

UNIwersytet Jagielloński w Krakowie

Wydział Prawa i Administracji

Kierunek Prawo

## **Wina i strona podmiotowa w prawie konkurencji**

**Piotr Semeniuk**

**(nr albumu: 1027085)**

Opiekun pracy

prof. dr hab. Ryszard Markiewicz

Kraków 2012

## Wykaz skrótów:

AMopU	- ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów
Biała Księga	- Biała Księga Komisji Europejskiej w sprawie roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji
ETPC	- Europejski Trybunał Praw Człowieka
TSUE	- Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
ETS	- Europejski Trybunał Sprawiedliwości
EKPC	- Europejska Konwencja Praw Człowieka
k.c.	- Kodeks cywilny
k.k.	- Kodeks karny
k.p.a.	- Kodeks postępowania administracyjnego
Komisja	- Komisja Europejska
Projekt	- Projekt UOKiK założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 15 maja 2012 r.
Rozporządzenie 1/2003	- Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu
SN	- Sąd Najwyższy
SPI	- Sąd Pierwszej Instancji
TFUE, Traktat	- Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej
UKE	- Urząd Komunikacji Elektronicznej
URE	- Urząd Regulacji Energetyki
UOKiK	- Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
u.o.k.k.	- ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów
u.o.p.z.	- ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary
u.z.n.k.	- ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

## SPIS TREŚCI:

Wstęp .....	6
1.1. Uwagi wprowadzające .....	10
1.2. Wina w prawie administracyjnym .....	11
1.3. Wina w prawie karnym .....	12
1.4. Wina w prawie cywilnym .....	14
1.5. Punkty wspólne .....	17
2. Wina i strona podmiotowa w prawie konkurencji .....	19
2.1. Uwagi wprowadzające .....	19
2.2. Strona podmiotowa w prawie konkurencji .....	23
2.2.1. Naruszenie prawa konkurencji jako delikt cywilnoprawny .....	24
2.2.2. Relacje między przesłankami strony podmiotowej deliktów cywilnoprawnych i administracyjnych .....	28
2.2.3. Przesłanki strony podmiotowej w prawie konkurencji .....	29
2.3. Strona podmiotowa a wymiar kary .....	31
2.4. Subiektywny stosunek do bezprawności w prawie konkurencji .....	32
2.4.1. Obowiązki zasady <i>ignorantia iuris nocet</i> w praktyce UOKiK .....	32
2.4.2. Subiektywny stosunek do prawa a wymiar kary .....	36
2.4.3. Nieświadomość bezprawności a nieumyślność .....	37
2.4.3.1. Nieumyślność a porozumienia wertykalne .....	38
2.4.3.2. Nieumyślność jako wady w organizacji przedsiębiorcy .....	39
2.5. Błąd co do bezprawności w prawie konkurencji .....	41
2.5.1. <i>Mala per se</i> w prawie konkurencji .....	42
2.5.2. Uzasadniony błąd co do bezprawności w prawie konkurencji .....	47
2.5.2.1. Dostępność aktu prawnego i jego tłumaczenia .....	48
2.5.2.2. Nieznajomość prawa przez obcokrajowców .....	49

2.5.2.3. Działanie w zaufaniu do organu władzy publicznej.....	50
2.5.2.4. Postępowanie zgodne z regulacją sektorową i autoryzowane przez sektorowy organ regulacyjny .....	51
2.5.2.5. Rozbieżności w interpretacji danego przepisu .....	58
3. Antykonkurencyjny zamiar .....	62
3.1. Uwagi wprowadzające.....	62
3.2. Pojęcie antykonkurencyjnego zamiaru na gruncie teorii prawa karnego .....	62
3.3. Występowanie kryterium antykonkurencyjnego zamiaru w prawie konkurencji	65
3.4. Antykonkurencyjny zamiar a „obiektywna natura nadużycia pozycji dominującej” .....	67
3.5. Antykonkurencyjny zamiar a obecność przedsiębiorcy na rynku .....	69
3.5.1. Zamiar antykonkurencyjny jako obiektywny opis danej praktyki.....	73
3.5.2. Zamiar antykonkurencyjny jako swoiste domniemanie faktyczne .....	74
3.5.3. Zamiar antykonkurencyjny jako zamiar konkurencji niemerytorycznej .....	76
3.6. Antykonkurencyjny zamiar a cel porozumień .....	78
3.7. Antykonkurencyjny zamiar a nadużycie pozycji dominującej .....	81
3.7.1. Drapieżnictwo cenowe .....	82
3.7.1.1. Drapieżnictwo cenowe w świetle praktyki UOKiK.....	85
3.7.2. Dokuczliwe procesowanie się .....	86
3.7.2.1. Precedensowe orzeczenia europejskie i amerykańskie.....	87
3.7.2.2. Antykonkurencyjny zamiar w dokuczliwym procesowaniu się .....	89
3.8. Zamiar antykonkurencyjny – podsumowanie .....	90
4. Wina przedsiębiorców kolektywnych .....	92
4.1. Uwagi wprowadzające.....	92
4.2. Wina osób prawnych w prawie cywilnym .....	94
4.3. Wina podmiotów kolektywnych w prawie karnym – ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych .....	98
4.3.1. Uwagi wprowadzające .....	98

4.3.2. Wina w wyborze oraz wina w nadzorze .....	99
4.3.3. Wina organu a wina organizacyjna.....	100
4.4. Różnice i podobieństwa między prawem cywilnym a prawem karnym.....	103
4.5. Wina przedsiębiorców kolektywnych w prawie konkurencji.....	104
4.5.1. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej .....	105
4.5.2. Osoby uprawnione do reprezentacji przedsiębiorcy kolektywnego w prawie konkurencji.....	109
4.5.2.1. Uwagi ogólne.....	109
4.5.2.2. Praktyka UOKiK.....	112
4.5.3. Wina organizacyjna a program <i>compliance</i> .....	113
4.6. Wina przedsiębiorców kolektywnych – podsumowanie.....	118
Zakończenie .....	120

## Wstęp

Podstawowe zasady prawa konkurencji w niewielkim zakresie odnaleźć można skodyfikowane w aktach prawnych (w Polsce takim aktem jest ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów). Dotyczy to praktyk zakazanych zarówno na gruncie polskiego, jak i europejskiego prawa konkurencji. W pozostałym zaś zakresie zasady te wynikają z często nadzwyczaj twórczych interpretacji dokonywanych przez organy konkurencji oraz sądy. Nic zatem dziwnego, że wielokrotnie w określanych jako precedensowe orzeczeniach i decyzjach organów konkurencji odnaleźć można sporo niespójności dotyczących wydawałoby się podstawowych kwestii związanych z kluczowym dla polskiego porządku prawnego pojęciem winy. Z kolei zagadnienia związane z winą niewątpliwie są mocno osadzone w tzw. stronie podmiotowej, czyli w problemie dotyczącym tego, jaki rodzaj subiektywnego stosunku powinien zachodzić po stronie adresatów prawa konkurencji i czego ten stosunek powinien dotyczyć. Zarówno europejskie, jak i polskie akty prawne, uzasadnienia decyzji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Komisji Europejskiej oraz orzeczenia sądów często ze sporą dezynwolturą szafują dotyczącymi strony subiektywnej określeniami, takimi jak: „zamiar”, „umyślność”, „świadomość”, „intencja” czy wreszcie samym pojęciem „winy”. Zanim jednak organy konkurencji zaczną przerzucać się powyższymi słowami, należałoby odpowiedzieć i wyjaśnić przynajmniej kilka fundamentalnych zagadnień związanych ze wspomnianą winą i stroną podmiotową. Zagadnienia te wiążą się z próbą odpowiedzi na przykładowe poniższe pytania. Jaki wpływ ma subiektywne przeżycie występujące po stronie przedsiębiorców będących adresatami norm prawa konkurencji na legalność oraz sankcjonowalność (administracyjnoprawną i cywilnoprawną) ich zachowań? Czego ów subiektywny stosunek w konkretnych przypadkach powinien dotyczyć? I w końcu, w razie uznania, że pewien określony rodzaj subiektywnego stosunku warunkuje sankcjonowalność danej praktyki, to - czyj konkretnie subiektywny stosunek należy badać (innymi słowy „umysł” jakiego konkretnego człowieka należy poddać analizie w celu przypisania stanu tego „umysłu” konkretnemu, często zatrudniającemu setki ludzi, przedsiębiorcy, który jest adresatem norm prawa antymonopolowego)?

Celem poniższej pracy magisterskiej jest uporanie się z tymi pytaniami. Należy jednak zaznaczyć, że główną ambicją tej pracy (która wyniknęła zresztą podczas jej tworzenia) stało się raczej, uporządkowanie terminologiczne i nadanie właściwego znaczenia pewnym pojęciom występującym w polskim prawie konkurencji, a nie forsowanie nowych koncepcji. Gdyby bowiem w polskiej doktrynie i praktyce prawa konkurencji w sposób spójny

stosowane były podstawowe instytucje wypracowane na gruncie prawa karnego i cywilnego (np. umyślność, nieumyślność, zamiar bezpośredni, ewentualny, wina w wyborze czy wina organizacyjna) to obrany temat pracy kazałby zapewne omówić stosowanie tych pojęć do konkretnych, „merytorycznych” rodzajów praktyk zakazanych przez prawo konkurencji. Tak przyjęta metodyka pracy pozwoliłaby zapewne w sposób bardziej dogłębny skupić się na merytorycznych przepisach prawa konkurencji, np. analizując jak wina rozumiana jest w poszczególnych rynkowych wariantach nadużycia pozycji dominującej.

Niestety, częsta niespójność, a czasem nawet jawny chaos w stosowaniu pojęć dotyczących strony podmiotowej (w tym pojęcia winy) w polskim prawie konkurencji każe najpierw zająć się przede wszystkim ich ogólnym uporządkowaniem, a dopiero potem, jedynie w niewielkim zakresie, szczegółową analizą konkretnych merytorycznych przepisów prawa konkurencji.

Wyżej wspomniane „uporządkowanie” będzie w niniejszej pracy polegało przede wszystkim na próbie wyodrębnienia w polskim porządku prawnym podstawowych, wspólnych zasad dotyczących rozumienia winy oraz strony podmiotowej. Tych wspólnych zasad będę poszukiwał w doktrynie prawa karnego, cywilnego oraz częściowo administracyjnego. Dlatego też, w pierwszej części tej pracy, niezbędne okaże się zwięzłe przedstawienie podstawowych pojęć i koncepcji z zakresu właśnie prawa karnego, cywilnego i administracyjnego. Dopiero później, w kolejnych częściach pracy, tak wyodrębniony teoretyczny szkielet postaram się niejako nanieść na prawo konkurencji.

W części trzeciej zajmę się analizą specyficznego dla prawa konkurencji pojęcia antykonkurencyjnego zamiaru, który często niesłusznie łączony jest z kwestiami związanymi z winą. Ta część nie będzie, w opozycji do części drugiej, polegała na swoistym nakładaniu ogólnych konstrukcji podstawowych dziedzin polskiego prawa na prawo konkurencji, ale na analizie specyficznego już dla prawa konkurencji pojęcia antykonkurencyjnego zamiaru. Będzie to część zapewne najmniej eklektyczna i najbardziej merytorycznie osadzona w prawie antymonopolowym. W ostatniej, czwartej części tej pracy poddam analizie zagadnienie winy w odniesieniu do działalności tzw. podmiotów kolektywnych. Powyższa część będzie znowu próbą zastosowania ogólnych pojęć polskiego prawa do tych (będących niewątpliwą większością) stanów faktycznych w prawie konkurencji, w których przedsiębiorca jest jednocześnie podmiotem kolektywnym. Zagadnienie winy przedsiębiorców kolektywnych było jednakże w moim mniemaniu na tyle odrębne, że zasługiwało na osobne omówienie i nie zostało włączone do drugiego rozdziału tej pracy.

Poniższa praca dotyczy przede wszystkim polskiego prawa konkurencji. Pomimo bowiem mocnego osadzenia tej gałęzi prawa w prawie europejskim, kwestie związane z winą należy rozpatrywać odrębnie na gruncie porządków prawnych poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej, co zresztą przyznaje sama Komisja Europejska. Niemniej jednak prawo konkurencji, szczególnie w zakresie teorii, a nie procedury jego stosowania, jest dziedziną na swój sposób międzynarodową, nie da się zatem w pełni uciec od analizy „obcych” porządków prawnych. Dlatego też poniższa praca będzie systematycznie wzbogacana stosowanymi przykładami z orzecznictwa organów europejskich (Komisji Europejskiej, Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Sądu<sup>1</sup>), a czasem również z orzecznictwa sądów amerykańskich. Duża część zagadnień europejskiego prawa antymonopolowego jest bowiem pokrewna zagadnieniom występującym w antytrustowym porządku Stanów Zjednoczonych, a autorzy europejscy często wykorzystują w swoich rozprawach koncepcje wypracowane w orzecznictwie sądów amerykańskich (w pewnym sensie można więc również mówić o swoistej globalnej doktrynie prawa konkurencji).

Jeżeli chodzi o praktykę stosowania polskiego prawa konkurencji to więcej w tej pracy znajdzie się odwołań do decyzji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów niż do wyroków polskich sądów. Wprawdzie decyzje UOKiK często są w Polsce przedmiotem oceny sądów wyższej instancji (skończywszy na Sądzie Najwyższym), moja koncentracja na decyzjach UOKiK ma jednak swoją prozaiczną przyczynę. Polskie sądy ograniczają się w przeważającej części przypadków do powtarzania uzasadnień zawartych w decyzjach UOKiK, a jeżeli już ingerują w samą treść decyzji Urzędu, to wytykają mu najczęściej uchybienia natury proceduralnej. Dlatego też, w dużej mierze, dla analizy stosowania polskiego prawa antymonopolowego, szczególnie w zakresie winy i strony podmiotowej, wystarczająca jest lektura decyzji UOKiK.

Niniejsza praca nie będzie niestety wprost dotyczyć zagadnienia odpowiedzialności osób fizycznych za naruszenia prawa konkurencji, również w aspekcie przypisania tym osobom winy. Wprowadzenie takiej odpowiedzialności do polskiego prawa konkurencji jest, na moment kończenia pisania tej pracy, w fazie projektu, i zapewne doczeka się jeszcze stosownych opracowań. Niemniej jednak pewne uwagi poczynione w tej pracy będzie się

---

<sup>1</sup> Obecne organy sądownicze Unii Europejskiej to, zgodnie z Traktatem o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Sąd. Do momentu wejścia w życie TFUE (1 grudnia 2009 r.), organy te określało się odpowiednio mianem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz Sądu Pierwszej Instancji. W powyższej pracy zastosowałem konwencję, według której, w momencie kiedy będę analizował praktykę tych organów przed dniem 1 grudnia 2009 r., używać będę starych nazw, natomiast nazwy aktualne zachowam do opisu praktyki powyższych organów po dniu 1 grudnia 2009 r.



zapewne dało w sposób analogiczny zastosować do zagadnienia administracyjnej odpowiedzialności osób fizycznych.

Dziękuję profesorowi Giorgio Montiemu z London School of Economics za wzbudzenie we mnie ciekawości prawa i polityki antymonopolowej, Erikowi Osterudowi z Uniwersytetu w Oslo za przesłanie mi darmowego egzemplarza jego precyzyjnej książki oraz Mikołajowi Piaskowskiemu i Małgorzacie Urbańskiej z kancelarii CMS Cameron McKenna za kilkumiesięczną współpracę oraz dopuszczenie mnie do udziału w licznych stymulujących dyskusjach na temat prawa konkurencji, które przyczyniły się niewątpliwie do poprawy jakości tej pracy.

Szczególne podziękowania należą się też Karolinie za korektę i uwagi. Praca ta nie powstałaby w takiej formie, gdyby nie bogate zbiory biblioteczne Instytutu Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Niniejszą pracę dedykuję profesorowi Michałowi du Vallowi.

# **1. W poszukiwaniu punktów wspólnych: wina w prawie karnym, cywilnym i administracyjnym**

## **1.1. Uwagi wprowadzające**

Mówiąc o stronie podmiotowej będę miał w poniższej pracy na myśli pewien subiektywny stosunek podmiotu podejmującego określoną aktywność do tej właśnie aktywności, w odróżnieniu do strony przedmiotowej (obiektywnej), która dotyczy opisu owej podejmowanej aktywności. Jak się okaże w kolejnych częściach tej pracy powyższa terminologia jest też stosowana na gruncie prawa karnego oraz cywilnego. Zatem sformułowań „strona subiektywna” i „strona podmiotowa” będę używał zamiennie, podobnie zamiennie będę korzystał ze słów „przedmiotowy” i „obiektywny”.

Jak wspomniałem wyżej, doktryna dotycząca strony podmiotowej (subiektywnej) została wypracowana przede wszystkim na gruncie prawa cywilnego oraz prawa karnego. W prawie cywilnym kwestie dotyczące strony podmiotowej rozważa się w kontekście ustalenia winy podmiotu będącego stroną umowy lub sprawcą deliktu. To od winy uzależniona jest odpowiedzialność odszkodowawcza za nienależyte wykonanie lub niewykonanie zobowiązania<sup>2</sup> podobnie, zgodnie z art. 415 oraz 416 Kodeksu cywilnego, wina jest co do zasady warunkiem odpowiedzialności za delikt. Jeżeli chodzi o prawo karne spełnienie tzw. znamion strony podmiotowej wraz ze spełnieniem znamion strony przedmiotowej jest konieczne do przypisania sprawcy winy (chyba że wystąpią tzw. okoliczności wyłączające winę, jak np. niepoczytalność lub usprawiedliwiony błąd co do bezprawności), która jest warunkiem odpowiedzialności prawnokarnej.

Na wstępie warto zaznaczyć, że pojęcia winy używa się najczęściej w dwóch znaczeniach. Po pierwsze, winę można rozumieć jako zarzut stawiany sprawcy (sprawcy przestępstwa w prawie karnym, sprawcy szkody w prawie cywilnym) już po zrealizowaniu przesłanek zarówno strony podmiotowej, jak i przedmiotowej. Wina w powyższym rozumieniu oznacza, w pewnym uproszczeniu, zrealizowanie swoim zachowaniem zarówno przesłanek strony podmiotowej, jak i przedmiotowej. Po drugie, często pojęcia winy używa

---

<sup>2</sup> Art. 471 Kodeksu cywilnego: „Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi”.

się dla stwierdzenia **jedynie** przesłanek strony podmiotowej. Dla tego drugiego rozumienia charakterystyczne jest mówienie o tzw. winie umyślnej oraz winie nieumyślnej<sup>3</sup>.

Skłaniam się ku pierwszemu rozumieniu pojęcia winy, dlatego też wina w poniższej pracy oznaczała będzie co do zasady zrealizowanie zarówno przesłanek podmiotowych, jaki przedmiotowych czynu, który warunkuje odpowiedzialność. Wyjątkowo mogą zostać użyte sformułowania „wina umyślne” oraz „wina nieumyślne”, należy mieć jednak wtedy świadomość, że są to wyrażenia uproszczone i w istocie chodzi o zrealizowaniu przesłanek strony podmiotowej w warunkach umyślności lub nieumyślności.

Podsumowując, należy rozróżnić stronę podmiotową od winy<sup>4</sup>, niemniej jednak zrealizowanie przesłanek strony podmiotowej jest niewątpliwie najistotniejszym elementem przypisania sprawcy winy, dlatego można stosować czasami uproszczoną konwencję i posługiwać się sformułowaniami takimi jak wina umyślne oraz wina nieumyślne.

## 1.2. Wina w prawie administracyjnym

Bardziej problematyczna niż w polskim prawie cywilnym i karnym wydaje się kwestia winy w polskim prawie administracyjnym. W tej dziedzinie trudno mówić o spójnej doktrynie w odniesieniu do pojęcia winy.<sup>5</sup> Jak zauważa M. Wincenciak „w prawie administracyjnym nie

---

<sup>3</sup> Niekiedy w doktrynie prawa karnego oraz w orzecznictwie sądów karnych winę utożsamia się właśnie ze zrealizowaniem przez sprawcę jedynie znamion strony podmiotowej. To uproszczone podejście poddawane jest krytyce głównie przez tzw. krakowską szkołę prawa karnego, która winę rozumie właśnie jako ostatni element (zarzut stawiany sprawcy), który niezbędny jest do stwierdzenia popełnienia przestępstwa (zob. przede wszystkim A. Zoll [w:] A. Zoll (red.) *Kodeks Karny. Część Ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 31-34) Zgodnie z krakowską szkołą prawa karnego możliwa jest sytuacja, w której sprawca realizuje swoim zachowaniem znamiona strony podmiotowej (popełnia określony czyn umyślnie lub nieumyślnie), niemniej jednak nie dochodzi do popełnienia przestępstwa (z powodu braku winy). Wspomniana różnica jest jednakże jedynie konstrukcyjna i opiera się na istnieniu w kodeksie karnym tzw. okoliczności wyłączających winę (takich jak np. wiek, niepoczytalność lub usprawiedliwiony błąd co do bezprawności). W poniższej pracy będę jednak używał pojęcia „wina” w sposób zamienny. Czasami będę go używał w uproszczonym znaczeniu, które winę utożsamia ze zrealizowaniem znamion strony podmiotowej, czasami zaś, gdy okaże się to konieczne, winę na gruncie prawa karnego będę rozumiał w sposób pełny, zgodnie ze stanowiskiem krakowskiej szkoły prawa karnego. Na gruncie prawa cywilnego, wina, w sposób tożsamy do krakowskiej szkoły prawa karnego jest rozumiana m.in. w Systemie Prawa Prywatnego (zob. „w myśl szeroko akceptowanego poglądu wina to ujemna ocena całokształtu postępowania sprawcy, polegająca na możliwości uczynienia mu zarzutu na podstawie analizy jego stanu psychicznego i istniejącej normy”, P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 6*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 402).

<sup>4</sup> Zob. np. A. Zoll [w:] A. Zoll (red.) *Kodeks Karny. Część Ogólna...*, *op. cit.*, s. 30: „Jednym z zasadniczych założeń, na jakich oparł się ustawodawca, jest rozróżnienie strony podmiotowej czynu zabronionego od winy”.

<sup>5</sup> W przeciwieństwie np. do ukraińskiej doktryny prawa administracyjnego, gdzie elementy deliktu administracyjnego w gruncie rzeczy niewiele różnią się od elementów struktury przestępstwa. Dla poniesienia odpowiedzialności za delikt administracyjny (*Адміністративний проступок*) konieczne jest spełnienie zarówno przesłanek strony obiektywnej, jak i strony subiektywnej (zob. *Рабінович П.М. Основи загальної теорії права і держави: Навчальний посібник*. - К.: ІСДО, 1995. - С.145) Strona subiektywna zaś „wyznaczana jest przez wystąpienie u naruszydiciela prawa (*п्रावонорушник*) winy” (zob. *Адміністративна*

zdefiniowano elementów ustawowych deliktu administracyjnego *in abstracto*”<sup>6</sup>. Niewątpliwie jest natomiast to, że polskie prawo administracyjne nakłada, podobnie jak prawo karne i cywilne, na pewne określone zachowania określone sankcje, dlatego również w prawie administracyjnym istotne wydaje się ustalenie, jakie przesłanki strony subiektywnej muszą (i czy muszą) być zrealizowane po stronie podmiotu, na który nakładana jest sankcja administracyjna.

Biorąc pod uwagę nieliczne głosy doktryny polskiego prawa administracyjnego, wydaje się, że każdą normę prawa administracyjnego należy badać oddzielnie w celu ustalenia, czy wina, i jaki rodzaj tej winy, jest w danym wypadku przesłanką nałożenia sankcji administracyjnej<sup>7</sup>. Konieczność ustalenia winy dla nałożenia sankcji można zatem wnioskować z konstrukcji oraz treści poszczególnej normy administracyjnej w sposób mniej lub bardziej twórczy<sup>8</sup>.

Kwestia winy nabiera szczególnej istotności w wypadku administracyjnoprawnych sankcji z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, które mają co prawda charakter administracyjny, ale często są na tyle dotkliwe, że określa się je jako sankcje *quasi*-karne, a samą administracyjną odpowiedzialność na gruncie u.o.k.k., jako *quasi*-karną odpowiedzialność (powyższe stanowisko panuje zarówno wśród przedstawicieli doktryny<sup>9</sup>, jak i judykatury<sup>10</sup>).

### 1.3. Wina w prawie karnym

W prawie karnym, jak już zostało wspomniane, przestępstwo można popełnić zarówno umyślnie jak i nieumyślnie. Popołnienie przestępstwa w warunkach nieumyślności jest

---

*відповідальність*, s. 34, materiały Szkoły Prawa Ukraińskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego).

<sup>6</sup> M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Oficyna 2008, baza LEX, pkt. 4.13.1.

<sup>7</sup> Zob. M. Wincenciak, *ibidem*.

<sup>8</sup> Jeżeli chodzi o twórcze rodzaje wnioskowań to przykładowo D. Szumiło-Kulczycka, (D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne*, Zakamycze 2004, s. 127) uważa, że kryterium winy wynika z art. 14 ustawy z dnia 5 lipca 2011 r. o cenach. Powyższy przepis uprawnia inspektora Inspekcji Handlowej do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej za „uporczywe” nieuwidacznianie w miejscach sprzedaży detalicznej lub hurtowej cen. Autorka konieczność wystąpienia winy, jako warunku odpowiedzialności na gruncie wspomnianego art. 14, interpretuje właśnie z faktu użycia przez ustawodawcę słowa „uporczywie”.

<sup>9</sup> Zob. np. K. Kowalik-Bańczyk, *Problematyka ochrony praw podstawowych w unijnych postępowaniach w sprawach z zakresu ochrony konkurencji*, Zeszyty Natolińskie (Zeszyt 39), Centrum europejskie Natolin, Warszawa 2010, s. 24.

<sup>10</sup> Np. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 2 lutego 2011 r., sygn. VI ACa 907/10, baza LEX. Sąd stwierdził w powyższym orzeczeniu, że: „w zakresie w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej (na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacji w tym zakresie powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej”.

możliwe tylko wówczas, gdy przepis przewiduje tzw. klauzulę nieumyślności. Umyślność obejmuje te przypadki, gdy „sprawca chce popełnić czyn zabroniony (zamiar bezpośredni *dolus directus*), ale także te wypadki, w których sprawca, przewidując możliwość popełnienia czynu zabronionego, na to się godzi (zamiar wynikowy – *dolus eventualis*)”<sup>11</sup>. Na zamiar składa się tzw. strona intelektualna oraz strona woluntatywna. Strona intelektualna polega na tym, że „sprawca rozpoznaje możliwość (lub konieczność) realizacji określonego stanu rzeczy”, natomiast istotą strony woluntatywnej jest to, że sprawca „decyduje się ten stan rzeczy zrealizować”<sup>12</sup>. Jeżeli zaś chodzi o nieumyślność to rozumie się ją jako „brak zamiaru popełnienia czynu zabronionego oraz przewidywanie możliwości popełnienia czynu zabronionego (świadoma nieumyślność) albo zdolność przewidzenia możliwości popełnienia czynu zabronionego (nieświadoma nieumyślność)”<sup>13</sup>. Poza tym dla popełnienia przestępstwa w warunkach nieumyślności konieczne jest naruszenie przez sprawcę swoim zachowaniem obiektywnie rozumianych reguł ostrożności<sup>14</sup>. Sama zatem świadomość możliwości zrealizowania swoim zachowaniem przedmiotowego opisu przestępstwa nie wystarcza do stwierdzenia po stronie sprawcy nieumyślności. Po stronie sprawcy musi ponadto dojść do „niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach” (art. 9 § 2 Kodeksu karnego).

Co warte podkreślenia, strona intelektualna sprawcy przestępstwa zarówno w sytuacji umyślności, jak i nieumyślności polega na świadomości możliwości lub możliwości świadomości **okoliczności należących do charakterystyki typu czynu zabronionego, a nie świadomości tego, że dany czyn jest przestępstwem**. Innymi słowy strona podmiotowa sprawcy przestępstwa dotyczy nie tyle jego faktycznej wiedzy (lub powinności posiadania wiedzy) na temat tego, że dane zachowanie jest przestępstwem i chęci zrealizowania tego przestępstwa, ale wiedzy o tym, że zachowanie, którego sprawca chce się dopuścić jest opisane w normie prawa karnego i chęci dopuszczenia się tego zachowania<sup>15</sup>. Mówiąc obrazowo nieumyślne spowodowanie śmierci występuje w sytuacji, w której sprawca nie tyle ma świadomość tego, że zabójstwo może być uznane za przestępstwo, ale w sytuacji, w której sprawca ma świadomość tego, że swoim zachowaniem może doprowadzić do śmierci.

---

<sup>11</sup> A. Zoll, *Komentarz do art. 9 Kodeksu karnego* [w:] A. Zoll (red.) *Kodeks Karny. Część Ogólna...*, op. cit., s. 109.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 111.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 119.

<sup>15</sup> Tak np. A. Marek, *Komentarz do art. 30 Kodeksu karnego*, [w] A. Marek, *Kodeks Karny, Komentarz*, Wydanie V, baza LEX: „Świadomość bezprawności czynu nie jest elementem składowym zamiaru. Do jego przypisania wystarczy, że sprawca swoją świadomością i wolą (chcieniem lub godzeniem się - art. 9 § 1) obejmuje okoliczności tworzące przedmiotowe znamiona czynu zabronionego”.

Sprawca co do zasady powinien znać prawo (*ignorantia iuris nocet*)<sup>16</sup>, a więc brak wiedzy o tym, że dane zachowanie jest przestępstwem nie zwalnia sprawcy z prawnokarnej odpowiedzialności. Niewiedza o tym, że dane zachowanie jest przestępstwem może dekompletować znamiona przestępstwa tylko w wyjątkowych okolicznościach regulowanych w art. 30 k.k. za pomocą instytucji **usprawiedliwionego** błędu co do bezprawności. Ocena, czy błąd był usprawiedliwiony powinna być dokonana za pomocą kryterium tzw. wzorowego obywatela<sup>17</sup> oraz uwzględniać indywidualne właściwości sprawcy<sup>18</sup>. W doktrynie, w odniesieniu do kwestii usprawiedliwienia błędu co do bezprawności, można spotkać się z ciekawą koncepcją podziału przestępstw na tzw. *mala per se* oraz *mala prohibita*. Te pierwsze (*mala per se*) to przestępstwa, w których czyn stanowi zło samo w sobie „jest on bowiem naruszeniem podstawowych wartości, wspólnych dla niekiedy nawet bardzo odległych systemów kulturowych”<sup>19</sup>. Do *mala per se* należą przestępstwa takie jak zabójstwo, kradzież, rozbój, czy gwałt<sup>20</sup>. Z kolei w przypadku *mala prohibita* „rozerwana zostaje więź pomiędzy normami prawnymi z jednej strony, a normami moralnymi lub obyczajowymi z drugiej”<sup>21</sup>. Uznając wyżej zaprezentowany podział, należy stwierdzić, że instytucja błędu co do bezprawności nie może mieć w ogóle zastosowania do tzw. *mala per se*<sup>22</sup>.

#### 1.4. Wina w prawie cywilnym

Również na gruncie prawa cywilnego wina (wraz z wystąpieniem szkody oraz związkiem przyczynowym między zachowaniem a szkodą) jest co do zasady warunkiem

---

<sup>16</sup> Zasada *ignorantia iuris nocet* ulega wprawdzie pewnemu ograniczeniu na gruncie obecnego Kodeksu karnego (w przeciwieństwie do Kodeksu karnego z 1932 roku, gdzie zasada ta miała charakter bezwzględny, zob. J. Giezek, *Komentarz do art. 30 Kodeksu karnego*, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część Ogólna. Komentarz*, 2007, baza LEX). Ograniczenie tej zasady spowodowane jest przede wszystkim wprowadzeniem do obecnego Kodeksu karnego w art. 30 instytucji błędu co do bezprawności. Niemniej jednak zasada *ignorantia iuris nocet* została na gruncie obecnego Kodeksu karnego ograniczona jedynie w bardzo niewielkim stopniu (zob. J. Giezek, *op. cit.*: „Inna sprawa, że w literaturze nie bez racji podnoszono, że wprowadzenie do kodeksu karnego tego rodzaju okoliczności (autorowi chodzi o instytucję usprawiedliwionego błędu co do bezprawności) jest co najwyżej wyrazem pewnej tylko elegancji ustawodawcy. (...) Nie jest to elegancja ryzykowna, gdyż przypadki zupełnie niezawinionej nieświadomości zdarzają się niezwykle rzadko”).

<sup>17</sup> „Należy w miejsce sprawcy wstawić wzorowego obywatela i zadać sobie pytanie, czy on rozpoznałby bezprawność czynu”, zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 30 Kodeksu karnego*, [w:] A. Zoll (red.) *Kodeks karny. Część Ogólna. Komentarz*. Tom I, Zakamycze 2004, baza LEX.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> A. Giezek, *op. cit.*

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

odpowiedzialności odszkodowawczej<sup>23</sup> za własne czyny<sup>24</sup>. Dla zaistnienia winy konieczne jest spełnienie przez sprawcę elementów strony przedmiotowej, jak i podmiotowej.

Po stronie przedmiotowej konieczne jest wykazanie „obiektywnej nieprawidłowości (bezprawności) czynu”<sup>25</sup>. Bezprawność czynu jest jednak na gruncie odpowiedzialności cywilnoprawnej rozumiana w szeroki sposób i nie oznacza ona jedynie sprzeczności zachowania<sup>26</sup> z *explicite* sformułowanymi zakazami prawnymi, jak to ma miejsce w prawie karnym (oczywiście sprzeczność zachowania z normą prawną co do zasady przesądza o bezprawności zachowania<sup>27</sup>), ale również z innymi normami etycznymi obowiązującymi w danym społeczeństwie<sup>28</sup>. Te normy etyczne mogą być zresztą rozumiane jako normy dekodowane z klauzul generalnych zawartych w prawie cywilnym, takich jak klauzula zasad współżycia społecznego czy też dobrych obyczajów<sup>29</sup>.

Jeżeli chodzi o stronę podmiotową konieczne jest wykazanie po stronie sprawcy umyślności bądź nieumyślności. Doktryna prawa cywilnego w zasadzie zgadza się ze stwierdzeniami, że z umyślnością mamy do czynienia w wypadku zamiaru bezpośredniego i ewentualnego<sup>30</sup>, natomiast z nieumyślnością w razie tzw. lekkomyślności i rażącego niedbalstwa. Lekkomyślność definiuje się jako sytuację, w której „sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie (lekkomyślność, rażące niedbalstwo)”<sup>31</sup>, natomiast z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy „sprawca jest nieświadomy tego, że jego zachowanie może być bezprawne, chociaż miał możliwość i powinność dokonania właściwej

---

<sup>23</sup> Wprawdzie, w przeciwieństwie do prawa karnego, na gruncie prawa cywilnego możliwa jest odpowiedzialność obiektywna, która nie jest oparta na winie, jednakże słusznie uznaje się, że „zasadę winy należy traktować jako wiodącą, podczas gdy pozostałe zasady (np. zasada ryzyka czy też zasada słuszności) mają wobec niej - w mniejszym lub większym stopniu – charakter pomocniczy albo uzupełniający” (P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.), *System...*, *op. cit.* s. 353)

<sup>24</sup> Kodeks cywilny przewiduje ponadto odpowiedzialność za cudze czyny co do zasady również na podstawie winy (np. art. 429 Kodeksu cywilnego zawiera instytucję tzw. winy w wyborze); szczegółowe rozważania o odpowiedzialności za cudze czyny, również w kontekście prawa konkurencji, będą zawarte w rozdziale 4 tej pracy dotyczącym winy podmiotów kolektywnych.

<sup>25</sup> P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.) *System...*, *op. cit.* s. 375.

<sup>26</sup> Zachowanie bezprawne należy oczywiście rozumieć zarówno jako działanie, jak i zaniechanie, zob. *ibidem.*, s. 382.

<sup>27</sup> „Niewątpliwie zatem o zachowaniu obiektywnie nieprawidłowym można mówić wówczas, gdy jest ono zakazane przez normę prawną” (*ibidem.*, s. 378).

<sup>28</sup> Zob. *ibidem.*: „nie można ograniczać możliwości uzyskania kompensowania szkód tylko do tych przypadków, gdy ustawodawca przewidział możliwość określonego zachowania szkodzącego i ustanowił normę zakazującą go”, podobnie: np. G. Bieniek (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom I*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 296 oraz K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz*. C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 1588.

<sup>29</sup> P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.), *System...*, *op. cit.*, s. 381.

<sup>30</sup> A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny, Komentarz, Tom III*, Warszawa 2010, s. 361, K. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 1555- 1556 oraz *System...*, *op. cit.*, s. 412.

<sup>31</sup> A. Kidyba (red.), *op. cit.*, s. 361.

oceny sytuacji, gdyby działał z dostateczną starannością<sup>32</sup>. Powyżej opisane lekkomyślność i niedbalstwo, jako postacie nieumyślności są co do zasady tożsame ze świadomością możliwości i możliwością świadomości w prawie karnym<sup>33</sup>.

W tym miejscu warto jednak zwrócić uwagę na to, że przedstawiciele doktryny prawa cywilnego stroną podmiotową (zarówno w wypadku umyślności, jak i nieumyślności) zachowania bezprawnego (sprzecznego z normami) często odnoszą do bezprawności (sprzeczności z normami) tego zachowania. Przykładowo zamiar bezpośredni definiowany jest jako „zamiar naruszenia obowiązujących norm postępowania”<sup>34</sup>, a lekkomyślność wiąże się, jak było wyżej zacytowane, z „przewidywaniem przez sprawcę możliwości bezprawnego zachowania”<sup>35</sup>. Jest to o tyle zastanawiające, że większość doktryny prawa cywilnego odwołuje się przecież do opracowanej na gruncie prawa karnego normatywnej koncepcji winy<sup>36</sup>, zgodnie z którą sprawca nie musi mieć świadomości bezprawności swojego zachowania, a jedynie świadomość tego, że dopuszcza się zachowania, które z obiektywnego punktu widzenia jest bezprawne (jak wskazywałem już w poprzedniej części niniejszej pracy sprawca przestępstwa nie musi co do zasady wiedzieć o tym, że jego zachowanie jest bezprawne, chyba że po stronie sprawcy dojdzie do zaistnienia usprawiedliwionego błędu co do bezprawności). Biorąc pod uwagę doktrynę prawa karnego należałoby uznać za błędne przytoczone wyżej stwierdzenia, które przykładowo zamiar bezpośredni definiują jako „zamiar naruszenia obowiązujących norm postępowania”, a świadomą nieumyślność (lekkomyślność) jako sytuację, w której „sprawca przewidywał możliwość przekroczenia norm postępowania”. Poprawna definicja zamiaru bezpośredniego powinna polegać na zamiarze dopuszczenia się czynu (zachowania), który realizuje znamiona czynu naruszającego normy postępowania (sprawca nie musi chcieć naruszyć tych norm), natomiast poprawna definicja świadomej nieumyślności powinna polegać na przewidywaniu przez sprawcę możliwości tego, że swoim zachowaniem wyczerpie on znamiona czynu, który narusza normy postępowania. Należy jednak mieć nadzieję, że doktryna prawa cywilnego wiążąc umyślność i nieumyślność z subiektywnym stosunkiem sprawcy do bezprawności posługuje się jedynie pewnym skrótem językowym i w istocie ma na myśli subiektywny stosunek do przedmiotowych przesłanek bezprawnego zachowania.

---

<sup>32</sup> A. Kidyba (red.), *op. cit.*, s. 361.

<sup>33</sup> Wprost świadomość możliwości i możliwość świadomości są zresztą utożsamiane z lekkomyślnością i niedbalstwem przez P. Machnikowskiego [w:] A. Olejniczak (red.), *System...*, *op. cit.*, s. 413.

<sup>34</sup> A. Olejniczak (red.), *System...*, *op. cit.*, s. 412.

<sup>35</sup> A. Kidyba (red.) *op. cit.*, s. 361.

<sup>36</sup> Zob. np. G. Bieniek (red.), *op. cit.*, s. 297: „przeważa stanowisko aby w nauce prawa cywilnego posługiwać się kategoriami analogicznymi do pojęcia winy w prawie karnym”.



Podsumowując należy podkreślić, że również w prawie cywilnym subiektywny stosunek sprawcy do bezprawności swojego zachowania nie powinien być co do zasady relewantny w kontekście analizy spełnienia przesłanek umyślności oraz nieumyślności. W wyjątkowych sytuacjach ten stosunek może być brany pod uwagę w wypadku usprawiedliwionego błędu co do bezprawności.

### **1.5. Punkty wspólne**

Na podstawie dokonanej wyżej zwięzłej analizy doktryny prawa karnego i cywilnego wydaje się, że można wyodrębnić pewne podstawowe, wspólne obu dziedzinom, tezy dotyczące relacji między odpowiedzialnością a stroną subiektywną:

- po pierwsze, analiza przesłanek odpowiedzialności powinna polegać na analizie zachowania na dwóch odrębnych płaszczyznach: płaszczyźnie przedmiotowej (obiektywnej) oraz podmiotowej (subiektywnej); warto jednak pamiętać, że w prawie karnym dla popełnienia przestępstwa wystarczy już samo spełnienie przesłanek przedmiotowych i podmiotowych danego zachowania, a w prawie cywilnym konieczne jest ponadto wystąpienie szkody oraz związku przyczynowego między szkodą a bezprawnym zachowaniem;
- po drugie, realizacja przesłanek (znamion) strony podmiotowej może polegać albo na umyślności (zasada w prawie karnym), albo na nieumyślności (zasada w prawie cywilnym);
- po trzecie, umyślność wiąże się z istnieniem zamiaru (chęci) dopuszczenia się określonego zachowania, natomiast nieumyślność polega na braku chęci dopuszczenia się pewnego zachowania przy jednoczesnym negatywnie ocenianym stosunku intelektualnym sprawcy do tego zachowania (ta negatywna ocena polega na stwierdzeniu, że sprawca miał świadomość możliwości zrealizowania swoim zachowaniem przedmiotowych przesłanek bezprawnego zachowania, lub taką świadomość powinien posiadać); dodatkowo warunkiem nieumyślności jest naruszenie przez sprawcę obiektywnych reguł ostrożności;
- po czwarte, strona podmiotowa dotyczy stosunku sprawcy do niezgodnego z prawem zachowania, nie zaś stosunku do bezprawności tego zachowania; zasadniczo nieświadomość bezprawności danego zachowania jest irrelevantna z punktu widzenia

winy; kwestia wiedzy sprawcy/dłużnika na temat obowiązujących norm (prawnych lub pozaprawnych) powinna być rozważana w wyjątkowych okolicznościach poprzez zobiektywizowaną instytucję usprawiedliwionego błędu co do bezprawności.

Powyższe podstawowe zasady, wspólne dla prawa karnego oraz cywilnego, powinny być zatem drogowskazem dla analizy podmiotowej strony deliktów administracyjnych, w szczególności deliktów administracyjnych mających postać praktyk zakazanych na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

## 2. Wina i strona podmiotowa w prawie konkurencji

### 2.1. Uwagi wprowadzające

W doktrynie prawa administracyjnego, jak i prawa konkurencji przyjmuje się, że administracyjna odpowiedzialność za praktyki zakazane na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma miejsce na zasadzie winy. Za najbardziej oczywisty i literalny argument przemawiający na rzecz powyższej tezy przywołuje się najczęściej treść art. 106 ust. 1 u.o.k.k., zgodnie z którym Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, „**choćby nieumyślnie**” naruszył określone przepisy u.o.k.k.<sup>37</sup> Praktycznie identyczne brzmienie ma na gruncie europejskim art. 23 ust. 2 Rozporządzenia Rady nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r.<sup>38</sup>, który stanowi, że „Komisja może, w drodze decyzji, nałożyć grzywny na przedsiębiorstwa (...) jeżeli **umyślnie lub w wyniku zaniedbania** (m.in.) naruszają art. 81 lub 82 Traktatu”.

Droga rozumowania na podstawie powyższego argumentu jest następująca. Jeżeli karę można nałożyć na przedsiębiorcę, który dopuścił się naruszenia prawa konkurencji „*choćby nieumyślnie*” to ustawodawca chciał zapewne powiedzieć, że podobną karę będzie można nałożyć na przedsiębiorcę, który ustawę naruszył umyślnie, a nie można jej nakładać na przedsiębiorcę, w którego zachowaniu brak chociażby nieumyślności. Mając na uwadze, że umyślność i nieumyślność są warunkiem zrealizowania przesłanek winy po stronie podmiotowej zarówno w prawie karnym, jak i cywilnym, to obowiązywanie w prawie konkurencji zasady winy daje się wydedukować właśnie z treści art. 106 ust. 2 u.o.k.k.<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Argumentu tego używa np. M. Wincenciak (*Sankcje..., op. cit*) oraz J. Krueger: „Ustawa wprowadziła nie operuje wprost pojęciem winy, niemniej jednak nie ma wątpliwości, iż odwołuje się do subiektywnych podstaw odpowiedzialności sprawcy. Stanowi bowiem w art. 106 i 108, iż warunkiem nałożenia kary jest "choćby nieumyślnie" naruszenie przepisów Ustawy” (J. Krueger [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.*, Warszawa 2011, s. 1273).

<sup>38</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L 001 z 04.01.2003 r.), <http://uokik.gov.pl>.

<sup>39</sup> Co prawda K. Kohutek wydaje się uważać, że zasada winy nie wynika z art. 106 u.o.k.k.: „Oznacza to, że kara może być nałożona, także w razie gdy po stronie naruszydiciela nie będzie występować wina, rozumiana jako świadomość bezprawności zachowania” (K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 1027). Należy jednak, po pierwsze, zwrócić uwagę, że K. Kohutek błędnie utożsamia winę z subiektywnym stosunkiem do bezprawności, a po drugie należy przyjąć, że autor ten nie do końca rozumie, że wina może mieć postać zarówno umyślności, jak i nieumyślności i utożsamia winę jedynie z umyślnością. Świadczy o tym poniższy fragment: „Niemniej jednak okoliczność, czy naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej nastąpiło w sposób zawiniony, czy też

Interesującą kwestią wydaje się jednak być to, na ile obowiązywanie zasady winy, jako warunku odpowiedzialności administracyjnej w prawie konkurencji da się wywieść nie tyle z literalnego brzmienia art. 106 ust. 2 u.o.k.k., ale z bardziej ogólnych zasad obowiązujących w polskim lub europejskim porządku prawnym. Można bowiem próbować twierdzić, że skoro w polskim prawie karnym mamy do czynienia z obowiązywaniem konstytucyjnie ugruntowanej zasady *nullum crimen sine culpa*<sup>40</sup>, a zgodnie z poglądami dużej części doktryny prawa konkurencji<sup>41</sup> większość zawartych w art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka gwarancji dotyczących rzetelnego procesu ma zastosowanie do *quasi*-karnego postępowania przed organami ochrony konkurencji<sup>42</sup>, to zasada *nullum crimen sine culpa* powinna zostać rozciągnięta również na odpowiedzialność administracyjnoprawną w prawie konkurencji. Taka argumentacja zdaje się znajdować poparcie w orzecznictwie polskiego Sądu Najwyższego. Przykładowo w niedawnym wyroku z 2011 r.<sup>43</sup> Sąd Najwyższy uznał (powołując się na swoje wcześniejsze niepublikowane orzeczenia), że w sprawach, gdzie na przedsiębiorcę nakładana jest kara pieniężna „obowiązuje wyższy standard ochrony praw przedsiębiorcy ze względu na konieczność zapewnienia skuteczności w polskim porządku prawnym przepisom Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Sąd Najwyższy powołał się również na Europejski Trybunał Praw

---

"nieumyślnie" "-jest czynnikiem brany pod uwagę przy wymierzaniu kary (*ibidem*, s. 1027). Na koniec, żeby wrzucić jeszcze jeden kamyczek do ogródka autora należy wskazać, że K. Kohutek powołując się na M. Sachajkę, który według Kohutka przyjmuje jakoby, że „wina nie stanowi normatywnej przesłanki nałożenia sankcji, o których mowa w art. 106 u.o.k.k.” (zob. *ibidem*, przypis 2221, s. 1027)” przedstawia pogląd o 180 stopni odmienny niż pogląd wyrażony w cytowanej pracy M. Sachajki. M. Sachajko bowiem na tej samej stronie swojego artykułu, do którego rzekomo odwołuje się K. Kohutek twierdzi bowiem coś zgoła przeciwnego, a mianowicie, że „karę (...) można nałożyć wyłącznie za zachowanie zawinione, przyjmujące postać tak winy umyślnej, jak i nieumyślnej w postaci niedbalstwa” (M. Sachajko, *Istota i charakterystyka antymonopolowych kar pieniężnych*, RPEiS 2002/1, s. 64).

<sup>40</sup> Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 1 Kodeksu karnego*, [w:] A. Zoll (red.) *Kodeks Karny. Część Ogólna...*, baza LEX, *op. cit.*, pkt 3.7: „Zasada winy ma rangę konstytucyjną. Wynika ona zarówno z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji), jak i z zasady godności człowieka jako najwyższego i niezbywalnego dobra (art. 30 Konstytucji).”

<sup>41</sup> K. Kowalik-Bańczyk, *op. cit.*, M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2011.

