

TOMASZ TARGOSZ*

NIEWAŻNOŚĆ CZYNNOŚCI PRAWNEJ JAKO WYNIK NADUŻYCIA POZYCJI DOMINUJĄCEJ

I. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Jedną ze sfer, w których zasługi Pani Profesor Janiny Preussner–Zamorskiej dla rozwoju polskiej cywilistyki wydają się największe, jest problematyka nieważności czynności prawnych¹. Między innymi dzięki Pani Profesor wiele zagadnień teoretycznych dotyczących samej istoty pojęcia nieważności stało się przedmiotem ożywionego zainteresowania i choć zapewne nie we wszystkim udało się osiągnąć konsensus, dysponujemy przynajmniej narzędziami pozwalającymi na prowadzenie w tym zakresie kompetentnej dyskusji². Nieważność czynności prawnej pozostaje jednak także cały czas zagadnieniem o znacznej praktycznej doniosłości, choćby

* Autor jest adiunktem w Instytucie Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Zob. J. Preussner–Zamorska: *Nieważność czynności prawnej w prawie cywilnym*, Warszawa 1983; J. Preussner–Zamorska: *Wykonanie nieważnej umowy*, *Studia Cywilistyczne* 1979, t. XXX, s. 103 i n.; J. Preussner–Zamorska: glosa do wyroku SN z dnia 12 maja 2000 r., V CKN 1029/00, *OSP* 2002, z. 1, poz. 1.

² Zob. np. ostatnio M. Gutowski: *Nieważność czynności prawnej*, wyd. 2, Warszawa 2008, a także Z. Radwański (w.): *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2002, s. 426 i n.; Z. Radwański: *Jeszcze w sprawie nieważności czynności prawnych*, *Państwo i Prawo* (dalej: PiP) 1986, z. 6, s. 93 i n.; T. Gizbert–Studnicki: *O nieważnych czynnościach prawnych w świetle koncepcji czynności konwencjonalnych*, *PiP* 1975, z. 4, s. 70–82. Ostatnio ożywiona dyskusja toczy się na gruncie prawa spółek, m.in. co do zasadności wyróżnienia kategorii czynności nieistniejących (S. Sołtysiński: *Rozważania o nieważnych i „nieistniejących” czynnościach prawnych ze szczególnym uwzględnieniem uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych i spółdzielni* (w:) *W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Rajskiemu*, pod red. A. Brzozowskiego, W. Kocota, K. Michałowskiej, Warszawa 2007, s. 305–326) oraz konsekwencji sprzeczności czynności z normą dyspozytywną (np. M. Romanowski: *Czy uchwała zgromadzenia udziałowców spółki kapitałowej sprzeczna z normą dyspozytywną jest sprzeczna z prawem?*, *Przegląd Prawa Handlowego* (dalej: PPH) 2011, nr 4, s. 27; S. Sołtysiński: *O skutkach naruszenia norm względnie wiążących polemizmie*, *PPH* 2011, nr 6, s. 51–56).

dlatego, że jedną z przyczyn nieważności czynności prawnej może być sprzeczność z ustawą³, a, jak wiadomo, liczba regulacji prawnych ciągle rośnie. Nie trzeba też dodawać, że uznanie czynności prawnej, zwłaszcza umowy, za nieważną powoduje różne trudności związane na przykład ze zwrotem świadczeń i innymi wzajemnymi rozliczeniami stron.

Wiele regulacji, które ustanawiają określone zakazy lub nakazy postępowania, nie wywodzi się ze sfery prawa cywilnego, czy, mówiąc bardziej ogólnie, prawa prywatnego, lecz ma publicznoprawny charakter. Zdarza się, że nie tylko wprowadzają one zakazy lub nakazy, których naruszenie mogłoby w sferze prawa cywilnego być oceniane na gruncie art. 58 k.c., ale same wprost statuują, iż konsekwencją ich naruszenia jest nieważność czynności prawnych. Taki właśnie charakter mają przepisy wprowadzające zakazy zachowań antykonkurencyjnych, tj. przede wszystkim zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję i zakaz nadużywania pozycji dominującej.

W każdym kraju członkowskim Unii Europejskiej prawo konkurencji ma obecnie dwa źródła. Mówiąc najogólniej, naruszenia prawa konkurencji mające wymiar unijny⁴ podlegają unijnemu prawu konkurencji, którego podstawowe normy znajdują się w samym traktacie (traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej — TFUE)⁵. Przepis art. 101 TFUE wprowadza zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, art. 102 TFUE zakazuje zaś nadużywania pozycji dominującej. Przepis art. 101 ust. 2 stanowi wyraźnie, że: „Porozumienia lub decyzje zakazane na mocy niniejszego artykułu są nieważne z mocy prawa”, natomiast art. 102 nie zawiera postanowienia odnoszącego się do prywatnoprawnych skutków zakazanych w nim zachowań. Polska ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.k.)⁶ jest w zakresie podstawowych pojęć i konstrukcji zakazów ściśle wzorowana na regulacji europejskiej, dlatego też zawiera zarówno zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję (art. 6 u.o.k.k.), jak i nadużywania pozycji dominującej (art. 9 u.o.k.k.). W art. 6 ust. 2 u.o.k.k. ustawa stanowi, że porozumienia sprzeczne z zakazem są w całości lub w odpowiedniej części nieważne, co powtarza regulację traktatową⁷. Co ciekawe, analogiczny skutek przewiduje jednak (odmiennie od art. 102 TFUE)⁸ art. 9 ust. 3 u.o.k.k., stanowiąc, że: „Czynności

³ Co wynika wprost z art. 58 k.c.

⁴ Zob. M. Krasnodębska-Tomkiel: *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*, Warszawa 2006.

⁵ Dz.Urz. UE z 2010 r. C 83/49.

⁶ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r., Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.

⁷ Art. 6 ust. 2 u.o.k.k. stanowi co prawda, że porozumienie może być nieważne nie tylko w całości, lecz także w odpowiedniej części, podczas gdy art. 101 ust. 2 TFUE nie wspomina o nieważności częściowej, jest to jednak różnica pozorna, także na gruncie art. 101 ust. 2 TFUE przyjmuje się, że nieważność może dotknąć tylko tę część porozumienia, która narusza prawo.

⁸ Jednak dodać trzeba, że umowa naruszająca art. 102 TFUE nie może być zasadniczo wykonalna z uwagi na bezpośredni skutek tego postanowienia traktatowego: wyrok ETS UE z dnia 11 kwietnia 1989 r. w sprawie 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen*, Zb. Orz. 1989, s. 803; wyrok z dnia 30 stycznia 1974 r. w sprawie 127/73 *BRT v. SABAM*, Zb. Orz. 1974, s. 51. W konsekwencji różnica nie jest aż tak znaczna.

prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne”.

Ponieważ naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję lub nadużywania pozycji dominującej znajduje często wyraz w czynności prawnej (najczęściej w umowie), sankcja nieważności wprost wprowadzona przez przepisy prawa konkurencji ma duże znaczenie praktyczne, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę nurt postulujący przerzucenie w części ciężaru stosowania prawa konkurencji na podmioty prywatne (tzw. *private enforcement*)⁹, które powołując się na bezprawność zachowania podmiotu naruszającego reguły konkurencji mogą dochodzić odszkodowania, zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia lub innych czysto cywilnoprawnych roszczeń, mogących znaleźć zastosowanie w sytuacji deliktu, ale także wynikającej z niego wadliwości czynności prawnej. Sprawia to, że zakres zagadnień związanych z cywilnoprawnymi aspektami naruszeń prawa antymonopolowego jest niezwykle szeroki. Poniżej ograniczę się do jednego tylko aspektu tej niewątpliwie obszernej problematyki, tj. zagadnienia nieważności czynności prawnej stanowiącej, jak to ujmuje art. 9 ust. 3 u.o.k.k., „przejaw nadużycia pozycji dominującej”. Istnieje kilka przyczyn takiego zawężenia tematu. Po pierwsze, nieważność czynności prawnych naruszających zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję jest zagadnieniem znacznie lepiej opracowanym¹⁰, co jest zresztą zrozumiałe. Jakkolwiek porozumienie, a już zwłaszcza uzgodniona praktyka nie muszą przybie-

⁹ Zob. na ten temat: Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM (2005) 672 final. A.P. Komninos: *Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?*, Competition Law Review (dalej: CLR) 2006, vol. 3, nr 1, s. 5; D. Wilsher: *The Public Aspects of Private Enforcement in EC law: Some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture*, CLR 2006, vol. 3, nr 1, s. 27; M. Carpagnano: *Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy: Analysis of the Judgment of the European Court of Justice in Joined Cases C-295-289/04 Manfredi*, CLR 2006, vol. 3, nr 1, s. 47; P. Hughes: *The Enforcement of Private Actions for Breaches of EC Competition Law — The Role of the Shareholder under English Law*, CLR 2006, vol. 3, nr 1, s. 73; J. Peysner: *Costs and Financing in Private Third Party Competition Damages Actions*, CLR 2006, vol. 3, nr 1, s. 97; W.P.J. Wils: *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, World Competition 2003, nr 3, s. 473; M. Brkan: *Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law: Heading Toward New Reforms?*, World Competition 2005, nr 4, s. 479; H. Brokelmann: *Enforcement of Articles 81 and 82 EC under Regulation 1/2003: The Case of Spain and Portugal*, World Competition 2006, nr 4, s. 535; A.P. Komninos: *Effect of Commission Decisions on Private Antitrust Litigation: Setting the Story Straight*, Common Market Law Review (dalej: CMLR) 2007, vol. 44, s. 1387; J.S. Venit: *Brave New World: the Modernization and Decentralization of Enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, CMLR 2003, vol. 40, s. 545; I. Segal: *Public v. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey*, European Competition Law Review (dalej: ECLR) 2007, nr 5, s. 306; M.K. Kolasiński: *Odpowiedzialność cywilna za szkody powstałe w wyniku naruszenia wspólnotowych zakazów stosowania praktyk ograniczających konkurencję i nadużywania pozycji dominującej*, PPH 2007, nr 11, s. 16.

