorca nie zgodził się z taką oceną twierdząc, że sporne rabaty stanowiły normalną konkurencję cenową oraz że należy odróżnić lojalność będącą zwykłą konsekwencją obniżki ceny od lojalności wynikającej ze stosowania antykonkurencyjnych praktyk. Decyzja Komisji po jej zaskarżeniu przez British Airways została podtrzymana przez Sąd, którego wyrok również został zaskarżony przez przedsiębiorcę.

Rozpatrujący sprawę Trybunał stwierdził, że Komisja słusznie skorzystała ze sposobu oceny rabatów „trzeciej kategorii” wypracowanego na gruncie wyroku w sprawie *Michelin I*. Stwierdził mianowicie, że w celu oceny tego typu rabatów należy najpierw zbadać, czy mogą wywołać one skutek w postaci wykluczenia, a następnie czy przyznane rabaty lub premie są obiektywnie uzasadnione z punktu widzenia gospodarczego. Trybunał stwierdził również, że z uwagi na silną pozycję rynkową przedsiębiorcy, jego konkurenci nie mogli wprowadzić systemu premiowego, którego skuteczność byłaby porównywalna do systemu stosowanego przez British Airways oraz że retroaktywny charakter powoduje silnie lojalnościowy skutek po stronie agentów⁵⁶¹. Zdaniem Trybunału dla stwierdzenia naruszenia art. 102 TfUE nie jest konieczne wykazanie spowodowania przez dane działanie konkurenta określonego skutku rynkowego, a wystarczające w tym zakresie jest wykazanie, że celem praktyki było ograniczenie konkurencji. Trybunał nie uznał argumentów przedsiębiorcy, który podnosił, że Sąd nie zbadał potencjalnych skutków praktyki, uznając, że wystarczający był fakt

⁵⁶¹ Takie rozumowanie Trybunału budzi wątpliwości przede wszystkim z dwóch powodów. Po pierwsze w wyroku wyrażono pogląd, że dla stwierdzenia antykonkurencyjnego charakteru rabatów docelowych wystarczy wykazanie, że budują one lojalność po stronie klientów. Twierdzenie to jest kwestionowane poprzez argumentację, że zdobycie lojalności klientów stanowi cel wszystkich działających na rynku przedsiębiorców. Trybunał nie dokonał jednocześnie rozróżnienia pomiędzy budowaniem lojalności klientów poprzez zwykłą obniżkę ceny produktów a obniżeniem jej w antykonkurencyjnych warunkach, kiedy to działanie to zmierza do wykluczenia konkurentów dominanta. Po drugie kwestionowany jest wyrażony przez Trybunał pogląd, zgodnie z którym okoliczność, że konkurentom dominanta trudno jest przedstawić lepszą od niego ofertę. Okoliczność ta nie wydaje się bowiem wystarczająca dla stwierdzenia antykonkurencyjnego charakteru praktyki. (K. Kohutek, *Nadużycie pozycji dominującej. Glosa do wyroku TS z dnia 15 marca 2007 r., C-95/04, Glosa 2009/2/84-98*).

wyjaśnienia przez Sąd funkcjonowania mechanizmów tych systemów, skutkujących zdobyciem lojalności.

Trybunał odrzucił również argumentację British Airways wskazującą na obiektywne uzasadnienie stosowanej praktyki, która zdaniem spółki pozwoliła na pokrycie wysokich kosztów stałych, co w konsekwencji pozwoliło na obniżenie cen biletów i oferowanie większej liczby lotów. Trybunał ocenił jednak, że dodatkowe wynagrodzenie dla agentów nie ma związku ze świadczeniem wzajemnym przedsiębiorcy wynikającym ze sprzedaży dodatkowych biletów. Trybunał przyjął zatem dość restrykcyjne stanowisko w zakresie obiektywnego uzasadnienia⁵⁶².

W omawianej sprawie Trybunał zaakceptował niejako brak dokonania analizy skutków rynkowych praktyki. Warto w tym kontekście przytoczyć fragment wyroku, w którym Trybunał stwierdził, że *BA nie może zarzucić Komisji braku wykazania, że praktyka BA powodowała wykluczający efekt. Po pierwsze, dla ustalenia naruszenia artykułu 82 EC, nie jest niezbędne wykazanie, że przedmiotowe nadużycie miało konkretny efekt na właściwy rynek. Wystarczające jest w tym zakresie wykazanie, że działanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą zwykle ogranicza konkurencję lub innymi słowy, że działanie prawdopodobnie może wywołać taki efekt*⁵⁶³. Trybunał skupił się jedynie na fakcie, że zakwestionowane działanie przedsiębiorcy może spowodować efekt w postaci zdobycia lojalności agentów. Jednocześnie stanowisko Trybunału należy ocenić negatywnie z uwagi na przyjęcie restrykcyjnego i zawężającego stanowiska w zakresie obiektywnego uzasadnienia praktyki polegającej na udzielaniu rabatów docelowych.

31.6.4. Sprawa *Tomra*

Przedmiotowa sprawa dotyczyła posiadającego pozycję dominującą producenta samoobsługowych urządzeń do odbioru opakowań po napojach⁵⁶⁴, którego działanie polegające na zawieraniu ze swoimi klientami porozumień w sprawie wyłączności, porozumień ustalających zindywidualizowane zobowiązania ilościowe oraz stosowanie zindywidualizowanych systemów udzielania rabatów z mocą wsteczną zostało zakwestionowane przez Komisję.

⁵⁶² Warto w tym kontekście przytoczyć wyrok Trybunału w sprawie *Michelin I*, w którym stwierdzono, że dla obiektywnego uzasadnienia praktyki nie jest wystarczające odwołanie się do usprawnienia produkcji lub dystrybucji (pkt 85-86 Wyroku Trybunału z 09.11.1983 r. w sprawie C-322/81 *Michelin I*).

⁵⁶³ Pkt 293 Wyroku SPI z 17.12.2003 r. w sprawie T-219/99 *British Airways*.

⁵⁶⁴ Są to urządzenia do zbierania zużytych opakowań po napojach, identyfikujące dostarczone opakowania na podstawie określonych parametrów, takich jak kształt lub kod kreskowy i obliczające wysokość kaucji, która powinna zostać zwrócona klientowi.

Unijny organ antymonopolowy stwierdził, że w celu utrzymania pozycji dominującej Tomra opracowała antykonkurencyjną strategię, która realizowana była m.in. poprzez stosowanie rabatów przyznawanych w odniesieniu do zindywidualizowanych ilości odpowiadających całemu lub prawie całemu popytowi. Rabaty takie mają, zdaniem Komisji, taki sam skutek jak klauzule wyłączności, ponieważ *de facto* prowadzą do zaopatrywania się przez klienta celem pokrycia całego lub prawie całego zapotrzebowania tylko u dominanta. Zdaniem Komisji, skutek wykluczający był wzmocniony przez fakt, że rabaty działały z mocą wsteczną co oznacza, że korzyść związana z przekroczeniem progu premii dotyczyła wszystkich zakupów dokonanych przez klienta w danym okresie (rabaty z mocą wsteczną) nie zaś wyłącznie części zakupów przekraczających dany próg (rabaty przyrostowe). W decyzji zważono również, że aby stwierdzić nadużycie w rozumieniu art. 82 WE *wystarczy wykazać, że stanowiące nadużycie zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą zmierza do ograniczenia konkurencji lub innymi słowy, że zachowanie to może mieć taki skutek.*

Skarga na ww. decyzję Komisji została oddalona przez Sąd⁵⁶⁵, którego wyrok został następnie zaskarżony przez Tomra.

Trybunał potwierdził zdanie Sądu, zgodnie z którym uzasadnienia praktyki wykluczającej nie można usprawiedliwić tym, że na pozostałej części rynku konkurencja nadal prowadzona jest na normalnych, rynkowych zasadach. Trybunał potwierdził, że ustalenie z góry, jaka jest wielkość związanej części rynku, której przekroczenie może powodować skutek w postaci wykluczenia konkurentów, byłoby jednak działaniem sztucznym i nie jest to wymagane w celu zastosowania art. 102 TfUE⁵⁶⁶.

Trybunał potwierdził, że system rabatowy należy uznać za sprzeczny z art. 102 TfUE, jeśli ma on za cel zapobieżenie zaopatrywaniu się u klientów przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą u konkurencyjnych producentów⁵⁶⁷, a także uznał, że w przypadku takiego mechanizmu nie jest konieczne przeprowadzenie analizy konkretnych skutków wywieranych przez system rabatowy; zgodnie bowiem z treścią art. 102 TfUE wystarczy wykazać, że zachowanie dominanta zmierza do ograniczenia konkurencji lub może mieć taki skutek.

Analizując wyrok w sprawie Tomra, należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że chociaż został on wydany już po wejściu w życie Wytycznych, to jednak nie były one dla

⁵⁶⁵ Wyrok SPI z 9.09.2010 r. w sprawie T-155/06 *Tomra*.

⁵⁶⁶ Pkt 46 Wyroku Trybunału z 19.04.2012 r. w sprawie C-549/10 P *Tomra*.

⁵⁶⁷ Pkt 72 Wyroku Trybunału z 19.04.2012 r. w sprawie C-549/10 P *Tomra*.

Trybunału wiążące, a sama decyzja Komisji wydana została przed ich wejściem w życie. Przechodząc do samej oceny wyroku, nie należy zgodzić się z twierdzeniami Trybunału, że dla uznania rabatów lojalnościowych za nadużycie pozycji dominującej wystarczy stwierdzenie, że ma on na celu zapewnienie lojalności klientów, a także, że bez znaczenia jest zakres rynku objęty daną praktyką. Przede wszystkim jednak nie należy zgodzić się, że do uznania za nadużycie nie jest konieczne przeprowadzenie analizy skutków rynkowych praktyki. W momencie wydania wyroku wprowadzone zostały już Wytyczne, które chociaż nie są dla Trybunału wiążące, to jednak stanowią pewnego rodzaju potwierdzenie świadomości organu o fakcie wywoływania przez rabaty warunkowe również skutków prokonkurencyjnych, a co za tym idzie braku możliwości zakwalifikowania rabatów (również lojalnościowych) za zakazane z samej swojej natury.

31.6.5. Sprawa *Intel*

Sprawa ta dotyczyła przedsiębiorcy zajmującego się projektowaniem, udoskonalaniem, produkcją i sprzedażą mikroprocesorów i innych komponentów półprzewodnikowych oraz rozwiązań dla platform w zakresie przetwarzania danych i urządzeń komunikacyjnych. W 2009 roku Komisja wydała decyzję, w której stwierdziła, że w okresie od października 2002 r. do grudnia 2007 roku Intel nadużywał swojej pozycji dominującej poprzez wdrożenie strategii mającej na celu wyeliminowanie swojego konkurenta, Advanced Micro Devices, Inc. (dalej: „AMD”) z rynku mikroprocesorów (CPU) o architekturze x86⁵⁶⁸. Komisja stwierdziła również, że AMD był w praktyce jedynym konkurentem Intel na tym rynku właściwym. W decyzji zakwestionowano m.in. zachowanie Intel polegające na przyznawaniu rabatów pod warunkiem zakupu procesorów wyłącznie od Intel (w przypadku Dell i Lenovo) lub znacznego pokrycia zapotrzebowania u tego producenta (95% w przypadku HP oraz 80% w przypadku NEC)⁵⁶⁹. Komisja stwierdziła, że rabaty przyznawane producentom sprzętu informatycznego miały charakter rabatów lojalnościowych. Po przeprowadzeniu testu równie skutecznego konkurenta, Komisja stwierdziła, że rabaty warunkowe stosowane przez Intel zapewniały mu lojalność najważniejszych producentów. Zdaniem Komisji, zakwestionowane praktyki ograniczyły swobodę wyboru producentów sprzętu informatycznego, a tym samym stanowiły nadużycie pozycji dominującej mające na celu wykluczenie AMD z rynku. Nie było ono jednocześnie obiektywnie uzasadnione i nie prowadziło do zwiększenia efektywności.

⁵⁶⁸ Decyzja Komisji z 13.05.2009 r. w sprawie nr COMP/C-3/37.990 *Intel*.

⁵⁶⁹ Decyzja Komisji z 13.05.2009 r. w sprawie nr COMP/C-3/37.990 *Intel*, pkt 23.

Decyzja została przez Intel zaskarżona do Sądu. W złożonej skardze przedsiębiorca podniósł szereg zarzutów, z których część dotyczyła zagadnienia rabatów warunkowych. Intel zakwestionował dokonaną przez Komisję kwalifikację prawną stwierdzając, że była ona zobowiązana do dokonania oceny ogólnego kontekstu faktycznego w celu ustalenia, czy zarzucane rabaty i wpłaty mogły ograniczyć konkurencję. Intel podniósł więc, że zanim Komisja uzna, że przyznanie rabatów jest sprzeczne z prawem antymonopolowym, powinna wykazać, że rabaty te rzeczywiście mogły spowodować wykluczenie konkurentów z rynku ze szkodą dla konsumentów (w przypadku zaś zachowania przeszłego Komisja powinna udowodnić, że zarzucane porozumienia rzeczywiście doprowadziły do wykluczenia konkurentów). Rozpatrując to zagadnienie, Sąd wskazał na ugruntowany już w orzecznictwie podział rabatów na rabaty ilościowe (zazwyczaj uważane za niewywołujące skutku wykluczającego), rabaty za wyłączność (sprzeczne z celem niezakłóconej konkurencji i mające za cel pozbawienie nabywcy możliwości wyboru źródła zaopatrzenia lub jej ograniczenie i zamknięcie innym producentom dostępu do rynku) oraz rabaty, w przypadku których przyznanie zachęty finansowej nie jest bezpośrednio związane z warunkiem wyłącznego lub prawie wyłącznego zaopatrywania się u dominanta, lecz gdzie mechanizm przyznawania rabatu również może mieć skutek promujący lojalność (tzw. rabaty trzeciej kategorii). Zdaniem Sądu, tylko w przypadku tego trzeciego rodzaju rabatów konieczne jest zbadanie wszystkich okoliczności sprawy w celu ustalenia czy rabat ten ma na celu pozbawienie nabywcy możliwości wyboru źródła zaopatrzenia. Z uwagi na zakwalifikowanie rabatów stosowanych przez Intel do drugiej z ww. kategorii Sąd uznał, że uznanie za nadużycie rabatu za wyłączność nie zależy od oceny okoliczności danego przypadku, stwierdzając jednocześnie, że brak badania okoliczności sprawy w przypadku rabatów za wyłączność uzasadniony jest faktem, że rabaty te, przyznawane przez dominanta, mają ze swojej natury zdolność ograniczenia konkurencji. Zdaniem Sądu, nie jest również możliwe, aby warunki wyłączności wywoływały pozytywne skutki, w przypadku gdy stosowane są przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą, z uwagi na fakt, że w takim przypadku stosowanie ww. praktyki prowadzi również do naruszenia struktury konkurencyjnej rynku. Intel uzasadniał twierdzenie, zgodnie z którym Komisja zobowiązana jest do przeprowadzenia analizy okoliczności danego przypadku w celu wykazania co najmniej potencjalnego skutku w postaci wykluczenia, powołując się między innymi na wyroki w sprawie *Michelin I* oraz *British Airways*. Rozstrzygnięcia te dotyczyły jednak tzw. rabatów trzeciej kategorii. Intel powołał się również na wyroki w sprawach *Deutsche Telekom*, *TeliaSonera* oraz *Post Danmark*, w których to Trybunał uznał, że *aby ustalić, czy*

przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą nadużyło tej pozycji poprzez stosowanie praktyk cenowych, należy poddać ocenie wszystkie okoliczności". Zdaniem Sądu, dotyczy to jednak analizowanych praktyk cenowych i nie ma wpływu na kwalifikację prawną rabatów za wyłączność⁵⁷⁰. Sąd stwierdził, że odmienne traktowanie praktyk cenowych i rabatów uzasadnione jest faktem, że w odróżnieniu od zachęty zaopatrywania się na zasadzie wyłączności, poziomu cen, jako takiego, nie można uznać za bezprawny. Sąd uznał jednak, że w przypadku analizowanej praktyki, w przypadku której dominant jest nieodzownym partnerem handlowym, nie ma potrzeby przeprowadzania analizy konkretnego wpływu rabatów na konkurencję⁵⁷¹ oraz wykazywania związku przyczynowego pomiędzy praktykami a zaistniałym skutkiem⁵⁷². Odwołując się do zarzutów Intel, Sąd uznał również, że w celu uznania danej praktyki za nadużycie nie jest konieczne nałożenie formalnych lub wiążących obowiązków do zachowania wyłączności; wystarczy natomiast, że dominant w wiarygodny sposób zasygnalizuje klientowi, że przyznanie korzyści finansowej zależy od wyłącznego lub prawie wyłącznego zaopatrywania się klienta u dominanta⁵⁷³. W zakresie okoliczności faktycznych sprawy Intel podnosił, że Komisja nie wzięła pod uwagę wysokości udzielonych rabatów. Sąd podzielił jednak stanowisko Komisji i uznał, że nie poziom rabatów, ale wyłączność, za którą są one przyznane, ma znaczenie dla niniejszej sprawy. Zdaniem Sądu, wystarczy więc, że rabat może zachęcić klienta do zaopatrywania się wyłącznie u dominanta, niezależnie od tego czy konkurent dominanta mógł przyznać klientowi rekompensatę za utracony rabat⁵⁷⁴. Intel argumentował również, że zawierane przez niego umowy zaopatrzenia miały krótki okres obowiązywania oraz że mogły one zostać rozwiązane za 30-dniowym okresem wypowiedzenia. Sąd nie podzielił stanowiska Intel i uznał, że *wszelka zachęta finansowa (...) stanowi dodatkowe naruszenie struktury konkurencyjnej rynku*, a uprawnienie do rozwiązania umowy w żaden sposób nie stanowi przeszkody w skutecznym stosowaniu umowy, dopóki strona nie skorzysta z możliwości jej rozwiązania⁵⁷⁵. Ponadto Sąd zaznaczył, że łączny okres obowiązywania umów zawartych z producentami sprzętu informatycznego i MSH wcale nie był krótki⁵⁷⁶. Intel zwrócił także uwagę na stopień pokrycia rynku zakwestionowaną praktyką. Argumentował, że stosowane rabaty pokrywały niewielką część rynku właściwego CPU x86. Sąd stwierdził jednak (oprócz zakwestionowania metody

⁵⁷⁰ Pkt 99 wyroku SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*.

⁵⁷¹ Pkt 103 Wyroku SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*.

⁵⁷² Pkt 104 Wyroku SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*.

⁵⁷³ Pkt 106 Wyroku SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*.

⁵⁷⁴ Pkt 108, 109 Wyroku SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*.

⁵⁷⁵ Pkt 110-112 Wyroku SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*.

⁵⁷⁶ Pkt 113 Wyroku SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*.

obliczenia stopnia pokrycia rynku przyjętej przez Intel), że ewentualnie niewielki rozmiar części rynku, którego dotyczyły rozpatrywane praktyki, nie może stanowić istotnego argumentu. Z uwagi na istnienie pozycji dominującej na rynku, jego struktura konkurencyjna jest już w pewnym stopniu osłabiona, a zatem wszelkie dodatkowe jej ograniczenia mogą stanowić nadużycie pozycji dominującej⁵⁷⁷. Ponadto Sąd stwierdził, że konkurenci powinni mieć możliwość konkurowania na całym rynku, a nie tylko w obrębie jego części⁵⁷⁸. Oznacza to, że przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą nie może uzasadnić stosowania praktyk stanowiących jej nadużycie argumentując, że jego konkurenci mogą zaopatrywać innych klientów⁵⁷⁹. Intel argumentował też, że siła nabywczą klientów, którzy posłużyli się nią jako dźwignią w celu otrzymania wyższych rabatów, wyklucza możliwość uznania stosowanych praktyk jako nadużycia. Sąd oddalił jednak ten argumenty, uznając, że okoliczność ta nie uzasadnia narzucenia im warunku wyłączności zaopatrywania się. Zdaniem sądu siła nabywczą kontrahentów Intel nie wpływa również na fakt, że na rynku CPI x86 byli oni zależni od nieuniknionego partnera handlowego jakim był Intel⁵⁸⁰. Sąd odniósł się również do przeprowadzonego przez Komisję testu AEC. Komisja przeprowadziła ten test, twierdząc jednocześnie, że nie jest to konieczne wzięwszy pod uwagę charakter zakwestionowanej praktyki. Intel stwierdził natomiast, że przy przeprowadzaniu testu Komisja popełniła liczne błędy, a prawidłowo przeprowadzony test AEC wykazałby brak posiadania przez wykorzystywane rabaty potencjału wykluczenia z rynku. Analizując powyższą kwestię, Sąd już na samym wstępie potwierdził stanowisko Komisji i zaznaczył, że przeprowadzenie testu AEC nie było w przedmiotowej sprawie konieczne. Sąd stwierdził, że konieczność taka nie zachodzi nawet w przypadku dokonywania analizy, tzw. rabatów trzeciej kategorii. Sąd zaznaczył, że z uwagi na możliwość uznania stosowanej praktyki za nadużycie nie tylko w przypadku uniemożliwienia dostępu do rynku, ale również w przypadku utrudnienia tego dostępu, przeprowadzenie testu AEC, będącego testem umożliwiającym jedynie zweryfikowanie tezy o uniemożliwieniu dostępu do rynku, nie jest w tym wypadku konieczne⁵⁸¹. Nawet pozytywny wynik testu AEC nie może wykluczyć potencjalnego skutku

⁵⁷⁷ Pkt 116 Wyroku SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*.

⁵⁷⁸ Pkt 117 Wyroku SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*.

⁵⁷⁹ Pkt 132 Wyroku SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*.

⁵⁸⁰ Pkt 138, 139 Wyroku SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*.

⁵⁸¹ Pkt 149, 150 Wyroku SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*. Wynik negatywny oznacza, iż z ekonomicznego punktu widzenia jest niemożliwe, aby równie skuteczny konkurent zdobył podważalny udział w popycie ze strony klienta (aby zrekompensować klientowi utratę rabatu musiałby on bowiem sprzedawać swoje produkty po cenie, która nie pozwalałaby mu na pokrycie poniesionych przez niego kosztów). Natomiast wynik pozytywny oznacza, że równie skuteczny konkurent jest w stanie pokryć swoje koszty.

w postaci wykluczenia⁵⁸². W tym kontekście Sąd uznał jednocześnie, że z uwagi na to, że Komisja wszczęła postępowanie przeciwko Intel przed opublikowaniem Wytycznych, nie była ona zobowiązana do ich stosowania. Sąd stwierdził, że nie ma w tym kontekście znaczenia, że zaskarżona decyzja została wydana już po opublikowaniu ww. Wytycznych⁵⁸³.

Od wyroku Sądu Intel wniósł odwołanie do Trybunału, żądając w nim m.in. uchylecia zaskarżonego wyroku w oparciu o sześć zarzutów, z czego trzy dotyczyły kwestii stanowiących przedmiot niniejszej pracy. Intel oparł swoje odwołanie m.in. na zarzutach naruszenia przez Sąd prawa poprzez niezbadanie spornych rabatów w świetle całości okoliczności; naruszenia przez Sąd prawa przy ocenie stwierdzenia naruszenia w latach 2006 i 2007 w szczególności odnośnie do oceny znaczenia pokrycia rynku przez sporne rabaty w ciągu tych dwóch lat oraz naruszenia przez Sąd prawa w odniesieniu do kwalifikacji prawnej rabatów za wyłączność uzgodnionych przez spółkę Intel z HP i spółkę Lenovo. W wyroku Trybunał odniósł się wyłącznie do pierwszego z ww. zarzutów. Intel twierdził, że rabaty lojalnościowe mogą zostać zakwalifikowane jako nadużycie jedynie po zbadaniu wszystkich istotnych okoliczności zmierzających do ustalenia, czy mogą one ograniczyć konkurencję. Według Intel, zarówno brzmienie, jak i struktura art. 102 TfUE nie wskazują, iż pewne zachowania przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą należy zakwalifikować jako antykonkurencyjne ze swojej natury⁵⁸⁴, a co za tym idzie, dokonując oceny należałoby wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, takie jak: poziom zakwestionowanych rabatów, okres ich obowiązywania, wielkość części rynku pokrytej rabatem, potrzeby klientów i to czy rabaty te mogą skutkować wykluczeniem z rynku równie efektywnych konkurentów dominanta (test AEC). Dodatkowo w skardze podniesiono również niekonsekwencję w treści uzasadnienia wyroku Sądu, który stwierdził, że Intel nie wykazał istnienia obiektywnego uzasadnienia stosowanej praktyki, stwierdzając jednocześnie, że z uwagi na charakter rabatów nie można uznać korzystnego wpływu ich stosowania. Intel uznał także, że Sąd nie przeprowadził oceny prawdopodobieństwa ograniczenia konkurencji. Samo zakwalifikowanie rabatów jako rabatów za wyłączność nie powinno jednocześnie wykluczać badania ich antykonkurencyjnego potencjału. Intel zarzucił również Sądowi brak przeprowadzenia dostatecznej analizy w zakresie ograniczenia konkurencji przez praktyki stosowane przez przedsiębiorcę. Zdaniem Intel, Sąd niesłusznie pominął istotne dla sprawy okoliczności takie, jak: pokrycie rynku – *podstawowe pokrycie rynku stanowi konieczny*

⁵⁸² Pkt 151 Wyroku SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*.

