

Kraków, dnia 7 marca 2019 r.

Prof. nadzw. dr hab. Konrad Kohutek
Wydział Prawa, Administracji
i Stosunków Międzynarodowych
Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego

RECENZJA

Rozprawy doktorskiej mgr Tomasza Zielenkiewicza pt.:
„Ochrona konkurencji. Aspekty teoretyczne i analiza ekonomiczna”

1. Przedmiotem niniejszej recenzji jest rozprawa doktorska autorstwa Pana mgr Tomasza Zielenkiewicza dotycząca teoretycznych aspektów ochrony konkurencji. Badanie jej tytułowych zagadnień dokonane zostało w oparciu o analizę ekonomiczną. Choć na polskim rynku wydawniczym pojawiło się już kilka opracowań (w tym monograficznych), to jednak nie ma (nie jest mi znana) taka publikacja, która – w założeniu w sposób kompleksowy – analizuje od strony (teoretyczno-ekonomicznej) problematykę konstrukcji prawnej ochrony konkurencji w tym zakresie ingerencji (nieingerencji) organów państwa w jej funkcjonowanie. Z tego względu **dobór takiego tematu rozprawy doktorskiej jest godny aprobaty.**

2. **Praca opiera się na co bardzo dobrym (obszernym) – zwłaszcza jak na rozprawy doktorskie - warsztacie naukowym.** Autor wykorzystał kilkaset pozycji z literatury krajowej i zagranicznej (z dominującą przewagą anglojęzycznej). Powoływane są publikacje przede wszystkim z zakresu ekonomicznej analizy prawa i teorii prawa, ale także z zakresu prawa antymonopolowego. Praca zawiera rzetelną prezentację relewantnych dla omawianych zagadnień – teorii ekonomicznych. Nie powołuje wprawdzie dużej ilości orzecznictwa, co wszak można usprawiedliwić (w założeniu) teoretycznym charakterem pracy.

3. Rozprawa ma transparentny układ i konstrukcję. Napisana została dobrym językiem. Wywody Autora są zazwyczaj zrozumiałe, logiczne i dobrze uzasadnione. **Liczne problemy zaprezentowane zostały graficznie (w formie tabel, wykresów czy też diagramów, co także jest zaletą opiniowanej dysertacji);** jakkolwiek niektóre z tych diagramów wydają się być aż nazbyt „uproszczone” lub „oczywiste” w zakresie ilustrowanych treści (jak np. diagram nr 7, 8 na str. 140, 141) bądź też mogą wzbudzać pewne wątpliwości (jak np. tabela nr 3 na str. 121 – na której nie do końca zrozumiałą jest przyjęty przez Autora poziom „wyceny” straty społecznej, tj. od zera do 3, czemu następnie „przyporządkowany” jest określony obszar optymalizacji).

Są wszakże również i takie diagramy, które przejrzysto przedstawiają umiejscowienie danego rodzaju (modelu) regulacji, tj. od – jak to określa Autor – „regulacji ogólnej” do „regulacji szczególnej” (zob. np. diagram nr 3 na str. 56). Uważam wszak, iż diagram ów byłby bardziej wartościowy, gdyby wskazano w nim (dla każdej ze wskazanych „strzałek” konkretny przykład unormowania krajowego lub zagranicznego z zakresu regulacji rynku (także takiego, które nie obowiązuje, gdyż zostało „uchylony” – np. gospodarka centralnie sterowana (jako przejaw w zasadzie całkowitej kontroli *ex ante*) albo np. jakieś przepisy z prawa sektorów infrastrukturalnych jako przykłady „regulacji przewidującej kontrolę *ex ante* w wybranych przypadkach”).

