

Rozdział I. Istota i uwarunkowania negocyjnego sposobu stosowania prawa konkurencji

§ 1. Uwagi wstępne

Punktem wyjścia dla rozważań dotyczących decyzji zobowiązujących KE powinno być osadzenie tego instrumentu zarówno na tle publicznego, jak prywatnego trybu stosowania prawa konkurencji. Decyzje zobowiązujące stanowią bowiem tylko jedną z wielu form negocyjnego sposobu stosowania prawa konkurencji, który występuje w obu tych trybach. Ma to doniosłe znaczenie dla zrozumienia istoty decyzji zobowiązujących w kontekście innych instrumentów negocyjnego stosowania prawa konkurencji. Wyjaśnienie powyższych kwestii pozwoli na analizowanie w dalszej części pracy bardziej szczegółowych zagadnień dotyczących decyzji zobowiązujących KE.

§ 2. Publiczne i prywatne stosowanie prawa konkurencji

Prawo konkurencji może być wdrażane zarówno za pomocą instrumentów władczych, które są stosowane w interesie publicznym, jak i środków prawa cywilnego, które mają za zadanie zaspokoić interesy indywidualne¹. Ogólnie stosowanie prawa może służyć kilku celom: kompensacji, restytucji, sankcjonowaniu i prewencji. Prawo konkurencji nie jest wyjątkiem w tym względzie. Przyjmuje się, że jego głównym celem jest przywrócenie konkurencji na rynku. Cel ten może być pojmowany szeroko, jako obejmujący pewne cele mikro, takie jak zakończenie naruszenia reguł konkurencji, przyznanie odszkodowa-

¹ R. Stefanicki, Prywatnoprawne środki dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji, Warszawa 2014, s. 39.

nia podmiotom, które poniosły szkodę na skutek naruszenia oraz rozwiązanie danego problemu dotyczącego konkurencji na rynku. Cel ten może też obejmować tzw. cele makro, które polegają na minimalizacji ryzyka ponownego wystąpienia antykonkurencyjnego zachowania. Do osiągnięcia powyższych, przeplatających się celów zmierza stosowanie różnych środków zarówno publicznego, jak i prywatnego trybu wdrażania prawa konkurencji². Istotne jest zatem zachowanie odpowiedniej równowagi pomiędzy publicznym i prywatnym stosowaniem prawa konkurencji, które powinno tworzyć zintegrowany, komplementarny system łączący oba te tryby³.

I. Publiczne stosowanie prawa konkurencji

W literaturze przyjmuje się, że na publiczny tryb stosowania prawa konkurencji składają się dwie ścieżki egzekwowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję: administracyjnoprawna i prawnokarna⁴. Należy podkreślić, że pierwsza z nich jest uznawana za fundamentalne narzędzie realizacji polityki konkurencji w UE i państwach członkowskich oraz podstawowy sposób egzekwowania zakazów określonych w art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, przyjętego w Lizbonie 13.12.2007 r.⁵ (TFUE). Druga z nich z kolei ma charakter drugorzędny, choć w ostatnim czasie wzmagają się tendencje do wprowadzania do systemu prawa konkurencji przepisów prawa karnego⁶. Publiczne egzekwowanie prawa konkurencji może być zdefiniowane jako działanie organu administracji publicznej dla wykrycia i neutralizacji naruszeń tego prawa. Działanie to jest zorientowane na ochronę interesu publicz-

² Zob. *I. Lianos, F. Jenny, F. Wagner-von Papp, E. Motchenkova, E. David*, An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: A Comparative Analysis, CLES Research Paper Series 2014, No. 3, s. 15, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2542991%20 (dostęp: 20.3.2018 r.).

³ OECD, Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement, 15.6.2015 r., DAF/COMP/WP3(2015)14, s. 1; *R. Molski*, Prywatnoprawna ochrona konkurencji w amerykańskim prawie antytrustowym, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2005, Nr 3, s. 807; *R. van den Bergh*, Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem, *Maastricht Journal* 2013, Vol. 20, Issue 1, s. 15.

⁴ *A. Jurkowska-Gomułka*, Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję, Warszawa 2013, s. 52.

⁵ Dz.Urz. UE C 202 z 7.6.2016 r., s. 47–200.

⁶ *A. Jurkowska-Gomułka*, zauważa, że tak Sąd, jak i KE przyjmują, iż sprawy antymonopolowe nie należą do „jądra prawa karnego”, a kary pieniężne stosowane przez organ ochrony konkurencji generalnie mają charakter administracyjny. Zob. *A. Jurkowska-Gomułka*, Publiczne i prywatne, s. 80.

nego, jakim jest konkurencja na rynku. Zmierza ono do nałożenia publicznoprawnych sankcji za powyższe naruszenia. W publicznym trybie stosowania prawa konkurencji organ administracji publicznej interweniuje w sposób władczy, działając na podstawie przepisów proceduralnych regulujących postępowanie administracyjne. Ponadto decyzje organów administracji publicznej stwierdzające naruszenie prawa oraz nakładające sankcje mogą stanowić przedmiot kontroli sądowej, która w wielu porządkach prawnych nie stanowi kontroli wykonywanej przez sądy administracyjne, ograniczonej do oceny legalności rozstrzygnięcia organu administracji⁷.

W odniesieniu do prawnego otoczenia publicznego trybu stosowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję w UE, materialne reguły prawa konkurencji zawarte są w przepisach art. 101 i 102 TFUE. Przepisy zawarte w TFUE mają w dużej mierze charakter norm kompetencyjnych i nie regulują kwestii systemowego wdrażania tych reguł. Obowiązek wydawania dyrektyw lub rozporządzeń w celu zastosowania reguł wynikających z art. 101 i 102 TFUE został powierzony Radzie⁸. Zadaniem KE w zakresie publicznoprawnego stosowania materialnych reguł konkurencji jest natomiast eliminacja zagrożeń oraz problemów mogących ograniczyć lub wyeliminować konkurencję na rynku. Realizacja powyższego zadania następuje w trybie postępowań w sprawach ochrony konkurencji kończących się przeważnie wydaniem ostatecznego rozstrzygnięcia, które zasadniczo podlega kontroli sądowej⁹. Artykuł 17 ust. 1 TFUE zobowiązuje KE do zapewnienia przestrzegania postanowień Traktatu, co odzwierciedla rolę KE jako „strażnika Traktatów”¹⁰. Rolą KE jest nie tylko wykrywanie i sankcjonowanie naruszeń reguł konkurencji w indywidualnych sprawach, ale także zapewnienie, że zachowania przedsiębiorstw są zgodne z zasadami określonymi w Traktatach. Pomimo decentralizacji stosowania unijnego prawa konkurencji, KE zachowała wiodącą rolę w tym zakresie. Wykrywanie, ściganie i sankcjonowanie poważnych naruszeń reguł konkurencji stało się podstawą działań podejmowanych przez Dyrekcję Generalną ds. Konkurencji¹¹.