⁵⁸³ Pkt 154-157 Wyroku SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*.

⁵⁸⁴ Pkt 109, 110 Wyroku Trybunału z 06.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P *Intel*.

element dla możliwości stwierdzenia naruszenia, okres trwania praktyki – umowy o krótkim okresie obowiązywania nie wywołują żadnych szkodliwych skutków, brak wykluczenia – „Sąd nie wziął pod uwagę ograniczeń w zakresie zdolności produkcyjnych AMD, które uniemożliwiły temu przedsiębiorstwu zaspokojenie popytu w zakresie CPU, tak że spółki Dell i Lenovo zaopatrywały się wyłącznie w spółce Intel w badanym okresie i szybki spadek cen, a także jedynie wstępną analizę przeprowadzonego przez Komisję testu AEC – zdaniem Intel nie chodzi o to, czy Komisja miała obowiązek jego przeprowadzenia, a raczej o analizę jego wyników w celu wykazania prawdopodobieństwa ograniczenia konkurencji. W konsekwencji Intel podnosił, że skoro Komisja przeprowadziła taki test, to Sąd powinien odnieść się do sposobu jego przeprowadzenia. Zdaniem przedsiębiorcy, Sąd popełnił w tym zakresie liczne błędy; gdyby natomiast test AEC przeprowadzony został prawidłowo, to uzyskane wyniki doprowadziłyby do wniosków odmiennych niż stwierdzone przez Komisję.

W wyroku Trybunał stwierdził, że *w przypadku przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą na rynku fakt związania nabywców – nawet na ich wnioski – obowiązkiem lub obietnicą zaopatrywania się wyłącznie w tym przedsiębiorstwie celem pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TfUE, bez względu na to czy to zobowiązanie zostało zaciągnięte bez dodatkowych zastrzeżeń czy też w zamian za przyznanie rabatu*⁵⁸⁵. Odwołując się do wyroku w sprawie Hoffmann-La Roche, Trybunał potwierdził również, że to samo dotyczy systemu rabatów lojalnościowych. Co istotne jednak, Trybunał stwierdził, że orzecznictwo to należy uściślić w przypadku, gdy w toku postępowania przedsiębiorstwo podnosi dowody na poparcie tezy, że jego zachowanie nie miało zdolności do ograniczenia konkurencji, w tym w szczególności do wywołania skutku w postaci wykluczenia⁵⁸⁶. W takim wypadku, zdaniem Trybunału, powołującego się w tym zakresie na wyrok w sprawie Post Danmark, Komisja zobowiązana jest do zbadania nie tylko wagi pozycji dominującej przedsiębiorcy, lecz również stopnia objęcia rynku zarzucaną praktyką, warunków i sposobów przyznawania rabatów, okresu ich ważności i ich wysokości, a także przeprowadzenia oceny istnienia strategii mającej na celu wykluczenie z rynku konkurentów przynajmniej tak samo skutecznych, (tj. do zastosowania testu AEC)⁵⁸⁷. Przeprowadzenie tego badania powinno zmierzać również do oceny, czy stosowanie danej praktyki jest obiektywnie uzasadnione. Analiza powinna obejmować ważenie korzystnych i niekorzystnych dla konkurencji skutków w celu zbadania potencjału

⁵⁸⁵ Pkt 137 Wyroku Trybunału z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P *Intel*.

⁵⁸⁶ Pkt 138 Wyroku Trybunału z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P *Intel*.

⁵⁸⁷ Pkt 139 Wyroku Trybunału z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P *Intel*.

w zakresie wykluczenia konkurentów przynajmniej tak samo skutecznych⁵⁸⁸. W przypadku gdy analiza taka zostanie przeprowadzona przez Komisję, do Sądu należy zbadanie wszystkich argumentów przedsiębiorcy wnoszącego odwołanie od decyzji stwierdzającej nadużycie⁵⁸⁹. Trybunał stwierdził, że z treści decyzji Komisji wynika, że przeprowadziła ona dogłębne badanie wszystkich okoliczności sprawy, chociaż stwierdziła jednocześnie, że analizowane rabaty z samej swojej natury miały potencjał do ograniczenia konkurencji. Analiza wszystkich okoliczności sprawy obejmowała m.in. przeprowadzenie testu AEC, co zdaniem Trybunału wskazuje na fakt, że jego wyniki miały istotne znaczenie przy dokonywaniu przez Komisję oceny zdolności zakwestionowanych praktyk do wywołania skutku w postaci wykluczenia⁵⁹⁰. W związku z powyższym, w przypadku zakwestionowania przez Intel prawidłowości przeprowadzenia ww. testu, Sąd miał obowiązek zbadania tego argumentu. Tymczasem stwierdził on jedynie, że Komisja nie była w ogóle zobowiązana do jego przeprowadzenia. Bazując na powyższym, Trybunał uchylił zaskarżony wyrok w zakresie, w jakim Sąd niesłusznie powstrzymał się od uwzględnienia argumentacji Intel i skierował sprawę do ponownego rozpoznania.

W przedmiotowej sprawie konieczne jest dokonanie odrębnej oceny wyroków Sądu i Trybunału.

Wyrok wydany w pierwszej instancji należy ocenić negatywnie. Sąd powinien bowiem uznać za słuszne argumenty Intel dotyczące braku uwzględnienia przez Komisję wszystkich okoliczności sprawy oraz błędnego przeprowadzenia testu AEC. Nie powinien jednocześnie stwierdzać jedynie, że Komisja nie jest zobowiązana do wzięcia pod uwagę okoliczności danego przypadku z uwagi na fakt, że zakwestionowane praktyki z samej swojej natury mają antykonkurencyjny potencjał. Takie stanowisko zarówno Sądu, jak i Komisji stoi w sprzeczności z podejściem ekonomicznym i może prowadzić do niesłusznego potraktowania jako antykonkurencyjnego zachowań przedsiębiorców, które z uwagi na okoliczności sprawy takiego charakteru nie miały. Podejście Sądu bardziej niż podejście ekonomiczne przywodzi na myśl szkołę ordoliberalną nawiązującą do doktryny szczególnej odpowiedzialności dominantów⁵⁹¹.

W przeciwieństwie do wyroku Sądu, wydany w przedmiotowej sprawie wyrok Trybunału należy, przynajmniej w części, ocenić pozytywnie. Trybunał niejako zmusił

⁵⁸⁸ Pkt 140 Wyroku Trybunału z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P *Intel*.

⁵⁸⁹ Pkt 141 Wyroku Trybunału z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P *Intel*.

⁵⁹⁰ Pkt 143 Wyroku Trybunału z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P *Intel*.

⁵⁹¹ Pkt 90 Wyroku SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 *Intel*; Tak: K. Kohutek, *Zachowanie formalnego podejścia do oceny rabatów stosowanych dominantów oraz deprecjacja testu równie efektywnego konkurenta*, Głosa 4/2014, str. 86.

bowiem Sąd do bliższego przyjrzenia się przeprowadzonej przez Komisję analizie potencjału wykluczającego. Jednocześnie Trybunał zakwestionował, chociaż nie wprost, pogląd Sądu opierający się na twierdzeniu, że Komisja nie jest zobowiązana do przeprowadzenia testu AEC i zbadania wszystkich okoliczności sprawy z uwagi na fakt, że tego typu praktyki już z samej swojej natury mają potencjał ograniczający konkurencję. Należy również stwierdzić, że Trybunał powinien bardziej zdecydowanie podkreślić obowiązek przeprowadzenia analizy wszystkich okoliczności sprawy, a tym samym bardziej zdecydowanie zakwestionować podejście Komisji i Sądu. Przeprowadzenie dokładnej analizy okoliczności sprawy, w tym testu AEC, powinno stanowić bowiem standard przy dokonywaniu oceny tego typu praktyk przedsiębiorstw dominujących. Tymczasem Trybunał nie podkreślił wystarczająco jasno, że Komisja ma obowiązek przeprowadzenia takiej analizy, a wskazał jedynie na obowiązek Sądu polegający na zbadaniu argumentów obronnych przedsiębiorcy, w przypadku gdy dotyczą one braku lub błędnego przeprowadzenia analizy okoliczności sprawy przez Komisję.

31.6.6. Sprawa *Post Danmark II*

Sprawa ta dotyczyła duńskiego przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą na rynku pocztowym, którego działanie polegające na stosowaniu rabatów lojalnościowych w odniesieniu do przesyłek reklamy bezpośredniej, zostało uznane przez krajowy organ antymonopolowy za nadużycie pozycji dominującej poprzez wiązanie klientów oraz zamykanie rynku dla innych przedsiębiorców przy jednoczesnym braku wykazania korzyści w zakresie zwiększenia efektywności, które mogłyby równoważyć antykonkurencyjny skutek praktyki. Rozpatrując odwołanie od decyzji sąd skierował do Trybunału szereg pytań prejudycjalnych dotyczących kryteriów oceny skutku wykluczającego rabatów.

W wydanym orzeczeniu Trybunał stwierdził, że analizowane rabaty charakteryzowały się „ustandaryzowanymi” stawkami, były rabatami „warunkowymi” oraz działały „z mocą wsteczną”. Jednocześnie Trybunał zauważył, że zakwestionowane obniżki nie miały charakteru „czysto” ilościowego i jednocześnie nie były rabatami lojalnościowymi. Powołując się na poprzednie orzeczenia, Trybunał uznał, że dla dokonania oceny antymonopolowej konieczne było poddanie analizie wszystkich okoliczności sprawy, w tym w szczególności pozycji rynkowej dominanta. W badanej sprawie Trybunał stwierdził, że to właśnie ta okoliczność jest kluczowa dla uznania, że oceniany system rabatowy wywołuje antykonkurencyjny skutek w postaci wykluczenia z rynku. Pozostałe okoliczności, które należy wziąć pod uwagę, to kryteria i warunki przyznawania rabatów oraz panujące na rynku właściwym szczególne warunki konkurencji. Zdaniem Trybunału, fakt, że system rabatowy

znajduje zastosowanie do większości klientów na rynku nie stanowi sam w sobie poszlaki wskazującej na nadużycie. Jednocześnie okoliczność ta może zwiększyć stopień prawdopodobieństwa wystąpienia antykonkurencyjnego skutku w postaci wykluczenia z rynku.

Trybunał odniósł się również do pytania dotyczącego znaczenia dla oceny antymonopolowej polityki rabatowej testu AEC, stwierdzając, że uznanie systemu rabatowego za nadużycie nie zawsze musi być oparte na kryterium równie skutecznego konkurenta.

Zdaniem Trybunału, aby analizowana praktyka została określona jako nadużycie, jej antykonkurencyjny skutek nie może mieć jedynie hipotetycznego charakteru; musi być więc co najmniej prawdopodobny. Skutek antykonkurencyjny nie musi mieć charakteru rzeczywistego, a w celu uznania praktyki za nadużycie wystarczy wykazanie potencjalnego skutku antykonkurencyjnego.

Orzeczenie to należy ocenić negatywnie. Trybunał nie odwołał się bowiem do podejścia ekonomicznego, sytuując się tym samym w kontrze do nowego podejścia Komisji postulowanego w wydanych Wytycznych.

31.7. Rabaty lojalnościowe w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK

31.7.1. Sprawa *Wrigley*

Sprawa ta dotyczyła działającego na rynku polskim największego na świecie producenta i dystrybutora gum do żucia. Zdaniem Prezesa UOKiK, przedsiębiorca ten nadużywał swojej pozycji dominującej m.in. poprzez udzielanie niektórym kontrahentom rabatów lojalnościowych⁵⁹². Wrigley współpracował z hurtownikami, sieciami *cash & carry* oraz podmiotami prowadzącymi sprzedaż detaliczną. W przypadku hurtowników, Wrigley dzielił swoich kontrahentów na cztery kategorie, tj. brązową, srebrną, złotą i platynową. Przynależność do określonej kategorii uzależniona była spełnieniem określonych warunków, w tym m.in. nabywaniem określonej ilości produktów lub przekazywaniem informacji dotyczących sprzedaży. W zależności od tego, do której kategorii należał klient, mógł on uzyskać odpowiedniej wysokości rabat, liczony od wartości zakupu towarów przeznaczonych do odsprzedaży na terytorium kraju. Rabaty dzieliły się na trzy rodzaje. W przypadku każdego z nich uprawnienie do uzyskania obniżki uzależnione było od spełnienia określonych

⁵⁹² Decyzja Prezesa UOKiK z 26.08.2010 r., nr DOK-8/2010.

warunków, m.in. wykonania planów zakupowych, liczby aktywnych sprzedawców oraz posiadania pełnego asortymentu⁵⁹³.

Stosowanemu przez Wrigley systemowi rabatowemu organ antymonopolowy zarzucił ewentualne nieuzasadnione dyskryminowanie kontrahentów oraz przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji poprzez stosowanie zakazanych rabatów lojalnościowych. Zdaniem Prezesa UOKiK, zakwestionowana praktyka mogła prowadzić do częściowego lub całkowitego zamknięcia rynku dla faktycznych lub potencjalnych konkurentów. Organ antymonopolowy uznał, że konieczne w przedmiotowej sprawie było zbadanie efektu zamknięcia rynku dla konkurentów dominanta⁵⁹⁴. W tym zakresie Prezes UOKiK zwrócił uwagę, że zgodnie z postulowanym przez Komisję bardziej ekonomicznym podejściem, rabaty lojalnościowe nie mogą zostać uznane za zakazane *per se*, a decydujące dla stwierdzenia ich antykonkurencyjnego charakteru jest zbadanie nie ich formy, lecz powodowanych przez nie skutków rynkowych. Po dokonaniu analizy panującej na rynku sytuacji faktycznej, Prezes UOKiK uznał, że pomimo stosowanej praktyki, konkurenci nie napotykali przeszkód we współpracy z klientami dominanta. Prezes UOKiK wziął również pod uwagę, że to sami kupujący określali plany zakupowe, których spełnienie stanowiło warunek udzielenia rabatu. Pod uwagę wzięto również wysokość progu rabatowego. W tym zakresie organ antymonopolowy stwierdził, że okres referencyjny, określający które zakupy objęte były rabatem, był w przedmiotowej sprawie krótki. W zakresie obiektywnego uzasadnienia stwierdzono, że plany zakupowe poprawiały efektywność poprzez stworzenie hurtownikom bodźców do lepszego planowania zapotrzebowania, co z kolei pozwalało Wrigley usprawnić planowanie produkcji i dystrybucji. Prezes UOKiK stwierdził również, że zasięg praktyki był ograniczony i że istniało wielu hurtowników, z którymi Wrigley nie miało podpisanej umowy, co pozwalało konkurentom dominanta budować ich własne sieci dystrybucji.

Omawianą decyzję należy ocenić zdecydowanie pozytywnie. Przeprowadzona przez Prezesa UOKiK ocena antymonopolowa oparta była na podejściu ekonomicznym, a podczas badania zakwestionowanej praktyki wzięto pod uwagę wszystkie istotne okoliczności faktyczne sprawy (w tym m.in. długość okresu referencyjnego, stopień pokrycia rynku praktyką oraz sposób ustalania wysokości progów uprawniających do uzyskania obniżki)⁵⁹⁵.

⁵⁹³ Tamże, pkt 38

⁵⁹⁴ Tamże, pkt 130.

⁵⁹⁵ J. Matuszczak-Piasta, *Argumenty jakościowe stosowane przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK*, IKAiR nr 5(2)/2013, str. 77.

32. Podsumowanie

Zakaz konkurowania może być stosowany przez wszystkich przedsiębiorców, w tym tych posiadających na danym rynku właściwym pozycję dominującą. Rodzaje i warianty zakazu jako praktyki jednostronnej będą analogiczne do tych stosowanych w zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami porozumieniach. Oznacza to, że również w przypadku nadużywania pozycji dominującej można wyróżnić zakaz podejmowania działalności konkurencyjne oraz wyłączność zakupu. W przypadku pierwszego z ww. rodzajów zakaz stosowany może być poprzez tzw. lewarowanie pozycji dominującej. Oznacza to, że dominant może wykorzystywać swoją pozycję dominującą na jednym rynku w celu wykluczenia przedsiębiorców z rynku niezdominowanego. Wyjątkowo często stosowaną formę zakazu konkurowania drugiego rodzaju stanowi pośrednie nałożenie na nabywcę wyłączności zakupu poprzez stosowanie przez dominanta rabatów warunkowych (lojalnościowych i docelowych).

Pozycja dominująca przedsiębiorcy będzie miała wyjątkowo doniosłe znaczenie w procesie dokonywania antymonopolowej oceny zakazu konkurowania. Powyższe nie oznacza jednak, że praktyka ta powinna być traktowana jako naruszająca art. 9 u.o.k.i.k. lub 102 TfUE z samego faktu jej stosowania przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą. Należy bowiem zwrócić uwagę, że podobnie jak w przypadku porozumień wertykalnych, również zakaz konkurowania stosowany przez dominantów, przede wszystkim w formie wyłączności zakupów, może powodować szereg pozytywnych skutków rynkowych. Jednocześnie jednak pozycja rynkowa dominanta wpływać będzie na znaczne zwiększenie prawdopodobieństwa wystąpienia skutków antykonkurencyjnych. Ze względu na powyższe, za słuszny należy uznać proces racjonalizacji zakazu nadużywania pozycji dominującej w oparciu o podejście ekonomiczne oraz instytucję obiektywnego uzasadnienia praktyki. Należy tym samym odrzucić możliwość stosowania zakazu praktyk jednostronnych w stosunku do zakazu konkurowania opartego na zakazie *per se*. Taka konkluzja wynika również z analizy wydanych przez Komisję Wytycznych, które stanowią istotny wyraz dopuszczalności praktyk jednostronnych, powodujących korzyści w zakresie efektywności przeważające nad skutkami antykonkurencyjnymi.

Ocena rabatów lojalnościowych oraz docelowych, czyli tych, przy których wykorzystaniu przedsiębiorcy dominujący mogą wprowadzić w ramy współpracy wyłączność zakupu, podlegała na przestrzeni lat ewolucji zarówno w zakresie podejścia Komisji, jak i sądów unijnych. Odmienna była przy tym ocena rabatów czysto lojalnościowych i tzw. rabatów trzeciej kategorii, czyli rabatów docelowych. To właśnie orzeczenia dotyczące tych

praktyk budziły najwięcej kontrowersji w doktrynie⁵⁹⁶. Początkowo ocena rabatów lojalnościowych oparta była na zasadzie zakazu *per se*. Tego typu ocena została przedstawiona m. in. w sprawie *Hoffmann-La Roche*. W odniesieniu do rabatów docelowych orzecznictwo unijne dość szybko przyjęło stanowisko, że dla dokonania oceny antymonopolowej tej kategorii praktyk jednostronnych konieczna jest ocena wszystkich okoliczności sprawy. Po raz pierwszy tego typu podejście przedstawione zostało w wyroku w sprawie *Michelin I*. Punktem zwrotnym w zakresie oceny antymonopolowej rabatów warunkowych było, przynajmniej formalnie, wydanie przez Komisję Wytycznych, które stanowiły wyraz podejścia ekonomicznego⁵⁹⁷. Dokonana analiza wskazuje jednak, że Wytyczne te nie zostały w pełni zaadoptowane ani przez samą Komisję, ani przez sądy unijne⁵⁹⁸. Należy jednocześnie postulować zwiększenie zastosowania koncepcji obiektywnego uzasadnienia praktyki polegającej na udzielaniu rabatów lojalnościowych lub docelowych.

Z uwagi na ubogi dorobek decyzyjny i orzeczniczy trudno jest dokonać pełnej analizy podejścia polskiego organu antymonopolowego i sądów do rabatów lojalnościowych i docelowych. Niemniej jednak warto zwrócić uwagę, że wydana przez Prezesa UOKiK decyzja w sprawie *Wrigley* jednoznacznie wskazuje na ekonomiczne podejście polskiego organu antymonopolowego do kwestii rabatów docelowych. Stanowisko to należy uznać za słuszne.

⁵⁹⁶ Szerzej: A. Szmigielski, *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016.

⁵⁹⁷ K. Rokita, *Systemy rabatowe przedsiębiorstw dominujących w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, EPS sierpień 2015, str. 24; K. Klehr, *Polityka rabatowa przedsiębiorców dominujących w świetle orzecznictwa z zakresu prawa konkurencji*, Glosa 4/2012, str. 93.

⁵⁹⁸ N. Petit, *The judgment of the EU Court of Justice in Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases*, *European Law Review*, Vol. 43, No. 5, 2018, str. 750.

ROZDZIAŁ V – ZAKAZ KONKUROWANIA JAKO OGRANICZENIE AKCESORYJNE STOSOWANE W PROCESIE KONCENTRACJI PRZEDSIĘBIORCÓW

33. Prewencyjna kontrola koncentracji

W oparciu o zasadę wolności działalności gospodarczej przedsiębiorcy mają prawo podejmować różne rodzaje działań rynkowych, w tym także procesów koncentracyjnych zmierzających do zmian strukturalnych ich uczestników. Działania te motywowane mogą być przede wszystkim chęcią zwiększenia udziałów rynkowych przedsiębiorców. W konsekwencji niektóre z koncentracji mogą mieć potencjał antykonkurencyjny, co oznacza, że w wyniku przeprowadzenia planowanej koncentracji konkurencja na rynku właściwym może ulec zniekształceniu lub też w ekstremalnym przypadku całkowicie zaniknąć. W celu przeciwdziałania takim sytuacjom państwa członkowskie, a także UE wprowadziły nadzór nad procesami koncentracyjnymi⁵⁹⁹. Nadzór ten, w przeciwieństwie do działań organów państwowych mających na celu ochronę konkurencji przed niedozwolonymi porozumieniami przedsiębiorców oraz nadużywaniem przez nich pozycji dominującej, nie ma charakteru następczego (*ex post*), a uprzedni (*ex ante*)⁶⁰⁰. Z tego powodu system ten określany jest mianem prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami. Oznacza to, że w przypadku, kiedy dana transakcja kwalifikuje się do przeprowadzenia jej dokładniejszej analizy przez krajowy lub unijny organ antymonopolowy, uczestniczący w niej przedsiębiorcy (lub przedsiębiorca) zobowiązani są zgłosić zamiar dokonania koncentracji i uzyskać zgodę właściwego organu antymonopolowego na jej przeprowadzenie⁶⁰¹. Zagadnienia kontroli koncentracji przedsiębiorców, w tym kwestie proceduralne związane ze zgłaszaniem zamiaru koncentracji, a także wydawania przez organ antymonopolowy decyzji w tym zakresie uregulowane zostały w polskiej ustawie antymonopolowej oraz w rozporządzeniu nr 139/2994. Zarówno w prawie polskim, jak i unijnym wydanych zostało również szereg dodatkowych aktów prawnych w postaci rozporządzeń oraz komunikatów, z których najważniejsze znaczenie dla niniejszej pracy mają Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych

⁵⁹⁹ Wskazuje się, że proces ten niesłusznie nazywany jest zarówno powszechnie – kontrolą (D. Aziewicz, *Ocena siły rynkowej przedsiębiorcy w nadzorze nad horyzontalnymi koncentracjami przedsiębiorców*, Warszawa 2017, i literatura tam wskazana). Z uwagi na fakt, że pojęciem „kontroli” posługuje się również ustawodawca pojęcia „kontroli” i „nadzoru” w niniejszej pracy stosowane są zamiennie.