¹⁰ Zob. P. Podrecki: *Porozumienia monopolistyczne i ich cywilnoprawne skutki*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej, z. 74, Kraków 2000; M. Czajkowska-Dąbrowska: *O osobliwościach nieważności umów naruszających zakaz stosowania praktyk monopolistycznych* (w:) *Prace z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Janusza Pietrzykowskiego*, pod red. Z. Banaszczyka, Warszawa 2000, s. 55–71; M. Lewandowski: *Sankcja nieważności wobec praktyk ograniczających konkurencję — cywilnoprawne aspekty prawa antymonopolowego*, PPH 2010, nr 7, s. 20 i n. Nawet jeśli, jak w przypadku ostatniej publikacji, przedmiot rozważań obejmuje nadużycie pozycji dominującej, brak jest w zasadzie dyskusji nad przesłankami nieważności.

rać postaci czynności cywilnoprawnej¹¹, to dzieje się tak jednak bardzo często. Po drugie, w takiej sytuacji naruszenie zakazu odzwierciedla się w samej czynności, a zatem rzadko powstaje trudność w ustaleniu, czy czynność prawna sama w sobie stanowi naruszenie ustawowego zakazu¹². Jak postaram się niżej pokazać, w przypadku nadużycia pozycji dominującej jest zgoła inaczej¹³. Po trzecie, i ma to ścisły związek z podaną poprzednio przyczyną, jeśli w toczonej w Polsce dyskusji nad problematyką nieważności czynności prawnej można dostrzec pewną lukę, to będzie to moim zdaniem pytanie, kiedy rzeczywiście czynność prawna jako taka stanowi naruszenie zakazu ustawowego w taki sposób, że może i powinna zadziałać sankcja¹⁴ nieważności. Sposób sformułowania relewantnych w tej materii przepisów (zarówno art. 58 k.c., jak i wyżej przytoczonych regulacji prawa konkurencji) może bowiem prowadzić do zbyt ekspansywnego przyjmowania nieważności czynności prawnych, ze szkodą dla bezpieczeństwa obrotu, a niekiedy nawet, jak postaram się pokazać, zdrowego rozsądku. Zadaniem doktryny prawa winno więc być ograniczenie tych nieracjonalnych konsekwencji, co wydaje się o tyle wykonalne, że przecież powszechnie przyjmuje się, iż sprzeczność zachowania z normą prawną wcale nie oznacza, że znajdująca się w związku z tym zachowaniem czynność prawna automatycznie musi być uznana za sprzeczną z ustawą. Dobrym przykładem potwierdzającym to stanowisko są zakazy wywodzone z prawa karnego, które wcale nie zawsze prowadzą do nieważności umów lub innych czynności prawnych dokonanych z ich naruszeniem¹⁵.

Odpowiadając na pytanie, kiedy i w jakim zakresie czynność prawna dokonana przez podmiot, któremu zarzucono nadużycie pozycji dominującej, może być uznana za nieważną, trzeba rozważyć co najmniej następujące zagadnienia:

- a) samą istotę nadużycia pozycji dominującej, by móc określić, w jakich przypadkach będzie w związku z tym nadużyciem dochodzić do zawierania czynności cywilnoprawnych, a także przeciwko czemu kieruje się tak naprawdę zakaz podejmowania takich zachowań;
- b) znaczenie „autonomicznego” wprowadzenia do regulacji antymonopolowej sankcji nieważności (na ile zmienia ona ocenę prawną w porównaniu z sytuacją, w której jedyną podstawą do stwierdzenia nieważności byłoby powołanie się na art. 58 k.c.);

¹¹ P. Podrecki: *Porozumienia...*, *op. cit.*, s. 43.

¹² Bardziej problematyczne jest natomiast to, czy nieważność postanowień antykonkurencyjnych pociąga za sobą nieważność całej czynności.

¹³ Niektórzy autorzy nie dostrzegają jednak tej specyfiki — zob. np. K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 410.

¹⁴ Ponieważ dla problematyki niniejszego opracowania spór o to, czy nieważność można określić pojęciem „sankcji”, nie ma większego znaczenia, będą używać tego pojęcia z uwagi na wykształcony już zwyczaj i fakt, że w czysto językowym sensie „pasuje” ono do skutków naruszenia prawa antymonopolowego.

¹⁵ Na ten temat M. Gutowski: *Nieważność i inne przypadki wadliwości czynności prawnych w kontekście odpowiedzialności karnoprawnej*, PiP 2004, z. 9, s. 70 i n.

- c) kiedy można mówić o tym, że czynność prawna podmiotu dominującego narusza jako taka zakaz nadużywania pozycji dominującej (czy, ujmując to inaczej, stanowi „przejaw nadużycia”);
- d) przesłanki i zakres „częściowej” nieważności czynności prawnej.

Za rozstrzygnięciem (co niekoniecznie musi oznaczać, że w dobrym kierunku) należy natomiast uznać kontrowersję, która dotyczyła tego, czy cywilnoprawne skutki praktyk antykonkurencyjnych wymagają uprzedniego stwierdzenia naruszenia zakazu prawa konkurencji¹⁶ w decyzji właściwego organu antymonopolowego¹⁷. W świetle orzecznictwa TSUE¹⁸ jest jasne, że na gruncie prawa UE tego typu uprzednie rozstrzygnięcie nie jest konieczne¹⁹. Pogląd taki stał się dominujący także w Polsce²⁰ i właściwie, z uwagi na brzmienie art. 6 ust. 2 i art. 9 ust. 3 u.o.k.k., stanowisko przeciwnie byłoby niezwykle trudne do uzasadnienia. Sprawia to, że teoretycznie możliwe jest podniesienie kwestii nieważności umowy z powodu naruszenia prawa antymonopolowego w „zwykłym” postępowaniu sądowym²¹, na przykład dotyczącym nienależytego wykonania umowy, niezależnie od tego, że zarzut naruszenia prawa konkurencji nigdy nie był rozpatrywany przez organ antymonopolowy. Jedynie w przypadku, gdy została wydana (ostateczna) decyzja w sprawie uznania danego zachowania za nadużycie pozycji dominującej²², sąd powszechny jest nią związany²³.

¹⁶ Tak jeszcze SN w uchwale z dnia 17 października 1995 r., III CZP 135/95, OSP 1996, z. 6, poz. 112 (z głosem krytyczną S. Gronowskiego).

¹⁷ Zob. na ten temat M. Czajkowska–Dąbrowska: *O osobliwościach nieważności...*, *op. cit.*, s. 57 i n.; M. Szydło: *Nadużywanie pozycji dominującej...*, *op. cit.*, s. 252 i n.; R. Trzaskowski: *Kompetencja sądu do ustalania nieważności czynności prawnych będących przejawem nadużywania pozycji dominującej oraz nieważności porozumień ograniczających konkurencję*, *Palestra* 2009, z. 9–10, s. 235 i n.

¹⁸ Zob. wyrok TSUE z dnia 6 lutego 1973 r. w sprawie 48/72 *SA Brasserie de Haecht*, Zb. Orz. 1973, s. 77. M. Czajkowska–Dąbrowska: *O osobliwościach nieważności...*, *op. cit.*, s. 62, wskazuje, że przed tym orzeczeniem stanowisko Trybunału było jednak odmienne.

¹⁹ A. Howard, V. Rose, P. Roth (w.): P. Roth, V. Rose: *Bellamy & Child. European Community Law of Competition*, Oxford 2008, s. 1431. W literaturze polskiej pogląd taki był już prezentowany np. przez I. Wiszniewską: *Granice kartelowo–prawne ważności licencji patentowych*, Ossolineum 1991, s. 279.

²⁰ Wyrok SA w Warszawie z dnia 27 kwietnia 2006 r., I ACa 77/05, LexPolonica nr 412187; wyrok SN z dnia 22 lutego 1994 r., I CRN 238/93, OSNCP 1994, nr 10, poz. 198; wyrok SN z dnia 9 października 1998 r., III CKN 641/97, OSNC 1999, nr 3, poz. 61; wyrok SN z dnia 2 czerwca 2006 r., I CSK 83/05, LEX nr 369165; uchwała SN z dnia 23 lipca 2008 r., III CZP 52/08, OSP 2009, z. 7–8, poz. 86.

²¹ M. Szydło: *Nadużywanie pozycji dominującej...*, *op. cit.*, s. 251–252.

²² Jest natomiast wątpliwe, by umorzenie postępowania antymonopolowego wiązało sąd cywilny. Należy też uwzględnić, że decyzja może zostać zmieniona lub uchylona w następstwie kontroli sądowej, związanie jest więc możliwe w przypadku decyzji ostatecznej.

²³ Wyrok SN z dnia 2 czerwca 2006 r., I CSK 83/05. Zdaniem M. Czajkowskiej–Dąbrowskiej: *O osobliwościach nieważności...*, *op. cit.*, s. 60, stanowisko odmawiające uznania prejudycjalności postępowania przed Prezesem UOKiK, ale jednak dające mu często prymat, nie jest w pełni spójne teoretycznie.

II. NADUŻYCIE POZYCJI DOMINUJĄCEJ — ISTOTA I POSTACIE

Nadużycie pozycji dominującej nie jest definiowane ani w prawie polskim, ani w prawie europejskim. Relewantne w tej materii przepisy przedstawiają jedynie przykładowe zachowania uznawane za nadużywanie takiej pozycji (por. art. 9 ust. 2 u.o.k.k.). Prawo konkurencji nie mogłoby jednak być stosowane, gdyby istota nadużywania pozycji dominującej nie została wyjaśniona. Ponieważ w niniejszym opracowaniu kwestia ta ma jedynie charakter niezbędnego wprowadzenia, w poniższym opisie konieczne będą pewne uproszczenia, jednak uchwycenie, czym jest nadużywanie pozycji dominującej, wydaje się potrzebne, by ustalić, kiedy czynność będąca przejawem nadużycia będzie czynnością nieważną.

Pojęcie nadużywania pozycji dominującej zawiera dwa elementy: posiadanie pozycji dominującej na rynku właściwym (geograficznie i produktowo), które samo w sobie nie jest zakazane, i nadużywanie tej pozycji, co już zakazowi podlega. Pozycja dominująca została w polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów zdefiniowana. Artykuł 4 pkt 10 u.o.k.k. stanowi, że rozumie się przez to pojęcie „pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%”. Prawo unijne nie zawiera takiej definicji, jednakże została ona wypracowana przez TSUE, a definicja polska jest na orzecznictwie Trybunału wzorowana²⁴.

Pozycja dominująca jest zatem silną pozycją ekonomiczną²⁵, która pozwala przedsiębiorcy na podejmowanie zachowań rynkowych, których nie mógłby on podjąć na rynku konkurencyjnym, ponieważ obawiałby się, że reakcja konsumentów lub konkurentów na takie działania przyniosłaby mu ekonomiczne szkody. Jako przykład podać można istotne podwyższenie cen — jeśli na rynku panuje konkurencja, inni przedsiębiorcy zaoferują niższe ceny i przejmą rynek, a konsumenci nie zechcą nabywać dóbr po cenach podwyższonych. Na rynku, na którym przedsiębiorca ma pozycję dominującą, taka reakcja na podwyższenie cen byłaby natomiast albo mniej skuteczna, albo wręcz niemożliwa (np. gdy dominant jest monopolista).

