

Doktryna niezbędnych ograniczeń we wspólnotowym orzecznictwie antymonopolowym w sprawach porozumień ograniczających konkurencję

Agata Jurkowska

Przedmiotem rozważań niniejszego artykułu jest doktryna niezbędnych ograniczeń związana ze stosowaniem zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję (zakazu karteli). Doktryna ta służy wyznaczeniu granic stosowania zakazu karteli, a jednocześnie pozwala określić zakres wyłączenia spod tego zakazu. Do rozwoju tej koncepcji przyczyniło się przede wszystkim orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w tym wyroki w sprawach: Götttrup–Klim, European Night Services oraz Métropole (omówione szerzej w artykule). Doktryna niezbędnych ograniczeń stanowi instrument racjonalizacji zakresu stosowania zakazu karteli, którego zadaniem powinna być eliminacja tylko nieefektywnych zachowań rynkowych, nie zaś „ściganie” wszystkich ograniczeń konkurencji (w tym tych zapewniających funkcjonowanie podmiotów w rzeczywistości gospodarczej). Tym samym koncepcja niezbędnych ograniczeń powoduje racjonalne zawężenie zakresu zakazu karteli; wpisuje się także w nurt ekonomizacji prawa ochrony konkurencji.

1. Podstawowe założenia i zakres stosowania doktryny niezbędnych ograniczeń

Doktryna niezbędnych ograniczeń konkurencji stanowi współcześnie immanentną część prawa ochrony konkurencji Wspólnoty Europejskiej (WE)¹. Koncepcja ta związana jest zarówno z antymonopolową oceną koncentracji (dokonywaną w WE na podstawie Rozporządzenia 139/2004², a w RP – na podstawie art. 12-23 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów)³, jak i ze stosowaniem zakazu karteli, tj. zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, wyrażonym w art. 81 ust. 1 TWE (w Polsce odpowiednikiem tego przepisu jest art. 5 ust. 1 uokik). To drugie ujęcie doktryny jest właściwym przedmiotem niniejszego

artykułu. Doktryna niezbędnych ograniczeń służy wyznaczeniu granic stosowania zakazu karteli, a jednocześnie (przynajmniej w przypadku porozumień) pozwala określić zakres wyłączenia spod tego zakazu.

Glosariusz terminów z zakresu prawa ochrony konkurencji, opracowany przez Komisję Europejską⁴, definiuje *ancillary restraints* (niezbędne ograniczenia)⁵ jako „ograniczenia nałożone na strony porozumienia (także porozumienia o połączeniu przedsiębiorstw), które [ograniczenia] nie stanowią głównego celu (przedmiotu) porozumienia, ale są bezpośrednio związane i niezbędne dla właściwego funkcjonowania porozumienia”.

Doktryna niezbędnych ograniczeń sprowadza się do stwierdzenia, że możliwe jest wyodrębnienie takich ograniczeń konkurencji, które – jako bezpośrednio związane i konieczne dla wdrożenia jakiegoś projektu gospodarczego – nie mogą być zakazane w świetle przepisów o ochronie konkurencji.

Innowacyjność omawianej koncepcji polega na tym, że w „klasycznym” (formalnym) modelu stosowania prawa ochrony konkurencji każda klauzula ograniczająca konkurencję (nawet jeśli wynika z istoty porozumienia, które co do zasady wywiera jakieś pozytywne skutki) sprawia, że porozumienie to podlega zakazowi karteli (art. 81 ust. 1 TWE, art. 5 ust. 1 uokik), natomiast „usprawiedliwienie (uzasadnienie)” ograniczenia konkurencji w kontekście całości porozumienia może nastąpić dopiero na gruncie przepisów o wyłączeniu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję (art. 81 ust. 3 TWE, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 2 uokik). Doktryna niezbędnych ograniczeń pozwala zatem na „legalizację porozumień z pominięciem art. 81 ust. 3 TWE” (Skoczny 2004(1): 256).

Podstawowym problemem stosowania tej koncepcji pozostaje zdefiniowanie, jakie ograniczenia konkurencji mają przymiot „niezbędności” i mogą korzystać ze swoistej „abolicji” co do podlegania zakazowi karteli. Jak zauważono w doktrynie (Faull, Nikpay 1999: 92), właściwie nie jest możliwe zdefiniowanie niezbędnych ograniczeń konkurencji *in abstracto*; ocena dokonywana z perspektywy omawianej koncepcji musi uwzględniać szerszy kontekst gospodarczy, w jakim funkcjonuje dany projekt gospodarczy. Wskazówek co do oceny poszczególnych postanowień jako „koniecznych” ograniczeń konkurencji dostarcza przede wszystkim orzecznictwo i praktyka decyzyjna organów ochrony konkurencji. Doświadczenia organów wspólnotowych odzwierciedlane są zresztą w aktach niewiążących (*soft law*)⁶, stanowiących „przewodniki” stosowania przepisów ochrony konkurencji dla zainteresowanych podmiotów.

