



KRAJOWA IZBA
RADCÓW PRAWNYCH

00-540 Warszawa, Aleje Ujazdowskie 41 lok. 2
tel./fax: 022 622 05 88, 622 84 28;33 • e-mail: kirp@kirp.pl • NIP: 526-10-43-011

L.dz. 420 /OBSiL/2016

Warszawa, dnia 12 kwietnia 2016 r.

Pan Łukasz Piebiak
Podsekretarz Stanu
Ministerstwo Sprawiedliwości

Szanowny Panie Ministrze

W nawiązaniu do wskazanego przy piśmie DL-II-413-1/15/26 z dnia 17 marca 2016 r. projektu założeń projektu ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji, przekazuję w załączeniu stanowisko Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych.

z poważaniem

Wiceprezes
Krajowej Rady Radców Prawnych
dr hab. Arkadiusz Bereza prof. nadzw.

Stanowisko

Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych do projektu założeń projektu ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji

1. Wstęp

W chwili obecnej ochrona konkurencji jest realizowana przede wszystkim na płaszczyźnie publicznoprawnej. Odbywa się to na podstawie regulacji zawartych w ustawie z dnia 6 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.k.)¹. Wskazać należy w tym miejscu na zawarte tam instrumenty służące przeciwdziałaniu nadużywaniu pozycji dominującej przez przedsiębiorców, zarówno poprzez zawieranie niedozwolonych porozumień (art. 6 u.o.k.k.)², jak również poprzez praktyki indywidualne (art. 9 u.o.k.k.)³. Organem właściwym w sprawach ochrony konkurencji jest centralny organ administracji rządowej - Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK). Tak określony model publiczny ochrony konkurencji⁴ (ang. *public enforcement*) zakłada podejmowanie działań w celu ochrony interesu publicznego⁵ (port.

¹ Dz.U. Nr 50 poz. 331 ze zm.

² Zakaz porozumień ograniczających konkurencję.

³ Zakaz praktyk ograniczających konkurencję.

⁴ Uzupełniony jeszcze o regulację zakładającą nadzór nad procesami koncentracji (art. 13 i nast. u.o.k.k.).

⁵ Interwencja organu antymonopolowego w sprawach naruszeń reguł konkurencji jest podejmowana w interesie publicznym. W związku z tym w razie zagrożenia lub naruszenia reguł konkurencji Prezes UOKiK podejmuje działania określone w u.o.k.k. wyłącznie w sytuacji, gdy chodzi o interes publiczny.

Interes publiczny traktowany jest jako przesłanka podstawowa warunkująca ocenę zgodności zachowania przedsiębiorcy z u.o.k.k. (por. w tym zakresie m.in.: wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 kwietnia 2009 r., XVII AmA 94/08, niepubl.; por. także D. Miąsik, *Controlled Chaos with Consumer Welfare as the Winner - a Study of the Goals of Polish Antitrust Law*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2008, Vol. 1, s. 45; D. Miąsik, T. Skoczny, w: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 34; K. Kohutek, w: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 59 i 60).

art. 1 u.o.k.k.). Powyższe nie stoi na przeszkodzie stosowaniu u.o.k.k. także w celu ochrony wyłącznie prywatnych interesów przedsiębiorcy⁶.

Należy jednak wskazać, że celem publicznego prawa konkurencji nie jest ochrona prywatnoprawnego interesu podmiotu dotkniętego praktykami ograniczającymi konkurencję. Ochrony tego interesu podmiot poszkodowany może bowiem dochodzić wyłącznie na drodze postępowania prywatnego (ang. *private enforcement*) przed sądem powszechnym. Polega to na zastosowaniu regulacji prawa antymonopolowego w celu indywidualnego dochodzenia przez podmioty prywatne roszczeń wynikających z naruszeń prawa konkurencji⁷. Istotne jest, iż w przeciwieństwie do modelu publicznego ochrony konkurencji, model prywatnoprawny zakłada możliwość poddania kognicji sądu powszechnego sprawy o naruszenie reguł konkurencji opartej o u.o.k.k., jednakże w odniesieniu do indywidualnego interesu uczestników rynku. Obecnie, sąd może oprzeć rozstrzygnięcie na uprzedniej decyzji organu antymonopolowego (Prezesa UOKiK) lub też samodzielnie stwierdzić naruszenie przepisów tejże ustawy, a tym samym nieważność z mocy prawa praktyk wynikających z umowy lub innych działań przedsiębiorców. Obowiązkiem sądów powszechnych jest w tym względzie stosowanie prawa krajowego, jak i unijnego. Z powyższego wynika, że mają one kompetencje do orzekania w sprawach jednostkowych interesów również na gruncie prawa unijnego.

Naruszenie reguł konkurencji, zarówno tych o charakterze krajowym, jak i unijnym, daje podstawę do dochodzenia przez podmioty poszkodowane określonych roszczeń (dochodzenie roszczeń za naruszenie reguł konkurencji). W związku z tym, zarówno przedsiębiorcy, jak i konsumenci mogą w ramach *private enforcement* swoich praw, które zostały naruszone wskutek złamania przez innych przedsiębiorców zakazów konkurencji⁸.

2. Podstawy instytucji *private enforcement*

Prywatnoprawne stosowanie prawa konkurencji pozwala dochodzić przed sądem krajowym odszkodowania za naruszenie krajowych lub unijnych reguł konkurencji.

⁶ A. Jurkowska-Gomułka, *Private Enforcement of Competition Law in Polish Courts: The Story of an (Almost) Lost Hope for Development*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2013, Vol. 6, s. 108 i nast.

⁷ A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2013, s. 17 i nast.

⁸ M. Sieradzka, *Dochodzenie roszczeń za naruszenie unijnych i krajowych reguł konkurencji a kwestie prejudycjalności rozstrzygnięć organów ochrony konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, Nr 12, s. 47.

Podmioty poszkodowane w związku z naruszeniem reguł konkurencji mogą dochodzić roszczeń wynikających z tych naruszeń (o usunięcie skutków naruszenia reguł konkurencji, o ustalenie, o zaprzestanie naruszeń reguł konkurencji, o unieważnienie umowy, czy też o odszkodowanie)⁹. Istotą roszczenia o odszkodowanie jest żądanie naprawienia szkody powstałej w wyniku naruszenia krajowych lub unijnych zakazów konkurencji (art. 6 i art. 9 u.o.k.k. oraz odpowiednio art. 101 i art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE)). Wyrządzenie szkody może być skutkiem stosowania porozumień ograniczających konkurencję, praktyk lub uchwał, albo też nadużywania pozycji dominującej (w tym ostatnim przypadku, indywidualne praktyki ograniczające konkurencję).

3. Prawo unijne a wdrażanie prywatnoprawnych reguł konkurencji w prawie krajowym

W aktualnym stanie prawnym wpływ na kształtowanie relacji między poszczególnymi podmiotami mają nie tylko uregulowania krajowe, ale także te, mające swoje źródło w prawodawstwie i praktyce decyzyjnej organów Unii Europejskiej. Zgodnie z wypracowaną w tym przedmiocie doktryną, nie ulega wątpliwości, że unijny porządek prawny objęty został zasadą bezpośredniego stosowania, zakładającą, że w odróżnieniu od zwykłych umów międzynarodowych Unia Europejska stworzyła swój własny system prawny, który sądy krajowe mają obowiązek stosować w swojej praktyce orzeczniczej¹⁰. Sądy krajowe uzyskały kompetencje w zakresie wdrażania unijnych reguł i zasad dotyczących prawa konkurencji, w tym także możliwości prywatnoprawnego egzekwowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję¹¹. Potrzeba stworzenia podstaw umożliwiających stosowanie powyższej instytucji była akcentowana w Europie o wiele wcześniej, jednakże dopiero kilkanaście lat później ustanowiono bazę pod przyszlą aktywność sądowiczą w tym zakresie¹².

Obecnie, ochrona indywidualnych interesów konsumentów i przedsiębiorców na gruncie prawa polskiego, którzy doznali uszczerbku w wyniku złamania reguł

⁹ M. Sieradzka, *Dochodzenie roszczeń*, s. 43.

