

KONRAD KOHUTEK*

OBRONA *PASSING-ON* W PROCESIE NAPRAWIENIA
SZKODY ANTYMONOPOŁOWEJ:
ANALIZA KRYTYCZNA NA TLE UNORMOWAŃ
DYREKTYWY, ORZECZNICTWA
ORAZ INSTYTUCJI PRAWA CYWILNEGO**

1. ZARYS PROBLEMATYKI;
RELEWANTNE UNORMOWANIA DYREKTYWY

1.1. Przerzucanie nadmiernego obciążenia (*passing-on overcharges*) to — w generalnym ujęciu — zjawisko polegające na podwyższeniu przez kontrahenta (klienta) naruszcyciela prawa konkurencji cen oferowanych przez (tego pierwszego) towaru, spowodowane wzrostem cen towaru¹, jaki kontrahent ów nabył od naruszcyciela². Podwyższenie to może odpowiadać całej wysokości wzrostu cen wskutek naruszenia (tzw. „całościowe” przerzucenie) bądź tylko jej części (tzw. „częściowe” przerzucenie). Zarówno „**nadmierne obciążenie**”, jak i zachowanie polegające na

* Autor jest doktorem habilitowanym, profesorem Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego; ORCID: 0000-0003-1249-301X.

** Niniejsza publikacja powstała w ramach realizacji projektu badawczego Narodowego Centrum Nauki nr 2017/25/B/HS5/01659.

¹ Pojęcie towaru należy zarazem rozumieć szeroko, obejmując nim w szczególności także usługi, czyli tak jak to ma miejsce w definicji legalnej towaru zawartej w art. 4 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 369); dalej: u.o.k.k. Zgodnie z tym przepisem przez „towar” należy rozumieć rzeczy, jak również energie, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane.

² Oczywiście przerzucenie nadmiernego obciążenia może być dokonywane nie tylko przez klienta (kontrahenta) naruszcyciela prawa konkurencji (nabywcę bezpośredniego); może następować także na dalszych szczeblach rynku, tj. przez klientów tegoż nabywcy (nabywców pośrednich). Opracowanie skupia się wszakże na przerzucaniu nadmiernego obciążenia przez nabywców bezpośrednich, czyli najbardziej typowym „scenariuszu rynkowym”.

jego **przerzucaniu** to pojęcia mające **wymiar normatywny**, przy czym to pierwsze zostało wprost zdefiniowane legalnie. Zgodnie z art. 2 pkt 11 krajowej ustawy „odszkodowawczej”³ (stanowiącym w zasadzie odwzorowanie definicji zawartej w dyrektywie⁴) nadmierne obciążenie to „różnica między ceną faktycznie zapłaconą a ceną, która obowiązywałaby, gdyby nie doszło do naruszenia prawa konkurencji”. Jednocześnie dyrektywa wyraźnie posługuje się terminem „przerzucenie nadmiernego obciążenia” (*the passing-on overcharges*) — zob. tak zatytułowany rozdział 4 (zawierający art. 12–16 DD⁵).

Na wstępie warto wskazać, że **instytucja *passing-on* może być stosowana zarówno w sposób „defensywny”** (jako tzw. tarcza), co dotyczy przypadku, gdy powołuje się na nią sprawca naruszenia (w ramach obrony przed pozwem odszkodowawczym), jak i w sposób „ofensywny”, w razie gdy korzysta z niej nabywca pośredni⁶ (wnoszący pozew o odszkodowanie). Niniejsze opracowanie koncentrować się będzie przede wszystkim na tym pierwszym aspekcie *passing-on*, czyli tytułowej „obronie *passing-on*” (*passing-on defence*).

1.2. Cytowane wyżej unormowania dyrektywy nie tylko określają zasady stosowania instytucji *passing-on*; w pierwszej kolejności postrzegać je należy jako „formalne uznanie” tej instytucji przez prawodawcę unijnego w ramach dochodzenia odszkodowania za szkody wyrządzone naruszeniem prawa konkurencji (tzw. *private enforcement*) — tzw. szkody antymonopolowe (taki termin jest używany w środowisku prawa konkurencji⁷). Kluczowy w tej materii jest **art. 13 DD**, który w swym pierwszym zdaniu nakłada na państwa członkowskie wymóg zapewnienia, aby pozwany w postępowaniu o odszkodowanie mógł podnieść przeciwko roszczeniu odszkodowawczemu argument przerzucenia przez powoda całości lub części nadmiernych obciążeń wynikających z naruszenia prawa konkurencji. Takie rozwiązanie uzasadnia się tym, że **powód** (w razie dokonania wspomnianego przerzucenia oraz

³ Ustawa z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji (Dz. U. poz. 1132); dalej: u.r.n.s.

⁴ Zob. art. 2 pkt 20 dyrektywy 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 (Dz. Urz. UE L 349 z 5.12.2014 r., s. 1); dalej: DD; skrót z języka ang. *Damages Directive*, który dość powszechnie używany jest w środowiskach antymonopolowych

⁵ Unormowaniem polskiej ustawy, w którym wprost odniesiono się do zjawiska przerzucania nadmiernego obciążenia, jest art. 4 u.r.n.s. Przepis ów wszakże dotyczy tylko „ofensywnego” aspektu stosowania tego mechanizmu, ustanawiając — w razie spełnienia zawartych w nim przesłanek — domniemanie, że takie obciążenie zostało przerzucone na nabywcę pośredniego.

⁶ Zgodnie z (opartym na art. 2 pkt 24 DD) art. 2 pkt 14 u.r.n.s. nabywcą pośrednim jest osoba, która nabyła od nabywcy bezpośredniego lub kolejnego nabywcy produkty lub usługi, których dotyczy naruszenie prawa konkurencji, lub produkty lub usługi będące pochodnymi takich produktów lub usług, lub zawierające takie produkty lub usługi.

⁷ Zob. np. A. Jurkowska-Gomułka: *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2013, s. 376–382, oraz K. Kohutek: *Szkoda antymonopolowa. Zasady odpowiedzialności i dochodzenia roszczeń odszkodowawczych*, Warszawa 2018, s. 17.

w zakresie, w jakim je dokonał) **w ogóle nie poniósł szkody**, jaka podlegałaby prawemu obowiązкови naprawienia (zob. motyw 39 preambuły do DD oraz pkt 5.1).

1.3. W ślad za dyrektywą państwa członkowskie wprowadziły do swych porządków prawnych przepisy dotyczące stosowania przerzucania nadmiernego obciążenia⁸. Taki stan prawny nie wyklucza wszakże polemiki z założeniami (w tym niektórymi celami) i unormowaniami samej dyrektywy i w konsekwencji także bazującymi na niej krajowymi rozwiązaniami dotyczącymi instytucji *passing-on*. W ramach niniejszego opracowania broniąca będzie teza, zgodnie z którą instytucja ta, w przypadku gdy jest stosowana „defensywnie” — ze względów systemowych (funkcjonalnych) — nie powinna być dopuszczalna, względnie powinna być dopuszczana (w ramach jej ewaluacji przez sądy) tylko w wyjątkowych przypadkach. Instytucja ta budzi również konstrukcyjno-koncepcyjne zastrzeżenia. Warto na wstępie dodać, że także w krajowej doktrynie dopuszczenie możliwości powołania się przez sprawcę naruszenia prawa konkurencji na obronę *passing-on* postrzega się za jedno z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień w ramach *private enforcement*⁹.

2. *PASSING-ON* W SZEROKIM (EKONOMICZNYM) UJĘCIU

2.1. W pierwszej kolejności należałoby zwrócić uwagę na ekonomiczne aspekty przerzucania nadmiernego obciążenia, tj. spojrzeć na to zjawisko z szerszej perspektywy. W części dowodzić to będzie pewnej arbitralności (lub choćby uznaniowości) rozwiązania, na jakie zdecydował się prawodawca unijny.

Podwyżka cen spowodowana naruszeniem prawa konkurencji skutkuje wzrostem kosztów działalności nabywcy (kontrahenta naruszonego), czyli „nabywcy bezpośredniego” (zdefiniowanego w art. 2 pkt 13 u.r.n.s.¹⁰). Z biznesowego punktu widzenia nabywca ów ma zarazem wiele różnych możliwości „zareagowania” na taki wzrost, a przerzucenie podwyższonej ceny na własnych klientów stanowi tylko jedno z możliwych jego zachowań. W szczególności nabywca ów może:

- obniżyć inne koszty swej działalności (czyli np. na reklamę, na innowacje);
- powstrzymać się od planowanych inwestycji (lub obniżyć budżet, jaki na nie przeznaczył);

⁸ Na ten temat — w krajach Europy Wschodniej i Środkowo-Wschodniej — zob. np. *Implementation of the EU Damages Directive in Central and Eastern European Countries*, ed. A. Piszcz, Warszawa 2017, a w wybranych krajach Europy Zachodniej zob. np. K. Kohutek: *Przerzucanie nadmiernego obciążenia w ramach dochodzenia naprawienia szkody antymonopolowej: dyrektywa, judykatura i wybrane unormowania krajowe*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2020, nr 3, s. 77–87.

⁹ A. Jurkowska-Gomułka: *How to Throw the Baby out with the Bath Water. A Few Remarks on the Currently Accepted Scope*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2015, Vol. 8(12), s. 71.

¹⁰ Zgodnie z tym przepisem (implementującym art. 2 pkt 23 DD) nabywcą bezpośrednim jest osoba, która nabyła bezpośrednio od sprawcy naruszenia produkty lub usługi, których dotyczy naruszenie prawa konkurencji.

- zredukować zatrudnienie (i/lub obniżyć pensje swym pracownikom);
- renegocjować kontrakty z (innymi niż sprawca naruszenia) dostawcami skutkujące obniżeniem ceny dostarczanych towarów.

W mojej ocenie niezasadne jest zarazem twierdzenie, że podane wyżej przykłady zachowań są irrelewantne — niepowiązane (czy nawet niepozostające w związku przyczynowym z naruszeniem prawa konkurencji pociągającym za sobą przerzucenie nadmiernego obciążenia), gdyż byłyby one możliwe niezależnie od tego, czy doszło do tegoż naruszenia (i przerzucenia). Po pierwsze, nie można jednoznacznie ocenić, czy zachowania takie byłyby możliwe (realne) nawet w braku wspomnianego naruszania (i stąd od niego kauzalnie niezależne); przede wszystkim jednak, po drugie, wiadome jest, że w rozpatrywanym stanie faktycznym zachowania takie (o ile zostały podjęte) miały miejsce właśnie po takim naruszeniu (przerzuceniu) i tym samym — logicznie można zakładać — że nastąpiły one jako jego skutek (lub innymi słowy w razie braku tego naruszenia prawdopodobnie by nie nastąpiły — nawet jeśli byłyby możliwe). Zachowania te pozostają zatem w związku przyczynowym z naruszeniem prawa konkurencji, ale mimo to ich ekonomiczne skutki nie uzasadniają, aby szkoda ofiary naruszenia prawa konkurencji miała ulec stosownemu obniżeniu (np. o wysokość kwot, jakie podmiot ów miał wydać na reklamę, lub o wysokość kwot składających się na obniżenie wynagrodzenia swym pracownikom; zob. przykłady wyżej). Możliwość takiej „redukcji” prawo (dyrektywa odszkodowawcza) wiąże jedynie z takim przejawem zareagowania przez ofiarę naruszenia prawa konkurencji na wzrost (wywołanych naruszeniem) kosztów jego działalności, który polega na podniesieniu przezeń własnych cen (czyli dokonaniu przerzucenia nadmiernego obciążenia). W mojej opinii takie rozwiązanie stanowi przejaw niespójnego (niekonsekwentnego, a może nawet arbitralnego; zob. niżej) rozwiązania, na jakie zdecydował się prawodawca unijny¹¹.

2.2. Nabywca bezpośredni (kontrahent sprawcy naruszenia prawa konkurencji) — w reakcji na (spowodowane naruszeniem antymonopolowym) podwyżki cen towarów, w jakie się zaopatruje u sprawcy, **może także zerwać relacje handlowe z tym drugim** (i poszukać innych źródeł zaopatrzenia); podkreślenia jednak wymaga, że „skorzysanie” z takiej możliwości uzależnione jest (a na pewno może być uzależnione) nie tylko od warunków ekonomicznych (rynkowych¹²), lecz także

¹¹ Powyższy wywód stanowi zarazem sugestię (propozycję), aby „jednocześnie” potraktować także przerzucenie nadmiernego obciążenia, tj. nie uznawać go (przynajmniej co do zasady) jako okoliczności (zachowania), która redukuje po stronie ofiary naruszenia szkodę podlegającą naprawieniu (zob. też pkt 5.1).

¹² Czyli zwłaszcza stopień związania rynku (kartelem, innym naruszeniem); przykładowo — w rozpatrywanym przed Sądem Apelacyjnym w Krakowie (zob. wyrok z dnia 10 stycznia 2014 r., I ACa 1322/13) — pozwie o naprawienie szkody wynikającej z tzw. kartelu cementowego, rynek był związany w ponad 90% (co stwierdzone zostało w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r., nr DOK-7/09); zob. też K. Kohutek: *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 10 stycznia 2014 r., I ACa 1322/13*, LEX 2016.

prawnych¹³ i tym samym w relatywnie częstych przypadkach może czynić taką opcję nierealną (zob. też pkt 6).

Kontrahent sprawcy naruszenia prawa konkurencji może także w ogóle nie „zareagować” na podwyżki cen towarów nabywanych od tego drugiego, tj. w całości zaabsorbować podwyżki cen towarów, w jakie zaopatruje się u sprawcy naruszenia; ekonomiczne możliwości przerzucenia nadmiernego obciążenia są bowiem często zależne od czynników rynkowych. Ponadto nabywca nie ma (a przynajmniej nie powinien mieć) prawnego obowiązku „pozbycia” się w całości (lub choćby zredukowania) straty, jaka wynika z naruszenia prawa konkurencji i przerzucania jej na swych własnych klientów (zob. też pkt 7.2).

2.3. Powszechnie wskazuje się, że podmiotem, który niejako „zmuszony” jest do zaabsorbowania podwyższonej (wskutek naruszenia antymonopolowego) — oraz przerzucanej przez kolejnych nabywców niejako „w dół rynku” (*downstream*) — ceny towarów, jest **konsument końcowy**. Jest tak z tego względu, że jako podmiot nieprowadzący działalności gospodarczej nie ma on klientów, na których mógłby przerzucić nadmierne obciążenie. Owszem, konsument nie ma swoich „klientów”. Nie oznacza to jednak, że również i ten konsument nie może podjąć zachowań, zmierzających do „skompensowania” przezeń straty, jaka wyniknęła ze wspomnianego przerzucenia (a pierwotnie z naruszenia prawa konkurencji). Zachowania takie mogą — podobnie jak w przypadku nabywców będących przedsiębiorcami — polegać zarówno na poszukiwaniu oszczędności w obszarze innych wydatków tegoż konsumenta (np. renegocjowanie umowy z ogrodnikiem lub sprzątaczką, tj. zmierzające w kierunku obniżenia im wynagrodzenia lub zredukowania częstotliwości korzystania z ich usług), jak i na powstrzymaniu się od wydania określonych środków, jakie konsument ów zaplanował¹⁴, względnie na poszukiwaniu „pokrycia” podwyższonych kosztów wynikających z nadmiernego obciążenia zwiększeniem zakresu własnej pracy (czy to w wymiarze czasowym, czy to dzięki uzyskaniu podwyżki u swego pracodawcy).

Oczywiście zarówno samo zdecydowanie się przez konsumenta finalnego na podjęcie (któregoś ze) wskazanych zachowań, jak i realne możliwości danego scenariusza zależą od okoliczności danego przypadku oraz stanowią kwestię pewnych priorytetów (wyborów życiowych) konsumenta. W związku z tym niektóre (a — w zależności od przypadku — nawet wiele/większość lub żadne z nich) nie będą realizowane, oznaczając, że dany konsument w pełni „zaabsorbuje” nadmierne obciążenie (i tym samym poniesie szkodę antymonopolową¹⁵). W mojej ocenie

¹³ Np. wysokie kary umowne za przedterminowe zerwanie umowy lub powstanie innych roszczeń odszkodowawczych po stronie dostawcy (sprawcy naruszenia).

¹⁴ Np. rezygnacja z urlopu (względnie zamiana na tańszy/krótszy), odstąpienie (lub przełożenie w czasie) remontu domu, odstąpienie od zakupu samochodu (względnie zamiana na tańszy) itp.

¹⁵ Jakkolwiek w dominującej większości przypadków szkoda ta będzie nieznaczna (tj. albo nawet dla konsumenta nieodczuwalna — wynosząc np. nie więcej niż kilkadziesiąt lub kilkaset złotych) albo też będzie wprawdzie

wszakże szkodę taką konsument poniesie również w zasadzie w każdym z wymienionych wyżej przypadków (przykładowo wskazanych zachowań), mimo że — z czysto „matematyczno-finansowego” punktu widzenia — można by rozumować, że przecież szkody takiej nie poniósł (względnie poniósł ją w mniejszym rozmiarze), ponieważ równowartość przerzuconego nań nadmiernego obciążenia „skompensował” sobie podjęciem jednego (lub kilku) z wyżej wymienionych zachowań, które „przyniosły” mu pewne oszczędności lub (szeroko rozumiane) korzyści (zob. też pkt 5). Takie rozumowanie — w mojej ocenie błędne i niezasadne — jest wszakże zbliżone do logiki, jaka stoi za przyjętą w dyrektywie konstrukcją (celami) dopuszczalności (defensywnego podnoszenia) zarzutu *passing-on*.