Dziś oczywiście jest, że niezbędne ograniczenia konkurencji analizowane są na gruncie ocen antymonopolowych zarówno koncentracji, jak i kooperacji wertykalnej (na różnych szczeblach obrotu) oraz horyzontalnej (między podmiotami z tego samego poziomu obrotu), przy czym zachowana została „tradycyjna” sekwencja rozwoju polityki konkurencji, zgodnie z którą liberalizacja zakazu karteli (za jej przejaw uchodzi omawiana doktryna) obejmuje najpierw porozumienia pionowe, a dopiero w dalszej kolejności – porozumienia poziome. W odniesieniu do tych ostatnich trzeba jednak podkreślić, że ocena klauzul stanowiących konieczne ograniczenia konkurencji w porozumieniach poziomych jest zjawiskiem wtórnym wobec podobnych analiz dokonywanych w związku z badaniem zgłoszeń koncentracji. Pierwsze rozporządzenie ustanawiające zasady kontroli koncentracji w WE (Rozporządzenie 4064/89)⁷ wskazywało możliwość występowania ograniczeń

bezpośrednio związanych z koncentracją i koniecznych dla jej przeprowadzenia, i uznawało takie ograniczenia za zgodne ze wspólnym rynkiem (art. 6 ust. 1 lit. b akapit 2.; art. 8 ust. 2 akapit 2., zd. 2; pkt 25 preambuły); analogiczne postanowienie zawiera także Rozporządzenie 139/2004, które z dniem 1 maja 2004 r. zastąpiło poprzednią regulację koncentracyjną. Natomiast polska uokik 2000 nie zawiera żadnych postanowień odnoszących się do niezbędnych, związanych z koncentracją, ograniczeń konkurencji.

Konsekwencją wprowadzenia do Rozporządzenia 4064/89 pojęcia „niezbędnych ograniczeń konkurencji” było wydanie przez Komisję Europejską w 1990 r. Obwieszczenia w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych z koncentracją i koniecznych dla jej przeprowadzenia⁸. W 2001 r. Komisja wydała nowy komunikat dotyczący problematyki niezbędnych ograniczeń w przypadku koncentracji⁹. Ograniczenia tego typu zdefiniowane zostały jako „konieczne dla wprowadzenia koncentracji w życie, co oznacza, że bez [nich] koncentracja nie doszłaby do skutku lub zostałaby przeprowadzona w niepewnych warunkach, przy znacznie wyższych kosztach, w dłuższym okresie, a samo wprowadzenie jej w życie byłoby znacznie utrudnione” (pkt II.8 Obwieszczenia). W dokumencie tym Komisja wskazała przykłady koniecznych ograniczeń, które mogą mieć postać zarówno postanowień kontraktów ustanawiających połączenie przedsiębiorstw, jak i odrębnych porozumień. Wyliczenie „niezbędnych ograniczeń”, obejmujące m.in. klauzule niekonkurowania, licencyjne, wyłączności dostaw i zakupów, nie ma charakteru wyzerpującego (pkt III Obwieszczenia).

Doktryna niezbędnych ograniczeń zaistniała co prawda wcześniej (i pełniej) na gruncie kontroli koncentracji, ale stosunkowo szybko podjęte zostały próby „przeszczepienia” jej także na obszar prawa o porozumieniach. Aplikowanie koncepcji koniecznych ograniczeń wobec porozumień ograniczających konkurencję nie nastąpiło automatycznie, na podstawie prostej recepcji doświadczeń z zakresu kontroli koncentracji. Doświadczenia te zostały naturalnie wykorzystane, ale niezbędne ograniczenia konkurencji towarzyszące połączeniom, mają specyficzny strukturalny kontekst, znacznie odróżniający je od ograniczeń decydujących o wdrażaniu innych porozumień.

2. Niezbędne ograniczenia konkurencji – pierwsze doświadczenia orzecznicze ETS/SPI w obszarze porozumień ograniczających konkurencję

Namiastki doktryny koniecznych ograniczeń pojawiły się już w orzeczeniach dotyczących porozumień wertykalnych, wydanych przez ETS w latach sześćdziesiątych (*STM v. Maschinenbau*,¹⁰ *Consten v. Grundig*),¹¹ siedemdziesiątych (*Metro*)¹² oraz osiemdziesiątych (*Pronuptia*¹³, *Nungesser*¹⁴, *Remia*)¹⁵.

Bezpośrednie orzecznicze odniesienia do doktryny niezbędnych ograniczeń w porozumieniach poziomych zaistniały dopiero w latach dziewięćdziesiątych, w wyrokach ETS wydanych w związku ze sprawami dotyczącymi spółdzielni rolniczych¹⁶. Przedmiotem pionierskiej sprawy (*Göttrup-Klim*) była ocena klauzuli statutu spółdzielni Dansk Landbogs Grovvareselskab (DLG), która zakazywała członkom teje spółdzielni uczestnictwa w innych konkurencyjnych formach spół-