¹⁰ A. Zawidzka-Łojek, *Prawo Unii Europejskiej a prawo krajowe państw członkowskich*, w: J. Barcz, *Ustrój Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, część IV, s. 146.

¹¹ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 2011, s. 1185 i nast.

¹² M. Szpunar, *Naruszenie prawa wspólnotowego jako przesłanka roszczenia przeciwko podmiotowi prywatnemu (uwagi na tle wyroków w sprawach Courage i Muñoz)*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, Z. 3, Kraków 2005, s. 664. W swojej opinii z dnia 27 października 1993 roku rzecznik generalny Gervens (sprawa *Banks*) wyraził pogląd, że skoro w świetle ugruntowanego orzecznictwa Trybunału podmiotami praw i obowiązków wynikających z traktatów są nie tylko państwa członkowskie, odpowiedzialność odszkodowawcza nie może zostać ograniczona wyłącznie do nich. W jego przekonaniu z istoty unijnego porządku prawnego wynika prawo domagania się odszkodowania za szkodę wynikłą z naruszenia bezpośrednio skutecznych przepisów prawa wspólnotowego poprzez podmiot prywatny.

konkurencji (ang. *private enforcement of competition law*) nie należy do kategorii spraw licznie rozpoznawanych przez polskie sądy cywilne. Przyczyn takiego stanu rzeczy należy upatrywać przede wszystkim w braku odpowiednich uregulowań materialnych i proceduralnych zachęcających podmioty poszkodowane do uzyskiwania ochrony swojego interesu naruszonego wskutek stosowania praktyk ograniczających konkurencję zakazanych na mocy art. 6 i art. 9 u.o.k.k. oraz art. 101 i 102 TFUE.

4. Normatywne podstawy roszczeń prywatnoskargowych z tytułu naruszenia reguł konkurencji

Należy wskazać, że prywatnoprawne stosowanie prawa konkurencji w Polsce nie ma jasno określonych podstaw. Przesłanek do wniesienia roszczeń z tytułu naruszeń prawa konkurencji nie znajdujemy w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów¹³.

Najważniejszym, z punktu widzenia prawa cywilnego, skutkiem naruszenia przez podmiot działający na rynku, reguł konkurencji, stanowiącym podstawę roszczeń odszkodowawczych, z tytułu powstałych w konsekwencji szkód, jest sankcja nieważności takich praktyk z mocy prawa, przewidziana zarówno w przepisach unijnych, jak też w polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. Cywilnoprawny charakter tej sankcji - mimo iż została ona zawarta w regulacjach o charakterze publicznoprawnym - stanowi podstawę egzekwowania przepisów prawa konkurencji przed sądami powszechnymi. **System prawa polskiego nie zawiera odrębnej regulacji prawnej dla roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji.** Nie wypracowano również wspólnego stanowiska zarówno doktryny, jak praktyki orzeczniczej co do tego, które konkretnie przepisy prawa cywilnego mogą stanowić podstawę prawną dochodzenia tych roszczeń przed sądami powszechnymi. Brak istnienia jednoznacznej podstawy dochodzenia cywilnoprawnych roszczeń z tytułu szkód powodowanych naruszeniami konkurencji nadal nie sprzyja popularności prywatnemu wdrażaniu prawa ochrony konkurencji w Polsce.

Obecnie w polskim systemie prawnym **istnieją wyłącznie ogólne instrumenty**, które mogą posłużyć do realizacji dochodzenia roszczeń wynikających z naruszeń zakazów praktyk ograniczających konkurencję, należą do nich: Kodeks cywilny będący podstawą dochodzenia wszelkich roszczeń w stosunkach cywilnoprawnych, ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, ustawa o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym, a w warstwie

¹³ Projektodawcy obecnie obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. wskazują, że osoby indywidualne (przedsiębiorcy, konsumenci) poszkodowane w związku z naruszeniami konkurencji powinny dochodzić roszczeń (wynikających z tych naruszeń) przed sądami cywilnymi. Postępowanie zaś w trybie publicznoprawnym powinno być zastrzeżone tylko dla najpoważniejszych naruszeń konkurencji.

stricte proceduralnej Kodeks postępowania cywilnego. Podstawą roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego są przepisy dotyczące odpowiedzialności deliktowej (art. 415 KC), odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 i nast. KC) oraz bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 i nast. KC).

Do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tytułu szkód powstałych w skutek naruszenia reguł konkurencji, najszerze zastosowanie będą znajdowały przepisy dotyczące odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych. Wynika to z faktu, iż szkody wyrządzone przez przedsiębiorców na skutek zakazanych praktyk, dotyczą najczęściej podmioty nie związane z nimi żadnymi więzami o charakterze obligacyjnym, czyli ich rynkowych konkurentów. W takim wypadku wykluczone jest więc dochodzenie odszkodowania na podstawie odpowiedzialności z tytułu *ex contractu*.

Dodać należy w tym miejscu, że w efekcie szeregu działań organów unijnych uchwalona została **dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego, nazywana w skrócie Dyrektywą odszkodowawczą (ang. *Damages Directive*)**. Ustanawia ona przepisy niezbędne - zdaniem unijnego prawodawcy - do zagwarantowania każdemu, kto poniósł szkodę wynikającą z naruszenia prawa konkurencji UE (art. 101 lub 102 TFUE) lub krajowego prawa konkurencji (w rozumieniu art. 2 pkt 3 Dyrektywy odszkodowawczej przez przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw, skutecznego dochodzenia od tego przedsiębiorstwa lub związku pełnego odszkodowania z tytułu poniesionej szkody (art. 1 ust. 1 zd. 1). **Dyrektywa powinna zostać implementowana do porządków krajowych państw członkowskich Unii Europejskiej najpóźniej do dnia 27 grudnia 2016 r.**

5. Konieczność odrębnej normatywnej regulacji dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia prawa konkurencji

Zgodzić należy się z tym, że **polski stan prawny w zakresie dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych z tytułu naruszenia prawa konkurencji zasadniczo odbiega od konstrukcji zwartej w dyrektywie 2014/104**, co powoduje konieczność przyjęcia nowych regulacji prawnych w tym zakresie, które doprowadzą do transpozycji treści dyrektywy 2014/104 w prawie krajowym. Poprzeć należy planowane działanie ustawodawcy, aby uchwalić nową regulację ustawową, a nie wprowadzać odrębnej jednostki redakcyjnej do Kodeksu cywilnego w tym względzie. Jest to związane głównie z koniecznością wprowadzenia odrębnych regulacji dowodowych w omawianym zakresie. Niemożliwe jest również dokonanie transpozycji treści dyrektywy 2014/104 do treści samej ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Jest to niemożliwe z tego powodu, iż regulacja ta ma ze swojej natury charakter

publicznoprawny, w przeciwieństwie do planowanej regulacji stanowiącej transpozycję ww. dyrektywy. Przyjęcie założenia odrębnej regulacji stanowić będzie istotną pomoc dla podmiotów chcących z korzystać z mechanizmów w niej zapisanych.

Brak wątpliwości, że **w przyszłej regulacji należy uwzględnić następujące elementy**: 1) określenie zakresu przedmiotowego ustawy; 2) definicje; 3) instytucje materialnoprawne, w zakresie w jakim dyrektywa narzuca rozwiązania specyficzne, w stosunku do ogólnych przepisów prawa cywilnego; 4) procedurę dochodzenia roszczeń w zakresie szczególnym, w stosunku do cywilnoprawnych rozwiązań ogólnych przyjętych w prawie polskim; 5) odpowiednie zmiany w Kodeksie cywilnym oraz ustawie o u.o.k.k.; 6) problematyka wejścia w życie ustawy oraz regulacje intertemporalne.