⁷ *Ibidem*, s. 32.

⁸ *Ibidem*, s. 54.

⁹ T. Skoczny, *Negocjacyjne stosowanie prawa ochrony konkurencji – rzeczywistość, istota, problemy*, w: *Prawo konkurencji 25 lat* (red. T. Skoczny), Warszawa 2016, s. 444.

¹⁰ Wyr. ETS z 11.8.1995 r., C-431/92 *KE v. Niemcy*, ECLI:EU:C:1995:260, pkt 22.

¹¹ L. Ortiz Blanco, K. Jörgens, *The Institutional Framework*, w: *EU Competition Procedure* (ed. L. Ortiz Blanco), Oxford 2013, s. 36.

Oprócz TFUE do najważniejszych regulacji prawa wtórnego w zakresie ochrony konkurencji należy wspomniane powyżej rozporządzenie Nr 1/2003, które ustanawia zasady interwencji KE lub krajowych organów ochrony konkurencji w przypadku, gdy podejrzewa się naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję z art. 101 i 102 TFUE. Rozporządzenie Nr 1/2003 stało się podstawą wydania innego rozporządzenia KE Nr 773/2004 z 7.4.2004 r. dotyczącego prowadzenia przez KE postępowań zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE¹², nawiązującego w swej treści do postanowień Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, podpisanego w Rzymie 25.3.1957 r.¹³ Rozporządzenie to określa zasady wszczynania przez KE postępowań (art. 2) i dochodzeń (art. 3–4), rozpatrywania przez nią wniosków (art. 5–9), a także wykonywania niektórych praw proceduralnych stron (art. 10–14, art. 15–16)¹⁴. Wskazuje się, że dla praktyki stosowania art. 101 i 102 TFUE istotne znaczenie mają także inne akty prawne. W tym zakresie wymienić należy obwieszczenie KE z 27.4.2004 r. w sprawie rozpatrywania przez KE skarg na naruszenie art. 81 i 82 Traktatu WE¹⁵, a także obwieszczenie KE z 22.12.2005 r. dotyczące zasad dostępu do akt KE w sprawach na mocy art. 81 i 82 Traktatu WE, art. 53, 54 i 57 Porozumienia EOG oraz rozporządzenia Rady (WE) Nr 139/2004¹⁶. Nadmienić należy, że w ostatnim przypadku mowa jest o rozporządzeniu Rady (WE) Nr 139/2004 z 20.1.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw¹⁷.

W doktrynie wyróżnia się trzy podstawowe cele publicznego stosowania prawa konkurencji. Pierwszym z nich jest dążenie do ustanowienia przejrzystych materialnych reguł konkurencji, których zakres jest dodatkowo rozwijany przez praktykę decyzyjną i orzecznictwą, jak również przez same organy ochrony konkurencji w publikowanych przez nie tzw. wyjaśnieniach¹⁸. Drugim celem jest prewencyjny nadzór nad planowanymi koncentracjami oraz sankcjonowanie naruszeń zakazów praktyk ograniczających konkurencję (ang. *deterrence and punishment*). W pierwszym przypadku publicznoprawne stosowanie prawa konkurencji przybiera formę *ex ante*, natomiast w drugim

¹² Dz.Urz. WE L 123 z 27.4.2004 r., s. 18–24, dalej: rozporządzenie Nr 773/2004.

¹³ Dz.Urz. UE C 321 E z 29.12.2006 r., s. 44, dalej: TWE bądź Traktat WE.

¹⁴ A. Jurkowska-Gomułka, Publiczne i prywatne egzekwowanie, s. 56.

¹⁵ Przedmiotowe obwieszczenie nie zostało przyjęte w języku polskim, stąd zob. Commission Notice on the handling of complaints by the Commission under Articles 81 and 82 of the EC Treaty, 27.4.2004, O.J. C 101 z 27.4.2004 r., s. 0065–0077.

¹⁶ Dz.Urz. UE C 325 z 22.12.2005 r., s. 7–15.

¹⁷ Dz.Urz. UE L 24 z 29.1.2004 r., s. 1–22, dalej: rozporządzenie Nr 139/2004.

¹⁸ W. Wils, The Relationship Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages, World Competition 2009, Vol. 32, No. 1, s. 8.

*ex post*¹⁹. Trzecim celem realizowanym przez publicznoprawne stosowanie prawa konkurencji jest niwelowanie konsekwencji naruszeń reguł konkurencji, do których już doszło (ang. *corrective justice*). W tym zakresie priorytetem jest pozbawienie przedsiębiorstwa, które dopuściło się naruszenia prawa konkurencji, wynikających z niego korzyści, a także kompensacja ze strony naruszającego przedsiębiorstwa dla podmiotów, które poniosły stratę na skutek naruszenia reguł konkurencji²⁰.

Publiczny tryb stosowania prawa konkurencji dominuje w europejskich porządkach prawnych, w których z reguły rzadko korzysta się z egzekwowania indywidualnych praw w tym zakresie w sądach powszechnych. Taki stan rzeczy usprawiedliwia się m.in. przyczynami kulturowymi (takimi jak niewielka skłonność do rozstrzygania sporów na drodze sądowej czy niska świadomość poszkodowanych antykonkurencyjnymi praktykami w zakresie przysługujących im praw) oraz prawnymi (np. w odróżnieniu od prawa amerykańskiego, w europejskich porządkach prawnych brak jest odpowiedników potrójnego odszkodowania, a także trudniej jest dochodzić roszczeń na drodze cywilnoprawnej)²¹. Popularność publicznoprawnego trybu stosowania prawa konkurencji może też tłumaczyć fakt, że systemy ochrony konkurencji w Europie powierzają zadanie przeciwdziałania antykonkurencyjnym praktykom wyspecjalizowanym organom administracji lub też sądom specjalizującym się tylko w sprawach konkurencji²². W porządkach prawnych, w których dominuje administracyjne stosowanie prawa konkurencji, organ ochrony konkurencji pełni kluczową rolę w stosowaniu tego prawa. W związku z tym można uznać, że skuteczność stosowania prawa konkurencji zależy w tym systemie prawa od sprawności organu ochrony konkurencji w wykrywaniu, dochodzeniu i sankcjonowaniu naruszeń reguł konkurencji, a także w odstraszeniu przed ich popełnianiem w przyszłości²³.

W literaturze utrzymuje się, że publicznoprawne stosowanie prawa konkurencji w lepszym stopniu niż prywatne dochodzenie roszczeń pozwala na osiągnięcie celów prawa konkurencji²⁴. Jest tak z dwóch powodów. Po pierwsze,

¹⁹ Zob. T. Skoczny, *Negocjacyjne stosowanie*, s. 444.

²⁰ W. Wils, *The Relationship Between Public*, s. 14.