4. Praca zawiera liczne przykłady (stany faktyczne) mające ilustrować określony problem badawczy i ewentualnie pozwalać na możliwe jego rozwiązania. Jest tak choćby w przypadku przypadku, mającego - jak się wydaje - charakter swego rodzaju podsumowania modelu ekonomizacji prawa (opisującego przypadek rynku producentów rowerów na jakim jedna firma A ma 75% udział w rynku, a pozostałe dwie łącznie 25%). Ta pierwsza firma - stosując znaczna obniżki cen – wyklucza z rynku pozostałych dwóch (innowacyjnych) konkurentów, a następnie podnosi ceny (na czym mają tracić konsumenci). Owszem można zgodzić się z Autorem, iż nieskuteczny (a także trudny w zakresie praktycznej realizacji) byłby bojkot firmy A przez klientów – jako forma nieregulacyjnego naprawienia takiej sytuacji. Warto jednak dodać, iż najprostszą formą niewładczego rozwiązania tego problemu (o czym już Autor nie wspomina - w tym miejscu; zob. str. 44 i 45) jest wejście na rynek nowych konkurentów (mogących oferować tańsze rowery, w sytuacji jak firma A stosuje zawyżone ceny); w takim przypadku firma A w istocie nie ma możliwości odzyskania strat (o ile w ogóle takie podniosła wskutek obniżek), co – np. na gruncie orzecznictwa amerykańskiego (wykładającego art. 2 Ustawy Shermana - zakaz monopolizacji rynku) – w ogóle nie daje podstaw do interwencji

antymonopolowej (czy to publiczno- czy to prywatnoprawnej), z uwagi na brak spełnienia tzw. przesłanki odzyskania strat (*recoupment*); zob. sprawa *Brook Group* z 1993 r. W prawie UE jest inaczej (zob. zwłaszcza wyrok TSUE z 2009 w sprawie *France Télécom*) gdzie przesłanka ta (zdaniem wskazanego Trybunału – niekoniecznie trafny) ma być w ogóle pominięta (tj. nie jest - wg TSUE - potrzebna do wykazania naruszenia art. 102 TFUE). Mając powyższe na uwadze opisany przez Autora przykład warto uzupełnić o wskazanie, iż po pierwsze, firma A ma pozycję dominującą (w rozumieniu reguł antymonopolowych, w tym istnieją znaczne bariery wejścia na dany rynek, czego dowodem jest zwłaszcza dysponowanie wskazanym przez Autora wysokim – ponad 70% udziałem przez co najmniej 2-3 lata) oraz po drugie, że firma ta stosuje obniżki cen i ponosi straty (w tym okresie) – działając wówczas niejako poniżej własnej efektywności; w przeciwnym razie doszłoby do władczego ingerowania w same (nawet znaczące) obniżki cenowe (jakkolwiek powyżej kosztów) – co samo w sobie byłoby praktyką - o ile nie z pewnością korzystną - to (jak to pokazał kasus Autora), to jednak „praktyką wybraną” przez konsumentów, gdyż ci jednak woleli kupić 3 razy tańszy rower firmy A (mniej innowacyjnej, lecz odznaczającej się wysoką efektywnością produkcyjną) mimo że były to rowery nieco przestarzałe technicznie (w porównaniu do rowerów B lub C).

Nie wchodząc w szczegóły tej analizy – warto aby Autor – także w swych dalszych wywodach w rozprawie – szczególną wagę (w tym ewaluację w świetle przyjętych w pracy kryteriów oceny modelu prawa) przypisywał przypadkom kiedy przedmiotem rozważanej interwencji państwa są zachowania, które (w swej ”formie”) w zasadzie niczym nie różniące się od przejawów normalnej (pożądaney) konkurencji - jak to ma miejsce właśnie w ukazanym w „kazusie rowerowym” (zachowanie w postaci bezwarunkowych obniżek cen). W takich bowiem przypadkach pomyłka administracyjna zwłaszcza w dłuższej perspektywie czasu (fałszywy pozytyw) jest (na pewno może być) bardzo kosztowna społecznie skutkując tzw. ochłodzeniem konkurencji (w danym wypadku zniechęceniem firm - zwłaszcza liderów rynkowych, ale nie tylko) do intensyfikacji konkurencji cenowej. O „kosztach ingerencji prawnej” Autor pisze także na stronie 45.

