

## Polityka konkurencji Unii Europejskiej

### Wykaz zagadnień do kolokwium nr 2

#### **1. Pojęcie pozycji dominującej (definicja – sprawa 6/72, art. 4 pkt 10 u.o.k.k.).**

##### **Zakaz nadużywania pozycji dominującej – art. 9 u.o.k.k. Kolektywna pozycja dominująca**

Nadużywanie pozycji dominującej jest antykonkurencyjną praktyką objętą zakresem art. 9 u.o.k.k. Przepis ten prowadzi do całkowitego zakazu nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub więcej (kilku) przedsiębiorców.

Jest to zakaz bezwzględny, nie mający kontratypów analogicznych do zakazu porozumień ograniczających konkurencję (art. 7-8).

**Nie jest zakazane osiągnięcie ani posiadanie pozycji dominującej.** Cechą charakterystyczną nadużycia pozycji dominującej jest zakaz podjęcia przez przedsiębiorcę dominującego działań lub zaniechań zmierzających – niedozwolonymi metodami – do eksploataowania, ustabilizowania lub wzmocnienia jego pozycji.

#### **2. Wyznaczenie rynku właściwego (rynek produktowy, geograficzny, czasowy).**

Rynek właściwy posiada definicję legalną wprowadzoną przez ustawę z dnia 16 lutego 2017 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej jako: „Ustawa”). Zgodnie z art. 4 pkt 9 Ustawy rynkiem właściwym jest rynek towarów wyodrębniony na podstawie ich przeznaczenia, cenę lub właściwości. Kolejnym kryterium dla jego wskazania jest jakość towaru. Z tych względów konsumenci i inni nabywcy uznają dobra danego typu na obszarze, w którym są oferowane, za substytuty.

Ponadto rynek właściwy wyróżnia się z uwagi na panujące zbliżone warunki konkurencji, determinowane przez rodzaj, właściwości tych dóbr, bariery w dostępie do rynku, preferencje konsumentów, a także znaczące różnice w cenach i w kosztach transportu.

- produktowy – z uwagi na rodzaj danego dobra, np. buty do biegania, środki ochrony roślin, suplementy diety itd.
- geograficzny – odpowiadający obszarowi np. państwa, regionu lub lokalnie,
- czasowy – funkcjonuje w określonych ramach czasowych, np. środki odstraszające komary, gadzety na wydarzenie sportowe, bombki choinkowe.

#### **3. Dyskryminacja cenowa (sprawa United Brands, nieuczciwe ceny – rażąco niskie i wygórowane).**

Dyskryminacja cenowa stanowi nadużycie pozycji dominującej, ponieważ **zakazane jest stosowanie niejednakowych warunków wobec różnych partnerów handlowych**, przez co zostają oni postawieni w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej.

O dyskryminacji cenowej mówimy, gdy **przedsiębiorstwo sprzedając swoje produkty dwóm różnym odbiorcom osiąga na tej sprzedaży odmienne stopy rentowności**. Sens ekonomiczny tej praktyki polega na tym, że dwie różne sprzedaże tego samego produktu przynoszą dwie różne proporcje ceny do kosztu krańcowego.

Dyskryminacją cenową będzie zakazana przez prawo praktyka, gdy ten sam producent ustala **dwa różne poziomy cen – wyższy na rynku niekonkurencyjnym i niższy na rynku konkurencyjnym** – nie mające pokrycia w zróżnicowanych kosztach produkcji.

Przedsiębiorstwo dominujące próbuje segregować swoich odbiorców wg ich różnej elastyczności popytu na sprzedawane produkty. Ceny na rynkach, na których elastyczność popytu jest niska, są wyższe od cen w sytuacji wysokiej elastyczności popytu. Dyskryminowane są te przedsiębiorstwa i konsumenci, którzy za ten sam produkt płacą wyższą cenę niż płaciliby gdyby w stosunku do nich przedsiębiorstwo dominujące nie wykorzystało ich niższej cenowej elastyczności popytu.

## **Sprawa United Brands**

W praktyce Komisji i ETS dyskryminacja cenowa wiązała się z ustalaniem różnych cen na różnych terytoriach geograficznych. W sprawie United Brands spółka stosowała różne ceny wobec swoich klientów, co stanowiło przeszkodę w wolnym obrocie towarów oraz stwarzało niekorzystne warunki konkurencji. Największe różnice cen występowały między klientami z Niemiec a klientami z Belgii i Luksemburga, a także między nabywcami z Danii, Belgii, Luksemburga i Holandii. Zdaniem ETS mogą wystąpić różnice w cenach w zależności od kraju członkowskiego, wynikające z różnic w kosztach transportu, podatkach, opłatach celnych, kosztach siły roboczej, warunkach sprzedaży czy z różnic w parytecie walut.

## **Nieuczciwe ceny (unfair prices)**

Tego typu praktyka stosowana przez przedsiębiorstwo dominujące na rynku może stanowić wykorzystywanie siły rynkowej i jest przykładem nadużycia „eksploatacyjnego”. Komisja i ETS używają zamiennie określeń „nieuczciwe” i „nadmiernie wygórowane” ceny.

ETS uznał, że cena **nadmiernie wygórowana to taka, która nie znajduje uzasadnienia w odniesieniu do „ekonomicznej wartości” sprzedawanego produktu.** Ekonomiczną wartość można sprowadzić do kosztów własnych przedsiębiorstwa i cen jego konkurentów. Stosunek pomiędzy kosztami i ceną nadmiernie wygórowaną jest mierzony zyskiem. Odniesienie natomiast do cen konkurentów może być podstawą do określenia, czy zdolność przedsiębiorstwa do osiągnięcia większej rentowności jest rezultatem większej efektywności. Gdy zatem rentowność przedsiębiorstwa jest wysoka, a cena nie odbiega od cen konsumentów, to można mówić o wyższej jego efektywności. Aby to stwierdzić należy przeprowadzić podobne analizy kosztów i zysków przedsiębiorstw konkurencyjnych.

## **4. Sprawy British Leyland i General Motors.**

ETS uznał, że postępowanie przedsiębiorstwa dominującego, polegające na ustalaniu cen, które są nadmierne w stosunku do ekonomicznej wartości świadczonej usługi, może stanowić nadużycie pozycji dominującej.

## **5. Analiza problemu cen drapieżnych – test (P. Areeda i D. Turner).**

Ceny drapieżne (predatory proces) (ceny rażąco niskie)

Polityka stosowana przez przedsiębiorstwo dominujące cen drapieżnych polega na tym, że usiłuje ono usunąć lub zniechęcić do wejścia na rynek, na którym działa, swoich rzeczywistych i potencjalnych konkurentów poprzez sprzedaż swoich produktów lub usług po sztucznie zaniżonej cenie. Praktyka tego typu ma charakter antykonkurencyjny, wpływa bowiem na kontrahentów, a nie jest związana z maksymalizacją zysku. Celem stosowania cen drapieżnych jest więc eliminacja konkurentów bądź spowodowanie, by poddali się oni kontroli przedsiębiorstwa dominującego.

## **test (P. Areeda i D. Turner).**

P. Areeda i D. Turner) opierając się na modelu konkurencyjnym doskonałej, zaproponować zdefiniowanie ceny drapieżnej jako niższej od kosztu krańcowego. W teorii ekonomii jest przyjęte, że przedsiębiorstwo jest zdolne maksymalizować swój zysk aż do punktu, w którym koszt krańcowy jest równy cenie rynkowej. Przedsiębiorstwo, które sprzedawałoby swoje produkty cenie niższej od kosztu krańcowego, zrezygnowałoby z maksymalizowania swojego zysku i byłoby zdolne stosować ceny drapieżne. Z tego powodu tworzenie cen na podstawie kosztu krańcowego jest absolutnie zgodne z regułami konkurencji. Ceny niższe od kosztu krańcowego są natomiast sprzeczne z tymi regułami i muszą być uzasadnione tym, że przedsiębiorstwo obniża cenę poniżej tego poziomu w danym czasie, licząc na to, że później cenę podniesie. Z uwagi na techniczne trudności wyliczenia kosztu krańcowego Areeda i Turner uznali że należy go zastąpić średnim kosztem zmiennym, ponieważ koszty zmienne są funkcją rozmiaru produkcji i przez to są zbliżone do kosztu krańcowego.

## **6. Sprawy ECS/AKZO i AKZO Chemie BV.**

W sprawach tych Komisja i ETS stwierdziły, że cena niższa od średniego kosztu zmiennego jest przypuszczalnie ceną drapieżną, z tym że pozwany może obalić to domniemanie przez podanie innego uzasadnienia dla swojej niskiej ceny. ETS stoi na stanowisku, że ceny niższe od średniego kosztu zmiennego są w istocie przejawem nadużycia pozycji dominującej ponieważ przedsiębiorstwo dominujące nie może mieć innej korzyści, aby takie ceny stosować, niż wyeliminowanie swoich konkurentów zanim podniesie te ceny do poziomu gwarantującego osiągnięcie zyskowi z posiadanej pozycji dominującej. Ceny niższe od średniego kosztu całkowitego, ale wyższe od średniego kosztu zmiennego mogą być natomiast uznane za nielegalne, jeżeli są narzędziem planu mającego na celu wyeliminowanie rywala.

## **7. Ograniczanie produkcji, zbytu lub postępu technicznego (wymuszanie ograniczeń na innych przedsiębiorcach, odmowa dostawy, ograniczanie postępu technicznego, odmowa dostępu do urządzeń kluczowych – doktryna essential facility).**

### **Ograniczanie produkcji, zbytu lub postępu technicznego**

Do kategorii nazwanych praktyk nadużywania pozycji dominującej należą:

- ograniczenie produkcji rozumiane jako ograniczanie ilości towarów i usług dostarczanych na rynek,
- ograniczenie zbytu (zaniżanie sprzedaży, eksportu) oraz
- ograniczenie – przez negatywny wpływ na jego tempo lub jego zaniechanie - postępu technicznego.

Trzeba tu zaliczyć też odmowę dostępu do tzw. Urządzeń kluczowych i odmowę dostępu do praw własności intelektualnej.

Ograniczenie to musi następować w sposób nieuzasadniony, a dominant musi mieć realne możliwości zwiększenia produkcji lub sprzedaży dla zaspokojenia popytu. Praktyka ta musi także wyrządzać szkodę kontrahentom lub konsumentom.

### **Wymuszanie ograniczeń na innych przedsiębiorcach**

Do wykazania tej praktyki jest niezbędne istnienie po stronie dominanta realnego potencjału dotyczącego wielkości produkcji lub zbytu.

Wprowadzane ograniczenia muszą też być celowe. Nie mogą one również wynikać z braku obiektywnych przesłanek do zwiększenia produkcji ani stanowić np.. Zmniejszania produkcji lub zbytu w celu dostosowania się do sytuacji na rynku. Ograniczenie jest zatem zakazane, gdy nie ma racjonalnego uzasadnienia.

### **Przykład. Ograniczanie produkcji**

W polskim orzecznictwie przykładem nadużycia pozycji dominującej przez ograniczenie produkcji jest sprawa Warszawskiego Rolno-Spożywczego Rynku Hurtowego S.A. w Broniszach.

Spółka ta, nabywszy spółkę zarządzającą konkurencyjnym targowiskiem owocowo-warzywnym, zamknęła to targowisko. Przedsiębiorcy prowadzący handel na tym targowisku otrzymali oferty zawarcia umów najmu powierzchni handlowej na giełdzie w Broniszach (administrowanej przez spółkę), przy czym zawarcie takiej umowy uzależniano od zakupu pakietu akcji spółki. Co więcej, w tym samym czasie została podwyższona opłata za wjazd na giełdę w Broniszach. Opłata ta była wyższa niż na zamkniętym targowisku. Prezes UOKiK uznał, że spółka na lokalnym rynku udostępniania powierzchni na targowiskach (rynkach) hurtowych w aglomeracji warszawskiej ograniczała sprzedaż usług udostępniania powierzchni handlowej umożliwiającej prowadzenie hurtowego handlu produktami owocowo-warzywnymi bezpośrednio z samochodu na placu. Prezes UOKiK wskazał, że spółka miała możliwości większej sprzedaży tych usług i uznał, że praktyka ta stanowiła nadużycie pozycji dominującej.

### **Odmowa dostawy (refusal to supply)**

Zgodnie z zasadą swobody umów przedsiębiorca, nawet dominujący, ma prawo odmówić sprzedaży, jeżeli istnieją ku temu obiektywne przyczyny.

Swobodę tę trzeba jednak ograniczyć, ze względu na korzyści konsumentów i innych przedsiębiorców, gdy odmowa dostawy stanowi nadużycie.

Z taką praktyką mamy do czynienia, gdy dominant:

-zrywa kontakty handlowe z odbiorcami (przez co odbiorca zostaje odcięty od dostaw i nie może kontynuować działalności),

-odmawia zawarcia odpowiednich umów z obecnymi lub potencjalnymi odbiorcami (przez co nie mogą oni kontynuować działalności lub wejść na dany rynek).

## **8. Sprawa ABG Oil. Sprawa Hugin.**

### **Sprawa ABG Oil – sprawa nr IV/28.841**

Odmowa dostawy stanowi trudny problem w polityce konkurencji ze względu na to, że sama w sobie nie jest naruszeniem prawa.

W pewnych sytuacjach jest jednak uzasadniona, np. Jeżeli chroni interesy przedsiębiorstwa dominującego (odmowa dostawy nieuczciwemu dłużnikowi).

W krajach o gospodarce rynkowej zagwarantowana jest bowiem pełna swoboda w wyborze partnera handlowego (R. Whish, Competition Law). Nie stanowi nadużycia pozycji dominującej sytuacja, w której przedsiębiorstwo dominujące odmawia dostawy produktów bądź usług okazjownemu klientowi, faworyzując regularnych klientów.

Przykładem może być sprawa ABG OIL, w której spółka BP traktowała przypadkowych klientów inaczej niż stałych. Wprawdzie Komisja uznała stosowanie tej praktyki za naruszenie art. 86 TR, jednak ETS uznał, że spółka ABG była tylko przypadkowym klientem, a dostawca nie był zobligowany do traktowania wszystkich klientów jednakowo, wobec czego nie doszło do naruszenia prawa. Tym bardziej, że z powodu kryzysu paliwowego w latach 1973-1974 nie istniało prawdopodobieństwo wyeliminowania z rynku spółki ABG ze względu na dostawy, jakie otrzymywała ona od rządu duńskiego.

### **Sprawa Hugin – sprawa nr 22/76**

Nadużyciem pozycji dominującej była odmowa dostawy przez spółkę Hugin części zamiennych do kas rejestrujących spółce Liptons, która dzierżawiła, prowadziła działalność usługową oraz dokonywała renowacji kas rejestrujących Hugin.

