

Prywatnoprawne wdrażanie wspólnotowego prawa konkurencji

Dr Agata Jurkowska



Centrum Europejskie Natolin
Warszawa • 2004

Spis treści:

1. Wprowadzenie	3
2. Podział prawo publiczne / prawo prywatne w kontekście systemu prawnego UE ..	5
3. Założenia i modele prywatnego dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia przepisów o ochronie konkurencji	12
4. Prywatnoprawne wdrażanie prawa ochrony konkurencji w UE.....	18
5. Wspólnotowe prawo ochrony konkurencji – jak dalece może być „sprywatyzowane”?	28
6. Podsumowanie	30
O Autorze	63

Table of contents:

1. Introduction	34
2. The public law / private law distinction in the context of the EU legal system	36
3. Assumptions and models of bringing private actions for damages on the grounds of infringement of competition rules	43
4. Private enforcement of competition law in the EU	49
5. Community competition law: how far can its privatisation go?	59
6. Summary	61
About the Author.....	63

1. Wprowadzenie

Ochrona konkurencji, podstawowego mechanizmu gospodarki wolnorynkowej w większości systemów prawnych, realizowana jest:

- poprzez ustawodawstwo antymonopolowe (obejmujące zagadnienia praktyk ograniczających konkurencję, a także kontrolę koncentracji),
- poprzez ustawodawstwo dotyczące zwalczania nieuczciwej konkurencji (obejmujące zagadnienia np. nieuczciwej reklamy, posługiwania się cudzymi oznaczeniami, oczerniania konkurentów, itp.).

Dychotomia rozwiązań prawnych służących ochronie konkurencji podyktowana jest rozróżnieniem dwóch zasadniczych interesów: publicznego (ochrona mechanizmu konkurencji na rynku) oraz prywatnego (ochrona indywidualnej pozycji konkurencyjnej przed nieuczciwymi działaniami innych podmiotów na rynku). Prawo antymonopolowe (dzisiaj określane częściej jako prawo ochrony konkurencji) tradycyjnie przynależało do sektora prawa publicznego, w odróżnieniu od prawa nieuczciwej konkurencji, którego wdrażanie w zasadniczej części odbywa się na drodze cywilnoprawnej. Trudno jednak postrzegać przesłanki ochrony konkurencji w postaci interesu prywatnego i publicznego jako przeciwstawne. Działania organów ochrony konkurencji na rzecz sprawnego funkcjonowania mechanizmu konkurencji służą wszystkim indywidualnym uczestnikom obrotu gospodarczego, podobnie jak prywatne działania przeciw naruszeniom zasad uczciwej rywalizacji rynkowej w konsekwencji wpływają na jakość konkurencji na rynku. Zazębianie się tych dwóch przesłanek, choć samo w sobie niekwestionowane, jest jednak słabo odzwierciedlone w ustawodawstwie, a to ze względu na ugruntowany w większości systemów prawnych podział na publiczną ochronę konkurencji (ustawodawstwo antymonopolowe) i prywatną ochronę konkurencji (zwalczania czynów nieuczciwej konkurencji). Podział ten zdaje się zresztą wynikać z innego, głęboko zakorzonego w tradycji europejskiej, podziału na prawo publiczne i prywatne. Sytuacja ta – przynajmniej na poziomach wspólnotowym i krajowym – zaczyna się jednak zmieniać: współcześnie obserwuje się tendencje „prywatyzowania” prawa ochrony konkurencji poprzez upowszechnienie prywatnych skarg wnoszonych z tytułu naruszenia przepisów antymonopolowych (dochodzenia roszczeń z tytułu naruszeń na drodze sądowej). We Wspólnocie Europejskiej tendencje te nasiliły się w związku z wejściem w życie Rozporządzenia nr 1/2003,¹ które otworzyło drogę do pełnego stosowania wspólnotowego prawa konkurencji zarówno przez krajowe organy ochrony konkurencji, jak i sądy (także cywilne) w państwach członkowskich. Komisja Europejska już zainicjowała debatę

¹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji ustalonych w art. 81 lub 82 Traktatu (Dz. Urz. UE 2003 L 1/1).

nad koniecznością, zasadami, mechanizmami prywatnego wdrażania wspólnotowego prawa ochrony konkurencji.² Należy się więc spodziewać również podobnego dyskursu w państwach członkowskich.

Najistotniejszą kwestią związaną z omawianym zagadnieniem pozostaje przeformułowanie relacji między prawem publicznym a prawem prywatnym czy wręcz – przełamywanie konwencjonalnego podziału prawodawstwa na prawo publiczne i prawo prywatne. Kwestia ta jest tym ciekawsza, że rozmywanie się granic między prawem publicznym a prywatnym staje się coraz widoczniejsza na gruncie prawa wspólnotowego, które ze swej natury było prawem publicznym, natomiast dzisiaj coraz częściej obejmuje także sfery prawa prywatnego, czego najlepszym przykładem pozostają trwające prace nad harmonizacją (unifikacją?) prawa prywatnego.

² Na zlecenie Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji firma prawnicza Ashurst przygotowała raport *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative report* (prepared by D. Waelbroeck, D. Slater, G. Even-Shoshan) – dalej: Raport Ashursta przedstawiony 31 sierpnia 2004 r. (http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/comparative_report_clean_en.pdf). Obecnie (wrzesień 2005) Komisja Europejska pracuje nad Zieloną Księgą Prywatnoprawnego Wdrażania Wspólnotowego Prawa Konkurencji, która miała zostać wydana w 2005 r.

2. Podział prawo publiczne / prawo prywatne w kontekście systemu prawnego UE

2.1. Istota podziału na prawo publiczne i prawo prywatne

U podstaw podziału na prawo publiczne i prawo prywatne leży przede wszystkim rodzaj interesu i wartości chronionych przez normy przynależące do przeciwstawianych sobie porządków. Prawo publiczne ma za zadanie, z jednej strony chronić interesy państwa (czy społeczeństwa jako zbiorowości) przed negatywnymi działaniami jednostek, z drugiej zaś ma ono również chronić jednostki przed nadużyciem władzy przez instytucje stanowiące emanację państwa. Prawo publiczne może być definiowane jako „system zapewniający właściwe wykonywanie przez organy publiczne obowiązków wobec ogółu”.³ Prawo prywatne natomiast postrzegane jest jako zespół norm chroniących jednostkę przed negatywnymi skutkami działań innych jednostek. Może ono być definiowane również jako „system, który chroni prawa prywatne podmiotów prywatnych oraz prawa prywatne organów publicznych”.⁴ O ile jako cel prawa publicznego często wskazuje się „ochronę państwa i utrzymywanie porządku”, o tyle prawo prywatne ukierunkowane jest przede wszystkim na ochronę własności oraz rozwiązywanie sporów w tym zakresie.⁵

Podział „prywatne-publiczne” nie ogranicza się jedynie do norm materialnych, ale obejmuje także aspekt proceduralny. Podział na prawo publiczne i prawo prywatne można odzwierciedlić poprzez „wyłącznieść proceduralną” polegającą na tym, że uprawnienia związane z prawem publicznym są chronione wyłącznie poprzez stosowanie kontroli sądowej aktów administracyjnych, natomiast uprawnienia wynikające z prawa prywatnego – poprzez skargi prywatne.⁶ Przekonywujące wydaje się również przeprowadzenie linii podziału między prawem publicznym a prawem prywatnym poprzez wskazanie, że w przypadku prawa publicznego skuteczna kontrola sądowa wymaga ponoszenia odpowiedzialności jedynie za naruszenie danego przepisu Traktatu, natomiast dla prawa prywatnego kontrola sądowa oznacza domaganie się odpowiedzialności za naruszenie prawa skarżącego, gwarantowanego przez Traktat.⁷

³ H. Woolf, *Public Law – Private Law: Why the Divide? A Personal View*, [1986] Public Law 220, s. 221.

⁴ H. Woolf, *op. cit.*, s. 221.

⁵ J. F. McEldowney, *Public Law*, Sweet & Maxwell, London, 1994, s. 221.

⁶ G. Anthony, *UK Public Law and European Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, s. 36; J. Beatson, „Public” and „Private” in *English Administrative Law*, [1987] 103 LQR 34, s. 35.

⁷ M. Dougan, *What is the Point of Francovich?* [w:] *European Union Law for the Twenty-First Century. Re-thinking the New Legal Order* (vol. 1) (T. Tridimas ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland-Oregon, 2004, ss. 239-257.

Podział na prawo publiczne i prawo prywatne jest charakterystyczny dla porządków prawnych Europy kontynentalnej, kontestuje go natomiast doktryna *common law*, przypisując prawu „zastosowanie uniwersalne. Prawo brytyjskie nie wykazywało żadnych szczególnych różnic między sporami powstałymi na gruncie umów między obywatelami a konfliktami w sytuacji, gdy umowa została zawarta między obywatelem a państwem”⁸. Należy jednak odnotować, że w ostatnich dwóch dekadach również sądy brytyjskie skłaniają się do rozróżniania porządku prywatnego i publicznego,⁹ przy czym zjawisko to przypisuje się m. in. silnym wpływom prawa europejskiego w obszarze *common law*.¹⁰

Zakładając, wbrew stanowisku wielu przedstawicieli doktryny anglosaskiej,¹¹ że możliwe jest wyodrębnienie cech właściwych prawu publicznemu i prawu prywatnemu, istotna pozostaje kwestia klasyfikacji prawa wspólnotowego jako jednego z tych porządków. Pytanie to tylko z pozoru jest proste.

2.2. Prawo wspólnotowe – prawo publiczne?

W zasadzie trudno kwestionować charakterystykę prawa Wspólnoty Europejskiej jako prawa publicznego, skoro jego podstawy (prawo pierwotne) w postaci traktatów założycielskich opierają się na regulach międzynarodowego prawa publicznego. Dzisiaj już raczej bezsporny pozostaje charakter prawa wspólnotowego jako „autonomicznego porządku prawnego”, ale należy pamiętać, że to, co wydaje nam się współcześnie truizmem, wymagało wykładni (i inwencji) Trybunału Sprawiedliwości. Przepisy traktatów wiążą państwa – sygnatariuszy i są kierowane przede wszystkim do nich. Przypisując prawu wspólnotowemu charakter publiczny, nie należy zapominać, że Traktat o Wspólnocie Europejskiej nie wskazuje właściwie na skutek bezpośredni swoich norm – znów, tylko dzięki wysiłkom Trybunału Sprawiedliwości ukierunkowanym na stworzenie i ugruntowanie doktryny *direct effect*, podmioty indywidualne mogą się powoływać na przepisy prawa wspólnotowego przed sądami krajowymi. Ponadto nie tylko Traktat, ale również znaczna część prawa wtórnego (zarówno dyrektyw, których adresatami są tylko państwa członkowskie, jak i rozporządzeń) jest kierowana do państw członkowskich, co również przesądza o publicznym wymiarze prawa wspólnotowego. Do lat 80. normy prawa europejskiego tylko w nieznacznym zakresie bezpośrednio (a nie dopiero wskutek wykładni) kreowały prawa podmiotów indywidualnych, przy czym pojęcie „bezpośrednio” należy odnosić do poziomu legislacji, a nie wdrażania regulacji, gdyż przepisy dotyczą-

⁸ J. F. McEldowney, *op. cit.*, s. 187.

⁹ Sztandarowym orzeczeniem brytyjskim ilustrującym to zjawisko jest sprawa *O'Reilly v. Mackman* ([1982] 3 W. L. R. 604), w której sąd rozróżnił środki stosowane wobec podmiotów publicznych oraz podmiotów prywatnych. Por. M. Taggart, „*The Peculiarities of the English*”: *Resisting the Public / Private Law Distinction [w:] Law and Administration in Europe* (eds. P. Craig, R. Rawlings), Oxford University Press, 2003, ss. 107–121.

¹⁰ Szerzej: F. G. Jacobs, *Public Law – The Impact of Europe*, [1999-Spring] *Public Law*, ss. 232-245.

¹¹ Wielu brytyjskich prawników chętnie nawiązuje do poglądów A. V. Dicey’ego (zm. 1922), głównego kontestatora podziału na prawo publiczne i prywatne. Por. m. in. C. Harlow, „*Public*” and „*Private*” *Law: Definition Without Distinction*, [1980] *Modern Law Review* 43 (3).

ce praw jednostek są zawierane zazwyczaj w dyrektywach, a te wymagają implementacji przez państwa członkowskie UE.

Innym argumentem przemawiającym za uznaniem prawa wspólnotowego za prawo publiczne mogłaby się stać możliwość wyłącznie instytucjonalnego (w odróżnieniu od indywidualnego) wdrażania tego porządku prawnego.¹² W istocie taki sposób wdrażania został przewidziany w artykułach 226 – 228 TWE, jednak Trybunał Sprawiedliwości „nigdy nie zaakceptował tego traktatowego instytucjonalnego wdrażania jako jedynego, a nawet zasadniczego sposobu, w jaki miałyby być wdrażane prawo Wspólnoty”.¹³ W konsekwencji „idealnie publiczny”, dzięki powierzeniu wdrażania wyłącznie instytucjom, charakter prawa wspólnotowego został przełamany przez doktryny (zasady): horyzontalnego skutku bezpośredniego (*horizontal direct effect*), skutku pośredniego (*indirect effect*), osłabienia zasady krajowej autonomii procesowej oraz odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotów prywatnych za naruszenie prawa wspólnotowego.¹⁴

Nie można odmówić słuszności obserwacji, iż istotą podziału prywatno-publicznego w WE są zasady horyzontalnego i wertykalnego skutku bezpośredniego.¹⁵ Tam, gdzie jednostka może powołać przeciw innej jednostce przepisy prawa wspólnotowego, można mówić o prywatnym charakterze prawa wspólnotowego.

Prawo wspólnotowe wykazuje zatem w znacznej mierze cechy prawa publicznego. W konsekwencji prawo wspólnotowe określane jest jako „europejskie prawo publiczne”,¹⁶ bądź w nieco zawężanej formule jako „europejskie prawo administracyjne”.¹⁷ Można spotkać pogląd, zgodnie z którym na „wspólnotowe prawo publiczne” składają się: zasady konstytucyjne porządku Wspólnoty, takie jak: zasada nadrzędności prawa wspólnotowego, wspólne zasady prawa administracyjnego oraz uznane zasady systemu ochrony praw człowieka.¹⁸ Jednakże na gruncie wspólnotowego porządku prawnego istnieją tendencje i zjawiska, w dużej mierze generowane przez ETS, które konstytuują w ramach tego porządku wyraźne elementy prawa prywatnego.

2.3. Europejskie prawo prywatne?

Skoro prawo wspólnotowe wykazuje zdecydowanie cechy prawa publicznego, to czy jednak można charakteryzować je jako prawo prywatne? Samo pojęcie „europejskie prawo prywatne” staje się coraz powszechniejsze. Niekiedy termin ten odnosi

¹² Na instytucjonalne versus indywidualne wdrażanie prawa WE wskazuje A. Tomkins, *Of Institutions and Individuals: The Enforcement of EC Law [w:] Law and Administration in Europe*, op. cit., ss. 273 – 295.

¹³ A. Tomkins, op. cit., s. 276.

¹⁴ Szerzej na temat wyodrębnionych doktryn – por. dalsza część artykułu 2.3. *Europejskie prawo prywatne?*

¹⁵ D. Oliver, *Common Values and the Public-Private Divide*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin 1999, ss. 118 – 119.

¹⁶ J. F. McEldowney, op. cit., s. 243.

¹⁷ J. Schwarze, *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, 1992.

¹⁸ Ward, *A Critical Introduction to European Law*, 2nd ed., LexisNexis UK, 2003, s. 84.

się do „sumy porządków krajowych”,¹⁹ ale coraz częściej rozumiany jest jako „wspólnotowe prawo prywatne”.

