

Antoni Bolecki*

Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek – aktualne tendencje orzecznicze w Unii Europejskiej**

Spis treści:

- I. Potrzeba rozróżnienia porozumień zakazanych ze względu na cel i ze względu na skutek
 1. Uwagi ogólne
 2. Zakres porozumień zakazanych ze względu na cel
 3. Zakres analizy antymonopolowej na gruncie ustalania, czy porozumienie jest zakazane co do celu
 4. Przykładowe sytuacje, w których kontekst ekonomiczny lub prawny może przesądzać o tym, że porozumienie nie jest zakazane ze względu na cel
- II. Antykonkurencyjny cel porozumienia oraz jego obiektywne uzasadnienie
- III. Jak rozumieć antykonkurencyjny skutek porozumienia?
- IV. Wnioski końcowe

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego artykułu są aktualne tendencje w orzecznictwie unijnym oraz w literaturze dotyczące rozróżnienia między porozumieniami zakazanymi co do celu a porozumieniami zakazanymi co do skutku. W zakresie tym bowiem następują ostatnio istotne zmiany. Wyrażają się one w szczególności w ciągłym poszerzaniu otwartego katalogu porozumień zakazanych co do celu, przy jednoczesnym braku eksploatacji instytucji porozumień zakazanych wyłącznie ze względu na antykonkurencyjny skutek, który mogą wywoływać. Towarzyszą temu rosnące wymagania dotyczące uwzględniania na etapie analizy celów porozumienia jego szeroko pojętego otoczenia ekonomicznego.

Słowa kluczowe: porozumienia ograniczające konkurencję; cel porozumienia; skutek porozumienia; podejście ekonomiczne; aktualne orzecznictwo unijne dotyczące porozumień.

I. Potrzeba rozróżnienia porozumień zakazanych ze względu na cel i ze względu na skutek

1. Uwagi ogólne

Porozumienie między niezależnymi przedsiębiorcami może zostać uznane za naruszenie unijnego prawa konkurencji, jeśli jego celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku.

* Autor jest radcą prawnym w kancelarii Wardyński i Wspólnicy.

** Niniejszy artykuł nie dotyczy praktyki polskiej; analogiczne zagadnienia jak te poruszane w niniejszym tekście, tyle, że z punktu widzenia polskiej praktyki orzeczniczej omawiam [w:] A. Bolecki, *Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej*, iKAR nr 1/2012, s. 16-32. Zob. także A. Jurkowska-Gomułka, *Stosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję zorientowane na ocenę skutków ekonomicznych? Uwagi na tle praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK w odniesieniu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r.*, iKAR 2012, 1(1), s. 33-49 oraz A. Stawicki, *Porozumienia zakazane ze względu na cel lub skutek w aktualnej polskiej praktyce orzeczniczej*, iKAR 2012, (1), s. 10-15.

Rozróżnienie „naruszeń ze względu na cel” i „naruszeń ze względu na skutek” jest związane z okolicznością, że pewne formy zмовy między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji¹. Potrzebę takiego rozróżnienia dobrze obrazuje także stanowisko amerykańskiego Sądu Najwyższego wyrażone w orzeczeniu w sprawie *Northern Pacific* z 1958 roku. W wyroku tym skład sędziowski uznał, iż możliwe jest stworzenie katalogu praktyk, które w oczywisty sposób są szkodliwe dla konkurencji, a jednocześnie praktycznie niemożliwe jest wskazanie cech, które mogłyby kompensować ten efekt. Uzasadnia to wprowadzenie domniemania nielegalności takich praktyk. Domniemanie to pozwala zaniechać rozbudowanego badania rzeczywistego lub potencjalnego antykonkurencyjnego skutku takich praktyk, i tym samym pozwala uniknąć skomplikowanej i czasochłonnej analizy, która i tak na koniec okazuje się nic niewnoszącą do sprawy stratą czasu². Podobnie na gruncie europejskim wskazuje się, że konstrukcja art. 101 TFUE stanowi rozbudowane domniemanie prawne, którego istota polega na tym, że udowodnienie przez organ antymonopolowy, że porozumienie jest zakazane co do celu, oznacza powstanie domniemania, że jest ono nielegalne. Przedsiębiorca może obalić to domniemanie, jeśli wykaże w oparciu o art. 101 ust. 3 TFUE łączne spełnienie czterech przesłanek wymienionych w tym przepisie. Jeśli mu się to nie uda, ograniczenie konkurencji traktuje się jako w pełni udowodnione³. Na gruncie europejskim pojawia się także argumentacja, że jeśli z doświadczenia wiadomo, że przykładowo na sto przypadków horyzontalnego ustalania cen sprzedaży dziewięćdziesiąt dziewięć ma negatywny wpływ na konkurencję, to marnotrawstwem zasobów organu antymonopolowego byłoby wnikliwe badanie tegoż wpływu w każdym z nich. Bardziej racjonalne jest wprowadzenie obalnego domniemania nielegalności takich porozumień⁴.

Drugą przyczyną konieczności odróżnienia porozumień zakazanych co do celu od tych zakazanych co do skutku jest to, że niektóre niewątpliwie szkodliwe zachowania gospodarcze nie wywołują żadnego negatywnego skutku albo też skutek taki z uwagi na ograniczenia dowodowe nie może zostać wykazany. W tym kontekście Rzecznik Generalny Trybunału Juliane Kokott porównuje zakaz zawierania porozumień, których celem jest ograniczenie konkurencji, do zakazu jazdy samochodem po drodze publicznej pod wpływem alkoholu – czyn taki jest w sposób oczywisty szkodliwy i powinien być zabroniony bez względu na to, czy w jego wyniku ktoś doznał uszczerbku oraz jak znaczny był stopień zagrożenia z nim związany⁵.

Z kolei D. Bailey wskazuje trzy przyczyny uzasadniające wprowadzenie instytucji porozumień zakazanych co do celu: a) istnieje powszechna zgoda co do tego, że określone typy porozumień są prawie zawsze antykonkurencyjne, wobec czego uzasadnione jest wprowadzenie domniemania ich antykonkurencyjności; b) potrzeba pewności prawa; c) zapewnienie sposobu analizy stanu faktycznego, który ułatwia egzekwowanie art. 101 TFUE⁶.

¹ Tak ETS w wyroku z 20.11.2008 r. w sprawie C-209/07 *BIDS* (Zb. Orz. 2008, s. I-8637), pkt 17.

² Wyrok amerykańskiego Sądu Najwyższego z 10.03.1958 r.; 356 U.S. 1 (1958).

³ Zob. O. Odudu, *Restrictions of Competition by Object – What’s The Beef*, *Competition Law* 2008, s. 11-17 oraz D. Bailey, *Presumptions in EU competition law*, *European Competition Law Review*, 2010, 31(9), 362-369.

⁴ Zob. Konkursverket – Swedish Competition Authority [w:] *Object contra effect in Swedish and European competition law*, 2009, http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/uppdraagsforskning/forsk_rap_2009-3_object_contra_effect.pdf, s. 56.

⁵ Zob. pkt 47 opinii z 19.02.2009 r. w sprawie C8/08 *T-Mobile*. W sprawie tej TS wydał wyrok 4.06.2009 r.

⁶ D. Bailey, *Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFUE*, *Common Market Law Review* 49, 2012, s. 559-560.

2. Zakres porozumień zakazanych ze względu na cel

W literaturze nie ma zgody co do tego, które rodzaje porozumień są zakazane ze względu na cel. Część autorów podejmowała próby stworzenia katalogu takich porozumień, niemniej szybko ulegał on dezaktualizacji. Przykładowo J. Faull i A. Nikpay w podręczniku z 1999 roku w katalogu porozumień zakazanych co do celu umieszczają tylko horyzontalne porozumienia cenowe i podziałowe oraz wertykalne porozumienia ograniczające handel równoległy i dotyczące ustalania sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży (RPM)⁷. Sześć lat później R. Whish zaliczył do katalogu porozumień zakazanych co do celu porozumienia dotyczące horyzontalnego: ustalania cen, podziału rynków, ograniczania produkcji, ograniczania sprzedaży, wymiany informacji cenowych oraz zbiorowego utrudniania dostępu do rynku (*collective exclusive dealing*), jak również wertykalne porozumienia dotyczące minimalnych cen odsprzedaży oraz ograniczeń w eksporcie⁸. Z kolei w opracowaniu z 2009 r. dotyczącym prawa unijnego szwedzki urząd antymonopolowy zalicza do katalogu horyzontalnych porozumień zakazanych ze względu na cel: kartele cenowe, podziałowe, kontyngentowe, informacyjne, przetargowe, utrudniające dostęp do rynku oraz zbiorowy bojkot, a w wymiarze wertykalnym: RPM, całkowitą ochronę terytorialną oraz ograniczenia w eksporcie⁹. Zbliżoną, aczkolwiek nieco węższą listę prezentuje A. Jones¹⁰.

Podobną ewolucję przechodziło podejście Komisji Europejskiej. W Wytycznych z 2004 r. dotyczących stosowania art. 81 ust. 3 TWE (obecnie art. 101 ust. 3 TFUE)¹¹ Komisja wskazała jako konkretne przykłady horyzontalnych porozumień zakazanych co do celu: kartele cenowe, ograniczenia produkcji oraz podział rynków lub klientów, a jako przykłady uzgodnień wertykalnych: ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży¹² oraz ograniczenia mające na celu zapewnienie dystrybutorowi całkowitej ochrony terytorialnej m.in. poprzez zakaz pasywnej sprzedaży na jego terytorium¹³.

Natomiast w Wytycznych Horyzontalnych z 2011 r.¹⁴ Komisja znacznie szerzej przedstawiła przedmiotową kwestię, opisując, kiedy mamy do czynienia z porozumieniami zakazanymi co do celu, a kiedy co do skutku w przypadku porozumień: informacyjnych, badawczo-rozwojowych, produkcyjnych, porozumień o wspólnych zakupach oraz porozumień komercjalizacyjnych i standaryzacyjnych. Szczegółowe omówienie poglądów Komisji w tym zakresie wykracza poza zakres niniejszego artykułu. Jednakże – odwracając kierunek argumentacji Komisji – warto pokrótce wskazać, w jakich sytuacjach zdaniem Komisji poszczególne kategorie ww. porozumień nie mogą być uznane za zakazane ani co do celu, ani co do skutku.

⁷ J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford 1999, s. 83.

⁸ R. Whish, *Competition Law*, Oxford 2005, Fifth Edition, s. 119-124.

⁹ Zob. Konkurrensverket – Swedish Competition Authority [w:] *Object contra effect ...*, op. cit., s. 22-46.

¹⁰ A. Jones, *The journey toward an effects-based approach under Article 101 TFEU – The case of hardcore restraints*, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 55, No.4/ Winter 2012, s. 795.

¹¹ Zob. obwieszczenie Komisji – Wytyczne Komisji dotyczące stosowania art. 81 ust. 3 [obecnie art. 101 ust. 3 TFUE] (Dz.Urz. UE 2004 C 101/8).

¹² Zaznaczmy, że po wydaniu przez amerykański Sąd Najwyższy wyroku z 28.06.2007 r. w sprawie *Leegin Creative Products Inc v. PSKS, Inc*, w którym odstąpiono od zasady, że wertykalne ustalanie minimalnych cen odsprzedaży jest zakazane *per se*, na gruncie unijnym zaczęły pojawiać się postulaty o bardziej liberalne traktowanie takich porozumień, w tym być może ich analizę w ramach porozumień zakazanych co do skutku, a nie co do celu. Pogląd ten nie został do tej pory zaakceptowany ani w orzecznictwie, ani w literaturze – zob. na ten temat A. Zawłocka-Turno i B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, Rok LXXIII – zeszyt 4 – 2011, s. 71-87 oraz M. Bennett, A. Fletcher, E. Giovannetti, D. Stallibrass, *Resale price maintenance: Explaining the controversy, and small steps towards a more nuanced policy*, *Munich Personal RePEc Archive*, 30 January 2010, s. 1-35. Niemniej Komisja Europejska w komunikacie – Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych z 19.05.2010 r. (Dz. Urz. C Nr 130, s.1) po raz pierwszy dopuszcza możliwość wykazania pewnych korzyści wertykalnego ustalania cen odsprzedaży, ale w oparciu o zastosowanie zwolnienia indywidualnego z art. 101 ust. 3 TFUE, a nie o analizę takich korzyści na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE (zob. pkt 225 Wytycznych).

¹³ Zob. pkt 23 obwieszczenia Komisji – *Guidelines on the application of Article 81(3)*.

¹⁴ Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 TFUE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz. Urz. UE C 11, 14.01.2011, s. 1); dalej jako „Wytyczne Horyzontalne 2011”.