⁶⁰⁰ T. Skoczny zwraca uwagę, że przeciwdziałanie antykonkurencyjnym koncentracjom odbywa się również na dwa inne sposoby tj. w drodze dekoncentracji strukturalnej oraz na zasadzie zakazu koncentracji (T. Skoczny, *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*, Warszawa 2012, str. 15.

⁶⁰¹ C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, str. 365.

i koniecznych dla dokonania koncentracji⁶⁰², który zastąpił poprzednio obowiązujące Obwieszczenie w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych do realizacji koncentracji przedsiębiorstw⁶⁰³, oraz Wyjaśnienia dotyczących oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji⁶⁰⁴.

W niniejszym rozdziale pracy przeprowadzona zostanie analiza możliwości stosowania przez przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji klauzul zakazu konkurencji, tj. klauzul zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej oraz klauzul wyłączności zakupów.

Rozważania w tym zakresie należy rozpocząć od omówienia typów koncentracji. Wyróżnia się ich trzy podstawowe rodzaje. Pierwszym z nich jest połączenie (łączenie się) przedsiębiorców (art. 13 ust. 2 pkt 1 u.o.k.i.k. i art. 3 ust. 1 pkt a rozporządzenia nr 139/2003). Ten rodzaj koncentracji określa sytuację, która ma doprowadzić do scalenia dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców, w wyniku którego przynajmniej jeden z nich przestaje istnieć jako byt organizacyjno-prawny lub powstaje nowy przedsiębiorca. Następuje tym samym pełna prawno-organizacyjna integracja przedsiębiorców. Możemy mieć więc do czynienia z jedną z dwóch form połączenia. W wyniku przeprowadzenia pierwszej z nich dochodzi do utworzenia nowego przedsiębiorcy (fuzja); natomiast druga forma połączenia powoduje przyłączenie przez przedsiębiorcę innego przedsiębiorcy z jednoczesną likwidacją tego drugiego przedsiębiorcy (inkorporacja)⁶⁰⁵. Drugi rodzaj stanowi przejęcie przedsiębiorcy lub przedsiębiorców polegające na przejęciu kontroli (art. 13 ust. 2 pkt 2 u.o.k.i.k. i art. 3 ust. 1 pkt b rozporządzenia nr 139/2003), które z kolei może mieć dwojaki charakter, tj. może polegać na przejęciu kontroli nad działalnością danego przedsiębiorcy lub przejęciu kontroli nad samym przedsiębiorcą⁶⁰⁶. Definicja „przejęcia kontroli” została natomiast wprowadzona w art. 4 pkt 4 u.o.k.i.k., w którego treści zawarty został otwarty katalog stanów faktycznych rozumianych pod tym pojęciem. Trzecią formą koncentracji przedsiębiorców jest utworzenie

⁶⁰² Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych dla dokonania koncentracji (Dz. U. C 56 z 05.03.2005 r., str. 24) (dalej: „Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych”).

⁶⁰³ Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych do realizacji koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. C 188 z 04.07.2001 r., str. 5) (dalej: „Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych z 2001 r.”).

⁶⁰⁴ Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji (dalej: „Wyjaśnienia dotyczące oceny koncentracji”).

⁶⁰⁵ T. Skoczny, W. Podlasiński, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, str. 598.

⁶⁰⁶ Przedstawiona klasyfikacja dotyczy form przeprowadzenia koncentracji przez przedsiębiorców. Omawiane zagadnienie nie wymaga natomiast bliższego przedstawienia klasyfikacji bazujących na innych kryteriach (np. szczebel rynku, na którym działają przedsiębiorcy uczestniczący w transakcji).

przez przedsiębiorców dominujących⁶⁰⁷ wspólnego przedsiębiorcy (art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. i art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004) (ang. *joint venture*). Wymienione wyżej formy transakcji koncentracyjnych nie wyczerpują wszystkich możliwych form przeprowadzenia koncentracji przez przedsiębiorców, niemniej jednak stanowią najpowszechniej wykorzystywane typy transakcji.

Zarówno ustawa antymonopolowa, jak również rozporządzenie nr 139/2004 przewidują wyjątki spod obowiązku zgłoszenia zamiaru dokonania koncentracji. Wyłączenia te obejmują: koncentracje bagatelne, tj. nieprzekraczające progu wartości transakcji określonego wartością obrotu przedsiębiorców w niej uczestniczących⁶⁰⁸, w przypadku których przyjmuje się domniemanie, że nie naruszają one interesu publicznego⁶⁰⁹, koncentracje polegające na czasowym nabyciu lub objęciu udziałów lub akcji przez instytucje finansowe, koncentracje polegające na czasowym nabyciu akcji lub udziałów w celu zabezpieczenia wierzytelności; koncentracje następujące w toku postępowania upadłościowego, a także koncentracje dokonywane przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej⁶¹⁰.

Postępowanie w sprawie koncentracji przedsiębiorców może zakończyć się wydaniem jednego z trzech rodzajów decyzji. Są to: decyzja wyrażająca zgodę na dokonanie koncentracji (art. 18 u.o.k.i.k.); decyzja warunkowa wyrażająca zgodę na dokonanie koncentracji po spełnieniu określonych warunków (art. 19 u.o.k.i.k.); decyzja zakazująca dokonania koncentracji (art. 20 u.o.k.i.k.). Podobne kategorie decyzji mogą zostać wydane przez Komisję na gruncie prawa unijnego.

34. Ograniczenia akcesoryjne

Treść przeprowadzanej przez przedsiębiorców koncentracji zwykle nie obejmuje jedynie jej podstawowego przedmiotu (*essentialia negotii*), czyli np. przejęcia. Normalną

⁶⁰⁷ Jak wskazuje P. Semeniuk, określenie podmiotów tworzących „wspólne przedsiębiorstwo” jako „spółkę dominujących” nie jest prawidłowe, sugeruje ono bowiem, że przedsiębiorca ten dominuje i sprawuje kontrolę. Zdaniem ww. autora „nie każda *parent company* musi być od razu podmiotem dominującym. Wspólny przedsiębiorca może mieć przecież kilka podmiotów założycielskich i każdy z tych podmiotów może być określany mianem „rodzica”. Stosowane w anglojęzycznych wersjach aktów prawnych pojęcie *parent company* powinno być raczej tłumaczone jako „spółka-matka” (P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, str. 135). W niniejszej części pracy pojęcia „spółka-matka” i „spółka dominująca” stosowane są przemiennie.

⁶⁰⁸ Polska ustawa antymonopolowa wskazuje dwa progi bagatelności: koncentracja podlega nadzorowi Prezesa UOKiK, jeżeli łączny światowy obrót jej uczestników w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 000 000 000 euro (art. 13 ust. 1 pkt 1 u.o.k.i.k.) lub jeżeli łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji osiągnięty na terytorium RP w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekroczył 50 000 000 euro (art. 13 ust. 1 pkt 2 u.o.k.i.k.).

⁶⁰⁹ T. Skoczny, W. Podlasin, [w:] T. Skoczny (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, str. 593.

⁶¹⁰ Pojęcie grupy kapitałowej zdefiniowane zostało w art. 4 pkt 14 u.o.k.i.k. Szerzej: A. Piszcz, *Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki*, IKAiR nr 3(2)/2013, str. 44 i n..

praktykę stanowi ujęcie, w ramach przeprowadzanej transakcji, szeregu postanowień dodatkowych (*naturalia negoti, accidentalia negoti*⁶¹¹), które w praktyce mogą być niezbędne dla dokonania koncentracji. Opracowany przez Komisję glosariusz określa niezbędne ograniczenia jako *ograniczenia nałożone na strony porozumienia (także porozumienia o połączeniu przedsiębiorstw), które nie stanowią głównego celu (przedmiotu) porozumienia, ale są bezpośrednio związane i niezbędne dla właściwego funkcjonowania porozumienia*⁶¹². W doktrynie prawa antymonopolowego ograniczenia akcesoryjne definiowane są również jako postanowienia umowne, które generują potencjał ograniczenia konkurencji; są jednak niezbędne dla zawarcia i wykonania operacji gospodarczej, której towarzyszą, a także są z nią bezpośrednio związane⁶¹³. Tego typu postanowienia są wprowadzane w ramy transakcji najczęściej w celu ochrony przenoszonej własności, utrzymania ciągłości dostaw po likwidacji byłego podmiotu gospodarczego lub umożliwienia założenia nowego przedsiębiorstwa⁶¹⁴.

Dodatkowe klauzule mogą powodować skutek w postaci ograniczenia swobody działania stron transakcji na rynku, a tym samym mogą one wywoływać antykonkurencyjny skutek. Oznacza to, że ich umieszczenie w treści umowy może doprowadzić do pogorszenia jakości konkurencji w stosunku do jej stanu sprzed przeprowadzenia koncentracji. Z jednej strony zatem, postanowienia dodatkowe mogą mieć dla uczestników koncentracji kluczowe znaczenie z punktu widzenia opłacalności biznesowej transakcji, a tym samym ich eliminacja z treści umowy może w konsekwencji doprowadzić do zrezygnowania przez nich z przeprowadzenia transakcji głównej. Z drugiej jednak, antykonkurencyjny potencjał ograniczeń dodatkowych może powodować zakłócenia normalnej konkurencji rynkowej. Tym samym przed ustawodawcami i organami antymonopolowymi, a także sądami stoi zadanie wprowadzenia regulacji oraz wypracowania zasad oceny ograniczeń dodatkowych, które stanowiłyby odpowiednią równowagę pomiędzy przeciwdziałaniem dopuszczeniu do dokonania antykonkurencyjnych koncentracji a zapewnieniem przedsiębiorcom wystarczającej pewności prawnej w zakresie tego, w jaki sposób ocenione zostaną zastosowane przez nich postanowienia, które chociaż nie stanowią o samym przeprowadzeniu

⁶¹¹ E. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa 2016, str. 526.

⁶¹² *Competition Glossary, European Commission – Competition DG*, 2003.

⁶¹³ D. Aziewicz, *Materialnoprawne i proceduralne przesłanki stosowania doktryny ograniczeń akcesoryjnych w postępowaniu antymonopolowym w sprawie koncentracji przedsiębiorców*, [w:] M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, M. Namysłowska, A. Piszcz (red.) *Wyzwania dla ochrony konkurencji i regulacji rynku. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Skocznemu*, Warszawa 2017, str. 29.

⁶¹⁴ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt 13.

koncentracji, to jednak bez ich zawarcia sama transakcja nie ma dla przedsiębiorców biznesowego uzasadnienia.

35. Doktryna ograniczeń akcesoryjnych

W celu dokonania prawidłowej oceny postanowień dodatkowych stosowana jest tzw. doktryna ograniczeń akcesoryjnych (ang. *ancillary restraints doctrine*). Doktryna ta została wypracowana w amerykańskim prawie antymonopolowym i po raz pierwszy wykorzystana w sprawie *United States p. Adyston Pipe & Steel Co.*⁶¹⁵. Sąd federalny stwierdził mianowicie, że *w interesie handlu niektóre ograniczające go zobowiązania powinny być uznawane za zgodne z prawem*. Następnie została również implementowana na gruncie prawa unijnego między innymi w wyroku w sprawie *Remia*⁶¹⁶. W uzasadnieniu wyroku Trybunał wskazał jednocześnie przesłanki dopuszczalności zastosowania ograniczenia dodatkowego⁶¹⁷.

Doktryna ograniczeń akcesoryjnych opiera się na stwierdzeniu, że jeżeli zasadnicza treść transakcji nie narusza reguł konkurencji, to pozostałe jej ustalenia również nie wywołują takiego skutku, pod warunkiem że są one bezpośrednio związane z tą podstawową treścią, przedmiotem transakcji⁶¹⁸. Oznacza to, że istnieje możliwość wyodrębnienia z całości transakcji takich ograniczeń konkurencji, które są konieczne i niezbędne dla wdrożenia danego projektu gospodarczego i jako takie nie mogą być zakazane na gruncie prawa antymonopolowego⁶¹⁹. Głównym założeniem doktryny ograniczeń akcesoryjnych jest automatyczna legitymizacja ograniczenia dodatkowego, gdy spełnia ono określone przesłanki. W przypadku przeprowadzanych przez przedsiębiorców koncentracji legitymizacja ta dokonywana jest poprzez wydanie przez organ antymonopolowy decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji. Nie jest przy tym konieczne wskazywanie przez organ antymonopolowy wprost wszystkich ograniczeń dodatkowych. Wydaje się, że w celu ich akceptacji wystarczy brak ich zakwestionowania przez organ antymonopolowy.

⁶¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego (6th circuit) z 8.02.1898 r. w sprawie *Addyston Pipe Steel Co.* (85 F. 271 (6th Cir. 1898))

⁶¹⁶ Wyrok Trybunału z 11.07.1985 r. w sprawie 42/84 *Remia BV*.

⁶¹⁷ Pkt 18 Wyroku Trybunału z 11.07.1985 r. w sprawie 42/84 *Remia BV*.

⁶¹⁸ E. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa 2016, str. 526.

⁶¹⁹ A. Jurkowska, *Doktryna niezbędnych ograniczeń we wspólnotowym orzecznictwie antymonopolowym w sprawach porozumień ograniczających konkurencję*, *Problemy Zarządzania*, 3/2004 (5), str. 49.

36. Zastosowanie doktryny ograniczeń akcesoryjnych w ramach kontroli koncentracji przez unijny i polski organ antymonopolowy

Doktryna ograniczeń akcesoryjnych znajduje bezpośrednie odzwierciedlenie w przepisach prawa unijnego. Zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 zd. 2 rozporządzenia nr 139/2004, decyzję stwierdzającą zgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem uznaje się za uwzględniającą ograniczenia, które są bezpośrednio związane i konieczne dla dokonania koncentracji⁶²⁰. Zgodnie natomiast z jego preambułą, znajduje ono zastosowanie *w sytuacji, gdy zainteresowane przedsiębiorstwa akceptują ograniczenia, które są bezpośrednio związane i konieczna dla dokonania koncentracji*⁶²¹. Istotne znaczenie ma również Komunikat Komisji, który chociaż nie posiada formalnie aktu prawa powszechnie obowiązującego, dostarcza istotnych wskazówek w zakresie dopuszczalności stosowania ograniczeń dodatkowych oraz kryteriów, które powinny zostać wzięte pod uwagę podczas oceny z punktu widzenia ich zgodności z przepisami prawa antymonopolowego. Co szczególnie istotne w kontekście przedmiotu niniejszej pracy, na gruncie Komunikatu Komisja dokonała również analizy najczęściej stosowanych ograniczeń dodatkowych, w tym także zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej oraz zobowiązań z tytułu zakupów i dostaw.

W polskiej ustawie antymonopolowej Prezesowi UOKiK nie zostały wprost przyznane kompetencje do legalizacji ograniczeń akcesoryjnych w decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji⁶²². Z treści wydanych przez Prezesa UOKiK Wyjaśnień dotyczących oceny koncentracji wynika natomiast, że *tego rodzaju postanowienia umowne towarzyszące koncentracji nie są przedmiotem kontroli ani oceny w trakcie postępowania antymonopolowego w sprawie zamiaru koncentracji przedsiębiorców. Zaznaczono jednocześnie, że „wydana przez niego [Prezesa UOKiK] zgoda na dokonanie koncentracji nie rozciąga się na antykonkurencyjne postanowienia umowne towarzyszące koncentracji*. Stanowisko polskiego organu antymonopolowego różni się zatem znacznie od rozwiązań unijnych. Prezes UOKiK wskazał również, że zastosowanie przez przedsiębiorców postanowień dodatkowych może stanowić naruszenie zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień. Zgodnie z treścią Wyjaśnień dotyczących oceny koncentracji w toku postępowania koncentracyjnego, Prezes UOKiK może zwrócić przedsiębiorcy uwagę

⁶²⁰ Podobnie kwestia ta uregulowana była na gruncie poprzednio obowiązującego rozporządzenia (Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw – L 395/1 z dnia 30.12.1989 r., str. 31.) w art. 8 ust. 2 akapit 2 zd. 2 „Decyzja uznająca koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem obejmuje również ograniczenia bezpośrednio związane i niezbędne dla dokonania koncentracji”.

⁶²¹ Pkt 21 Preambuły rozporządzenia nr 139/2004.

⁶²² T. Skoczny, D. Aziewicz, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa, 2014, s. 649.

na antykonkurencyjny charakter zawartych przez niego w ramach transakcji postanowień. Jeżeli natomiast nie dokona on zmiany zakwestionowanych postanowień, Prezes UOKiK może wszcząć postępowanie antymonopolowe mające na celu zbadanie, czy doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia. Jednocześnie Prezes UOKiK stwierdza, że co do zasady nie uzależnia wydania zgody na przeprowadzenie notyfikowanej koncentracji od wcześniejszej zmiany dodatkowych postanowień umownych towarzyszących koncentracji.

W konsekwencji oznacza to, że: po pierwsze, Prezes UOKiK nie ma obowiązku analizowania zawartych w ramach transakcji koncentracyjnej ograniczeń dodatkowych; może jednocześnie zwrócić przedsiębiorcy uwagę na ich antykonkurencyjny charakter. Organ antymonopolowy nie jest tym samym zobligowany do zidentyfikowania tego typu postanowień w przedłożonych mu umowach identyfikujących czynności, na podstawie których ma zostać dokonana koncentracja. Po drugie, w przypadku wydania zgody na dokonanie koncentracji organowi antymonopolowemu nadal przysługuje uprawnienie do zakwestionowania zawartych przez przedsiębiorców ograniczeń dodatkowych w oparciu o przepisy o zakazie zawierania antykonkurencyjnych porozumień.

Za istotne należy jednocześnie uznać, że Wyjaśnienia dotyczące oceny koncentracji nie przewidują jakiegokolwiek analizy materialnoprawnej ograniczeń akcesoryjnych. Brakuje więc na gruncie polskiego prawa antymonopolowego wskazówek co do tego, jakie postanowienia dodatkowe ograniczające konkurencję spełniałyby przesłanki bezpośredniego związku oraz niezbędności, oraz jakie warunki musiałyby zostać w tym zakresie spełnione.

Z takim podejściem polskiego organu antymonopolowego nie należy się zgodzić.

Po pierwsze, podejście przedstawione przez Prezesa UOKiK w Wyjaśnieniach, dotyczące oceny koncentracji, rodzi stan niepewności po stronie przedsiębiorców dokonujących koncentracji. Po złożeniu zamiaru przeprowadzenia koncentracji, przedłożeniu organowi antymonopolowemu pełnej dokumentacji dotyczącej danej koncentracji, przeprowadzeniu i zakończeniu postępowania oraz wydaniu decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji, przedsiębiorca nie powinien pozostawać w niepewności co do tego, czy jego działanie związane z tą samą transakcją nie zostanie następnie przez ten sam organ zakwestionowane w oparciu o inne przepisy⁶²³. Należy przy tym zaznaczyć, że postępowanie

⁶²³ Podobnie K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa 2008 str. 543, *Przedsiębiorcy legitymujący się decyzją Prezesa UOKiK, zawierającą zgodę na koncentrację, uzyskują zarazem pewność, iż związane z tą koncentracją klauzule ograniczające konkurencję są dozwolone i nie narażają się na stosowanie wobec nich sankcji tak cywilnoprawnych (art. 6 ust. 2 u.o.k.i.k.), jak i administracyjnoprawnych (art. 10 oraz art. 106 u.o.k.i.k.)*.

antymonopolowe w sprawie praktyk antykonkurencyjnych może zakończyć się nałożeniem na przedsiębiorców oraz osoby zarządzające wysokiej kary pieniężnej.

Po drugie, brak ustawowej podstawy nie zmienia faktu, że nie istnieją żadne przeciwskazania do dokonywania przez Prezesa UOKiK oceny postanowień dodatkowych w oparciu o doktrynę niezbędnych ograniczeń. Przemawia za tym wykładnia polskiej ustawy antymonopolowej w zgodzie z prawem unijnym⁶²⁴. Niektórzy autorzy stwierdzają wprost, że z uwagi na członkostwo Polski w UE doktryna ograniczeń akcesoryjnych ma zastosowanie również w przypadku polskiego prawa antymonopolowego⁶²⁵. Do takiego wniosku prowadzi również wykładnia celowościowa jej przepisów. Wskazuje się bowiem, że postanowienia dodatkowe mogą doprowadzić do zwiększenia siły rynkowej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, a zatem obowiązek przeprowadzenia ich oceny uzasadniony jest wykładnią celowościową przepisów art. 18 i art. 20 u.o.k.i.k.⁶²⁶. Niektórzy autorzy jako podstawę ww. obowiązku wskazują również zasady wyrażone w art. 7, art. 8 oraz art. 9 Kodeksu postępowania administracyjnego⁶²⁷, tj. odpowiednio zasadę prawdy obiektywnej, zasadę pogłębiania zaufania oraz zasadę udzielenia informacji⁶²⁸.

Powyższa problematyka będzie szczególnie istotna w przypadku koncentracji o wymiarze krajowym. W przypadku gdy koncentracja nie ma wymiaru unijnego, oceny planowanej transakcji dokonuje bowiem krajowy organ antymonopolowy⁶²⁹. Tego typu

⁶²⁴ K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa 2008 str. 543.

⁶²⁵ K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa 2008 str. 538.

⁶²⁶ Tak D. Aziewicz, *Materialnoprawne i proceduralne przesłanki stosowania doktryny ograniczeń akcesoryjnych w postępowaniu antymonopolowym w sprawie koncentracji przedsiębiorców*, [w:] M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, M. Namysłowska, A. Piszcz (red.) *Wyzwania dla ochrony konkurencji i regulacji rynku. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Skocznemu*, Warszawa 2017, str. 37.

⁶²⁷ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 1960 nr 30 poz. 168) (dalej: „k.p.a.”)

⁶²⁸ T. Skoczny, D. Aziewicz. Skoczny, [w:] T. Skoczny (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, str. 649 oraz D. Aziewicz, *Materialnoprawne i proceduralne przesłanki stosowania doktryny ograniczeń akcesoryjnych w postępowaniu antymonopolowym w sprawie koncentracji przedsiębiorców*, str. 40 [w:] M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, M. Namysłowska, A. Piszcz (red.) *Wyzwania dla ochrony konkurencji i regulacji rynku. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Skocznemu*, Warszawa 2017. Autorzy Ci zwracają uwagę, że przepisy k.p.a. znajdują zastosowanie w sytuacjach, które nie zostały uregulowane w u.o.k.i.k.

⁶²⁹ Koncentracja ma wymiar unijny, gdy 1) łączne obroty w skali światowej wszystkich uczestników wynoszą ponad 5 mld euro oraz 2) łączne obroty w skali Unii Europejskiej każdego z przynajmniej dwóch uczestników wynoszą ponad 250 mln euro, chyba że każdy z uczestników osiąga więcej niż 2/3 swoich łącznych obrotów w skali Unii Europejskiej w ramach tego samego państwa członkowskiego. Niemniej jednak koncentracja, która nie przekracza ww. limitów, stanowi koncentrację o wymiarze unijnym, gdy łączne obroty w skali światowej wszystkich uczestników wynoszą ponad 2,5 mln euro oraz w każdym z przynajmniej trzech państw członkowskich łączne obroty wszystkich uczestników wynoszą ponad 100 mln euro, a łączne obroty każdego z przynajmniej dwóch uczestników wynoszą ponad 25 mln euro, natomiast łączne obroty w skali Unii Europejskiej każdego z przynajmniej dwóch uczestników wynoszą ponad 100 mln euro, chyba że każdy

transakcje nie są poddawane ocenie Komisji, a tym samym jedynym organem, który może dokonać antymonopolowej oceny zawartych w ich treści ograniczeń dodatkowych, jest Prezes UOKiK.

Należy zatem postulować rozpoczęcie stosowania przez Prezesa UOKiK doktryny niezbędnych ograniczeń, a zatem dopuszczania do obrotu postanowień niezbędnych i bezpośrednio związanych z głównym przedmiotem zgłoszonej przez przedsiębiorców koncentracji.

W przypadku, gdy ocena antymonopolowa przebiegnie pozytywnie, Prezes UOKiK powinien wydać decyzję zezwalającą na przeprowadzenie koncentracji, wskazując w jej treści ograniczenia dodatkowe wprowadzone przez przedsiębiorców w ramy transakcji⁶³⁰.