<sup>42</sup> Europejski Trybunał Praw Człowieka nie orzekł co prawda nigdy wprost, że do postępowania przed organami ochrony konkurencji ma zastosowanie art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, jednak wniosek taki duża część autorów wyciąga z innych orzeczeń ETPC, np. z wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie *Dubus p. Francji* (skarga nr 5242/04, baza HUDOC, <http://www.echr.coe.int/echr>), w którym to orzeczeniu Trybunał uznał, że art. 6 EKPC znajduje co do zasady zastosowanie do administracyjnego postępowania przed Francuską Komisją Bankową (zob. K. Kowalik-Bańczyk, *op. cit.* s. 31).

<sup>43</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r, sygn. III SK 45/10, baza LEX; powyższy wyrok dotyczył co prawda decyzji Prezesa UOKiK nakładającej karę za naruszenie zbiorowych interesów konsumentów, a nie za praktyki antykonkurencyjne, niemniej jednak dla potrzeb analizowanego zagadnienia nie ma to większego znaczenia.

Człowieka, który przyjmuje rzekomo, iż „gdy dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacji w tym zakresie powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej”. Na podstawie powyższej argumentacji (a nie, co warto podkreślić, na podstawie literalnej interpretacji art. 106 ust. 2 u.o.k.k.) Sąd Najwyższy wyprowadził obowiązująca w prawie konkurencji zasadę winy stwierdzając, że:

„Sąd rozpoznający sprawę z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nakładającej karę pieniężną winien rozstrzygnąć, w oparciu o ustalone w sprawie okoliczności faktyczne, czy naruszenie przepisów ustawy było zawinione.”<sup>44</sup>

Teza o tym, że obecność zasady winy w prawie konkurencji da się wywieść z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka ulega jednak pewnemu osłabieniu zważywszy na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W świetle tego orzecznictwa, nieco w opozycji do tego, co twierdzi polski Sąd Najwyższy, wątpliwe jest, czy zasada *nullum crimen sine culpa* w odniesieniu do samej odpowiedzialności prawnokarnej może być traktowana jako standard wynikający z EKPC<sup>45</sup>. Niemniej jednak, zważywszy na *quasi*-karny charakter odpowiedzialności w prawie konkurencji można pokusić się o ryzykowną tezę, że obowiązywanie zasady winy w prawie konkurencji da się wywieść, podobnie jak ma to miejsce w polskim prawie karnym, wprost z polskiej Konstytucji (przykładowo z art. 2 lub art. 30 Konstytucji). Uznając powyższą tezę należałoby stwierdzić, że zasada winy obowiązywałaby w polskim prawie konkurencji nawet gdyby ustawodawca nie zawarł w art. 105 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zwrotu „choćby nieumyślnie”. Na poparcie powyższej tezy można również przytoczyć argument z historii ustawodawczej,

---

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> O zasadzie *nullum crimen sine culpa* w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka zob. np. R. Buxton, *The Human Rights Act and the substantive criminal law*, *Criminal Law Review* 2000, May, 331-340, baza Westlaw. Przykładowo w wyroku z dnia 7 października 1988 r. w sprawie *Salabiaku p. Francji* (baza HUDOC, <http://www.echr.coe.int/echr>) Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że w wyjątkowych wypadkach obecność w krajowym porządku prawa karnego odpowiedzialności na zasadzie ryzyka nie narusza Konwencji (zob. paragraf 27 wyroku ETPC: „W szczególności i znowu co do zasady Państwa-Strony Konwencji mogą, pod pewnymi warunkami, dokonać penalizacji pewnych obiektywnych faktów, bez względu na to, czy te fakty są rezultatem kryminalnego zamiaru (*criminal intent*) czy też zaniedbania (*negligence*)”). W omawianej sprawie przewidziana we francuskim prawie odpowiedzialność za posiadanie narkotyków nie była jednak absolutna, a sprawca mógł zwolnić się od odpowiedzialności wskazując na różne ekskulpujące okoliczności, takie jak np. szeroko rozumiana siła wyższa (zob. paragraf 29 wyroku ETPC: „Nawet jeżeli <osoba posiadająca> jest uznana za <odpowiedzialną za przestępstwo> nie oznacza to, że taka osoba jest całkowicie pozbawiona jakiegokolwiek możliwości obrony. Właściwy sąd może bowiem uznać, że osoba taka korzysta z, zawartych w artykule 369 paragraf 1, łagodzących okoliczności i musi uniewinnić taką osobę, jeżeli będzie ona w stanie udowodnić zaistnienie siły wyższej (*force majeure*)”).

polegający na tym, że nawet w czasie obowiązywania w Polsce ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów również mówiło się o obowiązywaniu w prawie konkurencji zasady winy<sup>46</sup>, pomimo tego, że w art. 14 tamtej ustawy (przepisie analogicznym do dzisiejszego art. 106 ust. 2 u.o.k.k.) nie było żadnego odwołania do umyślności ani do nieumyślności.

Warto też mieć na uwadze, że polskie prawo, w przeciwieństwie do systemów prawnych w innych krajach<sup>47</sup>, nie przewiduje *stricte* karnoprawnej odpowiedzialności osób fizycznych lub podmiotów zbiorowych<sup>48</sup> za naruszenie prawa konkurencji. Jedynym przestępstwem w polskim prawie karnym, zakazanym jednocześnie na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest zмова przetargowa. Zgodnie z art. 305 § 1 Kodeksu karnego przestępstwo popełnia osoba, która „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny albo wchodzi w porozumienie z inną osobą działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany”. Powyższy przepis Kodeksu karnego należy jednak uznać za niejako przypadkowo pokrywający się z u.o.k.k. i nie jest on na pewno wyrazem świadomego i zaplanowanego wprowadzenia przez polskiego ustawodawcę karnej odpowiedzialności za najcięższe naruszenia prawa konkurencji<sup>49</sup>. W związku z powyższym należy raz jeszcze

---

<sup>46</sup> Zob. M. Król – Bogomiłska [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 1628: „Po wprowadzeniu do prawa antymonopolowego ustawowego pojęcia „umyślności” i „nieumyślności”, w orzecznictwie i w piśmiennictwie antymonopolowym nadal nawiązuje się - podobnie jak jeszcze w okresie obowiązywania AMopU – do pojęć „winy” bądź „zawinienia”.

<sup>47</sup> Państwami, w których za najcięższe naruszenia prawa konkurencji (przede wszystkim poziome zmony cenowe) grożą sankcje karnoprawne są np. Stany Zjednoczone, Wielka Brytania, Kanada, Australia, Japonia i Korea, zob. *Cartel Criminalization. Discussion Document.*, New Zealand Ministry of Economic Development, January 2010, <http://www.med.govt.nz/business/competition-policy/pdf-docs-library/cartel-criminalisation-discussion-document.pdf>, dostęp: 25.5.2012, s. 6. W powyższym dokumencie przygotowanym przez nowozelandzkie Ministerstwo Rozwoju Gospodarczego można też odnaleźć interesujące komparatystyczne uwagi na temat mentalnej struktury przestępstwa polegającego na naruszeniu prawa konkurencji w krajach anglosaskich (zob. *ibidem*, s. 61-64).

<sup>48</sup> Więcej o odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych, zob. rozdział 4 niniejszej pracy.

<sup>49</sup> Niekiedy rozważana jest również możliwość poniesienia przez osoby zarządzające spółką odpowiedzialności karnej za naruszenie prawa konkurencji na podstawie art. 296 § 1 Kodeksu karnego (taką możliwość sugeruje J. Fidała na swoim blogu poświęconym prawu konkurencji, zob. J. Fidała, *Odpowiedzialność karna członków zarządu za naruszenie prawa konkurencji*, <http://konkurencjaikonsumenci.wordpress.com/2012/01/20/odpowiedzialnosc-karna-za-naruszenie-prawa-konkurencji/>, dostęp 29.05.2012). Zgodnie z powyższym przepisem karze podlega ten, „kto, będąc obowiązany na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, wyrządza jej znaczną szkodę majątkową”. Ewentualną „wyrządzoną szkodą” miałyby być w sytuacji odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji kara nakładana na przedsiębiorcę przez organ konkurencji. Nawet jednak, jeżeli uznać możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za naruszenie prawa konkurencji członków zarządu spółki, których zachowanie doprowadziło do nałożenia na spółkę kary przez UOKiK, powyższa odpowiedzialność nie będzie tak naprawdę odpowiedzialnością bezpośrednio wynikającą z naruszenia prawa antymonopolowego, ale

podkreślić, że zastosowanie w polskim prawie konkurencji obowiązującej w prawie karnym zasady *nullum crimen sine culpa* można byłoby rozważać jedynie przez analogię.

Na koniec należy też zaznaczyć, że mówiąc o winie jako o warunku odpowiedzialności w prawie konkurencji mam na myśli jedynie sytuację, w której na przedsiębiorcę nakładana jest kara pieniężna, a nie sytuację, w której na przedsiębiorcę nakładana jest decyzja zakazująca stosowania praktyk określonych w art. 6 lub 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów bez jednoczesnego nałożenia kary. Jeżeli bowiem przedsiębiorca, nawet w sposób niezawiniony, doprowadza do sytuacji, która jest sprzeczna z prawem konkurencji (a więc kiedy zachowanie przedsiębiorcy jest bezprawne, ale nie sposób mu przypisać winy) to, wydaje się, nic nie stoi na przeszkodzie, żeby organ konkurencji nakazał takiemu przedsiębiorcy zaprzestanie bezprawnego zachowania, czyli wydał decyzję zakazującą na podstawie art. 10 u.o.k.k. Powyższe zagadnienie wymaga jednak niewątpliwie głębszego rozważenia<sup>50</sup>.

## 2.2. Strona podmiotowa w prawie konkurencji

Poza dość ogólnikowym wyrażeniem poglądu o obowiązywaniu w prawie konkurencji zasady winy, doktryna prawa konkurencji nie zagłębia się w kwestię strony podmiotowej praktyk zakazanych na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Na pewno trudno mówić o jakiegokolwiek spójnej grupie poglądów na temat winy i strony podmiotowej w prawie konkurencji, dlatego naturalnym wydaje się skorzystanie w tym zakresie z dorobku prawa karnego oraz cywilnego.

---

jedynie odpowiedzialnością związaną pośrednio z tym naruszeniem (bezpośrednio sprawca odpowiadać będzie za wyrządzenie szkody).

<sup>50</sup> Wyżej wskazany, dość istotny problem dotyczący relacji między możliwością wydania przez Prezesa UOKiK decyzji z art. 10, a koniecznością udowodnienia przedsiębiorcy winy wydaje się ignorowany przez polską doktrynę prawa konkurencji. Pewne ambiwalentne uwagi na powyższy temat można jedynie znaleźć w komentarzu do art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod red. T. Skoczego, gdzie A. Jurkowska podnosi, że: „naruszenia art. 6 lub 9 (ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) lub art. 81 lub 82 TWE nie może usprawiedliwiać nieumyślność działania przedsiębiorców. Stopień zawinienia, nieświadomość łamania prawa nie stanowią w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów negatywnej przesłanki dla stwierdzenia i nakazania zaniechania stosowania praktyk monopolistycznych.” Na podstawie zacytowanego fragmentu i faktu umieszczenia tego fragmentu w komentarzu do art. 10, wydaje się, że należałoby stwierdzić, że A. Jurkowska nie dopuszcza wydania decyzji z art. 10 w sytuacji braku winy po stronie przedsiębiorcy. To, że chwilę dalej autorka uznaje, że okoliczności takie jak „stopień zawinienia (...) mogą być jedynie brane pod uwagę przy wymierzaniu kary pieniężnej” (powyższy cytat A. Jurkowska opiera na wyroku Sądu Antymonopolowego z dnia 10 października 2001 r., sygn. XVII Ama 106/00) również nie wpływa na powyższą konkluzję, zgodnie z którą jeżeli przedsiębiorcy nie sposób wykazać nawet nieumyślności to wydanie decyzji z art. 10 jest niedopuszczalne. Trudno, zatem powiedzieć na ile powyższe stanowisko autorki o niemożności wydania decyzji z art. 10 w sytuacji braku winy po stronie przedsiębiorcy wynika z faktu, że autorka zamieściła w komentarzu do art. 10 uwagi, które powinny się znaleźć w komentarzu do art. 105, a na ile wynika ono z rzeczywistego rozpoznania opisywanego problemu relacji między winą a art. 10.

## 2.2.1. Naruszenie prawa konkurencji jako delikt cywilnoprawny

Nie należy zapominać, że podmiot, który dopuszcza się praktyk zakazanych na gruncie ustawy o ochronie konkurencji może narażać się, poza odpowiedzialnością administracyjną, również na odpowiedzialność prywatnoprawną.

Możliwość dochodzenia przez konsumentów oraz konkurentów odszkodowania za praktyki sprzeczne z (unijnym i krajowym) prawem konkurencji została *explicite* uznana w precedensowym orzeczeniu Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Courage v. Crehan*<sup>51</sup> i doprecyzowana w orzeczeniu *Manfredi*<sup>52</sup>, którego główne tezy doczekały się stosownej petryfikacji przez Komisję Europejską w tzw. Białej Księdze w sprawie roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji<sup>53</sup>. Prywatnoprawne dochodzenie roszczeń wynikających z naruszenia norm prawa konkurencji nie budzi również wątpliwości w polskiej doktrynie prawa konkurencji<sup>54</sup>.

Wprawdzie zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej wina nie musi być wymogiem cywilnoprawnej odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Komisja Europejska w Białej Księdze stwierdza, że wymóg winy przy cywilnoprawnej odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji obowiązuje tylko w niektórych krajach członkowskich<sup>55</sup>), niemniej jednak Polska wymieniana jest właśnie jako państwo, w którym taki wymóg obowiązuje<sup>56</sup>. Komisja zwraca jednocześnie uwagę na to, że samo rozumienie winy i określenie jej prawnych elementów należy do wewnętrznego porządku prawnego państw członkowskich<sup>57</sup>. W związku

---

<sup>51</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-453/99, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999CJ0453:PL:HTML>, dostęp: 25.5.2012.

<sup>52</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C2006/224/05, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:224:0003:01:PL:HTML>, dostęp: 25.5.2012.

<sup>53</sup> *Biała Księga w sprawie roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji*, Bruksela 2 kwietnia 2008 r., COM(2008) 165, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:EN:HTML>, dostęp: 25.5.2012.

<sup>54</sup> Zob. np. T. Kwieciński [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, s. 825-826: „Trafnie zwraca się uwagę, że w razie naruszenia interesu prywatnego uczestników rynku (przedsiębiorcy, konsumenta) ochrona prawna tych podmiotów może następować w oparciu o unormowania innych ustaw, zwłaszcza k.c.”.

<sup>55</sup> „W niektórych państwach członkowskich stwierdzenia winy nie uznaje się za warunek występowania z roszczeniem odszkodowawczym za naruszenie prawa ochrony konkurencji, bądź też z momentem udowodnienia naruszenia powstaje niewzruszalne domniemanie istnienia winy”, *Biała Księga...*, *op. cit.*

<sup>56</sup> Obok takich krajów jak: Dania, Grecja, Hiszpania, Portugalia, Finlandia i Szwecja (zob. J. Basedow, *Private Enforcement of EC Competition Law*, 2007 Kluwer Law International BV, The Netherlands, s. 299).

<sup>57</sup> Zgodnie ze stanowiskiem Komisji wyrażonym w Białej Księdze, w krajach, które wprowadziły wymóg winy dla prywatnoprawnej odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji, Komisja przestrzega, że wymóg udowodnienia winy nie może utrudniać efektywnego dochodzenia prawa konkurencji na drodze prywatnoprawnej. Komisja uznaje, że brak winy może stanowić okoliczność eksculpującą jedynie w wypadku, w którym po stronie potencjalnego sprawcy zajdzie usprawiedliwiony błąd (*excusable error*). Przy czym należy



z powyższym należałoby się zastanowić, czy wina rzeczywiście jest w polskim prawie warunkiem cywilnoprawnych roszczeń związanych z naruszeniem reguł prawa konkurencji.

Jak już wspomniałem, na gruncie u.o.k.k. wymóg winy przy odpowiedzialności administracyjnoprawnej wynika z literalnego brzmienia ustawy. Sformułowałem też ryzykowną tezę, że z racji *quasi*-karnego charakteru postępowania przed organami konkurencji wymóg ten może nawet wynikać z konstytucyjnie zakorzenionej zasady *nullum crimen sine culpa*. Nie ulega jednak wątpliwości, że nie sposób mówić o obowiązywaniu w polskim prawie cywilnym odpowiednika powyższej zasady. Polskie prawo cywilne zna bowiem szereg przypadków, kiedy odpowiedzialność ma miejsce na zasadzie ryzyka. Dlatego też, w celu odpowiedzi na postawione w poprzednim akapicie pytanie, należałoby najpierw zbadać, jakie przepisy w polskim porządku prawnym stanowią podstawę prywatnoprawnych roszczeń wynikających z prawa konkurencji oraz czy przepisy te zawierają kryterium winy.

W prawie polskim, za podstawę prywatnoprawnego wdrażania prawa konkurencji podaje się najczęściej następujące przepisy<sup>58</sup>:

- normy Kodeksu cywilnego statuujące ogólną odpowiedzialność deliktową (czyli art. 415 k.c.);
- odpowiednie normy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- normy określające odpowiedzialność odszkodowawczą za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (czyli przede wszystkim art. 471 k.c.);
- uregulowania dotyczące bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 i nast. k.c.).

---

zauważyć, że kryterium uzasadnionego błędu jest pojęciem bardzo ogólnym i nie może modyfikować konstrukcji pojęcia winy przyjętego w każdym państwie członkowskim. Komisja w materiałach roboczych związanych z publikacją Białej Księgi zauważa, że „pojęcie winy jest niejednorodne w poszczególnych państwach członkowskich”, (*Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules* {COM(2008) 165 final} {SEC (2008) 405} {SEC (2008) 406}, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008SC0404:EN:NOT>, dostęp: 25.5.2012, paragraf 163) oraz uznaje, że kryterium usprawiedliwionego błędu w różnych państwach członkowskich może oznaczać subiektywny stosunek sprawcy zarówno do faktów, jak i do prawa (*op. cit.*, s. 51, paragraf 167). Należy zatem stwierdzić, że Komisja Europejska nie wymaga od państw członkowskich konstruowania zuniformizowanych prawnych pojęć winy i strony podmiotowej. Powyższe jest sferą autonomii Państw Członkowskich. Komisja wymaga jedynie, żeby stosowanie w praktyce kryterium winy przez poszczególne kraje nie blokowało efektywnego dochodzenia na prywatnoprawnym gruncie roszczeń wynikających z prawa konkurencji.

<sup>58</sup> Zob. A. Jurkowska, *Perspektywy prywatnego wdrażania prawa ochrony konkurencji w Polsce na tle doświadczeń Wspólnoty Europejskiej*, PUG, 2008/1, s. 25.

Poniżej zaprezentuję zwięzłą analizę tych przepisów, które mogą stanowić podstawę prywatnoprawnego stosowania prawa konkurencji i postaram się odpowiedzieć na pytanie, czy przepisy te wprowadzają dla poniesienia odpowiedzialności wymóg winy.

Po pierwsze, najczęstszą podstawą prywatnoprawnego dochodzenia roszczeń wynikających z norm prawa konkurencji będzie art. 415 k.c. statuujący podstawową odpowiedzialność za delikt w prawie cywilnym, a jak już wcześniej wspomniałem odpowiedzialność wynikająca z art. 415 k.c. jest oparta na zasadzie winy.

Przechodząc do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, kwestia komplikuje się nieco bardziej niż w wypadku art. 415 Kodeksu cywilnego. Na początku należy zauważyć, że co prawda czyny nieuczciwej konkurencji stanowią czyny niedozwolone w rozumieniu przepisów k.c.<sup>59</sup>, nie oznacza to jednak wcale, że w doktrynie bezsporne jest to, że odpowiedzialność za czyn nieuczciwej konkurencji opiera się na zasadzie winy. W powyższym zakresie dopuszczalne są dwie interpretacje. Według pierwszej w braku przepisu *explicite* określającego zasadę odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać, że poprzez analogię stosuje się ogólne zasady Kodeksu cywilnego (tj. art. 415 k.c.), które wprowadzają kryterium winy. Z drugiej zaś strony można twierdzić, że ustawodawca kładzie w przepisach o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nacisk na zagrożenie lub naruszenie interesu przedsiębiorcy lub klienta wiążąc takie zagrożenie lub naruszenie jedynie z bezprawnością<sup>60</sup>. Niemniej jednak, niezależnie od tego, za którą z wyżej zaprezentowanych koncepcji się opowiedzieć, przedstawiciele doktryny zgodni są co do tego, że praktyki zakazane na gruncie art. 6 i art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów będą się co do zasady pokrywały jedynie z czynami nieuczciwej konkurencji opisanymi w art. 15 u.z.n.k. polegającymi na „utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku”<sup>61</sup>. Powyższa identyfikacja praktyk zakazanych na gruncie u.o.k.k. z czynami nieuczciwej konkurencji z art. 15 u.z.n.k. jest istotna w kontekście winy, ponieważ wśród doktryny wydaje się panować zgodne przekonanie, że czyny nieuczciwej konkurencji z art. 15 u.z.n.k. można

---

<sup>59</sup> Zob. M. du Vall, E. Nowińska, *Komentarz do Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 52.

<sup>60</sup> Zob. M. du Vall, E. Nowińska, *op. cit.*, s. 53. Autorzy opowiadają się za drugim stanowiskiem (podobnie A. Michalak, *Komentarz do art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, [w:] M. Zdyb (red.) *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, 2011, baza LEX), zaznaczają jednak, że powyższa kwestia jest dyskusyjna.

<sup>61</sup> Zob. np. M. Mioduszewski i J. Sroczynski *Komentarz do art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* [w:] M. Zdyb (red.), *Komentarz...*, baza LEX, *op. cit.*, pkt 4. Podobnie: P. Podrecki, *Stosunek ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym*, *Przegląd Prawa Handlowego* 1994/12, s. 24. Podobnie uważają też M. du Vall i E. Nowińska, którzy twierdzą, że „każdy stwierdzony przez Prezesa UOKiK przypadek nadużycia pozycji dominującej polegający na utrudnianiu dostępu do rynku w jeden ze sposobów wymienionych w art. 15 ust. 1-3 u.z.n.k., będzie jednocześnie stanowił czyn nieuczciwej konkurencji (M. du Vall, E. Nowińska, *op. cit.*, s. 221)”.

popęlnić tylko w sposób umyślny.<sup>62</sup> Owo przekonanie jest tłumaczone użyciem w art. 15 u.z.n.k. przez ustawodawcę określeń sugerujących celowość działania, takich jak m.in. „w celu eliminacji” (art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.), „nakłanianie” (art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k.), „różnicowane traktowanie” (art. 15 ust.1 pkt 3 u.z.n.k.), działanie „mające na celu” (art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k.).

W wypadku odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, w doktrynie prawa cywilnego panuje przekonanie, że również ta odpowiedzialność opiera się na zasadzie winy<sup>63</sup>.

Najbardziej problematyczne w kontekście zasady winy, wydaje się dochodzenie wynikających z prawa konkurencji roszczeń na podstawie art. 405 Kodeksu cywilnego (bezpodstawne wzbogacenie). Zgodnie bowiem z art. 405 k.c. roszczenie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia jest niezależne od wystąpienia po stronie wzbogaconego winy<sup>64</sup>. Należy jednak podkreślić, że roszczenie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia nie należy do roszczeń odszkodowawczych, ale do tzw. roszczeń restytucyjnych. Odpowiedzialność bezpodstawnie wzbogaconego uzależniona jest, co do zasady, jedynie od istnienia po jego stronie stanu wzbogacenia (jeżeli wzbogacony nie zużył lub utracił korzyści – zob. art. 409 k.c.), trudno zatem mówić w takim wypadku o sankcji odszkodowawczej rozumianej jako swoista cywilnoprawna „kara” za dane zachowanie. Przy braku wzbogacenia, czyli w sytuacji, kiedy zobowiązany do wydania korzyści „zużył ją lub utracił w taki sposób, że nie jest już wzbogacony” (art. 409 k.c.), odpowiedzialność z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia ma jednak miejsce tylko wtedy, kiedy obowiązany do wydania korzyści „powinien był liczyć się z obowiązkiem zwrotu tej korzyści” (art. 409 k.c.). W takim zaś wypadku wydaje się, że „powinność liczenia się ze zwrotem korzyści” jest co do zasady tożsama z winą, gdyż zakłada konieczność oceny subiektywnego stosunku sprawcy do sytuacji, która doprowadziła go do bezpodstawnego wzbogacenia. Takie stanowisko zostało

---

<sup>62</sup> Tak T. Skoczny: „wszystkie czyny nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku mogą być popełnione tylko świadomie (celowo), z winy umyślnej”. Warto zwrócić uwagę, że autor „celowość” zdaje się utożsamiać ze „świadomością”, które jednak na gruncie analizy strony podmiotowej są pojęciami mającymi różne znaczenia; tylko bowiem „celowość” implikuje umyślność (T. Skoczny [w:] J. Szwaja (red.), *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 568). Takie same stanowisko prezentują M. Mioduszewski i J. Sroczyński w M. Zdyb, *op. cit.* pkt 30, *op. cit.* i wydaje się, że M. du Vall oraz E. Nowińska, chociaż autorzy ci posługują się zwrotem „świadomość”: „czyn określony tym przepisem (chodzi o art. 15 ust.1 pkt 1-3) musi być przez sprawcę dokonany świadomie” (M. du Vall i E. Nowińska, *op. cit.*, s. 218).

<sup>63</sup> Zob. np. T. Wiśniewski [w:] G. Bieniek (red.), *op. cit.*, s. 773, według którego, jeżeli zakres odpowiedzialności na nienależyte wykonanie i niewykonanie zobowiązania „nie jest zmodyfikowany czynnością prawną albo szczególnym przepisem ustawy to (...) dłużnik odpowiada za winę w postaci niedbalstwa. Oczywiście tym bardziej w takiej sytuacji będzie odpowiadał za winę umyślną. Prowadzi to do wniosku, że w naszym systemie prawnym odpowiedzialność kontraktowa oparta jest zasadniczo na zasadzie winy dłużnika”.

<sup>64</sup> Zob. A. Olejniczak (red.), *System...*, *op. cit.*, s. 213.

też zasugerowane przez orzecznictwo. Przykładowo w wyroku z dnia 2 marca 2010 r.<sup>65</sup> Sąd Najwyższy uznał, że „powinność (chodzi o „powinność” z art. 409 k.c.) oznacza zarówno sytuację, w której zobowiązany do zwrotu wiedział, że korzyść mu się nie należy, jak również sytuację, gdy co prawda był subiektywnie przekonany, iż korzyść mu się należy, lecz na podstawie okoliczności sprawy obiektywnie powinien się liczyć z możliwością zwrotu”. Warto zwrócić uwagę na to, że powyższe sformułowanie przypomina w zadziwiający sposób definicję nieumyślności. Można zatem stwierdzić, że odpowiedzialność z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, która jest niezależna od stanu wzbogacenia (a więc taka odpowiedzialność, którą można utożsamiać ze specyficzną sankcją odszkodowawczą) również ma miejsce na zasadzie winy.

Podsumowując należy stwierdzić, że przynajmniej w przeważającej większości przypadków, **kiedy mowa w prawie polskim o prywatnoprawnej odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji, odpowiedzialność ta będzie oparta, podobnie jak ma to miejsce przy odpowiedzialności administracyjnej, o zasadę winy.** Jest to spowodowane faktem, że jak starałem się wyżej wykazać, wszystkie możliwe do wyobrażenia prywatnoprawne podstawy roszczeń wynikających z prawa konkurencji, wymagają zaistnienia po stronie odpowiedzialnego przedsiębiorcy przynajmniej nieumyślności, a niekiedy nawet wyłącznie umyślności (jak ma to miejsce w wypadku art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

### **2.2.2. Relacje między przesłankami strony podmiotowej deliktów cywilnoprawnych i administracyjnych**

W tym miejscu należy przypomnieć, że dla oceny zawinienia (strony podmiotowej) deliktów administracyjnych, za które niewątpliwie należy uznać praktyki zagrożone administracyjnymi karami na gruncie u.o.k.k., proponuje się w polskiej doktrynie odwołanie do doktryny prawa karnego<sup>66</sup>. Stąd też może pojawić się pokusa, żeby w odrębny sposób (odwołując się do prawa karnego) analizować kwestie winy i strony podmiotowej dla praktyk zakazanych przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów w kontekście odpowiedzialności administracyjnoprawnej, a w odrębny sposób (odwołując się do prawa cywilnego) oceniać powyższe aspekty w kontekście odpowiedzialności cywilnoprawnej.

---

<sup>65</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2010 r., sygn. II PK 246/09, baza LEX.

<sup>66</sup> Tak np. M. Wincenciak: „Określając stopień winy, gdy przepis prawa to nakazuje, należy odwołać się do dorobku prawa karnego i miarkować, czy w określonym przypadku mamy do czynienia z zamiarem bezpośrednim, zamiarem ewentualnym, niedbalstwem czy też lekkomyślnością” (*op. cit.*, pkt 4.13.1).

Wydaje się jednakowoż, że nie ma potrzeby osobnego oceniania strony podmiotowej przy tych dwóch rodzajach odpowiedzialności, głównie dlatego, że **w prawie karnym i cywilnym, jak starałem się pokazać w rozdziale 1 nie ma istotnej różnicy pomiędzy znaczeniem podstawowych pojęć i konstrukcji dotyczących strony podmiotowej.** Jak zostało to już powiedziane, najważniejsza i w zasadzie jedyna istotna różnica między oceną strony podmiotowej w prawie karnym i cywilnym polega na tym, że w prawie karnym, co do zasady, sprawca ponosi odpowiedzialność jedynie za zachowania umyślne (domniemanie umyślności), natomiast w prawie cywilnym zasadą jest odpowiedzialność na zasadzie zarówno umyślności, jak i nieumyślności. Powyższa odrębność znika jednak na gruncie prawa konkurencji, ponieważ art. 106 ust. 1 u.o.k.k. wprost przewiduje, że karę można nałożyć na przedsiębiorcę, który naruszył ustawowe zakazy również w sposób nieumyślny. **Stąd też można przyjąć, że art. 106 ust. 1 u.o.k.k., stosując analogie do prawa karnego, wprowadza quasi-generalną klauzulę nieumyślności w odniesieniu do odpowiedzialności administracyjnej w prawie konkurencji.**

Podsumowując, wydaje się, że zarówno na gruncie prywatnoprawnego stosowania prawa konkurencji, jak i jeżeli chodzi o administracyjną odpowiedzialność przewidzianą przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów, nie ma większej różnicy przy ocenie winy po stronie podmiotowej. Do spełnienia podmiotowych przesłanek winy wystarczy zaś wykazanie, że przedsiębiorca, którego wina jest badana, działa w sposób bądź umyślny bądź nieumyślny.<sup>67</sup>

### 2.2.3. Przesłanki strony podmiotowej w prawie konkurencji

Zachowania, w odniesieniu do których nałożenie kary jest uzależnione od winy to praktycznie wszystkie zachowania karalne przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów. Najbardziej istotnymi wydają się jednak zachowania wymienione w art. 106 ust. 1 u.o.k.k, tj. uczestnictwo w porozumieniach zakazanych przez art. 6 u.o.k.k.,

---

<sup>67</sup> Błędny i niezrozumiały jest w związku z powyższym pogląd A. Jurkowskiej (A. Jurkowska, *Antitrust Private Enforcement – Case of Poland*, Yearbook of Antitrust Regulatory Studies, Vol. 2008, 1(1), <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/23986/>, dostęp: 25.5.2012, s. 66), która stwierdza, że: „wymóg winy, który jest warunkiem zastosowania art. 415 powoduje, że powyższy przepis może być użyty jako prawna podstawa odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji tylko w wypadkach, kiedy naruszenie prawa konkurencji było celowe (porozumienia, które mają na celu ograniczenie konkurencji oraz wszystkie przypadki nadużycia pozycji dominującej, gdzie zgodnie z orzecznictwem, nadużycie nie może wynikać z niedbalstwa)”. Użyte przez autorkę słowo „celowe” (*deliberate*) błędnie sugeruje, że wina polega jedynie na umyślności w postaci zamiaru bezpośredniego, a przecież, jak już było w tej pracy wspomniane, spełnienie subiektywnych przesłanek winy może polegać zarówno na działaniu umyślnym, jak nieumyślnym. Jeżeli zaś chodzi o analizę pojęcia „antykongurencyjnego celu” porozumień zob. rozważania zawarte w rozdziale 3 tej pracy.

nadużywanie pozycji dominującej zakazane przez art. 9 u.o.k.k. (oraz analogiczne przepisy prawa europejskiego, za których naruszenie kary mogą być też nakładane przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów). Innymi zachowaniami wymienionymi w art. 106 ust. 1 u.o.k.k. jest np. dokonanie koncentracji bez zgody Prezesa UOKiK oraz stosowanie przez przedsiębiorcę praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (czyli praktyka zakazana przez art. 24 u.o.k.k.).

Pomimo mnogości zachowań wymienionych w art. 106 ust. 1 u.o.k.k. nie wydaje się jednak, żeby w odniesieniu do podstawowych elementów strony podmiotowej rozważanych w tym i poprzednim rozdziale (tj. w odniesieniu do umyślności, nieumyślności i błędu co do bezprawności) zachodziła jakaś konstrukcyjna różnica<sup>68</sup>. Zatem realizacja przesłanek podmiotowych koniecznych dla przypisania winy przedsiębiorcy dopuszczającego się deliktu administracyjnego zakazanego na podstawie ustawy o ochronie konkurencji lub konsumentów lub też przedsiębiorcy dopuszczającego się czynu (deliktu cywilnoprawnego, nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania), który powoduje powstanie po stronie tego przedsiębiorcy cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej polegać będzie na:

- przy umyślności - na zamiarze, chęci (*dolus directus*) zrealizowania swoim zachowaniem przedmiotowych przesłanek praktyk zakazanych (tj. przede wszystkim przesłanek porozumień zakazanych na gruncie art. 6 u.o.k.k. oraz nadużywania pozycji dominującej opisanego przez art. 9 u.o.k.k.) lub na przewidywaniu możliwości zrealizowania swoim zachowaniem przedmiotowych przesłanek tych praktyk i godzeniem się na to (*dolus eventualis*);
- przy nieumyślności - na świadomości możliwości (lekkomyślność) lub na możliwości świadomości (niebaldstwo) zrealizowania swoim zachowaniem przedmiotowych przesłanek tych praktyk.

Zrealizowanie przesłanek winy po stronie podmiotowej będzie polegało na określonym subiektywnym stosunku (lub, przy możliwości świadomości, na powinności tego

---

<sup>68</sup> Ewentualna różnica, jeżeli chodzi o stronę podmiotową winy między tzw. praktykami ograniczającymi konkurencję (zakazane porozumienia i nadużywanie pozycji dominującej), a praktykami naruszającymi zbiorowe interesy konsumentów mogłaby polegać na konieczności udowodnienia w wypadku niektórych praktyk ograniczających konkurencję tzw. zamiaru/celu antykonkurencyjnego. Wspomniany zamiar antykonkurencyjny, jeżeli już uznać go za konieczny element jakiegokolwiek typu praktyki ograniczającej konkurencję, nie jest jednak elementem wspólnym dla wszystkich praktyk ograniczających konkurencję, a jedynie specyficzną, dodatkową przesłanką po stronie podmiotowej dla określonego typu tych praktyk. Tzw. zamiarowi antykonkurencyjnemu jest w niniejszej pracy poświęcony cały rozdział 3.

stosunku) przedsiębiorcy do typów zachowań, które są zakazane na gruncie prawa konkurencji<sup>69</sup>. Przykładowo, w celu zrealizowania przez przedsiębiorcę przesłanek podmiotowych nadużywania pozycji dominującej w postaci narzucaniu cen nadmiernie wygórowanych, niezbędne będzie wykazanie przedsiębiorcy określonego subiektywnego stosunku (umyślności lub nieumyślności) wobec przedmiotowych przesłanek tego rodzaju zakazanej praktyki. Przedsiębiorcy należałoby zatem w przytoczonym przykładzie udowodnić określony stosunek wobec zachowania, które polega na narzucaniu nieuczciwych cen (rzecz jasna to organ antymonopolowy dokona obiektywnej oceny, czy ceny należy uznać za nieuczciwe oraz czy zachowanie danego przedsiębiorcy należy zakwalifikować jako „narzucanie”).

Dokonane z poprzednim paragrafie, poparte przykładem, wyjaśnienie dotyczące przesłanek strony podmiotowej koniecznych w polskim prawie konkurencji dla przypisania przedsiębiorcy winy, jest być może trywialne, ale zważywszy na ustawiczną niespójność w operowanie pojęciami takimi jak umyślność, nieumyślność, zamiar i wina przez zarówno doktrynę prawa konkurencji, jak UOKiK, wyjaśnienie to wydaje się być niezbędne.

### 2.3. Strona podmiotowa a wymiar kary

Słowo „umyślność” pojawia się też w innych, niezmiernie ważnych praktycznie dokumentach dotyczących polskiego prawa konkurencji, a mianowicie w Wyjaśnieniach w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających

---

<sup>69</sup> W doktrynie i orzecznictwie nie do końca rozumie się jednak rozróżnienie na przesłanki winy po stronie podmiotowej i przedmiotowej. Przykładowo K. Kohutek stwierdza, że „podstawą zarówno stosowania sankcji administracyjnych (...) jak i nakładania kar pieniężnych jest faktyczne naruszenie przepisów ustawy. Decydujące znaczenie ma zatem **stan obiektywny**. Przepisy ustawy antymonopolowej nie uzależniają bowiem wymierzenia kary od istnienia winy subiektywnej, polegającej na świadomości wykonywania praktyk antykonkurencyjnych (K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M Sieradzka, *op. cit.*, s. 1027-1028). Powyższą tezę autor komentarza przytacza za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 1997 r. (syg. I CKN 44/97), w którym Sąd Najwyższy uznał, że „treść art. 14 (ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym) ani w brzmieniu obowiązującym do dnia 12 sierpnia 1995 r., ani po tej dacie nie warunkuje wymierzenia kary (...) od istnienia winy subiektywnej, polegającej na świadomości wykonywania praktyk monopolistycznych.” Teza K. Kohutka jest w oczywisty sposób błędna. Jeżeli bowiem przyjmujemy, że odpowiedzialność na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów opiera się na zasadzie winy, to koniecznym dla przypisania tej winy jest spełnienie przesłanek strony podmiotowej (subiektywnej). W wyżej cytowanym fragmencie autor niesłusznie utożsamia winę w znaczeniu subiektywnym (podmiotowe przesłanki konieczne dla przypisania winy) z subiektywnym stosunkiem do bezprawności (to oczywiście prawda, że co do zasady dla oceny odpowiedzialności, również w prawie konkurencji, irrelevantny będzie subiektywny stosunek przedsiębiorcy do prawa). K. Kohutek cytuje też, w celu poparcia dokonanej przez siebie interpretacji zasad odpowiedzialności na gruncie obecnej ustawy, orzeczenie Sądu Najwyższego zapadłe jeszcze na gruncie poprzedniej ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, gdzie obowiązywanie zasady winy nie było takie oczywiste. Żeby jednak oddać autorowi sprawiedliwość należy wskazać, że Sąd Najwyższy w cytowanym orzeczeniu również wydaje się nie w pełni odróżniać podmiotowe przesłanki konieczne dla przypisania winy od kwestii subiektywnego stosunku sprawcy do bezprawności (więcej o subiektywnym stosunku przedsiębiorcy do prawa w punkcie 2.4. poniższej pracy).

konkurencję<sup>70</sup> oraz w Wyjaśnieniach w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów<sup>71</sup>. Wyjaśnienia te nie są co prawda aktami prawa powszechnie obowiązującego, a jedynie aktami administracyjnymi wydanymi przez Prezesa UOKiK, mającymi charakter tzw. *soft law*<sup>72</sup>, niemniej jednak odgrywają one dużą praktyczną rolę, jeżeli chodzi o wysokość kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa UOKiK, któremu nie zdarza się wyliczać kar w sposób sprzeczny z Wyjaśnieniami. I tak, zgodnie z pkt 4.2 lit. d Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję „umyślność naruszenia” stanowi jedną z okoliczności obciążających, których zaistnienie może skutkować podwyższeniem nałożonej na przedsiębiorcę kary o maksymalnie 50%. Z kolei „umyślność naruszenia” w Wyjaśnieniach w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów stanowi również okoliczność obciążającą, która uzasadnia podwyższenie kary o 50%, a w niektórych wypadkach nawet o 100%<sup>73</sup>.

## 2.4. Subiektywny stosunek do bezprawności w prawie konkurencji

### 2.4.1. Obowiązywanie zasady *ignorantia iuris nocet* w praktyce UOKiK

Jak zostało to już wyżej powiedziane, związane z winą kwestie umyślności i nieumyślności powinny być rozważane niezależnie od subiektywnego stosunku sprawcy do bezprawności swojego zachowania. Teza ta jest bezpośrednio formułowana przez doktrynę prawa karnego i pośrednio przez doktrynę prawa cywilnego. Stosunek sprawcy do bezprawności może w wyjątkowych okolicznościach wyłączać winę sprawcy, ale muszą to być okoliczności usprawiedliwione. W pozostałym zakresie obowiązuje zasada *ignorantia iuris nocet*.

Wydaje się też, że bezpodstawne byłoby twierdzenie, zgodnie z którym zasada *ignorantia iuris nocet*, czy też jej bardziej doprecyzowana wersja, czyli zasada *ignorantia*

---

<sup>70</sup> Dz. Urz. UOKiK z 2009 r., nr 1, poz. 1, [http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia\\_w\\_sprawie\\_kar3.php](http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_w_sprawie_kar3.php), dostęp: 25.5.2012.

<sup>71</sup> Dz. Urz. UOKiK z 2008 r., nr 3, poz. 33, [http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia\\_w\\_sprawie\\_kar2.php](http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_w_sprawie_kar2.php), dostęp: 25.5.2012.

<sup>72</sup> Zob. J. Krueger [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, s. 1268.

<sup>73</sup> Chodzi o umyślność „w przypadku naruszenia zakazu stosowania niedozwolonych postanowień umownych wpisanych do rejestru przez przedsiębiorcę stosującego postanowienie uznane za niedozwolone w wyniku powództwa wytoczonego wobec niego”, zob. pkt 4.2 lit. a Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.



*legis excusat neminem* zostają w prawie konkurencji ograniczone w większym stopniu niż ma to miejsce w prawie karnym. Zasady te wynikają bowiem bezpośrednio z art. 83 Konstytucji, który to przepis stanowi, że „każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej”<sup>74</sup>.

Co prawda w doktrynie prawa administracyjnego jednoznacznie wyrażane jest stanowisko, jakoby zasada *ignorantia iuris nocet* była wyłączona w postępowaniu administracyjnym<sup>75</sup> ze względu na treść art. 9 Kodeksu postępowania administracyjnego<sup>76</sup>, po pogłębionej analizie okazuje się jednak, że wyłączenie tej zasady ma miejsce jedynie na etapie administracyjnego postępowania jurysdykcyjnego i dotyczy sytuacji, w jakich organ administracji nie poinformuje strony postępowania o tym, że jego zachowanie może ją narazić na negatywne skutki. Wyżej wspomniane wyłączenie *zasady ignorantia iuris nocet* w administracyjnym postępowaniu jurysdykcyjnym nie dotyczy zatem deliktów administracyjnoprawnych, którymi są praktyki zakazane przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów, ponieważ specyfika administracyjnego egzekwowania prawa konkurencji w Polsce polega na tym, że w momencie dopuszczania się deliktów administracyjnych przez przedsiębiorców, przedsiębiorcy ci nie są jeszcze stronami postępowania administracyjnego, w którym to postępowaniu aktualizuje się dopiero obowiązek organów konkurencji wynikający z art. 9 Kodeksu postępowania administracyjnego<sup>77</sup>.

Kwestia obowiązywania zasady *ignorantia iuris nocet*, czy też zasady *ignorantia legis excusat neminem* w odniesieniu do odpowiedzialności na zasadzie winy za delikty administracyjne nie jest jednak oczywista w komentarzach do ustawy o ochronie konkurencji

---

<sup>74</sup> Zob. G. Wierczyński, *Urzędowe ogłoszenie aktu normatywnego*, Oficyna 2008, baza LEX, rozdział I, pkt 2.: „Powszechny obowiązek przestrzegania prawa jest jednym z podstawowych obowiązków konstytucyjnych, a jednocześnie jednym z fundamentów funkcjonowania państwa prawa. (...) Jednocześnie Konstytucja nie wprowadza wyjątków od tego obowiązku. Nie jest takim wyjątkiem między innymi nieświadomość istnienia przepisów prawnych w danej materii, gdyż, jak to ujął M. Zirk-Sadowski, <jest oczywiste, że działanie porządku prawnego można by dowolnie paraliżować przez odwołanie do nieznanomości norm prawnych>. (...) Dlatego też nikt nie może się zasłaniać nieznanomością prawa na usprawiedliwienie jego nieprzestrzegania.”

<sup>75</sup> Zob. np. H. Knysiak-Molczyk, *Uprawnienia strony w postępowaniu administracyjnym*, Zakamycze 2004, baza LEX, rozdział III, pkt 3: „Poprzez wprowadzenie art. 9 k.p.a. wyeliminowano zupełnie zasadę *ignorantia iuris nocet* w stosunku do stron postępowania w zakresie spraw rozpatrywanych w postępowaniu administracyjnym uregulowanym w k.p.a. , zob. też W. Jakimowicz, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Zakamycze 2006, baza LEX, Zakończenie, pkt 3.1.2: „Pogląd o przełamaniu na gruncie prawa administracyjnego zasady *ignorantia iuris nocet* jest powszechnie akceptowany w orzecznictwie i doktrynie”.

<sup>76</sup> Art. 9 k.p.a.: „Organy administracji publicznej są obowiązane do należytego i wyczerpującego informowania stron o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie ich praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania administracyjnego. Organy czuwają nad tym, aby strony i inne osoby uczestniczące w postępowaniu nie poniosły szkody z powodu nieznanomości prawa, i w tym celu udzielają im niezbędnych wyjaśnień i wskazówek.”

<sup>77</sup> Zgodnie z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w sprawach nieuregulowanych w ustawie do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy kodeksu postępowania administracyjnego.

i konsumentów. Wśród polskiej doktryny prawa konkurencji wyrażane jest niekiedy (trudno powiedzieć na ile świadomie) błędne stanowisko, jakoby brak wiedzy przedsiębiorcy o bezprawności swojego zachowania przesądzał o braku winy<sup>78</sup>. Często jednak ci sami autorzy w innych miejscach dają wyraz zgoła przeciwnym poglądom, dlatego należałoby chyba stwierdzić, że autorów tych nie tyle należałoby uznać za zwolenników odstąpienia w prawie polskim od zasady *ignorantia iuris nocet*, ale autorzy ci nie dość mocno przyłożyli się po prostu do spójnej i rzetelnej analizy pojęcia winy i strony podmiotowej w prawie konkurencji i często mylą kwestię subiektywnego stosunku do bezprawności z kwestiami umyślności i nieumyślności<sup>79</sup>.

Na szczęście w praktyce Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stosunkowo regularnie prezentowana jest teza, zgodnie z którą brak świadomości reguł prawa konkurencji wśród przedsiębiorców nie wpływa na ponoszenie przez nich odpowiedzialności za naruszenie tych reguł<sup>80</sup>. Na poparcie powyższej tezy UOKiK odwołuje się nawet wprost do wspomnianego już art. 83 Konstytucji. UOKiK zwraca szczególną uwagę na fakt, że przedsiębiorcy są profesjonalistami w swojej dziedzinie i jako tacy powinni znać

---

<sup>78</sup> Przykładowo K. Kohutek (K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M Sieradzka, *op. cit.*, s. 1027) stwierdza, że „kary (...) mogą zostać nałożone także w przypadku, gdy naruszytel „choćby nieumyślnie” dopuścił się określonego czynu (...) Oznacza to, że kara może być nałożona, także w razie gdy po stronie naruszydela nie będzie występować wina, rozumiana jako świadomość bezprawności zachowania.” W powyższym ustępie znajdują się zresztą dwa błędne sformułowania. Po pierwsze autor mówiąc o winie wspomina o subiektywnym nastawieniu przedsiębiorcy do bezprawności („świadomość bezprawności zachowania”) Po drugie, wina jest przez autora utożsamiana wyłącznie z umyślnością (jest to teza błędna na gruncie obu z dwóch używanych w tej pracy znaczeń pojęcia). Podobnie J. Krueger równie błędnie stwierdza, że „w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że umyślność naruszenia zachodzi w sytuacji, gdy sprawca działa ze świadomością ograniczeń, jakie nakłada na niego ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów oraz świadomością antykonkurencyjnych skutków swojego zachowania” (J. Krueger [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, s. 1274). Powyższy ustęp również błędnie sugeruje, że nieświadomość bezprawności zachowania przesądza zawsze o braku winy i tym samym braku odpowiedzialności.