Podstawą prawa prywatnego jest swoboda jednostki – zarówno pierwotne, jak i wtórne prawo wspólnotowe przewidują, co prawda, swobodę podmiotów gospodarczych w wymiarze ekonomicznym, ale nie gwarantują jej wprost.²⁰ Przede wszystkim zaś nie gwarantują swobody kontraktowania.²¹ Trudno zatem uznać prawo wspólnotowe za klasyczne prawo prywatne rozumiane jako prawo umów, niemniej – uwzględniając przedstawioną powyżej charakterystykę podziału na prawo publiczne i prawo prywatne – można się doszukiwać w systemie prawnym Wspólnoty pewnych cech porządku prywatnoprawnego, z zastrzeżeniem że pojęcie „europejskie prawo prywatne” odnosimy nie tylko do przepisów materialnych, ale także do procesów wdrażania prawa, czy wreszcie – *ratio legis* systemu wspólnotowego.

Nadanie wspólnotowemu porządkowi prawnemu wymiaru prywatnego nastąpiło w trzech zakresach:

- (1) gwarantowania praw jednostkom bezpośrednio w aktach prawa wspólnotowego;
- (2) podjęcia wysiłków na rzecz harmonizacji prawa prywatnego w państwach członkowskich;
- (3) możliwości prywatnoprawnego (indywidualnego) wdrażania prawa wspólnotowego.

Najistotniejszą kwestią w pierwszym zakresie jest rozwój prawodawstwa konsumenckiego – jednego z najważniejszych obszarów, w którym „Unia Europejska zrobiła krok naprzód w interesie europejskich obywateli”²² i zadbała o ochronę ich indywidualnych, ale i zbiorowych, interesów. Od lat 80. Wspólnota zaczęła się angażować w harmonizację takich obszarów prawa prywatnego, które wiążą się z odpowiedzialnością cywilnoprawną, jak m.in. odpowiedzialność za produkt, kredyty konsumenckie, nieuczciwe klauzule umowne.²³

Drugi zakres jest chyba obecnie najbardziej kontrowersyjną kwestią na gruncie prawa wspólnotowego. Od kilku lat trwają prace zmierzające do zharmonizowania przepisów prawa prywatnego w państwach członkowskich, określanego również ja-

¹⁹ P. Letto-Vanamo, *From European History to European Future* [w:] *Function and Future of European Law* (V. Heiskanen & K. Kulovesi eds.), Institute of International Economic Law, Helsinki 1999, s. 95.

²⁰ N. Reich, *Understanding EU Law. Objectives, Principles and Methods of Community Law*, Intersentia, Antwerp – Oxford – New York, 2003, ss. 255-277.

²¹ *Ibidem*, s. 265.

²² E. Hondius, *Consumer Law and Private Law: Where the Twains Shall Meet* [w:] *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997, s. 313.

²³ Por. dyrektywa 85/374/EWG o odpowiedzialności za produkt niebezpieczny (Dz. Urz. EWG 1985 L 210); dyrektywa 87/102/EWG o kredycie konsumenckim (Dz. Urz. EWG 1987 L 42); dyrektywa 93/13/EWG o nieuczciwych klauzulach umownych (Dz. Urz. EWG 1993 L 95). Niektórzy autorzy odmawiają regulacjom konsumenckim stricte prywatnego charakteru, sytuując je pomiędzy prawem publicznym a prywatnym – por. E. Hondius, *op. cit.*, ss. 311 – 328.

ko „europeizacja prawa prywatnego”.²⁴ Zjawisko to samo w sobie, jak również plany i sposoby harmonizowania prawa prywatnego (głównie kontraktowego) we Wspólnocie, spotyka się ze znaczącą krytyką,²⁵ jednak prace nad europejskimi standardami prawa kontraktowego²⁶ – a wraz z nimi procesy „prywatyzowania” prawa wspólnotowego - posuwają się naprzód.

W trzecim zakresie mieszczą się wspomniane wyżej doktryny, zapoczątkowane przez zasadę horyzontalnego skutku bezpośredniego (*horizontal direct effect*),²⁷ w myśl której normy prawa wspólnotowego (początkowo tylko traktatowe, z czasem także te zawarte w rozporządzeniach), o ile są „jasno sformułowane i bezwarunkowe”, skutkują indywidualnie wobec jednostek, które mogą bezpośrednio powołać się na nie przed sądem krajowym w sporach z innymi podmiotami.²⁸

Dalszym krokiem wobec doktryny skutku bezpośredniego było wypracowanie przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) zasady skutku pośredniego (*indirect effect*), polegającej na tym, że „stosując prawo krajowe, sądy są zobowiązane interpretować to prawo zgodnie z brzmieniem i celem dyrektyw”.²⁹ W konsekwencji ETS wyposażył jednostki w możliwość powoływania się w krajowych postępowaniach sądowych, choć nie bezpośrednio, także na przepisy dyrektyw, a państwa członkowskie ponoszą odpowiedzialność również w sytuacji, gdy podmioty prywatne zachowują się wobec innych jednostek prywatnych tak, że naruszają prawo wspólnotowe.³⁰ Doktryna ta stanowi w pewnym sensie próbę przełamania ograniczeń związanych z wyodrębnieniem wymiaru wertykalnego i horyzontalnego skutku bezpośredniego. Jeśli przyjąć, że ten podział odzwierciedla podział „publiczne-prywatne” w prawie wspólnotowym, to w konsekwencji doktrynę skutku pośredniego należy uznać za element swoistego „prywatyzowania” tego porządku prawnego.

Kolejnym krokiem w kierunku „prywatyzowania wdrażania prawa wspólnotowego” było odrzucenie przez ETS zasady autonomii przepisów krajowych i przyjęcie rozwiązania, zgodnie z którym, jeśli jedyną przeszkodą w zastosowaniu prawa wspól-

²⁴ Ch. Joerges, *Europeanization as Process: Thoughts on the Europeanization of Private Law*, [2005] *European Public Law* 11 (1).

²⁵ Omówienie głównych nurtów krytycznych w: S. Weatherill, *Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?*, [2004] 5 E. P. L. Rev. Por. także: P. Legrand, *Against a European Civil Code*, [1997] *Modern Law Review* 60; W. Van Gerven, *Harmonization of Private Law: Do We Need It?*, [2004] C. M. L. Rev 41; W. Blair, R. Brent, *A Single European Law of Contract?*, [2004] E. B. L. Rev, ss. 5-21; W. Van Gerven, *Codifying European Private Law: yes, if*, [2002] *ELRev* 27 (2).

²⁶ *Communication – A More Coherent European Contract Law – An Action Plan*, COM (2003) 68 final, 12.02.2003 (Dz. Urz. UE 2003 C 63/1 z 15.03.2003).

²⁷ Zasada skutku bezpośredniego jako taka bywa uznawana za podstawę europejskiego prawa publicznego, jednak trudno negować fakt, że w wymiarze horyzontalnym stanowi ona podstawę rozwoju kolejnych doktryn (aż po doktrynę *Courage*), które w coraz szerszym stopniu umożliwiły wdrażanie prawa wspólnotowego przez podmioty prywatne.

²⁸ Doktryna ta została wypracowana przez TS na gruncie orzeczenia C-26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR 1.

²⁹ C-14/83 *Von Colson & Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891; C-106/89 *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*. [1990] ECR I-4135.

³⁰ I. Ward, *op. cit.*, s. 77.

notowego przez sąd krajowy, przed którym toczy się postępowanie, jest przepis prawa krajowego, należy ten przepis odrzucić.³¹

Rola jednostki w prawie wspólnotowym wzrosła także dzięki doktrynie *Franco-vich*,³² w myśl której państwa członkowskie ponoszą odpowiedzialność odszkodowawczą wobec jednostek za naruszenie prawa WE polegające na niewdrożeniu dyrektyw. W to swoiste prywatyzowanie prawa wspólnotowego wpisuje się także stosunkowo nowa doktryna *Courage*,³³ która pozwala podmiotowi prywatnemu uzyskać odszkodowanie od innej jednostki prywatnej za naruszenie prawa wspólnotowego.³⁴

Prawo wspólnotowe staje się tym bardziej prywatne, im większe możliwości mają jednostki w zakresie wdrażania tego prawa, a ściślej – w kontrolowaniu przestrzegania tego prawa zarówno przez podmioty publiczne, jak i inne prywatne, natomiast w przypadku naruszeń prawa wspólnotowego – w ubieganiu się o naprawienie doznanej (indywidualnie lub zbiorowo) szkody. Ze względu na stosunkowo ograniczone możliwości występowania jednostek przed sądami wspólnotowymi prawo europejskie zyskuje tym bardziej prywatny charakter, im w większym zakresie jednostki mogą wykorzystywać przepisy wspólnotowe przed sądami krajowymi. Wydaje się, że wraz z upływem lat, a przede wszystkim wraz z coraz bardziej zaawansowanym osiągnięciem celów gospodarczych integracji europejskiej, prawo wspólnotowe jest skłonne uznawać i przyznawać jednostkom swobodę w coraz większym zakresie.³⁵

Współcześnie, zwłaszcza w kontekście rozwoju koncepcji zarządzania (*governance*) i odpowiedzialności (*accountability*),³⁶ nie należy do rzadkości kwestionowanie podziału na prawo publiczne i prawo prywatne na gruncie prawa europejskiego jako podziału anachronicznego, nie odpowiadającego dynamice procesów integracyjnych.³⁷

2.4. Podział prawo publiczne/prawo prywatne w systemie prawnej ochrony konkurencji w UE

Oslabienie *stricte* publicznego charakteru prawa wspólnotowego i uzyskiwanie przez nie wymiaru prawa prywatnego (zwłaszcza w kontekście wdrażania indywidualnego przeciwstawionego wdrażaniu instytucjonalnemu) staje się wyjątkowo dobrze widoczne na gruncie prawa ochrony konkurencji.

³¹ C-213/89 *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others* [1990] ECR I-2433.

³² C-6/90 i 9/90 *Franco-vich & Bonifaci v. Italy* [1991] ECR I-5357.

³³ C-453/99 *Courage Ltd v Crehan* [2001] ECR I-6297.

³⁴ Szerzej na temat tej doktryny – por. pkt 4.1.1. niniejszego artykułu.

³⁵ N. Reich, *op. cit.*, s. 290. Autor wiąże to zjawisko z rozwojem koncepcji *governance*, która, jego zdaniem, jest „liberalnym wynikiem swobody”.

³⁶ Por. *Law and Governance in Post-National Europe. Compliance beyond the Nation State* (M. Zürn, Ch. Joerges), Cambridge University Press, 2005.

³⁷ N. Reich, *op. cit.*, s. 295.

W zasadzie można postawić tezę, że przełamywanie granicy prawa publicznego i prywatnego jest swoistym *specialité de la maison* prawa ochrony konkurencji (nie tylko na poziomie wspólnotowym, ale również krajowym). Chodzi tutaj nie tylko o fakt, że – w myśl przepisów Traktatu – państwo jest zobowiązane przestrzegać zakazu pomocy publicznej, ale także o procesy prywatyzacji i liberalizacji, na gruncie których często mamy do czynienia z modyfikacją ról państwa powiązaną ze zmianą stosunków własnościowych, przejściem niektórych funkcji publicznych przez podmioty prywatne oraz nowymi zasadami regulacji. Tego rodzaju stosunki pozostają jednak poza zakresem zainteresowania niniejszego artykułu.³⁸ Najważniejszą kwestią dychotomii publiczne-prywatne w obszarze ochrony konkurencji pozostaje to, iż istotą tego zakresu prawa wspólnotowego było od początku zwalczanie prywatnych ograniczeń konkurencji, podczas gdy pozostałe przepisy Traktatu o WE ukierunkowane były na znoszenie barier w przepływie towarów, usług, kapitału i pracowników na poziomie krajowym (publicznym).³⁹ Udział podmiotów prywatnych we wdrażaniu przepisów wspólnotowych był zatem naturalny ze względu na charakter tej dziedziny prawa. Większość skarg osób fizycznych i prawnych wnoszonych do Sądu Pierwszej Instancji na podstawie art. 230 TWE dotyczy właśnie decyzji Komisji z zakresu ochrony konkurencji. Nic dziwnego, że prawo ochrony konkurencji stanowi awangardę prywatnego wdrażania regulacji wspólnotowych i jest doskonałą ilustracją zacierania się granic między publicznym i prywatnym wymiarem prawa.

³⁸ Tematyka ta doczekała się obszernych opracowań w literaturze – por. m.in. S. Fredman, G. S. Morris, *The Cost of Exclusivity: Public and Private Re-examined*, [1994] Public Law 69.

³⁹ J. Basedow, *A Common Contract Law for the Common Market*, [1996] 33 C. M. L. Rev., s. 1192.

3. Założenia i modele prywatnego dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia przepisów o ochronie konkurencji

3.1. Podstawy prawne prywatnego dochodzenia roszczeń

Dalsze części rozważań dotyczą prywatnoprawnego (cywilnoprawnego) wdrażania przepisów o ochronie konkurencji, które to pojęcie można odnieść tak do prawa wspólnotowego, jak i krajowego, i oznacza ono możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia przepisów o ochronie konkurencji w sporach między podmiotami prywatnymi przed sądami powszechnymi. W wymiarze praktycznym prywatnoprawne wdrażanie prawa ochrony konkurencji daje podmiotom prywatnym szansę pozwania i uzyskania naprawienia szkody od innych jednostek prywatnych, które dopuściły się praktyk ograniczających konkurencję.

Możliwość dochodzenia prywatnych roszczeń z tytułu naruszenia przepisów o ochronie konkurencji na drodze sądowej zależy od rozwiązań zarówno w zakresie prawa materialnego, jak i prawa procesowego w krajowych porządkach prawnych.

Jeśli chodzi o prawo materialne, możliwe są następujące rozwiązania:

- (1) Ustawa o ochronie konkurencji wprost przewiduje możliwość prywatnego dochodzenia roszczeń.
- (2) Ustawa o ochronie konkurencji nie zawiera przepisu dotyczącego prywatnego dochodzenia roszczeń. Niejednokrotnie brak takiego bezpośredniego przepisu w ustawie nie wyklucza jednak możliwości prywatnego wdrażania prawa ochrony konkurencji – możliwość taka może wynikać bądź z przepisów procesowych, bądź z ogólnych zasad zasady odpowiedzialności cywilnej.
- (3) Ustawa o ochronie konkurencji wyklucza możliwość prywatnego dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia jej przepisów.

Ważną kwestią pozostaje także to, czy regulacje krajowe przewidują odrębną podstawę prawną wdrażania na drodze cywilnoprawnej wspólnotowych przepisów z zakresu ochrony konkurencji, czy też prywatnoprawne wdrażanie krajowej i wspólnotowej regulacji odbywa się na tej samej podstawie.⁴⁰

⁴⁰ Według Raportu Ashursta (s. 1) obecnie prawodawstwa tylko 3 państw członkowskich UE (Finlandia, Litwa, Szwecja) przewidują odrębną podstawę prawną występowania z roszczeniami odszkodowawczymi opartymi na wspólnotowym prawie konkurencji; natomiast w 12 państwach członkowskich istnieje odrębna podstawa prawna występowania z roszczeniami opartymi na krajowych przepisach o ochronie konkurencji.

Jeśli chodzi o przepisy procesowe, krajowe porządki prawne mogą przewidywać następujące rozwiązania:

- (1) Przepisy proceduralne dotyczące prywatnego dochodzenia roszczeń są zawarte w samej ustawie o ochronie konkurencji.
- (2) Ustawa o ochronie konkurencji odsyła w tym zakresie do aktu prawnego regulującego procedury cywilne, przy czym odesłanie może się odnosić do:
 - ogólnych przepisów proceduralnych;
 - specjalnie ustanowionej procedury.
- (3) Ustawa nie zawiera żadnych przepisów dotyczących aspektu proceduralnego (przyjmuje się domniemanie stosowania ogólnych przepisów procesu cywilnego).