Porozumienia o wymianie informacji nie stanowią zdaniem Komisji ograniczenia konkurencji co do celu, w szczególności wówczas, kiedy przekazywane informacje nie są wystarczające do identyfikacji przyszłych zachowań rynkowych imiennie wskazanych konkurentów. Z kolei wymiana informacji nie będzie zakazana co do skutku, jeśli nie stwarza istotnego prawdopodobieństwa znacznego negatywnego wpływu na jeden (lub kilka) z parametrów konkurencji, takich jak cena, wielkość produkcji, jakość, różnorodność lub innowacyjność towaru¹⁵.

Co do zasady **porozumienia badawczo-rozwojowe** nie ograniczają konkurencji ze względu na cel pod warunkiem, że w rzeczywistości nie stanowią one narzędzia udziału w ukrytym kartelu cenowym, podziałowym lub innym. W ocenie Komisji nie jest możliwe, aby porozumienia takie wywołały antykonkurencyjne skutki, jeśli strony uczestniczące we współpracy nie mają wystarczającej władzy rynkowej, tj. zasadniczo ich łączne udziały w rynku właściwym nie przekraczają 25%. Wyjątkiem będzie sytuacja, kiedy istnieje znaczne ryzyko, że zostanie ograniczona konkurencja co do wdrażanych innowacji¹⁶.

Porozumienia produkcyjne nie są zakazane ze względu na cel, jeśli rzeczywistym celem stron jest uzgodnienie zasad wspólnej produkcji, a nie zмова, oraz jeśli zasady te dotyczą tylko kwestii produkcji (wykorzystanie mocy produkcyjnych, ilość produkcji, ilość produktów podzlecanych etc) i nie eliminują innych parametrów konkurencji. Zasadniczo w ocenie Komisji nie jest prawdopodobne, aby porozumienia produkcyjne między konkurentami wywierały skutki ograniczające konkurencję, jeżeli współpraca prowadzi do powstania nowego rynku, tj. jeżeli porozumienie umożliwia stronom wprowadzenie nowego towaru lub usługi, których na podstawie obiektywnych czynników strony nie byłyby w stanie wprowadzić w innej sytuacji, na przykład z powodu ograniczonych możliwości technicznych stron¹⁷.

Porozumienia o wspólnych zakupach nie ograniczają konkurencji ze względu na cel, zwłaszcza jeżeli rzeczywistym celem stron jest optymalizacja kosztowa, a nie udział w ukrytym kartelu. Porozumienia takie nie powinny także wywoływać antykonkurencyjnego skutku, jeżeli strony porozumienia o wspólnych zakupach posiadają łączny udział w rynku lub rynkach zakupu nieprzekraczający 15% oraz łączny udział w rynku lub rynkach zbytu także nieprzekraczający 15%¹⁸.

Porozumienia komercjalizacyjne, tj. dotyczące m.in. wspólnej sprzedaży lub marketingu produktów, nie są zdaniem Komisji zakazane co do celu, w szczególności wówczas, jeśli nie dotyczą cen, sprzedawanych ilości oraz nie stanowią podstawy do wspólnego uzgodnienia mającego na celu unikanie wzajemnego wchodzenia na swoje rynki. Porozumienie o komercjalizacji zazwyczaj nie będzie wywierać antykonkurencyjnych skutków, jeżeli łączny udział stron porozumienia w rynku właściwym nie przekracza 15%. Ponadto antykonkurencyjne skutki są zdaniem Komisji mało prawdopodobne, jeżeli porozumienie jest obiektywnie konieczne do umożliwienia choćby jednej stronie wejścia na rynek, na który nie byłaby w stanie wejść samodzielnie lub wspólnie z mniejszą liczbą stron niż liczba faktycznych uczestników współpracy, np. z powodu związanych z tym kosztów¹⁹.

Porozumienia ustanawiające wspólne standardy (przede wszystkim technologiczne) nie są zdaniem Komisji zakazane co do celu, o ile nie są elementem szerszej zmony ukierunkowanej

¹⁵ Pkt. 72-75 Wytycznych Horyzontalnych 2011.

¹⁶ Pkt. 128-129 Wytycznych Horyzontalnych 2011.

¹⁷ Zob. pkt. 160-164 Wytycznych Horyzontalnych 2011.

¹⁸ Zob. pkt. 205-207 Wytycznych Horyzontalnych 2011.

¹⁹ Zob. pkt. 234-239 Wytycznych Horyzontalnych 2011.

w szczególności na wykluczenie faktycznych lub potencjalnych konkurentów (np. poprzez stworzenie standardu, który eliminuje technologię stosowaną przez jednego z konkurentów) oraz jeśli nie dotyczą standardowych warunków, które bezpośrednio wpływają na ceny pobierane od klientów. Porozumienie standaryzacyjne nie będzie także zakazane co do celu, jeżeli uczestnictwo w ustanawianiu standardu jest nieograniczone, procedura jego przyjęcia przejrzysta, a porozumienie nie przewiduje obowiązku zgodności ze standardem i zapewnia dostęp do niego na sprawiedliwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach. Prawdopodobieństwo wystąpienia skutków ograniczających konkurencję w wyniku zawarcia porozumienia standaryzacyjnego jest, zdaniem Komisji, znikome, jeśli istnieje skuteczna konkurencja między szeregiem dobrowolnie stosowanych standardów, a także jeśli strony porozumienia standaryzacyjnego nie posiadają siły rynkowej (tutaj Komisja nie podaje konkretnego progu udziału w rynku, wskazując jedynie, że jest on mniejszy niż wymagany dla istnienia pozycji dominującej)²⁰.

Co ciekawe, w Wytycznych Wertykalnych²¹ z 2010 r. Komisja zastosowała całkiem inną metodę niż w przypadku Wytycznych Horyzontalnych z 2011 r. i nie zajęła stanowiska co do tego, które rodzaje porozumień między producentem i dystrybutorem są przez nią uznawane za zakazane co do celu, a które co do skutku. W mojej ocenie jest to zabieg celowy; w ten sposób Komisja zostawia sobie otwartą furtkę i możliwość elastycznego kwalifikowania określonych porozumień jako zakazanych co do celu lub co do skutku w zależności od okoliczności danej sprawy. Widać to przykładowo w opisie „nowych” (dotychczas nieanalizowanych przez Komisję) rodzajów porozumień, tj. o tzw. opłatach półkowych (*upfront payments*)²² i o zarządzaniu kategorią produktów (*category management*)²³. Z wywodów Komisji można wnioskować, że są to porozumienia zakazane co do skutku. Niemniej nie jest to wprost powiedziane w Wytycznych, a ich treść nie wyklucza traktowania skrajnych przypadków takich porozumień jako zakazanych co do celu.

W związku z powyższym nasuwa się refleksja, że próba utworzenia zamkniętego katalogu porozumień zakazanych ze względu na cel skazana jest na porażkę.

Po pierwsze, zmieniająca się rzeczywistość gospodarcza i orzecznicza szybko negatywnie weryfikuje takie próby. W konsekwencji łatwo postawić zarzut, że dany katalog jest zbyt wąski lub zbyt szeroki. Przykładowo w przytaczanych powyżej „katalogach” brakuje uwzględnienia porozumień *hub and spoke*, które pojawiły się w orzecznictwie krajowym, w szczególności brytyjskim, w ciągu ostatniej dekady i powszechnie są traktowane jako zakazane co do celu²⁴. Podobnie nikt nie wspomina o porozumieniach wiązanych, ujętych w art. 6 ust. 1 pkt. 5 polskiej Ustawy o ochronie konkurencji²⁵, które w relacjach horyzontalnych będą miały charakter zakazanych co do celu. Kolejnym przykładem jest zjawisko tzw. *interlocking directorates*, którego określone przypadki są zakazane w amerykańskim²⁶ i od niedawna we włoskim prawie antymonopolowym, a które w zadziwiający sposób dotychczas nie było analizowane w orzecznictwie unijnym²⁷.

²⁰ Zob. pkt. 42 w zw. z pkt. 277 oraz pkt. 273-280 Wytycznych Horyzontalnych.

²¹ Komunikat Komisji –Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych z 19.05.2010 r. (Dz. Urz. C Nr 130, s.1); dalej jako „Wytyczne wertykalne”.

²² Zob. pkt. 203-208 Wytycznych Wertykalnych.

²³ Zob. pkt. 209-213 Wytycznych Wertykalnych.

²⁴ Zob. na ten temat O. Odudu, *Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion*, European Competition Journal, August 2011 oraz A. Bolecki, *Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke conspiracies*, YARS 2011, Vol. 4(5).

²⁵ Ustawa z 16.02.2007 r. (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

²⁶ Na podstawie art. 18 The Clayton Antitrust Act z 1914 r. z późn. zm.

²⁷ *Interlocking directorates* to sytuacja, w której ta sama osoba zasiada we władzach różnych spółek. Zakładając, że sytuacja taka nie podlega zgłoszeniu koncentracijnemu, a spółki są bezpośrednimi konkurentami, zjawisko rodzi szereg wątpliwości antymonopolowych i w określonych sytuacjach może być

Po drugie, niedoskonałość takich katalogów wynika także z faktu, iż zakwalifikowanie danego rodzaju porozumień do „*object box*” nie oznacza, że w zależności od specyfiki danej sprawy konkretne porozumienie nie będzie traktowane jako zakazane co do skutku lub odwrotnie. Przykładem jest decyzja Komisji w sprawie *VISA*, w której horyzontalne ustalanie cen (tj. wysokości opłat pobieranych przez banki za bezgotówkowe transakcje kartami płatniczymi) zostało uznane za porozumienie zakazane ze względu na skutek, a nie cel i następnie objęte indywidualnym zwolnieniem z art. 101 ust. 3 TFUE²⁸.

W konsekwencji należy poszukiwać ogólnych i uniwersalnych zasad, które pozwalają odróżnić porozumienia zakazane ze względu na cel i wypracować metodologię ich oceny, czemu będą poświęcone kolejne punkty.

3. Zakres analizy antymonopolowej na gruncie ustalania, czy porozumienie jest zakazane co do celu

Dla prawidłowego odzwierciedlenia aktualnych trendów orzeczniczych dotyczących instytucji porozumień zakazanych ze względu na cel doniosłe znaczenie ma odpowiedź na dwa pytania:

1) Czy w ramach instytucji porozumień zakazanych ze względu na cel możemy wyróżnić takie działania przedsiębiorców, które są w oczywisty sposób antykonkurencyjne, co usprawiedliwia ich uproszczoną analizę, oraz takie, które – mimo że również zakazane co do celu – są bardziej złożone, wobec czego organ antymonopolowy jest obowiązany dokonać ich bardziej wnikliwej analizy?

2) Czy wystarczająca jest formalna ocena antymonopolowa porozumień zakazanych co do celu, czy też w każdym przypadku należy badać otoczenie ekonomiczne, w którym funkcjonuje porozumienie, a jeśli tak, to na ile szczegółowa powinna być taka analiza?

Powyższe kwestie są tym bardziej warte omówienia, że ostatnio sądy unijne coraz częściej odchodzą od podejścia formalnego na rzecz analizy uwzględniającej w szerszym stopniu aspekty rynkowe i ekonomiczne.

Doniosłe znaczenie dla rozwoju unijnej doktryny orzeczniczej dotyczącej porozumień zakazanych ze względu na cel miał wyrok ETS w sprawie *Beef Industry Development Society LTD (BIDS)*²⁹. Ujmując rzecz najogólniej, sprawa ta dotyczyła odpowiedzi na pytanie prejudycjalne, czy można uznać za zakazane ze względu na cel porozumienie, którego głównym celem było przeciwdziałanie kryzysowi na irlandzkim rynku produkcji wołowiny. Kryzys ten wyrażał się w nadprodukcji przekraczającej 30%, zbytnim rozdrobnieniu rynku oraz bardzo niskiej rentowności, która sprawiała, że część producentów wołowiny musiałaby nieuchronnie zbankrutować. W tym celu producenci posiadający łącznie ok. 93% rynku zawarli porozumienie, na mocy którego m.in. część z nich zobowiązała wycofać się z działalności na irlandzkim rynku wołowiny. Pozostałe firmy miały przejąć ich klientów i część aktywów w zamian za stosowne rekompensaty.

