

Jan Polański\*

## O ramach analitycznych przy badaniu naruszeń „ze względu na cel”.

Komentarz do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 30 sierpnia 2018 r., VII AGa 1114/18 (*Ski Team*)

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Kontekst orzeczenia
- III. Orzeczenie Sądu Apelacyjnego
- IV. Ramy analityczne skonstruowane przez Sąd Apelacyjny
- V. Ramy analityczne stosowane w prawie unijnym
  1. Sąd Apelacyjny błędnie przyjmuje, że zdefiniowanie rynku jest konieczne dla zbadania gospodarczego kontekstu praktyki
  2. Sąd Apelacyjny myli koncepcję „ograniczenia ze względu na cel” z koncepcją „odczuwalności”
  3. Sąd Apelacyjny „miesza” ramy analityczne przewidziane dla dwóch różnych typów naruszeń
- VI. Prawo a ryzyko, reguły a niepewność

### Streszczenie

Artykuł stanowi krytyczny komentarz do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie, w którym podważona została dokonana przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwalifikacja wertykalnego ustalania minimalnych cen odsprzedaży jako naruszenia „ze względu na cel” na gruncie prawa polskiego. W swoim wyroku Sąd Apelacyjny odnosi się do orzecznictwa unijnego i podejmuje próbę odtworzenia ram analitycznych służących wykazaniu naruszenia „ze względu na cel”. Przeprowadzona przez Sąd Apelacyjny analiza oraz przedstawiona argumentacja może jednak budzić wątpliwości w kontekście jej faktycznej zgodności z prawem unijnym.

**Słowa kluczowe:** antykonkurencyjny cel; antykonkurencyjny skutek; ceny odsprzedaży; porozumienia wertykalne; RPM.

**JEL:** K21

\* LL.M. (Universiteit Utrecht, Law & Economics); Główny Specjalista w Departamencie Ochrony Konkurencji UOKiK. Opinie wyrażone w niniejszym artykule nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem UOKiK.

## I. Wprowadzenie

Wertykalne ustalanie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży (*resale price maintenance*, RPM) stanowi jedno z najczęstszych „poważnych” naruszeń prawa konkurencji stwierdzanych przez polski organ ochrony konkurencji. W konsekwencji kwestia RPM staje się często przedmiotem komentarzy ze strony sądów oraz przedstawicieli polskiej praktyki prawa. W ocenie przynajmniej części z tych ostatnich zaangażowanie polskiego organu ochrony konkurencji w prowadzenie postępowań dotyczących RPM przyjmowane jest z rezerwą („kolejny RPM”) lub krytyką („porozumienia wertykalne w swej istocie są korzystne dla rynku i taki też może być RPM”). Z punktu widzenia polskiej administracji rządowej stanowisko względem RPM ulegało pewnym modyfikacjom. Niezależnie jednak od powyższego polski organ ochrony konkurencji stoi na stanowisku, że w przypadku wykrycia RPM może być zasadne przeprowadzenie sformalizowanego postępowania i uznanie stosowania RPM za naruszenie reguł konkurencji „ze względu na cel”. Stanowisko to nie odbiega od podejścia prezentowanego przez Komisję Europejską<sup>1</sup>.

Odmierna ocena przedstawiona została w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 30 sierpnia 2018 r., w którym sąd podważył dokonaną przez Prezesa UOKiK ocenę stosowania RPM jako naruszenia „ze względu na cel”. W mojej ocenie orzeczenie to zasługuje na krytykę w kontekstach zarówno zawisłej przed tym sądem sprawy, jak i w szerszym, tj. w zakresie, w jakim Sąd Apelacyjny opisał w orzeczeniu ramy analityczne dla naruszeń „ze względu na cel”, które miałyby mieć zastosowanie do wszystkich porozumień ograniczających konkurencję (tak horyzontalnych, jak i wertykalnych).

## II. Kontekst orzeczenia

Decyzją z 30 grudnia 2014 r. Prezes Urzędu stwierdził naruszenie art. 6 uokik przez przedsiębiorcę, który zajmował się hurtowym obrotem produktami marki CUBE. W ocenie Prezesa Urzędu naruszenie to polegało na ustalaniu przez tego przedsiębiorcę z dystrybutorami minimalnych detalicznych cen odsprzedaży tych produktów, co miało ograniczać konkurencję na krajowym rynku detalicznej sprzedaży sprzętu i akcesoriów rowerowych. Postępowanie prowadzone przez Prezesa Urzędu oparte zostało na przepisach prawa polskiego i nie odnosiło się do ewentualnych naruszeń prawa unijnego.