Ze względu na fakt, że spółka Liptons była głównym klientem nabywającym od spółek Hugin AB i Hugin UK części zamienne, odmowa ich dostarczenia przyczyniła się do usunięcia z rynku głównego konkurenta w dziedzinie serwisu, konserwacji i naprawy oraz dostarczania regenerowanych maszyn ze znacznej części Wspólnego Rynku.

W związku z odmową dostawy spółka Liptons została zmuszona do zaprzestania prowadzenia swojej działalności. Taka odmowa, jak stwierdziła Komisja, stanowi nadużycie pozycji dominującej przez spółkę Hugin, ponieważ całkowicie ogranicza skuteczną konkurencję i handel.

Odmowa dostawy z powodu narodowości była nie tylko naruszeniem art. 86, ale również art. 7 TR, zakazującego dyskryminacji na tle narodowościowym.

## **9. Dyskryminacja kontrahentów. Dyskryminacja cenowa.**

### **Dyskryminacja kontrahentów**

Art. 9 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. stanowi, że nadużyciem pozycji dominującej jest stosowanie wobec partnerów handlowych nierównych warunków dostępu do świadczeń równoważnych i stwarzanie im przez to niekorzystnych warunków konkurencji.

Nadużyciem takim będzie zachowanie dominanta spełniające przesłanki:

- 1) podobieństwa umów,
- 2) dyskryminacji,
- 3) utrudnienia konkurowania przedsiębiorcom dyskryminowanym.

Z dyskryminacją mamy do czynienia wówczas, gdy zachowanie dominanta różnicujące podobnych kontrahentów lub ujednolicające\* różnych kontrahentów nie ma obiektywnego uzasadnienia.

Dyskryminacja to nie tylko różne traktowanie podmiotów będących w identycznej lub porównywalnej sytuacji, ale także takie samo lub podobne traktowanie przedsiębiorców znajdujących się w różnych okolicznościach.

### **Dyskryminacja cenowa**

Dyskryminacja cenowa stanowi nadużycie pozycji dominującej, ponieważ zakazane jest stosowanie niejednakowych warunków wobec różnych partnerów handlowych, przez co zostają oni postawieni w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej.

O dyskryminacji cenowej mówimy, gdy przedsiębiorstwo sprzedając swoje produkty dwóm różnym odbiorcom osiąga na tej sprzedaży odmienne stopy rentowności. Sens ekonomiczny tej praktyki polega na tym, że dwie różne sprzedaże tego samego produktu przynoszą dwie różne proporcje ceny do kosztu krańcowego.

**Dyskryminacją cenową** będzie zakazana przez prawo praktyka, gdy ten sam producent ustala dwa różne poziomy cen - wyższy na rynku niekonkurencyjnym i niższy na rynku konkurencyjnym – nie mające pokrycia w zróżnicowanych kosztach produkcji.

Przedsiębiorstwo dominujące próbuje segregować swoich odbiorców według ich różnej elastyczności popytu na sprzedawane produkty. Ceny na rynkach, na których elastyczność popytu jest niska, są wyższe od cen w sytuacji wysokiej elastyczności popytu. Dyskryminowane są te przedsiębiorstwa i konsumenci, którzy za ten sam produkt płacą wyższą cenę niż płaciliby, gdyby w stosunku do nich przedsiębiorstwo dominujące nie wykorzystało ich niższej cenowej elastyczności popytu.

### **10. Przyznawanie rabatów i dyskont (rebate and discount schemes). Rabaty za wierność.**

#### **Przyznawanie rabatów i dyskont (rebate and discount schemes)**

Udzielane przez przedsiębiorstwo dominujące rabaty i dyskonta mogą stanowić nadużycie pozycji dominującej w sytuacji, gdy nie są uzasadnione oszczędnościami w kosztach.

Komisja i ETS wyróżniają:

- rabaty stosowane przy zakupie dużej ilości towarów (quantity rebate) i
- rabaty przyznawane przez przedsiębiorstwo dominujące za wierność (loyalty, fidelity rebates).

Tego typu rozróżnienie zostało przedstawione przez organy antymonopolowe w sprawach Suiker Unie i Hoffmann-La Roche, w których ETS orzekł, że rabaty udzielane przy zakupie znacznej ilości towarów (rabaty ilościowe) nie ograniczają nabywcy w możliwości wyboru przez niego dostawcy.

(Sprawa nr 85/76, Hoffmann-La Roche..., s. 540, oraz sprawa nr 114/73, Cooperative Vereniging "Suiker Unie" and Others v Commission of the European Communities, Judgement of the Court, European Court Reports, 1975, s. 1666-1667)

#### **Rabaty za wierność**

Rabaty za wierność przedsiębiorstwu dominującemu, w przeciwieństwie do rabatów ilościowych, są skierowane na powstrzymanie klientów od zaopatrywania się u konkurentów.

Ich skutkiem jest stosowanie niejednakowych warunków do równoważnych transakcji z innymi partnerami handlowymi. W tej sytuacji dwóch klientów przedsiębiorstwa dominującego płaci różną cenę za tę samą ilość tego samego produktu w zależności od tego, czy zaopatrują się wyłącznie w przedsiębiorstwie dominującym czy u kilku innych producentów.

W sprawie Cewal Komisja uznała za naruszenie przepisów art. 86 TR zaoferowanie przez spółkę Cewal rabatów za powierzenie jej przez spedytorów na przewóz transportem morskim 100% ich towarów, co spowodowało ograniczenie konkurencji w transporcie morskim, wynikające z odebrania klientów innym spółkom transportu morskiego.

Sprawa nr IV/32.450, Cewal, Commission Decision 1992, Official Journal of the European Communities, nr L 34,1993, s. 35.

### **11. Transakcje wiązane (sprzedaż wiązana, sprzedaż pakietowa).**

Transakcja wiązana stanowi nadużycie pozycji dominującej w postaci uzależnienia „zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy” (art. 9 ust. 2 pkt 4 u.o.k.k.).

**Sprzedaż wiązana** (tying) występuje wtedy, gdy odbiorca zmuszany jest do nabycia, oprócz produktu podstawowego, innego produktu (związanego).

**Sprzedaż pakietowa** (bundling) polega na sprzedaży pakietu produktów (rzeczowo lub zwyczajowo niezwiązanych) za cenę atrakcyjniejszą od ceny tych produktów (a zwłaszcza produktu podstawowego) sprzedawanych przez dominanta osobno.

Sednem tej praktyki jest zmuszanie kontrahentów dominanta do dokonywania niekorzystnych dla nich działań, których nie podjęliby, gdyby rynek, na którym kupują, był konkurencyjny.

Porozumienia o wiazaniu produktów mają na celu uzależnienie zawarcia kontaktu od przyjęcia przez kontrahenta zobowiązań dodatkowych - najczęściej zakupu określonego produktu lub usługi - które to nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów. Praktyka taka ma na celu przede wszystkim rozszerzenie udziałów rynkowych stron porozumienia. Wykorzystują oni sprzedaż określonej usługi lub produktu do tego, aby ich kontrahent dokonał zakupu innego produktu lub usługi, którą nie był zainteresowany. Czasami tego typu praktyki mają charakter eksploatacyjny, gdyż dodatkowe usługi lub produkty oferowane są po znacznie wyższej cenie, niż rynkowa.

### **12. Sprawa Tetra Pak**

W sprawie Tetra Pak Komisja stwierdziła, że system sprzedaży wiązanej stanowi poważne naruszenie art. 86 TR. Ponadto klauzula dotycząca obowiązku nabycia opakowań do mleka wyłącznie od spółki Tetra Pak stanowiła ograniczenie konkurencji, ponieważ stawiało to konkurentów oraz klientów, którzy byli związani ze spółką Tetra Pak, w wyjątkowo niekorzystnej sytuacji.

Decyzja Komisji o nadużyciu przez spółkę Tetra Pak pozycji dominującej przez wprowadzenie klauzul o wyłącznym nabyciu i sprzedaży wiązanej została podtrzymana przez ETS, który we wcześniej rozpatrywanych sprawach orzekł, że przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą i bezpośrednio lub pośrednio wiążące nabywców nadużywa tej pozycji, ogranicza bowiem im możliwości wyboru źródeł zaopatrzenia oraz odmawia innym producentom dostępu do rynku. Poprzez umowy sprzedaży wiązanej i wyłącznego nabycia przedsiębiorstwo dominujące uzależnia od siebie ekonomicznie klientów.

### **Sprawa nr T-83/91, Tetra Pak v Commission of the European Communities, Judgement of the Court of Justice and the Court of First Instance, 1994, s.**

W sprawie Tetra Park Sąd UE uznał, że jeżeli popyt na określone produkty jest taki sam na terytorium całej UE przez stosunkowo długi czas i nie występują bariery dla konsumentów uniemożliwiające im pozyskanie takich produktów w innych państwach członkowskich, to właściwy rynek geograficzny obejmuje terytorium całej UE.

### **13. Abonament telefoniczny a dług poprzednika**

Za nadużycie pozycji dominującej organy antymonopolowe uznały domaganie się przez spółkę dominującą, pod groźbą rozwiązania umowy, przejęcie abonamentu telefonicznego bez zachowania terminu wypowiedzenia, aby nowy abonent uregulował dług swego poprzednika, po którym przejął abonament, nawet gdyby umowa zawarta między nim a zakładem telekomunikacji zawierała oświadczenie, że zapoznał się z regulaminem wykonywania usług telekomunikacyjnych o charakterze powszechnym, w świetle którego nowy abonent przejmuje dług swego poprzednika.

W Tej sprawie Sąd Antymonopolowy stwierdził, że uzależnienie przez zakład telekomunikacji dalszego istnienia umowy od uregulowania długu poprzedniego abonenta należy uznać za nadużycie pozycji dominującej.

#### **14. Przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji**

Z przeciwdziałaniem tym warunkom przez dominanta mamy do czynienia wówczas, gdy jego działanie lub zaniechanie ukierunkowane na konkretne efekty wywołuje określone negatywne skutki dla konkurencji na danym rynku.

Dominant może dążyć do uniemożliwienia lub utrudnienia wejścia nowych graczy na jego rynek lub do usunięcia z niego działających na nim konkurentów.

Nie jest przy tym istotne, czy dominant zamierzał dokonać naruszenia ani czy był go świadomy. Nie ma także znaczenia, czy działanie lub zaniechanie dominanta odniosło rzeczywisty skutek na rynku właściwym. Wystarczające jest wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia skutków.

#### **15. Margin squeeze**

Z praktyką margin squeeze mamy do czynienia wówczas, gdy przedsiębiorca:

- zintegrowany pionowo, tj. działający równocześnie na rynku:
  - poprzedzającym (tj. na rynku hurtowym lub - jako producent - na rynku produkcji) i
  - następującym (tj. na rynku detalicznym lub - jako producent - na rynku hurtowym),
- zajmujący pozycję dominującą na rynku poprzedzającym (hurtowym lub produkcji), konkuruje ze swoimi odbiorcami na rynku następującym (detalicznym lub hurtowym).

Margin squeeze polega na oferowaniu przez przedsiębiorcę towarów na rynku poprzedzającym za cenę, która uniemożliwia nabywcom tych towarów - konkurentom przedsiębiorcy - osiągnięcie marginesu zysku wystarczającego do pozostania konkurencyjnym na rynku detalicznym.

Może mieć również formę prowadzenia sprzedaży poniżej kosztów na rynku następującym, przy jednoczesnym czerpaniu zysków z rynku poprzedzającego.

Zasadniczym elementem praktyki jest wykorzystanie pozycji kluczowego dostawcy na rynku poprzedzającym w celu ograniczenia marży (zysku) konkurentów na rynku następującym.

#### **Przykład. Margin squeeze**

Podmiot świadczy usługi dostępu do Internetu dla ludności i jednocześnie kontroluje infrastrukturę niezbędną do świadczenia tych usług. Na rynku dostępu do infrastruktury jest monopolistą.

Infrastrukturę udostępnia innym dostawcom Internetu (internet provider) za cenę niewiele niższą (np. 99 zł) niż cena usługi dostępu do Internetu świadczona przez niego klientom detalicznym (np. 100 zł).

Jego konkurenci na rynku usług dostępu do Internetu dla ludności nie mogą zaoferować tej usługi w cenie konkurencyjnej wobec monopolisty.

#### **16. Narzucanie przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów**

Praktyka narzucania uciążliwych warunków umów, wymieniona w art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.i.k., jest praktyką eksploatacyjną. Eksploatacja polega na wykorzystaniu przez dominanta przewagi kontraktowej nad kontrahentami. Mogą w tym przypadku zaistnieć także skutki antykonkurencyjne. Mają one jednak charakter wtórny wobec skutków eksploatacyjnych. Ewentualne skutki antykonkurencyjne przejawiają się w pogorszeniu pozycji konkurencyjnej wyzyskiwanego przedsiębiorcy.

Przesłanki narzucania uciążliwych warunków

Z brzmienia przepisu można wywieść 4 przesłanki tej praktyki. Są to:

1. narzucanie warunków umowy,

2. uciążliwość narzuconych warunków,
3. osiągnięcie przez dominanta korzyści oraz
4. brak uzasadnienia dla tych korzyści.

### **17. Sprawa Inter City, Express, Euro-City**

Za narzucanie uciążliwych warunków umów UOKiK uznał pobieranie przez PKP od pasażerów pociągów kwalifikowanych (Inter City, Express, Euro-City) jednakowej ceny za przejazd zarówno w przypadku gwarantowania, jak i niegwarantowania miejsc siedzących.

W Tej sytuacji część podróżnych płacąc za bilet tę samą cenę, otrzymuje świadczenie o obniżonym standardzie, gdyż z braku wolnych miejsc jest zmuszona odbywać podróż na stojąco.

Takie postępowanie przedsiębiorstwa posiadającego silną pozycję dominującą nie ma uzasadnienia i stanowi nadużycie pozycji dominującej.

### **18. Wymuszenie odsetek i kary pieniężnej za nieterminowe regulowanie należności**

SA uznał za naruszenie przepisu art. 9, ust. 2, pkt 6 wymuszenie przez dostawcę energii cieplnej postanowienia umowy, w świetle którego odbiorca ciepła z tytułu nieterminowego regulowania należności uiszcza dostawcy kumulatywnie odsetki oraz karę pieniężną.

Takie warunki umowy, narzucane przez spółkę dominującą, należy uznać za jednoznacznie uciążliwe i stanowiące nadużycie pozycji dominującej.

Zakładając istnienie konkurencji na rynku dostaw ciepła, odbiorcy niewątpliwie nie wyraziliby zgody na wspomniane warunki umowy, a dostawca nie miałby możliwości ich wynegocjowania.