dzielczości. Członkowie spółdzielni uznali, że celem tego postanowienia jest wykluczenie możliwości zaopatrywania się przez nich w pewne towary za pośrednictwem konkurencyjnych podmiotów, co w konsekwencji doprowadzi do uzyskania przez DLG pozycji dominującej na rynku. Trybunał podkreślił przede wszystkim konieczność analizy klauzuli tego typu w określonych warunkach ekonomicznych; w sytuacji, gdy na rynku ceny produktów różnią się od siebie w zależności od wielkości zamówień, spółdzielnie grupujące nabywców towarów mogą stanowić istotną przeciwwagę dla siły przetargowej dużych producentów i w ten sposób zapewnić efektywniejszą konkurencję na rynku. Jednakże ta siła przetargowa zależy w dużej mierze od liczebności członków spółdzielni. Fakt, że niektórzy członkowie należą jednocześnie do dwóch (kilku) konkurencyjnych spółdzielni, może sprawić, iż poszczególne spółdzielnie tracą zdolność osiągania takiej pozycji wobec producentów, która gwarantowałaby pozostałym członkom odpowiednie (wynikające ze znaczącej siły przetargowej) korzyści. W konsekwencji podwójne członkostwo uniemożliwi właściwe funkcjonowanie spółdzielni i zniweczy jej korzystną pozycję wobec producentów¹⁷. Biorąc pod uwagę te okoliczności, ETS stwierdził, że zakaz członkostwa w innej spółdzielni niekoniecznie musi ograniczać konkurencję w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE (tj. nie musi podlegać zakazowi karteli), a co więcej – może nawet pozytywnie wpływać na konkurencję na rynku, gdyż pozwoli spółdzielniom z powodzeniem wykonywać ich rolę rynkową, polegającą na skupianiu zamówień w celu wynegocjowania z producentami jak najkorzystniejszych warunków dostaw¹⁸. Tym samym ETS uznał klauzulę zakazu podwójnego członkostwa za niezbędną dla właściwego wykonania porozumienia (jakim w swej istocie jest spółdzielnia), które w sumie ma charakter prokonkurencyjny. Jednocześnie ETS zwrócił uwagę na to, że postanowienie nakładające ograniczenia na członków spółdzielni nie może wykraczać poza to, co bezpośrednio służy osiągnięciu celu porozumienia (w omawianej sprawie ETS zakwestionował zasadność nakładania wygórowanych kar na członków spółdzielni, którzy nie podporządkowali się zakazowi).

Nawiązując do rozstrzygnięcia w sprawie *Göttrup-Klim*, w późniejszych orzeczeniach ETS zasugerował możliwość zaklasyfikowania klauzuli nakładającej obowiązek opłat za wycofanie się członka ze spółdzielni jako niezbędnego ograniczenia konkurencji, gwarantującego właściwe funkcjonowanie spółdzielni¹⁹.

W orzeczeniach wstępnych, dotyczących statutów spółdzielni ETS uwagę zwraca fakt, że konieczne ograniczenia konkurencji występują, zdaniem Sądu, zarówno w kontekście osiągnięcia celu porozumienia, jak i jego wykonywania. W późniejszych orzeczeniach wyraźnie zaakcentowane zostanie, że „niezbędność” ograniczeń konkurencji może wiązać się nawet wyłącznie z wdrażaniem (wykonywaniem) porozumienia.

Kolejnym istotnym, z punktu widzenia wdrażania koncepcji niezbędnych ograniczeń, orzeczeniem była sprawa *European Night Services (ENS)*²⁰. Kilku europejskich przewoźników kolejowych zawarło porozumienie, którego celem miało być wspólne świadczenie usług (wyłącznie przejazdów nocne) na wybranych trasach. Porozumienie to zostało zgłoszone Komisji Europejskiej, która wydała decyzję o wyłączeniu go spod zakazu karteli. Kooperujące przedsiębiorstwa nie były jednak usatysfakcjonowane takim rozstrzygnięciem, ponieważ – ich zdaniem – porozumienie o nocnych przewozach w ogóle nie ograniczało konkurencji, stąd Ko-

misja powinna była stwierdzić brak przesłanek do zastosowania zakazu karteli z art. 81 ust. 1 TWE (zamiast stwierdzić naruszenie konkurencji, a następnie wyłączyć omawiany przypadek kooperacji spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję na podstawie art. 81 ust. 3 TWE). Powodowie w tej sprawie podnosili, że w antymonopolowej ocenie porozumień zawsze konieczne jest zestawienie skutków prokonkurencyjnych i antykonkurencyjnych porozumienia. Jeśli zostanie stwierdzone, że skutki prokonkurencyjne przeważają nad antykonkurencyjnymi, a te ostatnie są konieczne dla wdrożenia porozumienia, wówczas porozumienie nie może być uznane za ograniczające konkurencję w znaczeniu art. 81 ust. 1 TWE²¹. Komisja Europejska z całą stanowczością podważała ten argument, wskazując, że analiza pro- i antykonkurencyjnych skutków porozumień może odbywać się wyłączenie na gruncie ust. 3 (a nie ust. 1) art. 81 TWE²². Komisja dopatrzyła się w tym argumente przedsiębiorstw próby zastosowania we wspólnotowym prawie ochrony konkurencji amerykańskiej reguły rozsądku (*rule of reason*)²³, co uznała za absolutnie niezasadnione. Co więcej, Komisja zakwestionowała też możliwość wyodrębnienia „niezbędnych ograniczeń konkurencji”, a zastosowanie tej koncepcji przez ETS we wcześniejszym orzeczeniu w sprawie *Göttrup–Klim* Komisja uznała za rzecz wyjątkową, uzasadnioną jedynie specyfiką funkcjonowania spółdzielni. Zdaniem Komisji, nie należało czynić z doktryny niezbędnych ograniczeń żadnej reguły ogólnego stosowania²⁴.