6. Ocena projektowanej regulacji

6.1. Zakres stosowania nowej ustawy

Należy w pierwszej kolejności wskazać, że dyrektywa 2014/104 nie dotyczy naruszeń krajowego prawa konkurencji, które mają czysto krajowy (wewnętrzny) charakter, tj. nie mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i nie mają do nich zastosowania art. 101 i 102 TFUE. W definicji dyrektywy zamieszczonej w jej art. 2 pkt 1 wskazano, że „naruszenie prawa konkurencji” oznacza naruszenie art. 101 lub 102 TFUE lub krajowego prawa konkurencji. Kolejna definicja (art. 2 pkt 3) wskazuje, że „krajowe prawo konkurencji: oznacza przepisy prawa krajowego, których cel jest zasadniczo identyczny z celem art. 101 i 102 TFUE i które stosuje się do tej samej sprawy i równoległe z unijnym prawem konkurencji na mocy art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003, z wyłączeniem przepisów prawa krajowego, które nakładają kary na osoby fizyczne (chyba że takie kary są sposobem egzekwowania reguł konkurencji mających zastosowanie do przedsiębiorstw). Dyrektywa nie odnosi się natomiast do spraw, w których naruszenie prawa konkurencji nie wpływa na handel między państwami członkowskimi w rozumieniu art. 101 lub 102 TFUE (motyw 10).

Za **trafne** należy uznać przyjęcie takiego rozwiązania zakładającego niestanowienie odrębnych reżimów prawnych dla roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej naruszeniem prawa konkurencji w zależności od tego, czy naruszenie to ma charakter czysto krajowy, czy też wiąże się z rynkiem unijnym. Słusznie uważają projektodawcy założeń do projektu ustawy, że przyjęcie rozwiązania ściśle odgraniczającego tryb dochodzenia roszczeń według unijnych oraz krajowych naruszeń prawa konkurencji nie byłoby „aksjologicznie uzasadnione i wywoływałoby trudności dla organów stosujących prawo oraz podmiotów zainteresowanych dochodzeniem roszczeń”. Przyszła projektowana ustawa **powinna w związku z tym znajdować zastosowanie do roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji bez względu na istnienie w sprawie pierwiastka unijnego.**

Rozwiązanie takie podwyższa poziom ochrony względem przewidzianego w dyrektywie, wzmacniając pozycję poszkodowanych praktykami naruszającymi reguły konkurencji, zarówno takimi które są powiązane z wpływem na handel całej Unii Europejskiej (wymiar wspólnotowy), ale także działaniem danego podmiotu wyłącznie na rynku krajowym (wymiar krajowy).

6.2. Podstawy odpowiedzialności

Zauważyć należy w pierwszej kolejności, że zgodnie z art. 3 ust. 1 Dyrektywy 2014/104, państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić, aby każda osoba fizyczna lub prawna, która poniosła szkodę wynikającą z naruszenia prawa konkurencji, mogła dochodzić i uzyskać pełne odszkodowanie z tytułu tej szkody. Pełne odszkodowanie ma na celu przywrócić poszkodowanego do stanu, w którym znajdowałby się on, gdyby nie doszło do naruszenia prawa konkurencji.

Wskazane w art. 3 Dyrektywy 2014/104 prawo do pełnego odszkodowania jest rozwiązaniem zasadniczo zbieżnym z zasadami odpowiedzialności cywilnoprawnej obowiązującymi w polskim prawie cywilnym. Zgodnie z art. 3 ust. 2 Dyrektywy 2014/104 wskazuje, że pełne odszkodowanie obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono, wraz z odsetkami. Zasada pełnego odszkodowania oraz definicja szkody majątkowej jako straty i utraconych korzyści są obecnie wyrażone w art. 361 § 2 KC. Przepis ten ma zastosowanie do wszystkich przypadków odpowiedzialności odszkodowawczej, a więc także do odpowiedzialności regulowanej projektowaną nową ustawą. W tym zakresie art. 3 ust. 2 Dyrektywy 2014/104 nie wymaga więc transpozycji. Zarówno, w przypadku odpowiedzialności *ex contractu*, jak i *ex delicto* dochodzący odszkodowania może żądać zarówno wyrównania poniesionej straty (*damnum emergens*), jak i utraconych korzyści (*lucrum cessans*). Brak jednak wątpliwości, że dla zapewnienia przejrzystości transpozycji rozwiązań zawartych w dyrektywie **konieczne jest wprowadzenie przepisu wyrażającego obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej komukolwiek przez naruszenie prawa konkurencji.**

Zgodzić należy się również z treścią założeń do ustawy, że obowiązujące w chwili obecnej ogólne przepisy deliktowe zawarte w KC bez wątpienia nie są wystarczające także dlatego, że na ich tle dominuje pogląd, iż uprawniona do odszkodowania jest tylko osoba bezpośrednio dotknięta skutkami zdarzenia szkodzącego, a nie tzw. pośrednio poszkodowani. Artykuł 3 ust. 2 teje dyrektywy **wymaga jednakże transpozycji** wyłącznie w pewnej części. Dotyczy to postanowienia tegoż przepisu odnoszącego się do **odsetek**. Z motywu 12 Dyrektywy 2014/104 wynika, że postanowienie to należy rozumieć w ten sposób, że odsetki mają przysługiwać poszkodowanemu za okres od chwili wystąpienia szkody do chwili wypłaty odszkodowania. Dyrektywa nie rozstrzyga jednak o charakterze tych odsetek (jako odsetek kompensacyjnych, bądź sankcji za opóźnienie), pozostawia także możliwość uwzględnienia upływu czasu jako części

składowej szkody. Zgodzić należy się z treścią projektu założeń do ustawy, że właściwym rozwiązaniem w tym zakresie byłoby przyjęcie, że jeżeli czyn sprzeczny z prawem konkurencji wyrządził szkodę, orzekając o obowiązku jej naprawienia zasądza się od dłużnika odsetki o charakterze kompensacyjnym (np. równe stopie oprocentowania kredytu lombardowego) od dnia powstania szkody do dnia wymagalności odszkodowania. Oprócz tej reguły stosowany miałby być art. 481 KC przewidujący odsetki ustawowe za opóźnienie.

Ogólne przepisy deliktowe Kodeksu cywilnego nie wydają się również instrumentem wystarczającym również z tej przyczyny, iż uprawniona do odszkodowania jest tylko osoba bezpośrednio dotknięta skutkami zdarzenia szkodzącego, a nie tzw. pośrednio poszkodowani. Dyrektywa przyjmuje natomiast odmienną zasadę (por. art. 12 ust. 1 dyrektywy). Nowy przepis co do swojej konstrukcji może być wzorowany na obowiązujących przepisach kodeksu cywilnego (art. 415 i 416 KC).

Słusznie także projektodawcy zauważają konieczność przyjęcia ogólnej zasady, że do odpowiedzialności wyrażonej w ustawie szczególnej będą stosowane przepisy Kodeksu cywilnego o czynach niedozwolonych w zakresie odpowiedzialności pomocnika, podlegacza i tego, kto świadomie skorzystał ze szkody (art. 422 KC), oraz o odpowiedzialności powierzającego wykonanie czynności (art. 429 i 430 KC), przy czym w tym drugim przypadku powinno się zrezygnować z przesłanki winy bezpośredniego sprawcy.

Jak wskazano z kolei w art. 3 ust. 3 dyrektywy, pełne odszkodowanie przewidziane w tejże dyrektywie nie prowadzi do nadwyżki odszkodowania, ani w drodze odszkodowania karnego, ani odszkodowania wielokrotnego, ani innego rodzaju odszkodowania (art. 3 ust. 3). Powyższe rozwiązanie nie wymaga przeniesienia do polskiego porządku prawnego, ponieważ ogólne reguły odpowiedzialności odszkodowawczej zawarte w polskim Kodeksie cywilnym (art. 361-363 KC), które będą tu miały zastosowanie, nie przewidują odszkodowań karnych, odszkodowań równych wielokrotności szkody ani innych odstępstw od zasady kompensacji, w myśl której odszkodowanie nie powinno być większe od szkody i prowadzić do wzbogacenia poszkodowanego. Odstępstwa takie musiałyby wynikać z przepisu szczególnego, którego wprowadzenia w planowanej ustawie jednakże nie przewiduje się.

