



# MŁODY JURYSTA

STUDENCKI KWARTALNIK NAUKOWY

Nr 1/ marzec / 2014  
31.03.2014 r.

Hominis mens discendo alitur et cogitando.

- Cynceron



UNIwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego  
Wydział Prawa i Administracji

*Kolegium Redakcyjne*

Paweł Izdebski – student WPiA UKSW

Małgorzata Judkiewicz - studentka WPiA UKSW

Kamila Walaszczyk – studentka WPiA UKSW

*Opiekun naukowy*

Prof. dr hab. Marek Michalski

*Recenzenci*

Prof. dr hab. Marek Michalski, Dr hab. Piotr Zapadka, Dr hab. Grażyna Szpor,  
Dr Michał Będkowski – Kozioł, Dr Marcin Białecki, Dr Krzysztof Buk, Dr Aleksandra Gawrysiak –  
Zabłocka, Dr Marek Jeżewski, Dr Ewa Skibińska, Dr Tomasz Szczerkowski, Dr Marcin Wielec,  
Mgr Łukasz Gołąb, Mgr Nikodem Muszyński, Mgr Mariusz Stanik, Mgr inż. Krzysztof Światała

*Projekt okładki i grafika*

Damian Krasnodębski – WA PB

*Adres Redakcji*

Młody Jurysta  
Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego  
Wydział Prawa i Administracji  
ul. Wóycickiego 1/3 bud. 17  
01-938 Warszawa

[www.wpia.uksw.edu.pl/node/3147](http://www.wpia.uksw.edu.pl/node/3147)

e-mail: [mlodyjurysta@gmail.com](mailto:mlodyjurysta@gmail.com)

**ISSN 2353- 1185**

**Warszawa 2014**

## SPIS TREŚCI

<b>Słowo wstępne</b> .....	str. 4
----------------------------	--------

## ARTYKUŁY

**Monika Brzeska**

<i>Podstawowe zagadnienia Integralnej Teorii Prawa R. Dworkina</i> (The basic assumptions of R. Dworkin's conception of Law as Integrity).....	str. 5
---	--------

**Katarzyna Iwanicka**

<i>Firmanctwo działalności gospodarczej</i> (Trading under someone else's name as a tax fraud).....	str. 11
--	---------

**Mateusz Jaworski**

Kilka uwag na temat koncepcji kolektywnej pozycji dominującej (Some remarks on the concept of collective dominance).....	str. 17
---	---------

**Magdalena Polak**

<i>Ulga na złe długi</i> (Bad debt tax relief).....	str. 53
--	---------

## GLOSZY

**Monika Brzeska**

<i>Krytyczna glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 lipca 2012 r. (II AKa 225/12)</i> (Gloss to the Judgment of Appellate Court in Katowice, 12.07.2012, II Aka 225/12).....	str. 60
---	---------

**Katarzyna Kowalczyk**

<i>Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 15.4.2010r. (II CSK 526/09)</i> (A critical commentary on the Supreme Court's judgment of 15 April 2010, II CSK526/09).....	str. 68
--	---------

<i>O Autorach</i> .....	str. 78
-------------------------	---------

Szanowni Czytelnicy,

Już po raz trzeci mamy zaszczyt oddać w Państwa ręce Studencki Kwartalnik Naukowy „Młody Jurysta”, który powstał z myślą o młodych ludziach, posiadających ambicje naukowe i chcących je rozwijać. Pragniemy tym samym wyrazić ogromną radość i zadowolenie, że nasze pismo spotkało się z tak dużym zainteresowaniem zarówno wśród studentów jak i zacnego grona naukowego. To dzięki Wam możemy dzisiaj wydać trzeci, a w przyszłości mamy również nadzieje, że następne numery Kwartalnika.

W trzecim numerze znajdziecie Państwo m.in. komentarze dotyczące orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz Sądu Apelacyjnego w Katowicach z zakresu odpowiednio prawa spółek handlowych oraz prawa karnego, a także artykuły podejmujące problematykę szeroko pojętego prawa finansowego, prawa ochrony konkurencji oraz teorii prawa, których autorami są studenci Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

Wszystkim, którzy wspierali nas w przygotowaniu naszego pisma, począwszy od momentu pomysłu, aż po fazę realizacji, jesteśmy wdzięczni. Bez Waszych uwag, życzliwej i krytycznej lektury oraz poświęconego przez Was czasu to czasopismo nie mogłoby powstać.

Warszawa, marzec 2014 r.

*Kolegium Redakcyjne:*

Paweł Izdebski

Małgorzata Judkiewicz

Kamila Walaszczyk

Monika Brzeska

## Podstawowe zagadnienia Integralnej Teorii Prawa R. Dworkina

**The article discusses the basic assumptions underlying R. Dworkin's concept of "Law as Integrity". The key issues are analyzed by being contrasted with an opposing approach to law, namely the legal positivism represented by H. L. A. Hart. In addition, the author reconstructs the distinction between what Dworkin calls a right "in the strong sense" and "in the weak sense". Finally, the approach toward the notion of civil disobedience and the role of state in dealing with it are examined.**

Celem niniejszej publikacji jest mówienie podstawowych założeń integralnej teorii prawa wypracowanej przez R. Dworkina. Punktem wyjścia analizy tez w niej zawartych będzie skontrastowanie ich z tezami krytykowanej przez autora teorii – legalizmu prawniczego. Następnie omówione zostanie rozróżnienie między zasadami i regułami, które stanowi bazę dworkinowskiej filozofii prawa. Podjęty zostanie również temat obywatelskiego nieposłuszeństwa i stanowiska jakie (wg wspomnianego autora) powinno obierać państwo.

Ronald Dworkin, będący jednym z najwybitniejszych współczesnych filozofów prawa, zbudował swoją koncepcję na krytyce powojennego tzw. miękkiego pozytywizmu prawniczego<sup>1</sup>, którego czołowym reprezentantem był Herbert Hart. Dla celów polemiki Dworkin zrekonstruował główne założenia krytykowanej przez niego teorii, które można sprowadzić do trzech tez<sup>2</sup>:

1. Prawo stanowi zamknięty system reguł o granicach wyznaczanych przez regułę uznania, badającą normy pod względem ich pochodzenia.
2. W *hard cases* sędzia sięga poza system prawa, kreując nową normę prawną.
3. Prawa i obowiązki istnieją jedynie na mocy konkretnych regulacji prawnych.

---

<sup>1</sup> L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003.

<sup>2</sup> R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 47- 53.

Oprócz krytyki tych trzech założeń na integralną czy też interpretacyjną teorię prawa Dworkina składa się również szereg konceptów, dotyczących tzw. obywatelskiego nieposłuszeństwa czy rozdziału prawa i moralności. Poniższy opis założeń filozofa powinien oddać sens jego integralnej teorii prawa.

Pierwszą tezę, którą poddaje w wątpliwość Dworkin, jest koncepcja Harta, zgodnie z którą Hart przypisuje regule uznania postać pewnego zbioru przekonań podzielanych przez wszystkich urzędników, wyznaczających kryteria uznawania określonych wypowiedzi za prawo. Tak sformułowana teza o istnieniu powszechnego sprawdzianu dla prawa staje się głównym obiektem rozwijanej przez Dworkina krytyki pozytywistycznej teorii legitymizacji. Posługując się szeregiem przykładów, wykazuje on, że istnienie jakiegokolwiek reguły społecznej (jako pewnego wzoru zachowania uznawanego i respektowanego przez wszystkich członków danej społeczności) – a więc i reguły uznania – jest wyłącznie fantazmatem, który nie może służyć opisowi funkcjonowania prawa w praktyce.<sup>3</sup> Odrzucenie reguły uznania nie prowadzi jednak Dworkina do przyjęcia alternatywnej dla pozytywizmu koncepcji, tj. prawa natury. Konstruuje on własną teorię, zwaną również „trzecią teorią prawa”. Wedle tej teorii legitymizacja prawa jest wynikiem szeregu złożonych operacji myślowych, w których sędzia, interpretując dostępny mu materiał normatywny, ustala uprawnienia i obowiązki stron, jedynie „odkrywając” je – nie zaś „kreując”, jak określiliby to pozytywwiści. Dojście do takiego wniosku poprzedzone jest stworzeniem przez Dworkina nowatorskiej tezy, która zakłada, że prawo jest systemem zasad i reguł, i dopiero dzięki odkryciu mechanizmu, który między tymi dwoma zbiorami zachodzi, sędzia może stosować prawo w sposób słuszny. Różnica między tymi dwoma zbiorami osadza się na tym, że reguły stosuje się na zasadzie „wszystko albo nic” (*all-or-nothing fashion*) – jeżeli zaistnieje sytuacja odpowiednia do jej zastosowania, wówczas należy przyjąć podyktowane przez nią rozstrzygnięcie; natomiast gdy taka sytuacja nie zachodzi, dana reguła nie znajduje żadnego zastosowania i wcale nie wpływa na podejmowaną decyzję.<sup>4</sup>

Druga część dworkinowskiego pojmowania prawa jako systemu zasad i reguł opisuje te właśnie zasady. Należy w tym miejscu dodać, że zasady nie eliminują reguł, ale je wspomagają – ich rola ujawnia się, gdy reguły do rozstrzygnięcia sprawy nie wystarczają.

<sup>3</sup> R. Dworkin, *op. cit.*, s. 101–135.

<sup>4</sup> *Ibidem*, s. 60.

Autor wyraża opinię, iż zasady (w przeciwieństwie do reguł) charakteryzuje stopniowalność. W danym przypadku istnieje możliwość uznania za właściwe dwóch lub więcej zasad, nawet jeśli byłyby one ze sobą sprzeczne. Co więcej, można je stosować w stopniu mniejszym lub większym. Istnieje możliwość zhierarchizowania ich, ale zawsze *in concreto*, gdyż w danej sytuacji większa ich liczba może wchodzić ze sobą w interakcje a decyzja statuująca, która z nich w większym stopniu zasługuje na uznanie, nie może być podejmowana abstrakcyjnie. Ponadto reguły mają charakter pozaprawny<sup>5</sup> – istnieją w normatywnej strukturze społecznej, nie są sformalizowane. W związku z tym, że zakresy zasad krzyżują się, one same nie determinują rezultatów, jak również nie stanowią automatycznie bezpośredniej podstawy odpowiedzialności prawnej<sup>6</sup>. Jedną z ich najważniejszych cech jest także to, że obowiązują ze względu na sprawiedliwość, uczciwość czy inne aspekty moralności.

W tym właśnie miejscu pojęcie zasad prawa stapia się z drugą wyżej przytoczoną tezą pozytywizmu, a mianowicie ze stwierdzeniem, iż w tzw. *hard cases* sędzia sięga poza system prawa, kreując nową normę prawną. Pozytywiści twierdzą, że prawo stanowi zamknięty system reguł, zatem wraz z pojawieniem się zachowania podlegającego prawnej ocenie, przy jednoczesnym braku norm sankcjonujących dane przestępstwo, sędzia ma swobodne uznanie co do możliwości ukształtowania sytuacji tego człowieka. Rozumieli przez to uprawnienie sędziego do stworzenia nowej normy prawnej i następczego zaaplikowania jej do przedmiotowej sprawy. Z perspektywy pozytywisty jest to jedyne logiczne rozwiązanie, gdyż z uwagi na „skończoność” prawa szukanie innych źródeł norm niż te określone *expressis verbis* w przepisach jest niedopuszczalne. W przypadku luki, należy zatem niezbędną normę stworzyć. Dla Dworkina taka sytuacja jest nie do przyjęcia z rozlicznych powodów. Po pierwsze jest to sprzeczne z elementarną zasadą *lex retro non agit*, która *de facto* zostałaby zrealizowana, gdyby sędzia postępował zgodnie ze swobodnym uznaniem. Dworkin posługuje się wspaniałą metaforą dla wykazania bezsensowności utrzymywania, iż sędziemu przysługuje możliwość orzekania zgodnie ze swobodnym uznaniem. Porównuje on swobodne uznanie do otworu w pączku angielskim<sup>7</sup> – wolny obszar jest bardzo ograniczony, dziura zewsząd otoczona ciastem. Sędzia również – podlega określonym standardom m.in.: racjonalności, efektywności i moralności. Odnosząc się z kolei do koncepcji prawa jako

<sup>5</sup> J. Woleński, *Integralna teoria prawa Ronalda Dworkina*, Warszawa 1998.

<sup>6</sup> “(...) principles are legally binding, but they never determine a result”, P. Gaffney, *Ronald Dworkin on Law as Integrity. Rights as Principles of Adjudication*, Mellen University Press 1996:, s. 57.

<sup>7</sup> R. Dworkin, *op. cit.*, s.73.

zbioru reguł i zasad, Dworkin twierdzi, że zbiór ten może dyktować rezultat. Sędzia przecież zna zasady, które należałoby w danej sprawie wziąć pod uwagę; powinien również potrafić zważyć, która i w jakim stopniu powinna znaleźć zastosowanie<sup>8</sup>. Dworkin trwa zatem w przekonaniu, iż nie tylko nie może być mowy (na poziomie orzekania) o wolnym uznaniu sędziego, ale i że istnieje tylko jedno trafne rozstrzygnięcie, do którego sędzia może dotrzeć w sposób racjonalny<sup>9</sup>.

Nawiązując z kolei do trzeciej tezy pozytywistów statuującej zasadę, że prawa i obowiązki istnieją jedynie na mocy konkretnych regulacji prawnych, należałoby stwierdzić, że według Dworkina zasady zostały włączone w system prawa uprzednio. Uprawnienia tkwią w normatywnej strukturze społecznej. Tytuł jego książki *Biorąc prawa poważnie* nie jest przypadkowy, chodzi mu właśnie o poważne traktowanie praw jednostki, szczególnie w aspekcie równości<sup>10</sup>. Analizuje on argumenty, jakimi posługują się konserwatyści i liberałowie przy dyskusji o prawie obywatela do „nieprzestrzegania prawa i kierowania się sumieniem, jeśli jest ono w konflikcie z obowiązkiem”<sup>11</sup>. Konserwatyści uznają, że ludzi zachowujących się z ten sposób należy piętnować, gdyż nie można tolerować braku poszanowania prawa. Takie zachowanie może bowiem zachęcić innych do nieposłuszeństwa. Liberałowie natomiast utrzymują, że powód, dla którego należy dawać posłuch obowiązującym przepisom jest taki, że są one słuszne. Dworkin rozprawia się szybko z obiema argumentacjami, zarzucając im przewrotność i sprzeczność: uznanie, że istotnie, obywatele mają prawo do łamania prawa ze względu na przekonania, ale że należy ich karać dla przykładu jest hipokryzją; natomiast kwestia słuszności przy ocenie czyichś przekonania czy sumienia nie powinna w ogóle być podnoszona.

Dworkin optuje również za użytecznym rozróżnieniem prawa [right] do zrobienia czegoś, co niekoniecznie jest słuszne, ale zabranianie tego nie jest potrzebne (np. hazard); od prawa do zrobienia czegoś słusznego lub przynajmniej czegoś nie niesłusznego [a right thing to do]. Można zatem mieć prawo do robienia czegoś niesłusznego [having a right to do not a

---

<sup>8</sup> “But in a broader understanding of the term, Dworkin argues, principles do “determine” results insofar as officials must consider relevance and weight”, P. Gaffney, op. cit.

<sup>9</sup> J. Woleński, op. cit.

<sup>10</sup> “I assume that a government has a responsibility of equal concern for all those subject to its dominion”.  
R. Dworkin’s comment on his page ://www.justiceforhedgehogs.com.

<sup>11</sup> R. Dworkin, op. cit., s. 338.



right thing] – silne znaczenie, jak i prawo do robienia czegoś słusznego – słabe znaczenie). Dworkin uznaje prawo do nieposłuszeństwa w silnym sensie, gdy przepisy w sposób niesłuszny naruszają jego prawa względem rządu.<sup>12</sup> Dzieje się tak wtedy, kiedy rząd argumentuje ograniczenia swobód obywatelskich, powołując się na ogólną użyteczność, tj. wytworzenie większej liczby korzyści niż szkód (najczęściej przejawia się to przyniesieniem korzyści większej liczbie obywateli); albo gdy uzasadnia to argumentując, że niczemu nie zaszkodziłoby istnienie takiego (ograniczającego) prawa. Następnie poddawana jest analizie kwestia „praw konkurencyjnych”, których współistnienie jest (według konserwatystów) niemożliwe i usprawiedliwia ograniczenie jednego z nich. Dworkin dowodzi jednak, że w istocie jest to „prawo większości do egzekwowania przez nią przepisów, lub prawa większości społeczeństwa do utrzymania takiego poziomu porządku i bezpieczeństwa, jakiego ono sobie życzy.”<sup>13</sup> Takie działanie jest z natury niesprawiedliwe, gdyż mniejszość, która z oczywistych względów jest słabsza, zasługuje na tym szerszą ochronę ze strony większości. Innym argumentem podnoszonym przez oponentów jest to, iż rządowi wolno ograniczać prawa osobiste obywateli w celu przeciwdziałania szkodzie społecznej. Dworkin zaznacza jednak, że to niebezpieczeństwo musi spełniać przesłankę realności, bezpośredniości i wagi; w przeciwnym razie każdego typu potencjalność będzie mogła być powodem ograniczenia uprawnień. Należy zatem uprzednio „pomnożyć wielkość zła przez prawdopodobieństwo jego zaistnienia”<sup>14</sup>.

Ostatnim aspektem jest analiza tzw. praw kontrowersyjnych. Chodzi o sytuację, gdy prawo/uprawnienie dostępne zbyt szeroko narażałoby społeczeństwo na niebezpieczeństwo lub niemal automatycznie godziło w inne prawa/uprawnienia obywatelskie. Dworkin przedstawia trzy argumenty przywoływane przez jego przeciwników dla uzasadnienia ograniczania praw obywatelskich. Chodzi mianowicie o sytuacje, gdy:

- 1.) zagrożona jest tylko mało istotna/ograniczona postać danej wolności,
- 2.) umożliwienie korzystania z wolności w pełni naruszyłoby konkurencyjne prawo,
- 3.) koszt społeczny wzrósłby w wysokim stopniu.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 346.

<sup>13</sup> *R. Dworkin, op. cit.*, s. 350.

<sup>14</sup> Sędzia Learned Hand.

Przy kontrargumentacji pierwszej tezy Dworkin posługuje się przykładem amerykańskiej ustawy antyzamieszkowej, przewidująca karanie za odwołujące się do emocji przemówienia, w których głoszone by, że przemoc jest niekiedy uzasadniona, przez co nawoływano by do zamieszek. Autor stoi na stanowisku, iż człowiek nie może wyrażać swoich opinii w sposób swobodny/pełny, gdy nie wolno mu samodzielnie dobierać odpowiedniej formy. Nawiązując punktu drugiego Dworkin poddaje w wątpliwość istnienie takiej różnicy w wadze poszczególnych praw, która sprawiałaby, że niektóre całkowicie przestają się liczyć w konfrontacji z innymi. Odnosząc się natomiast do znacznych społecznych kosztów, autor wykazuje, że związki przyczynowo-skutkowe są w przeważającej części bardzo zagmatwane, szczególnie jeśli mowa o wpływach długoterminowych, na wielu członków społeczeństwa, przy jednoczesnej niemożności wyizolowania jednych przyczyn od drugich. Nie można również zgodzić się na argumenty utylitarystyczne jak ten, że ograniczenie wolności pomaga radzić sobie z szeregiem problemów najtaniej bądź w sposób najbardziej poprawny politycznie. Końcowe stwierdzenie jest zarówno swego rodzaju przestrożą – prawo zasadniczo wyraża poglądy większości (szczególnie w takich kwestiach jak polityka społeczna, gospodarcza czy zagraniczna) i w związku z tym nie może ze swojej natury być neutralne. I wobec tego stanu rzeczy instytucja praw/wolności obywateli ma fundamentalne znaczenie, bo jest szczególnego rodzaju przyrzeczeniem silniejszych, że godność i równość będzie szanowana<sup>15</sup>.

W ramach ogólnej filozoficznej refleksji nad prawem, Dworkin ma jego „jedną, centralną wizję” podporządkowaną „jednej, powszechnej, organizującej zasadzie”. Proponuje konsekwentne traktowanie prawa jako idei moralnej oraz uznanie nierozzerwalności ucieleśnionych w nim wartości, których treść i wzajemne związki ustala się w drodze interpretacji. W rezultacie „wartości” i „interpretacja” stanowią dwa centralne pojęcia, wokół których ogniskuje się myślenie Dworkina.

---

<sup>15</sup>R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press 2011, s. 327- 417

Katarzyna Iwanicka

## Firmanctwo działalności gospodarczej

**As an individual, corporation or trust, one can conduct business under their own name or under a trade name. But it must always reveal the real taxpayer, who is trading, because using someone else's house during running a business to avoid paying taxes is fraud and it is illegal. Taxpayers should pay no more or no less than the tax or fees owed, and the majority of them seek to pay their fair share of taxes to fund the obligatory services they receive from the state.**

1. Pojęcie firmanctwa w prawie polskim.
2. Przesłanki odpowiedzialności. Schemat zjawiska.
3. Omówienie firmanctwa na przykładzie stanu faktycznego (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z 21.5.2009 r., I SA/Bk 87/09)
4. Podsumowanie
5. Summary

### 1. Pojęcie firmanctwa w prawie polskim.

Podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej, zgodnie z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej z 2.7.2004 (Dz. U. z 2013 r. poz. 672), dalej: SDGU, odbywa się we własnym imieniu (odnosi się to ściśle do pojęcia przedsiębiorcy – art. 4 SDGU). Wnioskując *a contrario* – nie w cudzym. Ten zapis akcentuje samodzielność i niezależną pozycję, jaką zajmuje przedsiębiorca w stosunkach gospodarczych, ale jest również wyrazem bezpośredniości praw i obowiązków wynikających z prowadzenia przez dany podmiot działalności gospodarczej. Przeważnie, ale nie zawsze, możemy postawić znak równości pomiędzy pojęciami przedsiębiorcy wykonującego działalność we własnym imieniu

oraz przedsiębiorcy wykonującego działalność na własny rachunek. Przykładową sytuacją jest prowadzenie działalności gospodarczej w ramach wolnego zawodu we własnym imieniu i na własny rachunek – art. 19 SDGU nakłada na przedsiębiorcę obowiązek zapewnienia wykonywania czynności, co do których niezbędne są odpowiednie uprawnienia zawodowe, bezpośrednio przez osobę legitymującą się posiadaniem takich uprawnień zawodowych – gdy przedsiębiorca wykonujący wolny zawód nie zatrudnia pracowników, musi osobiście legitymować się takimi kwalifikacjami. Z drugiej strony, osoby wykonujące działalność gospodarczą w cudzym imieniu nie uzyskują statusu przedsiębiorcy – wspólnicy spółek prawa handlowego (nie spółki cywilnej), prokurenci, organy osób prawnych, syndycy<sup>16</sup>.

1.1 Pojęcie firmanctwa nie występuje w języku prawnym, ale jest tworem języka prawniczego. W obecnym uregulowaniu prawnym ujęte jest w art. 113 Ordynacji podatkowej z 29.8.1997 r. (Dz. U. z 2012 r. poz. 749), dalej: OP, i penalizowane przez art. 55 Kodeksu karnego skarbowego z 10.9.1999 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 186), dalej: KKS. Pod pojęciem tym rozumie się sytuację, w której podatnik – firmant – w różnym celu ukrywa prowadzoną przez siebie działalność gospodarczą, używając do tego firmy innego podmiotu – firmującego (czyli nie prowadzi działalności we własnym imieniu, ale wykorzystuje do tego cudzą firmę).

## 2. Przesłanki odpowiedzialności. Schemat zjawiska.

Do elementów konstytutywnych firmanctwa należą:

- i. Prowadzenie działalności posługując się firmą innego podmiotu, z zamiarem zatajenia prowadzenia działalności gospodarczej lub rzeczywistych jej rozmiarów
- ii. Zgoda tego podmiotu na korzystanie ze swojej firmy
- iii. Powstanie zaległości podatkowych

Przesłanki te muszą występować kumulatywnie.

2.1. Prowadzenie działalności gospodarczej posługując się imieniem i nazwiskiem, nazwą lub firmą innej osoby, nie zawsze jest traktowane jako firmanctwo, ponieważ kodeks cywilny z 23.4.1964 r. (Dz. U. z 2014 r. poz. 121), dalej: KC, w art. 43<sup>9</sup> § 2 zezwala na upoważnienie innego przedsiębiorcy do korzystania z firmy, pod warunkiem, że nie

---

<sup>16</sup> R. Hausner, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, *Publiczne prawo gospodarcze, System Prawa Administracyjnego* tom 8A, Warszawa 2013, s. 219-221.

wprowadza to w błąd. Lakoniczne sformułowanie kodeksowe pozostawia wiele niejasności, natomiast w doktrynie słusznie podnosi się jako przykłady takiego upoważnienia umowy licencyjne, umowy franchisingowe czy umowy dzierżawy praw<sup>17</sup>. Prowadzenie działalności gospodarczej rozumie się tutaj szeroko – zarówno jako rozpoczęcie nowej działalności, jak i rozszerzenie już istniejącej.