Ponadto należy dodać, że w praktyce konsument finalny — z uwagi na niską motywację ekonomiczno-finansową — bardzo rzadko zainteresowany będzie wnoszeniem powództwa o naprawienie szkody antymonopolowej (jaka została na niego przerzucona). Niemniej przykłady zachowań zarówno takiego konsumenta, jak i przede wszystkim przedsiębiorcy, jakie są potencjalnie możliwe „w reakcji” na (spowodowany naruszeniem antymonopolowym) wzrost cen towarów kupowanych bezpośrednio od sprawcy tego naruszenia (lub od nabywców pośrednich), obrazują pewien — w mojej ocenie — **arbitralizm prawodawcy unijnego** — który uznał, że tylko w przypadku gdy nabywca przerzucił nadmierne obciążenie na swych klientów, dopuszczalne jest powołanie się na zarzut takiego przerzucenia jako okoliczność redukującą (a być może w całości niweczącą) szkodę po stronie nabywcy (potencjalnego lub aktualnego powoda) — a ściślej szkodę, z jaką porządek prawny łączy obowiązek jej naprawienia (zob. też pkt 5.1). **Powyższe stwierdzenie w żadnym razie nie sugeruje rozwiązania zmierzającego do poszerzenia zakresu przedmiotowego *passing-on***¹⁶. Wręcz przeciwnie, ma na celu zilustrować niekonsekwencję — brak jednolitości (spójności) rozwiązania przyjętego w dyrektywie.

2.4. Podsumowując tę część rozważań, należy wskazać, że z (czysto) ekonomicznego punktu widzenia nie ma większych (być może nawet jakichkolwiek) różnic pomiędzy wskazanymi wyżej zachowaniami przedsiębiorcy (konsumenta) podejmowanymi w reakcji na wzrost kosztów jego działalności (w tym spowodowanych wzrostem cen towarów, w jakie zaopatruje się on u swego dostawcy z uwagi na dopuszczenie się — przez tego drugiego — naruszenia prawa konkurencji). Z tej perspektywy nie można także twierdzić, że konsument finalny nie ma możliwości skompensovania sobie szkody, jaka została mu wyrządzona wskutek

przewyższać te kwoty, jednak jej dochodzenie w procesie sądowym będzie dla konsumenta nieopłacalne (gdyż zbyt kosztowne i ryzykowne); zob. pkt 8.

¹⁶ Tj. obejmowania nim rozciągnięcia także innych (w tym tych wskazanych wyżej) zachowań nabywcy redukujących podwyższone koszty jego działalności wskutek podwyżki cen wywołanych naruszeniem antymonopolowym.

„przerzucanego na niego” wzrostu cen spowodowanych naruszeniem prawa konkurencji; w takim szerokim (ekonomicznym) ujęciu również konsument ma możliwości „przerzucenia” tego wzrostu na inne podmioty. W tym kontekście zauważa się nawet (i to nie bez racji), że „możliwości przerzucania nadmiernego obciążenia w zasadzie nie mają granic” (*the possibility of further passing-on is infinite*) — nie wprowadza ich także dyrektywa¹⁷ — a zarazem szczeble obrotu („łańcuchy”), na jakich do niego dochodzi (może dojść), nie tyle pozostają do siebie w relacji *upstream-downstream*, ile mają charakter bardziej cyrkularny (*circular*)¹⁸. W konsekwencji — z ekonomicznego punktu widzenia — może być tak, że nikt nie poniesie szkody, gdyż nadmierne obciążenie „zatonczy koło”. Refleksja ta **podważa celowość wiązania ze zjawiskiem passing-on określonych skutków prawnych** (tu na potrzeby ustalania zakresu antymonopolowej odpowiedzialności odszkodowawczej).

3. PASSING-ON W SPRAWACH „OBCIĄŻEŃ PUBLICZNOPRAWNYCH”

3.1. Zjawisko przerzucania na własnych klientów różnorodnych kosztów działalności nie jest czymś wyjątkowym w obrocie handlowym. Jednocześnie — zwłaszcza w odniesieniu do kosztów wynikających z bezprawnie nałożonych obciążeń publicznoprawnych — było już przedmiotem ewaluacji sądów unijnych. W praktyce nierzadko zdarzały się bowiem przypadki, że nałożona przez państwo danina okazała się (już po jej uiszczeniu przez obciążonego przedsiębiorcę) bezpodstawna, gdyż na przykład nałożona niezgodnie z prawem (zwłaszcza prawem UE), czy też wadliwie (zbyt wysoko) skalkulowana, skutkując powstaniem (skierowanym przeciwko państwu) roszczenia tegoż przedsiębiorcy o zwrot tejże daniny (podatku). Tego rodzaju przypadki miały miejsce w krajach unijnych i były następnie rozpatrywane (również) przez sądy unijne. Wyroki sądów w tych sprawach o tyle wiążą się z tematyką niniejszego opracowania, że oceniano w nich też możliwość (warunki dopuszczalności) powoływania się przez organy publiczne na zarzut *passing-on*, tj. okoliczność, że przedsiębiorca domagający się zwrotu nielegalnie nałożonego podatku „przerzucił go” na własnych klientów i dlatego nie poniósł szkody. W tej materii już od lat osiemdziesiątych XX w. wydanych zostało co najmniej kilka orzeczeń. Świadczy to zarazem o tym, że problematyka *passing-on* stanowiła przedmiot zainteresowania judykatury jeszcze na długo przed uchwaleniem dyrektywy odszko-

¹⁷ W tym znaczeniu, że dyrektywa nie limituje liczby kolejnych szczebli łańcucha handlowego, na których działający przedsiębiorcy mogliby formalnie dochodzić odszkodowania; zob. też A. Jurkowska-Gomułka: *How to Throw the Baby...*, *op. cit.*, s. 73.

¹⁸ T. Dumbrovsky: *Passing-on-standing Matrix in Private Antitrust Enforcement: a Reconciliation of Economic and Justice Approaches*, EU Working Paper MWP 2013/30, European University Institute, s. 19.

dowawczej, ale także przed wydaniem pierwszych „milowych” wyroków z zakresu *private enforcement*¹⁹.

3.2. Ze wspomnianych orzeczeń (w sprawach podatkowych) wynika generalne stanowisko sądów unijnych, zgodnie z którym prawo UE nie zabrania porządkom krajowym wykluczenia zwrotu przedsiębiorcy podatku (innego obciążenia) nałożonego niezgodnie z prawem, jeżeli skutkowałoby to bezpodstawnym wzbogacaniem (*unjust enrichment*) po stronie tegoż przedsiębiorcy; w związku z tym „nie jest niezgodne z prawem wspólnotowym, gdy zostanie wykazane, że dana osoba zobowiązana do zapłaty tych podatków faktycznie przerzuciła je na inne osoby”²⁰.

Podkreślenia wszakże wymaga, że **uwzględnienie zarzutu *passing-on* w przypadku spraw dotyczących zwrotu bezpodstawnie nałożonych danin publicznych jest wyjątkiem** od zasady generalnej. Zgodnie bowiem z tą zasadą jednostki są uprawnione do odzyskania opłat nałożonych przez państwo członkowskie — lecz niezgodnych z prawem unijnym — danin (opłat), a państwa te mają obowiązek zwrócić takie opłaty (*repay charges*)²¹. Wyjątkowy charakter instytucji *passing-on* został zarazem wyraźnie zaakcentowany w judykaturze²²; podkreślono również, że — jako wyjątek „stanowiący organicznie prawa podmiotowego wynikającego z wspólnotowego porządku unijnego (tu praw do odszkodowania) — „musi być interpretowany restrykcyjnie” (*must be interpreted restrictively*), biorąc w szczególności pod uwagę fakt, że „przerzucenie opłaty na konsumentów niekoniecznie neutralizuje ekonomiczne skutki podatku (bezpodstawnie) nałożonego na daną osobę”²³ — **przedsiębiorcę** żądającego zwrotu (odszkodowania) od państwa [wyróżnienie — K.K.].

To zaznaczone wyłuszczeniem spostrzeżenie sądu unijnego jest szczególnie doniosłe w kontekście problematyki *passing-on* w ramach spraw o naprawienie szkody antymonopolowej. Odwołuje się bowiem (choć nieliteralnie) do — występującego także w sprawach antymonopolowych — zjawiska (*volume effect*), tj.

¹⁹ Tj. zwłaszcza wyrok Trybunału z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-453/99, *Courage i Crehan*, Zb. Orz. 2001, s. I-6297 (dalej: wyrok w sprawie *Courage*), oraz wyrok Trybunału z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawach połączonych C-295/04–C-298/04, *Manfredi i in.*, Zb. Orz. 2006, s. I-6619 (dalej: wyrok w sprawie *Manfredi*).

²⁰ „[...] cannot be regarded as contrary to Community law where it is established that the person required to pay such charges has actually passed them on to other persons”; pkt 13 wyroku ETS z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 199/82, *Amministrazione delle finanze dello Stato v. San Giorgio* (EU:C:1983:318), oraz pkt 21 wyroku z dnia 14 stycznia 1997 r. w sprawach połączonych C-192/95–C-218/95, *Comateb i inni* (EU:C:1997:12); dalej: wyrok w sprawie *Comateb*.

²¹ Zob. pkt 93 wyroku ETS z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C-147/01, *Weber's Wine World* (EU:C:2003:533); dalej: wyrok w sprawie *Weber's*, oraz cytowany tam pkt 20 wyroku w sprawie *Comateb*, a także pkt 84 wyroku w sprawach połączonych C-397/98–C-410/98, *Metallgesellschaft i inni* (Zb. Orz. 2001, s. I-1727).

²² Zob. pkt 94 wyroku w sprawie *Weber's*, gdzie wprost sąd unijny wskazał, że istnieje tylko jeden wyjątek od obowiązku zwrotu (*there is only one exception to that obligation to make repayment*) — tj. zwrotu przez państwo członkowskie nienależnie nałożonej opłaty — odnosząc ów wyjątek właśnie do opisanego przypadku *passing-on*.

²³ „[...] passing on a charge to the consumer does not necessarily neutralise the economic effects of the tax on the taxable person”; pkt 95 wyroku w sprawie *Weber's*.

spadku sprzedaży²⁴ po stronie nabywcy bezpośredniego (klienta sprawcy naruszenia prawa konkurencji) wywołanego wskutek przerwienia przez tego klienta nadmiernego obciążenia na własnych klientów. Trafna jest zatem konkluzja sądu, że przyznanie przedsiębiorcy (w danej sprawie obciążonego nienależnie nałożonym podatkiem) odszkodowania w pełnej wysokości (tj. zwrotu tegoż podatku w całości) „niekoniecznie prowadzi do bezpodstawnego wzbogacenia” (*does not necessarily entail his unjust enrichment*) — „nawet jeśli zostanie wykazane, że przedsiębiorca przerzucił tę nienależną opłatę w całości lub w części na osoby trzecie”²⁵.

Z powołanych orzeczeń płynie konkluzja, że **przerzucenie przez przedsiębiorcę nadmiernego obciążenia na swych klientów** — i to niezależnie od tego, z jakiego źródła wynika podwyższony koszt działalności przedsiębiorcy²⁶, **nie prowadzi** („automatycznie”) **do bezpodstawnego wzbogacenia danego przedsiębiorcy**. Jest to konkluzja doniosła w kontekście problematyki *passing-on* w ramach dochodzenia naprawienia szkody antymonopolowej (szerzej o tym zob. pkt 6).

4. DYSKUSYJNOŚĆ „PODSTAW JURYDYCZNYCH” DLA OBRONY *PASSING-ON* W SPRAWACH ANTYMONOPOLOWYCH

4.1. Żaden z dotychczasowych wyroków sądów unijnych nie zajmował się zagadnieniem *passing-on* w ramach procesów o naprawienie szkody antymonopolowej. W związku z tym (a także mając na uwadze powyższą konkluzję) — w mojej opinii — nie można przyjmować, że judykatura unijna daje podstawy (a tym bardziej podstawy jednoznaczne) do wprowadzenia w drodze normatywnej rozwiązania, które (jako zasada!) dopuszcza możliwość powoływania się przez sprawcę naruszenia prawa konkurencji na obronę *passing-on* jako instrument mający limitować zakres jego odpowiedzialności (wielkość odszkodowania), a być

²⁴ Zob. pkt 30 *in fine* wyroku w sprawie *Comateb* oraz pkt 99 wyroku w sprawie *Weber's*. W tym pierwszym — jako konsekwencję przerwienia przez przedsiębiorcę obciążenia wynikłego z nienależnie nałożonego nań podatku — wskazano: „zredukowanie wolumenu importu z innych państw członkowskich” („restricting the volume of imports from other Member State”); w tym drugim — podniesiono, że „nawet jeśli opłata jest w całości inkorporowana w cenę, osoba podlegająca opodatkowaniu może ponieść szkodę w wyniku **spadku wielkości jego sprzedaży**” („even where the charge is wholly incorporated in the price, the taxable person may suffer as a result of a **fall in the volume of his sales**”) [wyróżnienia — K.K.].

²⁵ „[...] even where it is established that the burden of the charge levied though not due has been passed on in whole or in part to third parties”; pkt 98 w sprawie *Weber's* (oraz cytowane tam wyroki).

²⁶ Zatem źródłem tym może być zarówno delikt (jak np. bezprawnie nałożony podatek czy też naruszenie prawa konkurencji prowadzące do podwyższenia ceny towaru), jak i zachowanie zgodne z prawem (czyli np. wzrost kosztów działalności samego dostawcy wynikający np. ze (zgodnego z prawem) ustanowienia lub zwiększenia opłat publicznoprawnych (jak zwłaszcza podatków).

może całkowicie odpowiedzialność tę wykluczać. Tymczasem takie właśnie rozwiązanie zostało przyjęte w dyrektywie. Dopuszczenie tego zarzutu dedukuje się zarazem z generalnej zasady, że „każdy może dochodzić odszkodowania z tytułu poniesionej szkody, jeżeli zachodzi związek przyczynowy między tą szkodą a naruszeniem prawa konkurencji” (zob. motyw 11 preambuły DD). W mojej ocenie taka dedukcja jest zbyt daleko idąca (zob. też niżej).

Owszem, cytowane wyżej stwierdzenie zostało zawarte w jednym z wyroków dotyczących szkody antymonopolowej (sprawa *Manfredi*²⁷). Uważam wszakże, że — pomijając fakt, że cytowane stwierdzenie w ogóle nie nawiązuje (ani merytorycznie, ani tym bardziej literalnie) do problematyki *passing-on* — to zwłaszcza z uwagi na posłużenie się terminem „każdy” — daje ono podstawę jedynie do tego, aby zakresem podmiotów uprawnionych do dochodzenia naprawienia szkody antymonopolowej obejmować także nabywców pośrednich (o ile zostało na nich przerzucone nadmierne obciążenie, a sami obciążenia tego nie przyrzucili na własnych klientów). Takie rozwiązanie zaś nie musi, a — ze względów systemowych — nie powinno automatycznie prowadzić do przyznania (jako zasada) sprawcom naruszenia prawa do powoływania się na zarzut *passing-on* (zob. pkt 8 i 9).

4.2. W związku z powyższym, dziwić może także istotna zmiana stanowiska Komisji Europejskiej (dalej: Komisja) odnoszącego się do analizowanego zagadnienia. Jeszcze bowiem w 2005 r. Komisja — w Zielonej Księdze — zwracając uwagę na trudności w oszacowaniu wielkości przerzucenia nadmiernego obciążenia oraz znajdując się pewnie pod wpływem podejścia, jakie w tej materii prezentował amerykański Sąd Najwyższy — bardzo sceptycznie odnosiła się do dopuszczalności obrony *passing-on*, przewidując w większości opcje rozwiązań, w których obrona jest wykluczona²⁸. Następnie — po wydaniu wyroku w sprawie *Manfredi* — Komisja w Białej Księdze z 2008 r. radykalnie zmieniła swoje stanowisko, uznając, że *passing-on* można stosować zarówno jako formę obrony (przez pozwanego — jako tzw. tarcza), jak i jako tzw. miecz (tj. przez powodów będących nabywcami pośrednimi — *indirect customers* — przyznając im czynną legitymację procesową). W mojej ocenie taka zmiana jest niezrozumiała, zwłaszcza że ani w sprawie *Manfredi* (ani w żadnej innej sprawie unijnej z zakresu *private enforcement*) sąd nie analizował problematyki *passing-on* (ani nawet pojęcia tego ani razu nie użył²⁹).

²⁷ Zob. zwłaszcza pkt 61 wyroku w sprawie *Manfredi* („każda osoba jest uprawniona żądać naprawienia poniesionej szkody, jeśli między tą szkodą a porozumieniem lub praktyką zakazanymi przez art. 81 WE [obecnie: art. 101 TFUE] istnieje związek przyczynowy”); zob. też art. 3 ust. 1 DD oraz art. 3 u.r.n.s.

