

Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji
Instytut Nauk Administracyjno-Prawnych
Zakład Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego

Tomasz Krzyżewski

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

Autoreferat pracy doktorskiej

Promotor **dr hab. Cezary Banasiński prof. UW**
Recenzenci **dr hab. Anna Piszcz prof. UwB**
 dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka prof. WSIiZ

1. Gospodarcze i prawne znaczenie tematu

Przedmiot pracy doktorskiej stanowi regulacja instytucja zakazu konkurencji w polskim i unijnym prawie antymonopolowym oraz praktyka jej stosowania przez Prezesa UOKiK i Komisję.

Klauzule te, polegające na ograniczeniu przedsiębiorców w zakresie swobody podejmowania działalności gospodarczej określonego typu lub swobody zaopatrywania się w towary u określonych dostawców stanowią ograniczenia, uderzające w samą istotę wartości, jaką jest konkurencja poprzez uniemożliwienie przedsiębiorcom podejmowania działań konkurencyjnych względem kontrahenta lub nawiązywania relacji handlowych z jego konkurentami. Chociaż powyższy uproszczony opis instytucji zakazu konkurencji wskazuje na wyjątkowo silny antykonkurencyjny potencjał tego typu postanowień umownych, to jednak zarówno polskie, jak i unijne przepisy prawa antymonopolowego dopuszczają ich zastosowanie w przypadku, gdy wywołują one prokonkurencyjne skutki rynkowe netto rozumiane jako sytuacje, w których skutki prokonkurencyjne przeważają nad skutkami antykonkurencyjnymi lub przynajmniej je równoważą. Z uwagi na powszechne zastosowanie omawianych klauzul identyfikacja okoliczności uzasadniających ich zastosowanie nabiera wyjątkowo istotnego znaczenia praktycznego. Kluczowe znaczenie w tym zakresie ma zaś analiza przepisów prawa antymonopolowego, stanowiących podstawę regulacji zakazu konkurencji oraz praktyki stosowania tych regulacji przez organy antymonopolowe i sądy.

Przeprowadzone badania miały charakter przekrojowy i obejmowały regulacje zakazu konkurencji w obszarze praktyk antykonkurencyjnych, tj. zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień oraz nadużywania pozycji dominującej, a także prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami. Analizie poddano również decyzje organów antymonopolowych i orzeczenia sądów podjęte w oparciu o ww. przepisy. Przyjęte podejście pozwoliło na identyfikację specyficznych elementów zakazu konkurencji stosowanego w różnych okolicznościach faktycznych wpływających na ocenę antymonopolową ograniczenia.

Chociaż przedmiotowe klauzule stanowią powszechnie stosowany element praktyk rynkowych przedsiębiorców działających w różnych sektorach gospodarki, instytucja ta nie doczekała się do tej pory całościowego opracowania w formie monografii. Tego typu przekrojowej analizy nie dostarczają również dostępne na rynku komentarze do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz rozporządzeń o włączeniach grupowych. Niniejsza praca ma na celu uzupełnienie tej luki. Z jednej strony, swoim zakresem przedmiotowym obejmuje ona bowiem wyłącznie ww. instytucję, z drugiej natomiast, charakteryzuje się kompleksowością, polegającą na objęciu badaniem wszystkich obszarów prawa

antymonopolowego w obu porządkach prawnych – polskim i unijnym. Taki podejście do tematu stanowi pewnego rodzaju nowość w przypadku instytucji zakazu konkurencji, która zwykle stanowiła jedynie element szerszych rozważań dotyczących przede wszystkim antykonkurencyjnych porozumień dystrybucyjnych, polityk rabatowych przedsiębiorców dominujących oraz ograniczeń akcesoryjnych stosowanych w ramach przeprowadzanych przez przedsiębiorców koncentracji.