W rozstrzygnięciu sprawy *ENS* Sąd Pierwszej Instancji nie potwierdził wprost słuszności stosowania doktryny niezbędnych ograniczeń (ale i jej nie zakwestionował), uznając, że Komisja Europejska nie dokonała właściwej analizy ekonomicznej (brak odniesień do udziału kooperujących przewoźników w rynku) i prawnej porozumienia, a także nie wykazała wystarczająco, że porozumienie ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE. Tym samym bezpodstawną stała się próba rozstrzygnięcia, czy porozumienia powinno być zostać wyłączone na podstawie art. 81 ust. 3 TWE²⁵.

Orzeczenie *ENS* dowodzi, że koncepcja niezbędnych ograniczeń konkurencji (uzasadniająca niestosowanie zakazu karteli), wprowadzona do wspólnotowego prawa ochrony konkurencji przez ETS, trafiła do świadomości przedsiębiorstw, a w konsekwencji – nieodwracalnie zmieniła sposób interpretacji i aplikowania prawnych reguł ochrony konkurencji.

Pogląd Komisji Europejskiej o wyjątkowości doktryny niezbędnych ograniczeń, wyrażony w związku ze sprawą *ENS*, dobitnie ilustruje stanowisko tego organu wobec tej koncepcji. Komisja skłonna była stosować koncepcję koniecznych ograniczeń konkurencji w zasadzie jedynie wobec porozumień o szczególnym, wręcz „strategicznym” znaczeniu dla rozwoju europejskiej gospodarki²⁶. Elementy doktryny niezbędnych ograniczeń można także odnaleźć w wielu decyzjach wyłączających spod zakazu karteli porozumienia o utworzeniu *joint venture*²⁷; trudno jednak mówić w tym przypadku o pełnej recepcji tej doktryny, gdyż w świetle „nowoczesnego” jej rozumienia, koncepcja koniecznych ograniczeń konkurencji stoi w wyraźnej opozycji do zasady wyłączenia na podstawie art. 81 ust. 3 TWE. Ostatecznie KE zaakceptowała nową doktrynę, czego najlepszym dowodem pozostają odwołania do niej w Wytycznych w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE. Pionierską rolę w zakresie wdrażania i rozwijania doktryny niezbędnych ograniczeń należy jednak przypisać Trybunałowi Sprawiedliwości.

3. Orzeczenie *Métropole* – nowa jakość w stosowaniu doktryny niezbędnych ograniczeń

Od połowy lat 90-tych Trybunał Sprawiedliwości konsekwentnie wdrażał doktrynę niezbędnych ograniczeń na gruncie oceny porozumień poziomych, czego najlepszym przykładem są dwa orzeczenia wydane po 2000 r. Sprawa *Métropole*²⁸ dotyczyła utworzenia przez sześciu nadawców telewizyjnych spółki (partnerstwa) – *Television par Satellite (TPS)*, aktywnej na rynku płatnych telewizji (*pay-TV*). Przedmiotem decyzji Komisji Europejskiej były trzy postanowienia zawarte w zgłoszonych porozumieniach o wspólnym przedsięwzięciu: (1) klauzula niekonkurowania (uzyskała atest negatywny na trzy lata), (2) klauzula odnosząca się do funkcjonowania kanałów tematycznych oraz (3) klauzula wyłączności (obie klauzule wyłączone spod zakazu karteli na podstawie art. 81 ust. 3 TWE także na trzy lata). Adresaci decyzji zażądali jej unieważnienia przez Sąd; Komisja uznała ich skargę za bezzasadną, argumentując, że przedmiotem skargi mogą być wyłącznie środki prawne wywierające wiążące skutki prawne dla interesów adresatów (a za takie – według Komisji – nie należy uznawać atestu negatywnego oraz decyzji wyłączającej). Sąd nie podzielił stanowiska Komisji, uznając, że rozstrzygnięcie limitujące czasowo możliwość stosowania klauzul jak najbardziej wywołuje wiążące skutki prawne dla stron²⁹.

Nadawcy sugerowali, że Komisja powinna była zastosować art. 81 ust. 1 TWE w świetle reguły rozsądku, która pozwalała, aby klauzule antykonkurencyjne nie podlegały zakazowi karteli, jeśli tylko w ogólnym rozrachunku pozytywne skutki porozumienia przeważają nad negatywnymi³⁰. SPI zdecydowanie odrzucił jednak ten zarzut, wskazując, że wspólnotowe prawo ochrony konkurencji nie może posługiwać się koncepcją reguły rozsądku, gdyż ważenie pro- i antykonkurencyjnych skutków porozumienia odbywa się na gruncie ust. 3 (a nie ust. 1) art. 81 TWE.