Na podstawie wskazanych możliwości rozwiązań prawa materialnego i procesowego możliwe jest wyodrębnienie następujących modeli systemu prywatnego wdrażania prawa ochrony konkurencji:

- (1) system prywatnoprawnego wdrażania reguł konkurencji przewidziany w ustawie o ochronie konkurencji (antymonopolowej);
 - (1a) przepis materialny + przepis proceduralny;
 - (1b) tylko przepis materialny, brak proceduralnych:
 - odesłanie do reguł ogólnych,
 - odesłanie do reguł specjalnych (specjalna procedura w akcie innymi niż ustawa antymonopolowa);
- (2) system prywatnoprawnego wdrażania reguł konkurencji nie przewidziany w ustawie antymonopolowej, ale odesłanie do przepisów procedury cywilnej:
 - odesłanie do przepisów proceduralnych ogólnych,
 - odesłanie do przepisów proceduralnych specjalnych (dotyczących tylko postępowania antymonopolowego);
- (3) system prywatnoprawnego wdrażania reguł konkurencji nie przewidziany w ustawie antymonopolowej, brak odesłania do procedury cywilnej;
- (4) prywatne wdrażanie wprost zakazane w ustawie o ochronie konkurencji.

Wybór modelu powinien być podyktowany optymalną efektywnością zastosowanych rozwiązań prawnych, przy czym ocena tej efektywności powinna uwzględniać czynniki takie jak m. in.: czytelność (przejrzystość) zastosowanych rozwiązań (głównie w zakresie relacji między prawem materialnym a procesowym), szybkość postępowania, łatwość dostępu do procedur. Należy brać także pod uwagę przesłanki racjonalnego ustawodawstwa – uwzględnienie tej ostatniej przesłanki może np. eliminować model 1a, który choć wydaje się najbardziej kompleksowym, może stanowić przejaw swoistego „przeregulowania”.

3.2. Podmioty uprawnione do występowania z roszczeniami

W decydowaniu o określonym modelu prywatnego wdrażania prawa ochrony konkurencji jedną z najważniejszych kwestii pozostaje wybór kategorii podmiotów uprawnionych do wnoszenia pozwów z tytułu naruszenia przepisów antytrustowych. Przede wszystkim będą to przedsiębiorcy poszkodowani działaniem konkurenta, sprzecznym z przepisami o ochronie konkurencji. Jednak i ta oczywista kategoria może być ograniczona np. tylko do przedsiębiorców powiązanych stosunkami kontraktowymi z „naruszycielem” – takie rozwiązanie, funkcjonujące obecnie np. w ustawodawstwie szwedzkim, musi być postrzegane jako istotne limitowanie nurtu prywatnego wdrażania prawa ochrony konkurencji (w zasadzie eliminuje to, lub co najmniej znacząco ogranicza, możliwość korzystania ze środków prywatnych w celu obrony przed kartelami horyzontalnymi).

Kształtując model wykorzystania ścieżki prywatnoprawnej w zakresie przepisów antymonopolowych, należy również wziąć pod uwagę możliwość aktywności sądowej nie tylko pojedynczych podmiotów, ale także ich zbiorowości (roszczenia, czyli skargi zbiorowe, przy czym pojęcie „zbiorowy” należy interpretować nie tyle w kontekście legitymacji do wystąpienia z pozwem, ile w kontekście interesów zbiorowości).

W doktrynie, zwłaszcza anglosaskiej, wyróżnia się wiele rodzajów skarg zbiorowych, które z powodzeniem mogłyby zostać wykorzystane na gruncie prawa ochrony konkurencji. Jedną z takich skarg jest *class action*, na podstawie której procedurę cywilną wszczyna pojedynczy podmiot lub zespół podmiotów, reprezentujący większą zbiorowość niezidentyfikowanych podmiotów indywidualnych.⁴¹ Członkowie tej grupy mogą wyłączyć się z postępowania (*opt out*) i tylko wówczas nie będą związani wyrokiem sądu. Odszkodowania uzyskane wskutek *class action* są przyznawane zbiorowości, a nie indywidualnym członkom grupy, choć każdemu z nich przysługuje odpowiednia część świadczenia.

Innym rodzajem skargi jest tzw. *collective claim*, wnoszona przez indywidualny podmiot w imieniu grupy zidentyfikowanych lub co najmniej możliwych do zidentyfikowania podmiotów (osób). Pozyskane odszkodowanie należy do całej grupy, a nie jej poszczególnych członków. Podobny charakter mają również *representative actions* polegające na wniesieniu pozwu przez jeden podmiot (np. stowarzyszenie) w imieniu zidentyfikowanych podmiotów indywidualnych. Wśród kategorii skarg zbiorowych należy wymienić także przypadki wnoszenia skarg przez organizacje reprezentujące dane środowisko, które to skargi mają służyć interesowi publicznemu w ogóle (interesowi nieokreślonej liczby niezidentyfikowanych podmiotów), a nie interesom członków organizacji. Takich działań podejmują się m.in. organizacje konsumenckie.

⁴¹ Por. C. G. Lang, *Class Actions and US Antitrust Law: Prerequisites and Interdependencies of the Implementation of a Procedural Device for the Aggregation of Low-Value Claims* [2001] *World Competition* 24 (2), s. 285-302. Na temat skarg zbiorowych w porządkach prawnych państw członkowskich UE – por. Raport Ashurst, s. 45 i n.; D. Woods, A. Sinclair, D. Ashton, *Private enforcement of Community competition law: modernization and the road ahead*, [2004] *Competition Policy Newsletter* No 2, s. 34-35.

Należy podkreślić, że skargi zbiorowe stanowią płaszczyznę, na której bardzo mocno spleta się ochrona interesów prywatnych oraz szeroko pojmowanego interesu publicznego. Takie kolektywne skargi w zasadzie mają na celu ochronę interesu publicznego, a nie (wyłącznie) *stricto* prywatnego. Co więcej, skargi tego rodzaju odgrywają tym większą rolę, im mniejszym dynamizmem charakteryzuje się publiczne wdrażanie prawa antytrustowego.⁴² Skargi grupowe nie tylko zwiększają skalę danego postępowania, uwidaczniając tym samym „ponadjednostkowy” interes w rozstrzygnięciu sprawy z zakresu ochrony konkurencji; skargi te pozwalają również na dzielenie ryzyka i kosztów związanych z postępowaniem między większą liczbę podmiotów.

3.3. Inne elementy modelu

Charakteryzując modele prywatnego wdrażania prawa ochrony konkurencji, oprócz podstaw prawnych i podmiotów uprawnionych do dochodzenia roszczeń, należy zwrócić uwagę również na kilka innych, nie mniej istotnych kwestii, do których należą m. in.: zasady obliczania wysokości odszkodowania,⁴³ koszty postępowań sądowych, czas trwania postępowań, rodzaje dopuszczalnych dowodów i zakres ich wykorzystania. Wszystkie te elementy mają wpływ na dostępność i skuteczność prywatnego dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia przepisów o ochronie konkurencji.⁴⁴ Celem niniejszego artykułu nie jest jednak dogłębna analiza detali modeli,⁴⁵ stąd w tym miejscu należy się ograniczyć jedynie do przedstawienia dwóch problemów, najszerzej dyskutowanych w literaturze.

Pierwszy z nich to kwestia dowodzenia naruszenia przepisów antymonopolowych przed sądem cywilnym. Model prywatnego wdrażania prawa ochrony konkurencji może się opierać na prejudycjalnym charakterze decyzji (wyroków) organów antymonopolowych, czego konsekwencją jest fakt, że sądy cywilne nie mogą (lub co najmniej – nie są skore) do orzekania o odszkodowaniach z tytułu naruszenia zakazu karteli lub nadużywania pozycji dominującej bez uprzedniego rozstrzygnięcia w tym obszarze wydanego przez odpowiedni administracyjny organ ochrony konkurencji.

⁴² Ch. G. Lang, *Class Actions and the US Antitrust Law: Prerequisites and Interdependencies of the Implementation of a Procedural Device for the Aggregation of Low-Values Claims*, [2001] *World Competition* 24 (2). Por. także: W. S. Grimes, *The Sherman Act's Unintended Bias Against Lilliputians: Small Players' Collective Action as a Counter to Relational Market Power*, [2001] *Antitrust Law Journal* vol. 69, s. 195-247.

⁴³ Por. *Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages* (prepared by E. Clark, M. Hughes, D. Wirth). Dokument stanowi część tzw. Raportu Ashursta (http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/economic_clean_en.pdf).

⁴⁴ Przykładowo: choć dla wielu zwolenników prywatnego wdrażania prawa konkurencji jednym z argumentów przemawiających za promowaniem ścieżki cywilnoprawnej pozostaje zmniejszenie kosztów „ścigania” naruszeń prawa wspólnotowego, niektórzy autorzy wyrażają pogląd, że w rzeczywistości koszty skarg anytrustowych są znacznie wyższe niż koszty interwencji organów ochrony konkurencji (przy czym nie chodzi tu wyłącznie o koszty prywatne, ale także o koszty związane z orzekaniem sądów w tych sprawach) – por. K. G. Elzinga, W. Wood, *Costs of Legal System in Private Antitrust Enforcement* [w:] *Private Antitrust Litigation*, (L. J. White ed.), MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1988, s. 143-144.

⁴⁵ Obszerny przegląd innych elementów modelu zawarty jest w Raporcie Ashursta.

Rozwiązanie takie ogranicza możliwość dochodzenia prywatnych roszczeń, ale ma także pewne zalety: przede wszystkim eliminuje w znacznym stopniu „pieniactwo” procesowe, minimalizuje także ryzyko błędu co do oceny istoty sprawy, a wręcz zdejmuje z sędziów ciężar orzekania co do tego, czy doszło do naruszenia przepisów antymonopolowych. Rozwiązanie to wydaje się korzystne zwłaszcza w tych państwach, w których kultura konkurencji, świadomość konsekwencji z tytułu naruszenia reguł konkurencji, czy wreszcie kwalifikacje sędziów w obszarze ochrony konkurencji są stosunkowo słabe. Możliwość posiłkowania się uprzednim rozstrzygnięciem (administracyjnych) organów antymonopolowych powinna sprzyjać aktywności sądów w prywatnoprawnym wdrażaniu prawa ochrony konkurencji, gdyż sędziowie nie będą się obawiać podejmowania rozstrzygnięć w sytuacji stwierdzonego uprzednio naruszenia przepisów antytrustowych. Z drugiej strony, w systemach dopuszczających skargi zbiorowe każde rozstrzygnięcie organu ochrony konkurencji stwierdzające naruszenie reguł gry rynkowej powoduje lawinę tego typu skarg,⁴⁶ co może prowadzić do swoistego paraliżu systemu sądowego.

Nie można jednak zignorować tego, że uzależnianie możliwości prywatnego dochodzenia roszczeń w obszarze ochrony konkurencji od decyzji organów antymonopolowych wyraźnie podporządkowuje sferę prywatną implementacji prawa antymonopolowego sferze publicznej. Taka sytuacja nie wydaje się zgodna ze współczesnymi tendencjami rozwoju prawa ochrony konkurencji, które zmierzają raczej do zrównania i współlistnienia obu sfer wdrażania tego obszaru prawa. Należy jednak podkreślić, że formalne ściśle związanie możliwości zaspokojenia roszczeń z koniecznością posiadania decyzji stwierdzającej praktykę ograniczającą konkurencję jest w ustawodawstwach europejskich stosunkowo rzadkie.⁴⁷ Często jednak takie rozwiązanie obserwowane jest w praktyce sądowej także w tych systemach prawnych, które nie stawiają ograniczeń (w postaci decyzji prejudycjalnych) prywatnemu dochodzeniu roszczeń związanych z naruszeniem przepisów o ochronie konkurencji. Wskazuje się także na fakt, że w przypadku gdy skargi prywatne następują po wydaniu decyzji przez publiczne organy ochrony konkurencji, sprawa przed sądem zazwyczaj sprowadza się do określenia wysokości odszkodowania, a nie dyskusji nad faktem istnienia lub braku naruszenia.⁴⁸

Drugim istotnym aspektem cywilnoprawnej implementacji prawa ochrony konkurencji jest kwestia zakresu, wymiaru oraz środków naprawienia szkody doznanej wskutek naruszenia przepisów. Dyskusja sprowadza się tutaj w zasadzie do kwestii, czy środki te powinny mieć raczej charakter zapobiegawczy (ang. *deterrent*), czy przymusowy (ang. *coercive*). Można tutaj mnożyć pytania o to, czy odszkodowanie powinno pokrywać wyłącznie poniesione szkody, czy również utracone korzyści; czy wysokość odszkodowania powinna być ograniczona, tak jak ma to miejsce w syste-

⁴⁶ R. Posner określa to zjawisko jako „efekt bomby clustrowej” (*cluster-bomb effect*) – R. Posner, *Antitrust Law*, 2nd ed., University of Chicago Press, Chicago and London 2001, s. 279.

⁴⁷ Wiążący dla sądu charakter decyzji organu administracyjnego gwarantuje między innymi ustawodawstwo w Czechach, Grecji, Słowenii, Szwecji – por. Raport Ashursta, s. 69-70.

⁴⁸ W. F. Shughart, *Private Antitrust Enforcement Compensation, Deterrence, or Extortion?*, [1990] *Cato Review of Business and Government* 13 (3), s. 3.

mie amerykańskim, którego specyfikę stanowi „potrójne odszkodowanie” (*treble damages*).⁴⁹ Innym ważnym problemem pozostaje możliwość pozyskiwania odszkodowań przez osoby trzecie, tj. klientów, którzy nie wchodzi, co prawda, w bezpośrednie relacje z podmiotem dopuszczającym się praktyk ograniczających konkurencję, ale doznają szkody wskutek tych praktyk (tzw. *passing-on damages*).⁵⁰

Analizując modele prywatnoprawnego wdrażania reguł konkurencji, należy mieć świadomość, że – przynajmniej obecnie – nie jest możliwe scharakteryzowanie prywatnej implementacji wspólnotowego prawa ochrony konkurencji za pomocą jednego modelu. Dopóki nie zostaną podjęte działania harmonizacyjne w tym zakresie, dopóty model wdrażania przepisów wspólnotowych będzie ogromnym zbiorem różnorodnych modeli krajowych. Ta okoliczność, z towarzyszącymi jej wątpliwościami co do powodzenia zabiegów harmonizacyjnych, stanowi zresztą jeden z podstawowych zarzutów wobec zasadności prywatnego wdrażania prawa antytrustowego Wspólnoty.

⁴⁹ Zasada potrójnego odszkodowania nie jest bynajmniej rozwiązaniem powszechnie akceptowanym w doktrynie – por. A. M. Polinsky, *Detrebling versus Decoupling Antitrust Damages: Lessons from the Theory of Enforcement* [w:] *Private Antitrust Litigation*, *op. cit.*, s. 87-94.

⁵⁰ *Passing-on damages* były w przeszłości przedmiotem orzeczeń sądów amerykańskich (*Hanower Shoe Coe v. United Shoe Machinery Corp.* 392 US 481 (1968); *Illinois Brick Co. V. Illinois* 431 US 720 (1977)). Szerzej na temat odszkodowań tego rodzaju – por. F. Hoseinian, *Passing-on damages and Community antitrust policy – an economic background*, [2005] *World Competition* 25 (1).

