



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

Implementacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji (2014/104/UE)

Dominik Wolski



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

Implementacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji (2014/104/UE)

Dominik Wolski

Draft Paper.
Please do not quote

Dominik Wolski*

**Implementacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady
w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń
odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji (2014/104/UE)**

Spis treści:

I. Uwagi wprowadzające

II. Główne obszary wdrożenia postanowień Dyrektywy

1. Miejsce transpozycji
2. Prawo materialne
 - a. Szkoda wynikająca z naruszenia reguł konkurencji i jej ustalenie
 - b. Solidarna odpowiedzialność naruszcycieli
 - c. Przedawnienie roszczeń opartych na naruszeniu reguł konkurencji w świetle Dyrektywy
3. Prawo procesowe
 - a. Przerzucanie nadmiernego obciążenia
 - b. Ustalanie wysokości szkody
 - c. Związywanie sądu decyzją organu antymonopolowego
 - d. Polubowne rozstrzygnięcie sporów a bieg postępowania

III. Podsumowanie

Streszczenie:

Przyjęta dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/104/UE¹ (dalej „Dyrektywa”) ma na celu zwiększenie znaczenia prywatnoprawnej drogi dochodzenia roszczeń opartych na naruszeniach reguł konkurencji, w szczególności poprzez wprowadzenie ułatwień w ich dochodzeniu. Kraje członkowskie są zobowiązane do dokonania transpozycji Dyrektywy do

¹* Doktor nauk prawnych, radca prawny, wykładowca na Górnośląskiej Wyższej Szkole Handlowej w Katowicach, autor wielu publikacji m.in. z zakresu prawa cywilnego, prawa prywatnego międzynarodowego, prawa turystycznego, a także prawa ochrony konkurencji, prawa konsumenckiego oraz prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji. E-mail: dominik.wolski@wolski-legal.com.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/104/UE z dnia 26.11.2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (Dz. Urz. UE L 349/1).

krajowych porządków prawnych do dnia 27.12.2016 r. Proces ten będzie obejmował wiele istotnych elementów, jak m.in. związanie sądu krajowego ostateczną decyzją krajowego organu ds. konkurencji, przedawnienie roszczeń, pomoc organu antymonopolowego udzielana sądowi rozpatrującemu sprawę w zakresie ustalania wysokości szkody, wzruszalne domniemanie wyrządzenia szkody w wyniku naruszeń przybierających postać kartelu, solidarna odpowiedzialność naruszcycieli oraz wpływ polubownej drogi rozstrzygania sporów na bieg postępowania. Wprowadzenie wymienionych instytucji w niektórych przypadkach oznaczało będzie znaczącą ingerencję w porządki prawne poszczególnych państw członkowskich. Ponadto, przyszła implementacja obejmie nie tyle przepisy prawa ochrony konkurencji, ale prawo prywatne materialne oraz procedurę cywilną. Niestety w trakcie prac nad Dyrektywą zbyt mało uwagi poświęcono tym obszarom, w szczególności z punktu widzenia możliwości i skutków implementacji postanowień Dyrektywy do prawa krajowego państw członkowskich. Także sam proces konsultacji przebiegał zbyt szybko. Z tego powodu transpozycja nie będzie zadaniem łatwym. W niniejszym artykule omówione zostały najważniejsze zdaniem autora problemy, jakie mogą się pojawić się w tym procesie, a także możliwe rozwiązania w tym zakresie.

I. Uwagi wprowadzające

W dniu 11.06.2013 r. Komisja Europejska (dalej „Komisja”) opublikowała „pakiet” mających na celu ułatwienie i popularyzację prywatnoprawnej drogi dochodzenia roszczeń opartych o naruszenie reguł konkurencji (*private enforcement*). W tamtym czasie losy dokumentów mających na celu zwiększenie znaczenia prywatnoprawnego wdrażania reguł konkurencji nie były do końca przesądzone, podobnie jak losy projektu dyrektywy stanowiącego część pakietu.² Pomimo tego, iż rozwiązania proponowane w projekcie budziły pewne wątpliwości, jednak prace na Dyrektywę uwieńczone zostały jej przyjęciem w stosunkowo krótkim czasie. W konsekwencji państwa członkowskie zobowiązane są do transponowania jej postanowień do krajowych porządków prawnych do dnia 27.12.2016 r.³

O tym, czy proponowane w Dyrektywie rozwiązania przyniosą rzeczywiście skutek w postaci większej ilości roszczeń, a tym samym zwiększenia efektywności prywatnoprawnego wdrażania reguł konkurencji w przestrzeni Unii Europejskiej przekonamy się raczej w ciągu

² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:PL:PDF>. Zob. także A. Piszcz, „Pakiet” Komisji Europejskiej dotyczący powództw o odszkodowania z tytułu naruszenia unijnych reguł konkurencji oraz zbiorowego dochodzenia roszczeń, iKAR 2013, nr 5(2).

³ Zgodnie z art. 21 ust. 1 Dyrektywy.

kolejnych lat, niż miesięcy.⁴ Zanim to jednak nastąpi kraje członkowskie będą musiały zmierzyć się z problemem implementacji postanowień Dyrektywy do krajowego porządku prawnego. To już na pierwszy rzut oka nie wydaje się zadaniem łatwym, szczególnie biorąc pod uwagę dość ograniczone ramy czasowe wyznaczone na sprostanie temu zadaniu. Czy w istocie mamy do czynienia z fundamentalną zmianą w wykonywaniu prawa konkurencji, która przejawia w zmianie optyki stosowania środków traktatowych przez uwzględnienie w całokształcie środków ochrony konkurencji komplementarnej konstrukcji cywilnoprawnej, mającej zabezpieczyć przede wszystkim interesy ekonomiczne podmiotów poszkodowanych,⁵ o tym przesądzi praktyka stosowania nowych przepisów. Biorąc pod uwagę dotychczasowe doświadczenia z tą drogą wdrażania reguł konkurencji, na taką refleksję jest z pewnością zbyt wcześnie. Równocześnie warto zauważyć, że w takich krajach, jak Wielka Brytania, Holandia, Niemcy czy Austria w ostatnich latach notuje się wzrost liczby pozwów kierowanych do sądu, opartych o naruszenie reguł konkurencji. Ma to miejsce jeszcze przed transpozycją Dyrektywy do porządków prawnych tych państw i pomimo istnienia przeszkód wielokrotnie wymienianych w analizach dotyczących *private enforcement*. Warto zatem zastanowić się nad rzeczywistymi przyczynami braku popularności tej drogi.

Kształt postanowień Dyrektywy nie ułatwia zadania stojącego przed podmiotami odpowiedzialnymi za transpozycję. Z jednej bowiem strony Dyrektywa posługuje się dość miękkimi i nierzadko ogólnymi sformułowaniami, które na poziomie sformułowań ogólnych brzmią dobrze, ale w następstwie implementacji mają przybrać postać konkretnych przepisów wprowadzonych do krajowych porządków prawnych. Dyrektywa pozostawia w wielu miejscach znaczną swobodę państwom członkowskim lub odwołuje się wprost do regulacji krajowych. Z drugiej jednak strony projekt zawiera tak istotne elementy, jak związanie sądu krajowego ostateczną decyzją krajowego organu ds. konkurencji w odniesieniu do naruszenia prawa konkurencji, mające określony w Dyrektywie skutek także w innym państwie członkowskim (art. 9 ust. 1 i ust. 2 projektu), szczególne terminy przedawnienia roszczeń objętych proponowaną regulacją (art. 10 projektu), możliwość wydawania przez Komisję wytycznych dla sądów krajowych w odniesieniu do szacowania przerzuconej na nabywcę pośredniego części nadmiernego obciążenia (art. 16 projektu), pomoc organu antymonopolowego udzielana sądowi rozpatrującemu sprawę w zakresie ustalania wysokości szkody (art. 17 ust. 3) lub wzruszalne domniemanie wyrządzenia szkody w wyniku naruszeń

⁴ Zgodnie z postanowieniami Dyrektywy Komisja dokona jej przeglądu do 27.12.2020 r. i sporządzi sprawozdanie Parlamentowi Europejskiemu i Radzie (art. 20 ust. 1 Dyrektywy).

⁵ Tak oraz R. Stefanicki, *Prywatnoprawne środki dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, Warszawa 2014, s. VII.

przybierających postać kartelu (art. 17 ust. 2 projektu). Dodatkowo proces transpozycji komplikuje fakt, iż część z tych rozwiązań właściwa jest prawu prywatnemu materialnemu, część przynależy do procedury cywilnej, a część - w szczególności kwestie związane z ujawnianiem dowodów w odniesieniu do krajowego organu antymonopolowego – wymagała będzie zmian w przepisach dotyczących funkcjonowania organów ochrony konkurencji.

W powyższym kontekście warto zadać pytanie, czy Dyrektywa jest rzeczywiście przykładem posłużenia się przez instytucje unijne instrumentem wdrażania unijnych reguł prawa konkurencji na poziomie krajowym? Jest to pytanie o to, czy w istocie prawo konkurencji będzie w omawianym przypadku przedmiotem zabiegów harmonizacyjnych? Biorąc pod uwagę wymienione wyżej zmiany w prawie krajowym objęte Dyrektywą przyznać należy, iż żadna z nich nie należy bezpośrednio do instytucji prawa ochrony konkurencji. Możliwość związania sądu cywilnego decyzją organu administracji jest instytucją należącą zasadniczo do procedury cywilnej, domniemania znajdujemy w przepisach postępowania cywilnego, a terminy przedawnienia dochodzenia roszczeń przynależą do prawa prywatnego materialnego. Nie sposób jest zatem bezkrytycznie uznać, iż mamy do czynienia z implementacją postanowień Dyrektywy do krajowego prawa ochrony konkurencji. Przedmiotem zabiegów implementacyjnych będą bowiem w przeważającej mierze (choć nie wyłącznie), krajowe przepisy prawa cywilnego materialnego i procedury cywilnej. To z kolei rodzi dwojakiego rodzaju wątpliwości. Pierwsza związana jest z kompetencją instytucji unijnych do ingerencji w krajowe przepisy prawa cywilnego i procedury cywilnej.⁶ Na obecnym etapie jest jednak zbyt późno na tego rodzaju analizy. Po drugie rodzi to dodatkowe komplikacje z uwagi fakt, że postanowienia Dyrektywy nie tworzą spójnej, jednolitej regulacji, ale unijny prawodawca dokonał wyboru szeregu elementów mających ułatwić prywatnoprawne dochodzenie roszczeń oraz umieścił je w jednym akcie prawnym. Transpozycja będzie zatem musiała przebiegać wielotorowo obejmując swym zasięgiem co najmniej przepisy z zakresu prawa materialnego, jak i przepisy postępowania. Niestety przyjęcia Dyrektywy nie poprzedzono badaniem stopnia gotowości państw członkowskich na przyjęcie rozwiązań w niej zawartych.⁷

⁶ Nie jest to problem nowy. Z podobnymi wątpliwościami mieliśmy do czynienia w trakcie prac nad projektem Wspólnego Europejskiego Prawa Sprzedaży, które pomimo opublikowania projektu rozporządzenia do dnia dzisiejszego nie zakończyły się sukcesem. Zob. m.in. W. Dajczak, *Niepokoje i szanse związane z ujednoczeniem prawa cywilnego*, Forum Prawnicze 2011, nr 1, s. 3; D. Wolski, *Projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnego europejskiego prawa sprzedaży*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2012, s. 809 oraz D. Wolski, *Wątpliwości dotyczące podstaw traktatowych projektu rozporządzenia w sprawie europejskiego prawa sprzedaży (Common European Sales Law)*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 2012, s. 138.

