

Ochrona konkurencji w Polsce 2018

subiektywny przewodnik



- Ochrona konkurencji i konsumentów AD 2018
- Przeszukania antymonopolowe
- Koniec geoblokowania?
- Porozumienia wertykalne: cel pał!

Spis treści

| | |
|---|----|
| Wstęp..... | 3 |
| Ochrona konkurencji w Polsce AD 2018 – w skrócie..... | 4 |
| Ochrona konsumentów AD 2018 | 9 |
| Nowe kompetencje Prezesa UOKiK | 13 |
| Konsumencki New Deal – co nowego Komisja proponuje konsumentom? | 15 |
| Przeszukania antymonopolowe pod dwuinstancyjną kontrolą sądową – czyli o prawie do obrony przedsiębiorcy | 18 |
| Porozumienia wertykalne: cel pał! | 21 |
| Ustawa o przewadze kontraktowej – dotychczasowe doświadczenia | 23 |
| Koniec geoblokowania?..... | 25 |
| Wykorzystywanie danych na celowniku europejskich organów ochrony konkurencji | 28 |
| Gdzie skutecznie dochodzić roszczeń <i>private enforcement</i> ? | 30 |
| Wyrok TSUE w sprawie Avastin i Lucentis: interakcja pomiędzy konkurencją i regulacją | 32 |

Wstęp

Rok temu stworzyliśmy pierwszy „Subiektywny Przewodnik” po prawie konkurencji w Polsce za rok 2017. Okazało się, że to był strzał w dziesiątkę. Otrzymaliśmy z rynku pozytywną informację zwrotną: że potrzebny, że użyteczny, zawierający wiedzę „w pigułce” i wreszcie – że się dobrze czyta. I tak chcemy trzymać. Dlatego nasz „Subiektywny...” za rok 2018 ma ambicje przydać się Państwu – naszym Klientom, Kolegom, Entuzjastom Prawa Konkurencji – w ocenie tego co się zdarzyło w prawie konkurencji w Polsce, z zaznaczeniem wybranych spraw i tendencji w Europie. I nadal chcemy, żeby się dobrze czytał: stawiamy na krótką i treściwą formę, nieformalny język i praktyczne uwagi.

Życzymy dobrej lektury!

Wiedza w pigułce



Dobrze się czyta



Strzał w dziesiątkę



Przewodnik został przygotowany w oparciu o dane aktualne na dzień 31 marca 2019 r.

Informacje zawarte w Przewodniku nie mogą być traktowane jak doradztwo prawne oraz nie powinny stanowić podstawy podejmowania decyzji biznesowych.

Ochrona konkurencji w Polsce AD 2018 – w skrócie

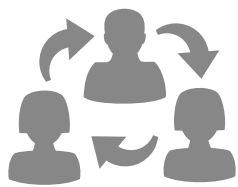
Małgorzata Modzelewska de Raad, Aleksandra Mariak

W 2018 r. kontynuowany był trend dotyczący niewielkiej liczby wydawanych decyzji z zakresu ochrony konkurencji. W porównaniu z ubiegłym rokiem znacznie zmalała natomiast wysokość kar pieniężnych nałożonych na przedsiębiorców w związku ze stwierdzonymi antykonkurencyjnymi praktykami - łącznie wyniosły one zaledwie około 1 mln złotych (dla porównania - w ubiegłym roku suma kar nałożonych tylko na przedsiębiorców uczestniczących w kartelu płyt drewnopochodnych wyniosła około 136 mln złotych). Prezes UOKiK w wywiadach prasowych przyznaje: „Byliśmy zbyt łagodni” oraz „wykorzystujemy nie tylko twarde narzędzia (decyzja z karą), ale też miękkie. W latach 2015–2017 stawialiśmy w dużej mierze na te drugie, ale nie do końca zdają one egzamin. Dlatego wracamy w kierunku narzędzi twardych”¹. W 2018 r. widoczna była duża aktywność Prezesa UOKiK w zakresie przeszukań. W ubiegłym roku wydano też rekordową liczbę decyzji dotyczących kontroli koncentracji przedsiębiorców. Prezes UOKiK nie spowalnia również jeśli chodzi o ochronę konsumentów, o czym piszemy na str. 9 i 13.

Prezes UOKiK w wywiadach prasowych przyznaje: „Byliśmy zbyt łagodni” oraz „wykorzystujemy nie tylko twarde narzędzia (decyzja z karą), ale też miękkie. W latach 2015–2017 stawialiśmy w dużej mierze na te drugie, ale nie do końca zdają one egzamin. Dlatego wracamy w kierunku narzędzi twardych”

Poniżej przybliżamy najciekawsze aspekty polskiego prawa konkurencji AD 2018.

2018



2 decyzje

stwierdzające zawarcie porozumień ograniczających konkurencję



5 decyzji

w sprawach dotyczących nadużywania pozycji dominującej



228 decyzji

wyrażających zgodę na dokonanie koncentracji

¹ Por. publikacja z 4 marca 2019 na: <https://bezprawnik.pl/kary-uokik/>.

Przeszukania

Bez wątpienia 2018 r. należał do instytucji przeszukań – zarówno biorąc pod uwagę liczbę przeprowadzonych działań jak i znaczące zmiany w sposobie ich prowadzenia. Z publicznie dostępnych informacji wynika, że w ubiegłym roku Prezes UOKiK przeprowadził **niezapowiedziane inspekcje co najmniej 6 razy**, w tym w siedzibach przedsiębiorców z branży reklamowej, motoryzacyjnej, sportowej i dystrybutorów instrumentów muzycznych.

W tym obszarze należy odnotować istotną modyfikację: w ostatnim czasie zapadło rozstrzygnięcie pozwalające przedsiębiorcom na kwestionowanie postanowienia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako: SOKiK) udzielającego Prezesowi UOKiK zgody na dokonanie przeszukania. Wyrokiem z dnia 16 stycznia 2019 r. sygn. akt P 19/17 Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 105n ust. 4 uokik, w zakresie, w jakim uniemożliwia przedsiębiorcy zaskarżenia postanowienia SOKiK jest niezgodny z Konstytucją (z gwarantowanym prawem do sądu i prawem do zaskarżania orzeczeń i decyzji). Tym samym, znacznie wzmocnione zostały prawa przedsiębiorców, którzy będą mogli kwestionować podstawy przeszukania i jego zakres. Z punktu widzenia Prezesa UOKiK konsekwencją tego orzeczenia będzie konieczność wnikliwego uzasadniania wniosków o wydanie zgody na przeszukanie, jak również szczegółowego określania zakresu i przedmiotu kontroli. Szerzej to przełomowe orzeczenie i jego konsekwencje dla praktyki komentujemy na str. 18.

Z publicznie dostępnych informacji wynika, że w ubiegłym roku Prezes UOKiK przeprowadził **niezapowiedziane inspekcje co najmniej 6 razy**.

przeszukania Prezesa UOKiK



co najmniej

6

przeprowadzonych
 przeszukań

w 2018 r.



nowe prawo
 przedsiębiorców

do kwestionowania
 postanowienia SOKiK
 wyrażającego zgodę na
 dokonanie przeszukania

Porozumienia ograniczające konkurencję

W odniesieniu do porozumień ograniczających konkurencję, Prezes UOKiK wydał **tylko 2 decyzje** (o 9 decyzji mniej niż w ubiegłym roku). Obie decyzje dotyczą porozumień horyzontalnych (podział rynków i zмова przetargowa). Polski organ, w przeciwieństwie do KE, nie karał więc w ostatnim roku przedsiębiorców w związku z zawieraniem porozumień wertykalnych.

W odniesieniu do porozumień ograniczających konkurencję, Prezes UOKiK wydał tylko 2 decyzje (o 9 decyzji mniej niż w ubiegłym roku). Obie decyzje dotyczą porozumień horyzontalnych.

Stan faktyczny jednej z tych decyzji (nr RPZ 11/2018), dotyczącej porozumienia o podziale rynków pomiędzy dwoma przewoźnikami autobusowymi, jest o tyle ciekawy, że Prezes UOKiK powziął informację o naruszeniu od niezadowolonego przewoźnika, który złożył zawiadomienie o podejrzeniu nadużywania przez konkurenta pozycji dominującej. Po przeprowadzeniu postępowania okazało się, że w istocie zawiadamiający i jego konkurent byli w zмовie. Prezes UOKiK nie zdecydował się na nałożenie kary pieniężnej na zawiadamiającego, gdyż stanowiłoby to „nieusprawiedliwioną represję za brak rozeznania co do przepisów prawa”.

W obszarze porozumień, można również odnotować postanowienie Sądu Najwyższego (dalej „SN”) z dnia 7 marca 2018 roku (III SK 24/17), które potwierdza wyrażony wcześniej pogląd, że dla przypisania porozumienia ograniczającego konkurencję wystarczy samo uczestnictwo w zakazanym porozumieniu. Jeśli porozumienie jest faktycznie wdrażane przez inny podmiot z grupy kapitałowej nie zmienia to poprawności przypisania praktyki temu przedsiębiorcy, który faktycznie uczestniczył w zakazanym porozumieniu.

Nadużywanie pozycji dominującej

W tym obszarze zaobserwować możemy znaczny spadek wydanych decyzji względem 2017 r. W ubiegłym roku w tym zakresie Prezes UOKiK wydał łącznie 5 decyzji, z czego 4 dotyczyły umorzenia postępowania, a jedna decyzja była decyzją zobowiązaniową (PKP PLK). Konsekwentnie, w ubiegłym roku nie nałożono kary na żadnego przedsiębiorcę w związku z zarzutami nadużywania pozycji dominującej.

W ubiegłym roku nie nałożono kary na żadnego przedsiębiorcę w związku z zarzutami nadużywania pozycji dominującej.

Ciekawa decyzja umarzająca postępowanie dotyczyła zarzutu nadużywania konkurencyjnej pozycji dominującej na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej przez Polkomtel, T-Mobile i Orange, polegające na stosowaniu przez nich wyższych cen za połączenia głosowe do sieci Play.

Kontrola koncentracji

Ubiegły rok był podobnie jak 2017 rok pracowity dla Prezesa UOKiK pod względem kontroli koncentracji – **wydano 228 zgód na połączenia i przejęcia**. Prezes UOKiK chwali się osiągniętym wynikiem i wskazuje, że ta liczba jest największa od 11 lat². Spośród tych decyzji tylko 8 poprzedzonych było drugą fazą postępowania.