4. Prywatnoprawne wdrażanie prawa ochrony konkurencji w UE

4.1. Podstawy prawne

4.1.1. Sytuacja przed 1 maja 2004 r.

Europejskie porządki prawne są znacznie bardziej niż prawo amerykańskie przywiązane do dychotomicznego podziału sfery regulacji na prawo publiczne i prawo prywatne. Przepisy Traktatu o WE dotyczące ochrony konkurencji przynależą do obszaru publicznego, stąd kwestia możliwości ich wdrażania na gruncie prywatnym, choć formalnie niewykluczona, w zasadzie nie była nigdy ani specjalnie dostrzegana, ani doceniana – uwaga ta dotyczy zarówno organów ochrony konkurencji, jak i podmiotów prywatnych, potencjalnie wykazujących interes w naprawieniu szkód poniesionych wskutek nielegalnych działań innych graczy rynkowych. Raport Ashursta obrazowo określa system prywatnego wdrażania prawa konkurencji we Wspólnocie jako „niedorozwinięty” (ang. *underdeveloped*).⁵¹ Trudno nie zgodzić się z takim poglądem w świetle statystyki, która wskazuje, że od 1962 r. (rok wydania Rozporządzenia nr 17,⁵² pierwszego aktu wdrażającego art. 81 i 82 TWE) tylko 12 spraw z zakresu naruszeń wspólnotowego prawa ochrony konkurencji (opartych wyłącznie na tym prawie),⁵³ rozstrzyganych przed sądami powszechnymi w państwach członkowskich, zakończyło się sukcesem powodów.

Marginalność zjawiska prywatnego wdrażania prawa wynikała między innymi z ograniczonych możliwości stosowania wspólnotowych przepisów o ochronie konkurencji na gruncie krajowym. Pod rządami Rozporządzenia nr 17 organy ochrony konkurencji w państwach członkowskich (zarówno organy administracyjne, jak i sądy) mogły orzekać wyłącznie na podstawie art. 81 ust. 1 (zakaz karteli) i art. 82 (zakaz nadużywania pozycji dominującej) TWE; nie były natomiast właściwe w zakresie stosowania art. 81 ust. 3 (wyłączenie spod zakazu karteli).⁵⁴ Nawet sama Komisja

⁵¹ Raport Ashursta, s. 1.

⁵² Rozporządzenie Nr 17/62: Pierwsze rozporządzenie wykonawcze do art. 85 i 86 Traktatu, zmienione Rozporządzeniem (WE) nr 1216/1999 Rady z 10.06.1999 r. (Dz. Urz. EWG 1962 nr 13/204).

⁵³ Raport Ashursta (s. 1) wskazuje, że dodatkowo 6 orzeczeń było opartych równocześnie na wspólnotowym i krajowym prawie ochrony konkurencji.

⁵⁴ Szerzej: M. Smith, *Competition Law. Enforcement and Procedure*, Butterworths 2001, s. 430. Z powszechnie akceptowanym poglądem, iż wyłączność kompetencji Komisji w zakresie stosowania art. 81 ust. 3 TWE miała decydujący wpływ na ograniczone prywatne wdrażanie prawa wspólnotowego, polemizowali C. Jones i E. Sharpston w artykule *Beyond Delimitis: Pluralism, Illusions, and Narrow Constructionism in Community Antitrust Litigation* [1996/97] *Columbia Journal of European Law* vol. 3,

– w Białej Księdze w sprawie modernizacji stosowania art. 81 i 82 TWE⁵⁵ – przyznała, że Rozporządzenie nr 17 w niewielkim stopniu zachęcało do wdrażania prawa ochrony konkurencji na drodze prywatnoprawnej. Dopiero proces modernizacji wspólnotowego prawa ochrony konkurencji, uwieńczony wydaniem Rozporządzenia nr 1/2003 (zastępującego Rozporządzenie nr 17), rozszerzył możliwość stosowania przez organy krajowe prawa wspólnotowego w pełnym zakresie, tj. łącznie z rozstrzygnięciami o dopuszczalności wyłączeń indywidualnych na podstawie art. 81 ust. 3 TWE (art. 6 Rozporządzenia nr 1/2003).

Jednakże mimo restryktywnego (z punktu widzenia prywatnego wdrażania) charakteru „starej regulacji”, instytucje wspólnotowe również przed rokiem 2004 podejmowały próby zachęcenia sądów krajowych do stosowania wspólnotowych przepisów antytrustowych. Za pierwszy krok w tej dziedzinie można uznać 15 Raport o polityce konkurencji (1985 r.), w którym Komisja stwierdziła, że jednym z jej priorytetów jest „przywroćenie roli”, jaką sądy krajowe powinny odgrywać we wdrażaniu art. 81 i art. 82 TWE. Za prywatnoprawną implementacją wspólnotowego prawa konkurencji przemawiały, zdaniem Komisji, takie czynniki jak choćby to, że częstsze stosowanie prawa na poziomie krajowym podniesie świadomość konkurencyjną (ang. *competition awareness*) wśród obywateli Wspólnoty, a także spowoduje szybsze zakończenie naruszeń, natomiast Komisja będzie mogła się zajmować „poważnymi sprawami (naruszeniami)”.⁵⁶

Inną inicjatywą Komisji w tym zakresie było wydanie w 1993 r. obwieszczenia w sprawie współpracy między sądami krajowymi a Komisją przy stosowaniu art. 85 i art. 86 TWE.⁵⁷ Dokument ten nie tylko potwierdzał możliwość bezpośredniego stosowania wspólnotowego prawa ochrony konkurencji przed sądami krajowymi, ale także wskazywał na podstawowe zasady tego procesu, w tym: zasady dotyczące znoszenia sprzeczności między rozstrzygnięciami Komisji i sądów krajowych (pkt IV. 1), sposób procedowania w sytuacji stwierdzenia przez sąd krajowy, że porozumienie może korzystać z wyłączenia na podstawie art. 85 ust. 3 TWE (pkt IV. 2), czy wreszcie zasady konsultowania się sądów z Komisją (pkt V).⁵⁸ Obwieszczenie o współpracy jest powszechnie oceniane jako „ruch w kierunku szerszego wdrażania prawa wspólnotowego przez organy krajowe”,⁵⁹ co naturalnie mogło się pośrednio przyczynić do zwiększenia skali prywatnego dochodzenia roszczeń, ale nie było z nią równoznaczne.

ss. 85-108. Inaczej: I. Forrester, Ch. Norall, *The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason: How Competition Law Is and Could Be Applied*, [1984] CMLRev 21, s. 11-51.

⁵⁵ Biała Księga w sprawie modernizacji reguł stosowania art. 85 i 86 TWE, pkt 100 i n.

⁵⁶ 15 Raport o polityce konkurencji (1985), pkt 39. Argumentacja Komisji z tego raportu nadal zachowuje aktualność.

⁵⁷ Obwieszczenia w sprawie współpracy między sądami krajowymi a Komisją przy stosowaniu art. 85 i 86 TWE (Dz. Urz. WE 1993 C 39/1). W polskiej wersji językowej dokument ten został opublikowany [w]: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła. Tom 1: Reguły generalne* (wybór i opracowanie T. Skoczny), Wyd. Naukowe WZ UW, Warszawa 2002, s. 513-522.

⁵⁸ Szerzej na temat obwieszczenia: G. Tesaurò, *Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law* [w]: *Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law* (J. Rivas, M. Harspool ed.), Kluwer Law International, Hague-London-Boston, 2000, s. 6-7.

⁵⁹ J. H. J. Bourgeois, *Enforcement of EC Competition Law by National Authorities: Square Pegs in Round Holes? [w:] Current and Future Perspectives...*, *op. cit.*, s. 89.

Warto jednakże zauważyć, że również w swojej praktyce decyzyjnej i orzeczniczej wspólnotowe organy ochrony konkurencji nie poświęcały wiele miejsca problematyce wdrażania art. 81 i art. 82 TWE na drodze prywatnoprawnej. Spośród nielicznych wyroków dotyczących tej problematyki należy przywołać przede wszystkim te orzeczenia, które wyraźnie wskazywały na to, że art. 81 ust. 1 oraz art. 82 TWE powodują bezpośredni skutek między indywidualnymi podmiotami oraz są źródłem ich praw, które muszą być chronione przez sądy w państwach członkowskich (*BRT/SABAM*,⁶⁰ *Simmenthal*,⁶¹ *Factortame*,⁶² *Tetra Pak*⁶³), jak również wyroki potwierdzające wprost właściwość sądów krajowych do stosowania art. 81 ust. 1 i art. 82 TWE (*Delimitis*,⁶⁴ *Ahmed Saeed*,⁶⁵ *Eco Swiss*⁶⁶).

Te orzeczenia „pierwszej generacji” przełamały pewne mentalne bariery w stosowaniu wspólnotowych reguł ochrony konkurencji przed sądami krajowymi, jednak prawdziwy przełom w procesie prywatnoprawnego wdrażania przepisów Traktatu przyniosły orzeczenia „drugiej generacji”, tj. te, które potwierdziły możliwość dochodzenia przed sądami krajowymi odszkodowań w związku z naruszeniem art. 81 lub art. 82. Jeszcze w latach 90. w opinii do sprawy *Banks v. British Coal Corp.*⁶⁷ adwokat generalny van Gerven stwierdził, że „(...) w rezultacie obowiązku zapewnienia w pełni skutecznego przestrzegania prawa wspólnotowego oraz ochrony praw udzielanych przez nie jednostkom, sądy krajowe mają obowiązek przyznawania odszkodowań w związku ze szkodami poniesionymi przez przedsiębiorstwo w wyniku naruszenia przez inne przedsiębiorstwo bezpośrednio skutecznych przepisów wspólnotowego prawa ochrony konkurencji”.⁶⁸

Wyjątkowe miejsce wśród orzeczeń „drugiej generacji” zajmuje wyrok w sprawie *Courage v. Crehan*,⁶⁹ wydany w procedurze pytania prejudycjalnego, skierowanego w tej sprawie do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości przez Sąd Apelacyjny Anglii i Walii. Istota tej sprawy (chodziło o umowy wiązane na rynku piwa) sprowadzała się nie tylko do samej możliwości ubiegania się o naprawienie szkody powstałej w wyniku istnienia klauzuli zakazanej na podstawie art. 81 TWE, problematyczne było także pytanie, czy o odszkodowanie może się ubiegać podmiot będący stroną zakazanego porozumienia (co wykluczało prawo brytyjskie). W orzeczeniu Europejski Trybunał Sprawiedliwości powtórzył argumenty przywoływane wcześniej w wyrokach *Delimitis*, *BRT* i potwierdził, że indywidualny podmiot mo-

⁶⁰ C-127/73 *BRT v. SABAM* [1974] ECR 51.

⁶¹ C-106/77 *Simmenthal* [1978] ECR 629, pkt 16.

⁶² C-213/89 *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others* [1990] ECR I-2433, pkt 19.

⁶³ T-51/89 *Tetra Pak* [1990] ECR II-309, pkt 42.

⁶⁴ C-234/89 *Delimitis v. Henninger Brau* [1991] ECR I-935, pkt 45.

⁶⁵ C-66/86 *Ahmed Saeed* [1989] ECR I-803, pkt 32.

⁶⁶ C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV* [1999], ECR I-3055.

⁶⁷ C-128/92 *Banks v. British Coal Corp.* [1994] ECR I-1209.

⁶⁸ Por. także M. Hoskins, *Garden Cottage Revisited: The Availability of Damages in the National Courts for Breaches of the EEC Competition Law*, [1992] E. C. L. Rev (13) 6, ss. 257-265.

⁶⁹ C-453/99 *Courage Ltd v Crehan* [2001] ECR I-6297.

że się powoływać na nieważność porozumienia (wskutek podlegania tej umowy art. 81 ust. 1 TWE) przed sądem krajowym oraz zadeklarował, że podmiot indywidualny, nawet jeśli jest kontrahentem (drugą stroną umowy), musi mieć możliwość egzekwowania skutków nieważności postanowień umownych, które nie są zgodne z art. 81 TWE. Trybunał orzekł również, że art. 81 wyklucza możliwość stosowania reguły prawa krajowego, zgodnie z którą podmiot będący stroną porozumienia ograniczającego konkurencję w rozumieniu art. 81 TWE nie może się ubiegać o szkodę spowodowaną obowiązywaniem tej umowy tylko dlatego, że był stroną tego porozumienia. Adwokat generalny Mischo w opinii w sprawie *Courage v. Crehan* podkreślił, że „przyjęcie takiej reguły [tj. wykluczenia możliwości ubiegania się o naprawienie szkody – przyp. AJ] jest możliwe tylko wówczas, gdy powód ponosi „większą niż nieistotna” odpowiedzialność za zakłócenie konkurencji. Na pewno nie dzieje się tak w przypadku, gdy strona ubiegająca się o odszkodowanie ma słabszą pozycję rynkową niż druga strona, a przez to nie była całkowicie swobodna co do wyboru warunków umowy”.⁷⁰ W ocenie sprawy Trybunał zalecił uwzględnienie przez sąd krajowy kontekstu ekonomicznego i prawnego, w którym działały strony umowy, oraz ich siły przetargowej i zachowań (pkt 32).

Orzeczenie *Courage v. Crehan* usunęło wszelkie wątpliwości co do możliwości uzyskania odszkodowania za naruszenie art. 81 lub art. 81 Traktatu, jednak, jak słusznie zauważa R. Whish,⁷¹ pozostawiło jeszcze do rozstrzygnięcia kilka istotnych kwestii związanych z prywatnoprawnym wdrażaniem. Do najistotniejszych należą choćby pytania o dopuszczalność otrzymania odszkodowania przez nabywcę, który wyższe ceny stanowiące wynik praktyki antykonkurencyjnej „przerzucił” na swoich klientów, czy też o możliwość naprawienia szkody konsumentom (nie bezpośrednim nabywcom). Mimo nadal licznych znaków zapytania, wypracowana przez Trybunał doktryna *Courage*,⁷² zgodnie z którą również strona kontraktu naruszającego prawo wspólnotowe może uzyskać odszkodowanie,⁷³ wynika z przekonania, iż ochrona praw podmiotów indywidualnych przez sądy krajowe znacznia wdrażanie wspólnotowych reguł konkurencji, a skargi o odszkodowanie znacząco mogą się przyczynić

⁷⁰ Szerzej: W. Van Gerven, *Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules Before National Courts* [w]: *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law* (ed. C. D. Ehlermann, I. Atanasu), Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2003, s. 60. Por. także: B. Van de Walle de Ghelcke, *Modernisation: will it increase litigation in the national courts and before national authorities?* [w]: *Modernisation and Enlargement: Two Major Challenges for EC Competition Law* (D. Geradin, ed.), Intersentia, Atwerp-Oxford, 2004, s. 138.

⁷¹ R. Whish, *Competition Law*, 5th ed., LexisNexis Butterworths, 2003, s. 300.

⁷² Doktryna *Courage* była bardzo żywo komentowana w literaturze. Obok pozycji wskazanych w powyższych przypisach zob. także: A. Andreangeli, *Courage Ltd v Crehan and the Enforcement of Article 81 EC before the National Courts*, [2004] E. C. L. R., 25 (12), 758-764; K. Holmes, *Public Enforcement or Private Enforcement? Enforcement of Competition Law in the EC and UK*, [2004] E. C. L. Rev. 25 (1), 25-36; N. Reich, *The „Courage” Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?* [2005] C. M. L. R. 42, s. 35-66. N. Green, *Will modernization increase litigation in national competition authorities and the national courts?* [w]: *Modernisation and Enlargement, op. cit.*, s. 167-168.

⁷³ Ostatecznie wskutek rozstrzygnięcia sądu krajowego Royal Courts of Justice w Londynie z 21 maja 2004 r. B. Crehan uzyskał odszkodowanie (sprawa A3/2003/1725, [2004] EWCA 637).

niać do utrzymania skutecznej konkurencji na rynku WE.⁷⁴ Doktryna *Courage*, choć nie uniknęła krytyki, znalazła odzwierciedlenie w działaniach organów wspólnotowych w związku z procesem modernizacji prawa ochrony konkurencji.