2. Cel badawczy (hipoteza pracy)

Ekonomizacja prawa antymonopolowego polegająca na zwiększeniu zakresu wykorzystywania instrumentów ekonomicznych do oceny zachowań przedsiębiorców niewątpliwie pozytywnie przyczyniła się do zwiększenia skuteczności identyfikowania praktyk antykonkurencyjnych. Zastosowanie analizy ekonomicznej do weryfikacji antykonkurencyjnego (faktycznego lub potencjalnego) skutku praktyki umożliwia uniknięcie problemów powodowanych przez podejście formalistyczne oparte na weryfikacji wyłącznie cech danej praktyki, czyli posiadania przez nią pewnych elementów charakterystycznych pozwalających na zakwalifikowanie jej jako antykonkurencyjnej. Tym samym podejście ekonomiczne pozwala na uniknięcie tzw. fałszywych pozytywów, czyli uznania za dozwolone praktyk, które chociaż formalnie rzecz biorąc nie spełniają przesłanek niedopuszczalności, to jednak w praktyce wywołują skutki antykonkurencyjne oraz fałszywych negatywów, czyli zakwestionowania praktyk prokonkurencyjnych w oparciu o spełnienie przez nie formalnych przesłanek zakazu. W konsekwencji ocena antymonopolowa oparta na analizie faktycznych lub potencjalnych skutków praktyki przy założeniu, że została przeprowadzona prawidłowo, zmniejsza ryzyko podjęcia przez organ antymonopolowy nieuzasadnionej interwencji.

Jednocześnie podejście ekonomiczne powoduje po stronie przedsiębiorców konieczność przeprowadzenia każdorazowo oceny ryzyka antymonopolowego w oparciu o tą samą metodę, tj. poprzez analizę przewidywanych skutków rynkowych planowanego działania. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że istnieje szereg okoliczności, w tym przede wszystkim wybór narzędzi ekonomicznych w oparciu, o które dokonana zostanie ocena, które mogą powodować rozbieżności pomiędzy wynikami analizy przeprowadzonej przez organ antymonopolowy lub sąd, a tą przeprowadzoną przez samego przedsiębiorcę. W konsekwencji obniżony zostaje poziom pewności prawnej przedsiębiorców, rozumianej jako możliwość ustalenia na etapie planowanego działania, przewidywanego wyniku oceny antymonopolowej ich zachowania.

Przeprowadzone badania miały na celu zweryfikowanie postawionej przeze mnie tezy, że obowiązujące reguły polskiego i unijnego prawa antymonopolowego, wypracowane w ustawodawstwie polskim, prawodawstwie unijnym, a także praktyce decyzyjnej oraz orzecznictwie, pozwalają na efektywną ocenę antymonopolową zakazu konkurencji. Przesłanka „efektywności” rozumiana jest przy tym jako stan, w którym zachowana jest równowaga pomiędzy zapewnieniem przedsiębiorcom odpowiedniej pewności prawnej co do przewidywanej oceny danego stanu faktycznego przez organy antymonopolowe i sądy, a możliwością identyfikacji przez organy antymonopolowe i sądy sytuacji, w których skutki antykonkurencyjne przeważają nad pozytywnymi skutkami rynkowymi podejmowanej przez przedsiębiorców praktyki. Zgodnie z przyjętą metodologią pracy ww. teza została poddana weryfikacji w odniesieniu do zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, zakazu nadużywania pozycji dominującej oraz zakazu dokonywania antykonkurencyjnych koncentracji zarówno w polskim, jak i unijnym porządku prawnym. Tym samym postawiona teza została zweryfikowana w sposób kompleksowy z uwzględnieniem charakteru każdego z ww. obszarów prawa antymonopolowego.

3. Metodologia badawcza

W pracy zastosowałem dwie podstawowe metody badawcze. Po pierwsze – metodę dogmatyczną, polegającą na ustaleniu i interpretacji norm obowiązującego prawa poprzez językowo-logiczną analizę przepisów, decyzji organów antymonopolowych i orzecznictwa sądów. W ten sposób dokonałem analizy przepisów (w tym aktów prawa *soft law*) znajdujących zastosowanie do oceny antymonopolowej klauzul zakazu konkurencji. Po drugie – metodę prawoporównawczą (komparatystyczną), którą wykorzystałem w celu zbadania wpływu prawa unijnego na prawo polskie oraz korelację obu porządków prawnych. Wspierająco zastosowałem metodę historyczną, z której korzystałem dla ukazania ewolucji regulacji dotyczącej instytucji zakazu konkurencji.

4. Struktura pracy

Struktura pracy wynika bezpośrednio z konieczności weryfikacji postawionej tezy w odniesieniu do poszczególnych obszarów prawa antymonopolowego, na gruncie których stosowane są klauzule zakazu konkurencji. Koresponduje ona tym samym z przedmiotem pracy i wyznaczonymi celami badawczymi.

