

Konsolidacja, kooperacja i konkurowanie: ich granice w polskim prawie ochrony konkurencji

Wstęp

Niniejszy artykuł poświęcony jest problematyce sytuującej się w obszarze problemowym „Współczesne modele biznesu – diagnoza i perspektywy”. Autor odniósł się w nim do aspektów prawnych zjawisk, które wymieniono w ramach tego obszaru problemowego w pierwszej kolejności („Konkurencyjność przedsiębiorstw: konsolidacja, kooperacja czy konkurencja”), choć nie wiadomo, czy kolejność ta stanowi wynik przypadku, czy też dowodzić ma, że organizatorzy III Ogólnopolskiej Konferencji Młodych Naukowców wagę tych zjawisk dla współczesnego biznesu uważają za pierwszorzędą.

Celem artykułu jest wskazanie w pewnym zarysie, jak w polskim prawie ochrony konkurencji wytyczone zostały granice prawne konsolidacji, kooperacji i konkurowania jako potencjalnych metod zwiększania konkurencyjności przedsiębiorców. W uproszczeniu można powiedzieć, że dla oceny dopuszczalności konsolidacji i kooperacji ma znaczenie w szczególności, czy wiązać się z nimi będzie naruszenie konkurencji. Nawet jeśli przedsiębiorca nie zdecyduje się na konsolidację czy szeroko zakrojoną kooperację z innymi przedsiębiorcami, a postawi na aktywne samodzielne konkurowanie na rynku, jego działalność nie będzie mogła wykroczyć poza granice konkurowania uczciwego, a jeśli będzie posiadał pozycję dominującą na danym rynku, obowiązany będzie powstrzymać się od wszelkich zachowań noszących znamiona jej nadużycia.

Zastosowaną metodą badawczą jest metoda prawnodogmatyczna. Analizie poddano materiał normatywny, orzecznictwo Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) oraz sądów powszechnych, jak również literaturę przedmiotu.

1. Granice prawne konsolidacji

1.1. Granice prawne koncentracji

Konsolidacja nie została zdefiniowana w polskim prawie ochrony konkurencji. Granic prawnych konsolidacji poszukiwać należy jednak w szczególności w regulacjach dotyczących kontroli koncentracji, zawartych w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.k.).

Analiza decyzji Prezesa UOKiK w sprawach koncentracji prowadzi do obserwacji, że uczestnicy koncentracji niejednokrotnie jako motywy konsolidacji wskazują zwiększenie konkurencyjności (np. decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-17/2009 z dnia 8 kwietnia 2009 r. w sprawie Torfarm S.A. i Prosper S.A.) albo

* Dr, Katedra Prawa Gospodarczego Publicznego, Wydział Prawa, Uniwersytet w Białymstoku, piszcz@uwb.edu.pl

przynajmniej utrzymanie konkurencyjności (np. decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-129/2011 z dnia 3 listopada 2011 r. w sprawie Spółdzielni Mleczarskiej Mlekovita w Wysokiem Mazowieckiem oraz Okręgowej Spółdzielni Mleczarskiej w Suszu). Z perspektywy granic prawnych konsolidacji taka motywacja przedsiębiorców w niej uczestniczących nie ma jednak znaczenia.

W świetle art. 18 u.o.k.k. Prezes UOKiK, w drodze decyzji, wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona. Konsekwentnie w przypadkach, gdy wskutek koncentracji konkurencja na rynku zostałaby istotnie ograniczona, Prezes UOKiK zakazuje dokonania koncentracji (art. 20 ust. 1 u.o.k.k.). Pomiedzy tymi dwoma biegunami: bezwarunkową zgodą, uzasadnioną brakiem zagrożenia dla konkurencji na rynku, oraz zakazem dokonania koncentracji, uzasadnionym zagrożeniem dla konkurencji na rynku, występują jeszcze dwie sytuacje:

- zgoda warunkowa wydawana, jeśli – po spełnieniu przez przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji warunków określonych w decyzji – konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona (art. 19 u.o.k.k.),
- zgoda, którą Prezes UOKiK może wydać, mimo że konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, jeżeli odstępianie od zakazu koncentracji jest uzasadnione – w szczególności, gdy koncentracja przyczyni się do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego, czy też może ona wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową (art. 20 ust. 2 u.o.k.k.); język tego przepisu jest tak niedookreślony i nieprecyzyjny, że pozostawia Prezesowi UOKiK szeroki margines uznania administracyjnego [Piszcz, 2009, s. 8].