²¹ W przeciwieństwie do postępowań publicznych ciężar dowodu spoczywa – co do zasady – na powodzie.

²² R. Molski, *Prywatnoprawna ochrona konkurencji*, s. 807–808.

²³ OECD, *Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement*, s. 4.

²⁴ W. Wils, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, *World Competition* 2017, Vol. 40, No. 1, s. 18.

publicznoprawne stosowanie prawa konkurencji polega na działaniach władzy publicznej, która posiada skuteczniejsze kompetencje dochodzeniowe i sankcjonujące. Organ ochrony konkurencji zazwyczaj jest w stanie szybciej wykryć i udowodnić naruszenia prawa konkurencji niż podmiot prywatny, ponieważ ma lepszy dostęp do informacji zarówno od przedsiębiorstw dotkniętych naruszeniem reguł konkurencji, jak i naruszających reguły konkurencji, a także z innych źródeł²⁵. Sankcje, które mogą być zastosowane w ramach publicznego stosowania prawa konkurencji, są bardziej efektywne i można je odpowiednio dobrać, podczas gdy w prywatnym trybie stosowania prawa konkurencji zazwyczaj sprowadzają się do wypłaty odszkodowania. Sankcje w publicznym trybie stosowania prawa konkurencji bywają bardziej dotkliwe, ponieważ oprócz kary grzywny, przynajmniej w niektórych porządkach prawnych, mogą przyjąć formę kary pozbawienia wolności. W przypadku sankcji pieniężnych publicznoprawne stosowanie prawa konkurencji jest korzystne również dlatego, że umożliwia odpowiednie obliczenie wysokości kary. W zasadzie powinna ona przewyższać spodziewane korzyści z naruszenia prawa konkurencji powiększone o odwrotne prawdopodobieństwo skutecznego nałożenia sankcji pieniężnej²⁶. Natomiast gdy sankcja przybiera postać odszkodowania zasądanego w wyniku prywatnego powództwa, niemożliwe wydaje się określenie optymalnej jej wysokości. Odszkodowanie bowiem nie jest obliczane z uwzględnieniem odniesionej przez naruszające przedsiębiorstwo korzyści, ale w odniesieniu do strat, które powód jest w stanie wykazać²⁷. Poza tym roszczenia z tytułu naruszenia prawa konkurencji mają na celu zaspokojenie indywidualnych interesów prywatnych podmiotów. Kompensacja szkód dochodzona przez podmioty prywatne w tym przypadku odbiega od ogólnego interesu publicznego. Sprawy, które powinien podejmować organ publiczny w celu wyjaśnienia ważnych kwestii prawnych i wywołania efektu odstraszenia, nigdy nie są sprawami z powództwa prywatnego. Prywatnoprawne stosowanie prawa konkurencji dotyczy bowiem tych spraw, które mogą mieć wpływ na sytuację np. finansową czy handlową podmiotów prywatnych²⁸.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Zob. W. Wils, Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice, World Competition 2006, Vol. 29, No. 2, s. 193.

²⁷ W. Wils, Private Enforcement of EU Antitrust Law, s. 18.

²⁸ *Ibidem*, s. 19.

II. Prywatne stosowanie prawa konkurencji

Prywatne stosowanie prawa konkurencji, podobnie jak w przypadku trybu publicznoprawnego, polega na udowodnieniu naruszenia materialnoprawnych reguł konkurencji i nałożeniu sankcji, mających jednak charakter nie publiczno-, ale cywilnoprawny. Działanie to nie jest podejmowane w celu ochrony interesu publicznego, a ma za zadanie ochronę prywatnych interesów ekonomicznych danego podmiotu przed antykonkurencyjnymi zachowaniami innych podmiotów na rynku. Inicjatywa wszczęcia tej procedury leży po stronie podmiotu prywatnego, który poniósł szkodę wskutek zakazanych działań. W prywatnym trybie stosowania prawa to sąd jako instytucja publiczna realizuje ochronę prawną prywatnych interesów podmiotu, co czyni w oparciu o reguły proceduralne określone dla rozstrzygania sporów w stosunkach z zakresu prawa cywilnego²⁹.

Prywatnoprawne stosowanie prawa konkurencji jest trybem, który największą popularność zyskał w Stanach Zjednoczonych Ameryki od czasu wprowadzenia przez ustawę Claytona z 15.10.1914 r.³⁰ (ang. *Clayton Antitrust Act*, dalej: ustawa Claytona) tzw. potrójnego odszkodowania (ang. *treble damages*)³¹ umożliwiającego poszkodowanemu uzyskanie trzykrotności poniesionej szkody powiększonej o koszty obsługi prawnej³². Podnosi się, że w Stanach Zjednoczonych prywatnoprawne stosowanie prawa konkurencji stanowi nie tylko instrument odszkodowawczy, ale także odstrasający i sankcjonujący. Takie podejście jest uzasadnione amerykańską tradycją stosowania prawa konkurencji³³. Potrójne odszkodowanie od momentu jego wprowadzenia pełniło właśnie te funkcje. Podczas gdy Departament Sprawiedliwości posiada pełne kompetencje do ścigania wszystkich naruszeń sekcji 1 i 2 ustawy Shermana, to zakres publicznoprawnego stosowania prawa konkurencji został zawężony z czasem do najpoważniejszych jego naruszeń. W pozostałych przypadkach publicznoprawne stosowanie prawa konkurencji w Stanach Zjednoczonych

²⁹ A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie*, s. 32–33.

³⁰ Pub. L. 63–212, 38 Stat. 730, 15 U.S.C. §§ 12–27, 29 U.S.C. §§ 52–53, z 15.10.1914 r.

³¹ Sekcja 4 ustawy Claytona.

³² Podaje się jednak, że w ostatniej dekadzie popularność tego trybu stosowania prawa konkurencji zmniejszyła się. Tłumaczy się to koniecznością wykazania przez powoda, że naruszenie prawa konkurencji jest wiarygodną możliwością (standard ustanowiony w sprawie *Bell Atlantic Inc. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 2007).

³³ W. Wils, *Private Enforcement of EU Antitrust Law*, s. 15; F. Jacobs, *Civil Enforcement of EEC Antitrust Law*, *Michigan Law Review* 1984, Vol. 82, No. 5/6, § 1371.

ogranicza się do zabezpieczenia roszczeń, podczas gdy efekt odstraszenia realizowany jest właśnie poprzez potrójne odszkodowanie³⁴.

Prywatnoprawne stosowanie prawa konkurencji w porządkach prawnych opartych na modelu administracyjnym odgrywa do tej pory niewielką, o ile nie znikomą rolę. W UE odnotowuje się bardzo mało przypadków prywatnych powództw z tytułu naruszenia prawa konkurencji, w których powodom udało się uzyskać odszkodowanie³⁵. Podaje się, że w latach 2006–2012 tylko w 25% spraw, w których wydano decyzję zakazującą na podstawie art. 7 rozporządzenia Nr 1/2003, wszczęcie postępowań wynikało z powództwa prywatnego tytułem dochodzenia odszkodowania. Co więcej, tylko w siedmiu państwach członkowskich odnotowano przypadki takich powództw – w głównej mierze w Wielkiej Brytanii, Niemczech i Holandii³⁶.