2.2. Przesłanka wprowadzenia w błąd dotyczy faktu, iż firma musi być utożsamiana z jednym przedsiębiorcą m. in. w celu zapewnienia pewności obrotu. Rozpatrywanie potencjalnego błędu przeprowadzane jest z punktu widzenia przeciętnego odbiorcy i obejmuje całokształt oceny budowy firmy przedsiębiorców upoważnionego i upoważniającego. Pomyłkom można zapobiec wprowadzając dodatki odróżniające (niekiedy wymagane ex lege – np. art. 43<sup>4</sup> KC – firmą osoby fizycznej jest jej imię i nazwisko, więc upoważniając osobę fizyczną do korzystania z firmy przedsiębiorstwa, firmy nadal będą się dostatecznie odróżniać z uwagi na wymóg ustawowy wprowadzenia do firmy osoby fizycznej jej imienia i nazwiska). Zamiar zatajenia prowadzenia lub rzeczywistych rozmiarów działalności należy do sfery przeżyć wewnętrznych i, co za tym idzie, jest trudny do udowodnienia<sup>18</sup>.

2.3 Zgoda podmiotu na korzystanie z firmy jest ściśle powiązana z poprzednią przesłanką. Brak zgody podmiotu firmującego bez wątpienia wyłącza zaistnienie firmanctwa. Pojęcie zgody jest interpretowane na gruncie prawa karnego (zgoda dysponenta dobrem jako kontratyp, według zasady *volenti non fit iniuria*). Nie musi być ona wyrażona w konkretnej formie, wystarczy sama świadomość podmiotu firmującego korzystania z firmy, godzenie się na to. Istotne jest natomiast, by zgoda była wyrażona dobrowolnie i w stanie niewyłączającym swobodne i świadome składanie oświadczeń woli. Firmujący, co wynika z istoty firmanctwa – pomaga firmowanemu lub co najmniej współdziała z nim w tym procederze. Choć faktycznie nie prowadzi on działalności gospodarczej, podejmować może czynności, które w kontaktach z osobami trzecimi i organami stwarzają pozór, że w istocie ją prowadzi na własny rachunek<sup>19</sup>. Przy sytuacji, gdzie firmującym jest osoba fizyczna, wyrażenie zgody należy do tej osoby, natomiast kiedy firmującą jest osoba prawna, zgodę musi wyrazić właściwy jej organ, uprawniony do składania oświadczeń woli w imieniu tej osoby prawnej –

<sup>17</sup> K. Osajda, Kodeks cywilny. Komentarz, art. 43<sup>9</sup>, wyd. 7, Warszawa 2013, Legalis.

<sup>18</sup> L. Paprzycki, Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej. System Prawa Karnego, Warszawa 2013, s. 84-86.

<sup>19</sup> NSA, wyrok z 23.4.2009 r., sygn. akt: I FSK 285/08.

przykładowo, gdyby firmującą była spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, byłby to zarząd<sup>20</sup>, zgodnie z art. 201 § 1 kodeksu spółek handlowych z 15.9.2000 r., (Dz. U. z 2013 r. poz. 1030), dalej: KSH.

2.4. Art. 113 OP znajduje się w rozdziale 15 „Odpowiedzialność osób trzecich”, dotyczy więc odpowiedzialności osoby trzeciej za zaległości podatnika. Można wyprowadzić z tego wniosek, że firmantem może być tylko podatnik. Konsekwencją firmanctwa będzie zatem powstanie odpowiedzialności po stronie firmującego jako osoby trzeciej za zaległości podatnika (firmanta) powstałe w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej. Jest to odpowiedzialność solidarna, ograniczona kwotowo, osobista. Zatajenie źródeł przychodu w takiej sytuacji jest powiązane z dążeniem do unikania opodatkowania, rozumianego jako unikania kumulacji dochodów lub innych konsekwencji uzyskania przychodu.

2.5 Ustawowy termin „zaległości podatkowe” należy w świetle art. 51 OP rozumieć jako wszystkie niezapłacone w terminie podatki, natomiast z treści art. 113 OP wynika dodatkowa przesłanka – zaległości podatkowe muszą być związane z prowadzoną przez firmanta działalnością gospodarczą (to „związanie” nie zostało doprecyzowane przez ustawodawcę i pozostawia szerokie pole do interpretacji w doktrynie i orzecznictwie). Powstanie zobowiązania podatkowego, a następnie ewentualnej zaległości podatkowej jest uzależnione od zaistniałego obowiązku podatkowego (na który składa się określony stan faktyczny – podmiot, czyli ten, kto jest zobowiązany do zapłaty podatku, oraz przedmiot – od czego należy ów podatek zapłacić). Należy koniecznie zaznaczyć, iż nałożenie podatku musi zostać poprzedzone przez ustalenie strony przedmiotowej podatku. W przypadku firmanctwa i podatków związanych z działalnością gospodarczą, chodzi o zdarzenia bezpośrednio związane z faktem wykonywania przez firmanta działalności gospodarczej, która skutkuje powstaniem obowiązku podatkowego. Co oznacza, iż przy wykładni art. 113 OP koniecznym będzie uwzględnienie podatku dochodowego i VAT, jak również należności opodatkowujące własność wykorzystywaną do prowadzenia działalności gospodarczej (podatek rolny, leśny, od nieruchomości), cło i akcyzę, jak również PCC oraz podatek od środków transportu<sup>21</sup>.

### **3. Analiza wyroku WSA w Białymstoku z 22.5.2009 (sygnatura I SA/Bk 87/09)**

<sup>20</sup> Wyrok WSA w Kielcach z 27.5.2010 r., I SA/Ke 224/10.

<sup>21</sup> D. Zalewski, Odpowiedzialność za firmanctwo, Monitor Podatkowy 4/2009, Legalis

Stan faktyczny przedstawiał się następująco: skarżący na prośbę K. założył na swoje dane konto użytkownika na Allegro oraz rachunek w banku, a następnie udostępnił K. powyższe konto oraz rachunek – z podaniem haseł dostępu. Razem jeździli po towar, a skarżący miał świadomość, na czym polegała działalność K. Używając swojego imienia i nazwiska działał zatem świadomie, godząc się na firmowanie działalności gospodarczej podatnika (K.), co skutkowało możliwością ponoszenia odpowiedzialności za jego zaległości podatkowe jako osoba trzecia. Nie ma natomiast znaczenia świadomość Skarżącego co do uchylania się przez firmowanego od opodatkowania.

Działanie K. miało na celu zatajenie prowadzonej przezeń działalności, a przez to również uchylenie się od opodatkowania. Nie zadeklarował on dokonanej sprzedaży ani nie wpłacił podatku od towarów i usług. Jako że zobowiązanie nie zostało opłacone w terminach ustawowych, stało się zaległością podatkową na mocy art. 51 § 1 OP. Postępowanie w tej sprawie ma akcesoryjny charakter i według art. 108 § 2 OP przed wszczęciem postępowania w sprawie odpowiedzialności osoby trzeciej, organ podatkowy powinien wykluczyć istnienie negatywnych przesłanek (brak upływu terminu płatności ustalonego zobowiązania, brak doręczenia decyzji). Inna konsekwencja tego charakteru to fakt, iż orzeczenie o odpowiedzialności osób trzecich nie uwalnia dłużnika od tej odpowiedzialności, ale poszerza krąg podmiotów, od których organ podatkowy może dochodzić zaspokojenia – prowadzenie egzekucji jest dopuszczalne, gdy egzekucja z majątku podatnika okazała się w całości lub części bezskuteczna, a decyzja w zakresie należności, za które ta osoba ma odpowiadać, nie stała się ostateczna. Istotny jest tu także fakt, iż nie ma znaczenia, czy i jakie faktycznie korzyści uzyskał firmujący z udostępnienia swojego imienia i nazwiska lub firmy.

W tym stanie faktycznym Wojewódzki Sąd Administracyjny orzekł o oddaleniu skargi jako bezzasadnej – skarżący podnosił naruszenie przepisów prawa podatkowego przez organ prowadzący postępowanie w powyższej sprawie. Naczelnik Urzędu Skarbowego w B. decyzją orzekł o odpowiedzialności skarżącego jako osoby trzeciej, która to decyzja została następnie utrzymana w mocy przez Dyrektora Izby Skarbowej i później zaskarżona do WSA przez skarżącego.

Pogląd wyrażony przez Wojewódzki Sąd Administracyjny należy zaaprobować, mając na względzie bezpieczeństwo obrotu, dobre obyczaje kupieckie (wszakże pojęcie przedsiębiorcy to legalny sukcesor pojęcia kupca), prawidłowość ściągania należności

fiskalnych przez państwo oraz zadośćuczynienie pozostałym uczestnikom obrotu gospodarczego, którzy legalnie prowadząc działalność, są w rzeczywistości pokrzywdzeni przez podmioty, które unikają odprowadzania na rzecz fiskusa prawnie wymaganych należności.

#### **4. Podsumowanie**

Firmanctwo jest to rodzaj uchylania się od opodatkowania oraz od brania udziału w postępowaniu podatkowym poprzez ukrywanie swojej działalności, która podlega opodatkowaniu. Firmanctwo zakłada posługiwanie się osobą podstawioną – co oznacza użycie imienia, nazwiska, nazwy czy firmy innego podmiotu. W rzeczywistości organy kontroli skarbowej i organy podatkowej wydają niewiele decyzji na podstawie art. 113 OP. Związane jest to z trudnościami, z jakimi wiąże się właściwe przeprowadzenie postępowania dowodowego, aby stwierdzić w sposób jednoznaczny, że podmiot, który został formalnie zarejestrowany jako podatnik jedynie firmuje działalność innego, ukrytego podatnika. W związku z postępującą digitalizacją również w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej, problem firmanctwa może narastać przez przenoszenie działalności na dużą skalę do internetu – na przykład przy użyciu internetowych serwisów aukcyjnych (jak Allegro), co pokazuje wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z 22.5.2009 r., sygnatura: I SA/Bk 87/09. Serwisy te są nierzadko wykorzystywane do ukrywania pod nazwiskiem czy nawet pseudonimem (nickiem) innej osoby rzeczywistych rozmiarów własnej działalności w celu zmniejszenia należności podatkowych, czy nawet unikania rejestrowania własnej działalności i płacenia podatków.



Mateusz Jaworski

## **Kilka uwag na temat koncepcji kolektywnej pozycji dominującej**

The article presents a concept of collective (joint dominance) in the European Union competition law. Firstly, the author determines the legal frameworks of the concept by indicating the Treaties and the merger control regulations. Then, after some general comments about the concept itself, an economic aspect of collective dominance is analyzed. This part includes references not only to tacit collusion, Games Theory and Prisoner's Dilemma, but also to the basics of the theory of oligopoly. Subsequently, the author reviews the most important rulings in which The Court of Justice, The General Court (current naming) and the Commission dealt with collective dominance, additionally forming the essential criteria for it (Airtours/First Choice judgment especially). After this part, factors that make collective dominance (tacit collusion) more probable to occur in a relevant market are mentioned and most important ones are precisely characterized. The last part of the article consists of doubts concerning "the law of collective dominance" highlighted by the author.

### **1. Wprowadzenie**

W unijnym prawie konkurencji pojęcie pozycji dominującej występuje w art. 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE”)<sup>22</sup> oraz w Rozporządzeniu Rady (WE) Nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw<sup>23</sup>, a przed wejściem w życie tego ostatniego – w uchylonym przezeń Rozporządzeniu Rady (EWG) nr 4064/89 z 21.12.1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw<sup>24</sup>. Pamiętając, że celem prawa konkurencji jest ochrona mechanizmu skutecznej konkurencji jako takiego,

---

<sup>22</sup> Dz.Urz.UE.L 2012 Nr 112, poz. 21.

<sup>23</sup> Dz.Urz.UE.L Nr 24, str. 1.

<sup>24</sup> Dz.Urz.UE.L 1990 Nr 257, str. 13

trzeba jednak wskazać na konstrukcyjne różnice pomiędzy nimi. Pierwsza przewiduje bezwzględny zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, a ewentualne naruszenia tegoż zakazu rozpatrywane są *ex post*, druga zaś – *ex ante* kontrolę koncentracji z punktu widzenia ich wpływu na rynek wewnętrzny i uznanie za niezgodne zeń tych koncentracji, które przeszkadzałyby znacząco skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub znacznej jego części, w szczególności poprzez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej<sup>25</sup>.

## 2. Pojęcie pozycji dominującej. Ujęcia indywidualne i kolektywne

Pojęcie pozycji dominującej jest pojęciem języka prawnego, przy czym definicji pozycji dominującej nie zawiera tak prawo pierwotne, jak i prawo pochodne. Tym samym należy odwołać się do dorobku orzeczniczego Trybunału Sprawiedliwości (wcześniej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości; dalej łącznie „Trybunał”) i przesłanek przezeń sformułowanych. W tym miejscu należy poczynić istotne zastrzeżenie – pomimo wyżej wskazanej odrębności regulacji – obecnie – art. 102 TFUE<sup>26</sup> oraz Rozporządzeń Nr 139/2004 oraz Nr 4064/89, trzeba zgodzić się ze stwierdzeniem, iż pojęciu pozycji dominującej na gruncie kontroli koncentracji powinno się nadawać to samo znaczenie, jak w zakresie art. 102 TFUE<sup>27</sup>. I tak, w wyroku sprawie *United Brands*<sup>28</sup>, Trybunał stwierdził, iż poprzez pozycję dominującą należy rozumieć pozycję, w której przedsiębiorca<sup>29</sup> dysponuje siłą ekonomiczną pozwalającą zapobiegać skutecznej konkurencji na rynku właściwym, poprzez umożliwienie temuż przedsiębiorstwu działania w znacznym zakresie niezależnie od swoich konkurentów, klientów, a także – ostatecznie – niezależnie od konsumentów (pkt 65). Z kolei w wyroku w sprawie *Hoffman-La Roche*<sup>30</sup> Trybunał doprecyzował, że dla istnienia pozycji dominującej na

<sup>25</sup> Test *Significant Impediment to Effective Competition* – istotnego osłabienia konkurencji zastąpił przewidziany w Rozporządzeniu nr 4064/9 *Dominance Test* – test dominacji.

<sup>26</sup> Wcześniej – art. 86 Traktatu Ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą (dalej : „TEWG”) oraz art. 82 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską (dalej „TWE”). To samo dotyczy art. 101 TFUE - odpowiednio art. 85 TEWG oraz 81 TWE.

<sup>27</sup> Tak: K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U.UE.L.04.24.1)*, LEX/el. 2005, komentarz do art. 2 ust. 3, uwaga nr 5, System Informacji Prawnej LEX Prestige, a także cytowana tam literatura. W istocie, definicje sformułowane przez Trybunał w sprawach dotyczących nadużywania pozycji dominującej oraz kontroli koncentracji były zbieżne.

<sup>28</sup> Wyrok Trybunału w sprawie C-27/76 *United Brands v. Komisja* Zb. Orz. 1978, 207.

<sup>29</sup> W dalszej części wywodu, co do zasady, będę posługiwał się określeniem „przedsiębiorca”. Nie dotyczy to jednak przytaczanych cytatów z orzecznictwa.

<sup>30</sup> Wyrok Trybunału w sprawie C-85/76 *Hoffman-La Roche v. Komisja* Zb. Orz. 1979, 461.

rynku właściwym nie jest konieczne, aby konkurencja nie występowała nań w ogóle: „Pozycja taka [dominująca] nie wyklucza istnienia pewnego stopnia konkurencji, inaczej niż ma to miejsce w przypadku monopolu i quasi-monopolu, ale umożliwia przedsiębiorstwu – które czerpie z tego korzyści – jeśli nie określać, to przynajmniej mieć istotny wpływ na warunki, w jakich konkurencja będzie się rozwijać, w każdym razie zaś – [umożliwia] działanie w sporym zakresie niezależnie od tejże [konkurencji], tak długo, jak działanie to jest ze szkodą dla przedsiębiorstwa” (pkt 39). Z powyższymi judykatami, wydanymi na podstawie art. 86 TEWG, korespondują przesłanki sformułowane przez Trybunał w wyroku w *Gencor*<sup>31</sup> na potrzeby stosowania Rozporządzenia 4064/89, przejęta przez Komisję w Wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw<sup>32</sup>, zgodnie z pozycją dominującą mamy do czynienia wtedy, gdy: „jedno lub więcej przedsiębiorstw dysponuje siłą ekonomiczną pozwalającą na zapobieżenie utrzymaniu skutecznej konkurencji na właściwym rynku poprzez stworzenie możliwości działania w dużej mierze niezależnie od konkurencji, klientów i ostatecznie konsumentów” (pkt 170).

Wyznaczywszy, pierwszej kolejności, rynek właściwy (produktowo, geograficznie oraz czasowo), następnie należy przystąpić do analizy, czy przedsiębiorstwu można przypisać zajmowanie pozycji dominującej. Analiza ta obejmuje szereg czynników, wśród których największe znaczenie ma struktura udziałów w rynku właściwym<sup>33</sup>. Innymi słowy: analizę opiera się na dwojakiego rodzaju dowodach: udziale w rynku oraz innych czynnikach sprzyjających dominacji<sup>34</sup>. Zasadniczo, w orzecznictwie Trybunału oraz Sądu (wcześniej „Sąd Pierwszej Instancji”, dalej łącznie „Sąd”) przyjmuje się, że próg udziału w rynku konstytuujący pozycję dominującą wynosi 40%<sup>35</sup>, w niektórych orzeczeniach próg ten

<sup>31</sup> Wyrok Trybunału w sprawie T-102/96 *Gencor v. Komisja* Zb. Orz. 1999 II-753.

<sup>32</sup> Dz.Urz.UE.C Nr 31, str. 5.

<sup>33</sup> S. Marco Colino, *Competition law of the EU and UK*, Oxford 2011, wyd. 7, s. 269 i n. Autorka wskazuje, w zależności od wysokości udziałów w rynku właściwym, należy przyjąć: 70% i więcej – prawie na pewno mamy do czynienia z pozycją dominującą; 50-70% – możemy domniemywać, że istnieje pozycja dominująca; 40-50 % – udział mieszczący się w tym przedziale może wspierać tezę o istnieniu pozycji dominującej, opartą jednak na innych argumentach; poniżej 40 % – jest wysoce nieprawdopodobne, że mamy do czynienia z pozycją dominującą, chyba że przemawiają za tym inne argumenty.

<sup>34</sup> *Problem nadużywania pozycji dominującej*, Warszawa 2003, s. 12-13.

<sup>35</sup> Tak Trybunał np. w wyroku w sprawie C-85/76 *Hoffman-La Roche v. Komisja* (patrz przyp. 7); por. również A. Jurkowska-Gomułka [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz, t. II. Art. 90-222*, red. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 324-325. Co więcej, w pkt. 14 Komunikat Komisji — wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy

wyznaczono na poziomie 50%<sup>36</sup>. Wśród innych czynników, przykładowo można wskazać na m.in. bariery wejścia na rynek czy pozycję konkurentów na rynku właściwym.

Powołany art. 102 TFUE (wcześniej art. 86 TEWG oraz art. 82 TWE) stanowi: „Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi.” Z brzmienia tego przepisu jasno wynika, że **pozycja dominująca może występować w ujęciu indywidualnym („przez jedno”) oraz w ujęciu kolektywnym, zbiorowym („lub większą liczbę przedsiębiorstw”)**. Potwierdził to, po raz pierwszy, Sąd w wyroku w sprawie *Italian Flat Glass*<sup>37</sup>, Trybunał z kolei – w wyroku w sprawie *Compagnie Maritime Belge*<sup>38</sup>. *Expressis verbis* o konfiguracji kolektywnej nie stanowiło natomiast ani Rozporządzenie Nr 4064/89, ani też obecnie nie stanowi Rozporządzenie Nr 139/2004, wskazując jedynie na „pozycję dominującą”, jednak – jak już zostało wspomniane – skoro pojęcie pozycji dominującej ma być rozumiane jednolicie w unijnym porządku prawnym, nie powinno budzić wątpliwości, że oba powyższe rozporządzenia obejmują także pozycję dominującą w ujęciu kolektywnym. Komisja po raz pierwszy posłużyła się koncepcją kolektywnej pozycji dominującej w sprawie z zakresu kontroli koncentracji w decyzji w sprawie *Nestle/Perrier*<sup>39</sup>, Trybunał z kolei potwierdził powyższą tezę w wyroku w sprawie *Kali&Salz*<sup>40</sup>.

### 3. Pojęcie kolektywnej pozycji dominującej w ogólności

Sytuację rynkową, w której zajmowanie pozycji dominującej na rynku właściwym można przypisać więcej niż jednemu przedsiębiorstwu, w angielskojęzycznej literaturze

---

stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz.Urz.UE.C 2009 Nr 45, poz. 2.).

<sup>36</sup> Por. np. wyrok Trybunału w sprawie C-62/86 *AKZO v. Komisja* Zb. Orz. 1991 I-03359.

<sup>37</sup> Wyrok Sądu w sprawie T-68 oraz 77-78/89 *Italian Flat Glass: Societa Italiana Vetro v. Komisja* Zb. Orz. 1992 II-01403

<sup>38</sup> Wyrok Trybunału w sprawach połączonych C-395/96 oraz C-396/96 *Compagnie Maritime Belge i in. v. Komisja* Zb. Orz. 2000 I-01365

<sup>39</sup> Decyzja Komisji w sprawie C IV/M24 [1992] *Nestlé SA/Source Perrier SA* Dz.U.WE.L 1993 Nr 356, str. 1.

<sup>40</sup> Wyrok Trybunału w sprawach połączonych C-68/94 oraz C-30/95 Wyrok Trybunału z dnia 31 marca 1998 r.

*Republika Francuska i Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) i Entreprise minière et chimique (EMC) v. Komisja* Zb. Orz. 1998 I-01375.

przedmiotu określa się jako *collective (market) dominance*, *shared monopoly*, *tacit coordinated interaction*<sup>41</sup>, a także *joint dominance* oraz *oligopolistic dominance*.<sup>42</sup> W polskiej literaturze przedmiotu przymiotnik *collective* tłumaczony jest przede wszystkim jako „kolektywny”<sup>43</sup>, ale również „zbiorowy” oraz „wspólny”<sup>44</sup>. Kolektywna pozycja dominująca jest pojęciem języka prawniczego z zakresu prawa konkurencji<sup>45</sup>, nie zaś pojęciem języka prawnego<sup>46</sup>. Z drugiej jednak strony, Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7.03.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej<sup>47</sup> (dalej „dyrektywa ramowa”) w załączniku II, stanowi, że „Dwa lub więcej przedsiębiorstw może być uznanych za **posiadające wspólnie pozycję dominującą** w rozumieniu art. 14 (...).” Z kolei pojęcie „znaczącej pozycji rynkowej”, o której mowa w art. 14 ust. 2 dyrektywy ramowej, należy rozumieć tak samo, jak pojęcie pozycji dominującej<sup>48</sup>. Trzeba także pamiętać, że pojęcie kolektywnej pozycji dominującej występuje w aktach prawa unijnego typu *soft law*<sup>49</sup>.

W kontekście kolektywnej pozycji dominującej niezbędne jest zachowanie terminologicznej ostrożności. Według Popularnego Słownika Języka Polskiego<sup>50</sup>,

<sup>41</sup> E. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. A. Stawicki, E. Stawicki, Warszawa 2010, s. 180 i n.

<sup>42</sup> S. Colino, *Competition law...*, s. 274

<sup>43</sup> K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 405.

<sup>44</sup> Por. np. M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 95; P. Sitarek, *Glosa do wyroku TS z dnia 10 lipca 2008 r., C-413/06 P*, LEX/el. 2010, System Informacji Prawnej Lex Prestige.

<sup>45</sup> Ł. Wieczorek, *Prawne i ekonomiczne aspekty kolektywnej pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Przegląd Prawa Handlowego 2011 Nr 7, s. 26.

<sup>46</sup> Tak: T. Skoczny [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, T. Skoczny (red.), Warszawa 2009, s. 250; odmiennie: E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 56.

<sup>47</sup> Dz.U.U.E.L.2002.108.33.

<sup>48</sup> Art. 14 ust. 2 Dyrektywy posługuje się pojęciem „znaczącej pozycji rynkowej”, przy czym przepis ten zarazem odsyła do pojęcia „pozycji dominującej: „Uznaje się, że przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję rynkową, jeżeli samodzielnie lub wspólnie z innymi ma **pozycję równoważną pozycji dominującej**, tj. tak silną pozycję ekonomiczną, że uprawnia go ona do postępowania według swojego uznania, nie bacząc na innych konkurentów, klientów i ostatecznych konsumentów.” Oba pojęcia należy zatem rozumieć tak samo.