W pierwszym rozdziale pracy przedstawiono podstawowe pojęcia, niezbędne dla przeprowadzenia pełnej analizy instytucji zakazu konkurencji. W rozdziale tym

przedstawiłem również podstawowe cele prawa antymonopolowego. Kluczowe znaczenie dla przeprowadzonych badań miała przy tym identyfikacja dobrobytu konsumentów jako głównego celu prawa antymonopolowego. Ponadto, w pierwszej części pracy omówiłem podstawowe źródła polskiego i unijnego prawa antymonopolowego, mające znaczenie z punktu widzenia przedmiotu pracy, co pozwoliło na ukierunkowanie analizy w dalszych rozdziałach.

Pozostałe rozdziały pracy obejmują analizę instytucji zakazu konkurencji w odniesieniu do poszczególnych obszarów prawa antymonopolowego. Weryfikacja postawionej tezy badawczej została przeprowadzona odrębnie w odniesieniu do reguł konkurencji dotyczących kolektywnych praktyk antykonkurencyjnych – wertykalnych i horyzontalnych porozumień, praktyk jednostronnych, czyli nadużywania pozycji dominującej oraz kontroli koncentracji.

W rozdziale drugim przeprowadziłem analizę regulacji zakazu konkurencji stosowanego jako elementu zawieranych przez przedsiębiorców porozumień wertykalnych, a także badanie stosowania tej regulacji przez unijny i krajowy organ ochrony konkurencji oraz właściwe sądy. Istotną część tego rozdziału stanowi analiza zastosowania ograniczenia konkurencji w postaci zakazu konkurencji w najczęściej spotykanych modelach dystrybucji tj. dystrybucji wyłącznej, dystrybucji selektywnej, franchisingu oraz dystrybucji opartej na umowie agencyjnej, a także w połączeniu z innymi ograniczeniami konkurencji – ze sprzedażą wiążaną, ograniczeniami cen odsprzedaży oraz ograniczeniami zawieranymi w porozumieniach o zarządzaniu kategorią.

Rozdział drugi obejmuje rozważania na temat regulacji zakazu konkurencji stosowanego jako element zawieranych przez przedsiębiorców porozumień horyzontalnych, a także analizę jej stosowania przez organy antymonopolowe i sądy. W szczególności, przedmiotem badania objęto problematykę stosowania i oceny klauzul zakazu konkurencji w porozumieniach specjalizacyjnych oraz badawczo-rozwojowych, stanowiących szczególne kategorie porozumień horyzontalnych podlegających wyłączeniom grupowym zarówno w unijnym, jak i polskim porządku prawnym.

Przedmiot rozdziału czwartego stanowi regulacja zakazów konkurencji stosowanych przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą na rynku właściwym, a także stosowania tej regulacji przez Prezesa UOKiK, Komisję oraz właściwe sądy. Istotną część tego rozdziału stanowi także analiza podejścia sądów unijnych do szczególnej formy zakazu konkurencji jaką są rabaty lojalnościowe i rabaty o skutku lojalnościowym.

W rozdziale piątym przeprowadzono analizę regulacji odnoszących się do klauzul zakazu konkurencji zawieranych w transakcjach koncentracyjnych. Podobnie jak w pozostałych

rozdziałach, przedmiotem badań objęte zostało również stosowanie tej regulacji przez organy antymonopolowe i sądy.

Każdy z rozdziałów zakończony został przedstawieniem wniosków częściowych, do których doprowadziły mnie przeprowadzone badania. Wnioski te obejmują przede wszystkim wynik weryfikacji postawionej tezy w odniesieniu do konkretnego obszaru prawa antymonopolowego. W ostatniej części pracy przedstawiono natomiast całościowe podsumowanie przeprowadzonych badań wraz z końcową konkluzją w zakresie postawionej tezy.

5. Wnioski

Przeprowadzone badania miały na celu weryfikację tezy, że obowiązujące reguły prawa antymonopolowego, wypracowane w ustawodawstwie polskim i prawodawstwie unijnym, a także praktyce decyzyjnej organów antymonopolowych oraz orzecznictwie sądowym, pozwalają na efektywną ocenę antymonopolową zakazu konkurencji.