Decyzja Prezesa Urzędu została uchylona przez Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) wyrokiem z 7 kwietnia 2017 r., co z kolei stało się powodem apelacji Prezesa Urzędu do Sądu Apelacyjnego. Apelacja nie została przez sąd uwzględniona, jednak „o treści orzeczenia Sądu Apelacyjnego przesądziły inne względy niż kwestie, na których skoncentrował swoje wywody SOKiK”. Z tych względów omówienie dokładnej treści orzeczenia SOKiK, jak i apelacji Prezesa Urzędu nie jest w mojej ocenie zasadne – Sąd Apelacyjny, orzekając w II instancji zdecydował się oprzeć swoje stanowisko na argumentach wywiedzionych przez siebie z urzędu bez odniesienia się do stanowiska SOKiK oraz do treści apelacji Prezesa Urzędu. W konsekwencji na potrzeby niniejszego omówienia pozwalam sobie pominąć dokładniejszy opis decyzji Prezesa Urzędu, wyroku SOKiK oraz apelacji Prezesa Urzędu.

<sup>1</sup> W 2018 r., po ponad dekadzie braku istotniejszej aktywności, do praktyk polegających na wertykalnym ustalaniu cen odniosła się formalnie (tj. w drodze decyzji) Komisja Europejska, wydając 5 decyzji, obejmujących różne kategorie produktów. Wszystkie tego rodzaju praktyki Komisja Europejska uznała za ograniczające konkurencję ze względu na cel bez przeprowadzania szczegółowej analizy ekonomicznej tych praktyk i bez definiowania rynków właściwych (tj. podobnie jak ma to w zwyczaju robić przy najpoważniejszych naruszeniach horyzontalnych).

### III. Orzeczenie Sądu Apelacyjnego

Z formalnego punktu widzenia powodem uznania przez Sąd Apelacyjny, że decyzja Prezesa Urzędu wymagała uchylenia były występujące (w ocenie tego sądu) braki w materiale dowodowym. W ocenie sądu braki te uniemożliwiały merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy (s. 24 wyroku), ponieważ uniemożliwiały stwierdzenie czy praktyka ograniczała konkurencję.

Ścieżka, która doprowadziła Sąd Apelacyjny do powyższego wniosku była jednak bardziej złożona, a wywód przedstawiony przez sąd nie ograniczył się do prostego wskazania na niewystarczający zakres materiału dowodowego. W istocie sedno uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego sprowadza się do określenia ram analitycznych wykorzystywanych przy określaniu czy dane porozumienie ogranicza konkurencję ze względu na cel, ze względu na skutek, czy też w ogóle tej konkurencji nie ogranicza.

Mimo że sprawa rozpatrywana przez Sąd Apelacyjny oparta została na przepisach prawa polskiego, sąd zdecydował się na prowadzenie swojej refleksji w znacznej mierze w oparciu o konkluzje, które mają (rzekomo) wynikać z prawa unijnego. Sąd zaprezentował następujące podejście:

- 1) Sąd przyjął, że gdyby w sprawie występował wpływ na handel między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, to zastosowanie miałoby Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE);
- 2) gdyby miał zastosowanie Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, to Prezes Urzędu nie mógłby stwierdzić naruszenia prawa polskiego, o ile dane działanie nie naruszałoby prawa unijnego;
- 3) z uwagi na powyższe niezbędne w ocenie Sądu Apelacyjnego było zbadanie istnienia wpływu na handel;
- 4) w ocenie sądu wpływ na handel hipotetycznie mógł mieć miejsce;
- 5) skoro wpływ na handel mógł mieć miejsce (czego jednak na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego Sąd nie był w stanie ustalić, aczkolwiek był w stanie stwierdzić, że jest to prawdopodobne), to hipotetycznie w sprawie powinno być zastosowanie prawo unijne;
- 6) mając na względzie fakt, że prawo unijne hipotetycznie mogło mieć zastosowanie, sąd uznał za zasadne rozważenie w oparciu o prawo unijne czy praktyka zakwestionowana przez Prezesa Urzędu byłaby legalna w rozumieniu tego prawa;
- 7) Sąd uznał, że w kontekście zgromadzonego materiału dowodowego i przywołanych przez siebie twierdzeń zawartych w orzecznictwie unijnym oraz literaturze przedmiotu, nie wynika, że porozumienie, którego dotyczyła decyzja, ograniczało konkurencję ze względu na cel (ani skutek, niemniej sąd skoncentrował się na kwestii ograniczeń konkurencji ze względu na cel);
- 8) Sąd doszedł do wniosku, że występuje podobieństwo między unijnym i polskim prawem ochrony konkurencji, więc „co do zasady właściwe jest przenoszenie reguł analitycznych wypracowanych w unijnym prawie konkurencji na grunt prawa polskiego”.

Sąd Apelacyjny sformułował trzy główne zastrzeżenia względem decyzji Prezesa Urzędu:

- 1) brak ustalenia rynków właściwych (a raczej ustalenie ich w inny sposób, niż oczekiwałby tego sąd);
- 2) brak zbadania zasadności zastosowania prawa unijnego;
- 3) brak wykazania antykonkurencyjnego celu lub skutku porozumienia.