Alternatywnym zarzutem strony powodowej było nieuznanie przez Komisję Europejską klauzuli wyłączności oraz klauzuli dotyczącej kanałów tematycznych za niezbędne ograniczenia konkurencji. Odnosząc się do tego zarzutu, SPI przyjął za punkt wyjścia definicję *ancillary restraints* zawartą w obwieszczeniach Komisji dotyczących niezbędnych ograniczeń w przypadku koncentracji oraz kooperacyjnych wspólnych przedsięwzięciach³¹. Najważniejsze, podniesione przez SPI, kwestie związane z niezbędnymi ograniczeniami konkurencji przedstawiają się następująco:

- a) Niezbędne ograniczenia konkurencji muszą mieć charakter obiektywny i muszą być konieczne dla wdrożenia, a nie (gospodarczego) powodzenia porozumienia, uzależnionego od sytuacji konkurencyjnej na rynku właściwym. Jeśli brak danego ograniczenia utrudni lub wręcz uniemożliwi wykonywanie i funkcjonowanie porozumienia, takie ograniczenie należy oceniać jako konieczne (niezbędne). Ocena obiektywnie niezbędnych ograniczeń nie może być dokonywana abstrakcyjnie (pkt 109);
- b) SPI wyraźnie odróżnił doktrynę niezbędnych ograniczeń od reguły rozsądku, kwestionując jednocześnie taki sposób wyznaczania „koniecznych ograniczeń konkurencji”, który miałby polegać na poszukiwaniu (uzasadnianiu) obiektywnej konieczności poprzez ważenie pro- i antykonkurencyjnych skutków porozumienia na gruncie art. 81 ust. 1 TWE (pkt. 107-108);
- c) Ocena niezbędności ograniczenia wymaga jednakże dwóch etapów analiz: (1) nie tylko stwierdzenia, czy ograniczenie jest obiektywnie konieczne dla

- wdrożenia porozumienia, ale także (2) czy jest ono proporcjonalne do zamierzonego celu (pkt 106);
- d) Proporcjonalność niezbędnych ograniczeń ocenia się m.in. w odniesieniu do czasu ich trwania, zakresu materialnego i geograficznego (żaden z tych czynników nie może wykraczać poza to, co jest niezbędne dla wdrożenia porozumienia) (pkt 113);
 - e) Ocena niezbędnych ograniczeń ma charakter „złożonych analiz ekonomicznych”³², które z natury rzeczy muszą być dokonane przez Komisję Europejską (lub krajowy organ ochrony konkurencji), a rola sądu sprowadza się wyłącznie do zbadania zastosowanych procedur, kompletności argumentów oraz działania w granicach właściwości (pkt 114);
 - f) Ocena zgodności niezbędnych ograniczeń z regułami konkurencji nie może być oderwana od oceny całości kształtu zasadniczego porozumienia. Po raz pierwszy sąd sprecyzował, że jeśli samo porozumienie nie podlega zakazowi karteli z art. 81 ust. 1 TWE, wówczas dodatkowe, niezbędne ograniczenie również nie podlega zakazowi. Jeśli natomiast „porozumienie główne” podlega zakazowi, ale kwalifikuje się do wyłączenia na podstawie art. 81 ust. 3 TWE, również niezbędne ograniczenie będzie objęte wyłączeniem (pkt 116).

Rozwiązanie takie wydaje się racjonalne, bo sens doktryny niezbędnych ograniczeń leży w tym, by klauzule ograniczające co prawda konkurencję (ale tylko w celu wdrożenia danego działania) nie „blokowały” (generalnie prokonkurencyjnego lub co najmniej neutralnego dla konkurencji) porozumienia poprzez „poddanie” go zakazowi karteli. O niezbędnych ograniczeniach nie będziemy mówić natomiast wówczas, gdy porozumienie odczuwalnie ogranicza konkurencję (w świetle art. 81 ust. 1 TWE), a tylko ze względu na spełnienie przesłanek wyłączenia z art. 81 ust. 3 TWE porozumienie to jest wyłączone spod zakazu karteli. Istotnym problemem może okazać się rozgraniczenie doktryny niezbędnych ograniczeń oraz jednej z negatywnych przesłanek wyłączenia – „nienakładania na przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne (...)” (art. 81 ust. 3 lit. a TWE; art. 7 ust. 1 pkt 1 uokik) (patrz niżej).

Kapitałne znaczenie orzeczenia *Métropole* dla rozwoju prawa ochrony konkurencji polega nie tylko na tym, że SPI po raz kolejny bezpośrednio powołał się na doktrynę niezbędnych ograniczeń (wobec porozumień, nie koncentracji), ale przede wszystkim na tym, iż po raz pierwszy dokonana została tak kompleksowa analiza i swoista wykładnia tej doktryny. Stanowisko przyjęte przez Sąd znalazło odzwierciedlenie we wzmiankowanych już Wytycznych w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, wchodzących w skład tzw. pakietu modernizacyjnego, towarzyszącego wdrażaniu Rozporządzenia 1/2003³³.