W kilku problematycznych koncentracjach, w których wydane zostały zastrzeżenia do koncentracji, przedsiębiorcy zdecydowali się wycofać wnioski na dokonanie koncentracji (m.in. Benefit Systems/Calypso, UPC/Multimedia Polska, PKPE Holding/Elster-PKP).

Co istotne, w ubiegłym roku Prezes UOKiK nie stwierdził naruszenia obowiązku notyfikacji koncentracji (gun jumping). Niemniej trend monitorowania zachowań niezgodnych z zasadami dotyczącymi kontroli koncentracji jest w Europie i na świecie bardzo silny: wydano w tego typu sprawach około 50 decyzji i nałożono kary w łącznej wysokości ponad 148 mln EUR³. W Polsce doczekaliśmy się też w tym obszarze wyroku SN (z 21 lutego 2018 roku, III SK 1/17), który nota bene

² https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=15186

³ Por. <https://www.rp.pl/Biznes/302259893-Urzedz-antymonopolowe-maja-co-robic.html>

Ochrona konkurencji w Polsce 2018 subiektywny przewodnik

wyczerpująco komentuje przesłankę nałożenia kary wyrażoną w art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów odnoszącą się do działania „choćby umyślnego” przedsiębiorcy. Podtrzymując karę na przedsiębiorcę za dokonanie koncentracji bez zgody Prezesa UOKiK, SN stwierdził po pierwsze, że „świadomość bezprawności czynu zagrożonego karą pieniężną z art. 106 uokik nie ma znaczenia dla kwalifikacji naruszenia ustawy jako nieumyślnego” oraz „działania podejmowane są przez przedsiębiorcę świadomie. To jest charakterystyczne dla zamiaru popełnienia czynu zabronionego” [gdyż] „przedsiębiorca ma orientację tego co robi; ze świadomością i wolą realizuje istotę czynu zabronionego (dokonanie koncentracji)”.

Ciekawym zjawiskiem jest skierowanie uwagi organów państw członkowskich na przejęcia tzw. pakietów mniejszościowych, które zasadniczo nie podlegają kontroli przez organy ochrony konkurencji w większości jurysdykcji. Komisja Europejska przygląda się zjawisku już od kilku lat (pierwsze konsultacje w tej sprawie datują się na rok 2013, a kompleksowy raport w tym obszarze KE opublikowała w roku 2016), a ostatnio bada też intensywnie potencjalne skutki takich akwizycji⁴. Bundeskartellamt prowadzi również badania w tym kierunku. W lutym 2019 r. zebrała się grupa robocza, która dyskutowała m.in. zagadnienia związane z nabywaniem mniejszościowych pakietów w przedsiębiorstwach konkurencyjnych⁵ i ma ku temu szczególne kompetencje: według niemieckich reguł kontroli koncentracji, w niektórych przypadkach już nabycie 25% pakietu wymaga zgody niemieckiego organu.

Sądowa weryfikacja decyzji Prezesa UOKiK – wybrane kwestie

Jesienią 2018 roku rozpoczęła pracę nowa izba SN, tj. Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych. Tam trafiły już skargi kasacyjne dotyczące spraw z zakresu ochrony konkurencji. Składy sędziowskie tej izby rozpoznały do końca 2018 roku już wiele spraw w tym obszarze. „Dawna” izba (Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych) zakończyła swój wkład dla prawa konkurencji w Polsce w marcu 2018 roku. Na początku minionego roku zdążyła jeszcze wydać kilka ciekawych orzeczeń. W wyroku z dnia 7 marca 2018 r. (III SK 6/17), SN potwierdził jako poprawną praktykę „zaliczania” akt postępowania administracyjnego do akt postępowania (sądowego) „bez formalnego dopuszczania ich w ramach postępowania dowodowego”. **A zatem sąd może „uwzględnić całość akt postępowania administracyjnego w wyrokowaniu”** ALE „z obowiązkiem wskazania konkretnych dokumentów przez przywołanie kart dla wskazania podstawy faktycznej ustaleń postępowania sądowego”.

Na początku roku SN rozstrzygnął jeszcze jedną istotną kwestię procesową. W postanowieniu z dnia 14 marca 2018 r. (III SK 38/16) SN stwierdził, że w postępowaniu z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK nie znajduje zastosowania art. 378 § 2 k.p.c. Oznacza to, że **sądy rozstrzygają spór tylko wobec tych podmiotów, które złożyły odwołanie**. Brak aktywności ze strony adresatów decyzji powoduje, że staje się ona wobec nich prawomocna, nawet jeśli później zostanie uchylona wobec innych adresatów tej samej decyzji.

Po raz kolejny SN (w wyroku z 6 lutego 2018 roku, III SK 8/17) zajął stanowisko w aspekcie oceny zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego przez Prezesa UOKiK. SN wyjaśnił mianowicie, że takie zmiany mogą być dokonywane w trakcie postępowania i nie uchybia to art. 74 uokik. Do ochrony praw przedsiębiorcy, zdaniem SN, wystarczające jest „**by Prezes Urzędu działał w taki sposób, aby przypisane przedsiębiorcy w decyzji kończącej postępowanie „zarzuty” nie okazały się dla przedsiębiorcy czymś nieznanym** w stosunku do tego, co organ zarzucał w toku postępowania”. Do tych kluczowych elementów SN zalicza przede wszystkim opis zachowania przedsiębiorcy, definicję rynku właściwego oraz kwalifikację prawną zachowania przedsiębiorcy.

4 <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1893f7b8-93a4-11e8-8bc1-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>

5 https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/08_02_2019_AKW.html

Ochrona konkurencji w Polsce 2018 subiektywny przewodnik

W jednym z ostatnich wyroków Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych (wyrok z dnia 20 marca 2018 roku, III SK 5/17) SN miał szansę ustosunkować się do podstaw aksjologicznych prawa konkurencji. Stwierdził między innymi, że **błędne jest przyjmowanie do oceny zachowań przedsiębiorców takich teorii ekonomicznych, które sprzeczne są z przyjętym w konstytucji modelem społecznej gospodarki rynkowej**. Skrytykował tym samym automatyczne stosowanie orzecznictwa sądów Stanów Zjednoczonych do oceny zachowań przedsiębiorców w Polsce. Sąd Najwyższy zasugerował „potrzebę zachowania większego sceptycyzmu wobec recepcji koncepcji wypracowanych i wdrożonych w systemie prawnym o [...] odmiennych rozwiązaniach konstytucyjnych w zakresie ustroju gospodarczego.”

Czego spodziewać się w roku 2019?

Rok 2019 zapowiada się pracowicie. Na początku tego roku Prezes UOKiK podał informację o postępowaniu prowadzonym w związku z podejrzeniem zmywy dotyczącej podziału warszawskiego rynku ciepła, a także przeszukań przeprowadzonych u producentów oprogramowań wykorzystywanych przez przedsiębiorców farmaceutycznych. Zapowiada się, że podejmowane obecnie działania mogą odwrócić trend w zakresie niskiej wykrywalności i „miękkiego” traktowania. Jednym słowem: będą poważne sprawy, a za nimi – mogą pójść poważne sankcje...

malgorzata.modzelewska@modzelewskapasnik.pl



aleksandra.mariak@modzelewskapasnik.pl



Ochrona konsumentów AD 2018

Agnieszka Kowalczyk-Zagaj, Anna Żochowska-Sychowicz

W 2018 roku Prezes UOKiK wydał **48** decyzji z zakresu ochrony konsumentów. To mniej niż w 2017 roku, gdzie decyzji z tego obszaru było **79**. Spośród wskazanej liczby **26** decyzji dotyczyło stwierdzenia stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. I tu znowu odnotowujemy spadek w stosunku do decyzji „stwierdzających” w 2017 roku, których było **37**.



Spośród 26 decyzji stwierdzających stosowanie praktyki, w 17 sprawach na przedsiębiorców została nałożona kara pieniężna. Wśród tych decyzji w 3 przypadkach kara dotyczyła naruszeń proceduralnych przedsiębiorców: 1 - nieudzielenia informacji żądanych przez Prezesa UOKiK, a 2 - niewykonania nałożonych decyzjami nakazów.

Najwyższe kary za stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zostały nałożone na GetBack S.A. z siedzibą we Wrocławiu - ponad **5 mln zł** (decyzja nr RLU 2/2018) i Twoja Telekomunikacja sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – **1,5 mln zł** (decyzja nr DOIK 1/2018).



Prezes UOKiK kontynuuje praktykę stosowania środków usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, które mogą polegać na:

- zobowiązaniu przedsiębiorcy do złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o treści i w formie określonej w decyzji lub
- nakazaniu dokonania tzw. rekompensaty publicznej przysporzenia konsumenckiego (naprawienie poniesionego, na skutek bezprawnej praktyki przedsiębiorcy, uszczerbku po stronie konsumenta – pieniężnego bądź niepieniężnego).

W 2018 roku obowiązek usunięcia trwających skutków naruszenia został nałożony na przedsiębiorców w **9** sprawach, z czego **w 6 został orzeczony obok nałożonej kary pieniężnej**.

W 2018 roku Prezes UOKiK wydał łącznie **21** decyzji zobowiązaniowych (decyzje bez kary pieniężnej). Liczba ta nie różni się znacznie od wyniku z 2017 roku, gdzie zostało wydanych **26** decyzji zobowiązaniowych. Spośród wskazanych decyzji najwięcej, bo **14**, dotyczyło działalności przedsiębiorców na szeroko pojętym rynku finansowym. To identyczny wynik w porównaniu z rokiem ubiegłym, gdzie również **14** decyzji zobowiązaniowych dotyczyło tej branży.



Ochrona konkurencji w Polsce 2018 subiektywny przewodnik

Tylko 1 postępowanie w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów zostało w 2018 roku umorzone. Dla porównania – w 2017 roku zostały wydane 4 decyzje dotyczące umorzenia postępowania.