Na gruncie prawa konkurencji UE sądowe dochodzenie roszczeń z tytułu naruszenia zakazów określonych w art. 101 i 102 TFUE możliwe jest z kilku względów. Po pierwsze, oba te artykuły jako nieliczne w całym TFUE skierowane są do podmiotów prywatnych, a nie do państw członkowskich. Po drugie, regulacje traktatowe, które ustanawiają zakazy praktyk ograniczających konkurencję, odnoszą skutek bezpośredni, co oznacza, że podmioty wskazujące na naruszenia art. 101 lub 102 TFUE mogą skorzystać z krajowej drogi sądowej w ich egzekwowaniu. W literaturze dominuje przekonanie, że bezpośredni skutek tych przepisów stanowi warunek odpowiedzialności odszkodowawczej³⁷. Po trzecie, możliwość prywatnego stosowania prawa konkurencji jest konieczna, aby zapewnić pełną skuteczność art. 101 i 102 TFUE. Podaje się wręcz, że skargi o odszkodowanie przed sądami krajowymi mogą wpłynąć na lepsze zachowanie skutecznej konkurencji w UE³⁸. Zakres roszczeń dostępnych dla powodów, ich charakter i sposób dochodzenia jest określony co do

³⁴ W. Wils, *Private Enforcement of EU Antitrust Law*, s. 16. Zob. R. Molski, *Prywatnoprawna ochrona konkurencji w amerykańskim*, s. 770. R.H. Lande zwraca uwagę na to, że w praktyce potrójne odszkodowanie jest dla większości pozywających raczej nieosiągalne. Jego rzeczywista wysokość często zbliża się do kwoty „zwyčajnego” odszkodowania, a niejednokrotnie może być od niego mniejsza. Zob. R.H. Lande, *Are Antitrust „Treble” Damages Really Single Damages?*, *Ohio State Law Journal* 1993, No. 54, s. 118.

³⁵ OECD, *Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement*, s. 4.

³⁶ *Ibidem*, s. 5.

³⁷ A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie*, s. 109.

³⁸ Wyr. ETS z 20.9.2001 r., C-453/99 *Courage Ltd. v. Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd. i in.*, ECLI:EU:C:2001:465, pkt 27.

zasady w prawie krajowym, przy czym nieistotne jest, czy roszczenia te wynikają z naruszenia krajowych czy unijnych reguł konkurencji³⁹.

W dniu 11.6.2013 r. KE opublikowała pakiet dotyczący powództw o odszkodowania z tytułu naruszenia unijnych reguł konkurencji, którego celem było ułatwienie prywatnoprawnego stosowania prawa konkurencji⁴⁰. W konsekwencji opublikowania pakietu następnie przyjęta została dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z 26.11.2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objętego przepisami prawa krajowego⁴¹. Zgodnie z art. 21 ust. 1 dyrektywy odszkodowawczej państwa członkowskie zostały zobowiązane do implementowania jej postanowień do 27.12.2016 r. Z informacji udostępnionych przez KE wynika, że niemal dwa miesiące po upływie terminu implementacji dyrektywy odszkodowawczej spośród 28 państw członkowskich UE dyrektywa odszkodowawcza została implementowana tylko w 10 państwach⁴². W Polsce dyrektywa odszkodowawcza została implementowana ustawą z 21.4.2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji⁴³.

³⁹ A. Jurkowska-Gomułka, Od publicznego do prywatnego wdrażania reguł konkurencji w Unii Europejskiej i Polsce, w: *Dochodzenie przed sądem polskim roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji* (red. A. Piszcz, D. Wolski), Warszawa 2016, s. 20. Autorka podaje, że w okresie przed implementacją dyrektywy odszkodowawczej w polskim porządku prawnym powodem przysługiwało skorzystanie z roszczeń odszkodowawczych realizowanych w ramach odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 i n. KC) oraz odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych (art. 415 i n. KC). Dodatkowo możliwe jest dochodzenie przed sądem następujących roszczeń: o zaniechanie (art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010, dalej: ZNKU), zapobiegawczych (art. 439 KC), o usunięcie skutków naruszenia (art. 18 ust. 1 pkt 2 ZNKU), o przywrócenie stanu poprzedniego (art. 363 § 1 KC), z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 KC), o wydanie bezpodstawnie uzyskanych korzyści (art. 18 ust. 1 pkt 5 ZNKU), publikacyjnego (art. 18 ust. 1 pkt 3 ZNKU), zasądzenia odpowiedniej kwoty na cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej bądź dziedzictwa narodowego (art. 18 ust. 1 pkt 6 ZNKU). Dyrektywa odszkodowawcza nie odzwierciedla szerokiego katalogu powyższych roszczeń służących reagowaniu na antykonkurencyjne zachowania na rynku, ponieważ jej zakres został zawężony do roszczeń odszkodowawczych.

⁴⁰ Zob. A. Piszcz, „Pakiet” Komisji Europejskiej dotyczący powództw o odszkodowania z tytułu naruszenia unijnych reguł konkurencji oraz zbiorowego dochodzenia roszczeń, *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 2013, Nr 5(2).

⁴¹ Dz.Urz. UE L 349 z 5.12.2014 r., s. 1–19, dalej: dyrektywa odszkodowawcza.

⁴² <http://www.privateenforcement.pl/pl/newsroom/stan-wdrazania-dyrektywy/> (dostęp: 13.10.2017 r.).

⁴³ Dz.U. z 2017 r. poz. 1132, dalej: RNaprSzkU.

Przepisy RNaprSzkU mają zmodyfikować ogólny reżim procesowy przewidziany w ustawie z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁴⁴. W zakresie nieuregulowanym w sposób szczególny w ustawie odszkodowawczej sprawy o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji są rozpoznawane na podstawie przepisów KPC. Sprawy objęte zakresem RNaprSzkU są rozpoznawane w trybie procesu cywilnego, według przepisów ogólnych o procesie, co jest zgodne z jego charakterem i kontradiktoryjną strukturą⁴⁵.

Już w projekcie RNaprSzkU zaproponowano, aby sprawy o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji były rozstrzygane przez sądy okręgowe bez względu na wartość przedmiotu sporu. Uzasadnia to wysoki stopień skomplikowania tych spraw, zwłaszcza wówczas, gdy przed wytoczeniem powództwa nie została wydana decyzja organu ochrony konkurencji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, a także ich związek z publicznym trybem stosowania prawa konkurencji oraz występujące w nich rozwiązania dowodowe, stanowiące nowość w polskim postępowaniu cywilnym⁴⁶.