²⁸ „[...] the passing-on defence is excluded”; zob. pkt 2.4 Zielonej Księgi Komisji: „Roszczenia o odszkodowanie za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i nadużywanie pozycji dominującej”, Bruksela, dnia 19 grudnia 2005 r., KOM(2005) 672, KES(2005) 173; w punkcie tym Komisja wskazuje także, że: „obrona przez powołanie się na przenoszenie obciążeń znacząco komplikuje sprawy roszczeń o odszkodowanie z racji nadmiernej trudności udowodnienia rzeczywistych strat poniesionych na poszczególnych szczeblach łańcucha dostaw”.

²⁹ Na co trafnie zwraca się uwagę w piśmiennictwie; A. Botta: *The Principle of Passing on in EU Competition Law in the Aftermath of the Damages Directive*, *European Review of Private Law* 2017, Vol. 5, s. 887.

Uważam zatem powoływanie się na ów wyrok jako „jurydyczną podstawę” aprobaty obrony *passing-on* w prawie UE za konkluzję niezasadną, a z pewnością zbyt daleko idącą.

5. ZARZUT *PASSING-ON* A DOKTRYNA *COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO*

5.1. UWAGI WPROWADZAJĄCE; SZKODA NORMATYWNA I SZKODA NATURALNA

5.1.1. Również przed wejściem w życie dyrektywy sądy państw członkowskich aprobowaly instytucję *passing-on*, przy czym nie prezentowały w tej materii jednolitego stanowiska³⁰. Jednocześnie od strony systemowej postrzegały **zastosowanie *passing-on* jako odmianę (wariant) tzw. doktryny *compensatio lucri cum damno***³¹, która pozwala na zdyskontowanie (z kwoty odszkodowania) korzyści, jakie poszkodowany uzyskał wskutek zdarzenia wyrządzającego szkodę³² (czyli w danym przypadku naruszenia prawa konkurencji). Choć przepisy polskiego prawa (zwłaszcza kodeksu cywilnego) nie zawierają generalnej podstawy normatywnej dla *compensatio lucri cum damno*³³, to jednak znalazła ona swoją akceptację w orzecznictwie (w tym zwłaszcza SN), który jako „normatywne podłoże jej zastosowania” traktuje **art. 361 § 2 k.c.**³⁴ Jednocześnie zarazem żaden z dotychczas wydanych wyroków nie dotyczył zastosowania tej instytucji w sprawach o naprawienie szkody antymonopolowej (póki co SN w ogóle nie miał okazji rozpatrywać sprawy dotyczącej problematyki tego rodzaju szkody).

³⁰ Szerzej o tym zob. np. K. Kohutek: *Przerzucanie nadmiernego obciążenia...*, *op. cit.*

³¹ Zob. też pkt 15 komunikatu Komisji: Wytyczne dla sądów krajowych dotyczące sposobu szacowania, jaka część nadmiernego obciążenia została przerzucona na nabywcę pośredniego (2019/C 267/07) (Dz. Urz. UE C 267 z 9.08.2019 r., s. 4), w którym Komisja stwierdza, że „w zależności od systemu prawnego sąd krajowy może uznać takie przerzucenie za ograniczenie straty rzeczywistej lub odnieść się do innych przepisów lub **zasad, takich jak *compensatio lucri cum damno*** [wyróżnienie — K.K.]”.

³² P.C. de Sousa: *EU and National Approaches to Passing on and Causation in Competition Damages Cases — A Doctrine in Search of Balance*, *Common Market Law Review* 2018, Vol. 55, s. 1751–1784.

³³ Zob. np. wyrok SN z dnia 14 października 2016 r., I CSK 685/15, LEX nr 2151461 („Trudno wskazać ogólne zasady stosowania *compensatio lucri cum damno*, na co wpływa brak materiału normatywnego”); postanowienie SN z dnia 7 grudnia 2018 r., III CZP 51/18 („Trudno wskazać ogólne zasady stosowania *compensatio lucri cum damno*, na co wpływa brak materiału normatywnego”); wyrok SN z dnia 15 lutego 2018 r., I CSK 341/17, który odnosząc się do zasady *compensatio lucri cum damno*, wskazał, że „zasada ta w obowiązującym systemie prawa pozytywnego nie ma podstawy normatywnej, a jest wywodzona z obowiązku ustalania rozmiaru podlegającego naprawieniu uszczerbku powstałego na skutek zdarzenia szkodzącego”); zob. też wyrok SN z dnia 9 lutego 2017 r., IV CSK 265/16 („Zasada wyrównania korzyści z uszczerbkiem (*compensatio lucri cum damno*) wynika z unormowania art. 361 § 2 k.c.”).

³⁴ Zob. wyroki cytowane w przyp. wyżej, a także wyrok SN z dnia 21 listopada 2018 r., I PK 167/17 („normatywnym podłożem zastosowania zasady *compensatio lucri cum damno*, będącej składnikiem ustalenia prawnie relewantnego uszczerbku majątkowego, jest art. 361 § 2 k.c.”).

5.1.2. Ze stanowiska SN jednoznacznie wynika, że **zastosowanie doktryny *compensatio lucri cum damno* nie oznacza zredukowania (miarkowania) odszkodowania, lecz stanowi element ustalenia wysokości samej szkody** (a ściślej tej, która podlega naprawieniu³⁵). Taka konstrukcja koresponduje zarazem z tą, jaką prawodawca unijny przyjął dla „wyjaśnienia” (uzasadnienia) zarzutu *passing-on* w ramach dochodzenia naprawienia szkody antymonopolowej. Prawodawca ów wyraźnie wskazał, że „jeżeli poszkodowany doprowadził do zmniejszenia swojej straty rzeczywistej poprzez jej całkowite lub częściowe przerzucenie na swoich własnych nabywców, **przerzucona strata nie stanowi już szkody**, z tytułu której podmiotowi, który dokonał takiego przerzucenia, przysługuje odszkodowanie” [wyróżnienie — K.K.]; zob. **motyw 39 preambuły do DD**. W cytowanym motywie wyjaśniono zatem wprost, że uwzględnienie zarzutu *passing-on* redukuje wysokość samej szkody (podlegającej naprawieniu), a — w skrajnym przypadku — być może nawet całkiem szkodę tę eliminować³⁶.

W związku z rozwiązaniem zawartym w cytowanym motywie preambuły nasuwają się dwa spostrzeżenia. Po pierwsze, szkoda, jaka powstała wskutek naruszenia prawa konkurencji — w przypadku gdy doszło do skutecznego podniesienia zarzutu *passing-on* — stanowi **rodzaj tzw. szkody normatywnej**. Jest bowiem takim uszczerbkiem w mieniu poszkodowanego, z jakim prawo wiąże obowiązek naprawienia³⁷ (jest to uszczerbek pomniejszony o kwoty, jakie — w ramach podwyżek własnych cen — poszkodowany przerzucił na jego klientów; tylko taki uszczerbek jest „prawnie relewantny”³⁸). Szkoda normatywna jest — przynajmniej w wymienionym wyżej przypadku — pojęciem węższym od szkody rzeczywistej, określanej jako **szkoda naturalna** (tj. istniejąca jakby „niezależnie od prawa, którego zadaniem jest nałożenie na jakiś podmiot odpowiedzialności”³⁹).

Ustalenie zatem, jaki uszczerbek jest prawnie relewantny (*ergo* podlegający naprawieniu), czyli zarazem „zdefiniowanie” szkody normatywnej, jest każdorazowo przejawem określonego stanowiska (wyboru) prawodawcy, będąc z tej perspektywy zabiegiem arbitralnym (uznaniowym⁴⁰), a nawet — w moim przekonaniu — kolidującym z samą istotą przyjmowanej w orzecznictwie⁴¹ i w doktry-

³⁵ Jak to się powszechnie wskazuje w judykaturze, „wyrównanie korzyści z uszczerbkiem nie stanowi zmniejszenia odszkodowania ani jego miarkowania, tylko stanowi element ustalania zakresu prawnie relewantnego uszczerbku w mieniu poszkodowanego”; zob. wyrok SN z dnia 3 kwietnia 2019 r., II CSK 100/18; wyrok SN z dnia 19 czerwca 2018 r., I CSK 507/17; wyrok SN z dnia 14 października 2016 r., I CSK 685/15, LEX nr 2151461, oraz wyrok SN z dnia 21 sierpnia 2013 r., II CSK 681/12 (niepubl.).

³⁶ Tj. w sytuacji, gdy nadmierne obciążenie zostało w całości przerzucone, a zarazem nie doszło do spadku sprzedaży po stronie przedsiębiorcy, który dokonał przerzucenia; zob. też pkt 5.

³⁷ M. Kaliński: *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2011, s. 175 oraz cytowana tam literatura.

³⁸ Zob. wyroki cytowane w przyp. 35.

³⁹ M. Kaliński: *Szkoda...*, *op. cit.*, s. 175 i cytowana tam literatura.

⁴⁰ Co również koresponduje z konkluzjami płynącymi z rozważań dotyczących ekonomicznych aspektów *passing-on* (zob. pkt 2).

⁴¹ Wyrok SN z dnia 13 października 2005 r., I CK 185/05 oraz cytowane tam orzeczenia.

nie⁴² definicji szkody (tj. różnicy pomiędzy obecnym stanem majątkowym poszkodowanego a stanem, który by istniał, gdyby nie rozpatrywane zdarzenie). Także konstrukcja przyjęta w dyrektywie (zob. zwłaszcza motyw 39 preambuły) jest przejawem takiego arbitralizmu, przy czym nie jest on — niejako sam w sobie — czymś negatywnym, a ocena takiej konstrukcji powinna być dokonana po przeanalizowaniu zarówno wartości, jakie ma ona chronić, jak i prawno-ekonomicznych konsekwencji jej zastosowania.

Po drugie, z uwagi na swego rodzaju „**tożsamość normatywno-systemowego usprawiedliwienia**” zarówno dla zastosowania zarzutu *passing-on*, jak i dla doktryny *compensatio lucri cum damno*, zasadne (co najmniej wskazane/spójne) byłoby, gdyby uwzględnienie tego zarzutu — w (przynajmniej „krajowych”) procesach o naprawienie szkody antymonopolowej — spełniało (wypracowane przez SN) warunki zastosowania tej doktryny.

5.2. TOŻSAMOŚĆ ZDARZENIA SZKODZĄCEGO I PRZYNOŚĄCEGO KORZYŚĆ

5.2.1. W judykaturze i doktrynie⁴³ powszechnie przyjmuje się, że warunkiem zastosowania instytucji *compensatio lucri cum damno* jest „**tożsamość**” zdarzenia powodującego szkodę oraz zdarzenia przynoszącego korzyść⁴⁴. Z zasady więc „nie podlegają zaliczeniu korzyści majątkowe, które nie wynikają z tego samego zdarze-

⁴² Zob. np. R. Kaczmarek: *Pojęcie szkody w literaturze karnistycznej w porównaniu z jej cywilistyczną kwalifikacją*, Nowe Prawo 1982, nr 11–12; A. Koch: *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 59; T. Pajor: *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 147.

⁴³ Zob. np. G. Karaszewski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. J. Ciszewskiego, P. Nazaruka, LEX 2019 („Jeżeli bowiem z tego samego zdarzenia, które wyrządza szkodę, wynika dla poszkodowanego korzyść majątkowa, odszkodowanie powinno być pomniejszone o tę korzyść”); T. Dybowski (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2009, s. 304; M. Kaliński: *Szkoda...*, *op. cit.*, s. 485, oraz A. Olejniczak (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, *Zobowiązania — część ogólna*, pod red. A. Kidyby, wyd. 2, LEX 2014, wskazujący, że zredukowanie szkody w oparciu o „podstawę *compensatio lucri cum damno* [...] o wielkość uzyskanych korzyści [...] jest możliwe tylko wówczas, gdy szkoda i korzyści są skutkiem tego samego zdarzenia”.

⁴⁴ Zob. np. wyrok SN z dnia 21 listopada 2018 r., I PK 167/17 („W doktrynie i judykaturze dominuje stanowisko, że zaliczenie korzyści przy ustalaniu rozmiaru szkody jest możliwe jedynie wówczas, gdy szkoda i korzyści są skutkiem tego samego zdarzenia”); postanowienie SN z dnia 7 grudnia 2018 r., III CZP 51/18 oraz cytowane tam wyroki („Zasadniczo przyjmuje się, że nie podlegają zaliczeniu korzyści majątkowe, które nie wynikają z tego samego zdarzenia”); wyrok SN z dnia 9 lutego 2017 r., IV CSK 265/16 („Zasada wyrównania korzyści z uszczerbkiem (*compensatio lucri cum damno*), wynikająca z unormowania art. 361 § 2 k.c., nakłada na sąd obowiązek ustalenia rozmiaru uszczerbku majątkowego podlegającego naprawieniu z uwzględnieniem korzyści odniesionej w następstwie tego samego zdarzenia szkodzącego, zaspokajającej te same potrzeby poszkodowanego i mającej tę samą podstawę prawną”); zob. też wyrok SN z dnia 21 listopada 2018 r., I PK 167/17 („Zasada kompensacji szkody z uzyskanymi przez poszkodowanego korzyściami wynika z jurysdykcyjnego przekonania, że poszkodowany w końcowym rezultacie naprawienia szkody nie powinien otrzymać więcej, niż wynosi sama szkoda, tyle że zaliczenie korzyści na poczet odszkodowania wymaga, aby **zdarzenie wywołujące szkodę było jednocześnie i równocześnie źródłem korzyści** dla poszkodowanego [wyróżnienie — K.K.]”).

nia⁴⁵. Z takim stanowiskiem koresponduje „orzecznicze zdefiniowanie” pojęcia „korzyści” podlegających kompensacji. Przyjęto w nim, że „przez korzyść podlegającą uwzględnieniu przy określeniu wysokości szkody należy rozumieć powiększenie aktywów lub zmniejszenie pasywów poszkodowanego następujące wskutek zdarzenia szkodzącego”⁴⁶.

Odnosząc powyższe do zarzutu *passing-on*, trudno przyjmować, że w przypadku tym spełniony został warunek tożsamości zdarzenia wywołującego szkodę i zdarzenia przynoszącego korzyść; tym pierwszym jest bowiem nabywanie (od sprawcy naruszenia prawa konkurencji) towarów po podwyższonych (wskutek tego naruszenia) cenach, podczas gdy tym drugim jest przerzucenie tej podwyżki przez nabywcę (poszkodowanego) na własnych klientów. **Są to nie tylko odrębne zdarzenia, lecz także zdarzenia, które (mogą) — ale nie muszą — pozostawać w wymaganym związku przyczynowym.** Warte podkreślenia jest zarazem wyraźne akcentowanie przez Sąd Najwyższy konieczności spełniania wspomnianego warunku — jako swego rodzaju „systemowej legitymacji” doktryny *compensatio lucri cum damno* — tj. **pozostawania jej w zgodności z samym celem (istotą) odszkodowania**⁴⁷. Warunek ów (przynajmniej w sposób, w jaki postrzegany jest w judykaturze krajowej) nie może być zatem uznawany za spełniony w przypadku, gdy miałby on usprawiedliwiać („legitymizować”) obronę *passing-on* w ramach procedury o naprawienie szkody antymonopolowej.

5.2.2. Warto zarazem odnotować, że w większości spraw rozpatrywanych w polskiej judykaturze sądy odmawiały zastosowania doktryny *compensatio lucri cum damno* (właśnie z uwagi na brak spełnienia wspomnianego warunku tożsamości zdarzeń — tj. wywołującego szkodę oraz przynoszącego korzyść); taka tożsamość zachodzi na przykład w przypadku szkody polegającej na zniszczeniu samochodu (zazwyczaj wskutek wypadku, kolizji⁴⁸).

Powyższe ilustruje **wyjątkowość zastosowania doktryny *compensatio lucri cum damno*** wynikającą — jak należy sądzić — także z braku ogólnej podstawy normatywnej dla jej stosowania; przemawia to za wąską interpretacją (zakresem zastosowania) tej doktryny, tj. wymagającą ścisłego przestrzegania opisanego wyżej warunku tożsamości zdarzeń (co wszak podkreśla także cytowane wyżej orzecznictwo SN).

⁴⁵ Wyrok SN z dnia 14 października 2016 r., I CSK 685/15, LEX nr 2151461 i cytowane tam orzecznictwo.

⁴⁶ Wyrok SN z dnia 26 kwietnia 2019 r., V CSK 9/18.

⁴⁷ Zob. wyrok SN z dnia 5 grudnia 2016 r., III PK 35/16 („Ta tożsamość zdarzenia jest warunkiem zastosowania zasady wyrównania korzyści z uszczerbkiem. Jeżeli warunek ten nie zachodzi, **jeżeli korzyść i uszczerbek wynikły z różnych zdarzeń, zastosowanie omawianej zasady jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to sprzeczne z celem odszkodowania** [wyróżnienie — K.K.]”).

⁴⁸ Szkoda ofiary polegała na utracie zniszczonego samochodu (przy tzw. szkodzie całkowitej), a jej korzyść stanowiła (a ściślej mogła stanowić) wartość złomu (ewentualnie niezniszczonych części tego samochodu); zob. wyrok z dnia 13 października 2005 r., I CK 185/05, w którym sąd wskazał, że „zobowiązany do naprawienia szkody może np. odliczyć od wartości zniszczonej przez niego rzeczy uzyskaną przez poszkodowanego cenę za sprzedaż tej rzeczy jako złomu”.