Ponieważ posiadanie, a nawet wzmocnienie pozycji dominującej nie jest bezprawne²⁶, zasadnicze znaczenie ma określenie, kiedy dochodzi do jej nadużycia.

²⁴ Zob. wyrok TSUE z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands*, Zb. Orz. 1978, s. 207, a zwłaszcza wyrok z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76, *Hoffman-La Roche*, Zb. Orz. 1979, s. 461.

²⁵ Zob. M. Szydło: *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 79 i n.

²⁶ Chodzi oczywiście o wzmocnienie, które nie posługuje się środkami sprzecznymi z prawem konkurencji, lecz następuje dzięki takim czynnikom jak atrakcyjne ceny, wysoka jakość, dobre zarządzanie itp.

Słusznie wskazuje się, że podanie syntetycznej definicji tego zjawiska jest trudne²⁷. Próby takie podejmowane są (bo muszą) zarówno w polskim, jak i zagranicznym orzecznictwie. W orzecznictwie Prezesa UOKiK spotkać można stwierdzenie, że nadużyciem pozycji dominującej jest „takie wykorzystanie tej pozycji przez dominanta, które prowadzi bądź to do ograniczenia samodzielności innych uczestników rynku, bądź to do wymuszenia ich udziału w procesach gospodarczych temu rynkowi właściwych na zasadach narzuconych, z reguły mniej korzystnych niżby to wynikało z działania nieskrępowanych mechanizmów konkurencji”²⁸. Definicja ta jest podobna do wywodów TSUE w sprawie *Hoffman–La Roche*, gdzie Trybunał wskazał, że nadużyciem pozycji dominującej jest zachowanie, które jest inne niż stosowane w warunkach rynku konkurencyjnego i które albo utrudnia zachowanie jeszcze panującej (choć już ograniczonej samym faktem posiadania pozycji dominującej) konkurencji, albo zapobiega jej powstaniu lub rozwojowi²⁹.

Powszechnie uważa się, że nadużycie pozycji dominującej może przybrać postać praktyk wykluczających lub eksploatacyjnych³⁰. Praktyki wykluczające są rozumiane jako rodzaj zamknięcia lub utrudnienia dostępu do rynku, które będzie miało antykonkurencyjne skutki. Komisja Europejska w wytycznych³¹ w sprawie priorytetów, którymi będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 TWE³² w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, przedstawia następującą definicję: „W niniejszym dokumencie termin »antykonkurencyjne zamknięcie dostępu do rynku« używany jest w odniesieniu do sytuacji, gdy efektywny dostęp aktualnych lub potencjalnych konkurentów do towarów/usług lub rynków jest utrudniony lub uniemożliwiony wskutek działania przedsiębiorstwa dominującego, w związku z czym przedsiębiorstwo dominujące może być w stanie podwyższać ceny w sposób opłacalny ze szkodą dla konsumentów. Podstawą stwierdzenia przypuszczalnej szkody dla konsumentów mogą być dowody jakościowe oraz w miarę możliwości ewentualne dowody ilościowe”³³. Nadużycie o charakterze wykluczającym ma więc przede wszystkim wpływ na strukturę rynku (osłabienie rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji), przy czym należy nadmienić, że nie chodzi tu tak naprawdę o działania szkodzące konkurentom, będą one bowiem stanowić nadużycie pozycji domi-

²⁷ M. Szydło: *Nadużywanie pozycji dominującej...*, *op. cit.*, s. 82 i n.

²⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 28 lutego 2007 r., nr RGD 5/2007: http://decyzje.uokik.gov.pl/dec_prez.nsf/0/10E43D293A260A73C12574F6002934C2?OpenDocument.

²⁹ Wyrok TS z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76, *Hoffmann–La Roche & Co. AG p. Komisji*, Zb. Orz. 1979, s. 461, pkt 91.

³⁰ Niekiedy twierdzi się, że to rozróżnienie nie ma istotnego znaczenia (por. J. Goyder, A. Albors–Llorens: *Goyder’s EC Competition Law*, Oxford 2009, s. 315, powołując się na stanowisko Komisji Europejskiej), jednakże wydaje się, że akurat z punktu widzenia cywilnoprawnych konsekwencji takich zachowań to stanowisko nie jest w pełni trafne.

³¹ Dz.Urz. UE z 2009 r. C 45, s. 7–20.

³² Obecnie art. 102 TFUE.

³³ Wytyczne KE (przyp. 31), pkt 19.

nującej zasadniczo jedynie wtedy, gdy ich skutkiem będzie nie tylko pogorszenie się sytuacji konkurentów, lecz także negatywny wpływ na rynek, w tym zwłaszcza na konsumentów.

Nadużycie o charakterze eksploatacyjnym dotyczy natomiast sytuacji, w których dominant wykorzystuje swoją pozycję, narzucając innym podmiotom warunki, które nie byłyby możliwe na rynku konkurencyjnym, na przykład zawyżone ceny lub inne niekorzystne warunki umowne³⁴. Trafnie twierdzi się, że w przypadku praktyki wykluczającej prawo konkurencji sprzeciwia się antykonkurencyjnym zmianom struktury rynku (a zatem dalszym skutkom czynności), dlatego też sama czynność dokonana przez dominanta (jej ocena) nie jest wystarczająca, by ustalić, czy mamy do czynienia z nadużywaniem pozycji dominującej. W przypadku natomiast praktyki eksploatacyjnej to właśnie sama czynność stanowi niedozwolone wykorzystanie siły rynkowej³⁵.

Zarówno w unijnym, jak i w polskim prawie konkurencji wskazane zostały przykładowe formy nadużywania pozycji dominującej³⁶. Dla ułatwienia posłużę się katalogiem polskiej ustawy, nie powtarzając osobno katalogu zawartego w art. 102 TFUE (są one zresztą zbliżone). Artykuł 9 ust. 2 u.o.k.k. wymienia następujące zachowania zakazane:

- 1) bezpośrednio lub pośrednio narzucanie nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów;
- 2) ograniczenie produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów;
- 3) stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji (tzw. dyskryminacja)³⁷;
- 4) uzależnianie zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy (tzw. *tying* lub *bundling*)³⁸;
- 5) przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;
- 6) narzucanie przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści;

³⁴ M. Szydło: *Nadużywanie pozycji dominującej...*, *op. cit.*, s. 125.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Zachowanie przedsiębiorcy musi jednak zawsze stanowić nadużycie, tj. spełniać przesłanki dotyczące istoty tej instytucji. Inaczej mówiąc, nie można zatrzymać analizy zachowania przedsiębiorcy tylko na stwierdzeniu, że jego zachowanie „podpada” pod którąś z form nadużycia pozycji dominującej, wskazaną przez przepisy prawa.

³⁷ Zob. A. Brzezińska-Rawa: *Dyskryminacja jako przejaw nadużycia pozycji dominującej w unijnym prawie konkurencji*, PiP 2011, z. 1, s. 83 i n.

³⁸ R. Wish: *Competition Law*, LexisNexis 2003, s. 605 i n.; C. Alborn, D. Evans, J. Padilla: *The Antitrust Economics of Bundling: A Farewell to Per Se Illegality*, Antitrust Bulletin 2004, s. 287 i n.

7) podział rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych.

Jak łatwo zauważyć, przytoczone wyżej formy nie zostały wyodrębnione w oparciu o to, czy są one powiązane z zawarciem czynności prawnej czy też nie, jakkolwiek większość działań przedsiębiorcy znajduje jakiś wyraz w czynnościach prawnych lub w odmowie ich zawarcia. Niewątpliwie jednak istnieją w powyższym wyliczeniu kategorie, które niejako ze swej istoty mają związek ze sferą kontrakto-
wą, co znajduje wyraz w bezpośrednim odwoływaniu się przez ustawodawcę w treści przepisów do pojęć umowy lub warunków umów. Związek ten występuje bezspornie w przypadku nadużywania pozycji dominującej przez narzucanie nieuczciwych cen lub innych warunków umów (pkt 1 i 6)³⁹, dyskryminację (pkt 3) oraz w transakcjach wiązanych (pkt 4), jakkolwiek może się oczywiście zdarzyć, że także inne postacie nadużycia znajdują wyraz w czynności prawnej. Można też zauważyć, że wśród postaci nadużywania pozycji dominującej w jakiś sposób związanych ze sferą czynności prawnych znajdujemy zarówno praktyki typowo eksploatacyjne (narzucanie niekorzystnych warunków umów), jak i praktyki zazwyczaj określane jako wykluczające lub, w zależności od postaci, mogące należeć do każdej z tych kategorii (dyskryminacja⁴⁰, transakcje wiązane⁴¹).

Celem prawa konkurencji realizowanym przez zakaz praktyk wykluczających jest zachowanie stanu konkurencji na rynku lub przynajmniej zachowanie szans na rozwój konkurencji, na którym jest ona już osłabiona (co wynika z faktu, że działa na nim przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą)⁴². Jeśli chodzi o praktyki eksploatacyjne, to celem bezpośrednim⁴³ wydaje się ochrona kontrahentów dominanta, w tym zwłaszcza ochrona konsumentów⁴⁴. Zakazy prawa konkurencji i wiążące się z nimi sankcje publicznoprawne nie zależą od tego, czy nadużycie pozycji dominującej przybiera postać umowy lub jest w inny sposób

³⁹ Wyróżnienie w dwóch punktach i to niezajdujących się w bezpośrednim sąsiedztwie narzucania nieuczciwych cen, terminów i innych warunków umów (pkt 1) oraz narzucania uciążliwych warunków umów przynoszących dominantowi nieuzasadnione korzyści (pkt 6) nie wydaje się poprawne.

⁴⁰ Dyskryminacja może należeć do obu grup. Jeśli dyskryminacja służy wzmocnieniu pozycji dominującej (dochodzi do niej zazwyczaj w relacjach z konkurentami), ma charakter wykluczający, jeśli natomiast służy uzyskaniu jak najwyższych zysków od klientów, ma zazwyczaj charakter eksploatacyjny.

⁴¹ Podobnie jak w przypadku dyskryminacji, transakcje wiązane mogą mieć różną naturę. Jeśli ich celem jest przenoszenie władzy rynkowej lub eliminacja konkurencji, mają charakter wykluczający, w innych okolicznościach mogą mieć jednak także charakter eksploatacyjny.