<sup>79</sup> Przykładowo A. Stawicki (A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, s. 1164-1165), rozważając kwestie kar za precedensowe naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stwierdza, że „jedną z fundamentalnych zasad państwa prawa jest pewność co do tego, jakie działania są zabronione (*nullum crimen sine lege*) przez przepisy prawa pod groźbą kary. Z tego też względu należy podzielić pogląd prezentowany w doktrynie, że organ antymonopolowy powinien powstrzymać się od nałożenia kary pieniężnej, jeżeli jego rozstrzygnięcia mają charakter precedensowy lub opierają się na nowej interpretacji przepisów prawa”. Rozumując *a contrario* należy autorowi przypisać pogląd, zgodnie z którym brak wiedzy przedsiębiorcy o bezprawności działań, co do których nie ma wątpliwości, że są zabronione nie powinien powstrzymywać organów konkurencji od nałożenia kary. Ponadto niewiele wcześniej sam autor cytuje poprawne definicje zamiaru bezpośredniego i ewentualnego (dwóch postaci umyślności) przyjęte na gruncie art. 9 par. 1 prawa karnego: „obie postaci winy umyślnej wymagają istnienia po stronie sprawcy zamiaru popełnienia czynu zabronionego, tj. sprawca chce go popełnić (zamiar bezpośredni) albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi (zamiar ewentualny) .

<sup>80</sup> Zob. np. decyzja UOKiK z dnia 25 października 2011 r., nr RPZ-25/2011, <http://uokik.gov.pl>, w której UOKiK stwierdził m. in., że „W niniejszej sprawie nie mamy wprawdzie do czynienia z bezpośrednim zamiarem wywołania określonych skutków antykonkurencyjnych, niemniej jednak Gmina winna mieć świadomość, iż jej działania takie skutki mogą wywoływać, co jest okolicznością wystarczającą, aby stwierdzić, iż zachowanie Gminy miało charakter zawiniony (wina nieumyślna)”.

obowiązujące uregulowania antymonopolowe<sup>81</sup>. Podobne stanowisko wyrażane jest też w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>82</sup>.

Niemniej w praktyce Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów również zdarza się mylić subiektywny stosunek do prawa z umyślnością i nieumyślnością. Często brak wiedzy o naruszeniu prawa konkurencji po stronie przedsiębiorcy jest identyfikowany z nieumyślnością („winą nieumyślną”), która to nieumyślność w przywoływanej już doktrynie prawa karnego polega przecież na świadomości możliwości lub możliwości świadomości okoliczności należących do charakterystyki typu czynu zabronionego, a nie na świadomości możliwości lub możliwości świadomości bezprawności tego czynu. Przykładowo w decyzji z dnia 12 września 2008 r. UOKiK posłużył się następującą argumentacją:

„Powyższe nie oznacza jednak, iż ENEA S.A. nie można w ogóle przypisać winy w dopuszczeniu się naruszenia art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wprawdzie nie ma podstaw do twierdzenia, iż ENEA S.A. miała bezpośredni zamiar naruszenia przepisów ustawy, niemniej jednak podejmując decyzję co do obciążenia odbiorców należnościami za styczeń 2008 r. (...) powinna mieć przynajmniej świadomość, iż nie wyłączenie ze stosowania wszystkich rodzajów opłat (...) może być działaniem bezprawnym”<sup>83</sup>.

W cytowanej decyzji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zamiar i świadomość naruszenia prawa został błędnie utożsamiony z umyślnością oraz nieumyślnością. W stanie faktycznym powyższej sprawy należałoby raczej powiedzieć, że przedsiębiorca ponosił winę z powodu umyślności swojego działania (z opisu stanu faktycznego wynika, że przedsiębiorca **chciał** „obciążyć odbiorców” wskazanymi należnościami) przy jednoczesnym braku wykazania przez przedsiębiorcę działania w **usprawiedliwionym** błędzie co do prawa. W powyższej sprawie zatem nałożona kara

---

<sup>81</sup> Zob. decyzja UOKiK z dnia 31 grudnia 2009 r., nr RKR-32/2009, <http://uokik.gov.pl>, w której UOKiK posłużył się następującą argumentacją: „Z kolei zgodnie z art. 83 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego takich jak Enion, (...) a zatem Enion nie może skutecznie dowodzić całkowitego braku świadomości naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej określonego w ustawie antymonopolowej”. Prawie taka sama argumentacja z powołaniem się na art. 83 Konstytucji znajduje się w decyzji UOKiK z dnia 26 maja 2008 r., nr RWA-15/2008, <http://uokik.gov.pl>.

<sup>82</sup> Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 1 lutego 1978 r. w sprawie 19/77 (*Miller p. Komisji*), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977CJ0019:EN:HTML>, dostęp: 25.5.2012, paragraf 3: „Bez znaczenia jest ustalenie czy badany podmiot wiedział, że narusza przepis Traktatu”.

<sup>83</sup> Decyzja UOKiK z dnia 12 września 2008 r., nr RPZ-32/2007, <http://uokik.gov.pl>.

mogłaby zostać, zgodnie z Wyjaśnieniami w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, podwyższona z powodu umyślności (okoliczność obciążająca) o maksymalnie 50%.

Jeszcze większa konstrukcyjna niespójność znajduje się w uzasadnieniu decyzji UOKiK z dnia 19 sierpnia 2011 r., w której to decyzji UOKiK posłużył się następującymi słowami:

„(...) wskazać również należy, że kara pieniężna może być nałożona na przedsiębiorcę niezależnie od tego, czy dopuścił się on naruszenia przepisów ustawy umyślnie, czy też nieumyślnie. Z powyższego wynika, że kara może być nałożona bez względu na okoliczność występowania po stronie przedsiębiorcy winy rozumianej jako świadomość bezprawności zachowania”<sup>84</sup>.

W cytowanym uzasadnieniu UOKiK ponownie identyfikuje kwestie umyślności i nieumyślności z subiektywnym stosunkiem przedsiębiorcy do prawa, utożsamia winę wyłącznie z umyślnością oraz, co już zupełnie niezrozumiałe, wydaje się mówić, że świadomość bezprawności zachowania jest warunkiem stwierdzenia umyślności zachowania przedsiębiorcy.

Ostatecznie jednak nawet jeżeli obiektywnie nieusprawiedliwiony brak wiedzy przedsiębiorcy o regułach prawa konkurencji zostanie przez UOKiK mylnie zaklasyfikowany jako jedna z przesłanek nieumyślności, nie zmienia to faktu, że w obu wyżej cytowanych decyzjach nieświadomość prawa po stronie przedsiębiorcy nie została przez UOKiK potraktowana jako okoliczność ekskulpująca (czyli UOKiK potwierdził mimo wszystko obowiązywanie w prawie konkurencji zasady *ignorantia iuris nocet*). Innymi słowy pewna konstrukcyjna niespójność zawarta w uzasadnieniach powyższych decyzji nie miała wpływu na poprawne stanowisko UOKiK w odniesieniu do irrelewantności subiektywnego stosunku przedsiębiorcy do prawa z punktu widzenia administracyjnej odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji.

---

<sup>84</sup> Decyzja UOKiK z dnia 19 sierpnia 2011 r., nr RKR-27/2011, <http://uokik.gov.pl>.

### **2.4.2. Subiektywny stosunek do prawa a wymiar kary**

Nierozróżnianie przez UOKiK podmiotowych przesłanek winy od subiektywnego stosunku do bezprawności może jednak prowadzić do pewnej istotnej praktycznej konsekwencji. Jeżeli bowiem nieświadomość bezprawności zachowania zostanie utożsamiona z nieumyślnością, to stwierdzenie owej nieświadomości uniemożliwi Prezesowi UOKiK podwyższenie nałożonej kary z powodu umyślności naruszenia (umyślność, jak było to już wspomniane, należy, zgodnie z Wyjaśnieniami w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, do tzw. okoliczności obciążających). Jest to o tyle istotne, że w większości przypadków (jak chociażby w stanie faktycznym objętym cytowaną wyżej decyzją UOKiK z dnia 19 sierpnia 2011 r.) pomimo nieświadomości bezprawności mielibyśmy najpewniej do czynienia po stronie przedsiębiorcy z umyślnością, która to umyślność umożliwiałaby podwyższenie przez UOKiK nałożonej na przedsiębiorcę kary. Powyższa konstatacja skłania do stwierdzenia, że wprowadzenie do przesłanek podwyższenia kary „umyślności naruszenia” (w pkt 4.2 lit. d Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję) nie jest być może zabiegiem fortunnym, jeżeli w zamyśle twórców Wyjaśnień termin „umyślność naruszenia” miał najpewniej oznaczać również naganny subiektywny stosunek przedsiębiorcy do bezprawności (na takie rozumienie przesłanki „umyślności naruszenia” wskazuje przynajmniej praktyka UOKiK).

### **2.4.3. Nieświadomość bezprawności a nieumyślność**

Jeżeli nieumyślność rozumieć poprawnie, czyli jako brak zamiaru przy jednoczesnym przewidywaniu lub powinności przewidywania zrealizowania swoim zachowaniem przedmiotowych przesłanek zakazanych praktyk, a nie, w sposób błędny, utożsamiać nieumyślność z brakiem wiedzy o obowiązującym prawie, to w praktyce rzadko będziemy mieli w prawie konkurencji do czynienia z tak rozumianą nieumyślnością. O ile np. w prawie karnym nieumyślność jest częstym wypadkiem, o tyle w prawie konkurencji zachodzić będzie ona stosunkowo rzadko.

Najczęściej w prawie karnym nieumyślność po stronie sprawcy będzie miała miejsce wtedy, kiedy „cięższe jakościowo” przestępstwo nieumyślne będzie zawierało się w „lżejszym jakościowo” przestępstwie umyślnym. W wypadku obejmowania przez sprawcę umyślnością znamion określonego lżej karalnego przestępstwa, sprawca może nieumyślnie

zrealizować znamiona przestępstwa cięższego. Przykładowo sprawca, któremu można przypisać zamiar popełnienia przestępstwa spowodowania ciężkiego uszczerbku (przestępstwo z art. 156 § 1 k.k.) może jednocześnie nieumyślnie zrealizować znamiona przestępstwa zabójstwa (art. 148 § k.k.).

W polskim prawie konkurencji z powyższą sytuacją nie będziemy mieli jednak do czynienia, bowiem najczęściej praktyki zakazane na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów opisane są w taki sposób, że dopuszczenie się tych praktyk będzie najczęściej jednoznaczne z „chęcią” zrealizowania swoim zachowaniem ich przedmiotowych przesłanek. Nie oznacza to jednak, że w ogóle niemożliwe jest dopuszczenie się praktyk zakazanych przez u.o.k.k. w warunkach nieumyślności. Poniżej postaram się przedstawić kilka przykładów, w których możliwe jest przypisanie przedsiębiorcy nieumyślnego naruszenia reguł polskiego prawa konkurencji.

#### **2.4.3.1. Nieumyślność a porozumienia wertykalne**

O nieumyślności będzie można np. mówić w wypadku dopuszczania się przez przedsiębiorcę zakazanych praktyk poprzez **stosowanie określonych wzorców umownych**, których treść nie jest często w pełni kontrolowana przez przedsiębiorcę (w praktyce bowiem często przedsiębiorcy mogą nie mieć „zamiaru” stosowania określonych postanowień zawartych w ogólnych warunkach umów, a pewne zakazane postanowienia mogą znaleźć się w stosowanych przez przedsiębiorców wzorcach umownych niejako poprzez przeoczenie). Taka nieumyślność, polegająca na stosowaniu przez przedsiębiorcę wzorca umownego, może przykładowo zachodzić w wypadku praktyki opisanej w art. 6 ust.1 pkt 1 u.o.k.k., czyli w sytuacji „ustalania, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów”, w szczególności jeżeli chodzi o porozumienia wertykalne (w praktyce bowiem częściej zakazane ustalanie cen wynika z treści stosowanych przez przedsiębiorców wzorców umownych właśnie w porozumieniach wertykalnych; w wypadku porozumień horyzontalnych przedsiębiorcy będą co do zasady mieli „chęć” zawarcia danego porozumienia). Ponieważ zakazane porozumienia cenowe jako najpoważniejsze rodzaje naruszeń prawa konkurencji, nie wymagają dla stwierdzenia naruszenia prawa antymonopolowego wprowadzenia porozumienia w życie<sup>85</sup>, a jedynie zawarcia porozumienia, możliwe wydaje się nieumyślne zawarcie porozumienia wertykalnego poprzez „nieopatrzne”

---

<sup>85</sup> Tak np. wyrok sądu ochrony konkurencji i konsumentów z dnia 7 listopada 2005 r., sygn. XVIII AMa 26/04, baza LEX.

umieszczenie przez przedsiębiorcę w stosowanych wzorach umów zakazanych klauzul ustalających np. sztywne ceny odsprzedaży.

Dobrym przykładem ilustrującym powyższą tezę może być decyzja UOKiK z dnia 31 grudnia 2008 r.<sup>86</sup> dotycząca stanu faktycznego, w którym producent lodów- spółka Koral zawarła z siecią sklepów Żabka umowę ustalającą sztywne ceny odsprzedaży lodów. Producent bronił się w postępowaniu przed Urzędem, twierdząc, że klauzula o sztywnych cenach była w istocie postanowieniem martwym, ponadto nie prowadził on nigdy kontroli stosowanych cen, a umowa nie ustalała żadnych sankcji z tego tytułu. Z kolei właściciel sieci sklepów twierdził, że „kwestionowany przez organ antymonopolowy punkt umowy, został zamieszczony (w umowie) przez KORAL”. Na poparcie tego twierdzenia przedstawił on opracowany przez „Żabkę” „wzór umowy, nie zawierający kwestionowanego zapisu, który (...) został następnie zmodyfikowany przez KORAL poprzez dodanie w § 1 pkt 1 ppkt e.” UOKiK nie uznał jednak tłumaczeń zarówno producenta, jak i detalisty podkreślając, że istotne jest samo zawarcie porozumienia, a nie wprowadzenie go w życie. O ile powyższe twierdzenie UOKiK o braku konieczności wprowadzenia porozumienia w życie jest powszechnie akceptowane, a brak wprowadzenia porozumienia w życie nie może ekskulpować przedsiębiorców, to wydaje się, że w przytoczonym stanie faktycznym należałoby rozważyć właśnie wystąpienie po stronie właściciela sklepów nieumyślności. Gdyby bowiem w wyżej cytowanej sprawie UOKiK dał wiarę szczególnie twierdzeniom dystrybutora co do tego, że zakazana klauzula została w umowie zamieszona bez jego zgody, UOKiK powinien stwierdzić po stronie dystrybutora właśnie nieumyślność (dystrybutor ani nie miał zamiaru ani nie godził się na zamieszczenie w umowie zakazanych klauzul). Ostatecznie jednak w powyższej sprawie UOKiK nie uwierzył zapewnieniom detalisty i co więcej podwyższył nałożoną na niego karę ze względu na okoliczność obciążającą, którą była umyślność naruszenia. Przy okazji UOKiK zastosował po raz kolejny błędną definicję umyślności utożsamiając ją ze świadomością bezprawności zachowania<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Decyzja UOKiK z dnia 31 grudnia 2008 r., nr RKT-107/2008, <http://uokik.gov.pl>.

<sup>87</sup> UOKiK posłużył się następującym sformułowaniem: „Miarkując wymiar kary pieniężnej wzięto pod uwagę również umyślność działania spółki Żabka, która jako profesjonalista działający od wielu lat na rynku, powinna zdawać sobie sprawę z uregulowań jakie zawiera ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów” – decyzja UOKiK z dnia 31 grudnia 2008 r., *op. cit.*

#### 2.4.3.2. Nieumyślność jako wady w organizacji przedsiębiorcy

Trochę inny rodzaj zachowania przedsiębiorcy, które jednakże również można byłoby opisać jako zachowanie nieumyślne, stanowił zainteresowanie decyzji UOKiK z dnia 12 września 2007 r.<sup>88</sup> W przedmiotowej decyzji UOKiK nałożył na gminę K. karę za stosowanie praktyki polegającej na narzucaniu kontrahentom gminy nieuczciwych warunków umowy o dostawę wody (taka praktyka stanowi nadużycie pozycji dominującej opisane w art. 8 ust. 2 pkt 1 u.o.k.). UOKiK nałożył na gminę karę ponieważ stosowała ona zapis regulaminu, który okazał się sprzeczny z nowym rozporządzeniem ówczesnego Ministra Budownictwa, wprowadzającym inne niż dotychczasowe zasady dotyczące rozliczeń gminy z mieszkańcami za zbiorowe zaopatrzenie w wodę (sporny zapis regulaminu stosowanego przez gminę opierał się na poprzednim rozporządzeniu Ministra).

W toku postępowania przed UOKiK gmina podnosiła m.in., że „w okresie obowiązywania rozporządzenia gmina z przyczyn obiektywnych nie mogła zmienić swojego działania, gdyż w tym czasie rada gminy K. nie mogła obradować i podejmować uchwał”.

Wydaje się zatem, że w powyższym przypadku mogło dojść po stronie gminy właśnie do nieumyślności, gdyż gmina być może rzeczywiście nie miała zamiaru (umyślność) stosowania, w przytoczonym w decyzji okresie, zakazanych postanowień umownych (gdyby rada gminy zebrała się w stosownym czasie doszłoby najpewniej do zmiany zakazanych postanowień regulaminu), niemniej jednak gminie dałoby się zapewne wykazać nieumyślność. W powyższym wypadku karalne zachowanie gminy polegało na niezmienieniu w stosownym czasie zakazanych wzorców umownych, zatem lekkomyślność po stronie gminy mogłaby polegać właśnie na tym, że rada gminy powinna obradować w taki sposób, żeby na bieżąco dostosowywać działalność gminy, polegającą na zaopatrzeniu mieszkańców w wodę, do stosownych przepisów. Jeżeli nawet gmina nie miała zamiaru stosowania zakazanych wzorców, to nie zapewniając sprawnej działalności i obradowania swojej rady, powinna liczyć się z możliwością (możliwość świadomości) wystąpienia sytuacji, w której nie zdąży ona dostosować stosowanych regulaminów do zmienionego rozporządzenia Ministra Budownictwa<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Decyzja UOKiK z dnia 12 września 2007 r., nr RLU-33/2007, <http://uokik.gov.pl>.

<sup>89</sup> W przytoczonej decyzji UOKiK stwierdził jednakże (co zupełnie niezrozumiałe), że „wina nie jest (...) przesłanką konieczną do stwierdzenia stosowania praktyki polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej”, po czym nałożył na gminę karę w wysokości 14267 zł. Wydaje się jednak, że UOKiK utożsamiał po prostu „winę” jedynie z umyślnością.



W powyższej sprawie można zatem dopatrzeć się po stronie Gminy swoistej nieumyślności polegającej na nieumiejętnym zorganizowaniu przez przedsiębiorcę (gmina była oczywiście na potrzeby prawa antymonopolowego traktowana w powyższej sprawie jako przedsiębiorca) swojej działalności.

Nieumyślność rozumiana, jako wadliwe zorganizowanie przez przedsiębiorcę swojej działalności ma związek z pojęciem tzw. winy organizacyjnej. Problem winy organizacyjnej dotyczy zaś zagadnienia przypisania winy tzw. przedsiębiorcom kolektywnym, czyli przedsiębiorcom, których nie da się utożsamić z jedną osobą fizyczną. Głębszej analizy zawinienia po stronie owych podmiotów kolektywnych dokonam w rozdziale 4 tej pracy. W tym miejscu wypada jedynie zasygnalizować, że z nieumyślnością po stronie przedsiębiorców kolektywnych będziemy mieli w prawie konkurencji do czynienia nie tylko w wypadku winy organizacyjnej, ale również w wypadku winy w wyborze oraz winy w nadzorze (problematyka ta zostanie omówiona we wspomnianym już rozdziale 4 pracy).

## **2.5. Błąd co do bezprawności w prawie konkurencji**

We wcześniejszej części tej pracy sformułowana została teza, że przedsiębiorca nie może się co do zasady zasłaniać nieznajomością prawa konkurencji, a sam subiektywny stosunek przedsiębiorcy do prawa nie powinien być rozważany w kontekście umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Kontynuując analogię do prawa karnego należałoby zatem uznać, że ewentualny błąd co do prawa może wyłączać winę przedsiębiorcy i tym samym zapobiegać nałożeniu przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów kary jedynie w wyjątkowych okolicznościach, kiedy błąd taki jest usprawiedliwiony. Warto również przypomnieć, że nieusprawiedliwiony błąd co do bezprawności, zgodnie z treścią art. 30 Kodeksu karnego może prowadzić do zastosowania przez sąd nadzwyczajnego złagodzenia kary. Poniżej zostaną przedstawione rozważania na temat tego, kiedy można ewentualnie mówić o usprawiedliwionym błędzie co do prawa w prawie konkurencji.

Po pierwsze stwierdzić należy, że w praktyce stosowania reguł konkurencji przez UOKiK, zgodnie z najlepszą wiedzą autora tej pracy, nie zdarzyło się jeszcze, żeby Urząd odstąpił od wymierzania kary na przedsiębiorcę uzasadniając taką decyzję usprawiedliwionym błędem co do prawa. Jedyną decyzją, w której UOKiK wprost poruszył

kwestię błędu co do bezprawności, jest decyzja z dnia 29 marca 2001 r.<sup>90</sup> (czyli decyzja wydana jeszcze na gruncie o ustawy przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów – poprzedniczki obecnej ustawy), w której to decyzji UOKiK nałożył na przedsiębiorcę karę z tytułu niewykonania w terminie obowiązku zgłoszenia zamiaru łączenia przedsiębiorców (w obecnym stanie prawnym za niezgłoszenie koncentracji w terminie, podobnie jak za „podstawowe” naruszenia prawa konkurencji, grozi kara w wysokości do 10% przychodu za ostatni rok rozliczeniowy – art. 106 ust.1 pkt 3 u.o.k.k.). W uzasadnieniu wspomnianej decyzji UOKiK rozważał instytucję błędu co do prawa i wydaje się dopuścić, podobnie jak w prawie karnym, teoretyczną możliwość stosowania w prawie konkurencji tej instytucji. W uzasadnieniu omawianej decyzji można bowiem znaleźć następujące stwierdzenie: „obowiązujące w Polsce prawo uwzględnia niekiedy na korzyść strony jej błąd co do prawa, jeżeli taka nieświadomość bezprawności jest usprawiedliwiona”<sup>91</sup>. UOKiK nie przedstawił jednakże w analizowanej decyzji żadnych wskazówek pozwalających ocenić, w jakich okolicznościach można mówić w prawie konkurencji o usprawiedliwionym błędzie co do prawa i ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że zasadniczo na przedsiębiorcach ciąży obowiązek znajomości prawa antymonopolowego:

„Ustawa antymonopolowa obowiązuje od kilku lat, nie jest więc aktem, który dopiero co wprowadzono w życie (...). Nie ulega wątpliwości, że od przedsiębiorców jako osób posiadających fachową obsługę prawną należy oczekiwać większej staranności w dopełnieniu ustawowych terminów w tym wypadku wskazanych w ustawie o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów.”

Wobec zatem braku pogłębionej analizy instytucji błędu co do bezprawności w zarówno w praktyce stosowania prawa konkurencji przez UOKiK, jak i wśród poglądów doktryny postaram się pokusić się o próbę dokonania kilku, bazujących na analogii do prawa karnego, obserwacji mogących stanowić w tym zakresie ewentualne wskazówki na przyszłość.

---

<sup>90</sup> Decyzja UOKiK z dnia 29 marca 2001 r., nr RPZ-3/2001, <http://uokik.gov.pl>.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

### 2.5.1. *Mala per se* w prawie konkurencji

Na pierwszy rzut oka intrygującym wydaje się pomysł, żeby tradycyjny podział na *mala per se* oraz *mala prohibita* stosowany w doktrynie prawa karnego odnieść do prawa konkurencji, tym bardziej, że doktrynie prawa konkurencji pojęcie praktyk zakazanych *per se* nie jest bynajmniej obce. W powyższym wypadku należałoby uznać, że podobnie jak w prawie karnym proponuje się, żeby instytucja błędu co do bezprawności nie miała w ogóle zastosowania do *mala per se*, tak w prawie konkurencji można twierdzić, że instytucja ta nie powinna dotyczyć najcięższych naruszeń prawa konkurencji, które są na tyle oczywiste, że powinny być znane przez każdego przedsiębiorcę.

Naturalną lingwistyczną intuicją jest w tym miejscu poszukiwanie katalogu tych najcięższych naruszeń prawa konkurencji właśnie wśród praktyk określanych jako praktyki zakazane *per se*. Pewną komplikacją wydaje się jednak fakt, że w prawie konkurencji nie ma zgody co do tego, które z praktyk mieszczą się kategorii *per se* oraz, co więcej, jak w ogóle rozumieć pojęcie praktyk *per se*. Wspomniane rozbieżności dotyczące definicji oraz katalogu praktyk *per se* mają miejsce, zarówno w amerykańskim i europejskim prawie konkurencji, jak i w obrębie polskiego prawa.

W prawie amerykańskim przez praktyki *per se* rozumie się praktyki, które w każdych okolicznościach naruszają prawo antymonopolowe w przeciwieństwie do praktyk, które naruszają prawo antymonopolowe jedynie w wypadku, kiedy, po zastosowaniu tzw. reguły rozsądku (*rule of reason*), „zostanie stwierdzone, że szkodzą one konkurencji w sposób nadmierny”<sup>92</sup>. To, czy dany rodzaj praktyki jest w amerykańskim prawie konkurencji uznany za *per se* nielegalny zależy od sądów, które na przestrzeni lat bądź to poszerzały, bądź zawężyły ten katalog<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> R. A. Posner, *Antitrust Law*, Second Edition, The University of Chicago Press 2001, s. 39. Więcej na temat reguły *per se* oraz reguły rozsądku w amerykańskim prawie antymonopolowym zob. D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze.*, Zakamycze 2004, pkt 3.2.

<sup>93</sup> Przykładowo za *per se* naruszenia amerykańskiego prawa konkurencji uznawane były następujące praktyki: ustalanie sztywnych cen odsprzedaży (zob. *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145, 168, 1968, baza Westlaw), podział klientów i terytorium między dystrybutorami (zob. *United States v. Arnold, Schiwnn & Co.*, 288 U.S. 365, 1967, baza Westlaw) oraz umowy dotyczące sprzedaży związanej (zob. *Nortnern Pacific Railway v. United States* 365 U.S. 1, 1958, baza Westlaw). W miarę rozpowszechniania się w Stanach Zjednoczonych poglądów tzw. szkoły chicagowskiej (która kładła nacisk na analizę rynkowych skutków danej praktyki), w orzecznictwie zaczęto zawężać katalog praktyk zakazanych *per se*. I tak regułę tę porzucono w odniesieniu do podziału terytorium i klientów między dystrybutorami (zob. *Continental T. V. Inc. V. GTE Sylvania Inc.* 433 U.S. 36, 1977, baza Westlaw) oraz w odniesieniu do sprzedaży związanej, czyli tak zwanej *tie-in* (zob. *Jefferson Parish Hospital District no. 2 v. Hyde* 466 U.S. 2, 1984, baza Westlaw). Za zasadniczo nielegalne *per se* uznawane są też w Stanach Zjednoczonych do dzisiaj horyzontalne zmony cenowe (zob. np. *Broadcast Music Inc. V. Columbia Broadcasting System* 441 U.S. 1, 1979, baza Westlaw), chociaż horyzontalne zmony cenowe mogą być w wyjątkowych wypadkach poddane ocenie *rule of reason* (zob. E. M. Fox, *US and EU Competition*

W doktrynie europejskiego prawa konkurencji wydaje się przeważać amerykańskie rozumienie pojęcia *per se*, zgodnie z którym zakazanymi *per se* są te praktyki co do których nie trzeba badać ich antykonkurencyjnych efektów (nie ocenia się ich pod kątem *rule of reason*)<sup>94</sup>. Przedstawicielom doktryny europejskiego prawa konkurencji zdarza się jednak również eklektycznie definiować porozumienia zakazane *per se* jako zarówno porozumienia, co do których nie występuje konieczność badania ich rynkowych skutków, jak i porozumienia, w odniesieniu do których nie mają zastosowania progi bagatelności wynikające z tzw. Obwieszczeniem *de minimis* Komisji Europejskiej<sup>95</sup>. Wydaje się, że w prawie europejskim nie istnieje spójne rozróżnienie między pojęciami *per se* a *hard-core*. Określenia te często używane są zamiennie<sup>96</sup>. Pojęcia *hard-core restrictions* używa się bowiem także w odniesieniu do tych porozumień, do których nie mają zastosowania progi bagatelności określone we wspomnianym już Obwieszczeniu *de minimis*<sup>97</sup>. Poza tym zwrot *hard-core restrictions* występuje również w odniesieniu do tych rodzajów porozumień, które nie podlegają wyłączeniom na podstawie tzw. wyłączeń grupowych<sup>98</sup>.

W polskim prawie konkurencji można się za to spotkać z dwoma głównymi znaczeniami pojęcia praktyk zakazanych *per se*, przy czym warto zauważyć, że pojęcie

---

*Law: A Comparison, Global Competition Policy*, Institute for International Economy, [http://www.iie.com/publications/chapters\\_preview/56/10ie1664.pdf](http://www.iie.com/publications/chapters_preview/56/10ie1664.pdf), dostęp 25.5.2012, s. 339-354).

<sup>94</sup> Tak pojęcie *per se* w prawie europejskim rozumieją np. P. I. B. Goldschmidt i C. Lanz (P. I. B. Goldschmidt, C. Lanz *Maybe Definitely – Definitely Maybe?*, *EC Competition Law – Is the Time Ripe for Reform?*, European Institute of Public Administration, [http://aei.pitt.edu/839/1/scop2001\\_2\\_2.pdf](http://aei.pitt.edu/839/1/scop2001_2_2.pdf), dostęp 25.5.2012). Powyższe rozumienie pojęcia *per se* dotyczy zarówno porozumień, jak i nadużycia pozycji dominującej. Np. D. Waelbroeck mówi o praktyce zakazanej *per se*, w kontekście zakazanych rabatów lojalnościowych, jako o praktyce zakazanej bez względu na jej rynkowe efekty (zob. D. Waelbroeck, *Michelin II: A per se rule against rabates by dominant companies?*, *Journal of Competition Law & Economics*, March, 2005, baza Westlaw). Należy jednak zwrócić uwagę, że zupełnie inną sprawą jest to, czy w prawie europejskim można w ogóle mówić o podziale na praktyki badane na podstawie standardu *per se* i standardu *rule of reason*. Podział na *rule of reason* i *per se* nie zdomował się w Unii Europejskiej na tyle mocno, jak w prawie amerykańskim (sporne jest samo to, czy brzmienie art. 101 i 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej dopuszcza w ogóle możliwość rozróżniania praktyk *per se* i praktyk ocenianych pod kątem *rule of reason* (zob. P. Goldschmidt, *op. cit.*). Warto również zaznaczyć, że nawet stosując pojęcie *per se* w odniesieniu do praktyk zakazanych bez względu na ich rynkowe efekty, nie ma zgody co do tego, jakie praktyki w tak zdefiniowanym katalogu się mieszczą.

<sup>95</sup> Zob. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 6th edition, Edited by P. Roth QC and V. Rose, Oxford University Press 2008, s. 162-165. Chodzi o tzw. Obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (*de minimis*) (Dz. Urz. UE, C 368 z 22.12.2001 r.), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:368:0013:01:PL:HTML>, dostęp 25.5.2012.

<sup>96</sup> Zob. Bellamy & Child, *op. cit.*, s. 162-165.

<sup>97</sup> W powyższy sposób porozumienia zawierające *hard-core restrictions* zdaje się definiować C. Graham (C. Graham, *EU and UK Competition Law*, Pearson 2010, s. 113).

<sup>98</sup> Zob. np. M. Motta, P. Rey, F. Verboven, N. Vettas, *Hardcore restrictions under the Block Exemption Regulation on vertical agreements: An economic view*, Economic Advisory Group on Competition Policy at the Directorate General for Competition, [http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore\\_restrictions\\_under\\_BER.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BER.pdf), dostęp 25.5.2012.

praktyk zakazanych *per se* często identyfikowane jest z pojęciem naruszeń typu *hard-core*<sup>99</sup>. Pierwsze ze znaczeń polega na tym, że praktyki *per se* identyfikowane są z praktykami, co do których, na mocy art. 7 ust. 2 u.o.k.k. nie stosuje się progów bagatelności określonych w art. 7 ust. 1 u.o.k.k.<sup>100</sup>. Tzw. progi bagatelności określone w art. 7 ust. 1 u.o.k.k. to minimalne progi udziałów przedsiębiorców w rynku/ach właściwym/ch, przekroczenie których powoduje konieczność oceny porozumień zawartych między przedsiębiorcami pod kątem art. 6 u.o.k.k. (czyli przepisu zakazującego określonych rodzajów porozumień). Drugie ze znaczeń wiązanych w polskim prawie konkurencji z frazą *per se* jest co do zasady pokrewne z rozumieniem tego pojęcia w prawie amerykańskim i polega ono na tym, że za *per se* nielegalne uznaje się te rodzaje porozumień, w wypadku których brak jest konieczności udowodnienia ich antykonkurencyjnych efektów<sup>101</sup>.

Niektórzy z przedstawicieli doktryny (E. Stawicki) formułują wspomnianą już eklektyczną tezę, zgodnie z którą porozumienia zakazane *per se*, to zarówno porozumienia, do których nie stosuje się progów bagatelności z art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz porozumienia, których antykonkurencyjne skutki nie podlegają ocenie pod kątem reguły rozsądku. Ową „polską” regułę rozsądku autorzy ci odnajdują w art. 8 u.o.k.k.<sup>102</sup>

Pojęcia *per se* używa się w polskiej doktrynie prawa konkurencji najczęściej w kontekście zakazanych porozumień, a nie w kontekście nadużywania pozycji dominującej. Jedynym autorem, który używa powyższego pojęcia w odniesieniu do nadużycia pozycji dominującej jest E. Stawicki, który prezentuje dość radykalną tezę, jakoby zakaz nadużycia pozycji dominującej miał zawsze charakter *per se*<sup>103</sup>. Należy zauważyć, że powyższa teza jest

---

<sup>99</sup> Tak, zarówno w odniesieniu do amerykańskiego, jak i europejskiego prawa konkurencji: E. M. Fox, *US and EU...*, *op. cit.*

<sup>100</sup> Tak A. Jurkowska [w:] T. Skoczny (red.), *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 396-397 oraz decyzja UOKiK z dnia 30 grudnia 2011, nr RBG-28/2011, <http://uokik.gov.pl>, s. 80.

<sup>101</sup> Zob. np. decyzja UOKiK z dnia 31 grudnia 2010 r., nr DOK-11/2010, <http://uokik.gov.pl>: „Przyjmuje się, że brak konieczności badania skutków porozumienia, gdy wykazano jego antykonkurencyjny cel dotyczy w szczególności porozumień, co do których jako cel ustalono ograniczenie konkurencji cenowej lub podział rynku. Porozumienia tego typu, stanowiące najpoważniejsze ograniczenia konkurencji uznaje się za zakazane *per se*”. Podobne rozumienie zostało zaprezentowane przez UOKiK w decyzji z dnia 26 kwietnia 2010 r., nr DOK- 3/2010, <http://uokik.gov.pl>.

<sup>102</sup> Zob. E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, s. 120: „Przepis art. 7 ust. 2 wyklucza możliwość zastosowania wyłączenia takich porozumień (spod zakazu określonego w art. 6) na podstawie reguły bagatelności, a ocena przeprowadzana na podstawie reguły rozsądku (art. 8 ust. 1), nawet gdyby była przeprowadzana, nie mogłaby prowadzić do ich legalizacji. Są one więc zakazane *per se*.”

<sup>103</sup> Według E. Stawickiego zakaz nadużywania pozycji dominującej ma zawsze charakter *per se*, ponieważ brak jest w odniesieniu do nadużycia pozycji dominującej odpowiedników przepisów takich jak art. 7 i art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w odniesieniu do zakazanych porozumień: „Zakaz odnoszący się do porozumień ma charakter względny, zaś odnoszący się do nadużyć pozycji dominującej jest zakazem bezwzględny (*per se*). Oznacza to, że w przeciwieństwie do zakazu odnoszącego się do porozumień, który to zakaz może zostać wyłączony na podstawie przesłanek zawartych w przepisach art. 7 (”reguła de

jednak niespójna z drugim z zaprezentowanych rozumień pojęcia *per se* (w którym przez zakazane *per se* praktyki rozumie się praktyki, co do których nie jest konieczne badanie antykonkurencyjnych efektów), które to zresztą rozumienie autor również przytacza, ale w odniesieniu do porozumień. Co więcej, w praktyce stosowania prawa konkurencji (również przez UOKiK) często uznaje się określone praktyki za nadużycie pozycji dominującej właśnie w zależności od rynkowych skutków tych praktyk<sup>104</sup>.

Prezentowane powyżej „polskie” rozumienia pojęcia *per se* mają swoje wady i zalety. Jeżeli za kryterium wyodrębnienia praktyk zakazanych *per se* uznać obecność tych praktyk w art. 7 ust. 2 u.o.k.k., to z jednej strony łatwo byłoby określić, jakie rodzaje porozumień są zakazane *per se* (byłyby to wskazane w art. 7 ust. 2 u.o.k.k. porozumienia opisane w art. 6 ust.1 pkt 1-3 i 7 u.o.k.k., czyli przede wszystkim porozumienia cenowe, porozumienia dotyczące produkcji, podziały rynków i zmony przetargowe). Z drugiej natomiast strony kryterium to nie wydaje się być szczególnie pomocne w ewentualnym wyodrębnieniu rodzajów nadużycia pozycji dominującej, które mogłyby być *per se* zakazane (wydaje się, że stanowisko E. Stawickiego, zgodnie z którym wszystkie zachowania opisane w art. 9 u.o.k.k. należy uznać za *per se* zakazane, nie posiada szczególnych walorów eksplanacyjnych).

Bardziej spójne wydaje się za to stanowisko, zgodnie z którym zakazanymi *per se* porozumieniami są po prostu praktyki, przy których badanie antykonkurencyjnych efektów nie jest konieczne dla stwierdzenia sprzeczności tych praktyk z prawem konkurencji (praktyki te nie są oceniane pod kątem *rule of reason*). Minusem powyższego rozumienia pojęcia *per se* wydaje się fakt, że to głównie od organów konkurencji (i aktualnych trendów w teorii prawa konkurencji), a nie od brzmienia ustawy zależeć będzie katalog tych praktyk (katalog ten będzie więc siłą rzeczy bardziej elastyczny).

Niezależnie jednak od trudności w określeniu przez doktrynę i praktykę polskiego prawa konkurencji precyzyjnego katalogu szczególnie nagannych zachowań oraz trudności w określeniu metody wyodrębnienia tego katalogu, pewne zachowania opisane w ustawie

---

minimis" - "bagatelne" znaczenie dla rynku) lub art. 8 ("reguła rozsądku" - przewaga skutków prokonkurencyjnych nad ograniczeniami konkurencji), w Ustawie nie przewidziano żadnych przesłanek uchylających zakaz odnoszący się do praktyki polegającej na nadużyciu pozycji dominującej” (E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, s. 41-42).

<sup>104</sup> Zob. np. decyzja UOKiK z dnia 26 sierpnia 2010 r., nr DOK-8/2010, <http://uokik.gov.pl>. W decyzji tej UOKiK wprost stwierdził, że stosowanie rabatów lojalnościowych nie może stanowić *per se* nadużycia pozycji dominującej, ale musi podlegać ocenie pod kątem rynkowych skutków: „Dokonując oceny niniejszej sprawy Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z postulowanym przez Komisję Europejską ekonomicznym podejściem (*more economic approach*) rabaty lojalnościowe stosowane przez przedsiębiorstwo posiadające na określonym rynku pozycję dominującą, nie mogą być uznane jako *per se* antykonkurencyjne. (...) Ekonomiczne podejście wymaga w związku z powyższym zbadania faktycznych skutków, jakie tego rodzaju rabaty wywołują na rynku”.

o ochronie konkurencji i konsumentów wydają się w intuicyjny sposób szczególnie naganne. Są to często (ale nie zawsze) zachowania, które określa się właśnie jako *hard-core restrictions*, czy też praktyki zakazane *per se*, bez względu na przyjęte rozumienie pojęć *per se* i *hard-core*. Zachowaniami tymi są pewne szczególne rodzaje porozumień horyzontalnych, takie jak zmony cenowe, podziały rynków czy zmony przetargowe. Te rodzaje porozumień są też wymienione w katalogu tzw. bardzo poważnych naruszeń prawa konkurencji zawartym w pkt 2.1 lit. a Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję<sup>105</sup>. Szczególnie horyzontalne porozumienia cenowe określane są w praktyce organów konkurencji oraz sądów jednomyślnie jako najcięższe naruszenia prawa konkurencji, przy których nie trzeba co do zasady badać rynkowych skutków takich porozumień (dotyczy to zarówno prawa polskiego<sup>106</sup>, jak i europejskiego<sup>107</sup>).

Podsumowując, przy zastosowaniu dość ryzykownej, ale jakże inspirującej analogii do prawa karnego w zakresie przestępstw „złych samych w sobie” (*mala per se*), można pokusić się o stwierdzenie, że jeżeli chodzi o niektóre, najbardziej poważne naruszenia prawa konkurencji instytucja błędu co do bezprawności nie powinna mieć w ogóle zastosowania. Zdecydowanie bardziej kontrowersyjne i problematyczne jest wyodrębnienie katalogu tych najbardziej poważnych naruszeń prawa konkurencji, brak bowiem w prawie konkurencji spójnej metody definiowania praktyk zakazanych *per se*. Jednakże, wydaje się, że można pokusić się o stwierdzenie, iż bezprawność pewnych intuicyjnie najbardziej nagannych praktyk powinna być dla przedsiębiorców oczywista. Wydaje się ponadto, że za takie praktyki można uznać horyzontalne porozumienia cenowe.

### 2.5.2. Uzasadniony błąd co do bezprawności w prawie konkurencji

W tym miejscu postaram się zastanowić, w jakich ewentualnie sytuacjach błąd co do bezprawności uzasadniałby wyłączenie winy w stosunku do pozostałych kategorii naruszeń prawa konkurencji (mając na uwadze fakt, że co do niektórych, najbardziej poważnych naruszeń prawa konkurencji instytucja błędu co do bezprawności nie będzie miała w ogóle

---

<sup>105</sup> Poza tymi rodzajami porozumień, w pkt 2.1 lit. a Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję wśród bardzo poważnych naruszeń znajdują się też „przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku”.

<sup>106</sup> Zob. np. decyzja UOKiK z dnia 31 grudnia 2010 r., nr DOK-11/2010, *op. cit.*, decyzja UOKiK z dnia 26 kwietnia 2010 r., nr DOK-3/2010, *op. cit.*

<sup>107</sup> Zob. wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 19 marca 2003 r. w sprawie T-231/00 (*CMA CGM i Inni p. Komisji*), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000TJ0213:EN:HTML>, dostęp 25.5.2012, paragraf 175.

zastosowania). W tym celu ponownie konieczne wydaje się odwołanie do doktryny prawa karnego, w której o usprawiedliwionym błędzie co do bezprawności mówi się zasadniczo w czterech wypadkach:

- po pierwsze, w sytuacji utrudnień w powszechnej dostępności aktu prawnego (lub tłumaczenia tego aktu), który zakazuje danego zachowania (wprowadza dane przestępstwo);
- po drugie, w specyficznej sytuacji cudzoziemców;
- po trzecie, w sytuacji działania w oparciu o zaufanie do organów publicznych;
- po czwarte, w sytuacji rozbieżności w doktrynie.

### 2.5.2.1. Dostępność aktu prawnego i jego tłumaczenia

Pierwsza z analizowanych sytuacji jest stosunkowo trywialna. Trudno bowiem mówić o odpowiedzialności sprawcy w sytuacji, gdy jego zachowanie miało miejsce „przed opublikowaniem aktu prawnego albo kiedy publikacja tego aktu była jeszcze dla sprawcy, z przyczyn od niego niezależnych niedostępna”<sup>108</sup>. Ciekawsza na gruncie prawnym jest sytuacja, w której akt prawny, który został prawidłowo ogłoszony, nie został jednakowoż prawidłowo przetłumaczony. Problem ten może okazać się aktualny szczególnie na gruncie europejskiego prawa konkurencji (warto przypomnieć, że zgodnie z europejskim systemem prawa konkurencji organy krajowe mogą też stosować przepisy unijne; kompetencja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów do nakładania kar pieniężnych za naruszenia europejskiego prawa konkurencji została wprowadzona w art. 106 ust. 1 pkt 2 u.o.k.k.). Za przykład może służyć orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 1986 r. w sprawie *Oryzomyli Kavallas*<sup>109</sup>. W powyższym orzeczeniu Trybunał stwierdził, że brak oficjalnego tłumaczenia przepisu wspólnotowego na język grecki (który to przepis nakładał na grecką spółkę wyższe niż dotychczasowe opłaty za import określonych produktów) uniemożliwia stosowanie tego przepisu wobec greckiej spółki<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 30 Kodeksu karnego* [w:] A. Zoll (red.) *Kodeks karny. Część Ogólna...*, baza LEX, *op. cit.*, oraz np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 1991 r., sygn. II KRn 154/91, baza LEX.

<sup>109</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 maja 1986 r. w sprawie 160/84 (*Oryzomyli Kavallas OEE i inni p. Komisji*), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984J0160:EN:HTML>, dostęp 25.5.2012.

<sup>110</sup> Więcej o orzeczeniu *Oryzomyli Kavallas* oraz o błędzie co do bezprawności w prawie europejskim zob. T. T. Koncewicz, „*Ignorantia iuris nocet w prawie wspólnotowym – zasada i wyjątki. Glosa do wyroku TS z dnia 15 maja 1986 r.*”, Europejski Przegląd Sądowy 2006/3.



Na podstawie analogii do wyżej cytowanego orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wypada zatem stwierdzić, że ciężko mówić o winie po stronie polskiego przedsiębiorcy, która uzasadniałaby nałożenie kary na podstawie art. 106 ust.1 pkt 2 u.o.k.k., w wypadku braku oficjalnego tłumaczenia na język polski przepisu prawa wspólnotowego dotyczącego katalogu praktyk naruszających europejskie prawo konkurencji. Wyżej opisana sytuacja wydaje się prawdopodobna, nie tyle w odniesieniu do samych artykułów 101 oraz 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (nie ulegną one raczej zmianie w najbliższej przyszłości), ale w relacji do przepisów wykonawczych do TFUE wydawanych przede wszystkim na podstawie art. 103 Traktatu oraz, co bardziej wątpliwe, do przepisów o charakterze *soft law*, takich jak rozmaite wyjaśnienia Komisji Europejskiej.

### **2.5.2.2. Nieznajomość prawa przez obcokrajowców**

W drugiej z analizowanych sytuacji, doktryna prawa karnego dopuszcza w pewnych wyjątkowych okolicznościach zastosowanie instytucji błędu co do bezprawności w stosunku do obcokrajowców przebywających na terytorium Polski, którzy nie zawsze muszą znać przepisy polskiego prawa<sup>111</sup>. Z drugiej jednak strony, w polskim prawie karnym wyłącza się zasadniczo możliwość zastosowania instytucji usprawiedliwionego błędu co do bezprawności w odniesieniu do zagranicznych przedsiębiorców. Fakt bowiem prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium Polski obliguje obcokrajowców „do znajomości prawa w zasadzie nie mniejszej od tej, jakiej oczekuje się od obywatela naszego kraju”<sup>112</sup>. Dlatego też należy stwierdzić, że o powyższej specyficznej sytuacji umożliwiającej, w wyjątkowych okolicznościach, zastosowanie instytucji błędu co do bezprawności w odniesieniu do obcokrajowców, trudno mówić na gruncie polskiego prawa konkurencji, które co do zasady dotyczy właśnie (wprawdzie definiowanych w szeroki sposób – zob. art. 4 pkt 1 u.o.k.k.) przedsiębiorców.

Ewentualnie, w wyjątkowych okolicznościach, nieznajomością polskiego prawa mogłaby się tłumaczyć osoba fizyczna nie prowadząca działalności gospodarczej, na której zgodnie z art. 13 u.o.k.k. może spoczywać obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji (osoba fizyczna, w zakresie w jakim dokonuje zgłoszenia zamiaru dokonania koncentracji, jest na podstawie art. 4 pkt 1 lit. c u.o.k.k., definiowana również jako przedsiębiorca). Niemniej

---

<sup>111</sup> Zob. np. J. Giezek, *Komentarz do art. 30..., op. cit.*. Obcokrajowcy nie mogą się oczywiście usprawiedliwiać nieznajomością polskiego prawa karnego w zakresie *mala per se*, tak; R. Kubiak, *Pojęcie usprawiedliwionego błędu w nowym kodeksie karnym*, Paestra 1998, nr 7-8, s. 37.

<sup>112</sup> J. Giezek, *op. cit.*

jednak trudno raczej mówić o usprawiedliwionej nieznajomości polskiego prawa konkurencji przez taką osobę, ponieważ uprzednia kontrola koncentracji przez organy antymonopolowe nie stanowi bynajmniej żadnego *novum* charakterystycznego tylko dla polskiego prawa konkurencji i w związku z powyższym konieczność takiej kontroli koncentracji powinna być antycypowana przez zagraniczne osoby fizyczne.