Co do zasady, dopuszczalne są więc koncentracje, w rezultacie których konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona. Ustawodawca wyszedł z założenia, że cechą tę mają koncentracje, w których przypadku nie są przekroczone tzw. progi bagatelności (łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia nie przekroczył równowartości 1 mld euro, ani ich łączny obrót na terytorium RP w tym okresie nie przekroczył równowartości 50 mln euro) albo które mieszczą się w katalogu wyjątków zawartym w art. 14 u.o.k.k. Zamiar dokonania takiej koncentracji w ogóle nie wymaga zgłoszenia Prezesowi UOKiK. Pozostałe podlegają kontroli Prezesa UOKiK, który zakazuje dokonania koncentracji albo wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, jak to opisano powyżej. Prezes UOKiK co do zasady wydaje taką zgodę, gdy w wyniku zamierzonej koncentracji konkurencja na rynku nie zostanie w ogóle ograniczona albo zostanie ograniczona, ale w stopniu mniejszym niż istotny. Prawne granice konsolidacji wyznaczone są więc przede wszystkim przez pojęcie „istotności” ograniczenia konkurencji, które jest niedookreślone, precyzowane w każdym stanie faktycznym koncentracji indywidualnie [Banasiński, Piontek, 2009, s. 358].

1.2. Istotność ograniczenia konkurencji przez koncentrację

Polski ustawodawca nie precyzuje przypadków, w których można mówić o istotnym ograniczeniu konkurencji, poza przykładowo wskazanym w art. 18-

20 u.o.k.k. „powstaniem lub umocnieniem pozycji dominującej na rynku”. Przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40% (art. 4 pkt 10 u.o.k.k.).

W świetle art. 18-20 u.o.k.k. uznać należy, że powstanie lub umocnienie pozycji dominującej zawsze prowadzi do ograniczenia konkurencji na rynku. Koncept istotnego ograniczenia konkurencji wykracza jednak poza kwestię dominacji i ma szerszy zakres. Obejmuje również przypadki, kiedy w wyniku dokonanej koncentracji konkurencja zostaje istotnie ograniczona, a nie wiąże się to z powstaniem czy umocnieniem pozycji dominującej, co może mieć miejsce np. na rynkach oligopolistycznych.

W praktyce Prezes UOKiK w przypadku zdecydowanej większości zgłaszanych zamierzonych koncentracji uznaje, że nie dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku, o czym świadczy znikoma liczba decyzji zakazujących dokonania koncentracji oraz decyzji w sprawie warunkowej zgody na koncentrację (łącznie w latach 2006-2011 było to odpowiednio 6 i 11 decyzji na niemal 1200 zakończonych postępowań w sprawach koncentracji) [[http://www.uokik.gov.pl.](http://www.uokik.gov.pl), dostęp: 08.01.2012]¹.

Uzasadnienia decyzji stanowią źródło informacji o sposobie rozumienia przez Prezesa UOKiK pojęcia istotności ograniczenia konkurencji. W większości przypadków, w których Prezes UOKiK stwierdzał, że w wyniku koncentracji dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku, konkluzję taką wiązał z prognozowanym powstaniem pozycji dominującej na rynku. Przykładowo za istotne ograniczenie konkurencji uznane zostało:

- uzyskanie przez uczestników koncentracji silnie dominującej pozycji na krajowym rynku (decyzja nr DOK-41/2006 z dnia 4 maja 2006 r. w sprawie Carey Agri International Poland Sp. z o.o. i Jabłonna S.A.),
- powstanie pozycji monopolistycznej na rynku (decyzja nr DKK-10/2009 z dnia 5 marca 2009 r. w sprawie Orzeł Biały S.A. i Baterpol Sp. z o.o.),
- powstanie rynku o strukturze duopolu ze znaczną przewagą połączonych uczestników koncentracji (decyzja nr DKK-67/2009 z dnia 8 października 2009 r. w sprawie Kolejowe Zakłady Nawierzchniowe Cogifer Polska Sp. z o.o. i Koltram Sp. z o.o.);
- powstanie na niektórych z rynków, których koncentracja dotyczy, „wręcz” pozycji dominującej, zestawione z istniejącymi barierami ograniczającymi wejście na rynki, w tym wysokim kosztem wejścia oraz przywiązaniem do marki (decyzja nr DKK-68/2009 z dnia 8 października 2009 r. w sprawie Rieber Foods Polska S.A. i FoodCare Sp. z o.o.).