⁷ Por. R. Stefanicki, *Prywatnoprawne środki dochodzenia roszczeń ...*, s. 128 i nast.

Biorąc powyższe pod uwagę w niniejszym artykule omówione zostały najważniejsze zdaniem autora problemy, jakie mogą się pojawiać w odniesieniu do głównych obszarów implementacji. Chodzi zatem o wskazanie tych rozwiązań przewidzianych w Dyrektywie, które wydają się być najistotniejsze z perspektywy wymaganych nią zmian w polskim systemie prawnym. Biorąc pod uwagę przebieg procesu legislacyjnego oraz problemy, jakie trzeba rozstrzygnąć chcąc należycie wdrożyć postanowienia Dyrektywy wydaje się, iż czasu jest bardzo mało. Pokazały to już prace nad implementacją dyrektywy konsumenckiej wdrożonej ustawą z dnia z dnia 30.05.2014 r. o prawach konsumenta.⁸ Ważne jest więc zdefiniowanie najważniejszych problemów, jakie mogą pojawić się w toku prac nad implementacją oraz najtrudniejszych zadań, jakie staną przed polskimi legislatorami, które właściwie już powinny być realizowane.

Nie jest możliwe w ramach niniejszego artykułu szczegółowe omówienie wszystkich postanowień Dyrektywy objętych procesem transpozycji. Dlatego też autor dokonał wyboru tych w jego opinii najważniejszych. Nawet jednak te elementy potraktować należy, jako przyczynek do dalszej analizy i dyskusji. Temat z pewnością nie został wyczerpany. Ponadto autor świadomie pominął Rozdział II Dyrektywy dotyczący ujawniania dowodów. Jest to materia niezwykle skomplikowana, budząca nadal wiele wątpliwości.⁹ Dlatego też wymaga odrębnego omówienia, na które nie pozwalają ograniczone ramy niniejszego artykułu.

II. Główne obszary wdrożenia postanowień Dyrektywy

Jak zostało podniesione już wcześniej, przyjęta Dyrektywa obrała model, który na potrzeby niniejszego opracowania można byłoby nazwać harmonizacją „punktową”, czy też fragmentaryczną.¹⁰ Już na etapie prac nad przyszłą dyrektywą wskazywano, iż KE nie zdecydowała się na kompleksowe uregulowanie kwestii dochodzenia roszczeń w oparciu o prawo konkurencji, ale postanowiła wprowadzić wyłącznie elementy, które mają prowadzić do zwiększenia efektywności tej drogi wdrażania reguł konkurencji. Takie podejście może budzić pewne wątpliwości, w szczególności skutkować może praktycznymi komplikacjami w odniesieniu do planowanych zmian i ich relacji do innych przepisów prawa krajowego. Komisja nie przeprowadziła badań w zakresie efektywności i korelacji projektowanych rozwiązań z pozostałymi przepisami prawa prywatnego i procedury cywilnej.¹¹ Przeprowadzone analizy dotyczyły wyłącznie stanu obowiązujących przepisów i możliwości

⁸ Dz. U. 2014, poz. 827.

⁹ Zob. m.in. R. Stefanicki, *Prywatnoprawne środki dochodzenia roszczeń ...*, s. 309 i nast.

¹⁰ Por. *Ibidem*, s. 135.

¹¹ *Ibidem*, s. 128.

dochodzenia roszczeń w oparciu o przepisy poszczególnych państw członkowskich.¹² To jednak nie rozwiązuje problemu funkcjonowania tych przepisów w systemach prawnych poszczególnych państw.

1. Miejsce transpozycji

Niezwykle istotnym zagadnieniem jest sposób implementacji postanowień Dyrektywy, rozumiany tutaj jako miejsce (akt prawny lub akty prawne), do którego powinna nastąpić transpozycja. Jest to też zagadnienie dość często dyskutowane, przy czym z całego szeregu możliwości żadna nie wydaje się na tyle oczywistym rozwiązaniem, aby można było z góry przesądzić, gdzie nowe przepisy powinny zostać umieszczone. Pytanie zatem czy ma to być odrębna regulacja (np. ustawa o dochodzeniu roszczeń wynikających z prawa konkurencji¹³), jak w przypadku dyrektywy nr 2011/83/UE w sprawie praw konsumenta z dnia 25 października 2011 r.¹⁴ implementowanej wymienioną wyżej ustawą o prawach konsumenta, czy też implementacja powinna nastąpić w kilku miejscach (aktach prawnych), związanych z przedmiotem transpozycji?¹⁵ Zauważyć przy tym należy, iż o ile opracowań dotyczących *private enforcement* jest znaczna liczba, także w odniesieniu do wcześniejszych propozycji Komisji, o tyle stosunkowo niewiele miejsca poświęca się wdrożeniu Dyrektywy do krajowego porządku prawnego. Jednak kwestię tę należy uznać za kluczową dla prawidłowego funkcjonowania przyszłych przepisów.

Z oczywistych względów pierwszym aktem prawnym, który nasuwa się tutaj jako miejsce potencjalnej implementacji jest ustawa z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.¹⁶ Czy jednak jest to rozwiązanie w istocie najlepsze? Biorąc pod uwagę, iż zdecydowana większość zmian należy do materii prawa prywatnego i postępowania cywilnego, a także fakt, iż mają one fragmentaryczny charakter, należałoby rozważyć, czy miejscem tym nie powinien być kodeks cywilny¹⁷ oraz kodeks postępowania cywilnego.¹⁸ W chwili obecnej nie ma części KC, która adresowana byłaby bezpośrednio do roszczeń

¹² Zob. m.in. *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative Report*, Ashurst, 31 August 2004, Brussels; A. Jurkowska, *Antitrust Private Enforcement – Case of Poland*, YARS 2008, nr 1; A. Lisiecka, K. Wójcik, T. Wardyński, K. Filiński, *Poland report* (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/poland_en.pdf).

¹³ Taka sugestia, choć nie bez zastrzeżeń A. Piszcz, „Pakiet” Komisji Europejskiej ..., s. 56.

¹⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE z L 304/64).

¹⁵ Zob. uwagi na temat miejsca implementacji A. Piszcz, „Pakiet” Komisji Europejskiej ..., s. 55-56.

¹⁶ Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331, ze zm. (dalej „OchrKonU”).

¹⁷ Ustawa z dnia 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm., dalej „KC”).

¹⁸ Ustawa z dnia 17.11.1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.). Odmienne na temat miejsca transpozycji A. Piszcz, „Pakiet” Komisji Europejskiej ..., s. 55-56.

wynikających z prawa konkurencji, choć już obecnie przepisy znajdujące się w tym akcie prawnym mogą być podstawą dochodzenia takich roszczeń. Dlatego też rozwiązaniem do rozważenia w odniesieniu do przepisów materialnych jest w opinii autora umieszczenie przepisów w Księdze Trzeciej KC, jako nowego Tytułu VI², po tytule dotyczącym odpowiedzialności za produkt niebezpieczny. Można znaleźć pewne podobieństwo w strukturze regulacji. Tytuł VI¹ zawiera część uregulowań, które jako przepisy szczególne znajdują zastosowanie do odpowiedzialności za produkt niebezpieczny. Dotyczy to zwłaszcza pojęcia produktu niebezpiecznego i odpowiedzialności za szkodę, domniemań, przypadków odpowiedzialności solidarnej, a także przedawnienia. Można tutaj odnaleźć pewną zbieżność z treścią Dyrektywy i przewidywanym zakresem przepisów dotyczących roszczeń opartych o naruszenie prawa konkurencji. Ponadto, pomimo tego, iż podkreśla się, że jest to drugi filar wdrażania reguł konkurencji, to jednak nikt nie kwestionuje ściśle cywilnoprawnego charakteru tych przepisów. W konsekwencji, miejscem najbardziej odpowiednim wydaje się być KC, co pozwoliłoby zachować pewną spójność systemową, a także być może większą znajomość przyjętej regulacji, co nie pozostaje bez znaczenia w świetle wskazywanych często przyczyn braku popularności prywatnoprawnych roszczeń wynikających z prawa konkurencji. Mając zatem świadomość, iż żadne rozwiązanie nie jest w tym przypadku idealne wydaje się, iż transpozycja postanowień Dyrektywy do nowego Tytułu Księgi Trzeciej KC byłoby rozwiązaniem stosunkowo najlepszym w danych okolicznościach. Nie oznacza to jednak, iż autor całkowicie neguje możliwość przyjęcia także odrębnej regulacji na wzór ustawy z dnia 17.12.2009 r. o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym.¹⁹

Podobne uwagi można skierować w odniesieniu do prawa procesowego. Mamy już w Tytule VII Księgi Pierwszej Części Pierwszej KPC przepisy adresowane do postępowań odrębnych tyle tylko, że postępowania w sprawie roszczeń wynikających z naruszenia reguł konkurencji nie mają należeć do tego typu postępowania.²⁰ Zatem pomimo niewątpliwych związków z postępowaniami z zakresu ochrony konkurencji uregulowanymi w Dziale IVa, umieszczenie tych przepisów w Tytule VII KPC nie byłoby właściwe. Należałoby zatem rozważyć umieszczenie ich w innym miejscu w KPC, jeżeli tam właśnie miałyby się znaleźć. Zdaniem autora dla zachowania spójności systemowej oraz przejrzystości wydaje się, iż implementowane przepisy powinny znaleźć się w KPC. Nie jest to jednak rozwiązanie doskonałe, czego autor ma świadomość. Rozwiązaniem alternatywnym pozostaje więc umieszczenie ich w wymienionej wyżej, odrębnej ustawie dotyczącej prywatnoprawnego

¹⁹ Dz. U. z 2010 r. Nr 7, poz. 44.