4. Stanowisko wspólnotowych organów ochrony konkurencji wobec doktryny niezbędnych ograniczeń a zmiana systemu stosowania wyłączeń indywidualnych

W świetle przedstawionych przykładów orzecznictwa można stwierdzić, że doktryna niezbędnych ograniczeń jest już ugruntowana we wspólnotowym pra-

wie ochrony konkurencji, chociaż niewątpliwie zyskuje ona nowy wymiar w kontekście modernizacji europejskich reguł konkurencji (przede wszystkim stosowanie bezpośredniego wyłączenia spod zakazu karteli) (Skoczny 2004(2)). Dlatego też KE była zmuszona odnieść się do tej doktryny w obwieszczeniu – Wytyczne o stosowaniu art. 81 ust.3 TWE, wydanym w 2004 r. (pkt. 28-31). W dokumencie Komisja wprost czerpie z dotychczasowego dorobku orzeczniczego, przyjmując za podstawową dla prawa ochrony konkurencji WE koncepcję niezbędnych ograniczeń wypracowaną przez SPI w wyroku *Métropole*. Powołując się na to orzeczenie, KE podkreśla w obwieszczeniu, że ograniczenia konkurencji (dodatkowe wobec głównego celu porozumienia) nie podlegają zakazowi karteli, o ile tylko spełniają warunki „niezbędności”. Test niezbędności musi prowadzić do stwierdzenia, że ograniczenie konkurencji jest obiektywnie konieczne dla wdrożenia porozumienia oraz że jest proporcjonalne (do zakładanych celów) (pkt 29).

Najwięcej miejsca wytyczne poświęcają jednak kwestii rozgraniczenia stosowania doktryny niezbędnych ograniczeń, sprowadzającej się do analizy porozumienia jedynie w kontekście art. 81 ust. 1 TWE, oraz wyłączenia spod zakazu karteli na podstawie art. 81 ust. 3 TWE. Rozgraniczenie to staje się istotne przede wszystkim w kontekście przesłanki „nieuniknioności” ograniczeń z art. 81 ust. 3 TWE (jako jednej z przesłanek negatywnych wyłączenia)³⁴. W jaki sposób odróżnić od siebie kategorie „niezbędności” (*ancillary*) i „nieuniknioności” (*indispensable*) ograniczeń? Komisja wskazuje w Wytycznych, że sens analiz na gruncie art. 81 ust. 3 TWE polega na ważeniu pro- i antykonkurencyjnych skutków porozumienia; takie przeciwstawienie korzyści i kosztów porozumienia jest więc zastrzeżone wyłącznie dla przepisu ustanawiającego wyłączenie spod zakazu karteli (pkt 30). Ocena porozumienia w myśl doktryny niezbędnych ograniczeń sprowadza się jedynie do stwierdzenia, czy bez klauzul ograniczających konkurencję obiektywnie możliwe byłoby wykonanie transakcji, czy uzgodnień. Jeśli okaże się, że byłoby to utrudnione lub wręcz niemożliwe, ograniczenie konkurencji może być uznane za niezbędne i z tego tytułu nie będzie w ogóle podlegać zakazowi karteli.

Jak podkreśla Komisja Europejska, doktrynę *ancillary restraints* stosuje się do tych porozumień, które co do zasady nie są antykonkurencyjne; wyłączenie na podstawie art. 81 ust. 3 TWE stosuje się natomiast wobec tych porozumień, które są antykonkurencyjne i mogą dopiero skorzystać ze zwolnienia spod zakazu karteli, o ile korzyści związane z porozumieniem przewyższą szkody dla konkurencji.

Przed 1 maja 2004 r. zastosowanie koncepcji niezbędności ograniczeń w WE powodowało, że nie istniała potrzeba przeprowadzenia procedury prowadzącej do wydania decyzji wyłączającej spod zakazu karteli. Dziś, w świetle art. 1 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003, zbyt szerokie stosowanie koncepcji niezbędności pozbawiłoby rację bytu przepis ustanawiający przesłanki wyłączenia spod zakazu karteli. W obecnym stanie prawnym zastosowanie zarówno omawianej doktryny, jak i dowiedzenie spełnienia przesłanek wyłączenia prowadzi – bez komplikacji w postaci obowiązku zgłoszenia – do tego samego rezultatu (z punktu widzenia stron porozumienia), tj. że wobec porozumienia nie będzie stosowany zakaz karteli. Należy jednak pamiętać o tym, że dla celów wyłączenia spod zakazu nie wystarczy dowieść nieuniknioności ograniczeń konkurencji, ale także trzeba wykazać spełnienie pozostałych przesłanek wyłączenia.

5. Recepcja doktryny niezbędnych ograniczeń w polskim prawie ochrony konkurencji?

Jak dotąd doktryna niezbędnych ograniczeń, dobrze ugruntowana w dorobku wspólnotowym, nie znalazła właściwie odzwierciedlenia w polskim orzecznictwie czy praktyce decyzyjnej z zakresu prawa ochrony konkurencji. Być może powodem tego jest fakt, że omawiana doktryna wykorzystywana jest dla oceny porozumień, podczas gdy w Polsce wśród orzeczeń (decyzji) dotyczących praktyk ograniczających konkurencję nadal przeważają sprawy nadużywania pozycji dominującej. Co więcej, porozumienia, stanowiące przedmiot zainteresowania organów ochrony konkurencji, powodują zazwyczaj najpoważniejsze ograniczenia konkurencji (kartele cenowe, kontyngentowe, podziałowe), co wyklucza tu możliwość zastosowania doktryny niezbędnych ograniczeń.