### 2.5.2.3. Działanie w zaufaniu do organu władzy publicznej

Po trzecie, „należy przyjąć usprawiedliwiony błąd co do oceny prawnej czynu, jeżeli sprawca otrzymał informacje od kompetentnego organu władzy publicznej o legalności zamierzonego czynu”<sup>113</sup>.

Powyższa sytuacja trudna jest jednak wprost do wyobrażenia w polskim prawie konkurencji, które nie przewiduje sformalizowanej procedury udzielania przedsiębiorcom przez UOKiK informacji o dopuszczalności stosowanych przez nich praktyk. Procedura taka istniała w odniesieniu do porozumień na gruncie wspólnotowego prawa konkurencji przed reformą wprowadzoną cytowanym już Rozporządzeniem 1/2003. W ramach tej procedury przedsiębiorcy uważający, że porozumienie, które zamierzają zawrzeć spełnia przesłanki zwolnienia spod zakazu porozumień naruszających konkurencję (czyli przesłanki określone w obecnym art. 101 ust. 3 TFUE), mogli notyfikować to porozumienie Komisji Europejskiej, która wyrażała indywidualną zgodę na zawarcie takiego porozumienia. W odpowiedzi na taką notyfikację Komisja najczęściej nie wydawała formalnej decyzji, ale jedynie niepublikowany w Dzienniku Urzędowym list do potencjalnych stron porozumienia (tzw. *comfort letter*)<sup>114</sup>. Na gruncie procedury indywidualnych zwolnień zdarzało się, że Komisja odstępowała od nałożenia kary na przedsiębiorcę, który co prawda był stroną porozumienia sprzecznego ze wspólnotowym prawem konkurencji, niemniej jednak był on właśnie w stanie wykazać, że zawarł takie porozumienie polegając na zgodzie wyrażonej uprzednio przez Komisję w odniesieniu do prawie identycznego z faktycznie zawartym projektem porozumienia<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> A. Zoll, *Komentarz do art. 30 Kodeksu karnego* [w:] A. Zoll (red.) *Komentarz. Część Ogólna...*, baza LEX, *op. cit.*

<sup>114</sup> Więcej na temat tej procedury i jej reformy, zob. K. Kohutek, *Stosowanie art. 81 TWE po reformie wspólnotowego prawa konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji przedsiębiorstw)*, Europejski Przegląd Sądowy 3/2006.

<sup>115</sup> Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 15 grudnia 1992 r., sprawa nr IV/31.400 (*Ford Agricultural*), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993D0046:EN:HTML>, dostęp 25.5.2012, paragraf 18, 21. W powyższej sprawie Komisja uzasadniała swoje niespójne podejście do prawie identycznych porozumień faktem, że spółka Ford nie notyfikowała Komisji ustnych ustaleń między tą spółką a swoimi dystrybutorami. Komisja uznała jednakże, że Ford nie zasługuje na karę, ponieważ sama Komisja „przyczyniła się do tego, że Ford mógł uwierzyć”, iż zawarte przez niego porozumienie „było legalne” (*ibidem*, paragraf 20).

Obecnie pracownicy UOKiK udzielają co prawda przedsiębiorcom konsultacji nieformalnych (najczęściej telefonicznych), nie wydaje się, że w wypadku błędnego poinformowania przez pracowników UOKiK o rzekomej legalności pewnych praktyk, których bezprawny charakter nie ulega większej wątpliwości, możnaby mówić o braku winy po stronie przedsiębiorcy.

Bardziej skomplikowana wydaje się hipotetyczna sytuacja, w której UOKiK umorzyłby postępowanie (zarówno postępowanie „zasadnicze”, jak i postępowanie wyjaśniające) z powodu nie stwierdzenia dopuszczenia się przez przedsiębiorcę zakazanych praktyk (podstawę takiego rozstrzygnięcia stanowi art. 83 u.o.k.k. w zw. z art. 105 k.p.a.<sup>116</sup>), po czym, po upływie pewnego czasu, wszcząłby postępowanie na nowo i nałożył na przedsiębiorcę karę za stosowanie praktyk, które były przedmiotem analizy w pierwszym postępowaniu. Wydaje się, że w powyższej sytuacji można byłoby rozważać zaistnienie po stronie przedsiębiorcy usprawiedliwionego błędu co do bezprawności, wszystko jednak zależy będzie od okoliczności indywidualnej sprawy. Powyższy problem wymaga niewątpliwie pogłębionej analizy w doktrynie.

Wydaje się ponadto, że z usprawiedliwionym błędem co do bezprawności mielibyśmy do czynienia, w sytuacji, w której działanie przedsiębiorcy byłoby uprawnione w świetle wydanego przez organ ochrony konkurencji aktu o charakterze *soft law* (rozmaite wytyczne, wyjaśnienia, obwieszczenia), ale mimo wszystko sprzeczne z normą prawa konkurencji o charakterze ustawowym (lub z późniejszą linią decyzyjną organu ochrony konkurencji). W powyższej sytuacji mielibyśmy, wbrew pozorom, do czynienia nie z konfliktem norm prawnych (bo przecież regulacje o charakterze *soft law* nie stanowią obowiązującego prawa), ale właśnie z wyłączeniem winy po stronie przedsiębiorcy z powodu usprawiedliwionego błędu co do prawa<sup>117</sup>. Oczywiście o wyłączeniu winy nie będziemy mogli mówić w wypadku uprzedniego formalnego wycofania aktu o charakterze *soft law*<sup>118</sup>.

#### **2.5.2.4. Postępowanie zgodne z regulacją sektorową i autoryzowane przez sektorowy organ regulacyjny**

W poniższym punkcie postaram się przeanalizować pod kątem usprawiedliwionego błędu co do bezprawności sytuacje, w których przedsiębiorca naruszający przepisy prawa

---

<sup>116</sup> Zob. A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, s. 377.

<sup>117</sup> Tak samo, bez powołania się rzecz jasna na konstrukcję usprawiedliwionego błędu co do bezprawności, ale mówiąc o wyłączeniu winy: Bellamy & Child, *op. cit.*, s. 1285.

<sup>118</sup> Tak: *ibidem*, przypis 741, s. 1284-1285 jako przykład podając wycofane *Obwieszczenie Komisji Europejskiej dotyczące licencji patentowych* (84/C220/35, 1984 OJ).

konkurencji działa w przypuszczeniu, że jego postępowanie jest legalne na podstawie regulacji sektorowych (takich jak regulacje dotyczące przede wszystkim energetyki, telekomunikacji czy poczty). Jest to co prawda rodzaj analizowanego w poprzednim punkcie działania w oparciu o zaufanie do władzy publicznej, jednak na tyle specyficzny, że zasługuje na omówienie w odrębnym punkcie.

W Polsce rolę regulatorów pełni np. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki czy Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Powyższą sytuację, można bowiem na pierwszy rzut oka zaklasyfikować jako szczególny przypadek działania przedsiębiorcy w zaufaniu do organu władzy publicznej.

W przeciwieństwie do innych analizowanych w tej pracy przypadków ewentualnego błędu co do bezprawności, kwestie dotyczące wzajemnych relacji między prawem konkurencji a sektorowymi porządkami prawnymi doczekały się bogatego orzecznictwa sądów zarówno polskich, jak i europejskich oraz sporej ilości stosownych publikacji. Należy jednak zauważyć, że zarówno wspomniane orzeczenia, jak i publikacje nie odwołują się wprost do instytucji błędu co do bezprawności. Relacje między prawem antymonopolowym a przepisami sektorowymi są, szczególnie w polskiej doktrynie i orzecznictwie, analizowane w kontekście przepisów o charakterze generalnym (*lex generalis*) i norm o charakterze szczególnym (*lex specialis*). Poniżej przedstawię w omawianym zakresie poglądy polskiej doktryny i orzecznictwa, po czym zajmę się analizą stosownych orzeczeń sądów europejskich, w szczególności wypracowaną w tych orzeczeniach koncepcją specyficznej swobody po stronie przedsiębiorcy w kształtowaniu taryf. Na koniec postaram się odpowiedzieć na pytanie, czy konkluzje, które płyną z orzecznictwa europejskiego da się pogodzić z polskim rozumieniem instytucji usprawiedliwionego błędu co do bezprawności.

Ewentualna autoryzacja działalności przedsiębiorcy dominującego przez sektorową regulację lub regulatora może polegać przede wszystkim na zatwierdzeniu przez sektorowego regulatora stosowanych przez przedsiębiorców cen (przykładowo Prezes URE na podstawie art. 47 ustawy Prawo energetyczne zatwierdza taryfy cenowe dla paliw gazowych i energii przedkładane mu przez przedsiębiorców energetycznych) oraz na dopuszczeniu przez regulację sektorową możliwości odmowy przez przedsiębiorcę dominującego dostępu do sieci (zarówno w sektorze energetycznym, jak i telekomunikacyjnym). Warto zauważyć, że problem wzajemnych relacji pomiędzy prawem konkurencji a przepisami sektorowymi dotyczy w praktyce przedsiębiorców dominujących, a ewentualne naruszenie prawa konkurencji polega na, opisanym w art. 9 u.o.k.k., nadużyciu pozycji dominującej. Za takie nadużycie mogłoby zostać uznane np. stosowanie przez przedsiębiorcę określonych cen

zatwierdzonych przez sektorowego regulatora (mogłoby w takiej sytuacji dojść do praktyki opisanej w art. 9 ust. 2 pkt 1 stosowania cen „nadmiernie wygórowanych” lub „rażąco niskich”) lub odmowa przez dominującego przedsiębiorcę sektorowego dostępu do sieci (takie zachowanie mogłoby spełniać przesłanki praktyki opisanej w art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k., czyli „przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji”).

Niektórzy spośród polskiej doktryny uznają, że w sytuacji, w której działalność danego przedsiębiorcy jest autoryzowana przez określoną regulację sektorową lub też sektorowego regulatora, działalność ta „w żadnych okolicznościach nie powinna zostać uznana za nadużycie pozycji dominującej”<sup>119</sup>, a tam, gdzie działanie przedsiębiorcy sektorowego jest przykładowo „zatwierdzone przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, brak jest możliwości ingerencji Prezesa UOKiK.”<sup>120</sup> Inni autorzy wręcz przeciwnie uważają, że (przykładowo) ustawa Prawo energetyczne nie ma co do zasady charakteru *lex specialis* wobec prawa konkurencji, a zarówno legislator, jak i regulator energetyczny powinien zawsze przestrzegać prawa konkurencji. Według tej części doktryny „każde (...) przedsiębiorstwo energetyczne, nawet to działające w oparciu o zatwierdzoną przez Prezesa URE taryfę, musi bezwzględnie przestrzegać wiążącego powszechnie ogólnego prawa antymonopolowego”<sup>121</sup>. Zgodnie z tą drugą grupą autorów, nawet jeżeli przedsiębiorca stosuje ceny zatwierdzone przez regulatora energetycznego, przedsiębiorca ten może mimo wszystko swoim działaniem nadużywać pozycji dominującej w rozumieniu prawa konkurencji.

Jeżeli chodzi o polską praktykę prawa konkurencji, omawiane wyżej zagadnienie doczekało się zainteresowania polskich sądów, dlatego też wyjątkowo warto w tym miejscu skupić się na analizie stosownego, bynajmniej nie jednogłośnie, orzecznictwa. I tak, w orzeczeniu z dnia 25 maja 2004 r.<sup>122</sup> Sąd Najwyższy uznał, że „ceny i stawki opłat taryfy ustalonej przez przedsiębiorstwo energetyczne, obowiązujące w wyniku ich zatwierdzenia decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (...) nie mogą być przedmiotem kontroli

---

<sup>119</sup> A. Stawicki, *The Autonomy of Sector-Specific Regulation – Is It Still Worth Protecting? Further Thoughts on the Parallel Application of Competition Law and Regulatory Instruments*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, Vo. 2011, 4(4), s. 130.

<sup>120</sup> J. Baehr, A. Stawicki, *Prawo energetyczne jako lex specialis w stosunku do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, [w:] C. Banasiński (red.), *Prawo konkurencji – stan obecny oraz przewidywane kierunki zmian*, Warszawa 2006, s. 139 (autorzy swój pogląd formułują w odniesieniu do przedsiębiorców działających w sektorze energetycznym).

<sup>121</sup> M. Szydło, *Stosowanie przez przedsiębiorstwo energetyczne cen w oparciu o taryfę zatwierdzoną przez Prezesa URE a zarzut naruszenia ogólnego prawa antymonopolowego*, [w:] M. Szydło, M. Sieradzka (red.) *Prawo energetyczne – zagadnienia praktyczne*, Monitor Prawniczy, Dodatek Specjalny 9/2009, s. 6-7.

<sup>122</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2004 r., sygn. III SK 48/04, baza LEX.

Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów”. Z drugiej jednak strony w orzeczeniu z dnia 8 grudnia 2009 r.<sup>123</sup> Sąd Najwyższy stwierdził, że przy „braku kompleksowej regulacji zagadnienia (...) w Prawie energetycznym (...) Prawo energetyczne nie stanowi *lex specialis* wobec ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów” (orzeczenie dotyczyło dostępu do sieci przesyłowej gazu ziemnego). Według opinii Sądu Najwyższego wyrażonej w powyższym orzeczeniu sam fakt, że regulator energetyczny nie nakazał przedsiębiorcy dominującemu udostępnienia sieci domagającemu się tego importerowi gazu nie oznacza, że odmowa udostępnienia sieci przez przedsiębiorcę dominującego nie może zostać uznana przez Prezesa UOKiK za naruszenie art. 9 u.o.k.k. W świetle powyższego orzeczenia Sądu Najwyższego należałoby zatem uznać, że przedsiębiorca energetyczny nie będzie mógł ponosić odpowiedzialności za nadużycie pozycji dominującej tylko w sytuacji, kiedy jego postępowanie będzie wprost nakazane lub wprost zakazane przez przepisy Prawa energetycznego lub przez Prezesa UKE.

W prawie europejskim opisywany problem również spotkał się z odezwą ze strony Komisji Europejskiej oraz wspólnotowych sądów. Najbardziej reprezentatywne wydają się w tym zakresie wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Sądu w sprawie *Portugalia p. Komisji*<sup>124</sup>, *Deutsche Telekom*<sup>125</sup> oraz najnowsze orzeczenie z 2012 roku w sprawie *Telefonica*<sup>126</sup>. Wszystkie powyższe sprawy dotyczyły stosowania przez przedsiębiorców taryf zatwierdzonych przez sektorowych regulatorów (w orzeczeniu *Deutsche Telekom* i *Telefonica* był to regulator telekomunikacyjny<sup>127</sup>, natomiast w sprawie *Portugalia p. Komisji* chodziło przede wszystkim o taryfę dotyczącą opłat za lądowanie ustalaną przez lotnisko i zatwierdzaną przez odpowiedni portugalski organ regulujący działalność lotniczą i nawigacyjną<sup>128</sup>). Ze szczególnym odzewem, także w polskiej doktrynie,

---

<sup>123</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2009 r., sygn. III SK 34/08, baza LEX.

<sup>124</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 marca 2001 r. w sprawie C-163/99 (*Portugalia p. Komisji*), <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999CJ0163:EN:HTML> dostęp 25.5.2012.

<sup>125</sup> Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie T-271/03 (*Deutsche Telekom p. Komisji*), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003TJ0271:PL:HTML>, dostęp 25.5.2012 oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14 października 2010 r. w sprawie C-280/08 (*Deutsche Telekom p. Komisji*), <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008CJ0280:EN:HTML>, dostęp 25.5.2012.

<sup>126</sup> Wyrok Sądu z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie T-336/07 (*Telefonica p. Komisji*), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121143&pageIndex=0&doclang=PL&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=571327>, dostęp 25.5.2012.

<sup>127</sup> Przykładowo w sprawie *Deutsche Telekom* taryfy podlegały zatwierdzeniu przez „Organ Regulacyjny dla Telekomunikacji i Poczty” (*Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post*).

<sup>128</sup> Chodzi o „*Aerportos e Navegação Aérea Empresa Publica*” (portugalski organ odpowiedzialny za lotniska i nawigację powietrzną).

spotkał się wyrok w sprawie *Deutsche Telekom*<sup>129</sup>. W przytoczonych wyżej orzeczeniach, w tym przede wszystkim w orzeczeniu *Deutsche Telekom*, sądy wspólnotowe uzależniły możliwość nałożenia na przedsiębiorcę kary za nadużycie pozycji dominującej<sup>130</sup> od przysługującej przedsiębiorcy swobody w stosowaniu taryf.

Warto w tym miejscu zauważyć, że w sytuacjach konfliktu pomiędzy przepisami sektorowymi a unijnym prawem konkurencji do ewentualnego naruszenia prawa konkurencji dochodzi nie tylko po stronie przedsiębiorcy, ale również po stronie państwa członkowskiego (sektorowy regulator, który autoryzuje zachowanie sprzeczne z prawem konkurencji jest przecież organem państwowym; tak samo to organy ustawodawcze państwa członkowskiego mogą potencjalnie uchwalić przepisy sektorowe stojące w sprzeczności z unijnym prawem antymonopolowym). W takich sytuacjach w doktrynie prawa europejskiego<sup>131</sup> mówi się, że Komisja Europejska posiada szeroką dyskrecję w zakresie tego, czy ukarać jedynie samego przedsiębiorcę, czy też wszcząć postępowanie o naruszenie unijnego prawa konkurencji przez państwo członkowskie, na które to państwo Komisja może również nałożyć karę pieniężną<sup>132</sup>. Na podstawie powyższej w sprawie *Portugalia p. Komisji* postępowanie zostało wszczęte jedynie przeciwko państwu członkowskiemu (pomimo tego, że doszło do nadużycia pozycji dominującej po stronie przedsiębiorcy – właściciela lotniska<sup>133</sup>). Z kolei w sprawie *Deutsche Telekom* Komisja Europejska za stosowne uznała ukarać jedynie przedsiębiorcę<sup>134</sup>, natomiast

---

<sup>129</sup> Zob. M. Szydło (*op. cit.*, s. 6), według którego ze sprawy *Deutsche Telekom* wynika, że „jedynie wyeliminowanie swobody działania po stronie danego przedsiębiorstwa pozwoliłoby uniknąć odpowiedzialności za nadużycie pozycji dominującej”. Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *Deutsche Telekom* negatywnie i wyczerpująco komentuje też A. Stawicki (*A. Stawicki, The Autonomy...*).

<sup>130</sup> Zarówno w sprawie *Deutsche Telekom*, jak i w sprawie *Telefonica* za nadużycie pozycji dominującej została uznana praktyka przedsiębiorcy określana jako *margin squeeze*, czyli sytuacja, w której zintegrowany wertykalnie podmiot posiadający pozycję dominującą na jednym z rynków wertykalnych pobiera na tym rynku nadmiernie wygórowane ceny od swoich konkurentów na drugim rynku, na którym stosuje jednocześnie znacznie zniżone ceny.

<sup>131</sup> Bellamy & Child, *op. cit.*, s. 1048-1049.

<sup>132</sup> Podstawą traktatową postępowania przeciwko państwu członkowskiemu byłby w takich sytuacjach art. 102 w zw. z art. 106 TFUE (zgodnie z art. 106 ust. 1 TFUE „Państwa Członkowskie, w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznają prawa specjalne lub wyłączne, nie wprowadzają ani nie utrzymują żadnego środka sprzecznego z normami Traktatów, w szczególności z normami przewidzianymi w artykułach 18 oraz 101–109”).

<sup>133</sup> *Portugalia p. Komisji*, paragraf 11.

<sup>134</sup> W swojej opinii dotyczącej odwołania od wyroku Sądu w sprawie *Deutsche Telekom* Rzecznik Generalny J. Mazak zaznaczył, że Komisja mogła równie dobrze wszcząć postępowanie przeciwko Republice Federalnej Niemiec („nie jest wykluczone, iż w niniejszej sprawie organy niemieckie także naruszyły prawo wspólnotowe. (...) Możliwość wszczęcia przeciwko danemu państwu członkowskiemu postępowania z tytułu uchybienia jego zobowiązaniom uzupełnia powyższe kompetencje Komisji, ale ich nie zastępuje” – opinia Rzecznika Generalnego J. Mazaka przedstawiona w dniu 22 kwietnia 2010 r. w sprawie C-220/08, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=78847&pageIndex=0&doclang=pl&mode=lst&dir=>

w sprawie *Telefonica* ukarany przez Komisję został co prawda jedynie przedsiębiorca, ale skargę od decyzji Komisji, poza spółką *Telefonica*, złożyło również królestwo Hiszpanii<sup>135</sup>.

Co prawda w orzeczeniu *Telefonica* Sąd stwierdził, że gdy przedsiębiorca nie ma żadnej swobody w kształtowaniu cen, a „antykonkurencyjne zachowanie zostaje narzucone przedsiębiorstwom przez ustawodawstwo krajowe lub jeśli ustawodawstwo to tworzy ramy prawne, które same z siebie wykluczają wszelkie możliwości konkurencyjnego zachowania” to art. 102 TFUE nie znajduje zastosowania do działania przedsiębiorcy<sup>136</sup>, to jak się okazuje ów brak swobody po stronie przedsiębiorcy jest rozumiany przez unijne orzecznictwo w sposób wyjątkowo wąski. O braku swobody przedsiębiorcy nie można bowiem mówić w sytuacji, kiedy po zatwierdzeniu wysokości taryf przez regulatora sektorowego przedsiębiorca nie może już swobodnie zmienić tej wysokości bez uzyskania zgody regulatora<sup>137</sup>. W takich sytuacjach należy, jak mówi Sąd, uznać, że przedsiębiorca dysponował swobodą na etapie przedstawienia taryf do zatwierdzania regulatorowi sektorowemu.

Na odpowiedzialność przedsiębiorcy za naruszenie prawa konkurencji nie może mieć też wpływu fakt, że odpowiednie przepisy krajowe wprost obligują regulatora telekomunikacyjnego do badania przedstawianych mu taryf cenowych pod kątem unijnego prawa konkurencji<sup>138</sup>. Najbardziej radykalnie i obrazowo powyższą kwestię podsumował Rzecznik Generalny J. Mazak, który w swojej opinii na temat odwołania spółki *Deutsche Telekom*<sup>139</sup> posłużył się następującym stwierdzeniem:

„(...) fakt, że przedsiębiorstwo działało w *dobrej wierze* nie może w tym względzie odgrywać żadnej roli. W opinii Rzecznika Generalnego to, że państwo członkowskie może zachęcać do

---

occ=first&cid=338336, dostęp 25.5.2012, paragraf 13). Takie samo stanowisko jak Rzecznik Generalny w zakresie dyskrekcji przysługującej Komisji wyraził też Sąd w sprawie *Telefonica* (*op. cit.*, paragraf 307).

<sup>135</sup> Zob. wyrok Sądu z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie T-398/07 (*Hiszpania p. Komisji*), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121141&pageIndex=0&doclang=PL&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=635266>, dostęp 25.5.2012.

<sup>136</sup> *Telefonica*, *op. cit.*, paragraf 328.

<sup>137</sup> *Deutsche Telekom*, *op. cit.*, paragraf 100 i 107.

<sup>138</sup> Taka sytuacja miała miejsce w sprawie *Deutsche Telekom*: „oznacza to, że RegTP miał obowiązek przestrzegania wspólnotowego prawa ochrony konkurencji. Zgodnie z § 27 ust. 3 TKG RegTP ma zapewnić zgodność opłat „z (...) innymi przepisami prawa”, w tym z art. 82 WE (zob. *Deutsche Telekom*, *op. cit.*, paragraf 14)”. Podobnie w orzeczeniu *Telefonica* Sąd uznał, że „nawet przy założeniu, że CMT była zobowiązana do badania zgodności praktyk *Telefónica* z art. 82 WE, taka okoliczność nie wyklucza stwierdzenia przez Komisję naruszenia przypisywanego tej ostatniej” (*Telefonica*, *op. cit.*, paragraf 301).

<sup>139</sup> Odwołanie *Deutsche Telekom* od wyroku Sądu Pierwszej Instancji zostało oddalone przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości wspomnianym już wyroku z dnia 14 października 2010 r.



praktyk antykonkurencyjnych, nie zmienia faktu, iż to przedsiębiorstwu zostanie przypisane naruszenie”<sup>140</sup>

Odnosząc się już bezpośrednio do kwestii winy (będącej warunkiem nałożenia kary na podstawie art. 15 ust. 3 Rozporządzenia 1/2003) Trybunał stwierdził w sprawie *Deutsche Telekom*, że przesłanki powyższego przepisu są spełnione, gdy „przedsiębiorstwo nie może nie wiedzieć, że jego działanie ma charakter antykonkurencyjny, niezależnie od tego, czy ma świadomość naruszania reguł konkurencji zawartych w traktacie, czy też nie”<sup>141</sup>. Można zatem uznać, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stanął na stanowisku, że nie sposób mówić o usprawiedliwionej nieświadomości prawa konkurencji w sytuacji, w której ewentualne wprowadzenie przedsiębiorcy w błąd w zakresie zgodności z prawem swojego postępowania wynika z działania organów publicznych innych niż organy konkurencji. Trudno jednakże ocenić, czy Trybunał w dość jednoznaczny sposób opowiedział się przeciwko możliwości stosowania w europejskim prawie konkurencji instytucji usprawiedliwionego błędu co do prawa (wynikającego z działania w zaufaniu do organu władzy publicznej), czy też możliwość takiego usprawiedliwionego błędu wyłączył jedynie w odniesieniu do działania w zaufaniu do organów niebędących organami konkurencji (czyli w zaufaniu do regulatorów sektorowych).

Odnosząc już chyba utrwalone stanowisko sądów wspólnotowych do prawa polskiego, wydaje mi się, że w zakresie usprawiedliwionego błędu co do bezprawności polegającego na działaniu przedsiębiorcy w zaufaniu do organów sektorowych, w prawie europejskim wina przedsiębiorcy jest rozumiana zbyt szeroko. W polskim prawie karnym dla oceny czy błąd był obiektywnie usprawiedliwiony nie ma znaczenia rodzaj organu, w zaufaniu do którego działa sprawca. Być może zatem w momencie, kiedy działalność przedsiębiorcy sprzeczna z regułami prawa konkurencji jest w sposób władczy autoryzowana przez organy takie jak Prezes UKE czy Prezes URE, należałoby poprzestać na wydaniu decyzji zakazującej danej praktyki bez nakładania na przedsiębiorcę kary pieniężnej. W praktyce jednak UOKiK oraz polskie sądy będą się zapewne kierowały zasadami wypracowanymi w orzeczeniach sądów wspólnotowych w sprawach *Deutsche Telekom* i *Telefonica*, dlatego też polscy przedsiębiorcy powinni starać się z wyprzedzeniem badać swoje strategie rynkowe pod kątem ich zgodności z prawem konkurencji, nawet jeżeli, przykładowo, stosowana przez tych przedsiębiorców taryfa cenowa zostałaby zatwierdzona przez sektorowego regulatora. Ewentualnie, w zakresie

---

<sup>140</sup> Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie *Deutsche Telekom*, *op. cit.*, paragraf 15

<sup>141</sup> *Deutsche Telekom*, *op. cit.*, paragraf 124.

zgodności swojego postępowania z unijnym prawem konkurencji, przedsiębiorcy mogą liczyć na to, że Komisja Europejska postanowi, w ramach przysługującej jej dyskrecji, wszcząć postępowanie nie przeciwko nim, ale przeciwko Polsce. Byłaby to jednak strategia bardzo ryzykowna, nie mówiąc już o tym, że Prezesowi UOKiK powyższa dyskrecja, w przeciwieństwie do Komisji, nie przysługuje.

#### 2.5.2.5. Rozbieżności w interpretacji danego przepisu

Jeżeli chodzi o czwartą sytuację, to doktryna prawa karnego uznaje, że usprawiedliwiony błąd co do bezprawności może także polegać na „na przyjęciu wadliwej interpretacji przepisu i braku świadomości, że sądy stosują inną wykładnię”<sup>142</sup>.

Wydaje się, że wyłączenie winy w okolicznościach niepewności przedsiębiorcy co do wykładni przepisów przez sądy lub organy administracji mogłoby mieć zastosowanie również w prawie konkurencji. Problem wątpliwości, jeżeli chodzi o dokładny katalog praktyk zakazanych na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zauważają też przedstawiciele doktryny polskiego prawa konkurencji, którzy, nie powołując się co prawda na instytucję usprawiedliwionego błędu co do bezprawności, twierdzą że: „organ antymonopolowy powinien powstrzymać się od nałożenia kary pieniężnej, jeżeli jego rozstrzygnięcia mają charakter precedensowy lub opierają się na nowej interpretacji przepisów prawa”<sup>143</sup>. Powyższe stanowisko słusznie odnosi się w doktrynie zarówno do praktyk „antykonkurencyjnych”, jak i praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Wydaje się nawet, że w wypadku ewentualnego nałożenia przez organy konkurencji kary za precedensowe naruszenia prawa konkurencji, których bezprawny charakter nie mógł być dla przedsiębiorcy do przewidzenia, można nawet mówić o naruszeniu zasady *nullum crimen sine lege*, która to zasada wypływa między innymi z art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka<sup>144</sup>.

Stany faktyczne, które organy konkurencji uznają za sprzeczne z ustawą często nie są wprost opisane w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Czasami zupełnie nieprzewidywalne może być zarówno to, czy postępowanie danego przedsiębiorcy

---

<sup>142</sup> A. Zoll (red.) *Kodeks Karny. Część Ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 465.

<sup>143</sup> A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, s. 1165.

<sup>144</sup> Zagadnienia związane z zasadą *nullum crimen sine lege* w kontekście kar nakładanych przez organy konkurencji oraz z gwarancjami procesowymi wynikającymi z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w postępowaniu przez organami konkurencji są na tyle obszerne, że zasługują na osobne omówienia; zob. np. K. Kowalik-Bańczyk, *Problematyka...*, *op. cit.*, M. Król-Bogomiłska, *Glosa do wyroku SPI z dnia 8 października 2008 r., T-69/04*, Europejski Przegląd Sądowy 2009/6, s. 47-53.

zostanie uznane za nadużycie pozycji dominującej lub udział w zakazanym porozumieniu, jak i to, jaką definicję rynku zastosuje organ konkurencji oraz w jaki sposób organ konkurencji obliczy udziały w tym rynku<sup>145</sup>.

Polskie prawo antymonopolowe opiera się w dużej mierze na twórczej interpretacji przepisów dokonywanych przez organy konkurencji. Jest to zresztą naturalne biorąc pod uwagę różnorodność stanów faktycznych z jakimi boryka się prawo konkurencji oraz, bynajmniej nie jednogłośnie, ocenę tych stanów faktycznych przez różne szkoły ekonomiczne. O szerokim uznaniu, jakie przysługuje Urzędowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów świadczy nawet literalne brzmienie art. 6 i art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, które to przepisy wyraźnie zastrzegają, że wymieniony w nich katalog porozumień ograniczających konkurencję oraz katalog nadużyć pozycji dominującej nie jest wyczerpujący<sup>146</sup>. Stosowanie polskiego prawa konkurencji przypomina w powyższym zakresie prawo europejskie oparte przede wszystkim na treści decyzji Komisji Europejskiej oraz orzeczeń sądów Unii Europejskiej.

Jeżeli chodzi o praktykę Komisji Europejskiej oraz sądów wspólnotowych, to obowiązuje generalna zasada, że nieznajomość prawa konkurencji nie może stanowić dla przedsiębiorcy okoliczności ekskulpującej<sup>147</sup>. Komisja zauważa jedynie w swoich wytycznych dotyczących nakładania kar za naruszenie prawa konkurencji, że w wyjątkowych okolicznościach nieznajomość prawa może stanowić okoliczność łagodzącą<sup>148</sup>. Komisja

---

<sup>145</sup> Głosy o konieczności wyłączenia winy w wypadku, kiedy przedsiębiorca nie mógł przewidywać definicji rynku właściwego, jaką zastosuje Komisja można odnaleźć także wśród doktryny europejskiego prawa konkurencji. Powyższe stanowisko w odniesieniu do prywatnoprawnego dochodzenia roszczeń wynikających z prawa konkurencji w państwach Unii Europejskiej formułuje np. P. V. van Vormizeele: „Jednakże pewne naruszenia art. 101 i 102 TFUE nie muszą zakładać winy. W szczególności definicja rynku właściwego w połączeniu z ustaleniem posiadania na tym rynku pozycji dominującej lub z ustaleniem progów udziału w rynku w przypadku porozumień wertykalnych jest często bardzo nieprzewidywalna” (P. V. von Vormizeele, *The fault requirement in European private antitrust litigation and compliance programmes as exculpating or mitigating factor*, Global Competition Litigation Law Review, 2010, 3(1), 1-10, baza Westlaw). Autor zauważa jednak, że wyłączenie winy z powodu różnorodnej interpretacji prawa (*divergent interpretation of law*) nie jest do końca spójne z postulowanym przez Komisję Europejską wobec prywatnoprawnego stosowania prawa konkurencji kryterium *excusable error*.

<sup>146</sup> Zarówno w art. 6 ust. 1 jak i w art. 9 ust. 2 ustawa, wymieniając rodzaje zakazanych praktyk, posługuje się zwrotem „w szczególności”.

<sup>147</sup> Zob. sprawa *Miller*, *op. cit.*

<sup>148</sup> Według paragrafu 3 Wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 oraz art. 65 ust. 5 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali z dnia 14 stycznia 1998 r. ([http://eurl-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0114\(01\):PL:HTML](http://eurl-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0114(01):PL:HTML), dostęp 25.5.2012) okoliczność łagodzącą przy obliczaniu wymiaru kary mogło stanowić „istnienie uzasadnionych wątpliwości po stronie przedsiębiorstwa, co do tego czy (...) działanie rzeczywiście stanowi naruszenie”. Co prawda Komisja zdążyła wydać już opublikować nowsze Wytyczne (Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a Rozporządzenia 1/2003 z dnia 1 września 2006 r., [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901\(01\):PL:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901(01):PL:NOT), dostęp 25.5.2012), w których brak jest wyżej cytowanego fragmentu Wytycznych z 1998 r., niemniej jednak według V. Rose i P. Rothe’a (Bellamy & Child, *op. cit.*, s. 1303) w wyjątkowych sytuacjach, w wypadku

podkreśla jednocześnie, że więksi przedsiębiorcy powinni co do zasady lepiej znać prawo konkurencji<sup>149</sup>. Dlatego też należałoby stwierdzić, że ewentualne rozważanie instytucji usprawiedliwionego błędu co do prawa ze względu na precedensowy charakter naruszenia mogłoby w wyjątkowych sytuacjach stanowić okoliczność ekskulpującą, szczególnie jeżeli chodzi o mniejsze przedsiębiorstwa. Warto też zwrócić uwagę, że we wspominanej już opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Deutsche Telekom*, Rzecznik zaznaczył, że „wina umyślna może wystąpić, nawet jeśli przedsiębiorstwo nie zna **interpretacji** reguł konkurencji przez Komisję<sup>150</sup>. Trudno powiedzieć, czy powyższe stwierdzenie dotyczy wszystkich, nawet tych o precedensowym charakterze, interpretacji reguł konkurencji dokonywanych przez Komisję, czy też tylko utrwalonych interpretacji (cokolwiek pojęcie „utrwalone interpretacji” miałyby oznaczać).

W mojej ocenie instytucja usprawiedliwionego błędu co do bezprawności mogłaby mieć zastosowanie do precedensowych naruszeń prawa konkurencji. Paradoksalnie jednak, ocenna natura prawa konkurencji, poza tym że w niektórych wypadkach umożliwiałaby wyłączenie winy przedsiębiorcy z powodu błędu co do bezprawności, sprzyja również kontrowersjom na temat tego, czy stwierdzenie bezprawności danej praktyki przez organy konkurencji należy uznać za nieoczekiwaną przez przedsiębiorców jakościową nowość, czy też za zwykłe zastosowanie mało spornego przepisu (czy też doktryny) prawa konkurencji. Za przykład może posłużyć głośna ostatnio (zarówno na gruncie amerykańskiego jak i europejskiego prawa konkurencji) sprawa odmowy przez *Microsoft* udostępnienia swoim konkurentom informacji o interoperacyjności używanych przez *Microsoft* serwerów grup roboczych. Nie wglębiając się w merytoryczne szczegóły sprawy należy odnotować, że dla niektórych autorów decyzja Komisji Europejskiej w powyższej sprawie była „imponującą woltą od tradycyjnego (...) ugruntowanego podejścia (...) do nowego, zaskakującego

---

nieświadomości co do prawa, Komisja może nałożyć na przedsiębiorcę „symboliczną” karę, do czego uprawnia ją, ogólnie zredagowany paragraf 36 Wytycznych z 2006 r. („Komisja może w pewnych przypadkach nałożyć symboliczną grzywnę. Uzasadnienie nałożenia takiej grzywny musi zostać podane w tekście decyzji”). Warto też zauważyć, że podobnie jak w wypadku Wytycznych Komisji z 2006 r., przepisu analogicznego do paragrafu 3 Wytycznych z 1998 r. nie zawierają polskie Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję.

<sup>149</sup> Zob. decyzja Komisji Europejskiej z dnia 5 grudnia 2001 r., sprawa nr IV/37.614/F3 PO (*Interbrew and Alken-Maes*), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003D0569:EN:HTML>, dostęp 25.5.2012. W powyższej sprawie Komisja nie tyle nie nałożyła kary (lub nawet nie zredukowała kary) na „mniejszych” z ukaranych przedsiębiorców, ale podwyższyła karę na spółkę *Interbrew*, która, według Komisji, będąc „dużym międzynarodowym przedsiębiorstwem” (...) ma lepszy dostęp do infrastruktury umożliwiającej rozpoznanie tego, że jej zachowanie stanowi naruszenie prawa konkurencji” (*ibidem*, paragraf 434).

<sup>150</sup> Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie *Deutsche Telekom*, *op. cit.*, paragraf 39.

stanowiska wobec tego zagadnienia”<sup>151</sup>, dla innych natomiast ten sam stan faktyczny (wprawdzie na gruncie prawa amerykańskiego) należy uznać za rodzaj praktyki, który nie jest niczym nowym dla prawa konkurencji i jest przez nawet najbardziej ortodoksyjne reguły prawa konkurencji potępiany od wielu lat<sup>152</sup>. Trudno niestety jednoznacznie określić, co tak naprawdę oznacza „precedensowy” charakter decyzji organu konkurencji, który uzasadniałby wyłączenie po stronie przedsiębiorcy winy z powodu usprawiedliwionego błędu co do prawa. Rozmiar tej pracy nie pozwala na snucie na ten temat pogłębionych rozważań. Jedyłą w miarę pewną tezę, na którą można się w tym miejscu pokusić jest to, że należy być szczególnie wstrzeźliwym przy rozważaniu takiego wyłączenia winy w wypadku naruszeń prawa konkurencji określanych jako „*hard-core*”, czy też „*per se*”.

---

<sup>151</sup> M. Górka, *Przesłanki uznania odmowy dostępu do własności intelektualnej za nadużycie pozycji dominującej*, [w:] M. Kępiński (red.), *Konkurencja a własność intelektualna*, C.H. Beck, Warszawa 2011.

<sup>152</sup> Tak uważa np. H. Hovenkamp: „podczas, gdy sprawa *Microsoft* dotyczy nowej technologii i nowego rynku, w powyższej sprawie w dużym stopniu mają zastosowanie najbardziej ortodoksyjne zasady prawa konkurencji (*most orthodox of antitrust principles*), H. Hovenkamp, *The Monopolization Offense*, *Ohio State Law Journal*, 2000, s. 1047, baza Westlaw.

### **3. Antykonkurencyjny zamiar**

#### **3.1. Uwagi wprowadzające**

Prawo konkurencji jest dziedziną szczególną, w swojej specyfice różniącą się znacznie od innych gałęzi prawa administracyjnego. Przyczyna owej specyfiki polega na tym, że u podłoża reguł konkurencji leży powszechnie wiadoma, lecz niezmiernie trudna w realizacji ekonomiczna filozofia, której celem jest stymulacja konkurencyjnej i efektywnej gospodarki, głównie poprzez zapobieganie monopolom. Dlatego też nie sposób postawić tezy, że reguły konkurencji stosowane w Polsce przez UOKiK są najzwyczajszymi materialnoprawnymi normami prawa administracyjnego<sup>153</sup>.

W ramach wprowadzenia do poniższej części pracy należy powiedzieć, że o ile większość uwag z poprzedniego rozdziału, dotyczących administracyjnej odpowiedzialności na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mogłoby mieć co do zasady zastosowanie do wszystkich deliktów administracyjnych w prawie polskim, temat niniejszego rozdziału, czyli zagadnienie tzw. zamiaru antykonkurencyjnego, będzie już jednak związany jedynie z prawem konkurencji sensu *stricto*, czyli z praktykami opisanymi w art. 6 i art. 9 u.o.k.k. Uwagi, które znajdują się w poniższym rozdziale będą zatem dotyczyły wyłącznie nadużycia pozycji dominującej i zakazanych porozumień, a nie pozostałych praktyk, zakazanych na gruncie u.o.k.k. takich jak np., opisane w art. 24 u.o.k.k., praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów, czy też niezgłoszenie zamiaru dokonania koncentracji w określonym przez u.o.k.k. terminie (w tym drugim wypadku karalne jest bowiem nie tyle samo antykonkurencyjne zachowanie, ale brak dochowania administracyjnoprawnego obowiązku, który może oczywiście pociągać za sobą, niejako przy okazji, antykonkurencyjne skutki).

#### **3.2. Pojęcie antykonkurencyjnego zamiaru na gruncie teorii prawa karnego**

W prawie konkurencji (dotyczy to zarówno doktryny, jak i praktyki sądów oraz organów ochrony konkurencji) wyrażany jest niekiedy pogląd, że dla stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę określonych norm prawa antymonopolowego niezbędne jest wystąpienie

---

<sup>153</sup> J. Zimmermann definiuje materialnoprawne normy prawa administracyjnego, jako „normy, które określają treść uprawnień lub obowiązków, tj. sposób zachowania się swoich adresatów w sferze prawa administracyjnego, przy czym adresatami tymi są podmioty znajdujące się poza administracją publiczną”, zob. J. Zimmerman, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008, s. 38.

po stronie przedsiębiorcy subiektywnego (określanego zamiennie jako chęć, intencja, zamiar, plan, cel) stosunku wobec konkurentów (np. eliminacji, wykluczenia, ograniczenia lub osłabienia konkurencji)<sup>154</sup>. Według powyższego poglądu wystąpienie takiego subiektywnego stosunku wobec konkurencji/konkurentów stanowi przesłankę niezbędną do popełnienia niektórych rodzajów zakazanych praktyk.

W tym miejscu postaram się przedstawić, jak ów „zamiar antykonkurencyjny” sytuowałby się w strukturze strony podmiotowej, zgodnie z zawartymi we wcześniejszej części tej pracy rozważaniami z zakresu teorii prawa karnego.

Na początku należy podkreślić, że prawo karne zna sytuacje, w których dla spełnienia przesłanek strony podmiotowej konieczne jest wystąpienie specyficznego rodzaju zamiaru<sup>155</sup>. Jeżeli jednak zamiar antykonkurencyjny może stanowić przesłankę zrealizowania przez przedsiębiorcę określonych praktyk zakazanych przez u.o.k.k., należy zwrócić uwagę na konstrukcyjną odrębność zamiaru antykonkurencyjnego od zwykłych przesłanek strony podmiotowej, której taki ewentualny zamiar byłby oczywiście częścią. Zamiar antykonkurencyjny należałoby bowiem traktować jak dodatkową, niezależną od subiektywnego stosunku przedsiębiorcy do przedmiotowych przesłanek określonej praktyki, przesłankę popełnienia przez przedsiębiorcę deliktu antykonkurencyjnego z art. 6 lub art. 9

---

<sup>154</sup> Wybór przeze mnie sformułowania „antykonkurencyjny zamiar” na określenie wyżej opisanego subiektywnego stosunku przedsiębiorcy do swoich konkurentów jest czysto przypadkowy. Mnogość synonimicznych do tego pojęcia określeń występujących w europejskim prawie konkurencji podaje E. Osterud. Są to m.in. „plan eliminacji konkurenta” (*plan to eliminate a competitor*), „eliminacyjna intencja” (*eliminary intent*), „cel zaszkodzenia konkurentowi” (*aim of damaging a competitor*), „strategia eliminacyjna” (*eliminary strategy*), „drapieżna intencja” (*predatory intent*) i „plan, którego celem jest eliminacja konkurencji” (*plan whose goal is to eliminate competition*), zob. E. Osterud, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertaking under EU Competition Law. The Spectrum of Tests.*, Kuwer Law International BV, The Netherlands, s. 142.

<sup>155</sup> Taki specyficzny zamiar, określane czasami jako zamiar zabarwiony lub *dolus coloratus*, będący dodatkową przesłanką podmiotową konieczną dla popełnienia przestępstwa, może wynikać w polskim prawie karnym wprost z przepisu (przykładem może być np. konieczność działania „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej” występująca np. jako przesłanka przestępstw z art. 204 § 1 k.k., 231 § 2 k.k. lub 264a § 1 k.k.). Rzadziej konieczność zaistnienia specyficznego zamiaru wyinterpretowana jest z przepisu pośrednio przez doktrynę; np. do niedawna (zdaje sobie sprawę z niedoskonałości tej analogii) według doktryny polskiego prawa karnego oraz Sądu Najwyższego do popełnienia przestępstw z art. 197 k.k. (czyli różnych postaci gwałtu) konieczne było zaistnienie po stronie sprawcy tzw. zamiaru lubieżnego, czyli posiadanie przez sprawcę motywów seksualnych. Powyższy pogląd został jednak z czasem odrzucony (zob. M. Rodzyńkiewicz, *Komentarz do art. 197 Kodeksu karnego*, [w:] A. Zoll (red.), *Komentarz do Kodeksu karnego. Część szczególna. Tom II*, Zakamycze 2006, baza LEX, pkt 50). Należy jednak pamiętać, że kiedy konieczność stwierdzenia po stronie sprawcy dodatkowego zamiaru bezpośredniego nie wynika z przepisu lub charakteru danego przestępstwa, szczególny rodzaj motywacji sprawcy nie ma znaczenia dla analizy przesłanek strony subiektywnej i może mieć jedynie ewentualnie znaczenie dla oceny stopnia społecznej szkodliwości przestępstwa (zob. W. Wróbel, *Komentarz do art. 53 Kodeksu karnego* [w:] A. Zoll (red.), *Komentarz do Kodeksu karnego. Część Ogólna...*, baza LEX, *op. cit.*, pkt 46: „Na ustalenie stopnia wolności sprawcy w realizacji zarzuconego mu czynu nie ma wpływu treść zamiaru, szczególnie motywacja czy też cel podejmowanego działania (np. działanie z chęci zysku, przyjęcie odpłatnego zlecenia na zabójstwo). Okoliczności te, jako elementy strony podmiotowej czynu zabronionego, decydują natomiast o stopniu jego społecznej szkodliwości”).

u.o.k.k. Podobnie, ewentualne badanie antykonkurencyjnego zamiaru byłoby zupełnie niezależne od kwestii subiektywnego stosunku przedsiębiorcy do bezprawności. I tak, uprzedzając nieco późniejsze rozważania, uznając, że dla stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej w postaci stosowania przez przedsiębiorcę cen poniżej średnich kosztów całkowitych, poza określonym subiektywnym stosunkiem przedsiębiorcy do zachowania polegającego na stosowaniu określonych cen, konieczne byłoby wystąpienie po stronie przedsiębiorcy odrębnego subiektywnego stosunku polegającego na zamiarze eliminacji konkurentów<sup>156</sup> (w wypadku oczywiście uznania, zgodnie z tym, co wydaje się sugerować Trybunał Sprawiedliwości UE, że dla stwierdzenia nielegalności praktyki w postaci stosowania cen poniżej średnich kosztów całkowitych konieczne jest wystąpienie po stronie przedsiębiorcy antykonkurencyjnego zamiaru).

W prawie karnym ugruntowało się stanowisko, zgodnie z którym ilekroć ustawa posługuje się pojęciami, takimi jak „chęć”, „zamiar” czy „cel”, mowa jest o tzw. „przestępstwach kierunkowych”. Przestępstwa kierunkowe popełnić można jedynie z zamiarem bezpośrednim (a więc jedynie w określonej postaci umyślności). Zamiar antykonkurencyjny należałoby zatem traktować jako pewną postać zamiaru bezpośredniego, odniesionego jednak nie do przedmiotowych znamion danej praktyki, ale do konkurentów i polegającego na chęci zaszkodzenia tym konkurentom.

Bardzo interesująca wydaje się również kwestia, czy stwierdzenie konieczności wystąpienia u przedsiębiorcy zamiaru antykonkurencyjnego wyłącza możliwość zrealizowania przedmiotowych przesłanek danej praktyki antykonkurencyjnej w warunkach nieumyślności lub też w postaci zamiaru ewentualnego. Wydaje mi się, że powyższa teza w teorii nie zawsze będzie poprawna<sup>157</sup> (szczególnie zważywszy na fakt immamentnego w działalności gospodarczej zamiaru antykonkurencyjnego<sup>158</sup>) choć, w przeważającej większości przypadków, rzeczywiście zaistnienie po stronie przedsiębiorcy zamiaru

---

<sup>156</sup> Tak stwierdził Europejski Trybunał Sprawiedliwości w, analizowanym głębiej w dalszej części tej pracy, orzeczeniu w sprawie *AKZO*, zob. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 lipca 1991 r. w sprawie 62/86 (*AKZO Chemie p. Komisji*), <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61986CJ0062:EN:HTML>, dostęp 25.5.2012.