Ze wskazanych powyżej trzech zastrzeżeń istotne pozostaje ostatnie z nich – pierwsze służy Sądowi Apelacyjnemu jedynie do podjęcia rozważań na temat sposobu określania czy porozumienie ogranicza konkurencję ze względu na cel. W tym miejscu należy zauważyć, że ostatecznie wywód przedstawiony przez Sąd Apelacyjny doprowadził go do opisanie ram analitycznych dla porozumień różnego typu, a kwestia RPM (jak się wydaje mimowolnie) stała się jedynie kanwą dla dużo bardziej generalnej wypowiedzi na temat sposobu prowadzenia analizy w sprawach z zakresu ochrony konkurencji.

Problemem związanym z orzeczeniem Sądu Apelacyjnego jest w mojej ocenie to, że ramy analityczne określone przez sąd w wyroku są niezgodne ze standardami unijnymi i zagrażają skuteczności wdrażania reguł konkurencji, w tym zwalczania działalności kartelowej.

#### **IV. Ramy analityczne skonstruowane przez Sąd Apelacyjny**

Sąd Apelacyjny starał się odtworzyć unijne ramy analityczne na podstawie części z głównych wypowiedzi Trybunału Sprawiedliwości w odniesieniu do stwierdzenia naruszeń ze względu na cel. Sąd Apelacyjny poczynił również odniesienia do wybranych przez siebie fragmentów wypowiedzi Rzecznik Generalnej, Juliane Kokott, oraz wybranych poglądów przedstawianych w literaturze (sąd nie przeprowadził szerokiej analizy i omówienia tych poglądów, a raczej przywołał te poglądy, które odpowiadały konstruowanej przez niego tezie).

Ramy analityczne odtworzone przez Sąd Apelacyjny można w skrócie zarysować następująco:

- 1) dla określenia, że porozumienie ogranicza konkurencję ze względu na cel konieczne jest wzięcie pod uwagę jego kontekstu gospodarczego i prawnego;
- 2) żadne porozumienie nie może być automatycznie uznane za ograniczające konkurencję ze względu na cel;
- 3) żeby ocenić kontekst gospodarczy porozumienia niezbędne jest zdefiniowanie rynku właściwego;
- 4) aby stanowić naruszenie porozumienie musi odczuwalnie ograniczać konkurencję;
- 5) stopień szkodliwości porozumienia musi przekroczyć „pewien minimalny próg”.

Z tak sformułowanym testem istnienia naruszenia „ze względu na cel”, a szczególnie sposobem, w jaki Sąd Apelacyjny następnie go zastosował, nie można się, według mnie, zgodzić, mimo że część z przesłanek przywołanych przez sąd rzeczywiście stanowi część ram analitycznych dla tego typu naruszeń.

#### **V. Ramy analityczne stosowane w prawie unijnym**

W mojej ocenie, Sąd Apelacyjny błędnie odczytał wypowiedzi Trybunału Sprawiedliwości i uzupełnił je o twierdzenia, których w orzecznictwie unijnym w ogóle nie sformułowano. Zastrzeżenia należy przede wszystkim sformułować w odniesieniu do trzech działań, w przypadku których Sąd Apelacyjny przyjął, moim zdaniem, interpretacje wprost sprzeczne z wnioskami, jakie powinny wynikać z analizy prawa unijnego, tj.:

- 1) przyjęcia, że w każdej sprawie konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego, ponieważ dopiero to pozwala na zbadanie ekonomicznego kontekstu porozumienia;
- 2) utożsamienia na potrzeby budowania ram analitycznych testu „odczuwalności” naruszenia z testami stosowanymi na potrzeby wyznaczania naruszenia ze względu na cel (s. 17–18

uzasadnienia, gdzie sąd, prowadząc analizę istnienia ograniczenia ze względu na cel, posiłkuje się orzecznictwem dotyczącym zagadnienia „odczuwalności”);

3) wymieszania ram analizy „ze względu na cel” z ramami analizy „ze względu na skutek”.

### 1. Sąd Apelacyjny błędnie przyjmuje, że zdefiniowanie rynku jest konieczne dla zbadania gospodarczego kontekstu praktyki

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zdefiniowanie rynku właściwego na potrzeby stwierdzenia naruszenia art. 101 TFUE nie zawsze stanowi element obligatoryjny w unijnym prawie konkurencji. Owszem, w orzecznictwie unijnym podnosi się, że dla stwierdzenia naruszenia „ze względu na cel” należy mieć na względzie gospodarczy kontekst praktyki, ale wiązanie powyższego z obowiązkiem każdorazowego definiowania rynku właściwego stanowi ze strony Sądu Apelacyjnego nadinterpretację. Gdyby sądy unijne chciały wpleść w ramy analitycznego stwierdzania naruszenia „ze względu na cel” obowiązek zdefiniowania rynku właściwego, to wprost określiłyby taki obowiązek. Skoro tego nie zrobiły i odwołały się do innych przesłanek, należy stwierdzić, że test ma formę inną niż wyinterpretowana przez Sąd Apelacyjny.