5.2.3. Należy wskazać, że w niektórych **przepisach szczególnych** (w relacji do ogólnych norm dochodzenia naprawienia szkody, w tym art. 361 k.c.) zawarto wyraźne unormowanie inkorporujące doktrynę (mechanizm) *compensatio lucri cum damno*. Dotyczy to zarówno przepisów „kodeksowych” (jak np. art. 709⁴⁹ k.c. — normującego skutki wypowiedzenia przez finansującego umowy leasingu na skutek okoliczności, za które korzystający ponosi odpowiedzialność⁴⁹, co także SN uznał za przejaw zastosowania ww. doktryny⁵⁰), jak i „pozakodeksowych” (np. art. 49 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt⁵¹).

Zarówno w przykładzie ze szkodą całkowitą pojazdu, jak i z ubojem zwierzęcia nie ma wątpliwości co do tożsamości zdarzenia („szkodzącego” i „przynoszącego korzyść”). Jednocześnie także w relacjach handlowych (w tym „antymonopolowych”) można sobie wyobrazić przypadki, w których instytucja *compensatio lucri cum damno* miałaby zasadne (legitymowane) zastosowanie, ponieważ spełniony zostałby wymieniony wyżej wymóg tożsamości. Chodzić by tu mogło przykładowo o sytuację, w której wskutek naruszenia doszło do podwyżki ceny towaru X, ale jednocześnie sprawca naruszenia (np. w celu niepogarszania relacji handlowych z nabywcą) zaoferował temu drugiemu — „w pakiecie” — dodatkową (darmową) usługę Y (np. dostawy) lub inny towar Y — nawet jeśli kontrahent sprawcy nie byłby zainteresowany taką dodatkową usługą (towarem) — tzw. sprzedaż wiązana⁵². W takim przypadku wskutek tego samego zdarzenia — tj. umowy tej sprzedaży — kontrahent sprawcy naruszenia poniósł jednocześnie stratę (wskutek nabywania

⁴⁹ Zgodnie z tym przepisem w razie wypowiedzenia przez finansującego umowy leasingu na skutek okoliczności, za które korzystający ponosi odpowiedzialność, finansujący może żądać od korzystającego natychmiastowego zapłacenia wszystkich przewidzianych w umowie, a niezapłaconych rat, pomniejszonych o korzyści, jakie finansujący uzyskał wskutek ich zapłaty przed umówionym terminem, i rozwiązania umowy leasingu. Sąd Najwyższy wyjaśnił zarazem, że „korzyścią uzyskaną przez finansującego, o której mowa w art. 709¹⁵ k.c., nie jest wartość przedmiotu leasingu z chwili jego zwrotu, lecz co do zasady wartość, którą finansujący uzyskał w chwili sprzedaży przedmiotu leasingu” (wyrok SN z dnia 28 października 2016 r., I CSK 649/15).

⁵⁰ Zob. wyrok SN z dnia 28 października 2016 r., I CSK 649/15 oraz cytowane tam (m.in.) wyrok SN z dnia 15 lutego 2008 r., I CSK 354/07, OSNC-ZD, nr D, poz. 116; wyrok SN z dnia 28 stycznia 2010 r., I CSK 216/09 (niepubl.); wyrok SN z dnia 14 lipca 2010 r., V CSK 4/10, OSNC 2011, nr 3, poz. 29. Jak to wskazał SN, „ze względu na to, że odszkodowanie nie może przewyższać uszczerbku w majątku poszkodowanego, **należyne finansującemu odszkodowanie podlega pomniejszeniu — zgodnie z zasadą *compensatio lucri cum damno* — o uzyskane przez niego korzyści**. Ogólnie rzecz ujmując, chodzi o rozliczenie korzyści finansującego z rozwiązania umowy leasingu w postaci zysków wynikających z odzyskania rzeczy będącej przedmiotem umowy leasingu i zadysonowania nią przez sprzedaż, oddanie do odpłatnego używania lub korzystania. W razie sprzedaży rzeczy będącej przedmiotem leasingu, **korzyść leasingodawcy wyznacza cena uzyskana ze sprzedaży** [wyróżnienie — K.K.]”.

⁵¹ Przepis ten (w swych ust. 1 i 2) stanowi, że za wymienione w nim zwierzęta (głównie bydło i drób), które zostały zabite lub poddane ubojowi z nakazu organów Inspekcji Weterynaryjnej, przysługuje — ze środków budżetu państwa — odszkodowanie (w wysokości wartości rynkowej zwierzęcia). Jednocześnie w ust. 5 zastrzeżono, że „w przypadku zwierzęcia poddanego ubojowi, którego mięso jest zdatne do spożycia przez ludzi, **odszkodowanie pomniejsza się o kwoty uzyskane ze sprzedaży** mięsa i ubocznych produktów zwierzęcych pozyskanych od tego zwierzęcia [wyróżnienie — K.K.]”.

⁵² Taka sprzedaż wiązana, choć częsta w obrocie handlowym i zarazem legalna, to jednak — w razie gdy jest stosowana przez dominantów (zob. art. 9 ust. 2 pkt 4 u.o.k.k.) lub stanowi przedmiot porozumienia (tzw. kolektywna sprzedaż wiązana; zob. art. 6 ust. 1 pkt 5 u.o.k.k.) — może stanowić naruszenie reguła prawa konkurencji.

towaru X po zawyżonych cenach), ale zarazem uzyskał pewną korzyść darmową — usługę (Y) lub inny darmowy towar Y (nawet jeśli towar Y nie jest mu potrzebny, lecz mogący zostać zbyty na wolnym rynku).

5.3. CZY WYSTARCZY ZWIĄZEK PRZYCZYNOWY MIĘDZY ZDARZENIEM SZKODZĄCYM A PRZYNOSZĄCYM KORZYŚĆ? (TZW. FORMUŁA *SAINSBURY*)

5.3.1. Kierując się dotychczasowym polskim orzecznictwem dotyczącym warunków zastosowania doktryny *compensatio lucri cum damno*, należy skonstatować, że w oparciu o tę doktrynę nie dałoby się „legitymizować” dopuszczalności powoływania się przez sprawcę naruszenia na zarzut *passing-on*. Jest tak z powodu braku tożsamości zdarzenia szkodzącego oraz zdarzenia przynoszącego korzyść. Należy jednak pamiętać, że żadne z krajowych orzeczeń odnoszących się do *compensatio lucri cum damno* oczywiście nie dotyczyło tegoż zarzutu ani także w ogóle problematyki szkody antymonopolowej.

W tym miejscu warto zarazem powołać jedno z orzeczeń sądu powszechnego, w którym rozpatrywano zarzut *passing-on* (podniesiony właśnie w ramach obrony przed pozwem o naprawienie szkody antymonopolowej). Chodzi mianowicie o **wyrok brytyjskiego Trybunału Odwoławczego do spraw Konkurencji (tzw. CAT) w sprawie *Sainsbury***⁵³; wyrok ów relatywnie często jest omawiany i komentowany w doktrynie — zwłaszcza zagranicznej — właśnie jako dający istotne wskazówki w zakresie praktycznego zastosowania *passing-on*. Zdaniem CAT pozwany musi udowodnić, że nastąpiła „identyfikowalna” (*identifiable*) podwyżka cen stosowanych przez nabywcę oraz — co istotne w kontekście omawianego problemu — dana „**podwyżka pozostaje w związku przyczynowym z nadmiernym obciążeniem**” (*increase in price must be causally connected with the overcharge*). Nie jest zatem konieczna tożsamość zdarzenia szkodzącego i przynoszącego korzyść (co wymaga doktryna *compensatio lucri cum damno*), przy czym CAT do doktryny tej się nie odnosił (również w innych sprawach odszkodowawczych sądy brytyjskie powoływały się na przesłankę związku przyczynowego⁵⁴). W powołanej sprawie sąd bliżej nie analizował przypadku, w jakim za spełniony należałoby uznać wzmiankowaną przesłankę związku przyczynowego, konstatując jedynie, że w danym przypadku — podniesiona przez MasterCard (pозwanego) „obrona *passing-on* nie

⁵³ Competition Appeal Tribunal; wyrok z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie nr 1241/5/7/15 (T), *Sainsbury Supermarkets v. MasterCard* (dalej: wyrok w sprawie *Sainsbury*).

⁵⁴ Pkt 30 wyroku w sprawie *Globalia Business Travel SAU v. Fulton Shipping Inc.* [2017] UKSC 43 (cyt. za: P.C. de Sousa: *EU and National Approaches to Passing...*, *op. cit.*, s. 1751–1784). W wyroku tym wskazano, że kwestią kluczową jest nie tyle, czy zdarzenia „są takie same w swej naturze” („are similar in nature”), ile „czy zachodzi wystarczająco bliskie powiązanie pomiędzy nimi” („whether there is a sufficiently close link between the two”), a „relevantnym powiązaniem jest kausalność” („the relevant link is causation”).

może być uwzględniona” (*pass-on defence must fail*), a to z tego względu, iż nie wykazano podwyżki cen detalicznych, „tym bardziej takiego, który jest przyczynowo związany z podwyższoną opłatą *interchange*” (*still less one that is causally connected with the UK MIF*). Jak należy sądzić, brak spełnienia takiej przesłanki (mimo wykazania podwyżki cen zastosowanych przez kontrahenta sprawcy naruszenia) zachodzić będzie zwłaszcza w tym przypadku, kiedy wzmiankowana podwyżka jest następstwem innego zdarzenia niż wzrost cen spowodowany naruszeniem antymonopolowym (np. będzie wynikać z nałożenia nowego podatku). O ile by taką interpretację uznać za trafną (a tak należy sądzić), o tyle analiza w zakresie *passing-on* niejako „powraca” do kluczowego kryterium (mechanizmu) powszechnie stosowanego przy szacowaniu wysokości samej szkody antymonopolowej, czyli porównania aktualnej sytuacji poszkodowanego (stanu jego majątku) z sytuacją hipotetyczną, czyli taką, w jakiej by się prawdopodobnie znalazł, gdyby nie doszło do naruszenia⁵⁵. Jeśli bowiem określoną podwyżkę cen można zasadnie przypisać do innego (niż to naruszenie) zdarzenia (np. wprowadzenia nowego podatku), wówczas należy konstatować, że podwyżka ta miałaby miejsce także wówczas, gdyby (hipotetycznie) do naruszenia nie doszło. Prowadzi to do wniosku o braku spełnienia przesłanki związku przyczynowego (wedle formuły *Sainsbury*) i tym samym braku dopuszczalności obrony *passing-on*. Słabością tej formuły jest zatem „zatarcie się” różnicy pomiędzy kryterium dopuszczalności *passing-on defence* a generalnym kryterium (mechanizmem) szacowania wysokości samej szkody⁵⁶, tj. mechanizm oparty na ustalaniu tzw. scenariusza alternatywnego (*but-for scenario*).

5.3.2. Także polska judykatura i doktryna zwracają uwagę na pozostawianie w określonym związku zdarzenia szkodzącego oraz zdarzenia przynoszącego korzyść, przy czym — warunek ów jest niejako „dodatkowy” (tj. wymagany obok opisanego wyżej warunku tożsamości tych zdarzeń; w przeciwnym razie nawet pozostawianie tych zdarzeń w powiązaniu faktycznym wyklucza zastosowanie tej doktryny⁵⁷). Wskazuje się, że „finalnie ograniczenie kompensacji obejmuje sytuacje, w których istnieje tożsamość zdarzenia szkodzącego ze zdarzeniem będącym źródłem przysporzenia, co sprowadza się do ustalenia, że zarówno szkoda, jak i uzyskana korzyść są normalnymi następstwami tego samego zdarzenia, a więc zdarzenie szkodzące musi stanowić konieczną przesłankę uzyskania przez poszkodowanego korzyści”⁵⁸. Jednocześnie wskazuje się, że „powiązanie między szkodą a uzyskaniem

⁵⁵ Zob. też K. Kohutek: *Szkoda antymonopolowa...*, *op. cit.*, s. 163.

⁵⁶ Inna sprawa, że w istocie analiza problematyki obrony *passing-on* także zmierza do ustalenia wysokości szkody, a ściślej szkody podlegającej naprawieniu (zob. pkt 5.1).

⁵⁷ Zob. np. M. Kaliński (w:) *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Legalis 2018 („jeżeli korzyść i uszczerbek wynikły z różnych zdarzeń, nawet pozostających w koincydencji faktycznej, wówczas wyrównanie korzyści z uszczerbkiem nie jest dopuszczalne”).

⁵⁸ Zob. np. M. Kaliński (w:) *System prawa prywatnego*, t. 6, *op. cit.*, Warszawa 2009, s. 158.

owej korzyści nie musi mieć postaci adekwatnego związku przyczynowego — wystarczy tutaj związek *conditio sine qua non*⁵⁹.

5.3.3. W związku z powyższym należałoby ocenić „systemową legitymację” dopuszczalności obrony *passing-on*, jednocześnie wszak dokonując swego rodzaju złagodzenia wymogu jej zastosowania, tj. sprowadzając go wyłącznie do przesłanki pozostawania zdarzenia szkodzącego i zdarzenia przynoszącego korzyść⁶⁰ w określonym związku przyczynowym (tak jak przyjęto w wyroku w sprawie *Sainsbury*).

Dyrektywa nie normuje problematyki związku przyczynowego w ogóle (a zatem nie tylko jako jednej z trzech przesłanek zasądzenia odszkodowania), odsyłając w tej materii do porządków prawa krajowego⁶¹. W polskim prawie przepisem kluczowym w tej materii jest art. 361 § 1 k.c., zgodnie z którym zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Na gruncie tego przepisu wykształciła się przesłanka (teoria) normalnego (adekwatnego) związku przyczynowego; należałoby zatem zbadać jego zastosowanie do badanego zagadnienia. Powszechnie przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie, że dane zdarzenie jest normalnym skutkiem innego zdarzenia, jeśli to ostatnie każdorazowo zwiększa prawdopodobieństwo wystąpienia tego pierwszego⁶²; normalny charakter następstw ustala się, w zależności od okoliczności, zgodnie z zasadą doświadczenia życiowego albo prawa danej dyscypliny naukowej⁶³.

Odnosząc powyższe do badanego zagadnienia, trudno by zaprzeczyć, że podwyżka cen dokonana przez kontrahenta sprawcy naruszenia — z zasady — **pozostaje w związku przyczynowym z podwyżką cen spowodowaną naruszeniem**

⁵⁹ G. Karaszewski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. J. Ciszewskiego, P. Nazaruka, LEX 2019.

⁶⁰ Tj. odstępując od wymogu tożsamości tych zdarzeń.

⁶¹ Zob. motyw 11 preambuły do DD, zgodnie z którym „w przypadku braku przepisów prawa Unii powództwa o odszkodowanie podlegają krajowym przepisom i procedurom państw członkowskich”. W dalszej części tego motywu prawodawca unijny odnosi się do przepisów krajowych — „regulujących korzystanie z prawa do odszkodowania z tytułu szkody wynikającej z naruszenia art. 101 lub 102 TFUE, również **tych, które regulują aspekty nieujęte w niniejszej dyrektywie, jak np. pojęcie związku przyczynowego** [...] [wyróżnienie — K.K.]”.

⁶² Zob. też np. A. Olejniczak (w:) *Kodeks...*, pod red. A. Kidyby, LEX 2014, wskazujący, że „przy dokonywaniu oceny normalności nie jest konieczne ustalenie, że każdorazowemu zaistnieniu danej przyczyny towarzyszy badany skutek” (oraz cytowany tam wyrok SN z dnia 28 lutego 2006 r., III CSK 135/05, LEX nr 201033). Nie jest też konieczne stwierdzenie, że jest to skutek typowy, zazwyczaj występujący. Wystarczy stwierdzenie, że zwiększa się prawdopodobieństwo jego wystąpienia. Zob. np. M. Kaliński: *Szkoda...*, *op. cit.*, s. 373 oraz cytowaną tam literaturę, a także Z. Banaszczyk (w:) *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz do art. 1–449*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2011, art. 361, nb 8–9; A. Koch: *Związek przyczynowy...*, *op. cit.*, s. 128 i n.; A. Koch: *Glosa do wyroku SN z dnia 27 listopada 2002 r., I CKN 1215/00*, OSP 2004, z. 11, poz. 139; z nowszych orzeczeń zob. np. wyrok SA w Szczecinie z dnia 24 września 2019 r., LEX nr 2729397, który odnośnie do związku przyczynowego (wpływu zdarzenia na jego skutek) wskazał, że „wpływ ten, zgodnie z art. 361 k.c., ma być normalny i jest rozumiany jako odpowiedni stopień prawdopodobieństwa wystąpienia danego skutku w razie zaistnienia ocenianej przyczyny i który w zwykłym porządku rzeczy jest konsekwencją tego zdarzenia”.