4.1.2. Stan po wejściu w życie Rozporządzenia nr 1/2003

Od 1 maja 2004 r. dotychczasowe rozporządzenie wdrażające art. 81 i art. 82 Traktatu zostało zastąpione nowym aktem – Rozporządzeniem nr 1/2003,⁷⁵ któremu towarzyszą dodatkowe regulacje oraz obwieszczenia (w tym obwieszczenie Komisji o współpracy z sądami państw członkowskich przy stosowaniu art. 81 i art. 82 Traktatu⁷⁶). Jednym z oczekiwanych rezultatów modernizacji wspólnotowego prawa ochrony konkurencji jest wzmocnienie roli sądów krajowych w procesie stosowania przepisów antymonopolowych. Już w preambule (pkt. 7) Rozporządzenia nr 1/2003 podkreślono, że „sądy krajowe mają do odegrania zasadniczą rolę w dziedzinie stosowania wspólnotowych przepisów o ochronie konkurencji. Kiedy rozstrzygają spór między prywatnymi osobami fizycznymi, chronią prawa obywatelskie na mocy prawa wspólnotowego, na przykład przyznając odszkodowanie ofiarom naruszenia”. Następnie art. 6 Rozporządzenia stanowi, że „sądy państw członkowskich są właściwe do stosowania art. 81 i art. 82 Traktatu”. Rozporządzenie przewiduje w związku z tym rozwiązania ukierunkowane na usprawnienie działalności sądów krajowych. Rozwiązania te można podzielić na techniczno-organizatorskie (ułatwiającej współpracę między krajowymi sądami, organami ochrony konkurencji oraz Komisją) oraz merytoryczne (mające na celu zapewnienie jednolitego stosowania prawa wspólnotowego). W pierwszym obszarze, na mocy art. 15 ust. 1 Rozporządzenia nr 1/2003, sądy państw członkowskich mogą się zwracać do Komisji Europejskiej z prośbą o przekazanie znajdujących się w jej posiadaniu informacji dotyczących stosowania wspólnotowego prawa ochrony konkurencji. Z kolei art. 15 ust. 3 tego aktu pozwala organom ochrony konkurencji państw członkowskich przedstawiać sądom krajowym pisemne uwagi w zakresie prowadzonych przez nie postępowań. Taką kompetencję ma także Komisja, która jednak może z niej korzystać tylko w przypadku, gdy „wymaga tego spójne stosowanie art. 81 i art. 82 Traktatu”. Te instrumenty konsultacji, przewidziane w Rozporządzeniu nr 1/2003, mają przeciwdziałać niespójnemu wdrażaniu wspólnotowego prawa ochrony konkurencji na drodze prywatnosądowej – zjawisko nazbyt róż-

⁷⁴ Por. M. Clough, *Where Next for EC Competition Law?: A Discussion Note in: Current Competition Law Vol. II*, (M. Andenas, M. Nuthings, P. Marsden ed.), British Institute of International and Comparative Law, Londyn 2004, s. 164, 165.

⁷⁵ Rozporządzenie Nr 1/2003 zostało szeroko omówione w literaturze. Por. m. in. J. M. Venit, *Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, [2003] C. M. L. Rev. 40, ss. 543-580; G. V. S. McCurdy, *The impact of modernisation of the EU competition law system on the courts and private enforcement of the competition laws: a comparative perspective*, [2004] E. C. L. Rev. 25 (8), ss. 509-517. W polskiej literaturze por. m.in. Skoczny T., *Doskonalenie i modernizacja systemu stosowania wspólnotowych reguł konkurencji*, „Studia Europejskie” nr 1/2001; Skoczny T., *Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji – także w Polsce – po 1 maja 2004 roku*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” nr 2/2004.

⁷⁶ Dz. Urz. UE 2004 C 101/04. Obwieszczenie to zastąpiło wcześniejsze obwieszczenie dotyczące tego samego zakresu z 1993 r. – por. przypis 53.

nicowanych sposobów aplikowania prawa konkurencji, swoisty efekt dezintegracyjny⁷⁷ postrzegany jest bowiem jako jedno z podstawowych niebezpieczeństw związanych z prywatnym wdrażaniem reguł konkurencji. Trudno jednak określić, na ile skuteczne będą przyjęte rozwiązania, na przykład czy sądy krajowe zechcą w ogóle współpracować z Komisją⁷⁸ i korzystać z przewidzianych mechanizmów pomocowych. W. van Gerven zwrócił uwagę choćby na to, że art. 15 ust. 3, zastrzegając kompetencję Komisji do instruowania sądów krajowych, mówi o stosowaniu (ang. *application*), a nie wykładni (ang. *interpretation*) wspólnotowych reguł konkurencji.⁷⁹ Ponadto państwa członkowskie zostały natomiast zobowiązane, na podstawie art. 15 ust. 2, do przekazywania Komisji kopii wszelkich pisemnych wyroków sądów krajowych dotyczących stosowania art. 81 lub 82 TWE. Baza takich wyroków jest udostępniona na stronie internetowej Komisji Europejskiej.⁸⁰

W obszarze kształtowania treści rozstrzygnięć sądów krajowych art. 16 ust. 1 Rozporządzenia nr 1/2003 wprowadził zasadę, zgodnie z którą orzeczenia sądów w państwach członkowskich nie mogą być sprzeczne z wcześniejszą decyzją Komisji lub decyzją rozważaną do podjęcia w toczącym się postępowaniu (tzw. reguła *Masterfoods*⁸¹).

U podstaw wyżej wymienionych rozwiązań w Rozporządzeniu nr 1/2003 leży przekonanie o konieczności zwiększenia aktywności sądów krajowych we wdrażaniu wspólnotowego prawa ochrony konkurencji, co w przyszłości ma zaowocować wzrostem liczby skarg prywatnych z tytułu naruszenia prawa wspólnotowego, przy jednocześnie zachowaniu spójności stosowania tych norm we wszystkich państwach członkowskich. Najlepszym miernikiem oceny osiągnięcia takiego rezultatu jest zawartość bazy orzeczeń sądów krajowych wydanych na podstawie art. 81 lub art. 82 TWE. W ciągu piętnastu miesięcy obowiązywania Rozporządzenia nr 1/2003 w bazie znalazło się 73 orzeczenia sądów krajowych.⁸² Taki wynik – zwłaszcza w porównaniu z liczbą orzeczeń wydanych w tym obszarze w poprzednich latach – wydaje się imponujący. Znamienne jednak, że żaden z 73 wyroków nie został przyjęty w nowych państwach członkowskich.

⁷⁷ D. Geradin, *Competition Between Rules and Rules of Competition: A Legal and Economic Analysis of the Proposed Modernization of the Enforcement of EC Competition Law*, [2002] *Columbia Journal of European Law* vol. 9, s. 1-28.

⁷⁸ B. Van de Walle de Ghelcke, *op. cit.*, s. 152.

⁷⁹ W. Van Gerven, *Substantive remedies (Panel discussion)* [w:] *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law* (C. D. Ehlermann, I. Atanasiu eds.), Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2003, s. 47.

⁸⁰ http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/national_courts/index_en.html

⁸¹ Por. C-344/98 *Masterfoods* [2000] ECR I-11396.

⁸² Pierwsze orzeczenie zamieszczone w bazie zostało wydane w Wielkiej Brytanii już 21 maja 2004 r. i było związane ze sprawą *Courage v. Crehan*.

Prywatnoprawne wdrażanie wspólnotowego prawa konkurencji

Państwo	Liczba orzeczeń sądów krajowych zamieszczonych w bazie KE
Niemcy	16
Francja	12
Hiszpania	10
Austria	9
Holandia	8
Belgia	5
Szwecja, Wlk. Brytania	2
Dania, Portugalia	1
Cypr, Czechy, Estonia, Finlandia, Grecja, Irlandia Litwa, Luksemburg, Łotwa, Malta, Polska, Słowacja, Słowenia, Węgry, Włochy	0

Tabela 1. Liczba orzeczeń wydanych w państwach członkowskich UE przy bezpośrednim zastosowaniu art. 81 lub art. 82 TWE. Stan na 18 września 2005 r.

4.2. Locus standi we wspólnotowym prawie ochrony konkurencji

Najogólniej można wskazać, że możliwość występowania ze skargami prywatnoprawnymi w sprawach dotyczących ochrony konkurencji przysługuje osobom fizycznym lub prawnym, których legitymowane interesy zostały naruszone wskutek złamania zakazów zawartych w art. 81 i art. 82 Traktatu. Na gruncie prawa ochrony konkurencji *locus standi* mocno łączy się ze skutkiem bezpośrednim prawa wspólnotowego, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie: „prawo naprawienia szkody jest koniecznym wynikiem skutku bezpośredniego przepisu wspólnotowego, którego naruszenie spowodowało podnoszoną szkodę”.⁸³ C. A. Jones odwraca tę zależność, wskazując, że „prawo do odszkodowania byłoby bez znaczenia, gdyby dodatkowym następstwem skutku bezpośredniego prawa wspólnotowego nie było istnienie *locus standi*”.⁸⁴ Z kolei pojęcie „legitymowanego interesu” w prawie wspólnotowym opiera się raczej na zasadach ogólnych niż odzwierciedla doktrynę skutku bezpośredniego. Oceniając legitymowany interes w prawie wspólnotowym, nie ma także potrzeby rozważania, tak jak w Stanach Zjednoczonych, obowiązkowego potrójnego odszkodowania. W tym sensie prywatne wdrażanie prawa wspólnotowego może mieć nawet szerszy zakres niż w USA.⁸⁵

Jedną z charakterystycznych cech amerykańskiego systemu prywatnego wdrażania prawa antytrustowego jest możliwość występowania ze skargami zbiorowymi, tymczasem instrumenty takie tylko w znikomym stopniu są dopuszczalne w porządkach prawnych państw członkowskich UE. W odniesieniu do prywatnej implementacji wspólnotowego prawa ochrony konkurencji skargi zbiorowe, dzięki możliwości dzielenia kosztów i ryzyka procesowego między większą liczbę podmiotów, mogą być

⁸³ C-46/93 i 48/93 *Brasserie du Pêcheur* [1996] ECR I-1029, pkt 22.

⁸⁴ C. A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford Univ. Press, 1999, s. 186.

⁸⁵ C. A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, *op. cit.*, s. 191, 246.

postrzegane jako narzędzia motywujące i wpływające na zwiększenie zakresu cywilnoprawnego dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia zakazu karteli czy zakazu nadużywania pozycji dominującej.⁸⁶ Skargi zbiorowe w istocie mogłyby odgrywać taką rolę na gruncie wdrażania wspólnotowego prawa ochrony konkurencji, o ile byłyby dopuszczalne we wszystkich państwach członkowskich, co z kolei wymagałoby istotnych zabiegów harmonizacyjnych.⁸⁷ W tym zakresie wspólnotowe prawo ochrony konkurencji mogłoby zresztą skorzystać z doświadczeń ustawodawstwa konsumenckiego, które zaczęło już przyswajać skargi zbiorowe, czego najlepszym przykładem jest art. 7 ust. 2 Dyrektywy Rady nr 93/13/EWG z 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach z konsumentami.⁸⁸ Mówiąc o konieczności upowszechniania skarg zbiorowych w europejskim prawie antytrustowym, należy jednak podkreślić, że gwarantowana przez dyrektywę możliwość wnoszenia skarg kolektywnych w niewielkim stopniu została spożytkowana w praktyce przez europejskich konsumentów. Trudno określić, czy skargi zbiorowe zyskałyby większą popularność na gruncie prawa ochrony konkurencji – przykład amerykański wydaje się jednak potwierdzać tę tezę.

4.3. Inne elementy wdrażania prawa wspólnotowego na drodze cywilnoprawnej

Nie sposób nie nawiązać do wskazanych w pkt. 3.3. dwóch zagadnień, potencjalnie stanowiących istotne problemy prywatnego wdrażania prawa ochrony konkurencji. Zagadnienie prejudycjalności decyzji administracyjnych z całą ostrością jest widoczne w odniesieniu do relacji: decyzja Komisji Europejskiej a wyrok sądu krajowego, gdzie głównym problemem pozostaje nie tylko odpowiedź na pytanie, czy decyzja Komisji o naruszeniu prawa ochrony konkurencji wiąże sąd krajowy, ale także wyznaczenie zakresu tego związania. Z art. 189 TWE wynika, co prawda, że decyzja Komisja jest wiążąca dla jej adresatów, ale już kontrowersyjny może być pogląd, że skutek związania stosuje się również do sądów krajowych.⁸⁹ Czy sądy krajowe mogą podważyć ustalenia faktyczne i prawne Komisji? Pytanie nabiera dodatkowego znaczenia w sytuacji, gdy decyzja organu wspólnotowego zostaje zaskarżona do Sądu Pierwszej Instancji – wówczas może dojść do sprzeczności stanowisk judykatury wspólnotowej i krajowej, co nie tylko niekorzystnie wpłynie na sytuację podmiotu tych rozstrzygnięć, ale także doprowadzi

⁸⁶ Por. Raport Ashursta, s. 119. Za wprowadzeniem skarg zbiorowych w zakresie prywatnego wdrażania prawa ochrony konkurencji we Wspólnocie opowiadają się m. in.: W. Van Gerven, *Substantive remedies (Panel discussion) [w:] European Competition Law Annual 2001, op. cit., s. 23*; F. G. Jacobs, T. Deisenhofer, *Procedural Aspects of the Effective Private Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective [w:] European Competition Law Annual 2001, op. cit., s. 192*.

⁸⁷ Tak: W. Van Gerven, *Substantive remedies for private enforcement [w:] European Competition Law Annual 2001, op. cit., s. 66*.

⁸⁸ Dz. Urz. EWG 1993 L 95/29.

⁸⁹ R. Whish, *The Enforcement of EC Competition Law in the Domestic Courts of the Member States [w:] Current and Future Perspectives ..., op. cit., s. 83*.

do niebezpiecznej w gruncie rzeczy autonomii dwóch systemów wdrażania prawa wspólnotowego: publicznego i prywatnego oraz braku spójności w stosowaniu tego prawa.⁹⁰ Z drugiej strony umożliwienie sądom krajowym kwestionowania ustaleń zawartych w decyzji Komisji jest pożądane z punktu widzenia niezawisłości sądownictwa krajowego. Próbę pogodzenia obu interesów – spójności stosowania prawa wspólnotowego w państwach członkowskich oraz gwarancji niezawisłości sądowej – stanowią zasady współpracy oraz procedury konsultacyjne, przewidziane w samym Rozporządzeniu 1/2003 oraz w obwieszczeniu Komisji o współpracy z sądami państw członkowskich. Analiza zapisów tego dokumentu pozwala wnioskować, że obecnie mamy do czynienia z „połowicznym związaniem” sądów krajowych rozstrzygnięciem Komisji. Jeśli bowiem sąd wyrokuje przed wydaniem decyzji przez Komisję, musi, co najwyżej, starać się zapewnić, aby jego orzeczenie nie stało w sprzeczności z tym przyjętym przez Komisję. Rozwianiu ewentualnych wątpliwości ma służyć możliwość wystąpienia sądu krajowego z zapytaniem do Komisji o prawdopodobny wynik prowadzonego przez nią postępowania. W takiej sytuacji Komisja rekomenduje też „ze względów pewności prawnej” zawieszenie postępowania przed sądem krajowym do czasu wydania decyzji przez nią samą.⁹¹ Jeżeli jednak sąd wyrokuje po wydaniu decyzji przez Komisję, jego orzeczenie nie może być w zasadzie niezgodne z rozstrzygnięciem organu wspólnotowego, a jeśli taka sprzeczność miałaby nastąpić, sąd musi się zwrócić z pytaniem prawnym do Trybunału Sprawiedliwości.⁹²

Wszystkie rozwiązania przyjęte w ramach systemu Rozporządzenia 1/2003 wskazują zatem, że co do prejudycjalności decyzji Komisji we wdrażaniu wspólnotowego prawa ochrony konkurencji przez sądy państw członkowskich, rozstrzygnięcie administracyjne powinno być postrzegane jako niezaprzeczalny dowód w sprawie.