W 2018 roku wydanych zostało zaledwie 8 decyzji o uznaniu postanowienia wzorca umowy za niedozwolone. To podobnie jak w roku ubiegłym, gdzie tych decyzji było 7. W dwóch z nich (w 2017 roku – w czterech) została nałożona kara pieniężna, z czego w przypadku jednej z ww. decyzji jest to najwyższa kara w spośród wszystkich decyzji

*Sąd Najwyższy wyrokiem z dn. 15 lutego 2019 r. (sygn. akt: NSK 4/18) oddalił skargę kasacyjną ITI Neovision S.A. z siedzibą w Warszawie jako niezasadną – chodzi o głośną decyzję Prezesa UOKiK z dn. 26 kwietnia 2013 r. nr DDK 1/2013, gdzie zakwestionowana została praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów, polegająca na informowaniu konsumentów o jednostronnej zmianie warunków umów o świadczenie usług dostępu do programów telewizji satelitarnej (nieuczciwa praktyka rynkowa). SN potwierdził, że zmiana wzorca umowy wymaga zawarcia **odpowiedniej klauzuli modyfikacyjnej** w umowie z konsumentem, zaś sama informacja o zmianie powinna być przekazana w odpowiedniej (transparentnej i zrozumiałej) formie. SN utrzymał karę w wysokości ok. 1 mln 200 tys. zł (kwota zmniejszona przez sądy obydwu instancji z blisko 11 mln, które – obok nakazu odstąpienia od dokonanych zmian - nałożył Prezes UOKiK).*

Statystyka ubiegłego roku wskazuje na utrzymanie tendencji coraz mniejszej liczby spraw kończonych decyzją administracyjną. Może to mieć związek ze stawianiem przez Prezesa UOKiK na koncyliacyjny tryb rozwiązywania problemów konsumentów.

umowy w trybie administracyjnym, świadczy o dobrym kierunku dokonanej zmiany legislacyjnej.

Statystyka ubiegłego roku wskazuje na utrzymanie tendencji coraz mniejszej liczby spraw kończonych decyzją administracyjną. Może to mieć związek ze stawianiem przez Prezesa UOKiK na koncyliacyjny tryb rozwiązywania problemów konsumentów, czego pokłosiem jest podejmowanie działań naprawczych przez przedsiębiorców nawet już na etapie poprzedzającym wszczęcie postępowania wyjaśniającego. Znamienne jest brak spektakularnych kar pieniężnych sięgających kilkunastu czy nawet kilkudziesięciu milionów złotych, jakie nakładane były w latach poprzednich, a postawienie na decyzje zobowiązaniowe czy środki usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, co oznacza niewątpliwie natychmiastowe poprawienie sytuacji konsumentów dotkniętych praktykami.

z 2018 roku dotyczących tematyki konsumenckiej – prawie 7 mln zł na Deutsche Bank S.A. z siedzibą w Warszawie (decyzja nr DOZIK 9/2018). Powyższe dane potwierdzają wnioski, które aktualne były już w roku ubiegłym - niewielka liczba tych decyzji w porównaniu ze znaczną liczbą klauzul wpisywanych do rejestru klauzul niedozwolonych w czasie sprzed nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2016 roku, wprowadzającej kontrolę postanowień wzorców

Znamienne jest brak spektakularnych kar pieniężnych sięgających kilkunastu czy nawet kilkudziesięciu milionów złotych, jakie nakładane były w latach poprzednich.

Ochrona konkurencji w Polsce 2018 subiektywny przewodnik

Skuteczność działania Prezesa UOKiK w obszarze ochrony konsumentów była głównym motywem konferencji zorganizowanej przez UOKiK z okazji Światowego Dnia Konsumenta, która odbyła się 13 marca br. w Warszawie. Zastanawiano się, jak synchronizować działania w wymiarze publicznoprawnym i prywatnoprawnym, aby zbudować komplementarny, skuteczny system dochodzenia roszczeń przez konsumentów. Do poprawy skuteczności może przyczynić się unijna inicjatywa New Deal for Consumers (zob. artykuł na str. 15), ale kluczem do sukcesu – jest niewątpliwie położenie głównego akcentu na concyjację i realne naprawianie w miejsce karania.

agnieszka.kowalczyk-zagaj@modzelewskapasnik.pl



anna.sychowicz@modzelewskapasnik.pl



Nowe kompetencje Prezesa UOKiK

Anna Żochowska-Sychowicz

15 grudnia 2018 roku weszły w życie rozwiązania zwiększające kompetencje Prezesa UOKiK w odniesieniu do rynku usług finansowych. Prezes UOKiK wielokrotnie wcześniej wskazywał, że osoby zarządzające, które umyślnie dopuściły do naruszenia przez firmę przepisów dotyczących zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, np. wywierały presję na sprzedawców, by pozyskiwali jak najwięcej klientów, nawet kosztem wprowadzania ich w błąd, powinny ponosić odpowiedzialność osobistą.

Przepisy ustawy z dnia 9 listopada 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem nadzoru nad rynkiem finansowym oraz ochrony inwestorów na tym rynku przyznały Prezesowi UOKiK nowe kompetencje wobec przedsiębiorców stosujących niedozwolone postanowienia umowne oraz praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów. Nowelizacja wprowadziła **możliwość nakładania przez Prezesa UOKiK kar pieniężnych na osoby fizyczne zarządzające przedsiębiorstwem** w przypadku stwierdzenia, że osoba ta, w ramach sprawowania swojej funkcji w czasie trwania stwierdzonego naruszenia, **umyślnie dopuściła przez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów lub do stosowania klauzul niedozwolonych**. Kary mogą wynieść **do 2 mln zł**, a w przypadku osób zarządzających z sektora finansowego - **5 mln zł**.

Jednocześnie nałożenie kary na kadrę zarządzającą jest możliwe jedynie w przypadku wydania decyzji nakładającej na przedsiębiorcę karę pieniężną na podstawie art. 106 ust 1 pkt 3a) lub 4) uokik.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej, Prezes UOKiK uwzględni stopień wpływu zachowania osoby zarządzającej na naruszenie, którego dokonał przedsiębiorca, przychody uzyskane przez osobę zarządzającą u danego przedsiębiorcy, z uwzględnieniem okresu trwania naruszenia, oraz okres i skutki rynkowe naruszenia lub skutki naruszenia dla konsumentów.

Dotąd Prezes UOKiK był uprawniony do nałożenia kary pieniężnej (w wysokości do 2 milionów zł) na osobę zarządzającą, jeżeli umyślnie dopuściła do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Prezes UOKiK nie skorzystał jeszcze z tego uprawnienia, co może ulec niebawem zmianie: w czerwcu 2018 r. zostało wszczęte kolejne postępowanie obejmujące również kadrę zarządzającą¹.

Nowelizacja wprowadziła możliwość nakładania przez Prezesa UOKiK kar pieniężnych na osoby fizyczne zarządzające przedsiębiorstwem w przypadku stwierdzenia, że osoba ta, w ramach sprawowania swojej funkcji w czasie trwania stwierdzonego naruszenia, umyślnie dopuściła przez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów lub do stosowania klauzul niedozwolonych.

¹ https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=14496

Omawiana **nowelizacja nie przewiduje możliwości skorzystania z instytucji leniency**, mającej zastosowanie w przypadku naruszenia reguł konkurencji. Osoba taka, nie może złożyć wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie.

Jako okoliczności łagodzące, przy ustalaniu przez Prezesa UOKiK wysokości kar wskazano m.in. działanie pod przymusem, przyczynienie się do dobrowolnego usunięcia przez przedsiębiorcę skutków naruszenia, współpraca z Prezesem UOKiK w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania. Z kolei wśród okoliczności obciążających wymieniono w szczególności dokonanie uprzednio podobnego naruszenia oraz znaczne korzyści uzyskane przez przedsiębiorcę w związku z dokonany naruszeniem.

Wszystko wskazuje na to, że organ zamierza wykorzystywać nowe uprawnienie, jako, że w przeddzień wejścia w życie omawianej ustawy Prezes UOKiK Marek Niechciał zaznaczył: „Będziemy korzystać z nowych narzędzi, ponieważ z naszego doświadczenia wynika, że to decyzje oraz nadzór kadry zarządzającej mają ogromny wpływ na stosowanie przez firmę praktyk, które naruszają prawa konsumentów. Może to być np. wywieranie presji na sprzedawców, by pozyskiwali jak najwięcej klientów, nawet kosztem wprowadzania ich w błąd.²”

Najnowsza praktyka decyzyjna organu wskazuje na duże zainteresowanie rynkiem szerokokorozumianych usług finansowych; można zatem spodziewać się wysokich kar.

anna.sychowicz@modzelewskapasnik.pl



² https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=15032&print=1&

Konsumencki New Deal – co nowego Komisja proponuje konsumentom?

Agnieszka Kowalczyk-Zagaj

11 kwietnia 2018 r. KE ogłosiła Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego „Nowy ład dla konsumentów” (*A New Deal for Consumers*)¹. Celem pakietu środków przedstawionych w Komunikacie jest stworzenie „Nowego ładu dla konsumentów”, zapewniającego uczciwy, jednolity rynek dla konsumentów i przedsiębiorców. Dla osiągnięcia tych celów Komisja zaproponowała zmiany legislacyjne w postaci dwóch pakietów prawodawczych:

1. wniosku dotyczącego dyrektywy zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG, dyrektywę 98/6/WE, dyrektywę 2005/29/WE oraz dyrektywę 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia przepisów UE dotyczących ochrony konsumenta (dyrektywa „Omnibus”)²;
2. wniosku dotyczącego dyrektywy w sprawie powództw przedstawicielskich w celu ochrony zbiorowych interesów konsumentów i uchylającej dyrektywę 2009/22/WE³.

Poniżej przedstawiamy listę zmian przewidzianych w pakiecie.

Zmiany w dyrektywie 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych⁴

Do przykładowego katalogu praktyk handlowych wprowadzających w błąd planuje się dodać praktykę polegającą na każdym wprowadzeniu produktu na rynek jako identyczny z takim samym produktem wprowadzonym na rynki w kilku innych państwach członkowskich, gdzie produkty te w sposób istotny różnią się składem lub cechami, które powodują lub mogłyby spowodować u przeciętnego konsumenta podjęcie decyzji o kupnie, której by w przeciwnym wypadku nie podjął (*dual quality, produkty podwójnej jakości*).

Objęcie zakresem reklamy ukrytej (kryptoreklama), która stanowi „niedozwoloną” praktykę rynkową, tj. wprowadzającą w błąd w każdych okolicznościach, również **wyników wyszukiwarek internetowych**, w sytuacji gdy przedsiębiorca zapłacił za promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści lub wyników wyszukiwania, z obrazów lub dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta – wyniki płatne (*paid placement*) lub płatne dodanie stron do indeksów wyszukiwarki (*paid inclusion*).

Wskazanie na **indywidualne środki prawne** (umowne i pozaumowne⁵) przysługujące konsumentom z tytułu naruszenia dyrektywy oraz ujednoczenie kryteriów **sankcji** nakładanych przez organy administracyjne lub sądy zajmujące się egzekwowaniem

¹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego z 11.04.2018 r. (COM/2018/0183 final).

² COM/2018/0185 (final).

³ COM/2018/0184 (final).