<sup>157</sup> Czysto teoretycznie wyobrażalna wydaje się być sytuacja (na gruncie stosowania cen poniżej średnich kosztów całkowitych), w której przedsiębiorcy będzie można udowodnić zamiar eliminacji konkurentów w warunkach zamiaru ewentualnego. Przykładowo możliwe to będzie wtedy, gdy osoba zarządzająca przedsiębiorstwem, której zachowanie jest relewantne dla przypisania winy całemu przedsiębiorstwu, zdała sobie sprawę, że jej podwładni od jakiegoś czasu stosują zakazane ceny; osoba ta posiadając zamiar eliminacji konkurentów **godzi się** (*dolus eventualis*) na dalsze stosowanie cen, mimo że to nie ona bezpośrednio zdecydowała o wprowadzeniu takich cen i tym samym poniekąd nie chciała (*dolus directus*) ich wprowadzić. Powyższe rozważania nie wydają się jednak, aż tak istotne z praktycznego punktu widzenia.

<sup>158</sup> Zagadnienie immamentnego charakteru antykonkurencyjnego zamiaru zostanie poruszone w dalszej części tej pracy.



antykonkurencyjnego oznaczać będzie także możliwość spełnienia pozostałych znamion przedmiotowych określonej praktyki jedynie w warunkach umyślności polegającej na zamiarze bezpośrednim.

Na koniec należy jeszcze raz podkreślić, że antykonkurencyjny zamiar w zaprezentowanym powyżej rozumieniu nie ma nic wspólnego z zamiarem naruszenia prawa konkurencji, który jest elementem subiektywnego stosunku przedsiębiorcy do prawa, a więc co do zasady (jak było to powiedziane w rozdziale drugim) jest irrelevantny w kontekście oceny odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji.

Podsumowując, należy zatem stwierdzić, że subiektywne przesłanki, których spełnienie umożliwia przypisanie przedsiębiorcy winy, są o wiele szersze niż sam antykonkurencyjny zamiar, po pierwsze, dlatego że przesłanki te mogą polegać zarówno na umyślności jak i nieumyślności, po drugie zaś, dlatego iż dotyczą one subiektywnego stosunku przedsiębiorcy nie tyle wobec swoich konkurentów, ale wobec obiektywnych przesłanek zachowania, które jest zakazane na gruncie prawa konkurencji.

### 3.3. Występowanie kryterium antykonkurencyjnego zamiaru w prawie konkurencji

W polskim oraz europejskim prawie konkurencji zagadnienie antykonkurencyjnego zamiaru należy rozważać oddzielnie na gruncie dwóch postaci antykonkurencyjnych praktyk: zakazanych porozumień oraz nadużycia pozycji dominującej.

Jeżeli chodzi o zakazane porozumienia to analizie poddać należy niewątpliwie zawarte w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów sformułowanie: „porozumienia, których **celem** lub skutkiem (...) jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji”. Podobne słowa sugerujące istnienie generalnej klauzuli antykonkurencyjnego zamiaru w odniesieniu do zakazanych porozumień zostały zawarte w art. 101 TFUE, mówiącego że „zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami (...) których **celem** lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego”.

W wypadku nadużycia pozycji dominującej skupić należy się na dwóch rodzajach tego nadużycia, które według orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej są

zakazane jedynie w wypadkach, kiedy towarzyszy im antykonkurencyjny zamiar<sup>159</sup>.

Po pierwsze, jak było już zasygnalizowane, chodzi o stosowanie przez podmiot dominujący cen poniżej średniego kosztu całkowitego (*average total cost*), ale powyżej średniego kosztu zmiennego (*average variable cost*)<sup>160</sup>. W precedensowym orzeczeniu w sprawie *AKZO*<sup>161</sup> Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał, że stosowanie takich cen należy uznać za zakazane drapieżnictwo celowe (*predatory pricing*) jedynie wówczas, gdy ich stosowanie można uznać za część planu eliminacji konkurenta (*part of a plan for eliminating a competitor*).

Po drugie, antykonkurencyjny zamiar, jako jedna z przesłanek, musi towarzyszyć praktyce określanej w doktrynie europejskiego prawa konkurencji jako tzw. dokuczliwe procesowanie się (*vexatious litigation*)<sup>162</sup>. Zgodnie z orzeczeniem w sprawie *ITI Promedia*<sup>163</sup> podjęta przez przedsiębiorcę przeciwko swoim konkurentom specyficzna „kampania sądowa” może stanowić nadużycie pozycji dominującej tylko wtedy, kiedy po pierwsze, działania takiego przedsiębiorcy „nie mogą być rozsądnie postrzegane jako próba dochodzenia swoich praw” i po drugie, działania te muszą być właśnie „częścią planu, którego celem jest eliminacja konkurencji”<sup>164</sup>.

---

<sup>159</sup> Wyczerpującą analizę tych dwóch postaci nadużycia pozycji dominującej, które orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości uzależnia od antykonkurencyjnego zamiaru można znaleźć w rozdziale V (*Intent-Based Tests*) książki E. Osteruda *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant undertakings under EU Competition Law. The Spectrum of Test*, 2010 Kluwer Law International BV, The Netherlands.

<sup>160</sup> Stosowanie cen poniżej średniego kosztu zmiennego jest, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zakazane w każdych okolicznościach.

<sup>161</sup> Sprawa *AKZO Chemie*, *op. cit.*

<sup>162</sup> Tłumaczenie angielskiego zwrotu „*vexatious litigation*” na „dokuczliwe procesowanie się” powtarzam za K. Kohutkiem (K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M Sieradzka, *op. cit.*, s. 409). O nadużyciu pozycji dominującej w postaci tzw. *sham litigation* wspomina również A. Stawicki (A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, s. 358) stosując obrazowy opis tej praktyki: „strategia zakładająca wytaczanie wielu zbędnych procesów sądowych czy administracyjnych” (obaj jednak autorzy nie wspominają w kontekście *vexatious/sham litigation* o kryterium antykonkurencyjnego zamiaru). W poniższej pracy będę, za K. Kohutkiem, używał pojęcia „dokuczliwe procesowanie się”, mam jednak pewne wątpliwości, na ile to tłumaczenie w pełni oddaje istotę *sham litigation*, w której chodzi raczej o specyficzny rodzaj kampanii sądowej mającej na celu nękanie konkurentów.

<sup>163</sup> Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 17 lipca 1998 r. w sprawie T-111/96 (*ITI Promedia NV p. Komisji*), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996TJ0111:EN:HTML>, dostęp 25.5.2012.

<sup>164</sup> W oryginale powyższy test brzmi następująco: „*First, the action cannot reasonably be considered as an attempt to establish the rights of the undertakings concerned and can therefore only serve to harass the opposite party. Second, the legal proceedings must be conceived in the framework of a plan whose goal is to eliminate competition*”. Warto jednak zwrócić uwagę, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nigdy nie zastosował art. 102 TFUE do praktyki określanej jako dokuczliwe procesowanie się. W orzeczeniu *ITI Promedia* Sąd Pierwszej Instancji nie stwierdził nadużycia pozycji dominującej. Skargę do Sądu złożył przedsiębiorca, który uważał, że to przeciwko niemu konkurent prowadzi kampanię sądową. Przytoczony powyżej dwuszczeblowy test, którego jedną z przesłanek jest antykonkurencyjny zamiar, został w sprawie *ITI Promedia* sformułowany przez Komisję Europejską. Sąd nie zakwestionował samego testu i jego przesłanek, ale stwierdził, że fakty sprawy nie spełniają przesłanek tak sformułowanego testu.

### 3.4. Antykonkurencyjny zamiar a „obiektywna natura nadużycia pozycji dominującej”

Jak wspomniałem wcześniej, nawet uznając antykonkurencyjny zamiar za przesłankę sprzeczności danej praktyki z prawem konkurencji, zamiar ten nie oznacza tego samego, co subiektywne przesłanki winy. Zamiar antykonkurencyjny jest bowiem wariantem umyślności polegającym na specyficznym rodzaju zamiaru bezpośredniego, a dla zrealizowania subiektywnych przesłanek wystarczy stwierdzenie po stronie przedsiębiorcy umyślności (w postaci zamiaru bezpośredniego lub ewentualnego) albo nieumyślności.

Jeżeli jednak uznać, że wystąpienie po stronie przedsiębiorcy antykonkurencyjnego zamiaru jest konieczne dla niezgodności z prawem konkurencji danego typu praktyki to, w przeważającej większości przypadków, trudno byłoby powiedzieć, że można dopuścić się takiej praktyki w sposób niezawiniony, bowiem konieczność udowodnienia antykonkurencyjnego zamiaru implikowałaby również konieczność udowodnienia przedsiębiorcy umyślności w postaci specyficznego zamiaru bezpośredniego.

W związku z powyższym wydaje się, że analizie poddać należy stanowisko wyrażane w doktrynie prawa konkurencji m.in. przez A. Stawickiego, zgodnie z którym „dla praktyki ograniczającej konkurencję mającej postać nadużycia pozycji dominującej na rynku nie ma znaczenia, czy do naruszenia przepisów prawa doszło w sposób zawiniony, czy też w sposób niezawiniony”<sup>165</sup> (za wyjątkiem jednak sytuacji, w których „dla bytu niektórych praktyk ograniczających konkurencję” konieczne jest stwierdzenie antykonkurencyjnego zamiaru<sup>166</sup>). Powyższe stwierdzenie A. Stawickiego jest z jednej strony poprawne, ponieważ rzeczywiście, jeżeli istnienie antykonkurencyjnego zamiaru uznać za konieczne dla stwierdzenia bezprawności danej praktyki, to skoro antykonkurencyjny zamiar należy traktować jak szczególny przypadek zamiaru bezpośredniego, rzeczywiście ilekroć będziemy mieli do czynienia z zamiarem bezpośrednim, zamiar ten będzie w przeważającej większości przypadków równoważny z umyślnością, a więc logicznie z winą. Z drugiej jednak strony, problematyczne, w świetle tego, co zostało powiedziane w rozdziale drugim, wydaje się stwierdzenie A. Stawickiego, zgodnie z którym co do zasady nadużycie pozycji dominującej niezależne jest od braku lub istnienia winy. Tym bardziej problematyczne jest owo stwierdzenie w świetle tego, że w polskiej doktrynie prawa konkurencji panuje przecież

---

<sup>165</sup> A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, s. 301.

<sup>166</sup> *Ibidem*, przypis 628, s. 301.

jednomyślne stanowisko, że art. 106 ust. 2 u.o.k.k. wprowadza do administracyjnej odpowiedzialności w polskim prawie konkurencji zasadę winy<sup>167</sup>.

Powyższy pogląd, wyrażony m.in. przez A. Stawickiego, na podstawie którego nadużycie pozycji dominującej jest pojęciem obiektywnym, ma swoje źródło w precedensowym orzeczeniu Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Hoffmann-La Roche*<sup>168</sup>. Opinia, że „nadużycie jest pojęciem obiektywnym” przyjęła się w doktrynie europejskiego prawa konkurencji na tyle mocno, że uważana jest już za „standardową interpretację” samego pojęcia nadużycia pozycji dominującej<sup>169</sup>.

Wbrew pozorom owemu poglądowi, zgodnie z którym nadużycie pozycji dominującej jest pojęciem obiektywnym, daleko jest do pełnej jasności. Wydaje mi się jednak, że pogląd ten interpretować można na dwojaki sposób. Po pierwsze, jak wydaje się sugerować A. Stawicki, nadużycie pozycji dominującej jest po prostu niezależne od winy po stronie przedsiębiorcy<sup>170</sup>. Powyższą interpretację trudno jednak pogodzić z zasadą winy wynikającą z art. 106 u.o.k.k. oraz z art. 23 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003, które to przepisy, jak było to już wspomniane, uzależniają nakładaną przez organy konkurencji karę od winy po stronie przedsiębiorcy. Powyższą interpretację orzeczenia *Hoffman-La Roche* można ewentualnie ratować twierdząc, że czym innym jest kwestia nakładania kary, a czym innym kwestia decyzji zakazującej stosowanie danej praktyki (wydawanej na podstawie art. 10 u.o.k.k.) i co prawda, nadużycie pozycji dominującej jest niezależne od winy, niemniej jednak w wypadku stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej przez przedsiębiorcę nieponoszącego winy, organ ochrony konkurencji może przecież nałożyć decyzję zakazującą dalszego stosowania danej praktyki niezależnie od kary (o problematycznym charakterze decyzji z art. 10 u.o.k.k. w kontekście winy była już mowa w pierwszej części tej pracy). Nie wydaje mi się jednak, żeby była to interpretacja przekonująca.

Istnieje natomiast druga możliwa interpretacja tezy o obiektywnej naturze nadużycia pozycji dominującej użytej przez ETS w sprawie *Hoffman-La Roche*, do której sam się

---

<sup>167</sup> Zob. rozdział 2 tej pracy.

<sup>168</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lutego 1979 w sprawie 85/76 (*Hoffman-La Roche & Co. AG p. Komisji*), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976CJ0085:EN:HTML>, dostęp 25.5.2012, paragraf 91.

<sup>169</sup> Zob. Bellamy & Child, *op. cit.*, s. 949, przypis 180.

<sup>170</sup> A. Stawicki nie jest zresztą odosobniony. Podobna teza wyrażana jest też wśród komentatorów europejskiego prawa konkurencji, np. przez L. Gyselen'a (zob. L. Gyselen, *Rebates: Competition on the merits or exclusionary practice?*, 8th EU Competition Law and Policy Workshop. What is an Abuse of a Dominant Position? European University Institute June 2003, [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003\\_017\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_017_en.pdf), dostęp 25.5.2012, przypis 18: „Nadużycie jest konceptem obiektywnym. Może mieć ono miejsce przy braku winy po stronie dominującego przedsiębiorcy” (*Abuse is an objective concept. It can occur in the absence of any fault on behalf of the dominant company*)).

przychylam. Poniższa interpretacja ma właśnie związek z antykonkurencyjny zamiarem. Zgodnie z tą interpretacją, mówiąc o tym, że nadużycie pozycji dominującej jest konceptem obiektywnym, Europejski Trybunał Sprawiedliwości miał w istocie na myśli tylko tyle, że do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej nie jest konieczne wystąpienie po stronie przedsiębiorcy antykonkurencyjnego zamiaru. Mówiąc zatem o obiektywnej naturze nadużycia pozycji dominującej ETS nie miał na myśli winy, zgodnie z jej rozumieniem zaprezentowanym w rozdziale 2 tej pracy. Czym innym jest bowiem fakt nadużycia pozycji dominującej, a czym innym przypisanie przedsiębiorcy winy za to nadużycie. W celu przypisania przedsiębiorcy winy należy udowodnić mu, że w sposób umyślny bądź nieumyślny dopuścił się on zachowania, które odpowiadało obiektywnym znamionom nadużycia pozycji dominującej. Po głębszej analizie treści uzasadnienia wyroku ETS w sprawie *Hoffman-La Roche*, powyższa interpretacja wydaje się zresztą zgodna z rozumowaniem zastosowanym przez Trybunał w tej właśnie sprawie. W samym bowiem orzeczeniu w sprawie *Hoffman-La Roche*, Europejski Trybunał Sprawiedliwości, pomimo sformułowania ogólnikowej tezy o obiektywnej naturze nadużycia pozycji dominującej, badał również jak się okazuje, czy przedsiębiorca naruszył wspólnotowe reguły konkurencji w sposób umyślny (*intentionally*) lub nieumyślny (*negligently*)<sup>171</sup>. Sam zatem Trybunał, już w sprawie *Hoffman-La Roche*, dokonał zróżnicowania pomiędzy umyślnością i nieumyślnością, a „obiektywną naturą nadużycia”.

### 3.5. Antykonkurencyjny zamiar a obecność przedsiębiorcy na rynku

Jak zasygnalizowałem wcześniej, kryterium antykonkurencyjnego zamiaru zostało wprost sformułowane przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości i Sąd Pierwszej Instancji w kontekście pewnych postaci nadużycia pozycji dominującej. Antykonkurencyjny zamiar, rozumiany jako negatywny subiektywny stosunek wobec konkurencji, miałby według sądów unijnych polegać na chęci eliminacji, czy też wykluczenia z rynku swoich konkurentów przez danego przedsiębiorcę. Czy jednak chęć wyeliminowania swoich konkurentów z rynku nie jest naturalnym instynktem każdego przedsiębiorcy, a w związku z tym, na ile sensowne i cokolwiek wyjaśniające jest wprowadzanie do prawa konkurencji kryterium

---

<sup>171</sup> Zob. *Hoffman-La Roche*, *op. cit.*, paragraf 139. Ostatecznie ETS, oceniając kwestię umyślności i nieumyślności w kontekście kary skonkludował, że „skarżący w sposób umyślny zastosował politykę handlową zaprojektowaną na zamknięcie dostępu do rynku nowym konkurentom” i nałożył na spółkę stosowaną karę (*Hoffman-La Roche*, *ibidem*).

antykonkurencyjnego zamiaru<sup>172</sup>? W poniższej części tej pracy postaram się skupić właśnie na sensowności tego kryterium biorąc pod uwagę ekonomiczną istotę obecności przedsiębiorców na rynku.

Każdy z przedsiębiorców działających na rynku w naturalny sposób dąży do eliminacji swojej konkurencji. Im mniej konkurencji na rynku (zakładając stały popyt) tym większe są zyski przedsiębiorcy, oczywiście tak długo, jak utarg krańcowy danego przedsiębiorcy przewyższa jego koszt krańcowy<sup>173</sup>. Jak obrazowo określił to sędzia Easterbrook, jeden z autorytetów amerykańskiego prawa konkurencji, „firmy chcą rosnąć; firmy kochają niszczyć swoich rywali, w istocie te pragnienia są źródłem rywalizacji oraz ogromnych korzyści dla konsumentów”<sup>174</sup>. Immamentną cechą obecności przedsiębiorcy na rynku jest maksymalizacja zysku<sup>175</sup>. Każdy model ekonomiczny posługuje się teoretyczną konstrukcją przedsiębiorcy, który dąży do maksymalizacji swojej użyteczności, czyli maksymalizacji

---

<sup>172</sup> Podobna wątpliwość wyrażana jest zresztą przez doktrynę europejskiego prawa konkurencji w odniesieniu do wspomnianego wcześniej orzeczenia w sprawie AKZO. Przykładowo w pracy D. Chalmersa, Ch. Hadjiemmanuila, G. Monti'ego oraz A. Tomkinsa (*European Union law: texts and materials*, Cambridge University Press 2006, s. 1053) wyrażony jest pogląd, zgodnie z którym w sprawie AKZO „intencja była (przez ETS) wnioskowana na podstawie wewnętrznych memorandumów, które wskazują na chęć pogorszenia sytuacji (*undercut*) spółki ECS (konkurenta AKZO), jednak chęć pogorszenia (*undermine*) sytuacji rynkowej konkurentów jest głównym instynktem każdego przedsiębiorcy, dominanta lub nie, dlatego eksplanacyjna (*probative*) wartość takiego podejścia jest niejasna.”

<sup>173</sup> Zob. np. R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 35.

<sup>174</sup> F. H. Easterbrook, *Monopolization: Past, Present and Future*, *Antitrust Law Journal* 61 (1992); 102-103, baza Westlaw.

<sup>175</sup> Powyższe stwierdzenie, o czym warto pamiętać, ulega pewnemu ograniczeniu w zakresie w jakim dotyczy tzw. działalności użyteczności publicznej prowadzonej w Polsce przez państwo oraz samorząd terytorialny (również poprzez specjalne jednostki budżetowe lub też za pomocą spółek prawa handlowego będących własnością Skarbu Państwa lub samorządu terytorialnego). Prawo konkurencji ma bowiem zastosowanie do bardzo szerokiej grupy podmiotów, określanych na potrzeby ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jako przedsiębiorcy (zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez przedsiębiorcę rozumie się również: „osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”). Celem działalności jednostek samorządu terytorialnego jednak „nie jest zarobek, tylko uczestniczenie w sprawowaniu władzy publicznej i zaspokajanie potrzeb społecznych wspólnot lokalnych” (zob. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Oficyna 2009, baza LEX, pkt 2.1.2.2.). Powyższe stwierdzenie dotyczy także jednostek samorządu terytorialnego, które zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów, mogą być traktowane jako przedsiębiorcy. Podobne spostrzeżenia, co w odniesieniu do samorządu terytorialnego, można również poczynić w większości przypadków w odniesieniu do jednostek państwowych na poziomie centralnym. Podsumowując należy zatem stwierdzić, że istnieją przedsiębiorcy, których działalność podlega zainteresowaniu prawa konkurencji, a których immamentnym celem **nie jest** wcale maksymalizacja zysków. Jednakże dla potrzeb analizy kryterium antykonkurencyjnego zamiaru istnienie takich przedsiębiorców nie ma większego znaczenia, ponieważ kryterium to formułowane jest w sposób uniwersalny, niezależny od rodzaju przedsiębiorcy. Kryterium takie nie byłoby co prawda teoretycznie sprzeczne w odniesieniu wyłącznie do przedsiębiorców prowadzących działalność użyteczności publicznej, niemniej jednak nikt akurat w odniesieniu do tej grupy przedsiębiorców takiego kryterium nie formułuje (i nie wiadomo też, o czym takie kryterium miałyby w odniesieniu do tych przedsiębiorców ewentualnie przesądzać).

zysków<sup>176</sup>. Ze względu na ograniczoną liczbę dostępnych dóbr i pieniądza, dodatkowy wzrost zysków danego przedsiębiorcy będzie oznaczał spadek zysków jego konkurentów (i to konkurentów w znaczeniu szerokim, czyli zarówno przedsiębiorców działających na tym samym rynku właściwym, jak i innych przedsiębiorców) W skrajnej sytuacji spadek zysków wśród konkurentów danego przedsiębiorcy doprowadzi zaś do ich eliminacji z rynku<sup>177</sup>. Powyższą, w gruncie rzeczy trywialną obserwację o naturze konkurencji i istocie obecności przedsiębiorców na rynku można również odnaleźć w doktrynie polskiego prawa oraz w orzecznictwie. Przykładowo Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 20 listopada 2008 r. zdefiniował konkurencję właśnie jako „rywalizację co najmniej dwóch podmiotów w dążeniu do osiągnięcia tego samego celu, lecz z jednoczesnym działaniem zmierzającym do uzyskania przewagi”<sup>178</sup>.

Podobną opinię, co prawda na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wyrazili W. Pyziół oraz A. Walaszek–Pyziół, twierdząc, że;

„Niejako **immanentną** cechą działań konkurencyjnych (...) jest to, iż mogą one wywierać niekorzystny wpływ na sytuację faktyczną innych przedsiębiorców lub (a także) konsumentów, czyli – mówiąc inaczej – **naruszać interes** ww. podmiotów. W szczególności

---

<sup>176</sup> Model *homo economicus* (kojarzony najczęściej z Adamem Smithem), jako podstawowe założenie opisujące gospodarkę, jest co prawda ostatnio kwestionowany przez niektórych współczesnych ekonomistów związanych w szczególności z tzw. ekonomią behawioralną, którzy uznają, że dla pełnego zrozumienia współczesnej gospodarki niezbędne jest odwołanie się do, wprowadzonego przez Keynesa, pojęcia zwierzęcych instynktów (zob. w szczególności G. A. Akerlof, R.J. Shiller, *Zwierzęce instynkty. Czy ludzka psychika napędza globalną gospodarkę i jaki to ma wpływ na przemiany światowego kapitalizmu*, Wydawnictwo Studio Emka, Warszawa 2010 oraz T. Sedlacek, *Ekonomia dobra i zła*, Wydawnictwo Studio Emka, Warszawa 2012). Niemniej jednak nawet ci ekonomiści przyznają, że większość sytuacji wydarzających się w gospodarce jest dobrze opisywane przez teorie, u podnóża których leży koncepcja *homo economicus*, zob.: „Dlatego też nawet w najgorszym wypadku teoria ta (chodzi o klasyczną ekonomię Adama Smitha) zasługuje na uznanie, choćby według kryterium wyznaczonego przez pewnego ucznia (...). Skarżył się on mianowicie, że dostał z dyktanda zaledwie trójkę, mimo że przecież aż 70 procent napisał poprawnie. Teoria ta sprawdza się też całkiem nieźle nawet przy najmniej dokładnych przewidywaniach, i to od dwustu lat” (G. A. Akerlof, *op. cit.*, s. 20). Wracając do antykonkurencyjnego zamiaru, nawet jeżeli koncepcja *homo economicus* nie wyjaśnia wszystkich zachowań przedsiębiorców na rynku, to z dużą dozą prawdopodobieństwa można orzec, że opisuje ona dobrze większość tych zachowań.

<sup>177</sup> Ta współzależność pomiędzy wzrostem zysków (przychodów) jednej firmy i spadkiem zysków (przychodów) jej konkurentów jest szczególnie widoczna na rynkach skoncentrowanych. Zwraca na to uwagę H. Hovenkamp: „Przykładowo, dominująca firma, która obniża cenę w celu zwiększenia swojej sprzedaży niewątpliwie wie, i ten sposób <zamierza> (*intends*), że rezultatem tego obniżenia będzie zwiększenie presji na rywalach, obniżenie wolumenu ich sprzedaży, a być może nawet, ich wykluczenie z rynku (*exit from the market*)”, H. Hovenkamp, *The monopolization...*, *op. cit.*, s. 1039-1040.

<sup>178</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. III SK 12/08, cyt. za G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, *op. cit.*

ich skutkiem może być – w skrajnych przypadkach – całkowite wyeliminowanie innego przedsiębiorcy z działalności gospodarczej.”<sup>179</sup>

Co prawda, powyższe stwierdzenie dotyczy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednakże po dokonaniu pewnej modyfikacji ma ono również zastosowanie do praktyk zakazanych na gruncie art. 6 oraz art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Trudno bowiem zarzucać przedsiębiorcom, że ich rynkowe działania motywowane są chęcią maksymalizacji własnych zysków, co w znaczącej liczbie przypadków oznaczać będzie właśnie chęć eliminacji konkurencji. **Przedsiębiorca dążący do eliminacji swojej konkurencji jest przedsiębiorcą zachowującym się racjonalnie**<sup>180</sup>. Schizofreniczna byłaby zatem sytuacja, w której karalność lub legalność określonego rynkowego zachowania byłaby uzależniona od posiadania przez przedsiębiorcę antykonkurencyjnego zamiaru. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez W. Pyziola i A. Walaszek-Pyziół prawo może zakazać przedsiębiorcom jedynie zachowań, które są nieuczciwe (jest to co do zasady rola reguł zawartych w u.z.n.k., chociaż w zakresie tzw. praktyk eksploatacyjnych, zachowań nieuczciwych zakazują również reguły zawarte w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów) oraz (jest to co do zasady rola norm prawa antymonopolowego) zachowań, które prowadziłyby do powstania mało konkurencyjnych rynków z nieefektywnymi monopolami<sup>181</sup> (nieefektywnymi rzecz jasna dla społeczeństwa, ponieważ dla przedsiębiorcy pozycja monopolisty wiąże się najczęściej z możliwością zwiększenia zysków poprzez pobieranie tzw. renty monopolistycznej, czyli z efektywnością<sup>182</sup>).

---

<sup>179</sup> W. Pyziół, A. Walaszek-Pyziół, *Czyn nieuczciwej konkurencji (analiza pojęcia)*, Przegląd Prawa Handlowego 1994/10, s. 4.

<sup>180</sup> *A contrario*, całkiem sensowne w prawie konkurencji (z punktu widzenia jego ekonomicznych i filozoficznych podstaw) wydaje się kryterium oparte o brak ekonomicznego uzasadnienia działania przedsiębiorcy (a więc kryterium, którego treścią jest swoista nieracjonalność w działaniu przedsiębiorcy). O ile bowiem trudno uzależniać karalność zachowania przedsiębiorcy od posiadania intencji, która leży w jego naturze i jest w świetle ekonomii jak najbardziej racjonalna, o tyle teoretycznie sensowne wydaje się uzależnianie karania przedsiębiorców od intencji, która nie powinna leżeć w naturze przedsiębiorcy. Taka nieracjonalna ekonomicznie intencja polegałaby na chęci, niejako złośliwego zaszkodzenia konkurentowi bez jednoczesnych widoków na jakąkolwiek korzyść dla „szkodzącego” przedsiębiorcy. W tym miejscu powstaje jednak pytanie, czy wyżej opisane zachowanie nie powinno być raczej nielegalne raczej na gruncie prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji.

<sup>181</sup> Podobnie o relacjach pomiędzy celami prawa konkurencji i prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji pisze P. Podrecki: „można zauważyć, że o ile ustawa antymonopolowa jest skierowana głównie na rozwój konkurencji, w szczególności na ochronę <wolnej konkurencji>, prawo nieuczciwej konkurencji w zakresie wolności konkurencji ma wewnętrzne granice wynikające z klauzuli <dobrych obyczajów>” (P. Podrecki, *Stosunek...*, *op. cit.*, s. 23).

<sup>182</sup> Wyczerpująco i zwięźle o ekonomicznej roli prawa konkurencji w zapobieganiu przez nieefektywnym monopolom można przeczytać w rozdziale pierwszym (*The Costs - and Occasionally the Benefits - of Monopoly*) książki *Antitrust Law* Richarda Posnera, który poświęcony jest kosztom i korzyściom wynikającym z monopolu, zob. R. Posner, *op. cit.*, s. 9-33.



W świetle powyższych rozważań na temat natury konkurencji i obecności przedsiębiorców na rynku wydaje się zatem, że **zamiar antykonkurencyjny rozumiany jako subiektywny stosunek przedsiębiorców wobec swoich konkurentów nie powinien być relewantny dla oceny jakiegokolwiek z praktyk zakazanych na mocy art. 6 i art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów**. Na powyższej konkluzji nie sposób jednak poprzestać zważywszy na silne zadomowienie kryterium antykonkurencyjnego zamiaru w europejskim orzecznictwie dotyczącym nadużycia pozycji dominującej oraz w amerykańskim prawie antytrustowym, gdzie również istnieje, co prawda nieliczna, grupa zwolenników kryterium antykonkurencyjnego zamiaru<sup>183</sup>. W związku z powyższym, w następnej części tej pracy postaram się odpowiedzieć na pytanie, jak ewentualnie, w sposób zgodny z powyższymi uwagami, można przejść do porządku dziennego nad kryterium antykonkurencyjnego zamiaru. Postaram się toteż w istocie odpowiedzieć na pytanie, co innego niż antykonkurencyjny zamiar można rozumieć pod pojęciem „antykonkurencyjnego zamiaru”. Następnie poczynione uwagi postaram się skonfrontować z sytuacjami, gdzie pojęcia związane z antykonkurencyjnym zamiarem pojawiają się w prawie konkurencji (chodzi po pierwsze, o zawarte w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pojęcie antykonkurencyjnego „celu” porozumień i po drugie, o wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz Sądu Pierwszej Instancji dotyczące drapieżnictwa cenowego oraz dokuczliwego procesowania się).

### **3.5.1. Zamiar antykonkurencyjny jako obiektywny opis danej praktyki**

Po pierwsze, sądy i autorzy posługujący się określeniem antykonkurencyjnego zamiaru, we wszystkich jego lingwistycznych wariacjach (intencja, cel, chęć, plan itp.), mogą mieć na myśli po prostu pewien **obiektywny** opis zachowania, które można przypisać danemu przedsiębiorcy.

Użycie sformułowania takiego jak zamiar, czy też cel, w odniesieniu do naruszenia konkurencji byłoby w takiej sytuacji pewnym językowym uproszczeniem oznaczającym, że dana praktyka, oceniana obiektywnie, ma na celu negatywne oddziaływanie na konkurencję (przy czym takie negatywne oddziaływanie oznaczałoby nie tyle każde negatywne oddziaływanie na konkurentów danego przedsiębiorcy, ale tylko to oddziaływanie, które podlegałoby negatywnej ocenie w świetle celów prawa konkurencji). Biorąc pod uwagę

---

<sup>183</sup> Zob. np. M. Lao, *Reclaiming a role for intent evidence in monopolization analysis*, American University Law Review, October 2004, baza Westlaw.

częstą językową frywolność obecną w orzecznictwie organów konkurencji i sądów, powyższe rozumienie pojęcia antykonkurencyjnego zamiaru wydaje się nie takie znowu wątpliwe. Na ową językową frywolność zwraca uwagę również H. Hovenkamp, który komentując słynny wyrok Amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Standard Oil*<sup>184</sup> podkreślił, że „podczas, gdy sąd mówił o intencji, w rzeczywistości nie zrobił on nic innego, tylko wywodził intencję z treści samego zachowania”<sup>185</sup>.

Obiektywne rozumienie kryterium antykonkurencyjnego zamiaru ma wielu zwolenników wśród doktryny europejskiego prawa konkurencji. Najbardziej obrazowo ich stanowisko oddała chyba V. Korah stwierdzając, że „intencja wykluczenia odnosi się do zachowania, które nie byłoby handlowo sensowne, gdyby nie oznaczało wykluczenia”. Powyższa, obiektywna interpretacja antykonkurencyjnego zamiaru posiada według V. Korah właśnie „zaletę bycia obiektywną i pozwala uniknięcia pogoni za dokumentami zawierającymi stwierdzenia w stylu macho, takie jak <zgniotę cię jak robaka>”<sup>186</sup>.

### 3.5.2. Zamiar antykonkurencyjny jako swoiste domniemanie faktyczne

Po drugie, kryterium antykonkurencyjnego zamiaru może być w istocie rozumiane jako pewne ułatwienie dowodowe pozwalające uznać, że przedsiębiorca w sferze obiektywnej dopuścił się zakazanej praktyki<sup>187</sup>. W takiej sytuacji antykonkurencyjny zamiar wnioskowany jest z zachowania osób fizycznych wchodzących w skład danego przedsiębiorcy, ale **nie stanowi teoretycznej przesłanki określonej zakazanej praktyki**. Subiektywnie wyrażone przez pracowników danej spółki opinie (które nie muszą być nawet wprost wyrażane, ale mogą być wnioskowane z faktycznego postępowania danych osób) mogą służyć organowi konkurencji jako swoiste domniemanie faktyczne pozwalające dopatrzeć się zrealizowania przez przedsiębiorcę **obiektywnych** przesłanek danej praktyki.

Często bowiem zachowanie osób zarządzających lub wchodzących w skład danego przedsiębiorcy może pomóc organowi konkurencji stwierdzić, czy postępowanie określonego

---

<sup>184</sup> Zob. wyrok Amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911), baza Westlaw.

<sup>185</sup> H. Hovenkamp, *op. cit.*, s. 1038. W oryginale powyższy cytat w całości brzmi następująco: “*Note, however, that while this language spoke of intent, in fact the Court was doing no more than inferring the intent from the conduct itself. In that case the inference of legality was based strictly on conduct, and intent could be dropped from the equation*”.

<sup>186</sup> V. Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9th Edn, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2007, s. 191.

<sup>187</sup> W taki właśnie sposób pojęcie antykonkurencyjnego zamiaru wydaje się rozumieć Marina Lao, proponentka kryterium antykonkurencyjnego zamiaru w amerykańskim prawie antymonopolowym, zob. M. Lao, *Reclaiming...*, *op. cit.*

przedsiębiorcy spełnia obiektywne przesłanki danej praktyki. Dla zbadania antykonkurencyjnego zamiaru, rozumianego jako pewne ułatwienie dowodowe, najczęściej dochodzić więc będzie (i w praktyce dochodzi) poprzez analizę zachowania poszczególnych osób wchodzących w skład tego przedsiębiorcy<sup>188</sup>. We wspomnianych już sprawach rozstrzyganych przez sądy europejskie, w których zamiar antykonkurencyjny został uznany za okoliczność relewantną dla stwierdzenia jakiejś praktyki za zakazaną, zamiar ten był najczęściej wnioskowany właśnie na podstawie analizy treści oświadczeń osób będących członkami kierownictwa danej firmy (najczęściej poprzez badanie treści wewnętrznej korespondencji np. w postaci e-maili, czy wewnętrznych memorandumów)<sup>189</sup>.

Dlatego też w niektórych sytuacjach poznanie przez organy konkurencji, wyrażanych poufnie opinii osób „z wewnątrz” danej firmy, może okazać się bardzo pomocne dla oceny obiektywnego charakteru praktyk antykonkurencyjnych (i tym samym ich legalności), a w konsekwencji oszczędzić organowi konkurencji wiele cennego czasu. To bowiem ludzie wewnątrz danego przedsiębiorstwa częstokroć najlepiej znają rynek, na którym przyszło im pracować i to oni są w stanie, w najdokładniejszy sposób, określić skutki jakie przyniesie dla rynku (konkurentów) zachowanie zarządzanego przez nich przedsiębiorstwa (szczególnie, gdy osoby te są przekonane, że wyrażana przez nich opinia nie ujrzy światła dziennego).

Co ciekawe, fakt wnioskowania antykonkurencyjnego zamiaru z treści wewnętrznej korespondencji pracowników danej firmy jest w Stanach Zjednoczonych jednym z zarzutów przeciwko kryterium antykonkurencyjnego zamiaru. Podnosi się bowiem, że „członkowie ławy przysięgłych są skłonni błędnie przyjmować używane przez pracowników sportowe i wojenne metafory za korporacyjny antykonkurencyjny zamiar i w związku z tym obecność lub brak dowodów związanych z zamiarem zależy głównie od prawnego wysublimowania pozwanych”<sup>190</sup>.

Za przykład sytuacji, w której Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, mówiąc o antykonkurencyjnym zamiarze, miał w istocie na myśli pewne dowodowe ułatwienie pozwalające na stwierdzenia zaistnienia obiektywnej przesłanki określonej zakazanej praktyki może posłużyć decyzja UOKiK z dnia 16 października 2002 r.<sup>191</sup>

W powyższej decyzji UOKiK uznał, że powiat limanowski nadużył pozycji dominującej na lokalnym rynku dysponowania nieruchomościami poprzez narzucenie,

---

<sup>188</sup> Zarysowującemu się tutaj zagadnieniu analizy strony subiektywnej u tzw. podmiotów kolektywnych zostanie poświęcony rozdział 4 tej pracy.

<sup>189</sup> Zob. np. *AKZO Chemie, op. cit.*, paragrafy 79-80.

<sup>190</sup> M. Lao, *op. cit.*, s. 157.

<sup>191</sup> Decyzja UOKiK z dnia 16 października 2002 r., nr RKR-26/2002, <http://uokik.gov.pl>.

w wyniku przetargu, nadmiernie wygórowanej ceny najmu nieruchomości szpitalnej (praktyka narzucania nadmiernie wygórowanych cen jest zakazana na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k.). W przetargu o zawarcie z powiatem umowy najmu nieruchomości startowały dwa podmioty: Samodzielny Publiczny ZOZ – Szpital w Limanowej oraz Stowarzyszenie Ochrony i Promocji Zdrowia w Szczyrzycu (zawiadomienie do UOKiK złożył ten drugi podmiot). Organem założycielskim pierwszego podmiotu, który ostatecznie wygrał przetarg osiągając cenę najmu na poziomie wyższym o 60% niż rynkowa stawka najmu, był właśnie powiat limanowski. Po przeprowadzeniu podstępownia dowodowego UOKiK słusznie uznał, że co do zasady stosowanie przez przedsiębiorców wysokich cen nie jest niedozwolone<sup>192</sup>. Jednakże UOKiK dla zbadania, czy cenę należy uznać za wygórowaną, wprowadził właśnie kryterium antykonkurencyjnego zamiaru (co warte podkreślenia stosowanie kryterium antykonkurencyjnego zamiaru do praktyki polegającej na stosowaniu wygórowanych cen jest twórczym podejściem UOKiK i nie wynika z orzecznictwa sądów europejskich). W analizowanej sprawie, dla określenia, czy cena najmu osiągnięta w wyniku przetargu jest wygórowana, należało według UOKiK zbadać „czy celem przeprowadzonego przetargu na wynajem nieruchomości (...) jak podnosi Powiat - uzyskanie jak najwyższej ceny”, czy też „celem tego działania była ochrona Szpitala Publicznego przed konkurencją ze strony Szpitala Stowarzyszenia”<sup>193</sup>.

W analizowanej sprawie UOKiK dopatrył się ostatecznie po stronie powiatu antykonkurencyjnego zamiaru polegającego właśnie na chęci uprzywilejowania szpitala publicznego wobec innych, startujących w przetargu konkurentów. Wydaje się jednak, że antykonkurencyjny zamiar nie stanowił dla UOKiK doktrynalnej przesłanki praktyki polegającej na narzucaniu wygórowanych cen. Poznanie przez UOKiK „zamiaru” powiatu, poprzez analizę zachowania osób odpowiedzialnych za organizację przez powiat przetargu, ułatwiło jedynie UOKiK ocenę, czy w okolicznościach faktycznych danej sprawy cenę należało uznać za wygórowaną.

### **3.5.3. Zamiar antykonkurencyjny jako zamiar konkurencji niemerytorycznej**

Po trzecie wreszcie, wydaje się, że mówiąc o antykonkurencyjnym zamiarze rozróżnia się niejako zachowania motywowane bezpośrednio tym zamiarem i zachowania, u których

---

<sup>192</sup> Analizowana sprawa jest interesująca również z innego powodu. Warto również zauważyć, że praktyka polegająca na stosowaniu wygórowanych cen miała w tej sprawie, nie jak najczęściej w tego typu przypadkach charakter eksploatacyjny, ale charakter antykonkurencyjny (wykluczający).

<sup>193</sup> Decyzja UOKiK z dnia 16 października 2002 r., *op. cit.*

podłoża leży co prawda antykonkurencyjny zamiar (ponieważ jest on immamentnym elementem obecności przedsiębiorcy na rynku), niemniej jednak treść tego zamiaru nie polega w danym wypadku na chęci bezpośredniego zaszkodzenia/wykluczenia konkurentów, ale niejako na pośrednim zaszkodzeniu tym konkurentom poprzez zwiększenie swojej własnej efektywności. Mówiąc zatem o antykonkurencyjnym zamiarze jako o przesłance karalności danej praktyki, ma się w istocie na myśli nie ten pierwszy „bezpośrednio” antykonkurencyjny zamiar, ale „zamiar konkurencji niemerytorycznej”.

Powyższe rozróżnienie na bezpośredni i pośredni zamiar antykonkurencyjny i wiąże się z próbą zdefiniowania w teorii prawa antymonopolowego przez Trybunał Sprawiedliwości Unii europejskiej zachowań przedsiębiorców, które określane są jako tzw. normalna konkurencja (*normal competition*) lub konkurencja merytoryczna (*competition on merits*), a zachowań, jakie taką konkurencją nie są<sup>194</sup>. Podobne rozróżnienie czynione jest również w amerykańskim prawie konkurencji.<sup>195</sup> Jak zauważa np. L. Gyselen, w kontekście analizy dopuszczalności stosowania przez dominantów rabatów lojalnościowych w europejskim prawie konkurencji, „dominujący przedsiębiorcy mogą swobodnie powiększać swój udział w rynku kosztem konkurentów, pod warunkiem, że konkurują oni w sposób merytoryczny”<sup>196</sup>. To, czy dane zachowanie można określić jako normalną konkurencję jest w europejskim prawie konkurencji powiązane z odpowiedzią na pytanie, czy zachowanie przedsiębiorcy posiada obiektywne uzasadnienie (*objective justification*)<sup>197</sup>.

W świetle poprzedniego akapitu należałoby stwierdzić, że „immanentna” chęć uzyskania przez danego przedsiębiorcę przewagi nad swoimi konkurentami realizowana poprzez zachowania mieszczące się ramach tzw. normalnej lub merytorycznej konkurencji nie jest zatem rozumiana jako antykonkurencyjny zamiar<sup>198</sup>.

---

<sup>194</sup> Pojęcie „*normal competition*” zostało przez ETS użyte w sprawie *Hoffmann-La Roche*, natomiast pojęcie „*competition on the merits*” pojawiło się w orzeczeniu *AKZO Chemie* (więcej o próbach zdefiniowania przez TSUE pojęcia konkurencji merytorycznej i normalnej konkurencji, zob. np. A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, s. 305-307).

<sup>195</sup> Zob. np. R. A. Epstein, *Monopoly Dominance or Level Playing Field? The New Antitrust Paradox*, University of Chicago Law Review Winter 2005, baza Westlaw, pkt I.B.1.: „*Co do zasady, wszyscy konkurenci pragną „zgnieść” swoich rywali, w związku z tym nie ma żadnej wątpliwości, że powinni oni ponosić odpowiedzialność tylko wtedy, kiedy wybierają bezprawne środki – np. przymus lub oszustwo, żeby osiągnąć swój cel (...). Sprawia wielką różnicę to, czy drużyna baseballowa pragnie pokonać swojego przeciwnika poprzez wybicie piłki poza stadion, czy też poprzez wsadzanie kamyków pod podeszwy swoich przeciwników.*”

<sup>196</sup> L. Gyselen, *op. cit.*, s. 6.

<sup>197</sup> Więcej o kryterium obiektywnego uzasadnienia, zob. np. L. Gyselen, *ibidem*, s. 10-11 i A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz nadużycia pozycji dominującej we wspólnotowym i polskim prawie antymonopolowym*, TNOiK, Toruń, s. 150-152.

<sup>198</sup> Takie właśnie rozumienie kryterium antykonkurencyjnego zamiaru, tożsame z zamiarem „nienormalnej konkurencji”, jest przypisywane Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej przez A. Jones i B. Sufrin (A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law. Texts, Cases and Materials.*, Third Edition, Oxford University Press, 2008, s. 450).

Wyżej zaprezentowane rozumienie antykonkurencyjnego zamiaru ma jednak pewną wadę. Niebezpiecznie zbliża się ono bowiem do sfery obiektywnej i przez to wprowadza do prawa antymonopolowego niepotrzebne komplikacje. To przecież od obiektywnego obserwatora, którym będzie organ ochrony konkurencji, będzie zależało, czy dane zachowanie przedsiębiorcy mieści się w kategorii „merytorycznej konkurencji”. Sama nawet treść kryterium „obiektywnego (!) uzasadnienia” pokazuje przecież, że w istocie ocena, czy dane zachowanie przedsiębiorcy będzie mieściło się w kategorii „normalnej konkurencji” będzie dokonywane na płaszczyźnie obiektywnej. Takie więc rozumienie antykonkurencyjnego zamiaru, które utożsamia go z konkutowaniem w sposób „nienormalny” lub „niemerytoryczny” jest w istocie przenoszeniem zamiaru (który powinien być badany w sferze subiektywnej) na płaszczyznę obiektywną i niepotrzebnie komplikuje jedynie, i tak już niełatwe, zagadnienie strony subiektywnej w prawie konkurencji. Podsumowując, trzecie z zaprezentowanych wyżej rozumień antykonkurencyjnego zamiaru jest w istocie pewną specyficzną odmianą pierwszego z zaprezentowanych w tej części pracy rozumień tego kontrowersyjnego pojęcia.

Biorąc pod uwagę wyżej poczynione rozważania na temat dopuszczalnych rozumień pojęcia antykonkurencyjnego zamiaru (celu, intencji itp.) należy stwierdzić, że pojęcie to nie jest w prawie konkurencji określeniem nazbyt fortunnym. Zważywszy jednak na jego występowanie w prawie antymonopolowym, postaram się pokrótce przeanalizować, jakie znaczenie przyjmuje to określenie w odniesieniu: po pierwsze, do zakazanych porozumień, których „celem” jest ograniczenie konkurencji i, po drugie, w odniesieniu do nadużywania pozycji dominującej w postaci drapieżnictwa cenowego i dokuczliwego procesowania się.