Jak pokazuje praktyka sądów unijnych oraz Komisji Europejskiej, rynki właściwe nie są definiowane, jeżeli ich definicja nie jest niezbędna dla stwierdzenia wpływu na handel oraz dojścia do konkluzji, że praktyka ogranicza konkurencję ze względu na cel. W konsekwencji w prawie unijnym nie zwykło się definiować rynku właściwego np. w sprawach kartelowych<sup>2</sup>. Kartelizacja z natury rzeczy przynajmniej zakłóca konkurencję, a jeżeli z faktów sprawy wynika, że kartel np. obejmował terytorium trzech państw członkowskich Unii Europejskiej, to definiowanie rynku właściwego dla stwierdzenia istnienia ograniczenia konkurencji oraz wpływu na handel jest „ćwiczeniem” zbędnym, ponieważ nie doprowadzi do zmiany ogólnej konkluzji, że doszło do naruszenia. Również w przypadku zμών przetargowych trudno wskazać, w jakim zakresie zdefiniowanie rynku właściwego prowadzi do zwiększenia wartości prowadzonej analizy oraz należytego zbadania stanu faktycznego – zmony przetargowe z natury rzeczy przynajmniej zakłócają konkurencję i dlatego stanowią ograniczenie ze względu na cel.

Podobnie Komisja Europejska orzeka w przypadku RPM<sup>3</sup> i należy uznać, że logika takiego działania jest w tym przypadku podobna: natura RPM jest taka, że przynajmniej zakłóca konkurencję (Peeperkorn, 2015, s. 47). Jeżeli dodatkowo analiza faktów sprawy pozwala na to, aby bez definiowania rynku właściwego stwierdzić, że wpływ na handel występował, to definiowanie rynku stanowi krok analityczny, który nie prowadzi do ustaleń relewantnych dla sprawy, a co za tym idzie zbędny<sup>4</sup>.

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę, że Sąd Apelacyjny w sposób kategoryczny w swoim orzeczeniu stwierdził, że dla zbadania kontekstu ekonomicznego praktyki zdefiniowanie rynku jest niezbędne (sąd stwierdza: „(...) jasne jest, że po to, aby ocenić ekonomiczny kontekst

<sup>2</sup> Por. dec. KE z 02.04.2014 r., AT.39610 (*Power Cables*), pkt 651; dec. KE z 25.05.2016 r., AT.39792 (*Steel Abrasives*); dec. KE z 08.02.2017 r., AT.40018 (*Car battery recycling*).

<sup>3</sup> Por. dec. KE z 24.07.2018 r., AT.40469 (*Denon & Marantz*); dec. KE z 24.07.2018 r., AT.40182 (*Pioneer*); dec. KE z 24.07.2018 r., AT.40465 (*Asus*); dec. KE z 24.07.2018 r., AT.40181 (*Philips*); dec. KE z 17.12.2018 r., AT.40428 (*Guess*). Z kolei w dec. KE z 16.07.2003 r., COMP/37.975 (*Yamaha*) Komisja Europejska zawiera odniesienie do rynku właściwego odnotowując, na jakie rynki wskazały strony postępowania (akapit 12), ale stwierdza (akapit 13), że jakkolwiek definicja rynku nie zostałaby przyjęta, to praktyka odczuwalnie wpływałaby na konkurencję oraz handel między państwami członkowskimi Unii Europejskiej i zaznacza, że stwierdzone naruszenia miały charakter najpoważniejszy (*hardcore*).

<sup>4</sup> A skoro element ten jest zbędny, to wypadałoby stwierdzić, że *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.

porozumienia niezbędne jest poddanie analizie rynku i w związku z tym zdefiniowanie go”). Powyższe oznaczałoby, że w każdej, najbardziej nawet oczywistej sprawie definiowanie rynku jest konieczne, a Komisja Europejska i sądy unijne (i analogicznie organy narodowe) w każdej sprawie dotyczącej art. 101 TFUE byłyby obciążane koniecznością definiowania rynku właściwego. Warto w tym miejscu przypomnieć, że koncepcja rynku właściwego to konstrukt teoretyczny stosowany do testowania teorii szkody – jeżeli teoria szkody jest na tyle prosta, że nie wymaga definiowania rynku w celu stwierdzenia jej sensowności, to trudno wskazać, czemu w zasadzie ma służyć zdefiniowanie rynku<sup>5</sup>. Rozumowanie Sądu Apelacyjnego w powyższym kontekście należy uznać za błędne.