### **19. Obowiązek opłacania prenumeraty z 40-dniowym wyprzedzeniem**

Nieuzasadnione korzyści przynosi podmiotowi dominującemu na rynku praktyka polegająca na narzucaniu prenumeratom prasy obowiązku opłacenia prenumeraty z 40-dniowym wyprzedzeniem jej realizacji, tym bardziej, gdy dzięki temu kolporter finansuje swą bieżącą działalność.

Taka praktyka stosowana przez spółkę dominującą została uznana przez SA za nienormalne zachowanie w warunkach gospodarki rynkowej.

### **20. Podział rynku - kryteria terytorialne, asortymentowe i podmiotowe**

Podział rynku to praktyka wymieniona w art. 9 ust. 2 pkt 7 u.o.k.i.k., która ma charakter antykonkurencyjny. Jej istotą jest uporządkowanie rynku przez dominanta, którego pozycja daje mu odpowiednią do tego siłę rynkową.

Podział rynku może mieć charakter:

- terytorialny (pod względem geograficznym),
- asortymentowy (zależnie od towarów i usług) lub
- podmiotowy (ze względu np. na rodzaj kontrahentów):

Przedsiębiorcy zostaje przypisana określona część tego rynku, wydzielona według jednego z trzech wymienionych kryteriów.

Do stwierdzenia tej praktyki wystarczy przy tym sam fakt dokonania podziału rynku przez dominanta, jeżeli podział nie ma obiektywnego uzasadnienia.

#### **Podział według kryteriów terytorialnych**

Podział rynku według kryterium terytorialnego polega na różnicowaniu towarów lub usług, ich dostępności, warunków sprzedaży w zależności od miejsca sprzedaży towaru lub świadczenia usługi.



Na przykład w sytuacji, gdy dominant organizuje sieć dystrybucji swoich towarów w ten sposób, że dostarcza je do hurtowni, które następnie rozprowadzają je do sklepów, nadużyciem pozycji dominującej byłoby wskazanie - bez żadnego uzasadnienia - terytorium, na którym dany hurtownik ma prawo dostarczać towary detalistom.

### **Podział według kryteriów asortymentowych**

Zastosowanie kryterium asortymentowego podziału rynku oznacza sztuczne utworzenia przez dominantę quasi-rynków produktowych w ramach rynku już istniejącego, np. przez zróżnicowanie cen, odmowę sprzedaży określonego asortymentu określonym podmiotom itp.

Przykładem tego rodzaju podziału rynku jest rozprowadzanie określonych rodzajów swoich towarów za pośrednictwem określonych hurtowników, np. dostarczanie jednym jednego, a innym drugiego rodzaju produktów.

### **Podział według kryteriów podmiotowych**

Do podziału według kryterium podmiotowego dochodzi wtedy, gdy dominant różnicuje sytuację swoich konkurentów lub kontrahentów lub np. organizuje rynek, przypisując określonym odbiorcom jego części wskazane podmiotowo.

W opisanym przypadku dominanty działającego za pośrednictwem hurtowni, które rozprowadzają jego towar do sklepów, przykładem takiej praktyki może być narzucenie bezpośrednim odbiorcom konkretnych sklepów, do których będą dostarczać towar.

Innym przykładem jest pobieranie przez dominantę dodatkowych, nieuzasadnionych opłat od konkurentów (niekoniecznie wszystkich), którzy świadczą takie jak on usługi na kontrolowanym wyłącznie przez niego terenie.

## **POROZUMIENIA DOZWOLONE**

### **1. Uwagi wstępne**

Co do zasady, przedsiębiorcy mogą kształtować swoją politykę zgodnie z przyjętymi przez siebie założeniami. Swoboda umów ma jednak swoje granice, wyznaczone przez właściwość (naturę) stosunku umownego, ustawy oraz zasady współżycia społecznego.

Jedną z takich granic są przepisy ochrony konkurencji. Przedsiębiorca nie może zawierać porozumień mogących negatywnie wpłynąć na grę konkurencyjną na rynku. W praktyce gospodarczej zawierane są porozumienia, które mogą ograniczyć konkurencję na rynku, a które są niezbędne do prowadzenia działalności gospodarczej. Stąd w przepisach znajdują się legalne wyjątki wyłączające niektóre porozumienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Spośród porozumień zawieranych w życiu gospodarczym, które mogą wywrzeć wpływ na konkurencję, największą grupę stanowią porozumienia dotyczące dystrybucji i dostawy produktów lub usług.

### **2. Dopuszczalne wyjątki od zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję Rozróżnienie porozumień wertykalnych i horyzontalnych**

Z punktu widzenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję porozumienia zawierane przez przedsiębiorców dzielą się na:

- **porozumienia poziome** (horyzontalne, zawierane między konkurentami) i
- **porozumienia pionowe** (wertykalne, zawierane na różnych szczeblach obrotu, najczęściej między producentem, dostawcą a dystrybutorem).

Wprawdzie oba typy porozumień podlegają regułom ochrony konkurencji, jednak porozumienia

wertykalne, które mogą wywierać również skutki pozytywne (takie jak np. poprawa dystrybucji czy obiegu informacji), są traktowane mniej surowo niż porozumienia horyzontalne, które z góry zakładają ograniczenie konkurencji i negatywnie wpływają na interes publiczny.

**Przykład 73: Porozumienia horyzontalne i wertykalne.** W przypadku producenta telefonów komórkowych porozumieniem poziomym będzie porozumienie zawarte przez tę spółkę z innym producentem telefonów komórkowych (konkurentem). Z kolei porozumieniami pionowymi będą porozumienia zawierane w ramach kanału dystrybucji z innymi niezależnymi przedsiębiorcami, którzy odsprzedają telefony produkowane przez tego producenta.

## Rodzaje wyłączeń

Z przepisów unijnych i polskich wynika zasada, że porozumienia ograniczające konkurencję są zakazane, jeśli nie zostały wyłączone (zwolnione) spod tego zakazu. Wyłączenie takie polega na określeniu przez ustawodawcę warunków, których spełnienie pozwala uznać, że ograniczenia wprowadzone w danym porozumieniu nie zagrażają konkurencji, a w konsekwencji całe porozumienie nie narusza zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Wyłączenia pozwalają odejść od literalnej interpretacji zakazu i umożliwiają jego racjonalne stosowanie. Istnieją trzy rodzaje wyłączeń spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję: 1) tzw. „wyłączenia bagatelne” (zasada *de minimis*) wynikające z art. 7 u.o.k.k. oraz obwieszczenia

Komisji<sup>1</sup> w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 TWE (obwieszczenie *de minimis*) – obecnie art. 101(1) TFUE; 2) tzw. „wyłączenia grupowe” wynikające z rozporządzeń Rady Ministrów wydanych na podstawie art. 8 ust. 3 u.o.k.k. oraz z rozporządzeń Rady lub Komisji wydanych na podstawie art. 101(3) TFUE; 3) tzw. „wyłączenia indywidualne” wynikające z art. 8 ust. 1 u.o.k.k. oraz art. 101(3) TFUE. Porozumienia podlegające wyłączeniu są ważne od momentu zawarcia.

### 2.1. Wyłączenia *de minimis*

#### Przyczyna wyłączenia porozumień bagatelnych (*de minimis*)

Przepis art. 7 ust. 1 u.o.k.k. wyłącza spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję tzw. „porozumienia bagatelne”. Jak stwierdził Sąd Najwyższy<sup>2</sup>, „są to takie porozumienia między przedsiębiorcami, których przedmiotem jest co prawda budzące wątpliwości z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji określenie zasad funkcjonowania uczestników rynku, jednakże porozumienia te nie są w stanie wpłynąć negatywnie na poziom konkurencji na rynku z uwagi na brak siły rynkowej ich stron pozwalającej odczuwalnie wpłynąć na funkcjonowanie mechanizmu rynkowego. Porozumienia, które mają status bagatelnych, zostają wyłączone spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, co oznacza, że ustanowiony w art. 5 (obecnie art. 6 u.o.k.k.) zakaz nie znajduje do nich zastosowania”.

#### Porozumienie bagatelne – przesłanki

W myśl art. 7 u.o.k.k. porozumieniem bagatelnym jest takie porozumienie, które spełnia łącznie określone w tym przepisie kryteria. Dotyczą one: przedmiotu (treści) porozumienia oraz istnienia stosunku konkurencji

między stronami porozumienia (kryteria jakościowe), a także udziału w rynku (kryterium ilościowe).

Progi ustanowione w art. 7 ust. 1 u.o.k.k. wyłączają spod zakazu:

1) porozumienia między konkurentami, jeżeli łączny udział w rynku stron porozumienia w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%;

<sup>1</sup>Są aktami *soft law* zawierającymi pogląd Komisji na charakter określonej kategorii porozumień oraz analizę, w jaki sposób wybrane porozumienia (lub klauzule w nich zawarte) będą traktowane przez Komisję.

<sup>2</sup>Wyrok SN z 3.9.2009, III SK 9/09 (LexPolonica nr 2301122).

2) porozumienia między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami, jeżeli udział w rynku posiadany przez któregokolwiek z nich w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%.

Zasady te zostały oparte na założeniu, że porozumienia zawierane między przedsiębiorcami mającymi niewielki udział w rynku nie stanowią zagrożenia dla konkurencji. Określone progi są bowiem na tyle niskie, że nawet jeśli dane zachowania okażą się antykonkurencyjne, ich skutki zostaną zniwelowane przez mechanizmy konkurencji panujące na danym rynku.

### **Ograniczenia, do których reguła *de minimis* nie ma zastosowania**

Wyłączenia *de minimis* nie stosuje się do porozumień zawierających najcięższe ograniczenia konkurencji, czyli porozumień zawieranych w celu ograniczenia konkurencji. Zasadzie *de minimis* nie podlegają następujące najcięższe ograniczenia konkurencji:

- porozumienia cenowe;
- ograniczanie lub kontrolowanie produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji;
- podział rynków zbytu lub zakupu;
- porozumienia przetargowe polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

**Przykład 74. Wyłączenie zastosowania reguły *de minimis*.** Reguła *de minimis* nie będzie miała zastosowania w przypadku porozumienia między dostawcą wina a hurtownią alkoholi, w którym została zawarta klauzula, że hurtownia nie może odsprzedawać wina taniej niż po 15 zł za butelkę. Nawet gdyby strony miały niewielki udział w rynku właściwym, takie porozumienie - jako porozumienie cenowe - nie może skorzystać z dobrodziejstwa wyłączenia.

### **Obliczenie udziału w rynku**

Udział w rynku oblicza się na podstawie wielkości przychodu przedsiębiorców biorących udział w porozumieniu. Bierze się przy tym pod uwagę rok kalendarzowy poprzedzający zawarcie porozumienia. Jeżeli nie jest jasne, czy dane porozumienie zostało zawarte między podmiotami konkurującymi, czy niekonkurującymi, zgodnie z obwieszczeniem *de minimis* (pkt 7) „zastosowanie ma próg 10%”. W przypadku porozumienia trudnego do zakwalifikowania, na gruncie przepisów krajowych, warto z ostrożności przyjąć analogiczne podejście, mimo braku odpowiedniej regulacji w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

W takim przypadku udział w rynku stron porozumienia będących konkurentami nie może przekraczać 5% (10% na gruncie obwieszczenia *de minimis* wydanego przez Komisję Europejską).

### **3. Wyłączenia grupowe**

#### **3.1. Wprowadzenie**

##### **Wyłączenia grupowe – pojęcie**

Mianem wyłączeń grupowych określa się akty prawne (rozporządzenia Rady lub rozporządzenia Komisji oraz rozporządzenia Rady Ministrów), które wyłączają spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję pewne ich kategorie, które wprawdzie spełniają przesłanki zakazu, ale też generują pewne pozytywne skutki i w ostatecznym rozrachunku nie są szkodliwe dla konkurencji. Zostały one pogrupowane ze względu na wspólne cechy. Stąd nazwa „wyłączenia grupowe”.

##### **Wyłączenia grupowe – mechanizm**

Objęcie danego porozumienia wyłączeniem grupowym wynika ze spełnienia przesłanek określonych w rozporządzeniach. Nie ma konieczności zatwierdzenia porozumienia i wydawania formalnej decyzji w tym zakresie. Istnieje swoiste domniemanie „braku naruszenia zakazu przez porozumienia nim objęte”. Porozumienia spełniające przesłanki wyłączenia są ważne od daty zawarcia.

Należy przy tym pamiętać, że niemożność wyłączenia na podstawie zwolnienia grupowego nie oznacza, że dane porozumienie narusza zakaz i jest nieważne. W takim przypadku należy sprawdzić, czy porozumienie nie spełnia warunków zwolnienia indywidualnego.

#### **3.2. Wyłączenia grupowe – rozporządzenia wyłączeniowe**

##### **Wyłączenia grupowe – Polska**

Na podstawie art. 8 ust. 3 u.o.k.k. „Rada Ministrów może, w drodze rozporządzenia, wyłączyć określone rodzaje porozumień spełniające przesłanki, o których mowa w ust. 1, spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, biorąc pod uwagę korzyści, jakie mogą przynieść określone rodzaje porozumień”.

Obecnie obowiązuje pięć rozporządzeń Rady Ministrów wyłączających określone rodzaje porozumień spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Są to rozporządzenia wyłączające w sektorach: motoryzacyjnym oraz ubezpieczeń, a także rozporządzenia dotyczące wyłączeń w zakresie porozumień specjalizacyjnych i porozumień badawczo-rozwojowych oraz w sprawie porozumień dotyczących transferu technologii. Na gruncie krajowym obowiązuje również rozporządzenie wyłączające w zakresie porozumień wertykalnych.

##### **Wyłączenia wertykalne**

Najbardziej powszechny charakter spośród wszystkich wyłączeń grupowych mają wyłączenia porozumień wertykalnych. Porozumienia te zostały objęte rozporządzeniem Komisji (UE) nr 330/2010 z 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych oraz rozporządzeniem Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (rozporządzenie w sprawie wyłączeń wertykalnych).

W Unii Europejskiej wydano również rozporządzenia wyłączające m.in. w sektorze transportu morskiego i lotniczego, a także w sektorze motoryzacyjnym oraz ubezpieczeniowym. Obowiązują również wyłączenia porozumień badawczo-rozwojowych oraz w sprawie transferu technologii. Rozporządzeniom Komisji towarzyszą obwieszczenia – wytyczne wskazujące, jak dane ograniczenia, z punktu widzenia Komisji, powinny być analizowane w świetle wymogów unijnego prawa konkurencji.

### **3.3. Mechanizm wyłączeń grupowych**

#### **Przesłanki wyłączeń grupowych**

W rozporządzeniach zostały zawarte przesłanki, które porozumienie musi spełniać, aby mogło być wyłączone spod zakazu.