<sup>49</sup> Są to choćby: Komunikat Komisji — wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (patrz przyp. 12); Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U.U.E.C.2004.31.5).

<sup>50</sup> Popularny Słownik Języka Polskiego PWN, Warszawa 2001, s. 341.

„kolektywny” oznacza tyle, co oparty na zbiorowej pracy, umowie; zbiorowy, wspólny. Objaśnienie to nie jest do końca trafne na użytek prawa konkurencji – jak wskazuje T. Skoczny, w kontekście koncepcji kolektywnej pozycji dominującej cecha kolektywności dotyczy się nie ich zachowania, lecz ich łącznej pozycji na rynku właściwym<sup>51</sup>. **Chodzi wszak o taką kombinację czynników sprzyjających kolektywnej dominacji (o których dalej) występujących na rynku właściwym o strukturze oligopolistycznej, które stwarzają przedsiębiorstwom możliwość, co do zasady bez stosowania tychże porozumień lub praktyk uzgodnionych, zapobiegania skutecznej konkurencji i działania w oderwaniu od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Kolektywność dotyczy się zatem zajmowanej przez nich pozycji na rynku właściwym, a nie podejmowanych działań.** Te ostatnie objęte są zakresem przedmiotowym art. 101 TFUE. Nie jest jednak wykluczone, że rzeczono porozumienia lub praktyki złożą się za wystąpienie owych czynników. Nawiązał do tego Rzecznik Generalny Lenz w opinii w sprawie *Ahmed Saeed*<sup>52</sup>, stwierdzając, że „Pozycja dominująca na wspólnym rynku może być zajmowana wspólnie przez kilka przedsiębiorstw. Na przykład, członkowie kartelu lub strony umów zakazanych art. 85 [TEWG] mogą wspólnie zajmować pozycję dominującą. W każdym wypadku, zastosowanie art. 85 nie wyklucza zastosowania art. 86 [TEWG]” (pkt 27). W orzecznictwie dopuszczono łączne stosowanie art. 101 i 102 TFUE<sup>53</sup>. **Co istotne, zaistnienie antykonkurencyjnych porozumień lub praktyk uzgodnionych nie stanowi warunku *sine qua non* dla kolektywnej pozycji dominującej, ani też *per se* wyłącznej jej przesłanki istnienia kolektywnej pozycji dominującej.** W szczególności nie jest dopuszczalne niejako automatyczne odtwarzanie kolektywnej pozycji dominującej z uprzednio wykazanych antykonkurencyjnych porozumień lub praktyk uzgodnionych.

<sup>51</sup> T. Skoczny [w:] *Ustawa o ochronie...*, s. 606.

Nie oznacza to jednak, że porozumienia oraz praktyki uzgodniona zakazane art. 101 TFUE nie mogą łączyć przedsiębiorców. Na to, że w jednym stanie faktycznym możemy mieć jednocześnie do czynienia zarówno z porozumieniami lub praktykami uzgodnionymi, zakazanymi art. 101 TFUE, jak i zajmowaniem przez tych przedsiębiorców kolektywnej pozycji dominującej i jej nadużywaniem, zakazanym art. 102 TFUE, wskazały Sąd oraz Trybunał w, odpowiednio, w wyrokach w sprawach *Italian Flat Glass* (patrz przyp. 14) oraz *Compagnie Maritime Belge* (patrz przyp. 15).

<sup>52</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Lenza z 28.04.1988 r. w sprawie *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, European Court reports 1989 s. 00803

<sup>53</sup> Patrz przyp. 27.

Nieco więcej wątpliwości nastęrcza zagadnienia nadużywania kolektywnej pozycji dominującej. Należy pamiętać, że naruszenie art. 102 TFUE w ujęciu kolektywnym wymaga najpierw wykazania zajmowania kolektywnej pozycji dominującej przez odnośnych przedsiębiorców, następnie zaś działań rynkowych polegających na jej nadużywaniu. Może się wydawać, że nadużywaniu kolektywnej pozycji dominującej nie powinna towarzyszyć kooperacja przedsiębiorców choćby w formie praktyk uzgodnionych. W takim bowiem wypadku, choćby wykazano istnienie kolektywnej pozycji dominującej – czego art. 102 nie zakazuje – miałyby zastosowanie art. 101 TFUE, nie zaś art. 102. Podobne stanowisko to prezentowane było w starszym orzecznictwie Trybunału<sup>54</sup>. **Za zakazane na gruncie art. 102 TFUE należałoby więc uznać takie działania przedsiębiorców, które polegają na milczącym (bez wzajemnych kontaktów i ustaleń) koordynowaniu strategii rynkowych, które to z kolei mają charakter nadużywania zajmowanej przez kolektywnej pozycji dominującej.** Tym niemniej, Sąd w wyroku w sprawie *Italian Flat Glass* podzielił zapatrywanie Komisji, iż **porozumienie lub praktyki uzgodnione zakazane na podstawie art. 101 TFUE mogą stanowić zarazem nadużywanie kolektywnej pozycji dominującej.** Nadto, „nadużywanie [kolektywnej pozycji dominującej] nie musi być działaniem podejmowanym przez wszystkie przedsiębiorstwa [zajmujące tę pozycję]. Wystarczy, że nadużywanie kolektywnej pozycji dominującej właśnie w ten sposób zostanie uznane za jeden z możliwych przejawów jej istnienia. Dlatego też, przedsiębiorstwa zajmujące kolektywną pozycję dominującą mogą nadużywać jej wspólnie lub indywidualnie”<sup>55</sup>.

#### 4. Ekonomiczne podstawy koncepcji kolektywnej pozycji dominującej

Koncepcja kolektywnej pozycji dominującej – choć z prawnego punktu widzenia, zakorzeniona w unijnym prawie pierwotnym (art. 102 TFUE) – pochodzi z teorii ekonomii, a ściślej, z ekonomicznych teorii oligopolu, będąc określaną przede wszystkim jako „milcząca zmowa”<sup>56</sup>. Na gruncie prawa konkurencji „zmowa” wskazuje, że mamy do czynienia z, choćby minimalnym, stopniem porozumienia przedsiębiorstw. Jak jednak stwierdzono powyżej, **kolektywna pozycja dominująca tyczy się takiej sytuacji na rynku właściwym,**

<sup>54</sup> Por. wyrok Trybunału w sprawie C-85/76 *Hoffman-La Roche v. Komisja* (patrz. przyp.7). Por. także Wyrok Trybunału w sprawach połączonych C-395/96 oraz C-396/96 *Compagnie Maritime Belge i in. v. Komisja* (patrz. przyp. 15).

<sup>55</sup> Wyrok Sądu w sprawie T-228/97 *Irish Sugar plc v. Komisja* Zb. Orz. 1999 II-02969, pkt 66.

<sup>56</sup> Por. Ł. Wiczorek, *Prawne i ekonomiczne...*, s. 27 i n., wraz z wskazanymi tamże określeniami kolektywnej pozycji dominującej w teorii ekonomii.

w której występujące nań czynniki pozwalają przedsiębiorstwom koordynować działania na różnych płaszczyznach (podaż, ceny, rabaty etc.) bez konieczności zawierania porozumień oraz stosowania praktyk zakazanych na podstawie art. 101 TFUE. Innymi słowy, uwarunkowania rynku właściwego pozwalają kolektywnym dominantom monitorowanie działań oraz strategii konkurentów, przy jednoczesnym przeświadczeniu, że koordynacja tychże, pomimo możliwych strat na etapie początkowym, w perspektywie długookresowej przysięnie większe zyski aniżeli w przypadku wzajemnego konkurowania. Dlatego też należy, w mojej ocenie, należy mówić o „milczącej koordynacji”, nie zaś „milczącej zмовie”<sup>57</sup>.

Kolektywna pozycja dominująca, jak sygnalizowano, nie powstanie na każdym – pod względem struktury – rynku właściwym, a jedynie na takim o strukturze oligopolistycznej<sup>58</sup> (tj. niewielka liczba oferentów przy wysokim stopniu koncentracji). Dlaczego? Mianowicie, oligopol ma tę cechę charakterystyczną, że pomiędzy obecnymi na rynku przedsiębiorcami istnieje – jak podkreśla M. Szydło, obiektywnie ujmowana<sup>59</sup> – więź współzależności: podejmowane przez przedsiębiorców decyzje istotnie wpływają na sytuację rynkową pozostałych, jednocześnie zaś każdy z przedsiębiorców musi liczyć się z reakcją pozostałych na podejmowane działania<sup>60</sup>. Wobec tego, przedsiębiorcy mogą albo prowadzić „grę konkurencyjną”, osobną, indywidualną (w każdym razie nieskoordynowaną) politykę rynkową<sup>61</sup>, albo swe działania rynkowe koordynować. Jeżeli koordynacja *per se* nie stanowi

---

<sup>57</sup> Co istotne, w wyroku w sprawie T-342/99 *Airtours plc v. Komisja* Zb. Orz. 2002 II-02585, Sąd konsekwentnie posługuje się określeniem „tacit coordination”, nie zaś „tacit collusion.”

<sup>58</sup> C. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji* [publikacja UOKiK], Warszawa 2007, s. 86. Nie powinno też budzić wątpliwości, iż zjawisko kolektywnej dominacji nie wystąpi ani warunkach monopolu, ani też w warunkach konkurencji idealnej, czyli polipolu. W tym ostatnim na rynku występuje wiele małych podmiotów zarówno po stronie podaży, jak i popytu, natomiast oferowany towar lub usługa spełnia tzw. warunki homogeniczności. W takich warunkach rynkowych oferenci oraz nabywcy mają zbyt mały potencjał, ażeby wpływać na cenę. Innymi słowy, przedsiębiorców (oferentów) oraz klientów (konsumentów) jest bardzo dużo, żaden z nich nie może wpływać na kształtowanie się cen, a podejmowane przezeń działania rynkowe oparte są na cenie danej z zewnątrz, wobec czego cena jest w takim układzie rynkowym jedynie parametrem – por. s. 32, a także R. Milewski, E. Kwiatkowski (red.), *Podstawy ekonomii*, wyd. 3 zmienione, Warszawa 2005, s. 41.

<sup>59</sup> M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 95.

<sup>60</sup> C. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne...*, s. 32. W zakresie konkurencji cenowej, por. S. Colino, *Competition law...*, s. 156, a także F.M. Scherer, D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston 1990, s. 226.

<sup>61</sup> M. Szydło pisze o „niezależnej polityce rynkowej.” Określenie „niezależna” nie jest właściwe, gdyż – jak wskazywałem wyżej – **na rynku oligopolistycznym przedsiębiorca nie może prowadzić działalności (polityki rynkowej) w sposób niezależny, tj. w oderwaniu od działań konkurentów.** Wydaje się, że Autorowi



bezpośredniego rezultatu antykonkurencyjnych porozumień lub praktyk uzgodnionych w rozumieniu art. 101 TFUE, mamy do czynienia z milczącą koordynacją.

W tym miejscu należy odwołać się do funkcjonującej w ekonomii teorii gier (*Games Theory*). Teoria ta przedstawia zbiór formalnych, matematycznych instrumentów analizy, przy pomocy których można przeanalizować sytuacje **decyzji strategicznych**, zaś interakcje uczestników rynku modeluje się w formie „gry”<sup>62</sup>. Każdy z graczy, po pierwsze, dysponuje określoną liczbą strategii, po drugie – zysk każdego z graczy zależy od kombinacji obranej przezeń strategii oraz strategii przeciwnika, po trzecie – celem każdego z graczy jest maksymalizacja zysków. Teoria gier ma tę przewagę nad klasycznymi teoriami oligopolu – modele Cournota, Bertranda i Stackelberga obejmują *one-shot game* – że poprzez przyjęcie założenia, że gra jest nieskończona (*indefinitely repeated game*), pozwala na jej dostosowanie do realiów rynku właściwego, na którym dochodzi przecież do niezliczonych liczby interakcji pomiędzy przedsiębiorcami. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że to właśnie z teorii gier oraz oligopolu zaczerpnięta została funkcjonująca w unijnym prawie konkurencji koncepcja kolektywnej pozycji dominującej<sup>63</sup>. W celu przybliżenia, na czym polega koncepcja „milczącej koordynacji” w teorii gier, posłużę się przykładem.

### [przykład]

Na początku przyjmijmy następujące założenia:

- 1) w roli graczy występuje dwóch przedsiębiorców (duopolistów<sup>64</sup>) o zbliżonych udziałach w rynku;
- 2) przedsiębiorcy ci produkują taki sam towar/świadczą takie same usługi, konkurując ze sobą na płaszczyźnie ceny (konkurencja cenowa);
- 3) w chwili rozpoczęcia gry ceny ustalone przez przedsiębiorców są równe;

---

chodziło raczej o politykę rynkową prowadzoną osobno przez przedsiębiorców, w sposób indywidualny, a nie skoordynowany.

<sup>62</sup> C. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne...*, s. 37.

<sup>63</sup> T. Käseberg, *Case C-413/06 P, Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v. Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*, *Judgment of the Grand Chamber of 10 July 2008*, nyr, *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46, s. 262-264.

<sup>64</sup> Duopol jest odmianą oligopolu najbliższą monopolowi.

- 4) każdy z przedsiębiorców może zrealizować dwie strategie w odniesieniu do ceny: wysokiej ceny oraz niskiej ceny.
- 5) obaj przedsiębiorcy, rzecz jasna, poprzez działania w zakresie cen dążą do maksymalizacji zysków.

Dla uproszczenia niniejszego przykładu zakładamy nadto, iż przedsiębiorcy wchodzi z sobą w pojedynczą tylko interakcję.

Zastanówmy się teraz, jakie są motywacja oraz skutki zastosowania przez przedsiębiorców obu strategii. Po pierwsze, przedsiębiorca może zdecydować się na strategię niskiej ceny, wypowiadając konkurentowi w ten sposób wojnę cenową. Gdy konkurent obierze tę strategię, obaj przedsiębiorcy odnotują tylko niewielkie zyski (będą wszak oferować ten sam towar po tej samej, lecz niższej cenie; co oczywiste i zarazem mało prawdopodobne, jeżeli konkurent odpowie podniesieniem ceny, to on zanotuje stratę, przedsiębiorca obniżający zaś cenę – zysk, gdyż „przejmie” cały popyt). Po drugie, przedsiębiorca może zdecydować się na podniesienie ceny – jeżeli jego konkurent obniży cenę, w ten sposób to on odnotuje zysk<sup>65</sup>, konkurent zaś – stratę. Rezultaty przyjęcia przez przedsiębiorców poszczególnych strategii przedstawia poniższa tabelka.

		<b>Przedsiębiorca B</b>	
		<b>Wysoka cena</b>	<b>Niska cena</b>
<b>Przedsiębiorca A</b>	<b>Wysoka cena</b>	5; 5	-5; 10
	<b>Niska cena</b>	10; -5	1; 1

Tab. 1 – opracowanie własne.

Widzimy zatem, że wynikiem kooperatywnym jest obranie strategii wysokiej ceny przez obu przedsiębiorców (5+5=10). Z kolei strategią dominującą (tj. dającą największe

<sup>65</sup> Oczywiście najbardziej logiczne staje się wówczas pozostawienie ceny na dotychczasowym poziomie - prezentowany uproszczony model obejmuje jednak tylko dwie strategie rynkowe każdego z graczy: podniesienie lub obniżenie ceny.

zyski, gdy przedsiębiorca nie wie, jaką strategię wybierze konkurent) jest strategia niskiej ceny. **Oznacza to, że w sytuacji, gdy przedsiębiorca nie dysponuje wiedzą na temat poczynąń konkurenta, będzie się skłaniał ku stanowiącej strategię dominującą niższej cenie, maksymalizując w ten sposób swój zysk. Jednakże, najbardziej opłacalne dla obu przedsiębiorców jest kolektywne podniesienie ceny (wynik kooperatywny). Aby do tego doszło, na rynek właściwy musi być ukształtowany w sposób umożliwiający obu przedsiębiorcom monitorowanie swych działań, przewidywanie obieranych strategii i – w rezultacie – ich skoordynowanie (zwłaszcza przejrzystość rynku oraz wysokie bariery wejścia nań). W ten sposób, przewidując, dedukując analogiczne zachowanie ze strony konkurenta, obaj przedsiębiorcy w sposób skoordynowany podniosą ceny, maksymalizując w ten sposób zyski<sup>66</sup>.**

Zostawiając powyższy przykład, operując jednak wciąż na płaszczyźnie konkurencji cenowej, przejdę teraz do sytuacji, w której przedsiębiorcy rzeczywiście milcząco koordynują ceny na rynku relewantnym. W tym kontekście odpowiedzi wymaga pytanie, w jaki sposób milcząca koordynacja może zostać utrzymana przez przedsiębiorców w dłuższym okresie. Otóż trzeba pamiętać, że każdy przedsiębiorca ma indywidualną motywację do oferowania cen niższych niż jego konkurenci<sup>67</sup>. **Jeśli jednak na rynku relewantnym występują czynniki takie jak wspomniana przejrzystość rynku i wynikające zeń mechanizmy odwetowe (o czym więcej dalej), i przedsiębiorcy milcząco koordynują swe działania rynkowe, przedsiębiorca zamierzający wyłamać się i obniżyć cenę musi rozważyć, czy to swoiste oszustwo będzie dla niego *summa summarum* opłacalne. Co ważne, nie jest wykluczone, że przedsiębiorca w pewnym momencie dojdzie do wniosku, że obniżenie ceny może okazać się dlań opłacalne. Motywacja jest tym silniejsza, że przedsiębiorca ten antycypuje, że jego konkurent może mieć podobne zamiary i co do obniżenia ceny; utrzymywanie zaś ceny na dotychczasowym, „koordynowanym” poziomie, przy równoczesnym „oszustwie” konkurenta, byłoby z kolei jeszcze mniej opłacalne, niż gdyby do milczącej koordynacji w ogóle nie doszło. Przedsiębiorca staje zatem przed sporym dylematem. Milcząca koordynacja ze swej istoty wiąże się z pewnym stopniem**

---

<sup>66</sup> Prezentowany przykład koresponduje ze strukturą teorii gier określaną jako „dylemat więźnia” (*Prisoner’s Dilemma*).

<sup>67</sup> Wyżej powołana strategia dominująca. Por. także: S. Ardiyok, *Comparative analysis of collective dominance* (lipiec 2008), *Journal of Yeditepe University Faculty of Law*, Vol. 3, No. 1, 2006, podbrane z: <http://ssrn.com/abstract=1162187>, s. 6.

niepewności, bowiem indywidualna motywacja do „wylamania się” zawsze będzie silniejsza od motywacji do kolektywnej milczącej koordynacji<sup>68</sup>. Jest zatem niezwykle istotne, aby niepewność ta była równoważona obiektywnie możliwym wykryciem takiego „wylamania się” i zastosowaniem skutecznego mechanizmu odwetowego wobec przedsiębiorcy dopuszczającego się oszustwa. Dopiero to pozwala przełamać dylemat więźnia. Wówczas, przedsiębiorca „wylamujący się” odnotuje zysk jedynie w perspektywie krótkookresowej, gdyż konkurent (konkurenci) – mając możliwość „wykrycia” tego oszustwa oraz zastosowania środka odwetowego, choćby ustalając cenę na jeszcze niższym poziomie – zdolny będzie zneutralizować to działanie. Skutkować to będzie tym, że w perspektywie średnio- i długookresowej przedsiębiorca decydujący się na wojnę cenową poniesie straty – w stosunku do tego, co przyniosłaby mu milcząca koordynacja. Taka konstatacja naturalnie skłania do kolektywnego utrzymywania cen na dotychczasowym, wysokim poziomie. Wracamy więc do przytoczonego przy okazji prezentowanego przykładu wyniku kooperatywnego. Raz jeszcze wymaga podkreślenia, za G. J. Stieglerem, iż aby milcząca koordynacja przyniosła pożądany skutek, musi opierać się ona na skutecznym mechanizmie odwetowym (*retaliatory system*)<sup>69</sup>.

## 5. Ewolucja koncepcji kolektywnej pozycji dominującej w orzecznictwie organów unijnych

Powyższe rozważania dotyczące pojęcia kolektywnej pozycji dominującej miały za zadanie przedstawienie ogólnego zarysu tejże koncepcji, uwzględniając tak aspekty prawne, jak i ekonomiczne. Dla uszczegółowienia jej przesłanek, w tym miejscu przystąpię do analizy kryteriów formułowanych w orzecznictwie na potrzeby unijnego prawa konkurencji na przestrzeni lat.

### 5.1. Decyzja Komisji w sprawie *Nestle/Perrier* (rozporządzenie nr 4064/89)

Po raz pierwszy<sup>70</sup> Komisja posłużyła się *explicite* koncepcją kolektywnej pozycji dominującej w decyzji w sprawie *Nestle/Perrie*<sup>71</sup>. Dotyczyła ona planowanej koncentracji na

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, s. 6.

<sup>69</sup> G.J. Stiegler, *Theory of Oligopoly*, The Journal of Political Economy, 1964/1, s. 44.

<sup>70</sup> Jednakże, S. Ardiyok wskazuje, że początku koncepcji kolektywnej pozycji dominującej w orzecznictwie unijnym należy upatrywać wcześniej, bo w latach 70'. Por. S. Ardiyok, *Comparative analysis...*, s. 20-21 i wskazane tam: decyzję Komisji w sprawie *British Petroleum Maatschappij BV v. Komisja* oraz decyzję Komisji w sprawie *Magill*.

francuskim rynku wody mineralnej. Rynek ten w owym czasie cechował się strukturą oligopolistyczną, a dodatkowo panowała na nim wysoka koncentracja. Działalność prowadzili nań trzej przedsiębiorcy o podobnych udziałach: Nestle, Perrier oraz BSN. Nestle zamierzało połączyć się z Perrier i zważywszy, że nowo utworzona grupa mogła posiadać indywidualną pozycję dominującą, Nestle zdecydowało o sprzedaży BSN należącej do Perrier marki Volvic. Dla Komisji nie było to jednak wystarczające, aby zezwolić na planowaną koncentrację. **Komisja wyraźnie podkreśliła, iż możliwe jest zajmowanie pozycji dominującej przez dwóch lub więcej przedsiębiorców i rozporządzenia nr 4064/89 nie można ograniczać do powstania lub umocnienia pozycji dominującej przez jednego tylko przedsiębiorcę.**

Ustalono, że rynek właściwy charakteryzuje się niską konkurencją cenową oraz znaczącymi barierami wejścia nań (ograniczona liczba źródeł mineralnych). W przypadku połączenia Nestle i Perrier poziom skoncentrowania rynku wzrósłby do aż 95%, Komisja zważyła przy tym przejrzystość rynku, która umożliwiłaby duopolistom ujednocianie działań rynkowych bez konieczności dokonywania jakichkolwiek uzgodnień oraz wzajemne monitorowanie swych zachowań. W tych warunkach mogłaby zatem zaistnieć „milcząca koordynacja”, w ramach której przedsiębiorcy monitorują swe działania i na tej podstawie decydują się na koordynację, dostosowanie działań rynkowych do tych, które podejmowane są przez konkurenta.

Ostatecznie, po podjęciu stosownych środków zaradczych, Komisja wyraziła zgodę na zgłoszoną koncentrację.

## 5.2. Wyrok Sądu w sprawie *Italian Flat Glass* (art. 86 TEWG)

Sąd z kolei po raz pierwszy zastosował koncepcję kolektywnej pozycji dominującej w wyroku w sprawie *Italian Flat Glass*<sup>72</sup>. Judykat ten był o tyle istotny, że pomimo decyzji Komisji w sprawie *Nestle/Perrier*, Trybunał w swych wcześniejszych wypowiedziach negował objęcie „milczącej koordynacji” zakresem przedmiotowym art. 102 TFUE. W wyroku w sprawie *Hoffman/La-Roche* Trybunał stwierdził: „Pozycję dominującą trzeba odróżnić od paralelnych zachowań przedsiębiorców, które to są charakterystyczne dla rynków o strukturze oligopolistycznej, na których działania przedsiębiorstw wzajemnie na siebie oddziałują, podczas gdy w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo zajmuje pozycję dominującą,

---

<sup>71</sup> Patrz przyp. 18.

<sup>72</sup> Patrz przyp. 16.

działania tegoż, dzięki którym czerpie korzyści z uwagi na zajmowania pozycji dominującej, w dużym stopniu ustalane jest jednostronnie” (pkt 39).

Omawiana sprawa dotyczyła włoskiego rynku produkcji szkła. Trzej działający na nim przedsiębiorcy – Societa Italiana Vetro, Fabbrica Pisana oraz Venrante Pennitalia zawarli ze sobą szereg porozumień, a także stosowali praktyki uzgodnione. Komisja uznała i jedne, i drugie za zakazane na podstawie art. 85 TEWG. Nadto, Komisja wywodziła, iż przedsiębiorcy ci, działając na rynku właściwym o strukturze ścisłego oligopolu (*tight oligopoly*), w rezultacie zajmują nań kolektywną pozycję dominującą.