¹ Dane zostały zebrane na podstawie sprawozdań z działalności UOKiK oraz w oparciu o wyszukiwarkę decyzji Prezesa UOKiK.

Prezes UOKiK wywodzi wniosek o istotnym ograniczeniu konkurencji na rynku w wyniku koncentracji bądź o braku takiego ograniczenia nie tylko w oparciu o zestawienie udziałów w rynku sprzed koncentracji i po jej dokonaniu, ale również na podstawie porównania kształtowania się wskaźników HHI (*Herfindahl-Hirschman Index*) sprzed i po dokonaniu koncentracji. Wskaźnik HHI określa stopień kontroli rynku przez wiodących konkurentów, ich siłę rynkową [Dubejko, 2007, s. 329]. Prezes UOKiK przyjmuje, że HHI poniżej 1000 charakteryzuje rynki nieskoncentrowane, HHI od 1000 do 1800 – rynki umiarkowanie skoncentrowane, a HHI powyżej 1800 – rynki wysoce skoncentrowane, przy czym jeżeli wartość HHI przekracza 2400, prawdopodobieństwo tworzenia lub umacniania siły rynkowej połączonych przedsiębiorców jest bardzo wysokie (tak m.in. ww. decyzja nr DKK-68/2009). Istotna zmiana stopnia koncentracji rynku (a za taką uznano np. zmianę indeksu HHI mieszczącą się między 166 a 239 pkt.; tak decyzja nr DKK-12/2011 z dnia 3 lutego 2011 r. w sprawie Narodowy Fundusz Inwestycyjny Empik Media & Fashion S.A. i Merlin.pl S.A.) zwiększa niebezpieczeństwo powstania działań zarówno skoordynowanych, jak i nieskoordynowanych, mogących doprowadzić np. do wzrostu cen produktów, co ostatecznie dotyka odbiorców końcowych produktów, czyli konsumentów.

Rzadko Prezes UOKiK dostrzega istotne ograniczenie konkurencji w sytuacjach, gdy w wyniku koncentracji nie zostanie przekroczony próg udziału w rynku, który wskazywałby na osiągnięcie pozycji dominującej. Zdarzyło się to w przypadku planowanej koncentracji (konsolidacji poziomej) pomiędzy bliskimi konkurentami, których produkty są postrzegane jako najbliższe substytuty. Przejęcie kontroli nad najbliższymi substytutami danego produktu umożliwia bowiem przedsiębiorcy trwałe podniesienie cen, ponieważ całkowita utrata klientów spowodowana takim zachowaniem jest niewielka z uwagi na fakt, iż w większości klienci przenoszą swój popyt na inne produkty tego samego wytwórcy² (zob. ww. decyzję nr DKK-12/2011).

Dodać należy, że Prezes UOKiK przyjmuje w przypadku koncentracji stnowiących tzw. konsolidacje pionowe, że powiązania pionowe pomiędzy producentami, przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w zakresie obrotu hurtowego a dystrybutorami niosą zagrożenia w szczególności w stosunku do producentów nieobjętych konsolidacją pionową (producenci ci mogą mieć problemy ze sprzedażą produktów), dystrybutorów nieobjętych konsolidacją pionową (dystrybutorzy ci mogą mieć problemy z zakupem produktów lub zakupem produktów na niedyskryminujących zasadach) oraz przedsiębiorców działających na rynku obrotu, gdyż skonsolidowane grupy mogą starać się wyeliminować tych pośredników w handlu produktami (tak decyzja nr DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r. w sprawie PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. i Energa S.A.). Takie konsolidacje zdaniem Prezesa UOKiK redukują konieczność han-

² Przykładowo producenci markowych napojów typu cola (np. Coca Cola i Pepsi) mogą nie osiągać w rynku właściwym udziału wskazującego na dominację, ale ponieważ stanowią dla siebie najbliższą konkurencję, ich połączenie miałoby negatywne skutki dla konkurencji na rynku.

dlu na rynku hurtowym i prowadzą w efekcie do małej płynności na tym rynku. Zapewnienie płynności na rynku, gwarantującej odpowiednią ilość produktów w obrocie, jest natomiast warunkiem koniecznym do zaistnienia konkurencji na tym rynku. Jest to szczególnie istotne w kontekście problemów z podażą energii elektrycznej dotyczących sektor elektroenergetyczny w Polsce. Obecny kształt tego sektora stanowi rezultat procesów konsolidacyjnych prowadzonych m.in. w latach 2006-2007 w ramach realizacji założeń „Programu dla elektroenergetyki” przyjętego przez Radę Ministrów w roku 2006. Biorąc pod uwagę strukturę rynku i potencjalne istotne ograniczenie konkurencji na nim, Prezes UOKiK w ww. decyzji nr DKK-1/2011 uznał, że w celu zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego nie jest konieczna dalsza konsolidacja sektora.