²⁰ Zob. także A. Piszcz, „Pakiet” Komisji Europejskiej ..., s. 56.

dochodzenia roszczeń. Przyjęte rozwiązanie powinno być połączone z przepisami dotyczącymi dostępu do informacji znajdującymi się w Dyrektywie.

Dochodzenie roszczeń, w tym wykazanie przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, a także przebieg postępowania będzie odbywał się zgodnie z przepisami KC i KPC. Rozwiązanie dzielone, polegające na umieszczeniu części przepisów w OchrKonU lub odrębnej ustawie, a części w KC i KPC byłoby chyba rozwiązaniem najgorszym, prowadzącym w istocie nie do zachęcenia, ale wręcz do zniechęcenia podmiotów poszkodowanych naruszeniami do wytaczania powództw. Działoby się tak, gdyż już samo ustalenie przepisów znajdujących zastosowanie do dochodzenia roszczeń, a następnie wzajemnych relacji pomiędzy nimi byłoby zadaniem w wielu przypadkach nie do zrealizowania. Dlatego propozycja implementowania przepisów Dyrektywy odpowiednio do KC i KPC wydaje się rozwiązaniem znajdującym największe uzasadnienie, choć nie można wykluczyć także rozwiązań odmiennych.

2. Prawo materialne

Dyrektywa przewiduje wprowadzenie kilku rozwiązań, które powinny zostać zakwalifikowane do przepisów materialnoprawnych znajdujących zastosowanie do dochodzonych roszczeń, choć biorąc pod uwagę język i dość zawiłą konstrukcję postanowień Dyrektywy, kwalifikacja ta nie należy do najłatwiejszych. Wskazane w art. 3 Dyrektywy prawo do pełnego odszkodowania jest rozwiązaniem zbieżnym z zasadami odpowiedzialności cywilnoprawnej obowiązującymi w polskim prawie cywilnym. 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*). Zgodnie z postanowieniami Dyrektywy poszkodowany powinien być uprawniony do żądania zapłaty odsetek od należnych mu kwot od momentu nastąpienia szkody,²¹ co jest pewną odmiennością w porównaniu z interpretacją przyjętą na gruncie prawa polskiego w zakresie terminu wymagalności odsetek przy odszkodowaniu pieniężnym.²² Wydaje się zatem, że ten element nie wymaga szczególnych zabiegów implementacyjnych, z zastrzeżeniem prawa do należnych odsetek. Nie wydaje się też, aby polskie prawo cywilne stało w sprzeczności z zasadą skuteczności i równoważności wyrażoną w art. 4 Dyrektywy, gdyż podmioty dochodzące roszczeń opartych na naruszeniu prawa konkurencji korzystały będą z takiego samego zakresu uprawnień (tak samo korzystnych), jak w przypadku innych

²¹ Zob. motyw nr 12 Dyrektywy.

²² W takim przypadku z powołaniem się na art. 455 KC odsetki od kwoty odszkodowania, jako zobowiązania bezterminowego należne są od dnia wezwania do zapłaty (zob. m. in. uchwała SN z dnia 28.07.1992 r. (III CZP 86/92) oraz wyrok SN z dnia 2003.10.22 (II CK 146/02, niepublikowany).

roszczeń. Ponadto, w niektórych elementach, sytuacja poszkodowanych będzie nawet korzystniejsza, niż w przypadku innego rodzaju roszczeń. Trudno jest też znaleźć takie przepisy, które czyniłyby dochodzenie roszczeń w praktyce niewykonalnym lub nadmiernie utrudnionym, choć wskazywane są pewne utrudnienia występujące na tej drodze.²³ Elementami nad których transpozycją należałoby się pochylić w opinii autora są w obszarze prawa materialnego ustalanie wysokości szkody, odpowiedzialność solidarna oraz przedawnienie.

a. Szkada wynikająca z naruszenia reguł konkurencji i jej ustalenie

Bez wątpienia obszarem budzącym ogromną ilość wątpliwości, ale także trudności jest ustalenie wysokości szkody antymonopolowej. Znajduje to odzwierciedlenie w treści wielu opracowań i raportów, gdzie problem z ustaleniem wysokości szkody wskazywany jest, jako istotny element na drodze do rozwoju prywatnoprawnego dochodzenia roszczeń.²⁴ Nie przypadkiem zatem Dyrektywa poświęca znaczną przestrzeń temu zagadnieniu. Niezależnie od wspomnianej już deklaracji dotyczącej zasady pełnego odszkodowania oraz przepisów proceduralnych dotyczących ustalania wysokości szkody, Dyrektywa zawiera postanowienia, które powinny być transponowane do przepisów prawa materialnego. W art. 12 ust. 1 Dyrektywa stanowi, iż prawo do pełnego odszkodowania przysługuje zarówno nabywcy bezpośredniemu, jak i pośredniemu, przy czym prawo krajowe nie powinno dopuszczać do sytuacji zarówno w której odszkodowanie przewyższy wyrządzoną szkodę, jak i do takiej, w której sprawca nie poniesie odpowiedzialności. W odniesieniu do tej pierwszej zasady przyjąć należy, iż jest ona zgodna z obowiązującą w prawie polskim zasadą pełnego odszkodowania. Poszkodowany nie może bowiem uzyskać od zobowiązanego do naprawienia szkody świadczenia przenoszące rozmiar doznanego uszczerbku.²⁵ 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, że ta kwestia jest bliższa raczej prawu materialnemu. W szczególności dotyczy to szkody, jako przesłanki odpowiedzialności i 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

²³ Warto porównać tutaj opracowania dotyczące możliwości dochodzenia roszczeń w poszczególnych krajach UE, m.in. *Study on the conditions ...*; A. Jurkowska, *Antitrust Private Enforcement ...*; A. Lisiecka, K. Wójcik, T. Wardyński, K. Filiński, *Poland ...* (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/poland_en.pdf).

²⁴ *Study on the conditions of claims ...*, s. 7.

²⁵ Z. Banaszczyk [w:], *KC Komentarz, Tom I*, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2008, s. 1000-1001.

tytułu. Samo przerzucenie nadmiernego obciążenia²⁶ 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 naruszcyciela. 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. Jeżeli poszkodowany w wyniku zdarzenia wywołującego szkodę równocześnie zubożał, jak się wzbogacił, to sąd powinien od odszkodowania odliczyć korzyści, które odniósł poszkodowany z faktu wyrządzenia mu szkody.²⁷ O ile zatem z pewnością ustalenie wysokości nadmiernego obciążenia nie będzie zadaniem łatwym, podobnie jak i wysokość tego obciążenia przerzuconego na kolejnego nabywcę – Dyrektywa przewiduje tutaj wydanie odpowiednich wytycznych przez Komisję (art. 16 Dyrektywy) – o tyle do samego umniejszenia odszkodowania wystarczające są obowiązujące obecnie zasady. Pojawia się zatem pytanie o konieczność implementacji postanowień Dyrektywy w tym zakresie, skoro jej cele mogą być zrealizowane na gruncie obecnie obowiązujących zasad ustalania wysokości odszkodowania. Wydaje się, iż skoro kwestia nadmiernego obciążenia, w tym przerzucanie go na dalszych nabywców i konsekwencje tego faktu są tak istotne dla prywatnoprawnego wdrażania reguł konkurencji, to konieczność implementacji istnieje. Nie będzie to jednak prowadziło do zmiany obowiązujących zasad, ale jedynie uwypukli je na gruncie *private enforcement*.

Przepisy dotyczące sposobu ustalania wysokości odszkodowania, tym razem w aspekcie zawartej przez naruszcyciela ugody znalazły się także w art. 19 Dyrektywy. Jeżeli zatem dojdzie do zawarcia ugody, to zgodnie z art. 19 ust. 1 Dyrektywy, 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 ugodę. 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 ugodę. Tę możliwość strony mogą jednak wyłączyć w drodze postanowienia zawartego w ugodzie (art.

²⁶ Definicja nadmiernego obciążenia znalazła się w art. 2 pkt 21 Dyrektywy.

²⁷ *Ibidem*, a także m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 15.12.1972 r. (II CR 592/72, niepublikowany).

19 ust. 3 Dyrektywy), co czyni skłonność do zawarcia ugody po stronie naruszcyciela bardziej realistyczną. W końcu zgodnie z art. 19 ust. 4 Dyrektywy 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 ugód. Będzie to zgodne z zasadą pełnego odszkodowania, które nie może jednak przewyższyć uszczerbku doznanego przez poszkodowanego.²⁸ Znaczenie jednak mogą mieć przepisy dotyczące ograniczenia odpowiedzialności zawierającego ugodę. Te z pewnością powinny być wprowadzone, co pozwoli na większą skłonność do zawierania ugód na drodze polubownego rozwiązywania sporów.

b. Solidarna odpowiedzialność naruszcycieli

W art. 11 ust. 1 Dyrektywa wprowadza solidarną odpowiedzialność podmiotów, które naruszyły prawo konkurencji w wyniku wspólnych działań. Oczywiście biorąc pod uwagę prawo polskie nie jest to instytucja nowa, ponieważ taka solidarna odpowiedzialność naruszcycieli może być już obecnie wyrowadzona w oparciu o art. 441 KC. Zgodnie z § 1 tego 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.²⁹ Jej zasady, tożsame z określonymi w art. 11 ust. 1 zd. 2 Dyrektywy stanowi art. 366 § 1 KC.³⁰ 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 Dyrektywy.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Za dominujący należy przy tym uznać pogląd, iż zobowiązania solidarne zgodnie z art. 441 powstaje nie tylko w przypadku współsprawstwa w znaczeniu przedmiotowym i podmiotowym, ale także gdy odpowiedzialność w stosunku do każdej z osób oparta jest na innej podstawie deliktowej, w tym również na innej zasadzie odpowiedzialności. Tak M. Safjan [w:] *KC Komentarz, Tom I*, K. Pietrkowski (red.), Warszawa 2005, s. 1257 z powołaniem na W. Czachórski [w:] *System prawa cywilnego, praca zbiorowa, tom III*, 1981, cz. 1, s. 339.

³⁰ Z pewnymi odmiennościami dotyczącymi roszezeń regresowych. Zob. M. Safjan [w:] *KC Komentarz, Tom I*, K. Pietrkowski (red.), Warszawa 2005, s. 1257.