Irlandzki sąd najwyższy powziął wątpliwość, czy tego typu porozumienie – które w jego ocenie nie zaliczało się do klasycznych karteli – może zostać uznane za zakazane co do celu, czy też nie ma

.....
w mojej ocenie uznane za porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji. Sytuacja taka jest często spotykana w praktyce, ale z bliżej niezrozumiałych względów nie budzi zainteresowania organów antymonopolowych. Co ciekawe, jedną z pierwszych reform, jaką wprowadził we Włoszech rząd Mario Montiego – byłego komisarza UE ds. konkurencji – była zmiana włoskiego prawa antymonopolowego w zakresie zakazania określonych form *interlocking directorates* – przytoczone za wykładem prof. Federico Ghezzi, *New Italian rules on interlocking directorates in the financial sector*, wygłoszonym na seminarium Antitrust Alliance, Turyn 11 maja 2012.

²⁸ Decyzja Komisji z 24.07.2002 r. w sprawie *Visa International — Multilateral Interchange Fee* (Dz. Urz. UE 2002 L 318/17).

²⁹ Wyrok ETS z 20.11.2008 r. w sprawie C-209/07 *BIDS*, wydany w trybie odpowiedzi na pytanie prejudycjalne sądu irlandzkiego.

do tego podstaw, wobec czego należy zbadać, czy wywołuje antykonkurencyjne skutki. Zajmując stanowisko w postępowaniu przed ETS, Komisja Europejska wyraziła pogląd, że wprawdzie początkowo orzecznictwo wspólnotowe stosowało pojęcie ograniczenia konkurencji ze względu na cel wyłącznie do najbardziej rażących przypadków, jednakże od tego czasu sądy unijne idą w kierunku klasyfikowania jako ograniczenia konkurencji ze względu na cel również tych porozumień, które mogą zmierzać do uzasadnionych celów³⁰. Do tej kategorii zaliczają się takie porozumienia, które na pierwszy rzut oka mogą wydawać się usprawiedliwione, niemniej z uwagi na ich silny potencjał do ograniczenia konkurencji powinny być traktowane jako zakazane co do celu. Innymi słowy Komisja stwierdziła, że sytuacja, w której cel porozumienia jest usprawiedliwiony pewnymi obiektywnymi przesłankami, nie wyklucza uznania, że mamy do czynienia z ograniczeniem konkurencji ze względu na cel. Komisja zanegowała opinię strony przeciwnej (irlandzkich producentów wołowiny), że organ antymonopolowy nie jest władny uznać za zakazane co do celu wieloaspektowych porozumień, których celem jest przezwyciężenie kryzysu w branży, a nie ograniczenie konkurencji. Tym samym Komisja odcięła się od poglądu, że zakazane ze względu na cel są tylko takie porozumienia, w wypadku których ograniczenie konkurencji jest oczywiste i widoczne *prima facie*³¹.

Do poglądu Komisji przychylił się Rzecznik Generalny Trybunału Sprawiedliwości, wyrażając jednocześnie pogląd, zgodnie z którym w przypadku złożonych porozumień analiza ich antykonkurencyjnego celu może być równie wielopłaszczyznowa i *de facto* zbliżona do analizy jego potencjalnych skutków. Chodzi o ustalenie, czy istota danego porozumienia zawiera wystarczający potencjał do zakłócenia warunków rynkowych i tym samym niechybnie musi doprowadzić do nieuchronnych, konkretnych antykonkurencyjnych skutków³². W mojej ocenie nie jest do końca jasne, na czym miałyby polegać różnica między owymi nieuchronnymi antykonkurencyjnymi skutkami, badanymi na gruncie porozumienia zakazanego co do celu, a skutkami badanymi na gruncie analizy porozumienia jako zakazanego wyłącznie co do skutku³³. Z wywodów Rzecznika zdaje się wynikać, że różnicy należy upatrywać w tym, że „nieuchronne antykonkurencyjne skutki”, które będą wywołane przez porozumienie zakazane co do celu, analizowane są powierzchownie i na podstawie jedynie podstawowych informacji ekonomicznych, natomiast analiza właściwych choćby potencjalnych antykonkurencyjnych skutków powinna być bardziej dogłębna i oparta o szerszy wachlarz konkretnych danych, obserwacji i zmiennych występujących na badanym rynku właściwym³⁴.

³⁰ Warto w tym miejscu przytoczyć poglądy A. Jones na rozwój doktryny porozumień zakazanych co do celu. Otóż autorka ta wyróżnia okres między 1962 a 1996 rokiem, kiedy podejście Komisji było mocno formalistyczne, następnie okres od 1996 do 2004 roku, kiedy Komisja zaczęła iść w kierunku podejścia bardziej ekonomicznego, oraz okres dalszej „liberalizacji” w tym względzie po 2004 roku związany w szczególności z wejściem w życie rozporządzenia 1/2003. Zob. A. Jones, *Left behind by modernisation? Restrictions by object under art. 101 (1)*, European Competition Journal, December 2010, s. 650-653.

³¹ Stanowisko Komisji zawarte jest w pismach procesowych, które nie są jawne. Niemniej zostało ono streszczone w opinii Rzecznik Generalnej Trybunału Vericy Trstenjak z 4.09.2008 r. wyrażonej w sprawie C-209/07 (zob. pkt. 25 oraz 33 opinii).

³² Zob. pkt. 62-95 opinii Rzecznika Generalnego Trybunału Vericy Trstenjak z 4.09.2008 r. wyrażonej w sprawie C-209/07. Koncepcja, że porozumienia zakazane co do celu nieuchronnie muszą doprowadzić do ograniczenia konkurencji, była już wcześniej wyrażana w orzecznictwie, powołanym m.in. w pkt. 44 opinii Rzecznika. Krytykował ją O. Odudu, który uważał, że nie ma podstaw, aby przyjąć, że zidentyfikowanie nieuchronnego antykonkurencyjnego skutku porozumienia stanowi przesłankę uznania tego porozumienia za zakazane co do celu – zob. *Interpreting Article 81(1): the object requirement revisited*, European Law Review 2001, 26(4), s. 379-390. Natomiast propozycję idącą krok dalej prezentuje przykładowo M. Walker w artykule *The importance of a theory of harm*, European Competition Law Review 2010, 31(10), s. 410-412, w którym autor postuluje, aby stwierdzenie, że dane porozumienie narusza konkurencję, oparte było na teorii szkody, jaka zdaniem organu antymonopolowego została wywołana przez dane porozumienie. Jeśli zatem organ antymonopolowy uzna, że kwestionowana praktyka szkodzi np. *consumer welfare*, to powinien przekonująco wyjaśnić, dlaczego i w jaki sposób do takiej szkody i w czym ona się wyraża. Z kolei Saskia King wskazuje, że wspomniana koncepcja nieuchronnego doprowadzenia do ograniczenia konkurencji nie została dotychczas przekonująco uzasadniona przez orzecznictwo unijne, Zob. S. King *The object box: law, policy or myth?*, European Competition Journal, August 2011, s. 291-294.

³³ Analogiczny pogląd wyraża E. Loozen, *The application of a more economic approach to restrictions by object: no revolution after all T-Mobile Netherlands C-8/08*, European Competition Law Review 2010 31(4), s. 148.

³⁴ Zob. pkt. 60-93 opinii Rzecznik Generalnej Trybunału Vericy Trstenjak z 4.09.2008 r. wyrażonej w sprawie C-209/07.

Trybunał Sprawiedliwości nie zajął stanowiska w zakresie ww. propozycji Rzecznika. Jedynie ogólnie przychylił się do poglądu, że porozumienia zakazane ze względu na cel to nie tylko takie, w których naruszenie jest oczywiste, ale także i te, w których dla ustalenia antykonkurencyjnego celu należy dokonać ich pogłębionej analizy, a nie tylko oceny *prima facie*. Przy czym w związku z faktem, że sprawa dotyczyła pytania prejudycjalnego, Trybunał nie dokonał szczegółowej analizy porozumienia będącego przedmiotem sprawy, pozostawiając to zadanie sądowi krajowemu.

W kontekście sprawy *BIDS* i wyrażonego w niej poglądu ETS co do szerokiego zakresu porozumień zakazanych ze względu na cel, tj. obejmującego nie tylko naruszenia *prima facie*, ale także naruszenia, których ustalenie wymaga bardziej złożonej analizy ekonomicznej, warto zwrócić uwagę na wyrok Trybunału w sprawie *T-Mobile*³⁵. Otóż wyrok ten doskonale współgra w mojej ocenie z wyrokiem w sprawie *BIDS* i w praktyce oznacza, że wymogi formalne dotyczące badania porozumień zakazanych ze względu na cel stają się coraz bardziej przesiąknięte ekonomią. Otóż w wyroku w sprawie *T-Mobile* ETS wyraził pogląd, że „uzgodniona praktyka ma cel antykonkurencyjny w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE, gdy, ze względu na swoją treść i cele oraz kontekst gospodarczy i prawny, w jaki się wpisuje, może konkretnie zapobiec, ograniczyć lub zakłócić konkurencję wewnątrz wspólnego rynku. Nie jest konieczne, aby doszło do rzeczywistego zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji, ani aby zaistniał bezpośredni związek pomiędzy uzgodnioną praktyką a cenami konsumenckimi. Wymiana informacji pomiędzy konkurentami realizuje cel antykonkurencyjny, jeżeli może wyeliminować niepewność co do zachowania planowanego przez przedmiotowe przedsiębiorstwa”³⁶.

Zwróćmy uwagę w szczególności na to ostatnie zdanie i jednocześnie wyjaśnijmy, że wymiana informacji będąca przedmiotem sprawy *T-Mobile* miała charakter jednorazowy i dotyczyła zakresu, momentu oraz sposobów planowanego obniżenia podstawowego wynagrodzenia wypłacanego przez operatorów komórkowych dystrybutorom ich towarów³⁷. Tak określony zakres informacji nie tyle może, ale z całą pewnością ogranicza niepewność konkurentów co do ich przyszłych zachowań rynkowych. *De facto* obejmuje on informacje, od kiedy, o ile i komu operatorzy komórkowi zamierzają ograniczyć wynagrodzenie. Jeśli natomiast organ antymonopolowy badałby przy zastosowaniu modelu *T-Mobile* bardziej skomplikowane sytuacje, jak np. system wymiany aktualnych i indywidualnych informacji realizowany na umiarkowanie oligopolistycznym rynku, to ustalenie, czy taka wymiana może wyeliminować niepewność co do zachowania planowanego przez konkurentów, wymagać będzie kompleksowej analizy struktury rynku oraz działań podejmowanych na nim przez konkurentów. A zatem będzie bardziej zbliżona do klasycznej analizy skutków niż celów. Jeśli zatem przy wzorze wyznaczonym w sprawie *T-Mobile* Komisja (na nowo) chciałaby zbadać taką właśnie wymianę, która miała miejsce w sprawie *UK Agricultural Tractor Exchange*, to musiałaby analizować ją jako porozumienie zakazane co do celu, a nie – tak jak uczyniła to w 1992 r. – co do skutku³⁸.

³⁵ Wyrok TS z 4.06.2009 r. w sprawie C8/08 *T-Mobile* (Zb. Orz. 2009, s. I-04529), wydany w trybie odpowiedzi na zagadnienie prawne przedstawione przez sąd krajowy. Wyrok ten był szeroko komentowany. M. Sieradzka (Glosa do wyroku TS z 4 czerwca 2009 roku, C-8/08. *Uzgodniona praktyka w świetle art. 81 ust. 1 TWE*. Glosa. Nr 2/2010) uznaje, że: *treść orzeczenia ma kluczowe znaczenie praktyczne przede wszystkim z uwagi na uściślenie pojęcia „uzgodniona praktyka” jako jednej z form porozumienia ograniczającego konkurencję*. Bardziej powściągliwe stanowisko prezentuje z kolei E. Loozen (*The application of a more economic approach ...*, op. cit., s. 150), podkreślając z jednej strony znaczenie wyroku dla kształtowania się podejścia ekonomicznego w wykładni prawa konkurencji, ale z drugiej wskazując, że wyrok ten nie stanowi rewolucji w dotychczasowym podejściu. Z kolei, zdaniem B. Meyringa (*T-Mobile: Further confusion on information exchanges between competitors*, *Journal of European Competition Law & Practice*, November 2009, s. 1-3), sprawa *T-Mobile* nie wnosi nic nowego w dotychczasowym rozumieniu porozumień zakazanych ze względu na antykonkurencyjny cel lub skutek.

³⁶ Zob. pkt 43 wyroku Trybunału w sprawie *T-Mobile*.

³⁷ Co ciekawe, zakres tych informacji nie jest wskazany w wyroku; można go ustalić dopiero dzięki treści przypisu 12 do opinii Rzecznika Generalnego.

³⁸ Zob. decyzja Komisji z 17.02.1992 r. w sprawie *UK Agricultural Tractor Exchange* (Dz. Urz. UE L z 1992 Nr 68, s. 19), utrzymana w mocy wyrokiem SPI z 27.10.1994 r. w sprawie T-35/92 *John Deere*, utrzymanym w mocy wyrokiem ETS z 28.05.1998 r. w sprawie C-8/95 P *New Holland Ford Ltd*.