## 2. Sąd Apelacyjny myli koncepcję „ograniczenia ze względu na cel” z koncepcją „odczuwalności”

Koncepcja „ograniczenia ze względu na cel” podlegała w prawie unijnym rozwojowi i w mojej ocenie sądom unijnym wciąż nie udało się w sposób dostatecznie jednoznaczny określić, co w zasadzie stanowi „ograniczenie ze względu na cel”. Problem ten dotyczy jednak głównie praktyk „granicznych” i bardziej złożonych ekonomicznie<sup>6</sup>.

W swoim wywodzie Sąd Apelacyjny oparł się na dwóch testach: (i) możliwości istnienia ograniczenia (*capability*, sprawa *T-Mobile*)<sup>7</sup> oraz (ii) wystarczającej szkody dla konkurencji (*sufficient harm to competition*, sprawa *Cartes Bancaires*),<sup>8</sup> które z uwagi na swoją dużą nieostrość w mojej ocenie zbliżają się w pewnym stopniu do typu testu, który w anglosaskim kręgu kulturowym bywa określany jako „I know it when I see it”.

Próbując uszczegółowić powyższy test, Sąd Apelacyjny dodatkowo odniósł się do kwestii odczuwalności ograniczenia i spraw *Völk* oraz *Expedia*<sup>9</sup>. Powyższe należy uznać za zaskakujące, ponieważ Sąd Apelacyjny nie tylko utożsamił ze sobą dwa różne elementy analizy (czym innym jest zapobieganie, ograniczanie lub zakłócanie konkurencji, a czym innym odczuwalność), ale samodzielnie przywołując sprawę *Expedia*, pominął główny wniosek zawarty w tym orzeczeniu. Należy bowiem przypomnieć, że sprawa *Expedia* była jednym z kluczowych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości w ostatnich latach – w sprawie tej Trybunał Sprawiedliwości odszedł od koncepcji sformułowanej w sprawie *Völk* i uznał, że jeżeli porozumienie ogranicza konkurencję ze względu na cel, to stanowi jednocześnie ograniczenie odczuwalne<sup>10</sup>.

W swojej analizie Sąd Apelacyjny w ogóle nie powinien był zatem badać odczuwalności porozumienia, skoro jego analiza ograniczała się do weryfikacji czy Prezes Urzędu słusznie stwierdził, że w sprawie doszło do zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji „ze względu na cel”. Sąd Apelacyjny powinien był zatem zatrzymać się na teście istnienia wystarczająco

<sup>5</sup> Za odrębne zagadnienie w powyższym kontekście można uznać kwestię tego, czy zdefiniowanie rynku właściwego jest niezbędne na potrzeby prawa polskiego. W mojej ocenie ustawodawca nie sformułował w prawie polskim takiego obowiązku. Co prawda art. 6 uokik zawiera odniesienie do rynku właściwego (w przeciwieństwie do art. 101 TFUE), niemniej istnienie tego odniesienia nie sprawia w mojej ocenie, że zdefiniowanie rynku w sprawach najpoważniejszych naruszeń jest niezbędne. Ustawodawca wskazał, że do eliminowania, ograniczenia lub naruszenia konkurencji w inny sposób musi dojść na rynku właściwym, a określone porozumienia (np. kartele) zawsze będą spełniały powyższy warunek w odniesieniu do jakiegoś rynku właściwego, tj. będą zakazane. Por. Turno (2015), s. 414–416.

<sup>6</sup> Por. wyr. TS z 14.03.2013 r. w sprawie C-32/11, *Allianz Hungária*, ECLI:EU:C:2013:160; wyr. TS z 11.09.2014 r. w sprawie C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204.

<sup>7</sup> Wyr. TS z 04.06.2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile*, ECLI:EU:C:2009:343.

<sup>8</sup> Wyr. TS z 11.09.2014 r. w sprawie C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204.

<sup>9</sup> Wyr. TS z 09.07.1969 r. w sprawie C-5/69, *Völk*, EU:C:1969:35; wyr. TS z 13.12.2012 r. w sprawie C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795.

<sup>10</sup> Wyr. TS z 13.12.2012 r. w sprawie C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795, pkt 37.

jednoznacznego ograniczenia i ewentualnie przeanalizować inne elementy służące wykazywaniu ograniczenia „ze względu na cel”<sup>11</sup>.

### 3. Sąd Apelacyjny „miesza” ramy analityczne przewidziane dla dwóch różnych typów naruszeń

Rzecznik Generalna, Juliane Kokott, w swojej opinii do sprawy *T-Mobile* zawarła jedno z bardziej charakterystycznych dla prawa konkurencji sformułowań, w którym wskazała, że wiązanie „ograniczeń ze względu na cel” jedynie ze swego rodzaju wzruszalnym domniemaniem negatywnych skutków tworzy niebezpieczeństwo „mieszania” (*mingling*) naruszeń „ze względu na cel” i „ze względu na skutek”<sup>12</sup>. Niestety, w mojej ocenie, Sąd Apelacyjny, dokonując rekonstrukcji unijnego standardu analitycznego, dopuścił się właśnie tego rodzaju „mieszania” standardów analizy mających zastosowanie dla dwóch odrębnych typów naruszeń.