⁶³ Z. Banaszczyk (w:) *Kodeks cywilny*, t. I, *op. cit.*, t. I, 2011, s. 1324 i n.

prawa konkurencji; z pewnością bowiem ta druga podwyżka (np. „podwyżka kartelowa”) zwiększa prawdopodobieństwo tego, że wynikającą z tej podwyżki stratę kontrahentów (w całości lub w części) przerzuci na swych klientów. Inną sprawą jest fakt, że podwyżka cen spowodowana naruszeniem prawa konkurencji niekoniecznie (automatycznie) prowadzi do przerzucenia tej podwyżki (nadmiernego obciążenia) „w dół rynku”. Przeciwnie, w dużej liczbie przypadków nie jest to ekonomicznie możliwe (opłacalne; zob. niżej, pkt 7.1) dla kontrahenta sprawcy, prowadząc do tego, że w całości zaabsorbuje on tę podwyżkę. Oceniana tu wszak przesłanka związku przyczynowego dotyczy powiązania pomiędzy podwyżką „antymonopolową” a (faktycznie dokonaną) podwyżką cen przez kontrahenta sprawcy naruszenia (np. strony kartelu), a nie pomiędzy tym pierwszym zdarzeniem a zachowaniem tego kontrahenta.

5.3.4. Konkludując tę część rozważań, należałoby uznać, że formuła *Sainsbury* przewiduje mniej restrykcyjne warunki dopuszczalności skutecznego powołania się na *passing-on defence* niż (wypracowane w krajowej judykaturze) warunki „legitymizacji” tej instytucji w ramach doktryny *compensatio lucri cum damno*. Nie wymaga bowiem tożsamości zdarzenia powodującego szkodę oraz przynoszącego korzyść. Formuła ta ma swoje mankamenty, ponieważ *de facto* nie ustanawia nowego analitycznego narzędzia (przesłanki) ustalenia zakresu (wysokości) szkody prawnie relewantnej. Jednocześnie formuła ta nie tylko nie wynika z przepisów prawa, ale jej źródłem nie jest nawet judykatura UE (lecz wywodzi się z jednego — z krajowych porządków orzeczniczych⁶⁴). Z tych względów nie należy jej przypisywać „wiążącego” charakteru, postrzegając ją jedynie jako możliwą drogę interpretacji (praktycznego zastosowania) obrony *passing-on*.

6. PROBLEM BEZPODSTAWNEGO WZBOGACENIA A ZJAWISKO *VOLUME EFFECT*

6.1. Przepisy dyrektywy prowadzą do wniosku, że jednym z powodów aprobaty defensywnego stosowania zarzutu *passing-on* jest unikanie nadmiernego odszkodowania (po stronie powoda), jak i ochrona pozwanego przed płaceniem zawyżonego odszkodowania (wynika to w szczególności z art. 12 ust. 1 DD⁶⁵ oraz z art. 12 ust. 2 DD⁶⁶,

⁶⁴ Jakkolwiek z pewnością porządku należącego do tych, które — jak na kraje europejskie — posiadają relatywnie spore doświadczenie w zakresie *private enforcement*.

⁶⁵ Ten przepis obliguje państwa członkowskie do tego, by „nie dochodziło do sytuacji, w której odszkodowanie z tytułu szkody przewyższa wyrządzoną powodowi szkodę wynikającą z naruszenia prawa konkurencji”.

⁶⁶ Zgodnie z tym przepisem, aby unikać nadwyżki odszkodowania, państwa członkowskie ustanawiają przepisy proceduralne odpowiednie w celu zapewnienia, by odszkodowanie z tytułu straty rzeczywistej na żadnym poziomie łańcucha dostaw nie przekraczało szkody w postaci nadmiernego obciążenia poniesionej na tym poziomie.

ale także wprost z treści preambuły do dyrektywy⁶⁷). Takie cele wskazywane są również w doktrynie⁶⁸ i judykaturze państw członkowskich⁶⁹ (ponadto — w kontekście *compensatio lucri cum damno* — również w polskiej doktrynie zauważa się, że doktryna ta „zapobiega bezpodstawnemu bogaceniu się poszkodowanego”⁷⁰). Wreszcie także Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „odszkodowanie ze swej natury ma przywrócić równowagę w majątku poszkodowanego. Nie powinno zatem prowadzić do uzyskania korzyści równoznacznych z bezpodstawnym wzbogaceniem”⁷¹.

Wobec powyższego trudno podważyć stanowisko, że na gruncie prawa unijnego (w tym porządków krajowych państw członkowskich⁷²) z zasady wysokość odszkodowania powinna odpowiadać wielkości samej szkody (wysokości, w jakiej została wyceniona). Stanowisko to jest — przynajmniej co do zasady — słuszne. Niemniej w moim przekonaniu nieuprawniona jest „obawa” prawodawcy unijnego, że — w razie braku wyraźnego zaaprobowania dopuszczalności zarzutu *passing-on* — zawsze lub zazwyczaj dochodziłoby do nadwyżki odszkodowania po stronie powoda (nabywcy bezpośredniego), który dokonał przerzucenia i tym samym nastąpiłoby jego bezpodstawne wzbogacenie.

6.2. Przede wszystkim empirycznie i teoretycznie „potwierdzonym prawem ekonomicznym”⁷³ jest to, że **podwyżka cen towarów** (niezależnie do tego, jakie były przyczyny jej wprowadzenia) **skutkuje spadkiem popytu** (na ów towar). W związku z tym dochodzi do **zredukowania sprzedaży danego przedsiębiorcy** (powoda w procesie o naprawienie szkody antymonopolowej), a w konsekwencji do redukcji jego zysków. Takie zjawisko jest często dostrzegane także w doktrynie prywatnego prawa antymonopolowego, bywając czasem określane jako **tzw.**

⁶⁷ Zob. motyw 13 *in fine* preambuły DD („pełne odszkodowanie na mocy niniejszej dyrektywy nie powinno prowadzić do nadwyżki odszkodowania, ani w drodze odszkodowania karnego, ani odszkodowania wielokrotnego, ani innego rodzaju odszkodowania”).

⁶⁸ C. Veljanovski: *The law and economics of pass-on in price fixing cases*, European Journal of Competition Law 2017, s. 15.

⁶⁹ Zob. np. wyrok w sprawie *Sainsbury*. Wskazano w nim, że celem obrony *passing-on* jest „zapobieganie nadmiernemu odszkodowaniu powoda” („prevent the over-compensation of a claimant”), jak i zapewnienie tego, aby pozwany nie płacił odszkodowania dwukrotnie za ten sam czyn niedozwolony („ensure that the defendant does not pay damages for the same wrong twice over”); pkt 480 wyroku w sprawie *Sainsbury*.

⁷⁰ Zob. np. G. Karaszewski (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, pod red. J. Ciszewskiego, P. Nazaruka, LEX 2019.

⁷¹ Zob. wyrok SN z dnia 6 marca 2019 r., I CSK 27/18 oraz cytowany tam wyrok SN z dnia 16 grudnia 1999 r., II CKN 643/98 (niepubl.).

⁷² W odróżnieniu od amerykańskiego prawa antytrustowego, które przewiduje instytucję tzw. potrójnego odszkodowania (*treble damages*); zob. rozdział (*section*) 4 ustawy Claytona (the Clayton Act), który pozwala na zasądzenie potrójnego odszkodowania (*treble damages*) na rzecz „każdej osoby [...] poszkodowanej w zakresie swej działalności gospodarczej (biznesu) lub własności wskutek praktyk zakazanych przez prawo antymonopolowe”.

⁷³ Zob. też np. C. Veljanovski: *Volume effect damages in cartel cases Why pass-on gives rise to offsetting lost volume damages*, Economics of Competition, Regulation and Litigation, March 2015 (www.casecon.com), wskazujący, że fakt, iż wzrost cen powoduje spadek sprzedaży, jest „elementarnym prawem ekonomii” („it is elementary economics”).

efekt ilościowy (*volume effect*)⁷⁴. Ponadto jest ono zauważane także w judykaturze sądów unijnych w sprawach, w których przedsiębiorca domagał się od państwa (odszkodowania) tytułem zwrotu nienależnie nałożonych na niego podatków (zob. pkt 3).

Dokonanie przez danego przedsiębiorcę *passing-on* skutkuje wprawdzie przeniesieniem na jego klientów (całości lub części) — wynikającej z nadmiernego obciążenia — straty; jednocześnie wszak powoduje powstanie po stronie tegoż przedsiębiorcy innego uszczerbku (tj. utraconych korzyści). Uzasadniona jest zatem konkluzja, że — z **ekonomiczno-finansowego punktu widzenia** — **przerzucenie nadmiernego obciążenia działa jako swego rodzaju „miecz obosieczny”**, tj. redukuje (a być może nawet eliminuje) jeden rodzaj szkody antymonopolowej, tj. stratę (*damnum emergens*), ale jednocześnie „generuje” inny rodzaj takiej szkody, tj. utracone korzyści (*lucrum cessans*). Oczywiście nie jest tak, że wysokość (skompensowanej straty) zawsze lub zazwyczaj odpowiada wysokości utraconych przez danego przedsiębiorcę zysków; skompensowana strata może być zbliżona, ale także wyższa, jak i niższa (w tym znacznie niższa) od szkody w postaci utraconych korzyści. Co więcej, wskazuje się nawet, że wysokość utraconych korzyści wynikających ze zjawiska *volume effect* może generować większy uszczerbek niż strata powstała wskutek nadmiernego obciążenia⁷⁵ (która wszak została „przerzucona”) i w rezultacie prowadzi do tego, że powodowie uzyskują odszkodowanie mniejsze niż szkoda, jaką faktycznie ponieśli (*they are undercompensated*)⁷⁶; tym bardziej więc nie zachodzi przypadek ich nadmiernej kompensacji (bezpodstawnego wzbogacenia; co potwierdzają także wieloletnie doświadczenia prywatnego wdrażania prawa konkurencji w Stanach Zjednoczonych⁷⁷).

6.3. W związku z powyższym zasadna jest konkluzja, że z uwagi na dwojaki rodzaj ekonomiczne skutki zastosowania *passing-on*, dochodzi do swego rodzaju „zbalansowania” pomiędzy (skompensowaną wskutek przerzucenia) stratą powoda a „nowym uszczerbkiem” (wynikającym z tegoż przerzucenia), tj. utraconymi korzyściami (utraconym zyskiem powoda). O ile więc — zdaniem prawodawcy unijnego — sama (przerzucona) strata nie stanowi już szkody podlegającej naprawieniu (zob. motyw 39 preambuły DD), o tyle przerzucenie to „generuje” po stronie tego samego przedsiębiorcy inny rodzaj szkody — w postaci utraconych zysków (wsku-

⁷⁴ Zob. np. *Study on the Passing-on of Overcharges. Final report*, European Union, 2016, s. ii; C. Veljanovski: *Volume effect...*, *op. cit.*, 2015/3; K. Kohutek: *Szkoda antymonopolowa...*, *op. cit.*, s. 131.

⁷⁵ „[...] lost profits due to the volume effect can be substantial, and sometimes larger than the pass-on of the overcharge”; zob. C. Veljanovski: *Volume effect...*, *op. cit.*, 2015/3.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Badania tam przeprowadzane dowodzą, że ofiary naruszeń prawa konkurencji są bardzo rzadko nadmiernie wynagradzane (*overcompensated*), mimo obowiązującej tam zasady potrójnego odszkodowania (*treble damages*). W praktyce bowiem zasadnicza większość antymonopolowych sporów odszkodowawczych kończy się ugodą, w wyniku której kwota odszkodowania na rzecz ofiary wynosi średnio około 50% szkody, jaką faktycznie ponieśli; zob. R. Lande: *The Proposed Damages Directive: The Real Lessons from the United States*, University of Baltimore Legal Studies Research Paper No. 2014/19, s. 7, 8.

tek zjawiska *volume effect*). Wprawdzie prawodawca unijny dostrzega wspomniane zjawisko (tj. szkody spowodowanej w związku z *volume effect*); zgodnie z art. 12 ust. 3 DD, niniejszy rozdział (tj. rozdział pt. „Przerzucanie nadmiernych obciążeń”) pozostaje jednak bez uszczerbku dla prawa poszkodowanego do dochodzenia i uzyskania odszkodowania za „korzyści utracone w wyniku pełnego lub częściowego przerzucenia nadmiernych obciążeń” (*loss of profits due to a full or partial passing-on of the overcharge*).

Niemniej wskazane rozwiązanie — z perspektywy procesowej oraz w szczególności w kontekście efektywności *private enforcement* (zob. niżej pkt 8) — zasługuje na krytykę. Zamiast bowiem (w mojej opinii) znacznie prostszej konstrukcji — jaka proponowana jest w niniejszym opracowaniu (zob. pkt 10), rozwiązanie to generuje potrzebę przeprowadzenia dwojakiego rodzaju dodatkowych (a zarazem trudnych i kosztownych) czynności procesowych, tj. po pierwsze, wymaga ustalenia wielkości („wyceny”), w jakim nadmierne obciążenie zostało przerzucone, oraz po drugie, wymaga oszacowania szkody w postaci utraconych korzyści (kalkulacja *volume effect*).

Jak należy sądzić, całkowite uniknięcie szkody przez nabywcę bezpośrednio (dzięki przerzuceniu przezeń nadmiernego obciążenia „kompensującego”⁷⁸ mu podwyżki cen nabywanych towarów) należeć będzie do rzadkości. Zazwyczaj więc nabywca taką szkodę poniesie i będzie ona mieć postać albo wyłącznie utraconych korzyści, albo utraconych korzyści oraz straty⁷⁹. W doktrynie unijnej postuluje się nawet, żeby podniesienie przez sprawcę naruszenia zarzutu *passing-on* skutkowało „automatycznie powstaniem domniemania, że powód poniósł szkodę ilościową” (*should automatically create a presumption that the claimant has suffered lost volume damages*), gdyż takie domniemanie znajduje wsparcie w „prostych zasadach ekonomii” (*simple economics*)⁸⁰.

7. OBRONA *PASSING-ON* A PROBLEMATYKA PRZYCZYNIENIA SIĘ POSZKODOWANEGO (ART. 362 K.C.)

7.1. Nie ma wątpliwości, że w razie gdy nabywca bezpośredni nie przerzucił nadmiernego obciążenia na swych klientów (a ściślej braku wykazania tego faktu

⁷⁸ Takim terminem posłużono się w polskim orzecznictwie na określenie zjawiska *passing-on*; zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 10 stycznia 2014 r., I ACa 1322/13. W sprawie tej powód (przedsiębiorca zajmujący się hurtową sprzedażą materiałów budowlanych) podnosił, że „jego szkoda wyraża się wyłącznie w różnicy cen zakupu cementu w poszczególnych okresach”. Odnosząc się do powyższego Sąd Apelacyjny zauważył, że „nie można wykluczyć, że powód rekompensował sobie ten wzrost, podnosząc cenę odsprzedaży, a faktyczną szkodę ponieśli klienci budujący domy i inne obiekty [wyróżnienie — K.K.]”; zob. też K. Kohutek: *Przerzucanie nadmiernego obciążenia...*, *op. cit.*

⁷⁹ K. Kohutek: *Szkoda antymonopolowa...*, *op. cit.*, s. 131.

⁸⁰ C. Veljanovski: *Volume effect damages...*, *op. cit.*, 2015/3.

przez sprawcę naruszenia)⁸¹, obrona *passing-on* upada (nie będzie mogła mieć zastosowania). Wyżej wspomniano już, że ekonomiczne możliwości dokonania wspomnianego przerzucenia mogą być ograniczone i zależne od wielu czynników rynkowych (branżowych, kosztowych itp.⁸²). Równocześnie przyjęcie w tej materii — tj. ustaleniu, czy w danym przypadku racjonalnie postępujący przedsiębiorca (nabywca) powinien „zaabsorbować” podwyżki cen wynikające z naruszenia prawa konkurencji czy też powinien on przerzucić je (choćby w części) na własnych klientów — jednoznacznych ocen nie jest łatwe (o ile w ogóle możliwe). Może zaś mieć doniosłe znaczenie prawne, tj. w kwestii określenia zakresu odpowiedzialności (wysokości szkody podlegającej naprawieniu).

Nie można przecież wykluczyć postawienia poszkodowanemu⁸³ (który zaabsorbował nadmierne obciążenie) zarzutu przyczynienia się w ten sposób do powstania (rozmiarów) jego szkody. Zgodnie z **art. 362 k.c.** jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron. Przepis ten ma zastosowanie także wobec profesjonalistów⁸⁴, czyli przedsiębiorców. Przyczynienie się poszkodowanego przesądza o konieczności obniżenia odszkodowania w określonym — mniejszym lub większym — stopniu⁸⁵. Ustawa wskazuje zarazem winę jako podstawowe kryterium (zredukowania odszkodowania), przy czym przepis ten może mieć zastosowanie także przy braku winy⁸⁶. W pierwszej kolejności należy zatem ustalić, czy, a jeśli tak, to kiedy, poszkodowanemu można przypisać winę. Pojęcie winy jest bowiem relatywnie szeroko pojmowane w cywilistyce, obejmując nie tylko winę umyślną⁸⁷, lecz także **winę nieumyślną (niedbalstwo)**; ta druga występuje, gdy poszkodowany, przewidując możliwość, że swym zachowaniem przyczyni się do powstania lub zwiększania szkody antymonopolowej, lecz bezpodstawnie przypuszczał, że tego uniknie, bądź też poszkodowany w ogóle nie miał zamiaru (świadomości) takich skutków swego zachowania, jednakże mógł i powinien mieć taką świadomość.