W zakresie środków, jakimi dysponują potencjalni powodowie w ramach prywatnego wdrażania wspólnotowego prawa ochrony konkurencji, uwagę zwraca przede wszystkim to, że – jak wynika z argumentacji ETS w sprawie *Courage*⁹³ oraz stanowi-

⁹⁰ Na ten aspekt wskazuje J. H. J. Bourgeois, przywołując przykład wdrażania amerykańskiego prawa antytrustowego w czasie administracji R. Reagan'a (oraz w mniejszym zakresie G. Busha), kiedy to władze federalne wykazywały „delikatne lekceważenie wdrażania federalnych przepisów antytrustowych, co w praktyce zaskutkowało istotnymi niespójnościami we wdrażaniu prawa na poziomie stanowym”. Zdaniem Bourgeois'a takie niebezpieczeństwo w WE jest jeszcze większe, gdyż „(...) We Wspólnocie nie ma długiej tradycji wdrażania prawa konkurencji, a stanowiska państw członkowskich co do meritum polityki konkurencji i jej reguł różnią się znacznie bardziej niż między stanami w USA”. – por. J. H. J. Bourgeois, *Enforcement of EC Competition Law by National Authorities: Square Pegs in Round Holes? [w:] Current and Future Perspectives...*, *op. cit.*, s. 93. Z kolei P. J. Slot w odniesieniu do tej kwestii uważa, że doktryna *laissez-faire* za rządów R. Reagana doprowadziła do tego, że dziś w Stanach Zjednoczonych wdrażanie prawa antytrustowego przez stany stanowi wyraźne uzupełnienie działań na poziomie federalnym” – P. J. Slot, *Is Decentralization of Competition Law Enforcement Dangerous? Drawing Lesson from the US Experience*, *International Antitrust Law & Policy 2001*, Fordham Corporate Law Institute 2002, s. 113.

⁹¹ Pkt 12 Obwieszczenia.

⁹² Pkt 13 Obwieszczenia.

⁹³ *Courage*, pkt 26-27.

ska Komisji Europejskiej⁹⁴ – zasadniczym narzędziem wspólnotowej polityki konkurencji pozostają środki o charakterze zapobiegawczym, których uzupełnieniem mają być środki o walorach odszkodowawczych.⁹⁵ Taki układ akcentów nie jest zaskakujący w kontekście tradycyjnego publicznego charakteru wspólnotowej polityki konkurencji; jednocześnie świadczy on o dominacji elementów publicznych we wdrażaniu prawa konkurencji.

Dyskusja nad środkami naprawczymi, o jakie mogą się ubiegać powodowie w związku z naruszeniem prawa antytrustowego Wspólnoty, stanowi obecnie jeden z najważniejszych obszarów problemowych promowania wdrażania wspólnotowego prawa antytrustowego. Najwięcej emocji budzi zakres odszkodowania, możliwość jego ograniczenia oraz możliwości dochodzenia odszkodowań przez osoby trzecie. Nie brakuje opinii, że na podstawie prawa Wspólnoty dość oczywiste jest, że odszkodowanie powinno pokrywać wszystkie poniesione szkody i utracone korzyści, włączając w to również tzw. *pre-judgment interests*.⁹⁶

⁹⁴ Por. wypowiedzi byłego komisarza ds. konkurencji Mario Montiego, między innymi: *Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation*, IBA – 8th Annual Competition Conference, Fiesole, 17 September 2004 oraz M. Monti, *Modernisation: what does the future hold? [w:] Modernisation and enlargement: Two major challenges for EC competition law* (D. Geradin, ed.), Intersentia, Atwerp-Oxford, 2004, s. 1-8.

⁹⁵ Por. F. Hoseinian, *op. cit.*, s. 2.

⁹⁶ C. A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU.*, *op. cit.*, s. 231.

5. Wspólnotowe prawo ochrony konkurencji – jak dalece może być „sprywatyzowane”?

W toku dyskusji nad modernizacją prawa ochrony konkurencji i w jej następstwie Komisja Europejska wciąż podkreślała konieczność prywatnego wdrażania przepisów wspólnotowych. Należy jednak mieć świadomość, że proces „prywatyzacji” prawa ochrony konkurencji we Wspólnocie może napotykać (lub napotyka) na istotne bariery, o różnym natężeniu, które można sklasyfikować w trzech grupach.

Pierwszą kategorię barier stanowią ograniczenia natury formalnej. Ograniczenia te odnoszą się do braku jednolitych przepisów materialnych i proceduralnych w zakresie wdrażania prawa konkurencji na drodze sądowej w państwach członkowskich. Jak pokazał Raport Ashursta, ustawodawstwo w wielu krajach jest w tym zakresie bardzo ubogie lub niejasne, co z pewnością nie będzie zachęcać podmiotów prywatnych do inicjowania procesów sądowych. Sposobem na pokonanie tej bariery byłaby oczywiście harmonizacja przepisów krajowych w tym zakresie. Wkraczamy tutaj jednak w obszar prawa cywilnego, które z umiarkowanym powodzeniem poddaje się zabiegom harmonizacyjnym na poziomie wspólnotowym. Przyjęcie regulacji harmonizującej materialne i formalne aspekty prywatnej implementacji prawa konkurencji Wspólnoty wymaga ogólnego porozumienia państw członkowskich, o co może być dość trudno, gdyż „różnice proceduralne często wynikają z różnych interesów, możliwości, czy stosunków rynkowych”⁹⁷ [ang. „*procedural differences often originate in different interests, capabilities or market realities*”]. Niewykluczone jednak, że w procesie reformowania wszystkich obszarów wspólnotowej polityki konkurencji, uda się przeforsować Komisji odpowiednie rozwiązania. Dotychczas bowiem polityczna wola Komisji co do rozszerzenia prywatnoprawnego wdrażania prawa ochrony konkurencji nie znajduje wyraźnego i pełnego odzwierciedlenia w aktach prawnych.⁹⁸

Z drugiej strony trzeba jednak mieć świadomość faktu, że – jak pokazuje praktyka prawodawstwa konsumenckiego WE w odniesieniu do skarg zbiorowych – wpro-

⁹⁷ D. Stuart Meiklejohn, *You Can't Legislate Perfection: the Virtues of Experimentation in the Design of Antitrust Enforcement Regimes*, International Antitrust Law & Policy 2003, Fordham Corporate Law Institute 2004, s. 70.

⁹⁸ Wouter P. J. Wils uważa, że „Oprócz zniesienia systemu notyfikacji oraz wyłącznej kompetencji Komisji do stosowania art. 81 ust. 3 TWE, Rozporządzenie [1/2003] nie zawiera żadnych środków stymulujących używanie art. 81 i 82 jako broni w prywatnych procesach sądowych” (ang. „*Apart from the abolition of the notification system and of the Commission's exclusive competence to apply Article 81(3), this regulation does however not contain any measures to stimulate the use of Articles 81 and 82 EC as a sword in private litigation*”) – *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?* World Competition [2003] 26(3) s. 478. Krytycznie skomentował ten pogląd C.A. Jones – *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, World Competition [2004] 27(1) s. 14.

wadzenie odpowiednich instrumentów prawnych służących sądowemu wdrażaniu prawa wspólnotowego na poziomie krajowym, choć niezwykle istotne, nie wystarcza, konieczne jest także upowszechnienie pewnej „kultury zbiorowego dochodzenia roszczeń”, której brak łączy się z kolejną grupą omawianych barier.

Druga kategoria barier obejmuje ograniczenia o charakterze mentalnym, występujące zarówno po stronie podmiotów prywatnych – potencjalnych powodów w sporach sądowych z zakresu prawa ochrony konkurencji, jak i samych sędziów, zobowiązanych do orzekania w tychże sporach. Przełamanie tej bariery wśród potencjalnych powodów wymaga wypracowania u nich przekonania, że, po pierwsze, mają w ogóle możliwość ubiegania się o naprawienie szkody poniesionej z tytułu naruszenia prawa ochrony konkurencji, a po drugie, iż będzie im się opłacało inwestować w prywatne dochodzenie roszczeń. Spełnienie tych warunków zależy jednak od wielu różnorodnych czynników, w tym sprawności wymiaru sprawiedliwości, szybkości postępowań czy kosztów sądowych w poszczególnych państwach członkowskich. Z kolei sędziowie krajowych sądów powszechnych mogą niechętnie traktować spory prowadzone na podstawie wspólnotowych przepisów antymonopolowych – ze względu na ich złożony charakter gospodarczy, a także konieczność znajomości dorobku wspólnotowego z zakresu ochrony konkurencji. Statystyka dotycząca dotychczasowego wdrażania art. 81 i art. 82 TWE na drodze sądowej wyraźnie wskazuje, że w większości państw członkowskich UE nie ma kultury prawnej w obszarze prywatnego wdrażania prawa ochrony konkurencji, stąd upowszechnienie dochodzenia roszczeń w tym zakresie jest równoznaczne z przeprowadzeniem swoistej rewolucji.

Trzecią kategorię przeszkód można określić jako ograniczenia natury politycznej, sprowadzające się w zasadzie do pytania, czy Komisja Europejska zechce (i w jakim zakresie) oddać sądom krajowym swoją kontrolę nad wdrażaniem wspólnotowych przepisów o ochronie konkurencji. Odpowiedź na to pytanie przynosi właściwie Rozporządzenie 1/2003 (oraz towarzyszące mu regulacje, w tym akty prawa miękkiego), znoszące – na rzecz organów krajowych – wyłączną kompetencję Komisji do stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu. Być może nie pozbawione podstaw jest stwierdzenie, że Komisja nie zrezygnowałaby ze swojej wyłączności w tym obszarze, gdyby była w stanie zapewnić odpowiednie zasoby ludzkie i organizacyjne do jej wykonywania. Nie bez znaczenia dla zakresu „prywatyzowania” procesu wdrażania prawa wspólnotowego pozostaje również deklaracja Komisji, że chce ona skonsolidować swoje wysiłki na postępowaniach w sprawie najgroźniejszych praktyk (*hard core cartels*) oraz na kształtowaniu polityki konkurencji.

Ponownego podkreślenia wymaga ponadto okoliczność, że możliwość stosowania całego art. 81 TWE przez sądy krajowe nie oznacza dowolności stosowania, gdyż tutaj „naturalną” granicą pozostaje zasada nadrzędności prawa wspólnotowego, przejawiająca się choćby w konieczności uwzględniania przez sądy krajowe rozstrzygnięć organów wspólnotowych. Niemniej decentralizacja systemu wdrażania wspólnotowych reguł konkurencji wraz z wypukleniem w jej ramach roli sądów krajowych wydaje się najlepiej obrazować zjawisko „odpubliczniania” stosowania prawa ochrony konkurencji jako części szerszego procesu „prywatyzowania” prawa wspólnotowego.

6. Podsumowanie

Prywatne wdrażanie prawa ochrony konkurencji WE obrazuje istotną tendencję w prawie wspólnotowym, które porzuca swój (przeważający dotychczas) publiczny wymiar i zaczyna coraz śmielej wkraczać w sferę prawa prywatnego (zastrzeżoną przez długi czas niemal wyłącznie dla prawa krajowego).

Rozwój prywatnego wdrażania prawa ochrony konkurencji WE, w tym przede wszystkim aktywność sądownictwa wspólnotowego w tej dziedzinie, doskonale ilustruje proces „prywatyzacji” prawa wspólnotowego w ogóle, którego początkową fazą jest potwierdzanie bezpośredniego skutku norm traktatowych w stosunkach między podmiotami prywatnymi a następnym etapem – potwierdzenia możliwości uzyskiwania odszkodowań w związku z naruszeniami art. 81 i art. 82 Traktatu. Kolejne fazy obejmują natomiast kształtowanie zakresu podmiotów uprawnionych do dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia wspólnotowych reguł konkurencji (należy przypuszczać, że doktryna Courage nie jest ostatnim słowem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w tej kwestii).

Uwagę zwraca również fakt, że zmiana jakościowa, jaka dokonuje się poprzez prywatne wdrażanie reguł konkurencji, polega także na tym, że coraz większe znaczenie zyskuje – choć tradycyjnie w polityce antytrustowej było odwrotnie – sprawiedliwość kompensacyjna (*corrective justice*) przed sprawiedliwością „odstraszającą” (*deterrent justice*). Co więcej, wdrażanie prawa ochrony konkurencji na drodze prywatnosądowej rodzi dla uczestników obrotu gospodarczego nie tylko prawa (możliwość ubiegania się o naprawienie szkody) – drugą stroną tego zjawiska jest zwiększenie odpowiedzialności podmiotów za własne zachowania. Wydaje się, że uwypuklenie obowiązków jednostek stanowi kolejny etap „prywatyzacji” prawa wspólnotowego.⁹⁹

W sumie znaczna liczba elementów prywatnoprawnych w obszarze prawa europejskiego każe porzucić podziały na prawo publiczne i prywatne i patrzeć na procesy integracji europejskiej bardziej holistycznie, nie tylko z perspektywy prawa publicznego, jak czyniono to w dużej mierze do tej pory, ale również ze stosunkowo nowej perspektywy prawa prywatnego.¹⁰⁰ Fakt, że organy wspólnotowe postrzegają prywatne wdrażanie prawa konkurencji przede wszystkim jako uzupełnienie interwencji publicznej, czy wręcz jako sposób zrzucenia z Komisji Europejskiej części ciężaru rozpoznawania spraw antytrustowych, najlepiej świadczy o zacieraniu się granicy między prawem publicznym a prawem prywatnym oraz między interwencją publiczną a interwencją prywatną. Stosunkowo niewielki jest zakres prywatnego dochodze-

⁹⁹ N. Reich, *op. cit.*, s. 297. Por. także I. Ward, *op. cit.*, s. 77.

¹⁰⁰ D. Caruso, *The Missing View of The Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration*, [1997] *European Law Journal* 3, s. 3.

nia roszczeń w obszarze ochrony konkurencji. Dotychczasowa niewielka popularność idei prywatnego wdrażania wspólnotowego prawa ochrony konkurencji wynika, oprócz tak oczywistego czynnika jak brak tradycji prywatnoprawnego dochodzenia roszczeń z tytułu naruszeń prawa antymonopolowego, również z przynależności całego prawa wspólnotowego do obszaru publicznego oraz z nieistnienia w jego ramach regulacji prywatnoprawnych i procesowych. Brak doświadczeń w związku z prywatnym wdrażaniem prawa konkurencji w WE w państwach członkowskich można także wiązać z koniecznością poczytywanej za dość trudną „interakcji” między wspólnotowym prawem materialnym a krajowym prawem procesowym. Te przeszkody wydają się jednak słabnąć w świetle załamywania się podziału na prawo publiczne i prawo prywatne.

Private Enforcement of the Community Competition Law

1. Introduction

Protection of competition, the key mechanism of free market economy in a majority of legal systems, is ensured through:

- Antitrust legislation (encompassing issues related to practices having the effect of restricting competition, and to a control of concentration),
- Legislation related to combating unfair competition (encompassing issues related e.g. to unfair advertising, use of third-party trademarks, defaming competitors, etc.).

A dichotomy of legal solutions devised to protect competition originates from a distinction between the two essential interests: the public (protection of the competition mechanism on the market) and the private one (protection of one's individual competitive position against unfair actions on the part of other market players). The antitrust law (today more frequently referred to as the competition rules) has traditionally been viewed as falling within the scope of public law, as opposed to the unfair competition law which is implemented mostly on a civil law basis. However, it would be pointless to regard the competition issues, seen either as private or public interest, as opposing. Actions taken by competition authorities with a view to facilitating efficient operation of the competition mechanism are to the benefit of all individual economic operators, likewise private actions taken against infringement of the principles of fair market competition consequently enhance the quality of market competition. Interconnection of these two premises, though itself not being called into question, is poorly reflected in the legislation due to the distinction, well-established in a majority of legal systems, between public protection of competition (antitrust legislation) and private protection of competition (combating of unfair competition practices). This distinction seems to stem from yet another distinction, deeply rooted in the European tradition, namely between public and private law. Such a situation, however, at least at the Community and national levels, appears to be changing; nowadays competition rules tend to be 'privatised' due to the growing number of private claims lodged on the grounds of an infringement of antitrust regulations (actions for damages brought to courts on account of said infringement). Within the European Community these tendencies have become stronger as a result of the coming into effect of Council Regulation (EC) No 1/2003¹ which paved the way for a full application of the Community competition rules both by national competition authorities and courts (including civil courts) in the Member States. The European Commission has

¹ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ EU 2003 L 1/1).

already initiated a debate on the necessity and mechanisms of as well as rules for private enforcement of the Community competition law.² Therefore, a similar discourse can be expected in the Member States.