Chociaż słusznie Sąd Apelacyjny zauważa, że porozumienia nie powinny być „automatycznie” uznawane za ograniczające konkurencję ze względu na cel, to należy jednak pamiętać, że standard analizy dla tego rodzaju porozumień różni się względem ograniczeń ze względu na skutek. Jak wskazałem wcześniej, w mojej ocenie, sądy unijne nadal nie zdołały sformułować jednoznacznego i niebudzącego wątpliwości testu prawnego dla naruszeń ze względu na cel. Wydaje się jednak zasadne przyjęcie, że dla stwierdzenia ograniczenia ze względu na cel konieczne jest dokonanie oceny działania w pierwszej kolejności w wymiarze bardziej abstrakcyjnym (zbadanie treści porozumienia oraz jego celu sensu stricto, tj. *contents* oraz *objective*). Powyższe dwa elementy powinny wskazać czy porozumienie w sposób wystarczająco jednoznaczny przynajmniej zakłóca konkurencję. W celu uniknięcia automatyzmu, na który wskazuje Sąd Apelacyjny, pod uwagę powinien zostać wzięty kontekst gospodarczy i prawny potencjalnego naruszenia, jednak niejako z definicji powyższe badanie nie może stawać się tworzeniem rozbudowanej teorii szkody (Peepkorn, 2015, s. 45) – takie działanie oznaczałoby przejście do stosowania ram analitycznych właściwych dla ograniczeń ze względu na skutek<sup>13</sup>. W ramach analizy istnienia ograniczenia ze względu na cel możliwe jest przy tym wzięcie pod uwagę elementu subiektywnego w postaci zamiaru stron (Sąd Apelacyjny i Prezes Urzędu błędnie stwierdzają, że element subiektywny jest pozbawiony znaczenia)<sup>14</sup>.

Moim zdaniem, w przypadku sprawy, która stała się przedmiotem analizy Sądu Apelacyjnego, trudno uznać, że treść (zawartość) oraz cel sensu stricto zawartego porozumienia nie miał charakteru ograniczającego konkurencję – RPM z natury rzeczy ogranicza konkurencję wewnątrzmarkową i tym samym przynajmniej zakłóca konkurencję (Peepkorn, 2015, s. 47).

Trudno również uznać, że kontekst gospodarczy i prawny opisany w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego sprawia, że istota zawartego porozumienia traciła ograniczający konkurencję charakter. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że w orzeczeniu Sąd Apelacyjny wskazał, w jakich przypadkach RPM będzie bardziej, a w jakich mniej szkodliwy, a także przyjął, że udział produktów objętych naruszeniem w rynku był niski. Ponadto Sąd Apelacyjny stwierdził, że: „Zgodzić należałoby

<sup>11</sup> Por. również akapit 50 opinii Rzecznik Generalnej J. Kokott z 06.11.2012 r. w sprawie C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:544.

<sup>12</sup> Opinia Rzecznik Generalnej J. Kokott z 19.02.2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile*, ECLI:EU:C:2009:110, pkt 45.

<sup>13</sup> Wyr. TS z 11.09.2014 r. w sprawie C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204, pkt 81.

<sup>14</sup> Zob. wyr. TS z 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile*, ECLI:EU:C:2009:343, pkt 27.

się z tym, że zidentyfikować można przypadki, w których kwestionowana praktyka skutkowałą szkodliwą z punktu widzenia konkurencji modyfikacją zachowań detalistów. Nic nie wskazuje jednak na to, by siła tego oddziaływania była na tyle duża, by można było uznać ją za odczuwalne ograniczenie konkurencji”<sup>15</sup>. Sąd przywołał określone dowody wskazujące na rzekomy brak skutków rynkowych. Innymi słowy Sąd Apelacyjny z jednej strony zgodził się z Prezesem Urzędu, że porozumienie mogło wpływać na konkurencję (test właściwy dla ograniczenia ze względu na cel), ale wpływ taki był prawdopodobnie niewielki (błędne zastosowanie testu „odczuwalności”), a skutki porozumienia musiały być ograniczone (przypisanie „ograniczeniom ze względu na cel” charakteru wzruszalnego domniemania).