Natomiast gdy Prezes UOKiK zakwestionuje zaproponowane przez przedsiębiorców dodatkowe ograniczenia (np. w toku postępowania stwierdzi, że zaproponowany czas trwania zakazu konkurencji nie jest proporcjonalny, a zatem nie jest niezbędny do przeprowadzenia koncentracji), organ antymonopolowy nie powinien wydać decyzji zezwalającej na dokonanie koncentracji⁶³¹. Zdaniem autora niniejszej pracy, możliwe jest wykorzystanie w takiej sytuacji instytucji zgody warunkowej⁶³². Zgodnie z art. 19 ust. 1 u.o.k.i.k. Prezes UOKiK wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, gdy – po spełnieniu przez przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji określonych warunków – konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Warunki możliwe do wykorzystania przez organ antymonopolowy zostały wskazane w art. 13 ust. 2 u.o.k.i.k. Katalog ten ma jednak charakter jedynie przykładowy (ustawodawca użył sformułowania *w szczególności*)⁶³³. Wydaje się więc, że nie istnieją przeciwwskazania, aby Prezes UOKiK w wydanej decyzji zobowiązał przedsiębiorców do modyfikacji lub usunięcia proponowanego ograniczenia dodatkowego. Należy jednocześnie zaznaczyć, że wyrażenie zgody na przeprowadzenie koncentracji Prezes UOKiK powinien uzależnić przede wszystkim

z uczestników osiąga więcej niż 2/3 swoich łącznych obrotów w skali Unii Europejskiej w ramach tego samego państwa członkowskiego.

⁶³⁰ K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa 2008 str. 543.

⁶³¹ Stanowisko to jest odmienne od stanowiska Prezesa UOKiK wyrażonego w Wyjaśnieniach, z których wynika, że możliwe jest wydanie decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji z jednoczesnym zakwestionowaniem postanowień dodatkowych, a następnie możliwe jest nawet wszczęcie postępowania antymonopolowego w zakresie zastosowania przez przedsiębiorców tych klauzul.

⁶³² Część doktryny prawa antymonopolowego wskazuje jednak, że w przypadku oceny negatywnej zastosowanie znajdują przepisy dotyczące zakazu zawierania przez przedsiębiorców antykonkurencyjnych porozumień (zwolnienie z obowiązku zgłoszenia koncentracji nie może bowiem oznaczać legalności wszystkich zawartych w transakcji antykonkurencyjnych postanowień (K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* Warszawa 2008 str. 544).

⁶³³ T. Skoczny, Kolasiński, [w:] T. Skoczny (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, str. 693.

od modyfikacji, a nie całkowitego usunięcia postanowienia dodatkowego. Zmiana ta powinna doprowadzić do sytuacji, że ostatecznie przeprowadzona transakcja nie spowoduje skutku rynkowego w postaci istotnego ograniczenia konkurencji⁶³⁴. Warunek modyfikacji postanowień dodatkowych, w przypadku niespełnienia przez nie warunku niezbędności, może dotyczyć zarówno formy ograniczenia (np. zastąpienia zakazu konkurencji innym postanowieniem dodatkowym), jak również jego proporcjonalności (np. ograniczenia zakresu geograficznego lub okresu obowiązywania zakazu konkurencji). W przypadku gdy warunki wskazane w decyzji nie zostaną spełnione, Prezes UOKiK powinien uchylić decyzję, pozbawiając tym samym przedsiębiorców przyznanego im uprzednio uprawnienia do dokonania koncentracji⁶³⁵.

Jednak nawet w przypadku przyjęcia przez polski organ antymonopolowy doktryny niezbędnych ograniczeń, ocenie antymonopolowej dodatkowych postanowień towarzyszyć będzie problem związany z koncentracjami, których zamiar przeprowadzenia nie podlega notyfikacji. W takim przypadku mechanizm prewencyjnej kontroli koncentracji przez krajowy organ antymonopolowy w ogóle nie zostaje aktywowany, a tym samym nie dochodzi do analizy antymonopolowej, towarzyszących głównej transakcji ograniczeń dodatkowych. Z uwagi na ustanowienie wysokich progów wymiaru krajowego koncentracji, sytuacja ta dotyczy znacznej liczby przeprowadzanych na rynku koncentracji⁶³⁶. Sytuacja ta jest o tyle problematyczna, że uznanie koncentracji z mocy prawa za nienaruszającą interes publiczny nie oznacza, że ta sama ocena odnosi się do zawartego przez przedsiębiorców porozumienia⁶³⁷.

Zdaniem autora niniejszej pracy, w takim przypadku ocena antymonopolowa dokonywana w ramach interwencji organu antymonopolowego *ex post* powinna być oparta na weryfikacji ich niezbędności i bezpośredniego związku z transakcją główną. Przyjęcie odmiennego podejścia, tj. oceny postanowień dodatkowych zawartych w koncentracjach niepodlegających notyfikacji wyłącznie na podstawie przepisów dotyczących porozumień

⁶³⁴ T. Skoczny, M. Kolasiński, [w:] T. Skoczny (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, str. 693.

⁶³⁵ A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Białystok 2013, str. 159.

⁶³⁶ P. Barczak, A. Michałowski, *Klauzule o zakazie konkurencji w procesie koncentracji w europejskim i polskim prawie konkurencji*, Palestra 1-2, 2004.

⁶³⁷ Konstrukcja bagatelności została co prawda wykorzystana również na gruncie przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach; niemniej jednak progi bagatelności określone zostały poprzez wskazanie udziałów rynkowych uczestników porozumienia, a nie ich obrotów, a ponadto przepis art. 7 u.o.k.i.k. stanowiący podstawę legitymizacji porozumień bagatelnych nie znajduje zastosowania do porozumień cenowych, porozumień kontyngentowych, porozumień podziałowych i zmów przetargowych (art. 7 ust. 3 u.o.k.i.k.). W konsekwencji możliwa jest sytuacja, kiedy transakcja zawierająca ograniczenia dodatkowe, niepodlegająca uprzedniej notyfikacji z uwagi na spełnienie kryteriów bagatelności, będzie spełniać przesłanki zakazanego porozumienia na gruncie przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach.

antykonkurencyjnych, prowadziłyby do dyskryminacji mniejszych przedsiębiorców, którzy zostaliby *de facto* pozbawieni możliwości oceny zaproponowanych klauzul na podstawie doktryny niezbędnych ograniczeń⁶³⁸. To z kolei powodowałoby zmniejszenie ich skłonności do podejmowania działań koncentracyjnych.

37. Bezpośrednie związanie i niezbędność ograniczenia

Aby ograniczenia dodatkowe zostały zaakceptowane w ramach doktryny ograniczeń akcesoryjnych, spełnione muszą zostać przesłanki ich bezpośredniego związania oraz niezbędności z głównym przedmiotem koncentracji. Oznacza to, że klauzule niespełniające ww. kryteriów nie mogą liczyć na legalizację w ramach wydanej przez organ antymonopolowy decyzji.

Wymóg bezpośredniego związania polega na tym, że klauzule kształtujące ograniczenie konkurencji, chociaż mają charakter dodatkowy, muszą pozostawać w bezpośrednim związku funkcjonalnym z zasadniczym przedmiotem transakcji⁶³⁹, co oznacza, że powinny być z nią powiązane pod względem ekonomicznym oraz zostać wprowadzone do treści koncentracji w celu umożliwienia efektywnego i płynnego przejścia na zmienioną strukturę przedsiębiorcy po koncentracji⁶⁴⁰. Dla spełniania kryterium bezpośredniego związku nie wystarczy tym samym, aby ograniczenie dodatkowe zostało zawarte przez strony jedynie w tym samym kontekście lub czasie co transakcja główna⁶⁴¹. Konieczne jest istnienie związku celowego pomiędzy zastosowaniem danego ograniczenia i przeprowadzenia transakcji. W wyroku w sprawie *Metropole television* Sąd stwierdził, że ograniczenie dodatkowe powinno zostać uznane za bezpośrednio związane, gdy jest podporządkowane przeprowadzeniu transakcji i ma z nią wyraźny związek⁶⁴². Wynika z tego, że powiązanie to powinno być rzeczywiście bardzo silne i powodujące faktyczną „nierozłączalność” ograniczeń dodatkowych⁶⁴³.

Warunek niezbędności oznacza, że ograniczenie dodatkowe może zostać objęte wyłączeniem jedynie w przypadku, jeżeli przy braku jego wprowadzenia do porozumienia realizacja głównej części transakcji byłaby uniemożliwiona lub możliwa na mniej korzystnych warunkach⁶⁴⁴. Oznacza to, że przeprowadzenie koncentracji wymagałoby

⁶³⁸ Odmiennie K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa 2008 str. 544.

⁶³⁹ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt 12; K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa 2008 str. 330.

⁶⁴⁰ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt 12.

⁶⁴¹ Tamże

⁶⁴² Pkt 105 wyroku SPI z 18.09.2001 r. w sprawie T-112/99 *Metropole television*.

⁶⁴³ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt 12.

⁶⁴⁴ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt 13.

poniesienia przez jej uczestników wyższych kosztów, wydłużenia czasu jej przeprowadzenia lub znacznego utrudnienia⁶⁴⁵. Weryfikacja spełnienia warunku niezbędności przebiegać będzie w oparciu o dwustopniową analizę. Pierwszy krok stanowi weryfikacja tego, czy typ wybranego ograniczenie jest adekwatny do planowanej transakcji (wymóg niezbędności *per se*). Chodzi w tym wypadku o analizę samego charakteru ograniczenia (np. zakazu konkurencji). W ramach drugiego kroku badane są szczególne cechy postanowienia dodatkowego (wymóg proporcjonalności). Pełna analiza obejmuje zatem również sprawdzenie, czy elementy takie jak czas obowiązywania postanowienia dodatkowego, jego przedmiot, a także obszar geograficzny objęty ograniczeniem są faktycznie konieczne z punktu widzenia doktryny ograniczeń dodatkowych⁶⁴⁶.

Zarówno warunek bezpośredniego związania, jak i niezbędności mają charakter obiektywny. W przypadku pierwszego z nich oznacza to, że dla stwierdzenia, że ograniczenia pozostają bezpośrednio związane z główną transakcją, nie wystarczy uznanie ich za powiązane przez uczestników transakcji. Podobnie obiektywne zakwalifikowanie ograniczenia jako niezbędne oznacza, że warunek ten nie zostanie spełniony, w przypadku gdy wyłącznie strony koncentracji uznają, że jego brak uniemożliwi lub w znacznym stopniu utrudni wykonanie głównej umowy⁶⁴⁷. W wyroku w sprawie *Metropole television* Sąd stwierdził, że obiektywna konieczność nie opiera się na badaniu pro- i antykonkurencyjnych skutków porozumienia⁶⁴⁸. Badanie to powinno mieć, zdaniem Sądu, charakter względnie abstrakcyjny; nie chodzi bowiem o badanie niezbędności wprowadzenia ograniczeń dla sukcesu komercyjnego operacji głównej, a jedynie tego, czy wprowadzenie ich jest konieczne do realizacji operacji w ogóle⁶⁴⁹. W sprawie *Remia* Trybunał uznał dopuszczalność zastosowania klauzuli zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, uzasadniając to twierdzeniem, że *gdyby sprzedawca i nabywca pozostali konkurentami po przeniesieniu, jasne jest, że porozumienie w sprawie przeniesienia przedsiębiorstwa nie mogłoby zostać wykonane*⁶⁵⁰.

⁶⁴⁵ Pkt 20 decyzji Komisji z 18.12.2000 r. w sprawie nr COMP/M/1863 *Vodafone/BT/Airtel JV*.

⁶⁴⁶ Na konieczność przeprowadzenia badania kryterium proporcjonalności wskazał między innymi SPI w pkt 106 oraz pkt 113 wyroku z 18.09.2001 r. w sprawie T-112/99 *Metropole television* („W przypadku, gdy ograniczenie jest obiektywnie konieczne do realizacji operacji głównej, należy jeszcze sprawdzić, czy jego czas obowiązywania oraz jego przedmiotowy i geograficzny zakres stosowania nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla realizacji tej operacji”).

⁶⁴⁷ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt 11.

⁶⁴⁸ Pkt 107 wyroku SPI z 18.09.2001 r. w sprawie T-112/99 *Metropole television*.

⁶⁴⁹ Tamże, pkt 109.

⁶⁵⁰ Pkt 19 wyroku Trybunału z 11.07.1985 r. w sprawie 42/84 *Remia BV*.

Omówione powyżej kryteria bezpośredniego związku oraz niezbędności (niezbędności *per se* oraz proporcjonalności) mają charakter łączny, co oznacza, że aby móc skorzystać z legalizacji danego ograniczenia dodatkowego konieczne jest spełnienie obu przesłanek. Powstaje jednak pytanie, co w przypadku, gdy jedno z nich (lub oba) nie jest spełnione. W przytoczonym wyżej wyroku w sprawie *Metropole television*⁶⁵¹, a także w wyroku w sprawie *Dansk Pelsdyravløforening*⁶⁵² Sąd stwierdził, że ograniczenie dodatkowe powinno zostać poddane odrębnej analizie w ramach art. 101 ust. 3 TfUE. Zdaniem autora niniejszej pracy, z uwagi na odrębność postępowań antymonopolowych w sprawie koncentracji i postępowań antymonopolowych w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, możliwość wyłączenia ograniczenia dodatkowego na podstawie art. 101 ust. 3 TfUE w ramach postępowania pierwszego typu budzi uzasadnione wątpliwości. W przypadku braku spełnienia przesłanek bezpośredniego związku lub niezbędności, organ antymonopolowy powinien raczej wydać decyzję wyrażającą zgodę pod dokonanie koncentracji pod warunkiem modyfikacji lub wyeliminowania zakwestionowanego ograniczenia dodatkowego. Nie oznacza to, że dane ograniczenie konkurencji nie będzie mogło skorzystać z wyłączenia na gruncie art. 101 ust. 3 TfUE. Powyższe może jednak nastąpić dopiero w przypadku zawarcia tego ograniczenia przez przedsiębiorców dokonujących transakcji, w formie porozumienia, pomimo jego zakwestionowania przez organ antymonopolowy. Wówczas organ antymonopolowy zobowiązany jest do przeprowadzenia analizy w zakresie spełnienia przez ograniczenie konkurencji przesłanek wyłączenia określonych w ww. przepisie.

38. Rozwój regulacji zakazu konkurowania w prawie unijnym

38.1. Regulacja zakazu konkurowania w Komunikacie Komisji z dnia 14 sierpnia 1990 r. w sprawie ograniczeń akcesoryjnych w stosunku do koncentracji

Już w pierwszym Komunikacie w sprawie ograniczeń akcesoryjnych w stosunku do koncentracji wydanym w 1990 r.⁶⁵³ Komisja określiła zasady dopuszczalności najczęściej stosowanych przez przedsiębiorców ograniczeń dodatkowych, w tym obu form zakazu konkurowania.

W przypadku koncentracji polegających na przejęciu Komisja wskazała, że nałożenie na zbywcę przedsiębiorstwa zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej *gwarantuje przejście na nabywcę pełnej wartości aktywów, które co do zasady obejmują zarówno aktywa*

⁶⁵¹ Pkt 113 wyroku SPI z 18.09.2001 r. w sprawie T-112/99 *Metropole television*.

⁶⁵² Pkt 78 wyroku SPI z 2.07.1992 r. w sprawie T-61/89 *Dansk Pelsdyravløforening*.

⁶⁵³ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych w stosunku do koncentracji (Dz. U. C 203 z 14.08.1990 r., str. 5) (dalej: „Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych z 1990 r.”).

*materialne, jak i niematerialne, takie jak renoma zdobyta przez zbywcę lub know-how przez niego opracowane*⁶⁵⁴.

Określono również szczegółowe zasady dotyczące czasu trwania, zakresu geograficznego, przedmiotowego oraz podmiotowego ww. klauzuli.

Dopuszczalny okres obowiązywania zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej został ograniczony do pięciu lat, w przypadku gdy koncentracja przewidywała przeniesienie renomy i *know-how*, oraz do dwóch lat, w przypadku gdy obejmowała jedynie renomę zbywcy. Stwierdzono jednocześnie, że dłuższy okres obowiązywania zakazu może być uzasadniony na przykład, gdy przedsiębiorcy wykażą, że lojalność klientów utrzymywać się będzie przez okres dłuższy niż dwa lata lub że ekonomiczny cykl życia produktów wynosi dłużej niż pięć lat⁶⁵⁵.

Zakres geograficzny zakazu ograniczony został jedynie do obszaru, na którym prowadzono sprzedaż produktów lub świadczone usługi przed przeprowadzeniem transakcji. Komisja stwierdziła jednocześnie, że nie wydaje się obiektywnie konieczne, aby nabywca był chroniony przed konkurencją ze strony sprzedawcy na terytorium, na którym nie prowadził on dotychczas działalności⁶⁵⁶.

Zakazem mogły zostać objęte jedynie towary i usługi stanowiące przedmiot działalności zbywcy⁶⁵⁷.

Co do aspektu podmiotowego, Komisja stwierdziła, że zakaz mógł obejmować wyłącznie samego sprzedawcę, spółki zależne, a także jego agentów⁶⁵⁸.

Komisja przedstawiła również swoje stanowisko w stosunku do zakazu konkurencji w formie wyłączności zakupu stwierdzając, że co do zasady ograniczenie to nie jest niezbędna dla przeprowadzenia koncentracji. Wskazano jednocześnie, że wyjątkowo tego typu ograniczenie może zostać zaakceptowane, w przypadku gdy jest to uzasadnione szczególnymi okolicznościami. Jako przykład takiej sytuacji podano brak rynku (ang. *absence of the market*), przez co należy rozumieć brak możliwości sprzedania produktu innemu odbiorcy lub brak możliwości zakupu produktu od innego dostawcy oraz specyfikę produktu (ang. *specificity of the product*)⁶⁵⁹. Jednocześnie Komisja podkreśliła, że zgodnie z zasadą proporcjonalności przedsiębiorcy w każdym wypadku zobowiązani są do wzięcia pod uwagę

⁶⁵⁴ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych z 1990 r., pkt III A 1.

⁶⁵⁵ Tamże, pkt III A 2.

⁶⁵⁶ Tamże, pkt III A 3.

⁶⁵⁷ Tamże, pkt III A 4.

⁶⁵⁸ Tamże, pkt III A 5.

⁶⁵⁹ Tamże, pkt III C 3.

możliwości skorzystania z alternatywnego rozwiązania, takiego jak umowa o z góry określonych ilościach, które stanowią ograniczenie mniejszego stopnia niż wyłączność⁶⁶⁰.

Komisja stwierdziła, że zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej dotyczący zobowiązania się przedsiębiorców do niekonkurowania ze wspólnym przedsiębiorcą i stanowi integralną część transakcji⁶⁶¹, a zatem możliwe jest jego wprowadzenie do treści transakcji. Komisja uznała również, że jeżeli przedsiębiorca będący stroną transakcji pozostaje obecny na rynku wyższego lub niższego szczebla, do oceny wyłączności zakupu zastosowanie znajdują zasady dotyczące oceny tego ograniczenia konkurencji przy koncentracji polegającej na przejęciu.

38.2. Regulacja zakazu konkurowania w Komunikacie Komisji z dnia 4 lipca 2001 r. w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych do realizacji koncentracji przedsiębiorstw.

Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych do realizacji koncentracji przedsiębiorstw z 2001 r. również przewidywał szczegółowe wytyczne w zakresie warunków dopuszczalności zakazu konkurowania.

W przypadku koncentracji polegających na przejęciu, Komisja wskazała, że dopuszczalny okres zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej wynosił maksymalnie trzy lata, gdy zbycie przedsiębiorstwa obejmuje zarówno elementy renomy firmy i *know-how*, oraz dwa lata, jeżeli dotyczy wyłącznie jego renomy. Jednocześnie Komisja przewidziała możliwość wydłużenia okresu obowiązywania zakazu w określonych okolicznościach, np. gdy lojalność klienta wobec sprzedającego przetrwa dłużej niż dwa lata lub dłużej niż trzy lata, o ile zakres lub charakter *know-how* uzasadnia dodatkowy okres ochronny⁶⁶².

Komisja stwierdziła, że zakaz powinien być ograniczony do terytorium, na którym sprzedający oferował dane produkty lub usługi w momencie transakcji. Zastrzeżono jednak możliwość rozszerzenia jego zakresu o terytoria jeszcze niespenetrowane przez zbywcę, jeżeli uzasadnione byłoby to szczególnymi okolicznościami sprawy⁶⁶³.

Zakres produktowy zakazu został przez Komisję rozszerzony i obejmował już nie tylko towary i usługi stanowiące przedmiot działalności zbywcy, ale także udoskonalone wersje produktów, ich aktualizacje oraz kolejne modele. Umożliwiono również objęcie zakazem

⁶⁶⁰ Tamże.

⁶⁶¹ Tamże, pkt V A.

⁶⁶² Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych z 2001 r., pkt 15.

⁶⁶³ Tamże, pkt 16.

produktów i usług będących w momencie transakcji w zaawansowanym stopniu rozwoju lub produktów w pełni opracowanych, lecz jeszcze niewprowadzonych na rynek⁶⁶⁴.

Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych 2001 r. przewidywał możliwość ograniczenia prawa zbywcy do zakupu lub posiadania udziałów w przedsiębiorstwie konkurencyjnym z zastrzeżeniem, że zakaz ten nie może ograniczać prawa do posiadania lub nabywania udziałów wyłącznie w celu inwestycyjnym⁶⁶⁵. Wskazano również, że zawarte w treści transakcji klauzule o zakazie pozyskiwania pracowników oraz klauzule o poufności powinny być oceniane w ten sam sposób jak postanowienia o zakazie podejmowania działalności konkurencyjnej. Jednocześnie zaznaczono, że z uwagi na fakt, że zakres ww. klauzul może być węższy od zakresu zakazu konkurowania, istnieje większe prawdopodobieństwo, iż zostaną one uznane za bezpośrednio związane i konieczne dla realizacji koncentracji. Uznano również, że postanowienia o zachowaniu poufności, o ile uzasadniają to szczególne okoliczności sprawy, mogą obejmować zbywcę przez okres przekraczający trzy lata, z uwzględnieniem interesów przedsiębiorców związanych z ochroną cennych tajemnic handlowych⁶⁶⁶.

Komisja podtrzymała stanowisko, zgodnie z którym nie było co do zasady dopuszczalne zastosowanie przez uczestników koncentracji wyłączności zakupu. Chociaż w treści dokumentu zauważono, że zobowiązania z tytułu zakupów mogą być, w określonych okolicznościach, uznane za bezpośrednio związane i niezbędne dla przeprowadzenia koncentracji⁶⁶⁷, to jednak zdaniem Komisji nie dotyczy to zobowiązań do nabywania nieograniczonych ilości lub postanowienia o preferowanym dostawcy⁶⁶⁸, jak również zobowiązania o wyłączności zakupu⁶⁶⁹. Powielono jednocześnie zasadę wprowadzoną na gruncie poprzednio obowiązującego komunikatu, że w określonych okolicznościach, np. gdy nie istnieje rynek zbytu lub zaopatrzenia lub z uwagi na specyfikę produktów, wyłączność zakupu może być uzasadniona.

W przypadku koncentracji polegających na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy, Komisja wskazała, że zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej pomiędzy przedsiębiorcami macierzystymi a wspólnym przedsiębiorcą można uznać za bezpośrednio powiązany z transakcją główną i niezbędny dla jej przeprowadzenia, jeżeli czas jego obowiązywania ograniczony jest maksymalnie do trzech lat; natomiast dłuższy okres

⁶⁶⁴ Tamże, pkt 17.

⁶⁶⁵ Tamże, pkt 18.

⁶⁶⁶ Tamże, pkt 20.

⁶⁶⁷ Tamże, pkt 25.

⁶⁶⁸ Tamże, pkt 28.

⁶⁶⁹ Tamże, pkt 29.

powinien zostać uzasadniony specjalnymi okolicznościami⁶⁷⁰. Stwierdzono jednocześnie, że okres obowiązywania zakazu przekraczający czas trwania wspólnego przedsiębiorcy nigdy nie będzie spełniał przesłanek bezpośredniego związania i niezbędności⁶⁷¹. Dopuszczalność zobowiązań wyłącznego zakupu powinna być, zdaniem Komisji, oceniana analogicznie jak przy koncentracjach polegających na zbyciu przedsiębiorstwa⁶⁷².