Wyłączenie grupowe znajdzie zastosowanie, jeżeli:

- porozumienie należy do kategorii porozumień objętych danym rozporządzeniem wyłączeniowym;
- strony porozumienia spełniają kryterium obrotu lub udziału w rynku;
- porozumienie spełnia wszystkie warunki wyłączenia (nie zawiera klauzul uniemożliwiających wyłączenie - tzw. czarnych klauzul).

Rozporządzenia są wydawane na czas określony.

#### **Ciężar dowodu**

Istnienie porozumienia ograniczającego konkurencję musi zostać udowodnione przez Prezesa UOKiK lub Komisję.

Przedsiębiorca chcący skorzystać z wyłączenia musi zweryfikować, czy spełnia wszystkie jego przesłanki. Istotne udogodnienie występuje w przypadku wyłączeń grupowych, ponieważ wystarczy, że przedsiębiorca spełnia przesłanki zastosowania wyłączenia grupowego bez konieczności analizy przesłanek wyłączenia indywidualnego. Fakt spełnienia przesłanek wyłączenia grupowego również jest weryfikowany w toku postępowania przed Prezesem UOKiK zgodnie z art. 7 k.p.a. Powoływane przez przedsiębiorcę okoliczności powinny opierać się na „empirycznych dowodach”. Nie wystarczy, że przedsiębiorca ograniczy się do uprawdopodobnienia spełnienia przesłanek określonych w art. 8 ust. 1 u.o.k.k. W takim przypadku zastosowanie wobec danego porozumienia opisywanego wyłączenia ustawowego nie będzie możliwe.

W praktyce oznacza to, że przedsiębiorcy muszą sami ocenić, czy porozumienie może zostać wyłączone na mocy odpowiedniego rozporządzenia i następnie czy spełniają warunki zastosowania rozporządzenia wyłączającego. Analiza przesłanek jest dokonywana wyłącznie na zasadzie samooceny zainteresowanego przedsiębiorcy i może zostać wykorzystana przez przedsiębiorcę w postępowaniu przed Prezesem UOKiK lub sądem - jeśli do takich postępowań dojdzie.

Ustawa nie przewiduje możliwości wydania przez Prezesa UOKiK decyzji o niestwierdzeniu praktyki

ograniczającej konkurencję. Konsekwencją praktyczną tego braku jest fakt, że „jeżeli w toku postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK uzna, że dane porozumienie spełnia przesłanki wyjątku (wyłączenia) legalnego na podstawie art. 8 ust. 1 u.o.k.k., musi on umorzyć postępowanie, jako bezprzedmiotowe”.

### **Obliczanie udziałów w rynku**

Co do zasady, udziały w rynku są obliczane odpowiednio na podstawie łącznej wielkości sprzedaży danej kategorii towarów czy usług objętych porozumieniem przy uwzględnieniu ich substytutów sprzedanych przez dostawcę. W przypadku braku danych dotyczących wielkości sprzedaży udział w rynku oblicza się na podstawie wartości sprzedaży lub innych wiarygodnych informacji rynkowych. Udział w rynku odnoszący się do zakupów oblicza się na podstawie wielkości lub wartości zakupów rynkowych, a w razie braku tych danych - na podstawie ich szacunkowych wielkości.

Udział w rynku oblicza się na podstawie danych dotyczących roku kalendarzowego poprzedzającego rok zawarcia porozumienia wertykalnego. Przy obliczaniu udziału w rynku nie uwzględnia się sprzedaży dokonywanej między przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej.

### **3.4. Wyłączenia wertykalne**

Poniżej zostanie przeprowadzona analiza warunków wyłączenia na podstawie rozporządzenia w sprawie wyłączeń wertykalnych, z zaznaczeniem ewentualnych różnic w stosunku do rozporządzenia 330/2010. Przedstawione zostanie także stanowisko Komisji dotyczące określonego stosowania wyłączeń zawarte w obwieszczeniu Komisji towarzyszącym rozporządzeniu 330/2010 (Wytyczne Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych).

#### **3.4.1. Zakres zastosowania wyłączenia**

##### **Porozumienie wertykalne - przesłanki**

Rozporządzenie w sprawie wyłączeń wertykalnych ma charakter parasolowy, tzn. obejmuje wszystkie porozumienia wertykalne, które spełniają przesłanki w nim określone. Rozporządzenie dotyczy porozumień wertykalnych, a więc porozumień lub praktyk uzgodnionych zawieranych między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami, które w zakresie tego porozumienia lub praktyki uzgodnionej działają na różnych szczeblach obrotu.

Rozporządzenie w sprawie wyłączeń wertykalnych oparte jest na systemie samooceny. W praktyce to przedsiębiorcy muszą ocenić, czy wprowadzane przez nich rozwiązania mogą skorzystać z wyłączenia spod zakazu zgodnie z przepisami. Jednocześnie rozporządzenie to wprowadza domniemanie legalności porozumień wertykalnych spełniających przesłanki zastosowania rozporządzenia i niemających charakteru najcięższych naruszeń konkurencji (czyli tzw. *hard-core*).

**Przykład 75. Samoocena.** Na dostawcy, w momencie przyjmowania strategii dystrybucyjnej lub podpisywania porozumienia wertykalnego, ciąży obowiązek przeanalizowania wszystkich omówionych poniżej przesłanek stosowania rozporządzenia, w tym udziału w rynku nabywcy oraz warunków, które planowane porozumienie musi spełniać albo których nie może spełniać. Analogiczny obowiązek spoczywa na nabywcy.

## **Ratio wyłączenia**

Wyłączenie porozumień wertykalnych spod zakazu uzasadnione jest faktem, że w ich przypadku ograniczenie konkurencji może wystąpić w ramach jednej marki tylko w razie niewystarczającego poziomu konkurencji na jednym szczeblu obrotu (np. dużego udziału dostawcy lub nabywcy w rynku) lub na obydwu szczeblach. W zakresie porozumienia przedsiębiorcy będący jego stronami nie konkurują ze sobą, stąd ich negatywne oddziaływanie rynkowe jest mniejsze niż w przypadku porozumień zawartych między przedsiębiorstwami konkurującymi bezpośrednio ze sobą. W przeważającej liczbie przypadków porozumienia wertykalne wywierają wpływ na konkurencję wewnątrzmarkową (*intra brand*), a nie na szerszą konkurencję między poszczególnymi markami (*inter brand*).

## **Porozumienia wertykalne a typowe umowy**

Porozumienia wertykalne dotyczą warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów lub usług przez strony tego porozumienia lub praktyki uzgodnionej. Bezsporne jest, że w zakres pojęcia porozumienia wertykalnego wchodzi porozumienia dystrybucyjne, zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 6 u.o.k.k. Możliwość zakwalifikowania do kategorii porozumień wertykalnych innych porozumień, takich jak np. umowa agencji czy komisju, wciąż jest przedmiotem dyskusji w doktrynie. Jednocześnie zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wyłączeń wertykalnych dystrybutorem jest również przedsiębiorca zawierający z dostawcą porozumienie wertykalne, na podstawie którego dokonuje sprzedaży towarów objętych porozumieniem wertykalnym w imieniu dostawcy. Przesłanki tej definicji spełnia również agent. W praktyce każdorazowo niezbędna jest więc indywidualna analiza, czy porozumienia takie podlegają zakazowi porozumień ograniczających konkurencję.

## **Porozumienia wertykalne a własność intelektualna**

Rozporządzenie w sprawie wyłączeń wertykalnych stosuje się również do porozumień wertykalnych zawierających postanowienia odnoszące się do przeniesienia na nabywcę praw własności intelektualnej lub korzystania przez niego z takich praw. Postanowienia te nie mogą jednak stanowić podstawowego przedmiotu takich porozumień i muszą być bezpośrednio związane z używaniem, sprzedażą lub odsprzedażą towarów lub usług przez nabywcę lub jego klientów. Porozumienie nie może również zawierać klauzul, które mają ten sam cel co ograniczenia niepodlegające wyłączeniu.

## **Rozporządzenie w sprawie wyłączeń wertykalnych a inne rozporządzenia**

Polskiego rozporządzenia w sprawie wyłączeń wertykalnych nie stosuje się do porozumień wertykalnych objętych zakresem innego rozporządzenia wydanego na podstawie art. 8 ust. 3 u.o.k.k. Również rozporządzenie 330/2010 nie znajduje zastosowania do porozumień wertykalnych objętych rozporządzeniem 772/2004 dotyczącym transferu technologii, rozporządzeniem 1400/2002 dotyczącym sektora motoryzacyjnego czy rozporządzeniami 1218/2010 i 1217/2010 dotyczącymi wyłączenia umów specjalizacyjnych oraz na badania i rozwój.

## 4. Wyłączenia indywidualne

### 4.1. Wprowadzenie

#### Wyłączenie indywidualne, czyli ostatnia deska ratunku

Jeśli w wyniku dokonanej analizy antymonopolowej przedsiębiorca dojdzie do wniosku, że zawarte przez niego porozumienie nie korzysta ze zwolnienia *de minimis* ani ze zwolnienia grupowego, powinien zbadać, czy możliwe jest zastosowanie zwolnienia indywidualnego. Jeśli tak, wówczas porozumienie jest zgodne z prawem.

#### Istota wyłączeń indywidualnych

Wyłączenie indywidualne to instytucja, która pozwala uznać, że porozumienie, które pozornie stanowi zagrożenie dla konkurencji, jest - po spełnieniu określonych warunków - zwolnione spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Upraszczając, chodzi o to, aby dane porozumienie przynosiło prokonkurencyjne efekty, które przeważają nad potencjalnymi antykonkurencyjnymi skutkami. Zasadę tę powszechnie nazywa się zasadą (regułą) rozsądku.

Jest to pewne uproszczenie, albowiem pojęcie reguły rozsądku (ang. *rule of reason*) zostało przejęte z amerykańskiej praktyki orzeczniczej. W prawie amerykańskim nie ma odpowiednika art. 8 i art. 101 ust. 3 TFUE. Dlatego w prawie tym badanie na zasadzie rozsądkowej, czy dane porozumienie jest prokonkurencyjne, czy antykonkurencyjne, następuje zgodnie z dość uznaniową praktyką orzecniczą, a nie przepisem prawa literalnie wskazującym, jakie warunki musi spełniać dane porozumienie.

Jednocześnie praktyka amerykańska przyjmuje, że pewne rodzaje porozumień (tj. dotyczące ustalania cen zakupu lub sprzedaży między konkurentami, wielkości produkcji lub sprzedaży, zmony przetargowe, podział rynku poprzez przypisywanie klientów, dostawców, terytoriów lub kanałów produkcji dystrybucji lub sprzedaży) są zakazane *per se*. Zakaz *per se* oznacza, że amerykański sąd nie bada ewentualnych prokonkurencyjnych skutków danego porozumienia, ale *a priori* przyjmuje jego antykonkurencyjny charakter. Tymczasem w systemie wspólnotowym i polskim nawet najpoważniejsze praktyki (zakazane w USA *per se*) można badać pod kątem spełnienia warunków wyłączenia indywidualnego (tj. reguły rozsądku). W USA taka możliwość nie istnieje, albowiem najcięższe naruszenia nie mogą być badane na podstawie *rule of reason*. Przykładem jest wertykalne ustalanie cen odsprzedaży. Do 2007 r. w USA orzecznictwo powszechnie przyjmowało, że jest to praktyka zakazana *per se*. Oznaczało to, że amerykański przedsiębiorca nie miał szans na skuteczną argumentację, że taka praktyka jest zgodna z *rule of reason* i w konsekwencji dozwolona. W naszym systemie taka szansa istnieje, tj. można usiłować wykazać, że wertykalne ustalanie cen odsprzedaży korzysta ze zwolnienia indywidualnego - precyzyjnie określonego w przepisie. Wyrok Sądu Najwyższego USA *Leegin* z 2007 r. zmienił podejście do wertykalnego ustalania cen odsprzedaży. Sąd ten uznał, że nie jest to praktyka zakazana *per se*. W konsekwencji sądy powinny oceniać ją z uwzględnieniem *rule of reason*, co w praktyce oznacza konieczność odniesienia się do „prokonkurencyjnych argumentów” podnoszonych przez przedsiębiorców. Do 2007 r. zastosowanie do tego typu porozumień zakazu *per se* oznaczało, że amerykańskie sądy automatycznie pomijały tego typu argumentację, w ogóle nie biorąc jej pod uwagę. Jak widać podstawowa różnica między systemem amerykańskim a wspólnotowym (i polskim) wyraża się w tym, że amerykańska *rule of reason* ma charakter dość uznaniowy i jest poprzedzona analizą cech danego rodzaju porozumienia. Natomiast w prawie wspólnotowym i polskim czym innym są cechy danego porozumienia (ogólnie określone w art. 6 u.o.k.k., art. 101 ust. 1 TFUE), a czym innym przesłanki indywidualnego zwolnienia - ściśle wskazane w art. 8 u.o.k.k. oraz w art. 101 ust. 3 TFUE. W wyroku z 23 października 2003 r., T-65/98, *Von den Bergh Foods*, Sąd przeciwstawił się utożsamianiu europejskiego rozumienia *rule of reason* z amerykańskim. W praktyce oznacza to, że jeśli porozumienie nie spełnia przesłanek z art. 101 ust. 3 TFUE (art. 8 u.o.k.k.), to nie można usiłować wykazać, że jest ono dozwolone na podstawie szerokiej interpretacji art. 101 ust. 1 TFUE (art. 6 u.o.k.k.) dotyczącej cech charakterystycznych dla danego rodzaju porozumienia. Zob. też D. Miąsik, *Reguła rozsądku...*



Zasada (reguła) rozsądku oparta jest ona na założeniu, że nie jest celowe stosowanie zakazu do porozumień ograniczających konkurencję i przekraczających progi zwolnienia *de minimis*, które jednocześnie powodują pewne pozytywne skutki, przeważające nad ograniczeniem konkurencji (Decyzja Prezesa UOKiK z 16 kwietnia 2007 r., RWA-10/2007, publikowana na stronie [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)).

Chodzi zatem o sytuację, w której dane porozumienie zawiera wprawdzie postanowienia naruszające ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów, a w szczególności jej art. 6, jednocześnie jednak tworzy pewną wartość dodaną. Jeśli ta wartość dodana przewyższa negatywne skutki dla konkurencji, wówczas - kierując się zdrowym rozsądkiem - można przyjąć, że w ostatecznym rozrachunku korzystniejsze będzie zaakceptowanie porozumienia niż jego sankcjonowanie.

### **Samoocena przedsiębiorcy**

Porozumienie, które spełnia przesłanki zakazu zawartego w art. 6 ust. 1 u.o.k.k., ale jednocześnie spełnia wszystkie przesłanki art. 8 ust. 1 u.o.k.k., podlega wyłączeniu. Ocena, czy przesłanki te zostały spełnione, jest zadaniem przedsiębiorcy.