The crucial issue related to the matter in question is a re-formulation of the relation between public law and private law or simply blurring of the conventional distinction of legislation between public law and private law. This issue seems even more interesting as the blurring of the lines of division between public law and private law becomes more and more noticeable in the Community law which was public law by its nature, while today it more and more frequently encompasses also the area of private law, the best example of this being the on-going works on the harmonisation (unification?) of private law.

² Directorate-General for Competition commissioned a report *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative report* (prepared by D. Waelbroeck, D. Slater, G. Even-Shoshan) from Ashurst, a law firm – hereinafter referred to as Ashurst's Report – presented on 31 August 2004. (http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/comparative_report_clean_en.pdf). Currently (September 2005), the European Commission is working on the Green Paper on Private Enforcement of Community Competition Rules to be published in 2005.

2. The public law / private law distinction in the context of the EU legal system

2.1. Grounds for the public law / private law distinction

The key criterion for the distinction between public and private law is the type of interests and values protected by the rules under the two opposing legal systems. Public law is, on one hand, to protect interests of the state (or of the society at large) against adverse actions on the part of individuals and, on the other hand, to protect individuals against abuse of power by institutions which act on behalf of the state. Public law may be defined as a system that ensures proper performance by public authorities of their obligations towards the society as a whole.³ Private law is perceived as a set of rules that protect an individual against adverse effects of actions taken by other individuals. It can also be defined as a system which protects private rights of private parties and private rights of public authorities.⁴ While the objective of public law is often seen to be protection of the state and maintenance of order, private law is primarily focused on the protection of property and settlement of disputes in this respect.⁵

The 'private vs. public' distinction is not limited to substantive rules only, but refers to the procedural aspect as well. The distinction between public law and private law is reflected in the 'procedural exclusivity' consisting in a protection of rights under public law solely through the exercise of a judicial review of administrative acts and protection of rights under private law through private claims.⁶ Furthermore, it appears reasonable to draw a line of distinction between public law and private law by indicating that in the case of public law effective judicial review involves liability solely for an infringement of a particular provision of the Treaty, whereas in the case of private law it involves claiming liability for an infringement of the claimant's right guaranteed under the Treaty.⁷

The distinction between public law and private law is characteristic of legal systems in Continental Europe, whereas the common law doctrine contests it by

³ H. Woolf, *Public Law – Private Law: Why the Divide? A Personal View*, [1986] Public Law 220, p. 221.

⁴ H. Woolf, *op. cit.*, p. 221.

⁵ J. F. McEldowney, *Public Law*, Sweet & Maxwell, London, 1994, p. 221.

⁶ G. Anthony, *UK Public Law and European Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 36; J. Beatson, 'Public' and 'Private' in *English Administrative Law*, [1987] 103 LQR 34, p. 35.

⁷ M. Dougan, *What is the Point of Francovich?* [in:] *European Union Law for the Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order* (vol. 1) (T. Tridimas ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland-Oregon, 2004, pp. 239-257.

stating that the law is of general application. The British law has not displayed any material differences between disputes arising from agreements between individuals and conflicts where the agreement was entered into between an individual and the state.⁸ However, it should be noted that over the past two decades also British courts have tended to differentiate between the private and the public legal systems,⁹ this phenomenon being associated with, *inter alia*, strong influence of the European law on the common law.¹⁰

If, contrary to the standpoint of a number of representatives of the Anglo-Saxon doctrine,¹¹ it is possible to set apart features attributable exclusively to public law and those attributed exclusively to private law, the classification of the Community law as either of these two legal systems remains an important issue. Providing an answer to this question only seems to be easy.

2.2. Community law: public law?

In principle, it is virtually impossible to call into question the classification of the law of the European Community as public law since its foundations (primary law) in the form of the original Treaties are based on the rules of the international public law. Today, although the classification of the Community law as an ‘autonomous legal order’ is indisputable, it should be remembered that what now seems a pure truism, required interpretation (and inventiveness) of the European Court of Justice. Provisions of the Treaties are binding upon and addressed primarily to the signatory states. While classifying the Community law as public law, one should not forget that the Treaty establishing the European Community does not, in fact, provide for any direct effect of the provisions thereof – again, it is only for the efforts of the Court of Justice, aimed at the establishment and strengthening of the direct effect doctrine, that individual parties may rely on the Community rules before national courts. Furthermore, it is not only the Treaty, but also a substantial portion of the secondary law (including both directives addressed to the Member States only and regulations) that is addressed to Member States, which is yet another argument for the public nature of the Community law. Until the 1980s, the European law conferred rights directly (and not as a result of its interpretation) upon individual parties to a minor extent only, with the term ‘directly’ being understood as pertaining to legislation and not to enforcement of regulations, as provisions

⁸ J. F. McEldowney, *op. cit.*, p. 187.

⁹ The flagship example of a British court judgment illustrating such a phenomenon is the judgment in the *O'Reilly v. Mackman* case ([1982] 3 W.L.R. 604), whereby the court made a distinction between measures applied towards public and private parties. Cf.: M. Taggart, ‘*The Peculiarities of the English: Resisting the Public / Private Law Distinction [in:] Law and Administration in Europe*’ (eds. P. Craig, R. Rawlings), Oxford University Press, 2003, pp. 107–121.

¹⁰ For a more detailed discussion see: F. G. Jacobs, *Public Law – The Impact of Europe*, [1999-Spring] *Public Law*, pp. 232–245.

¹¹ Many British lawyers often refer to the views presented by A.V. Dicey (deceased in 1922), the chief opponent of the public law/private law distinction. Cf. e.g. C. Harlow, ‘*Public’ and ‘Private’ Law: Definition Without Distinction*, [1980] *Modern Law Review* 43(3).

relating to the rights of individuals were usually included in directives and these require implementation by the EU Member States.

Another argument for the classification of the Community law as public law could be the possibility of enforcing this legal order on an institutional basis (as opposed to an individual basis) only.¹² In fact, such a modality of enforcement is provided for in Articles 226 to 228 of the EC Treaty, however the Court of Justice 'has never accepted that this Treaty-based scheme of institutional enforcement should be the only, nor even the principal, means by which Community law may be enforced'.¹³ As a consequence, the 'perfectly public' nature of the EC law (due to the fact that the enforcement thereof has been delegated to institutions only) was changing along with the establishment of the doctrines (principles) of a horizontal direct effect, indirect effect, private parties' liability for damages resulting from an infringement of the Community law as well as with the principle of national procedural autonomy becoming less stringent.¹⁴

It would not be illegitimate to state that the public/private distinction within the EC law is drawn according to the horizontal and vertical direct effect.¹⁵ Whenever an individual may rely on the Community rules in an action against another individual, one may speak of a private nature of the EC law.

Thus, the Community law displays, to a considerable extent, traits of public law. Consequently, it is referred to as the European public law¹⁶ or, in a more narrowed-down manner, as the European administrative law.¹⁷ Some lawyers argue that the 'Community public law' consists of the following: the constitutional principles of the Community legal order, such as the principle of supremacy of the EC law, common principles of administrative law and accepted principles of the system of human rights' protection.¹⁸ However, there are certain tendencies and phenomena within the Community legal order, to a large extent generated by the European Court of Justice, which lead to the establishment of some evident elements of private law within the said legal order.

2.3. European private law?

Although the Community law displays obvious traits of public law, can it be still characterised as private law? The mere term 'European private law' becomes more

¹² The institutional vs. individual enforcement of the EC law is discussed by A. Tomkins in: *Of Institutions and Individuals: The Enforcement of EC Law* [in:] *Law and Administration in Europe*, *op. cit.*, pp. 273 – 295.

¹³ A. Tomkins, *op. cit.*, p. 276.

¹⁴ More detailed discussion of the doctrines listed see Section 2.3. *European private law?* below.

¹⁵ D. Oliver, *Common Values and the Public –Private Divide*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin 1999, pp. 118 – 119.

¹⁶ J. F. McEldowney, *op. cit.*, p. 243.

¹⁷ J. Schwarze, *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, 1992.

¹⁸ I. Ward, *A Critical Introduction to European Law*, 2nd ed., LexisNexis UK, 2003, p. 84.

and more widely used. Sometimes referring to the sum of national systems,¹⁹ the term is more and more often understood as the 'Community private law'.

The underlying principle of private law is freedom of the individual. Although both the primary and the secondary Community law provide for a freedom of establishment in economic terms, neither explicitly guarantees it.²⁰ And, first and foremost, they do not guarantee a freedom of contracting.²¹ Therefore, it would not be legitimate to regard the EC law as a classic private law understood as a law of contracts, yet, taking account of the above-described grounds for the distinction between public law and private law, one could identify certain features of private-law order within the Community legal system provided that the term 'European private law' would refer not only to substantive regulations, but also to the law enforcement processes as well as to the *ratio legis* of the Community legal system.

The Community legal system has assumed private character in the following three aspects:

- (1) Rights of the individuals are guaranteed directly in the provisions of the Community law;
- (2) Efforts have been made in order to harmonise private laws in Member States;
- (3) The Community law may be enforced on a private law (individual) basis.

The central issue for the first aspect is a development of consumer legislation as one of the key areas in which the European Union made a step forward in the interests of the European citizens²² and took care of both their individual and collective interests. Since the 1980s, the European Community has begun to engage in the harmonisation of such areas of private law involving a civil-law liability as, for example, liability for a product, consumer credits or unfair terms in consumer contracts.²³

The second aspect today seems to be the most controversial issue in the context of the Community law. For several years works have been carried out in order to harmonise private law in Member States, this being also referred to as the

¹⁹ P. Letto-Vanamo, *From European History to European Future* [in:] *Function and Future of European Law* (V. Heiskanen & K. Kulovesi eds.), Institute of International Economic Law, Helsinki 1999, p. 95.

²⁰ N. Reich, *Understanding EU Law. Objectives, Principles and Methods of Community Law*, Intersentia, Antwerp - Oxford - New York, 2003, pp. 255-277.

²¹ *Ibidem*, p. 265.

²² E. Hondius, *Consumer Law and Private Law: Where the Twains Shall Meet* [in:] *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997, p. 313.

²³ Cf. Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (OJ EEC 1985 L 210); Council Directive 87/102/EEC on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit (OJ EEC 1987 L 42); Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts (OJ EEC 1993 L 95). Some authors argue that consumer regulations are somewhere in between public law and private law, rather than strictly private in nature; cf. E. Hondius, *op. cit.*, pp. 311 – 328.

‘Europeanisation of private law’.²⁴ The phenomenon itself, as well as the plans and methods of harmonisation of private law (primarily the contract law) within the Community, has been widely criticised.²⁵ Nevertheless, the works on the European standards of the contract law²⁶, along with the associated processes of ‘privatisation’ of the Community law, are moving forward.

The third aspect encompasses the aforementioned doctrines initiated by the principle of a horizontal direct effect²⁷ according to which the Community rules (initially only those stipulated in the Treaties, then also those included in regulations), provided that they are ‘clear and unconditional’, produce individual effect on individuals who may directly rely thereupon before national courts in disputes with other parties.²⁸

The next step forward, following the direct effect doctrine, was the establishment by the European Court of Justice (ECJ) of an indirect effect principle whereby ‘in applying national law, the national court called upon to interpret it is required to do so, as far as possible, in the light of the wording and the purpose of the directives’.²⁹ Consequently, ECJ provided individuals with a right to rely in national court proceedings, though not directly, also on directives, with Member States bearing responsibility also in a situation where private parties acted towards other private parties in a manner that constituted infringement of the Community law.³⁰ This doctrine constitutes, in a sense, an attempt to remove the limitations originating in the distinction between the vertical and the horizontal dimension of the direct effect. Assuming that this distinction reflects the public-versus-private division within the Community law, the direct effect doctrine should be regarded as an element of the process of ‘privatisation’ of that legal order.

The next step towards ‘privatisation of the Community law enforcement’ was rejection by ECJ of the principle of autonomy of national law and adoption of a

²⁴ Ch. Joerges, *Europeanization as Process: Thoughts on the Europeanization of Private Law*, [2005] *European Public Law* 11 (1).

²⁵ Discussion of the key critical trends in: S. Weatherill, *Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?*, [2004] 5 *E.P.L.Rev.* Cf. also: P. Legrand, *Against a European Civil Code*, [1997] *Modern Law Review* 60; W. Van Gerven, *Harmonization of Private Law: Do We Need It?*, [2004] *C.M.L.Rev* 41; W. Blair, R. Brent, *A Single European Law of Contract?*, [2004] *E.B.L.Rev.*, pp. 5-21; W. Van Gerven, *Codifying European Private Law: yes, if*, [2002] *ELRev* 27(2).

²⁶ *Communication – A More Coherent European Contract Law – An Action Plan*, COM(2003) 68 final, 12.02.2003 (OJ EU 2003 C 63/1 of 15.03.2003).

²⁷ The ‘direct effect’ principle as such is sometimes regarded as the foundation of the European public law, yet it is an undeniable fact that in its horizontal dimension it has served as a basis for the development of other doctrines (including the *Courage* doctrine), which facilitate to an increasing extent enforcement of the Community law by private parties.

²⁸ This doctrine was established by ECJ based on its judgment in the C-26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen case*; [1963] *ECR* 1.

²⁹ C-14/83 *Von Colson & Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen* [1984] *ECR* 1891; C-106/89 *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*. [1990] *ECR* I-4135.

³⁰ I. Ward, *op. cit.*, p. 77.

solution whereby if the sole obstacle which precludes a national court from applying a Community rule is a rule of national law, the court must disapply that rule.³¹

Strengthening of the individual's position in the Community law was also due to the *Francovich* doctrine³² whereby Member States were liable to individuals for damages suffered by the latter as a result of infringement of the EC law consisting in a failure to implement directives. Such 'privatisation' of the Community law manifested itself also in a relatively new *Courage* doctrine³³ which allowed a private party to obtain damages from another private party for the latter's infringement of the Community law.³⁴

The Community law becomes the more private in nature, the more possible it is for individuals to enforce it or, more precisely, the more possible it is to control observance thereof both by public entities and by other private parties, and, in the event of any infringement of the EC law, to seek remedy for the loss or damage incurred (whether individually or collectively). Given a relatively limited possibility for individuals to bring action before Community courts, the European law becomes the more private in nature, the wider the extent to which individuals may rely on the Community rules in proceedings before national courts is. It appears that as time goes on or, first of all, as more and more advanced economic goals of the European integration are achieved, the Community law tends to recognise and allow individuals' freedom to an increasing extent.³⁵

Nowadays, in particular in the context of development of the governance and accountability concepts,³⁶ the distinction between public law and private law within the European law is not infrequently called into question as anachronistic and not corresponding to the dynamics of the integration processes.³⁷

2.4. The public law / private law divide in the system of legal protection of competition in the EU

Departure from a strictly public nature of the Community law and its acquiring of the traits of private law (in particular in the context of individual versus institutional enforcement) becomes especially noticeable in the area of competition law.

In principle, a thesis can be advanced that the blurring of the borderline between public law and private law is a *specialité de la maison* of competition law (not only on

³¹ C-213/89 *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others* [1990] ECR I-2433.

³² C-6/90 and 9/90 *Francovich & Bonifaci v. Italy* [1991] ECR I-5357.

³³ C-453/99 *Courage Ltd v Crehan* [2001] ECR I-6297.

³⁴ This doctrine is discussed in more detail in Section 4.1.1. below.

³⁵ N. Reich, *op. cit.*, p. 290. The author sees the origins of this phenomenon in the development of the governance concept which, in his opinion, is a 'liberal outcome of freedom'.

³⁶ Cf. *Law and Governance in Post-National Europe. Compliance beyond the Nation State* (M. Zürn, Ch. Joerges), Cambridge University Press, 2005.