38.3. Wnioski

Oba poprzednio obowiązujące Komunikaty Komisji przewidywały zasady zastosowania doktryny ograniczeń akcesoryjnych zarówno w odniesieniu do zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, jak i wyłączności zakupu.

W przypadku pierwszej formy zakazu konkurowania analiza treści obu dokumentów prowadzi do wniosku, że stanowisko Komisji w tym zakresie uległo ewolucji. W Komunikacie w sprawie ograniczeń akcesoryjnych z 2001 r. skrócony został dopuszczalny czas ustanowienia zakazu konkurowania w przypadku przeniesienia na nabywcę renomy i *know-how* (z pięciu do trzech lat). Jednocześnie Komisja zastosowała bardziej liberalne podejście w stosunku do aspektów geograficznego i produktowego, dopuszczając możliwość rozszerzenia zakresu zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej. Wskazano również zasady oceny zakazu zatrudnienia u konkurenta oraz umowy o zachowaniu poufności. W zakresie zastosowania doktryny niezbędnych ograniczeń do klauzuli wyłączności zakupu stanowisko Komisji nie uległo zmianie. Tego typu ograniczenie konkurencji nie było traktowane jako bezpośrednio związane z transakcją i niezbędne do jej przeprowadzenia, jeżeli nie było to uzasadnione szczególnymi okolicznościami sprawy.

W przypadku koncentracji polegających na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy Komisja zwraca uwagę na dopuszczalność zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej uczestników transakcji w stosunku do nowego przedsiębiorcy. Z czasem ograniczyła jednak dopuszczalny czas jego obowiązywania do trzech lat, zaznaczając jednocześnie, że nie może ono wiązać stron transakcji, jeżeli wspólny przedsiębiorca przestanie istnieć. Zasady oceny klauzul wyłącznego zakupu znajdują zastosowanie do obu typów koncentracji.

Jak wynika z analizy przeprowadzonej w dalszej części niniejszego rozdziału, aktualnie obowiązujący komunikat Komisji w sprawie ograniczeń akcesoryjnych w dużej mierze stanowi powtórzenie rozwiązań przyjętych w Komunikacie w sprawie ograniczeń

⁶⁷⁰ Tamże, pkt 36.

⁶⁷¹ Tamże.

⁶⁷² Tamże, pkt 45.

akcesoryjnych z 2001 r. Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że w pewnych obszarach wytyczne Komisji zostały doprecyzowane lub obejmują nowe zagadnienia.

39. Zakaz konkutowania jako element koncentracji przedsiębiorców

39.1. Zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej w ramach przejęć

Przedmiotem zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej jest zobowiązanie jednego z przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji – zbywcy - do zaprzestania prowadzenia dotychczasowej działalności, która jednocześnie, po przeprowadzeniu transakcji, zostanie podjęta przez nabywcę. Komisja zaznacza w Komunikacie w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, że stosowanie ww. klauzuli jest uzasadnione z uwagi na ochronę jaką gwarantuje nabywcy przedsiębiorstwa. Poprzez powstrzymanie się od konkutowania zbywca pozwala bowiem nabywcy na pozyskanie pełnej wartości przenoszonych aktywów obejmujących zarówno wartości materialne, jak i niematerialne, takie jak: zakumulowana wartość firmy lub *know-how*. Brak presji konkurencyjnej pozwala nabywcy na pozyskanie lojalności klientów oraz na przyswojenie i przygotowanie się do pełnego wykorzystania przekazanego mu *know-how*⁶⁷³. Tym samym klauzula ta stanowi typowy sposób zabezpieczenia interesów nabywcy przedsiębiorstwa⁶⁷⁴. Jednocześnie, podobnie jak w przypadku klauzuli zakazu konkutowania zawieranego w ramach porozumień przedsiębiorców, omawiane postanowienie niewątpliwie niesie ze sobą ryzyko ograniczenia konkurencji na rynku.

Komisja zawarła w Komunikacie w sprawie ograniczeń akcesoryjnych wytyczne dotyczące tego, jak powinna zostać skonstruowana klauzula zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, aby podlegała doktrynie ograniczeń akcesoryjnych. Istotne znaczenie mają w tym zakresie następujące aspekty klauzuli zakazu konkutowania: długość obowiązywania zakazu; terytorium, na którym zbywca nie może podejmować działalności konkurencyjnej; a także zakres przedmiotowy i zakres podmiotowy zakazu.

Jeżeli chodzi o długość trwania zakazu, Komisja uznała, że uzasadnione jest wprowadzenie klauzuli na okres trzech lat, jeżeli transakcja obejmuje przeniesienie lojalności klientów zarówno w formie renomy (eng. *goodwill*)⁶⁷⁵, jak i *know-how*. W przypadku zaś, gdy

⁶⁷³ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt 18.

⁶⁷⁴ P. Barczak, A. Michałowski, *Klauzule o zakazie konkurencji w procesie koncentracji w europejskim i polskim prawie konkurencji*, Palestra, 1-2, 2004; Decyzja Komisji z 1.09.2000 r. w sprawie COMP/M.2077, *Clayton Dubilier & Rice/Italtel*, pkt. 15.

⁶⁷⁵ Należy zwrócić uwagę, że angielskie *goodwill* powinno być raczej przetłumaczone jako „renoma” przedsiębiorcy, a nie jako „wartość” (tak jak w polskim tłumaczeniu Komunikatu w sprawie ograniczeń akcesoryjnych).

transakcja obejmuje jedynie renomę, czas trwania zakazu nie powinien przekroczyć dwóch lat⁶⁷⁶. Takie podejście Komisji może powodować pewne problemy praktyczne.

Po pierwsze, trudno jest z góry określić w jakim stopniu przy przeprowadzanej transakcji dochodzi do przeniesienia na nabywcę lojalność klientów. Można przyjąć stanowisko bazujące na twierdzeniu, że lojalność klientów buduje pozycję rynkową przedsiębiorcy. W takim wypadku należałoby uznać, że im większe są udziały rynkowe zbywcy, tym większą rolę odgrywa przeniesienie na nabywcę lojalności klientów. W praktyce jednak niektórzy przedsiębiorcy, którzy chociaż nie posiadają silnej pozycji na rynku właściwym, to jednak cieszą się grupą lojalnych nabywców. Trudne do weryfikacji wydaje się również kryterium przeniesienia renomy przedsiębiorcy. Wartość ta ma bowiem charakter subiektywny.

Po drugie, co do okresu obowiązywania zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, w Komunikacie w sprawie ograniczeń akcesoryjnych nie zostało wskazane skąd wynikają zaproponowane przez Komisję okresy trzyletni i dwuletni⁶⁷⁷. Analizowany dokument ma charakter uniwersalny a nie sektorowy, co oznacza, że dotyczy wszystkich przedsiębiorców podlegających reżimowi unijnego prawa antymonopolowego, a nie wyłącznie przedsiębiorców prowadzących działalność w konkretnym sektorze. Tym samym powinien dostarczać wskazówek wszystkim przedsiębiorcom chcącym przeprowadzić transakcję koncentracyjną. Nie jest uzasadnione ustalanie takich samych dopuszczalnych okresów obowiązywania (niezależnie od ich długości) bez względu na charakter prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności. Nie można wykluczyć sytuacji, kiedy szereg okoliczności faktycznych, takich jak charakter prowadzonej działalności lub czas działania na rynku, będą uzasadniały dużo dłuższy okres obowiązywania zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej przez zbywcę przedsiębiorstwa. Z uwagi zatem na możliwość wprowadzenia w błąd, Komisja nie powinna sugerować przedsiębiorcom, że maksymalny okres obowiązywania zakazu może wynosić trzy lata. W praktyce bowiem takie stanowisko może być niemożliwe do obrony w starciu z rzeczywistością prowadzenia działalności gospodarczej na niektórych rynkach.

Komisja wskazała również, że w przypadku, kiedy transakcja ogranicza się do przeniesienia wartości materialnych, takich jak grunty lub maszyny, lub też ich przedmiotem są wyłącznie prawa własności przemysłowej lub handlowej, klauzule zakazujące

⁶⁷⁶ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt 20.

⁶⁷⁷ Na marginesie należy zauważyć, że takie okresy dopuszczalności zakazu wskazano również w poprzednio obowiązującym Komunikacie z 2001 r.

podejmowania działalności konkurencyjnej nie będą konieczne do ochrony praw nabywcy. W tym zakresie Komisja niejako ograniczyła konieczność zbadania ograniczeń dodatkowych wyłącznie do analizy pierwszego stopnia, zgodnie z którą ocenie podlega adekwatność charakteru ograniczenia dodatkowego do charakteru przeprowadzanej przez strony transakcji.

Reasumując rozważania na temat dozwolonego okresu obowiązywania zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, należy stwierdzić, że w procesie weryfikacji tego aspektu postanowienia dodatkowego Komisja powinna wziąć pod uwagę szereg czynników, takich, jak: charakter prowadzonej działalności, struktura rynku, kompleksowość prowadzonej działalności oraz stopień skomplikowania przenoszonego *know-how*. Ponadto zdaniem autora niniejszej pracy uzasadnione wydaje się być zrezygnowanie ze stosowania kryteriów „lojalności klientów” i „renomy” przy ustalaniu maksymalnego okresu obowiązywania zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej.

Komisja stwierdziła, że obszar geograficzny objęty ograniczeniem dodatkowym musi być ograniczony do terytorium, na którym zbywca oferował produkty lub usługi przed przeprowadzaniem koncentracji⁶⁷⁸. Takie podejście Komisja uzasadnia tym, że nabywca nie potrzebuje ochrony przed konkurencją ze strony zbywcy na terytoriach, na których ten ostatni wcześniej nie prowadził działalności. Podejście to, chociaż adekwatne w większości przypadków, w określonych okolicznościach faktycznych może okazać się błędne. W dobie dynamicznych zmian wynikających z większego dostępu do internetu, zwiększenia znaczenia sprzedaży za pośrednictwem kanału *e-commerce* pojęcie obszaru geograficznego w znacznej mierze straciło na znaczeniu; przedsiębiorca może bowiem znacznie skrócić czas rozpoczęcia prowadzenia działalności na obszarze innym niż dotychczasowy. Ponadto, należy zwrócić uwagę na przedsiębiorców, których zakres oddziaływania obejmuje obszar dużo większy niż ten, na którym faktycznie oferuje on swoje towary i usługi. Ograniczenie zakresu zakazu do obszaru, na którym prowadził on działalność gospodarczą w momencie przeprowadzania transakcji, może w konsekwencji uniemożliwić nabywcy pełne skorzystanie z przejmowanego przedsiębiorstwa. Od ogólnej zasady ograniczenia zakresu terytorialnego zakazu Komisja wprowadziła jeden wyjątek. Dotyczy on sytuacji, kiedy to zbywca planował rozpocząć działalność na nowych terytoriach, lecz nie zrobił tego do momentu koncentracji. Wówczas to zakres geograficzny zakazu może zostać rozszerzony o nowe terytoria. Wyjątek ten jest jednak obwarowany zastrzeżeniem, że zbywca musi w momencie koncentracji poczynić inwestycje w zakresie rozpoczęcia działalności na nowych terytoriach; jak zaznacza

⁶⁷⁸ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt 22.

Komisja, *Obszar ten można rozszerzyć na terytoria, na które zbywca planował wejść w momencie dokonywania transakcji pod warunkiem, że zainwestował w przygotowania do podjęcia takiego kroku*⁶⁷⁹. Analizując wskazany przez Komisję wyjątek należy stwierdzić, że pojęcie *inwestycji w przygotowania* jest pojęciem bardzo szerokim. W praktyce może on powodować duże rozbieżności interpretacyjne zarówno po stronie uczestników koncentracji, jak i dokonującego jej oceny organu antymonopolowego. Można przyjąć stanowisko, zgodnie z którym każda inwestycja lub nawet zaprzestanie inwestycji i rozpoczęcie gromadzenia środków może stanowić pierwszy krok zmierzający do wejścia na nowe terytoria. Takie podejście jest o tyle uzasadnione, że Komisja nie uzależnia rozszerzenia zakresu zakazu od inwestycji na nowych terytoriach, lecz jedynie do inwestycji w przygotowania do rozszerzenia działalności. Konieczne będzie bowiem wykazanie związku pomiędzy inwestycją a planowanym rozpoczęciem działalności na konkretnym terytorium. Nie wydaje się więc, aby warunek ten został spełniony przez poczynienie inwestycji mającej na celu generalną ekspansję zbywcy, a jedynie taką, która dotyczy wejścia na konkretne nowe terytorium. Z uwagi na ww. brak precyzji, warunek ten może prowadzić do sporów w zakresie interpretacji zastosowania wyjątku do danego stanu faktycznego.

Reasumując analizę aspektu geograficznego zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej należy stwierdzić, że nie jest możliwe wypracowanie uniwersalnej zasady ograniczenia zakresu geograficznego zakazu do terytoriów, na których zbywca prowadził działalność w momencie koncentracji. Zasada ta powinna wskazywać niejako zakres minimum z jednoczesną możliwością jego rozszerzenia w oparciu o wskazane przez nabywcę i potwierdzone w toku postępowania okoliczności faktyczne danego przypadku.

Komisja stwierdziła, że klauzule o zakazie podejmowania działalności konkurencyjnej powinny zostać ograniczone do produktów i usług stanowiących przedmiot działalności gospodarczej przenoszonego przedsiębiorstwa, obejmując jednocześnie udoskonalone wersje usług lub ich aktualizacje oraz modele zastępujące poprzednie wersje⁶⁸⁰. Wskazano również, że ww. zakresem objęte będą również produkty i usługi będące w zaawansowanym stadium rozwoju w momencie transakcji lub produkty, które są już w pełni rozwinięte, ale nie zostały jeszcze wprowadzone na rynek⁶⁸¹.

Ostatnim z omawianych aspektów jest zakres podmiotowy zakazu. Zgodnie ze stanowiskiem Komisji wyrażonym w Komunikacie, *zbywca może zobowiązać* [do

⁶⁷⁹ Tamże, pkt 22.

⁶⁸⁰ Tamże, pkt 23.

⁶⁸¹ Tamże.

niepodejmowania działalności konkurencyjnej – TK] *siebie, swoje spółki zależne i przedstawiciele handlowych*”⁶⁸². Rozszerzenie zakazu na inne podmioty nie zostanie *a contrario* uznane przez Komisję za bezpośrednio związane i konieczne dla przeprowadzenia koncentracji. Powyższe oznacza, że zakazem podejmowania działalności konkurencyjnej nie mogą zostać objęci przedsiębiorcy prowadzący samodzielną działalność gospodarczą i ponoszący związane z nią ryzyko, jak np. franczyzobiorcy czy też dystrybutorzy zbywcy. Stanowisko to jest w pełni uzasadnione.

Zakaz konkurowania w postaci zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej może obejmować również ograniczenia w zakresie zakupu lub posiadania udziałów w przedsiębiorstwie konkurencyjnym w stosunku do przenieszonego przedsiębiorstwa. Zdaniem Komisji, rozszerzenie zakazu również o ten drugi zakres dozwolone jest pod tymi samymi warunkami co zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej⁶⁸³. Wyjątek stanowi zakaz uniemożliwiający posiadanie takich udziałów nabytych wyłącznie w celach inwestycyjnych, bez przyznania zbywcy prawa do sprawowania funkcji zarządczych lub wywierania istotnego wpływu na działalność konkurencyjnego przedsiębiorstwa⁶⁸⁴. Treść Komunikatu w sprawie ograniczeń akcesoryjnych należy rozumieć w ten sposób, że w przypadku gdy udziały stanowią wyłącznie formę inwestycji finansowej, zakaz nie będzie przez Komisję zaakceptowany jako niezwiązany bezpośrednio z główną transakcją i zbędny dla jej przeprowadzenia. Taka sytuacja miała miejsce w sprawie *Tesco/Catteau*. W ramach transakcji członkowie rodziny będącej właścicielem przejmowanego przedsiębiorcy zostali ograniczeni w zakresie nabywania więcej niż 10% udziałów innego przedsiębiorcy⁶⁸⁵. Komisja uznała, że tego typu ograniczenie nie jest dozwolone, jeżeli udziały nabywane są jedynie w celach inwestycyjnych⁶⁸⁶.

Komisja zajęła również stanowisko w odniesieniu do zakazu pozostawiania zatrudnionym u przedsiębiorcy prowadzącego działalność konkurencyjną, a także o klauzuli zobowiązującej kontrahenta do zachowania poufności. Zdaniem Komisji, ww. zakazy wywołują skutek podobny co klauzule o zakazie podejmowania działalności konkurencyjnej i jako takie powinny podlegać podobnej ocenie pod kątem prawa antymonopolowego⁶⁸⁷.

Jeżeli chodzi o pierwszą kategorię ograniczeń, czyli zakaz podjęcia pracy u przedsiębiorcy prowadzącego działalność konkurencyjną względem nabywcy, to nie zostało

⁶⁸² Tamże, pkt 24.

⁶⁸³ Tamże, pkt 25.

⁶⁸⁴ Tamże.

⁶⁸⁵ Pkt IV 10 decyzji Komisji z 4.02.1993 r. w sprawie nr IV/M.301 *Tesco/Catteau*.

⁶⁸⁶ Pkt IV 14 decyzji Komisji z 4.02.1993 r. w sprawie nr IV/M.301 *Tesco/Catteau*.

⁶⁸⁷ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt 26.

w Komunikacie w sprawie ograniczeń akcesoryjnych wyjaśnione czy dozwolone jest wprowadzenie zakazu zatrudnienia na stanowisku związanym z prowadzoną działalnością, tj. takim, w ramach którego osoba objęta zakazem wykorzystywałaby wiedzę i doświadczenie związane z działalnością na danym rynku, czy też może on obejmować wszelkiego typu zatrudnienie bez względu na to jakie stanowisko zajmowałaby osoba objęta zakazem i co leżałoby w zakresie jej obowiązków. Wątpliwości budzi też kwestia współpracy z przedsiębiorcą prowadzącym działalność konkurencyjną w formie innej niż stosunek pracy. Powstaje przede wszystkim pytanie czy dopuszczalny byłby zakaz konkurowania polegający na uniemożliwieniu współpracy z przedsiębiorcą, np. w roli konsultanta, lub współpraca w oparciu o umowę zlecenia. W przypadku odpowiedzi pozytywnej należałoby zastanowić się, czy także inne formy współpracy z przedsiębiorcą możliwe byłyby do zablokowania na podstawie klauzuli zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej. Zdaniem autora niniejszego opracowania, nic nie stoi na przeszkodzie, aby w ten sposób uregulować zakaz konkurowania. Również w przytoczonej wyżej sprawie *Tesco/Catteau* Komisja dopuściła zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej polegający na uniemożliwieniu sprawowania funkcji zarządczej w przedsiębiorcy będącym konkurentem nabywcy⁶⁸⁸.

Komisji stwierdziła w Komunikacie w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, że z uwagi na podobieństwo klauzul o zachowaniu poufności do zakazu konkurowania, klauzule te *nie mogą być przedłużane*⁶⁸⁹. Powyższe stwierdzenie należy rozumieć w ten sposób, że okres obowiązywania klauzul lub umów o zachowaniu poufności dotyczących klienta, cen i ilości nie może przekraczać okres dwóch lub trzech lat, w zależności od tego czy w ramach transakcji następuje przeniesienie jedynie renomy czy też renomy i *know-how*. Komisja zaznacza jednak, że na zasadzie wyjątku możliwe jest przedłużenie okresu obowiązywania klauzuli zachowania poufności dotyczącej technicznego *know-how*⁶⁹⁰. Ponownie zatem należy postawić pytanie, dlaczego to właśnie w przypadku technicznego *know-how* zobowiązanie do zachowania poufności może zostać przez strony przedłużone, natomiast nie jest to już możliwe w innych przypadkach? W sprawie *Solvay/Laporte* Komisja nie zaakceptowała bezterminowego zobowiązania do zachowania w poufności danych handlowych obejmujących dane klientów, ceny oraz ilości uznając, że prowadziłyby to do faktycznego zakazu podejmowania działalności gospodarczej. Jednocześnie Komisja zaakceptowała nieograniczone w czasie zobowiązanie zbywcy do zachowania w poufności danych

⁶⁸⁸ Pkt IV 14 decyzji Komisji z 4.02.1993 r. w sprawie nr IV/M.301 *Tesco/Catteau*.

⁶⁸⁹ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, przypis do pkt 26.

⁶⁹⁰ Przypis do pkt 26 Komunikatu.

obejmujących techniczne *know-how*, uzasadniając taką decyzję stwierdzeniem, że tego typu informacje przekazywane są nabywcy w ramach nabywanego majątku⁶⁹¹. Również w sprawie *ICI/Williams* Komisja zaakceptowała zobowiązanie zbywcy do zachowania poufności w zakresie informacji dotyczących technicznego *know-how tak długo jak długo są one poufne*, uznając jednocześnie, że zakaz konkurencji w tej formie nie jest uzasadniony w zakresie, w jakim dotyczy ogólnych informacji handlowych w postaci m.in. danych klientów i cen⁶⁹². Zdaniem autora niniejszej pracy, tego typu stosowanie różnych warunków dopuszczalności zakazu ujawniania informacji poufnych w zależności od tego jakiego rodzaju *know-how* one obejmują nie jest uzasadnione. W dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej trudno jest przewidzieć z góry, które informacje nabywane w ramach transakcji przejęcia mają większą, a które mniejszą wartość dla nabywcy. Jako przykład można podać przedsiębiorców działających na rynku handlu elektronicznego, dla których dane dotyczące klientów mogą mieć znacznie większą wartość od stosowanego przez zbywcę rozwiązania technicznego.

39.2. Zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej w ramach tworzenia wspólnych przedsiębiorców

Institucja ograniczeń akcesoryjnych znajduje, na gruncie prawa unijnego, zastosowanie do wszystkich typów przeprowadzonych koncentracji, w tym także polegających na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy. Podobnie jak przy połączeniu, również w tym przypadku jednym ze stosowanych przez przedsiębiorców ograniczeń dodatkowych jest zakaz konkurencji w postaci zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej. Komisja stwierdziła w Komunikacie w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, że klauzule te służą wielu celom związanym z tworzeniem nowego przedsiębiorcy⁶⁹³. Są to: zapewnienie dobrej wiary w trakcie negocjacji, wykorzystanie w pełni aktywów wspólnego przedsiębiorstwa, umożliwienie wspólnemu przedsiębiorcy przyswojenia *know-how* i renomy firmy dostarczonej przez spółkę dominującą, a także ochrona interesów spółki dominującej we wspólnym przedsiębiorstwie. Komisja wskazała także kryteria dopuszczalności zastosowania ograniczenia dodatkowego przy tworzeniu wspólnego przedsiębiorcy. Podobnie jak w przypadku połączeń, wyróżniono w tym zakresie aspekty czasowy, geograficzny oraz przedmiotowy i podmiotowy.

⁶⁹¹ Pkt 50 decyzji Komisji z 30.04.1992 r. w sprawie nr IV/M.197 *Solvay/Laporte*.

⁶⁹² Pkt 21-22 decyzji Komisji z 29.04.1998 r. w sprawie nr IV/M.1167 *ICI/Williams*.

⁶⁹³ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt 36.