⁴² Stan konkurencji na rynku ma bowiem związek z jego strukturą. Z samego faktu, że na rynku działa przedsiębiorca dominujący, wynika, że konkurencja na takim rynku jest osłabiona, skoro pozycja dominująca oznacza w pewnym uproszczeniu możliwość działania w sposób, który nie miałby miejsca na rynku konkurencyjnym.

⁴³ Można bowiem twierdzić, że uniemożliwienie dominantowi stosowania praktyk eksploatacyjnych także ma wpływ na potencjalny stan konkurencji na rynku, ponieważ utrudnia dominantowi wzmocnienie jego pozycji.

⁴⁴ Dlatego, w przypadku praktyki eksploatacyjnej, „poszkodowanym” z tytułu nadużycia jest zawsze bezpośredni kontrahent przedsiębiorcy dominującego. Istota nadużycia przejawiać się zaś może właśnie w treści czynności prawnej.

związane z procesem dokonywania czynności prawnych⁴⁵. Konsekwencje na gruncie prawa cywilnego są niejako dodatkowym skutkiem prawnym zachowania uznanego za bezprawne. Mogą one jednak mieć to znaczenie, że ułatwią realizację celów polityki konkurencji, między innymi dlatego, że pozwalają (lub ułatwiają) podmiotom prywatnym, często „poszkodowanym” w wyniku praktyki antykonkurencyjnej, na podjęcie bezpośrednich działań przeciwko przedsiębiorcy dominującemu.

Powyższe, z konieczności skrótowe przedstawienie podstawowych zagadnień prawa konkurencji w zakresie dotyczącym nadużywania pozycji dominującej, nie byłoby kompletne bez zwrócenia uwagi na jeszcze jedną okoliczność. Chociaż prawo konkurencji nie należy do dziedzin charakteryzujących się dogmatyczną czystością konstrukcji i precyzją interpretacji, to jednak zakres niepewności prawnej w przypadku zarzutu nadużywania pozycji dominującej jest nawet, jak na te standardy, niezwykle szeroki. Nadużycie pozycji dominującej jest bowiem tak naprawdę kategorią, dla której zasadnicze znaczenie mają czynniki ekonomiczne⁴⁶. To, czy w danym stanie faktycznym doszło do nadużycia pozycji dominującej, jest często wielce kontrowersyjne⁴⁷. Sporny jest nierzadko sam fakt posiadania pozycji dominującej⁴⁸, nie mówiąc już o tym, czy doszło do jej nadużycia, a pojęcia takie jak „nieuczciwa” cena, „rażąco wygórowana” cena, „nieuzasadnione” różnicowanie lub „nieuzasadnione” wiązanie świadczeń już na pierwszy rzut oka jawią się jako wysoce nieprecyzyjne. Właściwa ocena stanu faktycznego wymaga, co więcej, szczegółowej wiedzy o rynku⁴⁹ i perspektywach jego rozwoju, która nie zawsze jest prawidłowa. W konsekwencji często okazuje się, że to, co uznawano za nadużycie, wcale niekoniecznie zasługiwało na taki wniosek i odwrotnie. Czynniki te powinny być brane pod uwagę w związku z możliwością stosowania sankcji nieważności, trudno bowiem zaakceptować sytuację, w której niemal każda czynność prawna przedsiębiorcy dominującego mogłaby być kwestionowana z powołaniem się na naruszenie prawa konkurencji, a wynik takiej oceny byłby w znacznym stopniu niepewny.

⁴⁵ Jest to oczywiste na gruncie zakazu porozumień i praktyk uzgodnionych i tym bardziej aktualne dla instytucji nadużycia pozycji dominującej.

⁴⁶ Podejście „bardziej ekonomiczne” jest wręcz uznawane za pożądane i preferowane w stosunku do podejścia „normatywnego” — zob. K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów...*, *op. cit.*, s. 68 i n., s. 342.

⁴⁷ Wskazuje się, że wiele z „wiodących” rozstrzygnięć w tych sprawach jest poddanych ostrej krytyce: J. Goyder, A. Albors-Llorens: *Goyder's EC Competition Law*, *op. cit.*, s. 316.

⁴⁸ Który zależy m.in. od definicji rynków właściwych geograficznie i produktowo, co także jest trudne i może prowadzić do różnych wyników.

⁴⁹ W konsekwencji dokonanie oceny dla sądu powszechnego może być niezwykle skomplikowane — zwraca na to uwagę L. Węgrzynowski: *Kontrola treści umowy w prawie ochrony konkurencji*, PPH 2009, nr 4, s. 15.

III. NIEWAŻNOŚĆ CZYNNOŚCI PRAWNEJ JAKO KONSEKWENCJA NADUŻYCIA POZYCJI DOMINUJĄCEJ — REGULACJA I PROBLEMY

W prawie polskim ustawodawca przesądził, że nieważność czynności prawnej może być konsekwencją nadużywania pozycji dominującej (art. 9 ust. 3 u.o.k.k.). Pytaniem zasadniczym pozostaje jednak, kiedy i na jakich warunkach. Aby unaocznic wagę omawianego problemu, zasadne wydaje się zarysowanie trudności, jakie wiązałyby się z automatycznym przyjęciem, że każda czynność prawna zawarta przez dominanta jest czynnością bezwzględnie nieważną, jeśli ma związek z postawionym mu (zasadnie) zarzutem nadużycia pozycji dominującej. Rozważmy przypadek nadużycia pozycji dominującej polegającej na nieuzasadnionym⁵⁰ różnicowaniu warunków umów przez dominanta, co prowadzi do tego, że jedni kontrahenci uzyskują warunki korzystniejsze, a inni mniej korzystne. Zakaz tego rodzaju chronić ma przede wszystkim stan konkurencji na rynku, która będzie zniekształcona przez sam fakt zaferowania części podmiotów dyskryminujących⁵¹ warunków. Dla stwierdzenia dyskryminacji nie jest więc potrzebne ustalenie, że na przykład warunki gorsze są dla kontrahenta dominanta niekorzystne w stopniu pozwalającym na przyjęcie narzucenia uciążliwych warunków umów⁵². Jeśli więc dominant części swoich odbiorców sprzedaje produkt X po 85, części po 90, a części po 100, nieuzasadnione różnicowanie ma miejsce niezależnie od tego, czy 100 lub 90 byłoby ceną nadmiernie wygórowaną — przeciwnie, obie te ceny mogą same w sobie mieścić się w racjonalnych granicach. W takiej sytuacji, skoro problem nie polega na tym, że ceny są zbyt wysokie lub niskie, lecz na tym, że są różne, nieważne powinny być wszystkie umowy zawarte przez dominanta z odbiorcami produktu X. Trudno uznać takie rozwiązanie za rozsądne, a już zwłaszcza wtedy, gdy chodzi o rynek masowy, na którym dominant mógł zawrzeć umów tego rodzaju dziesiątki, a nawet setki tysięcy. Podobnie w przypadku transakcji wiązanych — czy nieważne są wszystkie umowy tego rodzaju zawarte z konsumentami? Czy rzeczywiście taki skutek prawny odpowiada interesom konsumentów? Czy w sytuacji, gdy nadużycie polega na stosowaniu rażąco niskich cen w celu eliminacji konkurentów (*predatory pricing*)⁵³, rzeczywiście wszyscy kontrahenci dominanta mają tracić osiągnięte z tego tytułu korzyści? Czy nieważne są postanowienia dotyczące rabatów uznanych za nadużycie pozycji dominującej?⁵⁴ Osobny problem dotyczy

⁵⁰ Zob. A. Brzezińska-Rawa: *Przesłanki oceny dyskryminacji cenowej jako przejawu nadużycia pozycji dominującej*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2011, nr 8, s. 9 i n.

⁵¹ Naturalną konsekwencją dyskryminacji jest to, że gorsze traktowanie jednych pociąga za sobą lepsze traktowanie innych.

⁵² Por. M. Lorenz, M. Lubbig, A. Russell: *Price Discrimination. A Tender Story*, ECLR 2005, nr 6, s. 355 i n.

⁵³ Por. A. Stawicki (w:) A. Stawicki, E. Stawicki (red.): *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 351 i n.

⁵⁴ Zob. na temat tej postaci nadużycia K. Kohutek: *Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji*, PPH 2010, nr 7, s. 35 i n.

oczywiście tego, co oznacza w takich i innych przypadkach nieważność „części” czynności prawnej, tj. części, która, posługując się sformułowaniem ustawy, stanowi „przejaw” nadużycia pozycji dominującej. Co na przykład dzieje się w przypadku narzucenia zbyt wysokiej ceny — czy nieważna jest cała czynność (i czy jest to zawsze konsekwencja racjonalna, także dla „poszkodowanego”), czy też jedynie „część” czynności w zakresie wykraczającym poza cenę „uczciwą”, a jeśli tak, jak można by taki skutek uzasadnić.

Podane wyżej przykłady da się oczywiście mnożyć, jednakże już one wystarczają, jak się wydaje, by stwierdzić, że racjonalne stosowanie art. 9 ust. 3 u.o.k.k. nie jest wcale tak proste⁵⁵, jak mogłoby się wydawać na pierwszy rzut oka. Uważam za uzasadnione podjęcie próby takiej wykładni tego przepisu, która pozwoli uniknąć skutków szkodliwych dla bezpieczeństwa obrotu, a często samych podmiotów, które stały się ofiarą nadużycia pozycji dominującej, przy równoczesnym zachowaniu zgodności z dopuszczalnymi zasadami interpretacji⁵⁶ (a zatem w szczególności zachowując możliwość uznania, że w pewnych przypadkach nadużycie pozycji dominującej może prowadzić do nieważności czynności prawnej).

Dla wykładni art. 9 ust. 3 u.o.k.k. istotne znaczenie musi mieć określenie stosunku tego przepisu do art. 58 k.c. Wprowadzenie bowiem do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyraźnego postanowienia o nieważności czynności prawnych każe zadać pytanie, czy ustawodawca zamierzał w ten sposób odejść od reguł ogólnych. Pytanie to jest zasadne dlatego, że przecież na gruncie art. 58 k.c. w pełni możliwe jest uznanie czynności prawnej za nieważną z powodu sprzeczności z prawem, co w przypadku czynności sprzecznej z zakazem zawierania porozumień ograniczających konkurencję⁵⁷ i nadużywania pozycji dominującej mogłoby mieć, przynajmniej w niektórych przypadkach, miejsce. Wypada przy tym zastanowić się, na czym taka odmiennosc miałaby polegać.