5. Podzielam liczne stwierdzenia i założenia Autora jakie są przyjęte czy też wydedukowane w pracy. Jak np. konkluzja, iż „*regulacja ogólna cechuje się niewielkim stopniem skuteczności, a także – przynajmniej początkowo – znacznym stopniem niepewności (która to niepewność może z czasem maleć, w wyniku rozwoju materiału orzeczniczego)*”; str. 150 albo np. spostrzeżenie Autora, iż (str. 155), „*podmiot rynkowy będzie skłonny zachowywać się zgodnie z regulacją, jeśli: korzyść osiągnana w wyniku zachowania niezgodnego z regulacją*

jest mniejsza niż grożąca sankcja pomnożona o prawdopodobieństwo wystąpienia sankcji oczekiwanej przez przedsiębiorcę". Przynajmniej podziela – jak się wydaje – zasadniczą konkluzję Autora, iż ani tzw. „regulacja ogólna ani szczególna” – w swej „czystej postaci” nie może zostać zaakceptowana (byłaby nieoptymalna), co skłania do poszukiwania określonego modelu „pośredniego” – powodując cyt. „konieczność poszukiwania rozwiązania stanowiącego wypadkową tych dwóch skrajnych wersji regulacji. System prawnej ochrony konkurencji może zatem (i powinien) mieć charakter mieszany” (str. 158).

6. Autor w zakresie swych badań nad optymalizacją regulacji rynku (ochrony konkurencji) zaproponował ciekawe ujęcie, mianowicie swego rodzaju „inkorporację” zasady proporcjonalności w etapy ekonomicznej analizy prawa (badanej regulacji). Słusznie dostrzega, iż poszczególne etapy tej analizy w istocie odpowiadają szczególnym przesłankom (zwłaszcza tym wywodzącym się z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego) stosowania zasady proporcjonalności, tj. przesłance konieczności (w ujęciu EAP jest spełniona, kiedy rynek sam nie jest w stanie „naprawić” negatywnych dla dobrobytu społecznego (*consumer welfare*) skutków zakłócenia konkurencji; przesłance przydatności (w ujęciu EAP jest spełniona, kiedy koszty ingerencji państwa/regulacji w rynek są mniejsze niż spodziewane korzyści takiej ingerencji) oraz przesłance proporcjonalności sensu stricto (w ujęciu EAP jest spełniona kiedy wybrana zostanie taka konstrukcja (model) regulacji prawnej, który jest najbardziej optymalny w wymiarze kosztów społecznych oraz poziomu swej skuteczności).

7. Mankamentem rozprawy jest w pozbawienie jej (choćby kilku- lub kilkunastostronicowego) odniesienia zawartych w niej wywodów/konkluzji (składinąd zazwyczaj trafnych) do regulacji prawa antymonopolowego (tj. stosownej - aczkolwiek opartej na metodologii stosowanej przez Autora w pracy – teoretyczno-ekonomicznej oceny tych reguł, w tym wskazania wad i zalet, ew. kosztów społecznych). Dotyczy to zarówno modelu publicznoprawnego – czyli zwłaszcza art. 6 i 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej „uokk”), art. 101/102 TFUE (zakaz praktyk antykonkurencyjnych) oraz art. 18 i n. u.o.k.k. (kontrola koncentracji przedsiębiorców), jak i modelu prywatnoprawnego (czyli unormowań ustawy z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji (dalej „u.r.n.s.”) implementujących do prawa krajowego tzw. dyrektywę odszkodowawczą (dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu

naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego).