Polskie regulacje dotyczące kontroli koncentracji nie zakreślają granic prawnych koncentracji w sposób ostry. W poszczególnych indywidualnych sprawach granice te wytycza ostatecznie Prezes UOKiK w wydawanych decyzjach, przy czym z uwagi na „skąpy” krajowy materiał normatywny posiłkuje się regulacjami unijnymi [Skoczny, Jurkowska, Miąsik, 2009, s. 852]. Podkreślenia wymaga, że w przypadku dwóch decyzji zakazujących koncentracji (a wydanych pod rządami u.o.k.k.), od których strony wniosły odwołanie (ww. decyzje nr DKK-67/2009 i nr DKK-10/2009), sąd ochrony konkurencji i konsumentów rozpoznał już sprawę i w obu przypadkach rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK uznał za prawidłowe, oddalając odwołania (wyroki w sprawach odpowiednio XVII Ama 213/09 i XVII Ama 78/09).

1.3. Inne zagadnienia

Problematyka dotycząca koncentracji przedsiębiorców (w szczególności ich łączenia, przejmowania kontroli nad przedsiębiorcami, tworzenia wspólnych przedsiębiorców) nie wyczerpuje całości zagadnienia konsolidacji przedsiębiorców i jej granic prawnych. Przyjmuje się bowiem, że przedsiębiorcy konsolidują się nie tylko poprzez tworzenie grup kapitałowych, ale również poprzez łączenie się w sieci franchizowe (franchisingowe) [Ejchart, 2007, s. 11]. Ponieważ jednak w mojej ocenie dystrybucja franchisingowa ściślej wiąże się z zagadnieniem kooperacji przedsiębiorców niż ich konsolidacji, to – biorąc pod uwagę systematykę niniejszego artykułu, tj. jego podział na części dotyczące konsolidacji, kooperacji i konkurowania – do kwestii sieci franchisingowych powrócę przy analizie granic prawnych kooperacji przedsiębiorców.

2. Granice prawne kooperacji

2.1. Zakaz porozumień ograniczających konkurencję

Z polskiego prawa ochrony konkurencji nie wynika literalnie zakaz kooperacji przedsiębiorców. Jednakże art. 6 ust. 1 u.o.k.k. zakazuje porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Porozumienia rozumie się przy tym m.in. jako umowy, albo niektóre postanowienia umów, a także uzgodnienia w jakiegokolwiek formie. Granicę, której tak rozumiane porozumienia

przedsiębiorców nie mogą „przekroczyć”, stanowi naruszenie konkurencji na rynku właściwym w jakikolwiek sposób – poprzez jej wyeliminowanie, ograniczenie bądź inne naruszenie. A zatem katalog prawnych „barier” kooperacji przedsiębiorców będzie znacznie szerszy niż analogiczny katalog dotyczący koncentracji przedsiębiorców, ograniczający się do przypadków istotnego ograniczenia konkurencji. Kooperacja przedsiębiorców będzie zakazana nie tylko, gdyby jej skutkiem było istotne ograniczenie konkurencji, ale również gdyby kooperacja ta miała je za cel, a także gdyby jej celem lub skutkiem było ograniczenie konkurencji w stopniu nieistotnym lub naruszenie konkurencji w inny sposób (z zastrzeżeniem wyłączeń spod zakazu, o których mowa w art. 7-8 u.o.k.k.).

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję dotyczy zarówno porozumień zawieranych pomiędzy konkurentami (tzw. horyzontalnych, poziomych), jak i porozumień zawieranych pomiędzy partnerami rynkowymi działającymi na różnych szczeblach obrotu (tzw. wertykalnych, pionowych). W praktyce porozumienia horyzontalne są uznawane przez Prezesa UOKiK za bardziej szkodliwe. Z pkt 2.1 opublikowanych przez Prezesa UOKiK „Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję” wynika, że za bardzo poważne naruszenia zakazu uznaje się szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji (w tym porozumienia cenowe, zmony przetargowe, podział rynku oraz kolektywne bojkoty), za naruszenia poważne – porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, a także porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu (np. ustalanie ceny odsprzedaży), zaś do naruszeń pozostałych zalicza się m.in. porozumienia wertykalne, które nie dotyczą ceny lub możliwości odsprzedaży towaru [<http://www.uokik.gov.pl>], dostęp: 08.01.2012]³.