Doszedłem również do konkluzji, że ocena antymonopolowa zakazu konkurencji powinna uwzględniać dwa czynniki. Po pierwsze, chodzi o złożony charakter badanej instytucji, przejawiający się przede wszystkim w możliwości wyróżnienia dwóch głównych rodzajów zakazu konkurencji, tj. zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, polegającego na ograniczeniu kontrahenta w samodzielnym podejmowaniu danego rodzaju działalności gospodarczej, a także zakazu sprzedawania lub odsprzedawania produktów oferowanych przez konkurentów dostawcy oraz wyłączności zakupu nakładającej na nabywcę obowiązek zaopatrywania się w określone produkty wyłącznie lub w znacznym zakresie u dostawcy. Po drugie, istotny jest kontekst, w którym stosowany jest zakaz konkurencji; może nim być m.in.: budowanie określonego modelu dystrybucji produktów, prowadzenie przez przedsiębiorców kooperacji w zakresie specjalizacji produkcji lub wspólnych badań, przeprowadzanie przez nich transakcji koncentracyjnej lub jednostronne wykorzystywanie zakazu konkurencji przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą jako elementu polityki handlowej. Okoliczności faktyczne, w których stosowany jest zakaz konkurencji dostarczają dokonującemu oceny antymonopolowej informacji co do korzyści dla konkurencji powodowanych poprzez realizację danego przedsięwzięcia. Znajomość kontekstu zakazu konkurencji umożliwia również weryfikację tego, czy jego zastosowanie było niezbędne i konieczne dla osiągnięcia tych korzyści.

W przypadku praktyk kolektywnych kluczowe znaczenie dla oceny antymonopolowej zakazu konkurencji ma koncepcja relatywizacji zakazu zawierania antykonkurencyjnych

porozumień przez ustanowienie wyjątków od ogólnej reguły niedopuszczalności podejmowania tego typu współpracy przez przedsiębiorców. Wskazane w przepisach TfUE oraz u.o.k.i.k. warunki wyłączenia cechują się dużym stopniem ogólności i sprowadzają się do konieczności zbadania czy skutki prokonkurencyjne porozumienia przeważają nad powodowanymi przez nie szkodami dla konkurencji. Analiza ta, nazywana też „testem dobrobytu konsumentów” została w pewien sposób doprecyzowana w rozporządzeniach: Komisji nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych i Rady Ministrów w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, przewidujących konkretne warunki, po spełnieniu których zachodzi domniemanie pozytywnego zaliczenia testu.

Klauzule zakazu konkurowania stosowane w ramach porozumień wertykalnych wywołują szereg prokonkurencyjnych skutków rynkowych, wśród których należy wskazać przede wszystkim na rozwiązanie tzw. problemu gapowicza, polegającego na korzystaniu przez odsprzedawcę produktu z inwestycji poczynionych przez innych przedsiębiorców i powodującego tym samym zmniejszenie motywacji przedsiębiorców należących do tej drugiej grupy do ponoszenia dodatkowych kosztów, zwiększenie skłonności dostawcy do ponoszenia dodatkowych inwestycji, osiągnięcie korzyści skali skutkujących niższymi cenami detalicznymi dla konsumentów oraz zapewnienie jednolitości w ramach systemu dystrybucji. Wymienione wyżej korzyści często neutralizują lub przeważają nad wywoływanymi efektami antykonkurencyjnymi, polegającymi przede wszystkim na ograniczeniu dostępu do rynku dla innych dostawców oraz jego podziale.

Klauzule zakazu konkurowania zostały objęte zakresem rozporządzenia Komisji nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych oraz zbliżonego do niego po kątem treści chociaż nietożsamego rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, w których wskazano warunki uprawniające do skorzystania z przywileju wyłączenia grupowego. Przesłanki te dotyczą głównie czasowego aspektu zakazu konkurowania (maksymalny okres obowiązywania został wskazany jako pięć lat). Jednocześnie w sposób szczególny uregulowano kwestie stosowania zakazu konkurowania w ramach systemu dystrybucji selektywnej (zakazując jego stosowania w odniesieniu do produktów jedynie niektórych konkurentów) oraz franchisingu (dopuszczając pod określonymi warunkami jego stosowanie po upływie okresu pięcioletniego). W rozporządzeniu Komisji nr