Wydaje się bezsporne, że przepisy ustawy o ochronie konkurencji posługują się tą samą kategorią nieważności bezwzględnej co kodeks cywilny⁵⁸. Inaczej mó-

⁵⁵ Odmienne, jak się wydaje, M. Lewandowski: *Sankcja nieważności...*, *op. cit.*, s. 21 i n., który podkreśla szeroki zakres sankcji nieważności (dotykającej jego zdaniem każdego przejawu nadużycia) i uważa, że „sankcja nieważności przewidziana dla tych praktyk ma szerszy zasięg niż w przypadku sankcji nieważności przewidzianej dla praktyk kolektywnych” (tamże).

⁵⁶ Przypomnieć należy, że w doktrynie uznaje się, iż często sankcja nieważności przyjmowana jest zbyt spieszenie: M. Safjan (w.): *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz do art. 1–449¹⁰*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2011, s. 327; K.J. Matuszczyk, glosa do uchwały SN z dnia 17 lipca 2007 r., III CZP 69/07, OSP 2009, z. 12, poz. 135.

⁵⁷ Z przyczyn niżej wyjaśnionych art. 6 ust. 2 u.o.k.k. ma pewne znaczenie dla wykładni art. 9 ust. 3 u.o.k.k.

⁵⁸ M. Szydło: *Nadużywanie pozycji dominującej...*, *op. cit.*, s. 245 i n.; D. Miąsik (w.): *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. T. Skoczego, Warszawa 2009, s. 707; M. Lewandowski: *Sankcja nieważności...*, *op. cit.*, s. 21. M. Czajkowska-Dąbrowska: *O osobliwościach nieważności...*, *op. cit.*, s. 65 i n., zauważa, że gdyby możliwość stwierdzenia nieważności uzależniona była od uprzedniego uznania praktyki za zakazaną w decyzji organu antymonopolowego, wątpliwe byłoby twierdzenie, że chodzi o tę samą nieważność bezwzględną co w prawie cywilnym, do jej charakterystycznych cech należy bowiem to, że występuje ona z mocy prawa i może być brana pod uwagę z urzędu przez sąd.

wiąc, chodzi tu o wprowadzenie cywilnoprawnej wadliwości czynności prawnej w postaci jej bezwzględnej nieważności. Skoro więc skutek prawny jest identyczny, odmienność mogłaby dotyczyć zasadniczo dwóch kwestii: przesłanek zaistnienia nieważności (w szczególności odmiennej oceny niż w przypadku, gdy mowa o czynności sprzecznej z ustawą na gruncie art. 58 k.c.) oraz zakresu nieważności częściowej (wyłączenie lub modyfikacja art. 58 § 3 k.c.). Aby stwierdzić, czy mogą w ogóle zaistnieć takie odmienności, trzeba najpierw określić, jak funkcjonowałyby sankcja nieważności wobec czynności prawnych „stanowiących przejaw” nadużycia pozycji dominującej, gdyby nie było art. 9 ust. 3 u.o.k.k.

Podstawą do stwierdzenia nieważności czynności prawnej sprzecznej z prawem konkurencji byłaby sprzeczność z ustawą. Czynność sprzeczna z ustawą może być na gruncie art. 58 k.c. czynnością, której treść jest sprzeczna z ustawą⁵⁹. Jako czynność sprzeczną z ustawą traktuje się także czynność, której cel jest sprzeczny z ustawą⁶⁰. Uważa się, że zasadniczo, aby cel czynności mógł być uznany za sprzeczny z ustawą, powinien być to cel obu stron⁶¹. W przypadku nadużycia pozycji dominującej wystąpienie takiej sytuacji byłoby niezwykle rzadkie, ponieważ z istoty tej konstrukcji wynika, że niekorzystne warunki umów są narzucane przez dominanta dzięki sile rynkowej, jaką posiada. Antykonkurencyjny cel realizuje więc jedynie jedna ze stron czynności prawnej dwustronnej⁶². Jeśli natomiast nadużycie pozycji dominującej miało się przejawiać w czynności jednostronnej (np. wypowiedzeniu lub odstąpieniu od umowy)⁶³, można sobie wyobrazić uznanie celu takiej czynności za sprzeczny z zakazem sformułowanym przez art. 9 u.o.k.k.

Większość czynności prawnych, w których nadużycie pozycji dominującej znajduje swój wyraz, przybiera jednak formę umowy. Na gruncie art. 58 k.c. w zw. z art. 9 ust. 1 i 2 u.o.k.k. tego rodzaju czynność mogłaby być uznana za sprzeczną z ustawą i w konsekwencji nieważną tylko wtedy, gdyby (a) w drodze wykładni wprowadzony został wniosek, że zakaz publicznoprawny wyrażony w art. 9 u.o.k.k. ma na celu także spowodowanie nieważności czynności⁶⁴; (b) analizowana czynność

⁵⁹ Por. M. Gutowski: *Nieważność czynności prawnej...*, *op. cit.*, s. 219 i n.

⁶⁰ M. Safjan (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 328; Z. Radwański (w:) *System...*, *op. cit.*, t. 1, s. 516; P. Machnikowski (w:) E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 138. Nawet gdyby przyjąć, że jest inaczej, niewątpliwie gdy czynność prawna jest umową, cel czynności sprzeczny z ustawą prowadzić będzie do jej nieważności z uwagi na treść art. 353¹ k.c.

⁶¹ M. Safjan (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 328; M. Gutowski: *Nieważność czynności prawnej...*, *op. cit.*, s. 230. P. Machnikowski (w:) E. Gniewek: *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 138, wskazuje, że może także chodzić o sytuację, w której cel chce osiągnąć jedna ze stron, a pozostałe wiedzą o tym. Wydaje się jednak, że nie powinno się uwzględniać przypadków, w których pozostałe strony co prawda wiedzą o celu, lecz sprzeciwiają się mu.

⁶² Na uwagę zasługuje także przytoczone przez M. Gutowskiego (*Nieważność czynności prawnej...*, *op. cit.*, s. 231) stanowisko doktryny niemieckiej, która uznaje za nieważną czynność prawną, której cel jest sprzeczny z prawem zasadniczo tylko wtedy, gdy zakaz był kierowany do obu stron. W przypadku nadużywania pozycji dominującej zakaz jest natomiast kierowany tylko do dominanta.

⁶³ Wypowiedzenie umowy, nawet jeśli „formalnie” jest uzasadnione, może mieć skutek podobny do odmowy kontraktowania.

⁶⁴ Przyjmuje się bowiem, że w przypadku gdy zakaz zachowania wynika z normy innej dziedziny prawa, ustalić trzeba, czy rzeczywście zamiarem ustawodawcy było wprowadzenie cywilnoprawnej sankcji nieważności; por.

zawierała treść sprzeczną z zakazem, jak już bowiem wspomniano, przyjmuje się, że umowa jest sprzeczna z prawem, jeśli sprzeczne z prawem są jej postanowienia, nie jest natomiast wystarczające odwołanie się do okoliczności zawarcia umowy⁶⁵. Jeśli stanowisko to jest przyjmowane w sytuacji, gdy umowa została zawarta w wyniku przestępstwa sankcjonowanego normą prawa karnego⁶⁶, to tym bardziej winno być uznane za obowiązujące, gdy zakaz jest wyrażony przez normę prawa administracyjnego (jakim jest w istocie tzw. prawo antymonopolowe)⁶⁷.

Cel czynności na gruncie art. 58 k.c. mógłby ewentualnie być uwzględniony także na płaszczyźnie przesłanki obejścia ustawy, czyli drugiej obok sprzeczności z nią podstawy nieważności. Dla czynności prawnych „wynikających z” nadużycia pozycji dominującej pojęcie obejścia ustawy nie ma jednak moim zdaniem większego znaczenia. Nie wdając się w szczegółowe rozważania na temat tej konstrukcji⁶⁸, wskazać wystarczy, że z obejściem ustawy mamy do czynienia wtedy, gdy strony osiągają cel sprzeczny z ustawą przy wykorzystaniu środków z nią zgodnych⁶⁹. Cel umowy winien być jednak dla stron wspólny⁷⁰, co w przypadku nadużycia pozycji dominującej nie będzie miało miejsca.

Z powyższego wynika, że zasadniczo na podstawie ogólnych zasad umowa stanowiąca „przejaw” nadużycia pozycji dominującej byłaby nieważna wtedy, gdyby jej treść (jej postanowienia) sprzeciwiała się ustawie⁷¹. Stanowisko to wydaje się uwzględniać pogląd, zgodnie z którym naruszenie normy prowadzi do nieważności, gdy konstruuje ona czynność prawną, a nie wtedy, gdy jedynie zakazuje skorzystania w określony sposób z kompetencji do dokonania czynności⁷². Tego rodzaju umowy byłyby jednak bardzo rzadkie, ponieważ zazwyczaj nadużycie pozycji dominującej nie polega na tym, że sama treść umowy jest zakazana, lecz że ta umowa widziana w kontekście określonych okoliczności ekonomicznych może prowadzić do antykonkurencyjnych skutków. Jeszcze raz warto tu wskazać na zasadniczą różnicę, jaka zachodzi między nadużyciem pozycji dominującej a porozumieniem

S. Rudnicki (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 262; P. Machnikowski (w:) E. Gniewek: *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 139; SN w wyroku z dnia 26 listopada 2002 r., V CKN 1445/00, OSNC 2004, nr 3, poz. 47.

⁶⁵ M. Gutowski: *Nieważność i inne przypadki wadliwości...*, *op. cit.*, s. 72.

⁶⁶ Zob. jednak odmiennie SN w wyroku z dnia 28 października 2005 r., II CK 174/05, OSNC 2006, nr 9, poz. 149 (głosy krytyczne: M. Gutowski, *Monitor Prawniczy* (dalej: *Mon. Praw.*) 2007, nr 18, s. 1023, P. Książak, *Mon. Praw.* 2007, nr 23, s. 1325).

⁶⁷ Bardziej precyzyjnie jest to część publicznego prawa gospodarczego — A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny (w:) *Ustawa o ochronie...*, *op. cit.*, s. 4.

⁶⁸ Zob. S. Sieker: *Umgehungs-geschäfte*, Tübingen 2001, s. 8 i n.; M. Benecke: *Gesetzumgehung im Zivilrecht*, Tübingen 2004, s. 34 i n. W literaturze polskiej zob. W. Wąsowicz: *Obejście prawa jako przyczyna nieważności czynności prawnej*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2000, z. 2, s. 427.

⁶⁹ M. Safjan (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 328.

⁷⁰ Co wynika już z samego pojęcia celu czynności i rozpatrywane winno być analogicznie jak w przypadku badania, czy cel czynności nie jest sprzeczny z ustawą.