6. Znaczenie doktryny niezbędnych ograniczeń dla współczesnego prawa ochrony konkurencji

Doktryna niezbędnych ograniczeń wypracowała taki mechanizm oceny porozumień, który pozwala na niepodleganie zakazowi karteli takich przypadków współpracy gospodarczej (wertikalnej lub horyzontalnej), które w „tradycyjnym” modelu stosowania prawa ochrony konkurencji – ze względu na posługiwanie się klauzulami ograniczającymi konkurencję – mogły liczyć co najwyżej na wyłączenie spod zakazu karteli. Definiując w ten sposób istotę doktryny niezbędnych ograniczeń, należy stwierdzić, że jest ona właściwie zbieżna z tzw. polityczną regułą rozsądku, przeciwstawianą ekonomicznej regule rozsądku. O ile jednak stosowanie reguły rozsądku na gruncie wspólnotowego prawa ochrony konkurencji budzi wiele kontrowersji (jako przejaw nieuzasadnionej „amerykanizacji” prawa ochrony konkurencji), o tyle koncepcja „niezbędnych ograniczeń” nie jest już tak negatywnie postrzegana i wydaje się być łatwiejsza do zaakceptowania przez europejską doktrynę i orzecznictwo.

Bez względu na to, czy rozwiązanie pozwalające oceniać niektóre klauzule porozumień jako ograniczające konkurencję w stopniu niezbędnym dla wdrożenia celu porozumienia, określimy jako polityczną regułą rozsądku, czy też doktrynę niezbędnych ograniczeń, najistotniejszy jest cel, jakiemu ta koncepcja ma służyć: celem tym jest racjonalizacja zakazów praktyk ograniczających konkurencję (Skoczny: 2002(1): 249).

Doktryna niezbędnych ograniczeń niewątpliwie stanowi instrument racjonalizacji zakresu stosowania zakazu karteli, którego zadaniem powinna być eliminacja tylko nieefektywnych zachowań rynkowych, nie zaś „ściganie” wszystkich ograniczeń konkurencji (w tym tych zapewniających funkcjonowanie podmiotów w rzeczywistości gospodarczej). Doktryna niezbędnych ograniczeń powoduje racjonalne zawężenie zakresu zakazu karteli. Tym samym omówiona koncepcja wpisuje się w nurt ekonomizacji prawa ochrony konkurencji.

Wypracowana (*Göttrup-Klim*) i ugruntowana (*Métropole*) przez wspólnotowe orzecznictwo doktryna niezbędnych ograniczeń można uznać współcześnie za standard stosowania zakazu karteli. Uprawnionym wydaje się oczekiwanie, by na tę koncepcję powoływały się także organy ochrony konkurencji w państwach członkowskich WE, stosując tak wspólnotowe, jak i (wzorowane na nim) prawo krajowe.

Jednocześnie należy pamiętać, że wykorzystywanie doktryny niezbędnych ograniczeń jest obciążone istotnymi trudnościami, do których należy zaliczyć przede wszystkim: niemożność „automatycznego” stosowania koncepcji niezbędnych ograniczeń oraz potencjalny „konflikt” między doktryną a zasadą wyłączenia spod zakazu karteli. Wspólnotowy dorobek orzeczniczy dotyczący doktryny niezbędnych ograniczeń stanowi jednak ważny drogowskaz w przezwyciężaniu tych trudności.

Informacja o autorce

Dr Agata Jurkowska, Katedra Prawa Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie; uczestniczka Seminarium Doktoranckiego Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego w latach 2000-2004; ajurkowska@wsiz.rzeszow.pl

Przypisy

- ¹ Doktryna niezbędnych ograniczeń, tak jak wiele innych rozwiązań w europejskim (wspólnotowym i krajowym) systemie prawnej ochrony konkurencji, wywodzi się z praktyki amerykańskiej. Po raz pierwszy koncepcję tę wykorzystano w Stanach Zjednoczonych w orzeczeniu *United States p. Ad-dyston Pipe & Steel Co.* 85 Fed. 271 (6th Cir., 1898). Cyt. za: Black 1997: 146.
- ² Rozporządzenie (WE) Nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE L 24/1).
- ³ Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. 2003 Nr 86, poz. 804, zm. Dz. U. 2003, Nr 170, 1652; Dz. U. 2004, Nr 93, poz. 891), dalej: uokik.
- ⁴ *Competition Glossary*, European Commission – Competition DG, 2003 (dostępny pod adresem internetowym: <http://europa.eu.int/comm/competition>).
- ⁵ Jako polski odpowiednik *ancillary restraints* przyjęty został termin „niezbędne (konieczne) ograniczenia”, mimo, iż nie stanowi on wiernego tłumaczenia sformułowania anglojęzycznego. W polskiej literaturze prawniczej *ancillary restraints* przełożone zostało także jako „ograniczenia akcesoryjne”; por. Wojtaszek 1997: 172.
- ⁶ Por. Obwieszczenie Komisji: Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE (Dz. Urz. UE 2004 C 101/97).
- ⁷ Rozporządzenie (EWG) Rady Nr 4064/89 z 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, zmienione Rozporządzeniem (WE) Nr 1310/97 Rady z 30 czerwca 1997 r. (Dz. Urz. EWG 1990 L 257/1; zm. Dz. Urz. WE 1997 L 180/1).
- ⁸ Dz. Urz. EWG 1990 C 203/5.
- ⁹ Dz. Urz. WE 2001 C 188/3; w tłumaczeniu polskim dostępne w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Reguły generalne*. Wybór i opracowanie T. Skoczny, Wyd. Naukowe WZ UW, Warszawa 2002, ss. 499-509.
- ¹⁰ C-56/65 *STM p. Maschinenbau Ulm* (Zb. Orz. ETS 1966, 235).
- ¹¹ C-56/64 i 58/64 *Consten v. Grundig* (Zb. Orz. 1966, 299).
- ¹² C-26/76 *Metro p. Komisji* (Zb. Orz. 1977, 1875).
- ¹³ C-161/84 *Pronuptia p. Komisji* (Zb. Orz. 1986, 353).
- ¹⁴ C-258/78 *Nungesser p. Komisji* (Zb. Orz. 1982, 2015).
- ¹⁵ C-42/84 *Remia p. Komisji* (Zb. Orz. ETS 1985, 2545).
- ¹⁶ C-250/92 *Göttrup–Klim* (Zb. Orz. 1994, I-5641); C-399/93 *Coberco* (Zb. Orz. 1995, I-4515); C-319/93, C-40/94, C-224/94 *Frico Domo (Campina)* (Zb. Orz. 1994, I-5641).
- ¹⁷ C-250/92 *Göttrup–Klim*, pkt 31-34.
- ¹⁸ C-250/92 *Göttrup–Klim*, pkt 35.