W literaturze wskazuje się na wątpliwość dotyczącą tego, czy proponowane w dyrektywie odszkodowawczej rozwiązania przyczynią się do większej liczby roszczeń, a jednocześnie – czy zwiększą skuteczność prywatnoprawnego stosowania reguł konkurencji w UE. Przewiduje się, że dopiero na przestrzeni kolejnych lat, a nie miesięcy, możliwe będzie określenie faktycznych skutków w tym zakresie⁴⁷.

§ 3. Negocjacyjny i konfrontacyjny sposób stosowania prawa konkurencji

Na wstępie odnotować należy, że i publiczny, i prywatny tryb stosowania prawa konkurencji może być zarówno negocjacyjny, jak i konfrontacyjny.

⁴⁴ T.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 155, dalej: KPC.

⁴⁵ Zespół KKPC ds. implementacji dyrektywy 2014/104/UE, „Projekt założeń projektu ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji”, s. 16.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 17.

⁴⁷ D. Wolski, Implementacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji (2014/104/UE), w: *Prawo konkurencji 25 lat* (red. T. Skoczny), Warszawa 2016, s. 304.

Stąd konieczna jest próba charakterystyki obu tych sposobów na płaszczyźnie publicznej i prywatnej. Należy przy tym dodać, że publicznoprawne stosowanie prawa konkurencji odnosi się zarówno do prawa UE, jak i prawa krajowego, podczas gdy prywatnoprawne stosowanie tego prawa odnosi się tylko do prawa krajowego.

I. Negocjacyjne i konfrontacyjne stosowanie prawa konkurencji w trybie publicznym

W literaturze prawniczej wyróżnia się dwa zasadnicze sposoby publicznoprawnego stosowania prawa konkurencji – sposób sporny (konfrontacyjny, ang. *adversarial, contested*) i sposób negocjacyjny (niekonfrontacyjny, ugodowy, ang. *negotiated, non-contested, settlement*). Różnią się one w trzech aspektach:

- 1) celów, jakie realizują organ ochrony konkurencji i przedsiębiorstwo,
- 2) zakresu ich kooperacji w postępowaniu dowodowym,
- 3) znaczenia i wysokości kar pieniężnych⁴⁸.

W świetle powyższych trzech kryteriów przyjmuje się, że sposób sporny w pełni odpowiada klasycznemu paradygmatowi prawa publicznego opartego na jednostronnym, władczym rozstrzygnięciu organu państwa skierowanym do danego podmiotu w granicach określonych przez prawo⁴⁹. Sporny sposób stosowania prawa konkurencji, określane też mianem reaktywnego, charakteryzuje się kilkoma cechami. Pierwszą z nich są sprzeczne cele uczestników postępowania antymonopolowego. Dążeniem organu ochrony konkurencji jest eliminacja zagrożeń lub też rozwiązanie problemów mogących skutkować ograniczeniem konkurencji na rynku, np. poprzez stwierdzenie, że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję, w związku z czym konieczne jest nałożenie kary na przedsiębiorstwo. Z kolei celem przedsiębiorstwa w postępowaniu antymonopolowym jest obrona przed zakazem koncentracji lub stwierdzeniem naruszenia zakazu praktyki ograniczającej konkurencję już w trakcie postępowania, a gdy okaże się to nieskuteczne, to także w drodze poddania decyzji organu ochrony konkurencji kontroli sądowej. Po drugie, w spornym sposobie stosowania prawa konkurencji postępowanie

⁴⁸ T. Skoczny, *Negocjacyjne stosowanie prawa ochrony konkurencji*, s. 456.

⁴⁹ F. Wagner-von Papp, *Best and Even Better Practices in Commitment Procedures after Alrosa: The Dangers of Abandoning the „Struggle for Competition Law”*, *Common Market Law Review* 2012, Vol. 49, Issue 3, s. 933.

przyjmuje charakter jednostronny, ponieważ to na organie ochrony konkurencji spoczywa ciężar dowodu. W rezultacie postępowanie dowodowe komplikuje się i często przeciąga w czasie, zważywszy na to, że przedsiębiorstwa nie mają interesu w ułatwianiu organowi antymonopolowemu wykazania przypisywanych im zarzutów. Po trzecie, działania organu ochrony konkurencji przybierają formę represji wobec przedsiębiorstwa, która przybiera formę niejednokrotnie wysokich kar pieniężnych za naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję⁵⁰.

W literaturze zauważa się, że inwazyjność i represyjność spornego sposobu stosowania prawa konkurencji prowadzi do zwiększenia roli prawa konkurencji i przyrostu aktów prawnych w tym zakresie (ang. *juridification*). Oznacza to, że postępowanie antymonopolowe staje się bardziej sformalizowane, prawa i obowiązki jego uczestników są często skrupulatnie określone, a dobór sankcji i sposób ich obliczania jest bardziej przejrzysty. Można uznać, że w pełni konfrontacyjne postępowanie antymonopolowe cechuje pewien rygor, a także ostrożność w gromadzeniu materiału dowodowego. Zważywszy na to, że sankcje dla przedsiębiorstwa mogą być bardzo dotkliwe, większy nacisk kładziony jest na odpowiednie zagwarantowanie praw proceduralnych przedsiębiorstwom, w tym umożliwienie im kontroli sądowej decyzji organu ochrony konkurencji⁵¹.

Sposób negocjacyjny, w odróżnieniu od spornego, cechuje się występowaniem wielu elementów paradygmatu prawa umów, takich jak np. zbliżona siła przetargowa uczestników procedury⁵². Sposób ten określany jest mianem proaktywnego ze względu na jego trzy główne właściwości. Po pierwsze, dominującą rolę pełni w nim wspólna wola uczestników postępowania, aby wyeliminować na rynku zachowanie, które budzi zastrzeżenia organu ochrony konkurencji. Wola ta dotyczyć może także wspólnego dążenia do usunięcia naruszenia danego zakazu praktyk ograniczających konkurencję oraz do osiągnięcia innych celów istotnych dla obu stron postępowania antymonopolowego⁵³. Drugą istotną cechą negocjacyjnego sposobu stosowania prawa jest dominacja współpracy pomiędzy organem ochrony konkurencji a przedsiębiorstwami, które zamierzają uczestniczyć w koncentracji budzącej zagrożenie

⁵⁰ T. Skoczny, *Negocjacyjne stosowanie*, s. 456–457.

⁵¹ C. Harding, J. Joshua, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford 2010, s. 304.

⁵² T. Skoczny, *Negocjacyjne stosowanie*, s. 457; F. Wagner-von Papp, *Best and Even Better Practices*, s. 933.