### **3.6. Antykonkurencyjny zamiar a cel porozumień**

Jak już wspominałem, zarówno polskie, jak i europejskie prawo konkurencji zakazuje porozumień, których „celem” jest negatywne oddziaływanie na konkurencję. Oddziaływanie to określane jest w przepisach w różnoraki sposób, bądź jako „wyeliminowanie”, „ograniczenie” lub „naruszenie” konkurencji w prawie polskim, bądź też jako „zapobieżenie”, „ograniczenie” lub „wykluczenie” konkurencji w prawie europejskim. Konstrukcyjnie rzecz biorąc antykonkurencyjny cel (lub skutek) porozumień jest w polskim (podobnie zresztą w europejskim) prawie konkurencji ogólną, wynikającą z art. 6 u.o.k.k., przesłanką dotyczącą wszystkich porozumień, których poszczególne, aczkolwiek przykładowe rodzaje (np.

porozumienia cenowe, podziałowe, dyskryminacyjne) itp. są później wymienione w art. 6 pkt 1-7 u.o.k.k. Należy zatem zastanowić się, czy wymóg antykonkurencyjnego celu porozumień jest tożsamy w prawie konkurencji z antykonkurencyjnym zamiarem (rozumianym jako subiektywny stosunek przedsiębiorcy wobec konkurentów), co sugerowałoby literalne brzmienie art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 101 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Polska doktryna prawa konkurencji dość jednoznacznie stoi na stanowisku, zgodnie z którym „oceniając cel porozumienia, należy to czynić obiektywnie, w kontekście warunków konkurencji na danym rynku, a nie biorąc pod uwagę subiektywne wyobrażenia stron porozumienia co do jego celu”<sup>199</sup>. Podobne stanowisko wyrażają też autorzy europejscy w odniesieniu do wspomnianego wyżej przepisu TFUE<sup>200</sup>. Poglądy doktryny znajdują uzasadnienie w praktyce organów ochrony konkurencji. Przykładowo UOKiK w decyzjach z dnia 26 czerwca 2007 r.<sup>201</sup> oraz z dnia 31 grudnia 2008 r.<sup>202</sup> stwierdził, że „dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma obiektywny cel, a nie subiektywne wyobrażenie jego stron o zamiarach, czy motywach działania”. Według UOKiK cel porozumienia powinien być wywodzony „z całokształtu lub przynajmniej z części postanowień łączących strony, na podstawie ich literalnego brzmienia i okoliczności związanych z zawarciem i realizacją (...) porozumienia”<sup>203</sup>. Podobne stanowisko do wyżej zaprezentowanych poglądów UOKiK da się również odnaleźć w orzecznictwie sądów europejskich<sup>204</sup>. W związku z powyższym należałoby składować, że antykonkurencyjny cel porozumień jest w polskim (jak i europejskim) prawie konkurencji rozumiany właśnie jako obiektywny

---

<sup>199</sup> Tak C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydanie 1, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 188, T. Skoczny (red.), *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 379, A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, s. 225 oraz K. Kohutek, M. Sieradzka, *op. cit.*, s. 254.

<sup>200</sup> Zob. Bellamy & Child, *op. cit.*, s. 162: „cel (*object*) porozumienia powinien być określany poprzez obiektywne ustalenie celów (*objective assessment of the aims*) badanego porozumienia i nie jest konieczne badanie subiektywnych intencji stron”, C. Graham, *op. cit.*, s. 87: „to, czy porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji nie ma być stwierdzane za pomocą analizy intencji stron, chociaż intencja ta może zostać wzięta pod uwagę, ale skutek zbadania celów porozumienia w świetle ekonomicznego kontekstu tego porozumienia, D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *op. cit.*, s. 1000: „cel porozumienia nie jest stwierdzany na podstawie intencji stron, ale raczej porozumienie posiada antykonkurencyjny cel, gdy ograniczenie konkurencji jest oczywiste.”

<sup>201</sup> Decyzja UOKiK z dnia 26 czerwca 2007 r., nr RWR-20/2007, <http://uokik.gov.pl>.

<sup>202</sup> Decyzja UOKiK z dnia 31 grudnia 2008 r., nr RKT-107/2008, *op. cit.*

<sup>203</sup> Decyzja UOKiK z dnia 8 lipca 2011 r., nr RLU-9/2001, <http://uokik.gov.pl>.

<sup>204</sup> Zob. np. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 marca 1984 r. w sprawach 29/83 i 30/83 (*CRAM and Rheinzink p. Komisji*), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61983CJ0029:EN:HTML>, dostęp 25.5.2012, paragraf 26: „w celu stwierdzenia, czy porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji nie jest konieczne badanie tego, z inicjatywy której z dwóch stron porozumienia, zostało w tym porozumieniu zamieszczone konkretne postanowienie oraz weryfikowanie, czy strony miały wspólną intencję (*common intent*) w momencie zawierania porozumienia. Istotne jest raczej zbadanie celów porozumienia jako takiego w świetle ekonomicznego kontekstu zastosowania tego porozumienia.”

opis danej praktyki, czyli w sposób najbliższy pierwszej z zaprezentowanych w poprzednim punkcie interpretacji pojęcia antykonkurencyjnego zamiaru.

Diabeł tkwi oczywiście w szczegółach. Okazuje się bowiem, że samo powtarzanie przez doktrynę, stającego się powoli truizmem, poglądu o konieczności oceniania celu porozumień na płaszczyźnie obiektywnej nie oznacza, że kwestia antykonkurencyjnego celu porozumienia jest zupełnie niezależna od umyślności i nieumyślności, które stanowią przecież elementy strony podmiotowej deliktu administracyjnego. Przykładowo A. Jurkowska w komentarzu do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod redakcją T. Skoczny, kilka zdań przed tym, gdy powtarza tezę o obiektywnym znaczeniu kryterium antykonkurencyjnego celu porozumień, formułuje następujące stanowisko: „Porozumienia ukierunkowane na osiągnięcie celu w postaci ograniczenia konkurencji, zwłaszcza te, w których antykonkurencyjny cel wyrażony jest bezpośrednio, stanowią przejaw <umyślnego działania> (...).”<sup>205</sup> Powyższy pogląd jest oczywiście błędny, przy założeniu (akceptowanym wydawałoby się przez autorkę), że kryterium antykonkurencyjnego celu porozumień powinno być interpretowane w sposób obiektywny, a nie subiektywny. Wydaje się zatem, że rozróżnienie antykonkurencyjnego celu porozumień (płaszczyzna obiektywna) od sfery podmiotowej związanej z umyślnością i nieumyślnością wcale nie jest dla polskiej doktryny prawa konkurencji tak oczywiste, jak mogłoby się to na pozór wydawać.

Na koniec, w kontekście powyższych rozważań, warto zastanowić się na sensie wprowadzenia przez ustawodawcę do prawa konkurencji pojęcia antykonkurencyjnego celu porozumień. Jeżeli bowiem antykonkurencyjny cel porozumienia powinno rozumieć się na płaszczyźnie obiektywnej, a nie subiektywnej, powstaje pytanie, dlaczego ustawodawca polski (jak i europejski) zdecydował się na wprowadzenie jako ogólnych kryteriów zakazanych porozumień odrębnie antykonkurencyjnego celu oraz antykonkurencyjnego skutku. Ciekawym i stosunkowo częstym poglądem na temat sensowności rozróżnienia zakazanych porozumień na te, które mają antykonkurencyjny skutek oraz te, które posiadają antykonkurencyjny cel, jest pogląd mówiący, że nie każde porozumienie da się badać pod kątem celu i skutku, ponieważ istnieje pewien rodzaj porozumień, co do których zawsze można powiedzieć, że posiadają, obiektywnie rozumiany, antykonkurencyjny cel. Porozumienia te określane są jako zawierające tzw. *hard-core restrictions* lub też zakazane *per se*. Warto przy okazji zauważyć, że zaprezentowane powyżej rozumienie pojęć *hard-core restrictions* oraz *per se* odpowiada drugiej z przedstawionych w niniejszej pracy interpretacji

---

<sup>205</sup> Zob. A. Jurkowska, [w:] T. Skoczny (red.), *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 379.



tych pojęć, polegającej na tym, że w razie uznania porozumienia za zakazane *per se*, lub zawierające tzw. *hard-core restrictions* organ ochrony konkurencji nie musi badać rynkowych skutków takiego porozumienia (czyli organ nie stosuje do oceny takiego porozumienia kryterium antykonkurencyjnego skutku). W prawie europejskim natomiast porozumienia posiadające antykonkurencyjny cel identyfikowane są z porozumieniami zakazanymi *per se* czy też porozumieniami zawierającymi tzw. *hard-core restrictions* m.in. przez V. Rose i P. Rothe'a<sup>206</sup>. Wydaje mi się, że stanowisko to, wyjaśniające dokonane przez ustawodawcę rozróżnienie na porozumienia mające antykonkurencyjny cel i skutek, jest trafne i posiada dużą dozę spójności.

Powyższe stanowisko należy jednak w polskiej doktrynie prawa konkurencji do poglądów mniejszościowych i jest wyrażane jedynie przez A. Stawickiego<sup>207</sup>. Pozostali autorzy uważają w zasadzie, że antykonkurencyjny cel i skutek porozumienia są w polskim prawie konkurencji przesłankami alternatywnymi i mogą występować oddzielnie lub łącznie, teoretycznie w każdym rodzaju porozumienia. Autorzy ci nie wyodrębniają, w przeciwieństwie do A. Stawickiego, odrębnej grupy najbardziej nagannych porozumień posiadających niejako inherentny antykonkurencyjny cel<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> Bellamy & Child, *op. cit.*, s. 162-165. Jeden z tytułów podpunktów w rozdziale dotyczącym art. 101(1) TFUE został nawet nazwany przez autorów w znamienny sposób: '*Hard-core*' restrictions: objects restrictive *per se*.

<sup>207</sup> A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, s. 229-232. Warto jednak zauważyć, w kontekście punktu 2.5.1. tej pracy, że akurat A. Stawicki w odniesieniu do porozumień mających antykonkurencyjny cel używa określenia *hard-core restrictions*, natomiast w odniesieniu do porozumień, co do których zastosowania nie mają progi bagatelności z art. 7 u.o.k.k. autor posługuje się określeniem *per se*.

<sup>208</sup> Zob. C. Banasiński, E. Piontek (red.), *op. cit.*, s. 190: „w dużej części przypadków porozumień ograniczających konkurencję cel i skutek porozumienia faktycznie występują łącznie”, T. Skoczny (red.), *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 378: „cel i skutek nie muszą występować łącznie, przesłanki mają charakter alternatywny”. Mało zrozumiały jest pogląd K. Kohutka, który uważa, że antykonkurencyjny cel „zasadniczo przypisywać należy porozumieniom zawierającym postanowienia wymienione w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. czy też porozumieniom skonstruowanym na podobieństwo tychże postanowień” (K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *op. cit.*, s. 253). Za porozumienia posiadające antykonkurencyjny skutek K. Kohutek proponuje za to uznać porozumienia nieformalne (*gentleman's agreement*), których istnienie może zostać rzekomo stwierdzone jedynie przez analizę ich skutków rynkowych (*ibidem*, s. 256). Powyższe stanowisko K. Kohutka słusznej krytyce poddaje A. Stawicki twierdząc m.in., że kwestia udowodnienia antykonkurencyjnego celu i skutku nijak się ma do merytorycznego znaczenia tych pojęć (A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, przypisy 449 i 450, s. 231).

### 3.7. Antykonkurencyjny zamiar a nadużycie pozycji dominującej

#### 3.7.1. Drapieżnictwo cenowe

Jak już wspomniałem, po raz pierwszy antykonkurencyjny zamiar jako przesłanka stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej został wprowadzony przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *AKZO* w 1991 r. Sprawa ta dotyczyła zakazanego co do zasady drapieżnictwa cenowego, czyli oferowania przez przedsiębiorców dominujących swoich produktów po teoretycznie nieopłacalnych cenach. Celem takiej praktyki jest przyciągnięcie przez przedsiębiorcę za pomocą niskich cen dotychczasowych klientów swoich konkurentów. Praktyka taka w krótkiej perspektywie generuje wprowadzenie straty, ale w dłuższej umożliwia wykluczenie konkurencji z rynku, po czym przedsiębiorca, który zastosował drapieżnictwo cenowe może powrócić do poprzednich, lub nawet wyższych niż poprzednie cen.

Stan faktyczny sprawy *AKZO* był następujący. Spółka *ECS* produkowała na stosunkowo niewielką skalę nadtlenek benzoilu. Ta substancja chemiczna ma dwojakie zastosowanie. Po pierwsze, można jej używać jako dodatek w procesie tworzenia mąki, po drugie, służy ona do produkcji plastiku. *ECS* sprzedawała nadtlenek benzoilu jedynie producentom mąki. Kiedy jednak *ECS* postanowiła oferować swój produkt również w przemyśle produkcji plastiku, jej konkurent, spółka *AKZO* zagroziła, że jeżeli *ECS* nie porzuci pomysłu o wejściu na nowy rynek, *AKZO* wyeliminuje *ECS* z rynku produkcji mąki poprzez zastosowanie, jak zarzucała spółka *ECS* spółce *AKZO*, drapieżnictwa cenowego<sup>209</sup>.

Trybunał dla określenia, czy miało miejsce nadużycie pozycji dominującej polegające na stosowaniu przez *AKZO* drapieżnych cen, posłużył się dwoma testami w zależności od tego, w jakich kategoriach ekonomicznych mieszczą się stosowane przez przedsiębiorcę ceny. Według Trybunału, jeżeli stosowane przez przedsiębiorcę ceny są niższe niż średni koszt zmienny, wtedy zachowanie przedsiębiorcy należy uznać za nadużycie pozycji dominującej w każdych okolicznościach. Z kolei stosowanie cen niższych niż średni koszt całkowity<sup>210</sup>, ale wyższych niż średni koszt zmienny, stanowi nadużycie pozycji dominującej tylko w sytuacji, w której działania przedsiębiorcy można uznać za „część planu zakładającego

---

<sup>209</sup> Zob. *AKZO Chemie*, *op. cit.*

<sup>210</sup> W ekonomii koszty całkowite składają się z kosztów stałych i zmiennych. Podczas gdy koszty zmienne są zależne jedynie od produkcji, koszty stałe obejmują koszty takie jak np. koszty zużycia majątku trwałego (amortyzacja), opłaty za dzierżawę terenu, odsetki od kredytów itp. Średni (przeciętny) koszt całkowity pokazuje, jaka część kosztów całkowitych została poniesiona na produkcję 1 jednostki produktu (dobra). Oblicza się go dzieląc koszt całkowity przez wielkość produkcji danego dobra (liczbę wytworzonych dóbr). W przeciwieństwie do średniego kosztu całkowitego, dla obliczenia średniego kosztu zmiennego bierze się pod uwagę jedynie koszty zmienne.

eliminację konkurencji”<sup>211</sup>. Powyższy test sformułowany przez Trybunał w sprawie *AKZO* został później, w zasadzie niezmienionej formie, powtórzony przez Trybunał w sprawie *Tetra Pak* (1994)<sup>212</sup> oraz niedawno przez Sąd Pierwszej Instancji w sprawie *France Telecom* (2007)<sup>213</sup>.

Jeśli jednak dopuścić się pogłębionej analizy orzeczenia w sprawie *AKZO*, którą przeprowadzę w kolejnym akapicie, wydaje się, że można pokusić się o stwierdzenie, zgodnie z którym Europejski Trybunał Sprawiedliwości mówiąc o „planie wyeliminowania konkurencji” wcale nie miał na myśli strony subiektywnej, lecz obiektywną.

W uzasadnieniu wyroku w sprawie *AKZO* Trybunał powołał się na stanowisko Komisji mówiące, że „pogłębiona analiza kosztów dominanta może (...) mieć zasadnicze znaczenie dla oceny sensowności (*reasonableness*) (...) zachowań cenowych”. Trybunał stwierdził dalej, że kryterium, które pozwala ocenić wyżej wspomnianą „sensowność” zachowań cenowych danego przedsiębiorcy może być właśnie antykonkurencyjny zamiar. Kryterium antykonkurencyjnego zamiaru pozwala stwierdzić, kiedy wykluczające konsekwencje kampanii obniżania cen mogą być tak oczywiste, że dowody na zamiar eliminacji konkurencji nie są konieczne. Z drugiej jednak strony, w sytuacji, gdy „stosowanie niskich cen posiada inne uzasadnienie, dowody na zamiar eliminacji (...) mogą być wymagane w celu udowodnienia naruszenia”<sup>214</sup>. Nanosząc powyższe uwagi na stan faktyczny sprawy *AKZO* Trybunał uznał ostatecznie, że wypowiedzi pracowników *AKZO* zawarte w wewnętrznych dokumentach korporacyjnych „mogą być jedynie wyjaśnione jako intencja *AKZO* żeby zaszkodzić spółce *ECS*, a nie jako próba uzyskania marży” lub „zdobycie zamówienia”<sup>215</sup>. Biorąc pod uwagę powyższe obserwacje poszczególnych fragmentów orzeczenia w sprawie *AKZO* można dojść do wniosku, że rzeczywistym kryterium zastosowanym przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w tej sprawie nie było **subiektywne** kryterium antykonkurencyjnego zamiaru, ale kryterium polegające na tym, czy dana cenowa praktyka dominanta „może być uzasadniona w jakikolwiek racjonalny sposób (*cannot reflect any economic rationale*) inny niż chęć uzyskania zysków monopolistycznych

---

<sup>211</sup> *AKZO Chemie, op. cit.*, paragraf 72.

<sup>212</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie C-333/94 (*Tetra Pak International p. Komisji*), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994CJ0333:EN:HTML>, dostęp 25.5.2012. W powyższej sprawie zamiast określenia „plan eliminacji konkurencji” Trybunał użył zwrotu „intencja eliminacji (*intention to eliminate*)”, zob. paragraf 41 cytowanego orzeczenia.

<sup>213</sup> Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 30 stycznia 2007 r. w sprawie T-340/03 (*France Telekom SA p. Komisji*), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003TJ0340:EN:HTML>, dostęp 25.5.2012.

<sup>214</sup> *AKZO Chemie, op. cit.*, paragraf 66.

<sup>215</sup> *Ibidem*, paragraf 102.

po tym, jak konkurencja zostanie wyeliminowana”<sup>216</sup>. Tak sformułowane kryterium jest już jednak kryterium obiektywnym, a nie subiektywnym, ponieważ dotyczy ono „sensowności” i „racjonalnej uzasadnialności” działań dominanta, które siłą rzeczy muszą być oceniane przez obiektywnego obserwatora.

Podobny zresztą nacisk na ocenę ekonomicznej sensowności cenowej polityki dominanta Sąd położył w orzeczeniu w sprawie *Tetra Pak*, stwierdzając, że powody, dla których spółka *Tetra Pak* zdecydowała się ponosić straty „nie mogą podlegać żadnemu **racjonalnemu uzasadnieniu** innemu niż wykluczenie spółki *Elopak* (spółka ta była konkurentem spółki *Tetra Pak*)”<sup>217</sup>. Chwilę wcześniej Sąd pokreślił ponadto, że „zachowanie *Tetra Pak* było w sprzeczności z jakąkolwiek **ekonomiczną racjonalnością** (*rationality*) i nie da się go wyjaśnić w inny sposób niż jako część strategii usunięcia konkurenta z rynku („*part of an eviction strategy*)”<sup>218</sup>. Również zatem w sprawie *Tetra Pack* wydaje się, że Trybunał miał w istocie na myśli kryterium obiektywne, a nie subiektywne.

W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że stosowane w europejskim prawie konkurencji kryterium antykonkurencyjnego zamiaru, dotyczące spraw z zakresu drapieżnictwa cenowego, jest w istocie kryterium obiektywnym. Antykonkurencyjny zamiar jest więc w takich sprawach pojmowany zgodnie z pierwszym z omawianym w punkcie 3.5.1 tej pracy, znaczeniem tego pojęcia. Ewentualnie można twierdzić, że jeżeli, według Trybunału, stosowanie cen poniżej średnich kosztów całkowitych, ale powyżej średnich kosztów zmiennych stanowi „nienormalną konkurencję” (a na to wskazywałoby odwoływanie się do kryteriów ekonomicznej sensowności i ekonomicznej racjonalności) to antykonkurencyjny zamiar w orzecznictwie z zakresu drapieżnictwa cenowego można utożsamiać również ze znaczeniem przypisanym temu pojęciu w punkcie 3.5.3. Możliwa jest również z powodzeniem obrona tezy, zgodnie z którą dla Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości kryterium antykonkurencyjnego zamiaru może być rozumiane również jako swego rodzaju dowodowe ułatwienie faktu, że w sferze obiektywnej praktyka cenowa dominanta nie miała innego sensownego wytłumaczenia poza wykluczeniem konkurentów. Takie swoiste domniemanie zastosował Trybunał w sprawie *AKZO* stwierdzając, że treść wewnętrznych memorandów nie wskazywała na ekonomicznie dopuszczalne podstawy polityki cenowej spółki *AKZO* (można więc w powyższym wypadku mówić o swoistej kombinacji znaczenia z punktu 3.5.2. oraz 3.5.1.).

---

<sup>216</sup> E. Osterud, *op. cit.*, s. 144.

<sup>217</sup> *Tetra Pak*, *op. cit.*, paragraf 150.

<sup>218</sup> *Ibidem*, paragraf 149.

### 3.7.1.1. Drapieżnictwo cenowe w świetle praktyki UOKiK

Jeżeli chodzi o polską praktykę spraw z zakresu drapieżnictwa cenowego, to wydaje się, że Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów dość bezwiednie stosuje kryterium antykonkurencyjnego zamiaru nie łącząc go, tak jak Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, z kryterium ekonomicznej sensowności. Przykładowo w decyzji z dnia 29 grudnia 2006 r.<sup>219</sup> UOKiK rozważał, czy jako zakazane drapieżnictwo cenowe można określić praktykę spółki ORLEN, która w określonych okresach<sup>220</sup>, na przestrzeni 7 lat, sprzedawała płyn do chłodziń poniżej, ustalonych przez UOKiK, średnich kosztów całkowitych.

UOKiK w uzasadnieniu swojej decyzji powołał się m.in. na orzeczenie w sprawie AKZO i zbadał, czy „przyjęta przez ORLEN strategia sprzedaży w krótkich okresach poniżej własnych kosztów” była „stosowana w celu wypchnięcia innych przedsiębiorców z rynku”<sup>221</sup>.

UOKiK rozważył co prawda strategię cenową spółki ORLEN pod kątem jej ewentualnego ekonomicznego uzasadnienia stwierdzając, że „w sytuacji (...) nagromadzenia przez sprzedawcę towaru, którego nie może zbyć po cenach zapewniających rentowność, zbycie towaru po cenie niższej nie stanowi przejawu praktyki ograniczającej konkurencję”<sup>222</sup>. Według UOKiK „gdyby (...) PKN ORLEN S.A. nie miał możliwości zbycia glikolu, powstającego w trakcie przerobu ropy naftowej, w innej formie niż pod postacią płynu do chłodziń, utrzymywanie przez Koncern zaniżonej ceny „Petrygo” można by uznać za usprawiedliwione”<sup>223</sup>. UOKiK stwierdził ostatecznie, że zachowanie spółki ORLEN nie spełnia tak określonego kryterium ekonomicznej racjonalności („ustalony w toku postępowania stan faktyczny jest jednak inny”, ponieważ „ORLEN dysponuje bowiem pełną możliwością sprzedaży glikolu”<sup>224</sup>). Wydawać by się toteż mogło, że w wyżej zacytowanych fragmentach swojej decyzji UOKiK zastosował właśnie obiektywne kryterium, polegające na analizie, kiedy stosowanie niskich cen może mieć ekonomicznie racjonalne uzasadnienie inne niż wykluczenie konkurentów z rynku. O dziwo jednak, już po stwierdzeniu przez UOKiK braku ekonomicznej sensowności (racjonalności) cenowej strategii stosowanej przez spółkę ORLEN, UOKiK nie dopatrywał się w zachowaniu tej spółki zakazanego drapieżnictwa

---

<sup>219</sup> Decyzja UOKiK z dnia 29 grudnia 2006 r., nr RWA-48/2006, <http://uokik.gov.pl>.

<sup>220</sup> Chodzi o następujące okresy: maj 1997 – wrzesień 1997, luty 1998 – kwiecień 1998, maj 2004 – sierpień 2004 oraz październik 2004 – listopad 2004, *ibidem*. s. 36.

<sup>221</sup> *Ibidem*, s. 41.

<sup>222</sup> *Ibidem*, s. 42.

<sup>223</sup> *Ibidem*.

<sup>224</sup> *Ibidem*.

cenowego, z powodu braku wystąpienia po jej stronie antykonkurencyjnego zamiaru<sup>225</sup>. UOKiK uznał bowiem, że „w toku postępowania antymonopolowego nie ustalono, aby działania PKN ORLEN S.A. były związane z konkretnym zdarzeniem rynkowym” oraz że „zebrany w postępowaniu materiał dowodowy nie pozwala również na przypisanie Koncernowi bezpośredniego celu wyeliminowania określonych konkurentów”<sup>226</sup>. Innymi słowy UOKiK stwierdził, że doszło do stosowania cen niższych niż średni koszt całkowity, nie odnalazł innego ekonomicznego wytłumaczenia zachowania przedsiębiorcy niż wykluczenie konkurentów, niemniej jednak uznał, że nie doszło zakazanego drapieżnictwa cenowego z uwagi na niewystarczające dowody zaistnienia po stronie przedsiębiorcy „antykonkurencyjnego zamiaru”. Nie wiadomo jednak za bardzo, czego owe dowody powinny w takim razie dotyczyć, skoro niewystarczające okazało się udowodnienie braku ekonomicznego wytłumaczenia dla praktyki dominanta.

Wydaje się zatem, że w powyższej sprawie antykonkurencyjny zamiar nie został przez UOKiK potraktowany w sposób tożsamy z testem ekonomicznej sensowności, który to test da się pomiędzy wierszami wydedukować z orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *AKZO*. Jest to tym dziwniejsze, że UOKiK wprowadził do uzasadnienia swojej decyzji taki test i zastosował go nawet do okoliczności faktycznych danej sprawy. Trudno zatem, biorąc pod uwagę wyrażane w poprzednich punktach wątpliwości co do przydatności, rozumianego subiektywnie, kryterium antykonkurencyjnego zamiaru, stwierdzić, jakie okoliczności faktyczne przekonałyby w analizowanej sprawie UOKiK do dopatrzenia się w zachowaniu ORLEN zakazanego drapieżnictwa cenowego. Być może Urząd zadowoliliby się dowodami w postaci „antykonkurencyjnych” wypowiedzi członków kierownictwa spółki ORLEN zawierających stwierdzenia podobne do zdań, które wcześniej w lekko prześmiewczy sposób zostały przykładowo zacytowane przez V. Korah.

---

<sup>225</sup> Warto jednak wspomnieć, że UOKiK i tak nałożył na ORLEN wysoką karę pieniężną dopatrując się po stronie spółki praktyki polegającej na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, a więc praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W powyższym zakresie decyzja UOKiK została zresztą później uchylona przez sąd.

<sup>226</sup> Decyzja UOKiK z dnia 29 grudnia 2006 r., *op. cit.*, s. 43.

### 3.7.2. Dokuczliwe procesowanie się

#### 3.7.2.1. Precedensowe orzeczenia europejskie i amerykańskie

Drugą z praktyk przedsiębiorców, gdzie antykonkurencyjny zamiar występuje w roli przesłanki nadużycia pozycji dominującej, jest praktyka określana jako dokuczliwe procesowanie się (*vexatious litigation*).

Ta specyficzna postać nadużycia pozycji dominującej jest przedmiotem uwagi prawa konkurencji niezmiernie rzadko. W praktyce polskich organów ochrony konkurencji oraz sądów brak jest dotychczas, wedle mojej najlepszej wiedzy, przykładów spraw związanych z dokuczliwym procesowaniem się. W związku z powyższym w zakresie analizy tej praktyki siłą rzeczy należy skoncentrować się na orzeczeniach organów europejskich oraz amerykańskich.

Jak już wcześniej wspomniałem dokuczliwe procesowanie może, zgodnie z orzeczeniem Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *ITI Promedia*, stanowić nadużycie pozycji dominującej w sytuacji, kiedy spełnione są dwa kryteria testu sformułowanego w tej sprawie przez Komisję Europejską. Po pierwsze, działania przedsiębiorcy „nie mogą być rozsądnie postrzegane jako próba dochodzenia swoich praw” i po drugie, działania te muszą być „częścią planu, którego celem jest eliminacja konkurencji”<sup>227</sup>. W analizowanej sprawie spółka *Promedia* wniosła do Komisji skargę, w której zarzucała swojemu konkurentowi, spółce *Belgacom* nadużycie pozycji dominującej m.in. poprzez wszczynanie procesów przeciwko *Promedia* w Belgii z powodu, rzekomo nieuprawnionej, publikacji przez *Promedia* książki telefonicznej, do której to publikacji niezbędna była autoryzacja ze strony *Belgacom*. Orzekający w sprawie Sąd Pierwszej Instancji nie zakwestionował testu, który zastosowała Komisja, niemniej jednak uznał, że stan faktyczny ocenianej sprawy nie spełnia przesłanek tego testu. Sąd stwierdził, że pierwsza przesłanka testu nie została w danej sprawie spełniona, gdyż “przyczyna (...) powództw wniesionych przez *Belgacom* musi być postrzegana jako dochodzenie praw, które na moment wniesienia powództwa, w świetle belgijskich regulacji dotyczących publikacji książek telefonicznych, mogły być przez *Belgacom* rozsądnie postrzegane jako przysługujące spółce”<sup>228</sup>. Sąd stwierdził dalej, że w świetle powyższych

---

<sup>227</sup> *ITI Promedia*, *op. cit.*, paragraf 42.

<sup>228</sup> *Ibidem*, paragraf 93.

okoliczności „celem powództw wniesionych przez *Belgacom* nie mogło być prześladowanie skarżącego”<sup>229</sup>.

Podobne kryteria do tych sformułowanych przez Komisję w sprawie *ITI Promedia*, w odniesieniu do praktyki określanej jako *sham litigation*, można odnaleźć w orzeczeniu amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries*<sup>230</sup>. W powyższej sprawie sieć hoteli (*PREI*) zarzuciła studiu filmowemu *Columbia* dokuczliwe i nieuzasadnione pozywanie *PREI* o rzekome naruszanie praw autorskich (hotele należące do *PREI* wypożyczały swoim gościom kasety z filmami do odtworzenia w hotelowych pokojach). Na gruncie powyższego stanu faktycznego doszło do sformułowania dwuczłonowego testu dla zbadania, czy można mówić o *sham litigation*. Według amerykańskiego Sądu Najwyższego z dokuczliwym procesowaniem się mamy do czynienia tylko wtedy, gdy po pierwsze, „wniesione powództwo jest w obiektywny sposób bezpodstawne, tj. żaden rozsądny powód nie mógłby oczekiwać, w wyniku wniesionego powództwa, merytorycznego sukcesu w sądzie”<sup>231</sup> oraz po drugie, gdy zachowanie przedsiębiorcy można uznać za próbę bezpośredniego zaszkodzenia konkurentowi poprzez nie tyle potencjalny wynik procesu, ale sam fakt jego wytoczenia. Warto zauważyć, że, według Sądu Najwyższego, drugą przesłankę można analizować jedynie w wypadku spełnienia pierwszej przesłanki (podobnie zresztą jak w prawie europejskim)<sup>232</sup>. Pierwszą z przytoczonych przesłanek Sąd Najwyższy łączy z kluczowym dla amerykańskiej, zarówno karnej jak i cywilnej, procedury pojęciem „*probable cause*”, w luźnym tłumaczeniu oznaczającym polskie pojęcie „uprawdopodobnienie”<sup>233</sup>.

Ostatecznie zarówno Sąd Pierwszej Instancji w sprawie *ITI Promedia*, jak i amerykański Sąd Najwyższy w sprawie *Professional Real Estate Investors* uznały, że nie doszło do spełnienia pierwszej, obiektywnej przesłanki testu w związku z czym nie było potrzeby badania, czy spełniona została druga przesłanki.

---

<sup>229</sup> Powyższy test w oryginale brzmi następująco: “*the objective of Belgacom's first two actions was not to assert what Belgacom, at the moment when it brought those actions, could reasonably consider to be its rights under those provisions and (...) the two actions therefore served only to harass the applicant*” (*ibidem*, paragraf 94).

<sup>230</sup> *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S.49 (1993), baza Westlaw. Test przytoczony w powyższej sprawie jest w istocie powtórzeniem testu, który amerykański Sąd Najwyższy zastosował ponad 30 lat wcześniej w sprawie *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961), baza Westlaw.

<sup>231</sup> W oryginale: *the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits* (*Professional Real Estate Investors, op. cit.*).

<sup>232</sup> W oryginale: *the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals “an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor (...) through the “use [of] the governmental process - as opposed to the outcome of that process - as an anticompetitive weapon* (*ibidem*).

<sup>233</sup> *Ibidem*.



### 3.7.2.2. Antykonkurencyjny zamiar w dokuczliwym procesowaniu się

Po dokonaniu pogłębionej analizy przesłanek „dokuczliwego procesowania się” tak w prawie europejskim, jak i amerykańskim wydaje się, że druga w kolejności przesłanka, czyli przesłanka antykonkurencyjnego zamiaru została (podobnie zresztą jak w europejskich sprawach z zakresu drapieżnictwa cenowego) sformułowana przez sądy zbyt pochopnie. Wydaje się bowiem, że przedsiębiorca zawsze dochodząc w sądzie swoich praw przeciwko konkurentom niejako naturalnie kieruje się chęcią osłabienia pozycji rynkowej tych konkurentów. Działaniom przedsiębiorców, jak było to wskazane w punkcie 3.5. tej pracy, zawsze przyświeca immanentny antykonkurencyjny cel. Nie inaczej było więc w stanach faktycznych opisanych wyżej spraw – *ITI Promedia* oraz *Professional Real Estate Investors*. Jedyna, relewantna z punktu widzenia prawa konkurencji, różnica w działaniach przedsiębiorców powinna polegać na tym, że czasami swoje immanentnie antykonkurencyjne strategie przedsiębiorcy ci realizują w sposób uczciwy (poprzez dochodzenie swoich **realnych** praw w sądzie), a czasami sięgają po środki, które powinny być przez prawo napiętnowane (czyli np. wszczynanie przeciwko swoim konkurentom kosztownych procesów bez szans na wygraną). Dlatego, jeżeli nawet uznać, że „dokuczliwe procesowanie się” może w wyjątkowych przypadkach stanowić nadużycie pozycji dominującej, ocena legalności takiej praktyki powinna uwzględniać jedynie obiektywne kryteria. Na pewno za takie kryterium należy uznać to, czy wszczynający proces przedsiębiorca mógł rozsądnie spodziewać się swojej merytorycznej wygranej. Zauważyć należy, że takie kryterium tożsame jest właśnie z pierwszą przesłanką przywołanego wcześniej dwuczęściowego testu sformułowanego przez sądy europejskie i amerykańskie.

Wydaje się zresztą, że sądy zarówno w sprawie *ITI Promedia*, jak i w sprawie *Professional Real Estate Investors*, pomimo literalnego podziału zastosowanego testu na część obiektywną i subiektywną, utożsamiały w istocie antykonkurencyjny zamiar właśnie z brakiem obiektywnego uzasadnienia w dochodzeniu przez przedsiębiorcę swoich praw w sądzie, czyli identyfikowały drugą przesłankę z przesłanką pierwszą. O powyższym świadczy chociażby zacytowany wcześniej fragment uzasadnienia Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *ITI Promedia*, gdzie stwierdzenie braku spełnienia obiektywnej przesłanki dokuczliwego procesowania było dla SPI równoznaczne ze stwierdzeniem, że „celem powództw wniesionych przez *Belgacom* nie mogło być prześladowanie skarżącego”. SPI

zatem w istocie wywnioskował brak zrealizowania drugiej przesłanki z faktu niespełnienia pierwszej przesłanki.

Na marginesie, wydaje się, że przytoczona przez europejskie i amerykańskie sądy w sprawach z zakresu dokuczliwego procesowania się przesłanka obiektywna, polegająca na braku rozsądnej perspektywy merytorycznego wygrania sprawy przez przedsiębiorę, może okazać się w niektórych przypadkach niewystarczająca, szczególnie w sytuacji, kiedy „obrona” przed „sądowym atakiem” jest absolutnie w finansowym zasięgu atakowanego przedsiębiorcy. Być może właśnie z obawy przed takim dość szerokim określeniem kryteriów dokuczliwego procesowania się sądy w przytoczonych wyżej wyrokach próbowały „odnaleźć” dodatkową przesłankę w postaci antykonkurencyjnego zamiaru. Jednak wydaje się, że lęki sądów przed zbyt szerokim katalogiem praktyk polegających na dokuczliwym procesowaniu się powinny być rozwiązywane w inny sposób niż poprzez wprowadzenie kryterium antykonkurencyjnego zamiaru. Można np. rozważyć, czy dla stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej w postaci dokuczliwego procesowania się nie powinna zaistnieć również inna obiektywna przesłanka polegająca np. na dużym prawdopodobieństwie wykluczenia lub znacznym pogorszeniu się pozycji rynkowej przedsiębiorcy, przeciwko któremu kierowana jest sądowa kampania.

### **3.8. Zamiar antykonkurencyjny – podsumowanie**

Podsumowując, trudno mówić o sensowności kryterium antykonkurencyjnego zamiaru w prawie konkurencji, zważywszy na immanentny antykonkurencyjny cel obecny w działalności każdego przedsiębiorcy. Jeżeli już jednak literalnie sformułowane kryterium antykonkurencyjnego zamiaru pojawia się w praktyce organów ochrony konkurencji lub w sądowym orzecznictwie, przynajmniej do momentu zmiany orzecznictwa, należy się jakoś z tym kryterium „uporać” i przyjąć takie rozumienie tego kryterium, które nie powodowałoby niespójności w filozofii prawa konkurencji. Wydaje się zatem, że kryterium to powinno się rozumieć jak kryterium obiektywne, mające odpowiednie znaczenie w zależności od rodzaju rozpatrywanej praktyki.

Stąd też w sprawach z zakresu drapieżnictwa cenowego subiektywnie rozumiane kryterium antykonkurencyjnego zamiaru powinno zostać porzucone na rzecz obiektywnego kryterium, które polega na możliwości ekonomicznego wytłumaczenia strategii cenowej przedsiębiorcy. Organ konkurencji powinien zbadać, czy stosowanie przez dominanta cen, będących pomiędzy średnim kosztem całkowitym, a średnim kosztem zmiennym, da się

wytłumaczyć inną ekonomiczną potrzebą niż „bezpośrednim” zaszkodzeniem konkurentowi/konkurentom polegającym na oczekiwaniu uzyskania renty monopolistycznej w konsekwencji wykluczenia konkurenta/konkurentów. Takie rozumienie ma wiele wspólnego z analizowanym już w tej pracy pojęciem „konkurencji merytorycznej”, czy też „normalnej konkurencji”.

Natomiast w sprawach z zakresu dokuczliwego procesowania się wystarczająca wydaje się obiektywna przesłanka ekskulpująca, polegająca na możliwości rozsądnego spodziewania się merytorycznej wygranej w wyniku wytoczonego konkurentowi procesu, która może być w zależności od okoliczności danej sprawy wzbogacona o dodatkowe obiektywne przesłanki.

Wydaje się ponadto, że nawet w precedensowych orzeczeniach wprowadzających przesłankę antykonkurencyjnego zamiaru do spraw z zakresu *predatory pricing* i *vexatious (sham) litigation* Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Sąd miały w istocie na myśli kryteria obiektywne, a analizowane w tych sprawach przez Komisję dowody świadczące o rzekomym antykonkurencyjnym zamiarze, takie jak treść wewnętrznych dokumentów spreparowanych przez badanych przedsiębiorców, pełniły dla Komisji rolę specyficznego dowodowego domniemania wystąpienia tych obiektywnych kryteriów.

## 4. Wina przedsiębiorców kolektywnych

### 4.1. Uwagi wprowadzające

Dokonywane w poprzednich rozdziałach rozważania oparte były na założeniu, że umyślność, nieumyślność, antykonkurencyjny zamiar i wszystkie pojęcia, które dotyczą strony subiektywnej da się odnieść do określonego podmiotu, którego zachowanie mogło podlegać badaniu, tak jakby ta osoba i jej „umysł” rzeczywiście istniały. W praktyce prawa konkurencji bardzo rzadko jednak przedsiębiorcę, którego zachowanie podlega zainteresowaniu organów prawa konkurencji da się utożsamić z osobą fizyczną. Czasami przedsiębiorcą w rozumieniu prawa konkurencji może być co prawda osoba fizyczna (najczęściej będzie to osoba prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą, ale również np. „osoba fizyczna wykonująca zawód we własnym imieniu i na własny rachunek”<sup>234</sup>) niemniej jednak często tym przedsiębiorcą będzie nie tyle osoba fizyczna, co podmiot „składający się” z wielu osób, czyli przede wszystkim osoba prawna. Takiego przedsiębiorcę, na potrzeby tej pracy, określać będę mianem „przedsiębiorcy kolektywnego”.

Oczywiście nie zawsze określona forma prawna przedsiębiorcy będzie przesądzała o jego kwalifikacji jako przedsiębiorcy kolektywnego. Wyjątkowo przedsiębiorca będący osobą prawną może w praktyce „składać się” z jednej osoby fizycznej (będzie tak np. w sytuacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością niezatrudniającej żadnego pracownika, której jedynym wspólnikiem i członkiem zarządu jest ta sama osoba fizyczna). Takie sytuacje zdarzać się będą jednak niezmiernie rzadko i w praktyce w skład przedsiębiorcy będącego osobą prawną będzie wchodziło wiele osób. Co więcej, często też sama osoba fizyczna prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą będzie przedsiębiorcą kolektywnym – powyższa sytuacja wystąpi wtedy, gdy taka osoba fizyczna będzie zatrudniała w swojej działalności gospodarczej inne osoby. Na gruncie prawa konkurencji będą też występować przedsiębiorcy kolektywni niebędący osobami prawnymi, np. ułomne osoby prawne (przede wszystkim spółki osobowe) lub związki przedsiębiorców niemające osobowości prawnej<sup>235</sup>.

Jak się zatem już na pierwszy rzut oka wydaje, kwestie strony podmiotowej i winy przedsiębiorcy kolektywnego będą musiały siłą rzeczy wiązać się z pewnymi odrębnościami, polegającymi przede wszystkim na tym, że takiemu przedsiębiorcy nie będzie można

---

<sup>234</sup> Art. 4 pkt 1 lit. b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

<sup>235</sup> Zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. d u.o.k.k. za przedsiębiorcę uważa się też „związek przedsiębiorców”, a jak podkreśla E. Stawicki, „nie jest wymagane, aby związek miał osobowość prawną”, zob. E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, s. 100.

w sposób prosty przypisać zachowania określonych osób fizycznych. Zagadnienia związane z winą przedsiębiorców kolektywnych będą zatem musiały być badane na dwóch poziomach. Pierwszy poziom obejmować będzie określone osoby fizyczne występujące i działające w wewnętrznej strukturze organizacyjnej takiego przedsiębiorcy, drugi zaś poziom dotyczyć będzie samego podmiotu (przedsiębiorcy) kolektywnego. Odpowiedniej analizie należało będzie poddać relacje, jakie będą musiały zająć między tymi dwoma poziomami w celu przypisania winy przedsiębiorcy kolektywnemu.

Problem przypisania winy podmiotom kolektywnym jest również zauważany na gruncie europejskiego prawa konkurencji. Zagadnienie to opisuje się, nieco mylącym, pojęciem winy przedsiębiorstwa (*fault of undertaking*)<sup>236</sup>. Podkreśla się, że w większości systemów prawnych państw Unii Europejskiej (również we wspólnotowym prawie konkurencji) odpowiedzialność przedsiębiorstw kolektywnych opiera się na zasadzie winy. Przesłanki winy przedsiębiorstw (czyli innymi słowy przedsiębiorców kolektywnych) mogą się jednak różnić w zależności od systemu poszczególnego kraju. W niektórych krajach wina przedsiębiorców kolektywnych polega na „przypisaniu przedsiębiorstwu winy osób fizycznych działających w imieniu tego przedsiębiorstwa”, inne zaś państwa „uzależniają odpowiedzialność przedsiębiorstwa od wad w implementacji organizacyjnych środków umożliwiających zapobieżenie szkodliwym czynom (*damaging acts*), które wynikają z biznesowej działalności tych przedsiębiorstw”<sup>237</sup>. Wyjątkiem są Stany Zjednoczone, w których, w przeciwieństwie do większości krajów europejskich, pojawiają się silne tendencje do uniezależniania odpowiedzialności przedsiębiorstw kolektywnych od winy. Tendencje te mają swoje źródło przede wszystkim w ekonomicznej analizie odpowiedzialności deliktowej<sup>238</sup>.

Stoję w tej pracy na stanowisku, że na gruncie polskiego prawa konkurencji analiza zagadnienia winy przedsiębiorców kolektywnych nie może abstrahować od prawa cywilnego oraz prawa karnego, które to dziedziny omawiają podobną problematykę i w niektórych

---

<sup>236</sup> P. V. von Vormizeele, *The fault requirement...*, s. 3.

<sup>237</sup> *Ibidem*.

<sup>238</sup> Zob. np. V. E. Nolan, E. Ursin, *Enterprise liability and the economic analysis of tort law*, Ohio State Law Journal, 1996, baza Westlaw, G. C. Keating, *The theory of enterprise liability and common law strict liability*, Vanderbilt Law Review, April 2001, baza Westlaw. G. C. Keating podkreśla w szczególności, że impulsem do zmniejszenia ilości szkód wyrządzanych przez dane przedsiębiorstwo może być dystrybucja kosztów wynikających z odpowiedzialności, którą takie przedsiębiorstwo ponosi wskutek wyrządzonej przez nie szkody, pomiędzy swoich członków. Taka dystrybucja nie jest możliwa, a przynajmniej jest znacząco utrudniona, w wypadku uzależnienia odpowiedzialności przedsiębiorstwa od winy poszczególnych osób fizycznych, która to wina jest później temu przedsiębiorstwu imputowana (zob. G. Keating, *ibidem*).

sytuacjach mogą dostarczać prawu konkurencji przydatne analogie, szczególnie w zakresie rozwiązań wspólnych dla doktryny karnoprawnej i cywilnoprawnej.

Poniżej postaram się dokonać zwięzłego omówienia zagadnień związanych z winą osób prawnych w prawie cywilnym oraz z winą tzw. podmiotów zbiorowych w prawie karnym uwzględniając w tym zakresie dorobek doktryny prawa karnego i prawa cywilnego.

#### 4.2. Wina osób prawnych w prawie cywilnym

W prawie cywilnym kwestia winy podmiotów kolektywnych powinna być rozważana przede wszystkim w kontekście winy osób prawnych. Na podstawie art. 416 Kodeksu cywilnego „osoba prawna jest obowiązana do naprawienia szkody wyrządzonej z winy jej organu”. Powyższy przepis jest konsekwencją przyjętej w prawie cywilnym teorii organu. Skoro bowiem wola osób fizycznych wchodzących w skład organu osoby prawnej (tzw. piastunów organu) jest utożsamiana z wolą tej osoby, możliwość przypisania tym osobom winy umożliwia też przypisanie winy osobie prawnej.<sup>239</sup> Gdy zatem organ osoby prawnej składa się z jednego piastuna (piastun jest zawsze osobą fizyczną) i gdy piastun ten działaniem w charakterze organu osoby prawnej doprowadzi do powstania szkody, analiza subiektywnych przesłanek winy osoby prawnej będzie po prostu polegała na analizie tych przesłanek po stronie osoby będącej piastunem. Pewna problematyczność powyższego podejścia polega oczywiście na tym, że najczęściej organy osoby prawnej (np. zarząd czy rada nadzorcza spółki) działają w sposób kolegialny, pojawia się w związku z tym wątpliwość, czy w takich sytuacjach wymagane jest zaistnienie winy po stronie wszystkich osób wchodzących w skład danego organu osoby prawnej. Doktryna prawa cywilnego stoi jednak na stanowisku, zgodnie z którym z winą organu osoby prawnej mamy do czynienia nawet wówczas, gdy da się ją przypisać jedynie jednemu z członków danego organu<sup>240</sup>. Podobnie uważa się, że w sytuacji, gdy czynność sprawcza osoby prawnej wynika ze współdziałania dwóch organów, wystarczy przypisanie winy jednemu organowi<sup>241</sup>.

Zakres winy osoby prawnej nie ogranicza się jednakże, zdaniem doktryny polskiego prawa cywilnego, jedynie do sytuacji, w których osobie prawnej może być przypisana wina piastuna organu tej osoby. Siłą rzeczy osoby wchodzące w skład organów osoby prawnej będącej przedsiębiorcą stanowią będą stosunkowo niewielką grupę pośród osób będących

---

<sup>239</sup> Zob. P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.), *System..., op. cit.*, s. 416.

<sup>240</sup> Zob. P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.) *System..., op. cit.* s. 417, A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.), *op. cit.*, s. 364, G. Bieniek (red.), *op. cit.*, s. 320.

<sup>241</sup> P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.) *System..., op. cit.*, s. 417.

członkami struktury organizacyjnej tego przedsiębiorcy. Dlatego też doktryna prawa cywilnego postuluje w odniesieniu do sytuacji, w której szkoda nie wynika bezpośrednio z działania organów osoby prawnej stosować inne cywilistyczne konstrukcje.

Przede wszystkim w niektórych sytuacjach odpowiedzialność osobie prawnej będzie można przypisać korzystając z konstrukcji zawartych w art. 429 oraz art. 430 k.c.<sup>242</sup>. Oba powyższe przepisy mówią o sytuacji odpowiedzialności za cudze czyny.

Art. 429 k.c. ma związek z pojęciem „winy w wyborze” i dotyczy odpowiedzialności osoby, która powierzyła wykonanie czynności drugiej osobie. Osoba powierzająca odpowiada za czyny wykonawcy, co do zasady, jak za własne czyny, chyba że „nie ponosi winy w wyborze” lub powierzyła te czynności profesjonalście. Z kolei przepis art. 430 k.c. stanowi *lex specialis* w odniesieniu do art. 429 k.c. i dotyczy sytuacji, w których wykonawca podlega kierownictwu powierzającego. O ile w art. 429 k.c. odpowiedzialność powierzającego jest zależna od istnienia po jego stronie „winy w wyborze”, to art. 430 k.c. wprowadza obiektywną odpowiedzialność powierzającego<sup>243</sup>. W obu jednak przypadkach, niezbędne jest wykazanie winy po stronie bezpośredniego wykonawcy<sup>244</sup>, podobnie jak w wypadku konieczności wykazania winy po stronie osoby będącej piastunem organu osoby prawnej. W kontekście odpowiedzialności osób prawnych winę w wyborze będzie trzeba przypisać oczywiście osobie, której zachowanie może być przypisane osobie prawnej, czyli piastunowi organu tej osoby prawnej.