⁴ Dyrektywę 2005/29/WE implementuje w Polsce ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

⁵ W przypadku „sprawy Volkswagen” wielu konsumentów nie było w stanie dochodzić swoich roszczeń, ponieważ dostępnymi środkami prawnymi były jedynie środki umowne, mające zastosowanie względem sprzedawcy (kontrahenta konsumenta), nie zaś producenta samochodu.

prawa z tytułu naruszenia przepisów dyrektywy i wskazanie minimalnej jej wysokości w sytuacji naruszeń o zasięgu unijnym⁶.

Zmiany w dyrektywie 2011/83/UE o prawach konsumenta⁷

Wprowadzenie definicji **umowy o dostarczanie treści cyfrowych, które nie są dostarczane na trwałym nośniku** oraz **umowy o świadczenie usług cyfrowych** - które to umowy mają obejmować również kontrakty, w ramach których konsument dostarcza lub zobowiązuje się dostarczyć przedsiębiorcy dane osobowe. Dodatkowe wymogi dotyczące udzielania konsumentom informacji przez **internetowe platformy handlowe** przed zawieraniem umów za pośrednictwem ww. platform, co ma mieć na celu zniwelowanie konfuzji po stronie konsumentów co do podmiotu będącego stroną zawieranej umowy.

W zakresie uprawnienia konsumenta **odstąpienia od umowy** zawartej na odległość i poza lokalem przedsiębiorstwa:

- zniesienie obowiązku polegającego na zwrocie kosztów konsumentowi jeszcze przed faktycznym otrzymaniem przez przedsiębiorcę zwracanych towarów,
- zniesienie uprawnienia odstąpienia od umowy w sytuacji używania towaru przez konsumenta w sposób inny niż jest to konieczne do oceny właściwości, cech i sposobu działania towarów - zamiast tylko odpowiedzialności konsumenta za zmniejszenie wartości tych towarów,
- wprowadzenie utraty prawa do odstąpienia od umowy dostarczania treści cyfrowych niedostarczanych na trwałym nośniku (gdy konsument wyraził uprzednio zgodę na rozpoczęcie wykonywania umowy przed upływem terminu na odstąpienie i potwierdził, że w ten sposób traci on prawo do odstąpienia od umowy) jedynie w sytuacji, gdy treści cyfrowe udostępniane są za opłatą pieniężną.

Dyrektywa w sprawie powództw przedstawicielskich w celu ochrony zbiorowych interesów konsumentów⁸

Celem projektowanej dyrektywy w sprawie powództw przedstawicielskich w celu ochrony zbiorowych interesów konsumentów jest zapewnienie, aby **upoważnione podmioty (organizacje konsumenckie oraz niezależne instytucje publiczne)** mogły **dochodzić rekompensaty w drodze powództw przedstawicielskich mających na celu ochronę zbiorowych interesów konsumentów**.

Na rozstrzygnięciach orzeczeń wydanych z powództw przedstawicielskich (nakazów rekompensaty i decyzji deklarytoryjnych) indywidualni konsumenci mogliby opierać swoje roszczenia w kolejnych powództwach o rekompensatę. Ponadto, wystąpienie z powództwem przedstawicielskim ma skutkować **zawieszeniem lub przerwaniem biegu terminów przedawnienia** obowiązujących w odniesieniu do jakichkolwiek powództw o rekompensatę dla zainteresowanych konsumentów.

6 Analogiczne regulacje dotyczące sankcji planuje się wprowadzić w dyrektywie 2011/83/UE o prawach konsumenta, dyrektywie 93/13/EWG w sprawie nieuczciwych warunków umownych oraz dyrektywie 98/6/WE w sprawie podawania cen.

7 Dyrektywę implementuje w Polsce ustawa z 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta.

8 COM/2018/0184 (final).

W sytuacji postępującej digitalizacji życia, również w aspekcie stosunków konsumenckich, zmiany zaproponowane przez KE dotyczą w znaczącej mierze tej sfery. Znamienne jest także dostrzeżenie przez KE problematyki świadczenia

Znamienne jest także dostrzeżenie przez Komisję problematyki świadczenia usług w zamian za „zapłatę” w formie udostępnienia danych osobowych. Zakres proponowanych zmian wskazuje na kontynuowanie kursu skuteczniejszej egzekucji praw konsumentów.

usług w zamian za „zapłatę” w formie udostępnienia danych osobowych. Zakres proponowanych zmian wskazuje na kontynuowanie kursu skuteczniejszej egzekucji praw konsumentów. Jakkolwiek obowiązujące w Polsce przepisy w pewnej mierze konsumują już proponowane zmiany, to propozycja KE

stanowi pożądaną próbę zintegrowania systemu ochrony konsumenta – w aspekcie prywatnym (powództwa indywidualne i zbiorowe) oraz publicznoprawnym.

Kwestią kluczową będzie jednak, ile z założeń Komisji będzie aktualnych na finiszu ich procedowania w instytucjach unijnych oraz w jakim kształcie zostaną one implementowane do polskiego porządku prawnego. Dyskusja trwa i toczy się również intensywnie w Polsce⁹.

agnieszka.kowalczyk-zagaj@modzelewskapasnik.pl



⁹ https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=15202&news_page=1; 13 marca 2019 roku odbyła się organizowana przez UOKIK konferencja „System ochrony konsumentów w Polsce — wyzwania”.

Przeszukania antymonopolowe pod dwuinstancyjną kontrolą sądową – czyli o prawie do obrony przedsiębiorcy

Małgorzata Modzelewska de Raad

W wyroku z dnia 16 stycznia 2019 r. Trybunał Konstytucyjny (dalej: „TK”) w sprawie P 19/17 stwierdził, że **art. 105n ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów jest niezgodny z art. 78 w związku z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej**. Wyrok w składzie, któremu przewodniczył Sędzia TK Leon Kieres, zapadł jednomyślnie. W konsekwencji, uznana za niekonstytucyjną część przepisu utraciła moc z dniem 22 stycznia 2019 r.¹

Pomijając kwestie formalne związane z wydaniem wyroku, z punktu widzenia praktyki i realizacji prawa do obrony przedsiębiorców – oznacza on wiele. Po pierwsze, **orzeczenie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie jest ostateczne i będzie podlegało kontroli przez II instancję** na zasadzie art. 394 § 1 k.p.c., który przewiduje możliwość wnoszenia zażalenia na postanowienie kończące postępowanie w sprawie. Po drugie, **przedsiębiorca będzie mógł żądać zweryfikowania przez sąd II instancji nie tylko legalności przeszukania, ale także jego zasadności, zakresu i proporcjonalności**.

Przedsiębiorca będzie mógł żądać zweryfikowania przez sąd II instancji nie tylko legalności przeszukania, ale także jego zasadności, zakresu i proporcjonalności.

Przedsiębiorca bowiem uzyska dostęp do wniosku Prezesa UOKiK, który powinien zawierać uzasadnienie dla zastosowania tego środka „wytoczywego”. Co więcej, zgoda na przeszukanie w postępowaniu wyjaśniającym – a to praktycznie wszystkie przypadki przeszukań z ostatnich kilku lat - ma być oparta o dodatkowe przesłanki, a mianowicie: ryzyko poważnego naruszenia przepisów ustawy oraz ryzyko zatarcia dowodów. Przedsiębiorca będzie mógł uzyskać dostęp do argumentacji Prezesa UOKiK co do spełnienia również i tych przesłanek. Przede wszystkim i po trzecie, wyrok TK w sprawie P 19/17 oznacza, że przedsiębiorca odzyskał głos i może w swojej sprawie, która – co należy podkreślić – **pociąga za sobą konieczność głębokiej ingerencji w prawo do prywatności czy prawo własności i nienaruszalności lokalu**, przedstawić swoje stanowisko i swoje argumenty. „Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego wymaga to zapewnienia równowagi pomiędzy skutecznością prowadzonego postępowania determinowaną przez interes publiczny a zapewnieniem prawa do obrony...” oraz „Dla zapewnienia ochrony praw przedsiębiorców w toku przeszukania istotna jest możliwość wypowiedzenia się i przedstawienia własnych argumentów oraz poddanie tej kwestii sądowej kontroli”.

Po ogłoszeniu wyroku, pojawiły się głosy krytyki. Poniżej, krótkie ustosunkowanie do niektórych z podniesionych argumentów.

¹ Por. Dz. U. z dnia 26 lutego 2019 r. poz. 369

Po pierwsze, sam Prezes UOKiK podnosił, że zażalenie na postanowienie SOKiK jest w ogóle niepotrzebne, bo (i) jest w ustawie zażalenie na czynności przeszukania, (ii) przedsiębiorca może kwestionować zgodę na przeszukiwanie w odwołaniu od decyzji Prezesa UOKiK stwierdzającej praktykę. Do obydwu argumentów TK ustosunkował się obszernie. Jeśli idzie o pierwszy aspekt, TK podkreślił, że przewidziany w ustawie środek w postaci zażalenia na czynności przeszukania, pozwala na zakwestionowanie zgoła innych aspektów przeszukania, a mianowicie – legalności poszczególnych czynności przeszukania oraz zakresu tych czynności, które nie mogą wykraczać poza to, co zostało wskazane w postanowieniu SOKiK. Jak zauważył TK, w ramach tego środka, SOKiK „nie jest uprawniony do zbadania, czy właściwie został określony zakres przeszukania, a także nie odnosi się do okoliczności faktycznych, które stanowiły podstawę złożenia wniosku o wyrażenie zgody na przeszukiwanie.” Jeśli idzie o drugi aspekt: przeszukiwanie w siedzibie przedsiębiorcy nie implikuje postępowania antymonopolowego ani wydania decyzji administracyjnej stwierdzającej praktykę. Przedsiębiorcy wobec których nie wydano decyzji nie mieliby żadnego środka ochrony swych praw. Co więcej, nawet w scenariuszu, który kończy się wydaniem decyzji, możliwości kwestionowania zgody SOKiK na przeszukiwanie są ograniczone, gdyż postanowienie SOKiK nie jest uzasadniane; nie

Jeśli przedsiębiorca będzie planował wnieść zażalenie w terminie przewidzianym dla tego środka – musi zrobić to równoległe z prowadzonym przeszukianiem, które może toczyć się dalej. Element zaskoczenia zostanie zachowany i czynności będą mogły toczyć się dalej pomimo wniesienia zażalenia.

są też znane argumenty Prezesa UOKiK uzasadniające zastosowanie tego środka. Ewentualna weryfikacja tego postanowienia poprzez odwołanie od decyzji stwierdzającej praktykę ma raczej charakter iluzoryczny.