Owszem Autor ma pełne prawo do ustalania celów rozprawy i zarazem sam wyraźnie stwierdza, iż „nie wdając się w szczegółowe unormowania UOKiK, gdyż nie to jest celem niniejszej pracy, wskazać należy, że ustawa ta zawiera dwa podstawowe zakazy interesujące z punktu widzenia prowadzonej tu analizy” (powołując się następnie na art. 6 i 9 u.o.k.k. – str. 153) oraz wzmiankuje także o art. 101 i 102 TFUE (str. 37). Wszystkie cztery wiodące w omawianej materii przepisy zostały w całej pracy dosłownie jeden raz wymienione; dotyczy też unormowań u.r.n.s. Autor jednokrotnie wspomina o tej ustawie w przypisie nr 367 (str. 148), co dowodzi zarazem, iż niewątpliwie jest ona mu znana. Nie chodzi mi o analizę treści powołanych przepisów (ich wykładnię, itp.) – to nie jest przedmiotem tej pracy (i takie zakreślenie jej przedmiotu nie jest oczywiście przedmiotem mojego zastrzeżenia). Uważam jednak, iż w pracy co prawda teoretyczno-ekonomicznej, która wszak zmierzać ma w kierunku oceny i propozycji modelu regulacji (ochrony) rynku (konkurencji) – a zatem nie jest to praca ogólnie oceniająca przepisy prawa (lub szerzej ingerencję państwa), tj. bez koncentrowania się na konkretnej wartości jaką przepisy te/ingerencja mają/ma chronić - nie można w zasadzie całkiem pominąć odniesienia się do stosownych regulacji (tak w ujęciu *de lege lata*, *de lege ferenda*, jak i historycznym). Jednocześnie chodzi mi wyłącznie o ocenę tychże reguł w zakresie kryteriów przyjętych przez samego Autora w pracy – tj. w szczególności kosztów egzekwowania, stopnia pewności prawa, kosztów błędów antymonopolowych. Nie musiałby to być zrazem jakaś daleko idąca ewaluacja, ale przynajmniej zarys możliwych problemów (wad, ryzyk) jakie w tym zakresie występują, gdyż nie są – zdaniem Autora - „optymalne” i wymagają przesunięcia w jakimś ”kierunku” na osi diagramów powoływanych w rozprawie (zob. zwłaszcza diagram 3, ale także diagramy nr 7-9).

Przykładowo, ciekawym byłoby umiejscowienie aktualnie obowiązujących regulacji w jakimś miejscu na osi optymalizacji (zob. diagram 3) lub – jeszcze lepiej – gdziekolwiek w dalszej części w pracy (w tym ramach konkluzji końcowych) dokonanie ich (choćby kilkustronicowej) oceny z tej perspektywy. Taka sugestia wydaje się tym bardziej zasadna, że właśnie od paru lat (tj. wejścia w życie przepisów u.r.n.s. na wiosnę 2017 r., a wcześniej - w 2014 r. - od uchwalenia dyrektywy odszkodowawczej) możemy zaobserwować tendencję do zwiększenia efektywności *private enforcement*, przy jednoczesnym zachowaniu odpowiedniego zbalansowania (właśnie w wymiarze kosztów społecznych, kosztów wdrażania – dla organów jak i dla przedsiębiorców, przewidywalności prawa, itp.) modelu publicznego i prywatnego. Mająca wiodące znaczenie w ramach tego drugiego modelu funkcja

kompensacyjna spełniać również istotną uzupełniającą (w tym „odciążającą”) rolę dla *public enforcement*; jakkolwiek mogą w tej materii zachodzić pewne kolizje „efektywności” – np. im większy zakres informacji może zostać udostępniony w ramach możliwego obecnie na gruncie art. 13 i n. u.r.n.s. środka ujawniania dowodów (*disclosure*) także tych w posiadaniu organu antymonopolowego (większa efektywność zachęta dla *private enforcement*), tym większe ryzyko zredukowania efektywności modelu publicznego (tj. zachęty do składania wniosków leniency - czyli głównego mechanizmu walki z kartelami; zob. też analizujące tę kolizję interesów prywatnego i publicznego – wyroki TSUE w sprawie Pfeleiderer oraz Donau Chemie – oba niecytowane w pracy); o programie leniency wspomina także Autor (zob. str. 175).