⁸¹ Zob. art. 13 zd. 2 DD, zgodnie z którym „ciężar dowodu, że nadmierne obciążenie zostało przerzucone, spoczywa na pozwanym [...]”.

⁸² Należą do nich np. elastyczność podaży i popytu, dynamika (stopień konkurencyjności) rynku, na którym działa przedsiębiorca (mający dokonać przerzucenia); wysoki stopień pokrycia rynku przez naruszcycieli prawa konkurencji (w tym zjawisko tzw. *industry-wide overcharge*); mały udział w rynku przedsiębiorcy dotkniętego nadmiernym obciążeniem; proporcja kosztów produktów (pochodzących z naruszenia prawa konkurencji) w towarach (usługach) oferowanych przez przedsiębiorcę (mający dokonać przerzucenia); zob. K. Kohutek: *Szkoda antymonopolowa...*, *op. cit.*, s. 117–128 (i opisane tam kazusy z praktyki orzeczniczej państw członkowskich).

⁸³ Być może także z uwagi na to, aby „ubezskuteczyć” potencjalny zarzut *passing-on defence* w procesie odszkodowawczym.

⁸⁴ Zob. wyrok SN z dnia 15 października 1997 r., III CKN 211/97, OSNC 1998, nr 3, poz. 46, z glosą A. Szpunara, OSP 1998, z. 3, poz. 63.

⁸⁵ T. Wiśniewski (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego*, pod red. J. Gudowskiego, LEX 2017.

⁸⁶ A. Olejniczak (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, pod red. A. Kidyby, LEX 2014.

⁸⁷ Co — odnosząc ten przypadek do badanego zagadnienia — należałoby uznać, że zachodzi w razie, gdy poszkodowany miał zamiar swym zachowaniem przyczynić się do powstania szkody (lub zwiększenia jej rozmiarów) — *dolus directus*, jak też kiedy przewidywał takie możliwości i na to się godził (*dolus eventualis*).

Dominuje pogląd, że właściwym kryterium oceny (powinności tej świadomości) jest należyta staranność w rozumieniu art. 355 k.c.

7.2. Odnosząc powyższe do analizowanego zagadnienia, należałoby zadać pytanie, czy w okolicznościach danego przypadku poszkodowanemu (nabywcy bezpośredniemu) można by zasadnie postawić zarzut niedbalstwa (zarzut niedochowania należytej — wymaganej dla przedsiębiorców — staranności, dbałości o własne interesy finansowe). Chodzi o sytuację, gdy poszkodowany zaabsorbował w całości nadmierne obciążenie (względnie zaabsorbował je w dużym zakresie), mimo że gdyby postąpił inaczej⁸⁸, to prawdopodobnie nie poniósłby szkody wcale (co mało realne) lub poniósłby szkodę w mniejszym rozmiarze. Ocena w tej materii (tym bardziej jednoznaczna) z pewnością jest trudna nie tylko z tego powodu, że niełatwo jest przecież ustalić (ów hipotetyczny scenariusz); trudności wiążą się będą przede wszystkim z brakiem generalno-abstrakcyjnych, a zarazem obiektywnych wzorców „rekomendowanego” (zwłaszcza w świetle kryterium należytej staranności z art. 355 k.c.) zachowania poszkodowanego w reakcji na (wynikający z naruszenia prawa konkurencji) wzrost cen towarów, w jakie się zaopatruje u sprawcy. **Na poszkodowanym ani nie ciąży przecież prawny obowiązek przerwania nadmiernego obciążenia**, ani także nie staje się dłużnikiem podmiotu odpowiedzialnego za szkodę⁸⁹. Z tego względu nie można przyjmować, że zaniechanie takiego przerwania z zasady powinno rodzić negatywne konsekwencje dla niego, w tym w postaci zredukowania odszkodowania w trybie art. 362 k.c.

Co więcej, jednoczesne zastosowanie obrony *passing-on* oraz mechanizmu przyczynienia się z art. 362 k.c. w praktyce może wypaczyć istotę (cele) *private enforcement*⁹⁰ poprzez faktyczne „unicestwienie” podstawy do zasądzenia odszkodowania i to niezależnie od tego, jak zachowa się poszkodowany (kontrahent sprawcy). Jeśli bowiem zdecyduje się on przerzucić nadmierne obciążenie, to *de lege lata* — w zakresie, w jakim dokonał tego przerwania (często zatem w całości) — stanowiąca to obciążenie strata (zob. też pkt 2 pkt 11 u.r.n.s.) nie będzie stanowić już szkody antymonopolowej (zob. motyw 39 preambuły DD oraz pkt 5.1.2). Jeśli zaś zaabsorbuje takie obciążenie, jego odszkodowanie będzie mogło zostać zredukowane w trybie art. 362 k.c. z uwagi na przyczynienie się tego poszkodowanego (np. ze względu na jego biznesowo nieracjonalne — „niestaranne” — zachowanie).

Z powyższych względów uważam, że instytucje *passing-on defence* oraz przyczynienie się poszkodowanego (na mocy art. 362 k.c.) nie powinny być stosowane „łącznie”. *De lege lata* zatem — czyli na gruncie (przyjętego w dyrektywie i kry-

⁸⁸ Tj. w szczególności dokonałby takiego przerwania albo też np. zerwałby relacje handlowe z dostawcą (sprawcą naruszenia) i zacząłby zaopatrywać się w substytutowe towary u konkurenta naruszcziela (po cenach, które nie zostały zawyżone wskutek naruszenia), o ile nie wystąpiło zjawisko tzw. *umbrella pricing*.

⁸⁹ M. Kaliński: *Szkoda...*, *op. cit.*, s. 533.

⁹⁰ A przez to także przyczynić się do redukcji efektywności reguł antymonopolowych jako takich; zob. pkt 8.

tykowanego w tym opracowaniu) rozwiązania aprobującego tę obronę — mechanizm z art. 362 k.c. należałoby co do zasady wyłączyć lub istotnie ograniczyć. Przepis ów powinien zaś mieć „normalne” zastosowanie (tj. takie jak w innych — niż antymonopolowe — sprawach odszkodowawczych) w przypadku odrzucenia dopuszczalności *passing-on defence* lub dopuszczalności jej zastosowania tylko wyjątkowo (co postuluję; zob. pkt 8). W przeciwnym razie, w istocie w licznych przypadkach sprawca naruszenia prawa konkurencji będzie (zbyt) łatwo mógł uniknąć cywilnoprawnej odpowiedzialności antymonopolowej względnie jej „finansowe rozmiary” zostaną tak zminimalizowane, że nie będą spełniać swego celu kompensacyjnego (ani także prewencyjnego; zob. pkt 8). To zaś koliduje z założeniami samej dyrektywy⁹¹.

8. OBRONA *PASSING-ON* REDUKUJE SKUTECZNOŚĆ REGUŁ KONKURENCJI: GŁÓWNY ARGUMENT PODWAŻAJĄCY CELOWOŚĆ TEJ INSTYTUCJI?

8.1. Dotychczasowe wywody ukazują różne — mniej lub dalej idące — zastrzeżenia, jakie (od strony konstrukcyjnej, koncepcyjnej czy też jurydycznej) można podnieść w odniesieniu do instytucji *passing-on defence*. Istnieje wszakże zasadniczy — tj. systemowy (funkcjonalny), a związku z tym bardziej doniosły — argument podważający zasadność tej instytucji. Przyjęcie oraz — co należy podkreślić jako zasady⁹² — dopuszczalność takiej obrony obniża (a z całą pewnością może obniżać) motywację kontrahentów wspomnianego sprawcy do dochodzenia od niego odszkodowania (zob. zwłaszcza **art. 13 zd. 1 DD**). Zgodnie z tym przepisem: „Państwa członkowskie zapewniają, by pozwany w postępowaniu o odszkodowanie mógł podnieść przeciwko roszczeniu odszkodowawczemu argument przerzucenia przez powoda całości lub części nadmiernych obciążeń wynikających z naruszenia prawa konkurencji”. Konstrukcja i treść cytowanego przepisu przesądzają, że zawarte w nim rozwiązanie jest (co najmniej) zasadą, a być może nawet (w razie jego literalnej interpretacji) zasadą bezwzględną, tj. wykluczającą stosowanie od niej wyjątków (co wszak jest błędnym stanowiskiem).

Powołane rozwiązanie (z art. 12 DD) z pewnością **utrudnia zasądzenie od sprawcy naruszenia odszkodowania (i tym samym wyegzekwowania od niego cywilnoprawnej odpowiedzialności antymonopolowej)**. Jest tak dlatego, że po

⁹¹ Zob. art. 12 ust. 1 *in fine* DD, który wprost nakazuje, aby nie dopuszczać „do sytuacji, w której sprawca naruszenia nie poniesie odpowiedzialności” (zob. też pkt 8.3).

⁹² Jak to wskazał prawodawca unijny, „zasadniczo należy zatem umożliwić sprawcy naruszenia podniesienie przeciwko roszczeniu odszkodowawczemu zarzutu przerzucenia straty rzeczywistej” („it is therefore **in principle** appropriate to allow an infringer to invoke the passing-on of actual loss as a defence against a claim for damages”); motyw 39 zd. 3 preambuły do DD [wyróżnienie — K.K.].

pierwsze, wprowadza wymóg wykazania wysokości, w jakim nadmierne obciążenie zostało przerzucone, co z kolei często wymagać będzie identyfikacji innych niż naruszenie antymonopolowe czynników rynkowych mających (mogących mieć) wpływ na podwyżki cen stosowane przez kontrahenta sprawcy (w ramach przerzucania nadmiernego obciążenia); jednocześnie wagi tego argumentu — w mojej ocenie — nie „osłabia” zastrzeżenie, że to na wspomnianym sprawcy (pозwanym) spoczywa ciężar wykazania, iż powód dokonał przerzucenia oraz w jakim zakresie (zob. art. 13 zd. 2 DD i motyw 39 *in medio* preambuły DD⁹³). Sprawca może bowiem skorzystać z sądowego nakazu ujawnienia środków dowodowych znajdujących się u powoda, jak i u osób trzecich⁹⁴ (tzw. *disclosure*⁹⁵). Niewątpliwie skutkować to będzie dodatkowym skomplikowaniem, a co za tym idzie — wydłużeniem procesu i zwiększeniem jego kosztów⁹⁶.

Po drugie, nawet skuteczne podniesienie zarzutu *passing-on* (tj. kiedy sprawca wykaże, że miało ono miejsce oraz w jakim zakresie) „generuje” (a z pewnością może generować) kolejną okoliczność wymagającą udowodnienia, a zatem prowadzącą do dodatkowego wydłużenia i „podrożenia” procedury odszkodowawczej. Wspomnianą okolicznością jest **wysokość utraconych zysków powoda wywołana spadkiem jego sprzedaży**; skutek taki często (zazwyczaj) występuje, stanowiąc „naturalną konsekwencję ekonomiczną” dokonanych przezeń podwyżek cen w ramach przerzucenia nadmiernego obciążenia (zob. też pkt 6).

8.2. Skutkiem zredukowania bodźców kontrahenta sprawcy naruszenia prawa konkurencji do pozywania⁹⁷ tego drugiego o naprawienie szkody antymonopolowej

⁹³ Zgodnie z tym motywem „należy zapewnić, by sprawca naruszenia, jeżeli podnosi zarzut przerzucenia obciążeń, **musiał dowieść istnienia i zakresu** przerzucenia nadmiernego obciążenia [wyróżnienie — K.K.]”.

⁹⁴ Zob. art. 13 zd. 2 DD, zgodnie z którym ciężar dowodu, że nadmierne obciążenie zostało przerzucone, spoczywa na **pozwanym, który może zasadnie domagać się ujawnienia dowodów przez powoda lub osoby trzecie** [wyróżnienie — K.K.]; zob. też motyw 39 *in fine* preambuły do DD („Ten ciężar przeprowadzenia dowodu nie powinien wpływać na możliwość wykorzystania przez sprawcę naruszenia dowodów innych niż dowody będące w jego posiadaniu, na przykład dowodów już uzyskanych w danym postępowaniu lub dowodów będących w posiadaniu innych stron lub osób trzecich”).

⁹⁵ Warto wspomnieć, że **instytucji *disclosure* polski prawodawca poświęcił ponad 1/3 całości ustawy** odszkodowawczej (zob. art. 17–29 u.r.n.s.; pomijając przepisy przejściowe i końcowe ustawa ta zawiera 32 artykuły). Wspomniana instytucja stanowi zarazem — w zakresie, w jakim została wprowadzona do polskiej procedury cywilnej — *novum*. Jest wszakże implementacją rozwiązań z dyrektywy.

⁹⁶ Trafnie zwraca się na to uwagę w doktrynie, wskazując, że „kompleksowe badanie przerzucania nadmiernego obciążenia staje się zatem długotrwałe, uciążliwe i kosztowne” („comprehensive analysis of passing on is thus bound to be lengthy, onerous and expensive”); tak P.C. de Sousa: *EU and National Approaches to Passing on...*, *op. cit.*, s. 1751–1784. Autor ten dodaje zarazem, że w praktyce ustalenie, kto „ostatecznie poniósł szkodę wyrządzoną naruszeniem prawa konkurencji” („who ultimately bore the loss caused by a competition infringement”), jest „niezmiernie trudne” („extremely difficult”).

⁹⁷ Trafnie zauważa się w doktrynie, że możliwość podniesienia przez naruszcyciela zarzutu przerzucenia nadmiernego obciążenia przez nabywcę bezpośredniego na nabywców pośrednich powoduje, że nabywcy bezpośredni mają mniej zachęt do występowania o odszkodowanie od naruszcycieli; tak B. Turno (w:) *Roszczenia o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Komentarz*, pod red. A. Piszczka, A. Stawickiego, D. Wolskiego, Warszawa 2018, s. 170, 171.

jest oczywiście **obniżenie efektywności modelu *private enforcement*** (co zauważa się także w doktrynie⁹⁸). Tym bardziej że obrona *passing-on* jest zazwyczaj podnoszona przez sprawców naruszenia⁹⁹. Taki efekt jest zarazem niepożądany również w wymiarze publicznoprawnym, ponieważ wspomniany model pełni nie tylko funkcje „prywatne/indywidualne” (kompensacja szkody); zarówno bowiem administracyjno-, jak i prywatnoprawne wdrażanie reguł antymonopolowych realizuje interes publiczny¹⁰⁰. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie unijnym, z którego wynika istnienie ważnej **funkcji prewencyjnej (odstraszałej), jaką (również) pełni prywatny model wdrażania prawa konkurencji** (egzekwowany przez wnoszenie powództw o naprawienie szkody antymonopolowej); z tej perspektywy zagwarantowanie wysokiej efektywności tego modelu jest **wartością doniosłą w interesie publicznym** (czyli ochrona konkurencji na rynku¹⁰¹). Jest to tym bardziej istotne w zakresie takich naruszeń antymonopolowych, w których detekcji (i tym samym zwalczaniu) model publiczny jest mniej skuteczny (co dotyczy np. nadużyć pozycji dominującej lub też niektórych kolektywnych naruszeń wertykalnych). W tym obszarze trafnie akcentuje się, że model prywatny jest bardziej efektywny¹⁰² i tym samym „wypełnia” (a przynajmniej powinien wypełniać) tzw. lukę wdrożeniową (*enforcement gap*)¹⁰³. Warto także wskazać, że w przypadku swego rodzaju „konfliktu” celów realizowanych przez model prywatny (z jednej strony) oraz model publiczny (z drugiej) to pierwszeństwo należałoby przypisywać celowi prewencyjnemu (*deterrence*); trafnie konstatuje się, że „jeśli udałooby się zapobiegać większości naruszeń antymonopolowych, to tym samym nieliczne byłyby przypadki wymagające odszkodowania”¹⁰⁴, tj. przypadki

⁹⁸ Zob. np. S. Peyer: *Compensation and the Damages Directive*, CCP Working Paper 15–10 (ssrn.com/abstract2654187), który konstatuje, że przepisy dyrektywy dotyczące *passing-on* „mogą nawet zniechęcić do wnoszenia w Europie antymonopolowych roszczeń odszkodowawczych” („might even discourage antitrust damage claims in Europe”).

⁹⁹ J.F. Laborde: *Cartel damages actions in Europe: How courts have assessed cartel overcharges* (2018 ed.) Law & Economics I Concurrences N° 1–2019 (www.concurrences.com), powołujący się na statystyki oraz wskazujący, że najczęstszym sposobem stosowania instytucji *passing-on* jest tzw. obrona *passing-on* („the most frequent use of passing-on is the so-called passing-on defence”).

¹⁰⁰ „[...] both private and public enforcement contribute to safeguarding of the public interest in competitive markets” OECD (2015), *Relationship between Public and Private Enforcement*, s. 37.

¹⁰¹ Zob. pkt 27 wyroku w sprawie *Courage* oraz pkt 91 wyroku w sprawie *Manfredi*, w których wskazuje się, że uprawnienie do żądania naprawienia szkody antymonopolowej „umacnia funkcjonowanie unijnych reguł konkurencji” („strengthens the working of the Community competition rules”), a „pozwoty odszkodowawcze [...] mogą w znaczący sposób przyczynić się do utrzymania skutecznej konkurencji we Wspólnocie” („actions for damages can make a significant contribution to the maintenance of effective competition in the Community”).