Sąd podzielił zdanie Komisji w odniesieniu do antykonkutowych porozumień oraz praktyk uzgodnionych, jednakże nie zgodził się, iż przedsiębiorcy ci zajmowali kolektywną pozycję dominującą i w tym zakresie uchylił zaskarżoną decyzję. Sąd zwrócił uwagę, że „co do zasady, nie ma przeszkód, aby pomiędzy dwoma lub więcej niezależnymi podmiotami gospodarczymi [przedsiębiorstw] zachodziły takie powiązania o charakterze ekonomicznym, by dzięki nim zajmowały one – w stosunku do pozostałych przedsiębiorstw działających na rynku właściwym – pozycję dominującą. **Sytuacja taka może mieć miejsce, gdy dwa lub więcej niezależnych przedsiębiorstw – poprzez umowy lub licencję – dysponuje przewagą technologiczną, pozwalającą im działać w znacznej mierze niezależnie od swych konkurentów, klientów oraz, w końcu, niezależnie od konsumentów**” (pkt 358). Nadto, Sąd podkreślił, że z samego tylko istnienia porozumień lub praktyk uzgodnionych zakazanych na podstawie art. 85 TEWG nie można wywodzić naruszenia art. 86 TEWG: „**Wskazać należy, że dla wykazania naruszenia art. 86 nie jest wystarczające, jak podnosił przedstawiciel Komisji na posiedzeniu, „przetworzenie” faktu naruszenia art. 85, wywodząc zeń, że strony porozumienia lub stosujące niezgodne z prawem praktyki dysponują znaczącym udziałem w rynku [właściwym], oraz że jest to wystarczające dla stwierdzenia, że przedsiębiorstwa zajmują kolektywną pozycję dominującą, zaś ich niezgodne z prawem postępowanie stanowi nadużycie tejże pozycji**” (pkt 360).

Sąd dał wyraźny sygnał, że wykazania istnienia kolektywnej pozycji dominującej nie można opierać jedynie na samej współzależności rynkowej, kładąc nacisk na powiązania o charakterze ekonomicznym (*economical links*).

### 5.3. Wyrok Trybunału w sprawie *Kali&Salz* (rozporządzenie nr 4064/89)

Sprawa *Kali&Salz*<sup>73</sup> dotyczyła planowanej koncentracji z udziałem Kali&Salz oraz Mitteldeutsche Kali AG, warunkowo dopuszczonej przez Komisję. Jako rynki właściwe zostały wskazane rynki niemiecki oraz europejski technicznego węgla potasowego. Na pierwszym z nich w wyniku koncentracji podmiot połączony miałby 98% udziałów rynkowych, jednakże Komisja zastosowała koncepcję *failing firm defence* i w rezultacie przyjęła, iż nie będzie to miało negatywnych skutków dla mechanizmu konkurencji. Z kolei na rynku europejskim, podmiot połączony oraz francuskie Societe Commerciale des Potasses et de l'Azote zajmowałyby – zdaniem Komisji – kolektywną pozycję dominującą. **Komisja powoływała się na czynniki rynkowe, takie jak homogeniczność towaru, dojrzałość i stabilność rynku, wysoki stopień przejrzystości rynku oraz brak postępu technologicznego.** Komisja wskazała także na powiązania strukturalne uczestników planowanej koncentracji, jak choćby wspólne *joint ventures* oraz porozumienia dotyczące wzajemnej współpracy. Po podtrzymaniu decyzji przez Sąd, rozpoznaniem sprawy zajął się Trybunał.

**Trybunał stwierdził, że Komisja nie udowodniła, że w wyniku koncentracji może powstać kolektywna pozycja dominująca na europejskim rynku technicznego węgla potasowego.** Przy okazji Trybunał uznał, że rozporządzenie nr 4064/89 obejmuje swym zakresem przedmiotowym przypadki, w których w wyniku koncentracji dochodzi do powstania bądź umocnienia kolektywnej pozycji dominującej. Co jednak istotne, Trybunał zwrócił także uwagę, że na gruncie powyższego rozporządzenia Komisja nie jest związana dorobkiem orzecznictwa na kanwie art. 82 TWE. Dalej, zaakcentował, iż istotą kolektywnej pozycji dominującej – powstałej lub umocnionej w wyniku koncentracji – jest to, że obejmuje ona także przedsiębiorców, które w niej nie uczestniczyły. Trybunał wskazał także następująco: „Komisja obowiązana jest ocenić – dokonując w tym celu prospektywnej analizy rynku właściwego – czy dana koncentracja prowadzi do sytuacji, w której efektywna

---

<sup>73</sup>

Patrz przyp. 19.

konkurencja na rynku właściwym zostaje istotnie ograniczona przez przedsiębiorstwa mające w tej koncentracji uczestniczyć oraz jedno lub więcej innych przedsiębiorstw, które to – w szczególności na skutek istniejących pomiędzy nimi powiązań [*correlative factors*] – pozwalają im przyjąć wspólną politykę na rynku właściwym i działać w znacznym w stopniu niezależnie od konkurentów, klientów oraz konumentów” (pkt 221).

#### 5.4. Wyrok Sądu w sprawie *Gencor* (rozporządzenie nr 4064/89)

Wyrok Sądu w sprawie *Gencor*<sup>74</sup> miał niebagatelny wpływ na ewolucję koncepcji kolektywnej dominacji. Sprawa dotyczyła koncentracji planowanej przez Gencor (metalurgia i górnictwo) oraz Lonrho (górnictwo, metalurgia, hotelarstwo, rolnictwo, handel ogólny), które zamierzały przejąć wspólną kontrolę nad spółką Implats (platynowce), a za jej pośrednictwem – kontrolę nad Eastplats i Westplats (LPD, platynowce). Komisja nie wyraziła zgody na tę koncentrację, gdyż w jej ocenie spowodowałaby ona stworzenie duopolistycznej pozycji dominującej przez Implats/LPD oraz Amplats, konkurenta Gencor oraz Lonrho na rynku platynowców, na światowym rynku platynowców. Wskutek zaskarżenia decyzji Komisji przez Gencor, sprawa trafiła przed Sąd. Skarżący, opierając swe stanowisko na kryterium powiązań strukturalnych, argumentował, że z wyroku Sądu w sprawie *Italian Flat Glass* wynika, że aby stwierdzić istnienie kolektywnej pozycji dominującej, niezbędne jest wykazanie powiązań o charakterze strukturalnym. Zdaniem skarżącego, Komisja nie wykazała, aby pomiędzy rzekomymi kolektywnymi dominantami takie powiązania istniały.

Z tą argumentacją Sąd się nie zgodził. Przypomniwał, że w powołanym wyroku w sprawie *Italian Flat Glass* powiązanie strukturalne zostało podane jedynie jako przykład<sup>75</sup>, w pkt 275 wskazując, że „nie można także wywnioskować [z wyroku w sprawie *Italian Flat Glass*], że Sąd ograniczył pojęcie powiązań ekonomicznych do pojęcia powiązań strukturalnych wskazanych przez skarżącą.” Niezwykle istotne pkt. 276-277 wyroku wymagają przytoczenia w całości: „Co więcej, **nie ma żadnego powodu, w kategoriach prawnych ani ekonomicznych, aby wyłączyć z pojęcia powiązań ekonomicznych stosunek wzajemnej zależności występujący między stronami ścisłego oligopolu,**

<sup>74</sup> Patrz przyp. 10.

<sup>75</sup> Osobną kwestią jest to, że Sąd w wyroku w sprawie *Italian Flat Glass* użył sformułowania *economic links*, zaś podnoszone przez Gencor powiązania o charakterze strukturalnym zostały wyinterpretowane z podanego przez Sąd przykładu. Z wyroku Sądu w sprawie *Italian Flat Glass* wynika, że powiązania strukturalne są podtypem powiązań ekonomicznych. Nie można zatem twierdzić, że – na kanwie tego judykatu – powiązania strukturalne stanowią warunek *sine qua non* kolektywnej pozycji dominującej.



w ramach którego, na rynku o właściwej charakterystyce, w szczególności pod względem koncentracji, przejrzystości i jednorodności produktowej, strony te mogą wzajemnie przewidzieć swoje zachowania i są tym samym mocno motywowane do uzgadniania swojego postępowania na rynku, w szczególności w taki sposób, aby maksymalizować łączne zyski poprzez ograniczanie produkcji z zamiarem podwyższania cen. W takim kontekście każdy przedsiębiorca jest świadom, że wysoce konkurencyjne działanie z jego strony mające na celu zwiększenie jego udziału w rynku (na przykład obniżenie ceny) spowodowałoby identyczne działanie ze strony pozostałych, tak więc nie odniósłby on żadnych korzyści ze swojej inicjatywy. Obniżka poziomów cen miałaby więc wpływ na wszystkich przedsiębiorców. Ten wniosek jest jeszcze bardziej uzasadniony w dziedzinie kontroli koncentracji, która ma na celu zapobieżenie stworzeniu lub umocnieniu antykonkurencyjnych struktur rynkowych. **Struktury te mogą powstać zarówno w wyniku istnienia gospodarczych powiązań w ścisłym tego słowa znaczeniu, na jakie wskazuje skarżąca, jak i struktur rynkowych w rodzaju oligopolu, w których każde z przedsiębiorstw może być świadome wspólnych interesów, a w szczególności może podnieść ceny bez konieczności zawierania porozumienia lub zastosowania uzgodnionej praktyki.**”

Sąd odszedł tym samym od postrzegania powiązań ekonomicznych (w tym strukturalnym) jako swoistej przesłanki warunkującej istnienie kolektywnej pozycji dominującej<sup>76</sup>, skłaniając się zaś ku powiązaniom o charakterze funkcjonalnym, wynikającym ze specyfiki rynku o strukturze oligopolistycznej, zwłaszcza w warunkach *tight oligopoly*. Tyle tylko, że w zaproponowanej koncepcji kolektywnej dominacji Sąd zahaczył o zagadnienie czystej współzależności rynkowej (*mere interdependence*), z której to, jako takiej, na kanwie wyroku w sprawie *Gencor* – zdaniem niektórych autorów – dopuszczono wywodzenie istnienia kolektywnej pozycji dominującej<sup>77</sup>. Nie można wszak zapominać, iż sama tylko współzależność rynkowa, jak i stanowiące jej przejaw racjonalnie dobieranie strategii rynkowej w odpowiedzi na działania pozostałych przedsiębiorców operujących na

<sup>76</sup> Tak też: C. Banasiński (red.), E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 136.

<sup>77</sup> F.E. Gonzalez Diaz, *Recent developments in EC merger control law: the Gencor judgement*, 1999, *World Competition* 22(3), s. 3-28.

rynku właściwym, nie są zasadniczo zakazane<sup>78</sup>. Uznając tezę tę za trafną, trzeba pójść nieco dalej i skonstatować, że **wraz z wyrokiem Sądu w sprawie *Gencor* kryteria wyznaczające kolektywną pozycję dominującą stały się jeszcze bardziej płynne i trudne do uchwycenia**. Należy to ocenić negatywnie, gdyż nie daje się to pogodzić z zasadą pewności prawa, dotyczącej tak prawa unijnego, jak i prawa wewnętrznego państw członkowskich, które przy analizie rynku relewantnego pod kątem kolektywnej pozycji dominującej odwoływać się będą wszak do dorobku orzecznictwa organów unijnych.

### 5.5. Wyrok ETS w sprawie *Compagnie Maritime Belge* (art. 82 TWE)

Liberalne stanowisko przyjęte przez SPI w sprawie *Gencor* znalazło swe odzwierciedlenie w późniejszym orzecznictwie. Sprawa *Compagnie Maritime Belge*<sup>79</sup> obejmowała następujący stan faktyczny: *Compagnie Maritime Belge* było członkiem *Associated Central West Africa Lines* („Cewal”), która to z kolei stanowiła konferencję linii żeglugowych w rozumieniu art. 1 ust. 3 lit. b Rozporządzenia Rady (EWG) nr 4056/86 z 22.12.1986 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 85 i 86 Traktatu do transportu morskiego<sup>80</sup>. Do Cewal należeli armatorzy obsługujący regularne linie żeglugowe pomiędzy portami ówczesnego Zairu (obecnie Demokratyczna Republika Kongo), Angoli i Europy Północnej. W swej decyzji Komisja stwierdziła naruszenie art. 81 i 82 TWE nie tylko przez sam Cewal, ale również przez niektórych jej członków. Cewal oraz inne konferencje linii żeglugowych – *Cowac* i *Ukwal*, a także ich członkowie, naruszyły art. 81 TWE poprzez zawarcie porozumień o wzajemnym niekonkurowaniu oraz podziale geograficznym rynku liniowców pływających na trasie pomiędzy Europą Północną oraz Afryką Zachodnią. Z kolei członkowie Cewal nadużyli zajmowanej przezeń kolektywnej pozycji dominującej poprzez: udział we wdrożeniu umowy kooperacyjnej zawartej z zairskim *Office de Gestion du Fret Maritime*; zmianę cen poprzez obniżenie ich do poziomu cen oferowanych przez głównego niezależnego konkurenta (*Grimaldi and Cobelfret*), a nawet poniżej tego poziomu, za przewozy statkami w tych samych dniach lub pobliskich dniach (tzw. *ship fighting*);

---

<sup>78</sup> Por. S.Marco Colino, *Competition law...*, s. 144-145. W wyroku w sprawie C-48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Komisja* Zb. Orz. 1972 00619, Trybunał stwierdził: „Choć **każdy producent może zmieniać ceny oferowanych przez siebie towarów, biorąc przy tym pod uwagę obecne lub przewidywalne zachowanie swych konkurentów**, niemniej jest sprzeczne z zasadami prawa konkurencji zawartymi w Traktacie kooperacja z konkurentami, w jakikolwiek sposób, w celu ustalenia skoordynowanego sposobu działania (...).”

<sup>79</sup> Patrz przyp. 17.

<sup>80</sup> Dz.U. L Nr 378 str. 4-13.

wprowadzenie zakazanych na podstawie powyższego porozumienia porozumień lojalnościowych.

Sąd utrzymał w mocy decyzję Komisji. W odwołaniu skarżący podnosili przede wszystkim, iż Sąd błędnie założył, że samo stwierdzenie stosowania praktyk uzgodnionych zakazanych art. 81 TWE pozwala przyjąć, że przedsiębiorcy zajmują kolektywną pozycję dominującą. Dalej, zdaniem skarżących, wątpliwe było łączne (równoczesne) stosowanie art. 81 i 82 TWE. W ich ocenie, wzajemna relacja tych przepisów nie pozwala przyjąć, iż przedsiębiorcy zajmujący kolektywną pozycję dominującą, zatem działający jako *de facto* podmiot kolektywny, mogą być równocześnie stronami wspomnianych porozumień lub stosować praktyki uzgodnione.

Trybunał, za Sądem, wyróżnił trzy kryteria, która muszą zostać spełnione kumulatywnie, aby wykazać naruszenie art. 82 TWE w ujęciu kolektywnym. Po pierwsze, czy przedsiębiorcy tworzą *de facto* podmiot kolektywny; po drugie, czy – jako tenże *de facto* podmiot kolektywny – zajmują pozycję dominującą; po trzecie – czy doszło do nadużycia tejże pozycji dominującej (pkt 40).

Trybunał zwrócił uwagę na istnienie powiązań o charakterze ekonomicznym (pkt 41), jednocześnie raz już kolejny podkreślając, że samo w sobie stwierdzenie porozumień lub praktyk zakazanych na gruncie art. 81 TWE nie pozwala na wyprowadzenie wniosku, iż przedsiębiorcy tacy tworzą *de facto* podmiot kolektywny (pkt 43), przy czym nie jest wykluczone, że w konkretnym przypadku powiązania wynikające z tych porozumień lub praktyk będą na tyle silne, że wyprowadzenie takiego wniosku będzie uprawnione (pkt 44). W pkt. 45 Trybunał stwierdził zaś: **„Istnienie kolektywnej pozycji dominującej może zatem wynikać z natury oraz warunków umowy, ze sposobu, w jaki została ona wdrożona, a także – w rezultacie – z powiązań oraz z czynników powodujących związek pomiędzy przedsiębiorstwami wynikający z tej umowy.”** Trybunał dodał: „Niemniej jednak, występowanie takiej umowy lub innych powiązań (...) nie jest niezbędne do stwierdzenia kolektywnej pozycji dominującej. **Można je [stwierdzenie kolektywnej pozycji dominującej] bowiem oprzeć na innych powiązaniach i będzie to zależało od analizy ekonomicznej oraz, w szczególności, analizy struktury danego rynku właściwego.”** Tym

samym Trybunał potwierdził, że kolektywna pozycja dominująca może opierać się także na powiązaniach funkcjonalnych (struktura rynku właściwego).

Ostatecznie w sprawie *Compagnie Maritime Belge* Trybunał zmuszony był stwierdzić nieważność decyzji Komisji z powodu błędów proceduralnych przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych.

Wyrok spotkał się z krytyką niektórych autorów. W kontekście „niebezpieczeństwa” wywodzenia kolektywnej pozycji dominującej z samej tylko współzależności rynkowej (*mere interdependence*), B.E. Hawk i G.A. Motta, przywołując też w tym kontekście poglądy wyrażone przez choćby C. Withersa i M. Jephcotta, wskazują, że **uznanie czynników funkcjonalnych za wystarczające dla stwierdzenia występowania kolektywnej pozycji dominującej pozwala zaliczyć doń samą tylko współzależność rynkową (*mere interdependence*)** i na tej tylko podstawie – zgodnie z wyrokiem Trybunału w sprawie *Compagnie Maritime Belge* – uznać, iż na rynku relewantnym występuje kolektywna pozycja dominująca<sup>81</sup>.

## 5.6. Wyrok Sądu w sprawie *Airtours/First Choice* (rozporządzenie nr 4064/89)

W wyrok w sprawie *Airtours/First Choice*<sup>82</sup> Sąd sformułował nowy katalog przesłanek kolektywnej pozycji dominującej (tzw. kryteria *Airtours/First Choice*). Niektórzy autorzy określili go nawet jako „zamykający Puskę Pandory”<sup>83</sup>.

Stan faktyczny klarował się następująco: Na brytyjskim rynku krótkodystansowych wyjazdów turystycznych działali czterej przedsiębiorcy o następujących udziałach: Thomson – 27%, Airtours – 21%, Thomas Cook – 20%, First Choice – 11%. W 1999 r. Airtours ogłosił ofertę publiczną przejęcia First Choice poprzez nabycie wszystkich akcji i zgłosił Komisji zamiar koncentracji – zgodnie z rozporządzeniem nr 4064/89. Komisja wydała decyzję zakazującą zamierzonej koncentracji, argumentując, że w jej wyniku na rynku właściwym

<sup>81</sup> B.E. Hawk, G.A. Motta, *Oligopolies and collective dominance: a solution in search of problem*, Treviso Conference on Antitrust Between EC Law and National Law, Eighth Edition; Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 1301693, pobrane z: <http://ssrn.com/abstract=1301693>, s. 91, 100-101.

<sup>82</sup> Patrz przyp. 36.

<sup>83</sup> K.U. Kühn, *Closing Pandora's Box? Joint Dominance after the 'Airtours' Judgment* (październik 2002), Michigan Law and Economics Research Paper No. 02-013, pobrane z: <http://ssrn.com/abstract=349521>, s. 14.

powstała by kolektywna pozycja dominująca zajmowana przez Airtours/First Choice, Thomson oraz Thomas Cook (łącznie udziału po koncentracji wynosiłyby aż 79%), przez co konkurencja zostałaby w znaczącym stopniu ograniczona. Komisja zwróciła uwagę, że wysoki łączny udział przedsiębiorców w rynku właściwym (79%) skłaniałaby ich do działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów, zwłaszcza poprzez ograniczanie podaży oraz podnoszenie cen.

Decyzja Komisji została zaskarżona przez Airtours i następnie unieważniona przez Sąd. Zdaniem Sądu, Komisja nie wykazała, jakoby na skutek zgłoszonej koncentracji na brytyjskim rynku krótkodystansowych wyjazdów turystycznych miała powstać kolektywna pozycja dominująca.<sup>84</sup> Sąd dodał, że sama decyzja nie była ponadto wolna od błędów o charakterze merytorycznym.

Rozważając, czy Komisja trafnie uznała, iż w wyniku planowanej koncentracji powstanie kolektywna pozycja dominująca, która może ograniczyć konkurencję na wspólnym rynku bądź na znacznej jego części, Sąd skonstatował, że niezbędne jest kumulatywne spełnienie trzech warunków (pkt. 62 i n.):

1. Każdy z członków oligopolu musi mieć obiektywną możliwość ustalenia, w jaki sposób na rynku relewantnym działają pozostali oligopolisci, dalej zaś – czy realizują oni wspólną politykę. **Innymi słowy, każdy oligopolista musi mieć dostęp do danych, na podstawie których będzie w stanie rozpoznać (odtworzyć) sposób działania pozostałych.** Pozwala to na efektywniejsze wzajemne dostosowywanie działań rynkowych. Jak podkreślił Sąd, nie jest wystarczające przekonanie przedsiębiorców o tym, że realizowanie wspólnej strategii (np. wysokich cen) jest dla nich opłacalne – muszą oni nadto mieć obiektywną możliwość kontrolowania, czy inni przedsiębiorcy stosują się doń. **Dlatego też rynek właściwy musi być na tyle przejrzysty, by przedsiębiorcy mogli wystarczająco precyzyjnie i szybko ustalić, w jaki sposób zmieniają się działania pozostałych.** Możliwość dostępu niezbędnych w tym celu danych winno mieć charakter trwały, bowiem sens kolektywnej pozycji dominującej wyznacza właśnie jej trwałość.

---

<sup>84</sup> Sąd wywiódł zwłaszcza, że skoro w momencie zgłoszenia koncentracji pozycja taka nie istniała, to dowody na okoliczność jej powstania winny być szczególnie mocne.

2. „Milcząca koordynacja” pomiędzy oligopolistami musi być trwała, zatem musi istnieć bodziec, który motywuje oligopolistów do realizowania wspólnej polityki rynkowej (np. wysokich cen), zarazem zniechęcający do podjęcia strategii *free rider*. Sąd przypomniał, powołując się na Komisję, że „milcząca koordynacja” będzie opłacalna tylko wówczas, gdy podporządkują się jej wszyscy kolektywni dominanci. Muszą zatem istnieć tzw. mechanizmy (środki) odwetowe, które będą skutecznie powstrzymywały oligopolistów od wyłamania się ze wspólnej strategii rynkowej. Wszyscy kolektywni dominanci muszą być świadomi, że podjęcie przezeń działań konkurencyjnych, nastawione za zwiększenie indywidualnego udziału w rynku właściwym, spowoduje uruchomienie wspomnianych mechanizmów odwetowych, tj. podjęcie identycznych działań przez pozostałych kolektywnych dominantów. W takiej sytuacji zysku nie odnotuje jednak żadne z przedsiębiorców. Sąd wskazał także, iż Komisja nie musi udowodnić konkretnie określonego środka odwetowego. **Zadaniem Komisji jest wykazanie, że oligopolisci mogą takie środki podjąć i są one wystarczające, aby nie doszło do tegoż wyłamania się, odstąpienia od koordynacji działań rynkowych.** Sąd podkreślił, że kolektywną pozycję dominującą należy oceniać pod kątem jej stabilności, zdolności do utrzymania się przez dłuższy i jako taka jest ona zjawiskiem dynamicznym.
  
3. Wreszcie, dla wykazania kolektywnej pozycji dominującej, trzeba wykazać, że przewidywana reakcja aktualnych i potencjalnych konkurentów, jak i konsumentów, nie będzie w stanie zagrozić rezultatów, jakie przewiduje się, że kolektywni dominancie osiągną na skutek pozycji zajmowanej na rynku właściwym. Sprzyjają temu choćby mała elastyczność popytu, brak tendencji wzrostowych popytu czy wysokie bariery wejścia na rynek. Nie jest przy tym prawdopodobne, iż konkurenci spoza kręgu kolektywnych dominantów, zwiększą swą rolę (*fringe undertakings*), a także nie istnieje takie zagrożenie ze strony tzw. *maverick firm*, czyli przedsiębiorcy mającego skłonności do podejmowania otwartej konkurencji.

### 5.7. Wyrok Trybunału w sprawie *Impala* (rozporządzenie nr 4064/89)

Stan faktyczny sprawy *Impala*<sup>85</sup> był następujący: Bertelsmann AG oraz Sony Corporation of America, przedsiębiorcy działający na globalnym rynku nagrań muzycznych, zgłosiły Komisji koncentrację, w rezultacie której powstać miały nowe spółki – co najmniej trzy – działające pod wspólną firmą Sony BMG na globalnym rynku nagrań muzycznych, za wyjątkiem działalności Sony w Japonii, przejmując w ten sposób działalność od swych „spółek-matek”. Powstałe przedsiębiorstwa – spółki typu joint ventures, w których Bertelsmann oraz Sony zamierzały objąć po 50% udziałów, miały prowadzić działalność w dziedzinie odkrywania i lansowania artystów oraz promocji i sprzedaży nagrań muzycznych. Zgłoszenie wpłynęło w dniu 9 stycznia 2004 r., wobec czego zastosowanie do koncentracji znalazło jeszcze rozporządzenie nr 4064/89.