Jeżeli chodzi o samo pojęcie winy w wyborze, to na gruncie prawa cywilnego do przypisania takiej winy wymagane jest zaistnienie dwóch przesłanek. Po pierwsze, konieczny jest po stronie powierzającego „błąd w wyborze”, rozumiany jako „dokonanie wyboru osoby (...) niemającej odpowiednich kwalifikacji do wykonania powierzanej jej czynności”. Po drugie, niezbędna jest możliwość postawienia osobie powierzającej „zarzutu, że w konkretnej sytuacji dokonała niewłaściwego wyboru, choć mogła wybrać lepiej, bądź nie wybierać w ogóle”<sup>245</sup>. Wina w wyborze jest swoistym domniemaniem (choć nie jest to klasyczne domniemanie w rozumieniu art. 234 Kodeksu postępowania cywilnego<sup>246</sup>), a ciężar dowodu

---

<sup>242</sup> Tak G. Bieniek (red.), *op. cit.*, s. 320, A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.), *op. cit.*, s. 363.

<sup>243</sup> Tak P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.) *System...*, *op. cit.*, s. 429.

<sup>244</sup> *Ibidem*, s. 430.

<sup>245</sup> P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.) *System...*, *op. cit.*, s. 445.

<sup>246</sup> Swoiste domniemanie winy w wyborze zawarte w art. 429 k.c. różni się od domniemania faktycznego z art. 234 k.p.c. ponieważ art. 429 k.c. „nie posługuje się standardową kodeksową formułą domniemania („domniemywa się, że...”), a wina powierzającego wykonanie czynności nie jest faktem podlegającym ustaleniu w procesie o naprawienie szkody wyrządzonej przez wykonawcę”, *ibidem*, s. 444-445.

polegającego na wykazaniu nieponoszenia winy w wyborze spoczywa na powierzającym<sup>247</sup>. Wina w wyborze będzie miała najczęściej „postać zachowania nieumyślnego”<sup>248</sup>. Co prawda niektórzy autorzy stoją na stanowisku, że czasami w wypadku winy w wyborze będziemy mieli do czynienia z „umyślnością działania wybierającego, który celowo powierzył wykonanie czynności osobie nieodpowiedniej”<sup>249</sup>, to jednak wydaje się, że w powyższej sytuacji, jeżeli chodzi o odpowiedzialność osoby prawnej, będzie można mówić nie tyle o winie w wyborze, co po prostu o przypisaniu osobie prawnej umyślności zachodzącej po stronie powierzającego, którego wina może być imputowana tej osobie prawnej (powierzający będzie bowiem w zakresie odpowiedzialności osób prawnych, jak wspomniałem wyżej, tożsamy z piastunem organu osoby prawnej). W sytuacjach zatem, w których odpowiedzialność osób prawnych będzie się opierać o koncepcję winy w wyborze taka wina stanowić będzie wariant winy nieumyślnej.

Innym jeszcze przypadkiem, w którym mówi się o odpowiedzialności osób prawnych, są sytuacje, kiedy osobie prawnej można przypisać, wykształconą w sprawach z zakresu odpowiedzialności szpitali, tzw. winę organizacyjną (winę w organizacji), lub tzw. winę anonimową<sup>250</sup>. W przeciwieństwie do art. 429 i 430 k.c. oraz do winy piastuna organu osoby prawnej, w razie odpowiedzialności na podstawie winy organizacyjnej oraz winy anonimowej kwestii winy nie rozważa się na dwóch wspomnianych wcześniej poziomach, tj. nie bada się tej winy u określonej osoby fizycznej, a dopiero potem, po spełnieniu pewnych obiektywnych kryteriów (takich jak działanie osoby w charakterze piastuna organu, czy też „powierzeniu” czynności osobie fizycznej przez osobę prawną) przypisuje tę winę osobie prawnej. W wypadku bowiem winy anonimowej oraz winy organizacyjnej „nie dokonuje się ustaleń indywidualnych co do sprawstwa”<sup>251</sup>, ale poprzestaje na ustaleniu bezprawności zachowania, a w wypadku winy organizacyjnej na ustaleniu ponadto pewnych wad w wewnętrznej organizacji osoby prawnej, które doprowadziły do powstania szkody

Koncepcja winy w organizacji osoby prawnej polega na sytuacji, kiedy szkoda została (najczęściej pacjentowi) wyrządzona z powodu „błędów w naturze organizacyjnej” danej jednostki (najczęściej szpitala)<sup>252</sup>. W przeciwieństwie do winy w organizacji, która wymaga

---

<sup>247</sup> *Ibidem*.

<sup>248</sup> A. Olejniczak, *Komentarz do art. 429 Kodeksu cywilnego* [w:] A. Kidyba (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III*, baza LEX, pkt 14. Tak też P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.) *System...*, *op. cit.*, s. 445.

<sup>249</sup> P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.) *System...*, *op. cit.*

<sup>250</sup> Zob. G. Bieniek (red.), *op. cit.*, s. 320.

<sup>251</sup> Zob. P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.) *System...*, *op. cit.*, s. 417.

<sup>252</sup> Zob. A. Derkowska, *Jeszcze kilka refleksji o winie bezimiennej i winie w organizacji w pryzmacie odpowiedzialności lekarza w zespole i odpowiedzialności publicznego zakładu opieki zdrowotnej*,



spełnienia ocennej przesłanki, jaką są wady w organizacji osoby prawnej, w wypadku winy anonimowej „w praktyce poprzestaje się na ustaleniu bezprawności zachowania”<sup>253</sup> (należy pamiętać, że jest to zachowanie „bliżej nieokreślonych osób fizycznych”<sup>254</sup>). Dlatego też przedstawiciele doktryny prawa cywilnego słusznie stwierdzają, że w wypadku winy anonimowej dochodzi do obiektywizacji odpowiedzialności<sup>255</sup>. Należy jednak zauważyć, że skoro obiektywizacja odpowiedzialności to nic innego jak brak oparcia odpowiedzialności o zasadę winy, samo sformułowanie „wina anonimowa” wydaje się sprzeczne.

W tym miejscu należy jeszcze wyjaśnić, czy wyżej rozważane rodzaje winy należą do „winy umyślnej”, czy do „winy nieumyślnej”. Na początku wypada stwierdzić, że oczywiście, czym innym jest zrealizowanie przesłanek umyślności po stronie bezpośredniego sprawcy deliktu (o ile oczywiście mamy do czynienia z takim sprawcą, a nie jak to ma miejsce przy winie organizacyjnej i anonimowej, z niezidentyfikowanym kręgiem osób), a czym innym przypisanie umyślności i nieumyślności samej osobie prawnej. Przy przypisaniu winy bezpośredniemu sprawcy deliktu zawsze, zgodnie z rozważaniami dokonanymi w rozdziale 1, wina ta polegać będzie na umyślności bądź nieumyślności. Jeżeli zaś chodzi o winę po stronie samej osoby prawnej, to należy podsumować, że:

- w wypadku działania piastuna organu osoby prawnej umyślność, bądź nieumyślność piastuna powinna być tej osobie przypisywalna;
- w wypadku winy w wyborze z art. 429 k.c. (art. 430 k.c. w ogóle nie jest oparty na zasadzie winy) będziemy mieli po stronie osoby prawnej do czynienia z winą nieumyślną;
- w sytuacji winy organizacyjnej (jak wspomniałem wyżej „winę anonimową” trudno w ogóle określić mianem winy) będziemy mieli po stronie osoby prawnej do czynienia również jedynie z winą nieumyślną; nie sposób przecież w wypadku winy organizacyjnej mówić o chęci określonego działania, a o naruszeniu swoistych reguł ostrożności (naruszenie reguł ostrożności, jak wspomniałem w rozdziale 1 ma za to związek z nieumyślnością).

---

PrawoiMedycyna.pl, <http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=165&PHPSESSID=28110c71704ca4550a>, dostęp 25.5.2012, pkt 5. Wyczerpująco o zagadnieniu winy organizacyjnej w kontekście odpowiedzialności szpitali: zob. też K. Bączyk – Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu – zarys wykładu*, artykuł zamieszczony na stronie Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie pod adresem: [http://www.orawarszawa.com.pl/uploaded/Odpowiedzialno%C2%B6%C4%87%20cywilna%20za%20szkody%20wyrz%C2%B1dzone%20przy%20leczeniu\\_1.pdf](http://www.orawarszawa.com.pl/uploaded/Odpowiedzialno%C2%B6%C4%87%20cywilna%20za%20szkody%20wyrz%C2%B1dzone%20przy%20leczeniu_1.pdf), dostęp 25.5.2012.

<sup>253</sup> Zob. A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba (red.), *op. cit.*, s. 364.

<sup>254</sup> *Ibidem*.

<sup>255</sup> *Ibidem*, s. 364. Zob. też P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.) *System...*, *op. cit.* s. 418.

W prawie konkurencji przydatnymi analogiami mogą być jedynie koncepcje, które dotyczą odpowiedzialności osób prawnych na zasadzie winy (skoro u.o.k.k. uzależnia odpowiedzialność przedsiębiorców właśnie od winy). W związku z tym, z góry należy stwierdzić, że w prawie konkurencji nie będzie można, w ramach analogii, zastosować art. 430 Kodeksu cywilnego, jak i koncepcji winy anonimowej, skoro w obu tych wypadkach dochodzi do obiektywizacji odpowiedzialności.

### **4.3. Wina podmiotów kolektywnych w prawie karnym – ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych**

#### **4.3.1. Uwagi wprowadzające**

W prawie karnym zagadnienia związane z problematyką winy podmiotów kolektywnych są przedmiotem regulacji dokonanej przez, uchwaloną w 2002 r., ustawę o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Ustawa ta od momentu uchwalenia podlegała licznym zmianom, co miało również istotny wpływ na przyjętą w u.o.p.z. koncepcję winy podmiotów zbiorowych.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 u.o.p.z. podmiotem zbiorowym w rozumieniu ustawy jest każda osoba prawna oraz tzw. ułomna osoba prawna, za wyjątkiem Skarbu Państwa oraz jednostek samorządu terytorialnego. W doktrynie prawa karnego podnosi się, że polski ustawodawca odstąpił w u.o.p.z. od, częściej na gruncie odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych, teorii identyfikacji (zgodnie z którą „czyn oraz wina organu będącego <mózgiem> podmiotu zbiorowego zostają bezpośrednio przypisane temu podmiotowi”<sup>256</sup>), i przyjął koncepcję odpowiedzialności za cudzy czyn zabroniony<sup>257</sup>. Powyższy pogląd swoje źródło ma przede wszystkim w literalnym brzmieniu art. 3 u.o.p.z., który stanowi, że podmiot zbiorowy odpowiada za czyn zabroniony, którym jest opisane w dalszej części tego przepisu określone działanie osoby fizycznej. To działanie osoby fizycznej, na gruncie obecnego brzmienia u.o.p.z., może przybierać następującą postać:

---

<sup>256</sup> Zob. B. Nita, *Model odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zagrożone pod groźbą kary*, Państwo i Prawo 2003/16, s. 24.

<sup>257</sup> Zob. B. Nita, *op. cit.*, s. 23-25.

- może być ono, zgodnie z art. 3 pkt 1 u.o.p.z., działaniem „w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania” (przepis obejmuje również działanie w wyniku przekroczenie zakresu reprezentacji);
- może ono, zgodnie z art. 3 pkt 2 oraz pkt 3 u.o.p.z., polegać na działaniu osoby „dopuszczonej do działania w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez osobę wymienioną w pkt 1” lub też osobę „działającą w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, za zgodą lub wiedzą” osoby wymienionej w pkt 1;
- może ono być wreszcie działaniem osoby „będącej przedsiębiorcą, który bezpośrednio współdziała z podmiotem zbiorowym w realizacji celu prawnie dopuszczalnego” (art. 3 pkt 3a u.o.p.z.).

Ustawa wprowadza ponadto dwa istotne wymogi dla odpowiedzialności podmiotu zbiorowego. Po pierwsze zgodnie z art. 3 u.o.p.z. zachowanie osoby fizycznej musi przynieść podmiotowi zbiorowemu potencjalną szkodę (majątkową lub niemajątkową). Po drugie zaś, zgodnie z art. 4 u.o.p.z., podmiot zbiorowy może ponieść odpowiedzialność jedynie w sytuacji, kiedy fakt popełnienia czynu zabronionego przez osobę fizyczną, za której czyn ten podmiot może odpowiadać, został potwierdzony odpowiednim, szeroko pojętym orzeczeniem (może to być przede wszystkim prawomocny wyrok skazujący, ale i również wyrok warunkowo umarzający postępowanie karne).

#### **4.3.2. Wina w wyborze oraz wina w nadzorze**

Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych umożliwia odpowiedzialność podmiotu zbiorowego na zasadzie winy w wyborze oraz pokrewnej temu pojęciu winy w nadzorze<sup>258</sup>. Świadczy o tym treść art. 5 pkt 1 u.o.p.z., który stanowi, że podmiot zbiorowy odpowiada w sytuacji „braku należytej staranności w wyborze osoby fizycznej, o której mowa w art. 3 pkt 2 lub 3 u.o.p.z., lub co najmniej braku należytego nadzoru nad tą osobą - ze strony organu lub przedstawiciela podmiotu zbiorowego”. Oba te pojęcia (wina w wyborze oraz w nadzorze) są pojęciami zaczerpniętymi z prawa cywilnego. O ile jednak wina w wyborze

---

<sup>258</sup> Tak A. Bartosiewicz, *Przesłanki odpowiedzialności podmiotu zbiorowego – aspekty praktyczne*, *Przegląd Prawa Handlowego*, 2004/2, s. 42, B. Nita, *op. cit.*, s. 26, J. Potulski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 5 maja 2009 r. Wina podmiotu zbiorowego*, baza LEX.

ma związek z odpowiedzialnością osób prawnych na gruncie prawa cywilnego i została omówiona w poprzednim rozdziale, unormowana w art. 427 Kodeksu cywilnego<sup>259</sup> koncepcja winy w nadzorze dotyczy w Kodeksie cywilnym nadzoru nad osobą małoletnią lub niepełnoletnią i w związku z tym nie ma zasadniczo w prawie cywilnym zastosowania do odpowiedzialności osób prawnych.

W wypadku odpowiedzialności na zasadzie winy w nadzorze i w wyborze na gruncie u.o.p.z., poza koniecznością stwierdzenia winy po stronie bezpośredniego sprawcy, winę tę należy również udowodnić samemu podmiotowi zbiorowemu. Słuszne wydaje się zatem stanowisko, zgodnie z którym „wina w wyborze powinna (...) zostać stwierdzona w odniesieniu do organu (członka organu) podmiotu zbiorowego, co zgodne byłoby z teorią organów, w myśl której działania organów są działaniami osoby prawnej”<sup>260</sup> (ten sam pogląd dotyczy też winy w nadzorze). Powyższy pogląd jest tożsamy z przyjętym w prawie cywilnym założeniem, zgodnie z którym w wypadku winy w wyborze konieczne jest wykazanie tej winy zarówno w odniesieniu do osoby powierzającej, jak i do wykonawcy.

W doktrynie prawa karnego podnosi się ponadto słusznie, że „wina w wyborze oraz nadzorze w pewnym sensie odpowiada nieumyślności, gdzie do popełnienia czynu zabronionego dochodzi na skutek niezachowania reguł ostrożności”<sup>261</sup> oraz, że sam fakt powołania się przez ustawodawcę na pojęcie winy w wyborze nie oznacza, że analogicznie do art. 429 Kodeksu cywilnego powierzający (w tym wypadku podmiot zbiorowy) może zwolnić się od odpowiedzialności, jeżeli wykonanie czynności powierzy profesjonalistom<sup>262</sup>.

#### 4.3.3. Wina organu a wina organizacyjna

Jak mogłoby się intuicyjnie wydawać, art. 3 pkt 1 u.o.p.z. wprowadza zasadę podobną do zasady winy osoby prawnej w prawie cywilnym polegającej na przypisaniu osobie prawnej winy po stronie piastuna organu tej osoby prawnej. Co prawda należałoby zapewne uznać, że katalog osób wymienionych w art. 3 pkt 1 u.o.p.z. (czyli osób „działających w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego

---

<sup>259</sup> Art. 427 Kodeksu cywilnego: „Kto z mocy ustawy lub umowy jest zobowiązany do nadzoru nad osobą, której z powodu wieku albo stanu psychicznego lub cielesnego winy poczytać nie można, ten obowiązany jest do naprawienia szkody wyrządzonej przez tę osobę, chyba że uczynił zadość obowiązkowi nadzoru albo że szkoda byłaby powstała także przy starannym wykonywaniu nadzoru. Przepis ten stosuje się również do osób wykonywających bez obowiązku ustawowego ani umownego stałą pieczę nad osobą, której z powodu wieku albo stanu psychicznego lub cielesnego winy poczytać nie można.”

<sup>260</sup> A. Bartosiewicz, *op. cit.*, s. 42.

<sup>261</sup> *Ibidem*, s. 42.

<sup>262</sup> Tak B. Nita, *op. cit.*, s. 27.

reprezentowania”) jest szerszy niż tylko katalog osób będących piastunami osoby prawnej (choćby z tego powodu, że zakres u.o.p.z. obejmuje nie tylko osoby prawne, ale również inne podmioty zbiorowe nieposiadające osobowości prawnej<sup>263</sup>), niemniej nie zmieniałyby to wyrażonego wyżej intuicyjnego spostrzeżenia, że spełnienie przesłanek winy po stronie osoby wymienionej w art. 3 pkt 1 u.o.p.z. powinno wystarczać do przypisania tej winy osobie prawnej.

Okazuje się jednak, że tak nie jest, ponieważ zgodnie z art. 5 pkt 2 u.o.p.z. zachowanie osoby wymienionej w art. 3 pkt 1 u.o.p.z. da się przypisać podmiotowi zbiorowemu jedynie w wypadku, kiedy „do popełnienia czynu zabronionego doszło w następstwie (...) organizacji działalności podmiotu zbiorowego, która nie zapewniała uniknięcia popełnienia czynu zabronionego przez osobę, o której mowa w art. 3 pkt 1”. Powyższy przepis, o którym mówi się, że wprowadza w odniesieniu do odpowiedzialności podmiotu zbiorowego za czyny osób określonych w art. 3 pkt 1 u.o.p.z. zasadę winy organizacyjnej, został dodany w 2011 r. i był bezpośrednim następstwem głośnego orzeczenia Sądu Najwyższego z 5 maja 2009 r.<sup>264</sup>, w którym to orzeczeniu Sąd Najwyższy stwierdził, że bez obecności w u.o.p.z. przepisu, który wprowadzałby w odniesieniu do działania osób określonych w art. 3 pkt 1 u.o.p.z. przesłanki winy organizacyjnej po stronie podmiotu zbiorowego nie da się w ogóle takiemu podmiotowi przypisać winy za działania wymienionych w art. 3 pkt 1 u.o.p.z. osób. Według Sądu Najwyższego mamy w powyższym zakresie do czynienia z luką prawną. Powyższą konkluzję Sąd Najwyższy wyprowadził z faktu, że skoro ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych przyjęła model odpowiedzialności za cudzy czyn oraz model odpowiedzialności „na zasadzie odrębnego zawinienia podmiotu zbiorowego, które ma charakter akcesoryjny i niesubsydiarny”<sup>265</sup>, to nie sposób mówić o prostym przypisaniu podmiotowi kolektywnemu winy za czyny osób wymienionych w art. 3 pkt 1 u.o.p.z., a skoro tak, konieczny jest w ustawie przepis, który będzie „kształtował ową odrębną przesłankę zawinienia samego podmiotu zbiorowego, niezależnie od winy *stricte* (w znaczeniu prawnokarnym) osoby fizycznej wskazywanej w art. 3 u.o.p.z.”<sup>266</sup>. Sąd Najwyższy nie podzielił argumentacji

---

<sup>263</sup> Jak stwierdzają J. Potulski i J. Warylewski „ze względu na różnorodność form organizacyjnych podmiotów zbiorowych przyjęto koncepcję funkcjonalnej charakterystyki sprawców, zrezygnowano natomiast z wymieniania stanowisk, które mogliby zajmować”, zob. J. Potulski, J. Warylewski, *Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Komentarz*, ABC, Warszawa 2004, s. 33-34.

<sup>264</sup> Zob. *Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, baza LEX. Powyższa ustawa w zakresie zmiany u.o.p.z. była konsekwencją postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 2009 r., sygn. IV KK 427/08, baza LEX.

<sup>265</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 2009 r., *op. cit.*

<sup>266</sup> *Ibidem*.

zawartej w kasacji złożonej przez Rzecznika Praw Obywatelskich, zgodnie z którą "zawinienie podmiotu zbiorowego wiązać by można z winą osoby nim zarządzającej (z kręgu wskazanych w art. 3 pkt 1 u.o.p.z.)"<sup>267</sup>. Stanowisko SN doczekało się dwóch aprobowanych glos, wydaje się jednak, że była to aprobata zbyt pochopna. Owa pochopność wynika według mnie z dwóch powodów.

Po pierwsze, samo pojęcie winy organizacyjnej, jak wskazywałem w poprzednim punkcie, polega na niemożności ustalenia indywidualnego sprawcy i w konsekwencji niemożności przypisania winy temu konkretnemu sprawcy. Skoro zatem model odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w Polsce polega na uzależnieniu odpowiedzialności tych podmiotów od odpowiedzialności konkretnych fizycznych osób, co wynika z art. 3 u.o.p.z. (mieszczącego w sobie katalog powyższych osób) oraz z art. 4 u.o.p.z. (statuującego wymóg uprzedniego stwierdzenia faktu popełnienia czynu zabronionego przez te osoby odpowiednim orzeczeniem), to uzależnianie odpowiedzialności podmiotu zbiorowego od winy organizacyjnej, która jest przecież pewną odmianą winy anonimowej (czyli winy, która nie „potrzebuje” konkretnego sprawcy), wydaje się wątpliwe (tym bardziej, że wina organizacyjna miałaby, na gruncie u.o.p.z., wiązać się z działaniem wymienionych w pkt 1 art. 3 u.o.p.z. osób reprezentujących podmiot zbiorowy, czyli wybitnie „nieanonimowych” osób).

Po drugie wydaje się, że SN zbyt technicznie i jednocześnie zbyt literalnie potraktował art. 3 u.o.p.z. i wynikającą z tego przepisu konkluzję jakoby „podmioty zbiorowe odpowiadały za cudze zachowania osób fizycznych”. Owszem, podmioty zbiorowe w Polsce odpowiadają za „cudze” zachowania osób fizycznych (co więcej w odniesieniu do tych „cudzych” zachowań ustawa wprost wymaga nawet orzeczenia stwierdzającego popełnienie czynu zabronionego) niemniej jednak absurdem byłoby twierdzenie, że zachowania danej osoby fizycznej nie da się „przypisać” podmiotowi zbiorowemu. Podmiot zbiorowy zawsze posiada bowiem w swojej strukturze organizacyjnej osoby (najczęściej są to piastuni organów podmiotów zbiorowych), które działają w imieniu tego podmiotu. Świadczy o tym najlepiej cytowany już pogląd wyrażany wśród przedstawicieli doktryny karnego, zgodnie z którym nawet na gruncie, rzekomo odrzucającej teorię identyfikacji, ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych mówi się przecież o tym, że w wypadku odpowiedzialności na zasadzie winy w wyborze, winę tę należy przypisać zarówno bezpośredniemu sprawcy, jak i organom podmiotu zbiorowego (a dokładniej jego piastunom). Być może zatem brak

---

<sup>267</sup> *Ibidem.*

obecności w ustawie o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych odpowiednika przepisu art. 416 k.c. stanowi pewien brak elegancji ustawodawcy, niemniej jednak nie oznacza to konieczności, że nawet bez dodania przepisu art. 5 pkt 2 u.o.p.z., nie można byłoby mówić o możliwości przypisania podmiotowi zbiorowemu winy osób go reprezentujących (stwierdzonej oczywiście odpowiednim orzeczeniem), czyli osób wymienionych w art. 3 pkt 1 u.o.p.z. O wiele łatwiej i spójniej byłoby oczywiście, gdyby zamiast art. 3 pkt 1 u.o.p.z. ustawodawca powiedział po prostu, że podmiot zbiorowy odpowiada za zawinione działanie osób go reprezentujących (najczęściej chodziłoby w praktyce o organy osób prawnych, czyli należałoby zbadać winę po stronie piastunów tych organów), a odpowiedzialność podmiotu zbiorowego za działalność innych osób działających w wewnętrznej strukturze organizacyjnej tego podmiotu ustawodawca uzależniłby od winy w nadzorze lub winy w wyborze, którą należałoby przypisać organom podmiotu zbiorowego (ich piastunom).

#### **4.4. Różnice i podobieństwa między prawem cywilnym a prawem karnym**

Trudno jednak abstrahować od obecnych przepisów ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych zmienionych w konsekwencji krytykowanego powyżej orzeczenia Sądu Najwyższego, należy zatem stwierdzić, że w odniesieniu do odpowiedzialności podmiotu zbiorowego za winę osoby go reprezentującej mamy do czynienia w prawie karnym poniekąd z zanegowaniem doktryny powstałej na gruncie prawa cywilnego. Opisanego wyżej eklektycznego rodzaju odpowiedzialności podmiotów zbiorowych na gruncie u.o.p.z. nie da się bowiem utożsamić, jeżeli chodzi o jego logiczną konstrukcję, z odpowiedzialnością osoby prawnej za działalność swoich organów, ponieważ w u.o.p.z. odpowiedzialność za działania osób reprezentujących podmiot zbiorowy wiązana jest przez ustawodawcę z pojęciem winy organizacyjnej, która siłą rzeczy musi być w u.o.p.z. rozumiana w sposób odmienny niż ma to miejsce w prawie cywilnym. W prawie cywilnym wina organizacyjna polegać będzie zawsze na nieumyślności, gdyż dojdzie do niej w sytuacji, kiedy nie będzie się dało wskazać bezpośredniego sprawcy. Natomiast wina organizacyjna w prawie karnym wiązać się będzie z działaniem osób reprezentujących podmiot zbiorowy (czyli osób wymienionych w art. 3 pkt 1 u.o.p.z.) oraz z działaniem, wymienionego w art. 3 pkt 3a u.o.p.z. „przedsiębiorcy, który bezpośrednio współdziała z podmiotem zbiorowym w realizacji celu prawnie dopuszczalnego”. Dlatego też należałoby zapewne powiedzieć, że w prawie karnym przypisanie podmiotowi zbiorowemu tej specyficznej, eklektycznie rozumianej, winy organizacyjnej jest możliwe nie tylko w warunkach nieumyślności, ale zapewne również

w warunkach umyślności (ponieważ wina organizacyjna polega w u.o.p.z. na *de facto* przypisaniu podmiotowi zbiorowemu winy osoby wskazanej w art. 3 pkt 1 i 3a u.o.p.z.).

Niemniej jednak, pomimo pewnych odrębności pomiędzy różnymi teoretycznymi konstrukcjami dotyczącymi winy podmiotów zbiorowych w polskim prawie karnym oraz prawie cywilnym, da się niewątpliwie odnaleźć pomiędzy powyższymi gałęziami prawa pewne punkty wspólne.

Po pierwsze należy stwierdzić, że na gruncie obecnej ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych oraz w prawie cywilnym mamy do czynienia ze spójnymi doktrynalnie pojęciami winy w wyborze (na gruncie prawa karnego zastosowanie ma również koncepcja winy w nadzorze). W celu wykazania winy w wyborze subiektywne przesłanki winy należy wykazać zarówno w odniesieniu do bezpośredniego sprawcy (może on działać w warunkach umyślności bądź nieumyślności), jak i samemu podmiotowi kolektywnemu (wina w wyborze po stronie samego podmiotu kolektywnego może przybrać postać jedynie nieumyślności). W prawie cywilnym w wypadku winy w wyborze nieumyślność należy po stronie osoby prawnej przypisać organowi tej osoby, natomiast w prawie karnym przesłanki nieumyślności należy zapewne wykazać w odniesieniu do osób wymienionych w art. 3 pkt 1 u.o.p.z.

Na koniec, należy oczywiście pamiętać również o pewnych odrębnościach na gruncie odpowiedzialności osób prawnych w prawie cywilnym i odpowiedzialności podmiotów zbiorowych w prawie karnym niezwiązanych bezpośrednio z pojęciem winy. Odrębności te polegają przede wszystkim na tym, że na gruncie ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych konieczna dla przypisania odpowiedzialności podmiotowi zbiorowemu jest, po pierwsze, możliwość potencjalnej korzyści (majątkowej lub niemajątkowej), którą ten podmiot może uzyskać wskutek zawinionego działania osoby fizycznej (art. 3 u.o.p.z. *in fine*), a po drugie konieczność uprzedniego stwierdzenia określonym orzeczeniem popełnienia przez tę osobę fizyczną czynu zabronionego (art. 4 u.o.p.z.).



## 4.5. Wina przedsiębiorców kolektywnych w prawie konkurencji

### 4.5.1. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

W prawie europejskim o wypracowaniu pewnych zasad dotyczących oceny zawinienia przedsiębiorcy kolektywnego można mówić<sup>268</sup> przede wszystkim na gruncie orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach *Pioneer* oraz *Volkswagen*. Należy na początku powiedzieć, że w obydwu wyżej wspomnianych orzeczeniach wina podmiotów kolektywnych rozumiana jest przez Trybunał w sposób bardzo szeroki, który, w mojej ocenie, niebezpiecznie zbliża się do odpowiedzialności obiektywnej. W obydwu orzeczeniach Trybunał mówi, co prawda, o konieczności przypisania przedsiębiorcy kolektywnemu winy w kontekście warunku nałożenia na tego przedsiębiorcy kary, jednak w praktyce trudno mówić o tym, że Trybunał przedstawił jakiegokolwiek kryteria winy przedsiębiorcy kolektywnego, które dałyby się odróżnić od zwykłej odpowiedzialności obiektywnej.

W orzeczeniu *Pioneer* przedmiot analizy Trybunału stanowiła sytuacja spółki *Melchers* (dystrybutora produktów *Pioneer* na terytorium Niemiec). Decyzja o udziale *Melchers* w zakazanym porozumieniu (porozumienie zakładało niedopuszczenie do importu produktów spółki *Pioneer* z Niemiec do Francji) została podjęta przez jej pracowników. Jak podnosiła przed Komisją i Trybunałem spółka *Melchers* pracownicy ci „nie otrzymywali żadnych instrukcji od partnerów spółki” zatem ich działanie nie mogło prowadzić do „imputacji pracodawcy bezprawnej (*wrongful*) intencji”<sup>269</sup>. Trybunał stwierdził jednakże, że o ile tylko pracownicy *Melchers* nie „przekroczyli uprawnień nadanych im przez partnerów”<sup>270</sup> to, dla zastosowania przepisu uprawniającego Komisję do nałożenia kary za zamierzone lub lekkomyślne (*negligent*) naruszenie prawa konkurencji, „nie jest konieczne wykazywanie działania ani nawet wiedzy po stronie partnerów lub głównych managerów (*principal managers*) przedsiębiorcy”. Wystarczy bowiem wykazanie, że miało miejsce „działanie ze strony osoby, która jest uprawniona do podejmowania czynności w imieniu przedsiębiorcy (*action by a person who is authorized to act on behalf of the undertaking*).

---

<sup>268</sup> Tak Bellamy & Child, *op. cit.*, s. 1281, P. V. von Vormizeele, *The fault requirement...*, przypis 21, s. 3.

<sup>269</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 czerwca 1983 r. w sprawach 100-103/84 (*SA Musique Diffusion française i inni p. Komisji*), [http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61980J0100&lg=en](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61980J0100&lg=en), dostęp 25.5.2012, paragraf 20.

<sup>270</sup> *Ibidem*, paragraf 98.

W późniejszym orzeczeniu w sprawie *Volkswagen* Trybunał rozważał możliwość nałożenia na przedsiębiorcę kary w sytuacji, w której zachowania skutkującego obiektywnym naruszeniem prawa konkurencji nie dało się przypisać żadnej z osób z wewnętrznej struktury organizacyjnej przedsiębiorcy. Ukarana spółka *Volkswagen* podnosiła, że „nawet zakładając, że przedsiębiorstwo jest odpowiedzialne za działanie wszystkich osób działających w sferze wpływu (*sphere of influence*) tego przedsiębiorcy” (czyli nawet akceptując konkluzje ETS z orzeczenia w sprawie *Pioneer*), to „niezbędna jest przynajmniej możliwość wykazania, że osoby, które dopuściły się tego działania, postępowały nieprawidłowo”<sup>271</sup>. Innymi słowy, według spółki *Volkswagen*, nawet uznając konkluzje wynikające ze sprawy *Pioneer*, w celu nałożenia kary na tę spółkę niezbędne jest przynajmniej przypisanie winy jakiegokolwiek pracownikowi ukaranego przedsiębiorcy. Spółka *Volkswagen* wskazywała ponadto, że zarówno Komisja, jak i Sąd Pierwszej Instancji nie wykazały (i nawet nie kłopotowały się żeby wykazywać) spółce „wady (*shortcomings*) w organizacji” lub też „naruszenia obowiązku nadzoru nad pracownikami (*breach of duty of surveillance*)”<sup>272</sup>.

Trybunał nie podzielił jednak argumentacji ukaranej spółki i stwierdził, że Sąd Pierwszej Instancji poprawnie zastosował prawo i równie poprawnie dopatrył się „zamierzonej natury naruszenia (*intentional nature of the infringement*)”, pomimo braku „identyfikacji osób, które zachowały się w obrębie przedsiębiorstwa nieprawidłowo” lub osób „odpowiedzialnych za defektywną organizację przedsiębiorstwa”<sup>273</sup>. Trybunał nie przedstawił jednak praktycznie żadnej tezy na poparcie swojego stanowiska ograniczając się do stwierdzenia, że „gdyby uznać stanowisko skarżącego rzutowałoby to (*impinge*) poważnie na efektywność wspólnotowego prawa konkurencji”<sup>274</sup>.

Jak już wspominałem, trudno zacytowane wyżej zdania Trybunału rozumieć inaczej, niż jako odejście od zasady winy w kontekście odpowiedzialności przedsiębiorców kolektywnych. Skoro bowiem dla przypisania winy przedsiębiorcy kolektywnemu wystarczające jest wykazanie tej winy jakiegokolwiek z pracowników tego przedsiębiorcy, a w sytuacji niemożności identyfikacji takiego pracownika lub innej osoby fizycznej, której można przypisać odpowiedzialność za dane zachowanie przedsiębiorcy, nie należy nawet wykazywać temu przedsiębiorcy winy w organizacji (czego domagała się w ostateczności spółka *Volkswagen*) trudno nie uznać, że Trybunał opowiedział się w istocie za

---

<sup>271</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 września 2003 w sprawie C 338/00 P (*Volkswagen AG p. Komisji*), <http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000CJ0338:EN:HTML>, dostęp 25.5.2012, paragraf 90.

<sup>272</sup> *Ibidem*, paragraf 91.

<sup>273</sup> *Ibidem*, paragraf 98.

<sup>274</sup> *Ibidem*, paragraf 97.

odpowiedzialnością przedsiębiorców kolektywnych na zasadzie ryzyka. Jest to o tyle dziwniejsze, że przecież art. 23 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003, jak już wspomniałem, wprost uzależnia nałożenie przez Komisję kar za naruszenie prawa antymonopolowego od istnienia winy po stronie przedsiębiorcy. Trybunał nie zakwestionował wprawdzie w cytowanych orzeczeniach (bo i nie mógł zakwestionować) treści wspomnianego art. 23 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003 i samej zasady winy, niemniej jednak należy uznać, że takie „wymuszkowe” podejście do zasady winy w odniesieniu do przedsiębiorców kolektywnych, jakie zostało zaprezentowane przez Trybunał w orzeczeniach *Pioneer* i *Volkswagen*, jest w gruncie rzeczy z tą zasadą sprzeczne. Słusznie zauważają zatem K. Hoffstetter oraz M. Ludescher, podsumowując orzeczenie w sprawie *Volkswagen*, że „jeżeli chodzi o praktykę Komisji i sądów wspólnotowych, wina po stronie przedsiębiorcy jest implikowana wyłącznie i w sposób niemożliwy do obalenia (*irrefutably*) z faktu, że doszło do naruszenia prawa konkurencji”<sup>275</sup>.

Na szczęście nie wydaje się, żeby interpretacja winy po stronie przedsiębiorców kolektywnych dokonana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości obowiązywała polskie organy ochrony konkurencji. Wydaje mi się, że Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakładając kary za naruszenia prawa antymonopolowego jest uprawniony stosować autonomiczną koncepcję winy i nie musi kierować się orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przemawia za tym kilka, poniżej przedstawionych, argumentów.

Po pierwsze, Rozporządzenie 1/2003, w zakresie w jakim normuje wzajemne relacje między wspólnotowym, a krajowym prawem konkurencji (a dokładniej art. 3 ust. 2 tego rozporządzenia) wprost nie pozwala przepisom krajowym jedynie „zakazywania porozumień (...), które nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 Traktatu lub spełniają przesłanki art. 81 ust. 3, lub są objęte rozporządzeniem w celu stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu”<sup>276</sup>. W związku z powyższym należy co prawda uznać, że art. 3 Rozporządzenia 1/2003 wprowadza „ograniczenie suwerenności polskiego prawodawcy w zakresie stanowienia norm dotyczących ochrony konkurencji”, ale jedynie w odniesieniu do katalogu zakazanych porozumień i obiektywnych przesłanek tych porozumień<sup>277</sup>. Trudno natomiast

---

<sup>275</sup> K. Hoffstetter, M. Ludescher, *Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for 'Best Practice Compliance'*, World Competition 2010, Vol. 33/1.

<sup>276</sup> M. Krasnodębska-Tomkiel, *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski.*, Warszawa 2006, www.uokik.gov.pl, s. 279.

<sup>277</sup> W wypadku natomiast „nadużywania pozycji dominującej, dopuszczalne jest przyjęcie i stosowanie w prawie krajowym rozwiązań surowszych (bardziej restrykcyjnych) niż analogiczne rozwiązania obowiązujące na szczeblu wspólnotowym”, zob. M. Krasnodębska-Tomkiel, *ibidem*, s. 278.

mówić, że przepisy Rozporządzenia 1/2003 zakazują państwom członkowskim przyjęcia mniej restrykcyjnej niż w prawie wspólnotowym koncepcji winy. W powyższej sytuacji przecież nie zmieniłby się krajowy katalog zakazanych praktyk, a jedynie w niektórych sytuacjach (kiedy przedsiębiorcy kolektywnemu nie dałoby się wykazać winy) krajowe organy ochrony konkurencji nie mogłyby nakładać na przedsiębiorcę kar za stosowanie tych zakazanych praktyk<sup>278</sup>.

Po drugie, zgodnie z art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nałożenie na przedsiębiorcę kary za naruszenie przepisów u.o.k.k. jest **fakultatywną** kompetencją Prezesa UOKiK<sup>279</sup>. Skoro zatem winą jest w polskim prawie konkurencji warunkiem nałożenia kary, a kwestia nałożenia tej kary należy do uznania Prezesa UOKiK, trudno twierdzić, że Prezes UOKiK nakładając karę za naruszenie prawa antymonopolowego powinien być związany przyjętą na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej koncepcją winy.

Po trzecie, sama Komisja Europejska, co prawda w odniesieniu do zagadnienia winy na gruncie prywatnoprawnego stosowania prawa konkurencji, stwierdza, że pojęcie winy jako warunku cywilnoprawnych roszczeń wynikających z prawa konkurencji jest rozumiane w odrębny sposób w poszczególnych krajach członkowskich, a dla części krajów winą w ogóle nie stanowi warunku występowania z roszczeniami wynikającymi z prawa konkurencji<sup>280</sup>. Komisja wymaga jedynie od państw członkowskich, zgodnie z orzeczeniami w sprawie *Courage i Manfredi*, „efektywnych ram prawnych, które sprawią, że korzystanie z prawa do odszkodowania będzie realistyczną możliwością”<sup>281</sup>. Można zatem uznać, że dopóki prawo krajowe zapewnia efektywne stosowanie prawa konkurencji, również na drodze administracyjnej, krajowy organ ochrony konkurencji może zastosować, przyjętą we własnym systemie prawnym, koncepcję winy w odniesieniu do przedsiębiorców kolektywnych.

---

<sup>278</sup> Powyższa konkluzja dotyczy z całą pewnością nakładania przez polski organ ochrony konkurencji kar za naruszenie prawa krajowego. Bardziej dyskusyjna wydaje się ona na gruncie nakładania przez UOKiK kar za naruszenie Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (kompetencja UOKiK do stosowania TFUE wynika z art. 106 ust.1 pkt 2 u.o.k.k.). W praktyce jednak UOKiK niezmiernie rzadko stosuje przepisy TFUE, dlatego też powyższy problem jest stanowczo bardziej teoretyczny niż praktyczny. Przykładowo w 2010 r. wśród 166 prowadzonych przez UOKiK postępowań dotyczących zakazanych porozumień ani jedno postępowanie nie było prowadzone na podstawie art. 101 TFUE, a ze 103 postępowań dotyczących nadużywania pozycji dominującej tylko 2 postępowania prowadzone były w oparciu o art. 102 TFUE, zob. *Sprawozdanie z działalności Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za rok 2010*, Warszawa 2011, [http://www.uokik.gov.pl/sprawozdania\\_z\\_dzialalnosci\\_urzedu.php](http://www.uokik.gov.pl/sprawozdania_z_dzialalnosci_urzedu.php), dostęp 25.5.2012, s. 17.

<sup>279</sup> Art. 106 ust. 1 u.o.k.k.: „Prezes Urzędu **może** nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną”.

<sup>280</sup> *Biała Księga w sprawie roszczeń o naprawienie szkody...*, op. cit.

<sup>281</sup> *Ibidem*, w oryginale: *effective legal framework turning exercising the right to damages into a realistic possibility*.

Po czwarte, same orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach *Pioneer* i *Volkswagen* nie stanowią przecież prawa i są jedynie pewną interpretacją zawartą w art. 23 ust. 1 Rozporządzenia 1/2003 zasady winy. Orzeczenia te jednak podlegają krytyce europejskich autorów, którzy twierdzą, że Trybunał posunął się w nich za daleko i wprowadził tylnymi drzwiami zbliżoną do obiektywnej odpowiedzialność przedsiębiorcy kolektywnego<sup>282</sup>.

Wydaje się zatem, że w celu analizy zagadnienia winy podmiotów kolektywnych w polskim prawie konkurencji można abstrahować od wyżej cytowanych orzeczeń Trybunału w sprawach *Pioneer* i *Volkswagen* oraz sięgnąć raczej w powyższym zakresie po dorobek polskiego prawa cywilnego oraz prawa karnego. Takiej próby zastosowania dorobku prawa cywilnego i karnego postaram się dokonać w następnej części tej pracy.

#### **4.5.2. Osoby uprawnione do reprezentacji przedsiębiorcy kolektywnego w prawie konkurencji**

##### **4.5.2.1. Uwagi ogólne**

Z powodu braku w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów odpowiednika art. 5 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, który to przepis uzależniał przypisanie podmiotowi zbiorowemu winy osób reprezentujących ten podmiot od swoistej winy organizacyjnej, należałoby zapewne stwierdzić, że analogia do powyższego problematycznego przepisu nie powinna mieć w prawie konkurencji zastosowania. Słuszny wydaje się zatem pogląd J. Kruegera, który twierdzi, że w prawie konkurencji „podstawą do przypisania winy przedsiębiorcy będącego osobą prawną (lub jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej) jest zawinienie osób nim zarządzających”<sup>283</sup>. Nie ma również powodu, ażeby w prawie konkurencji stosować eklektyczną i nieco niezrozumiałą koncepcję winy organizacyjnej zawartą w u.o.p.z. Wina organizacyjna powinna być w prawie konkurencji postrzegana raczej w kształcie, w jakim występuje ona na gruncie prawa cywilnego, czyli jako, polegający na nieumyślności, pewien wariant winy anonimowej.

Bardziej problematyczne w kontekście przypisania przedsiębiorcy kolektywnemu winy osób nim zarządzających jest to, kto na gruncie prawa konkurencji powinien zostać uznany za „osobę zarządzającą” przedsiębiorcą, czy też za osobę „działającą w ramach

---

<sup>282</sup> Zob. K. Hoffstetter, M. Ludescher, *op. cit.*, s. 60-61.

<sup>283</sup> J. Krueger [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *op. cit.*, s. 1274.

uprawnienia lub obowiązku do reprezentowania” przedsiębiorcy<sup>284</sup>. Należałoby zastanowić się nad tym, czy „osoba zarządzająca” przedsiębiorcą kolektywnym powinna być tożsama jedynie z piastunami osób prawnych i osobami zarządzającymi podmiotami niebędącymi osobami prawnymi, czy też należałoby raczej osobę zarządzającą przedsiębiorcą rozumieć (tak, jak czyni to art. 3 pkt 1 u.o.p.z.) w sposób bardziej funkcjonalny i w konsekwencji rozszerzyć to pojęcie na osoby inne niż jedynie piastuni osób prawnych i ich odpowiednicy w wypadku przedsiębiorców niebędący osobami prawnymi. Powyżej wskazany problem posiada dwa główne aspekty.

Po pierwsze, jak już wspominałem kategoria „przedsiębiorcy” w prawie konkurencji jest niezmiernie szeroka, stąd nie zawsze przedsiębiorca będzie w prawie antymonopolowym tożsamy z osobą prawną. Dlatego też w każdym wypadku organ ochrony konkurencji, chcąc stosować analogię do art. 416 Kodeksu cywilnego, musiałby określić, kto jest odpowiednikiem organu osoby prawnej w strukturze organizacyjnej przedsiębiorcy, który taką osobą prawną nie jest. Najczęściej odnalezienie osób analogicznych do piastunów organów osoby prawnej nie będzie nastęrczało większych trudności. Zwykle bowiem będzie się dało bez zbytnich komplikacji określić, kto jest prawnie uprawniony do reprezentowania przedsiębiorcy niebędącego osobą prawną. Takie uprawnienie do reprezentacji wynika najczęściej z odpowiedniego przepisu prawa lub z aktu wewnętrznego (np. statutu). I tak np. osoby uprawnione do reprezentacji spółek osobowych (niebędących osobami prawnymi), w odniesieniu do każdego typu spółki, określa Kodeks spółek handlowych.

Drugim aspektem wyżej analizowanego problemu jest to, czy osoby, które nie są piastunami organów osób prawnych (ani analogicznymi osobami w wypadku przedsiębiorców kolektywnych niebędących osobami prawnymi), ale niejako reprezentują przedsiębiorcę w określonych dziedzinach jego działalności (dotyczy to zarówno osób działających na poziomie centralnym danego przedsiębiorcy, jak i przedstawicieli tego przedsiębiorcy na różnych szczeblach regionalnych), mogą być uznane za osoby „zarządzające

---

<sup>284</sup> Być może jeżeli, zgodnie z propozycją UOKiK, w polskim prawie konkurencji wprowadzona zostanie administracyjna odpowiedzialność osób fizycznych należałoby uznać, że katalog osób których wina może być bezpośrednio imputowana przedsiębiorcy kolektywnemu powinien być tożsamy z katalogiem osób, które mogą ponosić własną, administracyjną odpowiedzialność za naruszenie prawa antymonopolowego. Na razie jednak również ten drugi katalog został w Projekcie założeń do projektu ustawy o zmianie u.o.k.k., określony w sposób dość nieprecyzyjny. Zgodnie bowiem z Projektem, do administracyjnej odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji będą mogły być pociągnięte osoby, które „pełniąc funkcję kierowniczą lub wchodząc w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy, w ramach sprawowania swojej funkcji, choćby nieumyślnie, przez swoje działanie lub zaniechanie, w tym również niedopełnienie obowiązków w zakresie nadzoru, dopuściły do naruszenia przez przedsiębiorcę” przepisów prawa konkurencji (zob. *Projekt UOKiK założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 15 maja 2012 r.*, [http://www.uokik.gov.pl/aktualnosc.php?news\\_id=3429&news\\_page=2](http://www.uokik.gov.pl/aktualnosc.php?news_id=3429&news_page=2), dostęp 29.05.2012, s. 22).

przedsiębiorstwem”, których winę da się przypisać przedsiębiorcy kolektywnemu. Alternatywą do uznania takich osób za osoby, których wina może być imputowana przedsiębiorcy kolektywnemu, byłoby stwierdzenie, że w wypadku, kiedy skutkiem działania takich osób będzie naruszenie przez przedsiębiorcę kolektywnego reguł prawa konkurencji, odpowiedzialność tego przedsiębiorcy należałoby rozważać w oparciu o winę w wyborze lub winę w nadzorze, którą trzeba byłoby przypisać osobom „zarządzającym przedsiębiorstwem”. Powyższą koncepcję, zgodnie z którą jeżeli do naruszenia przepisów u.o.p.z. dojdzie w następstwie zachowania „pracowników niższego szczebla (...) niewchodzących w skład organów zarządzających przedsiębiorcy” to „winę za dobór personelu (tzw. wina w wyborze) oraz za nadzór nad tym personelem (tzw. wina w nadzorze)” należy przypisać <zarządowi> danego przedsiębiorcy, na gruncie prawa karnego prezentuje J. Krueger<sup>285</sup>. Oczywiście nawet przy akceptacji powyższego, wydaje się słusznego, poglądu, w sytuacjach, w których „personel” działa z polecenia zarządu lub nawet za wiedzą tego zarządu, nie będzie potrzeby uciekać się do koncepcji wina w wyborze lub wina w nadzorze. W powyższej sytuacji „winę umyślną” polegającą na zamiarze bezpośrednim lub też na zamiarze ewentualnym (w wypadku działania personelu za wiedzą zarządu) będzie można przypisać samemu „zarządowi” i ową umyślną winę imputować przedsiębiorcy kolektywnemu.