Po drugie, podnoszono, że środek odwoławczy skomplikuje prowadzenie przeszukań albo nawet obniży ich skuteczność. Nic bardziej mylnego. Zażalenie nie jest *eo ipso* środkiem suspensywnym. Jeśli przedsiębiorca będzie planował wnieść zażalenie w terminie przewidzianym dla tego środka – musi zrobić to równoległe z prowadzonym przeszukianiem, które może toczyć się dalej. Element zaskoczenia zostanie zachowany i czynności będą mogły toczyć się dalej pomimo wniesienia zażalenia.

Po trzecie, podnoszono, że dostęp do wniosku UOKiK będzie oznaczał możliwość zapoznania się z informacjami chronionymi w postępowaniu przed Prezesem UOKiK. Ten argument jest również nietrafiony. Po pierwsze, jeśli przeszukiwanie prowadzone jest w ramach postępowania antymonopolowego (co powinno być regułą) – strony mają i tak dostęp do akt postępowania i zasadniczo mogą mieć wgląd do wszystkich dowodów, o ile prawo to nie zostało ograniczone w uzasadnionych przypadkach. Nie ma przeszkód, aby tak samo jak niektóre dowody są chronione w postępowaniu antymonopolowym, podlegały one ochronie w postępowaniu wyjaśniającym oraz w związku ze składaniem wnioskiem o wyrażenie zgody na przeszukiwanie. Po drugie, Prezes UOKiK nie ma obowiązków ujawniania stronie chronionych informacji (na przykład – tajemnicy przedsiębiorstwa innego przedsiębiorcy czy informacji o wniosku *leniency*) czy ich źródeł na etapie wniosku o wyrażenie zgody na przeszukiwanie. W taki sam sposób, w jaki informacje te chronione są przed dostępem stron trzecich na etapie postępowania antymonopolowego, mogą być chronione w komentowanym postępowaniu. Dość dodać, że w tych jurysdykcjach (a jest ich zdecydowana większość w UE²), w których można kwestionować przed sądem zasadność i zakres przeszukania, w tym - w ramach postępowania przed KE – strony mają dostęp do wniosków czy uzasadnienia decyzji/postanowienia sądowego, i nie przeszkadza to tym orga-

2 Por. http://ec.europa.eu/competition/ecn/investigative_powers_report_en.pdf

nom chronić te informacje (czy ich źródła), które z punktu widzenia dobra postępowania czy uzasadnionych praw osób trzecich – powinny podlegać ochronie.

Wzmocnienie sprawiedliwości proceduralnej, do której również referuje TK, jest istotnym pozytywnym zjawiskiem w kontekście środka głęboko ingerującego w prawa i swobody obywatelskie. Już sama świadomość weryfikacji przez stronę-przedsiębiorcę oraz sąd drugiej instancji może pozytywnie wpłynąć na jakość procedury wokół przeszukań przedsiębiorców.

malgorzata.modzelewska@modzelewskapasnik.pl



Porozumienia wertykalne: cel pał!

Agata Jurkowska-Gomułka

Rok 2018 zapadnie w pamięci jako rok, w którym KE powróciła do energicznego karania przedsiębiorstw angażujących się w porozumienia wertykalne. W lipcu 2018 r. KE nałożyła karę w wysokości 111 mln EUR na producentów sprzętu elektronicznego za ustalanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży urządzeń AGD, sprzętu do odtwarzania muzyki i notebooków. Ceny narzucane były przede wszystkim sprzedawcom działającym w Internecie, a brak podporządkowania ustaleniom członków porozumienia skutkowało nawet wstrzymaniem dostaw. Dzięki współpracy z KE w toku postępowania antymonopolowego wszyscy uczestnicy porozumienia (Asus, Denon & Marantz, Philips i Pioneer) skorzystali z obniżenia kary pieniężnej o 40-50%. Komentatorzy decyzji KE podkreślali, że co do przesłanek obniżenia kary europejski organ konkurencji zastosował standardy właściwe dotąd dla walki z porozumieniami horyzontalnymi (kartelami). Fakt ten powszechnie zinterpretowano jako przejaw włączenia cenowych porozumień wertykalnych do priorytetów europejskiej polityki konkurencji.

Grudzień 2018 r. przyniósł zresztą kolejną decyzję KE, nakładającą 40 mln EUR kary na znanego producenta odzieży - firma GUESS ograniczała sprzedawcom detalicznym możliwość reklamowania produktów online (zakazując używania swojego znaku towarowego w reklamach w sieci) i ograniczała możliwość sprzedaży transgranicznej w ramach UE, głównie do państw członkowskich z Europy Środkowo-Wschodniej. Komisarz Margrethe Vestager podkreślała, że te antymonopolowe działania KE są w takich przypadkach komplementarne z rozporządzeniem 302/2018 zakazującym geoblokowania, która weszła w życie 3 grudnia 2018 r. Szerzej na temat nowych regulacji dotyczących geoblokowania piszemy na str. 25.

Wskazane powyżej decyzje nie wyczerpują jednak aktywności KE w obszarze eliminowania porozumień wertykalnych - w listopadzie 2018 r. wszczęte zostało postępowanie antymonopolowe w sprawie domniemanego porozumienia między operatorami systemów rezerwacyjnych oraz agentów turystycznych i linii lotniczych* (porozumienie to miało blokować dostęp do rynku dla nowych podmiotów zainteresowanych świadczeniem usług dystrybucji biletów lotniczych).

Jesienią 2018 r. KE ogłosiła plan ewaluacji obowiązywania rozporządzenia 330/2010 w sprawie wyłączenia porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Rozporządzenie to wygasa w 2022 r. Być może wyniki konsultacji publicznych, które mają trwać niemal do końca maja 2019 r., wpłyną na przyszły kształt europejskich regulacji dotyczących zakresu stosowania zakazu karteli wobec relacji pionowych.

W bazie decyzji Prezesa UOKiK na próżno szukać jakiegokolwiek decyzji z 2018 r. dotyczącej porozumień wertykalnych.

Nie oznacza to jednak, że relacje wertykalne zniknęły z pola zainteresowania polskiego organu ochrony konkurencji - w 2018 r. pojawiły się komunikaty UOKiK informujące o postępowaniach w sprawie pionowych uzgodnień cenowych.

* http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZpzYIU0Ej4J:europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6538_en.pdf+&cd=1&hl=pl&ct=clnk&gl=pl

Ochrona konkurencji w Polsce 2018 subiektywny przewodnik

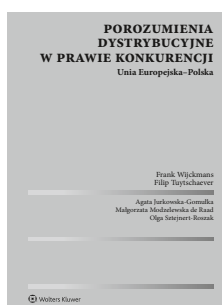
W bazie decyzji Prezesa UOKiK na próżno szukać jakiegokolwiek decyzji z 2018 r. dotyczącej porozumień wertykalnych. Nie oznacza to jednak, że relacje wertykalne zniknęły z pola zainteresowania polskiego organu ochrony konkurencji - w 2018 r. pojawiły się komunikaty UOKiK informujące o postępowaniach w sprawie pionowych uzgodnień cenowych. Na początku grudnia 2018 r. UOKiK poinformował o wszczęciu postępowania przeciwko Yamaha Music Europe, której zarzuca się ustalanie cen odsprzedaży sprzętu muzycznego ze sprzedawcami działającymi w Internecie. W postępowaniu wyjaśniającym dotyczącym tej sprawy Prezes UOKiK przeprowadził przeszukanie u pięciu przedsiębiorców zajmujących się dystrybucją instrumentów muzycznych.

W październiku 2018 r. pojawiła się informacja o zarzutach UOKiK pod adresem firmy Brother Central & Eastern Europe związanych z prawdopodobnym narzucaniem cen sprzedawcom detalicznym - przedsiębiorca sugerował sprzedawcom detalicznym cenę sprzedaży swoich produktów (m.in. drukarki), co samo w sobie nie jest zakazane, o ile nie towarzyszy mu dyscyplinowanie sprzedawców, aby te sugerowane ceny stosowali (a taka praktyka miała zdaniem Prezesa UOKiK miejsce w przypadku relacji Brother ze sprzedawcami).

Również w praktyce krajowych porządków ochrony konkurencji porozumienia wertykalne na powrót zaczęły zajmować istotne miejsce. W Niemczech szerokim echem odbił się wyrok sądu w Düsseldorfie z 28.02.2018 r. dotyczący porozumienia cenowego sieci handlowej Rossmann z producentem kawy Mellita. Bundeskartellamt nałożył na Rossmanna karę w wysokości 5,25 mln EUR, sąd podwyższył tę karę aż do 30 mln EUR, argumentując, że zaangażowanie przedsiębiorcy w wertykalne ustalanie cen było całkowicie świadome, oddziaływało na relacje między konkurentami na terenie całego kraju, a dotyczyło popularnego i często nabywanego produktu.



agata.jurkowska-gomulka@modzelewskapasnik.pl



Praktyczne aspekty stosowania europejskiego i polskiego prawa ochrony konkurencji wobec porozumień wertykalnych omówione zostały w książce „[Porozumienia dystrybucyjne w prawie konkurencji. Unia Europejska-Polska](#)”, opublikowanej w 2018 r. przez wydawnictwo Wolters Kluwer (jest to polska edycja książki „[Vertical Agreements in EU Competition Law](#)” opublikowanej w 2018 r. przez Oxford University Press). Książka została przetłumaczona przez prawników naszego zespołu i uzupełniona o polskie aspekty w obszarze porozumień wertykalnych przez Agatę Jurkowską-Gomułkę i Małgorzatę Modzelewską de Raad.

Ustawa o przewadze kontraktowej – dotychczasowe doświadczenia

Szymon Gołębiowski

W pierwszej połowie 2017 r. prawnym tematem „numer jeden” branży FMCG była ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi, która ostatecznie weszła w życie 12 lipca 2017 r. Powodem wprowadzenia nowych przepisów była potrzeba zapewnienia większej ochrony mniejszym uczestnikom łańcucha dostaw żywności przed różnego rodzaju praktykami stosowanymi przez dużych graczy. Istotą „rewolucji” wprowadzonej nowymi przepisami było uznanie nieuczciwych praktyk za delikt administracyjnoprawny i wyposażenie Prezesa UOKiK w kompetencję do ścigania takich zachowań z urzędu.