Zdaniem Komisji, w wyniku koncentracji nie doszłoby to powstania bądź umocnienia kolektywnej pozycji dominującej, która istotnie ograniczyłaby konkurencję na wspólnym rynku bądź znacznej jego części – zgodnie z rozporządzeniem nr 4064/89; Komisja argumentowała, że dowody na to nie były wystarczająco silne. Zdanie Komisji podzieliła Dyrekcja Generalna ds. Konkurencji oraz Komitet Doradczy ds. Koncentracji. Przeciwnikiem koncentracji z udziałem Bertelsmann oraz Sony było International Music Publishers and Labels Association (*Impala*) – międzynarodowe stowarzyszenie reprezentujące i zrzeszające około dwa i pół tysiąca niezależnych producentów muzycznych, mające siedzibę w Brukseli. *Impala* wniosła do Sądu skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji. Sąd stwierdził nieważność spornej decyzji<sup>86</sup>, w następstwie czego Bertelsmann oraz Sony odwołały się od wyroku Sądu do Trybunału. Ten – pomimo odmiennej opinii Rzecznika Generalnego Kokott – zaskarżony wyrok uchylił i przekazał sprawę Sądowi do ponownego rozpoznania.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> Wyrok Trybunału w sprawie C-413/06 P *Bertelsmann AG i Sony Corporation of America przeciwko Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)* Zb. Orz. 2008 I-04951.

<sup>86</sup> Wyrok Sądu w sprawie T-464/04 *Independant Music Publishers and Labels Association (Impala, association internationale) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* Zb. Orz. 2006 II-02289.

<sup>87</sup> Odwołanie do Trybunału nie wywołuje skutku zawieszającego, zaś Bertelsmann oraz Sony nadal popierały zgłoszoną koncentrację. Komisja wydała nową decyzję – wraz z obszernym uzasadnieniem, uznającą utworzenie Sony/BMG za zgodne ze wspólnym rynkiem [wewnętrznym] i zezwalającą bezwarunkowo na dokonanie planowanej koncentracji. Komitet Doradczy ds. Koncentracji ponownie podzielił zdanie Komisji. *Impala* z kolei po raz wtóry wniosła do Sądu skargę o stwierdzenie nieważności. Postanowieniem tego ostatniego, postępowanie zostało umorzone.

W swej decyzji, Komisja zawężyła przedmiot analizy do rynków: nagrań muzycznych, licencji na nagrania muzyczne online oraz dystrybucji tychże nagrań online i zbadła czy, w wyniku planowanej koncentracji dojdzie na nich do powstania bądź umocnienia kolektywnej pozycji dominującej. **Pomimo że Komisja zauważyła, iż w przeszłości oligopolisci kształtowali ceny na zbliżonym poziomie, nie wystarczyło to jej zdaniem, aby stwierdzić w tym zakresie „milczącą koordynację”, a w efekcie – kolektywną pozycję dominującą.** Dalej, Komisja pochyliła się nad czynnikami homogeniczności towaru oraz przejrzystości rynku. Uznając, iż towary oferowane na rynkach właściwych przez oligopolistów są heterogeniczne, Komisja wywiodła z tej tezy brak przejrzystości rynku, zatem rynki relewantne nie sprzyjały zjawisku „milczącej koordynacji”. Komisja nie zdołała również wykazać istnienia mechanizmu „odwetowego”, który miałby skłaniać oligopolistów do trwałego utrzymywania kolektywnej dominacji. Dokonując ogólnej retrospektywnej analizy rynku, na tej podstawie Komisja stwierdziła brak kolektywnej dominacji według stanu przed dokonaniem planowanej koncentracji.

Imapala zarzuciła zaskarżonej decyzji m.in. błędne przyjęcie, iż przed dokonaniem planowanej koncentracji na rynku nagrań muzycznych nie istniała kolektywna pozycja dominująca, zatem nie dojdzie do jej umocnienia; że w wyniku planowanej koncentracji nie powstanie kolektywna pozycja dominująca na rynku nagrań muzycznych; że w wyniku planowanej koncentracji nie dojdzie do powstania bądź umocnienia kolektywnej pozycji dominującej na globalnym rynku dystrybucji nagrań muzycznych online.

Dokonane przez Komisję analiza rynku nagrań muzycznych oraz jej interpretacja spotkały się z krytyką ze strony Sądu. W jego ocenie, Komisja *summa summarum* nie wykazała, iż przed planowaną koncentracją nie istniała kolektywna pozycja dominująca na globalnym rynku nagrań muzycznych, ani też, że nie istnieje prawdopodobieństwo, żeby w jej wyniku pozycja taka powstała. Jego zdaniem, stosując test sformułowany przez SPI w sprawie Airtours/First Choice, Komisja nie miała wystarczających podstaw, aby w sposób jednoznaczny dowieść niespełnienia pierwszego kryterium, mianowicie przejrzystości rynku. SPI wskazał także, że Komisja błędnie przyjęła, że skoro w przeszłości na rynku nagrań muzycznych nie były stosowane „środki odwetowe” (drugie kryterium Airtours/First Choice), to nie będą one stosowane także po dokonaniu planowanej koncentracji; Komisja winna

---



przeprowadzić w tym zakresie przede wszystkim analizę prospektywną. Trybunał z kolei podzielił zdanie skarżących Bertelsmann oraz Sony, iż Sąd błędnie zastosował test sformułowany przez Sąd w sprawie *Airtours/First Choice*.

W kontekście koncepcji kolektywnej dominacji, Trybunał zaaprobował kryteria sformułowane przez Sąd w wyroku w sprawie *Airtours/First Choice*, wywodząc je jednak z własnych wyroków: w sprawach *Compagnie Maritime Belge* oraz *Kali&Salz*<sup>88</sup>. Podsumowując ten dorobek, Trybunał zważył: „Sytuacja zbiorowej pozycji dominującej utrudniającej w znacznym stopniu skuteczną konkurencję na wspólnym rynku lub na jego istotnej części może wystąpić w następstwie koncentracji, jeśli **ze względu na same tylko cechy charakteryzujące dany rynek oraz zmianę, jaką w jego charakterystyce spowoduje przeprowadzenie koncentracji, skutek tej koncentracji będzie taki, że każdy z uczestników danego oligopolu, mając świadomość wspólnych interesów, będzie uważał za możliwe, ekonomicznie racjonalne, a zatem wskazane, przyjąć na trwale jednakową linię działania na rynku, aby sprzedawać po cenach wyższych od cen konkurentów, bez konieczności zawierania porozumień lub stosowania uzgodnionych praktyk w rozumieniu art. 81 WE, w taki sposób, żeby konkurenci, obecni lub potencjalni, albo klienci i konsumenci nie mogli skutecznie zareagować. Prawdopodobieństwo tego rodzaju milczącej koordynacji jest większe, jeśli konkurenci mogą łatwo dojść do wspólnego rozumienia, w jaki sposób powinna funkcjonować koordynacja (...). Jeśli nie ma możliwości milczącego osiągnięcia podobnego rozumienia zasad koordynacji, konkurenci powinni ewentualnie uciec się do praktyk zabronionych przez art. 81 WE, aby móc przyjąć wspólną linię działania na rynku. Ponadto, biorąc pod uwagę między innymi ewentualną pokusę, która może znieść każdego z uczestników milczącej koordynacji, by odstąpić od jej zasad i na krótką metę powiększyć własne zyski, należy ocenić, czy tego rodzaju koordynacja ma szansę być trwała. W związku z tym przedsiębiorstwa, które koordynują swoje zachowania, powinny być w stanie w wystarczającym stopniu monitorować, czy zasady koordynacji są przestrzegane. Zatem rynek powinien być dostatecznie przejrzysty, aby pozwolić w szczególności każdemu z przedsiębiorstw uczestniczących w koordynacji poznać, wystarczająco dokładnie i natychmiastowo, zmian w zachowaniach rynkowych każdego z pozostałych jej uczestników. Poza tym dyscyplina wymaga, aby istniała jakaś forma wiarygodnego mechanizmu odstrasającego, który może zostać**

---

<sup>88</sup>

Por. pkt 21-26 wyroku.

wykorzystany w przypadku wykrycia zachowania naruszającego zasady. Ponadto reakcje przedsiębiorstw, które nie uczestniczą w koordynacji, obecnych lub przyszłych konkurentów, a także reakcje klientów nie powinny być w stanie zagrozić spodziewanym efektem koordynacji” (pkt 122-123)<sup>89</sup>.

Co istotne, w uchylonym wyroku Sąd podkreślił: „Należy zauważyć, że – jak wynika z brzmienia cytowanych powyżej wyroków – orzecznictwo to rozwijało się w związku z oceną ryzyka stworzenia zbiorowej pozycji dominującej w wyniku koncentracji, a nie, co jest kwestią w pierwszej części niniejszego zarzutu, ustalenia istnienia zbiorowej dominacji” (pkt 249). To zaś implikuje zróżnicowanie wymagań dowodowych stawianych Komisji.<sup>90</sup> Trybunał uznał nadto, że w celu stwierdzenia istniejącej już kolektywnej pozycji dominującej, dopuszczalne jest posługiwanie się czynnikami sprzyjające „milczącej koordynacji”<sup>91</sup>. Tym samym Trybunał potwierdził immanentny związek kolektywnej pozycji dominującej z teorią ekonomii, a w szczególności „milczącą koordynacją.” Trybunał dodał jednakże, że analiza ta sama w sobie nie jest wystarczająca, gdyż określone cechy rynku właściwego wymagają poparcia mechanizmem, dzięki któremu stan kolektywnej dominacji („milczącej koordynacji”) może się utrzymywać.

## 6. Czynniki sprzyjające „milczącej koordynacji”

Jak sygnalizowano powyżej, „milcząca koordynacja” może powstać jedynie na rynku o strukturze oligopolistycznej. Badając tenże rynek pod kątem pozycji dominującej – tak istniejącej, jak i mogącej powstać lub ulec umocnieniu – należy brać pod uwagę czynniki uznane w teorii ekonomii za sprzyjające „milczącej koordynacji.” Na czynniki te powoływano się w orzecznictwie począwszy od wyroku Sądu w sprawie *Nestle/Perrier*, a skończywszy na *expressis verbis* odniesieniu się doń przez Trybunał w sprawie *Impala*. Poniżej czynniki te zostaną wskazane, zaś te w mojej ocenie najważniejsze – ponadto krótko scharakteryzowane. Nie znajdują się wśród nich oligopolistyczna struktura rynku właściwego

<sup>89</sup> Nadto, w pkt. 124, Trybunał podkreślił, że sformułowane przezeń kryteria **nie są niezgodne** z kryteriami *Airtours/First Choice*.

<sup>90</sup> Sąd zasugerował tutaj obniżony standard dowodowy (dowody pośrednie) w sprawach dotyczących istniejącej już kolektywnej pozycji dominującej.

<sup>91</sup> Por. szczegółowo pkt. 127-132 wyroku. Trybunał zwłaszcza podkreślił: „Na podobnej zasadzie badanie w celu wykrycia istniejącej zbiorowej pozycji dominującej, **które odbywa się na podstawie szeregu czynników uważanych zazwyczaj za wskazujące na obecność lub prawdopodobieństwo milczącej koordynacji pomiędzy konkurentami, nie może jako takie zostać zakwestionowane**” (pkt 129).

oraz powtarzalność interakcji<sup>92</sup>. **Moim zdaniem, są to bowiem raczej kryteria wstępnie warunkujące potencjalną możliwość istnienia kolektywnej pozycji dominującej**, to, czy w kontekście konkretnego rynku właściwego w ogóle możemy rozważać jej występowanie<sup>93</sup>. Tym samym nietrafne wydaje się zaliczenie ich do czynników, które sprzyjają „milczącej koordynacji.”

Warto także nadmienić, iż katalog czynników sprzyjających kolektywnej pozycji znaczącej (dominującej) został zawarty w załączniku II dyrektywy ramowej. Katalog ten ma charakter przykładowy, stanowiąc swego rodzaju źródło najważniejszych dowodów na okoliczność pozostawania przez przedsiębiorców w „milczącej koordynacji”<sup>94</sup>.

### 6.1. Wysoki stopień koncentracji rynku (udziały rynkowe). Przejrzystość rynku

Literalne brzmienie załącznika II dyrektywy ramowej pozwala stwierdzić, iż najważniejszymi czynnikami, które wymagają rozważenia w kontekście kolektywnej pozycji dominującej są stopień koncentracji rynku relewantnego oraz jego przejrzystość. Prawodawca unijny podkreśla w ten sposób, że badanie pod kątem ich wystąpienia powinno stanowić punkt wyjścia dla dalszej analizy uwarunkowań rynkowych<sup>95</sup>.

Stopień koncentracji jest – na potrzeby kolektywnej pozycji dominującej – odpowiednikiem udziałów przedsiębiorców w rynku właściwym. Zależność jest prosta – im wyższy stopień koncentracji, tym większe prawdopodobieństwo, że odnośni przedsiębiorcy zajmują kolektywną pozycję dominującą. Rynek o strukturze oligopolistycznej ze swej natury sprzyja wysokiemu stopniowi koncentracji, lecz nie oznacza to, że będzie na każdym rynku o takiej strukturze stopień koncentracji będzie wysoki<sup>96</sup>.

W celu zbadania stopnia koncentracji, w praktyce wykorzystywany jest przede wszystkim indeks HHI (wskaźnik Herfindahla-Hirschmana)<sup>97</sup>. Definiowany jest on jako suma

---

<sup>92</sup> Wśród czynników sprzyjających „milczącej koordynacji” wymienia je Ł. Wieczorek – por. Ł. Wieczorek, *Prawne i ekonomiczne...*, s. 32 i n.

<sup>93</sup> Nie wymienia ich wśród tychże czynników także załącznik II dyrektywy ramowej.

<sup>94</sup> M. Rogalski [w:] *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, red. M. Rogalski, Warszawa 2010, s. 226.

<sup>95</sup> Tak Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w postanowieniu z dnia 15 lutego 2006 r., sygn. akt: DOK2-073-30/05/MKK, [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl).

<sup>96</sup> Por. Ł. Wieczorek, *Prawne i ekonomiczne...*, s. 34.

<sup>97</sup> Innymi metoda, na które wskazuje się w literaturze, są: odchylenie standardowe, indeks Lerner'a, a także „zwykły” wskaźnik koncentracji (suma udziałów największych przedsiębiorców).

kwadratów udziałów rynkowych wszystkich przedsiębiorców<sup>98</sup>. Przyjmuje wartości od 0 do 10 000. Stopień koncentracji zależy do tego, w którym z następujących przedziałów plasuje się wartość otrzymana w wyniku zastosowania indeksu HHI: do 1 000 – niewielki stopień koncentracji; 1 000-1 800 – umiarkowany stopień koncentracji; 1 800-2 500 – wysoki stopień koncentracji; powyżej 2 500 – bardzo wysoki stopień koncentracji.

Co do przejrzystości rynku, koresponduje ona z pierwszym kryterium *Airtours/First Choice*<sup>99</sup>. Przypominając, **przejrzystość (transparentność) oznacza dostęp do takich danych rynkowych (dotyczących tak samego rynku, jak i konkurentów; np. cenniki, taryfy), które pozwalają rozpoznać posunięcia rynkowe konkurentów, w celu, z jednej strony, efektywnego koordynowania działań (np. systematyczne podnoszenie cen), z drugiej zaś – wykrycia ewentualnego „wylamania się” ze wspólnej (milcząco skoordynowanej) strategii rynkowej.** Przejrzystość rynku wiąże się z mechanizmem odwetowym, który musi być obiektywnie prawdopodobny do zastosowania, zaś stwierdzenie tegoż w przeszłości stanowi istotny dowód na poparcie tej tezy. **Dzięki wszak przejrzystości, kolektywni dominanci mogą szybko i skutecznie zastosować mechanizm odwetowy.**

Poza wspomnianymi cennikami i taryfami, jak wskazał Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, przejrzystość może wynikać przykładowo z dostępności statystyk produkcji czy podaży, natomiast o braku przejrzystości świadczyć mogą niskie bariery wejścia na rynek, istnienie mechanizmu przetargowego czy obecność na rynku *maverick firm*<sup>100</sup>.

## 6.2. Wysokie bariery wejścia na rynek

„Milcząca koordynacja” – o ile ma przynosić zyski uczestniczącym w niej przedsiębiorcom – winna mieć charakter trwały, odznaczać się stabilnością. Jedynie bowiem w dłuższej perspektywie milcząco skoordynowane działania kolektywnych dominantów mogą przynieść im oczekiwane zyski. W związku z tym każda destabilizacja rynku będzie miała nań negatywny wpływ, mogąc doprowadzić nawet do zarzucenia milczącej koordynacji. Innymi słowy, **kolektywna dominacja i milcząca koordynacja będą ekonomicznie**

<sup>98</sup> B. Czarny, *Podstawy ekonomii*, wyd. 3, Warszawa 2011, s. 210.

<sup>99</sup> Powoływano się nań jednak już w decyzji Komisji w sprawie *Neste/Perrier* oraz w wyroku Sądu w sprawie *Gencor*.

<sup>100</sup> Patrz przyp. 74.

**uzasadnione, gdy przedsiębiorcy weń uczestniczący zyskają przeświadczenie, iż nie jest obiektywnie prawdopodobne, żeby na rynku właściwym pojawił się nowy przedsiębiorca.** W przeciwnym wypadku musieliby bowiem liczyć się z ewentualną destabilizacją dotychczasowego układu sił przez wejście na rynek nowego przedsiębiorcy, a także brać pod uwagę jego działania rynkowe (niepewność rodzi destabilizację). Jeżeli na rynku rzeczywiście pojawi się nowy przedsiębiorca, dopiero z upływem czasu i wzrostem jego siły rynkowej, a zatem już po destabilizacji układu sił na rynku właściwym, zjawisko kolektywnej dominacji może pojawić się z powrotem, lecz już w nowej, rozszerzonej konfiguracji. Wchodząc zaś na rynek, nowy przedsiębiorca nastawiony będzie na osiągnięcie zysków i intensywną konkurencję z przedsiębiorcami już nań obecnymi.

Nie ulega zatem wątpliwości, że w przypadku niewielkich barier wejścia na rynek obecni nań przedsiębiorcy raczej nie będą skłonni do „mleczącej koordynacji”. Jeśli jednak bariery wejścia na rynek relewantny są na tyle wysokie, iż podjęcie nań działalności wiąże się dla przedsiębiorcy ze znacznymi trudnościami – wręcz przeciwnie.

**Bariery wejścia na rynek można podzielić na bariery prawne oraz bariery ekonomiczne<sup>101</sup>.** Te pierwsze wynikają z regulacji prawnych (krajowych oraz międzynarodowych) normujących dany rynek relewantny. Aby podjąć określoną działalność gospodarczą na danym rynku właściwym, niezbędne będzie uprzednie spełnienie warunków określonych w przepisach prawa. Jako przykłady można podać występujące w polskim systemie prawnym koncesje, zezwolenia, licencje oraz zgody. Z kolei bariery o charakterze ekonomicznym wiążą się z koniecznością poniesienia określonych wydatków, np. na infrastrukturę. Nie jest to podział rozłączny – niektóre bariery prawne będą miały bowiem wymiar *stricte* ekonomiczny, np. wymóg wniesienia przez założycieli banku kapitału założycielskiego nie niższego od równowartości 5 mln. euro.

Nadto, bariery wejścia na rynek można również podzielić na bariery strategiczne (behawioralne), wynikające z działań podejmowanych przez przedsiębiorców już obecnych na rynku relewantnym, np. subsydiowanie skośne, dyskryminacja cenowa, *predatory pricing*, *market foreclosure* lub *price squeezing*, oraz bariery absolutne, oznaczające uprzywilejowany

---

<sup>101</sup> Tak też Prezes UOKiK, patrz przyp. 74.

dostęp do kluczowych zasobów albo aktywów, które nie są dostępne na podobnych zasadach dla potencjalnych nowych przedsiębiorców chcących wejść na rynek.<sup>102</sup>

Co więcej, jeżeli na rynku cechującym się wysokimi barierami wejścia nań, wzrasta popyt, ze względu na zyski przewidywane w perspektywie długookresowej przedsiębiorcy będą bardziej skłonni do milczącej koordynacji<sup>103</sup>.

### 6.3. Dojrzałość rynku

W teorii ekonomii rynek definiowany jest jako całość transakcji kupna i sprzedaży oraz warunków, w jakich one przebiegają<sup>104</sup>. Z punktu widzenia konkurencji, wyróżnić można następujące fazy rynku: wprowadzenie, ekspansja, dojrzewanie, stagnacja (odtworzenie)<sup>105</sup>. Jak określił to Prezes UOKiK, każdy rynek kształtując się przechodzi kolejne fazy rozwoju – od eksperymentowania do dojrzałości i ostatecznie do upadku<sup>106</sup>. W fazie wprowadzenia, nazywanej też fazą eksperymentalną, można mówić o silnej pozycji rynkowej jedynie w odniesieniu do przedsiębiorcy-pioniera, zyskującego zasadniczo pozycję monopolisty. Wobec niepewnej pozycji rynkowej pozostałych, brak jest w fazie wprowadzenia skutecznie funkcjonującego mechanizmu konkurencji. Z kolei w fazie ekspansji, o ile bariery wejścia na rynek nie są istotne, w odpowiedzi na wzrost popytu pojawiają się nań nowi przedsiębiorcy. Cena towaru (usługi) spada. Pozycja dotychczasowego monopolisty ulega osłabieniu ze względu na podjęcie przez wchodzących na rynek przedsiębiorców działań konkurencyjnych w zakresie ceny oraz innowacji technologicznych. W tej fazie rozproszenie rynku jest znaczące, co uniemożliwia „milczącą koordynację”. Konkurencja zaostrza się w fazie dojrzałości. Przy zasadniczo zaspokojonym popycie, przedsiębiorcy mogą zwiększyć swe udziały jedynie kosztem konkurentów. Nacisk kładziony jest na racjonalizację kosztów. Ostatnią fazą jest stagnacja rynku, względnie jego

<sup>102</sup> M. Rogalski [w:] *Prawo telekomunikacyjne...*, s. 32.

<sup>103</sup> Por. Ł. Wieczorek, *Prawne i ekonomiczne...*, s. 32-33.

<sup>104</sup> R. Milewski, E. Kwiatkowski (red.), *Podstawy ekonomii*, s. 41.

<sup>105</sup> C. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne...*, s. 30 i n.

<sup>106</sup> Patrz przy. 74.

odtworzenie w wyniku np. postępu technologicznego i powstanie w ten sposób nowego rynku.

**Zasadą jest, że im rynek bardziej dojrzały, tym większe prawdopodobieństwo, że przedsiębiorcy już nań działający zajmują kolektywną pozycję dominującą<sup>107</sup>.** „Milczącej koordynacji” sprzyja wszakże taki rynek, który cechuje stabilność podaży i popytu oraz udziałów rynkowych przedsiębiorców (rynek dojrzały). Jako dojrzały należy określić jednak nie tylko rynek w fazie trzeciej (dojrzałości), ale również w fazie czwartej (stagnacja). Skala konkurencji ulega bowiem zmniejszeniu, a wzajemne dostosowywanie strategii rynkowych będzie dla przedsiębiorców bardziej opłacalne – zwłaszcza przy równoczesnym założeniu niskiej elastyczności popytu oraz homogeniczności towaru (usługi).

#### 6.4. Homogeniczność produktu

Z homogenicznością (jednorodnością) produktu (towarów lub usług) oferowanych na danym rynku mamy do czynienia, gdy są one co do zasady tożsame. Nie oznacza to jednak, że muszą być one identyczne – mogą bowiem występować pomiędzy nimi różnicę, lecz produkty te będzie można określić jako podobne oraz każdy z kolektywnych dominantów musi mieć możliwości dostosowania swego produktu do tych oferowanych przez konkurentów<sup>108</sup>.

**Konkurencja pomiędzy towarami zróżnicowanymi jest mniej zintensyfikowana, bowiem z założenia cechuje ją wielowymiarowość.** W szczególności modyfikacje produktu w zakresie jego cech jakościowych mogą być z powodzeniem wykorzystywane w celu „oszukiwania” pozostałych kolektywnych dominantów<sup>109</sup>. Konkurencja następuje się wówczas nie tylko na poziomie ceny, obejmując nadto owe cechy jakościowe – utrudnia to „milczącą koordynację”, sprzyjając zaś skutecznej konkurencji<sup>110</sup>. **Gdy jednak produkty są homogeniczne, potencjalna konkurencja zasadniczo ogranicza się do płaszczyzny cenowej** – co oczywiste, milcząca koordynacja jednego czynnika jest istotnie łatwiejsza do osiągnięcia niż kilku czynników. Na omawiany czynnik wskazał Sąd w wyroku w sprawie *Gencor*.