Odrębną jednakże istotną kwestią pozostaje określenie tego jaki charakter powinna mieć odpowiedzialność regulowana przepisami nowej ustawy. Przede wszystkim należy rozważyć, czy odpowiedzialność taka powinna być uzależniona od winy. Pojęcie to jest w orzecznictwie i literaturze polskiej rozumiane w sposób odwołujący się do kryteriów subiektywnych. Jak stanowi preambuła dyrektywy (motyw 11), w przypadku gdy państwa członkowskie w prawie krajowym przewidują inne warunki odszkodowania, np. winę, powinny mieć możliwość zachowania takich warunków, o ile są one zgodne z orzecznictwem TSUE, zasadą skuteczności i zasadą

równoważności oraz z niniejszą dyrektywą. W tym zakresie istnieje możliwość, że uzależnienie odpowiedzialności od subiektywnie rozumianej winy byłoby następnie przedmiotem oceny przez TSUE, której wynik trudno przewidzieć, zwłaszcza gdyby inne państwa członkowskie nie stosowały tej przesłanki lub posługiwały się nią, ale w ścisłym obiektywnym znaczeniu. Przyjęcie modelu odpowiedzialności na zasadzie bezprawności (bazując wyłącznie na przesłance sprzeczności czynu z prawem konkurencji) będzie w znacznie lepszym stopniu odpowiadało celowi tejże odpowiedzialności.

Niewątpliwie można równocześnie rozważyć wprowadzenie do projektowanej ustawy okoliczności wyłączających odpowiedzialność w przypadku, gdy działanie naruszające reguły konkurencji było podjęte w wykonaniu obowiązku prawnego albo w wykonaniu szczególnego uprawnienia ustawowego.

6.2. Przedawnienie roszczeń

Rozwiązanie przyjmowane w przedmiotowej dyrektywie odnoszące się do kwestii przedawnienia roszczeń mają w swoim założeniu zapewniać poszkodowanym w wyniku naruszenia prawa konkurencji skuteczne warunki dla wystąpienia z roszczeniami o naprawienie szkody (por. motyw 4 dyrektywy). Dyrektywa zakłada również konieczność ujednolicenia reguł, według których poszkodowani dochodzą odszkodowania we wszystkich państwach członkowskich UE (por. motyw 6 dyrektywy).

W motywie 36 Dyrektywy 2014/104 wskazuje się, że przepisy krajowe regulujące początek, długość, zawieszenie lub przerwanie biegu terminu przedawnienia nie powinny nadmiernie utrudniać wytaczania powództwa o odszkodowanie. Ma to szczególne znaczenie w odniesieniu do powództw opartych na stwierdzeniu naruszenia przez organ ochrony konkurencji lub sąd odwoławczy. W tym celu, po przeprowadzeniu postępowania przez organ ochrony konkurencji powinno być możliwe wytoczenie powództwa o odszkodowanie w celu wyegzekwowania krajowego i unijnego prawa konkurencji. Wskazuje się, że bieg terminu przedawnienia nie powinien się rozpoczynać, zanim naruszenie nie ustanie, ani zanim powód nie dowie się, lub zanim nie będzie można od niego zasadnie oczekiwać wiedzy o działaniu stanowiącym naruszenie, o tym, że naruszenie wyrządziło powodowi szkodę, oraz o tożsamości sprawcy naruszenia.

Artykuł 10 dyrektywy dotyczy przedawnienia roszczeń i zobowiązuje państwa członkowskie do unormowania przedawnienia roszczeń odszkodowawczych powstających w razie naruszenia prawa konkurencji w taki sposób, by:

- 1) bieg terminu nie rozpoczynał się dopóki trwa naruszenie;
- 2) bieg terminu nie rozpoczynał się dopóki poszkodowany nie wie albo nie można od niego rozsądnie wymagać wiedzy o: działaniu sprawcy i o tym, że stanowi ono naruszenie prawa konkurencji, wyrządzeniu szkody oraz tożsamości sprawcy;

3) termin przedawnienia wynosił co najmniej 5 lat;

4) termin przedawnienia ulegał zawieszeniu albo przerwaniu, gdy organ ochrony konkurencji podejmie działania w celu wyjaśnienia albo postępowanie dotyczące naruszenia prawa konkurencji, z którego wynika szkoda; zawieszenie ustaje nie wcześniej niż rok po uzyskaniu przez orzeczenie stwierdzające naruszenie statusu ostatecznego rozstrzygnięcia albo po zakończeniu postępowania w inny sposób.

Z kolei, art. 18 ust. 1 dyrektywy wymaga, by termin przedawnienia ulegał zawieszeniu na czas trwania jakiejkolwiek procedury pozasądowego rozwiązywania sporów (ang. *consensual dispute resolution process*) prowadzonej z udziałem stron, których termin ten dotyczy.

W prawie polskim przedawnienie roszczeń deliktowych o naprawienie szkody innej niż szkoda na osobie regulowane jest przez art. 442¹ § 1 i 2 KC. Jednakże niewątpliwie, **zachodzi konieczność uregulowania kwestii przedawnienia roszczeń w samej nowoprojektowanej ustawie**. Przede wszystkim, sprzeczna z regulacjami dyrektywy wydaje się treść art. 442¹ § 1 KC zdanie drugie. W zdaniu trzecim cytowanego już częściowo motywu 36 przedmiotowej dyrektywy wskazuje się jednocześnie, że państwa członkowskie powinny mieć możliwość zachowania lub wprowadzenia bezwzględnych terminów przedawnienia mających powszechne zastosowanie, pod warunkiem że długość takich bezwzględnych terminów nie czyni korzystania z prawa do pełnego odszkodowania praktycznie niewykonalnym lub nadmiernie trudnym. Wydaje się, że bezwzględny kodeksowy termin 10-letni może w tym przypadku być terminem zbyt krótkim. Za niezgodną z treścią dyrektywy uznać należy również kodeksową regulację początku biegu przedawnienia.

Słusznie zauważają projektodawcy założeń, że transpozycji przepisów Dyrektywy 2014/104 dotyczących przedawnienia należy dokonać dwutorowo, częściowo w planowanej ustawie szczególnej, a częściowo w Kodeksie cywilnym. Dwie spośród kwestii normowanych przez ww. dyrektywę (tj. wpływ procedur pozasądowego rozwiązywania sporów na bieg przedawnienia oraz uwzględnienie staranności poszkodowanego w ustalaniu istnienia roszczenia) mają znaczenie ogólne, a ich rozstrzygnięcie w dyrektywie odpowiada pożądanemu kierunkowi rozwoju instytucji przedawnienia w prawie cywilnym. Pozostałe zagadnienia albo związane są głównie ze specyfiką roszczeń regulowanych ww. dyrektywą (znaczenie postępowania administracyjnego dla biegu przedawnienia, przedawnienie roszczeń z czynów ciągłych), albo sposób ich rozstrzygnięcia w dyrektywie nie jest zgodny z utrwalonym i niebudzącym zastrzeżeń stanowiskiem prawa polskiego (długość względnego terminu przedawnienia).

W sposób trafny zauważa się w projekcie założeń, że w Kodeksie cywilnym powinno się dokonać dwóch zmian: w przepisach ogólnych o przedawnieniu roszczeń

a) należy rozstrzygnąć, że jeżeli strony wszczęły procedurę pozasądowego rozwiązania sporu dotyczącą roszczenia, bieg terminu jego przedawnienia ulega

zawieszeniu na czas trwania tego postępowania; termin nie może upłynąć wcześniej niż po trzech miesiącach od zakończenia tego postępowania;

b) w przepisie o przedawnieniu roszczeń deliktowych (art. 442¹ § 1 KC) należy rozstrzygnąć, że na równi z wiedzą o szkodzie i osobie zobowiązanej do jej naprawienia traktuje się powinność takiej wiedzy, ocenianą jednak nie według ściśle zobiektywizowanego kryterium należytej staranności, ale przy uwzględnieniu właściwości osobistych poszkodowanego.

Ustawa szczególna dotycząca odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez naruszenie prawa konkurencji powinna natomiast w zakresie przedawnienia odsyłać do art. 442¹ KC z tym zastrzeżeniem, że termin *a tempore scientiae* wynosiłby 5 lat, czego wymaga art. 10 ust. 3 dyrektywy oraz że termin przedawnienia nie rozpoczynałby biegu, dopóki trwa stan naruszenia prawa konkurencji. Ponadto w projektowanej ustawie należy unormować wstrzymanie rozpoczęcia, bądź zawieszenie biegu przedawnienia roszczeń przez czas od wszczęcia do ostatecznego zakończenia postępowania prowadzonego przez organ ochrony konkurencji lub sąd ochrony konkurencji i konsumentów co do czynu, który wyrządził szkodę.