Pomimo dużego poruszenia wywołanego nowymi przepisami, od dnia 12 lipca 2017 r. została wydana tylko jedna decyzja dotycząca nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej. Dotyczyła ona praktyk spółki Cykoria S.A., będącej producentem przetworów warzywnych, wobec rolników dostarczających marchew. Decyzja ma charakter zobowiązania do zmiany zakwestionowanych przez Prezesa UOKiK praktyk; w związku z tym przedsiębiorca uniknął kary finansowej (jej maksymalny wymiar wynosi 3% rocznego obrotu). Jak wynika z informacji ujawnionych przez Prezesa UOKiK, w ciągu pierwszego roku obowiązywania ustawy, wszczęto 20 postępowań oraz skierowano 16 „miękkich” wezwań zwracających uwagę na stosowanie praktyk, które mogą stanowić nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej.

Pomimo dużego poruszenia wywołanego nowymi przepisami, od dnia 12 lipca 2017 r. została wydana tylko jedna decyzja dotycząca nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej.

Na „celowniku” Prezesa UOKiK znalazły się przede wszystkim relacje rolników z przetwórcami. Wśród przedsiębiorców, przeciwko którym wszczęto postępowania w sprawie naruszenia przepisów znaleźli się producenci, tacy jak Südzucker (cukier), Cykoria (przetwory warzywne), Döhler i T.B. Fruit Polska (przetwory owocowe), Real (owoce mrożone), Rauch Polska (soki). Wiadomo także, że analizą objęta jest także branża mleczarska. Postępowanie dotyczące sieci handlowych Biedronka, Tesco, Auchan, Carrefour i Lidl (dotyczące dostaw i cen masła) nie zakończyło się postawieniem zarzutów żadnemu przedsiębiorcy, ponieważ Prezes UOKiK uznał, że spadek cen zakupu był wywołany obiektywnymi czynnikami rynkowymi.

Taka polityka stosowania nowej ustawy może zaskakiwać. Niewątpliwie, z punktu widzenia Prezesa UOKiK trudno było skutecznie postawić zarzut nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej dystrybutorowi, w sytuacji, gdy elementem ustawowej definicji tej przewagi był brak „wystarczających i faktycznych możliwości” zbycia/nabycia produktów rolnych lub spożywczych. Odbiorca mógł argumentować, że nawet bardzo mały dostawca dysponuje alternatywnymi kanałami zbytu swoich produktów, przez co brak było podstaw do twierdzenia, że odbiorca posiada przewagę kontraktową w rozumieniu ustawy. Nicco inaczej może wyglądać

Ochrona konkurencji w Polsce 2018 subiektywny przewodnik

sytuacja tych dostawców, którzy zaopatrują producentów, ci ostatni wymagają dostarczenia produktów o ściśle określonej specyfikacji, co wiąże się z dostosowaniem procesu produkcyjnego do wymogów danego nabywcy (miało to miejsce m.in. w sprawie Cykoria).

W efekcie, z dniem 11 grudnia 2018 r. weszła w życie nowelizacja ustawy, **usuwająca z definicji przewagi kontraktowej wymóg braku wystarczających i faktycznych możliwości zbycia/nabycia produktów. Odtąd, jedyną (istniejącą także przed nowelizacją) przesłanką przewagi kontraktowej jest „występowanie znacznej dysproporcji w potencjale ekonomicznym”** pomiędzy stronami. Nowelizacja **uchyliła również progi obrotowe** wyłączające możliwość zastosowania ustawy, w tym m.in. wymóg przekroczenia 50 tys. zł wartości wymiany handlowej pomiędzy dostawcą a nabywcą.

Druga obserwacja dotyczy katalogu praktyk uznawanych dotychczas przez Prezesa UOKiK za nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej. Za naruszenie przepisów ustawy uznawano przede wszystkim **narzucanie zbyt odległych terminów płatności** (ponad maksymalny 60-dniowy termin dopuszczalny w ustawie o terminach zapłaty w transakcjach handlowych) lub **dokonywanie płatności ze znaczącym przekroczeniem ustalonego w umowie terminu**. Jako inne przykłady UOKiK wskazywał niejasne **kryteria ustalania ceny zakupu** danego produktu (np. odniesienie do różnego rodzaju czynników losowych, takich, jak sytuacja rynkowa lub warunki pogodowe), **klauzule wyłączności** (zakaz dostarczania nieodebranej przez nabywcę nadprodukcji towaru na rzecz konkurencyjnych odbiorców) oraz uzależnienie możliwości zakończenia współpracy z nabywcą od wcześniejszego uregulowania wszelkich należności względem niego.

szymon.golebiowski@modzelewskapasnik.pl



Koniec geoblokowania?

Artur Salbert

Od 3 grudnia 2018 r. zastosowanie mają przepisy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady 2018/302/UE wprowadzające istotne ograniczenia w geoblokowaniu. Nowe przepisy na poziomie unijnym (rozporządzenie UE jest aktem bezpośrednio stosowanym w państwach członkowskich) zawierają rozwiązania mające na celu przeciwdziałanie powszechnemu zjawisku geoblokowania. Egzekucję tych rozwiązań nowe przepisy pozostawiają jednak organom państw członkowskich. W rezultacie, skuteczność wprowadzonych rozwiązań będzie od krajowych przepisów określających zasady ich egzekucji.

Egzekucję tych rozwiązań nowe przepisy pozostawiają jednak organom państw członkowskich. W rezultacie, skuteczność wprowadzonych rozwiązań będzie od krajowych przepisów określających zasady ich egzekucji.

W nowych przepisach nie ma precyzyjnej definicji geoblokowania. Z motywów rozporządzenia 2018/302/UE wynika jednak, że w rozumieniu tego aktu prawnego przez geoblokowanie rozumie się sytuacje, w których:

- handlowcy działający w jednym państwie członkowskim blokują lub ograniczają dostęp do swoich interfejsów internetowych, takich jak strony internetowe i aplikacje, klientom z innych państw członkowskich, którzy chcą zawierać transakcje transgraniczne oraz
- handlowcy stosują zróżnicowane ogólne warunki dostępu do towarów i usług wobec takich klientów z innych państw członkowskich, zarówno online, jak i offline.

Przez klienta rozumie się zarówno konsumenta z państwa członkowskiego, jak również przedsiębiorstwo, którego miejscem prowadzenia działalności jest państwo członkowskie, które korzysta z usługi lub kupuje towar w Unii wyłącznie do użytku końcowego.

Rozporządzenie 2018/302/UE przewiduje szereg ograniczeń dotyczących zachowania handlowców. Pierwsza grupa tych ograniczeń dotyczy **dostępu do interfejsów internetowych**. Przede wszystkim, handlowiec nie może przy użyciu środków technicznych ani w inny sposób, blokować lub ograniczać dostępu klienta do swojego interfejsu internetowego ze względów związanych z przynależnością państwową klienta, jego miejscem zamieszkania lub miejscem prowadzenia działalności. Ponadto, handlowiec nie może ze względów związanych z przynależnością państwową klienta, jego miejscem zamieszkania lub miejscem prowadzenia działalności przekierowywać tego klienta do wersji swojego interfejsu internetowego różniącej się od interfejsu internetowego, do którego klient starał się pierwotnie uzyskać dostęp. Przekierowanie jest dopuszczalne, tylko jeżeli klient udzieli wyraźnej zgody. Jeżeli doszło do przekierowania, wersja interfejsu internetowego, do której klient początkowo próbował uzyskać dostęp, musi pozostać łatwo dostępna dla tego klienta.

Kolejna grupa ograniczeń dotyczy **dostępu do towarów i usług. Handlowiec nie może różnicować ogólnych warunków dostępu do towarów lub usług ze względów związanych z przynależnością państwową klienta**, jego miejscem zamieszkania lub miejscem prowadzenia działalności. Te ograniczenia nie mają jednak charakteru absolutnego.

Po pierwsze, mają one zastosowanie, gdy towary są dostarczane do miejsca w państwie członkowskim, do którego dostawę handlowiec oferuje w ogólnych warunkach dostępu, albo towary są odbierane w miejscu uzgodnionym przez handlowca i klienta w państwie członkowskim, w którym handlowiec oferuje taką możliwość w ogólnych warunkach dostępu.

Po drugie, **zakaz różnicowania ogólnych warunków ma zastosowanie, jeżeli klient korzysta z usług świadczonych przez handlowca drogą elektroniczną**, innych niż usługi, których główną cechą jest zapewnienie dostępu do utworów chronionych prawem autorskim (na przykład: gry komputerowe).

Po trzecie, zakaz różnicowania ogólnych warunków dotyczy sytuacji, w których klient zamierza skorzystać ze świadczonych przez handlowca usług innych niż usługi świadczone drogą elektroniczną, w lokalizacji fizycznej na terytorium państwa członkowskiego, w którym handlowiec prowadzi działalność.

Ważne jest jednak, że powyższe zakazy **nie uniemożliwiają oferowania ogólnych warunków dostępu, w tym cen sprzedaży netto, które różnią się w poszczególnych państwach członkowskich lub w obrębie jednego państwa członkowskiego, jeżeli nie mają charakteru dyskryminującego, tzn. są uzasadnione odmiennymi warunkami** (np. innymi kosztami).

Ostatnia grupa ograniczeń wprowadzonych rozporządzeniem 2018/302/UE dotyczy **zakazu dyskryminacji związanych z płatnościami**. W ramach akceptowanych przez handlowca środków płatności nie może on ze względów związanych z przynależnością państwową klienta, jego miejscem zamieszkania lub miejscem prowadzenia działalności, lokalizacją rachunku płatniczego, miejscem prowadzenia działalności dostawcy usług płatniczych lub miejscem wydania instrumentu płatniczego w Unii stosować zróżnicowanych warunków w odniesieniu do transakcji płatniczej, jeżeli:

Rozporządzenie 2018/302/UE nie wkracza na teren nierozpoznany. Od dawna na gruncie prawa konkurencji uznawano porozumienia przewidujące geoblokowanie za ograniczające konkurencję i w rezultacie - za niedozwolone.

- płatność jest dokonywana w formie elektronicznej za pomocą polecenia przelewu, polecenia zapłaty lub instrumentu płatniczego opartego na karcie w obrębie tej samej marki płatniczej i kategorii;
- są spełnione wymogi dotyczące uwierzytelnienia zgodnie z dyrektywą 2015/2366/UE; oraz
- płatność jest dokonywana w walucie akceptowanej przez handlowca.