Nieco inaczej ta kwestia wygląda w odniesieniu do pewnych szczególnych zasad odpowiedzialności solidarnej przewidzianych w art. 11 ust. 2 do 6 Dyrektywy. W tym zakresie implementacja postanowień Dyrektywy z pewnością nie będzie należała do łatwych. Trzeba zwrócić uwagę na kilka istotnych momentów. Po pierwsze Dyrektywa robi pewien wyłom w zasadzie odpowiedzialności solidarnej w stosunku do małych i średnich przedsiębiorców (SMEs).³¹ Nie jest to zaskoczenie, gdyż instytucje unijne już od dawna wskazują na potrzebę tworzenia instrumentów służących rozwojowi czy też ochronie tej kategorii przedsiębiorców,³² co dostrzec można także w ograniczeniu zakresu ich odpowiedzialności w określonych przypadkach w odniesieniu do prywatnoprawnego wdrażania reguł konkurencji. 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 skutkowało całkowitą utratą wartości aktywów takiego przedsiębiorstwa. O ile takie określenie ograniczenia zasad odpowiedzialności odszkodowawczej na poziomie pewnej deklaracji, jakim operuje Dyrektywa jest możliwe, o tyle jego transpozycja do prawa krajowego jest niezwykle trudna, o zastosowaniu w praktyce nie wspominając. Próbując zrozumieć intencje prawodawcy unijnego przyjąć należy w pierwszej kolejności, iż w wymienionych przypadkach SMEs odpowiadają wyłącznie wobec własnych nabywców (bezpośrednich i pośrednich), a nie odpowiadają solidarnie za szkodę wyrządzoną nabywcom innych podmiotów uczestniczących we wspólnym naruszeniu. Ponadto, przedsiębiorstwa należące do kategorii SMEs nie będą odpowiadały za tzw. *umbrella effect* wobec poszkodowanych, z którymi nie miały żadnych relacji handlowych, a które doznały szkody na skutek podniesienia cen na rynku będących skutkiem zмовы cenowej. Chodzi jednak o takie podwyższenie cen na rynku, które nie zostało dokonane bezpośrednio na skutek zмовы cenowej, ale było jej pośrednim następstwem, wynikającym z dostosowywania poziomu cen przez podmioty również

³¹ SMEs (*small and medium-sized enterprises*) – pojęcie to zdefiniowane zostało w zaleceniach Komisji dotyczących definicji micro, małych i średnich przedsiębiorców z 6.05.2003 r. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:EN:PDF>).

³² Zob. m.in. *Zielona Księga w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorstwami* (COM(2013) 37 final); *Zielona Księga Komisji w sprawie politycznych w zakresie postępow w kierunku ustanowienia europejskiego prawa umów dla konsumentów i przedsiębiorstw* (KOM(2010)348 wersja ostateczna).

działające na rynku, ale nie uczestniczące w zмовie.³³ Jest to w konsekwencji ograniczenie kręgu podmiotów wobec których mały lub średni przedsiębiorca będzie ponosił odpowiedzialność. W odniesieniu do wymienionych wyżej przesłanek ograniczających odpowiedzialność, ustalenie pierwszej z nich nie powinno stanowić większego problemu w sytuacji, gdy wcześniej wydana została decyzja przez organ antymonopolowy. W braku wcześniejszego postępowania antymonopolowego zakończonego decyzją trudno jest wyobrazić sobie, aby sąd cywilny po wprowadzeniu takiej regulacji do prawa krajowego samodzielnie ustalał udział w rynku danego przedsiębiorstwa. Podstawą powinny być tutaj ustalenia organu antymonopolowego. Druga przesłanka nastrocza jednak znacznie więcej wątpliwości. Pojawia się bowiem pytanie o to, w jaki sposób sąd będzie ustalał możliwą utratę efektywności przedsiębiorstwa i całkowitą utratę aktywów. Operacja ta jest o tyle skomplikowana, że mówimy o przyszłej utracie efektywności, na wypadek poniesienia odpowiedzialności. Jest to zatem ustalenie sytuacji hipotetycznej, przyjęcie pewnego założenia. Do tego jednak konieczne jest oszacowanie rozmiaru przyszłej odpowiedzialności, a zatem potencjalnej szkody, za jaką solidarnie miałyby odpowiadać przedsiębiorstwo. Następnie sąd, aby ustalić, iż solidarna odpowiedzialność jest wyłączona będzie musiał badać, czy potencjalna szkoda w zestawieniu z sytuacją ekonomiczną przedsiębiorstwa może wywołać skutki wymienione w przepisie. Jeżeli tak, odpowiedzialność solidarna zostaje wyłączona, jeżeli nie to przedsiębiorca ponosi solidarną odpowiedzialność. Stopień skomplikowania takiej operacji, potrzeba przeprowadzenia analiz ekonomicznych, a także konieczność dokonania przed sądem końcowej oceny i podjęcia decyzji jest trudny do wyobrażenia. Można próbować poszukiwać rozwiązania w orzecznictwie sądów upadłościowych w odniesieniu do przesłanek upadłości przedsiębiorstwa.³⁴ Jest to jednak o tyle sytuacja nieadekwatna, że sąd upadłościowy ocenia stan przedsiębiorstwa z momentu ogłoszenia upadłości, a w przypadku roszczeń prywatnoprawnych wynikających z naruszeń prawa konkurencji konieczna jest pewna projekcja stanu przedsiębiorstwa na przyszłość przy założeniu określonego rozmiaru poniesionej szkody. To czyni w praktyce wątpliwym zastosowanie tego wyłączenia, nawet po implementowaniu postanowień Dyrektywy do prawa krajowego. Z powyższego wyłączenia przedsiębiorca nie będzie mógł jednak skorzystać,

³³ Zob. m.in. wyrok Trybunału z dnia 5.06.2014 r. C-577/12 (Kone AG) oraz opinię Rzecznika Generalnego J. Kokott z dnia 30.10.2014 r.

³⁴ W tym kontekście zob. uwagi na temat podstaw ogłoszenia upadłości R. Adamus [w:] *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Komentarz, A. Witosz, A.J. Witosz (red.), Warszawa 2012, s. 72 i nast. Zauważyć jednak trzeba, że prawo upadłościowe wiąże niewypłacalność z brakiem możliwości wykonywania wymagalnych zobowiązań, co wykazuje pewien związek z groźbą utraty efektywności ekonomicznej czy wartości aktywów. Z uwagi jednak na to, iż związek ten jest dość daleki, a w przypadku Dyrektywy mowa jest o przyszłej, hipotetycznej sytuacji, przywołane uwagi mogą być traktowane wyłącznie pomocniczo.

jeżeli przedsiębiorca kierował lub nakłaniał do naruszenia prawa konkurencji lub też został uprzednio uznany za sprawcę takiego naruszenia (art. 11 ust. 3 Dyrektywy). Biorąc pod uwagę, iż mamy do czynienia z przepisami prawa cywilnego pojawia się pytanie o to, czy powyższe elementy mają być brane pod uwagę przez sąd z urzędu, czy też obowiązują tutaj reguły rozkładu ciężaru dowodowego. Jeżeli przyjmujemy to ostatnie rozwiązanie to oznacza to, iż spełnienie przesłanek wyłączających winno być za każdym razem wykazywane przez naruszydciela (tutaj przedsiębiorstwo spełniające kryteria SMEs), na podobieństwo zarzutu przedawnienia roszczenia.

Dalsze, wymagające implementacji odstępstwa od solidarnej odpowiedzialności naruszydcieli przewiduje art. 11 ust. 4 Dyrektywy, dla podmiotu, który zostanie zwolniony z kary przez organ antymonopolowy.³⁵ 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 Dyrektywy do prawa polskiego wprowadzały będą swoistą odpowiedzialność warunkową wymienionego podmiotu. Podmiot zwolniony z kary będzie zatem co do zasady 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. Taka warunkowa czy też subsydiarna odpowiedzialność nie jest instytucją całkiem nową w polskim prawie.³⁶

Kolejne modyfikacje zasad odpowiedzialności solidarnej przewiduje art. 11 ust. 5 Dyrektywy w odniesieniu do roszczeń regresowych pomiędzy dłużnikami solidarnymi. Z jednej strony zdanie pierwsze tego przepisu wskazuje na regres w wysokości odpowiedniej części odpowiedzialności za szkodę przypadającą na dany podmiot uczestniczący w wyrządzeniu szkody. To nie odbiega od ogólnych zasad odpowiedzialności solidarnej z tytułu wyrządzenia szkody czynem niedozwolonym określonych w art. 441 § 2 KC.³⁷ Jednak już

³⁵ Definicja takiego podmiotu znalazła się w art. 2 pkt 19 Dyrektywy.

³⁶ Można poszukiwać pewnego podobieństwa, oczywiście wyłącznie na poziomie ogólnej konstrukcji, z odpowiedzialnością zarządu w przypadku bezskutecznej egzekucji wobec spółki, uregulowaną w art. 299 § 1 ustawy z dnia 15.09.2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1030, ze zm.). Także w tym przypadku zarząd poniesie odpowiedzialność dopiero wtedy, gdy spełniony zostanie warunek bezskuteczności egzekucji. Zatem odpowiedzialność ta ma charakter subsydiarny, a na wierzycielu ciąży dowód wykazania bezskuteczności egzekucji. Por. J. A. Strzępka, E. Zielińska [w:] *Kodeks spółek handlowych, Komentarz*, J. A. Strzępka (red.), Warszawa 2012, s. 697.

³⁷ Zgodnie z art. 441 § 2 KC ten kto naprawił szkodę może żądać od pozostałych zwrotu odpowiedniej części zależnie od okoliczności, a zwłaszcza od winy danej osoby i stopnia przyczynienia się do powstania szkody.

zdanie 2 art. 11 ust. 5 Dyrektywy modyfikuje te zasady wskazując na ograniczenie w stosunku do podmiotu zwolnionego z kary pieniężnej w ramach programu łagodzenia kar, który odpowiada do wysokości szkody wyrządzonej nabywcom lub dostawcom bezpośrednim lub pośrednim. Podobne ograniczenie w stosunku do podmiotu zwolnionego z kary pieniężnej w ramach programu łagodzenia kar w odniesieniu do szkody wyrządzonej poszkodowanym nie będącym nabywcami lub dostawcami bezpośrednimi lub pośrednimi sprawców naruszenia przewiduje art. 6 ust. 4 Dyrektywy. W takim przypadku odpowiedzialność podmiotu zwolnionego z kary wobec innych sprawców jest ustalana w oparciu o jego względną odpowiedzialność za szkodę. Od strony implementacji, w każdym przypadku wprowadzenie postanowień Dyrektywy spowoduje modyfikację zasad odpowiedzialności solidarnej uregulowanych w art. 366 KC oraz 441 KC. Z kolei od strony praktycznej, opisane w art. 11 ust. 5 i 6 Dyrektywy ograniczenie odpowiedzialności podmiotu zwolnionego z kary pieniężnej w ramach programu łagodzenia kar wymagało będzie ustalenia wielkości szkody wyrządzonej bezpośrednio przez ten podmiot. Z pewnością nie będzie to operacja łatwa, gdyż w ramach postępowania konieczne będzie nie tylko ustalenie szkody np. wynikającej z nadmiernego obciążenia, której doznał określony nabywca, ale także w jakiej części szkoda tego nabywcy wyrządzona jest przez podmiot zwolniony z kary. Co więcej, operacja ta będzie jeszcze bardziej skomplikowana w przypadku szkody wyrządzonej dalszym nabywcom w łańcuchu dostaw. Należy zastanowić się na ile w ogóle będzie możliwe ustalenie tego rodzaju szkody, a w konsekwencji na ile w praktyce możliwe będzie wdrożenie implementowanego przepisu w życie.