⁷¹ Wydaje się, że odmiennie uważa M. Szydło: *Nadużywanie pozycji dominującej...*, *op. cit.*, s. 246.

⁷² Z. Radwański (w:) *System prawa cywilnego*, t. 1, *Część ogólna*, pod red. S. Grzybowskiiego, Ossolineum 1985, s. 521; M. Gutowski: *Nieważność czynności prawnej...*, *op. cit.*, s. 275.

ograniczającym konkurencję. Zakazane porozumienia, na przykład ustalające ceny sprzedaży, zawierają postanowienia, które mogą być wprost sprzeczne z zakazem wyrażonym w art. 6 u.o.k.k. Ich nieważność, jeśli przybiorą formę czynności prawnej, jest zatem łatwa do uzasadnienia.

Gdyby więc art. 9 u.o.k.k. nie obowiązywał, sankcja nieważności nie dotknęłaby tych czynności prawnych dominanta, w których treści nadużycie pozycji dominującej nie znajduje odzwierciedlenia. Mogłaby ona znaleźć zastosowanie do czynności będących wynikiem praktyki polegającej na narzucaniu nieuczciwych warunków transakcyjnych, ponieważ wówczas dopuszczalna wydaje się argumentacja, zgodnie z którą narzucone postanowienia uciążliwe są bezpośrednim wynikiem nadużycia, które znajduje wyraz w treści czynności prawnej. W przypadku transakcji wiązanych nieważność mogłaby dotyczyć tych postanowień umowy, które zobowiązują nabywcę do nabywania innego produktu, ponieważ tego rodzaju postanowienie jest w istocie rodzajem narzuconego postanowienia uciążliwego. Istotne wydaje się jednak, co jest w takim przypadku istotą nadużycia — jeśli nabycie pakietu jest narzucone drugiej stronie i ogranicza w ten sposób jej wolność gospodarczą, można mówić o nieważności⁷³. Jeśli natomiast pakiet jest dla nabywcy korzystny, a nadużycie wyraża się na przykład w przeniesieniu władzy rynkowej lub chęci wypchnięcia konkurentów z rynku, nieważność nie wydaje się sankcją właściwą. W przypadku dyskryminacji sankcja nieważności wydaje się wykluczona⁷⁴, ponieważ, jak już wyżej wspomniano, zarzut nie odnosi się do treści umowy (która nie musi zawierać żadnych nieuczciwych postanowień), lecz do różnicowania ekonomicznej pozycji kontrahentów, co jest jednak dopiero rezultatem realizacji tych umów i ich wpływu na sferę interesów poszczególnych odbiorców⁷⁵.

Próbując dokonać na tej podstawie uogólnień, można zauważyć, że bardziej prawdopodobne wydaje się, iż nieważność treści umowy zajdzie w przypadku nadużycia pozycji dominującej o charakterze eksploatacyjnym, chociaż nie jest to zapewne reguła niedoznająca wyjątków.

Częściowa nieważność⁷⁶ czynności prawnej musiałaby na podstawie reguł ogólnych opierać się na przesłankach wskazanych w art. 58 § 3 k.c.⁷⁷ Decydujące

⁷³ Byłaby to nieważność co do zasady częściowa, dotycząca umowy w zakresie „narzuconego” produktu.

⁷⁴ Dla uniknięcia nieporozumienia zaznaczyć należy, że dyskryminacja antymonopolowa różni się istotnie od pojęcia dyskryminacji z uwagi na jakąś cechę (lub jej brak), co jest przedmiotem zainteresowania np. prawa pracy, ale także sfery traktatowej (dyskryminacja podmiotów z innych państw UE). W tego typu dyskryminacji negatywnie bowiem oceniamy zróżnicowanie z uwagi na stosunek do określonej cechy, co pozwala na stosunkowo łatwe zastosowanie sankcji nieważności (np. nieważność postanowień umowy o pracę dyskryminujących ze względu na płeć — zob. M. Gutowski: *Nieważność czynności prawnej...*, *op. cit.*, s. 309).

⁷⁵ H.–D. Lubert (w:) H. Wiedemann: *Handbuch des Kartellrechts*, München 1999, § 30 nb 2; K. Markert (w:) U. Immenga, E.–J. Mestmäcker: *Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, *GWB*, München 2007, § 20 A VI 3 aa.

⁷⁶ Na temat kontrowersji co do samego pojęcia częściowej nieważności — J. Preussner–Zamorska: *Nieważność...*, *op. cit.*, s. 122 i n.; M. Gutowski: *Nieważność czynności prawnej...*, *op. cit.*, s. 92 i n.

⁷⁷ Należy zauważyć, że zasadniczo dotyczy to też przypadków naruszenia art. 102 TFUE, ponieważ skutki nieważności i zasady uznawania części czynności za nieważną określane są przez prawo krajowe: A. Howard, V. Rose, P. Roth (w:) P. Roth, V. Rose: *Bellamy & Child...*, *op. cit.*, s. 1434.

byłoby więc to, czy strony zawarłyby czynność bez postanowień nieważnych. Tego rodzaju ocena odwołuje się z jednej strony do hipotetycznej woli stron, z drugiej jednak zawiera element obiektywizujący⁷⁸. Zastosowanie art. 58 § 3 k.c. do umów stanowiących przejaw nadużycia pozycji dominującej, które mogą być nieważne, tj., jak wyżej wspomniano, czynności, których treść stanowi naruszenie zakazu, jeśli oceniamy ją „jako taką”, prowadzić będzie w dużej liczbie przypadków do nieważności całej czynności. Dotyczy to w szczególności postanowień dotyczących ceny. W świetle reguł rządzących nieważnością na gruncie prawa cywilnego nie jest możliwe, by częściowa nieważność mogła dotyczyć części określonego postanowienia⁷⁹, na przykład w taki sposób, że postanowienie określające cenę uznaną za rażąco wygórowaną byłoby nieważne w części wykraczającej poza cenę „właściwą”⁸⁰. Tego rodzaju zabieg nie miałby bowiem wiele wspólnego z sankcją nieważności, lecz stanowiłby w istocie zmianę umowy zawartej między stronami⁸¹. Jest to tym bardziej oczywiste, jeśli uświadomimy sobie, że o ile na podstawie prawa konkurencji możemy uznać konkretną cenę za rażąco wygórowaną, to nie mamy tak naprawdę podstaw do wyznaczenia ceny właściwej⁸². Rozwiązanie takie byłoby zresztą sprzeczne z podstawowymi zasadami gospodarki rynkowej. Nieważność nie może więc dotyczyć „części” postanowienia umownego, może dotyczyć jednak

⁷⁸ M. Safjan (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 341; P. Machnikowski (w:) E. Gniewek: *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 141. W szczególności, gdy rzeczywistej woli stron nie da się ustalić, konieczne jest skorzystanie z wzorca „osoby rozsądnej”.

⁷⁹ P. Machnikowski (w:) E. Gniewek: *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 141; SN w uchwale z dnia 12 października 2001 r., III CZP 55/01, OSNC 2002, nr 7–8, poz. 87. Odmiennie, nietrafnie, SN w wyroku z dnia 3 lutego 1998 r., I CKN 478/97, OSP 1998, z. 12, poz. 217, z głosem krytyczną A. Szpunara.

⁸⁰ Należy to odróżnić od sytuacji, w której postanowienie dotyczące ceny zostałoby uznane za nieważne, ale obowiązujące przepisy pozwalająby ustalić cenę właściwą (np. wynikałaby z przepisów wprost lub przepisy określałyby podstawę do jej ustalenia, jak przepis art. 43 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tekst jedn.: Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.). Wypada jednak zwrócić uwagę na wyrok SN z dnia 8 stycznia 2003 r., II CKN 1097/00, OSP 2004, z. 4, poz. 55, w którym SN uznał za możliwą nieważność zastrzeżenia wygórowanych odsetek w części: „w jakiej zasady współżycia społecznego ograniczają zasadę swobody umów”. Zauważmy jednak, że chodzi o świadczenie uboczne, którego wysokość w braku regulacji przez strony jest ustawowo określona (odsetki za opóźnienie). Uważam, że nie można przyjąć jako zasady, że sąd władny jest określać „prawidłową cenę” w danej umowie.

⁸¹ W niektórych systemach prawnych, np. w Szwecji, jest to dopuszczalne; por. art. 1915:28 szwedzkiego prawa umów. Także w prawie niemieckim uznaje się za dopuszczalne żądanie „dopasowania” (*Anpassung*) umowy.

⁸² Wynika to przede wszystkim z faktu, że prawo konkurencji może posługiwać się w tych przypadkach jedynie pewnymi przedziałami, a nie wielkościami precyzyjnymi — na temat trudności związanych z uznaniem ceny za wyraz nadużycia pozycji dominującej zob. R. Thompson, J. O’Flaherty (w:) P. Roth, V. Rose: *Bellamy & Child. European Community Law of Competition*, Oxford 2008, s. 984 i n.; L. Węgrzynowski: *Kontrola treści umowy...*, *op. cit.*, s. 12 i wskazane tam orzecznictwo. W wyroku z dnia 18 lutego 2010 r., III SK 24/09, OSNP 2011, nr 15–16, s. 222, SN stwierdził, że: „Wykazanie w konkretnych okolicznościach faktycznych, że stosowana cena jest nadmiernie wygórowana, napotyka wiele trudności, wspólnych dla wszystkich praktyk antykonkurencyjnych o charakterze cenowym. Nie może bowiem prowadzić do kwalifikowania jako ograniczającego konkurencję stosowania cen wyższych od cen stosowanych przez konkurentów. (...) Zdaniem Sądu Najwyższego w warunkach gospodarki rynkowej stosowanie praktyki polegającej na narzucaniu cen nadmiernie wygórowanych można stwierdzać wyjątkowo, w szczególności w przypadku praktyk przedsiębiorstw działających w warunkach monopolu sieciowego”.

części czynności prawnej, na przykład tylko niektórych postanowień. Muszą one niewątpliwie dać się oddzielić od reszty umowy⁸³, nie mogą być postanowieniami o charakterze przedmiotowo istotnym⁸⁴, a nadto musi istnieć podstawa do przyjęcia, że strony zawarłyby umowę nawet bez postanowień uznanych za nieważne. Jest zatem prawdopodobne, że wiele postanowień zakazanych byłoby uznane za na tyle istotne, że ich nieważność prowadziłyby do nieważności całej umowy, jednak ocena taka zawsze musi być dokonywana na tle konkretnego przypadku.