Rozporządzenie 2018/302/UE nie wkracza na teren nierozpoznany. Od dawna na gruncie prawa konkurencji uznawano porozumienia przewidujące geoblokowanie za ograniczające konkurencję i w rezultacie - za niedozwolone. Innym, szczególnym aktem prawnym dotyczącym geoblokowania jest rozporządzenie 2017/1128/UE dotyczące transgranicznego przenoszenia usług online. Obecnie trwają prace nad ustawą wdrażającą do polskiego porządku prawnego mechanizmy egzekwowania rozwiązań określonych w rozporządzeniu 2018/302/UE. W projekcie nie przewiduje się szczególnych mechanizmów egzekwowania rozporządzenia 2018/302/UE. Standardową drogą

Ochrona konkurencji w Polsce 2018 subiektywny przewodnik

będzie dochodzenie roszczeń przez klienta przed sądami powszechnymi. Natomiast, jeżeli geoblokowanie będzie naruszało zbiorowe interesy konsumentów, organem uprawnionym do ingerencji będzie Prezes UOKiK.

Wydaje się, że rozwiązanie przyjęte w projekcie nie gwarantuje skutecznego ograniczenia geoblokowania na terenie Polski. Z dużym prawdopodobieństwem klienci, którzy spotkają się z geoblokowaniem, nie będą tracić czasu i środków na dochodzenie swoich praw wobec przedsiębiorców naruszających wymogi przewidziane w rozporządzeniu 2018/302. Interwencje Prezesa UOKiK będą dotyczyć tylko najbardziej oczywistych naruszeń dotyczących dużej grupy klientów.

artur.salbert@modzelewskapasnik.pl



Wykorzystywanie danych na celowniku europejskich organów ochrony konkurencji

Aleksandra Mariak

Nie tak dawno temu ryzyka wynikające z posiadania dostępu do znacznej ilości danych nie wpłynęły negatywnie na wydanie zgody przez KE na połączenia w sprawach *Google/DoubleClick*, *Facebook/WhatsApp* i *Microsoft/LinkedIn*. Obecnie kwestia wykorzystywania zbiorów danych przez przedsiębiorców znajduje się w centrum zainteresowania organów ochrony konkurencji, o czym świadczą zarówno badania rynku danych, jak również postępowania podejmowane przeciwko poszczególnym przedsiębiorcom, którzy zbierają i wykorzystują dane w sposób zakłócający prawidłową konkurencję.

Postępowanie Bundeskartellamt przeciwko Facebook – czy naruszenie prawa ochrony danych osobowych może stanowić przejaw nadużywania pozycji dominującej?

W decyzji z początku tego roku niemiecki organ ochrony konkurencji (Bundeskartellamt, dalej jako: „BkA”) stwierdził, że Facebook nadużył pozycji dominującej na niemieckim rynku sieci społecznościowych poprzez narzucenie użytkownikom serwisu postanowień regulaminów niezgodnych z prawem ochrony danych osobowych. Kwestionowane postanowienia regulaminów, które dotyczą uzależnienia możliwości korzystania z serwisu Facebook od udzielenia przez użytkownika zgody na zbieranie jego danych osobowych ze stron i aplikacji należących do Facebooka (np. Instagram) oraz stron i aplikacji podmiotów trzecich z wbudowanymi interfejsami API Facebooka, zostały uznane za nieuczciwe warunki handlowe. Zdaniem BkA, zakres, w jakim Facebook zbiera i wykorzystuje dane pozyskane z innych aplikacji i od trzecich, a następnie przypisuje je do kont użytkowników serwisu Facebook, stanowi praktykę eksploatacyjną, gdyż użytkownicy nie mają wystarczającej kontroli nad przetwarzaniem ich danych.

W analizowanej sprawie niezgodność zachowania Facebook z prawem konkurencji wynikała więc ze stwierdzenia naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych, w kontekście posiadania pozycji dominującej przez Facebook.

Facebook uniknął kary pieniężnej. Z uwagi na skomplikowany i złożony charakter sprawy, **BkA poprzestał na zakazaniu Facebook zbierania i wykorzystywania danych użytkowników** pochodzących z innych niż Facebook aplikacji oraz stron trzecich bez zgody użytkowników. W związku z tym Facebook został zobowiązany do zmiany swoich regulaminów i polityki dotyczącej danych i plików cookie w terminie 12 miesięcy. Ewentualna kara pieniężna może być nałożona na Facebook w przypadku braku zastosowania się do zakazów i zobowiązań zawartych w decyzji.

Obecnie kwestia wykorzystywania zbiorów danych przez przedsiębiorców znajduje się w centrum zainteresowania organów ochrony konkurencji, o czym świadczą zarówno badania rynku danych, jak również postępowania podejmowane przeciwko poszczególnym przedsiębiorcom, którzy zbierają i wykorzystują dane w sposób zakłócający prawidłową konkurencję.

Ochrona konkurencji w Polsce 2018 subiektywny przewodnik

Podobne problemy dostrzegł Prezes UOKiK, który pod koniec 2016 r. wszczął postępowanie wyjaśniające w celu zbadania, czy zasady zbierania i udostępniania danych użytkowników przez Facebook mogą naruszać prawa konsumentów.

Postępowanie KE w sprawie Amazon – kwestia wykorzystywania danych o konkurentach przez platformy internetowe

Działania organów ochrony konkurencji w obszarze big data nie będą ograniczone jedynie do kwestii związanych z danymi osobowymi klientów. Gromadzenie danych może również naruszać interesy konkurentów, na co wskazuje postępowanie wszczęte w ubiegłym roku w sprawie Amazon. Należy zauważyć, że Amazon pełni podwójną rolę – prowadzi internetową platformę sprzedaży (Amazon Marketplace) oraz sprzedaje produkty w Internecie (tzw. platforma hybrydowa). W związku z takim modelem działalności, oferty sprzedaży Amazon mogą bezpośrednio konkurować z ofertami zamieszczanymi przez sprzedawców na platformie Amazon Marketplace. Badanie KE dotyczy wykorzystywania przez Amazon danych pozyskiwanych od sprzedawców (konkurentów) za pośrednictwem platformy Amazon Marketplace w celu ulepszenia własnych ofert sprzedaży w Internecie i uzyskiwania przewagi nad konkurentami. Postępowanie w sprawie Amazon jest obecnie w bardzo wczesnej fazie. Dla praktyków szczególnie ciekawe będą argumenty KE dotyczące określenia rynku właściwego i siły rynkowej Amazon, a także charakteru naruszenia (czy KE uzna, że dane posiadane przez Amazon stanowią kluczową infrastrukturę?).

Działania przeciwko Amazon zbiegły się w czasie z zapowiedzią KE przeprowadzenia badania rynku mającego na celu sprawdzenie, w jaki sposób przedsiębiorcy korzystają z big data i czy ma to wpływ na powstawanie monopolii i zaburzenie mechanizmów konkurencji. „W niektórych obszarach dane są niezwykle cenne. Mogą spowodować zamknięcie do rynku poprzez przyznanie podmiotom, które je posiadają ogromnych możliwości biznesowych, które nie są dostępne dla innych” – stwierdziła unijna Komisarz ds. Konkurencji Margrethe Vestager¹. W najbliższym czasie możemy więc spodziewać się wzmożonych działań ze strony organów konkurencji ukierunkowanych na sprawdzenie, w jaki sposób firmy pozyskują i wykorzystują dane o swoich klientach i konkurentach.

aleksandra.mariak@modzelewskapasnik.pl



¹ Zob. <https://www.competitionpolicyinternational.com/eu-vestager-announces-focus-on-big-datas-competition-implications/>; tłumaczenie własne.

Gdzie skutecznie dochodzić roszczeń *private enforcement*?

Piotr Paśnik

Wraz z popularyzacją możliwości dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w związku z naruszeniami prawa konkurencji można zaobserwować także większą liczbę spraw, jakie z tego obszaru trafiają do rozpoznania przed Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”). W ostatnim roku ciekawe rozstrzygnięcie TSUE dotyczyło kwestii

Sprawa pokazuje jak ważnym i skomplikowanym zagadnieniem w tego typu sprawach może być kwestia jurysdykcji.

jurysdykcyjne, jakie mogą pojawić się w związku z dochodzeniem takich roszczeń pomiędzy podmiotami mającymi siedzibę na terenie państw UE – wyrok TSUE z dnia 5 lipca 2018 roku w sprawie C-27/17 - *AB 'flyLAL-Lithuanian Airlines'* (dalej jako „Wyrok”).

Sprawa pokazuje jak ważnym i skomplikowanym zagadnieniem w tego typu sprawach może być kwestia jurysdykcji. Powodowie w postępowaniach odszkodowawczych mogą chcieć uniknąć prowadzenia sporu przed sądem właściwym dla miejsca siedziby pozwanego. Stoją za tym różne i złożone przyczyny: koszty prowadzenia procesu w danej jurysdykcji, niekorzystne orzecznictwo w zakresie istotnych dla powoda zagadnień, doświadczenie sądów w zakresie orzekania w sprawach dotyczących odszkodowań z tytułu naruszenia reguł konkurencji czy w końcu obawy przed nastawieniem sądu, który jest „bliższy pozwanemu” ze względu na jego siedzibę.

Sprawa pokazuje jak ważnym i skomplikowanym zagadnieniem w tego typu sprawach może być kwestia jurysdykcji. Powodowie

W sprawach, w których pozwanym jest podmiot posiadający siedzibę na terenie Unii, art. 7 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (dalej jako „Rozporządzenie 1215/2012”) pozwala powodowi dochodzącym roszczenia odszkodowawczego uniknąć składania pozwu według zasady ogólnej tj. w sądzie właściwym dla siedziby pozwanego. Wynika to z wprowadzonej jako alternatywna możliwości wniesienia pozwu w państwie członkowskim właściwym ze względu na miejsce, w którym nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wywołujące szkodę. Warto przy tym zaznaczyć, iż omawiane poniżej orzeczenie oparte jest o art. 5 pkt 3 Rozporządzenia 44/2001, tj. aktu poprzedzającego Rozporządzenie 1215/2012. W obu przypadkach analizowane przepisy mają identyczną treść.

TSUE na wstępie potwierdził dotychczasową linię orzecniczą¹ zgodnie z którą pojęcie **miejsca, gdzie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę obejmuje „zarówno miejsce, w którym szkoda się urzeczywistniła, jak i miejsce, w którym nastąpiło zdarzenie powodujące powstanie szkody”** (pkt 28 Wyroku). Powód dochodzący odszkodowania z tytułu naruszenia prawa konkurencji ma więc tym samym wybór, co do jednego z tych dwóch miejsc.