### **Przesłanki zastosowania zwolnienia indywidualnego**

Aby móc uznać, że w określonej sprawie występuje określona wartość dodana, porozumienie zawierające pewne antykonkurencyjne uzgodnienia musi jednocześnie spełniać łącznie następujące przesłanki:

- 1) przyczyniać się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów; do postępu technicznego lub gospodarczego („przyrost efektywności”);
- 2) zapewniać nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część korzyści wynikających z porozumień; 3) nie nakładać na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- 4) nie stwarzać tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

### **4.2. Przyrost efektywności**

#### **Zwiększenie efektywności - istota**

Chodzi o sytuację, w której porozumienie generuje określone korzyści gospodarcze, takie jak polepszenie produkcji, dystrybucji towarów albo postępu technicznego lub gospodarczego. Korzyści te można najogólniej określić jako przyrost wydajności (efektywność).

#### **Przyrost efektywności - wymogi formalne**

Aby udowodnić spełnienie tej przesłanki, konieczne jest wykazanie: **charakteru zakładanej korzyści, związku przyczynowego między korzyścią a porozumieniem, prawdopodobieństwa oraz zakresu każdej z korzyści oraz terminu i sposobu osiągnięcia zakładanej korzyści**. Zasadniczo te pozytywne korzyści powinny znajdować bezpośrednie odzwierciedlenie w sferze interesów szerokiego kręgu uczestników rynku lub też całej gospodarki. Dopuszczalna jest sytuacja, w której korzyści wynikające ze wzrostu wydajności osiągniętego dzięki porozumieniu

(zawierającemu jednocześnie elementy ograniczające konkurencję) uzyskują bezpośrednio jego strony. Polepszenie musi mieć jednak charakter obiektywny, tzn. nie opierać się wyłącznie na subiektywnym przekonaniu stron o jego istnieniu. Wymagane jest również wykazanie, że korzyści te zostaną przekazane odbiorcom końcowym. W przeciwnym razie nie będzie można uznać, że porozumienie rzeczywiście generuje przyrost wydajności.

Omawiany przyrost wydajności należy oceniać, porównując sytuację sprzed zawarcia porozumienia (czyli w okresie istnienia pełnej - nieograniczonej porozumieniem - konkurencji) oraz po jego zawarciu. Polepszenie to musi rzeczywiście istnieć; nie może być hipotetyczne lub uzależnione od ziszczenia się określonych warunków.

## **Rodzaje korzyści związanych z przyrostem wydajności**

Poniżej wskazano możliwe rodzaje korzyści związane z przyrostem wydajności.

### **4.2.1. Korzyści finansowe (redukcja kosztów)**

Jedną z istotniejszych efektywności w zakresie kosztów jest efektywność wynikająca z wprowadzenia nowej technologii pozwalającej na ograniczenie dotychczas ponoszonych kosztów.

#### **Przykład 85. Zapewnienie korzyści finansowych**

Założmy, że firma A uzyskuje wysoką wydajność w zakresie produkcji mierzonej w jednostkach na godzinę. Jednocześnie jej technologia charakteryzuje się wysokim zużyciem określonych półproduktów. Z kolei firma B ma niską wydajność czasową, ale stosowana przez nią technologia pozwala na zmniejszenie zużycia półproduktów. Połączenie obydwu wymienionych technologii - w wyniku porozumienia horyzontalnego - daje możliwość osiągnięcia wysokiej wydajności przy zmniejszeniu nakładów na półsurowce. Badając wskazane porozumienie na podstawie zasad ogólnych (art. 6 u.o.k.k.), możemy dojść do wniosku, że porozumienie ogranicza konkurencję. Przed zawarciem porozumienia na rynku istniała technologia firmy A i technologia firmy B, w wyniku jego realizacji została tylko jedna, wspólna technologia. Na gruncie art. 6 u.o.k.k. jest to niewątpliwie ograniczenie zakresu konkurowania między firmą A i B. Dopiero analiza zgodnie z regułą rozsądku pozwala stwierdzić, że takie ograniczenie (jeśli spełnia też pozostałe przesłanki z art. 8 u.o.k.k.) niesie więcej pozytywnych niż negatywnych skutków dla rynku i jego uczestników.

### **4.2.2. Poprawa jakości towarów**

W interesie konsumentów leży dostęp do produktów o jak najlepszej jakości. Zasadniczo porozumienia mające na celu polepszenie jakości towaru z dużą dozą prawdopodobieństwa będą traktowane jako prokonkurencyjne. Jeśli istnieje prawdopodobieństwo, że badane porozumienie będzie prowadziło do wzrostu cen produktów, to taka strata musi zostać nabywcom (użytkownikom) zrekompensowana odpowiednią poprawą jakości tego produktu. Tym samym poprawa jakości towaru może usprawiedliwiać (oczywiście w odpowiednim zakresie) zawarcie porozumienia, nawet jeśli porozumienie to może jednocześnie skutkować zwiększeniem cen sprzedaży.

### **4.2.3. Poprawa produkcji**

Chodzi o każdą pozytywną dla procesu wytwórczego zmianę, która pozwala osiągnąć wzrost produkcji przy wykorzystaniu porównywalnych takich co dotychczas środków.

**Przykład 86. Poprawa produkcji.** Poprawa produkcji może przykładowo obejmować:

- poprawę opłacalności produkcji;
- szybsze wprowadzenie na rynek nowego produktu;
- wprowadzenie tańszego produktu;
- zwiększenie asortymentu produkcji (sprzedaży);
- zwiększenie liczby punktów sprzedaży;
- zwiększenie wykorzystania mocy produkcyjnych.

#### 4.2.4. Poprawa dystrybucji towarów

**Przykład 87. Poprawa dystrybucji towarów.** Poprawa dystrybucji towarów może się wyrażać w szczególności w zapewnieniu:

- lepszej dostępności towarów;
- obniżenia kosztów wejścia na rynek;
- lepszej obsługi konsumentów (np. wspólny punkt serwisowy);
- rozwiązania problemu *free rider effect*\*;
- ciągłości dostaw.

\* Tzw. problem jazdy na gapę. Przykład: dystrybutor A inwestuje w salon sprzętu audio 1 mln zł. Jego konkurent, dystrybutor B, nic nie inwestuje i sprzedaje ten sam sprzęt o 30% taniej na Allegro. Klient przychodzi do dystrybutora A, gdzie korzysta z fachowej obsługi i możliwości odsłuchu sprzętu w różnych konfiguracjach, po czym sprzęt i tak kupuje na Allegro u dystrybutora B. W takiej sytuacji dystrybutor B będzie „jechał na gapę”, korzystając z inwestycji poczynionych przez dystrybutora zob. A.R. Poźdźnik, *Dystrybucja produktów na zasadzie wyłączności w Polsce i Unii Europejskiej*, Lublin 2006, s. 36.

Na bazie polskiego orzecznictwa za prokonkurencyjne uznano przykładowo z jednej strony porozumienie, które zakładało ograniczenie liczby dealerów w przypadkach, gdy ich nadmierna liczba mogła stanowić zagrożenie dla efektywności sieci dystrybucyjnej. Z drugiej strony możliwość rozbudowy sieci dystrybucji uznano za czynnik prokonkurencyjny usprawiedliwiający pewne ograniczenia.

#### 4.2.5. Polepszenie rozwoju technicznego (wprowadzenie nowych produktów)

Zasadniczo Komisja Europejska wychodzi z założenia, że wprowadzenie nowych, lepszych produktów przyczynia się do zwiększenia *consumer welfare*.

**Przykład 88. Polepszenie rozwoju technicznego.** Polepszenie rozwoju technicznego może przykładowo polegać na:

- udoskonaleniu istniejących produktów;
- stworzeniu nowych modeli produktów już funkcjonujących na rynku;
- opracowaniu zupełnie nowych produktów lub technologii;
- szybszym wprowadzeniu na rynek nowego produktu;
- znalezieniu nowego zastosowania dla istniejącej technologii.

Tego rodzaju wzrost efektywności działania występuje przede wszystkim w przypadku porozumień badawczo-rozwojowych i porozumień transferu technologii oraz porozumień dystrybucyjnych, którym towarzyszy udzielenie licencji na prawa własności intelektualnej lub *know-how* (np. porozumień franchisingowych). W wyroku w sprawie *Glaxo*<sup>3</sup>Sąd stwierdził, iż można przyjąć, że wprowadzenie ograniczeń umownych, które prowadzą do stosowania w różnych krajach UE zróżnicowanych cen leków (co oznacza, że w niektórych krajach ceny te będą wyższe), może być dopuszczalne, jeśli zostanie wykazane, że taki system zróżnicowanych cen

przyczynia się do generowania zysków, które następnie są wykorzystywane do prowadzenia badań nad rozwojem nowych leków.

<sup>3</sup> Wyrok Sądu z 27 września 2006 r., T-168/01, *Glaxo Smith Kline Services Unlimited przeciwko Komisji* (Zb.Orz. 2006, s. 2969).

#### **4.2.6. Polepszenie rozwoju gospodarczego**

Efektywność polegająca na polepszeniu rozwoju gospodarczego będzie mogła zostać wykazana przede wszystkim w przypadku przedsięwzięć na tyle dużych, żeby mogły wywrzeć pozytywny wpływ na rozwój całej branży, a nawet gospodarki danego kraju.

#### **Przykład 89. Polepszenie rozwoju gospodarczego**

Polepszenie rozwoju gospodarczego może przykładowo polegać na budowie:

- sieci autostrad;
- stadionów na Euro 2012;
- elektrowni atomowej;
- oczyszczalni ścieków dla dużego miasta.

#### **4.3. Zapewnienie nabywcy lub użytkownikowi odpowiedniej części korzyści wynikających z porozumienia**

Zapewnienie nabywcy lub użytkownikowi odpowiedniej części korzyści wynikających z porozumienia zawierającego antykonkurencyjne elementy jest kolejną przesłanką - oprócz poprzednio omówionego wymogu, aby porozumienie generowało przyrost efektywności - której łączne spełnienie jest wymagane do zastosowania instytucji zwolnienia indywidualnego.

*Ratio* tej przesłanki oparte jest na założeniu, że podniesienie efektywności musi wywierać pozytywne skutki dla innych uczestników rynku. Jak zostało sprecyzowane w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie, konieczna jest analiza, czy „stosowanie praktyki monopolistycznej pozwala w lepszym stopniu zaspokoić potrzeby konsumentów, niżby to miało miejsce, gdyby praktyka ta nie była stosowana”. Chodzi o to, żeby korzyści wynikające z przyrostu wydajności zostały przeniesione na odbiorców. Jako odbiorców należy przy tym rozumieć nie tylko odbiorców końcowych, ale także pośrednich, którzy nabywają towar w celu jego dalszej odsprzedaży.

**Przykład 90. Transfer korzyści na konsumenta.** Krajowe biuro podróży porozumiało się z przedsiębiorcami oferującymi pokoje hotelowe na terenie kraju w sprawie rozpowszechniania poprzez swoją stronę internetową informacji o obowiązujących cenach za dobę hotelową. Konsumentom mają dostęp zarówno do cen, jak i do informacji o jakości świadczenia usługi noclegowej. Ponadto mogą dokonać rezerwacji lub zakupu u wybranego przedsiębiorcy na warunkach podanych na stronie internetowej biura podróży. Potencjalnie porozumienie mogłoby wywołać skutki ograniczające konkurencję, jednakże w podanym przypadku jest prawdopodobne, że korzyści związane z tego typu wymianą informacji mogłyby zostać przeniesione na konsumentów przez zmniejszenie kosztów związanych z poszukiwaniem odpowiadającego im produktu oraz ułatwieniem porównywania ofert. A zatem przesłanka wystarczającej korzyści dla konsumentów z przyrostu wydajności zostałaby spełniona.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że Prezes UOKiK zdaje się przyjmować, że najcięższe kategorie porozumień - porozumienia cenowe, również wertykalne - nie mogą generować żadnych korzyści dla pozostałych podmiotów

rynkowych. Nie jest to trafny pogląd. Z formalnego punktu widzenia nie ma żadnych przeszkód, aby indywidualne zwolnienie (tj. art. 8 ust. 1 u.o.k.k.) stosować także do porozumień cenowych. W praktyce przypadki takie będą bardzo rzadkie, ale nie oznacza to, że nie istnieją. Przykładem z orzecznictwa będzie np. ustalanie przez konkurentów cen sprzedaży na wspólny bilet komunikacji miejskiej (przykład omówiony w kolejnym punkcie) oraz ustalanie cen odsprzedaży prasy. W ocenie Trybunału Sprawiedliwości prawo kolportera do zwrotu niesprzedanych egzemplarzy prasy może bowiem usprawiedliwiać zobowiązanie go do stosowania ceny wydrukowanej na egzemplarzu gazety.

#### **4.4. Zasada niezbędności**

Zasada ta oznacza zakaz nakładania na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia korzystnych efektów wskazanych w pkt 4.2. i 4.3. Wymóg dotyczy wszystkich przesłanek zawartych w tym przepisie. Jeżeli zakładane rezultaty można osiągnąć przy wykorzystaniu mniej restrykcyjnych środków, przesłanka niezbędności działania nie zostaje spełniona.

**Aby sprawdzić, czy zasada ta nie została naruszona, należy zadać pytanie, czy zakładane skutki porozumienia można by osiągnąć z pominięciem elementów antykonkurencyjnych albo przy zastosowaniu rozwiązań łagodniejszych dla konkurencji.**

**Przykład 91. Brak złamania zasady niezbędności.** Transport miejski w Warszawie obejmuje: autobusy, tramwaje, metro oraz szybką kolej miejską. Załóżmy, że wszystkie te cztery środki transportu są zarządzane przez samodzielne (nienależące do jednej grupy kapitałowej), konkurujące ze sobą prywatne spółki. Przedsiębiorcy ci postanowili wprowadzić jeden bilet na przejazd wszystkimi środkami transportu miejskiego. Podstawowa cena biletu ma wynosić 5 zł. Niezależnie od tego można kupić bilety jednorazowe u każdego z przewoźników na dotychczasowych zasadach (tj. za 2 zł). Wspólny bilet uprawnia do podróży metrem, autobusami, tramwajami i koleją na terenie Warszawy i w jej okolicach. Bilet jest dystrybuowany we wszystkich powszechnie wykorzystywanych punktach sprzedaży. Wedle zasad ogólnych prawa ochrony konkurencji sprzedaż biletu nie byłaby dozwolona. Oznaczałaby bowiem, że czterech konkurentów posiadających 100% udziałów na warszawskim rynku transportu miejskiego musi uzgodnić wspólną cenę. Ustalenie jednolitej ceny przez konkurentów rodzi podejrzenia o jej zawyżenie w wyniku zmywy i co do zasady jest zakazane przez art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. Niemniej jednak porozumienie przynosi konsumentom wiele korzyści, przede wszystkim możliwość wygodnego korzystania z różnych środków lokomocji bez konieczności każdorazowych zakupów pojedynczych biletów w różnych punktach sprzedaży. Kolejną korzyścią jest oszczędność - wspólny bilet kosztuje mniej niż trzy jednorazowe bilety różnych przewoźników. Mamy zatem do czynienia z przyrostem efektywności i z jego przeniesieniem na konsumentów. Porozumienie nie łamie także zasady niezbędności. Korzyści z niego wynikające są oczywiste, a trudno wyobrazić sobie racjonalne rozwiązanie, w którym można byłoby je osiągnąć bez ustalenia jednej ceny biletu.