2.2. Granice prawne kooperacji horyzontalnej

Prezes UOKiK prowadził postępowania antymonopolowe w szeregu spraw przedsiębiorców, którzy podejmowali między sobą współpracę horyzontalną. Analizując decyzje kończące te postępowania, można odnieść wrażenie, że w praktyce konkurentom trudno jest kooperować tak, by nie naruszyć konkurencji na rynku właściwym.

Podstawowy wniosek z orzecznictwa Prezesa UOKiK to, że konkurenci muszą konkurować między sobą, a kooperacja nie może zastąpić rywalizacji pomiędzy graczami rynkowymi. Reguła ta nie dotyczy przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej, którzy traktowani są jako jeden organizm gospodarczy (por. decyzja nr RWR-34/2000 z dnia 29 grudnia 2000 r. w sprawie Spółdzielni Mieszkaniowej „Górczyn” w Gorzowie Wielkopolskim i „Instalator” Sp. z o.o.). W pozostałych przypadkach co do zasady jeżeli konkurenci rezygnują z samodzielności w zakresie decydowania, co do tego jaką politykę

³ Wyjaśnienia w sprawie kar.

rynkową realizować i za pomocą jakich parametrów działania (cen, jakości, warunków dystrybucji) to czynić, dochodzi do naruszenia konkurencji (tak decyzja nr RBG-9/2011 z dnia 8 lipca 2011 r. w sprawie MPT Łuczniczka Taxi Miejskie Przedsiębiorstwo Taksówkowe Andrzej Lipiński w Bydgoszczy i in.). Zastąpienie elementów współzawodnictwa o klienta (np. niezależnej polityki cenowej) kooperacją i unifikacją zachowań ogranicza konkurencję na rynku.

Niezależne działania przedsiębiorców nie mogą być zastąpione działaniami skoordynowanymi. Konkurentom nie tylko nie wolno zawrzeć umowy, która by przewidywała taką koordynację. Nie mogą oni również zastąpić ryzyka konkurencji praktyczną, niesformalizowaną kooperacją między sobą (tak np. decyzja nr RGD-32/2010 z dnia 30 grudnia 2010 r. w sprawie DB Port Szczecin Sp. z o.o. i in.). Reakcje przedsiębiorców na zachowania rynkowe innych muszą bowiem być spontaniczne (tak np. decyzja nr DOK-12/2010 z dnia 31 grudnia 2010 r. w sprawie Akzo Nobel Decorative Paints Sp. z o.o. i in.). Dlatego kontakty konkurentów nie mogą obejmować wymiany informacji o ich przyszłych zachowaniach rynkowych, zamiarach lub planach rozwoju, która prowadziłaby do efektu skoordynowanego, takiego samego „równoległego” zachowania konkurentów (por. decyzję nr RPZ-23/2006 z dnia 25 sierpnia 2006 r. w sprawie Zrzeszenia Transportu Prywatnego w Poznaniu i in.). Nie jest istotne, czy konkurenci wymieniający informacje uważają się za zobowiązanych (prawnie czy moralnie) do podjęcia równoległych działań. Do naruszenia konkurencji wystarczy, że wymiana informacji zmniejsza niepewność przedsiębiorcy co do zachowań, jakich może się spodziewać na rynku ze strony konkurentów.

Na tle powyższego rodzi się pytanie o to, czy porozumienia konkurentów o wspólnej sprzedaży mieszczą się w granicach legalnej kooperacji horyzontalnej. *Prima facie* ten typ umów pociąga za sobą zagrożenie dla konkurencji, gdyż kontrahenci mają ograniczoną możliwość wyboru partnera w zakresie sprzedaży swych towarów poprzez to, że część potencjalnych kontrahentów działa niejako w ramach wspólnej sieci. Zanim jednak Prezes UOKiK uzna tego rodzaju umowę za porozumienie ograniczające konkurencję, bada okoliczności zawarcia umowy, jej treść, skutki, które umowa wywołuje lub może wywołać na rynku oraz cel umowy (tak decyzja nr RWA-20/2004 z dnia 16 lipca 2004 r. w sprawie RUCH S.A. i Franpress Sp. z o.o. oraz decyzja nr RWA-19/2004 z dnia 16 lipca 2004 r. w sprawie RUCH S.A. i Kolportaż Prasy ROLKON Sp. z o.o.). Np. w sprawach RUCH S.A. Prezes UOKiK nie stwierdził, ażeby poprzez organizowanie wspólnej sprzedaży tytułów prasowych spółki dopuściły się porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku kolportażu prasy, polegającego na kontrolowaniu świadczenia usług kolportażu prasy.