Cała materia odpowiedzialności solidarnej uregulowana w Dyrektywie, w tym odpowiedzialność warunkowa podmiotu zwolnionego z kary, a także ograniczenia odpowiedzialności takiego podmiotu jest niezwykle skomplikowana. Trudno jest obecnie znaleźć w przepisach statuujących odpowiedzialność cywilnoprawną z jakiegokolwiek tytułu równie skomplikowaną regulację. Dlatego też niezależnie od pewnych trudności w sformułowaniu przepisów samo praktyczne ich funkcjonowanie budzi cały szereg wątpliwości.

c. Przedawnienie roszczeń opartych na naruszeniu reguł konkurencji w świetle Dyrektywy

Przepisy dotyczące przedawnienia znalazły się zasadniczo w art. 10 Dyrektywy. Zgodnie z art. 10 ust. 1 państwa członkowskie mają wprowadzić odpowiednie przepisy dotyczące przedawnienia roszczeń odszkodowawczych w odniesieniu do początku biegu terminu przedawnienia, jego długości oraz okoliczności powodujących przerwanie lub

zawieszenie biegu terminu przedawnienia. Zgodnie z ust. 2 tego samego artykułu, bieg terminu przedawnienia nie może rozpocząć się wcześniej, niż ustanie naruszenie prawa konkurencji oraz zanim powód dowie się lub zanim nie będzie można od niego zasadnie oczekiwać wiedzy: a) o danym działaniu oraz o fakcie, że stanowi ono naruszenie prawa konkurencji; b) o fakcie, że naruszenie prawa konkurencji wyrządziło mu szkodę; oraz c) o tożsamości sprawcy naruszenia. Zgodnie z ust. 3 państwa członkowskie zapewniają, aby terminy przedawnienia dla omawianej kategorii roszczeń nie były krótsze niż 5 lat. Ponadto, w myśl ust. 4, termin przedawnienia ma ulegać zawieszeniu – lub zależnie od prawa krajowego – przerwaniu, w przypadku, gdy organ ochrony konkurencji podejmie działania do celów dochodzenia lub jego postępowania w odniesieniu do naruszenia prawa konkurencji, którego dotyczy powództwo o odszkodowanie. Zawieszenie ma ustawać nie wcześniej, niż jeden rok po nabraniu przez rozstrzygnięcie stwierdzające naruszenie charakteru ostatecznego lub po zakończeniu postępowania w inny sposób. Przepisy dotyczące odpowiednio przerwania lub zawieszenia biegu przedawnienia znajdujemy też w części poświęconej polubownemu rozstrzygnięciu sporów, a także odpowiedzialności solidarnej.

Cała wymieniona powyżej dość skomplikowana regulacja wymaga szczegółowego omówienia. Przepisy dotyczące przedawnienia roszczeń znajdują się w części ogólnej KC (art. 117 – 125), regulując takie kwestie, jak skutek upływu terminu przedawnienia, ogólne terminy przedawnienia, bieg terminu, w tym zawieszenia i przerwanie biegu terminu przedawnienia. Ponadto w części szczegółowej KC znajduje się cały szereg przepisów dotyczących szczególnych terminów przedawnienia roszczeń dla poszczególnych kategorii roszczeń (np. wynikające z deliktów, umowy sprzedaży, najmu, dzierżawy, umowy o dzieło, itd.). Wreszcie odrębne terminy przedawnienia znalazły się w szeregu ustaw szczegółowych.³⁸

W art. 10 ust. 1 Dyrektywy znajdujemy przytoczoną powyżej generalną regułę nakładającą na państwo członkowskie wprowadzenie do prawa krajowego szczególnej regulacji dotyczącej instytucji przedawnienia roszczeń wynikających z naruszenia prawa ochrony konkurencji. Regulacja ta ma obejmować zarówno kwestię terminów przedawnienia, jak i początek biegu, długość i okoliczności powodujące przerwanie lub zawieszenie tego biegu. Przechodząc do wymogów szczegółowych, wymagany Dyrektywą termin przedawnienia roszczeń nie powinien budzić szczególnych wątpliwości. Można przyjąć, mając na względzie ogólne terminy przedawnienia roszczeń obowiązujące w prawie polskim, iż Dyrektywa wprowadza wyważony termin przedawnienia, który sytuuje się mniej więcej

³⁸ Przykładem jest m.in. art. 77 ustawy z dnia 15.11.1984 r. Prawo przewozowe (Dz. U. z 1984, Nr 53, poz. 272, ze zm.).

pośrodku pomiędzy terminem przedawnienia roszczeń zastrzeżonym dla roszczeń wynikających z działalności gospodarczej (3 lata), a terminem zastrzeżonym dla pozostałych roszczeń nie związanych z taką działalnością (10 lat). Termin 5 letni wprowadzony przez art. 10 ust. 3 Dyrektywy daje wystarczającą ilość czasu na zgromadzenie odpowiednich informacji, niezbędnych dla ewentualnego złożenia pozwu, a z drugiej strony realizuje cel, w jakim instytucja przedawnienia została wprowadzona.³⁹

Niestety, nieco gorzej należy ocenić pozostałe przepisy zawarte w art. 10 Dyrektywy, w szczególności z punktu widzenia ich przejrzystości, logicznej konstrukcji, a co za tym idzie, dróg i łatwości ich implementacji. Biorąc pod uwagę zarówno sposób, w jaki zostaną implementowane, jak i późniejszą praktykę stosowania przez sądy, można powziąć istotne wątpliwości, co ich funkcjonowania. Po pierwsze, zgodnie z art. 10 ust. 2 bieg terminu przedawnienia nie może się rozpocząć, jeżeli łącznie nie zostaną spełnione wymienione powyżej przesłanki. Zatem po pierwsze, musi ustać naruszenie prawa konkurencji. Tak długo, jak długo trwa naruszenie prawa konkurencji, tak długo bieg terminu przedawnienia nie może się rozpocząć. Już ustalenie tej przesłanki nie będzie łatwe. Z pewnością z pomocą posłużą tutaj praktyka orzecznicza organów ochrony konkurencji, co jednak nie rozwiązuje wątpliwości związanych ustaleniem momentu ustania stanu sprzecznego z prawem. Pojawiają się tutaj dwa główne zagadnienia. Po pierwsze zauważyć można, iż w istocie nie zawsze moment rozpoczęcia niedozwolonej praktyki, jak i jej ustania jest łatwy do ustalenia i może wykazywać się pewną płynnością. Tymczasem ustalenie tego momentu dla sądu rozpatrującego sprawę będzie niezwykle istotne z uwagi na podnoszony przez strony zarzut przedawnienia. Sąd musi zatem precyzyjnie ustalić, od jakiego momentu należy liczyć bieg terminu przedawnienia. Po drugie, rodzi się całkiem praktyczny problem związany z podnoszonym często brakiem przygotowania sądów do rozpatrywania tej kategorii spraw. Czy sąd będzie władny samodzielnie ustalić kiedy doszło do ustania niedozwolonej praktyki? Wydaje się, że będzie to bardzo trudne. To powoduje z kolei, iż pomimo podnoszonej często niezależności roszczeń cywilnoprawnych od drogi publicznoprawnej, już w tym momencie sąd w wielu przypadkach będzie musiał polegać na ustaleniach organu antymonopolowego, także w zakresie ustalenia czy doszło do przedawnienia roszczenia czy też nie. Druga przesłanka, która również musi być spełniona, aby bieg terminu przedawnienia mógł się rozpocząć, wydaje się jeszcze bardziej złożona. Sama jej konstrukcja nawiązuje do

³⁹ Zob. obszerne omówienie instytucji przedawnienia w B. Kordasiewicz [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, Z. Radwański (red.), Warszawa 2008, s. 638 i nast. Na temat przypadków nadużywania tej instytucji zob. A. Szlęzak, *Czy zawezwanie do próby ugodowej przerywa bieg przedawnienia?*, *Przeгляд Sądowy* 2014, Nr 6, s. 7-18.

konstrukcji przedawnienia roszczeń wynikających z popełnienia czynu niedozwolonego zawartej w art. 442¹ KC, przez co wydaje się być bardziej „przystępna.” W pewnym zakresie należałoby się zatem wspomóc orzecznictwem powstałym na tle tego przepisu. W szczególności chodzi tutaj o kwestię powzięcia przez poszkodowanego wiadomości o szkodzie oraz osobie zobowiązanej do jej naprawienia. Aby zatem bieg terminu przedawnienia mógł się rozpocząć, niezależnie od ustania stanu naruszenia, konieczne jest aby powód dowiedział się lub będzie można od powoda zasadnie oczekiwać wiedzy o danym działaniu (np. niedozwolonej praktyce) oraz, że stanowi ono naruszenie prawa konkurencji, o fakcie, że naruszenie prawa konkurencji wyrządziło mu szkodę, a także o tożsamości sprawcy naruszenia. Bez wchodzenia w szczegółową analizę, która już na pierwszy rzut oka wydaje się dość ciekawa stwierdzić należy, że podobnie jak w przypadku pierwszej przesłanki, także drugą trudno będzie ustalić bez zaangażowania organu ochrony konkurencji. Nie sposób wyobrazić sobie, że sąd cywilny dokonuje skomplikowanej analizy stanu faktycznego w relacji do prawa ochrony konkurencji tylko po to, aby ustalić czy rozpoczął się bieg terminu przedawnienia, czy też nie. W istocie wszystkie wymienione elementy stanowią składnik każdego postępowania prowadzonego przez organ antymonopolowy, zakończonego stwierdzeniem naruszenia i nie funkcjonują w zasadzie nigdzie poza takim postępowaniem. Oznacza to, iż sąd cywilny, aby ustalić spełnienie także drugiej przesłanki musi sięgnąć do ustaleń dokonanych przez organ antymonopolowy. Można w tym miejscu pokusić się o refleksję, iż pomimo tego, że przedmiotem Dyrektywy jest droga prywatnoprawna, w istocie kluczową rolę także w aspekcie ustalania upływu terminu przedawnienia będzie odgrywał organ antymonopolowy i ustalenia poczynione w procedurze publicznoprawnej.