Brakuje zatem umiejscowienia (znajdujących się wciąż w fazie ewolucji) przepisów prawa konkurencji – choćby także na wskazanej przez Autora „osi optymalizacji”. Interesujące byłyby udzielenie przez Autora odpowiedzi na choćby takie kwestie, czy wprowadzone w ramach u.r.n.s. udogodnienia dla zwiększenia skuteczności *private enforcement* to rodzaj regulacji, którą Autor określiłby jako bliższą „ogólnej” czy „szczególnej”, a ściślej - posługując się diagramem nr 3 – czy należałoby ją sklasyfikować jako „regulację przewidującą zmodyfikowaną regulami szczegółowymi odpowiedzialność cywilną we wszystkich przypadkach”, a może jako „regulację przewidującą dalej idącą modyfikację zasad odpowiedzialności cywilnej (szczególne roszczenia)”, a może jednak (czy też przede wszystkim) jako tę „regulację mieszaną -tj. – zawierającą zasady ogólne i reguły szczególne – łączącą administracyjny i cywilny sposób stosowania prawa, ale jedynie w odniesieniu do wybranych przypadków (przy braku odpowiedzialności właściwej dla czystej regulacji ogólnej)”? Jeśli wszak to ostatnie, to rodzi się zarazem pytanie czy taka kwalifikacja jest trafna dopiero *de lege lata* (tj. po wejściu w życie przepisów u.r.n.s.), czy też była już trafna także przed implementacją instrumentów z dyrektywy odszkodowawczej – również wówczas bowiem obowiązywały (jakkolwiek „bardziej ogólne”) podstawy prawne (jakby to określił Autor „bardziej ogólne regulacje”) do wdrażania reguł konkurencji w trybie prywatnym, jak zwłaszcza art. 415 k.c. [relatywnie często powoływany przez Autora w pracy; zob. np. str. 44, 151], ale także art. 405 i n k.c., czy też przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji); także bowiem wówczas można było mówić o modelu mieszanym (zob. zwłaszcza powołaną – niżej - zob. pkt 9 niniejszej recenzji - uchwałę SN z 23 lipca 2008 r.). Jakkolwiek, inna sprawa, że w Polsce „tryb prywatny” był (nadal jest) bardzo rzadko stosowany (ale już inaczej było/jest np. w takich państwach, jak Wielka Brytania, Holandia, Niemcy czy Francja).