#### **4.5. Brak ryzyka wyeliminowania konkurencji**

Art. 8 ust. 1 pkt 4 u.o.k.k. wyklucza możliwość udzielenia indywidualnego zwolnienia spod zakazu praktyk ograniczających konkurencję, jeśli porozumienie stwarza przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

Porozumienie nie może w dalszej perspektywie skutkować eliminacją konkurencji na istotnej części rynku. Analiza konkurencji obejmuje stan przed zawarciem porozumienia. Porozumienie nie może prowadzić do zamknięcia konkurentom dostępu do rynku, w całości lub w części. Przesłankę tę trudniej jest spełnić, jeżeli któraś

ze stron porozumienia ma pozycję dominującą.

Abstrahując od teoretycznych rozważań, można przyjąć, że eliminacja konkurencji (jako mechanizmu gospodarczego) może być rozumiana przede wszystkim na dwa sposoby, tj. jako sytuacja, w której:

- 1) dotychczas samodzielni i rywalizujący ze sobą przedsiębiorcy całkowicie rezygnują z dalszego (ekonomicznego) współzawodnictwa lub są do tego zmuszani; lub
- 2) w wyniku zawartego porozumienia uniemożliwiony zostaje dostęp do rynku właściwego podmiotom trzecim.

Eliminacja konkurencji nie powinna być rozumiana w sposób absolutny. Nie chodzi tutaj bowiem o całkowite, empirycznie udowodnione wyeliminowanie mechanizmów konkurencji na danym rynku właściwym. Taka sytuacja będzie miała bowiem miejsce tylko w warunkach monopolu. Wystarczające jest stworzenie realnego ryzyka takiej eliminacji, która nie musi objąć całego rynku właściwego, ale choćby znaczną jego część. Nasilenie tego negatywnego zjawiska musi być przy tym znacznie silniejsze od zwykłego ograniczenia konkurencji.

**Przykład 92. Porozumienie stwarzające ryzyko wyeliminowania konkurencji.** Sprawa *Van den Bergh Foods* (spotka zależna Unilever) dotyczyła sprzedaży lodów przez firmę Unilever (producenta lodów Algida). Unilever udostępniał swoim dystrybutorom nieodpłatnie albo za symboliczną opłatą lodówki do przechowywania lodów. Warunkiem było zagwarantowanie przez danego sprzedawcę prawa wyłączności dla lodów Algida sprzedawanych w lodówce dostarczonej przez tego producenta. W praktyce oznaczało to, że jeśli dany sklep otrzymał lodówkę od Unilever, to nie mógł w niej sprzedawać konkurencyjnych lodów. Dystrybutorzy wprawdzie czerpali korzyści z niskich opłat za dzierżawę lodówek, niemniej jednak często *de facto* równało się to zrzeczeniu się prawa do sprzedaży lodów konkurencyjnych producentów. Komisja uznała, że w tych punktach sprzedaży, w których nie było miejsca na więcej niż jedną lodówkę, porozumienie eliminowało konkurencję. Unilever, umieszczając jedyną możliwą lodówkę w danym punkcie sprzedaży, wykluczał sprzedaż konkurencyjnych lodów, nie było już bowiem dla nich miejsca. W efekcie, zdaniem Komisji, porozumienie to przyczyniłoby się raczej do wzrostu niż do spadku cen lodów (mimo że lodówki były darmowe albo prawie darmowe).

**Przykład 93. Porozumienie niestwarzające ryzyka wyeliminowania konkurencji.** Przedsiębiorca B produkujący sprzęt gospodarstwa domowego posiada na rynku właściwym ok. 65% udziałów. Jego konkurent A, którego udziały rynkowe wynoszą 10%, wynalazł zasilanie nowej generacji znacznie podnoszące wydajność sprzętu gospodarstwa domowego oraz obniżające zużycie energii elektrycznej. Producent A zaproponował zawiązanie z producentem B umowy typu joint venture, na mocy której producent A udzieliłby licencji na produkcję nowego zasilania, natomiast producent B wniósłby swoje doświadczenie w marketingu i technologii sprzedaży oraz wybudował linię produkcyjną. Producenci A i B łącznie posiadaliby udziały w wysokości 75%. Na rynku krajowym pozostał jeden konkurent C o udziałach w wysokości 15%, natomiast konkurent D posiadający 10% udziałów został włączony do liczącej się korporacji międzynarodowej dopiero wchodzącej na polski rynek. Dzięki wejściu na rynek *de facto* nowego podmiotu (za pośrednictwem producenta D), który jest w stanie konkurować z największymi uczestnikami rynku, konkurencja na rynku nie zostanie wyeliminowana. Gdyby natomiast dwudziestopięcioprocentowy udział skupiony w ręku producentów C i D był rozproszony między małych lokalnych producentów, to istnieje ryzyko, że porozumienie między konkurentami A i B doprowadziłoby do wyeliminowania ich z rynku i przejęcia ich udziałów przez połączone siły producenta A i B. Urząd antymonopolowy mógłby zatem bronić tezy, że porozumienie doprowadziło do eliminacji mechanizmów konkurencji na znacznej części rynku.

#### 4.6. Ciężar dowodu spełnienia przesłanek indywidualnego zwolnienia

Ciężar wykazania, że zachodzą przesłanki określone w art. 8 ust. 1 u.o.k.k., spoczywa na przedsiębiorcy. W praktyce oznacza to, że jeśli organ antymonopolowy dowie się o porozumieniu, które może naruszać interes

publiczny, ale jednocześnie istnieje prawdopodobieństwo, że korzysta ono z wyłączenia z art. 8 u.o.k.k., to mimo wszystko powinien wsząć postępowanie wyjaśniające. W takim postępowaniu zainteresowani przedsiębiorcy będą mieli okazję wykazania istnienia wymienionych przesłanek. Jeśli im się to uda, postępowanie powinno zostać zakończone. Przedsiębiorca nie ma natomiast obowiązku ani podstaw prawnych do notyfikowania danego porozumienia Prezesowi UOKiK.

## 5. Niezbędne ograniczenia konkurencji (*ancillary restraints*) w porozumieniach horyzontalnych i wertykalnych

Koncepcja tzw. niezbędnych ograniczeń konkurencji (*ancillary restraints* - literalne tłumaczenie nakazywałoby stosować terminologię „pomocnicze ograniczenie konkurencji”) zaczęła kształtować się w Stanach Zjednoczonych na początku XX w., a w Unii Europejskiej od lat sześćdziesiątych. Koncepcja ta zakłada, że niektóre ograniczenia konkurencji - które normalnie traktowane byłyby jako niedozwolone - powinny zostać uznane za legalne, albowiem są częścią szerszej - pozytywnie ocenianej - działalności gospodarczej i są niezbędne dla jej realizacji. Komisja Europejska definiuje takie ograniczenie jako ograniczenia stron porozumienia, które nie stanowią jego głównego przedmiotu, ale są bezpośrednio powiązane i niezbędne do prawidłowej realizacji celów zamierzonych przez to porozumienie. Komisja podaje jako przykład zobowiązanie stron porozumienia badawczo rozwojowego do powstrzymania się od prowadzenia takich badań na własną rękę lub w porozumieniu ze stronami trzecimi.

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

Celem omawianej konstrukcji jest uelastycznienie oceny porozumień, które mogą ograniczać konkurencję. Następuje to w uproszczonej formie, tj. bez konieczności odwoływania się do instytucji indywidualnego zwolnienia i związanej z tym konieczności ekonomicznego uzasadnienia spełnienia czterech przesłanek opisanych w pkt 4. Podstawowa różnica między instytucją indywidualnego zwolnienia, a niezbędnego (pomocniczego) ograniczenia konkurencji polega na tym, że ta ostatnia instytucja znajduje zastosowanie jedynie do oceny pewnego, niesamodzielnego wycinka określonego porozumienia, z kolei indywidualne zwolnienie stosuje się do oceny całego porozumienia. Ponadto, podczas gdy istota indywidualnego zwolnienia polega na zbalansowaniu pro- i antykonkurencyjnych - choćby potencjalnych - skutków porozumienia i oceny, które z nich przeważają, *ancillary restraints* dotyczy oceny tego, czy jeden z kwestionowanych elementów w porozumieniu, które nie ogranicza konkurencji, jest niezbędny do jego realizacji. Jeśli tak, to taki element można uznać za prawidłowy, mimo że rozpatrywany samodzielnie zostałby uznany za antykonkurencyjny.

Dla porządku należy wyjaśnić, że instytucja niezbędnych ograniczeń konkurencji nie jest często stosowana w UE, a w Polsce jest ona praktycznie martwa. Taki wniosek można w każdym razie wysnuć z faktu, iż o ile nam wiadomo, Prezes UOKiK nie wydał do tej pory żadnej decyzji, która odwoływałaby się do omawianej instytucji. Niemniej jest prawdopodobne, że w niedalekiej przyszłości, może to nastąpić.

**Przykład 94. Niezbędne ograniczenie konkurencji.** Załóżmy, że polski rynek produkcji jabłek jest bardzo rozdrobniony. Działają na nim setki tysięcy rolników, których siła przetargowa praktycznie nie istnieje w stosunku do siły producentów nawozów. Przyjmijmy, że producenci nawozów wykorzystują tę rynkową sytuację, narzucając rolnikom bardzo wysokie ceny. Sytuacja taka nie jest korzystna, ponieważ nie pozwala producentom rolnym na prawidłowy rozwój i inwestycje, co zmniejsza ich konkurencyjność względem ich rywali z pozostałych krajów UE. Aby poprawić swoją sytuację, producenci rolni zrzeszają się w spółdzielnie, zwiększając w ten sposób swoją siłę nabywczą i mogąc wynegocjować lepsze ceny. Załóżmy, że obecnie działa 15 takich spółdzielni. Powodzenie każdej z nich zależy od tego, ilu producentów rolnych uda jej się pozyskać, im więcej, tym większe szanse na wynegocjowanie korzystnych cen i odniesienie sukcesu. Z tego też względu w statutach trzech największych spółdzielni znajduje się zapis, zgodnie z którym ich członkowie zrzekają się prawa do uczestniczenia w konkurencyjnych spółdzielniach. Producenci rolni skarżą się, że zapis ten ma na celu monopolizację rynku przez trzy największe spółdzielnie i odebranie im możliwości zakupów za pośrednictwem tych spółdzielni, które w danym momencie oferują najkorzystniejsze warunki.

Omawiany zapis można uznać za niezbędne ograniczenie konkurencji. Porozumienie główne to statut danej spółdzielni w połączeniu z aktami przystępowania do niej przez producentów rolnych. Cel porozumienia jest prokonkurencyjny - wyrównanie szans negocjacyjnych producentów rolnych wobec producentów nawozów. Zakaz uczestnictwa w konkurencyjnych spółdzielniach, choć pozornie może mieć charakter ograniczający konkurencję, w rzeczywistości taki nie jest. Jest on niezbędny do tego, aby spółdzielnie mogły się prawidłowo rozwijać i w optymalny sposób realizować swoje zadanie w postaci uzyskiwania możliwie niskich cen, co może nastąpić tylko dzięki przystępowaniu do spółdzielni znacznej liczby producentów rolnych. Jeśli jednocześnie przynależeliby oni do innych spółdzielni, osiągnięcie tego celu byłoby zagrożone.

## 1. POMOC PUBLICZNA W GOSPODARCE RYNKOWEJ

Problematyka udzielania pomocy publicznej (*state aid*) stanowi ważny element interwencyjnej działalności państwa w sferze gospodarczej oraz jedną z części polityki konkurencji Unii Europejskiej [Ambroziak, 2009, s.121]. Oddziaływanie państwa na gospodarkę jest przedmiotem nieustannej dyskusji toczonej przez teoretyków ekonomii, opowiadających się z jednej strony za pozostawieniem problemów gospodarczych siłom rynkowym, a z drugiej za aktywną partycypacją państwa [Kaczmarek, 2004, s.87]. Stosunek do zakresu włączania się państwa w procesy gospodarcze podlega cyklicznym wahaniom, charakterystycznym dla rozwoju myśli ekonomicznej [Wojtyła, 1992, s.353].

W literaturze przedmiotu wyróżnia się wiele sytuacji określanymi mianem zawodności (niedoskonałości) rynku (*market failures/imperfections*), w których pożądane jest, by państwo wspierało mechanizm wolnorynkowy, wpływając na decyzje uczestników obrotu gospodarczego [Samecki, 2002, s.386]. W takim przypadku można mówić o zespole środków prawnych zwierzchniego nadzoru nad rynkiem [Strzykowski, 2007, s.24]. Wynika on z przepisów prawa publicznego i wiąże się z uporządkowaniem konkurencji [Korbutowicz, 2004, s.28-33], co w założeniu ma doprowadzić do osiągnięcia pożądanych celów gospodarczych [Brodecki, 2004, s.86]. W tym kontekście pomoc publiczna nie jest efektem działania naturalnych praw rządzących rynkiem [Fornalczyk, 1998, s.13], lecz wynikiem stymulujących zachowań państwa, które w interesie publicznym próbuje wpływać na efektywność gospodarowania poszczególnych przedsiębiorstw [Nicolaidis, 2006, s.18].

### 1.1. Pomoc publiczna jako instrument polityki gospodarczej

Według niektórych autorów pomoc publiczna jest jedną z funkcji państwa wobec gospodarki [Nykiel-Mateo, 2009, s.11]. Do funkcji tych zalicza się również regulację i planowanie gospodarcze, politykę koniunkturalną i regulację sektorów infrastrukturalnych [Szydło, 2005, s.31].