Powyższych wątpliwości nie rozwiewają, a nawet je mnożą, postanowienia Dyrektywy dotyczące przerwania i zawieszenia biegu terminu przedawnienia. Po pierwsze, przerwanie lub zawieszenie – w zależności od prawa krajowego – powodowało będzie działanie organu ochrony konkurencji w celu dochodzenia lub jego postępowanie w odniesieniu do naruszenia prawa konkurencji, którego dotyczy powództwo. W przypadku prawa polskiego, z uwagi na wymieniony w art. 123 § 1 pkt 1 KC bezpośredni cel dochodzenia roszczenia,⁴⁰ powinniśmy raczej przyjąć, iż mamy do czynienia z zawieszeniem biegu terminu przedawnienia. Postępowanie toczące się przed organem antymonopolowym nie ma bowiem na celu dochodzenia roszczenia przez stronę poszkodowaną niedozwoloną praktyką, choć może mieć wpływ na to postępowanie. Po drugie, w kwestii ustalenia momentu zawieszenia terminu przedawnienia pojawia się pytanie o to czy należy go

⁴⁰ Zob. interesujące uwagi na ten temat w A. Szlęzak, *Czy zawezwanie ...*, s. 7 i nast.

rozumieć, jako wszczęcie postępowania wyjaśniającego, czy konieczne jest postępowanie antymonopolowe.⁴¹ Trzeba pamiętać, iż o ile postępowanie wyjaśniające jest wyłącznie postępowaniem *ad rem*, o tyle może dotyczyć naruszenia, co do którego będzie toczyło się postępowanie w trybie prywatnoprawnym. Zatem można byłoby przyjąć, iż już ten moment jest momentem zawieszenia biegu przedawnienia, tyle tylko, iż polski organ antymonopolowy nie ma obowiązku informować, iż takie postępowanie w ogóle się toczy. Nie musi się ono też zakończyć wszczęciem postępowania antymonopolowego, co nie powinno wpływać na możliwość wytoczenia powództwa cywilnego. Zatem ustalenie momentu zawieszenia postępowania nie będzie zadaniem łatwym.

Instytucja przedawnienia pojawia się także w Dyrektywie w kontekście odpowiedzialności solidarnej. Zgodnie z art. 11 ust. 4 zdanie ostatnie Dyrektywy jakikolwiek termin przedawnienia mający zastosowanie do tego rodzaju spraw powinien być rozsądny i wystarczał poszkodowanemu na wytoczenie powództwa. Przy uwzględnieniu uwag znajdujących się w pkt b niniejszej części dotyczących odpowiedzialności solidarnej w sprawach roszczeń wynikających z naruszenia prawa konkurencji, powinien znaleźć zastosowanie ogólny termin przedawnienia w tego rodzaju sprawach, czyli nie krótszy niż 5 lat. Jednak z uwagi na to, iż Dyrektywa posługuje się pojęciem poszkodowanych w kontekście 5-letniego terminu przedawnienia, do przedawnienia wynikającego z roszczeń regresowych pomiędzy dłużnikami solidarnymi, mógłby znaleźć zastosowanie ogólny termin przedawnienia z art. 118 KC, a zatem 3 lata. Biorąc jednak pod uwagę spójność regulacji dotyczącej prywatnoprawnego dochodzenia roszczeń zasadnym wydaje się zastosowanie ogólnego terminu przedawnienia w tego rodzaju sprawach, wymaganego przez art. 10 ust. 3 Dyrektywy (5 lat).

Poza wymienionymi powyżej, Dyrektywa do odnosi się także do instytucji przedawnienia w art. 18 dotyczącym polubownego rozstrzygnięcia sporów wynikających z naruszenia prawa konkurencji. Zgodnie z ust. 1 tego przepisu państwa członkowskie zapewniają, aby bieg terminu przedawnienia dla roszczeń o odszkodowanie był zawieszany na czas trwania jakiegokolwiek procedury polubownego rozstrzygnięcia sporów. Procedura polubownego rozstrzygnięcia sporów zdefiniowana została w art. 2 pkt 21 Dyrektywy i jest

⁴¹ Zgodnie z art. 48 ust. 1 OchrKonU Prezes Urzędu może wszcząć z urzędu, w drodze postanowienia, postępowanie wyjaśniające, jeżeli okoliczności wskazują na możliwość naruszenia przepisów ustawy, w sprawach dotyczących określonej gałęzi gospodarki, w sprawach dotyczących ochrony interesów konsumentów oraz w innych przypadkach, gdy ustawa tak stanowi. Z kolei w myśl art. 49 ust. 1 tej ustawy postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, postępowanie w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz w sprawach nakładania kar pieniężnych wszczyna się z urzędu.

rozumiana, jako wszelkie mechanizmy umożliwiające stronom pozasądowe rozwiązywanie sporu dotyczącego roszczenia odszkodowawczego. Zawieszenie biegu terminu przedawnienia ma zastosowanie wyłącznie do tych stron, które biorą udział lub brały udział w polubownym rozstrzygnięciu sporu lub są lub były w nim reprezentowane. Odnosząc się do tej regulacji w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż polskie prawo przewiduje w wymienionych przypadkach skutek dalej idący, gdyż art. 123 § 1 pkt 1 KC stanowi, że bieg przedawnienia przerywa się (nie ulega zawieszeniu), przez każdą czynność podjętą przed sądem czy innym organem powołanym do rozpoznawania spraw lub egzekwowania roszczeń danego rodzaju albo przed sądem polubownym, przedsięwzięta bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia. Zatem już obecnie, w przypadku wszczęcia procedury polubownego rozstrzygnięcia sporu następuje przerwa biegu terminu przedawnienia, co obejmie także roszczenia wynikające z naruszenia prawa konkurencji. Powstaje tutaj jednak dość istotny problem natury kolizyjnej dotyczący relacji obowiązujących przepisów i postanowień Dyrektywy, które miałyby być implementowane do polskiego prawa. Po pierwsze, trzeba podjąć decyzję, czy skutek dalej idący wyczerpuje wymagania stawiane przez Dyrektywę, co oznacza, iż skoro wszczęcie procedury polubownego rozstrzygnięcia sporów powoduje przerwanie biegu (bieg rozpoczyna się do nowa), to nie ma potrzeby wprowadzania obok, lub tym bardziej zamiast obecnie obowiązującego przepisu art. 123 § 1 pkt 1 KC, nowego przepisu, który będzie odpowiadał postanowieniom Dyrektywy. Można bowiem bronić tezy, iż obecnie obowiązujące przepisy wychodzą bardziej naprzeciw potrzebom potencjalnych poszkodowanych, niż postanowienia Dyrektywy. Pewne wątpliwości może jednak budzić użyte przez Dyrektywę pojęcie „jakiegokolwiek procedury polubownego rozstrzygnięcia sporów”. Wydaje się, iż pojęcie to powinno być interpretowane przez pryzmat sądu polubownego w rozumieniu art. 123 § 1 pkt 1 KC. Jak wiadomo jest ono rozumiane w relacji do przepisów postępowania zawartych w Części Piątej KPC. Na tym tle wskazuje się, że sąd polubowny to taki organ, który nie ma przymiotu sądu państwowego, a jego kompetencja do rozpoznania sporu opiera się na umowie stron, a nie przepisach prawa. Podnosi się jednak równocześnie, że niezbędna jest określona regulacja prawna, która m.in. przyzna wyrokowi sądu polubownego moc prawną na równi z wyrokiem sądu państwowego.⁴² Z drugiej strony na tle postanowień Dyrektywy pojawiają się wątpliwości, czy pojęcie polubownego rozstrzygnięcia sporów nie powinno być rozumiane szerzej, niż sądu polubownego na tle art. 1154 KPC w zw. z art. 123 § 1 pkt 1 KC. Wydaje się jednak, iż kierując się wymogiem pewności prawa, a także koniecznością

⁴² Tak P. Prus [w:] *Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz*, M. Manowska (red.), Warszawa 2013, s. 1752.

zapewnienia możliwości praktycznego zastosowania przepisów wprowadzonych, jako transpozycja Dyrektywy, należałoby się ograniczyć do rozumienia sądu polubownego ujętego w art. 123 § 1 pkt 1 KC. Przyznać równocześnie należy, iż biorąc pod uwagę szerokie rozumienie tego pojęcia wskazane w Dyrektywie, można mieć co do tego pewne wątpliwości z punktu widzenia realizacji celów Dyrektywy.

Pozostanie przy stanowisku, iż obecne przepisy KC spełniają kryteria postawione przez Dyrektywę w art. 2 pkt 21 nie do końca wydaje się jednak rozwiązywać problem. Biorąc pod uwagę cele Dyrektywy, przez których pryzmat winny być interpretowane działania skutkujące transpozycją, należałoby zastanowić się, czy z tego punktu widzenia, nie byłoby jednak zasadnym wprowadzenie do polskiego prawa instytucji zawieszenia biegu terminu przedawnienia adresowane do przypadków rozpoczęcia przez strony rozmów zmierzających do polubownego zakończenia sporu. Jednym z celów Dyrektywy zawartych w motywie 48 jest dążenie do polubownego kończenia sporów mających za przedmiot naruszenie prawa konkurencji. Jest to także zgodne z praktyką amerykańską, gdzie wskazuje się, iż zdecydowana większość przypadków kończyła się ugodą.⁴³ Zatem fakt, iż podmiot posądzony o naruszenie prawa konkurencji godząc się na rozpoczęcie procedury polubownego rozstrzygnięcia sporów ryzykuje mniej (przedawnienie nie będzie biegło od nowa, ale zostanie zawieszony jedynie na czas trwania tej procedury), może powodować, że będzie on bardziej skłonny do przystąpienia do takiej procedury.