6.3. Odpowiedzialność solidarna podmiotów naruszających prawo konkurencji

Instytucja solidarnej odpowiedzialności znana jest oczywiście polskiemu prawu cywilnemu - por. art. 441 KC. Zgodnie z § 1 tegoż przepisu, jeżeli kilka osób ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym, to ich odpowiedzialność jest solidarna. Istotą powstania tej odpowiedzialności jest wspólne działanie lub zaniechanie osób wyrządzających szkodę, które doprowadzają tym samym do wyrządzenia szkody. Jej zasady, tożsame z określonymi w art. 11 ust. 1 zd. 2 Dyrektywy 2014/104 stanowi art. 366 § 1 KC. Reguły te znajdują zastosowanie także do szkód antymonopolowych co oznacza, iż na płaszczyźnie zarówno powstania, jak i zasad odpowiedzialności nie wydaje się konieczne wprowadzanie szczególnych regulacji, jako transpozycji przedmiotowej dyrektywy.

Szczegółowe rozwiązania zawarte w kolejnych ustępach art. 11 dyrektywy wymagają jednakże przeniesienia do projektowanej ustawy. Dotyczy to kilku obszarów, w tym odniesienia do szczególnych zasad odpowiedzialności solidarnej przewidzianych w art. 11 ust. 2 do 6 Dyrektywy 2014/104. Dotyczy to w szczególności zróżnicowania pozycji prawnej małych i średnich przedsiębiorców oraz pozostałych przedsiębiorców, a także ograniczenia (za pomocą konstrukcji subsydiarności) odpowiedzialności przedsiębiorców zwolnionych z kary w ramach programu łagodzenia kar. Zgodnie z art. 11 ust. 2 Dyrektywy, przedsiębiorcy należący do tej kategorii będący sprawcami naruszenia, będą ponosili odpowiedzialność wyłącznie wobec własnych nabywców bezpośrednich i pośrednich, jeżeli spełnione zostaną łącznie dwa warunki. Udział przedsiębiorcy w rynku wynosił będzie w każdym momencie naruszenia nie więcej niż

5% oraz zastosowanie zasad odpowiedzialności wskazanych w ust. 1 groziłoby nieodwracalnie efektywności ekonomicznej i skutkowałoby całkowitą utratą wartości aktywów takiego przedsiębiorstwa.

Inne wymagające implementacji odstępstwa od solidarnej odpowiedzialności naruszcycieli przewiduje art. 11 ust. 4 Dyrektywy 2014/104, dla podmiotu, który zostanie zwolniony z kary przez organ antymonopolowy. W takim przypadku, podmiot ten będzie odpowiadał solidarnie wobec swoich nabywców lub dostawców (bezpośrednich i pośrednich) oraz wobec innych poszkodowanych, jednak wyłącznie wtedy, gdy nie można uzyskać pełnego odszkodowania od innych przedsiębiorstw, które brały udział w tym samym naruszeniu prawa konkurencji. Przepisy implementujące te postanowienia przedmiotowej dyrektywy wprowadzą do prawa krajowego swoistą odpowiedzialność warunkową naruszcyciela. Podmiot zwolniony z kary będzie zatem zasadniczo wolny także od odpowiedzialności cywilnoprawnej tak długo, jak długo poszkodowany będzie miał możliwość uzyskania odszkodowania od innych podmiotów uczestniczących w naruszeniu. Jeżeli jednak taka możliwość ustanie, w takim zakresie odpowiedzialność ponosił będzie także podmiot zwolniony od kary.

Poprzeć należy stanowisko projektodawcy, że w odniesieniu do roszczeń regresowych nie wydaje się konieczne uszczegółowienie w ustawie transponującej dyrektywę użytego w dyrektywie pojęcia „względnej odpowiedzialności” poszczególnych sprawców za szkodę. Musiałoby ono polegać na określeniu kryteriów przypisania tej odpowiedzialności poszczególnym współsprawcom. Właściwym rozwiązaniem byłoby wówczas przyjęcie jako zasady równego udziału w wyrządzeniu szkody i upoważnienie sądu do odmiennego określenia rozmiaru roszczeń regresowych ze względu na rzeczywisty udział sprawcy poszczególnych zobowiązanych albo ich udziały w rynku. Na takie rozstrzygnięcie pozwala jednak obowiązujący obecnie art. 441 § 2 KC i wystarczające będzie odesłanie do tego przepisu.

Konieczne stanie się również modyfikacja zasad odpowiedzialności solidarnej mająca na celu transpozycję art. 11 ust. 5 przedmiotowej dyrektywy w odniesieniu do roszczeń regresowych pomiędzy dłużnikami solidarnymi.

6.4. Przerzucanie nadmiernych obciążeń

Zgodnie z art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/104, celem stworzenia pełnej możliwości ubiegania się o odszkodowanie, państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić, by odszkodowania z tytułu szkody mógł dochodzić każdy, kto ją poniósł, bez względu na to, czy jest nabywcą bezpośrednim czy pośrednim od sprawcy, oraz by nie dochodziło do sytuacji, w której odszkodowanie z tytułu szkody przewyższa wyrządzoną powodowi szkodę wynikającą z naruszenia prawa konkurencji, oraz do sytuacji, w której sprawca naruszenia nie poniesie odpowiedzialności.

W związku z tym art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/104 obejmuje kręgiem uprawnionych do odszkodowania również nabywców pośrednich sprawcy naruszenia. Mając na uwadze, że w ustawie szczególnej zostanie wprowadzony przepis wyrażający obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej komukolwiek przez naruszenie prawa konkurencji (por. pkt V. 1 założeń do ustawy), nie będzie budziło wątpliwości, iż osobami uprawnionymi do odszkodowania są również tzw. pośrednio poszkodowani.

Wprawdzie Dyrektywa w art. 12 ust. 1 wskazuje na przepisy proceduralne, które mają prowadzić do unikania nadwyżki odszkodowania, jednak wydaje się (co znajduje odzwierciedlenie w dalszych postanowieniach Dyrektywy 2014/104), że ta kwestia jest bliższa raczej prawu materialnemu. W szczególności, dotyczy to szkody, jako przesłanki odpowiedzialności oraz ustalenia zakresu tej odpowiedzialności zgodnie z art. 361 § 2 KC. Dyrektywa poświęca znaczną ilość miejsca kwestii przerzucania nadmiernego obciążenia i konieczności odpowiedniego obniżenia odszkodowania z tego tytułu. Samo przerzucenie nadmiernego obciążenia polega w istocie na tym, iż nabywca bezpośredni przenosi poniesione nadmierne obciążenie wynikające z naruszenia prawa konkurencji (np. z umowy cenowej), na swojego nabywcę, który jest nabywcą pośrednim w stosunku do naruszydca. To oznacza, iż poszkodowany umniejsza swoją szkodę przez uzyskanie korzyści, która wykazuje związek z działaniem lub zaniechaniem wyrządzającym szkodę. W konsekwencji, w wyniku jednego zdarzenia poszkodowany zarówno doznał uszczerbku, jak i się wzbogacił. Jest to zasadniczo zbliżone do obowiązującej w prawie polskim zasady *compensatio lucri cum damno*, pozwalającej na miarkowanie odszkodowania.

Również przepisy art. 12 ust. 2 - 4 Dyrektywy 2014/104 nie wymagają także transpozycji, gdyż we wskazanych w nich przypadkach zastosowanie znajdzie art. 361 § 2 KC, który wyznacza zakres obowiązku odszkodowawczego zgodnie z przepisami tejże dyrektywy.