Miejsce wystąpienia szkody w rozumieniu Rozporządzenia

Powyżej wskazana zasada nie oznacza jednak, że miejscem wystąpienia zdarzenia wywołującego szkodę jest każde miejsce, gdzie ujawniła się negatywna konsekwencja danego zdarzenia. Z punktu widzenia zastosowania art. 5 pkt 3

¹ Zob. wyroki: z dnia 19 kwietnia 2012 r., *Wintersteiger*, C523/10, EU:C:2012:220, pkt 19; z dnia 28 stycznia 2015 r., *Kolassa*, C375/13, EU:C:2015:37, pkt 45; a także z dnia 16 czerwca 2016 r., *Universal Music International Holding*, C12/15, EU:C:2016:449, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo.

(Obecnie art. 7 pkt 2 Rozporządzenia 1215/2012) pojęcie to obejmuje jedynie **miejsce, gdzie wystąpiła szkoda pierwotna wynikająca bezpośrednio ze zdarzenia powodującego powstanie szkody**. Pojęcie to natomiast nie obejmuje miejsca, w którym poszkodowany poniósł szkodę majątkową wynikającą z pierwotnej szkody, która wystąpiła i została poniesiona przez niego w innym państwie (pkt 31, 32 Wyroku)².

TSUE zwrócił także uwagę, iż podstawa jurysdykcyjna dotycząca miejsca urzeczywistnienia się szkody pozwala ustalić **jurysdykcję jednego sądu wobec wszystkich pozwanych o wyrządzenie szkody**, co może mieć istotne znaczenie w przypadku roszczeń kierowanym wobec wielu podmiotów, np. uczestników porozumienia (Wyrok pkt 42).

Miejsce zaistnienia zdarzenia

W Wyroku TSUE wskazał na istotne różnice występujące przy określaniu miejsca zaistnienia zdarzenia powodującego szkodę w zależności od tego czy szkoda wynika z naruszenia art. 101 (zawarcia porozumienia naruszającego prawo konkurencji) czy art. 102 (nadużycie pozycji dominującej) TFUE.

W przypadku szkody będącej rezultatem porozumień TSUE potwierdził swoje wcześniejsze stanowisko³, że jurysdykcja do rozpoznania – na podstawie „miejsca, gdzie nastąpiło zdarzenie powodujące powstanie szkody” oraz w stosunku do wszystkich uczestników tego porozumienia – szkody, jaką miało spowodować to porozumienie oznacza - na podstawie art. 5 pkt 3 Rozporządzenia nr 44/2001 – sąd miejsca, **w którym porozumienie zostało ostatecznie zawarte** (pkt 49 Wyroku).

W przypadku natomiast szkody będącej rezultatem nadużycia pozycji dominującej TSUE wskazał, iż „miejsce, gdzie nastąpiło zdarzenie powodujące powstanie szkody” będzie **miejsce, w którym dane zachowanie antykonkurencyjne zostało wprowadzone w życie** (pkt 51, 52 Wyroku).

piotr.pasnik@modzelewskapasnik.pl



² Zob. pkt 14 i 15 wyroku z dnia 19 września 1995 r., Marinari (C364/93, EU:C:1995:289).
³ Wyrok z dnia 21 maja 2015 r., CDC Hydrogen Peroxide, C352/13, EU:C:2015:335, pkt 50.

Wyrok TSUE w sprawie Avastin i Lucentis: interakcja pomiędzy konkurencją i regulacją

Antonina Falandysz-Zięcik

Pierwszym wyrokiem wydanym przez TSUE w roku 2018 był wyrok w sprawie C-179/16 F. Hoffmann-La Roche Ltd, Roche SpA, Novartis AG, Novartis Farma SpA przeciwko Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (23 stycznia 2018 roku). Wyrok jest ciekawy, lecz nie będzie przesadzone stwierdzenie, że nie ma w nim miejsca na zaskoczenie.

Sprawa, którą rozpatrywał TSUE dotyczyła decyzji, w której włoski organ ochrony konkurencji stwierdził zawarcie niedozwolonego porozumienia przez Roche i Novartis dotyczącego produktów leczniczych Avastin i Lucentis. Kary nałożone na spółki przekroczyły 180 milionów euro.

Avastin (lek sprzedawany przez Roche) w ramach pozwolenia na dopuszczenie do obrotu obejmuje wskazania do leczenia niektórych chorób nowotworowych. Lucentis (lek sprzedawany przez Novartis) przeznaczony jest do leczenia chorób oczu. Choć wskazanie rejestracyjne Avastinu nie obejmuje wskazań okulistycznych, lek ten był (i jest) dość powszechnie stosowanym preparatem właśnie w okulistyce.

Stosowanie *off-label* przynosiło i mogło zatem przynosić systemowi refundacyjnemu potężne oszczędności. I to właśnie głównie ze względu na znacznie niższy koszt terapii stosowanie *off-label* miało miejsce nawet po dopuszczeniu Lucentisu do obrotu.

Zagadnienie powstało na tle praktyki przepisywania przez lekarzy Avastinu poza wskazaniami (z ang. *off-label*), która miała miejsce jeszcze przed dopuszczeniem Lucentisu do obrotu na terytorium Włoch (w związku z brakiem skutecznej alternatywy terapeutycznej dopuszczonej do leczenia). Po dopuszczeniu Lucentisu do obrotu, stosowanie Avastinu *off-label* zostało wykluczone z refundacji, co jednak nie wpłynęło istotnie na praktykę lekarzy. Istnieje bowiem duża dysproporcja w kosztach pomiędzy zastosowaniem terapii z użyciem ww. leków – Avastin

in jest ok. dziesięciokrotnie tańszy. Stosowanie *off-label* przynosiło i mogło zatem przynosić systemowi refundacyjnemu potężne oszczędności. I to właśnie głównie ze względu na znacznie niższy koszt terapii stosowanie *off-label* miało miejsce nawet po dopuszczeniu Lucentisu do obrotu.

Przedmiotem zarzutu było porozumienie pomiędzy Roche i Novartis, które przejawiało się w podjęciu różnych działań zmierzających do zniechęcenia od stosowania Avastinu do chorób oczu, a w konsekwencji - skierowania popytu na Lucentis (rozpowszechnianie informacji co do bezpieczeństwa stosowania leku, przekazywanie EMA informacji, które mogłyby zwiększyć poczucie ryzyka związanego ze stosowaniem Avastinu, aby doprowadzić do zmiany charakterystyki leku, działania zmierzające do komunikowania się ze środowiskiem medycznym w tym celu).

Ukarane spółki podniosły argument, że z uwagi na bariery prawne wynikające z przepisów regulujących wprowadzenie do obrotu produktów leczniczych w celu zastosowań *off-label*, oba produkty nie należą do tego samego rynku właściwego, ergo nie pozostają w stosunku konkurencji (a tym samym, nie mogło dojść do ograniczenia konkurencji w wyniku działań podjętych przez strony).

Ochrona konkurencji w Polsce 2018 subiektywny przewodnik

W związku z tym kluczowe stało się rozstrzygnięcie zagadnienia czy do celów stosowania art. 101 TFUE (zakaz porozumień ograniczających konkurencję) organ antymonopolowy może włączyć do rynku właściwego, obok produktów leczniczych dopuszczonych w leczeniu danych chorób, inny produkt leczniczy, którego pozwolenie na dopuszczenie do obrotu nie obejmuje tego leczenia, ale który mimo tego jest stosowany w tym celu.

TSUE uznał, że fakt, iż produkty farmaceutyczne są wytwarzane lub sprzedawane w sposób niezgodny z prawem, co do zasady nie stoi na przeszkodzie temu, by uznać je za zamiennie lub zastępowalne.

W świetle przepisów UE nie jest bowiem niedopuszczalne, by produkty lecznicze były stosowane do wskazań terapeutycznych, które nie są objęte ich pozwoleniem na dopuszczenie do obrotu (*off-label*) albo w tym celu przepakowywane. Zasady sprzedaży produktów leczniczych wymagają jedynie spełnienia w tym zakresie szczególnych warunków określonych w stosownych przepisach (zaspokojenie szczególnych potrzeb, przepakowanie w celu dostawy detalicznej przez farmaceutów w aptekach).

Weryfikacja zgodności z prawem przepisania i sprzedaży produktu leczniczego stosowanego *off-label* nie należy w każdym razie do organów ochrony konkurencji, a do organów uprawnionych do kontroli przestrzegania przepisów lub do sądów krajowych.

W konsekwencji, TSUE stanął na stanowisku, że organ antymonopolowy może włączyć do rynku właściwego, obok produktów leczniczych dopuszczonych w leczeniu danych chorób, inny produkt leczniczy, którego pozwolenie nie obejmuje tego leczenia, ale który jest stosowany w tym celu i wykazuje tym samym konkretny stosunek zamienności z tym pierwszym produktem.

Dla ustalenia, czy taki stosunek zamienności występuje, organ ten powinien - o ile badanie zgodności danego produktu z przepisami mającymi zastosowanie do jego wytwarzania lub obrotu zostało przeprowadzone przez właściwe w tym względzie organy lub sądy - uwzględnić wynik tego badania. Analiza ta powinna w szczególności brać pod uwagę ewentualne oddziaływanie zamienności produktów na strukturę popytu i podaży.

A zatem TSUE wprost wskazał w jaki sposób fundamentalne zasady prawa konkurencji powinny być stosowane w praktyce. Część branży ze sceptycyzmem przyjęła to rozstrzygnięcie. Niektórzy uważają, że TSUE podważył podstawy regulacji, potencjalnie prowadząc do sytuacji, w której pacjenci nie będą wiedzieli na co mogą liczyć w ramach leczenia, a lekarze mogą mieć wątpliwości, kto determinuje czy dany lek działa i może być bezpiecznie stosowany. Dla specjalistów z zakresu prawa konkurencji stanowisko TSUE nie jest jednak zaskakujące. **Przepisy prawa konkurencji realizują swoje cele niezależne od priorytetów regulacji sektorowej i w tym zakresie reguły konkurencji „wymuszają” swoje zastosowanie w sprawach regulacyjnych.** I ta konkluzja ma swój walor nie tylko w sprawach dotyczących rynku farmaceutycznego, ale też w innych branżach regulowanych.

TSUE stanął na stanowisku, że organ antymonopolowy może włączyć do rynku właściwego, obok produktów leczniczych dopuszczonych w leczeniu danych chorób, inny produkt leczniczy, którego pozwolenie nie obejmuje tego leczenia, ale który jest stosowany w tym celu i wykazuje tym samym konkretny stosunek zamienności z tym pierwszym produktem.

antonina.falandysz@modzelewskapasnik.pl



Modzelewska & Pańnik

COMPETITION REGULATION LITIGATION

ul. Wiejska 17/5
00-480 Warszawa
tel: +48 22 290 60 90
e-mail: kancelaria@modzelewskapasnik.pl