W kontekście wyroków Trybunału w sprawach *BIDS* i *T-Mobile* nie można nie wspomnieć o wyroku Sądu Pierwszej Instancji, a następnie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Glaxo*³⁹. W sprawie tej SPI badał, czy można uznać za antykonkurencyjne porozumienie zakazane co do celu praktykę zainicjowaną przez GlaxoSmithKline, polegającą na nakłanianiu hiszpańskich dystrybutorów produktów leczniczych do stosowania niższych cen leków Glaxo przeznaczonych na rynek hiszpański i wyższych cen w przypadku leków Glaxo przeznaczonych na eksport⁴⁰.

Komisja przyjęła, że w świetle orzecznictwa sądów unijnych takie porozumienie jest w sposób oczywisty zakazane co do celu, którym jest ograniczenie importu równoległego. Sąd zakwestionował ten pogląd. Uznał, że analizując cel tego porozumienia Komisja winna była w szerszym stopniu uwzględnić jego aspekty ekonomiczne i prawne. W tym zakresie powinna przeprowadzić rozumowanie, które uprawdopodobniłoby, że opisana praktyka negatywnie wpłynie na sytuację konsumentów końcowych w zakresie ich zaopatrzenia lub stosowanej względem nich ceny, w szczególności przy uwzględnieniu, że w większości państw członkowskich ceny leków refundowanych są ustalane przez władze publiczne⁴¹. Wobec faktu, że dowód taki nie został przeprowadzony przez Komisję, nie można było zdaniem Sądu uznać, że porozumienie miało antykonkurencyjny cel. W konsekwencji wobec braku wykazania antykonkurencyjnego celu porozumienia (z powodu zbyt uproszczonej analizy kontekstu prawnego i gospodarczego) Komisja winna zbadać jeszcze raz ten aspekt sprawy. Jeśli doszłaby do wniosku, że antykonkurencyjny cel nie miał miejsca, to powinna zbadać jego (ewentualne) antykonkurencyjne skutki oraz ponownie przeanalizować wniosek Glaxo w trybie art. 101 ust. 3 TFUE. Nie jest natomiast jasne, jakie konkretnie metody badawcze i dowodowe oraz jakie dane winny być wykorzystane przez Komisję, aby wykazać antykonkurencyjny cel praktyki (tj. uprawdopodobnić, że opisana praktyka negatywnie wpłynie na sytuację konsumentów końcowych), a jeśli się to nie uda, aby wykazać jej antykonkurencyjne skutki.

Zasadniczo ETS przychylił się do poglądu SPI, wedle którego Komisja w zbyt uproszczony i formalistyczny sposób dokonała analizy celu porozumienia w zakresie jego kontekstu prawnego i ekonomicznego. Niemniej ETS uznał jednocześnie, że „stwierdzenie istnienia antykonkurencyjnego celu porozumienia nie może być uzależniane od tego, czy konsumenci końcowi zostali pozbawieni korzyści płynących ze skutecznej konkurencji w zakresie zaopatrzenia lub ceny”, albowiem ochronie podlega nie tylko sytuacja konsumentów, ale konkurencja jako taka. W konsekwencji Trybunał wskazał, że „uzależniając istnienie antykonkurencyjnego celu od wykazania, że porozumienie prowadzi do powstania niedogodności po stronie konsumentów końcowych i wyciągając wniosek, że w odniesieniu do rozpatrywanego porozumienia cel taki nie istniał, Sąd naruszył prawo”⁴².

Można w mojej ocenie uznać, że zarówno wyrok SPI, jak i ETS w sprawie *Glaxo* są kolejnymi przykładami na ich rosnące oczekiwania co do konieczności przeprowadzania analizy szerokiego kontekstu biznesowego porozumień zakazanych ze względu na antykonkurencyjny cel. Podejście nakazujące badanie „*okoliczności należących do kontekstu gospodarczego i prawnego*” porozumienia zakazanego ze względu na cel zostało utrzymane w wyroku ETS z 2011 r. w sprawie *Premier*

³⁹ Wyrok SPI z 27.09.2006 r. w sprawie T168/01 (Zb. Orz. 2006 II-02969), utrzymany co do meritum w całości wyrokiem ETS z 6.10.2009 r. w połączonych sprawach C501/06 P, C513/06 P, C515/06 P i C519/06 P (Zb. Orz. 2009, s. I-9291).

⁴⁰ Na temat krajowych postępowań antymonopolowych dotyczących ograniczania przez firmy farmaceutyczne możliwości importu równoległego ich leków w kontekście porozumień zakazanych co do celu lub skutku oraz potencjalnego nadużywania pozycji dominującej zob. R. Eccles, *Parallel exports in the pharmaceuticals sector: taking nothing for granted*, European Competition Law Review 2007, 28(2), 134-142.

⁴¹ Zob. pkt 121 wyroku SPI z 27.09.2006 r. w sprawie T168/01.

⁴² Zob. pkt. 64-65 wyroku ETS w sprawie *Glaxo*.

League, w którym Trybunał stwierdził, że: „w sytuacji gdy umowa licencyjna zmierza do zakazania lub ograniczenia transgranicznego świadczenia usług nadawczych, uważa się, iż ma ona na celu ograniczenie konkurencji, chyba że inne okoliczności należące do jej kontekstu gospodarczego i prawnego pozwalają stwierdzić, iż taka umowa nie może naruszać konkurencji”⁴³.

Czy zatem w świetle wyroków w sprawach *BIDS*, *T-Mobile* i *Glaxo* i *Premier League* należy uznać, że zdezaktualizował się pogląd wyrażony przykładowo przez SPI w sprawie *European Night Services*⁴⁴, w myśl którego w przypadku oczywistych ograniczeń, takich jak ustalanie cen, podział rynków czy kontrola zbytu, badanie kontekstu prawnego i gospodarczego w tym faktycznej struktury rynku nie jest konieczne?

W mojej ocenie aktualny stan orzecznicy pozwala na wyodrębnienie z jednej strony klasycznych porozumień kartelowych, w szczególności cenowych, podziałowych i kontyngentowych, które są zakazane co do celu i w przypadku których organ antymonopolowy nadal nie ma obowiązku prowadzenia ich dogłębnej analizy ekonomicznej (co nie oznacza, że może całkowicie pominąć kontekst ekonomiczny i prawny, w którym funkcjonuje dana praktyka), a z drugiej strony porozumień bardziej złożonych, w przypadku których taki obowiązek będzie istniał. Tym samym przychyliam się do stanowiska wyrażonego przez Rzecznika Generalnego Jána Mazáka w opinii w sprawie *Pierre Fabre*, zgodnie z którym „nawet jeżeli w oparciu o dotychczasowe doświadczenia można uznać, że w odniesieniu do pewnych form porozumień można mówić *prima facie* o prawdopodobnym naruszeniu ze względu na cel, to nie zwalnia to Komisji lub krajowego organu ds. konkurencji z obowiązku każdorazowego zbadania danego porozumienia. Uważam, że w pewnych przypadkach tego rodzaju ocena może być okrojona, na przykład w sytuacji, gdy występuje oczywisty dowód na istnienie horyzontalnego kartelu w celu kontrolowania produkcji i tym samym utrzymania cen na dotychczasowym poziomie, ale nie można się w pełni bez niego obejść”⁴⁵.

Zbliżony pogląd wyraża także E. Loozen, która uważa, że w ramach porozumień zakazanych ze względu na cel można wyróżnić dwie kategorie: a) pierwszą, w której bezpośrednio dowody wskazują w sposób jasny i niezbity, że omawiana praktyka nieuchronnie musi doprowadzić do ograniczenia konkurencji (tutaj wskazuje na horyzontalne zmywy cenowe, zmywy podziałowe i kontyngentowe) oraz b) drugą, obejmującą inne rodzaje porozumień, które również nieuchronnie muszą doprowadzić do ograniczenia konkurencji, przy czym takie ryzyko staje się jasne dopiero po głębszej analizie sprawy⁴⁶.

Reasumując, można uznać, że analiza otoczenia ekonomicznego i prawnego porozumienia zakazanego ze względu na cel jest zawsze wymagana. W prostych przypadkach, takich jak porozumienia cenowe, podziałowe i kontyngentowe, analiza ta również jest niezbędna, aczkolwiek może być okrojona. Natomiast w bardziej złożonych przypadkach, w których na pierwszy rzut oka naruszenie ze względu na cel może nie być oczywiste, organ antymonopolowy z urzędu winien przeprowadzić bardziej złożoną analizę rynku i uwarunkowań ekonomicznych.

⁴³ Zob. pkt. 140 wyroku ETS z 4.10. 2011 r. w połączonych sprawach C403/08 i C429/08l. Uzasadnienie wyroku dotychczas niepublikowane w Zb. Orz, a jedynie na stronie www.curia.eu.

⁴⁴ Wyrok SPI z 15.09.1998 r. w połączonych sprawach T374/94, T375/94, T384/94 i T388/94 *European Night Services* i in. *przeciwko Komisji*, pkt 136 (brak informacji o publikacji w Zb. Orz.).

⁴⁵ Pkt 27 opinii z 3.03.2011 r. w sprawie C439/09. Zob. także wyrok Sądu w połączonych sprawach T-68/89 i T-77/89 *Società Italiana v. Commission* (Zb. Orz. 2011, s. II-1403), pkt. 158-159, gdzie Sąd zanegował pogląd Komisji, iż jeśli literalne brzmienie umowy ma w oczywisty sposób na celu ograniczenie konkurencji, to zbędne jest postępowanie zmierzające do ustalenia rynku właściwego, którego dotyczy praktyka.

⁴⁶ E. Loozen, *The application of a more economic approach* ..., op. cit., s. 149.

W skrajnych przypadkach analiza antykonkurencyjnego celu może być *de facto* zbliżona do badania porozumienia w sposób, który niewiele odbiega od badania antykonkurencyjnych skutków. Orzecznictwo wspólnotowe wyraźnie przesuwając granicę dzielącą porozumienia zakazane ze względu na cel od porozumień zakazanych co do skutku na rzecz tych pierwszych. Można zatem w mojej ocenie postawić tezę, że niektóre porozumienia, które jeszcze 20-30 lat temu byłyby analizowane jako zakazane co do skutku, obecnie są analizowane jako porozumienia zakazane ze względu na cel. Przy czym analiza antykonkurencyjnego celu staje się bardziej przesiąknięta podejściem ekonomicznym, niż miało to miejsce w przeszłości. Jednocześnie nie są jasne różnice między metodami badawczymi i danymi do analizy, które mają wykazać antykonkurencyjny cel (skomplikowanego) porozumienia, a tymi, które winny być wykorzystane do analizy antykonkurencyjnego skutku.

Opisana tendencja do szerokiego pojmowania porozumień zakazanych co do celu może być zdaniem A. Jones⁴⁷ postrzegana jako zaprzepaszczenie szansy na realizację bardziej ekonomicznego podejścia w ocenie antykonkurencyjnych porozumień. Nie oceniałbym tej tendencji tak kategorycznie. Otóż analiza porozumienia jako zakazanego co do celu oznacza, że ciężar dowodu leży na organie antymonopolowym. To zatem organ będzie musiał na siebie wziąć ciężar udowodnienia okoliczności ekonomicznych, które potwierdzają jego zarzuty. Jeśli mu się to uda, przedsiębiorca będzie mógł stosować argumentację ekonomiczną na bazie art. 101 ust. 3 TFUE, próbując wykazać, że prokonkurencyjne korzyści przewyższają antykonkurencyjne zagrożenia zidentyfikowane przez organ antymonopolowy. W konsekwencji takie przesunięcie akcentów może niewiele zmienić w stosunku do podejścia kwalifikującego jako porozumienia zakazane co do celu tylko takie porozumienia, w których ograniczenie konkurencji jest widoczne *prima facie*, a pozostałe przypadki jako porozumienia zakazane co do (choćby potencjalnego) skutku, który musi być udowodniony przez organ przy uwzględnieniu kontekstu ekonomicznego. Z drugiej jednak strony, jeśli analiza ekonomiczna dokonywana przez organ na gruncie porozumień zakazanych co do celu byłaby śladowa i iluzoryczna, wówczas ww. obawy A. Jones byłby usprawiedliwione.

4. Przykładowe sytuacje, w których kontekst ekonomiczny lub prawny może przesądzać o tym, że porozumienie nie jest zakazane ze względu na cel

Praktyczne wskazówki w tym zakresie podsuwa Rzecznik Generalny Trybunału Verica Trstenjak w opinii w sprawie *BIDS*⁴⁸.