Dyrektywa, przenosząc na grunt prawa procesowego postanowienia dotyczące nadmiernego obciążenia w art. 13 nakazuje, aby w przepisach prawa krajowego pojawiła się możliwość podniesienia przez pozwanego zarzutu przeniesienia nadmiernego obciążenia. Zgodnie z art. 13 Dyrektywy 2014/104, państwa członkowskie zapewniają, by pozwany w postępowaniu o odszkodowanie mógł podnieść przeciwko roszczeniu odszkodowawczemu argument przerzucenia przez powoda całości lub części nadmiernych obciążeń wynikających z naruszenia prawa konkurencji. Ciężar dowodu, że nadmierne obciążenie zostało przerzucone, spoczywa na pozwanym, który może zasadnie domagać się ujawnienia dowodów przez powoda lub osoby trzecie. Przepis art. 13 przedmiotowej dyrektywy również nie wymaga transpozycji. Ciężar dowodu, iż poszkodowany przerzucił swoje obciążenia na innych kontrahentów z łańcucha dostaw, zmniejszając w ten sposób rozmiar poniesionej szkody, ciążyć będzie zgodnie z art. 6 KC na pozwanym, który dopuścił się naruszenia prawa konkurencji. Fakt przeniesienia nadmiernego obciążenia jest bowiem ściśle związany z ustaleniem istnienia szkody i jej rozmiaru. Podobnie wskazana tam reguła rozkładu ciężaru dowodu jest zbieżna z

wynikającą z art. 6 KC oraz 232 KPC. Skoro pozwany będzie powoływał się na fakt przeniesienia przez powoda nadmiernego obciążenia, to zgodnie z ogólną regułą rozkładu ciężaru dowodu, to właśnie na pozwanym będzie spoczywał ciężar udowodnienia tego faktu, z którego wywodzi skutki prawne. Ciężar udowodnienia faktu spoczywa bowiem na osobie, z której wywodzi ona skutki prawne (art. 6 KC). Podobnie, strony są zobowiązane wykazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 232 zd. 1 KPC).

Z kolei, przepis art. 14 Dyrektywy 2014/104 dotyczy sytuacji, w których powodem jest nabywca pośredni sprawcy naruszenia. Zgodnie z tym przepisem na nabywcy pośrednim spoczywa ciężar dowodu, że nabywca bezpośredni przerzucił na niego nadmierne obciążenie oraz rozmiaru poniesionej w wyniku tego zdarzenia szkody, który zależy od tego, czy nadmierne obciążenie zostało przerzucone w całości czy w części. Ustęp drugi art. 14 dyrektywy służy ułatwieniu sytuacji dowodowej powoda, który jest nabywcą pośrednim w stosunku do sprawcy naruszenia. Jak się wydaje, również w przypadku tegoż przepisu nie będzie potrzeby tworzenia przepisów stanowiących odrębną transpozycję ww. rozwiązań zawartych w dyrektywie. Fakt przeniesienia nadmiernego obciążenia jest bowiem ściśle związany z ustaleniem istnienia szkody i jej rozmiaru. Podobnie wskazana tam reguła rozkładu ciężaru dowodu jest zbieżna z wynikającą z art. 6 KC oraz 232 KPC. Skoro pozwany będzie powoływał się na fakt przeniesienia przez powoda nadmiernego obciążenia, to zgodnie z ogólną regułą rozkładu ciężaru dowodu, to właśnie na pozwanym będzie spoczywał ciężar udowodnienia tego faktu, z którego wywodzi skutki prawne. Ciężar udowodnienia faktu spoczywa bowiem na osobie, z której wywodzi ona skutki prawne (art. 6 KC). Podobnie, strony są zobowiązane wykazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 232 zd. 1 KPC).

6.5. Wpływ ugody na późniejsze powództwo odszkodowawcze (art. 19 dyrektywy 2014/104)

Przepisy dotyczące sposobu ustalania wysokości odszkodowania, tym razem w aspekcie zawartej przez naruszcziela ugody znalazły się także w art. 19 Dyrektywy 2014/104. Przepisy art. 19 przedmiotowej dyrektywy, nakazujące unormowanie skutków ugody zawartej przez poszkodowanego z jednym z dłużników w taki sposób, by:

- a) roszczenie poszkodowanego wobec dłużników niezawierających ugody zmniejszyło się o sumę proporcjonalną do względnego udziału dłużnika zawierającego ugode w wyrządzeniu szkody, z zastrzeżeniem pełnej odpowiedzialności subsydiarnej dłużników niezawierających ugody;
- b) na ustępstwa poczynione przez poszkodowanego dłużnik zawierający ugode mógł powołać się także w rozliczeniach regresowych ze współdłużnikami;

odbiegają od regulacji odpowiedzialności solidarnej zawartej w art. 366 i nast. KC i wymagają wprowadzenia do prawa polskiego za pomocą odpowiednich przepisów w planowanej ustawie szczególnej. Jeżeli zatem dojdzie do zawarcia ugody, to zgodnie z art. 19 ust. 1 Dyrektywy 2014/104, odszkodowanie należne poszkodowanemu powinno zostać pomniejszone o tę część szkody, jaką sprawca zapłacił w wyniku zawartej ugody.

Co więcej, zgodnie z ust. 2 tegoż artykułu, pozostałej części roszczenia można dochodzić wyłącznie od pozostałych sprawców szkody z wyłączeniem podmiotu zawierającego ugode. Jeżeli jednak nie będzie możliwe uzyskanie spłaty pozostałej części odszkodowania od innych sprawców szkody, to ponownie poszkodowany będzie mógł dochodzić tej części od podmiotu zawierającego ugode. Tę możliwość strony mogą jednak wyłączyć w drodze postanowienia zawartego w ugodzie (art. 19 ust. 3 Dyrektywy 2014/104), co czyni skłonność do zawarcia ugody po stronie naruszcyciela bardziej realistyczną. W końcu zgodnie z art. 19 ust. 4 Dyrektywy 2014/104 sądy powinny przy ustalaniu wysokości odszkodowania uwzględniać wszelkie odszkodowania wypłacone wcześniej na mocy ugody zawartej z udziałem danego sprawcy naruszenia. Sama implementacja powyższych zasad, czyli sformułowanie odpowiednich przepisów i wprowadzenie ich do porządku krajowego wydaje się możliwe. Jednak istotne trudności mogą pojawić się na etapie stosowania tych nie do końca przejrzystych, a z pewnością dość skomplikowanych zasad. Po pierwsze, można powiedzieć, iż zgodnie z przywołaną już w wcześniej zasadą sąd w każdym przypadku – jeżeli oczywiście pozwany podniesie taką okoliczność – powinien umniejszyć odszkodowania o kwoty wypłacone na pokrycie szkody z innych tytułów, w tym również zawartych uгод. Będzie to zgodne z zasadą pełnego odszkodowania, które nie może jednak przewyższyć uszczerbku doznanego przez poszkodowanego. Znaczenie jednak mogą mieć przepisy dotyczące ograniczenia odpowiedzialności zawierającego ugode. Te z pewnością powinny być wprowadzone, co pozwoli na większą skłonność do zawierania uгод na drodze polubownego rozwiązywania sporów.

W projektowanej ustawie należy też rozstrzygnąć, że regulacja ta odnosi się również do uгод sądowych i zawartych w postępowaniu pojednawczym (art. 184 i nast. KPC). Dosłowne odczytanie dyrektywy (art. 19 w zw. z art. 2 pkt 21 i 22) mogłoby uzasadniać negatywną odpowiedź na to pytanie, takie rozstrzygnięcie nie ma jednak przekonującego uzasadnienia funkcjonalnego.

6.6. Ustalanie wysokości szkody (art. 17 ust. 2 dyrektywy 2014/104)

W związku z tym że ustalenie wysokości szkody antymonopolowej w postępowaniu z powództwa prywatnego należy do jednych z najbardziej skomplikowanych zagadnień na gruncie prywatnoprawnego wdrażania reguł konkurencji, przedmiotowa dyrektywa ma na celu przyczynienie się do rozwoju tej drogi musiała się odnieść także do tego zagadnienia.