Zgodnie z zarysowanym wyżej planem rozważań wypada teraz zastanowić się, w jaki sposób art. 9 ust. 3 u.o.k.k. mógłby modyfikować ogólne zasady uznania czynności za nieważną. Różnica dotycząca przesłanek nieważności mogłaby się wyrażać w innej interpretacji sformułowania „czynność prawna będąca przejawem nadużycia pozycji dominującej”⁸⁵. Owa odmienna interpretacja mogłaby w szczególności polegać na tym, że czynność byłaby uznawana za nieważną nie tylko wtedy, gdy same postanowienia stanowiły odbicie nadużycia pozycji dominującej, ale w każdym przypadku, gdy jest ona wynikiem nadużycia pozycji dominującej. Odwołując się do podanych wyżej przykładów, oznaczałoby to, że także czynność zawarta w okolicznościach uzasadniających zarzut dyskryminacji lub obiektywnie nieuzasadnione transakcje wiązane musiałyby być zawsze dotknięte sankcją nieważności. Mogę jedynie powtórzyć, że byłoby to rozwiązanie nieracjonalne. Co się tyczy nieważności częściowej⁸⁶, uznanie, iż art. 9 ust. 3 u.o.k.k. stanowi swego rodzaju *lex specialis* wobec art. 58 § 3 k.c.⁸⁷, można by teoretycznie rozumieć na dwa sposoby. Zgodnie z pierwszym nieważność dotyczyłaby zawsze tej części czynności, która narusza prawo konkurencji, nie zaś jej reszty. Takie stanowisko nie może się jednak ostać, ponieważ jest zupełnie oczywiste, że eliminacja postanowień stanowiących przedmiotowo istotne, konieczne elementy czynności nie pozwala na utrzymanie „pozostałej” części umowy, zwłaszcza że stosujemy przeciw cywilnoprawną sankcję nieważności, a przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawierają żadnej prawnej podstawy pozwalającej na „dopasowanie” lub uzupełnienie czynności częściowo nieważnej,

⁸³ Wyrok TSUE z dnia 14 grudnia 1983 r. w sprawie 319/82, *Ste de ventes de ciments et beton de l'Est p. Kerpen*, Zb. Orz. 1983, s. 4173.

⁸⁴ Przyjmuje się bowiem, że nieważność elementu przedmiotowo istotnego zawsze prowadzi do nieważności całej czynności — M. Safjan (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 340.

⁸⁵ Nie jest więc trafny pogląd M. Lewandowskiego: *Sankcja nieważności...*, *op. cit.*, s. 24, zgodnie z którym stosowanie art. 58 § 1 k.c. musi prowadzić do takich samych rezultatów jak art. 9 ust. 3 u.o.k.k.

⁸⁶ Należy jednak wskazać, że często przyjmuje się odpowiednie zastosowanie tego przepisu także w zw. z art. 9 ust. 3 u.o.k.k. (tak np. C. Banasiński, E. Piontek (red.): *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 295 — autorzy poszczególnych fragmentów tego komentarza nie zostali wskazani); A. Stawicki (w:) A. Stawicki, E. Stawicki (red.): *Ustawa o ochronie konkurencji...*, *op. cit.*, s. 373.

⁸⁷ Przypomnieć trzeba, że art. 58 § 3 k.c. może znaleźć zastosowanie do sytuacji, w których część czynności prawnej jest nieważna na podstawie innych przepisów niż art. 58 § 1 i 2 k.c. (SN w wyroku z dnia 12 maja 2000 r., V CKN 1029/00, OSP 2002, z. 1, poz. 1, z głosem J. Preussner-Zamorskiej). Nie można jednak wykluczyć, że wykładnia takiego szczególnego przepisu doprowadzi do wniosku, że częściowa nieważność ma się rządzić innymi regułami niż wynikające z art. 58 § 3 k.c.

bez czego ta w obrocie po prostu nie może funkcjonować. Ta droga jest zatem z pewnością nietrafna. Alternatywną interpretacją⁸⁸ art. 9 ust. 3 u.o.k.k. jako przepisu szczególnie byłoby uznanie, iż nieważność może dotyczyć części czynności, jeśli da się ona oddzielić (oceniając obiektywnie) od reszty jej postanowień, przy czym nie jest tu istotne, czy strony zawarłyby czynność bez zakazanego postanowienia, ale to, czy czynność taka, obiektywnie rzecz biorąc, mogłaby zostać utrzymana w obrocie⁸⁹. Taki wniosek nie jest nieracjonalny, ponieważ pozwala potraktować nieważność jako instrument przywracający, przynajmniej częściowo, równowagę między stronami, podobnie nieco jak bezskuteczność klauzuli abuzywnej w umowie konsumenckiej. Dominant nie może w szczególności spowodować nieważności całej czynności, twierdząc, że nie zawarłby umowy bez zakazanego postanowienia. Zauważyć zresztą należy, że takie stanowisko prowadziło do dyskusyjnych rezultatów. Argument, zgodnie z którym dominant nie dokonałby czynności prawnej uznanej za „przejaw nadużycia pozycji dominującej”, gdyby nie zawierała ona postanowień to nadużycie powodujących, mógłby bowiem sugerować zapowiedź dopuszczenia się nadużycia pozycji dominującej w innej postaci. Przyjmuje się na przykład, że odmowa zawarcia umowy na „uczciwych” warunkach także może stanowić nadużycie pozycji dominującej⁹⁰. Akceptując zatem stosowanie art. 58 § 3 k.c. do umów nieważnych z powodu sprzeczności z prawem konkurencji, doprowadzić można do wątpliwych skutków. Pogląd, zgodnie z którym częściowa nieważność na gruncie art. 9 ust. 3 u.o.k.k. winna być rozumiana „autonomicznie”, zasługuje w konsekwencji na rozważenie. Oczywiście wymaga on rozwinięcia co najmniej do następującej postaci: czynność prawna, której tylko część narusza art. 9 ust. 1 i 2 u.o.k.k. w sposób powodujący nieważność, jest nieważna tylko w części, jeżeli zakazane postanowienia dają się oddzielić od reszty czynności, tak że czynność może być utrzymana bez ingerencji sądu (np. w miejsce uznanych za uciążliwe postanowień o odległym terminie płatności wejdą rozwiązania ustawowe).

Przeprowadzone wyżej porównanie dwóch możliwych interpretacji art. 9 ust. 3 u.o.k.k. (w pewnym uproszczeniu pierwsza uznaje go za swoiste „potwierdzenie” zasad ogólnych, druga zaś nadaje mu „autonomiczne” znaczenie) pokazuje, że istnieją między nimi różnice. Pojawia się więc pytanie, czy któraś z tych interpretacji może być uznana za właściwą (preferowaną) niezależnie od analizy skutków, do jakich prowadzi. Wydaje się, że podstaw do dokonania takiego wyboru nie ma.

⁸⁸ Nie dostrzega tego M. Lewandowski: *Sankcja nieważności...*, *op. cit.*, s. 25, który odwołuje się wprost do art. 58 § 1 k.c. oraz do orzecznictwa TSUE uznającego za nieważne jedynie postanowienia antykonkurencyjne, jeśli dają się obiektywnie oddzielić od reszty czynności. Propozycje te są sprzeczne, ponieważ art. 58 § 3 k.c. może w takiej sytuacji prowadzić do nieważności całej czynności, a posłużenie się kryterium „możliwości oddzielenia” niekoniecznie.

⁸⁹ Tak zasadniczo ocenia się zakres nieważności na gruncie art. 101 TFUE — por. M. Gutowski: *Nieważność czynności prawnej...*, *op. cit.*, s. 456, przyp. 154.

⁹⁰ A. Stawicki (w:) A. Stawicki, E. Stawicki (red.): *Ustawa o ochronie konkurencji...*, *op. cit.*, s. 358 i n.

Argumentem na rzecz tezy, że art. 9 ust. 3 u.o.k.k. musi wprowadzać odmienną regulację od art. 58 k.c., mogłoby być twierdzenie, iż w przeciwnym wypadku mielibyśmy do czynienia z *superfluum*. Bliższa analiza wniosku tego nie potwierdza. Nie posługując się nawet argumentem, zgodnie z którym jakość ustawodawstwa już dawno podważyła tezę, by każdy wybór prawodawcy miał głęboki i przemyślany sens, wskazać wypada na wyjaśnienie mogące świadczyć o tym, że zamieszczenie w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyraźnej regulacji dotyczącej nieważności nie było bezcelowe, nawet gdyby uznać, że okoliczności uzasadniające nieważność i jej zakres byłyby takie same na gruncie art. 58 k.c. Jak wspomniano wyżej, w przypadku zakazów prawa publicznego konsekwencja w postaci nieważności czynności prawnej nie jest uznawana za automatyczną, lecz wymaga ustalenia, że prawo publiczne zamierza zastosować taką sankcję. Ponieważ w prawie antymonopolowym stosuje się bardzo dotkliwe sankcje administracyjne (o karnym w istocie charakterze), celowe może być potwierdzenie, że na płaszczyźnie prawa cywilnego skutkiem czynności będzie także nieważność, tak by uniknąć kontrowersji, czy konsekwencją naruszenia prawa konkurencji nie mogą być wyłącznie sankcje (zwłaszcza kary pieniężne) w nim samym przewidziane. Przy takim ujęciu art. 9 ust. 3 u.o.k.k. nie jest zbędny, nawet jeśli uzna się, że jego treść nie wprowadza żadnych odmienności od reguł ogólnych rządzących nieważnością czynności prawnych. Argumentem przemawiającym na rzecz tego stanowiska jest stan prawny w zakresie nieważności porozumień ograniczających konkurencję. W przypadku porozumień trudno jest bowiem wskazać, jeśli chodzi o warunki konieczne dla zaistnienia nieważności⁹¹, jakiegokolwiek istotne różnice w stosunku do regulacji art. 58 k.c. Trudno jest, inaczej mówiąc, określić, jaka mogłaby być w tym zakresie możliwa racjonalnie do przyjęcia interpretacja odmienna od konsekwencji zastosowania art. 58 k.c.

Z drugiej strony nie da się moim zdaniem wskazać żadnego argumentu, który przesądzałby, że w zakresie przesłanek nieważności art. 9 ust. 3 u.o.k.k. nie może przewidywać żadnych różnic w porównaniu z regulacją ogólną. Jak już stwierdzono, różnice te mogłyby w szczególności dotyczyć przesłanek decydujących o tym, czy czynność, której część postanowień jest zakazana, będzie uznana za nieważną jedynie w tej części, czy też w całości.