Punktem wyjścia do rozważań w tym zakresie jest zasada, że na podstawie art. 101 ust. 1 TFUE uwzględnieniu podlegają jedynie te okoliczności kontekstu prawnego lub gospodarczego, które mogą podważyć istnienie ograniczenia konkurencji⁴⁹. Okoliczności te organ antymonopolowy ma obowiązek wziąć pod uwagę i zbadać z urzędu. Pamiętajmy, że nie chodzi tutaj o sytuacje, w których okoliczności takie nie podważają istnienia ograniczenia konkurencji, a jedynie wskazują, że ograniczenie jest rekompensowane prokonkurencyjnymi korzyściami, które w ostatecznym rozrachunku równoważą ograniczenie. Tego typu sytuacje nie są bowiem rozpoznawane na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE, ale na gruncie art. 101 ust. 3 TFUE, a ciężar ich wykazania leży na stronie, która wywodzi z nich korzystne dla siebie skutki prawne.

⁴⁷ A. Jones, *Left behind by modernization ...*, op. cit., s. 657-658.

⁴⁸ Zob. pkt. 50-55 opinii.

⁴⁹ Zob. wyrok ETS z 8.07.1999 r. w sprawie C235/92 P *Montecatini przeciwko Komisji*, pkt. 114-128.

W opinii w sprawie *BIDS* Rzecznik Generalny wyróżnia trzy grupy przypadków, w których na podstawie kontekstu prawnego i gospodarczego danego porozumienia przyjęcie ograniczenia konkurencji ze względu na cel może zostać zanegowane lub przynajmniej może być wątpliwe:

1) Pierwsza grupa dotyczy przypadków, w których wątpliwe jest, czy przedsiębiorstwa uczestniczące w porozumieniu konkurują ze sobą lub czy w ogóle istnieje dostateczna konkurencja, która może zostać ograniczona przez porozumienie.

2) Druga grupa dotyczy przypadków, w których porozumienie jest neutralne pod względem skutków dla konkurencji. Jeżeli celem porozumienia jest np. otwarcie rynku lub wejście nowego konkurenta na rynek, to – konieczne dla ustalenia naruszenia ze względu na cel – ograniczenie wymogu autonomii konkurentów najprawdopodobniej nie ma wystarczającego potencjału do ograniczenia konkurencji.

3) Trzecia grupa dotyczy dodatkowych uzgodnień (mogących ograniczać konkurencję), które są niezbędne do realizacji głównego, prokonkurencyjnego lub neutralnego z punktu widzenia konkurencji celu (chodzi tutaj o koncepcję *ancillary restraints*, o której będzie mowa w pkt. 5 poniżej)

II. Antykonkurencyjny cel porozumienia oraz jego obiektywne uzasadnienie

W wyroku w sprawie *BIDS* ETS uznał, że nawet jeśli w danej sprawie zostanie wykazane, iż strony porozumienia działały bez jakiegokolwiek subiektywnego zamiaru ograniczenia konkurencji⁵⁰, ale w innym celu prawnie usprawiedliwionym (w sprawie *BIDS* było nim zarządzenie skutkiem kryzysu w branży), to nie ma to znaczenia przy stosowaniu art. 101 ust. 1 TFUE. Można bowiem zdaniem Trybunału uznać, że porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, nawet gdy nie jest to jego jedyny cel, ale gdy ma także inne dozwolone cele⁵¹. Powyższa konkluzja stanowi dość automatyczne powtórzenie poglądów wyrażonych we wcześniejszym wyroku ETS w sprawie *General Motors*⁵².

W mojej ocenie przytoczona powyżej opinia Trybunału, iż „porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, nawet gdy nie jest to jego jedyny cel, ale gdy ma także inne dozwolone cele” (tj. kiedy faktycznym zamiarem stron nie jest ograniczenie konkurencji, ale osiągnięcie pozytywnych lub neutralnych dla konkurencji skutków), wypowiedziana jest w zbyt ogólny i kategoryczny sposób, co może powodować nieuzasadnioną konfuzję. W uzasadnieniu tego poglądu chciałem nawiązać do wynikającej z orzecznictwa wspólnotowego instytucji *ancillary restraints*.

Tytułem wstępu wyjaśnijmy, że koncepcja tzw. niezbędnych ograniczeń konkurencji (*ancillary restraints* – literalne tłumaczenie nakazywałoby stosować terminologię „pomocnicze ograniczenie konkurencji”) zaczęła kształtować się w Stanach Zjednoczonych na początku XX w., a we WE pojawiła

⁵⁰ Tematyce subiektywnego, antykonkurencyjnego zamiaru stron jako elementu kształtującego cel porozumienia poświęcony jest artykuł O. Odudu, *Interpreting Article 81(1): object as subjective intention*, *European Law Review* 2001, 26(1), 60-75. Autor dystansuje się w nim od poglądów wyrażanych wcześniej w podrecznikach Faulla i Nikpaya czy Whisha, którzy przyjmują, że cel (przedmiot) porozumienia winien być oceniany w oderwaniu od subiektywnej woli stron, która nie ma znaczenia dla oceny antymonopolowej. O. Odudu słusznie jednak wskazuje, że faktyczny zamiar stron również może mieć znaczenie. W szczególności jeśli jest on jawnie antykonkurencyjny, może to zwolnić organ antymonopolowy od dogłębnego badania przedmiotu porozumienia. Odudu wskazuje także, że subiektywny zamiar stron – w zależności od okoliczności – może działać na ich korzyść lub niekorzyść. Na niekorzyść przykładowo działa wówczas, jeśli strony miały jawnie antykonkurencyjny zamiar, który jednak okazał się całkowicie nierealny do osiągnięcia, co mimo to będzie oceniane negatywnie. Na korzyść – przy stosowaniu instytucji *ancillary restraints* – gdzie ogólny prokonkurencyjny zamiar stron może usprawiedliwiać poboczne ograniczenia konkurencji niezbędne dla jego wdrożenia. W mojej ocenie poglądy Odudu są trafne, a orzecznictwo sądowe dostarcza przykładów zarówno na sprawy, w których subiektywny zamiar nie ma znaczenia, jak i takie, w których jest on brany pod uwagę.

⁵¹ Pkt 21 wyroku ETS w sprawie *BIDS*.

⁵² Pkt 64 wyroku ETS z 6.04.2006 r. w sprawie C-551/03 P *General Motors BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2006, s. I-3173). W tym zakresie zob. także wyroki cytowane w sprawie *General Motors*: wyrok ETS z 13.07.1966 r. w połączonych sprawach 56/64 i 58/64 *Consten i Grundig przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 1966, s. 429), wyrok ETS z 8.07.1999 r. w sprawie C-235/92 P- *Montecatini przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 1999 s. I-4539), wyrok ETS z 15.10.2002 r. w połączonych sprawach C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, od C-250/99 P do 252/99 P oraz C-254/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij i in. przeciwko Komisji* (brak informacji o publikacji w Zb.Orz.).

się w latach sześćdziesiątych⁵³. Koncepcja ta zakłada, że niektóre ograniczenia konkurencji – które normalnie traktowane byłyby jako niedozwolone – winny zostać uznane za legalne, albowiem są częścią szerszej – pozytywnie ocenianej – działalności gospodarczej i są niezbędne do jej realizacji. Komisja Europejska definiuje takie ograniczenie jako: ograniczenia stron porozumienia, które nie stanowią jego głównego przedmiotu, ale są bezpośrednio powiązane i niezbędne do prawidłowej realizacji celów zamierzonych przez to porozumienie. Komisja podaje jako przykład zobowiązanie stron porozumienia badawczo-rozwojowego do powstrzymania się od prowadzenia takich badań na własną rękę lub w porozumieniu ze stronami trzecimi⁵⁴.

Komisja uznaje, że ograniczenie jest **bezpośrednio powiązane** z porozumieniem głównym wówczas, jeśli stanowi jego część składową i jest uzależnione od jego istnienia. Nie ma ono charakteru samodzielnego, ale wspiera porozumienie główne. Z kolei **niezbędność** ograniczenia oceniania jest obiektywnie. Testem na jej istnienie jest odpowiedź na pytanie, czy porozumienie główne może w racjonalny sposób funkcjonować bez ocenianego ograniczenia.

Celem omawianej konstrukcji prawnej jest uelastycznienie oceny porozumień, które mogą ograniczać konkurencję⁵⁵. Ocena taka następuje w uproszczonej formie, tj. bez konieczności odwoływania się do instytucji indywidualnego zwolnienia i związanej z tym konieczności ekonomicznego uzasadnienia spełnienia czterech przesłanek prokonkurencyjności. Podstawowa różnica między instytucją indywidualnego zwolnienia a instytucją niezbędnego, pomocniczego ograniczenia konkurencji polega na tym, że ta ostatnia instytucja znajduje zastosowanie jedynie do oceny pewnego niesamodzielnego wycinka określonego porozumienia, a indywidualne zwolnienie stosuje się do oceny całego porozumienia. Ponadto, podczas gdy istota indywidualnego zwolnienia polega na zbilansowaniu pro- i antykonkurencyjnych skutków porozumienia i oceny, które z nich przeważają, *ancillary restraints* dotyczą oceny tego, czy jeden z kwestionowanych elementów w porozumieniu, które nie ogranicza konkurencji, jest niezbędny do jego realizacji. Jeśli tak, to taki element można uznać za prawidłowy, mimo że rozpatrywany samodzielnie zostałby uznany za antykonkurencyjny. Dodajmy wreszcie, że *ancillary restraints* jest konstrukcją rozumowania prawniczego, która znajduje zastosowanie na gruncie oceny celu porozumienia, a więc na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE. W praktyce oznacza to, że organ antymonopolowy ma obowiązek z urzędu zastosować tę konstrukcję, oczywiście jeśli istnieją ku temu uzasadnione podstawy.

W kontekście instytucji *ancillary restraints* warto wskazać na wyroki ETS w sprawie *David Meca-Medina i Igor Majcen*⁵⁶ oraz w sprawie *Wouters*⁵⁷. Obydwa orzeczenia dotyczyły sytuacji, w której mieliśmy do czynienia z praktyką ograniczającą konkurencję⁵⁸, niemniej ograniczenie to było obiektywnie

⁵³ We WE znalazła ona po raz pierwszy odzwierciedlenie w wyroku ETS z 30.06.1966 r. w sprawie C-56/65 *STM v. Maschinenbau Ulm* (Zb. Orz. 1966, s. 235) oraz w wyroku ETS z 13.07.1966 r. w połączonych sprawach C-56/64 – C-58/64 *Consten v. Grundig* (Zb. Orz. 1966, s. 299), a następnie w wyroku ETS z 25.10.1977 r. w sprawie 26/76 - *Großmärkte GmbH & Co. KG v. Commission (Metro I)* (Zb. Orz. 1977, s. 1875) – zob. w szczególności pkt. 20-21 ww. wyroku. Zob. także fragmenty glosy P. Dębowskiego (s. 143-146) do ww. wyroku, publikowanej [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny, *Orzecznictwo Sądów Wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Warszawa 2007. Zob. także wyrok ETS z 15.12.1994 r. w sprawie C-250/92 *Göttrup-Klim e.o. Grovvareforeninger v. Dansk Landbrugs Grovvaarelskab AMBA* oraz wyrok SPI z 18.09.2001 r. w sprawie T-112/99 *Métropole Télévision*.

⁵⁴ Zob. Glossary of terms used in EU competition policy, publikowane na http://ec.europa.eu/competition/publications/glossary_en.pdf. Zob. także pkt. 28-31 Wytycznych Komisji w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 (obecnego art. 101 ust. 3) Traktatu, w szczególności w zakresie rozróżnienia między instytucjami niezbędnych ograniczeń a indywidualnego zwolnienia spod zakazu karteli.

⁵⁵ Kwestię tę szczegółowo omawia A. Jurkowska, *Doktryna niezbędnych ograniczeń we wspólnotowym orzecznictwie antymonopolowym w sprawach porozumień ograniczających konkurencję*, Problemy Zarządzania 2004, nr 3 (5), s. 48-58. Zob. także A. Stawicki, [w:] A. Stawicki i E. Stawicki (red.) *Ustawa o Ochronie Konkurencji i Konsumentów Komentarz*, Warszawa 2011, s. 242-244.

⁵⁶ Wyrok ETS z 18.07.2006 r. w sprawie C-519/04.

⁵⁷ Wyrok ETS z 19.02.2002 r. w sprawie C-309/99.