W mojej ocenie z takim sposobem rozumowania nie można się zgodzić, ponieważ jak słusznie zauważyła Rzecznik Generalna po przełożeniu go na bardziej zgeneralizowany test prawny prowadzi on do zatarcia rozróżnienia na naruszenia „ze względu na cel” i „ze względu na skutek”. Samo badanie udziałów rynkowych i uwzględnianie ich przy analizie ograniczenia „ze względu na cel” również należy uznać za kontrowersyjne, ponieważ pośrednio może prowadzić do sytuacji, w której niski udział przedsiębiorców w rynku sprawia, że porozumienie staje się legalne, a mali przedsiębiorcy są niejako „zachęceni” do ograniczania konkurencji. Należy zauważyć, że powyższy problem został wprost odnotowany przez Juliane Kokott (która *nota bene* zgodziła się w tym zakresie z konkluzjami przedstawionymi w toku postępowania w sprawie *Expedia* przez polski rząd)<sup>16</sup> – treść tej opinii nie została skomentowana przez Sąd Apelacyjny, mimo że Sąd uznaje w tym samym orzeczeniu za istotne poglądy przedstawione przez tę samą Rzecznik Generalną w sprawie *T-Mobile* (aczkolwiek i w tej sprawie Sąd Apelacyjny decyduje się jedynie na wybiórcze przywołanie poglądów Rzecznik).

W powyższym kontekście warto zwrócić uwagę, że schemat rozumowania zastosowany przez Sąd Apelacyjny można równie dobrze odnieść do naruszeń kartelowych. Ostatecznie Sąd Apelacyjny nie zawiera w swoim orzeczeniu żadnych ograniczeń dla zaprezentowanych ram analitycznych, odnosząc je do analizy „ze względu na cel” jako takiej. Można zatem stwierdzić, że naruszenia kartelowe są tym bardziej dolegliwe im więcej konkurentów do nich przystąpi, a co za tym idzie, jeżeli kartel obejmie małą liczbę konkurentów, którzy w praktyce napotkają trudności w doprowadzeniu do zawyżenia cen, to nie naruszają oni prawa. Trudno w tym kontekście nie odnieść również wrażenia, że rozumowanie Sądu Apelacyjnego prowadzi do wniosku, że np. zmowa przetargowa dwóch konkurentów w przetargu, w którym wystartuje ostatecznie 5 oferentów, nie ogranicza konkurencji w rozumieniu prawa konkurencji, o ile którykolwiek z pozostałych 3 oferentów jest skłonny zaoferować cenę bardziej korzystną niż zmagający się uczestnicy przetargu, ponieważ w takim przypadku zmowa nie będzie w stanie doprowadzić do zawyżenia ceny. Skoro natomiast taka zmowa nie jest w stanie doprowadzić do zawyżenia cen, to nie stanowi „odczuwalnego” ograniczenia konkurencji, a co za tym idzie jest w pełni legalna i niekontrowersyjna z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji.

Odwracając natomiast wnioski z analizy przeprowadzonej przez Sąd Apelacyjny, należy stwierdzić, że sąd wydaje się oczekiwać od organu ochrony konkurencji, że dla wykazania naruszenia „ze względu na cel”, organ ten: (i) sformułuje i przetestuje rozbudowaną teorię szkody (definicja

<sup>15</sup> Jak wskazałem wcześniej, Sąd Apelacyjny błędnie według mnie odwołuje się do testu odczuwalności.

<sup>16</sup> Por. opinia Rzecznik Generalnej J. Kokott z 06.11.2012 r. w sprawie C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:544, pkt 52.



rynku właściwego, pomiar siły rynkowej uczestników naruszenia, analiza zdolności do podwyższenia ceny); (ii) wskaże dowody na faktyczne, namacalne skutki naruszenia<sup>17</sup>. Podstawowy problem związany z takim oczekiwaniem polega na tym, że podejmując takie działania, organ ochrony konkurencji zaangażowałby się, w mojej ocenie, w badanie istnienia ograniczenia konkurencji ze względu na skutek, a nie cel, tj. podjąłby działania, które stały się przedmiotem krytyki w sprawie *Cartes bancaires*<sup>18</sup>.

## VI. Prawo a ryzyko, reguły a niepewność

W swojej opinii do sprawy *T-Mobile* (na którą zresztą powołuje się sam Sąd Apelacyjny, aczkolwiek nie cytuje jej w tym zakresie), Rzecznik Generalna, Juliane Kokott, zawarła porównanie, które, moim zdaniem, w trafny sposób wyjaśnia, dlaczego określone rodzaje naruszeń uznawane są za naruszenia „ze względu na cel”. Rzecznik Generalna wskazuje: „Zakaz „naruszeń konkurencji ze względu na cel” przypomina znane z prawa karnego przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo: kto prowadzi samochód pod wpływem dużej ilości alkoholu lub narkotyków (...) podlega sankcjom karnym lub porządkowym, i to całkowicie niezależnie od tego, czy faktycznie naraził on kogoś w ruchu drogowym na niebezpieczeństwo lub w ogóle spowodował wypadek. Podobnie, europejskie prawo konkurencji naruszają przedsiębiorstwa i można na nie nałożyć grzywnę, jeżeli posługują się na rynku uzgodnionymi praktykami mającymi cel antykonkurencyjny. Bez znaczenia jest przy tym, czy w konkretnym przypadku określony uczestnik rynku lub ogół społeczeństwa rzeczywiście poniósł szkodę”<sup>19</sup>.