W zakresie aspektu czasowego stwierdzono, że stosowanie zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej uzasadnione jest przez cały czas istnienia wspólnego przedsiębiorcy, co oznacza, że zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej powinien przestać wiązać wszystkie strony umowy najpóźniej w momencie, gdy przestanie istnieć wspólny przedsiębiorca⁶⁹⁴. Tym samym, zdaniem Komisji, nie jest niezbędny dla przeprowadzenia transakcji tzw. zakaz konkurencyjności *post-JV*. Komisja dopuściła jednak stosowanie tego typu zakazu konkurencyjności w sprawie *Siemens/Areva* dotyczącej dwóch przedsiębiorców, tj. Siemens i Framatome, powołujących wspólnego przedsiębiorcę – Areva, w ramach którego skoncentrowali swoje działania związane z elektrowniami jądrowymi. W umowie zawarto zakaz konkurencyjności polegający na zakazie ujawniania informacji poufnych w okresie od ośmiu do jedenastu lat po utracie kontroli nad wspólnym przedsiębiorcą przez Siemens, który następnie został orzeczeniem arbitrażowym skrócony do czterech lat. Komisja uznała okres obowiązywania zakazu konkurencyjności *post-JV* za nieproporcjonalny, uzasadniając swoje stanowisko twierdzeniem, że czas obowiązywania zakazu powinien odpowiadać okresowi potrzebnemu do ochrony przed konkurencją ze strony Siemens, który z kolei jest powiązany z okresem, w którym informacje handlowe, do których dostęp posiadał Siemens, były wystarczająco istotne i pewne, aby umożliwić ułatwioną konkurencję. Za taki czas Komisja uznała okres trzech lat po utracie przez Siemens kontroli nad wspólnym przedsiębiorcą⁶⁹⁵. Przedsiębiorcy mogą również wprowadzić w ramy transakcji zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej na z góry określony czas. W sprawie *TPS* dotyczącej utworzenia wspólnego przedsiębiorcy w celu wejścia na rynek płatnej telewizji, uczestnicy koncentracji wprowadzili do treści transakcji zakaz konkurencyjności na okres trzech lat. Komisja zaakceptowała ww. zobowiązanie, uznając okres trzyletni za kluczowy dla skutecznego wejścia na rynek przez wspólnego przedsiębiorcę⁶⁹⁶.

Istotny z punktu widzenia dopuszczalności zakazu konkurencyjności jest również jego zakres geograficzny⁶⁹⁷. Komisja wskazała, że zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej nie powinien przekraczać obszaru, na którym spółka dominująca oferowała odnośne produkty lub usługi przed utworzeniem wspólnego przedsiębiorcy⁶⁹⁸. Wyjątkiem

⁶⁹⁴ Tamże; Pkt 18 decyzji Komisji z 29.08.2000 r. w sprawie nr COMP/M.1913 *Lufthansa/Menzies/LGS/JV*.

⁶⁹⁵ Pkt 12 streszczenia decyzji Komisji z 18.06.2012 r. w sprawie COMP/39.736 *Siemens/Areva*.

⁶⁹⁶ Pkt 99 decyzji Komisji z 3.03.1999 r. w sprawie IV/M.36.237 *TPS*.

⁶⁹⁷ G. Materna, *Umowne klauzule antykonkurencyjne w transakcjach koncentracyjnych przedsiębiorstw – orzecznictwo wspólnotowe i polskie*, Glosa 2/2005, str. 116.

⁶⁹⁸ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt 37; pkt 42 decyzji Komisji z 22.06.1998 r. w sprawie IV.JV.2 *ENEL/FT/DT*.

może być sytuacja, w której spółka dominująca planowała wejść na nowe terytoria i zainwestowała uprzednio w przygotowania do podjęcia tego kroku.

W zakresie aspektu produktowego, zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej może obejmować wyłącznie produkty i usługi stanowiące przedmiot działalności gospodarczej wspólnego przedsiębiorstwa z zastrzeżeniem, że może on zostać rozszerzony na produkty i usługi będące w zaawansowanym stadium rozwoju w momencie transakcji lub produkty, które są już w pełni rozwinięte, ale nie zostały jeszcze wprowadzone na rynek⁶⁹⁹.

Rozwiązania dotyczące aspektu geograficznego oraz produktowego w dużej mierze przypominają te stosowane w przypadku koncentracji, polegające na łączeniu przedsiębiorców. W związku z powyższym, uwagi co do zaproponowanego przez Komisję rozwiązania w tym zakresie powinny być analogiczne, jak te odnoszące się do drugiej z ww. typów transakcji.

W zakresie aspektu podmiotowego Komisja wskazała jedynie, że zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej nie powinien obejmować niesprawującego kontroli przedsiębiorcy dominującego i wspólnego przedsiębiorcy. Nie są one bowiem bezpośrednio związane i konieczne dla przeprowadzenia koncentracji⁷⁰⁰. W praktyce zwykle do niekonkurowania zobowiązani są przedsiębiorcy dominujący. Takie rozwiązanie ma na celu jego ochronę w początkowym okresie funkcjonowania⁷⁰¹.

Nowy przedsiębiorca może zostać utworzony w celu wejścia na nowy rynek. W takim wypadku przedsiębiorcy dominujący powinni określić w umowie, na jakim terytorium będzie prowadził on działalność oraz jakie produkty lub usługi będą znajdowały się w jego ofercie. Komisja zastrzegła przy tym, że ww. określenie zakresu działalności wspólnego przedsiębiorcy, stanowiące w pewnym sensie określenie zobowiązania wspólnego przedsiębiorcy do niepodejmowania działalności konkurencyjnej na określonym terytorium i w określonym zakresie przedmiotowym, powinno zostać przeprowadzone w oparciu o założenie, że *interes jednego przedsiębiorcy dominującego nie wymaga ochrony przed konkurencją ze strony innego przedsiębiorcy dominującego na rynkach innych niż te, na których wspólne przedsiębiorstwo będzie działać od samego początku swego istnienia*⁷⁰².

Podobnie jak przy zakazie podejmowania działalności konkurencyjnej, również przy tworzeniu wspólnego przedsiębiorcy stwierdzono, że analogiczne reguły co do zakazu

⁶⁹⁹ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt. 38.

⁷⁰⁰ Tamże, pkt. 40.

⁷⁰¹ D. Kostecka-Jurczyk, *Koncentracja w formie wspólnego przedsiębiorstwa a ryzyko konkurencyjne w świetle prawa antymonopolowego*, Warszawa 2017, str. 272.

⁷⁰² Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt. 39.

podejmowania działalności konkurencyjnej znajdują zastosowanie w przypadku umów o zakazie wykonywania pracy dla przedsiębiorstw powiązanych i klauzuli o zachowaniu poufności⁷⁰³. Także w zakresie zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej w postaci inwestowania w przedsiębiorcę będącego konkurentem Komisja kieruje się tymi samymi regułami co w przypadku koncentracji w formie przejęć. Jako przykład można przytoczyć sprawę *Ahold/ICA-forbundet/Canica*, w której Komisja stwierdziła, że zakaz konkurowania w tym zakresie jest niezbędny tak długo, jak długo nie obejmuje działań o charakterze czysto inwestycyjnym⁷⁰⁴. Uwagi w tym zakresie będą więc pokrywały się z uwagami w zakresie zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej przy połączeniach przedsiębiorców.

39.3. Wyłączność zakupu w ramach przejęć i w ramach tworzenia wspólnych przedsiębiorców

Przedsiębiorca będący w danej koncentracji zbywcą może prowadzić działalność gospodarczą w ramach zintegrowanego systemu, w którego w zakresie wyróżnić można różne szczeble obrotu, np. produkcja i sprzedaż hurtowa. W przypadku kiedy w ramach transakcji koncentracyjnej część zintegrowanego systemu stanowiącego aktywa zbywcy przenoszona jest na nabywcę w celu utrzymania ciągłości łańcucha dostaw, konieczne jest nałożenie na zbywcę lub nabywcę zobowiązań z tytułu zakupów⁷⁰⁵. Zgodnie z treścią Komunikatu zasady dotyczące zobowiązania z tytułu zakupów w koncentracjach polegających na przejęciu znajdują zastosowanie również w przypadku zakazu konkurowania w formie zobowiązania z tytułu zakupów, stosowanego przy koncentracjach polegających na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy, gdy przedsiębiorca dominujący pozostaje obecny na rynku stanowiącym poprzednie lub następne ogniwo w łańcuchu dostaw w stosunku do rynku wspólnego przedsiębiorcy⁷⁰⁶.

Celem wprowadzenia tego typu klauzul jest umożliwienie zbywcy lub przedsiębiorcy uczestniczącemu w tworzeniu nowego przedsiębiorcy prowadzenia dalszej działalności na rynku. Zobowiązania te mogą jednak powodować skutek w postaci wyłączności zakupu i jako takie wywoływać antykonkurencyjny skutek na rynku. Jednocześnie wprowadzenie tego typu postanowień w ramy transakcji nie zawsze będzie bezpośrednio związane z umową główną, a także nie zawsze będzie niezbędne do jej prawidłowego przeprowadzenia.

⁷⁰³ Tamże, pkt. 41.

⁷⁰⁴ Pkt. 26 decyzji Komisji z 6.04.2000 r. w sprawie COMP/M.1832 *Ahold/ICA-forbundet/Canica*.

⁷⁰⁵ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt. 32.

⁷⁰⁶ Tamże, pkt. 44.

Jak zaznacza Komisja w Komunikacie, *okres ważności zobowiązań z tytułu zakupów i dostaw musi być ograniczony do okresu wymaganego dla zastąpienia stosunku zależności niezależną pozycją na rynku*⁷⁰⁷. Zobowiązania te mogą być zatem istotne w początkowej fazie działalności wspólnego przedsiębiorcy⁷⁰⁸. Komisja zobowiązania z tytułu zakupów i dostaw, mające na celu zagwarantowanie wcześniej dostarczanych ilości, można uznać za uzasadnione na okres przejściowy do pięciu lat⁷⁰⁹.

Z punktu widzenia zakresu niniejszego opracowania istotne są przypadki, kiedy zobowiązania z tytułu zakupów określone zostały w ramach koncentracji jako bezpośrednia wyłączenie zakupów lub zobowiązanie powodujące taki skutek (pośrednia wyłączenie zakupów). Komisja zauważa, że o ile zobowiązania przewidujące stałe ilości połączone z klauzulą o możliwości ich zmiany są uznawane za bezpośrednio związane i konieczne dla dokonania koncentracji, to już zobowiązania przewidujące nieograniczone ilości, wyłączenie zakupów lub też nadające uprzywilejowany status dostawcy nie są konieczne dla dokonania koncentracji⁷¹⁰.

Analizując pierwszy z ww. wariantów, tj. klauzulę dotyczącą stałych ilości z powiązaną klauzulą o możliwości zmian, należy stwierdzić, że chodzić może zarówno o ilości nabywanych produktów, jak również określoną z góry wartość zakupu. Należy również zwrócić uwagę, że Komisja nie wskazała w Komunikacie w sprawie ograniczeń akcesoryjnych żadnych limitów ograniczających wysokość progów zakupowych⁷¹¹. Należy zatem uznać, że klauzula przewidująca stałe ilości zakupów jest dopuszczalna, o ile nie prowadzi do wyłączenia. Zakazane jest tym samym stosowanie zobowiązania w zakresie zakupów w połączeniu z ustaleniem poziomu ilości lub wartości towarów objętych zobowiązaniem w taki sposób, że w praktyce przedsiębiorca zobowiązany nie dokonywałby zakupów od innych dostawców z uwagi na pełne pokrycie zobowiązania u dostawcy uprawnionego. Podobnie dopuszczalne w świetle Komunikatu w sprawie ograniczeń akcesoryjnych jest stosowanie klauzuli o możliwości zmian (ilości lub wartości towarów objętych zobowiązaniem) tak długo, jak nie prowadzą one do skutku w postaci wyłączenia. Należy w związku z tym rozstrzygnąć, jak w praktyce przeprowadzana byłaby ocena takiej klauzuli w ramach prewencyjnej kontroli koncentracji. W tym zakresie organ

⁷⁰⁷ Tamże, pkt. 33.

⁷⁰⁸ Pkt 209 decyzji Komisji z 30.03.1999 r. w sprawie IV/JV.15 BT/AT&T.

⁷⁰⁹ Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, pkt. 33.

⁷¹⁰ Tamże, pkt. 34.

⁷¹¹ W przypadku porozumień wertykalnych, na gruncie rozporządzenia nr 330/2010, za faktyczną wyłączenie zakupu uznano zobowiązanie do realizowania co najmniej 80% potrzeb zakupowych u określonego dostawcy.

antymonopolowy powinien, kierując się podejściem ekonomicznym, przeprowadzić analizę przewidywanych skutków rynkowych planowanej transakcji.

Przechodząc do analizy niedozwolonych przez Komisję klauzul dotyczących zobowiązania z tytułu zakupów, należy stwierdzić, że wyróżniono trzy typy klauzul umownych.

Po pierwsze, jest to klauzula zobowiązująca do nabywania nieograniczonej ilości produktów. Zdaniem Komisji, zobowiązanie do nabywania nieograniczonej ilości produktów lub produktów o nieograniczonej wartości nie można uzasadnić w świetle kryterium konieczności. Kryterium to spełnione jest wtedy, gdy ilość lub wartość produktów, do których nabycia zobowiązany jest przedsiębiorca uczestniczący w koncentracji, pozwala na dokonanie transakcji i zachowanie ciągłości łańcucha dostaw.

Po drugie, Komisja nie dopuszcza możliwości zastosowania klauzuli wyłączności lub klauzuli nadającej uprzywilejowany status dostawcy. W sprawie *Telecom Eireann* Komisja nie zaakceptowała postanowienia umownego, nadającego status uprzywilejowanego dostawcy usług operatorowi telekomunikacyjnemu działającemu na rynku irlandzkim, twierdząc, że klauzula ta nie jest niezbędna dla przeprowadzenia koncentracji z uwagi na fakt, że *Telecom Eireann* działa już na rynku jako pełnoprawny operator telekomunikacyjny⁷¹². Należy zastanowić się, czy to ograniczenie nie jest uzasadnione, w przypadku gdy dla powodzenia transakcji i zachowania ciągłości łańcucha dostaw konieczne będzie ustalenie faktycznej wyłączności, tj. ustalenia poziomu ilości lub wartości zakupów na poziomie powodującym konieczność zaspokajania potrzeb wyłącznie drugiej strony transakcji. Czy tego typu klauzula nadal będzie traktowana jako klauzula wyłączności?

Zdaniem autora niniejszej pracy, nie jest możliwe jednoznaczne ocenienie klauzuli wyłączności jako bezwzględnie zakazanej. Celem wprowadzenia do treści umowy zobowiązań z tytułu zakupów jest umożliwienie dalszego prowadzenia działalności na rynku niższego lub wyższego stopnia. Wydaje się zatem, że w przypadku, gdy cel ten możliwy jest do osiągnięcia jedynie przy pomocy zapewnienia jedynie realizacji zamówień o takiej ilości lub wartości, która prowadziłyby do nieskładania zamówień u innych dostawców, uzasadnione byłoby zaakceptowanie wyłączności zakupów. W takim wypadku Komisja powinna dokonać analizy pod kątem spełnienia warunku proporcjonalności i np. nakazać ograniczenie czasu obowiązywania zobowiązania do wyłączności zakupów. Możliwe są bowiem sytuacje, kiedy jedynie zapewnienie wyłączności dostaw lub zakupów zapewniałyby

⁷¹² Pkt 40 decyzji Komisji z 18.12.1996 r. w sprawie IV/M.802 *Telecom Eireann*.

możliwość przeprowadzenia koncentracji, a zatem byłoby konieczne. Analizując kryteria dopuszczalności zastosowania takiego rozwiązania, należy więc skupić się raczej na długości obowiązywania tego typu klauzuli, a nie na ilości lub wartości dostarczanych lub nabywanych produktów. W tym przypadku zaś Komisja – podobnie jak przy klauzuli zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej – nie jest w stanie wskazać sztywnych ram dla okresu obowiązywania klauzuli. Należałoby w związku z tym określić przykładowe okoliczności, czynniki mogące mieć wpływ na zaakceptowanie przez Komisję (lub krajowy organ antymonopolowy) zobowiązania w zakresie zakupów o dłuższym okresie obowiązywania. Powyższy wniosek można również odnieść do klauzul preferowanego dostawcy.

40. Podsumowanie

Zakaz konkurowania jest jednym z najczęściej wykorzystywanych w transakcjach koncentracyjnych ograniczeń dodatkowych. Tym samym wyjątkowo istotne jest, aby ustawodawca, a także stosujące prawo organy antymonopolowe i sądy, zapewniały przedsiębiorcom dostateczny poziom pewności prawnej w zakresie dopuszczalności zawarcia tego typu klauzul w ramach planowanych transakcji. Cel ten należy jednocześnie pogodzić z zapewnieniem niedopuszczenia do przeprowadzania koncentracji powodujących antykonkurencyjny skutek.

Doktryna ograniczeń akcesoryjnych, polegająca na akceptacji zawartych w ramach koncentracji dodatkowych postanowień, które chociaż nie stanowią głównej treści transakcji, to jednak są z nią bezpośrednio powiązane i niezbędne do jej przeprowadzenia, stosowana jest od dłuższego czasu na gruncie prawa unijnego. Wydana przez Komisję zgoda na dokonanie koncentracji obejmuje również zawarte w ramach transakcji ograniczenia dodatkowe, spełniające przesłanki bezpośredniego związku i niezbędności. Dodatkowych wskazówek w zakresie oceny ww. kryteriów, a także oceny poszczególnych ograniczeń dostarcza wydany przez Komisję Komunikat w sprawie ograniczeń akcesoryjnych. Regulacja unijna nie znajduje odzwierciedlenia w prawie polskim. Ustawa antymonopolowa nie odnosi się do przedmiotowego zagadnienia w ogólnie, natomiast wydane przez Prezesa UOKiK Wyjaśnienia dotyczące oceny koncentracji nie dostarczają wystarczających wskazówek w zakresie oceny ograniczeń akcesoryjnych. Regulację dopuszczalności zakazu konkurowania można zatem poddać ocenie jedynie na gruncie prawa unijnego z jednoczesnym postulowaniem implementacji doktryny ograniczeń akcesoryjnych przez polski organ antymonopolowy.

Ograniczenie dodatkowe w postaci zakazu konkurencji jest co do zasady dopuszczalne w zakresie w jakim jest bezpośrednio powiązane i niezbędne do przeprowadzenia koncentracji. W praktyce szczególnie drugie z ww. kryteriów będzie przedmiotem analizy przedsiębiorców i analizującego daną transakcję organu antymonopolowego. Analiza ta przeprowadzana powinna być z uwzględnieniem wszystkich okoliczności faktycznych koncentracji. Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że warunki spełnienia przez klauzulę zakazu konkurencji kryterium niezbędności, wskazane w Komunikacie w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, powinny być traktowane jedynie jako wskazówki z zastrzeżeniem, że okoliczności danego przypadku mogą uzasadniać dłuższy niż wskazany przez Komisję okres obowiązywania zakazu, a także jego szerszy zakres geograficzny, podmiotowy lub przedmiotowy.

ZAKOŃCZENIE

Celem niniejszej pracy było zbadanie zastosowania instytucji zakazu konkurencji w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami oraz weryfikacja tezy, że obowiązujące reguły polskiego i unijnego prawa antymonopolowego, wypracowane w ustawodawstwie i orzecznictwie, pozwalają na przeprowadzenie efektywnej oceny antymonopolowej zakazu konkurencji, rozumianej jako stan, w którym zachowana jest równowaga pomiędzy zapewnieniem przedsiębiorcom odpowiedniej pewności prawnej co do przewidywanej oceny danego stanu faktycznego a możliwością efektywnej identyfikacji przez organy antymonopolowe i sądy sytuacji, w których skutki antykonkurencyjne przeważają nad pozytywnymi skutkami rynkowymi praktyki.

Wypracowanie reguł pozwalających na efektywną ocenę antymonopolową zakazu konkurencji możliwe jest wyłącznie przy uwzględnieniu dwóch czynników. Po pierwsze, złożonego charakteru badanej instytucji przejawiającego się przede wszystkim w możliwości wyróżnienia dwóch rodzajów zakazu konkurencji, tj. zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, polegającego na ograniczeniu kontrahenta w samodzielnym podejmowaniu danego rodzaju działalności gospodarczej, a także na uniemożliwieniu mu sprzedawania lub odsprzedawania produktów oferowanych przez konkurentów dostawcy oraz wyłączności zakupu nakładającej na nabywcę obowiązek zaopatrywania się w określone produkty wyłącznie lub w znacznym zakresie u dostawcy. Po drugie, istotny jest kontekst, w którym stosowany jest zakaz konkurencji; może nim być m.in.: budowanie określonego modelu dystrybucji produktów, prowadzenie przez przedsiębiorców kooperacji w zakresie specjalizacji produkcji lub wspólnych badań, przeprowadzanie przez nich transakcji koncentracyjnej lub jednostronne wykorzystywanie zakazu konkurencji przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą jako elementu polityki handlowej.

Kluczowe znaczenie dla oceny antymonopolowej zakazu konkurencji ma koncepcja relatywizacji zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień poprzez ustanowienie wyjątków od ogólnej reguły niedopuszczalności podejmowania tego typu współpracy przez przedsiębiorców. Wskazane w przepisach TfUE oraz u.o.k.i.k. warunki wyłączenia cechują się dużym stopniem niedookreślenia i sprowadzają do konieczności zbadania, czy skutki prokonkurencyjne porozumienia przeważają nad powodowanymi przez nie szkodami dla konkurencji. Analiza ta, nazywana też „testem dobrobytu konsumentów”, została w pewien sposób ustrukturyzowana w wydanych na podstawie ww. przepisów rozporządzeń Komisji

i RM w sprawie wyłączeń grupowych, przewidujących konkretne warunki, po spełnieniu których zachodzi domniemanie pozytywnego zaliczenia testu.

W rozdziale II pracy dokonano analizy stosowania zakazu konkurencji w porozumieniach wertykalnych i zasad przeprowadzania jego oceny antymonopolowej. Klauzule te wywołują szereg prokonkurencyjnych skutków rynkowych, wśród których należy wskazać przede wszystkim na rozwiązanie tzw. problemu gapowicza, zwiększenie skłonności dostawcy do ponoszenia dodatkowych inwestycji, osiągnięcie korzyści skali skutkujących niższymi cenami detalicznymi dla konsumentów oraz zapewnienie jednolitości w ramach systemu dystrybucji. Wymienione wyżej korzyści często neutralizują lub przeważają nad wywoływanymi efektami antykonkurencyjnymi, polegającymi przede wszystkim na ograniczeniu dostępu do rynku dla innych dostawców oraz jego podziale. Klauzule zakazu konkurencji zostały objęte zakresem rozporządzenia Komisji nr 330/2010 oraz rozporządzenia RM z 30 marca 2011 r., w których wskazano warunki uprawniające do skorzystania z przywileju wyłączenia grupowego. Przesłanki te dotyczą głównie czasowego aspektu zakazu konkurencji (maksymalny okres obowiązywania został wskazany jako pięć lat). Jednocześnie w sposób szczególny uregulowano kwestie stosowania zakazu konkurencji w ramach systemu dystrybucji selektywnej (zakazując jego stosowania w odniesieniu do produktów jedynie niektórych konkurentów) oraz franchisingu (dopuszczając pod określonymi warunkami jego stosowanie po upływie okresu pięcioletniego). W rozporządzeniach podkreślono także znaczenie omawianych klauzul dla ochrony *know-how* dostawcy. Z przywileju wyłączenia grupowego może również skorzystać zakaz samodzielnego podejmowania przez nabywcę działalności konkurencyjnej w stosunku do działalności dostawcy, pod warunkiem że porozumienie nie ma charakteru wzajemnego oraz że producent towarów (lub usługodawca) prowadzi zarazem działalność dystrybucyjną w odniesieniu do tych towarów (lub usług) w konkurencji do niezależnych dystrybutorów. Spełnienie wskazanych w rozporządzeniach przesłanek skutkuje domniemaniami, że wywoływane przez porozumienie korzyści w zakresie efektywności przeważają nad wywoływanymi przez nie skutkami antykonkurencyjnymi.

Dokładnych informacji co do tego, jakie cechy zakazu konkurencji oraz okoliczności faktyczne będą brane pod uwagę na potrzeby weryfikacji spełnienia warunków wyłączenia indywidualnego, dostarczają wydane przez Komisję, Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych. Dokument ten stanowi również źródło wskazówek dla przedsiębiorców. Komisja wskazała, że podstawowe znaczenie dla oceny antymonopolowej zakazu konkurencji mają jego forma i czas obowiązywania, a także okoliczności faktyczne,

takie jak: pozycja rynkowa dostawcy, jego konkurentów oraz nabywców, istnienie barier wejścia oraz szczebel obrotu handlowego, którego dotyczy zakaz. Praktyka decyzyjna organów antymonopolowych, a także orzecznictwo polskich i unijnych sądów wskazuje, że reguły oceny zakazu konkurencji w kooperacji wertykalnej oparte są także na doktrynie ograniczeń akcesoryjnych. Koncepcja ta znajduje zastosowanie głównie w przypadku oceny ograniczenia służącego wprowadzeniu określonego modelu dystrybucji (np. franchisingu). W konsekwencji w określonym stanie faktycznym dopuszczalne będzie wprowadzenie do porozumienia zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej lub wyłączności zakupu, jeżeli klauzule te są bezpośrednio związane i niezbędne dla utrzymania określonego systemu sprzedaży towarów lub świadczenia usług.