Omawiane tu, a wynikające z art. 6 ust. 1 u.o.k.k., granice kooperacji horyzontalnej doznają wyłomu w art. 7 i 8 u.o.k.k. Kooperacja, która nie dotyczy ustalania cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów, ograniczania lub kontrolowania produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji, podziału rynków zbytu lub zakupu, czy uzgadniania warunków ofert przetargowych, jest dopuszczalna pomiędzy przedsiębiorcami, których udział

w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza progu określonego w art. 7 ust. 1 u.o.k.k. (tzw. porozumienia bagatelne). Z kolei z art. 8 ust. 1 u.o.k.k. wynika możliwość tzw. wyłączenia indywidualnego antykonkurencyjnych porozumień spod ustawowego zakazu z uwagi na ich uzasadnienie gospodarcze. Natomiast art. 8 ust. 3 u.o.k.k. upoważnia Radę Ministrów do ustanowienia tzw. wyłączeń grupowych. Nie wchodząc w szczegóły rozporządzeń w tym przedmiocie, wskazać należy, że z przywileju wyłączeń grupowych korzystać mogą niektóre formy kooperacji horyzontalnej w sektorze ubezpieczeniowym, niektóre porozumienia specjalizacyjne i badawczo-rozwojowe, a także niektóre porozumienia dotyczące transferu technologii.

2.3. Granice prawne kooperacji wertykalnej

Szerszy jest zakres dopuszczalnej kooperacji wertykalnej przedsiębiorców (która korzysta również z wyłączeń opisanych powyżej, w akapicie poprzedzającym). Polski ustawodawca (podobnie jak i prawodawca unijny) zezwala co do zasady na koordynację pomiędzy poszczególnymi ogniwami łańcucha dystrybucji, manifestując tym samym bardziej liberalne podejście do porozumień wertykalnych [Kohutek, Sieradzka, 2008, s. 158]. Wyłączeniem spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję objętych jest szereg porozumień pomiędzy przedsiębiorcami tworzącymi sieci dystrybucyjne, których cechą charakterystyczną jest wielość umów zawieranych z wieloma dystrybutorami według tych samych bądź zbliżonych zasad.

W prawie polskim kwestie te regulowane są obecnie rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 81, poz. 441) oraz rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 8 października 2010 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 198, poz. 1315). Pierwsze z ww. rozporządzeń wyłącza spod ustawowego zakazu porozumienia wertykalne, w szczególności zawierające zobowiązania wyłącznego zakupu lub zobowiązania wyłącznej dostawy, lub tworzące systemy dystrybucji selektywnej lub systemy dystrybucji franchisingowej (systemy dystrybucji, w których dystrybutor bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się odsprzedawać zakupione od dostawcy towary objęte porozumieniem wertykalnym, wykorzystując udostępnione przez niego w zamian za wynagrodzenie prawa własności intelektualnej i przemysłowej lub know-how), pod warunkiem spełniania przez nie przesłanek wyłączenia określonych w rozporządzeniu.

Oba ww. rozporządzenia uzależniają wyłączenie porozumienia wertykalnego spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję od udziału dostawcy i jego grupy kapitałowej w rynku właściwym oraz udziału nabywcy i jego grupy kapitałowej w rynku właściwym, który nie może przekraczać 30%. Nawet jednak w przypadku porozumień spełniających ten warunek nie jest do-

puszczalne objęcie porozumieniem kooperacji w zakresie działań, które są szczególnie groźne dla konkurencji. Przykładowo zakazanymi przez rozporządzenia tzw. klauzulami czarnymi są klauzule pozwalające dostawcy określać minimalne bądź sztywne ceny odsprzedaży. Z kolei w orzecznictwie (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 1997 r., I CKN 837/97, OSNC 1998, nr 6, poz. 96) i literaturze przyjmuje się, że zakazane jest porozumienie o utworzeniu sieci dystrybucyjnej, jeżeli jej utworzenie dawałoby przedsiębiorcom do niej należącym pozycję dominującą [Kohutek, Sieradzka, 2008, s. 286].