Powyższe względy wydają się jednak nie przemawiać za wprowadzaniem instytucji zawieszenia biegu, skoro prawo polskie przewiduje skutek silniejszy, a kwestia większej skłonności naruszcycieli do przystępowania do polubownego rozstrzygnięcia sporów jest dość wątpliwa. Za takim stanowiskiem przemawiają znaczne trudności, jakie pojawiłyby się w przypadku wprowadzenia wymienionych dwóch instytucji równocześnie. W pierwszej kolejności należałoby określić relacje pomiędzy obecnym art. 123 § 1 pkt 1 KC, a przepisami przewidującymi zawieszenie biegu terminu przedawnienia. To już na pierwszy rzut oka nie wydaje się zadaniem łatwym. W przeciwnym razie, w każdym przypadku przystąpienie stron do procedury polubownego rozstrzygnięcia sporu oznaczałoby przerwanie biegu terminu przedawnienia, a tym samym przepisy o zawieszeniu stałyby się przepisami martwymi. W każdym przypadku należałoby określić jak rozumiane jest pojęcie polubownego rozstrzygnięcia sporów na potrzeby nowych przepisów. Czy będzie to sąd polubowny (arbitraż), mediacja, czy też jakakolwiek forma podjęcia przez strony rozmów bez angażowania sądu

⁴³ Zob. Joshua P. Davis, Robert H. Lande, *Toward an Empirical and Theoretical Assessment of Private Antitrust Enforcement*, (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2132981), s. 3.

powszechnego, jak wydawałoby się chciałby prawodawca unijny? Tyle tylko, iż w tym ostatnim przypadku często nie sposób będzie ustalić, czy w istocie do próby polubownego rozstrzygnięcia sporu doszło, czy też nie. Kierując się zachowaniem pewności prawa, także w zakresie instytucji przedawnienia roszczenia z której w określonych przypadkach może skorzystać podmiot wobec którego kierowane są roszczenia, ponownie wydaje się, iż za procedurę przerywającą lub zawieszającą bieg postępowania winno się uznawać wyłącznie takie metody polubownego rozstrzygnięcia sporów, które przewidziane zostały w przepisach KPC. W przeciwnym razie nie sposób będzie w wielu przypadkach ustalić skutek materialnoprawny w postaci przedawnienia roszczenia.

3. Prawo procesowe

W odniesieniu do przepisów postępowania zwrócić uwagę należy na kilka istotnych elementów, które mają prowadzić do zwiększenia efektywności roszczeń wynikających z naruszenia reguł konkurencji poprzez zastosowanie instrumentów prawa procesowego. Część z nich to nie są instytucje nowe. Dlatego też transpozycja Dyrektywy w tym zakresie będzie jedynie wymagała odpowiedniego dostosowania ich do postępowań w sprawach *private enforcement*. W odniesieniu do pozostałych, nie znajdujących obecnie odzwierciedlenia w prawie polskim, konieczna będzie transpozycja w całości.

a. Przerzucanie nadmiernego obciążenia

W pierwszej kolejności 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. Biorąc pod uwagę wymienione wcześniej przepisy prawa materialnego, możliwość powołania się na przeniesienie nadmiernego obciążenia przez pozwanego nie powinna budzić wątpliwości nawet w braku art. 13 Dyrektywy. 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).⁴⁴ W tym miejscu można zatem zastanowić się, czy w ogóle realizacja celu wskazanego w art. 13

⁴⁴ Zob. także M. Sieńko [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, 449-450.

Dyrektywy wymaga jakichkolwiek działań transpozycyjnych. Biorąc pod uwagę obecny stan prawny wydaje się, iż nie jest to konieczne. Zatem jedynym argumentem istotnie przemawiającym za wprowadzeniem tutaj regulacji jest podniesienie poziomu świadomości prawnej w tym zakresie. Przemawiać za tym może także większa łatwość w korzystaniu z instrumentu, który *explicite* zostanie wymieniony w obowiązujących przepisach. Innym istotnym argumentem może być kwestia ujawnianie dowodów, ale ten postulat może zostać zrealizowany w drodze implementacji pozostałych postanowień Dyrektywy zawartych w jej Rozdziale II.

Wydaje się, iż w pewnym zakresie z podobną sytuacją będziemy mieli do czynienia w przypadku przerzucania nadmiernego obciążenia na nabywcę pośredniego, uregulowanym w art. 14 Dyrektywy. Skoro bowiem powód będzie dochodził roszczenia wynikającego z faktu, iż nadmierne obciążenie zostało na niego przerzucone przez nabywcę bezpośredniego, to kierując się ogólnymi zasadami rozkładu ciężaru dowodu, to na powódzie będzie ciążył dowód wykazania, iż na niego właśnie nadmierne obciążenie zostało przerzucone oraz w jakiej wysokości. Wprowadzenia odpowiednich zmian będzie jednak wymagało ustalenie reguł modyfikujących rozkład ciężaru dowodu, które ustanawiają domniemanie wskazane w art. 14 ust. 2 Dyrektywy. Do wykazania, iż nastąpiło przerzucenie nadmiernego obciążenia na nabywcę pośredniego będzie bowiem wystarczało, aby nabywca pośredni wykazał, że pozwany dopuścił się naruszenia prawa konkurencji, skutkiem tego było obciążenie bezpośredniego nabywcy, jak również powód nabył produkty lub usługi objęte naruszeniem prawa konkurencji lub nabył produkty lub usługi będące pochodnymi produktów lub usług objętych naruszeniem lub je zawierające. Oczywiście również w tej sytuacji, poza wymienionymi przesłankami domniemania, powód będzie musiał wykazać także wysokość przerzuconego nadmiernego obciążenia, gdyż ta nie jest objęta domniemaniem. Będzie to następowało w oparciu o opisane w dalszej części reguły ustalania wysokości szkody i nadmiernego obciążenia. Wymienione wyżej domniemanie jest jednak domniemaniem wrzuszalnym (*praesumptio iuris tantum*), gdyż pozwany może wykazać przed sądem, iż nadmierne obciążenie nie zostało lub nie zostało w całości przerzucone na nabywcę pośredniego. W konsekwencji implementacja Dyrektywy w tym punkcie będzie wymagała wprowadzenia do KPC przepisów ustanawiających kolejny rodzaj domniemania oraz przesłanek warunkujących możliwość powołania się na to domniemanie.

Z powyżej opisanymi zagadnieniami dotyczącymi przerzucania nadmiernego obciążenia związane są również postanowienia art. 15 Dyrektywy dotyczące uwzględniania przez sąd przy rozpatrywaniu sprawy powództw wytaczanych na różnych szczeblach

łańcucha dostaw. Ma to służyć zarówno unikaniu sytuacji wielokrotnego lub zawyżonego zasądzenia odszkodowania, jak braku odpowiedzialności sprawcy szkody. Biorąc pod uwagę treść postanowień Dyrektywy należałoby uznać, iż w tym zakresie to nie strona jest zobowiązana podnieść odpowiednie zarzuty (choć zawsze może to zrobić), ale to na sądzie ciąży obowiązek zadbania o realizację wymienionego celu. Biorąc pod uwagę podnoszone już obecnie trudności z uzyskaniem dostępu do wyroków zasądających odszkodowanie w sprawach *private enforcement*, trudno jest wyobrazić sobie jak ma działać ten mechanizm w praktyce. Transpozycja postanowień Dyrektywy i realizacja jej celów będzie wymagała w tym zakresie nie tylko wprowadzenia odpowiednich przepisów w procedurze, ale przede wszystkim wprowadzenia narzędzia, które pozwalałoby na uzyskanie takiej wiedzy przez sąd. Oczywiście w pewnych przypadkach założyć należy, iż taka okoliczność zostanie podniesiona przez stronę chcącą uniknąć ponoszenia kilkukrotnego odszkodowania z tego samego tytułu. Nie można jednak zakładać, że tak będzie w każdym przypadku i że to zwalnia sąd z realizacji postanowień Dyrektywy wprowadzonych do prawa krajowego. W tym zakresie sąd powinien uwzględnić powództwa związane z tym samym naruszeniem wytaczane na różnych poziomach łańcucha dostaw, wydane orzeczenia w powództwach o odszkodowanie w tych przypadkach, jak również informacje publiczne wynikające z przypadków egzekwowania prawa konkurencji w drodze publiczno-prawnej. Postanowienia Dyrektywy nie precyzują w jaki sposób sąd ma uwzględniać uzyskane w powyższy sposób informacje, jednak kierując się ich celem określonym w art. 15 ust. 1 Dyrektywy uznać należy, iż sąd przy wykorzystaniu obowiązujących zasad odpowiedzialności, w tym reguł ustalania wysokości odszkodowania – także na podstawie postanowień implementowanych z Dyrektywy – powinien zapobiegać zasądzenia wielokrotnego odszkodowania z tego samego tytułu na różnych poziomach obrotu. Biorąc jednak pod uwagę wskazane powyżej trudności nie wydaje się to zadaniem łatwym i można mieć istotne wątpliwości, co do praktycznego funkcjonowania tych zasad. Równocześnie Dyrektywa w art. 15 ust. 2 wskazuje na obowiązki sądów wynikające z art. 30 rozporządzenia Bruksela I,⁴⁵ w zakresie spraw zawisłych przed sądami różnych państw członkowskich, które pozostają ze sobą w związku. W tych przypadkach sąd nadal powinien stosować środki w postaci zawieszenia postępowania lub stwierdzenia braku jurysdykcji w sprawie zawisłej przed sądem innego państwa członkowskiego.

b. Ustalanie wysokości szkody

⁴⁵ Rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22.12.2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. U. L 12 z 16.1.2001, str. 1—23, ze zm.).

Ustalenie wysokości szkody antymonopolowej w postępowaniu z powództwa prywatnego należy do jednych z najbardziej skomplikowanych zagadnień na gruncie prywatnoprawnego wdrażania reguł konkurencji. Dlatego też Dyrektywa, która ma na celu przyczynienie się do rozwoju tej drogi musiała się odnieść także do tego zagadnienia. Głównym przepisem w tym zakresie jest art. 17 Dyrektywy. Wprowadza on konieczność implementowania do prawa krajowego przepisów dających sądom instrumenty ułatwiające ten proces. Biorąc pod uwagę polską procedurę cywilną wydaje się, że nie wszystkie postanowienia Dyrektywy w tym zakresie wymagają szczególnych zabiegów implementacyjnych. Po pierwsze art. 17 ust. 1 Dyrektywy wymaga, 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, że nie są potrzebne dalsze działania implementacyjne.