¹⁰² Poszkodowany przedsiębiorca — z uwagi na swoje (zazwyczaj bezpośrednie, w tym kontraktowe) relacje z naruszcicielem może posiadać lepsze (w tym szersze i dokładniejsze) informacje (w tym dowody) potrzebne do identyfikacji naruszenia niż organ publiczny; dzięki temu koszty detekcji takich naruszeń mogą być niższe (niż w modelu publicznoprawnym).

¹⁰³ K. Roach, M.J. Trebilcock: *Private Enforcement of Competition Laws*, Osgoode Hall Law Journal 1996, Vol. 34(3), s. 461, 472, 480.

¹⁰⁴ „If most antitrust violations were deterred, the occasions for compensation would be few”; R. Posner, W. Landes: *Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick*, 46 University of Chicago Law Review 1979, s. 605.

szkód antymonopolowych (wymagających naprawienia, tj. stanowiące realizację „prywatnego” celu kompensacyjnego).

Owszem, **nabywca bezpośredni** nie jest jedynym podmiotem, który może egzekwować reguły antymonopolowe¹⁰⁵. Jak to wszak wynika z praktyki, podmiot ów jest **najbardziej skutecznym „prywatnym egzekutorem”** (*private enforcer*) — w tym zwłaszcza najczęściej występujący z pozwami odszkodowawczymi¹⁰⁶ (mimo że *prima facie* można by mieć wątpliwości, czy nabywcy ci — z racji obawy przez „popsuciem” relacji handlowych ze swymi dostawcami — nie powstrzymaliby się przed składaniem takich pozwów¹⁰⁷). Wynika to zarówno z dotychczasowych doświadczeń krajów unijnych¹⁰⁸, jak i amerykańskiego prawa antymonopolowego¹⁰⁹. W szczególności nabywca pośredni (klient nabywcy bezpośredniego) — a tym bardziej każdy „kolejny” nabywca pośredni (z uwagi na to, że znajduje się na bardziej odległej — w relacji do sprawcy naruszenia — pozycji w łańcuchu dostaw) dysponuje dużo mniejszym (niż nabywca bezpośredni) zakresem relewantnych informacji (dowodów) — tj. tych, jakie są konieczne na potrzeby opracowania pozwu odszkodowawczego¹¹⁰.

8.3. Powołane w art. 13 DD rozwiązanie prowadzi także do niejako „wewnętrznej niespójności” samej dyrektywy. Prawodawca unijny sam bowiem wyraźnie zastrzega, aby „uniknąć sytuacji, w której sprawca naruszenia nie poniesie odpowiedzialności” (*the absence of liability of the infringer, are avoided*); zob. art. 13 ust. 1 *in fine* DD. Tymczasem z przyczyn wskazanych wyżej — tj. „skutecznego”

¹⁰⁵ Może nim być w szczególności nabywca pośredni, konkurent sprawcy czy też tzw. klient parasolowy (tj. klient konkurenta sprawcy, który nabywał od tego konkurenta towary po cenach zawyżonych wskutek naruszenia prawa antymonopolowego); szerzej o tzw. zjawisku *umbrella pricing* zob. np. M.K. Kolasiński: *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody powstałe w wyniku oddziaływania efektu parasola cenowego kartelu nad rynkiem w prawie Unii Europejskiej*, Europejski Przegląd Sądowy 2016, nr 4, s. 4–9; K. Kohutek: *Szkoda antymonopolowa...*, *op. cit.*, s. 139–144.

¹⁰⁶ I tak w latach 1999–2013 najczęściej powodami byli nabywcy bezpośredni (we Włoszech — spośród wszelkich składanych pozwów — antymonopolowe pozwu odszkodowawcze stanowiły 80,9%; we Francji — 71,4%; w Niemczech — 45%; w Wielkiej Brytanii — 33,7%); zob. I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia: *Damages claims for the infringement of EU competition law*, Oxford 2015, s. 5, 73.

¹⁰⁷ Nie ma wszak wystarczających dowodów empirycznych świadczących o wskazanej niechęci („biznesowe obawy”) nabywców przed pozywaniem swych dostawców. Wydaje się wszakże, że duża liczba prywatnych pozwów odszkodowawczych za naruszenia antymonopolowe (wśród których większość wnoszona jest właśnie przez nabywców bezpośrednich) stanowi najlepszy dowód „przeciwny”, tj. właśnie że „nabywcy bezpośredni nie są niechętni do pozywania swych dostawców” („direct purchasers are not reluctant to sue their suppliers”); R. Posner, W. Landes: *Should Indirect Purchasers Have Standing...*, *op. cit.*, s. 614.

¹⁰⁸ A. Jones: *Private Enforcement of EU Competition Law: A comparison with, and lessons from, the US* (w: *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, eds. M. Bergström, M. Iacovides, M. Strand, Hart 2016, s. 15–43).

¹⁰⁹ W oparciu o analizę kilkudziesięciu spraw antymonopolowych stwierdzono, że kwoty wypłacane na rzecz nabywców pośrednich są znacznie mniejsze niż te, jakie uiszczano na rzecz nabywców bezpośrednich, a ci pierwsi (w oparciu o prawo stanowe) występowali z pozwami odszkodowawczymi o około pięć lub sześć razy rzadziej niż nabywcy bezpośredni; R. Lande: *The Proposed Damages Directive...*, *op. cit.*, s. 7.

¹¹⁰ Zob. R. Posner, W. Landes: *Should Indirect Purchasers Have Standing...*, *op. cit.*, s. 609, którzy — na określenie nabywców pośrednich — wprost posługują się terminem „odległy nabywca” (*remote purchaser*).

pozbawienia (a z pewnością obniżenia) bodźców do wnoszenia powództw odszkodowawczych po stronie najbardziej efektywnych w praktyce „prywatnych egzekutorów” (do czego prowadzi przewidziana w dyrektywie „aprobata” obrony *passing-on*) — sprawca ów często może w ogóle nie ponosić tej odpowiedzialności (względnie ponosić ją w znikomym/symbolicznym wymiarze, tj. takim, który nie realizuje ani celu kompensacyjnego, ani prewencyjnego).

Nie wolno przecież zapominać, że to **sprawca naruszenia antymonopolowego jest podmiotem, który dopuścił się czynu zabronionego, a jego kontrahent (poszkodowany) jest ofiarą** tego naruszenia. Tym samym nietrafne jest niejako „wyważanie” prawnych instrumentów chroniących interes tego pierwszego oraz tego drugiego. Nie powinno przecież budzić wątpliwości, że to ten drugi zasługuje na „szerszą ochronę”, tym bardziej że przecież to nie tylko on jest ofiarą naruszenia antymonopolowego; takimi są bowiem również inni uczestnicy rynku, w tym szeroko pojmowani konsumenci, których „ekonomiczny dobrobyt (*consumer welfare*) ulega uszczerbkowi” wskutek wspomnianych naruszeń¹¹¹. Systemowo niezasadne jest zatem wprowadzanie rozwiązań, które kreują takie „przywileje” prawno-procesowe po stronie naruszcyciela, które mogą prowadzić do faktycznego unikania przezeń odpowiedzialności. Do takich z pewnością zaliczam instytucję *passing-on defence* (obowiązującą jako zasada), ale także dopuszczalność równoległego (tj. łącznie z tą instytucją) zastosowania mechanizmu z art. 362 k.c. (przyczynienie się poszkodowanego), czy też liberalne warunki stosowania doktryny *compensatio lucri cum damno*, tj. zwłaszcza takie, które odchodzą od warunku tożsamości zdarzenia szkodzącego i przynoszącego korzyść (zob. pkt 5.2 i 5.3). W tym kontekście trafnie zauważa się w judykaturze, że „instytucja *compensatio lucri cum damno* nie powinna być tak wykładana i stosowana, by tworzyć przywileje na rzecz zobowiązanego do naprawienia szkody i **nie ma służyć łagodniejszemu traktowaniu sprawcy** szkody tylko dlatego, że poszkodowany uzyskał pewne korzyści majątkowe [wyróżnienie — K.K.]”¹¹². Oczywiście cytowane stanowisko SN odnosi się do *compensatio lucri cum damno*, jednakże dobrze ilustruje ono problematykę stanowiącą przedmiot niniejszego opracowania, tj. wadliwego „rozłożenia” mechanizmów mających z jednej strony służyć efektywnemu wdrażaniu reguł antymonopolowych (w trybie prywatnym, a poprzez to istotnemu przyczynieniu się do wzmocnienia *public enforcement*) — (**wartość bardziej doniosła**), a zapobieganiu bezpodstawnemu wzbogaceniu nabywcy bezpośredniego (a *de facto* jedynie samemu ryzyku takiego wzbogacenia; zob. pkt 3 i 6), jak i dwukrotnego zasądzenia odszkodowania od sprawcy naruszenia — z drugiej (**wartość mniej doniosła**); zob. też pkt 10.2.

¹¹¹ Zob. np. wyrok SN z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06, OSNP 2007, nr 21–22, poz. 337, oraz D. Miąsik, T. Skoczny (w:) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 2, pod red. T. Skoczniego, Warszawa 2014, s. 40, 41; K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 47–48.

¹¹² Wyrok SN dnia 14 października 2016 r., I CSK 685/15, LEX nr 2151461.

8.4. Na koniec warto zwrócić uwagę także na **inną systemową niespójność**, do jakiej prowadzi aprobata *passing-on defence*. Przedmiotem przerzucenia jest nadmierne obciążenie, czyli rodzaj szkody mający postać „straty”. Tego rodzaju straty są typową szkodą „kartelową”, tj. wynikającą z najpoważniejszego naruszenia prawa konkurencji, czyli zawarcia kartelu (zdefiniowanego w art. 2 pkt 3 u.r.n.s.). Nadmierne obciążenie nie występuje zatem w przypadku, gdy naruszenie antymonopolowe powoduje tylko szkodę w postaci utraconych korzyści; tak jest zaś zazwyczaj w odniesieniu do nadużyć wykluczających (naruszenie art. 9 ust. 5 u.o.k.k.¹¹³). W takim więc przypadku nie zachodzi (gdyż nie może zachodzić) zjawisko *passing-on* (ponieważ „nie ma czego przerzucić” na swych klientów, a ściślej nie ma straty podlegającej takiemu przerzuceniu¹¹⁴). Tym samym w razie dochodzenia naprawienia szkód spowodowanych wymienionymi wyżej nadużyciami powód nie będzie się „obawiał” obrony *passing-on* (co nie utrudni mu zasądzenia odszkodowania, zwłaszcza w wysokości — choćby — zbliżonej do tej, jakiej się domaga, gdyż niezredukowanej w ramach tej obrony). Tymczasem obrona taka „obowiązuje” w odniesieniu do zasadniczo poważniejszych (od nadużyć wykluczających) naruszeń antymonopolowych — czyli karteli¹¹⁵ (powszechnie postrzeganych jako praktyki najbardziej szkodliwe dla konkurencji). Prowadzi to do konkluzji, że — z tej perspektywy — prywatnoprawny model (reżim) antymonopolowy jest bardziej liberalny w relacji do poważniejszych naruszeń prawa konkurencji niż do naruszeń (z zasady) o mniejszym potencjale antykonkurencyjnym.

9. ROZWIĄZANIA PRZYJĘTE W WYBRANYCH KRAJACH POZAEUROPEJSKICH: WZMIANKA

9.1. Na potwierdzenie słuszności krytyki zajętej w niniejszym opracowaniu można pokrótce odnieść się do rozwiązań przewidzianych w innych — **pozaeuropejskich** — **porządkach prawnych**, w których dopuszczalność podnoszenia zarzutu *passing-on* (w tym legitymacja do wnoszenia powództw odszkodowawczych przez nabywców pośrednich) często jest ograniczona lub w ogóle wykluczona. Przykładowo, w Meksyku oraz w Japonii zarzut ów jest niedopuszczal-

¹¹³ Zawarte w przepisie tym naruszenie polega na „przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji”.

¹¹⁴ Dyrektywa zaś wyraźnie wiąże normowaną w niej instytucję *passing-on* ze szkodą w postaci straty oraz „anulacją” tego rodzaju szkody w razie jej przerzucenia; zob. motyw 39 preambuły DD, który stanowi, że „przerzucona **strata** nie stanowi już szkody” („**the loss** which has been passed on no longer constitutes harm”); wyróżnienie — K.K. (zob. też pkt 5.1).

¹¹⁵ Szerzej o tym zob. K. Kohutek: *Dochodzenie naprawienia szkody wyrządzonej naruszeniem prawa konkurencji polegającym na nadużywaniu pozycji dominującej* (w:) *100 lat prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. Andrzejowi Kidybie*, pod red. M. Dumkiewicz, K. Kopaczyńskiej-Pieczniak, J. Szczotki, Warszawa 2020, s. 1260–1272.

ny¹¹⁶ (przynajmniej co do zasady¹¹⁷). Podobnie w Korei sąd nie uznał tego rodzaju obrony podniesionej przez pozwanego członka kartelu (producentów mąki)¹¹⁸. Z kolei w Chinach zwraca się uwagę na brak przepisów oraz orzecznictwa, z których wynikałaby dopuszczalność powoływania się na *passing-on*; jakkolwiek — na zasadach ogólnych — w razie wykazania przez pozwanego, że powód faktycznie szkody w ogóle nie poniósł (gdyż przerzucił nadmierne obciążenie na swych klientów i nie spadła mu sprzedaż) — sąd prawdopodobnie nie przyznałby odszkodowania (choć akcentuje się brak takiego przypadku w praktyce orzeczniczej sądów chińskich¹¹⁹).

9.2. Pisząc o zarzucie *passing-on* w pozaeuropejskich porządkach prawnych, nie można nie wspomnieć o **prawie amerykańskim**, w którym — na gruncie regulacji federalnych (stosownie do wyroków w sprawie *Hannover Shoe*¹²⁰ oraz *Illinois Brick*¹²¹) — zarzut ów jest niedopuszczalny, ale zarazem nabywcy pośredni nie mają legitymacji czynnej (taką legitymację przyznają im niektóre porządki praw stanowych). Rozwiązanie zawarte w amerykańskim prawie antytrustowym jest istotne i stąd warte szerszego zaprezentowania. Nie nastąpi to wszakże w ramach niniejszej publikacji — z uwagi przede wszystkim na jej ramy oraz cele¹²², a także z uwagi na fakt, że — zwłaszcza w zagranicznej¹²³, jak i w polskiej literaturze¹²⁴ — było ono już dość szczegółowo komentowane.

9.3. Interesujące (a nawet inspirujące; zob. pkt 10.2) jest natomiast stanowisko zajęte przez **Sąd Najwyższy Kanady** (sprawa *Pro-Sys Consultants*). Z jednej strony uznał on, że obrona *passing-on* nie jest dopuszczalna; z drugiej jednak nie odmówił legitymacji nabywcom pośrednim. Jak to wskazał ów sąd, „**odmowa uznania obro-**

¹¹⁶ C. de los Ríos Olascoaga, B.C. Ledesma Uribe: *The International Comparative Legal Guide to: A practical cross-border insight into competition litigation work. Mexico*, 11th Edition Competition Litigation, London 2019, s. 205.

¹¹⁷ K. Yanagisawa: *The International Comparative Legal Guide to: A practical cross-border insight into competition litigation work. Japan*, 11th Edition Competition Litigation, London 2019, s. 182.

¹¹⁸ Producent ów podnosił, że powód (piekarnia) nie poniósł szkody, gdyż przerzucił podwyższone wskutek kartelu ceny mąki na swych klientów (nabywców pieczywa); zob. G. Hyeon Baek, S. Jae Jeon: *The International Comparative Legal Guide to: A practical cross-border insight into competition litigation work. Korea*, 11th Edition Competition Litigation, London 2019, s. 189.

¹¹⁹ Peng Wu, Yi Xue: *The International Comparative Legal Guide to: A practical cross-border insight into competition litigation work. China*, 11th Edition Competition Litigation, London 2019, s. 63, 72.

¹²⁰ *Hanover Shoes Inc. v. Unites Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

¹²¹ *Illinois Brick Co. et al. v. Illinois et al.*, 431 U.S. 720 (1977).

¹²² Jej celem nie jest bowiem prawnoporównawcza analiza rozwiązań z zakresu *passing-on* obowiązujących w innych państwach (w tym zwłaszcza pozaeuropejskich).

¹²³ Zob. np. R. Posner, W. Landes: *Should Indirect Purchasers Have Standing...*, *op. cit.*, s. 605–647; A. Hamilton, D. Henry: *Bricks, beer and shoes: indirect purchaser standing in the European Union and the United States*, *Global Competition Litigation Review* 2012, Vol. 5, no 3; a z nowszych opracowań zob. np. H. Hovenkamp: *Apple v. Pepper: Rationalizing antitrust's indirect purchaser rule*, *Columbia Law Review Forum* 2020, Vol. 120.