3. Granice prawne konkurowania

3.1. Zakaz nadużywania pozycji dominującej

Odpowiadając na pytanie o prawne granice konkurowania (rywalizacji rynkowej), wskazać należy przede wszystkim na dwie kwestie: zakaz nadużywania pozycji dominującej wynikający z art. 9 ust. 1 u.o.k.k. oraz zakaz nieuczciwej konkurencji wynikający z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k.).

Wytyczenie prawnych granic jednostronnych zachowań rynkowych przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą (jej definicję przytoczyłam powyżej w pkt 1.2 niniejszego artykułu) na pierwszy rzut oka wydaje się być jeszcze trudniejsze niż identyfikacja prawnych granic kooperacji czy konsolidacji. Ustawa stwierdza bowiem jedynie, że zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców (art. 9 ust. 1 u.o.k.k.) oraz wskazuje w sposób tylko przykładowy, na czym nadużywanie pozycji dominującej polega (art. 9 ust. 2 pkt 1-7 u.o.k.k.).

Z jednej strony dominant musi mieć świadomość, że ustawowy katalog praktyk stanowiących nadużycie pozycji dominującej jest jedynie przykładowy. Poza nim, zakazem objęty jest szereg tzw. praktyk nienazwanych, klasyfikowanych jako nadużycie pozycji dominującej przez Prezesa UOKiK i judykaturę. Jak się jednak okazuje, w praktyce organy ochrony konkurencji rzadko wychodzą poza klasyfikację praktyk stanowiących nadużycie pozycji dominującej ustanowioną w art. 9 ust. 2 u.o.k.k. [Skoczny, Jurkowska, Miąsik, 2009, s. 706].

Z drugiej jednak strony określenie prawnych granic jednostronnych zachowań rynkowych dominanta nie doznaje utrudnienia związanego z wyłączeniami spod zakazu, gdyż zakaz nadużywania pozycji dominującej nie doznaje normatywnych wyłączeń, których tak wiele przewidziano w przypadku zakazu antykonkurencyjnych porozumień [Skoczny, Jurkowska, Miąsik, 2009, s. 619].

3.2. Inne zagadnienia

O ile zakaz nadużywania pozycji dominującej dotyczy wąskiej grupy przedsiębiorców (tylko przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą), o tyle zakaz nieuczciwego konkurowania wynikający z przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dotyczy każdego przedsiębiorcy. W świetle art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy

lub klienta lub interes ten narusza. W art. 3 ust. 2 u.z.n.k. wymienione zostały czyny nieuczciwej konkurencji w sposób przykładowy (czyny nazwane), a następnie w art. 5-17d u.z.n.k. scharakteryzowane zostały poszczególne typy nazwanych czynów nieuczciwej konkurencji. Obok nich zakresem regulacji u.z.n.k. objęte są również nienazwane czyny nieuczciwej konkurencji, czyli inne działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź interes ten naruszające [Kohutek, Sieradzka, 2008, s. 633]. Zatem po raz kolejny w prowadzonej analizie napotykamy miejsce, w którym granice legalnego zachowania przedsiębiorcy stają się płynne i nie dają się interpretować w sposób łatwy. Sprzeczność zachowania z prawem da się zidentyfikować, zwłaszcza jeżeli przepisy prawne są sformułowane w sposób dostatecznie precyzyjny i klarowny. Ale już ocena zachowania z perspektywy jego zgodności bądź sprzeczności z dobrymi obyczajami może nastroczać poważne trudności, skoro wymaga uprzedniego ustalenia, jakie są przyjęte w danych stosunkach pozaprawne standardy postępowania, jakie są normy etyczne obowiązujące w danym środowisku.

Pełne omówienie zagadnień związanych z granicami prawnymi delimitującymi konkurowanie uczciwe i konkurowanie nieuczciwe, wymagałoby większej rozprawy wykraczającej poza wąskie ramy niniejszego artykułu. Z konieczności należy ograniczyć się w tym miejscu do wskazania, że wykroczenie przez przedsiębiorcę poza granice zachowania legalnego określone przepisami u.z.n.k. pociąga za sobą konsekwencje inne niż w przypadku naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu sformułowanego w przepisach u.o.k.k.