⁵⁸ W przypadku sprawy *Meca-Medina* ograniczenie konkurencji nie było początkowo oczywiste, albowiem z wcześniejszego orzecznictwa i literatury można było wywieść, że ograniczenia antydopingowe, których sprawa ta dotyczyła, w ogóle nie wchodziły w zakres zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE, albowiem

uzasadnione czynnikami zewnętrznymi i miało w stosunku do nich charakter (mniej lub bardziej) wtórny. Okolicznością szczególną w ww. dwóch sprawach był fakt, iż praktyka ograniczająca konkurencję związana była z koniecznością zapewnienia dobra społecznego, publicznego, a nie gospodarczego.

W wyroku w sprawie *Meca-Medina* ETS wyraził pogląd, że wprowadzenie przez federacje sportowe przepisów antydopingowych oraz dotyczących reguł zawodów sportowych wprawdzie może w konkretnym przypadku ograniczać konkurencję (zabraniając działalności niektórym sportowcom, których można jednocześnie uznać za przedsiębiorców), jednak jest to obiektywnie usprawiedliwione społecznym celem regulacji antydopingowej. Z kolei zasady organizowania zawodów sportowych mają na celu zapewnienie zdrowej rywalizacji między sportowcami, co usprawiedliwia potencjalne ograniczenia konkurencji, które mogą z nich wynikać. W konsekwencji Trybunał stwierdził, że porozumienie takie w ogóle nie wchodzi w zakres art. 101 ust. 1 TFUE, tj. nie może zostać uznane za zakazane co do celu, przy jednoczesnym braku konieczności badania jego antykonkurencyjnych skutków.

Podobne rozumowanie zostało zastosowane w wyroku ETS w sprawie *Wouters*. W sprawie tej chodziło o zasadę ustanowioną przez holenderską radę adwokacką zabraniającą adwokatom zakładania spółek z nie-adwokatami (a konkretnie z biegłymi rewidentami, wspólnikami holenderskiego oddziału istniejącego jeszcze wówczas Arthura Andersena). W ocenie Trybunału zakaz taki wprawdzie ogranicza konkurencję, jednak jest obiektywnie uzasadniony koniecznością zapewnienia, aby adwokat działał w pełni niezależnie, lojalnie, przy zachowaniu tajemnicy zawodowej i poszanowaniu reguł dotyczących się unikania konfliktu interesów.

W kontekście spraw *Wouters* oraz *Meca-Medina* należy wskazać, że nie jest jasne, do jakiej kategorii zaklasyfikować zaakceptowane przez ETS w tych sprawach zwolnienie spod zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE. Czy do klasycznej konstrukcji *ancillary restraints*, czy też można uznać, że mamy do czynienia z nową instytucją zwolnienia spod zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE?

A. Jurkowska-Gomułka odczytuje ww. wyroki jako przykład *ancillary restraints*⁵⁹. Podobnie R. Whish (w odniesieniu do wyroku *Wouters*), przy czym autor ten proponuje, aby w ramach instytucji *ancillary restraints* wyróżniać *commercial ancillarity* oraz *regulatory ancillarity*⁶⁰. Ta ostatnia kategoria miałaby dotyczyć sytuacji, w których dodatkowe, pomocnicze ograniczenie konkurencji jest usprawiedliwione względami społeczno-publicznymi lub związanymi z działalnością regulacyjną podmiotów wyposażonych w jakiś element imperium państwowego (tzw. „*regulatory*”). W odmiennym kierunku wydaje się iść Rzecznik Generalny Trybunału Ján Mazák, który w opinii w sprawie *Pierre Fabre*⁶¹ umieszcza wyrok w sprawie *Wouters* w kontekście instytucji „*obiektywnego uzasadnienia*” naruszenia konkurencji. Jednocześnie wyraża pogląd, że instytucja obiektywnego uzasadnienia dla praktyki, która narusza art. 101 ust. 1 TFUE, ale mimo to jest usprawiedliwiona, powinna być zarezerwowana tylko dla sytuacji, w której cel usprawiedliwiający naruszenie wynika z regulacji o charakterze prawa publicznego⁶². W podobnym kierunku idzie E. Loozen⁶³, która wskazuje, że wyrok w sprawie *Wouters*

korzystają z tzw. „wyjątku sportowego”. Upraszczając, wyjątek ten *a priori* zakładał, że praktyki dotyczące zasad rozgrywek sportowych w ogóle nie mają potencjału do ograniczenia konkurencji. W wyroku *Meca-Medina* Trybunał odrzucił jednak tę konstrukcję. Bliżej na ten temat zob. glosę A. Jurkowskiej-Gomułki do ww. wyroku publikowaną [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji 2004-2009*, Warszawa 2010.

⁵⁹ A. Jurkowska-Gomułka, Glosa do wyroku *Meca-Medina*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych ...* oraz powołana tam literatura.

⁶⁰ R. Whish, *Competition Law*, op. cit., s. 119-124.

⁶¹ Opinia z 3.03.2011 r. w sprawie C-439/09.

⁶² Zob. pkt. 31-41 opinii w sprawie C-439/09.

⁶³ E. Loozen, *Professional Ethics and Restraints of Competition*, *European Law Review* 2006, 31(1).

stanowi podstawę do stosowania testu obiektywnej konieczności, który zakłada, że ograniczenia konkurencji, które są obiektywnie niezbędne, nie wchodzą w zakres zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE. Nie brak też głosów, które widzą w wyroku *Wouters* przejaw zastosowania przez Trybunał reguły rozsądku na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE⁶⁴. W mojej ocenie koncepcja obiektywnego uzasadnienia jest trafna w tych stanach faktycznych, w których zastosowanie instytucji *ancillary restraints* będzie utrudnione z uwagi na brak porozumienia głównego i pobocznego w stosunku do niego ograniczenia konkurencji – tj. tam, gdzie ograniczenie konkurencji nie ma charakteru wtórnego wobec porozumienia głównego (które nie istnieje), ale wysuwa się na plan pierwszy jako samodzielne porozumienie uzasadnione np. względami porządku publicznego.

Na marginesie dodajmy, że proponowanego przez R. Whisha podziału *ancillary restraints* na *commercial* i *regulatory ancillarity* nie można mylić z kolejną – całkowicie odmienną – instytucją, a mianowicie z instytucją ograniczenia konkurencji na mocy przepisów prawa powszechnie obowiązującego⁶⁵. Chodzi o sytuacje, w których ustawodawstwo krajowe wprowadza przepisy, które ograniczają lub wręcz całkowicie eliminują konkurencję. W Polsce przykładem są obecnie sztywne ceny leków refundowanych⁶⁶ oraz urzędowe ceny biletów komunikacji miejskiej uchwalane uchwałą rady gminy⁶⁷. W takich przypadkach orzecznictwo unijne uznaje, że przedsiębiorcy, którzy stosując się do ustawodawstwa krajowego, powielają „antykoncepcyjne” rozwiązania w relacjach gospodarczych (np. formułując w umowie zapisy dotyczące cen odsprzedaży leków czy biletów), nie posiadają autonomii gospodarczej w swoich działaniach i nie mogą ograniczyć konkurencji, która i tak nie istnieje. W konsekwencji działania takie w ogóle nie wchodzą w zakres art. 101 TFUE.

Jako ostatnią uwagę dodajmy, że analiza zasadności ograniczenia jako *ancillary restraints* następować powinna na ostatnim etapie analizy w ramach art. 101 ust. 1 TFUE, tj. najpierw musimy stwierdzić, że analizowana praktyka (tj. fragment porozumienia) stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel, a następnie przeanalizować obiektywne okoliczności, które takie ograniczenie usprawiedliwiają – tj. zbadać, czy elementy ograniczające konkurencję są niezbędne do osiągnięcia głównego celu, który nie podlega zakazowi z art. 101 ust. 1 TFUE⁶⁸.

Reasumując, porozumienia między przedsiębiorcami są często wielowymiarowe i mogą realizować różne cele. Praktyka unijna dostrzega konieczność różnicowania odmiennych stanów faktycznych m.in. w oparciu o zastosowanie konstrukcji prawnych pozwalających na racjonalną ocenę celów takich porozumień i zamiarów stron. Służy temu konstrukcja *ancillary restraints*, poglądy dotyczące obiektywnego uzasadnienia pozornie antykonkurencyjnych porozumień oraz akceptacja do sytuacji, w której ograniczenie konkurencji wynika z woli ustawodawcy krajowego. Powyższe konstrukcje stosowane są na gruncie badania celu porozumienia bez konieczności jego analizy jako zakazanego co do skutku oraz bez konieczności stosowania art. 101 ust. 3 TFUE.

⁶⁴ Zob. P. Andrews, *Self-regulation by Professions – The Approach Under EU and US Competition Rules*, *European Competition Law Review* 2002, 23(6). Zob. także wyczerpująco na ten temat M. Grzelak, *Glosa do wyroku w sprawie Wouters*, [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo Sądów Wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Warszawa 2007, s. 727-738.

⁶⁵ Zob. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, Wolters Kluwer International 2010, s. 52-53 na temat „state measures restricting competition” oraz powołane tam orzecznictwo.

⁶⁶ Zgodnie z ustawą z 12.05.2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. 2011, Nr 122, poz. 696).

⁶⁷ Kształtowane w oparciu o art. 8 ustawy z 5.07.2001 r. o cenach (Dz.U. 2001, Nr 97, poz. 1050).

⁶⁸ Zob. pkt 60 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *BIDS*.

III. Jak rozumieć antykonkurencyjny skutek porozumienia?

Przyjmuje się, iż antykonkurencyjny skutek porozumienia powinien być interpretowany szeroko, tj. zarówno jako skutek rzeczywisty (faktyczne ograniczenie konkurencji), jak i skutek potencjalny (prawdopodobny), czyli taki, który z dużą dozą prawdopodobieństwa może wystąpić w niedalekiej przyszłości. Podstawowym modelem analizy antykonkurencyjnych skutków jest porównanie sytuacji sprzed zawarcia porozumienia z – choćby potencjalną – sytuacją, jaka wystąpi po jego wdrożeniu⁶⁹.

Skutek porozumienia to inaczej jego konkretny wpływ na rynek właściwy, w tym w szczególności na konsumentów. W wyrokach w sprawach *Glaxo* oraz *T-Mobile ETS* zdecydowanie odciął się jednak od tezy (wyrażonej m.in. przez SPI w sprawie *Glaxo*), że antykonkurencyjny skutek bezwzględnie musi choćby pośrednio przekładać się na pogorszenie sytuacji konsumentów w zakresie ceny, jakości lub wyboru towarów. Antykonkurencyjny skutek może bowiem przejawiać się także w osłabieniu innych parametrów konkurencji, w tym w szczególności w podtrzymywaniu podziałów krajowych w ramach Wspólnoty⁷⁰.

Wykazanie, że porozumienie jest zakazane co do celu, zwalnia organ antymonopolowy z obowiązku badania jego antykonkurencyjnych – choćby potencjalnych – skutków⁷¹. Dodajmy, że nie należy mylić skutku porozumienia z jego otoczeniem ekonomicznym, które musi być zbadane także, jeśli organ bada porozumienie jako zakazane co do celu. Niemniej jednak skutek porozumienia będzie musiał zostać zbadany, nawet jeśli antykonkurencyjny cel jest oczywisty, o ile istnieją wątpliwości co do okresu trwania porozumienia i może to mieć wpływ na okres przedawnienia antymonopolowego⁷². Poza tym, powszechnie przyjmuje się także, że przy porozumieniach zakazanych co do celu kwestia, czy i w jakim zakresie tego rodzaju skutek rzeczywiście powstaje, może mieć znaczenie tylko i wyłącznie dla obliczenia wysokości grzywny i oceny zakresu prawa do prywatnego odszkodowania⁷³. Szczególnie doniosłe znaczenie ma ten ostatni element, którego analiza wykracza jednak poza ramy niniejszego artykułu.

Zdaniem Komisji, 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 oraz wybór i urozmaicenie towarów⁷⁴. W tym kontekście zaznaczmy, że podstawową różnicą między porozumieniem zakazanym ze względu na cel a porozumieniem zakazanym ze względu na skutek jest to, że w tym drugim przypadku chodzi o faktyczne zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie

⁶⁹ Zob. pkt 24 Wytycznych Komisji dotyczących art. 81 ust. 3 [obecnie art. 101 ust. 3 TFUE].