Zgodnie z art. 17 ust 1 przedmiotowej dyrektywy, państwa członkowskie powinny zapewnić, aby korzystanie z prawa do odszkodowania nie stało się praktycznie niewykonalne, ani nadmiernie trudne ze względu na ciężar i charakter dowodu wymaganego do ustalenia wysokości szkody. Państwa członkowskie powinny również zapewnić, aby sądy krajowe były uprawnione — zgodnie z procedurami krajowymi — do oszacowania wysokości szkody, jeżeli stwierdzono, że powód poniósł szkodę, ale dokładne ustalenie wysokości tej szkody na podstawie dostępnych dowodów jest praktycznie niewykonalne lub nadmiernie trudne. Art. 17 ust. 1 przedmiotowej dyrektywy wymaga więc jedynie, aby sąd miał możliwość oszacowania wysokości szkody na wypadek, gdyby dokładne ustalenie jej wysokości było praktycznie niewykonalne lub nadmiernie trudne. W tym zakresie KPC realizuje ten postulat w art. 322 KPC, który przyznaje sądowi prawo do zasądzenia odpowiedniej sumy według swej oceny na wypadek, gdyby udowodnienie wysokości żądania było niemożliwe lub nader utrudnione. Takie uprawnienie sądu wydaje się w pełni realizować postanowienia dyrektywy co powoduje, iż brak jest konieczności odrębnej transpozycji takich rozwiązań.

Przepisy dotyczące ustalania wysokości szkody nie tylko nakazują państwom członkowskim dopuszczenie oszacowania rozmiaru szkody, którego udowodnienie jest nadmiernie utrudnione, ale wymagają także wprowadzenia wzruszalnego domniemania „że naruszenia kartelowe wyrządzają szkodę”. Wynika to z art. 17 ust. 2 przedmiotowej dyrektywy. Należy jednak wyraźnie stwierdzić, że transpozycja tego domniemania może być problematyczna ze względu na jego nieprecyzyjne ujęcie w samej dyrektywie. Sformułowanie dyrektywy może bowiem być rozumiane zarówno jako domniemanie pewnej właściwości karteli polegającej na zdolności do wyrządzania szkód, jak i jako bardziej szczegółowe domniemanie istnienia szkody i związku przyczynowego pomiędzy nią, a naruszeniem prawa konkurencji mającym postać kartelu.

W tym drugim ujęciu – które zapewne mieli na myśli autorzy dyrektywy – należy jednak rozważyć - popierając stanowisko projektodawcy założeń do ustawy - dookreślenie podmiotowego zakresu stosowania domniemania. Może się to na przykład odbyć poprzez przyjęcie, że w razie stwierdzenia istnienia kartelu domniemywa się wywołanie przezeń szkód u podmiotów występujących w jednym łańcuchu transakcji z członkami tego kartelu. Taka konstrukcja oznaczałaby, że w celu uaktywnienia domniemania poniesienia szkody powód musiałby wykazać, że zbywał czy nabywał towary, bądź usługi bezpośrednio lub pośrednio od uczestnika kartelu. Brak takiego zawężenia przesłanki domniemania powodowałby natomiast, że w razie wykazania istnienia kartelu każdy mógłby domagać się naprawienia szkody, a pozwany musiałby wykazać, że ze względu na brak powiązania gospodarczego pomiędzy nim a powodem poniesienie szkody nie jest możliwe. Byłoby to bardzo daleko idące wymaganie dowodowe.

W obu wariantach przepis ustanawiający domniemanie powinien zostać zamieszczony w projektowanej ustawie szczególnej. Domniemanie takie byłoby wzruszalne, co wynika z ogólnej zasady przewidzianej w art. 234 KPC.

Z kolei, zgodnie z art. 17 ust. 3 przedmiotowej dyrektywy, państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić, aby w postępowaniu o odszkodowanie krajowy organ ochrony konkurencji mógł - na wniosek sądu krajowego, - udzielić pomocy temu sądowi krajowemu w ustaleniu wysokości szkody, jeżeli krajowy organ ochrony konkurencji uzna to za stosowne. Wydaje się więc konieczne umieszczenie w tym zakresie właściwych przepisów w projektowanej ustawie szczególnej.

6.7. Stosunek przyszłej ustawy do kodeksu postępowania cywilnego

Przepisy ustawy będą miały **charakter modyfikujący** ogólny reżim procesowy przewidziany w Kodeksie postępowania cywilnego. Co oczywiste, w zakresie nieunormowanym w sposób szczególny w przyszłej ustawie, sprawy o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji, jako sprawy cywilne w znaczeniu materialnym, będą rozpoznawane według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (art. 1 KPC). Szczególny przepis w tej mierze jest zbędny.

6.7.1. Tryb postępowania, właściwość sądu

Sprawy objęte przedmiotowym zakresem projektowanej ustawy będą rozpoznawane w trybie procesu cywilnego, według przepisów ogólnych o procesie, **co odpowiada ich charakterowi i kontrydiktoryjnej strukturze**. W związku z ogólną regułą kolizyjną wyrażoną w art. 13 § 1 KPC szczególny przepis w tym zakresie nie wydaje się konieczny.

Projektodawcy proponują, aby sprawy o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji **powierzyć właściwości sądów okręgowych** bez względu na wartość przedmiotu sporu. Przemawia za tym wysoki stopień skomplikowania tych spraw, zwłaszcza w sytuacji, w której wytoczenie powództwa nie jest poprzedzone decyzją organu ochrony konkurencji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, ich związek z publicznoprawnym trybem realizacji prawa konkurencji, a także występujące w nich rozwiązania dowodowe, stanowiące novum w polskim postępowaniu cywilnym. Ponadto, ze względu na łączność projektowanej ustawy z problematyką zwalczania nieuczciwej konkurencji, rozwiązanie takie koresponduje z właściwością rzeczową sądów okręgowych w sprawach o zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji (art. 17 pkt 43 KPC). Należy zgodzić się z zaproponowanymi przez projektodawców założeniami do nowej ustawy propozycjami w tym względzie

Jeśli chodzi o właściwość miejscową sądu, w celu realizacji art. 15 dyrektywy oraz przeciwdziałania kolidującym orzeczeniom **należy** – niezależnie od innych rozwiązań procesowych – **ustanowić dodatkową podstawę właściwości miejscowej przemiennej**, która będzie uprawniać do wytoczenia powództwa przed sądem, przed którym toczy się już sprawa o naprawienie szkody wynikającej z tego samego naruszenia prawa konkurencji. Właściwość ta funkcjonować będzie równolegle z wynikającym z art. 43 KPC prawem powoda do wyboru jednego z kilku konkurujących sądów w razie wytoczenia powództwa przeciwko kilku osobom, dla których według przepisów o właściwości ogólnej właściwe są różne sądy.

6.7.2. Wyjawienie środków dowodowych (art. 5-6 dyrektywy)

Jedną z podstawowych trudności w dochodzeniu roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji jest dostęp do środków dowodowych, które pozwoliłyby wykazać powodowi przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej. Dyrektywa zawiera rozbudowaną regulację, której celem jest ułatwienie dostępu do tych środków (art. 5-6 przedmiotowej dyrektywy). Transpozycja tych rozwiązań powinna nastąpić przez wprowadzenie w ustawie przepisów umożliwiających sądowi, na wniosek powoda, który uprawdopodobni swoje roszczenie, **nakazanie pozwanemu lub osobie trzeciej wyjawienie środków dowodowych, które znajdują się w jego dyspozycji, w szczególności dokumentów, niezależnie od ich postaci**. Wyjawienia będzie mógł żądać również pozwany (art. 5 ust. 1 dyrektywy). W projektowanej ustawie wnioskodawca powinien zostać zobowiązany **do możliwie precyzyjnego określenia środków dowodowych**, których dotyczy wnioski, przez podanie – w przypadku dokumentów – ich przedmiotu, przedziału czasowego, w jakim zostały sporządzone, względnie innych cech, oraz uprawdopodobnienia roszczenia. Rozważyć należy również zobowiązanie wnioskodawcy do złożenia oświadczenia co do sposobu wykorzystania informacji uzyskanych na podstawie wyjawionych środków dowodowych. Sąd, oceniając zasadność wniosku, będzie brał pod uwagę okoliczności wskazane w art. 5 ust. 3 dyrektywy. Niezależnie od tego, odmowa uwzględnienia wniosku w całości lub w części powinna nastąpić wówczas, gdy roszczenie nie zostało uprawdopodobnione, środki dowodowe nie są dostatecznie wyspecyfikowane lub gdy zachodzi uzasadniona obawa, że zostaną one wykorzystane w innym celu aniżeli dochodzenie roszczenia o naprawienie szkody.