W takiej sytuacji zasadne wydaje się postulowanie takiej wykładni art. 9 ust. 3 u.o.k.k., która ani nie zakłada, że przepis ten musi w każdym aspekcie wprowadzać odmienności w porównaniu z sytuacją, w której by nie istniał, i przyjęcie nieważności musiałoby wynikać z art. 58 k.c., ani też nie wyklucza, że w pewnych aspektach różnice są jednak możliwe. Wykładnia taka powinna się jednak kierować założeniem, że skoro mówimy niewątpliwie o nieważności na gruncie prawa cywilnego (dokładnie tej samej konstrukcji), to odmienności winny być przyjmowane

⁹¹ Można wskazać potencjalne odmienności, jeśli chodzi o zakres nieważności.

ostrożnie, zasadniczo jedynie wtedy, gdy są one uzasadnione z punktu widzenia realizacji celów polityki konkurencji, nie powodując przy tym istotnych szkód dla systemu prawa cywilnego i bezpieczeństwa obrotu.

IV. PROPOZYCJA ROZWIĄZANIA

Kierując się wynikami wyżej zaprezentowanych rozważań, zaproponować można rozwiązanie następujące:

Czynność prawna dwustronna stanowiąca „przejaw” nadużycia pozycji dominującej to taka czynność, której treść jest sprzeczna z zakazem formułowanym przez art. 9 ust. 1 w zw. z ust. 2 u.o.k.k. Ma to miejsce wtedy, gdy nadużycie pozycji dominującej następuje:

- W odniesieniu do adresata czynności (co wyłącza możliwość przyjęcia nieważności czynności, których antykonkurencyjny skutek wyraża się we wpływie na sytuację rynkową innych podmiotów niż bezpośredni kontrahent).
- W taki sposób, że do stwierdzenia nadużycia nie jest zasadniczo konieczna analiza innych czynności prawnych dominanta (co wyłącza np. nieważność czynności, które prowadziłyby do nadużycia pozycji dominującej przez zróżnicowane traktowanie odbiorców).
- Polega na ograniczeniu swobody gospodarczej kontrahenta dominanta⁹².

Odrzucić natomiast należy interpretację, która „przejaw nadużycia” rozumiałaby jako każdy przypadek, w którym czynność prawna stanowi element stanu faktycznego nadużycia. Takie stanowisko jest zasadne, ponieważ pozwala zachować cele prawa konkurencji (eliminuje postanowienia umowne bezpośrednio prowadzące do naruszenia interesów innych podmiotów), gwarantując jednocześnie w wystarczającym stopniu bezpieczeństwo obrotu. Cele polityki konkurencji w przypadku innych naruszeń zakazu nadużywania pozycji dominującej, zwłaszcza o charakterze strukturalnym, są w zadowalający sposób zapewnione przez (a) sankcje, które przewiduje prawo konkurencji, i (b) roszczenia odszkodowawcze przysługujące podmiotom dotkniętym zakazanym (a zatem bezprawnym) zachowaniem.

Niezależnie od argumentów natury funkcjonalnej wypada podnieść, że także z przyczyn konstrukcyjnych rozwiązanie odmienne byłoby niezasadne. Zauważmy bowiem, że jeśli nadużycie pozycji dominującej wynikać ma ze skutków czynności i jej wpływu na rynek (zwłaszcza na podmioty niebędące jej stronami), to w zasadzie nie da się stwierdzić w oparciu o analizę danej czynności prawnej, czy czynność ta jako taka narusza zakaz, nie mówiąc już o tym, że czynność mogłaby być raz waż-

⁹² V. Emmerich (w:) M.A. Dausen (red.): *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, München 2011, H.I. § 3. Art. 102 AEUV, nb 154; W. Möschel (w:) U. Immenga, E.-J. Mestmäcker (red.): *Wettbewerbsrecht*, Bd. 1/EG Teil 1, *Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, München 2007, art. 82, nb 29.

na, innym razem zaś nieważna w zależności od chwili, w której dokonywałoby się oceny.

Przenosząc te zasady na typowe formy nadużycia pozycji dominującej, mogące znaleźć wyraz w czynności prawnej, oznacza to, że nieważność może dotknąć między innymi:

- czynności, w których dominant narzuca kontrahentowi niekorzystne warunki umów, takie jak rażąco odległe terminy płatności, rażąco wygórowane kary umowne, skrajnie niekorzystne dla kontrahenta zasady odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania, itp.⁹³;
- czynności, które zobowiązują kontrahenta do nabywania rzeczowo niezwiązanym z przedmiotem umowy świadczeń⁹⁴, jeżeli nadużycie znajduje przejaw właśnie w narzuceniu transakcji związanej kontrahentowi, a nie w jej wpływie na rynek i sytuację konkurentów.

Nieważnością nie byłyby natomiast objęte między innymi:

- czynności, które w różny sposób, bez uzasadnienia, traktują różnych kontrahentów w tożsamych okolicznościach (dyskryminacja)⁹⁵;
- czynności, które zawierają ceny zaniżone dla odbiorców (*predatory pricing*) zmierzające do „wypchnięcia” konkurentów z rynku⁹⁶;
- czynności, które wprowadzają rabaty uznane za zakazane, na przykład rabaty lojalnościowe.

Skomplikowany wydaje się problem ceny nieuczciwej. Jak wyżej wskazano, na gruncie prawa polskiego, wobec braku instrumentów pozwalających na „dopasowanie umowy⁹⁷, przyjęcie nieważności prowadzi do uznania za nieważną całość czynności (umowy), co nie zawsze jest konsekwencją racjonalną dla kontrahenta przedsiębiorcy dominującego⁹⁸. Na gruncie prawa polskiego stanowisko, że w takiej sytuacji czynność nie jest nieważna, byłoby jednak trudne do uzasadnienia.

Częściowa nieważność czynności naruszającej zakaz wyrażony w art. 9 ust. 1 i 2 u.o.k.k. (lub art. 102 TFUE) może mieć miejsce wtedy, gdy:

- zakaz naruszają tylko niektóre postanowienia czynności prawnej;
- postanowienia te nie tworzą elementu przedmiotowo istotnego tej czynności;

⁹³ H. Dieckmann (w:) G. Wiedemann: *Handbuch des Kartellrechts*, München 2008, § 40, nb 17.

⁹⁴ H. Dieckmann (w:) G. Wiedemann: *Handbuch des Kartellrechts*, *op. cit.*, § 40, nb 17; W. Möschel (w:) U. Immenga, E.-J. Mestmäcker (red.): *Wettbewerbsrecht...*, *op. cit.*, art. 82, nb 29.

⁹⁵ W. Möschel (w:) U. Immenga, E.-J. Mestmäcker (red.): *Wettbewerbsrecht...*, *op. cit.*, art. 82, nb 31.

⁹⁶ H. Dieckmann (w:) G. Wiedemann: *Handbuch des Kartellrechts*, *op. cit.*, § 40, nb 17; W. Möschel (w:) U. Immenga, E.-J. Mestmäcker (red.): *Wettbewerbsrecht...*, *op. cit.*, art. 82, nb 30.

⁹⁷ Tzw. dopasowanie jest preferowaną konsekwencją na gruncie prawa niemieckiego — W. Möschel (w:) U. Immenga, E.-J. Mestmäcker (red.): *Wettbewerbsrecht...*, *op. cit.*, art. 82, nb 31.

⁹⁸ Trafnie wskazuje się, że cel prewencji ogólnej nie powinien prowadzić do całkowitego pomijania woli stron wyrażonej w danej czynności — H. Roth (w:) J. von Staudinger: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Sellier/de Gruyter, § 139 BGB, nb 81.

- czynność bez zakazanych postanowień nadaje się do utrzymania, w szczególności w następstwie zastosowania dyspozytywnych przepisów prawa cywilnego⁹⁹. Przy czym:
- nie jest możliwe stosowanie „częściowej” nieważności do części jednego postanowienia, w szczególności nie jest dopuszczalne uznanie, że cena uznana za stanowiącą nadużycie (np. rażąco wygórowana) jest nieważna tylko w części wykraczającej poza cenę „właściwą”;
- powyższe reguły mogą doprowadzić do utrzymania czynności prawnej nawet wtedy, gdy strony, a zwłaszcza dominant, nie zawarłyby jej bez postanowień zakazanych; przedstawiona wyżej koncepcja przesłanek uznania czynności za nieważną zasadniczo eliminuje jednak ryzyko, że druga strona nie zawarłaby czynności bez postanowień nieważnych, będą to bowiem dla niej postanowienia obiektywnie niekorzystne.

W przypadku jednostronnych czynności prawnych możliwe jest uznanie za nieważną przede wszystkim czynności, której cel jest sprzeczny z zakazem nadużycia pozycji dominującej. Czynności jednostronne stanowią co do zasady wyraz skorzystania z określonych uprawnień przyznanych ustawą lub czynnością prawną (np. wypowiedzenie, odstąpienie), dlatego też ich treść sama w sobie nie jest sprzeczna z prawem. O sprzeczności tej mogą natomiast decydować okoliczności i cel skorzystania z tych uprawnień. Czynności jednostronne z podanych wyżej powodów będą zasadniczo czynnościami skierowanymi do konkretnego adresata i naruszającymi jego interesy. Dlatego stwierdzenie ich nieważności z uwagi na cel nie kłóci się z zaprezentowaną wyżej propozycją.

TOMASZ TARGOSZ

NULLITY OF LEGAL ACTS AS A RESULT OF ABUSE OF DOMINANT POSITION

S u m m a r y

Competition law often provides that any legal acts, including contracts, resulting from infringements of competition law should be considered null and void. This sanction is therefore a sanction of civil law and it raises a few interesting questions. It is much easier to accept that a contract containing clauses forbidden by the competition law, such as price-fixing, is null and void (in whole or in part), but the problem is much more complex when the abuse

⁹⁹ Można powiedzieć, że umowa powinna dać się utrzymać jako gospodarcza całość: H. Helm: *Teilnichtigkeit nach Kartellrecht*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1976, nr 9, s. 501.

of dominant position is the reason of nullity. Contracts forced upon other undertakings by a dominant undertaking usually do not contain clauses that as such would violate the law, and declaring them null and void could lead to many undesirable consequences. The article argues that in such cases one has to establish whether the abuse is reflected in the provisions of the contract itself. This could be generally assumed if the abuse is directed at the other party and in such a way that in order to determine abuse it is not necessary to take into account other behavior of the dominant undertaking or market circumstances. Hence, manifestly unfair contract terms (such as excessive prices, unjust terms and conditions of payments, etc.) could fall into this category, whereas such forms of abuse as discrimination, predatory pricing or loyalty rebates should not entail nullity.