¹²⁴ Zob. np. Ł. Wiczorek: *Zarzut przerzucania obciążeń w kontekście prywatnoprawnego wdrażania prawa konkurencji w Unii Europejskiej*, *Europejski Przegląd Sądowy* 2015, nr 4, s. 44–46.

ny *passing-on* niekoniecznie musi się wiązać z odrzuceniem ofensywnego zastosowania *passing-on*. Dlatego też nabywcy pośredni nie powinni zostać pozbawieni możliwości dochodzenia naprawienia strat, jakie zostały na nich przerzucone [wyróżnienie — K.K.]”¹²⁵. W dalszej części kanadyjski SN wskazał, że to sąd rozpatrujący roszczenie odszkodowawcze powinien „zarządzać” (*manage*) ryzykiem podwójnego lub wielokrotnego obciążenia sprawcy obowiązkiem odszkodowawczym. Następnie dodał, że „dopuszczenie ofensywnego stosowania *passing-on* nie zaszkodzi prewencyjnym celom kanadyjskiego prawa antymonopolowego. Nabywcy pośredni mogą być w niektórych okolicznościach jedynymi podmiotami zainteresowanymi w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych i tym samym w promowaniu prewencji”¹²⁶.

10. REFLEKSJE KOŃCOWE

10.1. *Prima facie* można by skonstatować, że zawarta w tym artykule (przede wszystkim krytyczna) analiza przyjętego w dyrektywie rozwiązania dopuszczającego obronę *passing-on* ma walor tylko teoretyczny, a to z tego względu, że przecież prawodawca unijny problem ów już normatywnie rozstrzygnął, obligując zarazem ustawodawców krajowych do podążania przyjętą przezeń drogą. Taka konkluzja nie jest wszak uprawniona. Pomijając fakt, że nie należałoby wykluczać możliwości także normatywnego zmodyfikowania tego rozwiązania (nowelizacja dyrektywy), choć — szczególnie w najbliższym czasie — opcja taka wydaje się mało prawdopodobna, to przede wszystkim przyjęta przez tegoż prawodawcę konstrukcja niekoniecznie musi determinować jej analogiczne zastosowanie w każdym z państw członkowskich, w tym zwłaszcza takie, które kolidować będzie z efektywnością *private enforcement*¹²⁷. Przecież analizowana w niniejszym opracowaniu konstrukcja wprowadzona została w drodze dyrektywy (nie rozporządzenia), pozostawiając państwom członkowskim (w tym zwłaszcza sądom) określony margines jej interpretacji relewantnych unormowań (w tym ich „dostosowania” do uwarunkowań krajowych), zmierzając do efektywnej realizacji przez model *private enforcement* zarówno celów kompensacyjnych, jak i prewencyjnych¹²⁸. Warto wskazać, że

¹²⁵ „[...] the rejection of the passing-on defence does not lead to a corresponding rejection of the offensive use of passing on. Therefore, indirect purchasers should not be foreclosed from claiming losses passed on to them”; wyrok kanadyjskiego Sądu Najwyższego z dnia 31 października 2013 r. w sprawie *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 47.

¹²⁶ „[...] allowing the offensive use of passing on will not frustrate the deterrence objectives of Canadian competition laws. Indirect purchaser actions may, in some circumstances, be the only means by which overcharges are claimed and deterrence is promoted”; wyrok w sprawie *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*.

¹²⁷ Tym samym redukując ogólny stopień stosowania się (*compliance*) do reguł antymonopolowych, czyli wartość doniosłą w interesie publicznym.

¹²⁸ Tj. unikania sytuacji pozwalających sprawcy naruszenia prawa konkurencji na uchylenie się od antymonopolowej odpowiedzialności odszkodowawczej (względnie znacznie ułatwiających mu takie uchylenie).

w **prawie francuskim** (już po implementacji dyrektywy) zawarto przepis przewidujący **domniemanie braku przerzucenia** nadmiernego obciążenia¹²⁹ (czyli jako zasadę przyjęto odrzucenie zastosowania tej instytucji¹³⁰).

10.2. Uwzględniając przytoczoną w niniejszym opracowaniu argumentację jako preferowane rozwiązanie, należałoby (*de lege ferenda*) uznać **pozbawienie sprawców naruszenia prawa konkurencji dopuszczalności powoływania się na obronę *passing-on*** (przynajmniej co do zasady). Powyższe powinno sanować (opisany w pkt 8) mankament aktualnego unormowania¹³¹ i tym samym zapobiegać (ograniczać) redukowaniu motywacji nabywców bezpośrednich do wnoszenia powództw, a zarazem minimalizować przypadki, w których sprawcy naruszeń mogą unikać cywilnoprawnej odpowiedzialności antymonopolowej. Aby zarazem nie pozostawać w kolizji z głównym założeniem (prawem podmiotowym), jakie powszechnie potwierdzone zostało w judykaturze¹³² (oraz „powtórzone w dyrektywie¹³³) — tj. że każdy może żądać naprawienia szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji — **nabywcy pośredni powinni „zachować” prawo do dochodzenia naprawienia takiej szkody**. O ile zatem w ogóle doszłoby do „wzbogacenia” nabywcy bezpośredniego (co wszak z uwagi na zjawisko *volume effect* — zob. pkt 3 i 6 — jest mało prawdopodobne), o tyle dzięki proponowanemu rozwiązaniu skutek ów nie powinien nastąpić kosztem nabywców pośrednich (przerzucone na nich nadmierne obciążenie będą mogli dochodzić od sprawcy naruszenia antymonopolowego). W takiej sytuacji wprawdzie zachodzić będzie ryzyko zasądzenia od tego sprawcy podwójnego odszkodowania (*double liability*)¹³⁴; uważam jednak, że tego rodzaju konsekwencję proponowanego rozwiązania należałoby traktować jako „skutek uboczny”, a jego unikanie stanowi — w moim przekonaniu — wartość mniej istotną niż zapewnienie jak najwyższej efektywności *private enforcement*, a poprzez to zwiększenie stopnia przestrzegania reguł konkurencji, czyli celu realizowanego w interesie publicznym (zob. pkt 8.3 *in fine*).

¹²⁹ Zgodnie z art. 481 (4) francuskiego kodeksu handlowego (Code de Commerce) „domniemywa się, że nabywca bezpośredni lub pośredni nie przerzucił nadmiernego obciążenia cenowego na swych klientów, chyba że odpowiedzialny za praktykę antykonkurencyjną pozwany udowodni, że takie przerzucenie w całości lub w części miało miejsce”.

¹³⁰ Choć — w mojej ocenie jest rozwiązaniem „merytorycznie lepszym” niż to w dyrektywie — to jednak (jak to się zauważa w doktrynie) może rodzić dyskusje co do jego zgodności z dyrektywą, stawiając przed francuskimi sądami zagadnienie wymagające oceny (wyjaśnienia) w najbliższej przyszłości; M. Botta: *The Principle of Passing on in EU Competition Law...*, *op. cit.*, s. 898.

¹³¹ A zarazem rozwiąże inne zastrzeżenia, jakie w odniesieniu do *passing-on defence* opisano w niniejszym artykule, w tym zwłaszcza niezgodność z warunkami zastosowania doktryny *compensatio lucri cum damno* (zob. pkt 4) czy też niespójność z instytucją przyczynienia się poszkodowanego (zob. art. 362 k.c.).

¹³² Zob. zwłaszcza pkt 26 wyroku w sprawie *Courage*; pkt 60 wyroku w sprawie *Manfredi*.

¹³³ Zob. art. 3 ust. 1 DD implementowany do polskiego prawa w art. 3 u.r.n.s. Zgodnie z tym (drugim) przepisem: „Sprawca naruszenia jest obowiązany do naprawienia szkody wyrządzonej komukolwiek przez naruszenie prawa konkurencji, chyba że nie ponosi winy”.

¹³⁴ F. Verboven, T. van Dijk: *Designing the rules for private enforcement of EC competition law*, 24 July 2007 (www.voxeu.org).

10.3. Należy zauważyć, że również bez zmian normatywnych istnieje możliwość takiej interpretacji instytucji *passing-on* (zwłaszcza przez sądy), która realizować będzie (przynajmniej częściowo) postulaty wynikające z niniejszego opracowania. W tym zakresie wskazówką może być stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy Kanady (*Pro-Sys Consultants*), jak i przez sąd holenderski w sprawie *Tennet*¹³⁵. W tej drugiej sprawie zasądono odszkodowanie na rzecz wskazanego przedsiębiorcy — powoda (holenderski operator sieci przesyłowej). Sąd odrzucił zarzut *passing-on* podniesiony przez pozwanego (ABB — stronę stwierdzonego przez Komisję kartelu¹³⁶), mimo wykazania, że powód prawdopodobnie przerzucił nadmierne obciążenie na swych klientów (spółki sprzedające/dystrybuujące energię elektryczną), którzy z kolei przerzucili je na konsumentów końcowych. Sąd uznał, że ta ostatnia grupa podmiotów była bardzo liczna, a ich szkody „rozdrobnione” i tym samym znikome, co stwarzało małe prawdopodobieństwo, że wystąpią oni z roszczeniami odszkodowawczymi (pomijając jeszcze inne bariery proceduralno-dowodowe). Według sądu holenderskiego uwzględnienie w danej sprawie zarzutu *passing-on* prowadziłoby do uniknięcia cywilnoprawnej odpowiedzialności antymonopolowej przez pozwanego członka kartelu (ABB) i tym samym jego bezpodstawnego wzbogacenia¹³⁷, a to z racji tego, że nie musiałyby uiścić odszkodowania na rzecz żadnego podmiotu: tj. ani na rzecz powoda, gdyż jego roszczenie zostałoby „ubezskutecznione” wskutek *passing-on defence* (gdyby taką obronę uwzględniono w sprawie), ani na rzecz nabywców pośrednich, na których finalnie przerzucone zostało nadmierne obciążenie, ponieważ nabywcy ci nie wystąpiliby z roszczeniami w ogóle.

W doktrynie wyrok w sprawie *Tennet* (słusznie) postrzegany jest jako uzasadniający tezę, że efektywność *private enforcement* „wymaga od sądów odrzucenia obrony *passing-on*” (*require courts to disregard passing on defences*), w szczególności w przypadku, gdy mało prawdopodobne jest, że nabywcy pośredni będą ofensywnie stosować *passing-on* jako miecz (*as a 'sword'*)¹³⁸. W mojej opinii taka dyrektywa interpretacyjna powinna być także stosowana przez sądy powszechne państw członkowskich (w tym sądy polskie) w sprawach o naprawienie szkody antymonopolowej, prowadząc do wykluczenia (istotnego ograniczenia) obrony *passing-on* we wskazanych wypadkach lub — szerzej — każdorazowo kiedy uwzględnienie takiej obrony mogłoby prowadzić do zredukowania skuteczności *private enforcement* i do unikania cywilnoprawnej odpowiedzialności antymonopolowej przez sprawców naruszeń.

¹³⁵ Wyrok holenderskiego sądu rejonowego w Gelderland z dnia 29 marca 2017 r., *Tennet TSO BV, Saranne BV/ABB BV, ABB Ltd.*

¹³⁶ Decyzja Komisji z dnia 24 stycznia 2007 r. w sprawie COMP/F/38.899, *Gas Insulated Switchgear*.

¹³⁷ Szerzej na temat tej sprawy K. Kohutek: *Szkoda antymonopolowa...*, *op. cit.*, s. 124–127.

¹³⁸ P.C. de Sousa: *EU and National Approaches to Passing...*, *op. cit.*, s. 1751–1784.

BIBLIOGRAFIA

- Botta A.: *The Principle of Passing on in EU Competition Law in the Aftermath of the Damages Directive*, European Review of Private Law 2017, Vol. 5.
- Dumbrovsky T.: *Passing-on-standing Matrix in Private Antitrust Enforcement: a Reconciliation of Economic and Justice Approaches*, EUI Working Paper MWP 2013/30, European University Institute.
- Hamilton A., Henry D.: *Bricks, beer and shoes: indirect purchaser standing in the European Union and the United States*, Global Competition Litigation Review 2012, Vol. 5, no 3.
- Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, eds. M. Bergström, M. Iacovides, M. Strand, Hart 2016.
- Hovenkamp H.: *Apple v. Pepper: Rationalizing antitrust's indirect purchaser rule*, Columbia Law Review Forum 2020, Vol. 120.
- Hyeon Baek G., Jae Jeon S.: *The International Comparative Legal Guide to: A practical cross-border insight into competition litigation work. Korea*, 11th Edition Competition Litigation, London 2019.
- Jurkowska-Gomułka A.: *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2013.
- Jurkowska-Gomułka A.: *How to Throw the Baby out with the Bath Water. A Few Remarks on the Currently Accepted Scope*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2015, Vol. 8(12).
- Kaczmarek R.: *Pojęcie szkody w literaturze karnistycznej w porównaniu z jej cywilistyczną kwalifikacją*, Nowe Prawo 1982, nr 11–12.
- Kaliński M.: *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2011.
- Koch A.: *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym*, Warszawa 1975.
- Koch A.: *Glosa do wyroku SN z dnia 27 listopada 2002 r., I CKN 1215/00*, OSP 2004, z. 11, poz. 13.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. J. Ciszewskiego, LEX 2019.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, *Zobowiązania — część ogólna*, pod red. A. Kidyby, wyd. 2, LEX 2014.
- Kohutek K., Sieradzka M.: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2014.
- Kohutek K.: *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 10 stycznia 2014 r., I ACa 1322/13*, LEX 2016.
- Kohutek K.: *Szkoda antymonopolowa. Zasady odpowiedzialności i dochodzenia roszczeń odszkodowawczych*, Warszawa 2018.
- Kohutek K.: *Przerzucanie nadmiernego obciążenia w ramach dochodzenia naprawienia szkody antymonopolowej: dyrektywa, judykatura i wybrane unormowania krajowe*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2020, nr 3.

- Kolasiński M.K.: *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody powstałe w wyniku oddziaływania efektu parasola cenowego kartelu nad rynkiem w prawie Unii Europejskiej*, Europejski Przegląd Sądowy 2016, nr 4.
- Lianos I., Davis P., Nebbia P.: *Damages claims for the infringement of EU competition law*, Oxford 2015.
- Pajor T.: *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982.
- Peng Wu, Yi Xue: *The International Comparative Legal Guide to: A practical cross-border insight into competition litigation work. China*, 11th Edition Competition Litigation, London 2019.
- Pietrzykowski K.: *Kodeks cywilny, t. I, Komentarz do art. 1–449*, Warszawa 2011.
- Posner R., Landes W.: *Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick*, 46 University of Chicago Law Review 1979.
- Roach K., Trebilcock M.J.: *Private Enforcement of Competition Laws*, Osgoode Hall Law Journal 1996, Vol. 34(3).
- de Sousa P.C.: *EU and National Approaches to Passing on and Causation in Competition Damages Cases — A Doctrine in Search of Balance*, Common Market Law Review 2018, Vol. 55.
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. T. Skocznego, wyd. 2, Warszawa 2014.
- Veljanowski C.: *Volume effect damages in cartel cases Why pass-on gives rise to offsetting lost volume damages*, Economics of Competition, Regulation and Litigation March 2015 (www.casecon.com).
- Veljanovski C.: *The law and economics of pass-on in price fixing cases*, European Journal of Competition Law 2017.
- Wieczorek Ł.: *Zarzut przerzucania obciążeń w kontekście prywatnoprawnego wdrażania prawa konkurencji w Unii Europejskiej*, Europejski Przegląd Sądowy 2015, nr 4.
- Verboven F., van Dijk T.: *Designing the rules for private enforcement of EC competition law*, 24 July 2007 (www.voxeu.org).
- Yanagisawa K.: *The International Comparative Legal Guide to: A practical cross-border insight into competition litigation work. Japan*, 11th Edition Competition Litigation, London 2019.

Słowa kluczowe: szkoda wyrządzona przez naruszenie prawa konkurencji (tzw. szkoda antymonopolowa), przerzucanie nadmiernego obciążania, wdrażanie prawa konkurencji w trybie prywatnym (*private enforcement*), związek przyczynowy, przyczynienie się poszkodowanego.

KONRAD KOHUTEK

PASSING-ON DEFENCE IN ANTITRUST DAMAGES ACTIONS:
CRITICAL ANALYSIS AGAINST THE BACKGROUND
OF THE DIRECTIVE, CASE LAW AND CIVIL LAW INSTITUTIONS

S u m m a r y

The article concerns the passing-on of overcharges in competition law (it represents an important issue of so called “private enforcement”). The passing-on consists in an increase by the customer of the infringer of competition law of the prices of goods (offered by the former) caused by the increase in the prices of the goods that the contractor purchased from the infringer. The reference to this defence by such infringer means that, in his opinion, the plaintiff (i.e. usually his customer) — as a result of passing on — did not suffer any damage or the damage claimed should be reduced. This article proposes a thesis according to which the use of such defence — for systemic (functional) reasons — should either not be allowed or should be allowed (as part of its evaluation by courts) in exceptional cases. This institution also raises constructive and conceptual reservations. The study presents numerous arguments justifying the validity of the above thesis. Critical analysis of the passing-on defence was not the subject of (or even more so) in-depth research (especially in Polish literature). This is important, because the EU legislator in Directive 2014/104/EU allowed the use of such a defence.

Keywords: harm caused by the infringement of competition law (antitrust damage), passing on of overcharges, private enforcement, causal link, contribution of the victim.