<sup>107</sup> A. Krasuski, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2010, s. 213.

<sup>108</sup> Tak Prezes UOKiK, por. przyp. 74.

<sup>109</sup> S. Ardiyok, *Comparative analysis...*, s.7

<sup>110</sup> A. Krasuski, *Prawo telekomunikacyjne...*, s. 214.

## 6.5. Zbliżona struktura kosztów

„Milczącej koordynacji” sprzyja podobieństwo udziałów rynkowych przedsiębiorców. Jeśli zarazem struktura kosztów tych przedsiębiorców jest zbliżona, prawdopodobieństwo istnienia kolektywnej pozycji dominującej znacznie wzrasta znacząco.

**W przypadku zbliżonej struktury kosztów odnośnych przedsiębiorców, przy stosowanym przezeń jednakowym poziomie ceny, będą oni osiągać podobne zyski.** Brak będzie zatem bodźców do wzajemnego konkurowania. Jeżeli jednak kształty krzywych kosztów końcowych są różne, wtedy dla każdej potencjalnej wielkości produkcji ich preferowane ceny różnią się między sobą, co znacznie utrudnia ustalenie wspólnej ceny maksymalizującej zyski wszystkich przedsiębiorców<sup>111</sup>. Przykładowo, z uwagi na niższe przeciętne koszty ponoszone przez danego przedsiębiorcę, będzie on miał pokusę, żeby obniżyć cenę, jednocześnie notując zysk. Ten ostatni będzie wynikał z przejęcie klientów kolektywnych dominantów.

Praktyka europejskich regulatorów rynku telekomunikacyjnego pokazuje zaś, że analizując omawiany czynnik stosować można następujące kryteria: udział kosztów zmiennych w kosztach całkowitych poszczególnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na rynku i udziału wydatków na promocję i reklamę w kosztach całkowitych poszczególnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych<sup>112</sup>.

## 6.6. Inne czynniki

Innymi czynnikami, również bardzo istotnymi w kontekście kolektywnej pozycji dominującej, są m.in.: sztywny lub nieelastyczny popyt; brak innowacji technologicznych; brak potencjalnej konkurencji oraz brak równoważącej siły nabywczej; sieć porozumień pomiędzy przedsiębiorcami; przynależność do organizacji branżowych; brak nadwyżki wydajności.

## 7. Problematyczność koncepcji kolektywnej pozycji dominującej

---

<sup>111</sup> M. Rogalski [w:] *Prawo telekomunikacyjne...*, s. 231-232.

<sup>112</sup> M. Rogalski [w:] *Prawo telekomunikacyjne...*, s. 232. Z kolei Prezes UOKiK wskazał na koszty związane z inwestycjami w infrastrukturę telekomunikacyjną.



Koncepcja kolektywnej pozycji dominującej jest koncepcją przede wszystkim teoretyczną, ściśle powiązaną z nauką ekonomii oraz niezwykle kompleksową. O ile, z teoretycznego punktu widzenia, koncepcja ta może okazać się efektywnym narzędziem w rękach organów antymonopolowych, to jednak jej praktyczne zastosowanie może nastroczać niemałe trudności<sup>113</sup>. W literaturze wskazuje się na ograniczoną użyteczność koncepcji kolektywnej. B.E. Hawk i G.A. Motta zwrócili uwagę, że od wyroku Sądu w sprawie *Italian Flat Glass* koncepcja ta nie została zastosowana w żadnej sprawie typu *hard-core cartel*<sup>114</sup>. Z kolei S. Ardiyok jest zdania, że – na gruncie obecnie art. 102 TFUE – nigdy nie została zastosowana przez Komisję w odniesieniu do „czystego” oligopolu<sup>115</sup>. Wątpliwości dotyczą nie tylko zagadnień konstrukcyjnych dla samej koncepcji, ale również umiejscowienia kolektywnej dominacji w prawie konkurencji<sup>116</sup>.

Bodaj największe kontrowersje budzi stosunek „milczącej koordynacji” do sytuacji, w której wprawdzie na rynku zauważalna jest pewne koordynacja, lecz stanowi ona rezultat „gry konkurencyjnej.” Nie są jednak zakazane działania przedsiębiorców polegające na dostosowywaniu się do zmiennych uwarunkowań rynkowych<sup>117</sup>, a jak wskazywano, na rynku o strukturze oligopolistycznej działania jednego oligopolisty bezpośrednio wpływają na pozostałych. Ze względu na brak ostrych kryteriów, w praktyce może okazać się nie do rozstrzygnięcia, czy zbieżność zachowań rynkowych przedsiębiorców jest skutkiem tejże „gry konkurencyjnej”, czy też milczącej koordynacji. Powstaje zatem problem praktycznego rozstrzygnięcia – chodzi przede wszystkim o aspekt dowodowy – przyczyny zaobserwowanej zbieżności w kontekście rzekomej kolektywnej pozycji dominującej. **Praktycznie niewykonalne wydaje się bowiem wykazanie, że pomiędzy oligopolistami nie istniał jakikolwiek kontakt – organy antymonopolowe mogą zaś podnosić, że brak jest dowodów na jego istnienie.** To z kolei stwarza pokusę wykorzystania koncepcji kolektywnej pozycji dominującej jako swoistej deski ratunku w przypadku, gdy brak będzie dowodów lub

---

<sup>113</sup> L. Vitzialaiou i C. Lambadarios piszą nawet: „(...) but its application in the real world has proven so complex as to render it **inoperative or even perilous**. L. Vitzialaiou, C. Lambadarios, *The slippery slope of Addressing Collective Dominance under Article 82 EC*, Global Competition Policy (online), 2009, pobrane z <http://ssrn.com/abstract=1494931>, s. 1. Wymowny jest również tytuł artykułu („slippery slope” – śliskie zbcze).

<sup>114</sup> B.E. Hawk, G.A. Motta, *Oligopolies...*, s. 94.

<sup>115</sup> S. Ardiyok, *Comparative...*, s. 24

<sup>116</sup> Ł. Wieczorek, *Prawne i ekonomiczne...*, s. 37.

<sup>117</sup> Np. obniżenie ceny w odpowiedzi na uprzednie obniżenie przez konkurenta czy zbieżne w czasie podniesienie cen ze względu na wzrost kosztów stałych (*vide* surowców). Por. także przyp. 54.

te zgromadzona okazała się niewystarczająca dla wykazania porozumień lub zwłaszcza praktyk uzgodnionych, zakazanych obecnie art. 101 TFUE<sup>118</sup>.

Trzeba również podkreślić, że pomimo *more economic approach*, teoria ekonomia wciąż nie dostarczyła prawu konkurencji testu (modelu), w oparciu o który organy antymonopolowe mogłyby, w sposób pozytywny, wykazać istnienie „milczącej koordynacji.”

Niemniej kontrowersyjne wydaje się odtwarzanie kolektywnej pozycji dominującej na podstawie powiązań o charakterze funkcjonalnym, zaproponowane przez Trybunał w wyroku w sprawie *Compagnie Maritime Belge*. Pamiętając, że w tymże wyroku Trybunał nawiązał do „analizy struktury danego rynku właściwego” (pkt 45 *in fine*), idąc za wskazówkami Trybunału można by przyjąć istnienie kolektywnej pozycji dominującej na rynku o strukturze oligopolistycznej *per se* (po prostu dodając udziały rynkowe)<sup>119</sup>. W toku powyższych wywodów podkreślono również, że zdaniem niektórych autorów, wyrok ten otworzył drzwi do wywodzenia istnienia kolektywnej pozycji dominującej z samej tylko współzależności rynkowej (*mere interdependence*)<sup>120</sup>, charakterystycznej wszak dla oligopoli.

Problematyczne jest również dopuszczone w orzecznictwie równoczesne stosowanie obecnie art. 101 i 102 TFUE. O ile raczej wątpliwości nie powinno budzić, iż antykonkurencyjne porozumienia lub praktyki uzgodnione mogą przyczynić się do powstania kolektywnej pozycji dominującej, zacieśniając w ten sposób więzy pomiędzy przedsiębiorcami i czyniąc zeń *de facto* podmiot kolektywny – pamiętać jednak należy, aby nie przetwarzać tychże, mechanicznie i bez uwzględniania całokształtu uwarunkowań rynkowych, na istnienie kolektywnej pozycji dominującej – to już jej nadużywanie w drodze antykonkurencyjnych porozumień i praktyk uzgodnionych wręcz przeciwnie. Dochodziłoby wtedy wszakże do przenikania antykonkurencyjnych porozumień i praktyk uzgodnionych z kolektywną pozycją dominującą, które to powinny być rozróżniane w oparciu o stanowiące ich źródła w odpowiednio art. 101 i 102 TFUE, zwłaszcza że milcząca koordynacja z założenia nie spełnia kryterium, choćby minimalnego, kontaktu, porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, opierając się bowiem na antycypacji wynikającej z uwarunkowań rynku

<sup>118</sup> L. Vitzialaiou, C. Lambadarios formułują nawet przykład, w istocie wybitnie akademicki, że przedsiębiorcy, wobec których istnieje podejrzenie nadużywania kolektywnej pozycji dominującej, będą powoływali się na zawarcie porozumień lub stosowanie praktyk uzgodnionych zakazanych obecnie art. 101 TFUE. L. Vitzialaiou, C. Lambadarios, *The slippery slope...*, s. 6.

<sup>119</sup> *Ibidem*, s. 5.

<sup>120</sup> Por. przyp. 60.

relewantnego. Skoro koncepcja kolektywnej pozycji dominującej jest nierozzerwalnie związana z milczącą koordynacją, to za tą ostatnią należałoby przyjąć, że do naruszenia obecnie art. 102 TFUE może dojść poprzez działanie rynkowe milcząco koordynowane (nie zaś antykonkurencyjne porozumienia lub praktyki uzgodnione), np. tzw. odmowę kontraktowania kontraktowania (*refusal to deal*) w stosunku do określonego kontrahenta, za przejaw nadużycia zajmowanej kolektywnej pozycji dominującej.

Trzeba także zwrócić uwagę, że na „doktrynę” kolektywnej pozycji dominującej składa się swoiste *case law mix*. Mianowicie, kryteria konstytuujące kolektywną pozycję dominującą formułowane przez Komisję, Sąd oraz Trybunał zarówno na gruncie obecnie art. 102 TFUE, jak i prewencyjnej kontroli koncentracji na podstawie rozporządzenia nr 4064/89, co nie pozostało bez wpływu na ogólną złożoność koncepcji kolektywnej dominacji. Niefortunność tego faktu polega na podstawowej różnicy pomiędzy oboma typami spraw. Naruszenie obecnie art. 102 TFUE badane jest *ex post*, w związku z czym Komisja musi przedstawić dwie kategorie dowodów: na to, że kolektywna pozycja dominująca istniała oraz że była ona nadużywana. Z kolei kontrola koncentracji – obecnie już stosownie do rozporządzenia nr 139/2004<sup>121</sup> – następuje *ex ante* i nakierowana jest na ustalenie przewidywanych skutków koncentracji. Już w wyroku w sprawie *Kali&Salz* Trybunał zważył, że w sprawach z zakresu kontroli koncentracji Komisja nie jest związana orzecznictwem wydanym na podstawie obecnie art. 102 TFUE. Na oddzielenie obu sytuacji – dyktowane perspektywą czasową dokonywanej oceny, wpływającą na dobór przez Komisję środków dowodowych – wskazywał także Sąd w wyrokach w sprawach *Airtours* oraz *Impala*.

## 8. Podsumowanie

Przedstawiona koncepcja kolektywnej pozycji dominującej – jakkolwiek nie można odmówić jej walorów na płaszczyźnie teoretycznej, gdyż pozwala organom antymonopolowym na zachowanie mechanizmu konkurencji na rynku o strukturze oligopolistycznej – ma raczej ograniczone zastosowanie w praktyce. Trudności związane z odniesieniem jej do konkretnego stanu faktycznego wiążą się z wciąż niesprecyzowanym sednem tejże koncepcji, co przekłada się na etap dowodowy – równie zawiły, złożony, i pełen niewiadomych, co sama koncepcja. Niniejsze opracowanie nie wyczerpuje tematu kolektywnej pozycji dominującej. Wskazane przeze mnie wątpliwości zeń związane jedynie

---

<sup>121</sup> Patrz przyp. 4.

sygnalizują te jej aspekty, które rodzą największe wątpliwości. Dalszej analizy w tym kontekście wymaga zwłaszcza wzajemny koncepcji kolektywnej dominacji porozumień i praktyk uzgodnionych zakazanych art. 101 TFUE.

Magdalena Polak

## Ulga na złe długi

**The leading purpose of the article is an attempt to analyse the construction of bad debt tax relief in value added tax. This regulation allows taxpayers to make an adjustment of the tax base when they have uncollectible and plausible liabilities. The article describes the conditions that must be fulfilled to benefit from a tax relief. The author presents a critical comment of the regulation.**

Celem niniejszego artykułu jest przybliżenie konstrukcji ulgi na złe długi w podatku od towarów i usług. Ulga na złe długi jest instytucją, która pozwala na korektę podstawy opodatkowania w przypadku, gdy podatnik posiada nieściągalne i uprawdopodobnione wierzytelności. Artykuł wskazuje na warunki, jakie podatnik musi spełnić aby skorzystać z możliwości dokonania korekty. Autor prezentuje krytyczne podejście do konstrukcji tej instytucji.

The leading purpose of the article is an attempt to analyse the construction of bad debt tax relief in value added tax. This regulation allows a tax payer to make a tax adjustment of basis assessment, when they have established uncollectible and plausible liability. The article leads conditions, which must be fulfilled to benefit from a tax relief. The author presents a critical comment of the regulation.

Moment powstania obowiązku podatkowego jest niezwykle ważny z punktu widzenia przedsiębiorcy. Ustawodawca, na gruncie ustawy o VAT, zdecydował, iż nie jest on równoznaczny z momentem zapłaty za towar lub usługę. W idealnej rzeczywistości, w której wszyscy uczestnicy obrotu dochowują umów i regulują swoje należności terminowo, rozbieżność ta – prawdopodobnie - nie czyniłaby różnicy podmiotom gospodarczym. Jednakże praktyka pokazuje zgoła inny stan faktyczny. Mając na względzie nowelę obowiązującą od 1.01.2014 roku, zgodnie z art. 19 a ustawy o VAT, obowiązek podatkowy powstaje z chwilą dokonania dostawy towarów lub wykonania usługi. Istotnym jest zatem moment przekazania przez właściciela na rzecz nabywcy prawa do rozporządzania towarem.

Nierzadko przedsiębiorca jest obowiązany do uiszczenia podatku należnego przed otrzymaniem zapłaty, a nawet pomimo jej nieotrzymania. Ten stan rzeczy niejednokrotnie zaburza płynność finansową przedsiębiorców. Niniejszy artykuł, ma przybliżyć jeden ze środków podejmowanych przez polskiego prawodawcę, mający na celu ukrócić naganne postępowanie nierzetelnych kontrahentów.

Przepisy prawa UE, tj. dyrektywa 2006/112/WE Rady z 28.11.2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE. L Nr 347, dalej w skrócie: „dyrektywa VAT”, a wcześniej VI dyrektywa Rady z 17.05.1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych - wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednoliczona podstawa wymiaru podatku) przewidują możliwość wprowadzenia tzw. ulgi na złe długi przez państwa członkowskie. Powyżej wspomniane rozwiązanie, polegające na korekcie podstawy opodatkowania poprzez odpowiednie jej pomniejszenie na zasadach określonych przez państwa członkowskie, ma na celu ułatwienie prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorcom.

Polski ustawodawca z 1.06.2005 r., w myśl unijnych rozwiązań, wprowadził regulacje podatkowe mające w swoich założeniach zwiększenie płynności finansowej podmiotów gospodarczych. Narzędziem pomocnym w zmniejszeniu zatorów płatniczych i poprawie terminowości płatności zobowiązań miała być - wcześniej wspomniana – ulga na złe długi, funkcjonująca na gruncie ustawy o VAT.

Zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 89 a ust. 1 ustawy o VAT podatnik może skorygować podstawę opodatkowania oraz podatek należny z tytułu dostawy towarów lub świadczenia usług na terytorium kraju w przypadku wierzytelności lub części kwoty wierzytelności, których nieściągalność została uprawdopodobniona. Mając na względzie przepisy ustawy należy wykazać, iż termin uprawdopodobnionej nieściągalności wierzytelności oznacza brak jej uregulowania lub zbycia w jakiegokolwiek formie w ciągu 150 dni od dnia upływu terminu jej płatności określonego w umowie lub na fakturze.

Aby skorzystać z omawianej korekty oprócz uprawdopodobnienia nieściągalności wierzytelności, należy spełnić łącznie szereg warunków. Po pierwsze, ulga dotyczy jedynie VATu należnego z tytułu dostawy towarów lub świadczenia usług na terytorium

Rzeczpospolitej. Jak bowiem wypowiedziały się organy podatkowe<sup>122</sup> w przypadku dostawy towarów dokonanej na zagranicznego kontrahenta nie przysługuje prawo do dokonania korekty dotyczącej nieściągalnych wierzytelności.

Kolejnym warunkiem jest dokonanie transakcji na rzecz podatnika, o którym mowa w art. 15 ust. 1 ustawy o VAT, zarejestrowanego jako podatnik VAT czynny, niebędącego w trakcie postępowania upadłościowego lub w trakcie likwidacji. W uprzednim stanie prawnym (tj. dot. co do zasady wierzytelności powstałych przed 1.01.2013 r., z wyłączeniem tych, których nieściągalność została - już zgodnie z przepisami nowymi - uprawdopodobniona po 31.12.2012 r.<sup>123</sup>) warunek, by dłużnik nie był w stanie upadłości odnoszono w orzecznictwie wyłącznie do daty dostawy towaru lub świadczenia usługi. Postępowanie to nie stanowiło przeszkody do dokonania korekty w przypadku późniejszego zaistnienia<sup>124</sup>. Wraz z wejściem w życie 1.01.2013 r. nowelizacji ustawy o VAT wymogi co do kondycji zarówno wierzyciela, jak i dłużnika zostały zaostrzone. Otóż, na dzień poprzedzający dzień złożenia deklaracji podatkowej w której dokonuje się korekty, wierzyciel i dłużnik muszą być zarejestrowanymi czynnymi podatnikami VAT, zaś dłużnik nie może pozostawać w trakcie postępowania upadłościowego lub likwidacji. Za A. Bartosiewiczem<sup>125</sup> warto podkreślić, iż ustawodawca wprowadzając niniejszą zmianę mocno ograniczył możliwość skorzystania z ulgi w praktyce, bowiem najczęstszym brakiem płatności w terminie jest postępowanie upadłościowe toczące się wobec dłużnika. „Jednocześnie powyższe okoliczności (postępowanie upadłościowe bądź likwidacyjne) nie będą miały znaczenia dla obowiązku dłużnika skorygowania podatku naliczonego. Ta korekta będzie skutkować zwiększeniem kwot podatku do zapłaty za dany okres, zaś z uwagi na to, że u podatnika znajdującego się w upadłości podatki są w uprzywilejowanej, drugiej kategorii wierzytelności (co do kolejności ich zaspokojenia) budżet zapewne otrzyma należne mu kwoty, w ten sposób dwukrotnie zarabiając<sup>126</sup>”.

---

<sup>122</sup> Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z 28.03.2013 r., ITPP2/443-65/13/AP

<sup>123</sup> art. 23 ustawy z 16.11.2012 r. o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce (Dz. U. z 2012 r. poz. 1342)

<sup>124</sup> Wyrok WSA w Olsztynie z 11.04.2013 r., I SA/OI 138/13, LEX nr 1309938 oraz wyrok NSA z 30.01.2013 r., I FSK 343/12, LEX nr 1298280

<sup>125</sup> A. Bartosiewicz – VAT. Komentarz., LEX, 2013, komentarz do art. 89(a) i art. 89 (b) ustawy o VAT, LEX nr 140710

<sup>126</sup> Ibid.

Kolejną przesłanką, którą uprawniony musi spełnić, aby móc skorzystać z ulgi na złe długi jest wymóg, by od daty wystawienia faktury dokumentującej wierzytelność nie upłynęły 2 lata, licząc od końca roku w którym została ona wystawiona. Ponadto, do dnia złożenia deklaracji podatkowej w której dokonano korekty, wierzytelność nie może zostać uregulowana lub zbyta w jakiegokolwiek formie. Przesłanka ta nie zostanie zatem spełniona, jeśli wierzyciel uzyska odszkodowanie z tytułu ubezpieczenia transakcji gospodarczych na wypadek niewypłacalności kontrahenta handlowego. W wyniku tej czynności dochodzi bowiem do uregulowania należności wynikającej ze stosunku zobowiązaniowego istniejącego między dłużnikiem a wierzycielem<sup>127</sup>.

W praktyce stosowania ulgi na złe długi pojawiły się wątpliwości wśród podatników, co do terminu dokonania korekty. Z jednej bowiem strony powstało pytanie, czy powinna ona być dokonana w okresie rozliczeniowym, w którym minęło 150 dni od terminu płatności, z drugiej zaś, korekta jest uprawnieniem przedsiębiorcy, mogącego z niej skorzystać w ciągu dwóch lat, licząc od końca roku w którym wystawiono fakturę. Zdaniem Ministerstwa Finansów<sup>128</sup> brak realizacji uprawnienia w konkretnym rozliczeniu, w którym upłynął termin 150 dni, nie oznacza utraty prawa do skorzystania z ulgi na złe długi. W późniejszym czasie jest to również możliwe za pomocą korekty za okres, w jakim ten ustawowy termin 150 dni minął. Warto również przywołać w tym miejscu orzeczenie WSA<sup>129</sup> stanowiące, iż przepisy ustawy o VAT wskazują konkretny okres na dokonanie korekty podatku należnego od nieściągalnych wierzytelności, a ewentualne nieprawidłowe ujęcie zmniejszenia podatku należnego może zostać "poprawione" w drodze korekty deklaracji. Organy podatkowe dopuszczają również możliwość przedłużenia terminu płatności należności w formie porozumienia zawartego między wierzycielem a dłużnikiem<sup>130</sup>. Przepis art. 89 b ustawy o VAT odwołuje się bowiem do terminu płatności ustalonego w umowie, czyli terminu, który został ustalony przez obie strony transakcji. Nie ma przeszkód - w myśl cywilnoprawnej zasady swobody umów - aby termin ten był przez strony przedłużony. Jeżeli więc kontrahenci przedłużą termin płatności, wówczas 150-dniowy okres, po upływie którego wierzyciel może

<sup>127</sup> Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z 4.07.2013r., ILPP1/443-272/13-4/MK

<sup>128</sup> Najczęściej zadawane pytania i odpowiedzi odnośnie zmian w podatku od towarów i usług od 1.01.2013 r., opubl. [www.mf.gov.pl/documents/766655/1402295/BroszuraFAQ.pdf](http://www.mf.gov.pl/documents/766655/1402295/BroszuraFAQ.pdf)

<sup>129</sup> Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 26.04.2013 r., III SA/GI 1926/12

<sup>130</sup> Interpretacja Indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z 22.04.2013 r., nr ITPP1/443-68a/13/MS



skorzystać z ulgi na złe długi, a dłużnik musi skorygować podatek naliczony, liczony powinien być od tego nowego, ustalonego przez strony w drodze porozumienia terminu. Co więcej, warto podkreślić, iż wierzyciel wraz z deklaracją podatkową dokonującą korekty, ma obowiązek zawiadomić o niej właściwego naczelnika urzędu skarbowego wraz z podaniem kwot korekty oraz danych dłużnika.

Ulga na złe długi nie jest jedynie korzyścią dla wierzyciela, ale przede wszystkim karą dla dłużnika. Otóż w przypadku nieuregulowania należności wynikającej z faktury dokumentującej dostawę towarów lub świadczenie usług na terytorium kraju w terminie 150 dni od dnia upływu terminu jej płatności określonego w umowie lub na fakturze, obowiązany jest on do korekty odliczonej kwoty podatku wynikającej z tej faktury, w rozliczeniu za okres w którym upłynął 150 dzień od dnia upływu terminu płatności określonego w umowie lub na fakturze. Jeśli zaś nie uregulowałby jedynie części należności, wówczas korekta dotyczy podatku naliczonego przypadającego na tą nieuregulowaną część. Zatem dłużnik dokonuje korekty podatku naliczonego w rozliczeniu za okres, w którym upłynęło 150 dni od upływu terminu płatności.