Należy nadmienić w tym miejscu, że w szczególny sposób dyrektywa podchodzi do wyjawiania środków dowodowych, które znajdują się w aktach postępowań prowadzonych przez organy ochrony konkurencji (art. 6 przedmiotowej dyrektywy). W przyszłej ustawie należałoby przesądzić, że nakaz wyjawienia dowodów kierowany do organu ochrony konkurencji dopuszczalny jest tylko wówczas, gdy strona przeciwna lub osoba trzecia nie może przedłożyć dowodów, których wyjawienia domaga się wnioskodawca (art. 6 ust. 10 dyrektywy). Do ustawy powinny zostać recypowane także

dotatkowe przesłanki, jakimi powinien kierować się sąd oceniając zasadność wniosku w tym przypadku (art. 6 ust. 4 dyrektywy). Należy również wyłączyć możliwość nakazania wyjawienia dokumentów, o których mowa w art. 6 ust. 6 dyrektywy (tzw. czarna lista), oraz ograniczyć możliwość nakazania wyjawienia dokumentów wskazanych w art. 6 ust. 5 dyrektywy (z punktu widzenia prawa polskiego będą to, przykładowo, dokumenty obejmujące przedstawienie zarzutów przez Prezesa UOKiK potencjalnym naruszcycielom, odpowiedź na zarzuty lub odpowiedź na wezwanie do udzielenia informacji). W sytuacji, w której wyjawiane środki dowodowe obejmują informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa lub inną tajemnicę podlegającą ochronie prawnej (art. 5 ust. 4 dyrektywy) w ustawie należy przewidzieć rozwiązania pozwalające sądowi na ochronę takich informacji. Sąd powinien posiadać w tym przypadku, przykładowo, możliwość ograniczenia zakresu udostępnianych informacji oraz określenia szczególnych technicznych zasad zapoznawania się z nimi przez wnioskodawcę (por. art. 479³³ § 2a i § 3 KPC).

Wniosek o wyjawienie środków dowodowych może być złożony wraz z pozwem lub w toku postępowania, bez uszczerbku dla reguł koncentracji materiału procesowego (art. 207 i art. 217 KPC). O zasadności wniosku sąd powinien rozstrzygać w drodze postanowienia, które może zostać wydane na posiedzeniu niejawnym. Osobie, przeciwko której kieruje się wniosek, należy zapewnić wysłuchanie przed wydaniem postanowienia (art. 6 ust. 7 przedmiotowej dyrektywy). Sądowi należy przyznać uprawnienie do określenia w treści postanowienia uwzględniającego wniosek, w razie potrzeby, zasad korzystania z wyjawionych środków dowodowych i zawartych w nich informacji. W celu przeciwdziałania nadużywaniu wprowadzanego mechanizmu, należy przewidzieć sankcje w sytuacji, w której wniosek o wyjawienie zostałby złożony w złej wierze. Postanowienie sądu I instancji w przedmiocie wyjawienia powinno być zaskarżalne zażaleniem; sąd powinien uzyskać także możliwość zmiany lub uchylecia postanowienia o wyjawieniu w razie zmiany okoliczności sprawy (por. art. 742 KPC).

6.7.3. Zakazy dowodowe i sankcje (art. 7-8 dyrektywy)

Przepis art. 7 dyrektywy stanowi dopełnienie ograniczeń w dostępie do środków dowodowych znajdujących się w aktach postępowań prowadzonych przez organ ochrony konkurencji. Jego implementacja powinna nastąpić przez wprowadzenie w ustawie szczególnej wyraźnych zakazów dowodowych odpowiadających treści art. 7 ust. 1-3 przedmiotowej dyrektywy. I takie założenie słusznie przyjmuje projektodawca.

6.7.4. Związanie sądu decyzją organu ochrony konkurencji i wyrokiem sądu (art. 9 dyrektywy)

Ogólne stanowisko zakładające prejudycjalne oddziaływanie decyzji Prezesa UOKiK w postępowaniu cywilnym wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 23 lipca 2008

r., III CZP 52/08¹⁴. Za właściwe należy jednak uznać wyraźne transponowanie art. 9 ust. 1 dyrektywy do projektowanej ustawy, mając na względzie, że według intencji prawodawcy unijnego, wywodzonej z analizy obecnych rozwiązań zawartych w niektórych porządkach prawnych państw unijnych, zakres związania sądu decyzją organu ochrony konkurencji w świetle tego przepisu odbiega od przyjętych w polskim piśmiennictwie i judykaturze zasad rządzących skutkami decyzji administracyjnych w postępowaniu cywilnym.

Potrzeba implementacji nie dotyczy natomiast art. 9 ust. 2 dyrektywy. W obecnym stanie prawnym sąd może na podstawie art. 231 KPC uznać fakt stwierdzenia naruszenia prawa konkurencji przez zagraniczny organ ochrony konkurencji za podstawę domniemania faktycznego co do faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy o naprawienie szkody. Ponadto, zgodnie z art. 1138 zd. 1 KPC zagraniczne dokumenty urzędowe mają moc równą polskim dokumentom urzędowym.

6.8. Wyjawienie środków dowodowych będących w posiadaniu organu ochrony konkurencji (art. 6 dyrektywy)

Konieczne zmiany w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów wiążą się z przewidzianymi w dyrektywie zasadami wyjawiania środków dowodowych znajdujących się w aktach postępowań prowadzonych przez organy ochrony konkurencji dla potrzeb postępowań objętych zakresem przyszłej ustawy (art. 6 dyrektywy).

Różnice między standardem stanowiącym cel harmonizacji, a obecnym stanem prawnym nie dotyczą wyłącznie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, lecz także ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z obowiązującym art. 73 ust. 1 u.o.k.k. informacje uzyskane w toku postępowania przed Prezesem UOKiK nie mogą być wykorzystane w innych postępowaniach prowadzonych na podstawie odrębnych przepisów, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ust. 2-4, przy czym wśród wyjątków tych nie ma postępowań sądowych o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Przepis art. 89a) ust. 12 u.o.k.k. stanowi natomiast, że w przypadku odstąpienia przez Prezesa UOKiK od stosowania procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej lub odstąpienia strony od uczestnictwa w tej procedurze, wszelkie informacje i dowody uzyskane przez Prezesa UOKiK w związku z zastosowaniem tej procedury, mające charakter oświadczenia strony uczestniczącej w tej procedurze, nie mogą być wykorzystane jako dowód w prowadzonym postępowaniu, w innych postępowaniach prowadzonych przez Prezesa UOKiK oraz w postępowaniach

¹⁴ OSNC 2009, Nr 7-8, poz. 107.

prowadzonych na podstawie odrębnych przepisów, w tym w postępowaniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji.

Zgodzić należy się z projektodawcami, że transpozycja ww. rozwiązań z dyrektywy nastąpić powinna poprzez dodanie w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 73 ust. 2 nowego punktu 6, który będzie ustanawiał kolejny wyjątek od ogólnego zakazu wykorzystywania w innych postępowaniach informacji uzyskanych w toku postępowania przed Prezesem UOKiK (art. 73 ust. 1 u.o.k.k.). Wyjątek ten będzie dotyczył postępowania cywilnego w sprawach objętych zakresem zastosowania ustawy implementującej.

W związku z objęciem tymczasową ochroną przed wyjawieniem wycofanych propozycji ugodowych (art. 6 ust. 6 lit. b dyrektywy) konieczna jest również nowelizacja przepisu art. 89a u.o.k.i.k. w ten sposób, aby dopuszczalne było ujawnienie w postępowaniu o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji, po zakończeniu postępowania przez Prezesa UOKiK, oświadczenia przedsiębiorcy o dobrowolnym poddaniu się karze w przypadku odstąpienia przez niego od tej procedury.

radca prawny

dr hab. Rafał Stankiewicz