W związku z faktem, że Komisja Europejska w ostatnich latach starała się rozszerzyć tzw. *object box*, sądy unijne, rozpatrując zarzuty podnoszone przez przedsiębiorców, zostały postawione przed koniecznością dookreślenia, co stanowi naruszenie „ze względu na cel” i jakie okoliczności należy uwzględniać przy stwierdzaniu takich naruszeń. Wypowiedzi sądów unijnych, chociaż przedstawiane w kontekście praktyk złożonych ekonomicznie (np. na rynkach płatniczych), nie zmieniły jednak sposobu analizy w sprawach bardziej jednoznacznych.

Porównując podejście sądów unijnych do podejścia Sądu Apelacyjnego w omawianej sprawie, należy jednak stwierdzić, że polski sąd nie wykazał się podobną ostrożnością w zakresie kreowania standardów analitycznych. Sąd Apelacyjny błędnie, w mojej ocenie, zinterpretował prawo unijne i orzekł w sposób, który prowadzi do „mieszania” ram analitycznych naruszeń „ze względu na cel” i „ze względu na skutek”.

Co gorsze, prowadząc swoją analizę, Sąd Apelacyjny w istocie odniósł ją do wszystkich naruszeń reguł konkurencji mających postać porozumień, w tym naruszeń kartelowych<sup>20</sup>. Trudno natomiast oczekiwać, żeby organ ochrony konkurencji oraz sądy w sprawach kartelowych każdorazowo badały rynki właściwe, pozycję stron oraz skutki porozumienia (a tak Sąd Apelacyjny wydaje się *de facto* odczytywać konieczność stwierdzenia istnienia „zdolności” do ograniczenia konkurencji oraz „pewnego minimalnego poziomu szkodliwości”). Przychylić się należy w mojej

<sup>17</sup> Sąd Apelacyjny wydaje się nie dostrzegać przy tym, że porozumienie może tworzyć skutki rzeczywiste, ale „nienamacalne”, por. s. 21 uzasadnienia, na której sąd wskazuje, że co prawda istnieją dowody na aktywne dostosowywanie działań detalistów, ale w skali niewystarczającej dla stwierdzenia odczuwalności (sąd nie dostrzega, że dostosowywanie działań detalistów mogło następować również w ten sposób, że interwencja hurtownika nie była konieczna, tj. nie zostawiała „namacalnych” dowodów).

<sup>18</sup> Wyr. TS z 11.09.2014 r. w sprawie C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204, pkt 81.

<sup>19</sup> Opinia Rzecznik Generalnej J. Kokott z 19.02.2009 r. w sprawie C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:110, pkt 47.

<sup>20</sup> Chociaż Sąd Apelacyjny nie odnosi się wprost do praktyk kartelowych, to jednak formułuje wnioski o charakterze ogólnym.

ocenie do poglądu wyrażonego przez Rzecznik Generalną, J. Kokott, że niektóre praktyki powinny być zabronione z uwagi na „ryzyko”, które tworzą. Zakaz działalności kartelowej oraz RPM tworzą „proste” reguły zachowania i zapewniają pewność prawną. Pewność ta nie jest kształtowana kosztem eliminowania horyzontalnej kooperacji oraz wertykalnego ustalania cen, które pozostają efektywne ekonomicznie – zarówno prawo polskie, jak i prawo unijne przewidują odpowiednie wyjątki w art. 8 uokik oraz art. 101 ust. 3 TFUE.

Niezależnie od powyższych krytycznych uwag słuszny wydaje się jednak wniosek Sądu Apelacyjnego, że „co do zasady właściwe jest przenoszenie reguł analitycznych wypracowanych w unijnym prawie na grunt prawa polskiego”. Należy jedynie wyrazić nadzieję, że standardy te będą przenoszone w sposób prawidłowy i nie będą sprawiały, że wdrażanie reguł konkurencji przez polski organ ochrony konkurencji oraz przez podmioty prywatne na gruncie cywilnym będzie stawało się niezasadnie utrudnione.

### Bibliografia

- Peeperkorn, L. (2015). Defining “by object” restrictions. *Concurrences*, 3, 40–50.
- Turno, B. (2015). Definiowanie rynku właściwego w sprawach antymonopolowych z uwzględnieniem podejścia ekonomicznego – problemy, metodologia oraz propozycje rozwiązań alternatywnych. W: T. Skoczny (red.), *Prawo konkurencji – 25 lat*. Warszawa: Wolters Kluwer.