330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych i rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję podkreślono także znacznie omawianych klauzul dla ochrony *know-how* dostawcy. Z wyłączenia grupowego mogą również skorzystać przedsiębiorcy stosujący zakaz samodzielnego podejmowania przez nabywcę działalności konkurencyjnej w stosunku do działalności dostawcy pod warunkiem, że porozumienie nie ma charakteru wzajemnego oraz że producent towarów (lub usługodawca) prowadzi zarazem działalność dystrybucyjną w odniesieniu do tych towarów (lub usług) w konkurencji do niezależnych dystrybutorów. Spełnienie wskazanych w rozporządzeniach przesłanek skutkuje domniemaniem, że wywoływane przez porozumienie korzyści w zakresie efektywności przeważają nad wywoływanymi przez nie skutkami antykonkurencyjnymi.

Dokładnych informacji co do tego, jakie cechy zakazu konkurowania oraz okoliczności faktyczne będą brane pod uwagę na potrzeby weryfikacji spełnienia warunków wyłączenia indywidualnego dostarczają, wydane przez Komisję, Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych. Dokument ten stanowi istotne źródło wskazówek dla przedsiębiorców. Komisja wskazała, że podstawowe znaczenie dla oceny antymonopolowej zakazu konkurowania mają jego forma i czas obowiązywania, a także okoliczności faktyczne takie, jak: pozycja rynkowa dostawcy, jego konkurentów oraz nabywców, istnienie barier wejścia oraz szczebel obrotu handlowego, którego dotyczy zakaz.

Praktyka decyzyjna organów antymonopolowych, a także orzecznicza polskich i unijnych sądów wskazuje, że reguły oceny zakazu konkurowania w kooperacji wertykalnej oparte są także na doktrynie ograniczeń akcesoryjnych. Koncepcja ta znajduje zastosowanie głównie w przypadku oceny ograniczenia służącego wprowadzeniu określonego modelu dystrybucji (np. franchisingu). W konsekwencji, w określonym stanie faktycznym dopuszczalne będzie wprowadzenie do porozumienia zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej lub wyłączności zakupu, jeżeli klauzule te są bezpośrednio związane i niezbędne dla utrzymania określonego systemu sprzedaży towarów lub świadczenia usług.

W przypadku porozumień horyzontalnych, kluczowe znaczenie ma fakt objęcia zakresem relatywizacji zakazu jedynie niektórych kategorii porozumień poziomych. Wyłączeniem grupowym spod zakazu objęte zostały jedynie dwa rodzaje porozumień poziomych – porozumienia badawczo-rozwojowe oraz specjalizacyjne. Wydane przez Komisję rozporządzenie nr 1217/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień badawczo-rozwojowych oraz

rozporządzenie nr 1218/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do niektórych kategorii porozumień specjalizacyjnych, a także rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję z dnia 13 grudnia 2011 r. określają m.in. warunki objęcia wyłączeniem zawartych w porozumieniu klauzul zakazu konkurencji. Analiza przesłanek wyłączenia, wskazanych w ww. aktach wykonawczych, jak również orzecznictwa sądów wskazuje, że jako główne kryterium, na podstawie którego przebiega ocena w zakresie dopuszczalności zakazu konkurencji, przyjmowane są bezpośrednio związane i niezbędne dla osiągnięcia celu kooperacji konkurentów. Oznacza to, że jedynie korzyści wynikające z planowanej specjalizacji produkcji, prowadzenia wspólnych badań i rozwoju, a także wykorzystania ich wyników mogą zrównoważyć antykonkurencyjne skutki uzgodnionego przez strony zakazu podejmowania określonego rodzaju działalności gospodarczej lub obowiązku zaopatrywania się wyłącznie u partnera kooperacji. Dopuszczalne będzie zatem stosowanie wyłącznie tych klauzul zakazu konkurencji, bez których kooperacja nie doszłaby do skutku, a tym samym nie zostałyby osiągnięte wynikające z niej korzyści w zakresie efektywności.

Bezpośrednio związane i niezbędne stanowią również decydujące przesłanki objęcia wyłączeniem indywidualnym zakazu konkurencji zawartego w porozumieniach specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych niespełniających warunków wyłączenia grupowego, a także klauzul tego typu stanowiących element porozumień kooperacyjnych, do których nie mają zastosowania przepisy ww. rozporządzeń (np. porozumień o wspólnych zakupach). Dodatkowych informacji w zakresie przesłanek wyłączenia dostarczają, wydane przez Komisję, Wytyczne w sprawie porozumień horyzontalnych. Zakaz konkurencji zawarty w ramach klasycznego porozumienia poziomego nie będzie mógł skorzystać z wyłączenia indywidualnego z uwagi na brak prokonkurencyjnych skutków rekompensujących szkody wywołane panującą na rynku konkurencją.