W gospodarce rynkowej pomoc publiczna jest dopuszczalna na zasadzie wyjątku, po nieważ może prowadzić do zakłócenia konkurencji [Kosikowski, 2006, s.183]. Instrument ten jest zatem stosowany w szczególnych okolicznościach w celu [Michoński, 2000, s.156]: 1) stymulowania pozytywnych zmian gospodarczych – w postaci promocji zwycięzców oraz wspierania zmian dostosowawczych i restrukturyzacji gałęzi wzmacniających konkurencyjność gospodarki lub



2) ochrony tzw. schyłkowych sektorów wrażliwych (np. górnictwa, stoczni itp.), zmierzającej do łagodzenia dolegliwości związanych z procesami starzenia się produktów i całych dzie dzin gospodarki, zorientowanej głównie na realizację celów społecznych.

Chociaż stosowanie przez państwo środków publicznych umożliwia mu pośredni wpływ na prowadzenie działalności gospodarczej przez przedsiębiorców to jednak niewłaściwie ukierunkowana pomoc uderza w zdrowe podmioty, ograniczając ich zdolności konkurencyjne na korzyść podmiotów nieefektywnych [Piontek, 2005, s.177]. Udzielanie pomocy prowadzi do zakłócenia konkurencji, przekładając się na uprzywilejowanie dla beneficjentów pomocy, otrzymujących dodatkowe środki finansowe, których nie uzyskaliby w normalnych warunkach rynkowych [Schina, 1987, s.3]. W związku z tym pomoc powinna być ograniczona czasowo, służąc jedynie do rozwiązania najważniejszych problemów ekonomicznych lub społecznych w skali sektora gospodarki lub regionu kraju.

Należy podkreślić, że pomoc publiczna może być stosowana jako instrument makroekonomicznej polityki państwa, np. w celu tworzenia nowych miejsc pracy, pobudzania wzrostu gospodarczego, zwiększania konkurencyjności gospodarki na rynku międzynarodowym oraz zmiany struktury gospodarczej [Ambroziak, 2009, s.121].

Udzielanie pomocy w Unii Europejskiej powoduje, że problemy istniejące w jednym państwie członkowskim, zostają przesunięte na rynki innych krajów członkowskich. W rezultacie zakres negatywnych skutków pomocy przekracza granice państwa, w którym pomoc przy znano [Dudzik, 2002, s.17]. Zaawansowanie procesów integracyjnych, stworzenie rynku we wewnętrznego oraz unii gospodarczej i walutowej, wzmacnia intensywność powstałych w ten sposób zakłóceń [Nykiel-Mateo, 2009, s.13]. Z drugiej strony pomoc może zastąpić zniesio ne wcześniej bariery w wewnątrzspółnotowej wymianie handlowej, ograniczając korzyści wynikające z integracji. W tym kontekście szczególnie ważna jest potrzeba stworzenia skutecznych mechanizmów kontroli i egzekwowania prawa pomocy publicznej w państwach członkowskich [Rutkiewicz, 2012, s.27].

## **1.2. Zakres i elementy (przesłanki) pojęcia pomocy publicznej**

W prawie Unii Europejskiej nie ma jednoznacznej definicji pomocy publicznej [Marquardt, 2007, s.29]. Szeroka i swobodna interpretacja pomocy publicznej nie odnosi się do samego pojęcia, lecz do przesłanek, które muszą być spełnione, aby można było stwierdzić, że dane przysporzenie stanowi pomoc [Pełka, Stasiak, 2001, s.18]. Niektórzy autorzy wskazują, że brak stosownej definicji pomocy publicznej jest zamierzony, ponieważ [Schina, 1987, s.13]:

1) ma na celu wykluczenie sytuacji, w której zbyt sztywna definicja byłaby w różny sposób obchodzona przez państwa członkowskie,

2) umożliwia organom nadzorczym, tj. Komisji Europejskiej (dalej: Komisja) i Europejskiemu Trybunałowi Sprawiedliwości (ETS), dokonywanie własnej interpretacji tego pojęcia w możliwie szeroki i elastyczny sposób.

Fundamentem polityki Unii Europejskiej w zakresie udzielania pomocy publicznej jest zapis zawarty w art. 107 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) [Traktat, 2008, s. 91] stwierdzający niezgodność z rynkiem wewnętrznym pomocy publicznej stanowiącej wsparcie (transfer zasobów) dla przedsiębiorstw pod warunkiem kumulatywnego spełnienia wszystkich poniższych przesłanek:

1) Dany środek (bez względu na formę) jest przyznawany przez państwo członkowskie lub pochodzi z jego zasobów. Mogą być nimi w szczególności środki pieniężne, rzeczowe składniki majątku oraz prawa majątkowe. Bez znaczenia jest hierarchia organów władzy państwowej (centralnej, regionalnej i lokalnej) wynikająca z ustroju i podziału administracyjnego. Ważny jest jedynie fakt dysponowania jej środkami w celu wykonywania zadań państwa przy użyciu środków publicznych.

2) Przyznanie pomocy stanowi korzyść dla przedsiębiorcy (beneficjenta). Jest ona interpretowana zarówno jako przekazanie środków finansowych w tzw. formie aktywnej (np. bezpośrednia dotacja) lub postawienie beneficjentowi do dyspozycji środków pasywnych

(np. zwolnienia podatkowe powodujące uszczuplenia wpływów do budżetu państwa). 3) Następuje uprzywilejowanie produkcji niektórych towarów dla przedsiębiorców z określonych gałęzi, regionów lub sektorów. Selektowność tego transferu polega na tym, że nie wszystkie podmioty potencjalnie nim zainteresowane mogą go w rzeczywistości otrzymać (np. tylko przedsiębiorcy ze specjalnych stref ekonomicznych lub producenci biopaliw). 4) Pomoc zakłóca konkurencję lub potencjalnie grozi jej naruszeniem. Warunek ten jest szczególnie istotny, ponieważ nadrzędnym celem przepisów o pomocy publicznej jest ochrona konkurencji na rynku wewnętrznym. Zakres podmiotowy tych przepisów jest nieograniczony i obejmuje wszelką działalność gospodarczą w Unii Europejskiej. 5) Dochodzi do wpływu na warunki wymiany handlowej między krajami członkowskimi. Pojęcie handlu dotyczy wszelkich aspektów międzynarodowej wymiany gospodarczej, w tym przepływów kapitału. Według ETS-u kryterium wpływu na handel jest spełnione, jeśli beneficjent pomocy prowadzi działalność związaną z handlem między krajami

UE. Nie ma przy tym znaczenia wielkość przedsiębiorcy, jego niewielki udział w rynku ani fakt eksportowania (lub nie) wszystkich produktów poza obszar jednolitego rynku europejskiego.

Analiza powyższych przesłanek wskazuje, że mają one charakter przedmiotowy, a nie podmiotowy. Z tego powodu ocenie pod kątem występowania pomocy publicznej nie podlegają podmioty, lecz zawierane między nimi transakcje. Taką metodologią, zwaną testem pomocy publicznej, posługuje się Komisja i ETS, będące organami uprawnionymi do wydania wiążącego rozstrzygnięcia w tej materii [Jankowska, Marek, 2009, s.12].

Organem monitorującym pomoc publiczną w Polsce jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), do którego obowiązków należy gromadzenie, przetwarzanie i przekazywanie informacji o udzielonej pomocy, w szczególności o jej rodzajach, formach i wielkości [Ustawa z 30.04.2004, 2007, art. 31].

Chociaż w art. 107 ust. 1 TFUE generalnie uznano, że pomoc publiczna wpływa negatywnie na efektywną alokację zasobów, ponieważ zakłóca konkurencję i handel międzynarodowy, to jednak od reguły tej w art. 107 ust. 2 TFUE przewidziano wyjątki, obejmujące wyłączenia z mocy prawa (*ex lege*) (zwane zwolnieniami automatycznymi lub obligatoryjnymi), a

w art. 107 ust. 3 TFUE – wyłączenia warunkowe (fakultatywne), zgodnie z którymi pomoc publiczna jest dopuszczalna na mocy decyzji organów UE.

### 1.3. Wyłączenia automatyczne i warunkowe w udzielaniu pomocy publicznej

Konstrukcja prawna dopuszczalności pomocy publicznej w Unii Europejskiej określa okoliczności odnoszące się do sytuacji, w których pozytywne skutki zastosowania tego instrumentu w dłuższym okresie będą większe niż antykonkurencyjne skutki negatywne [Czemiel Grzybowska, 2013, s.137]. W związku z tym na mocy art. 107 ust. 2 TFUE postanowiono, że

automatycznie zgodna z rynkiem wewnętrznym UE jest pomoc:

- a) o charakterze socjalnym dla indywidualnych konsumentów bez dyskryminacji ze względu na pochodzenie produktów (np. dotacje do posiłków w barach mlecznych),
- b) na naprawę szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi (np. trzęsienia ziemi, erupcje wulkanów, katastrofy naturalne) lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi (np. strajki, wojny, ataki terrorystyczne, zamieszki i prześladowania na tle społecznym lub religijnym),
- c) dla wschodnich landów Republiki Federalnej Niemiec w celu wyrównania strat gospodarczych spowodowanych przez podział Niemiec.

Druga grupa wyjątków, określona w art. 107 ust. 3 TFUE, obejmuje pomoc, którą Komisja może uznać za zgodną z regułami rynku wspólnotowego, jeśli przeznaczona jest na: a) sprzyjanie rozwojowi gospodarczemu regionów, w których poziom życia jest nienormalnie niski lub regionów, w których istnieje poważny stan niedostatecznego zatrudnienia, b) wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania lub mających na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce państwa członkowskiego (np. kryzysowi finansowemu),

c) ułatwienie rozwoju niektórych działań gospodarczych lub regionów gospodarczych, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej w zakresie sprzecznym z interesem UE, d) wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego, o ile nie zmienia warunków wymiany handlowej i konkurencji w państwach członkowskich.

Ponadto dopuszczalne mogą być inne kategorie pomocy określone większością kwalifikowaną na mocy decyzji Rady UE. Znajdują one zastosowanie do sektorów i dziedzin życia gospodarczego nieobjętych wyłączeniami aktów prawnych przyjętych przez Komisję.

### 1.4. Zasady udzielania pomocy publicznej w Unii Europejskiej

W prawie Unii Europejskiej obowiązują cztery zasady udzielania pomocy publicznej: 1) Zasada przejrzystości (*transparency*) opiera się na założeniu, że pomoc musi być przyznawana w sposób umożliwiający jej nadzorowanie (*ex ante* i *ex post*). Do tego celu służą procedury notyfikacyjne (zgłoszeniowe) i kontrolne zobowiązujące kraje członkowskie do informowania Komisji o zamiarze udzielenia pomocy publicznej oraz do pełnego monitoringu (sprawozdawczości) pomocy publicznej realizowanej w praktyce.

2) Zasada proporcjonalności (*proportionality*) oznacza, że wielkość pomocy publicznej, czas jej trwania i zakres powinny być proporcjonalne do rangi problemu, jaki ma być przez nią rozwiązany. Zakres zastosowanych środków

powinien być adekwatny do skali problemu. Wielkość pomocy nie może przekraczać odpowiednich pułapów intensywności określonych w ramowych zasadach jej udzielania.

3) Zasada spójności (*cohesion*), określana także mianem solidarności europejskiej, przejawia się w tym, że Unia Europejska powinna dążyć do likwidacji nierówności w rozwoju między poszczególnymi jej krajami. Z tego powodu większa pomoc powinna być udzielana w słabiej rozwiniętych regionach, a mniejsza w lepiej rozwiniętych, w celu wyrównywania różnic między regionami Unii. Na tej zasadzie opiera się polityka regionalna i wynikają z niej kryteria oceny pomocy regionalnej w państwach członkowskich stosowane przez Komisję. 4) Zasada subsydiarności (*subsidiarity*) oznacza, że organy Unii Europejskiej (głównie Komisja) mogą podejmować odpowiednie działania tylko wtedy, kiedy działania państw członkowskich okażą się nieskuteczne. Dlatego pomoc jest dopuszczalna tylko wtedy, gdy beneficjent nie może samodzielnie rozwiązać problemu przy wykorzystaniu instrumentów, jakie mu oferuje wolny rynek [Jankowski, 2001, s.40].

### 1.5. Klasyfikacja przedmiotowa – rodzaje i kategorie pomocy publicznej

Występowanie wielkiej różnorodności przejawów pomocy publicznej skierowanej do przedsiębiorców spowodowało konieczność wprowadzenia przez Komisję odpowiednich podziałów klasyfikacyjnych w celu ułatwienia opracowania jednolitych zasad udzielania pomocy dla poszczególnych rodzajów i kategorii pomocy. Wprowadzenie klasyfikacji pomocy ułatwia także wywiązanie się państw członkowskich z obowiązków sprawozdawczych i notyfikacyjnych, ciążyących na nich na zasadach ustalonych w art. 108 TFUE.

W ramach klasyfikacji przedmiotowej, opartej o kryterium zakresu stosowania (przeznaczenia) pomocy, wyróżnia się trzy główne jej rodzaje. Należą do nich:

1) Pomoc horyzontalna – adresowana do wszystkich przedsiębiorstw niezależnie od formy ich własności, miejsca prowadzenia działalności i sektora, w którym działają. Pomoc ta przyczynia się do realizacji określonych celów polityki państwa i obejmuje w szczególności: a) intensyfikowanie prac badawczo-rozwojowych i innowacyjności przedsiębiorstw, b) zachęty dla przedsiębiorstw do zwiększania inwestycji na rzecz ochrony środowiska, c) pobudzanie aktywności gospodarczej (rozwoju) małych i średnich przedsiębiorstw oraz podnoszenie ich konkurencyjności i zdolności do funkcjonowania na rynku europejskim, d) oddziaływanie na strukturę i skalę bezrobocia poprzez dofinansowanie szkoleń, dopłaty do wynagrodzeń i bodźce prowadzące do aktywizacji zawodowej osób niepełnosprawnych, e) ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstw podyktowane względami społecznymi (ochrona miejsc pracy) lub przeciwdziałaniem tworzeniu się monopolu i oligopolu na rynku, f) zapobieganie i likwidację zakłóceń w gospodarce o charakterze ponadsektorowym, 2) Pomoc regionalna – stanowi instrument zapewniania zrównoważonego rozwoju wszystkich regionów państw członkowskich oraz sprzyja spójności gospodarczej, społecznej i terytorialnej. Cel ten jest osiągany poprzez:

a) wspieranie nowych inwestycji i dużych projektów inwestycyjnych,

b) tworzenie nowych miejsc pracy,

c) promowanie ekspansji, modernizacji i dywersyfikacji działalności gospodarczej podmiotów funkcjonujących w regionach najslabiej rozwiniętych,

3) Pomoc sektorowa – jest związana z restrukturyzacją poszczególnych dziedzin gospodarki lub pojedynczych przedsiębiorstw. Szczególne przepisy prawa konkurencji UE w tym zakresie mają zastosowanie do:

a) tzw. schyłkowych sektorów wrażliwych, tj. gałęzi przemysłu z chronicznym nadmiarem zdolności produkcyjnych (np. górnictwo, hutnictwo, stocznie, sektor włókien syntetycznych), b) usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (np. transport – kolejowy, drogowy, śródlądowy, lotniczy i morski, publiczna radiofonia, telewizja, kinematografia, usługi pocztowe i finansowe, telekomunikacja, sektor energetyki i gazu ziemnego, rolnictwo, leśnictwo, rybołówstwo, akwakultura).