8. W pracy brakuje także umiejscowienia proponowanych przez Autora konceptów w nurcie dyskusji pomiędzy podejściem formalnym a skutkowym (bardziej ekonomicznym) – tj. *form-based vs. effects-based approach* do reguł prawa konkurencji (w tym ich legislacyjnego kształtu, jak i sposobu interpretacji). Autor jest zarazem świadomy istnienia takiej dyskusji oraz „trendu” w kierunku podejścia skutkowego (o czym pisze np. na str. 132); mimo to wszakże w zasadzie w ogóle do dyskusji tej nie nawiązuje. Tymczasem jest ona bliska problemom o jakich traktuje recenzowana praca. Podejście formalne „oferuje” większą pewność prawa i relatywnie niskie koszty stosowania/egzekwowania, przy zarazem wysokim ryzyku kosztów błędów antymonopolowych - zwłaszcza fałszywych pozytywów (a tego rodzaju błędy mogą zaś generować bardzo wysokie koszty społeczne (świadcząc iż taki model regulacji nie jest optymalny w rozumieniu przyjętym w ocenianej dysertacji). Z kolei podejście skutkowe – ma takim błędom i koszom zapobiegać (lub choćby pozwolić na ich minimalizację), jednakże redukuje pewność prawną (przewidywalność rozstrzygnięć) i tym samym zwiększa koszty egzekwowania prawa (*enforcement costs*) i jego przestrzegania przez przedsiębiorców (*compliance costs*); mimo to – *per saldo* - to drugie wydaje się być bardziej „optymalne” (oczywiście nie w „czystej” postaci lecz odpowiednio zrestrukturyzowanej). Można tu odesłać do dyskusji i analiz jakie w tej mierze w obszarze prawa antymonopolowego zawarte są w licznych opracowaniach anglojęzycznych - zwłaszcza w kontekście art. 102 TFUE jak i art. 2 Ustawy Shermana (Easterbrook, Gavil, Salop, Ellhaug) do jakich nawiązywały także moje rozważania w materii kosztów społecznych (fałszywych pozytywów i negatywów) wynikających z wadliwej regulacji (i egzekwowania) reguł antymonopolowych dotyczących praktyk dominantów (zob. *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Wolters Kluwer Business Warszawa 2012, s. 186-388). Można zadać pytanie czy zatem podejście formalne jest bliższe tzw. regulacji „szczególnej” (o jakiej pisze Autor albo jakiejś jej „modyfikacji”), a z kolei to bardziej ekonomiczne (czyli zarazem „mniej skonkretyzowane”) ma mieć więcej cech tzw. regulacji „ogólnej” (o jakiej pisze Autor)?

9. Co do recenzowanej rozprawy można mieć także następujące uwagi, spostrzeżenia czy też rekomendacje.

Po pierwsze, wprawdzie dobór (w tym proponowanie „własnych” terminów) jest prawem Autora rozprawy, to jednak mam pewne zastrzeżenia co do posługiwania się w pracy terminem „proceduralnego ujęcia (rozumienia) konkurencji”. Z takim pojęciem „proceduralnego rozumienia” konkurencji się nie spotkałem; tymczasem w środowisku

antymonopolowym powszechnie funkcjonuje termin proceduralne prawo konkurencji i choć odnosi się on do określenia przepisów prawa, a nie do określenia sposobu postrzegania konkurencji (jak w recenzowanej rozprawie), to jednak posługiwanie się przez Autora takim terminem (konkurencja proceduralna) może być mylące. Proceduralne prawo konkurencji dotyczy bowiem – jak sama nazwa wskazuje – procedury w jakiej Prezes UOKiK wdraża reguły antymonopolowe (wszczyna postępowania, kontaktuje się z przedsiębiorcami, zbiera informacje, wykonuje swoje uprawnienia inspekcyjno-kontrolne itp.). Proceduralne ujęcie konkurencji – jako termin proponowany przez Autora (mimo istotnego podobieństwa semantycznego) nie ma nic wspólnego z proceduralnym prawem konkurencji. Ponadto – w mojej ocenie – proceduralne pojmowanie konkurencji sugeruje istnienie jakiegoś formalizmu (procedury) w zachowaniach graczy rynkowych (tj. także takiej procedury, która jest „odgórnie”- władczo – narzucona); tymczasem w pracy „konkurencji proceduralnej” Autor przypisuje całkiem inne znaczenie, tj. mającej obrazować istnienie „procesu interakcji między przynajmniej dwoma podmiotami” (str. 59). Zatem istotą takiego pojmowania konkurencji nie jest jakakolwiek procedura lub proces (to drugie słowo także się bardzo „formalnie” kojarzy w nomenklaturze prawniczej- nie tylko antymonopolowej), ale przede wszystkim istotą tą stanowią wskazane przez Autora „interakcje” (zachowania) graczy rynkowych (co więcej zachowania zazwyczaj podejmowane w sposób „wolny od odgórnie określonej” procedury). Sugeruję więc rozważenie zmiany posługiwania się przez Autora pojęciem „konkurencja proceduralna”.