Niedochowanie powyżej opisanych obowiązków podatnika będącego dłużnikiem powoduje możliwość nałożenia na niego sankcji w postaci dodatkowego zobowiązania podatkowego. Nakładane jest ono przez naczelnika urzędu skarbowego lub organ kontroli skarbowej w wysokości 30% kwoty podatku nieskorygowanego wynikającego z nieuregulowanych faktur. Zauważyć należy, iż w stosunku do osób fizycznych, które za ten sam czyn ponoszą odpowiedzialność za wykroczenie skarbowe albo za przestępstwo skarbowe, dodatkowe zobowiązanie podatkowe nie jest ustalane. Regulacja ta wynika z ukształtowanej linii orzeczniczej TK zajmującej stanowisko, iż nie jest dopuszczalne stosowane wobec tej samej osoby za ten sam czyn jednocześnie sankcji administracyjnej i kary za wykroczenie skarbowe<sup>131</sup>.

Ustawodawca uregulował również sytuację, w której już po dokonaniu korekty, doszło do uregulowania lub zbycia należności. W takim przypadku, wierzyciel ma obowiązek zwiększyć podstawę opodatkowania oraz kwotę podatku należnego w rozliczeniu za okres, w którym należność lub jej część została uregulowana lub zbyta. Po stornie dłużnika, również

---

<sup>131</sup> Por. wyrok TK z 4.09.2007 r., P 43/06, opubl. Dz.U.2007.168.1187 oraz wyrok TK z 29.04.1998 r., K. 17/97, OTK 1998 nr 3 poz. 30

powstają w powyższej sytuacji obowiązki zwiększenia kwoty podatku naliczonego w rozliczeniu za okres, w którym należność lub jej część uregulowano.

Wartymi uwagi są kwestie ujmowania tzw. złych długów na gruncie ustawy o CIT, a także ustawy o PIT<sup>132</sup>. Poniżej omawiane regulacje na gruncie wspomnianych ustaw zostały wprowadzone ustawą o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce<sup>133</sup> i mają na celu przede wszystkim obciążyć ciężarem nieterminowego dłużnika. W przypadku, gdyby zaliczył on do kosztów uzyskania przychodów kwotę wynikającą z faktury (rachunku), umowy albo innego dokumentu, i nie uregulowałby tej kwoty w terminie 30 dni od daty upływu terminu płatności, wówczas spoczywa na nim obowiązek pomniejszenia kosztów uzyskania przychodów o kwotę wynikającą z tych dokumentów. Gdyby termin płatności w przytoczonej sytuacji był dłuższy niż 60 dni, wówczas pomniejszenia dokonuje się z upływem 90 dni od daty zaliczenia tej kwoty do kosztów. Z kolei jeżeli w miesiącu, w którym podatnik obowiązany do dokonania zmniejszenia w obu wyżej wymienionych przypadkach nie poniósł kosztów uzyskania przychodów, lub gdyby były one niższe od kwoty zmniejszenia, to wówczas ma on obowiązek zwiększyć przychody o kwotę, o którą nie dokonano zmniejszenia kosztów uzyskania przychodów.

Wspomniane regulacje na gruncie podatków dochodowych wyraźnie odbiegają od tych przewidzianych w przypadku ulgi w VAT poprzez zastosowania zupełnie innych, krótszych terminów dokonywania korekt. „To oznacza, że na firmy nałożono obowiązek prowadzenia dwóch równoległych ewidencji”<sup>134</sup>. Co więcej, rozwiązania te w przypadku podatków dochodowych w rzeczywistości są karą dla nieterminowych kontrahentów, a nie korzyścią dla wierzyciela, który i tak nieuregulowane należności musi włączyć do swoich przychodów.

Podsumowując powyższe rozważania dotyczące funkcjonujących w polskim porządku prawnym tzw. ulg na złe długi, stwierdzić należy, iż ustawodawca przede wszystkim miał na celu zadbanie o interes i wpływy do budżetu państwa. Bynajmniej, regulacja nie ułatwia, ani nie pomaga w utrzymaniu płynności finansowej przez przedsiębiorców – wierzycieli

---

<sup>132</sup> Por. art. 24d ustawy o PIT oraz art. 15b ustawy o CIT

<sup>133</sup> Ustawa z 16.11.2012 r. o redukcji niektórych obciążeń administracyjnych w gospodarce (Dz. U. z 2012 r. poz. 1342)

<sup>134</sup> M. Adamski - *Eksperti: wierzyciele nie mają korzyści z "ulg na złe długi" w PIT i CIT*, „Rzeczpospolita” z 31.05.2013 r.

borykających się z problemem nieopłaconych faktur. Również skomplikowane i niejednolite procedury dokonywania korekty nie przekładają się na skuteczność przepisów.

**Zastosowane skróty:**

- Ustawa o VAT - ustawa z 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U.2011.177.1054 j.t. z późn. zm.) – ustawa o VAT,
- VAT - podatek od towarów i usług,
- Ustawa o PIT - ustawa z 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U.2012.361 j.t. z późn. zm.),
- PIT - podatek dochodowy od osób fizycznych,
- Ustawa o CIT – ustawa z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U.2011.74.397 j.t. z późn. zm.)
- CIT – podatek dochodowy od osób prawnych,
- NSA – Naczelny Sąd Administracyjny,
- WSA – Wojewódzki Sąd Administracyjny,
- TK – Trybunał Konstytucyjny.

Monika Brzeska

## **Krytyczna glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 lipca 2012 r., syg. II AKa 225/12**

**This article is a critical commentary on the judgment of the Appellate Court in Katowice. The Court denied classifying the defendant's crime as an act of lesser significance. The author claims that the Court overlooked several valid arguments while ruling the case. None of the characteristics of the sold drug were analyzed, neither the amount of the substance, the number of clients or the dealer's profits. What is more, the Court did not assess the elements listed above in terms of their harmfulness.**

### **Słowo wstępne**

W wyroku będącym przedmiotem niniejszej analizy szczególną uwagę zwraca anachroniczne, w mojej ocenie, podejście Sądu do sprawy handlu narkotykami. W dobie toczącej się w Europie, a więc również i w Polsce, zażartej dyskusji w kwestii legalizacji tzw. miękkich narkotyków, temat ten wydaje się szczególnie ważki.

Wydaje się, że linia demarkacyjna dzieląca narkomanów od nie-narkomanów przestała być prosta w ocenie i sądy winny dystynkcyjonować zachowania, zasługujące na surową karę od zachowań spełniających wprawdzie przesłanki czynu zabronionego, ale, z uwagi na niewielką zawartość bezprawia, dające sklasyfikować się jako przypadki mniejszej wagi.

### **1. Stan faktyczny**

Przed przystąpieniem do przedstawienia stanowiska Sądu Apelacyjnego pozwolę sobie przytoczyć pokrótce stan faktyczny sprawy, na kanwie której doszło do wydania glosowanego orzeczenia.

Wyrokiem Sadu Okręgowego w K. z dnia 21 stycznia 2012 r. D. O. został uznany za winnego tego, że w okresie od 3 grudnia 2007 r. do listopada 2009 r. w S., działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielał

osobom małoletnim i pełnoletnim środków odurzających w postaci marihuany (29 gram łącznie). Za to na mocy art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 k.k. przy zastosowaniu art. 60 § 1 k.k. i art. 60 § 6 pkt 2 k.k. rzeczony sąd wymierzył mu karę dwóch lat pozbawienia wolności. Z kolei na mocy art. 69 § 1 i § 2 k.k. oraz art. 70 § 2 k.k. Sąd Okręgowy w K. zawiesił wykonanie wymierzonej oskarżonemu D. O. kary pozbawienia wolności warunkowo na okres próby w rozmiarze pięciu lat, a na mocy art. 73 § 2 k.k. oddał oskarżonego w okresie próby pod dozór kuratora sądowego.

Powyższy wyrok zaskarżył apelacją obrońca oskarżonego i zarzucił mu:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest art. 59 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, kiedy zarzucane oskarżonemu czyny opisane w akcie oskarżenia, a w szczególności ilość rozprawdzanych środków odurzających, pozwalały na zastosowanie tej instytucji w stosunku do oskarżonego,

2) rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego kary w postaci 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem na okres próby, wynoszący 5 lat, podczas gdy właściwości i warunki osobiste oskarżonego wskazują na możliwość zastosowania okresu próby w najmniejszym ustawowym wymiarze 3 lat. Powołując się na powyższe naruszenia, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez przyjęcie, iż zarzucane oskarżonemu czyny stanowią wypadek mniejszej wagi i orzeczenie wobec oskarżonego kary łagodniejszego wymiaru oraz zwolnienie oskarżonego od ponoszenia kosztów postępowania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Następnie Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym utrzymał decyzję w mocy, uznając apelację za oczywiście bezzasadną.<sup>135</sup>

### 3. Treść przepisów będących przedmiotem sporu:

Art. 59. Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii<sup>136</sup>:

1. Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, udziela innej osobie środka odurzającego lub substancji psychotropowej, ułatwia użycie albo nakłania do użycia takiego środka lub substancji, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

<sup>135</sup>

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 lipca 2012 r., II AKa 225/12, LEX nr 1220214.

<sup>136</sup>

Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, Dz. U. 2005 nr 179 poz. 1485.

2. Jeżeli sprawca czynu, o którym mowa w ust. 1, udziela środka odurzającego lub substancji psychotropowej małoletniemu, ułatwia użycie albo nakłania go do użycia takiego środka lub substancji, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3.

3. W wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

#### 4. „Sprawa mniejszej wagi”:

Sąd Apelacyjny w stosunkowo lakonicznym uzasadnieniu wskazał szereg powodów, dla których nie uznał apelacji za zasadną. Nie przedstawił jednak wyczerpującej argumentacji, do niektórych kwestii wcale się nie odniósł, a kilka z tez nie poparł żadnymi argumentami bądź uzasadnił je błędnie. Pozwolę sobie prześledzić je teraz po kolei.

##### 4.1. Kryterium czasu

Sąd przyjął, że sprzedawanie marihuany na przestrzeni dłuższego czasu uniemożliwia zakwalifikowanie działań oskarżonego jako wypadku mniejszej wagi. Jednocześnie uznał to za aksjomat, którego prawdziwości nie należy uzasadniać. Nie wydaje się to jednak być oczywiste, szczególnie, że nie wynika to z literalnego brzmienia przepisu. Wręcz przeciwnie – „udzielanie środka odurzającego” może być realizowane zarówno przez czynność jednorazową jak i powtarzającą się. Szereg wyroków zdaje się to potwierdzać, między innymi wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 28 grudnia 2005 r.<sup>137</sup>, gdzie czytamy, że „dłuższy okres czasu” kontynuowania przez oskarżonych przestępczej działalności nie stanowi przeszkody w potraktowaniu ich czynów za wypadki mniejszej wagi; szczególnie, gdy okres ten zestawia się z ilością substancji, będącej przedmiotem nielegalnego obrotu. Powyższy sąd konstatuje, że okoliczność udzielania środka odurzającego na przestrzeni dłuższego czasu i w małej ilości może dowodzić *de facto* marginalnego charakteru przestępnej działalności sprawcy.<sup>138</sup>

##### 4.2. Udzielanie środków odurzających małoletniemu

Kolejnym chybionym argumentem jest podniesienie przez Sąd, iż fakt sprzedawania narkotyków osobom małoletnim jest czynnikiem uniemożliwiającym zakwalifikowanie

<sup>137</sup>

Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 28 grudnia 2005 r., II AKa 338/05 LEX nr 171985.

<sup>138</sup>

*Ibidem*

działania oskarżonego jako sprawy mniejszej wagi. W komentarzu do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii<sup>139</sup> czytamy, że w jej artykule 59. przewidziane zostały trzy typy czynu zabronionego: podstawowy (ust. 1), kwalifikowany (ust. 2) oraz uprzywilejowany (ust. 3). Typ uprzywilejowany - wypadek mniejszej wagi - może zostać zastosowany do obu postaci przestępstwa udzielania środków odurzających, odnosi się zarówno do typu podstawowego, jak i typu kwalifikowanego. A zatem przyjmując wypadek mniejszej wagi, określający podstawę łagodniejszego wymiaru kary, niezbędnym jest wskazanie, do którego typu (podstawowego czy kwalifikowanego) wypadek mniejszej wagi się odnosi.<sup>140</sup>

Jak słusznie wskazuje Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 8 maja 2003r.<sup>141</sup>, fakt, że oskarżeni sprzedawali marihuanę małoletnim w żadnym wypadku nie wyklucza możliwości zakwalifikowania ich działań jako sprawy mniejszej wagi<sup>142</sup>. Udzielenie środka odurzającego małoletniemu stanowi znamię przestępstwa z art. 46 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i skoro ustawodawca przewidział możliwość oceny takiego działania jako wypadku mniejszej wagi, to „nie można skutecznie powoływać się na zagrożenie dla małoletniego – jako element strony podmiotowej, sprzeciwiający się uznaniu czynu za wypadek mniejszej wagi”<sup>143</sup>.

#### 4.3. Zamiar sprawcy

Sąd podniósł również, iż działanie sprawcy z powziętym z góry zamiarem sprawia, że nie sposób uznać jego zachowania za sprawę mniejszej wagi.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 kwietnia 2006 r. sprzedaż narkotyków jest „zawsze jest działaniem umyślnym, czyli celowym i popełnionym ze swojego rodzaju premedytacją.”<sup>144</sup> Okoliczność ta nie może więc wykluczać przyjęcia wypadku mniejszej wagi. Przejawem braku logiki byłoby uznanie, że znamię czynu jest jednocześnie cechą uniemożliwiającą uznanie go za typ uprzywilejowany. Dopiero spełnienie znamion czynu stypizowanego w art. 59<sup>145</sup> stanowi warunek *sine qua non* rozważania

<sup>139</sup> Łucarz Katarzyna, Muszyńska Anna, *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Oficyna 2008.

<sup>140</sup> *Ibidem*

<sup>141</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 maja 2003 r., II AKa 101/03, LEX nr 84162.

<sup>142</sup> *Ibidem*

<sup>143</sup> *Ibid.*

<sup>144</sup> Wyrok SA w Katowicach z dnia 27 kwietnia 2006 r., II AKa 90/06, LEX nr 227577.

<sup>145</sup> Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, Dz. U. 2005 nr 179 poz. 1485.

możliwości skorzystania (przy spełnieniu innych przesłanek) z zakwalifikowania danego działania jako przypadku mniejszej wagi.

#### 4.4. Strona przedmiotowa

Wydaje się, że oprócz wyżej wymienionych, nie w pełni trafnych argumentów, Sąd nie podjął pełnej analizy okoliczności zmniejszających zawartość bezprawia. Poprzez to zaniechanie doszło zatem w omawianej sprawie do naruszenia przepisu, ustanawiającego przypadek mniejszej wagi, gdyż Sąd pominął ocenę okoliczności, mających wpływ na ustalenie stopnia społecznej szkodliwości, nie dostrzegając koniecznych elementów statuujących przypadek mniejszej wagi<sup>146</sup>. Ustawodawca nie zdefiniował ani nie sprecyzował pojęcia wypadku mniejszej wagi, pozostawiając tym samym - i słusznie - tę kwestię orzekającym sądom.

Najogólniej rzecz ujmując, podstawowym kryterium pozwalającym na identyfikację czynu za wypadek mniejszej wagi są występujące w czynie okoliczności zmniejszające zawartość bezprawia. Zgodnie z uchwałą Sadu Najwyższego z dnia 15.07.1971 r.<sup>147</sup> taka ocena jest możliwa poprzez analizę okoliczności charakteryzujących stronę przedmiotową i podmiotową czynu. Potwierdzenie tego wymogu znajduje się również w znacznie nowszym postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2002 r.<sup>148</sup>, gdzie czytamy, że o uznaniu konkretnego czynu zabronionego za wypadek mniejszej wagi „decyduje całościowa ocena jego społecznej szkodliwości, jako zmniejszonej do stopnia uzasadniającego wymierzenie kary według skali zagrożenia ustawowego przewidzianego w przepisie, wyodrębniającym wypadek mniejszej wagi, w kategorii przestępstw określonego typu; na ocenie tej ważą przesłanki dotyczące zarówno przedmiotowej, jak i podmiotowej strony czynu.”<sup>149</sup>

Wydaje się pożądanym, aby w tym miejscu wskazać, jakie okoliczności nie są relewantne dla wyznaczenia stopnia społecznej szkodliwości czynu, a tym samym dla ewentualnego zakwalifikowania go jako przypadku mniejszej wagi. Otóż do okoliczności tych nie należą okoliczności dotyczące sprawcy, „charakteryzujące jego dotychczasowy tryb życia, warunki osobiste, właściwości. O stopniu społecznej szkodliwości czynu nie decyduje też stopień winy, bowiem wina może być przypisana sprawcy dopiero po ustaleniu, że czyn

<sup>146</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 sierpnia 2008 r., V KK 257/08, LEX nr 449083.

<sup>147</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 lipca 1971 r., VI KZP 42/70, LEX nr 18302.

<sup>148</sup> Postanowienie SN z dnia 25 września 2002 r., II KKN 79/00, LEX, nr 56084.

<sup>149</sup> *Ibidem*



zabroniony jest karygodny - tzn., że wykazuje wyższy niż znikomy stopień społecznej szkodliwości.”<sup>150</sup>

#### 4.4.1. Charakterystyka ilościowa i jakościowa

Przechodząc w tym miejscu do szczegółowej analizy kryteriów, decydujących o przyjęciu uprzywilejowanego typu przestępstwa udzielania narkotyków osobie małoletniej, warto przytoczyć Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 23 października 2012 r.<sup>151</sup>, w którym sąd wprost stwierdza, że oczywistym jest, iż o uznaniu konkretnego czynu zabronionego za wypadek mniejszej wagi decyduje „całościowa ocena jego społecznej szkodliwości, co w praktyce odnosi się do kryterium ilościowego i jakościowego środka narkotycznego”<sup>152</sup> tj. rodzaju narkotyku.

W sprawie będącej przedmiotem analizy oskarżony sprzedawał marihuanę, przedmiotem każdorazowej transakcji był 1 gram narkotyku. Na przestrzeni 3 lat sprzedał 5 osobom łącznie 29 gramów substancji za kwotę 725 zł. Należy zatem przeanalizować wyżej wymienione cechy narkotyku i transakcji, aby ustalić, czy istnieje możliwość zakwalifikowania ich jako przypadku mniejszej wagi.

a) W wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 28 grudnia 2005 r.<sup>153</sup> czytamy, że łączna ilość środka narkotycznego udzielonego innym osobom nie może być jednym kryterium pozwalającym na uznanie, czy mamy do czynienia z podstawową, uprzywilejowaną czy też kwalifikowaną postacią przestępstwa z art. 46 lub 48 ustawy z 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Należy zatem analizować tę okoliczność w kontekście pozostałych, z uwzględnieniem korelacji między ilością środka a pozostałymi cechami narkotyku i transakcji. Z kolei w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27 czerwca 2012 r.<sup>154</sup> znajdujemy wskazanie, że sprzedaż 20 gram marihuany to ilość znaczna i (wraz z innymi okolicznościami sprawy) sprzeciwia się kwalifikacji jej jako czynu mniejszej wagi.

b) Kolejną okolicznością, którą należy zbadać jest jednorazowa ilość narkotyku, będąca przedmiotem sprzedaży. Wydaje się, że 1 gram marihuany to ilość nieznaczna,

<sup>150</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 maja 2003 r., II AKa 101/03, LEX nr 84162.

<sup>151</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 23 października 2012 r., II AKa 181/12, LEX nr 1236004.

<sup>152</sup> *Ibidem*

<sup>153</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 28 grudnia 2005 r., II AKa 338/05 LEX nr 171985.

<sup>154</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 czerwca 2012 r., II AKa 183/12, LEX nr 1213782.

szczególnie przy wzięciu pod uwagę, jedna tzw. "działka" wynosi od 0,3 do 1,0 grama marihuany, *ergo* gram marihuany dawał możliwość od jednokrotnego do trzykrotnego odurzenia się przez małoletniego<sup>155</sup>.

c) Kwestia zarobku, jaki udaje się uzyskać z udzielania narkotyku osobie małoletniej, również jest relewantna z punktu widzenia stopnia bezprawności zachowania, będącego przedmiotem niniejszej oceny. Kwota 725 zł, którą skazany otrzymał od małoletnich na przestrzeni 3 lat, niezwykle trudno byłoby zakwalifikować jako znaczną korzyść majątkową<sup>156</sup>.

d) Liczba pokrzywdzonych, na których szkodę działał sprawca, udostępniając im substancję narkotyczną, również ma duże znaczenie przy ocenie jego działań. W doktrynie wskazuje się, że fakt sporadycznego zaopatrywania kilku stałych odbiorców usprawiedliwia zakwalifikowanie czynu jako sprawy mniejszej wagi<sup>157</sup>.

e) Ostatnim elementem jest ocena samej substancji, będącej przedmiotem udostępnienia. Sądy zgodnie podają, że marihuana jest najmniej niebezpiecznym „miękkim” narkotykiem, którego zażywanie w niektórych państwach Europy nie jest zakazane<sup>158</sup>, co potwierdzałoby tezę o jego stosunkowo niewielkiej szkodliwości (w przeciwieństwie do tzw. narkotyków „twardych”)<sup>159</sup>.

## 5. Podsumowanie

W glosowanym orzeczeniu uwagę zwraca niepełna analiza okoliczności, których zbadanie być może usprawiedliwiłoby zakwalifikowanie omawianego przypadku jako sprawy mniejszej wagi. Nie sposób o tym przesądzić, niemniej widocznym jest rażący brak podjęcia kwestii strony podmiotowej czynu skazanego. W ramach tejże, kluczowym byłoby przedstawienie charakterystyki ilościowej i jakościowej substancji, która była przedmiotem sprzedaży. Tak więc Sąd powinien był zbadać, a potem ocenić takie kwestie jak: rodzaj narkotyku, ilość substancji, liczbę pokrzywdzonych, a także ilość jednostek wagi, które były przedmiotem jednorazowej sprzedaży. W szczególności pożądane byłoby skonfrontowanie tych jego cech z cechami innych środków, by stwierdzić, jak dany narkotyk plasuje się na tle

<sup>155</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 14 października 2009 r., II AKa 170/09, LEX nr 550494.

<sup>156</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 14 października 2009 r., II AKa 170/09, LEX nr 550494.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

<sup>158</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 28 grudnia 2005 r., II AKa 338/05 LEX nr 171985.

<sup>159</sup> Postanowienie SN z dnia 25 września 2002 r., II KKN 79/00, LEX, nr 56084.

innych. Ponadto działanie sprawcy również należałoby porównać do sposobu działania innych dealerów. Dopiero po przeprowadzeniu takiej analizy możliwym byłoby określenie stopnia społecznej szkodliwości opisywanego czynu i odpowiedzenie na pytanie, czy można zakwalifikować go jako przypadek mniejszej wagi.

---

Katarzyna Kowalczyk

## **Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 15.4.2010r., sygn. II CSK 526/09**

**The article is a critical commentary to the Supreme Court's judgment. The author does not agree with the thesis that the joint-stock company's act in law may be confirmed pursuant to Article 103 § 1 of the Civil Code. In the agreement between the company and the current member of the board of directors, the company shall be represented by the supervisory board or attorney in fact appointed on the basis of general meeting's resolution according to Article 379 § 1 of the Code of Commercial Companies. The author claims that in the agreement with the member of the board of directors, while the board of directors is acting for the company, this agreement should be invalid on the basis of Article 58 of the Civil Code.**

### **1. Stan faktyczny i stanowisko Sądu Najwyższego**

Wyrok Sądu Najwyższego, będący przedmiotem niniejszego komentarza, został wydany w dniu 15 kwietnia 2010r. pod sygnaturą II CSK 526/09. Przedmiot rozważań stanowi punkt pierwszy i drugi tezy wyroku, pominięte zostały tezy i uzasadnienie Sądu odnoszące się do Ustawy z 16.9.1982r. – Prawo spółdzielcze<sup>160</sup> i art. 921<sup>1</sup> § 1 Ustawy z 23.4.1964r. – Kodeks cywilny<sup>161</sup>.

Na wstępie należy wyjaśnić dość złożony stan faktyczny, stanowiący tło wydanego orzeczenia. Dnia 22.11.2001r. zawarto umowę odnowienia zobowiązania pomiędzy spółką akcyjną a powodem – osobą fizyczną, którą miał nabyć nadobowiązkowe udziały tej spółki w Rolniczej Korporacji Spółdzielczej, w zamian za umorzenie do wysokości tych udziałów wierzytelności powoda względem spółki akcyjnej. W imieniu spółki działał prezes zarządu

---

<sup>160</sup> Ustawa z 16.09.1982r. Prawo spółdzielcze (Dz.U. Nr 30, poz. 210, ze zm.).