⁵³ Np. ograniczenie kosztów postępowania czy zapobieżenie uszczerbkom na wizerunku uczestniczących w postępowaniu przedsiębiorstw.

dla konkurencji bądź którym zarzuca się naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Celem współdziałania w tym wypadku jest uzyskanie możliwie najlepszego dla organu ochrony konkurencji i przedsiębiorstwa rezultatu. Ułatwia to m.in. samo postępowanie dowodowe, gdyż przedsiębiorstwa dobrowolnie przekazują informacje organowi ochrony konkurencji. Po trzecie, interwencja organu ochrony konkurencji w działania przedsiębiorstwa nie jest tak represyjna, jak w przypadku spornego sposobu stosowania prawa ochrony konkurencji – kary są niższe lub nie ma ich wcale⁵⁴.

II. Negocjacyjne i konfrontacyjne stosowanie prawa konkurencji w trybie prywatnym

W porządkach prawnych funkcjonują różne modele regulacyjne dotyczące prywatnego dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia prawa konkurencji. W literaturze wskazuje się, że w ustawodawstwach europejskich, pomimo swojej mozaiki regulacyjnej w tym zakresie, konfrontacyjny sposób prywatnoprawnego stosowania prawa konkurencji w większości przypadków opiera się na powództwie cywilnym, z którym poszkodowany może wystąpić do sądu powszechnego. Podstawę ochrony prawa do kompensacji z tytułu naruszenia prawa konkurencji wywodzi się najczęściej z ogólnych zasad odpowiedzialności cywilnej z tytułu deliktu lub kontraktu. Zadaniem sądu jest samodzielna ocena, czy zarzucane przedsiębiorcy zachowania stanowią naruszenie reguł konkurencji. Sąd bada także, czy w konkretnej sprawie dotyczącej naruszenia reguł konkurencji wystąpiła szkoda⁵⁵. Wystąpienie z powództwem cywilnoprawnym jest możliwe w każdym momencie, bez względu na to, czy jednocześnie prowadzone jest postępowanie w interesie publicznym⁵⁶. Sprawy cywilne z obszaru prywatnego stosowania prawa konkurencji mogą być sprawami ze stosunków tylko między przedsiębiorstwami lub ze stosunków między przedsiębiorstwami a konsumentami⁵⁷.

Negocjacyjny sposób prywatnoprawnego stosowania prawa konkurencji opiera się na tzw. polubownym rozstrzygnięciu sporów, które może być rozumiane jako „wszelkie mechanizmy umożliwiające stronom pozasądowe roz-

⁵⁴ T. Skoczny, *Negocjacyjne stosowanie*, s. 457.

⁵⁵ R. Stefanicki, *Prywatnoprawne środki*, s. 101.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 108.

⁵⁷ A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne*, s. 144.

wiązanie sporu dotyczącego roszczenia odszkodowawczego⁵⁸. Pozasądowe metody rozwiązywania sporów cechują się co do zasady dużo większą elastycznością i sprawnością niż postępowania sądowe, które są silniej sformalizowane, co sprawia, że konsensualne metody rozwiązywania sporów bardziej współgrają z celami prawa prywatnego⁵⁹. Metody te łączy jedna wspólna cecha, którą jest nakierowanie na rozwiązanie sporu bez interwencji organu państwowego. Dodatkowo wszystkie metody pozasądowego rozstrzygania sporów mają swoje źródło w woli stron. Aksjologicznie wynikają zatem z zasady autonomii i swobody kontraktowania i stanowią wyraz partnerskiego podejścia do strony brojącej odmiennych interesów⁶⁰.

§ 4. Instrumenty negocjacyjnego i konfrontacyjnego sposobu stosowania prawa konkurencji

I. Instrumenty konfrontacyjnego i negocjacyjnego stosowania prawa konkurencji w trybie publicznym

W literaturze utrzymuje się, że do najbardziej charakterystycznych instrumentów konfrontacyjnego sposobu stosowania prawa konkurencji w trybie publicznym należą:

- 1) bezwarunkowe zakazy dokonania koncentracji;
- 2) decyzje stwierdzające naruszenie któregoś z zakazów praktyk ograniczających konkurencję⁶¹ (ang. *infringement decisions*).

Decyzje KE stwierdzające naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję (dalej: decyzje zakazujące) wydawane są na podstawie art. 7 rozporządzenia Nr 1/2003. W literaturze wymienia się następujące cechy decyzji zakazujących:

- 1) definitywnie potępiają badaną praktykę ograniczającą konkurencję poprzez stwierdzenie, że stanowi ona naruszenie prawa konkurencji;

⁵⁸ Art. 2 pkt 21 dyrektywy odszkodowawczej.

⁵⁹ R. *Stefanicki*, *Prywatnoprawne środki*, s. 389.

⁶⁰ M. *Modzelewska de Raad*, *Polubowne rozstrzygnięcie sporów wynikających ze szkód wyrządzonych naruszeniem prawa konkurencji*, w: *Dochodzenie przed sądem polskim roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji* (red. A. *Piszczyński*, D. *Wolski*), Warszawa 2016, s. 164.

⁶¹ Art. 7 i 23 rozporządzenia Nr 1/2003.

- 2) naruszenie prawa konkurencji uważa się za udowodnione przez organ ochrony konkurencji, nawet jeżeli przedsiębiorstwo przedłożyło liczne dowody, które miałyby usprawiedliwić jego zachowanie⁶²;
- 3) wydanie decyzji zakazującej często kończy się nałożeniem kary pieniężnej na przedsiębiorstwo, które dopuściło się naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję;
- 4) z reguły adresaci decyzji zakazujących poddają decyzję organu ochrony konkurencji kontroli sądowej⁶³.

Z kolei w zakresie negocjacyjnego sposobu stosowania prawa konkurencji zasadniczymi instrumentami są zgody warunkowe⁶⁴ (w sprawach koncentracji) oraz decyzje zobowiązujące⁶⁵ (w sprawach praktyk ograniczających konkurencję). W literaturze przyjmuje się, że instrumentem negocjacyjnego sposobu stosowania prawa konkurencji jest także unijna procedura ugodowa *settlement*⁶⁶. W tej kwestii zgłaszane są jednak wątpliwości, ponieważ w procedurze *settlement* istnienie naruszenia reguł konkurencji i stosowność sankcji nie są poddawane negocjacji. W procedurze tej przedsiębiorstwo może być jedynie nagrodzone za współpracę z organem antymonopolowym. Celem procedury *settlement* jest bowiem usprawnienie działania KE poprzez umożliwienie jej załatwiania większej liczby spraw przy wykorzystaniu tych samych zasobów⁶⁷. Podobnie jest w przypadku procedury *leniency*, której status jako negocjacyjnego instrumentu stosowania prawa konkurencji jest dyskusyjny. Pomimo tego, że w procedurze tej dominuje współpraca organu ochrony konkurencji i przedsiębiorstwa, to w sposób formalny procedura *leniency* pozostaje częścią konfrontacyjnego sposobu egzekwowania zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Kompromisowe wydaje się zatem stanowisko,

⁶² W doktrynie zwraca się uwagę na to, że decyzje zakazujące powinny wobec tego zawierać szczegółową ocenę ekonomiczną i prawną wraz z wyczerpującym uzasadnieniem ustaleń organu ochrony konkurencji. Zob. T. Skoczny, *Negocjacyjne stosowanie*, s. 458.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Art. 6 ust. 2 i art. 8 ust. 2 rozporządzenia Nr 139/2004 oraz art. 19 ustawy z 10.6.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2014 r. poz. 945), dalej: *OchrKonkurZmU*.