Po drugie, **wymagana jest aktualizacja treści przypisu numer 355** na str. 143. Autor (powołując się na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 października 1995 r., III CZP 135/95) wskazuje, iż „*stwierdzenie nieważności umowy z uwagi na naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej może nastąpić jako przesłanka rozstrzygnięcia w sprawie cywilnej, ale wymaga uprzedniego formalnego stwierdzenia przez organy działające na podstawie tej ustawy, że określona praktyka ma charakter naruszenia konkurencji*”. Wprawdzie w dalszej części zwraca uwagę (powołując się na S. Gronowskiego), iż takie stanowisko sądu „*będzie musiało ulec zmianie*”. Powołane (nietrafne) stanowisko SN już wszakże (dość dawno – ponad 10 lat temu) zostało zrewidowane. Nastąpiło to w kluczowej w tej materii uchwale SN z dnia 23 lipca 2008 r. III CZP 52/08, w której sąd ów (słusznie) podkreślił, iż sąd cywilny może samodzielnie (tj. w szczególności zanim zostanie wydana decyzja organu antymonopolowego oraz w ogóle niezależnie od tego, czy taka decyzja zostanie w danej sprawie wydana) badać, czy określone zachowanie spełnia przesłanki praktyki antykonkurencyjnej. Jeśli wszak taka decyzja organu antymonopolowego została już wydana stanowi ona dla sądu cywilnego

prejudykata. *De lege lata* znajduje to zarazem ustawowe potwierdzenie w art. 30 ustawy z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji.

Po trzecie, nie w pełni zrozumiałe jest stwierdzenie Autora na stronie 144, zgodnie z którym „w zależności od koncepcji bezprawności dotyczącej art. 415 Kodeksu cywilnego zachowanie antykonkurencyjne może stanowić podstawę do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych pod warunkiem uznania go za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego albo dobrymi obyczajami, niezależnie od istnienia innych przepisów zakazujących określonych zachowań”. Stosowanie w ramach *private enforcement* (czyli w ramach – jak to określa Autor – „regulacji ogólnych”) art. 415 k.c. bazowało właśnie na powoływaniu się na naruszenie przez praktykę reguły antymonopolowej (zakazu praktyk antykonkurencyjnych – obecnie art. 6 lub 9 u.o.k.k.) co stanowiło spełnienie przesłanki bezprawności (bez konieczności sięgania do nieprecyzyjnej klauzuli zasad współzycia społecznego lub równie nieostrej klauzuli dobrych obyczajów); chyba że w cytowanym stwierdzeniu chodzi Autorowi o sytuację, w której w ogóle nie obowiązują żadne („szczególne”) przepisy – tj. chroniące konkurencję (wówczas owszem sięganie do owych klauzul stałoby się konieczne dla skonstruowania swego roszczenia); jednakże dalej Autor pisze, że opisywany przypadek dotyczy (może dotyczyć „innych przepisów zakazujących określonych zachowań” – co sugeruje że jednak wspomniane reguły konkurencji mogą już obowiązywać). Przykład ów wymaga w każdym razie doprecyzowania.

Po czwarte, nie bardzo jest dla mnie zrozumiały fragment na str. 165, tj. cyt.: „W regulacji ogólnej dowodzeniu podlegać będzie nie tylko fakt określonego zachowania się przez uczestnika rynku, ale także fakty istotne dla zastosowania określonej sankcji – np. wpływ na konkurencję, wykazanie zniekształcenia konkurencji, wykazanie negatywnego wpływu na rynek”. Przecież wykazanie regulacja „ogólna” - w myśl tego jak ją określa Autor - to taka, która jest wdrażana na zasadach właśnie ogólnych (cywilistycznych), tj. bez obowiązywania przepisów „szczegółowych” – czyli reguł antymonopolowych (zatem takich w jakich nie nakłada się „sankcji” – chyba że za taką Autor rozumie - w ramach regulacji „ogólnej” – zasądzenie odszkodowania (ale nie jest to jasne). Tymczasem przecież także na gruncie tych reguł (regulacja „szczególna”) konieczne jest dowodzenie w jaki sposób zachowanie przedsiębiorcy negatywnie wpłynęło na konkurencję, a także zanalizowanie wszelkich innych faktów istotnych dla wymiaru kary (w tym stanowiących tzw. okoliczności łagodzące i obciążające; zob. art. 111 u.o.k.k.).