### 1.6. Formy pomocy publicznej

Należy podkreślić, że rola pomocy publicznej we wspieraniu konkurencyjności przedsiębiorstw zależy nie tylko od przeznaczenia pomocy, ale możliwości jej wykorzystania przez beneficjenta. W ocenie wpływu pomocy publicznej na konkurencyjność firm można wykorzystać trzy kryteria klasyfikacji jej instrumentów obejmujących [Rutkiewicz, 2009, s. 84-85]:

1) Kierunek przepływów pieniężnych – umożliwia wyodrębnienie tych form pomocy, których zastosowanie powoduje transfer wartości majątkowych do beneficjenta (zwłaszcza dotacje) lub zmniejszenie obciążeń finansowych (ulgi podatkowe),

2) Przejrzystość – według której instrumenty pomocy publicznej dzieli się na:

a) czynne – stosowane *ex ante*, które wyprzedzając działania przedsiębiorcy mogą być łatwo kontrolowane. Zalicza się do nich: dotacje, dopłaty do oprocentowania kredytów, wniesienie kapitału do spółki, pożyczki preferencyjne, poręczenia i gwarancje kredytowe oraz udzielone „z góry” ulgi podatkowe, jak również odroczone „z góry” lub rozłożone w czasie spłatę rat podatku lub płatności na rzecz funduszy,

b) bierne – stosowane *ex post*, korygujące skutki działań przedsiębiorcy, które już nie mogą być monitorowane. Instrumenty te uwalniają przedsiębiorcę od zobowiązań finansowych. Zalicza się do nich: zaniechanie ustalania i poboru podatków, umorzenie zadłużenia wobec budżetu i funduszy, konwersję zadłużenia na kapitał spółki, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległości podatkowych lub płatności wobec funduszy,

3) Efektywność – prowadzi do bardzo niesymetrycznego podziału instrumentów pomocy wchodzących na dotacje oraz pozostałe narzędzia.

Zgodnie z wytycznymi Komisji formy pomocy publicznej zgrupowane są w cztery grupy oznaczone literami A, B, C i D (tab. 1). Kolejnym literom przypisano dodatkowo cyfrę 1 lub 2, w zależności od źródła pochodzenia pomocy (odpowiednio z budżetu lub kosztem uszczu plenia wpływów budżetowych).

Formy pomocy w grupie A charakteryzują się przekazaniem całości udzielonej pomocy do beneficjenta w taki sposób, że jej wielkość jest równa transferowi pomocy. Z uwagi na fakt, że dotacja stanowi najbardziej przejrzystą formę pomocy, traktowana jest jako instrument umożliwiający porównywanie, sumowanie i wyrażanie w ujęciu relatywnym intensywności pomocy w postaci tzw. ekwiwalentu dotacyjnego brutto – EDB (*gross/nett grant equivalent*). Jest to kwota pomocy, którą otrzymałby beneficjent, uzyskując wsparcie w formie dotacji z uwzględnieniem (lub bez) podatku dochodowego. Przeliczanie wartości różnych form pomocy na kwotę dotacji umożliwia oszacowanie realnej korzyści otrzymanej przez przedsiębiorcę [Ambroziak, 2009, s.126]. Szczególna rola dotacji daje się uzasadnić zarówno teoretycznie, jak też empirycznie. Z dotacji mogą bowiem korzystać przedsiębiorcy, którzy nie mają bieżących problemów finansowych, a więc potwierdzili swoją skuteczność w zarządzaniu przedsiębiorstwem. Dotacja, chociaż jest wydatkiem budżetowym, uzupełnia własny wkład finansowy przedsiębiorcy, a beneficjent ubiegający się o nią zobowiązany jest do wariantowego zaplanowania działań umożliwiających ocenę ryzyka.

Zwolnienia i ulgi podatkowe (oraz ulgi w opłatach) stanowią pomoc odpowiadającą wartościowo kwocie, jaka powinna być zapłacona przez podatnika, ale na mocy decyzji władz skarbowych nie jest zapłacona lub polega na obniżeniu wysokości podatku, opłaty lub pod-

stawy opodatkowania. Zaniechanie poboru podatku (opłaty) oraz umorzenie zadłużenia stanowią pomoc w postaci pozostawienia do dyspozycji środków, które powinny wpłynąć do budżetu lub ze względu na fakt rezygnacji władz publicznych z wyegzekwowania należnej kwoty, co poprawia kondycję finansową beneficjenta w porównaniu z sytuacją, kiedy uregulowanie tych zaległości jest nieodwołalne.

**Tabela 1. Klasyfikacja instrumentów pomocy publicznej w Polsce ze względu na formę**

Grupa	Podgrupa	Forma pomocy
Grupa A – dotacje i ulgi podatkowe	A1	Dotacje
		Dopłaty do oprocentowania kredytów bankowych
		Inne wydatki związane z funkcjonowaniem jednostek budżetowych
		Refundacje
		Rekompensaty
	A2	Zwolnienie z podatku
		Odliczenie od podatku
		Obniżka lub zmniejszenie, powodujące obniżenie podstawy opodatkowania lub wysokości podatku

		Obniżenie wysokości opłaty
		Zwolnienie z opłaty
		Zaniechanie poboru podatku
		Zaniechanie poboru opłaty
		Umorzenie zaległości podatkowej wraz z odsetkami
		Umorzenie odsetek od zaległości podatkowej
		Umorzenie opłaty i odsetek za zwłokę z tytułu opłaty (składki, wpłaty)
		Umorzenie kar
		Oddanie do korzystania lub zbycie mienia będącego własnością Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego i ich związków na warunkach korzystniejszych dla przedsiębiorcy od oferowanych na rynku
		Umorzenie kosztów egzekucyjnych
		Umorzenie kosztów procesu sądowego
		Jednorazowa amortyzacja
Grupa B – subsydia kapitałowo inwestycyjne	B1	Wniesienie kapitału do spółki
	B2	Konwersja wierzytelności na akcje lub udziały
Grupa C – „miękkie kredytowanie”	C1	Pożyczki, kredyty preferencyjne
		Dopłaty do oprocentowania kredytów bankowych (dla banków)
		Pożyczki warunkowo umorzone
	C2	Odroczenie lub rozłożenie na raty płatności podatku lub zaległości podatkowej wraz z odsetkami za zwłokę
		Odroczenie lub rozłożenie na raty płatności opłaty (składki, wpłaty), zaległej opłaty (składki, wpłaty) wraz z odsetkami
		Odroczenie lub rozłożenie na raty płatności kary
		Odroczenie lub rozłożenie na raty kosztów egzekucyjnych
		Odroczenie lub rozłożenie na raty odsetek
Odroczenie lub rozłożenie na raty kosztów procesu sądowego		
Grupa D – poręczenia i gwarancje	D1	Poręczenia i gwarancje

Źródło: Opracowanie na podstawie [Raport o pomocy publicznej w Polsce..., 2013, s.10].

Grupa B obejmuje formy zaangażowania kapitałowego w formie udziałów państwa w kapitale przedsiębiorstw na warunkach odbiegających od normalnych praktyk inwestycyjnych.

W grupie C mieszczą się transfery środków finansowych w postaci udzielania kredytu na preferencyjnych warunkach (grupa C1) stanowiące korzyść dla przedsiębiorcy, który normalnie nie mógłby nie otrzymać kredytu lub dostałby go, lecz o wyższym oprocentowaniu. Z kolei grupa C2 obejmuje pomoc dla przedsiębiorstw nie mających wiarygodności kredytowej, w tym odroczenia terminu płatności podatków lub składek ubezpieczeniowych, rozłożenia ich na raty, czy też przyspieszoną amortyzację. Wówczas brak konieczności regulowania należności z tytułu zaciągniętych kredytów stanowi dotację powiększoną o niespłacone odsetki oraz powoduje zmianę strumienia płatności podatku w czasie.

Do grupy D zalicza się poręczenia i gwarancje kredytowe, które stanowią pomoc związaną z ryzykiem niespłacenia zaciągniętych zobowiązań i koniecznością przejęcia obsługi przez skarbu państwa.

### **1.7. Podmioty (organy) przyznające pomoc publiczną w Polsce**

Podmiotami, które udzielają pomoc, są organy administracji publicznej oraz inne podmioty (w tym przedsiębiorcy publiczni) uprawnione i posiadające kompetencje do realizacji transferu publicznych środków finansowych na rzecz beneficjentów.

Podstawą prawną, w oparciu o którą pomoc może być przyznawana, jest:

- a) akt mający generalny charakter (np. program pomocowy uregulowany w określonej ustawie dotyczący przedsiębiorców działających w specjalnych strefach ekonomicznych),
- b) akt administracyjny (np. w postaci decyzji administracyjnej, czyli jednostronnego oświadczenia woli organu administracyjnego o charakterze władczym),
- c) umowa cywilnoprawna (kiedy organ udzielający wsparcia jest podmiotem równorzędnym, posiadającym takie same uprawnienia jak beneficjent pomocy),
- d) objęcie akcji lub udziałów w spółkach kapitałowych.

Do podmiotów, które udzielają w Polsce pomocy, w szczególności należą: marszałkowie województw, starostowie powiatów, prezydenci i burmistrzowie miast oraz wójtowie gmin, Minister Gospodarki, Minister Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej, Minister Skarbu Państwa, Minister Nauki i Szkolnictwa Wyższego, Minister Administracji i Cyfryzacji, Agencja Rozwoju Przemysłu S.A., Prezes Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, Prezes Zarządu Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, Prezes Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, dyrektorzy izb skarbowych i celnych oraz naczelnicy urzędów skarbowych i celnych (organy podatkowe), Ochotnicze Hufce Pracy, Bank Gospodarstwa Krajowego, beneficjenci unijnych programów operacyjnych, Krajowy Fundusz Kapitałowy S.A., Dyrektor Instytutu Nafty i Gazu, Dyrektor Narodowego Centrum Badań i Rozwoju, Dyrektor Narodowego Centrum Nauki, Dyrektor Władzy Wdrażającej Programy Europejskie, Dyrektor Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej, Korporacja Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych S.A., Dyrektor Generalny Służby Więziennej, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji.

### **1.8. Wpływ pomocy publicznej na konkurencję**

Problematyka wpływu pomocy publicznej na konkurencję jest związana z rolą państwa w gospodarce rynkowej. Z uwagi na fakt, że istnienie konkurencji nie zawsze jest optymalnym sposobem zapewnienia społeczeństwu dostępu do wszystkich dóbr i usług, niektóre z nich muszą być zapewniane i finansowane przez państwo (np. przeciwdziałanie negatywnym efektom zewnętrznym w ochronie środowiska, przywracanie równowagi na rynku pracy lub stymulowanie rozwoju gospodarczego określonych regionów i gałęzi przemysłu). Podstawowym zagadnieniem przy ocenie interwencjonizmu państwa jest odpowiedź na pytanie, czy założone cele osiągnięto przy możliwie najmniejszym naruszeniu konkurencji na rynku. Ogólna analiza wpływu pomocy publicznej na konkurencję uwzględnia cztery główne czynniki, badane przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Komisję Europejską, które obejmują [Raport o pomocy publicznej w Polsce..., 2013, s. 79-80]: 1) Przeznaczenie pomocy. Pomoc sektorowa oraz pomoc na ratowanie i restrukturyzację stanowią potencjalnie największe zagrożenie naruszenia konkurencji. Pomoc taka stanowi doraźną reakcję państwa na problemy poszczególnych podmiotów, bez względu na przyczyny ich powstania, np. niegospodarność lub błędy w zarządzaniu. W rezultacie ogranicza

ona działanie normalnych mechanizmów rynkowych samoistnie eliminujących z rynku przedsiębiorstwa nieefektywne na rzecz sprawniej działających. Z kolei pomoc sektorowa, dostępna tylko dla przedsiębiorstw z danego sektora, może w większym stopniu wpływać na warunki konkurencji i jest zazwyczaj bardziej selektywna niż pomoc horyzontalna i regionalna, której zadaniem jest wsparcie realizacji określonego celu społeczno-gospodarczego rekompensującego ewentualne negatywne skutki niekorzystnego wpływu pomocy na konkurencję.

2) Sektor, w którym prowadzi działalność gospodarczą beneficjent pomocy. Poszczególne sektory różnią się od siebie pod względem struktury, tj. liczby działających podmiotów, ich wielkości, udziału w rynku, stopnia wykorzystania mocy produkcyjnych, nasilenia konkurencji itp. W zależności od struktury danego sektora, pomoc udzielona podmiotom w nim działającym może wywierać mniejszy lub większy wpływ na konkurencję. Jeśli w danym sektorze (np. transportu drogowego) działa dużo podmiotów i występuje tzw. nadwyżka mocy produkcyjnych, nawet niewielka wartość pomocy pozwala poprawić pozycję konkurencyjną beneficjenta w stosunku do jego konkurentów.

3) Poziom selektywności pomocy. Dany instrument (program pomocowy lub pomoc indywidualną) można uznać za selektywny, jeśli dotyczy określonego, ograniczonego kręgu beneficjentów. Niemniej poziom selektywności poszczególnych instrumentów jest różny. Im szerszy krąg beneficjentów oraz im większy automatyzm uzyskiwania pomocy, tym selektywność jest mniejsza a w rezultacie mniejsze zakłócenie konkurencji. Z kolei wąski krąg beneficjentów, będący pochodną znacznej uznaniowości podmiotów udzielających pomocy, oznacza bardziej niekorzystny wpływ na konkurencję.

4) Wielkość beneficjenta. Im większy beneficjent pomocy, tym większy jego udział w rynku i silniejsza pozycja konkurencyjna. Pomoc udzielana dużym podmiotom dodatkowo wzmacnia ich pozycję, przez co może bardziej ograniczać lub eliminować istniejącą konkurencję lub też utrudniać jej powstanie. Niemniej pomoc udzielana symetrycznie podmiotom działającym na określonym rynku, nie musi mieć negatywnego wpływu na konkurencję (np. rekompensaty za rozwiązanie długoterminowych umów sprzedaży mocy i energii elektrycznej). Ponadto pomoc udzielana podmiotom działającym na rynkach regulowanych w warunkach monopolu naturalnego (np. dla operatorów sieci przesyłowych w sektorze gazowym), gdy nie istnieją konkurenci, nie powoduje zakłócenia konkurencji, patrząc z perspektywy krajowej.