Za poglądem, zgodnie z którym działalność osób niebędących „zarządem” (w szczególności działalność różnego rodzaju przedstawicieli regionalnych) nie powinna być **wprost** przypisywana temu przedsiębiorcy przemawia również argument sprawiedliwościowy związany z metodą obliczania kary za naruszenie prawa konkurencji. Kara ta jest bowiem zawsze, zgodnie z u.o.k.k. oraz z Wyjaśnieniami w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, obliczana biorąc pod uwagę całkowite przychody danego przedsiębiorcy, a nie przychody z działalności określonego regionalnego oddziału tego przedsiębiorcy<sup>286</sup>. Jeżeli zatem u.o.k.k. nakładaną na przedsiębiorcę karę „odnosi” do centralnego szczebla działalności tego przedsiębiorcy, za osoby reprezentujące przedsiębiorcę, których wina mogłaby być przedsiębiorcy przypisana, należałoby uznać jedynie osoby zarządzające tym przedsiębiorcą na poziomie centralnym.

Podsumowując należałoby zatem uznać, że za „osoby zarządzające” przedsiębiorcą kolektywnym można byłoby przede wszystkim uznać w prawie konkurencji osoby wchodzące

---

<sup>285</sup> *Ibidem*.

<sup>286</sup> Zgodnie z pkt 2.2. lit. f Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję (*op. cit.*) „niewielki zasięg geograficzny praktyki w stosunku do zasięgu działania przedsiębiorcy” może stanowić okoliczność prowadzącą do zmniejszenia kwoty bazowej ustalonej dla obliczenia kary o maksymalnie 80%.

w skład organów osób prawnych i odpowiednie osoby zarządzające przedsiębiorcami kolektywnymi nie mającymi osobowości prawnej (np. komplementariusze w spółce komandytowej). Ewentualnie zastosować możnaby analogię do teorii funkcjonalnej przyjętej na gruncie art. 3 pkt u.o.p.z. i przyjąć, że takie osoby to, w niektórych sytuacjach, również osoby posiadające szerokie uprawnienia do reprezentacji danego przedsiębiorcy na poziomie centralnym (np. prokurenci czy też osoby zajmujące stanowiska typu dyrektorskiego w centralnej strukturze danego przedsiębiorcy). Natomiast na pewno zbyt daleko idącą interpretacją pojęcia „osoby zarządzającej przedsiębiorstwem” (ze względu na argument dotyczący sposobu obliczania kar) jest interpretacja, która za takie osoby uznaje również przedstawicieli przedsiębiorców na poziomie regionalnym.

#### 4.5.2.2. Praktyka UOKiK

Wyżej prezentowany problem dotyczący definicji „osób zarządzających przedsiębiorstwem” ma również istotne konsekwencje praktyczne. Jeżeli bowiem za naruszenie prawa konkurencji spowodowane zachowaniem „personelu”, którego nie da się imputować przedsiębiorcy kolektywnemu i które to naruszenie można wykazać przedsiębiorcy jedynie na gruncie koncepcji winy w wyborze, winy w nadzorze lub nawet winy organizacyjnej, to wszystkie te postacie winy możliwe są do zrealizowania jedynie w warunkach nieumyślności. **W wypadku zatem naruszenia prawa konkurencji, które nie byłoby efektem działania osób zarządzających danym przedsiębiorcą, należałoby stwierdzić, że UOKiK nie mógłby podwyższyć kary nałożonej na przedsiębiorcę z powodu okoliczności obciążającej, jaką jest „umyślność naruszenia”, zgodnie z punktem 4.2 Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję.**

Powyższej tezie przeczy jednakowoż postępowanie samego UOKiK. Przykładem może być chociażby decyzja UOKiK z dnia 30 grudnia 2011 r.<sup>287</sup>, w której to decyzji Prezes UOKiK nałożył na PZU S.A. wielomilionową karę za zawarcie zakazanego porozumienia polegającego na podziale rynku. Nielegalne porozumienie było jednakże efektem działalności dyrektora sprzedaży w poznańskim oddziale spółki i, według UOKiK, „ograniczało konkurencję na rynku sprzedaży ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych” jedynie „na terenie województwa kujawsko-pomorskiego”<sup>288</sup>.

---

<sup>287</sup> Decyzja UOKiK z dnia 30 grudnia 2011 r., nr RBG-28/2011, *op. cit.*

<sup>288</sup> *Ibidem*, s. 3.



Powyższy fakt nie przeszkodził jednak UOKiK podwyższyć nałożoną na PZU karę ze względu na okoliczność obciążającą polegającą właśnie na umyślności naruszenia. Za umyślnością przemawiała według UOKiK „treść cytowanych wyżej wiadomości e-mail, z których wynika, że strony porozumienia świadomie podjęły antykonkurencyjną współpracę”<sup>289</sup>. W szczególności UOKiK, rozpatrując kwestię umyślności naruszenia, powołał się na wiadomość e-mail, w której jedna ze stron posłużyła się frazą: „czyli mamy porozumienie”<sup>290</sup>. Owe wiadomości i cytowana fraza były jednakże fragmentem korespondencji między agentem ubezpieczeniowym, a właśnie wspomnianym regionalnym dyrektorem sprzedaży PZU<sup>291</sup>, zatem niewątpliwa umyślność w powyższej sprawie zachodziła jedynie po stronie regionalnego przedstawiciela, którego wina, a tym samym i umyślność, nie może być przecież, jak starałem się pokazać we wcześniejszej części tej pracy, bezpośrednio imputowana danemu przedsiębiorcy. W powyższej sprawie należałoby zapewne uznać, że naruszenie prawa konkurencji było skutkiem winy w wyborze, nadzorze, a jak wskazałem wyżej, w wypadku winy w wyborze lub winy w nadzorze umyślność po stronie bezpośredniego sprawcy jest irrelevantna z punktu widzenia winy podmiotu powierzającego (czyli w tym wypadku przedsiębiorcy kolektywnego), która to wina może mieć jedynie postać winy nieumyślnej. Warto też zauważyć, że w analizowanej sprawie UOKiK mógł starać się przypisać PZU umyślność, jeżeli byłby w stanie wykazać, że osoby zarządzające przedsiębiorcą na poziomie centralnym wiedziały i godziły się (*dolus eventualis*) na zawarcie zakazanego porozumienia przez regionalnego dyrektora sprzedaży PZU. UOKiK rozważał co prawda w swojej decyzji kwestię komunikacji i kontaktów pomiędzy regionalnym dyrektorem sprzedaży, a „centralą” PZU, której przedstawiciele, (wydaje się zresztą, że już *post factum*), wyrażali niezbyt stanowcze obawy co do legalności porozumienia zawartego przez regionalnego dyrektora<sup>292</sup>. UOKiK nie wyeksponował jednakże powyższego wątku w kontekście analizy umyślności i zamiaru ewentualnego po stronie PZU i skupił się jedynie na samym zachowaniu regionalnego dyrektora sprzedaży. W szczególności UOKiK nie wykazał, że zarząd, lub nawet jakikolwiek z członków zarządu PZU, miał świadomość zawarcia przez regionalnego dyrektora sprzedaży zakazanego porozumienia.

---

<sup>289</sup> *Ibidem*, s. 121.

<sup>290</sup> *Ibidem*.

<sup>291</sup> *Ibidem*, s. 17.

<sup>292</sup> *Ibidem*, s. 99.

### 4.5.3. Wina organizacyjna a program *compliance*

W tej części pracy postaram się zastanowić, jakie ewentualne zastosowanie w prawie konkurencji może odnaleźć koncepcja winy organizacyjnej. Jak już wspomniałem, bardziej przekonujące i spójne pojęcie winy organizacyjnej używane jest w prawie cywilnym, gdyż w prawie karnym trudno o sensowną interpretację tego pojęcia ze względu na problematyczną i zahaczającą o nielogiczność redakcję ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych będącej konsekwencją feralnego orzeczenia SN. Dlatego też wydaje się, że ewentualne analogie do koncepcji winy organizacyjnej w prawie konkurencji należy czerpać właśnie z doktryny i orzecznictwa cywilnoprawnego.

W poprzednim punkcie zdażyłem napomknąć, że koncepcja winy organizacyjnej rozwinęła się w prawie cywilnym w szczególności na gruncie odpowiedzialności zarówno publicznych, jak i niepublicznych zakładów leczniczych za szkody wyrządzone pacjentom. W sprawach z powyższego zakresu wina organizacyjna polega przede wszystkim na „niewłaściwej organizacji zakładu leczniczego i nienależytym jego funkcjonowaniu jako całości”<sup>293</sup>. Analiza winy w organizacji w kontekście odpowiedzialności szpitali doczekała się szerokiego omówienia w orzecznictwie polskich sądów. I tak, przykładowo, wina w organizacji może być związana z posiadaniem przez szpital wadliwego i niesprawnego sprzętu medycznego<sup>294</sup>, brakiem leków<sup>295</sup>, czy też, przede wszystkim, z brakiem „odpowiedniej i wymaganej dla prawidłowego działania szpitala liczby doświadczonych lekarzy (specjalistów)”<sup>296</sup>. Warto też jeszcze raz podkreślić, że w wypadku stwierdzenia owej winy w organizacji nie trzeba „wskazywać konkretnej osoby”, której da się przypisać zachowanie powodujące powstanie szkody, na przykład - osoby „obowiązanej do troski o bezpieczny stan sprzętu medycznego”<sup>297</sup>. W wypadku winy organizacyjnej polegającej na „niemożności ustalenia, kto personalnie dopuścił się niedbalstwa” konieczne jest wykazanie jedynie zaniedbań w organizacji oraz „domniemań faktycznych dotyczących związku przyczynowego pomiędzy stwierdzonymi zaniedbaniami” a stanem rzeczy, który doprowadził do powstania szkody<sup>298</sup>. Należy ponadto pamiętać, że skoro wina organizacyjna wiąże się ze stwierdzeniem po stronie podmiotu kolektywnego określonych zaniedbań i niedołożeniem

---

<sup>293</sup> K. Bączyk-Rozwadowska, *op. cit.*, s. 10.

<sup>294</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 1983 r., sygn. IV CR 118/83, baza LEX.

<sup>295</sup> Zob. K. Bączyk-Rozwadowska, *op. cit.*, s. 10.

<sup>296</sup> *Ibidem* oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18 kwietnia 2002 r., sygn. I ACa 214/02, baza LEX.

<sup>297</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 1983 r., sygn. IV CR 118/83, baza LEX.

<sup>298</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 2001 r., sygn. IV CKN 232/00, baza LEX.

należytej staranności<sup>299</sup> to, jak już wskazałem, ten rodzaj winy może w prawie cywilnym polegać jedynie na nieumyślności, a nie na umyślności.

Po dokonaniu powyżej zwięzłej analizy koncepcji winy organizacyjnej postaram się teraz odpowiedzieć na pytanie, jakie ewentualne zastosowanie może mieć ta koncepcja w prawie konkurencji, czyli w jakiej sytuacji można powiedzieć, że naruszenie prawa konkurencji przez określonego przedsiębiorcę kolektywnego jest wynikiem „niewłaściwego i wadliwego funkcjonowania (...) przedsiębiorcy”. Na początku wypada wskazać na pewne ryzyko polegające na tym, że biorąc pod uwagę trudności w zdefiniowaniu dokładnych przesłanek winy organizacyjnej, koncepcja ta mogłaby organom ochrony konkurencji posłużyć jako swoisty „wytrych” pozwalający dopatrzeć się po stronie przedsiębiorcy kolektywnego winy organizacyjnej w każdej sytuacji, ilekroć organ ochrony konkurencji nie byłby w stanie temu przedsiębiorcy wykazać winy umyślnej. Zawsze przecież można twierdzić, że skoro działania pracowników danego przedsiębiorstwa doprowadziło do naruszenia prawa konkurencji, to przedsiębiorca ten nie zapewnił widocznie efektywnych mechanizmów kontroli nad tymi pracownikami albo nie „uczulił” tych pracowników na fakt, że niektóre zachowania rynkowe mogą być wrażliwe z punktu widzenia prawa konkurencji.

O ile jednak dość trywialne wydaje się wykazanie przedsiębiorcy przez organ ochrony konkurencji wyimaginowanych wad w organizacji, które rzekomo doprowadziły do naruszenia prawa konkurencji, o tyle wydaje się, że w sytuacji, w której przedsiębiorca byłby w stanie wykazać, że dochował wszelkiej staranności we wdrożeniu mechanizmów mających zapobiegać naruszaniu prawa konkurencji, należałoby uznać, że organ konkurencji nie mógłby wykazać wystąpienia po stronie przedsiębiorcy winy organizacyjnej. Możliwość wdrożenia przez przedsiębiorcę takich mechanizmów nie jest bynajmniej teoretyczną mrzonką. Komisja Europejska stwierdzała wielokrotnie, że zarząd danego przedsiębiorcy ma obowiązek zapewnienia w swojej działalności efektywnych programów zgodności z przepisami konkurencji (tzw. *compliance programs*)<sup>300</sup>, zaś autorzy europejscy starają się sprecyzować na czym polegać mogłby taki efektywny *compliance program*. Przykładowo K. Hoffstetter oraz M. Ludescher wymieniają nawet elementy, które powinien zawierać wzorcowy program zgodności (tzw. *Best Practice Compliance*). Do tych elementów zaliczają się między innymi:

---

<sup>299</sup> *Ibidem*.

<sup>300</sup> Zob. np. decyzja Komisji Europejskiej z dnia 5 czerwca 1991 r., sprawa nr IV/32.879 (*Viho/Toshiba*), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991D0532:EN:HTML>, dostęp 25.5.2012.

- wprowadzanie przez przedsiębiorcę dla swoich pracowników specjalnych wewnętrznych kodeksów postępowania i poradników dotyczących prawa konkurencji (tzw. *antitrust law handbooks*);
- regularne organizowanie z personelem spotkań dotyczących prawa konkurencji, w szczególności dokonywanie do pracowników periodycznych „odzewów” dotyczących przestrzegania prawa antymonopolowego ze strony zarządu przedsiębiorcy (tzw. *tones from the top*);
- sprawdzanie u nowo rekrutowanych pracowników ich znajomości reguł prawa konkurencji;
- zapewnienie przez przedsiębiorców odpowiednich procedur umożliwiających anonimowe zgłaszanie przez personel (tzw. *whistleblowers*) podejrzeń naruszenia prawa konkurencji i zapewnienie, że osób zgłaszające takie naruszenia nie spotkają żadne sankcje;
- regularne sprawdzanie skuteczności wdrożenia programu *compliance*, w szczególności poprzez określenie osoby na najwyższym szczeblu w hierarchii danego przedsiębiorcy, która będzie odpowiedzialna za wdrożenie programu; wskazane jest też utworzenie specjalnego ciała zajmującego się monitorowaniem procesu implementacji programu *compliance* (np. specjalnego komitetu audytowego)<sup>301</sup>;
- regularne ocenianie aktualnego poziomu wdrożenia programu *compliance* za pomocą określania profilu ryzyka przedsiębiorcy pod kątem ewentualnych naruszeń prawa antymonopolowego (tzw. *risk mapping*).

Należałoby zatem uznać, że w wypadku, gdy przedsiębiorca kolektywny będzie w stanie wykazać wdrożenie w swojej organizacji większości z wyżej wymienionych elementów wzorowego programu zgodności, przedsiębiorcy takiemu nie będzie można przypisać winy w organizacji.

Wydaje się ponadto, że wdrożenie skutecznego programu *compliance* umożliwiłoby przedsiębiorcy nie tylko uwolnienie się od odpowiedzialności, kiedy winy nie będzie się dało wykazać konkretnej osobie (czyli w sytuacji ewentualnej winy organizacyjnej, która wiąże się z anonimowością bezpośredniego sprawcy), ale również w sytuacji, kiedy przedsiębiorca kolektywny ponosiłby winę na zasadzie winy w wyborze lub nadzorze (czyli kiedy dałoby się

---

<sup>301</sup> K. Hoffstetter, M. Ludescher, *op. cit.*, s. 65-66. O warunkach efektywnego programu *compliance* zob. też P. V. von Vormizeele, *The fault requirement.*, s. 6-10.

zidentyfikować bezpośredniego sprawcę, niemniej jednak sprawcę tego trudno byłoby uznać za osobę, której zachowanie da się imputować przedsiębiorcy kolektywnemu). Jak już wspomniałem przesłankami winy w wyborze w prawie cywilnym po stronie powierzającego był po pierwsze, „błąd w wyborze”, rozumiany jako dokonanie wyboru osoby niemającej odpowiednich kwalifikacji do wykonania powierzanej jej czynności, a po drugie, możliwość postawienia osobie powierzającej zarzutu, że w konkretnej sytuacji dokonała niewłaściwego wyboru wykonawcy, choć mogła wybrać lepiej bądź nie wybierać w ogóle. Wina w wyborze polegała na swoistym wzruszalnym domniemaniu obciążającym powierzającego. Stosując w prawie konkurencji *per analogiam* koncepcję winy w wyborze można byłoby zatem uznać, że w razie wykazania przez przedsiębiorcę kolektywnego, że wdrożył on w swojej wewnętrznej organizacji efektywny program *compliance*, przedsiębiorca taki mógłby obronić się przed zarzutem niewłaściwego wyboru wykonawcy, a tym samym nie można byłoby mu przypisać odpowiedzialności na podstawie, stosowanej *per analogiam*, winy w wyborze.

W sytuacji zaś kiedy naruszenie prawa konkurencji spowodowane byłoby działaniem osoby, której zachowanie może być przypisane przedsiębiorcy kolektywnemu (czyli np. piastunowi organu osoby prawnej), oczywiście nawet wdrożenie efektywnego *compliance* nie mogłoby stanowić okoliczności ekskulpującej.

Powyższe uwolnienie się przez przedsiębiorcę kolektywnego od zarzutu ponoszenia winy organizacyjnej wiąże się oczywiście z przerzuceniem ciężaru dowodu z organu ochrony konkurencji (który ma przecież udowodnić przedsiębiorcy naruszenie prawa konkurencji, a tym samym również samą winę<sup>302</sup>) na przedsiębiorcę<sup>303</sup>. Niemniej jednak takie przerzucenie dowodu i tak jest niewątpliwie dla przedsiębiorców korzystniejsze niż sytuacja, w której wystarczy, że organ ochrony konkurencji udowodni przedsiębiorcy „wydmuszkową” winę, jak to miało np. miejsce w stanie faktycznym orzeczenia w sprawie *Volkswagen*.

Na koniec należy oczywiście wyjaśnić, że zagadnienia związane z wdrożeniem przez przedsiębiorców programu *compliance* polegającego na zaznajomieniu pracowników tego przedsiębiorcy z regułami prawa konkurencji nie mają oczywiście, w kontekście winy, związku z subiektywnym stosunkiem przedsiębiorcy do prawa. W prawie konkurencji obowiązuje bowiem, z pewnymi omówionymi wcześniej wyjątkami, zasada *ignorantia iuris nocet*, dlatego też kwestie związane z programami *compliance* dotyczą jedynie ewentualnego

---

<sup>302</sup> Spoczywanie ciężaru udowodnienia przedsiębiorcy naruszenia prawa konkurencji na organie (a tym samym również winy) wynika z art. 2 Rozporządzenia Rady 1/2003 (*op. cit.*), zgodnie z którym: „w każdym krajowym lub wspólnotowym postępowaniu w sprawie stosowania art. 81 i 82 Traktatu, ciężar udowodnienia naruszenia art. 81 ust. 1 lub art. 82 Traktatu spoczywa na stronie lub organie zarzucającym naruszenie.”

<sup>303</sup> Ów problem zauważają również K. Hoffstetter i M. Ludescher (K. Hoffstetter, M. Ludescher, *op. cit.*, s. 69).

zwolnienia się przedsiębiorców kolektywnych z odpowiedzialności, którą to odpowiedzialność ponosiliby oni na zasadzie winy nieumyślnej takiej jak wina organizacyjna i wina w wyborze.

#### **4.6. Wina przedsiębiorców kolektywnych - podsumowanie**

Jak już wspomniałem różne państwa przyjmują różne koncepcje dotyczące winy podmiotów kolektywnych. Niektóre systemy prawne przewidują „przypisanie przedsiębiorstwu winy osób fizycznych działających w imieniu tego przedsiębiorstwa”, w innych znów systemach „odpowiedzialność przedsiębiorstwa uzależniona jest od wad w implementacji organizacyjnych środków” umożliwiających zapobieżenie naruszeniom prawa konkurencji<sup>304</sup>. Dokonane w tym rozdziale rozważania pozwalają stwierdzić, że polskie prawo dopuszcza oba rozwiązania, przy czym w wypadku imputowania przedsiębiorcy kolektywnemu winy określonych osób fizycznych najczęściej dojdzie po stronie takiego przedsiębiorcy do umyślności (wyjątkowo także do nieumyślności, kiedy wina bezpośredniego sprawcy będzie „winą nieumyślną”), natomiast „wina organizacyjna” po stronie przedsiębiorcy kolektywnego będzie możliwa jedynie w warunkach nieumyślności. W sytuacji przypisania przedsiębiorcy kolektywnemu winy określonej osoby fizycznej taką osobą może być, przede wszystkim, osoba pełniąca funkcję piastuna organu osoby prawnej będącej tym przedsiębiorcą lub odpowiednia osoba zarządzająca przedsiębiorcą w sytuacji, gdy przedsiębiorca nie będzie osobą prawną (osobą taką może być zatem np. komplementariusz w spółce komandytowej). Wyjątkowo przedsiębiorcy będzie można przypisać winę innej osoby, którą będzie się dało określić jako osobę „zarządzającą przedsiębiorcą”, na przykład prokurentowi lub osobie zajmującej dyrektorskie stanowisko w centralnej strukturze danego przedsiębiorcy. Na pewno jednak za taką osobę nie będzie można uznać osoby zajmującej dyrektorskie stanowisko w organizacji danego przedsiębiorcy kolektywnego na szczeblu regionalnym i wszelkich innych osób pracujących lub wchodzących w skład struktury organizacyjnej tego przedsiębiorcy.

Kiedy z kolei nie będzie się dało stwierdzić winy po stronie osoby fizycznej, która to wina mogłaby być imputowana bezpośrednio przedsiębiorcy kolektywnemu, przedsiębiorcy temu będzie można przypisać:

---

<sup>304</sup> P. V. von Vormizeele, *op. cit.*, s. 3.

- winę organizacyjną (w wypadku, gdy przedsiębiorca nie będzie w stanie wykazać wdrożenia efektywnego programu *compliance*<sup>305</sup>);
- winę w wyborze (przy czym okoliczności ekskulpującej nie może, analogicznie do art. 429 Kodeksu cywilnego stanowić powierzenie czynności profesjonalistom, skoro prawo konkurencji co do zasady dotyczy przecież działalności profesjonalistów) lub winę w nadzorze (oba powyższe wypadki zajdą w sytuacji, gdy winę będzie się dało przypisać konkretnej osobie fizycznej, będzie to jednak osoba, na przykład regionalny dyrektor, której zachowanie nie będzie mogło być imputowane danemu przedsiębiorcy).

Zarówno w wypadku przypisania przedsiębiorcy winy organizacyjnej, jak i winy w nadzorze lub w wyborze będziemy mieli do czynienia z nieumyślnością, a więc na gruncie aktualnych Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, należy stwierdzić, że UOKiK nie będzie mógł w takich wypadkach podwyższać nałożonej kary ze względu na okoliczność obciążającą, jaką stanowi „umyślność naruszenia”.

---

<sup>305</sup> To wdrożenie jakich elementów programu *compliance* będzie mogło zostać uznane za wystarczającą okoliczność ekskulpującą, będzie już zależało od okoliczności danej sprawy.

## Zakończenie

Zgodnie z tym, co starałem się pokazać w tej pracy, zagadnienia dotyczące winy i strony podmiotowej w prawie konkurencji nie należą do najbardziej kompleksowo zbadanych problemów polskiego prawa antymonopolowego. Większa uwaga skupiona jest na pewno na „merytorycznym” prawie konkurencji, czyli na tym, jakie dokładnie praktyki przedsiębiorców powinny spotkać się z negatywną reakcją organów antymonopolowych. Należy jednak pamiętać, że tak jak w prawie karnym nie sposób poprawnie orzec o popełnieniu określonego przestępstwa bez wiedzy na temat teorii związanej z oceną strony podmiotowej i przypisaniem winy, tak i w prawie konkurencji nie sposób prawidłowo przypisać przedsiębiorcy odpowiedzialności za stosowanie określonych zakazanych praktyk bez operowania koherentnym pojęciem winy.

Niniejsza praca wychodziła oczywiście z założenia, że w polskim prawie konkurencji nie istnieje (lub nie powinno istnieć) żadne autonomiczne pojęcie winy, odrębne od rozumienia tego pojęcia na gruncie prawa karnego i cywilnego. Istnieje ku temu kilka argumentów.

Po pierwsze i chyba najważniejsze, nie sposób nawet rozważać istnienia w polskim prawie konkurencji autonomicznej koncepcji winy ponieważ ani doktryna, ani też praktyka polskiego prawa antymonopolowego nie wypracowała do tej pory nawet zrębów takiej autonomicznej koncepcji. Żaden z przedstawicieli doktryny nie określił do tej pory na czym miałyby polegać ewentualna odrębność instytucji winy w prawie konkurencji. Podobny wniosek można też sformułować po lekturze decyzji UOKiK oraz orzeczeń polskich sądów.

Po drugie, sama ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zniechęca poniekąd do tworzenia takiej autonomicznej koncepcji winy posługując się określeniami, które mają już swoje utarte znaczenie w innych dziedzinach prawa (chodzi przede wszystkim o pojęcie nieumyślności użyte w art. 106 u.o.k.k.).

Po trzecie, mało sensowne z praktycznego punktu widzenia wydaje się tworzenie autonomicznego pojęcia winy w prawie konkurencji mając na uwadze, że odpowiedzialność za naruszenie prawa antymonopolowego może przybierać nie tylko formę administracyjnoprawną, ale również formę cywilnoprawną. Co więcej, biorąc pod uwagę pojawiające się ostatnio w polskim prawie konkurencji tendencje do naśladowania systemów



anglosaskich<sup>306</sup> nie jest wykluczone wprowadzenie w Polsce regulacji statuujących również karą odpowiedzialność antymonopolową. Biorąc powyższe pod uwagę tym zasadniejsze wydaje się skorzystanie w prawie konkurencji z pojęć wypracowanych przez doktrynę prawa karnego i cywilnego.

Po czwarte, jak starałem się pokazać w tej pracy, nawet instytucje specyficzne dla prawa antymonopolowego (takie jak np. program *compliance*) da się analizować z wykorzystaniem pojęć występujących w polskim prawie cywilnym i karnym.

Po piąte wreszcie, o czym wspomniałem w rozdziale czwartym tej pracy, przyjęcia odrębnej od prawa karnego i cywilnego koncepcji winy nie narzuca polskiemu prawu prawo europejskie.

Dopóki zatem wina będzie w polskim prawie konkurencji (jak starałem się pokazać w tej pracy) warunkiem odpowiedzialności tak administracyjnoprawnej, jak i cywilnoprawnej, teoretycy i praktycy prawa konkurencji nie powinni nad pojęciem winy przechodzić do porządku dziennego. Absolutnym, jak się wydaje, minimum powinna być umiejętność rozróżniania przez owych praktyków i teoretyków różnic pomiędzy subiektywnym stosunkiem do bezprawności, subiektywnym stosunkiem do obiektywnych przesłanek danej praktyki, a subiektywnym stosunkiem przedsiębiorców wobec konkurentów. Podkreślenie różnic pomiędzy tymi trzema stosunkami było w zasadzie głównym celem tej pracy, z której, w powyższym zakresie, wypływają następujące rudymentalne konkluzje, które pozwolę sobie jeszcze raz powtórzyć.

Po pierwsze, jeżeli chodzi o subiektywny stosunek do przedmiotowych przesłanek danej praktyki, przedsiębiorca będzie na gruncie polskiego prawa konkurencji ponosił winę tylko w wypadku stwierdzenia po jego stronie umyślności lub nieumyślności. Umyślność jak i nieumyślność, pomimo pewnych pomniejszych różnic, powinna być w prawie konkurencji rozumiana w sposób jednakowy, jak to ma miejsce w doktrynie polskiego prawa karnego i cywilnego. Nie ma też żadnych powodów, żeby w prawie konkurencji nadawać tym pojęciom autonomiczne znaczenie.

Po drugie, subiektywny stosunek do prawa powinien być co do zasady irrelevantny z punktu widzenia przypisania przedsiębiorcy winy za naruszenie prawa konkurencji. Nieświadomość bezprawności swojego zachowania może wyłączać winę po stronie przedsiębiorcy jedynie w wyjątkowych, opisanych w rozdziale drugim, okolicznościach,

---

<sup>306</sup> Chodzi o plany wprowadzenia do polskiego prawa konkurencji instytucji *leniency plus*, która występuje przede wszystkim w krajach o anglosaskiej tradycji prawnej takich jak Stany Zjednoczone, Indie, czy Australia (zob. *Projekt UOKiK założeń projektu ustawy o zmianie ustawy...*), *op.cit.*, s. 21-22.

dlatego też wszelkie sformułowania organów i doktryny prawa konkurencji, które łączą winę ze „świadomością bezprawności”, czy też „chęcią naruszenia prawa antymonopolowego” opierają się na niezrozumieniu podstawowych pojęć dotyczących winy i strony subiektywnej.

Wreszcie po trzecie, subiektywny stosunek przedsiębiorcy wobec swoich konkurentów jest rzeczą odmienną od subiektywnego stosunku do obiektywnych przesłanek zakazanej praktyki. Niektórzy, a w szczególności Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, uważają co prawda, że negatywny subiektywny stosunek przedsiębiorcy wobec swoich konkurentów stanowi jedną z koniecznych przesłanek stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę określonego rodzaju zakazanych praktyk (np. stosowanie przez dominanta cen mieszczących się pomiędzy średnim kosztem całkowitym, a średnim kosztem zmiennym), należy jednak uznać, że takie kryterium negatywnego subiektywnego stosunku wobec konkurentów jest w istocie sprzeczne z ekonomicznymi i filozoficznymi podstawami prawa konkurencji i kryterium to należy rozumieć inaczej (należy zatem przyjąć jedno z zaprezentowanych w rozdziale trzecim tej pracy rozumień kryterium antykonkurencyjnego zamiaru).

Ponadto, polskiemu prawu konkurencji nie zaszkodziłoby na pewno bardziej koherentne podejście do kwestii związanej ze stroną podmiotową i winą przedsiębiorców kolektywnych, a więc takich przedsiębiorców, w których strukturze działa wiele osób, i część tych osób jest w stanie swoim zachowaniem doprowadzić do naruszenia prawa konkurencji. Mam nadzieję, że zaprezentowane w tej pracy podejście, które stara się zaaplikować w prawie konkurencji niektóre konstrukcje występujące w prawie cywilnym i prawie karnym, przy ich stosownej modyfikacji ze względu na specyfikę prawa antymonopolowego (między innymi poprzez powiązanie winy organizacyjnej z wdrożeniem programu *compliance*), będzie stanowić przynajmniej impuls do dyskusji na temat oceny zawinienia podmiotów kolektywnych w prawie konkurencji. Taka zaś dyskusja, przynajmniej w kontekście określenia katalogu osób, które należy uznać za „zarządzające” lub „kierujące” danym przedsiębiorcą rozpocznie się zapewne w momencie wprowadzenia do polskiego prawa konkurencji administracyjnej odpowiedzialności osób fizycznych (która to odpowiedzialność, należy podkreślić, nie stanowiła tematu tej pracy).

Ze względu na brak miejsca nie udało się w tej pracy omówić wszystkich zagadnień, mających związek z winą i odpowiedzialnością w prawie konkurencji. W szczególności pominięta została problematyka związana z przypisaniem spółce-matce odpowiedzialności za naruszenia prawa konkurencji dokonane przez spółkę-córkę. Ów niewątpliwie ciekawy problem w kontekście przypisania spółce-matce winy spółki-córki zasługuje w prawie

polskim na odrębne omówienie. Podobnie, nie udało mi się w tej pracy omówić samej karnoprawnej odpowiedzialności przedsiębiorców w prawie konkurencji. Nie jest to, co prawda, zagadnienie aktualne w polskim prawie, niemniej jednak rzetelna analiza funkcjonowania takiej karnej odpowiedzialności na gruncie zagranicznych systemów prawnych, które ją wprowadzają, pozwoliłaby być może na przedstawienie inspirujących uwag *de lege ferenda*.

Jak już wspomniałem, powyższa praca nie dotyczy też bezpośrednio zagadnienia administracyjnej odpowiedzialności osób fizycznych za naruszenia prawa konkurencji.

## Literatura:

- G. A. Akerlof, R.J. Shiller, *Zwierzęce instynkty. Czy ludzka psychika napędza globalną gospodarkę i jaki to ma wpływ na przemiany światowego kapitalizmu.*, Wydawnictwo Studio Emka, Warszawa 2010;
- J. Baehr, A. Stawicki A., *Prawo energetyczne jako lex specialis w stosunku do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, [w:] C. Banasiński (red.), *Prawo konkurencji – stan obecny oraz przewidywane kierunki zmian*, Warszawa 2006
- C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Wydanie 1, LexisNexis, Warszawa 2009;
- A. Bartosiewicz, *Przesłanki odpowiedzialności podmiotu zbiorowego – aspekty praktyczne*, Przegląd Prawa Handlowego, 2004/2;
- J. Basedow, *Private Enforcement of EC Competition Law*, 2007 Kluwer Law International BV, The Neatherlands;
- Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 6th edition, Edited by Peter Roth QC and Vivien Rose, Oxford;
- M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2011;
- *Biała Księga w sprawie roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji*, Bruksela 2 kwietnia 2008 r., COM(2008) 165;
- G. Bieniek (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego, Księga trzecia, Zobowiązania, tom 1*, LexisNexis, Warszawa 2009;
- A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz nadużycia pozycji dominującej we wspólnotowy i polskim prawie antymonopolowym*, TNOiK, Toruń;
- R. Buxton, *The Human Rights Act and the substantive criminal law*, Criminal Law Review 2000, May;
- K. Bączyk–Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu – zarys wykładu*, artykuł zamieszczony na stronie Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie;

- *Cartel Criminalization. Discussion Document*, New Zealand Ministry of Economic Development, January 2010;
- D. Chalmers, Ch. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, *European Union law: texts and materials*, Cambridge University Press 2006;
- *Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*;
- R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2009;
- A. Derkowska, *Jeszcze kilka refleksji o winie bezimiennej i winie w organizacji w przyznaniu odpowiedzialności lekarza w zespole i odpowiedzialności publicznego zakładu opieki zdrowotnej*, PrawoiMedycyna.pl;
- M. du Vall, E. Nowińska, *Komentarz do Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, LexisNexis, Warszawa 2010;
- F. H. Easterbrook, *Monopolization: Past, Present and Future*, *Antitrust Law Journal* 61 (1992);
- R. A. Epstein, *Monopoly Dominance or Level Playing Field? The New Antitrust Paradox*, *University of Chicago Law Review* Winter 2005;
- J. Fidała, *Odpowiedzialność karna członków zarządu za naruszenie prawa konkurencji*, blog: konkurencjaikonsumenci.wordpress.com;
- E. M. Fox, *US and EU Competition Law: A Comparison*, *Global Competition Policy*, Institute for International Economy;
- J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część Ogólna. Komentarz*, 2007, baza LEX;
- P. I. B. Goldschmidt, C. Lanz, *Maybe Definitely – Definitely Maybe?*, *EC Competition Law – Is the Time Ripe for Reform?*, European Institute of Public Administration;
- M. Górska, *Przesłanki uznania odmowy dostępu do własności intelektualnej za nadużycie pozycji dominującej*, w: M. Kepiński (red.), *Konkurencja a własność intelektualna*, C.H. Beck, Warszawa 2011;
- C. Graham, *EU and UK Competition Law*, Pearson 2010;
- L. Gyselen, *Rebates: Competition on the merits or exclusionary practice?*, 8th EU Competition Law and Policy Workshop. What is an Abuse of a Dominant Position? European University Institute, June 2003;
- K. Hoffstetter, M. Ludescher, *Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for 'Best Practice Compliance'*, *World Competition* 2010, Vol. 33/1;

- H. Hovenkamp, *The Monopolization Offense*, Ohio State Law Journal, 2000;
- W. Jakimowicz, *Wykładowia w prawie administracyjnym*, Zakamycze 2006;
- A. Jurkowska, *Antitrust Private Enforcement – Case of Poland*, Yearbook of Antitrust Regulatory Studies, Vol. 2008, 1(1);
- A. Jurkowska, *Perspektywy prywatnego wdrażania prawa ochrony konkurencji w Polsce na tle doświadczeń Wspólnoty Europejskiej*, PUG, 2008/1;
- A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law. Texts, Cases and Materials.*, Third Edition, Oxford University Press, 2008;
- G. C. Keating, *The theory of enterprise liability and common law strict liability*, Vanderbilt Law Review, April 2001;
- A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny, Komentarz, Tom 3*, Warszawa 2010;
- H. Knysiak-Molczyk, *Uprawnienia strony w postępowaniu administracyjnym*, Zakamycze 2004;
- K. Kohutek, *Stosowanie art. 81 TWE po reformie wspólnotowego prawa konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji przedsiębiorstw)*, Europejski Przegląd Sądowy 3/2006;
- K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.*, Warszawa 2008;
- T. T. Koncewicz, *Ignorantia iuris nocet w prawie wspólnotowym – zasada i wyjątki. Glosa do wyroku TS z dnia 15 maja 1986 r.*, Europejski Przegląd Sądowy 2006/3;
- V. Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9th Edn, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2007;
- K. Kowalik-Bańczyk, *Problematyka ochrony praw podstawowych w unijnych postępowaniach w sprawach z zakresu ochrony konkurencji*, Zeszyty Natolińskie (Zeszyt 39), Centrum europejskie Natolin, Warszawa 2010;
- M. Krasnodębska-Tomkiel, *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*, Warszawa 2006;
- M. Król-Bogomilska, *Glosa do wyroku SPI z dnia 8 października 2008 r., T-69/04*, Europejski Przegląd Sądowy 2009/6;
- R. Kubiak, *Pojęcie usprawiedliwionego błędu w nowym kodeksie karnym*, Palestra 1998, nr 7-8;
- M. Lao, *Reclaiming a role for intent evidence in monopolization analysis*, American University Law Review, October 2004;

- A. Marek, *Kodeks Karny, Komentarz*, Wydanie V, baza LEX;
- G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Oficyna 2009;
- D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Zakamycze 2004;
- M. Motta, P. Rey, F. Verboven, N. Vettas, *Hardcore restrictions under the Block Exemption Regulation on vertical agreements: An economic view*, Economic Advisory Group on Competition Policy at the Directorate General for Competition;
- B. Nita, *Model odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zagrożone pod groźbą kary*, Państwo i Prawo 2003/16;
- V. E. Nolan, E. Ursin, *Enterprise liability and the economic analysis of tort law*, Ohio State Law Journal, 1996;
- A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 6*, C.H. Beck, Warszawa 2009;
- E. Osterud, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law. The Spectrum of Test.*, Kluwer Law International BV, The Netherlands 2010;
- *Projekt UOKiK założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 15 maja 2012 r.*;
- K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, Tom 1, Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2011;
- P. Podrecki, *Stosunek ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym*, Przegląd Prawa Handlowego 1994/12;
- R. A. Posner, *Antitrust Law*, Second Edition, The University of Chicago Press 2001;
- J. Potulski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 5 maja 2009 r. Wina podmiotu zbiorowego.*, baza LEX;
- J. Potulski, J. Warylewski, *Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Komentarz.*, ABC, Warszawa 2004;
- Рабінович П.М. *Основи загальної теорії права і держави: Навчальний посібник.* - К.: ІСДО, 1995;
- M. Sachajko, *Istota i charakterystyka antymonopolowych kar pieniężnych*, RPEiS 2002/1;
- T. Sedlacek, *Ekonomia dobra i zła*, Wydawnictwo Studio Emka, Warszawa 2012;

- T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009;
- *Sprawozdanie z działalności Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za rok 2010*, Warszawa 2011;
- A. Stawicki, *The Autonomy of Sector-Specific Regulation – Is It Still Worth Protecting? Further Thoughts on the Parallel Application of Competition Law and Regulatory Instruments*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, Vol. 2011, 4(4);
- A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.*, Warszawa 2011;
- D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne*, Zakamycze 2004;
- J. Szwaja (red.), *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, C.H. Beck, Warszawa 2006;
- M. Szydło, *Stosowanie przez przedsiębiorstwo energetyczne cen w oparciu o taryfę zatwierdzoną przez Prezesa URE a zarzut naruszenia ogólnego prawa antymonopolowego*, [w:] M. Szydło, M. Sieradzka (red.) *Prawo energetyczne – zagadnienia praktyczne*, Monitor Prawniczy, Dodatek Specjalny 9/2009;
- *Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*;
- P. V. von Vormizeele, *The fault requirement in European private antitrust litigation and compliance programmes as exculpating or mitigating factor*, Global Competition Litigation Law Review, 2010, 3(1);
- D. Waelbroeck, *Michelin II: A per se rule against rebates by dominant companies?*, Journal of Competition Law & Economics, March, 2005;
- A. Walaszek-Pyziół, W. Pyziół, *Czyn nieuczciwej konkurencji (analiza pojęcia)*, Przegląd Prawa Handlowego 1994/10;
- G. Wierczyński, *Urzędowe ogłoszenie aktu normatywnego*, Oficyna 2008;
- M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Oficyna 2008;
- M. Zdyb (red.), *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, 2011, LEX;
- J. Zimmerman, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008;



- A. Zoll (red.) *Kodeks Karny. Część Ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007.

### **Akty prawne:**

- Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284);
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 z późn. zm.);
- Notice on Patent License Agreements (84/C220/35, 1984 OJ), akt prawny uchylony;
- Obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (de minimis) (Dz. Urz. UE, C 368 z 22.12.2001 r.);
- Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L 001 z 04.01.2003 r.);
- ustawa z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 1960 r., nr 30, poz. 168 z późn. zm.);
- ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., nr 16 poz. 93 z późn. zm.);
- ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r., nr 16, poz. 93 z późn. zm.);
- ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r., nr 50, poz. 331 z późn. zm.);
- ustawa z dnia 18 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2002 r., nr 197, poz. 1661 z późn. zm.);
- ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (Dz.U. z 1999 r., nr 52, poz. 547 z późn. zm.), akt prawny uchylony;
- ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 1993 r., nr 47 poz. 211 z późn. zm.);
- wersja skonsolidowana Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE, C 83 z 30.03.2010 r.);

- Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (Dz. Urz. UOKiK z 2008 r., nr 3, poz. 33);
- Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję (Dz. Urz. UOKiK z 2009 r., nr 1, poz. 1);
- Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 oraz art. 65 ust. 5 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali (Dz.U., C 9 z 14.01.1998 r.), akt uchylony;
- Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003 (Dz. Urz. UE, C 210 z 01.09.2006 r.).

### **Orzeczenia:**

Sądy wspólnotowe i Europejski Trybunał Praw Człowieka:

- wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 1 lutego 1978 r. w sprawie 19/77 (*Miller p. Komisji*);
- wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lutego 1979 w sprawie 85/76 (*Hoffman - La Roche & Co. AG p. Komisji*);
- wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 czerwca 1983 r. w sprawach 100-103/84 (*SA Musique Diffusion française i inni p. Komisji*);
- wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 marca 1984 r. w sprawach 29/83 i 30/83 (*CRAM and Rheinzink p. Komisji*);
- wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 maja 1986 r. w sprawie 160/84 (*Oryzomyli Kavallas OEE i inni p. Komisji*);
- wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 7 października 1988 r. w sprawie *Salabiaku p. Francji* (nr skargi 15312/89);
- decyzja Komisji Europejskiej z dnia 5 czerwca 1991 r., sprawa nr IV/32.879 (*Viho/Toshiba*);
- wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 lipca 1991 r. w sprawie 62/86 (*AKZO Chemie p. Komisji*);
- decyzja Komisji Europejskiej z dnia 15 grudnia 1992 r., sprawa nr IV/31.400 (*Ford Agricultural*);

- wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie C-333/94 (*Tetra Pak International p. Komisji*);
- wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 17 lipca 1998 r. w sprawie T-111/96 (*ITI Promedia NV p. Komisji*);
- wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 marca 2001 r. w sprawie C-163/99 (*Portugalia p. Komisji*);
- wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-453/99 (*Courage v. Crehan*);
- decyzja Komisji Europejskiej z dnia 5 grudnia 2001 r., sprawa nr IV/37.614/F3 PO (*Interbrew and Alken-Maes*);
- wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 19 marca 2003 r. w sprawie T-231/00 (*CMA CGM and Inni p. Komisji*);
- wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 września 2003 w sprawie C 338/00 P (*Volkswagen AG p. Komisji*);
- wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C2006/224/05 (*Manfredi*);
- wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 30 stycznia 2007 r. w sprawie T-340/03 (*France Telekom SA p. Komisji*);
- Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie T-271/03 (*Deutsche Telekom p. Komisji*);
- wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie *Dubus p. Francji* (skarga nr 5242/04);
- wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14 października 2010 r. w sprawie C-280/08 (*Deutsche Telekom p. Komisji*);
- wyrok Sądu z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie T-336/07 (*Telefonica p. Komisji*);
- wyrok Sądu z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie T-398/07 (*Hiszpania p. Komisji*).

#### Sądy polskie:

- wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 1983 r., sygn. IV CR 118/83;
- wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 1983 r., sygn. IV CR 118/83;
- wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 1991 r., sygn. II KRN 154/91;
- wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 1997 r., sygn. I CKN 44/97;

- wyrok Sądu Najwyższego z 25 stycznia 2001 r., sygn. IV CKN 232/00;
- wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 10 października 2001 r., sygn. XVII Ama 106/00;
- wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18 kwietnia 2002 r., sygn. I ACa 214/02;
- wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2004 r., sygn. III SK 48/04;
- wyrok sądu ochrony konkurencji i konsumentów z dnia 7 listopada 2005 r., sygn. XVIII AMa 26/04;
- postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 2009 r., sygn. IV KK 427/08;
- wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2009 r., sygn. III SK 34/08;
- wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2010 r., sygn. II PK 246/09;
- wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 2 lutego 2011 r., sygn. VI ACa 907/10;
- wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011, sygn. III SK 45/10.

#### Sądy amerykańskie:

- *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911);
- *Nortnern Pacific Railway v. United States*, 365 U.S. 1 (1958);
- *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961);
- *United States v. Arnold, Schiwnn & Co.*, 288 U.S. 365 (1967);
- *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145, 168 (1968);
- *Continental T. V. Inc. V. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977);
- *Broadcast Music Inc. V. Columbia Broadcasting System*, 441 U.S. 1 (1979);
- *Jefferson Parish Hospital District no. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984);
- *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S.49 (1993).

#### Decyzje Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

- decyzja UOKiK z dnia 29 marca 2001 r., nr RPZ-3/2001;
- decyzja UOKiK z dnia 16 października 2002 r., nr RKR-26/2002;
- decyzja UOKiK z dnia 29 grudnia 2006 r., nr RWA-48/2006;

- decyzja UOKiK z dnia 26 czerwca 2007 r., nr RWR-20/2007;
- decyzja UOKiK z dnia 12 września 2007 r., nr RLU-33/2007;
- decyzja UOKiK z dnia 26 maja 2008 r., nr RWA-15/2008;
- decyzja UOKiK z dnia 12 września 2008 r., nr RPZ-32/2007;
- decyzja UOKiK z dnia 31 grudnia 2008 r., nr RKT-107/2008;
- decyzja UOKiK z dnia 31 grudnia 2009 r., nr RKR-32/2009;
- decyzja UOKiK z dnia 26 kwietnia 2010 r., nr DOK-3/2010;
- decyzja UOKiK z dnia 26 sierpnia 2010 r., nr DOK-8/2010;
- decyzja UOKiK z dnia 31 grudnia 2010 r., nr DOK-11/2010;
- decyzja UOKiK z dnia 8 lipca 2011 r., nr RLU-9/2001;
- decyzja UOKiK z dnia 19 sierpnia 2011 r., nr RKR-27/2011;
- decyzja UOKiK z dnia 25 października 2011 r., nr RPZ-25/2011;
- decyzja UOKiK z dnia 30 grudnia 2011, nr RBG-28/2011.