W rozdziale III poddano weryfikacji zasady oceny antymonopolowej zakazu konkurencji w porozumieniach horyzontalnych ze szczególnym uwzględnieniem ograniczeń stosowanych w ramach prowadzonej przez konkurentów kooperacji. Wyłączeniem grupowym spod zakazu objęte zostały jedynie dwa rodzaje porozumień poziomych – porozumienia badawczo-rozwojowe oraz specjalizacyjne. Wydane przez Komisję rozporządzenie nr 1217/2010 oraz rozporządzenie nr 1218/2010, a także rozporządzenie RM z dnia 13 grudnia 2011 r. regulują m.in. warunki objęcia wyłączeniem zawartych w porozumieniu klauzul zakazu konkurencji. Analiza przesłanek wyłączenia wskazanych w ww. aktach wykonawczych, jak również orzecznictwo sądów wskazują, że jako główne kryterium, na podstawie którego przebiega ocena w zakresie dopuszczalności zakazu konkurencji, przyjmowane są bezpośrednio związane i niezbędne dla osiągnięcia celu kooperacji konkurentów. Oznacza to, że jedynie korzyści wynikające z planowanej specjalizacji produkcji, prowadzenia wspólnych badań i rozwoju, a także wykorzystania ich wyników mogą zrównoważyć antykonkurencyjne skutki uzgodnionego przez strony zakazu podejmowania określonego rodzaju działalności gospodarczej lub obowiązku zaopatrywania się wyłącznie u partnera kooperacji. Dopuszczalne będzie zatem stosowanie wyłącznie tych klauzul zakazu konkurencji, bez których kooperacja nie doszłaby do skutku, a tym samym nie zostałyby osiągnięte wynikające z niej korzyści w zakresie efektywności.

Bezpośrednie związane i niezbędne stanowią również decydujące przesłanki objęcia wyłączeniem indywidualnym zakazu konkurencji zawartego w porozumieniach specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych niespełniających warunków wyłączenia grupowego, a także klauzul tego typu stanowiących element porozumień kooperacyjnych, do których nie mają zastosowania przepisy ww. rozporządzeń (np. porozumień o wspólnych zakupach). Dodatkowych informacji w zakresie przesłanek wyłączenia dostarczają, wydane

przez Komisję, Wytyczne w sprawie porozumień horyzontalnych. Zakaz konkurencji zawarty w ramach klasycznego porozumienia poziomego nie będzie mógł skorzystać z wyłączenia indywidualnego z uwagi na brak prokonkurencyjnych skutków rekompensujących szkody wywołane panującą na rynku konkurencją.

W rozdziale IV przeprowadzona została analiza oceny zakazu konkurencji stosowanego przez dominantów. W tym wypadku kluczowe znaczenie ma koncepcja racjonalizacji zakazu nadużywania pozycji dominującej w oparciu o instytucję obiektywnego uzasadnienia oraz stosowania bardziej ekonomicznego podejścia w odniesieniu do oceny praktyk o charakterze wykluczającym. „Złagodzenie” stosowania zakazu uzasadnione jest tym, że jego zakresem powinny być objęte jedynie te praktyki, które negatywnie oddziałują na dobrobyt konsumentów, stanowiący podstawowy cel prawa antymonopolowego, a także te, które nie znajdują swojego obiektywnego rynkowego uzasadnienia. Podejście to znajduje odzwierciedlenie m.in. w Wytycznych Komisji. Podobnie jak w przypadku porozumień wertykalnych, ocena antymonopolowa praktyk jednostronnych polegających na stosowaniu zakazu konkurencji powinna być oparta m.in. na porównaniu pro- i antykonkurencyjnych skutków działania dominanta. Przeprowadzenie tego testu jest jednak znacznie utrudnione m.in. z uwagi na brak wydania aktów prawa wtórnego konkretyzujących przesłanki pozwalające stwierdzić, że jego wynik jest pozytywny. Komisja wskazała w Wytycznych, że w celu dokonania oceny antymonopolowej będzie wykorzystywać tzw. test równie skutecznego konkurenta. Założenia testu powodują jednak, że możliwość jego wykorzystania ograniczona jest wyłączeniem do praktyk cenowych (np. rabatów warunkowych), a tym samym nie znajdzie on zastosowania w odniesieniu do wszystkich form zakazu konkurencji. W pozostałych przypadkach ocena antymonopolowa musi zostać oparta na analizie skutków rynkowych praktyki i weryfikacji tego, jaki wpływ wywołuje ona na dobrobyt konsumentów. Pomimo postulowanego przez Komisję w Wytycznych bardziej ekonomicznego podejścia do pośredniej formy zakazu konkurencji, polegającej na stosowaniu przez dominantów rabatów lojalnościowych i docelowych, nie znalazło ono dotychczas powszechnego odzwierciedlenia w praktyce decyzyjnej unijnego organu antymonopolowego, a także orzeczeniach sądów unijnych. Tym samym przedsiębiorcy decydujący się stosować określone typy rabatów w następstwie przeprowadzenia opisanej w Wytycznych analizy i uzyskania pozytywnego jej wyniku, nadal muszą liczyć się z interwencją Komisji i zakwalifikowaniem praktyki jako nadużycia.

W rozdziale V zbadano wypracowane zasady oceny zakazu konkurencji stosowanego w ramach przeprowadzanych przez przedsiębiorców transakcji

koncentracyjnych. Dopuszczalność tych klauzul weryfikowana jest przez Komisję w oparciu o doktrynę ograniczeń akcesoryjnych, zgodnie z którą dozwolone są ograniczenia bezpośrednio związane i niezbędne dla przeprowadzenia transakcji. Model ten przypomina zatem sposób oceny antymonopolowej zakazu konkutowania stosowanego przy porozumieniach kooperacyjnych. W celu zapewnienia przedsiębiorcom odpowiedniego poziomu pewności prawnej Komisja wydała Wytyczne w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, w których określiła, jakie warunki muszą zostać spełnione, aby zakaz konkutowania został uznany za bezpośrednio związany z głównym przedmiotem transakcji oraz niezbędny dla jej przeprowadzenia. Za kluczowe dla przeprowadzenia oceny Komisja wskazała odpowiednie uregulowanie przez uczestników koncentracji aspektów czasowego, geograficznego, przedmiotowego i podmiotowego zakazu konkutowania. Analiza Wytycznych w sprawie ograniczeń akcesoryjnych i praktyki decyzyjnej Komisji wskazuje na znacznie bardziej restrykcyjne podejście w stosunku do wyłączności zakupu, niż do zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej. Takie podejście unijnego organu antymonopolowego jest uzasadnione z uwagi na fakt, że zwykle to drugi z ww. rodzajów zakazu konkutowania ma większe znaczenie dla ochrony interesów nabywcy lub wspólnego przedsiębiorcy. Przepisy prawa polskiego nie przewidują regulacji w zakresie dopuszczalności zastosowania ograniczeń akcesoryjnych. Natomiast wydane przez Prezesa UOKiK Wyjaśnienia w sprawie oceny koncentracji nie obejmują zasad oceny tego typu postanowień zawartych w ramach transakcji. Jednocześnie należy zauważyć, że przepisy polskiej ustawy antymonopolowej nie stanowią przeszkody dla stosowania przez Prezesa UOKiK doktryny ograniczeń akcesoryjnych, a tym samym dopuszczenia do wykorzystywania przez przedsiębiorców klauzul zakazu konkutowania. W tym celu możliwe jest wykorzystanie przez polski organ antymonopolowy instytucji zgody warunkowej.

Przeprowadzona analiza pozwoliła jedynie częściowo potwierdzić postawioną przez autora tezę. Została ona w pełni potwierdzona w odniesieniu do antykonkurencyjnych porozumień. W tym przypadku wypracowane reguły polskiego i unijnego prawa antymonopolowego pozwalają na efektywną identyfikację porozumień antykonkurencyjnych oraz zapewniają przedsiębiorcom odpowiedni poziom pewności prawnej. Z kolei w przypadku nadużywania pozycji dominującej teza została potwierdzona częściowo. Pomimo istnienia jasnych reguł oceny zakazu konkutowania w formie rabatów warunkowych wprowadzonych w Wytycznych Komisji, dotychczasowa praktyka decyzyjna unijnego organu antymonopolowego, a także praktyka orzecznicza sądów unijnych nie wykazała, że reguły te są stosowane, a tym samym przedsiębiorcom nie został zapewniony wystarczający poziom

pewności prawnej. W odniesieniu do kontroli koncentracji, teza została potwierdzona w odniesieniu do reguł unijnego prawa antymonopolowego. Analiza polskich aktów prawnych oraz stanowiska polskiego organu antymonopolowego doprowadziła do odrzucenia tezy o wypracowaniu reguł pozwalających na identyfikację antykonkurencyjnych zakazów konkurencji. Ponadto przedsiębiorcom nie został zapewniony wystarczający poziom pewności prawnej w zakresie oceny przedmiotowego ograniczenia przez Prezesa UOKiK i sądy.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

1. A. F. Abblot, J. D. Wright, *Antitrust analysis of tying arrangements and exclusive dealing* [w:] K. Hylton (red.), *Antitrust Law and Economics*, Cheltenham – Northampton 2010
2. S. Albaek, *Consumer welfare in EU competition policy*, [w:] C. Heide-Jorgensen, C. Bergqvist, U. Neergaard, S. T. Poulsen (red.), *Aims and Values in Competition Law*, Kopenhaga 2013
3. B. Allan, *Rule-making in the context of Article 102 TFEU*, *Competition Law Journal*, 13/2014
4. D. Aziewicz, *Materialnoprawne i proceduralne przesłanki stosowania doktryny ograniczeń akcesoryjnych w postępowaniu antymonopolowym w sprawie koncentracji przedsiębiorców*, [w:] M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, M. Namysłowska, A. Piszcz (red.) *Wyzwania dla ochrony konkurencji i regulacji rynku. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Skocznemu*, Warszawa 2017
5. D. Aziewicz, *Ocena siły rynkowej przedsiębiorcy w nadzorze nad horyzontalnymi koncentracjami przedsiębiorców*, Warszawa 2017
6. D. Aziewicz, *Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji*, *IKAiR* nr 3(2)/2013
7. C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015
8. C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009
9. C. Banasiński, M. Krasnodębska-Tomkiel, *Zastosowanie środków prawnych prawa antymonopolowego na szczególnych rynkach regulowanych*, *PPH* nr 1/2009
10. C. Banasiński, *Weryfikacja celów stosowania prawa antymonopolowego?*, [w:] *Księga pamiątkowa dla prof. Bożeny Popowskiej* [na dzień 2.06.2020 r. w druku – TK]
11. J. Barcz (red.) *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2003
12. P. Barczak, A. Michałowski, *Klauzule o zakazie konkurencji w procesie koncentracji w europejskim i polskim prawie konkurencji*, *Palestra* nr 1-2/2004
13. R. Bartkowiak, *Historia myśli ekonomicznej*, Warszawa 2008
14. M. Bauer, F. Hoffmann, *Porozumienia dystrybucyjne we wspólnotowym prawie konkurencji*, *PPH* nr 12/2003

15. M. Bernatt, A. Jurkowska, T. Skoczny, *Ochrona konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2007
16. M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organami ochrony konkurencji*, Warszawa 2011
17. P. Bielińska-Grotthuss, *Porozumienia ograniczające konkurencję w prawie polskim i wspólnotowym*, Glosa nr 3/2004
18. S. Bishop, *Delivering benefits to consumers or per se illegal?: Assessing the competitive effects of loyalty rebates* [w:] *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrensverket, Swedish Competition Authority, 2005
19. S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Londyn 2002
20. M. Błachucki, *Rozwój historyczny i cele prawa konkurencji*, *Ekonomia i Prawo*, B. Polszakiewicz, J. Boehlke (red.), t. XII, nr 2/2013
21. R. D. Blair, D. D. Sokol, *Welfare Standard in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement*, *Fordham Law Review*, Vol. 82, No. 5, 2013
22. A. Bolecki, *Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji*, *IKAiR* nr 7(2)/2013
23. A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Warszawa 2013
24. R. Bork, *The Antitrust paradox: a policy at war with itself*, Nowy Jork 1978
25. Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*, Warszawa 2004
26. A. Brzezińska-Rawa, *Wprowadzenie do prawa antymonopolowego*, Toruń 2009
27. K. Bułakowski, *Rabaty stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w latach 2011-2015*, *IKAiR* nr 5(6)/2017
28. M. Bychowska, *Podstawowe regulacje wspólnotowe dotyczące zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję*, *PUE* nr 6/2001
29. M. Bychowska, *Prawo antymonopolowe – porozumienia o charakterze bagatelnym*, *PUE* nr 2/2002
30. M. Bychowska, *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję*, Glosa nr 5/2003
31. M. Czekał, *Umowa agencji i pośrednictwa*, Kraków 2001
32. P. Dębowski, T. Skoczny, *Wyłączenie określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, *PPH* nr 2/2003

33. D. M. Desrochers, G. T. Gundlach, A. A. Foer, *Analysis of antitrust challenges to category captain arrangements*, Journal of Public Policy & Marketing, Vol. 22, No. 2, 2003
34. E. Elhauge, D. Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Oksford 2007
35. J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, Oksford 2007
36. A. Fornalczyk, T. Skoczny (red.) *Ekonomia ochrony konkurencji. Ograniczenia wertykalne*, Warszawa 2016
37. H. W. Friederiszick, E. Głowicka, *Competition policy in modern retail markets*, Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 4, Issue 1, 2016
38. M. Friedman, R. Friedman, *Free to Choose*, Nowy Jork 1980
39. B. Fuchs, *Pojęcie umowy franchisingowej*, Rejent nr 9/1995
40. E. Gellhorn, W.E. Kovacic, *Antitrust law and economics in a nutshell*, St. Paul 1994
41. D. Geradin, P. Hofer, F. Louis, N. Petit, M. Walker, *The concept of dominance in EC competition law*, 2005, <https://ssrn.com/abstract=770144> (data wejścia: 2.06.2020 r.)
42. D. G. Goyder, *EC Competition Law*, Oksford 2003
43. P. Grabowski, *Zasada de minimis w nowych wyjaśnieniach Komisji Europejskiej i polskiej ustawie antymonopolowej*, PPH nr 3/2003
44. S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1996
45. P. Grotthuss, *Nowa regulacja porozumień wertykalnych w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej*, Glosa nr 1/2001
46. L. Gyselen, *Vertical restraints in the distribution process-strength and weakness of the free rider rationale under EEC competition law*, CMLR, Vol. 21, No. 4, 1984
47. I. Hykawy, E. Wojtaszek, *Regulacja porozumień ograniczających konkurencję w prawie Wspólnoty Europejskiej*, PPH nr 11/1994
48. A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law, text, cases, and materials*, Oksford 2008
49. Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce*, [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.) *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007
50. Z. Jurczyk, *Cele ustawodawstwa antymonopolowego* [w:] *Wybrane zagadnienia polityki konkurencji*, Warszawa 2004
51. Z. Jurczyk, *Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2012
52. A. Jurkowska, „Economic approach” jako jeden z głównych kierunków modernizacji wspólnotowego prawa konkurencji na przykładzie nowych regulacji w dziedzinie porozumień kooperacyjnych, [w:] C. Mik (red.) *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, Toruń 2002

53. A. Jurkowska, *Doktryna niezbędnych ograniczeń we wspólnotowym orzecznictwie antymonopolowym w sprawach porozumień ograniczających konkurencję*, Problemy Zarządzania nr 3(5)/2004
54. A. Jurkowska-Gomułka, *Dopuszczalność porozumień zakupowych w świetle reguł konkurencji w wybranych systemach prawnych*, KPPubl nr 3-4/2011
55. A. Jurkowska, *Porozumienia kooperacyjne w świetle wspólnotowego i polskiego prawa ochrony konkurencji. Od formalizmu do ekonomizacji*, Warszawa 2005
56. A. Jurkowska, T. Skoczny (red.) *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Warszawa 2007
57. A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2008
58. A. Jurkowska, T. Skoczny, *Wyłączenie określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, PPH nr 1/2003
59. M. Kępiński (red.) *System Prawa Prywatnego, Tom XV Prawo konkurencji*, Warszawa 2014
60. K. Kiljański, *Porozumienia franchisingowe w świetle prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej*, KPPryw nr 4/2000
61. J. B. Kirkwood, R. H. Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, Notre Dame Law Review, Vol. 83, Issue 1, 2008
62. K. Klehr, *Polityka rabatowa przedsiębiorców dominujących w świetle orzecznictwa z zakresu prawa konkurencji*, Glosa nr 4/2012
63. B. Klein, A.V. Lerner, *The expanded economics of free-riding: How exclusive dealing prevents free-riding and creates undivided loyalty*, ALJ, Vol. 74, No. 2, 2007
64. B. Klein, K. M. Murphy, *Exclusive dealing intensifies competition for distribution*, ALJ Vol. 75 No. 2, 2008
65. A. Koch, *Umowa franchisingowa*, RPEiS nr 3/1980
66. A. Koch, *Umowa wyłącznej koncesji handlowej w eksporcie*, Poznań 1982
67. K. Kohutek, *Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 stycznia 1986 r. w sprawie nr 161/84 Pronuptia de Paris GmbH przeciwko Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, LEX 2013
68. K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych*, LEX 2011

69. K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008
70. K. Kohutek, *Nadużycie pozycji dominującej. Glosa do wyroku TS z dnia 15 marca 2007 r., C-95/04*, Glosa nr 2/2009
71. K. Kohutek, *Polityka rabatowa przedsiębiorców dominujących w świetle orzecznictwa z zakresu prawa konkurencji*, Glosa nr 4/2012
72. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawdliwość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012
73. K. Kohutek, *Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji*, PPH nr 7/2010
74. K. Kohutek, *Stosunek między art. 81 i 82 Traktatu a krajowym prawem konkurencji (reguły konwergencji)*, PUG nr 4/2006
75. K. Kohutek, *Zachowanie formalnego podejścia do oceny rabatów stosowanych dominantów oraz deprecjacja testu równie efektywnego konkurenta*, Glosa nr 4/2014
76. K. Kohutek, *Zastrzeżenie wyłączności wynajmu lokalu wielkopowierzchniowego a zakaz z art. 101 ust. 1 TfUE. Glosa do wyroku TS z dnia 26 listopada 2015 r., C-345/14*, Glosa nr 2/2016
77. E. Kosiński, D. Wojtczak, *Prawna dopuszczalność i środki relatywizacji zakazu nadużycia pozycji dominującej w Polsce*, RPEiS nr 4/2012
78. E. Kośmicki, *Teoria konkurencji ekonomicznej. Próba oceny stanu badań i koncepcji*, RPEiS nr 1/1988
79. D. Kostecka-Jurczyk, *Koncentracja w formie wspólnego przedsiębiorstwa a ryzyko konkurencyjne w świetle prawa antymonopolowego*, Warszawa 2017
80. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarz-Kuczer (red.) *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II (art. 20-222)*, Warszawa 2012
81. K. Kowalik-Bańczyk, *Pojęcie wpływu na handel w decyzjach Prezesa UOKiK*, EPS nr 5/2010
82. M. Kozak, *Umowa agencyjna w świetle artykułu 101 TfUE. Jak gonić króliczka, aby go nie złapać*, IKAiR nr 4(1)/2012
83. M. Krasnodębska-Tomkiel, *Konwergencja systemów ochrony konkurencji w Unii Europejskiej w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*, EPS nr 7/2015
84. M. Krasnodębska-Tomkiel, *Przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję – art. 81 i 82 TWE a krajowe prawo antymonopolowe*, PPH nr 7/2005

85. E. Kulińska, „Rynek relewantny” w postępowaniu antymonopolowym w orzecznictwie europejskim, *Glosa* nr 5/2004
86. J. Kwoka, *Mergers, Mergers Control and Remedies. A Retrospective Analysis of U.S. Policy*, Cambridge, Massachusetts 2014
87. H. Landreth, D.C. Colander, *Historia myśli ekonomicznej*, Warszawa 2005
88. J. Lorden, *Category management: The antitrust implications in the United States and Europe*, *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 23, Issue 4, 2011
89. B. Majewska-Jurczyk, *Dominacja w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Wrocław 1998
90. I. Małobęcki, *Sprzedaż wiązana i pakietowa jako potencjalne naruszenie europejskiego prawa konkurencji – ekonomiczna i prawna analiza problemu*, Warszawa 2013
91. G. Maniak, *Konkurencja i konkurencyjność w badaniach współczesnej ekonomii* [w:] D. Kopycińska (red.) *Teoretyczne aspekty gospodarowania*, Szczecin 2005
92. R. Mańko, *Zasady umów długoterminowych*, *KPPryw* nr 2/2006
93. M. Marek, *Wyłączenie dystrybucji selektywnej spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję*, *IKAiR* nr 7(5)/2016
94. G. Materna, *Klauzule o zakazie konkurencji jako bariera rozwoju alternatywnych kanałów rezerwacji taksówek w świetle decyzji Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato z 27 czerwca 2018 r. (sprawa I801B, Taxi – Milano)*, *IKAiR* nr 8(7)/2018
95. G. Materna, *Umowne klauzule antykonkurencyjne w transakcjach koncentracyjnych przedsiębiorstw – orzecznictwo wspólnotowe i polskie*, *Glosa* nr 2/2005
96. G. Materna, *Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych w świetle rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r.*, *IKAiR* nr 5(2)/2013
97. J. Matuszczak-Piasta, *Argumenty jakościowe stosowane przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK*, *IKAiR* nr 5(2)/2013
98. A. Maziarz, *Porozumienia wertykalne w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, Lublin 2013
99. D. Miąsik, *Controlled chaos with consumer welfare as the winner – a study of the goals of Polish antitrust law*, *YARS* 1(1)/2008
100. D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 2004

101. D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2012
102. D. Miąsik, *Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem krajowym*, EPS nr 10/2005
103. C. Mik (red.) *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, Toruń 2002
104. M. Minkiewicz, *Pojęcie wpływu na handel i reguła konwergencji w praktyce stosowania prawa UE przez polskie sądy i Prezesa UOKiK*, IKAiR nr 3(3)/2014
105. E. Modzelewska-Wąchal, *Ochrona konsumentów w polskiej ustawie antymonopolowej. Zagadnienia horyzontalne* [w:] M. Krasnodębska-Tomkiel (red.), *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*, Warszawa 2010
106. E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002
107. R. Molski, *Prawo antymonopolowe w obliczu globalizacji*, Bydgoszcz – Szczecin 2008
108. R. Niestrój, *Zarządzanie marketingiem. Aspekty strategiczne*, Warszawa-Kraków 1998
109. A. Niewęglowski, *Charakter prawny porozumień o współpracy w dziedzinie prac badawczych*, *Studia Iuridica Lublinensia*, t. XI, 2008
110. A. Nowak-Far, *Prawo i ekonomia rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Warszawa 2013
111. R. O’Donoghue, A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford-Portland 2006
112. I. Oleksiuk, *Ochrona konkurencji na rynku praw autorskich – problem substytucyjności towarów i usług*, PiP nr 2/2016
113. A. Powalowski, S. Koroluk, L. Mering, *Prawo ochrony konkurencji*, Warszawa 2004
114. L. Peeperkorn, *Commission publishes discussion paper on abuse of dominance*, *Competition Policy Newsletter* 1/2006
115. E. U. Petersman, *Legal, Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies: Constitutional Functions of WTO “Linking Principles” for Trade and Competition*, *New England Law Review*, Vol. 34, No. 145, 1999
116. N. Petit, *The judgment of the EU Court of Justice in Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases*, *European Law Review* Vol. 43 No. 5, 2018