⁷⁰ Pogląd wyrażony przez SPI, że porozumienie, aby zostało uznane za ograniczające konkurencję, musi przekładać się negatywnie na sytuację konsumentów, może być odczytywany jako próba ekonomicznego podejścia i wytknięcia Komisji, że nie udowodniła zaklasyfikowania zarzutu ograniczenia konkurencji do określonej teorii szkody – w tym przypadku dla *consumer welfare*. Zob. w tej kwestii A. Jones, *Left behind by modernization ...*, op. cit. Z kolei odmienny pogląd ETS należy w mojej ocenie odczytywać jako odcięcie się od tezy, iż zapewnienie *consumer welfare* jest jedynym celem prawa ochrony konkurencji, nie zaś odcięciem się od próby forsowania przez Sąd bardziej ekonomicznego podejścia do porozumień ograniczających konkurencję. Pogląd, że przesłanką do zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE jest udowodnienie przez organ antymonopolowy naruszenia *consumer welfare*, był prezentowany m.in. przez R. Nazziniego, zob. *Article 81 EC between time present and time past: a normative critique of „restriction of competition” in EU law*, *Common Market Law Review*, 2006, vol. 43, s. 509 i powołana tam literatura.

⁷¹ Jest to pogląd utrwalony i niekwestionowany w orzecznictwie. Został on wyrażony w szeregu wyroków SPI i ETS. Przykładowo zob. pkt 111 wyroku SPI w sprawie *Glaxo* i powołane tam starsze orzecznictwo. W literaturze pogląd ten również nie budzi wątpliwości. Niemniej w polskim piśmiennictwie odmiennie – chybione – stanowisko wyraża A. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, op. cit., komentarz do art. 6, s. 229 oraz [w:] A. Stawicki, *Porozumienia zakazane ...*, op. cit., s. 10-15. Ww. pogląd A. Stawickiego zakładający, że organ antymonopolowy zawsze musi badać skutek porozumienia można obronić tylko wtedy, jeśli ów skutek będziemy rozumieć bardzo szeroko, tj. jako otoczenie ekonomiczne porozumienia (co jest jednak zbyt dużym uproszczeniem).

⁷² Na gruncie unijnym taka sytuacja będzie rzadka z uwagi na dłuższy niż w Polsce okres przedawnienia antymonopolowego, który dla antykonkurencyjnych porozumień wynosi pięć lat (art. 25 Rozporządzenia 1/2003).

⁷³ Zob. pkt 31 wyroku ETS w sprawie *Glaxo*.

⁷⁴ Zob. pkt 24 ww. Wytycznych Komisji dotyczących art. 81 ust. 3 [obecnie art. 101 ust. 3 TFUE].

konkurencji w odczuwalny sposób⁷⁵, podczas gdy porozumienie zakazane ze względu na cel jest zdecydowanie bardziej zbliżone do abstrakcyjnego naruszenia związanego ze sprowadzeniem choćby potencjalnego zagrożenia (tak jak wspomiana przez Rzecznika Generalnego Trybunału J. Kokott jazda samochodem pod wpływem alkoholu)⁷⁶.

Przy ocenie konkretnych stanów faktycznych wątpliwości może budzić to, czy skutek porozumienia należy rozumieć jako konkretne dające się zmierzyć i skwantyfikować zdarzenie (np. zawyżenie ceny jednostkowej o 10 euro), czy też chodzi o coś bardziej ulotnego i rozmytego, niedającego wyrazić się w konkretnych liczbach i wartościach (np. skutek polegający na zmniejszeniu presji konkurencyjnej), czy też o skutek na tyle odczuwalny, że prowadzi do zmiany struktury rynku właściwego (np. długo-trwałe zamknięcie dostępu do rynku). Zasadniczo wszystkie ww. podejścia są prawidłowe⁷⁷.

Obecnie nieaktualne wydają się już wątpliwości co do tego, czy na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE można bilansować antykonkurencyjne i prokonkurencyjne skutki porozumienia. Stanowisko takie wyrażał m.in. O. Odudu, który przyjmował, że analiza skutku porozumienia na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE ma charakter sieciowy⁷⁸. Zdaniem tego autora dokonując takiej analizy należy wziąć pod uwagę zarówno skutki negatywne, jak i pozytywne, a następnie dokonać ich łącznej oceny. Może ona doprowadzić do wniosku, że wobec przeważających elementów prokonkurencyjnych danego porozumienia nie można mówić, że wywołuje ono antykonkurencyjny skutek, skoro jest on bilansowany prokonkurencyjnymi elementami tego samego porozumienia. Podobne poglądy prezentowała R. Nazzini⁷⁹. Przychyla się ona do znacznie wcześniejszych poglądów, że istnieją podstawy do stosowania *rule of reason* na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE w zakresie interpretacji skutku porozumienia, tj. do bilansowania skutków pozytywnych z negatywnymi, bez konieczności odwoływania się do art. 101 ust. 3 TFUE. Stanowisko to nie jest prawidłowe. Ww. koncepcje lansowane przez Odudu i Nazzini (a także wcześniej przez innych autorów) zakładały, że jeśli przykładowo porozumienie między konkurentami prowadzi do ograniczenia wyboru towarów, ale jednocześnie zapewnia spadek ich cen, to ogólny pozytywny skutek porozumienia przeważa, wobec czego na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE nie można mówić o antykonkurencyjnym skutku. Tymczasem obecnie dominujące podejście zakłada, że w takim przypadku mamy do czynienia z porozumieniem zakazanym co do celu lub skutku, a jego legalizacja może nastąpić wyłącznie w oparciu o art. 101 ust. 3 TFUE, po łącznym spełnieniu wszystkich wymienionych w nim czterech przesłanek indywidualnego zwolnienia. Inaczej instytucja indywidualnego zwolnienia stałaby się zbędna i utraciłaby swój sens⁸⁰.

Największa ilość spraw, które były traktowane jako zakazane co do skutku dotyczyła porozumień o wyłączność. W szczególności w orzecznictwie unijnym podkreślano konieczność badania

⁷⁵ Zob. pkt 15 wyroku ETS w sprawie *BIDS*.

⁷⁶ Zob. także opinia Rzecznika Generalnego B. Vesterdorfa w sprawie *Rhône-Poulenc i in. przeciwko Komisji* oraz wyrok SPI z 24.10.1991 r. w połączonych sprawach od T1/89 do T4/89 i od T6/89 do T15/89.

⁷⁷ Przy czym na chwilę obecną nie można jeszcze uznać, aby postulowany m.in. przez D. Bailey, *Presumptions in EU competition law ...*, op. cit., oraz E. Loozen, *The application of a more economic approach ...*, op. cit., obowiązek wskazania przez organ antymonopolowy teorii szkody, która jest skutkiem porozumienia, był przestrzegany. Wydaje się, że krokiem w tym kierunku było orzeczenie SPI w sprawie *Glaxo*, w którym SPI nakazał Komisji szczegółowe i konkretne udowodnienie, w jaki sposób stosowanie wyższych cen na leki Glaxo sprzedawane poza terytorium Hiszpanii przekładało się na sytuację konsumentów (biorąc pod uwagę, że w większości krajów ceny na leki refundowane są cenami urzędowymi narzucanymi przez agencje rządowe).

⁷⁸ O. Odudu, *Interpreting Article 81(1) ...*, op. cit., s. 261-274.

⁷⁹ R. Nazzini, *Article 81 EC between time present and time past ...*, op. cit., s. 497-536.

⁸⁰ Podstawowym orzeczeniem, w którym SPI odciął się od stosowania *rule of reason* na gruncie art. 101 ust. 1 TFUE, tj. od bilansowania pozytywnych i negatywnych skutków porozumienia bez konieczności stosowania art. 101 ust. 3 TFUE, był wyrok SPI z 18.09.2001 r. w sprawie T-112/9 *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom i Télévision française 1 SA (TF1) przeciwko Komisji* (Zb. Orz. 2001, s. II-2459, zob. pkt. 68-79), a następnie wyrok SPI z 23.10.2003 r. w sprawie T-65/98 *Van den Bergh Foods* (Zb. Orz. 2003, s. II-4653, zob. pkt 106). Zob. także pkt 55 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *BIDS*.

kumulatywnych skutków wywoływanych przez sieć podobnych porozumień (stosowanych przez jednego lub kilku dostawców i ich dystrybutorów). Podstawowym skutkiem, który w tego typu sprawach należało poddać analizie (przeważnie w oparciu o konkretne dane rynkowe) był wpływ wyłączności – narzucanej przez silnych dostawców – na ograniczenie dostępu do rynku ich słabszym rywalom⁸¹. Chodzi tutaj o następujące orzeczenia: wyrok ETS z 1967 r. w sprawie *Brasserie de Haecht*⁸²; wyrok ETS z 1991 r. w sprawie *Delimitis*⁸³; wyrok SPI z 1995 r. w sprawie *Langnese Iglo*⁸⁴; wyrok SPI z 2003 r. w sprawie *Van den Bergh Foods Ltd*⁸⁵.

Jeśli pominiemy porozumienia o wyłączność, można stwierdzić, że Komisja bardzo rzadko dokonuje analizy porozumień jako dozwolonych co do celu, ale zakazanych co do skutku. Niemniej dobrym przykładem na taką analizę Komisji – w pełni zaakceptowaną przez Sąd, a następnie Trybunał – jest sprawa *UK Agricultural Tractor Exchange*. Sprawa ta dotyczyła systemu wymiany aktualnych i indywidualnych informacji o sprzedaży traktorów w Wielkiej Brytanii. Komisja analizowała ww. sprawę jako zakazaną co do skutku i ustaliła, że antykonkurencyjny skutek przejawiał się (upraszczając) w trzech okolicznościach.

Po pierwsze – wykluczeniu ukrytej konkurencji na wysoko skoncentrowanym rynku. Wynikało to z faktu, że wymiana informacji pozwalała natychmiast dostrzec indywidualne akcje poszczególnych konkurentów. Element niepewności co do działań innych Komisja uznała za niezbędną, żeby na takim rynku efektywnie konkurować, gdyż niepewność oraz poufność są fundamentalnymi elementami konkurencji. Na tym rynku konkurencja jest możliwa tylko wtedy, jeśli każdy z uczestników zachowuje dla siebie informacje o swoich działaniach lub – wręcz – jeśli uda mu się wprowadzić w błąd konkurentów co do takich działań.

Po drugie – ograniczeniu dostępu do rynku przedsiębiorcom, którzy nie byli członkami stowarzyszenia. Komisja przyjęła, że część producentów traktorów niedopuszczonych do uczestnictwa w systemie wymiany informacji pozbawiona była przewagi konkurencyjnej, jaką zapewniał system. Mieli oni więc gorsze warunki konkurowania niż przedsiębiorcy uczestniczący w tym systemie.

Po trzecie – w ocenie Komisji jednym z zadań systemu wymiany informacji było umożliwienie identyfikacji i karanie tych dilerów, którzy byli zaangażowani w import równoległy, tzn. sprowadzali do Wielkiej Brytanii traktory z innych krajów członkowskich, gdzie można je było kupić znacznie taniej. Z punktu widzenia producentów psuło to rynek brytyjski, na którym pojawiała się pewna liczba traktorów sprzedawanych w cenach, na które większość brytyjskich dilerów nie była sobie w stanie pozwolić. W konsekwencji antykonkurencyjnym skutkiem systemu wymiany informacji było ułatwienie praktyki polegającej na ograniczaniu handlu traktorami między poszczególnymi krajami Wspólnoty.

Co istotne, Komisja nie stwierdziła, aby przedstawione (w uproszczeniu) skutki wystąpiły w praktyce. Przyjęła jedynie, że istniało bardzo wysokie prawdopodobieństwo ich wystąpienia. Niemniej warto zwrócić uwagę, że antykonkurencyjne skutki wykazane przez Komisję mają charakter skutków daleko idących w tym sensie, że są na tyle poważne i rozległe, że w sposób trwały i odczuwalny zmieniają strukturę rynku właściwego.

⁸¹ Bliżej na ten temat zob. R. Poźdźnik, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Lublin 2006, s. 125-132.

⁸² Wyrok ETS z 12.12.1967 r. w sprawie 23/67 (Zb. Orz 1967, s. I-525).

⁸³ Wyrok ETS z 28.02.1991 r. w sprawie C-234/89 (Zb. Orz 1991, s. I-935).

⁸⁴ Wyrok SPI z 8.06.1995 r. w sprawie T-7/93 (Zb. Orz 1995, s. II-1533).

⁸⁵ Wyrok SPI z 23.10.2003 r. w sprawie T-65/98 (Zb. Orz. 2003, s. II-4662).