⁶⁵ Art. 9 rozporządzenia Nr 1/2003 i art. 12 *OchrKonkurU*.

⁶⁶ Art. 10a rozporządzenia Nr 773/2004.

⁶⁷ T. Skoczny, *Negocjacyjne stosowanie*, s. 459. Zob. też J.D. Cook, *Negotiated Settlements under EC Competition Law: A Judicial Perspective*, w: *European Competition Law Annual 2008. Antitrust Settlements under EC Competition Law* (eds. C.-D. Ehlermann, M. Marquis), Oxford-Portland, Oregon 2010, s. 274.

że procedurę *leniency* można uznać za konsensualny instrument stosowania prawa konkurencji tylko w szerokim ujęciu tego terminu⁶⁸.

W przypadku decyzji zobowiązujących w literaturze podkreśla się ich hybrydową naturę. W stosowaniu tych decyzji jednostronne władcze rozstrzygnięcie zastąpione zostaje przez negocjacje i porozumienie pomiędzy stronami. Z drugiej zaś strony w procedurze stosowania decyzji zobowiązujących można dostrzec wyraźne podobieństwo do prawa zobowiązań. Podobieństwo to polega na tym, że tak jak strony stosunku zobowiązaniowego, przedsiębiorstwo i organ ochrony konkurencji podejmują negocjacje, w których dążą do zabezpieczenia swoich interesów, zachowując prawo odstąpienia od nich⁶⁹.

Decyzje zobowiązujące charakteryzują się tym, że:

- 1) jedynie stwierdzają prawdopodobieństwo (a nie udowadniają) naruszenia prawa konkurencji, w związku z czym nie są kategorięczne w swojej ocenie badanych praktyk ograniczających konkurencję;
- 2) pomiędzy organem ochrony konkurencji a przedsiębiorstwem istnieje współpraca zarówno na poziomie postępowania dowodowego, jak i formułowania decyzji;
- 3) nie mają one charakteru sankcjonującego, ponieważ na przedsiębiorstwo nie zostaje nałożona kara pieniężna, zważywszy na to, że nie doszło do udowodnienia naruszenia;
- 4) nakładają na przedsiębiorstwo wiążące zobowiązania, od których nieczęsto się ono odwołuje i na które rzadko składa skargę do sądu⁷⁰.

W ostatnim dziesięcioleciu XX w. w wielu państwach na świecie zauważalna stała się zmiana reguł stosowania materialnego prawa konkurencji. Polega ona na rozwoju nowych instrumentów przeciwdziałania praktykom naruszającym konkurencję podejmowanych przez przedsiębiorstwa. Celem tych instrumentów ma być zachęcenie przedsiębiorstw do samodzielnego przyznania się do popełnionych naruszeń lub też do podjęcia zobowiązań, które doprowadziłyby do usunięcia naruszenia prawa konkurencji w zamian za uniknięcie bądź obniżenie kary pieniężnej, bądź też odstąpienie od orzekania o samym naruszeniu. Wspólnota Europejska, a potem UE, dosyć szybko zaczęła powielać te rozwiązania w praktyce, a następnie w aktach prawa zarówno wiążącego, jak i w tzw. miękkim prawie, np. w obwieszczeniach KE⁷¹. Przyjęcie

⁶⁸ T. Skoczny, *Negocjacyjne stosowanie*, s. 460.

⁶⁹ F. Wagner-von Papp, *Best and Even Better Practices*, s. 933.

⁷⁰ T. Skoczny, *Negocjacyjne stosowanie*, s. 459.

⁷¹ K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych. W kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 461.

przez UE oraz państwa członkowskie powyższych rozwiązań stało się najbardziej dostrzegalne w ostatnich 10–12 latach⁷². Zmiana reguł stosowania materialnego prawa konkurencji dotyczy zarówno relacji pomiędzy dwoma głównymi uczestnikami procesu stosowania prawa (organem ochrony konkurencji oraz przedsiębiorstwami), jak i możliwości wpływania przedsiębiorstw na rozstrzygnięcie sprawy. W literaturze podnosi się, że proces ten polegał na uzupełnieniu systemu unijnego, a także niektórych państw członkowskich, o dodatkowe instrumenty uruchamiane na pewnym etapie postępowania w sprawach koncentracji czy praktyk ograniczających konkurencję. Zmiana ta zatem nie stanowiła całkowitego zastąpienia wcześniejszych reguł stosowania materialnego prawa konkurencji⁷³.

W przypadku spraw dotyczących koncentracji negocjacyjne stosowanie prawa konkurencji przejawia się w możliwości współpracy pomiędzy organem ochrony konkurencji a przedsiębiorstwem, uwieńczoną wydaniem tzw. zgody warunkowej (ang. *conditional approval, clearing*). W świetle wspomnianego rozporządzenia Nr 139/2004, obok udzielanych przez Komisję bezwarunkowych zgód na dokonanie koncentracji lub wydawanych zakazów dokonania koncentracji, KE może wydać zgodę warunkową, gdy zainteresowane przedsiębiorstwa dokonały stosownych zmian, a koncentracja nie budzi poważnych zastrzeżeń KE. Do powyższej decyzji KE może dołączyć „warunki i obowiązki” zmierzające do zapewnienia, iż zainteresowane przedsiębiorstwa wywiązały się ze złożonych wobec KE zobowiązań zapewniających zgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem⁷⁴ lub też zmierzające do zapewnienia, że zainteresowane przedsiębiorstwa spełniają zobowiązania podjęte wobec KE gwarantujące, iż koncentracja jest zgodna ze wspólnym rynkiem⁷⁵. Szczegółowe zasady stosowania zgody warunkowej określone zostały w art. 19–20 rozporządzenia KE (WE) Nr 802/2004 z 7.4.2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) Nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw⁷⁶ oraz w wytycznych KE⁷⁷. Instytucja zgody warunkowej funkcjonuje też w polskim prawie, które pozwala Prezesowi UOKiK wydać zgodę na doko-

⁷² W przypadku prawa koncentracji zmiany te zaczęły się jeszcze w ostatniej dekadzie poprzedniego wieku. Zob. T. Skoczny, *Negocjacyjne stosowanie*, s. 445.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Art. 6 ust. 2 zd. 2 rozporządzenia Nr 139/2004.

⁷⁵ Art. 8 ust. 2 zd. 2 rozporządzenia Nr 139/2004.