<sup>161</sup> Ustawa z 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93, ze zm.).

oraz wiceprezes zarządu. W dniu podpisania umowy powód był członkiem zarządu tej spółki. Sytuację taką wywołało nieskuteczne odwołanie powoda z funkcji członka zarządu przez radę nadzorczą. Sąd rejestrowy odmówił wykreślenia członka zarządu z rejestru, ze względu na fakt, że uchwała rady nadzorczej o odwołaniu powoda z pełnionej przez niego funkcji podjęta została z naruszeniem art. 388 § 1 Ustawy z 15.9.2000r. - Kodeks spółek handlowych<sup>162</sup> w związku z § 14 statutu spółki. Skuteczne odwołanie powoda z funkcji członka zarządu nastąpiło dopiero uchwałą podjętą przez radę nadzorczą w dniu 7.2.2002r., a wykreślenie z rejestru w dniu 22.4.2002r. W związku z powyższym 22.11.2001r. doszło do zawarcia umowy między spółką reprezentowaną przez zarząd a aktualnym członkiem zarządu, co jest niezgodne z artykułem 379 § 1 k.s.h.

Zarząd spółki akcyjnej potwierdził umowę odnowienia zobowiązania uchwałą podjętą dnia 14.5.2007r. w trybie art. 103 § 1 k.c. Powód twierdząc, że dzięki potwierdzeniu przez zarząd umowa jest skuteczna od momentu jej zawarcia, wystąpił do sądu o zasądzenie od Rolniczej Korporacji Spółdzielczej kwoty 2 450 000zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu tytułem zwrotu wpłat dokonanych na nadobowiązkowe udziały. W I instancji Sąd Okręgowy powództwo oddalił. Sąd Apelacyjny uwzględnił żądanie powoda. W uzasadnieniu podał, że spółka była wadliwie reprezentowana w momencie zawierania umowy z powodem, jednak uchwała zarządu skutecznie potwierdziła zawartą umowę, zgodnie z art. 103 § 1 k.c.

Rolnicza Korporacja Spółdzielcza wniosła kasację do Sądu Najwyższego powołując się między innymi na błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 103 § 1 i 2 k.c. oraz niezastosowanie art. 104 k.c. i 379 k.s.h. Wnosząca kasację twierdziła, że potwierdzenie umowy w trybie art. 103 § 1 k.c. powinno zostać dokonane przez podmioty wymienione w art. 379 k.s.h. Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną i zasądził od pozwanej na rzecz powoda zwrot kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że umowa z dnia 22.11.2001r. zawarta pomiędzy członkiem zarządu a spółką akcyjną była dotknięta bezskutecznością zawieszoną, ponieważ spółkę reprezentował niewłaściwy organ. W imieniu spółki umowę powinna zawrzeć rada nadzorcza lub pełnomocnik powołany uchwałą walnego zgromadzenia. Zgodnie ze stanowiskiem SN czynność została jednak skutecznie potwierdzona na mocy art. 103 k.c.

<sup>162</sup> Ustawa z 15.09.2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037, ze zm.).

Na poparcie tej tezy powołał się na swoją wcześniejszą uchwałę z 14.9.2007r. o sygnaturze III CZP 31/07<sup>163</sup>, wprowadzającą zasadę, zgodnie z którą, w drodze stosowania analogii możliwe jest potwierdzenie umowy zawartej bez wymaganej do jej ważności uchwały walnego zgromadzenia lub rady nadzorczej. SN nie zgodził się z twierdzeniem wnoszącej kasację, że ewentualne potwierdzenie umowy powinno być dokonane przez radę nadzorczą lub pełnomocnika zgodnie z wymogami reprezentacji ustanowionymi przepisem art. 379 § 1 k.s.h, lecz „z art. 103 § 1 k.c. wynika, że ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę w której imieniu umowa została zawarta. Przepis ten nie wprowadza wymogu co do reprezentacji osoby prawnej, a zatem zastosowanie znajdujących przepisy regulujące zasady działania tej osoby. Art. 368 § 1 k.s.h. przewiduje bezwarunkową kompetencję zarządu spółki akcyjnej do prowadzenia spraw spółki i reprezentowania jej. Ograniczenia prawa do reprezentacji wprowadzone są ustawą (...) i dotyczą konkretnie wskazanych czynności, są to wyjątki od powołanej zasady, które nie mogą być rozszerzająco interpretowane”. SN wskazuje, że uchwała zarządu została podjęta w momencie kiedy powód nie był już członkiem zarządu, a zatem zastosowanie znajduje ogólna reguła, zgodnie z którą spółkę reprezentuje zarząd.

Zakładam, że przyjmując powyższe rozumowanie SN nie dokonał głębszej analizy relacji zachodzącej pomiędzy art. 379 § 1 k.s.h. a art. 103 k.c., ponieważ w tej kwestii wypowiedział się już w powołanej wcześniej uchwale z dnia 14 września 2007r., która jego zdaniem jest odpowiedzią na problem wadliwości reprezentacji wynikającej z braku zastosowania art. 379 § 1 k.s.h.

## 2. Ocena argumentów Sądu Najwyższego

Analizując glosowany wyrok nie jestem w stanie zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Najwyższego w kilku zasadniczych kwestiach. Po pierwsze, dokonanie czynności prawnej między spółką reprezentowaną przez zarząd a członkiem jej zarządu nie prowadzi moim zdaniem do bezskuteczności zawieszony tej czynności i nie ma możliwości jej potwierdzenia w trybie art. 103 k.c.

Nie budzi wątpliwości fakt, że umowa została zawarta z naruszeniem art. 379 § 1 k.s.h. Taka sama regulacja, dotycząca drugiej ze spółek kapitałowych – spółki z ograniczoną

---

<sup>163</sup>

OSNC 2008/2/14.

odpowiedzialnością, została zawarta w art. 210 § 1 k.s.h., co czyni uwagi dotyczące reprezentacji spółki w umowie z członkiem zarządu spółki oraz w sporze z nim, adekwatne zarówno do funkcjonowania spółki akcyjnej, jak również do spółki z o. o.

Art. 379 § 1 (210 § 1) k.s.h. stanowi, że w umowie między spółką a członkiem zarządu, jak również w sporze z nim spółkę reprezentuje rada nadzorcza albo (lub) pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników. Regulację tę należy potraktować jako wyjątek od zasady reprezentacji spółki kapitałowej przez zarząd, wyrażoną w art. 368 § 1 k.s.h. ( art. 201 § 1 odnośnie spółki z o. o.). Przepis art. 379 k.s.h. ma specyficzny, „wewnętrzny” charakter<sup>164</sup>. Świadczą o tym przepisy definiujące organy w spółce akcyjnej, w której to głównym zadaniem zarządu jest prowadzenie spraw spółki i jej reprezentacja (art. 368 § 1 k.s.h.), a rada nadzorcza sprawuje stały nadzór nad działalnością spółki we wszystkich dziedzinach jej działalności ( art. 382 § 1 k.s.h. ). W tezie orzeczenia prawidłowo wskazano, że art. 368 § 1 k.s.h. przewiduje bezwarunkową kompetencję zarządu spółki akcyjnej do prowadzenia spraw spółki i reprezentowania jej. SN podkreśla, że reprezentacja spółki przez zarząd jest ogólną zasadą, która może podlegać tylko konkretnym wyłączeniom wskazanym w ustawie. Wyjątki od zasady reprezentacji spółki akcyjnej przez zarząd wprowadza, poza art. 379 k.s.h., także art. 426 oraz 486 § 1 k.s.h.

Wprowadzenie ograniczeń reprezentacji spółki kapitałowej przez zarząd jest celowym zabiegiem ustawodawcy. Regulacja art. 379 § 1 k.s.h. prowadzi do ochrony interesów spółki. Przepis umożliwia zapobieżenie ewentualnemu konfliktowi interesów poprzez zapewnienie bezstronnego podejmowania decyzji i reprezentowania spółki w sprawach, które dotyczą jej zarządców. A. Opalski tłumaczy, że nie zapewnienie tego typu ochrony prowadziłoby do decydowania przez członków zarządu o ich relacjach ze spółką i reprezentowania spółki wobec samych siebie<sup>165</sup>. „Ustawodawca słusznie założył, że w takiej sytuacji reprezentacja spółki powinna być powierzona podmiotom niezależnym, a więc bardziej obiektywnym”<sup>166</sup>. Jest to pewnego rodzaju zakaz dokonywania czynności „z samym sobą”. Zakaz ten został rozszerzony - żaden członek zarządu nie może zawrzeć umowy w imieniu spółki z żadnym innym, aktualnym członkiem zarządu. Ustawodawca nie próbuje nawet zawęzić ograniczenia reprezentacji spółki przez zarząd do sytuacji, kiedy to rzeczywiście, a nie tylko potencjalnie

<sup>164</sup> A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz LEX*, t. II, wyd. 10, Warszawa 2013, s. 444.

<sup>165</sup> A. Opalski, *Rada nadzorcza w spółce akcyjnej*, Warszawa 2006, s. 457.

<sup>166</sup> G. Domański, M. Jagielska, *Rada nadzorcza spółki akcyjnej*, Warszawa 2011, s. 90.

konflikt interesów występuje. Zakłada zatem, że ewentualny konflikt może wystąpić w każdej tego typu sytuacji i z góry nadużyciom stara się zapobiec. Nadmienię tylko, że *ratio legis* wprowadzenia art. 379 k.s.h. jest również obowiązek lojalności członka organu wobec spółki. Obowiązek taki doktryna wyprowadza ze stosowania w drodze analogii ogólnych nakazów dobrej wiary, dobrych obyczajów i lojalności formułowanych w prawie cywilnym<sup>167</sup>. Od członków organów spółek wymagane jest przestrzeganie podwyższonego miernika staranności i przejrzystość podejmowanych działań<sup>168</sup>.

Co więcej, według znacznej części doktryny, rada nadzorcza powinna działać *in corpore*. Rada nie może przenieść przysługującego jej prawa reprezentacji na poszczególnych członków. Tym samym, członek zarządu nie może dokonać czynności prawnej ze spółką, którą reprezentuje jeden członek organu nadzorczego i należy o tym pamiętać, stosując przepis art. 379 § 1 k.s.h.<sup>169</sup>. Rada nadzorcza musi także pozostawać organem niezależnym od zarządu i akcjonariuszy większościowych. Świadczą o tym regulacje Kodeksu spółek handlowych, a także zalecenia Komisji Europejskiej i Dobre Praktyki (*corporate governance*)<sup>170</sup>.

Zatem mając na względzie cel ustawodawcy, którym kierował się przy wprowadzaniu regulacji nakazującej dokonywanie w imieniu spółki czynności z członkiem zarządu przez radę nadzorczą lub pełnomocnika, jak również całokształt przywołanych regulacji i praktyk, nie mogę zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, które pozwala na „uzdrowienie” czynności prawnej dokonanej z pominięciem art. 379 § 1 k.s.h. Jeśli przyjmiemy, że zawarcie umowy przez członka zarządu ze spółką reprezentowaną przez zarząd jest objęte sankcją bezskuteczności zawieszony i czynność taka może zostać potwierdzona, zmienia się całkowicie charakter art. 379 k.s.h., który w tym świetle, nie spełnia swojej funkcji ochronnej. Powyższe stwierdzenie prowadzi do sytuacji, w której interesy spółki nie są chronione tak, jak miał na celu ustawodawca. Może dojść do nadużyć ze strony członków zarządu, którzy będą dokonywali czynności we własnym interesie. Następnie czynności te będą potwierdzone, gdy członek zarządu nie będzie pełnił już swojej funkcji (np. z powodu

<sup>167</sup> A. Opalski, *Ibidem*, s. 139.

<sup>168</sup> A. Koniewicz, *Konsekwencje prawne naruszenia art. 210 k.s.h. (art. 379 k.s.h.)*, PPH 2006, nr 7, s.18.

<sup>169</sup> G. Domański, M. Jagielska, *op.cit.*, s. 90.

<sup>170</sup> S. Sołtysiński (red), *System prawa prywatnego. Prawo spółek kapitałowych*, Warszawa 2010, s. 521-523.



rezygnacji bądź upływu czasu na jaki został powołany). Moim zdaniem przyjmując powyższe rozumowanie, pod znakiem zapytania stawiamy sens art. 379 k.s.h., tym bardziej, że potwierdzenie czynności prawnej w trybie art. 103 k.c. rodzi skutki z mocą wsteczną. Innymi słowy dokonana czynność byłaby ważna od momentu, kiedy dana osoba była jeszcze członkiem zarządu. Strony czynności mogłyby czerpać korzyści, jakie przewidywałyoby dla nich dokonanie tej czynności w czasie, w którym w świetle prawa dokonanie jej nie było możliwe.

Art. 103 k.c. został umieszczony w dziale VI – Przedstawicielstwo, rozdziale II – Pełnomocnictwo. Stosowanie tego przepisu do działania osoby prawnej poprzez niewłaściwy organ, jest w mojej opinii interpretacją zbyt daleko idącą. Inny jest bowiem charakter organu osoby prawnej niż jego pełnomocnika, mimo że ich działanie będzie wywierać taki sam skutek.

Problem skutków dokonania czynności prawnej przez spółkę kapitałową przy wadliwej reprezentacji często był przedmiotem rozważań przedstawicieli doktryny i judykatury. Kodeks cywilny przewiduje przede wszystkim następujące sankcje wadliwości czynności prawnej: nieważność bezwzględna, nieważność względna, bezskuteczność zawieszona, bezskuteczność względna. W mojej opinii, dokonanie czynności prawnej w sposób sprzeczny z nakazem wynikającym z art. 379 § 1 k.s.h. rodzi skutek w postaci nieważności bezwzględnej tej czynności w oparciu o art. 58 § 1 k.c.

Jak powszechnie przyjmuje doktryna przepis art. 379 k.s.h. ma charakter normy *iuris cogentis*, zatem jest to przepis imperatywny, którego umowa nie może wyłączyć<sup>171</sup>. Ewentualne umowne wyłączenie normy z art. 379 k.s.h. skutkowałoby nieważnością takiego postanowienia. Do naruszenia art. 379 k.s.h. dojdzie w sytuacji, gdy spółkę będzie reprezentował inny organ lub inne osoby<sup>172</sup>. Przyjmując powyższe, należy stwierdzić, że zawarcie umowy między spółką a członkiem zarządu, jeśli spółka była reprezentowana przez inny podmiot niż rada nadzorcza lub pełnomocnik, skutkuje nieważnością bezwzględną takiej umowy, co wynika z art. 58 § 1 k.c. Przepis stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis

<sup>171</sup> A. Szumański, [w:] *Kodeks spółek handlowych*, red. S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, tom II, wyd. 2, Warszawa 2005, s. 525.

<sup>172</sup> A. Kidyba, op. cit., s. 448.

przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

Stanowisko, które przyjęłam jest powszechne w doktrynie. Za poglądem takim opowiada się m.in. A. Szumański: „naruszenie przepisu art. 379 § 1 KSH powoduje nieważność czynności prawnej, ze względu na treść art. 58 § 1 KC w związku z art. 2 KSH. (...) Bezwzględna nieważność umowy zawartej przez spółkę z członkiem jej zarządu nie może być sanowana w trybie art. 103 KC w zw. z art. 2 KSH”<sup>173</sup>. Takie stanowisko prezentuje również M. Rodzyńkiewicz, dodając, że obecnie omawiane zagadnienie nie budzi kontrowersji w doktrynie i orzecznictwie<sup>174</sup>. Na bezwzględną nieważność czynności prawnej dokonanej z pominięciem art. 379 § 1 k.s.h. wskazuje także J. Frąckowiak<sup>175</sup>. Możliwości potwierdzenia tej czynności nie zauważa również J. Bieniak<sup>176</sup>, R. Kowalkowski<sup>177</sup>, W. Popiołek<sup>178</sup>.

Zgodnie w tej kwestii orzekał także Sąd Najwyższy, np. wyrok Sądu Najwyższego z 24.3.2000r. I PKN 546/99<sup>179</sup>, wyrok Sądu Najwyższego z 8.5.2003r., III RN 66/02<sup>180</sup>.

Dokonanie czynności prawnej spółki reprezentowanej przez zarząd z członkiem tego zarządu nie byłoby obarczone sankcją nieważności, jeśli istniałby przepis wprost przewidujący ”uzdrowienie” tej czynności. Przy obecnym stanie prawnym, przyjąć należy, że *ex lege* umowa między spółką reprezentowaną przez zarząd a członkiem zarządu jest

<sup>173</sup> A. Szumański, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Spółka akcyjna. Komentarz do artykułów 301-490*, t. III, wyd. 3, red. S. Sołtyński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, Warszawa 2013, s. 679, 681.

<sup>174</sup> Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2013, s. 390.

<sup>175</sup> Zob. J. Frąckowiak, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. W. Pyziół, Warszawa 2008, s. 765.

<sup>176</sup> Zob. J. Bieniak, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 2, J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, Warszawa 2012, s. 1187.

<sup>177</sup> Zob. R. Kowalkowski, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. Z. Koźma, M. Ożóg, Gdańsk 2012, s. 805.

<sup>178</sup> Zob. W. Popiołek, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 6, red. J. A. Strzępka, Warszawa 2013, s. 870.

<sup>179</sup> OSNP 2001/15/482.

<sup>180</sup> LEX nr 707523.

nieważna. Oznacza to, że czynność nie wywiera skutków prawnych od samego początku (*ab initio*), nieskuteczność ma charakter *erga omnes*, definitywny, niestopniowalny<sup>181</sup>.

Naruszenie zasady reprezentacji wyrażonej w art. 379 § 1 k.s.h. ma charakter uchybienia przy dokonywaniu tej czynności i nie przesądza o wadliwości samej treści czynności prawnej, jednak moim zdaniem art. 58 § 1 k.c. ma tutaj zastosowanie. Przepis nie wskazuje bezpośrednio, że to treść czynności prawnej ma być sprzeczna z ustawą lub mieć na celu obejście ustawy.

Istnieje w doktrynie pogląd, zgodnie z którym, umowę zawartą przez spółkę akcyjną z naruszeniem art. 379 k.s.h. (bądź spółkę z o. o. – odpowiednio art. 210 k.s.h.) należy uznać za nieistniejącą (*non existens*) w oparciu o art. 38 k.c.. Powołany przepis konstruuje teorię organów, zgodnie z którą, przesłanką przypisania czynności prawnej spółce jest m.in. działanie w granicach ustawowo lub umownie określonych kompetencji. Zdaniem T. Szczurowskiego działanie innego organu spółki niż ten, który ma w danej sytuacji kompetencję, nie można potraktować jako działanie osoby prawnej. Czynność należy uznać za nieistniejącą<sup>182</sup>. Mimo, że przedstawiony pogląd jest mi bliższy niż ten, prezentowany przez SN, nie jestem w stanie w całości go zaakceptować. Uważam, że w przypadku, gdy zamiast rady nadzorczej działa zarząd, nie można wysuwać tak daleko idących wniosków i mówić o tym, że dana osoba prawna nie działa i brak substratu, który mógłby zostać potwierdzony<sup>183</sup>.

W mojej ocenie, zupełnie niesłusznie SN powołał się w uzasadnieniu na uchwałę z dnia 14.09.2007r., w której stwierdzono, że do umowy zawartej przez zarząd spółdzielni bez wymaganej do jej ważności uchwały walnego zgromadzenia lub rady nadzorczej ma zastosowanie w drodze analogii art. 103 § 1 i 2 k.c. (III CZP 31/07). Przytoczone orzeczenie dotyczy sytuacji, w której umowa została zawarta przez spółdzielnię reprezentowaną przez właściwy organ, brakowało tylko wymaganej w tym zakresie uchwały innego organu. Problem, który stał się przyczyną wydania glosowanego orzeczenia, polega na tym, że spółkę reprezentował przy zawieraniu umowy z członkiem zarządu niewłaściwy organ. Mimo, że

<sup>181</sup> P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, red. M. Pyziak – Szafnicka, Warszawa 2009, s. 577.

<sup>182</sup> T. Szczurowski, *Wadliwość czynności prawnych spółek kapitalowych na tle sankcji kodeksu cywilnego*, Warszawa 2012, s. 160.

<sup>183</sup> T. Szczurowski, *Rada nadzorcza jako organ reprezentujący spółkę kapitalową*, „Monitor Prawniczy” nr 7, 2006.

zarząd jest, poza nielicznymi przypadkami, uprawniony do reprezentacji spółki kapitałowej, to w przypadku zawierania umowy z członkiem zarządu, takiego upoważnienia nie posiada i w żaden sposób nie może go zdobyć. „Rozciągnięcie” zasady wyrażonej we wspomnianej uchwale na stan faktyczny obejmujący działanie w imieniu spółki organu nie upoważnionego w danej sprawie, jest niezgodne z regulacjami dotyczącymi osób prawnych, które takiej możliwości nie przewidują.

Stosowanie analogii w prawie cywilnym jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy mamy do czynienia z luką prawną. Tymczasem, jak wskazuje R. Uliasz - na tle regulacji kodeksu cywilnego o osobach prawnych (33 – 43 k.c.) i art. 379 k.s.h. trudno mówić o przeoczeniu ustawodawcy w zakresie potwierdzania czynności dokonanej przez niewłaściwy organ<sup>184</sup>. Wydaje się bardziej zasadnym stwierdzenie, że był to celowy zabieg ustawodawcy.

W wiodących systemach prawnych Europy konwalidacja wadliwych czynności prawnych dokonanych przez organ osoby prawnej (w tym spółek kapitałowych) jest od dawna dopuszczalna. Ponadto jest zgodna z zasadami międzynarodowych umów handlowych UNIDROIT z 2004r.<sup>185</sup> Sąd Najwyższy wydając wyrok II CSK 526/09 poszedł za trendem panującym w ustawodawstwach krajów Europy zachodniej, jednak z punktu widzenia obecnych, polskich regulacji prawnych konwalidacja w przypadku działania niewłaściwego organu nie jest możliwa. Większa liberalizacja przepisów dotyczących reprezentacji osób prawnych pozostaje w chwili obecnej postulatem *de lege ferenda*. Należy jednak postawić sobie pytanie, czy rzeczywiście realia obrotu gospodarczego tego wymagają i na co należy położyć większy nacisk, na większą swobodę w zakresie reprezentacji podmiotów profesjonalnych czy przejrzystość i pewność obrotu.

### 3. Podsumowanie

Reasumując, należy stwierdzić, że z całokształtu regulacji dotyczących spółek kapitałowych wynika, iż „potwierdzenie” czynności prawnej dokonanej przez organ nieupoważniony do reprezentacji w danej sprawie nie jest możliwe. Art. 379 ( 210 ) k.s.h. ma charakter przepisu imperatywnego, którego nie da się w żaden sposób wyłączyć. Ustawodawca nie przewidział możliwości „uzdrowienia” takiej czynności. Inaczej moim

<sup>184</sup> Zob. R. Uliasz, Głosa do wyroku SN z 5 kwietnia 2010r., II CSK 526/09, LEX nr 126999.

<sup>185</sup> R. L. Kwaśnicki [w:] *Prawo spółek handlowych. Orzecznictwo 2009-2010*, red. R. L. Kwaśnicki, P. Letolc, Warszawa 2011, s. 11.

zdaniem przedstawia się sytuacja, gdy czynności prawnej dokonuje organ właściwy do reprezentacji, ale bez wymaganej zgody innego organu. Należy taki stan faktyczny odróżnić od sytuacji, będącej przedmiotem głosowanego orzeczenia.

Celowym działaniem ustawodawcy było to, aby czynności z członkiem zarządu dokonywał organ niezależny. Jeśli zaś stwierdzimy, że zarząd może dokonać czynności bez uprawnienia do tego, a następnie wystarczy, że ten organ tą czynność potwierdzi, wówczas pominięta zostaje kompetencja rady nadzorczej do działania, jako organu uprawnionego. Moim zdaniem sytuacja powyższa jest niezgodna z celem art. 379 § 1 k.s.h. i nie może zostać zaakceptowana.

## Informacje o Autorach

**Monika Brzeska**- studentka V roku prawa studiów stacjonarnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, studentka III roku Filologii Angielskiej na Uniwersytecie Warszawskim, studentka Center for American Law Studies WPiA UW.

**Katarzyna Iwanicka** - studentka IV roku prawa stacjonarnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie. Od roku akademickiego 2013/2014 Prezes Koła Naukowego Prawa Prywatnego. Finalistka ogólnopolskiego konkursu na najlepszą symulację rozprawy cywilnej (styczeń 2014 r.). Zainteresowania: ADR, prawo i postępowanie cywilne.

**Mateusz Jaworski** - student V roku prawa studiów stacjonarnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, uczestnik Programu Business Law na WPiA UKSW, członek Uniwersyteckiej Poradni Prawnej WPiA UKSW.

**Katarzyna Kowalczyk** - studentka V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, była wolontariuszka Studenckiej Poradni Prawnej WPiA UKSW.

**Magdalena Polak** – studentka V roku prawa studiów stacjonarnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie. Działa w Kole Naukowym Prawa Prywatnego.