W pierwszym przypadku przedsiębiorca ponosi odpowiedzialność cywilną (a w przypadku niektórych czynów przewidziano również odpowiedzialność karną). Zatem u.z.n.k. chroni konkurencję przede wszystkim w interesie prywatnym, czyli w interesie przedsiębiorców i klientów, którzy mogą dochodzić przed sądami powszechnymi roszczeń określonych w art. 18 u.z.n.k.

Natomiast w przepisach u.o.k.k. za naruszenia zakazów z nich wynikających przewidziano kary pieniężne w wysokości do 10% przychodu osiągniętego przez przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary przez Prezesa UOKiK. Ustawa chroni konkurencję (jako mechanizm ekonomiczny) w interesie publicznym. Przedsiębiorca ponosi nadto odpowiedzialność cywilną (a w przypadku zmów przetargowych przewidziano również odpowiedzialność karną), jednak w praktyce skala dochodzenia przed sądami powszechnymi roszczeń z tytułu naruszeń u.o.k.k. (tzw. *private enforcement*) jest w Polsce niewielka.

Zakończenie

Konsolidacja, kooperacja i konkurowanie, mogące stanowić metody zwiększania konkurencyjności przedsiębiorców, mają swoje granice wytyczone w polskim prawie ochrony konkurencji. W poszukiwaniu granic prawnych tych zjawisk wszystkie drogi prowadzą do konkurencji, chronionej zarówno w interesie publicznym (jako mechanizm ekonomiczny), jak i w interesie prywatnym

(w interesie konkurentów i konsumentów). Podejmowanie i prowadzenie czy to procesów konsolidacyjnych, czy też kooperacji z innymi przedsiębiorcami albo aktywnego samodzielnego konkurowania na rynku, w sposób, który nie zagraża naruszeniem konkurencji na rynku, z perspektywy przedsiębiorców okazuje się jednak utrudnione ze względu na niedookreślone, nieostre, niekiedy „wielopoziomowe”, a tym samym trudne w interpretacji regulacje prawne.

Literatura

1. Banasiński C., Piontek E. (red.) (2009), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LexisNexis, Warszawa.
2. Dubejko U. (2007), Wykorzystanie analizy ekonomicznej przy określaniu siły rynkowej przedsiębiorców w sprawach z zakresu nadużywania pozycji dominującej i kontroli łączy, w: Konkurencja w gospodarce współczesnej, Banasiński C., Stawicki E. (red.), Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa.
3. Ejchart G. (red.) (2007), Rozwój handlu w Polsce, Centrum im. Adama Smitha, Warszawa.
4. http://www.uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php
5. http://www.uokik.gov.pl/sprawozdania_z_dzialalnosci_urzedu.php
6. http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_w_sprawie_kar3.php
7. Kohutek K., Sieradzka M. (2008), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wolters Kluwer, Warszawa.
8. Piszcz A. (2009), Antitrust in times of financial crisis, „Innovative Issues and Approaches in Social Sciences”, nr 3.
9. Skoczny T., Jurkowska A., Miąsik D. (red.) (2009), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa.
10. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).
11. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.

Streszczenie

W artykule podjęta została problematyka dotycząca granic konsolidacji, kooperacji i konkurowania (jako potencjalnych metod zwiększania konkurencyjności przedsiębiorców), wynikających z polskich przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W odniesieniu do konsolidacji przedsiębiorców omówione zostało przede wszystkim zagadnienie istotnego ograniczenia konkurencji przez koncentrację. Jeżeli chodzi o kooperację przedsiębiorców, poruszone zostało zagadnienie dopuszczalności kooperacji horyzontalnej oraz kooperacji wertykalnej przedsiębiorców. W ostatniej kolejności krótko przedstawione zostały ograniczenia konkurowania wynikające z zakazu nadużywania pozycji dominującej oraz z określonego ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zakazu czynów nieuczciwej konkurencji. W artykule zwrócono uwagę na ryzyko przedsiębiorców płynące z trudności w interpretacji skonstruowanych przez ustawodawcę regulacji prawnych.

Słowa kluczowe

koncentracje, antykonkurencyjne porozumienia, nieuczciwa konkurencja

Consolidation, cooperation and competing: their limitations in Polish competition law (Summary)

The aim of this article is to show that consolidation, cooperation and competing are legally limited by Polish competition law. Simplifying, one can say that they are permissible unless they can lead to distortion of competition. Thus, competition is a phenomenon protected not only in the public interest (as an economic mechanism) but also in the private interest (for the benefit of competitors and consumers).

Key words

concentrations, anticompetitive agreements, unfair competition