⁷⁶ Dz.Urz. UE L 133 z 30.4.2004 r., s. 1–39, dalej: rozporządzenie Nr 802/2004.

⁷⁷ T. Skoczny, *Negocjacyjne stosowanie*, s. 446. Zob. też T. Skoczny, *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*, Warszawa 2012.

nanie koncentracji, gdy spełnione zostały określone warunki, a koncentracja nie ograniczy w sposób istotny konkurencji na rynku⁷⁸. Zarówno w UE, jak i w Polsce w postępowaniach w sprawach koncentracji uczestnicy postępowania zazwyczaj toczą ze sobą spór dotyczący ewaluacji planowanej koncentracji w świetle testu konkurencji, a rozwiązanie tego sporu ostatecznie należy do organu ochrony konkurencji⁷⁹. Niekiedy jednak spór ten może przybrać postać współdziałania⁸⁰, jeżeli przedsiębiorstwo wykaże gotowość zastosowania środków zaradczych (ang. *remedies*)⁸¹ lub jeżeli organ ochrony konkurencji, informując przedsiębiorstwo zgłaszające zamiar dokonania koncentracji, wyrazi gotowość jej dokonania pod określonymi warunkami, a także gdy inicjatywę⁸² taką podejmie zgłaszające przedsiębiorstwo⁸³.

Stosowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję, zarówno w przypadku prawa unijnego, jak i polskiego, opiera się na konfrontacyjnej relacji pomiędzy organem ochrony konkurencji a przedsiębiorstwem. Skoro na pierwszym z nich spoczywa ciężar dowodu w zakresie ustalenia, że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję, to przedsiębiorstwo nie ma żadnego interesu, aby nawiązać dialog z organem ochrony konkurencji w celu określenia treści decyzji stwierdzającej naruszenie zakazu (ewentualnie nakładającej na niego karę pieniężną)⁸⁴.

Do istotnej zmiany w naturze relacji pomiędzy organem ochrony konkurencji a przedsiębiorstwem w sprawach praktyk ograniczających konkurencję w prawie unijnym doszło 1.5.2004 r., gdy rozporządzenie Nr 1/2003 umożliwiło KE wydawanie decyzji zobowiązujących w przypadku, gdy zamierza ona wydać decyzję nakazującą zaprzestania naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję, a uczestniczące w nich przedsiębiorstwa zaproponują stosowne zobowiązania. Wówczas KE może uznać te zobowiązania za wiążące. W przypadku prawa polskiego instytucja decyzji zobowiązującej została wprowadzona nowelą do OchrKonkurU. Na podstawie art. 12 OchrKonkurU decyzja zobowiązująca może zostać wydana, jeżeli zostanie uprawdopodobniona,

⁷⁸ Ustawa z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 369 ze zm.), dalej: OchrKonkurU. Szczegółową procedurę wydawania zgody warunkowej określa nowy art. 96a OchrKonkurU.

⁷⁹ Art. 2 ust. 2 i 4 rozporządzenia Nr 139/2004, art. 18 i 20 ust. 1 OchrKonkurU.

⁸⁰ W UE w pierwszej lub drugiej (np. art. 6 ust. 2 lub art. 8 ust. 2 rozporządzenia Nr 139/2004), a w Polsce tylko w drugiej (art. 96a OchrKonkurU) fazie postępowania w sprawach koncentracji.

⁸¹ Art. 19–20 rozporządzenia Nr 802/2004.

⁸² Np. art. 96a ust. 3–9 OchrKonkurU.

⁸³ T. Skoczny, *Negocjacyjne stosowanie*, s. 447.

⁸⁴ *Ibidem*.

że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Wówczas przedsiębiorstwo, które proponuje zobowiązania co do podjęcia lub zaniechania określonych działań w celu zakończenia naruszenia (bądź usunięcia jego skutków) może zostać zobligowane do ich wykonania⁸⁵.

Innym istotnym instrumentem negocjacyjnego sposobu stosowania unijnego prawa konkurencji są tzw. procedury ugodowe (ang. *settlement procedures*). Artykuł 10a rozporządzenia Nr 773/2004 zawiera podstawy prawne prowadzenia postępowań ugodowych w sprawach kartelowych (ang. *cartel settlement procedure*)⁸⁶. W 2008 r. KE wprowadziła tzw. Pakiet Ugody (ang. *Settlements Package*), który zawierał rozporządzenie KE (WE) Nr 622/2008 z 30.6.2008 r. zmieniające rozporządzenie (WE) Nr 773/2004 w odniesieniu do prowadzenia postępowań ugodowych w sprawach kartelowych⁸⁷, a także obwieszczenie KE z 2.7.2008 r. w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na mocy art. 7 i 23 rozporządzenia Rady (WE) Nr 1/2003 w sprawach kartelowych⁸⁸ (ang. *Settlement Notice*). Celem obwieszczenia miało być wyznaczenie zasad nagradzania za współpracę przy prowadzeniu postępowań wszczętych w związku z zastosowaniem art. 101 TFUE do spraw kartelowych. Ponadto, jak wynika z obwieszczenia ugodowego KE, postępowanie ugodowe pozwala KE rozpatrzyć większą liczbę spraw przy wykorzystaniu dostępnych zasobów, „zwiększając tym samym publiczne zainteresowanie kwestią skutecznych i szybkich kar stosowanych przez KE, przy równoczesnym zwiększeniu ogólnego efektu prewencyjnego”⁸⁹. W procedurze ugodowej przedsiębiorstwa mają możliwość przyznania się do udziału w kartelu w zamian za zmniejszenie o 10% kary pieniężnej, która zostałaby na nie nałożona w ogólnym postępowaniu⁹⁰.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 448.

⁸⁶ *Ibidem*. Zob. też E. Krajewska, Settlement w świetle doświadczeń europejskich – w poszukiwaniu najlepszych rozwiązań, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, Nr 4(1); F. Laina, E. Laurinen, The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges, Journal of European Competition Law and Practice 2013, Vol. 4, Issue 4; M. Radziun, Postępowanie ugodowe w prawie konkurencji Unii Europejskiej, Europejski Przegląd Sądowy 2017, Nr 4(139).

⁸⁷ Dz.Urz. UE L 171 z 1.7.2008 r., s. 3–5.

⁸⁸ Dz.Urz. UE C 167 z 2.7.2008 r., s. 1–6, dalej: obwieszczenie ugodowe. Zob. też J. Joshua, K. Hugmark, I. Daems, What's the Deal? Navigating the European Commission's 2008 Settlement Notice, European Antitrust Review 2009, No. 2.

⁸⁹ Obwieszczenie ugodowe, cz. 1, pkt 1.

⁹⁰ L. Ortiz Blanco, K. Jörgens, M. Tierno Centella, The Organization of European Commission Proceedings, w: EU Competition Procedure (ed. L. Ortiz Blanco), Oxford 2013, s. 171.