117. A. Pisarkiewicz, *Ochrona konkurencji w telekomunikacji ze szczególnym uwzględnieniem doktryny Urządzeń Kluczowych* [w:] E. Piontek (red.) *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Warszawa 2008
118. A. Piszcz, *Czynnik czasu w prawie antymonopolowym*, Białostockie Studia Prawnicze nr 7/2010
119. A. Piszcz, *Ekonomizacja prawa antymonopolowego*, *Ekonomiczne Problemy Usług* nr 45/2009
120. A. Piszcz, *Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki*, *IKAiR* nr 3(2)/2013
121. A. Piszcz, *Konsolidacja, kooperacja i konkurowanie: ich granice w polskim prawie ochrony konkurencji*, *Zarządzenie i Finanse* Nr. 1 Cz. 3/2012
122. A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Białystok 2013
123. W. Piwowarczyk, *Elementy analizy dynamicznej skutków koncentracji na rynku właściwym*, *IKAiR* nr 5(4)/2015
124. R. Posner, *Antitrust Law*, Chicago 2001
125. A. Powalowski, *Prawo ochrony konkurencji*, Warszawa 2015
126. R. Poździk, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Lublin 2006
127. E. Próchniak, J. Zygałdo, *Ochrona konkurencji i konsumenta*, Bydgoszcz 1998
128. T. Przybyciński, *Konkurencja i ład rynkowy – przyczynek do teorii i polityki konkurencji*, Warszawa 2005
129. J. Robinson, *Imperfect competition revisited*, *Economic Journal*, wrzesień 1953, t. LXIII, str. 579-593, [w:] E. Nabel, D. Sokołow, *Teoria konkurencji monopolistycznej. Wybór tekstów*, Warszawa 1963
130. K. Rokita, *Systemy rabatowe przedsiębiorstw dominujących w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, *EPS* nr 8/2015
131. E. Rott-Pietrzyk, *Umowa agencyjna – nowa regulacja w KC. Cz. II*, *MoP* nr 12/2001
132. E. Rousseva, *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, Oxford-Portland 2010
133. I. Różyk-Rozbicka, *Możliwość kwestionowania decyzji regulacyjnych Prezesa UKE na gruncie prawa ochrony konkurencji*, *IKAiR* nr 5(2)/2012
134. P. Samuelson, W.D. Nordhaus, *Ekonomia, t. 1*, Warszawa 2002
135. N. J. Sarad, *EEC Regulation of exclusive dealing arrangements*, *International Tax and Business Lawyer*, Vol. 3, No. 81, 1985

136. P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015
137. M. Sendrowicz, M. Sz waj, *Prawo konkurencji. Podstawowe pojęcia*, Warszawa 2007
138. M. Sendrowicz, S. Gronowski, *Wyznaczenie rynku właściwego w sprawie antymonopolowej w świetle orzecznictwa*, PS nr 7-8/1997
139. T. Skoczny (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014
140. T. Skoczny, A. Jurkowska-Gomułka, *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2010
141. T. Skoczny, *Instrumenty 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
142. T. Skoczny, *Przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym w świetle orzecznictwa*, Warszawa 1994
143. T. Skoczny, *W sprawie modernizacji stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej* [w:] C. Banasiński (red.) *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno-ekonomiczne)*, Warszawa 2005
144. T. Skoczny, *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*, Warszawa 2012
145. M. Skrzek, E. Wojtaszek, *Reguły konkurencji a franchising*, Warszawa 1995
146. W. Stankiewicz, *Historia myśli ekonomicznej*, Warszawa 2007,
147. A. Stawicki, E. Stawicki, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016
148. A. Stawicki, *Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek*, IKAiR nr 1(1)/2012
149. O. Stefanowicz, *Klauzule antykonkurencyjne w umowach najmu lokali wielkopowierzchniowych w galeriach handlowych. Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 26 listopada 2015 r. w sprawie C-345/14 SIA Maxima Latvija przeciwko Konkurences padome*, IKAiR nr 1(5)/2016
150. R. Steiner, *Category Management – A Pervasive, New Vertical/Horizontal Format*, 15 Antitrust 77, 2001
151. R. Steiner, *Exclusive dealing + Resale price maintenance: A powerful anticompetitive combination*, Southwestern University Law Review, Vol. 33, No. 4, 2004
152. R. Steuer, *Musthavedness*, ALJ, Vol. 81, No. 2, 2017

153. E. Strzępka-Frania, *Utrudnianie przedsiębiorcom dostępu do rynku*, PrSpółek nr 3/2005
154. J. Szczordowski, *Kontrola rynków oligopolistycznych w prawie konkurencji*, Warszawa 2015
155. A. Szmigielski, *Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji Unii Europejskiej. W kierunku bardziej ekonomicznego podejścia*, Warszawa 2016
156. W. Szpringer, *Łączenie przedsiębiorstw a regulacja antymonopolowa*, Warszawa 1993
157. M. Szydło, *Ekonomiczna analiza nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 TWE*, EPS nr 2/2007
158. M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010
159. M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006
160. W. Szymczak, N. Szadkowski, *Rola ekonomii w prawie konkurencji – teoria i praktyka polskiego organu antymonopolowego* [w:] A. Fornalczyk, T. Skoczny (red.) *Ekonomia ochrony konkurencji. Ograniczenia wertykalne*, Warszawa 2016
161. W. K. Tom, D. A. Balto, N. W. Averitt, *Anticompetitive aspects of market-share discounts and other incentives to exclusive dealing*, ALJ, Vol. 67, No. 3, 2000
162. B. Turno, *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji*, KPPubl nr 2/2012
163. B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2013
164. I. Van Bael, J. F. Bellis, *Reguły konkurencji a porozumienia specjalizacyjne*, Warszawa 1995
165. F. O. W. Volgelaar, *Competition Law in the EU, Its Member States and Switzerland, Tom 1*, Haga 2000
166. R. Wesseling, *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Oxford-Portland 2000
167. R. Whish, *Competition Law*, Oksford 2009
168. R. Whish, *Intel v Commission: Keep calm and carry on!*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 1, 2015
169. F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Jurkowska-Gomułka, M. Modzelewska de Raad, O. Szejnert-Roszak, *Porozumienia dystrybucyjne w prawie konkurencji. Unia Europejska-Polska*, Warszawa 2018
170. I. Wiszniewska, A. Kawecki, *Problem legislacji antymonopolowej w systemie zreformowanej gospodarki*, PUG nr 12/1982

171. I. Wiszniewska, *Reguły konkurencji a transakcje wyłączne*, Warszawa 1995
172. S. Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000
173. E. Wojtaszek, *Ochrona konkurencji a swoboda kontraktowania w umowach franchisingu*, PiP nr 10/1996
174. E. Wojtaszek-Mik, *Dystrybucja paliw (ograniczenie czasowe umowy zakupu wyłącznego i ustalenia cen odsprzedaży) – glosa do wyroku TS z 2.04.2009 r. w sprawie C-260/07 Pedro IV Servicios v. Total Espana*, EPS nr 5/2010
175. E. Wojtaszek-Mik, *Umowa franchisingu w świetle prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej i polskiego prawa antymonopolowego*, Toruń 2001
176. J. D. Wright, E. Dorsey, J. Klick, J.M. Rybnicek, *Requiem For A Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust*, <http://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2019/05/Wright-et-al.-Final.pdf>
(data wejścia: 02.06.2020 r.)
177. W. Wrzosek, *Funkcjonowanie rynku*, Warszawa 2002
178. T. Zalega, *Mikroekonomia współczesna*, Warszawa 2011
179. A. Zawłocka-Turno, B. Turno, *Ustalenie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym*, RPEiS nr 4/2011

Orzecznictwo sądów polskich:

1. Wyrok SN z 29.05.1991 r., III CRN 120/91, OSNCP 1992/5/87
2. Wyrok SN z 14.01.1997 r., I CKN 52/96, OSNP 1997/6-7/78
3. Wyrok SN z 24.07.2003 r., I CKN 496/01, Dz. Urz. UOKiK z 2004 r., Nr 1 poz. 283
4. Wyrok SN z 27.08.2003 r., I CK 184/03, niepubl.
5. Wyrok SN z 14.09.2006 r., III SK 13/06, OSNP 2007/17-18/265.
6. Wyrok SN z 19.10.2006 r., III SK 15/06, OSNP 2007/21-22/337.
7. Wyrok SN z 13.05.2008 r., III SK 30/07, OSNP 2009/15-16/216
8. Wyrok SN z 16.10.2008 r., III SK 2/08, LEX 599553
9. Wyrok SN z 14.11.2008 r., III SK 9/08, LEX 479321
10. Wyrok NSA z 01.09.1995 r., S.A./Ka 1517/94, niepubl.
11. Wyrok SA w Warszawie z 22.11.2010 r., VI ACa 607/09, niepubl.
12. Wyrok SOKiK z 18.12.2002 r., XVII Ama 19/01, niepubl.
13. Wyrok SOKiK z 29.05.2006 r., XVII Ama 9/05, Dz. Urz. UOKiK z 2006 r., Nr 4 poz. 58
14. Wyrok SOKiK z 29.05.2012 r., XVII Ama 179/11, niepubl.
15. Wyrok SOKiK z 10.01.2013 r., XVII Ama 140/10 niepubl.
16. Wyrok SAM z 21.07.1992 r., XVII Amr 12/92, Wokanda nr 1/1993
17. Wyrok SAM z 27.10.1992 r., XVII Amr 22/92, Wokanda nr 4/1993
18. Wyrok SAM z 8.11.1993 r., XVII Amr 27/93, Wokanda nr 5/1994
19. Wyrok SAM z 06.04.1994 r., XVII Amr 52/93, Wokanda nr 9/1994

20. Wyrok SAM z 14.04.1994 r., XVII Amr 55/93, Wokanda nr 11/1994
21. Wyrok SAM z 11.05.1994 r., XVII Amr 64/93, Wokanda nr 12/1994
22. Wyrok SAM z 3.08.1994 r., XVII Amr 15/94, Wokanda nr 5/1995.
23. Wyrok SAM z 26.10.1994 r., XVII Amr 24/94, Wokanda nr 8/1995
24. Wyrok SAM z 1.03.1995 r., XVII Amr 60/94, Wokanda nr 2/1996
25. Wyrok SAM z 6.12.1995 r., XVII Amr 47/95, Wokanda nr 1/1997
26. Wyrok SAM z 6.12.1995 r., XVII Amr 44/95, Wokanda nr 1/1997
27. Wyrok SAM z 7.04.1999 r., XVII Ama 89/98, niepubl.
28. Wyrok SAM z 6.12.2000 r., XVII Ama 95/99, niepubl.

Orzecznictwo sądów unijnych:

1. Wyrok Trybunału z 15.07.1964 r. w sprawie C-6/64 *Costa vs. E.N.E.L.*, Zb. orz. 1964, 1141
2. Wyrok Trybunału z 30.06.1965 r. w sprawie 56/65 *Société Technique Minière*, Zb. Orz. 1966, str. 235
3. Wyrok Trybunału z 12.12.1967 r. w sprawie 23/67 *Brasserie De Haecht*, Zb. Orz. 1967, s. 407
4. Wyrok Trybunału z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands*, Zb. Orz. 1978, s. 207
5. Wyrok Trybunału z 13.02.1979 r. w sprawie C-85/76 *Hoffmann-La Roche*, Zb. Orz. 1979, str. 461
6. Wyrok Trybunału z 9.11.1983 r. w sprawie C-322/81 *Michelin I*, Zb. Orz. 1983, str. 3461
7. Wyrok Trybunału z 11.07.1985 r. w sprawie 42/84 *Remia BV*, Zb. Orz. 1985, str. 2545
8. Wyrok Trybunału z 28.01.1986 r. w sprawie C-161/84 *Pronuptia*, Zb. Orz. 1986, str. 353
9. Wyrok Trybunału z 28.02.1991 r. w sprawie C-234/89 *Delimitis*, Zb. Orz. 1991, str. I-935
10. Wyrok Trybunału z 15.12.1994 r. w sprawie C-250/92 *Gottrup-Klim*, Zb. Orz. 1994, str. I-05641
11. Wyrok Trybunału z 1.06.1999 r. w sprawie C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd.*, Zb. Orz. 1999, str. I-03055
12. Wyrok Trybunału z 14.12.2006 r. w sprawie C-217/05 *CEEES*, Zb. Orz. 2006, str. I-11987.
13. Wyrok Trybunału z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04 P *British Airways*, Zb. Orz. 2007, str. I-2331
14. Wyrok Trybunału z 11.09.2008 r. w sprawie C-279/06 *CEPSA*, Zb. Orz. 2008, str. I-6681.
15. Wyrok Trybunału z 20.11.2008 r. w sprawie C-209/07 *BIDS*, Zb. Orz. 2008, str. I-8937
16. Wyrok Trybunału z 16.03.2000 r. w połączonych sprawach C-286/96 P i C-396/96 P *Campagne Maritime Belge*, Zb. Orz. 2000, str. I-01365
17. Wyrok Trybunału z 19.04.2012 r. w sprawie C-549/10 P *Tomra*, niepubl.
18. Wyrok Trybunału z 26.11.2015 r. w sprawie C-345/14 *Maxima Latvija*, EU:C:2015:784
19. Wyrok Trybunału z 6.10.2015 r. w sprawie C-23/14 *Post Denmark II*, EU:C:2015:651
20. Wyrok Trybunału z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P *Intel*, EU:C:2017:632
21. Postanowienie Trybunału z 07.02.2013 r. w sprawie C-117/12, *La Retoucherie de Manuela*, EU:C:2013:72
22. Wyrok SPI z 12.12.1991 r. w sprawie T-30/89 *Hilti*, Zb. Orz. 1991, str. II-1439
23. Wyrok SPI z 02.07.1992 r. w sprawie T-61/89 *Dansk Pelsdyravlerforening*, Zb. Orz. 1992, str. II-1931

24. Wyrok SPI z 6.10.1994 r. w sprawie T-83/91 *Tetra Pak*, Zb. Orz. 1994, str. II-755
25. Wyrok SPI z 21.02.1995 r. w sprawie T-29/92 *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties*, Zb. Orz. 1995, str. II-00289
26. Wyrok SPI z 8.06.1995 r. w sprawie T-7/92 w sprawie *Langnese-Iglo*, Zb. Orz. 1995, str. II-1533
27. Wyrok SPI z 8.06.1995 r. w sprawie T-9/93 w sprawie *Shöller*, Zb. Orz. 1995, str. II-1611
28. Wyrok SPI z 18.09.2001 r. w sprawie T-112/99 *Metropole television*, Zb. Orz. 2001, str. II-2459
29. Wyrok SPI z 30.09.2003 r. w sprawie T-203/01 w sprawie *Michelin II*, Zb. Orz. 2003, str. II-4071
30. Wyrok SPI z 23.10.2003 r. w sprawie T-65/98 w sprawie *Van den Bergh Foods*, Zb. Orz. 2003, str. II-4653
31. Wyrok SPI z 17.12.2003 r. w sprawie T-219/99 w sprawie *British Airways*, Zb. Orz. 2003, str. II-5917
32. Wyrok SPI z 27.09.2006 r. w sprawie T-168/01 w sprawie *GlaxoSmithKlineServices*, Zb. Orz. 2006, str. II-2969
33. Wyrok SPI z 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04 w sprawie *Microsoft*, Zb. Orz. 2007, str. II-3601
34. Wyrok SPI z 30.01.2007 r. w sprawie T-340/03 w sprawie *France Telecom*, Zb. Orz. 2007, str. II-107
35. Wyrok SPI z 9.09.2010 r. w sprawie T-155/06 w sprawie *Tomra*, niepubl.
36. Wyrok SPI z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09 w sprawie *Intel*, EU:T:2014:547

Decyzje Prezesa UOKiK i UA:

1. Decyzja UA z 29.05.1992 r., nr UA/DŁ/500-13/AZ/255/92, niepubl.
2. Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2000 r., nr RWR-34/2000, niepubl.
3. Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2003 r., nr RŁO-13/2003, Dz. Urz. Prezesa UOKiK nr 2/2004, str.17
4. Decyzja Prezesa UOKiK z 29.10.2004 r., nr RWA-30/2004, niepubl.
5. Decyzja Prezesa UOKiK z 30.11.2004 r., nr RKR-39/2004, niepubl.
6. Decyzja Prezesa UOKiK z 15.12.2005 r., nr RZP-36/2005, Dz. Urz. Prezesa UOKiK nr 1/2006, str. 23
7. Decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2005 r., nr DOK-172/05, niepubl.
8. Decyzja Prezesa UOKiK z 28.12.2006 r., nr RWA-46/2006, niepubl.
9. Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2006 r., nr DOK-164/06, niepubl.
10. Decyzja Prezesa UOKiK z 12.04.2007 r., nr RKR-32/2007, niepubl.
11. Decyzja Prezesa UOKiK z 29.06.2007 r., nr RWR-20/2007, niepubl.
12. Decyzja Prezesa UOKiK z 7.07.2008 r., nr DOK-5/08, niepubl.
13. Decyzja Prezesa UOKiK z 26.08.2010 r., nr DOK-8/2010, niepubl.
14. Decyzja Prezesa UOKiK z 28.08.2008 r., nr RWA-27/2008, niepubl.
15. Decyzja Prezesa UOKiK z 26.04.2010 r., nr DOK-3/2010, niepubl.
16. Decyzja Prezesa UOKiK z 8.07.2011 r., nr RBG-9/2011, niepubl.
17. Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., nr DKK-10/11, niepubl.
18. Decyzja Prezesa UOKiK z 16.12.2011 r., nr RKT-48/2011, niepubl.

19. Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2013 r., nr RBG-51/2013, niepubl.
20. Decyzja Prezesa UOKiK z 21.01.2014 r., nr DKK-4/2014, niepubl.

Decyzje Komisji:

1. Decyzja Komisji z 16.12.1971 r. w sprawie IV/324 *Vereeniging van Cementhandelaren*, Dz. Urz. L 13, 17.1.1972, str. 34–43
2. Decyzja Komisji z 17.01.1972 r. w sprawie nr IV/26612 *MAN/Saviem*, Dz. U. L 31, 4.2.1972, str. 29–37
3. Decyzja Komisji z 8.10.1973 r. w sprawie IV/26.825 *Prym-Beka*, Dz. U. L 296, 24.10.1973, str. 24–27
4. Decyzja Komisji z 15.12.1975 r. w sprawie nr IV/27.073 *Bayer/Gist-Brocades*, Dz. U. L 30, 5.2.1976, str. 13–22
5. Decyzja Komisji z 17.01.1979 r. w sprawie nr IV/28.796 *Beecham/Parke, Davis*, Dz. U. L 70, 21.3.1979, str. 11–21
6. Decyzja Komisji z 8.12.1984 r. w sprawie nr IV.29.955 *Carbon Gas Technologie*, Dz. U. L 376, 31.12.1983, str. 17–21
7. Decyzja Komisji z 17.12.1986 r. w sprawie nr 87/17 *Pronuptia*, Dz. U. L 13, 15.1.1987, str. 39–47
8. Decyzja Komisji z 17.12.1986 r. w sprawie nr 87/14 *Yves Rocher*, Dz. U. L 8, 10.1.1987, str. 49–59
9. Decyzja Komisji z 13.07.1987 r. w sprawie nr 87/407 *Computerland*, Dz. U. L 222, 10.8.1987, str. 12–23
10. Decyzja Komisji z 11.10.1988 r. w sprawie nr IV/32.173 *Continental/Michelin*, Dz. U. L 305, 10.11.1988, str. 33–43
11. Decyzja Komisji z 14.11.1988 r. w sprawie nr 88/604 *ServiceMaster*, Dz. U. L 332, 3.12.1988, str. 38–42
12. Decyzja Komisji z 2.12.1988 r. w sprawie nr 89/94 *Charles Jourdan*, Dz. U. L 35, 7.2.1989, str. 31–39
13. Decyzja Komisji z 27.07.1990 r. w sprawie nr IV/32.688 *Konsortium ECR 900*, Dz. U. L 228, 22.8.1990, str. 31–34
14. Decyzja Komisji z 30.04.1992 r. w sprawie nr IV/M.197 *Solvay/Laporte*, Dz. U. C 165, 2.7.1992, str. 26–26
15. Decyzja Komisji z 4.02.1993 r. w sprawie nr IV/M.301 *Tesco/Catteau*, Dz. U. C 4, 8.01.1993, str. 2-2
16. Decyzja Komisji z 17.06.1996 r. w sprawie nr IV.35.337 *Atlas*, Dz. U. L 239, 19.9.1996, str. 23–56
17. Decyzja Komisji z 17.07.1996 r. w sprawie nr IV/35.617 *Phoenix/Global One*, Dz. U. L 239, 19.9.1996, str. 57–78
18. Decyzja Komisji z 18.12.1996 r. w sprawie IV/M.802 *Telecom Eireann*, Dz. U. C 351, 22.11.1996, str. 9-9
19. Decyzja Komisji z 29.04.1998 r. w sprawie nr IV/M.1167 *ICI/Williams*, Dz. U. C 218, 14.07.1998, str. 5-5
20. Decyzja Komisji z 22.06.1998 r. w sprawie IV.JV.2 *ENEL/FT/DT*, Dz. U. C 178, 23.6.1999, str. 15–15

21. Decyzja Komisji z 3.03.1999 r. w sprawie IV/M.36.237 *TPS*, Dz. U. L 90, 02.04.1999, str. 6-22
22. Decyzja Komisji z 30.03.1999 r. w sprawie IV/JV.15 *BT/AT&T*, Dz. U. C 390, 15.12.1998, str. 21-21
23. Decyzja Komisji z 6.04.2000 r. w sprawie COMP/M.1832 *Ahold/ICA-forbundet/Canica*, Dz. U. C 67, 9.03.2000, str. 6-6
24. Decyzja Komisji z 29.08.2000 r. w sprawie nr COMP/M.1913 *Lufthansa/Menzies/LGS/JV*, Dz. U. C 229, 10.08.2000, str. 3-3
25. Decyzja Komisji z 1.09.2000 r. w sprawie COMP/M.2077, *Clayton Dubilier & Rice/Italtel*, Dz. U. C 225, 08.08.2000, str. 19-19
26. Decyzja Komisji z 18.12.2000 r. w sprawie nr COMP/M/1863 *Vodafone/BT/Airtel JV*, Dz. U. C 332, 23.11.2000, str. 6-6
27. Decyzja Komisji z 21.05.2003 r. w sprawie nr COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 *Deutsche Telekom*, , Dz. U. L 263, 14.10.2003, str. 9-41
28. Decyzja Komisji z 13.05.2009 r. w sprawie nr COMP/C-3/37.990 *Intel*, , Dz. U. C 227, 22.9.2009, str. 13-17
29. Decyzja Komisji z 18.06.2012 r. w sprawie COMP/39.736 *Siemens/Areva*, Dz. U. C 280, 15.09.2012, str. 8-10
30. Decyzja Komisji z 21/09.2012 r., w sprawie nr COMP/M.6458 *Universal Music Group/EMI Music*, Dz. U. C 53, 23.02.2012, str. 17-17

Pozostałe:

1. Opinia rzecznika generalnego Kokott z 19.02.2009 r. w sprawie C-8/08 *T-Mobile*, European Court Reports 2009, str. I-04529
2. Opinia rzecznika generalnego Fennelly z 7.07.2000 r. w sprawie C-214/99 *Nestle*, European Court Reports 2000, str. I-11121
3. Opinia rzecznika generalnego Mengozzi z 4.09.2008 r. w sprawie C-260/07 *Pedro IV Servicios*, ECLI:EU:C:2008:469
4. *DG Competition discussion paper on the application of the article 92 of the Treaty to exclusionary abuses*, 2005
5. *Competition Glossary, European Commission – Competition DG*, 2003
6. Wywiad z C. Banasińskim, *Zależność między ochroną konkurencji a ochroną konsumentów – synergia*, Biuletyn Prawo konkurencji na co dzień 2007, nr 1, str. 2
7. ABA Section of Antitrust Law, *Category Management Antitrust Handbook* 3, 2010
8. Decyzja włoskiego organu ochrony konkurencji (*Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato*) z 27.06.2018 r. nr I801B, *Taxi – Milano*
9. Wyrok SN Stanów Zjednoczonych Ameryki z 28.06.2007 r. w sprawie *Leegin Creative Leather Products Inc*, 551 U.S. 877 (2007)
10. Wyrok Sądu Apelacyjnego (6th circuit) z 8.02.1898 r. w sprawie *Addyston Pipe Steel Co*, 85 F. 271 (6th Cir. 1898)