- ¹⁹ C-399/93 *Coberco*, pkt 14.
- ²⁰ T-374, 375, 384, 388/94 *ENS* (Zb. Orz. 1998, II-3141).
- ²¹ T-374, 375, 384, 388/94 *ENS*, pkt 119.
- ²² Pogląd ten został silnie zaakcentowany przez Sąd Pierwszej Instancji w orzeczeniu T-112/99 *Métropole*, wydanym w 2001 r. (por. niżej). Komisja Europejska zwerbalizowała to stanowisko ponownie w opublikowanych w 2004 r. Wytycznych w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE.
- ²³ Literatura poświęcona regule rozsądku w prawie ochrony konkurencji jest stosunkowo obszerna. Por. wybrane pozycje: Calvani 2001: 201-207; Black 1997: 145-161; Dudu 2001: 261-274; Wojtaszek 1997: 169-184.
- ²⁴ T-374, 375, 384, 388/94 *ENS*, pkt 134.
- ²⁵ T-374, 375, 384, 388/94 *ENS*, pkt 206.
- ²⁶ *Konsortium ECR 900* (Dz. Urz. EWG 1990 L 228/31); *Eurotunnel* (Dz. Urz. EWG 1994 L 354/66).
- ²⁷ Np. *Mitchell Cotts/Sofiltra* (Dz. Urz. EWG 1987 L 41/31), pkt 19; *Elopak/Metal-Box Odin* (Dz. Urz. EWG 1990 L 209/15), pkt 30-31; *Atlas* (Dz. Urz. WE 1996 L 54/28, [1997] L 47/8), pkt 42; *Phoenix/Global One* (Dz. Urz. WE 1996 L 239/57, pkt 52). Por. Także: Fine 1992: 210-211; Bellamy & Child 2001: 108-109.
- ²⁸ T-112/99 *Métropole* (Zb. Orz. 2001, II-97).
- ²⁹ T-112/99 *Métropole*, pkt 35-42.
- ³⁰ T-112/99 *Métropole*, pkt 68.
- ³¹ T-112/99 *Métropole*, pkt 65.
- ³² Analizę orzeczenia *Métropole* w kontekście analiz ekonomicznych przeprowadza Odudu: 2002: 100-105.
- ³³ Rozporządzenie (WE) Nr 1/2003 Rady z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 TWE (Dz. Urz. WE L 1/1).
- ³⁴ Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE, pkt. 73-82.

Bibliografia

- Bellamy & Child. 2001. *European Community Law of Competition*, 5th ed., Sweet & Maxwell. A Thompson Company.
- Black, O. 1997. Per Se rules and Rules of Reason: What Are They? *European Competition Law Review*, Nr 3.
- Calvani, T. 2001. Some Thoughts on the Rule of Reason. *European Competition Law Review*, Nr 6.
- Faull, J., Nikpay, A. 1999. *The EC Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press.
- Fine, F.L. 1992. EEC Anti-trust Aspects of Production Joint Venture. *European Competition Law Review*, Nr 5.
- Odudu, O. 2001. Interpreting Article 81 (1): demonstrating restrictive effect. *European Law Review*, Nr 26.
- Odudu, O. 2002. A new economic approach to article 81 (1)? *European Law Review*, Nr 27.
- Skoczny, T. 2004(1). Instrumenty relatywizacji i racjonalizacji zakaz 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.
- Skoczny, T. 2004(2). Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji – także w Polsce – po 1 maja 2004 r. *Kwartalnik Prawa Publicznego*, Nr 2 (w druku).
- Wojtaszek, E. 1997. *Reguła rozsądku w prawie konkurencji Polski i Wspólnoty Europejskiej*, w: *Polska w Unii Europejskiej: perspektywy, warunki, szanse, zagrożenie* (pod red. C. Mika), Toruń: Wyd. TNOiK – Dom Organizatora.