W celu ułatwienia przeprowadzenia dowodu, co do samego faktu wyrządzenia szkody, Dyrektywa wprowadza kolejne domniemanie. Zgodnie z art. 17 ust. 2 Dyrektywy domniemywa się, że naruszenie przybierająca postać kartelu wyrządza szkodę.⁴⁶ Sama implementacja tego postanowienia nie powinna budzić większych wątpliwości. Jest to domniemanie podlegające wzruszeniu, skoro sprawca naruszenia ma prawo je obalić za pomocą dowodu przeciwnego. Wątpliwości może budzić samo stwierdzenie naruszenia. Tutaj z pomocą przychodzą jednak postanowienia art. 9 Dyrektywy, które wprowadzają moc wiążącą ostatecznych rozstrzygnięć organu ochrony konkurencji lub sądu odwoławczego stwierdzających naruszenie prawa ochrony konkurencji opisane w pkt c poniżej. O ile zatem samo domniemanie co do nastąpienia szkody będzie mogło zostać przez stronę pozwaną obalone, o tyle strona ta nie będzie mogła próbować wykazać przed sądem, iż brak było naruszenia prawa konkurencji. To powoduje, iż kluczową rolę dla ustalenia faktu nastąpienia szkody będzie miało wcześniejsze stwierdzenie faktu naruszenia prawa konkurencji przez pozwanego w postępowaniu antymonopolowym.

Postanowienia Dyrektywy wymagają także wprowadzenia do prawa krajowego przepisów pozwalających na udzielenie sądowi pomocy przez organ antymonopolowy, co do ustalenia wysokości szkody, jednak tylko w sytuacji, gdy organ ochrony konkurencji uzna to

⁴⁶ Jest to domniemanie faktyczne uregulowane w art. 231 KPC. Zgodnie z tym przepisem sąd może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Zob. także M. Sieńko [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, 447-449.

za stosowne. Przyznać należy, iż taka konstrukcja proceduralna może budzić spore wątpliwości, co do faktycznych uprawnień sądu i obowiązków organu ochrony konkurencji. Z brzmienia Dyrektywy wynika, iż ma być to uprawnienie sądu, które jednak w żaden sposób nie będzie skorelowane z odpowiednimi obowiązkami po stronie organu ochrony konkurencji. Motyw 46 Dyrektywy mówi jedynie o stworzeniu możliwości organowi antymonopolowemu. Będzie to zatem uprawnienie słabsze, niż np. wynikające z art. 278 KPC dotyczące dowodu z opinii biegłego, który co do zasady nie może odmówić sporządzenia opinii.⁴⁷ W przypadku ustalenia wysokości szkody antymonopolowej sąd nie będzie władny w żaden sposób wymóc na organie udzielenia pomocy w sytuacjach, kiedy będzie ona niezbędna dla ustalenia szkody. Jest to istotne, gdyż jak wiadomo ustalenie jej będzie w zdecydowanej większości przypadków opierało się na materiale zgromadzonym przez organ ochrony konkurencji w toku postępowania antymonopolowego. O ile zatem samo przyznanie uprawnienia sądowi w przepisach postępowania nie budzi większych wątpliwości, o tyle praktyczna skuteczność tego przepisu zależała będzie od praktyki jego stosowania. Brzmienie Dyrektywy wskazuje na pełną swobodę organu ochrony konkurencji w tym zakresie, choć nie można tracić z oczu celu Dyrektywy, którym jest wsparcie dla sądów w uzyskaniu pomocy ze strony organu antymonopolowego w konkretnych przypadkach. Z tego punktu widzenia wydaje się, iż organ antymonopolowy nie ma tutaj pełnej swobody i może odmówić udzielenia pomocy jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach.

c. Związanie sądu decyzją organu antymonopolowego

Związanie sądu decyzją organu antymonopolowego było od dawna przedmiotem dyskusji, jako jeden z najistotniejszych elementów, mających na celu ułatwienie dochodzenia roszczeń na drodze prywatnoprawnej. Nie jest to także zagadnienie nowe na gruncie prawa polskiego, gdzie problem związania sądu decyzją administracyjną był już badany przez sądy, w tym Sąd Najwyższy. W konsekwencji wypracowana została reguła zgodnie z którą sąd jest związany ostateczną decyzją wydaną przez organ administracji.⁴⁸ To powoduje, iż także implementacja odpowiednich postanowień Dyrektywy nie powinna napotkać na istotne trudności. Przyjęcie rozwiązania wskazanego w art. 9 ust. 1 Dyrektywy oznacza, że nie przybierze ono postaci domniemania, ale ma być uznane za dowiedzione. Oznacza to również, iż sąd nie może w tym zakresie dopuścić dowodu przeciwnego, co do samego faktu naruszenia

⁴⁷ W ślad za art. 280 KPC oraz art. 287 KPC biegły nie może bezpodstawnie odmówić sporządzenia opinii. Naruszenie obowiązków przez biegłego jest zagrożone sankcją grzywny. Por. Zob. także M. Sieńko [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, 490 oraz 495.

⁴⁸ Zob. m.in. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9.10.2007 r. (III CZP 46/07); wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.12.2009 r. (I CSK 175/09); wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie w sprawie VII SA/Wa 759/09 z dnia 10.09.2009 r.

prawa konkurencji. Dyrektywa wymaga także, aby rozstrzygnięcie to miało, co najmniej moc domniemania faktycznego w postępowaniach toczących się przed sądami w innych krajach członkowskich. W tym drugim przypadku domniemanie to będzie podlegało obaleniu i ocenie w powiązaniu z innymi dowodami powołanymi przez strony (art. 9 ust. 2 Dyrektywy). Pomimo istnienia wymienionej wcześniej linii orzeczniczej dotyczącej związania sądu decyzją administracyjną, transpozycja wymienionego postanowienia Dyrektywy i wyrażenie jej wprost wydaje się konieczne. Rozwieje to wątpliwości, które mogłyby występować na tle tego zagadnienia w kontekście roszczeń opartych na naruszeniu reguł konkurencji.

d. Polubowne rozstrzygnięcie sporów a bieg postępowania

Dyrektywa w art. 18 ust. 2 wymaga wprowadzenia do prawa krajowego przepisów, które będą skutkowały wpływem na przebieg postępowania w przypadku rozpoczęcia przez strony procedury polubownego rozstrzygnięcia sporów. Zgodnie z tym przepisem, bez uszczerbku dla przepisów prawa krajowego w sprawach arbitrażu państwa członkowskie zapewniają, aby sądy krajowe rozpoznające powództwo o odszkodowanie mogły zawiesić postępowanie na okres do dwóch lat, jeżeli strony tego postępowania biorą udział w polubownym rozstrzygnięciu sporu w sprawie roszczenia objętego tym powództwem. Co do samego pojęcia polubownego rozstrzygnięcia sporów należy odwołać się do wcześniejszych uwag. Z brzmienia postanowień Dyrektywy wynika, iż będzie to uprawnienie sądu, z którego sąd będzie mógł skorzystać zarówno na wniosek strony, jak i działając z urzędu po powzięciu informacji o wszczęciu procedury polubownego rozstrzygnięcia sporów. Z kolei odwołując się do art. 178 KPC wskazać należy, iż sąd może zawiesić postępowanie na zgodny wniosek stron. O ile wymienione zawieszenie postępowania ma charakter fakultatywny, o tyle przyjmuje się, że zawieszenie postępowania jest zwłaszcza celowe w przypadku, gdy ma ono umożliwić stronom podjęcie rozmów w celu ugodowego rozstrzygnięcia sporu.⁴⁹ Także biorąc pod uwagę cel Dyrektywy wyrażony w motywie 48, a zatem preferencje przyznane polubownej drodze rozstrzygnięcia sporów, jak i odwołując się do praktyki, gdzie większość sporów kończy się ugodą wydaje się, iż sąd nie powinien odmawiać zawieszenia postępowania zwłaszcza na zgodny wniosek stron prowadzących rozmowy ugodowe. W tym zakresie Dyrektywa nie wprowadza zatem żadnej istotnej zmiany. Istotna jest natomiast zmiana w zakresie terminu zawieszenia postępowania. Dyrektywa wskazuje w tym zakresie na okres do 2 lat, natomiast z postanowień art. 181 § 2 KPC wynika, iż sąd nie może zawiesić

⁴⁹ Zob. E. Stefańska, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 327.

postępowania na okres dłuższy niż 1 rok.⁵⁰ Zatem w tym zakresie transpozycja Dyrektywy niesie ze sobą istotną zmianę.

III. Podsumowanie

Niniejsze opracowanie ze zrozumiałych względów nie mogło objąć wszystkich postanowień Dyrektywy wymagających implementacji do prawa krajowego. Wybranych zostało tych kilka zdaniem autora najważniejszych, za wyjątkiem dostępu do informacji, który wymaga szczegółowego, odrębnego omówienia z uwagi na złożoność materii. Spośród tych, które zostały omówione z perspektywy implementacji wyróżnić można trzy kategorie. Pierwsza z nich to przepisy Dyrektywy, które biorąc pod uwagę jej cel już znajdują się w prawie krajowym, a w konsekwencji nie wymagają szczególnych zabiegów implementacyjnych. Przykładem może być uprawnienie sądu do szacowania szkody. Druga grupa to te postanowienia, które wymagają implementacji, jednak nie powinna ona napotykać na szczególne trudności zarówno w sferze działań implementacyjnych, jak i późniejszej praktyce stosowania. Do tego rodzaju postanowień należy związanie sądu ostateczną decyzją organu antymonopolowego. W tym miejscu pojawia się trzecia grupa postanowień Dyrektywy, czyli te przepisy, w przypadku których zarówno sama implementacja nie będzie łatwa, jak i późniejsze stosowanie. Do tej grupy należą postanowienia nakładające na sąd obowiązek podejmowania działań zapobiegających kilkakrotnemu zasądzeniu odszkodowania na różnych poziomach łańcucha dostaw z tego samego tytułu. Dostęp sądu do informacji o toczących się postępowaniach lub orzeczeniach na różnych szczeblach łańcucha dostaw może być tutaj istotnym utrudnieniem.

Biorąc powyższe pod uwagę podkreślić należy, iż o ile przeprowadzony został cały szereg analiz dotyczących możliwości prywatnoprawnego dochodzenia roszczeń wynikających z prawa konkurencji w poszczególnych krajach, o tyle brak jest analiz wskazujących na możliwość implementacji postanowień Dyrektywy do przepisów prawa krajowego i przeszkód występujących w tym zakresie. To powoduje, iż nie tracąc z oczu celu Dyrektywy, jej transpozycja może być procesem składającym się z szeregu prób i błędów. Skutkiem tego moment właściwej implementacji, a w konsekwencji istotnego zwiększenia skuteczności *private enforcement* może okazać się dość odległy.

⁵⁰ Zob. także *Ibidem*, s. 328.