Kolejnym przykładem oceny (przez Komisję) antykonkurencyjnych skutków porozumienia jest sprawa VISA, w której analiza w tym zakresie przybrała w mojej ocenie formę wręcz karykaturalną i zawarła się w pięciu krótkich zdaniach. Wyjaśnijmy, że VISA jest stowarzyszeniem skupiającym banki – wystawców kart płatniczych. Bank wystawia kartę płatniczą dla swojego klienta, ale opłatę za transakcje bezgotówkowe nią realizowane pobiera od punktu sprzedaży, w którym karta była użyta. Ponieważ system VISA obejmuje w UE znaczną liczbę banków (prawdopodobnie setki) i miliardy transakcji rocznie, sytuacja, w której każda transakcja rozliczana byłaby wedle innej stawki pobieranej przez bank od końcowego sprzedawcy, znacznie utrudniłaby działanie i rozwój systemu. Z tego też względu systemem VISA zakłada opłatę za transakcje bezgotówkowe kartą w jednej wysokości pobieranej niezależnie od tego, który bank wystawił daną kartę płatniczą. Ponieważ wysokość tej opłaty jest ustalana między członkami VISA – tj. bankami, z formalnego punktu widzenia stanowi ona horyzontalne porozumienie cenowe. Komisja uznała, że celem tego porozumienia nie jest ograniczenie konkurencji, ale zwiększenie stabilności i efektywności operacji realizowanych za pośrednictwem systemu oraz wzmocnienie konkurencji między systemem VISA a systemami konkurencyjnymi (np. MasterCard)⁸⁶. Wobec faktu, że porozumienie nie miało antykonkurencyjnego celu, Komisja przeanalizowała jego skutki. Zdaniem Komisji antykonkurencyjne skutki tego porozumienia wyrażały się w:

- 1) potencjalnym zawyżeniu kosztów ponoszonych przez przedsiębiorców, którzy płacą za transakcje bezgotówkowe kartami płatniczymi;
- 2) możliwości osłabienia „innowacji i wydajności na rynku wydawania kart co może prowadzić do nadpodaży kart”⁸⁷.

Ustaliwszy, że system VISA może wywierać antykonkurencyjne skutki, Komisja uznała, że zasługuje on na indywidualne zwolnienie w oparciu o (obecny) art. 101 ust. 3 TFUE.

Trudno oprzeć się wrażeniu, że takie ujęcie zagadnienia ma niewiele wspólnego z analizą antykonkurencyjnych skutków. W literaturze wskazuje się, że w sprawie VISA taka analiza *de facto* nie została przeprowadzona, a Komisja uznała, że badane porozumienie nie jest zakazane co do celu, albowiem łatwiejsze było uzasadnienie objęcia indywidualnym zwolnieniem porozumienia co do skutku, niż co do celu⁸⁸.

Według mojej wiedzy w ciągu co najmniej ostatnich czterech lat Komisja Europejska nie wydała decyzji, w której uznałaby badaną praktykę – tak jak np. w sprawie *UK Agricultural Tractor Exchange* lub *VISA* – za dozwoloną co do celu, ale zakazaną co do skutku⁸⁹. W rozpatrywanych sprawach starała się raczej uzasadnić, że dotyczą one praktyk zakazanych ze względu na cel, co zwalnia ją z obowiązku badania ich antykonkurencyjnego skutku. Z kolei przykładem sprawy, w której rozróżnienie między celem a skutkiem porozumienia nie jest w mojej ocenie wystarczająco wyraźne, było postępowanie dotyczące Międzynarodowej Konfederacji Stowarzyszeń Autorów i Kompozytorów (CISAC). Komisja przeprowadziła dość rozbudowaną analizę działania tej organizacji i postawiła jej

⁸⁶ Zob. pkt 69 decyzji Komisji w sprawie VISA.

⁸⁷ Zob. pkt 71 decyzji Komisji w sprawie VISA.

⁸⁸ Zob. Konkurrensverket – Swedish Competition Authority [w:] *Object contra effect ...*, op. cit., i cytowane tam A. Jones i B. Sufrin, *EC Competition Law*, 3rd Edition, Oxford 2008, s. 223-224.

⁸⁹ Z wcześniejszych orzeczeń, w których porozumienia były rozpatrywane jako zakazane ze względu na skutek, a nie ze względu na cel, zob. decyzja Komisji w sprawie *Optical Fibres* z 14.07.1986 r. (Dz. Urz. UE 1986 L 236/30, pkt. 55-56), wyrok ETS z 28.02.1991 r. w sprawie C-234/89 *Stergios Delimitis przeciwko Henninger Bräu A* (Zb. Orz. 1991, s. I-935), wyrok SPI z 23.10.2003 r. w sprawie T-65/98 *Van den Bergh Foods* (Zb. Orz. 2003, s. II-4653). Zob. także decyzję Komisji z 21.09.1994 r. w sprawie *European Night Services* (Dz. Urz. UE 1994 L 259/20, pkt 53) i decyzję Komisji z 11.06.1993 r. w sprawie *EBU/Eurovision System* (Dz. Urz. UE 1993 L 179/23, pkt 47), gdzie Komisja analizowała skutek porozumienia, ale ostatecznie uznała, że jest ono zakazane nie tylko co do skutku, ale także co do celu.

trzy zarzuty, z których tylko jeden został uznany za praktykę zakazaną co do celu⁹⁰, a w przypadku dwóch pozostałych Komisja nie zajęła stanowczego stanowiska w tym względzie⁹¹. Podobnie w przypadku decyzji w sprawie MasterCard Komisja przyznała, że świadomie nie zajmuje jednoznacznego stanowiska co do tego, czy system płatniczy MasterCard stanowi porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji, może natomiast z całą pewnością przyjąć, że wywołuje on antykonkurencyjne skutki⁹². Co ciekawe siedem lat wcześniej Komisja nie miała takich wątpliwości i analogiczny system VISA uznała za zakazany jedynie co do skutku, a nie co do celu.

W konsekwencji uzasadniona jest teza, iż obecnie koncepcja porozumień, które nie ograniczają konkurencji co do celu, ale mogą wywoływać antykonkurencyjne skutki, ma charakter coraz bardziej teoretyczny i jest niechętnie stosowana w orzeczniczej praktyce antymonopolowej⁹³. Warto się zastanowić, czy takie podejście nie jest zbyt restrykcyjne i czy jest zgodne z założeniami TFUE, który wyraźnie wyróżnia dwie równoprawne kategorie porozumień, i czy wobec tego nie jest zasadne węższe rozumienie porozumień zakazanych co do celu, przy jednoczesnym szerszym pojmowaniu porozumień mogących wywoływać antykonkurencyjne skutki⁹⁴. W praktyce oznaczałoby to albo powrót do klasycznego ujęcia, wedle którego zakaz co do celu obejmuje przypadki najbardziej oczywistych *hardcore restrictions* (horyzontalne zmony cenowe, podziałowe, kontyngentowe i przetargowe oraz wertykalne ustalanie cen odsprzedaży i całkowitą ochronę terytorialną) albo wypracowanie jakiegoś modelu pośredniego. Pierwsze podejście – na gruncie polskim – postuluje A. Stawicki⁹⁵. Z kolei na gruncie unijnym przykładowo M.R. Mahtani krytykuje tendencję do coraz szerszej interpretacji „*the object box*” i proponuje model pośredni, zawężający zbyt szerokie – jego zdaniem – pojmowanie porozumień zakazanych co do celu, ale jednocześnie nieograniczający ich tylko do najbardziej oczywistych *hardcore restrictions*⁹⁶. Moim zdaniem to drugie ujęcie jest trafne. Warto także wskazać na poglądy S. King, która słusznie stwierdza, że zapewnienie bardzo pojemnego zakresu pojęciowego dla porozumień zakazanych co do celu, przy jednoczesnej marginalizacji porozumień zakazanych co do skutku, całkowicie odrywa się od treści art. 101 TFUE. Jak wskazuje autorka, powyższe bardziej odzwierciedla założenia polityki Komisji w zakresie zwalczania antykonkurencyjnych porozumień, niż treść i cel ww. przepisu⁹⁷.

IV. Wnioski końcowe

1. Poglądy wyrażane w ciągu ostatnich lat przez ETS w szczególności w sprawach *BIDS*, *Glaxo*, *T-Mobile* i *Premier League* skłaniają do wniosku, że sędziowie nie są otwarci na poszerzenie kategorii porozumień zakazanych ze względu na skutek. Preferują natomiast analizę porozumień, które kilkadziesiąt lat temu prawdopodobnie byłyby uznane właśnie za zakazane ze względu na skutek,

⁹⁰ Zob. pkt 127 decyzji Komisji z 1.07.2008 r. w sprawie *CISAC* (pełna wersja decyzji na stronie internetowej KE; wersja skrócona [w:] Dz. Urz. 2008 C 323/12).

⁹¹ Sentencja decyzji obejmuje trzy zarzuty przeciwko członkom *CISAC* – tj. przeciwko krajowym organizacjom zbiorowego zarządzania prawami autorskim („OZZ” – w tym m.in. przeciwko polskiemu ZAIKS-owi): (a) stosowanie przez OZZ w umowach o wzajemnej reprezentacji lub w praktyce ograniczeń członkostwa; (b) przyznanie przez OZZ w umowach o wzajemnej reprezentacji wyłącznych praw do wzajemnego udzielania sobie niezbędnych upoważnień na wszelkie korzystanie i publiczne wykonania utworów; (c) koordynowanie ograniczeń terytorialnych w sposób, który ogranicza zakres licencji do terytorium krajowego każdej OZZ.

⁹² Decyzja Komisji z 19.12.2007 r. w sprawie *Comp/34.579 MasterCard* (niepublikowana w Dz. Urz., a jedynie na stronie internetowej KE), zob. pkt 407 decyzji.

⁹³ Także w praktyce polskiej; bliżej na ten temat zob. A. Bolecki, *Porozumienia zakazane...*, op. cit., s. 16-32. Zob. także A. Jurkowska-Gomułka, *Stosowanie zakazu...*, op. cit., s. 33-49.

⁹⁴ Bardziej liberalne podejście do porozumień zakazanych co do celu postuluje m.in. A. Jones, *The journey toward...*, op. cit., s. 783-817.

⁹⁵ A. Stawicki, *Porozumienia zakazane...*, s. 10-15.

⁹⁶ Zob. Munesh Ram Mahtani, *Thinking outside the object box: an EU and UK perspective*, *European Competition Journal*, April 2012 s. 1-39.

⁹⁷ S. King, *The object box...*, op. cit., s. 269-296.

jako porozumień zakazanych co do celu. Można zatem powiedzieć, że poglądy wyrażane w ww. orzeczeniach przyczyniają się do szerszego rozumienia porozumień zakazanych co do celu, niż miało to miejsce dawniej. W konsekwencji otwarty katalog porozumień zakazanych co do celu ulega systematycznemu poszerzeniu. Jednocześnie rosną wymagania orzecznicze co do uwzględniania na etapie analizy celów porozumienia szeroko pojętego otoczenia ekonomicznego i prawnego, które mu towarzyszy. Tym samym kategoria porozumień zakazanych co do skutku staje się konstrukcją czysto teoretyczną, której orzecznictwo unijne wydaje się w praktyce coraz mniej potrzebować. Jest to w mojej ocenie tendencja, która odrywa się od treści i celu art. 101 ust. 1 TFUE. Wskazane jest zatem poszukiwanie modelowych rozwiązań, które w bardziej skomplikowanych sprawach będą jednak wymagały analizy konkretnych skutków rynkowych (co jest trudniejsze dla organu antymonopolowego), a nie jedynie otoczenia ekonomicznego i prawnego w kontekście antykonkurencyjnego celu porozumienia (co jest łatwiejsze dla organu antymonopolowego).

2. Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel nie jest jednolita. Zaliczają się do niej zarówno (a) tradycyjne *hardcore restrictions*, które *prima facie* są nielegalne i dla których trudno znaleźć inne wytłumaczenie niż oczywista chęć ograniczenia konkurencji, jak i (b) porozumienia, których cel nie jest oczywisty na pierwszy rzut oka i które mogą realizować jednocześnie inne cele niż tylko ograniczenie konkurencji. W tym drugim przypadku organ antymonopolowy winien zastosować bardziej wnikliwą analizę z uwzględnieniem okoliczności ekonomicznych, prawnych, technicznych, biznesowych etc. występujących w danej sprawie. W przypadku pierwszej kategorii porozumień analiza taka może być bardziej ograniczona.

3. Dynamika życia gospodarczego powoduje, że specyfika niektórych spraw zmusza organy orzecznicze do szukania „okrężnych dróg” do radzenia sobie z zakazem przewidzianym w art. 101 ust. 1 TFUE w celu podjęcia racjonalnych decyzji. Na gruncie tego przepisu powyższy zabieg doprowadził do powstania doktryny *ancillary restraints* oraz – jeszcze wystarczająco nieukształtowanej – koncepcji obiektywnego uzasadnienia praktyk, które ograniczają konkurencję, ale jednocześnie spełniają inne, społecznie pożądane funkcje i co do których stosowanie procedury z art. 101 ust. 3 TFUE jest zbyt uciążliwe.