Nie ma przeciwwskazań, aby zakaz konkurencji stosowany przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą został uznany za nadużycie tej pozycji. Powyższa konkluzja skutkowałą objęciem analizą odpowiednich regulacji prawa antymonopolowego oraz praktyki ich stosowania przez organy antymonopolowe i sądy. W przypadku praktyk jednostronnych kluczowe znaczenie dla oceny antymonopolowej badanej instytucji ma koncepcja racjonalizacji zakazu nadużywania pozycji dominującej w oparciu o instytucję obiektywnego uzasadniania oraz stosowania bardziej ekonomicznego podejścia w odniesieniu do oceny praktyk o charakterze wykluczającym. „Złagodzenie” stosowania zakazu uzasadnione jest tym, że jego

zakresem powinny być objęte jedynie te praktyki, które negatywnie oddziałują na dobrobyt konsumentów, stanowiący podstawowy cel prawa antymonopolowego, a także te, które nie znajdują swojego obiektywnego rynkowego uzasadnienia. Podejście to znajduje odzwierciedlenie m.in. w Wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące. Podobnie, jak w przypadku porozumień wertykalnych, ocena antymonopolowa praktyk jednostronnych polegających na stosowaniu zakazu konkurencji powinna być oparta m.in. na porównaniu pro- i antykonkurencyjnych skutków działania dominanta. Przeprowadzenie tego testu jest jednak znacznie utrudnione m.in. z uwagi na brak wydania rozporządzeń konkretyzujących przesłanki pozwalające stwierdzić, że jego wynik jest pozytywny. Komisja wskazała jedynie w Wytycznych w sprawie priorytetów, którymi będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, że w celu dokonania oceny antymonopolowej będzie wykorzystywać tzw. test równie skutecznego konkurenta. Założenia testu, który oparty jest na weryfikacji tego, czy w wyniku stosowania praktyki dojdzie do wykluczenia równie efektywnego konkurenta przedsiębiorcy dominującego powodują jednak, że możliwość jego wykorzystania ograniczona jest wyłącznie do praktyk cenowych (np. rabatów warunkowych), a tym samym nie znajdzie on zastosowania w odniesieniu do wszystkich form zakazu konkurencji. W pozostałych przypadkach ocena antymonopolowa musi zostać oparta na analizie skutków rynkowych praktyki i weryfikacji tego, jaki wpływ wywołuje ona na dobrobyt konsumentów.

Pomimo postulowanego przez Komisję w Wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące bardziej ekonomicznego podejścia do pośredniej formy zakazu konkurencji polegającej na stosowaniu przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą rabatów lojalnościowych i docelowych, nie znalazło ono powszechnego odzwierciedlenia w praktyce decyzyjnej unijnego organu antymonopolowego, a także orzeczeniach sądów unijnych. Tym samym przedsiębiorcy decydujący się stosować określone typy rabatów w następstwie przeprowadzenia opisanej w Wytycznych analizy i uzyskania pozytywnego jej wyniku, nadal muszą liczyć się z interwencją Komisji i zakwalifikowaniem praktyki jako nadużycia.

Przeprowadzona przeze mnie analiza wybranych spraw, w zakresie których organy antymonopolowe i sądy dokonały badania zakazu konkurencji w formie rabatów warunkowych, doprowadziła mnie do wniosku, że Komisja i sądy nie stosują powszechnie podejścia postulowanego w Wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, zgodnie z którym w celu stwierdzenia antykonkurencyjnego charakteru praktyki Komisja stosować będzie test równie efektywnego konkurenta. Chociaż wybór decyzji i orzeczeń miał charakter przykładowy i miał na celu odzwierciedlenie ewolucji stosowania regulacji przez Komisję i sądy, to konkluzje, do których doprowadziły mnie badania powinny zostać podtrzymane również w odniesieniu do nowszych spraw.