Po piąte, w miejscu w jakim Autor podaje dane statystyczne wskazujące, że w przeszło 90% przypadków kartel powodują szkodę (w postaci nadmiernego obciążenia – str. 116-117), można wskazać, że niejako „prawnym refleksem” takiego udokumentowanego zjawiska jest przyjęcie przez prawodawcę unijnego domniemania, iż naruszenia kartelowe (*cartel infringements*) wyrządzają szkodę (zob. art. 17 ust. 2 dyrektywy odszkodowawczej), któremu polski ustawodawca nadał szerszy zakres przedmiotowy obejmując nim wszystkie naruszenia prawa konkurencji (zob. art. 7 u.r.n.s.). Czy ustanowienie takiego domniemania jest „optymalne”? (w rozumieniu przyjętym w pracy).

10. Praca zawiera nieliczne błędy pisarskie (tzw. literówki), jak np. w przypisie 374 (str. 151) pojawia się słowo „kontentacji” zamiast „koncentracji” [na str. 155 – ma być – w odniesieniu do słowa sankcji – „oczekiwanej” a nie „oczekiwane”] lub też wyrażenia warte przeredagowania, jak np. na str. 152 sugeruję pisać „w interesie publicznym” zamiast „w interesie publicznoprawnym” lub też wyrażenia niestylistyczne – jak np. na str. 153 w każdym kolejnym zdaniu (a czasem w tym samym zdaniu) pojawia się to samo słowo (lub jego odmiana), a mianowicie „wskazać”, „wskazano”/”wskazanie” albo na stronie 41 zdanie „*Powyższe uwagi związane są ze wskazaną powyżej dyskusją nad zakazem naruszania istotny praw i wolności*”. W przypisie 396 na str. 159 jest pomyłka (lub czegoś brakuje); przypis ten stanowi, iż „*Przykładem takich przepisów mogą być przepisy Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. z 9 lutego 2018 r. (Dz.U. z 2018 r., poz. 419)...*”; nie wiadomym jest czego dotyczy data 9 luty 2018 r.

Są braki również w spisie orzecznictwa na końcu pracy. Mianowicie Autor nie podaje publikatorów wyroków (w przypadku polskich orzeczeń), a także nie podaje „nazwy” sprawy (tj. zazwyczaj jednej lub obu stron) – w przypadku wyroków unijnych (co jest zarazem powszechne w cytowaniu judykatury z zakresu prawa konkurencji); tym bardziej że w przypadku orzeczeń sądów amerykańskich ów brak już nie występuje (gdzie wyraźnie Autor wskazuje np. ‘wyrok w sprawie Verizon’, ‘wyrok w sprawie Standard Oil’).

11. Poczynione wyżej zastrzeżenia (zob. zwłaszcza pkt 7 i 8 recenzji) nie mają wpływu na końcową – **pozytywną - opinię recenzowanej rozprawy doktorskiej autorstwa Pana Tomasza Zielenkiewicza pt. *Ochrona konkurencji. Aspekty teoretyczne i analiza ekonomiczna***. Praca ta z stanowi oryginalne przedstawienie problemu naukowego w rozumieniu art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (w związku z art. 179 ustawy z dnia 3

lipca 2018 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz. U z 2018 r. 1669), spełniając tym samym wymagania stawiane pracom doktorskim.



dr hab. Konrad Kohutek