Ostatnim z badanych obszarów zastosowania zakazu konkurencji były transakcje koncentracyjne. W tym przypadku dopuszczalność przedmiotowych klauzul weryfikowana jest przez Komisję w oparciu o doktrynę ograniczeń akcesoryjnych, zgodnie z którą dozwolone są ograniczenia bezpośrednio związane i niezbędne dla przeprowadzenia transakcji. Model ten przypomina zatem sposób oceny antymonopolowej zakazu konkurencji stosowanego przy porozumieniach kooperacyjnych. W celu zapewnienia przedsiębiorcom odpowiedniego poziomu pewności prawnej Komisja wydała Wytyczne w sprawie ograniczeń akcesoryjnych, w których określiła jakie warunki muszą zostać spełnione, aby zakaz konkurencji został uznany za bezpośrednio związany z głównym przedmiotem transakcji oraz niezbędny dla jej przeprowadzenia. Za kluczowe dla przeprowadzenia oceny Komisja wskazała odpowiednie uregulowanie przez uczestników koncentracji aspektów czasowego, geograficznego, przedmiotowego i podmiotowego zakazu konkurencji. Analiza Wytycznych w sprawie ograniczeń akcesoryjnych i praktyki decyzyjnej Komisji wskazuje na znacznie bardziej restrykcyjne podejście w stosunku do wyłączności zakupu, niż do zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej. Takie podejście unijnego organu antymonopolowego jest uzasadnione, z uwagi na fakt, że zwykle to drugi z ww. rodzajów zakazu konkurencji ma większe znaczenie dla ochrony interesów nabywcy lub wspólnego przedsiębiorcy.

Przepisy prawa polskiego nie przewidują regulacji w zakresie dopuszczalności zastosowania ograniczeń akcesoryjnych, natomiast wydane przez Prezesa UOKiK Wyjaśnienia w sprawie oceny koncentracji nie obejmują zasad oceny tego typu postanowień zawartych w ramach transakcji. Jednocześnie należy zauważyć, że przepisy polskiej ustawy antymonopolowej nie stanowią przeszkody dla stosowania przez Prezesa UOKiK doktryny ograniczeń akcesoryjnych, a tym samym dopuszczenia do wykorzystywania przez

przedsiębiorców klauzul zakazu konkurencji. W tym celu możliwe jest wykorzystanie przez polski organ antymonopolowy instytucji zgody warunkowej. Jeżeli wskutek umieszczenia w ramach transakcji zakazu konkurencji, konkurencja na rynku właściwym zostanie istotnie ograniczona, Prezes UOKiK może uzależnić wydanie zgody na dokonanie koncentracji od spełnienia przez przedsiębiorców warunku polegającego na zmodyfikowaniu lub usunięciu zastosowanego przez strony zakazu konkurencji. Możliwość ta wynika z otwartego charakteru katalogu warunków zamieszczonego w art. 19 ust. 2 u.o.k.i.k.

Przeprowadzone badania pozwoliły jedynie częściowo potwierdzić postawioną przez mnie tezę. Została ona w pełni potwierdzona w odniesieniu do obszaru antykonkurencyjnych porozumień. W tym przypadku reguły konkurencji wypracowane w polskim i unijnym prawie antymonopolowym pozwalają na identyfikację porozumień antykonkurencyjnych oraz zapewniają przedsiębiorcom odpowiedni poziom pewności prawnej. Z kolei, w przypadku nadużywania pozycji dominującej, teza została potwierdzona częściowo. Pomimo istnienia jasnych reguł oceny zakazu konkurencji w formie rabatów warunkowych, wprowadzonych w Wytycznych Komisji, dotychczasowa praktyka decyzyjna unijnego organu antymonopolowego, a także praktyka orzecznicza sądów unijnych nie wykazała, że reguły te są powszechnie stosowane, a tym samym przedsiębiorcom nie został zapewniony wystarczający poziom pewności prawnej. W odniesieniu do kontroli koncentracji, teza została potwierdzona w stosunku do reguł unijnego prawa antymonopolowego. Analiza polskich aktów prawnych oraz stanowiska polskiego organu antymonopolowego doprowadziła do odrzucenia tezy o wypracowaniu reguł pozwalających na identyfikację antykonkurencyjnych zakazów konkurencji. Ponadto, przedsiębiorcom nie został zapewniony wystarczający poziom pewności prawnej w zakresie oceny przedmiotowego ograniczenia przez Prezesa UOKiK i sądy.

Warszawa, 02.11.2020 r.