³⁷ N. Reich, *op. cit.*, p. 295.

the Community, but also on the national level). What is at issue here is not only the fact that, pursuant to the Treaty, a Member State is obliged to comply with the prohibition on state aid, but also the privatisation and liberalisation processes which often involve modification of the role of the state accompanying a change in ownership relations, taking over of certain public functions by private parties, and laying down new principles of regulations. These relations, however, fall outside the scope of the subject matter of this Paper.³⁸ The central issue related to the public/private dichotomy in the area of competition law is the fact that the underlying principle of the Community law has been, since its very beginning, combating private restrictions on competition, whereas other provisions of the Treaty establishing the European Community have been focused on the elimination of barriers to the movement of goods, services, capital and workers at the national (state) level.³⁹ Therefore, participation of private parties in the enforcement of the Community rules was a matter of course given the nature of this area of law. A majority of actions brought by natural and legal persons to the Court of First Instance pursuant to Article 230 of the EC Treaty pertains to the Commission's decisions related to competition. Unsurprisingly enough, competition law is at the forefront of private enforcement of Community regulations and serves as an excellent example of how the line of distinction between public law and private law is being blurred.

³⁸ These issues have been widely discussed in the literature: cf. e.g. S. Fredman, G.S. Morris, *The Cost of Exclusivity: Public and Private Re-examined*, [1994] Public Law 69.

³⁹ J. Basedow, *A Common Contract Law for the Common Market*, [1996] 33 C.M.L.Rev., p. 1192.

3. Assumptions and models of bringing private actions for damages on the grounds of infringement of competition rules

3.1. Legal bases for private actions for damages

Further discussion focuses on private enforcement (in civil-law proceedings) of competition rules. This notion may apply both to the Community law and the national law, and means a possibility of bringing action on the grounds of infringement of competition rules in disputes between private parties before common courts. In practice, private enforcement of the competition law offers private parties an opportunity to sue and obtain compensation for damages from other private parties which were engaged in practices that had the effect of restricting competition.

The possibility of bringing private action in courts on the grounds of infringement of competition rules depends on the regulations incorporated both in substantive law and in procedural law in national legal orders.

As regards the substantive law, the following solutions are possible:

- (1) Competition Act explicitly provides for a possibility of bringing private action;
- (2) Competition Act does not contain any provision related to private actions. However, it is not uncommon that an absence of such an explicit provision in statutory regulations does not preclude a possibility of private enforcement of the competition law; such a possibility may arise either from procedural law or from the general principles of civil liability; or
- (3) Competition Act precludes the possibility of bringing private action on the grounds of infringement of the provisions thereof.

An important issue is whether national regulations provide for a separate legal basis for the enforcement of the Community competition rules in civil-law proceedings or whether the national and the Community rules are enforced on the same legal basis.⁴⁰

⁴⁰ According to Ashurst's Report (p. 1), at present legislation in only 3 EU Member States (Finland, Lithuania and Sweden) provides for a specific statutory basis for bringing EC competition law-based damages actions; whereas 12 Member States have a specific statutory basis for bringing national competition law-based damages actions.

As regards procedural law, national legal orders may provide for the following solutions:

- (1) Procedural rules related to bringing private action are incorporated in the Competition Act itself;
- (2) The Competition Act refers to the relevant legal act that regulates civil-law procedures in this respect; the reference may relate to:
 - General procedural rules, or
 - A specific procedure;
- (3) The Competition Act does not contain any provisions related to the procedural aspect (it is presumed that general provisions governing civil-law proceedings be applied).

Based on the possible solutions in substantive law and procedural law, listed above, the following models of private enforcement of competition law can be distinguished:

- (1) A system of private enforcement of competition rules as provided for in the Competition (Antitrust) Act;
 - (1a) substantive rule + procedural rule;
 - (1b) substantive rule only, no procedural rules:
 - reference to general rules,
 - reference to specific rules (a specific procedure provided for in an act other than the Antitrust Act);
- (2) A system of private enforcement of competition rules not provided for in the antitrust act; reference to the civil procedure rules:
 - reference to general procedural rules,
 - reference to specific procedural rules (related to antitrust proceedings only);
- (3) A system of private enforcement of competition rules not provided for in the antitrust act; no reference to the civil-law procedure; and
- (4) Private enforcement explicitly prohibited in the Competition Act.

The choice of a model should be contingent upon the optimum effectiveness of the legal solutions adopted. However, assessment of the effectiveness thereof should take account of such factors as, *inter alia*, clarity of the solutions adopted (primarily as regards the relationship between substantive law and procedural law), duration of proceedings and ease of access to the procedures. Furthermore, account should be taken of the fact that legislation should be reasonable; for this reason the model described under 1a, though seems most comprehensive, may constitute an example of 'overregulation' and hence be rejected.

3.2. Parties entitled to bring actions for damages

One of the crucial issues in deciding on a particular model of private enforcement of competition law is that of a choice of a category of parties to be entitled to bring actions on the grounds of infringement of antitrust rules. The first category includes parties which suffered damages as a result of competitors' activities which were in breach of the competition rules. However, though appearing self-evident, this category may be limited to include, for example, only those persons or undertakings which are parties to a contract with the infringing undertaking. Such a solution, at present in effect e.g. in Sweden, must be regarded as a serious obstacle to private enforcement of competition law (in fact it precludes or, at the least, substantially limits the possibility of seeking private remedies for the purposes of protection against horizontal cartels).

While creating the model of private proceedings in respect of antitrust rules, one should provide for the possibility of bringing action to court not only by individual parties but also by groups (claims, namely collective claims, where the term 'collective' should be interpreted in the context of the group's interests rather than of legitimacy to bring a claim).

In a doctrine, in particular the Anglo-Saxon one, a number of types of group litigation can be distinguished, which could be allowed in the area of competition law. These include a class action whereby a civil court procedure is initiated by a single party or a group of parties representing a larger class of unidentified individuals.⁴¹ Members of the class may opt out from the proceedings and only then they will not be bound by the court judgment. Any damages resulting from the class action are awarded to the class as a whole and not to the individual members of the class although each will be entitled to a part of the award.

Another type of group litigation is the so-called collective claim brought by a party on behalf of a group of identified or, at least, identifiable parties (individuals). Any award resulting therefrom is made to the group as a whole and no individual awards are made to the different members of the group. Representative actions, consisting in a claim being brought by a single party (e.g. an association) on behalf of a group of identified individuals, are similar in nature. Further, the group litigation category includes claims brought by representative organisations for the benefit of the public at large (interests of an unspecified number of unidentified individuals) rather than of the members of the organisation. Such litigation is done, *inter alia*, by consumer organisations.

It should be emphasised that group litigation is the area where protection of private interests is strongly correlated with a broadly understood public interest. In

⁴¹ Cf. C.G. Lang, *Class Actions and US Antitrust Law: Prerequisites and Interdependencies of the Implementation of a Procedural Device for the Aggregation of Low-Value Claims* [2001] World Competition 24(2), p. 285-302. For a more detailed discussion on group litigation in the legal orders of the EU Member States see: Ashurst's Report, p. 45 et seq.; D. Woods, A. Sinclair, D. Ashton, *Private enforcement of Community competition law: modernization and the road ahead*, [2004] Competition Policy Newsletter No 2, pp. 34-35.

general, such collective litigation is aimed at the protection of public interest rather than (exclusively) a strictly private one. Moreover, litigation of this type plays the more prominent role, the less dynamic public enforcement of the antitrust law is.⁴² Group litigation not only increases the scale of particular proceedings, thus reflecting the supra-individual interest in the settlement of a competition case, but also allows sharing of a risk and costs related to the proceedings by a larger number of parties.

3.3. Other elements of the model

While describing different models of private enforcement of competition law, attention should be paid, in addition to the legal bases and parties entitled to bring claims, to several other, no less important, issues including, *inter alia*, the rules for calculating damages,⁴³ costs and duration of litigation, types of admissible evidence and extent to which it can be used. All these elements affect the availability and effectiveness of private actions brought on the grounds of infringement of competition rules.⁴⁴ However, since this Paper's objective is not to analyse thoroughly all the details of the models,⁴⁵ only two issues most widely discussed in the literature will be presented below.

The first issue is that of evidence of the infringement of antitrust rules before a civil court. A model of private enforcement of competition law may be based on a preliminary nature of decisions (judgments) delivered by antitrust authorities, which results in civil courts not being allowed (or, at least, not willing) to decide on damages for a failure to comply with a prohibition of cartels or abuse of a dominant position where no prior decision in this respect was issued by the relevant administrative competition authority. Such a solution, though limiting the possibility of bringing private action, has certain advantages: first of all it eliminates to a large extent 'vexatious litigation', minimises a risk of mistaken appraisal of the subject matter of a case or even relieves judges of the responsibility for deciding on whether the actual infringement of antitrust rules took place or not. Such a solution appears

⁴² Ch. G. Lang, *Class Actions and the US Antitrust Law: Prerequisites and Interdependencies of the Implementation of a Procedural Device for the Aggregation of Low-Values Claims*, [2001] *World Competition* 24 (2). Cf. also: W. S. Grimes, *The Sherman Act's Unintended Bias Against Lilliputians: Small Players' Collective Action as a Counter to Relational Market Power*, [2001] *Antitrust Law Journal* vol. 69, p. 195-247.

⁴³ Cf. *Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages* (prepared by E. Clark, M. Hughes, D. Wirth). The document is included in Ashurst's Report. (http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/economic_clean_en.pdf).

⁴⁴ For example: although many advocates of private enforcement of competition law see reduced costs of 'prosecution' of infringements of the Community law as one of the arguments for the promotion of the enforcement in civil-law proceedings, some authors argue that in practice the costs of antitrust claims are substantially higher than the costs of intervention by competition authorities (however, it is not only private costs but also the costs related to the passing of judgment by courts in such cases that are at issue here) - cf. K. G. Elzinga, W. Wood, *Costs of Legal System in Private Antitrust Enforcement* [in:] *Private Antitrust Litigation*, (L.J. White ed.), MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1988, pp. 143-144.

⁴⁵ A comprehensive review of other elements of the model is presented in Ashurst's Report.

favourable in particular in those states where the culture of competition, awareness of consequences of infringement of competition rules and, lastly, judges' qualifications in the area of competition law are relatively poor. The possibility of making use of a prior decision issued by (administrative) antitrust authorities should foster courts' involvement in private enforcement of the competition law as judges would not be afraid of taking decisions in a situation where the infringement of the antitrust rules has already been ascertained. On the other hand, in systems which allow group litigation each decision taken by a competition authority to the effect that an infringement of the rules of a market play took place results in an avalanche of claims of the same type,⁴⁶ which may lead to a paralysis of the judicial system.

However, one should not ignore the fact that the possibility of bringing private action in the area of competition is contingent on decisions of antitrust authorities, thus rendering the private sphere of enforcement of the antitrust law subordinate to the public sphere. Such a situation does not seem to be in line with contemporary trends in the development of competition law which aim at the making of these two spheres of enforcement of this area of law equal and co-existing. Yet, it should be noted that in European legislations strict formal dependence of a possibility of obtaining damages upon the existence of a decision that ascertained a practice restricting competition is relatively rare.⁴⁷ Nonetheless, such a solution is not infrequently seen in court practice even in those legal systems which do not impose any restrictions (in the form of preliminary decisions) on the bringing of private actions on the grounds of infringement of competition rules. What is also being mentioned is the fact that in the event when private claims are brought after the relevant decisions are issued by the public competition authorities, the case before a court usually consists in a mere establishment of the amount of damages rather than in a discussion on whether the infringement actually took place or not.⁴⁸

Another important aspect of the civil-court enforcement of competition law is the scope and extent of as well as measures for the compensation for the damage suffered as a result of an infringement of the rules. Any discussion in this respect in fact boils down to determining whether these remedies should be deterrent or coercive. Numerous questions arise here: should the damages cover only the damage or loss incurred, or lost profits as well?; should the amount of damages be limited, as in the US system where the principle of treble damages is in place?⁴⁹ Another major problem is the possibility of obtaining damages by third parties, i.e. by customers who are not in a direct relationship with the party engaged in practices

⁴⁶ R. Posner defines such a phenomenon as a 'cluster-bomb effect' - R. Posner, *Antitrust Law*, 2nd ed., University of Chicago Press, Chicago and London 2001, p. 279).

⁴⁷ Decisions of an administrative authority are binding on a court pursuant to the legislation of, *inter alia*, the Czech Republic, Greece, Slovenia and Sweden - cf. Ashurst's Report, p. 69-70.

⁴⁸ W. F. Shughart, *Private Antitrust Enforcement Compensation, Deterrence, or Extortion?*, [1990] *Cato Review of Business and Government* 13 (3), p. 3.

⁴⁹ The treble damages principle is far from being widely accepted in the doctrine; cf. A.M. Polinsky, *Detrebling versus Decoupling Antitrust Damages: Lessons from the Theory of Enforcement* [in:] *Private Antitrust Litigation*, *op. cit.*, pp. 87-94.

that restrict competition, but who suffer damages as a result of such practices (passing-on damages).⁵⁰

While analysing the models of private enforcement of competition rules, one should be aware of the fact that, at least at present, it is impossible to describe private enforcement of the Community competition rules using one model only. As long as harmonisation activities are not commenced in this respect, the model of enforcement of the Community rules remains to be a huge collection of various national models. And this, along with the associated doubts as to the successful performance of harmonisation tasks, constitutes one of the principal objections to the justification of private enforcement of the Community antitrust law.

⁵⁰ Passing-on damages were the subject matter of judgments passed by the US courts in the past (*Hanower Shoe Coe v. United Shoe Machinery Corp.* 392 US 481 (1968); *Illinois Brick Co. V. Illinois* 431 US 720 (1977)). For a more detailed discussion on this type of damages see: F. Hoseinian, *Passing-on damages and Community antitrust policy – an economic background*, [2005] *World Competition* 25 (1).

4. Private enforcement of competition law in the EU

4.1. Legal foundations

4.1.1. Situation prior to 1 May 2004

European legal orders are far more attached to the dichotomic division of regulations into public law and private law than the US law. Provisions of the EC Treaty, related to competition, fall within the area of public law, hence the possibility of private enforcement thereof, although formally not precluded, has never been particularly noticed or appreciated. This holds true as regards both competition authorities and private parties, which are potentially interested in the compensation for damages suffered as a result of unlawful activities on the part of other market players. The Ashurst's Report vividly describes the system of private enforcement of competition law in the Community as underdeveloped.⁵¹ Such a view would be difficult to be argued against in the light of the statistics, which reveal that since 1962 (the year of publication of Regulation No 17,⁵² the first regulation implementing Articles 81 and 82 of the Treaty) as few as 12 claims in respect of infringements of the Community competition law (based exclusively on said law)⁵³, settled before common courts, have been successful for the claimants.

Marginal importance of private enforcement of law resulted, *inter alia*, from limited possibilities of applying the Community competition rules at national level. Pursuant to Regulation No 17, competition authorities in Member States (both administrative authorities and courts) were empowered to take decision only under Article 81(1) (prohibition of cartels) and Article 82 (prohibition of an abuse of a dominant position) of the EC Treaty; whereas they were not competent to apply Article 81(3) (exemption from the prohibition of cartels).⁵⁴ Even the Commission

⁵¹ Ashurst's Report, p. 1.

⁵² Regulation No 17/62: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, amended by Council Regulation (EC) No 1216/1999 of 10 June 1999 (OJ EEC 1962 No 13/204).

⁵³ Ashurst's Report (p. 1) reveals that 6 judgments were based both on the Community law and national competition law.

⁵⁴ For a more detailed discussion see: M. Smith, *Competition Law. Enforcement and Procedure*, Butterworths 2001, p. 430. The generally accepted view that the Commission's exclusive power to apply Article 81(3) of the EC Treaty was a decisive factor in the limiting of private enforcement of the Community law, was argued against by C. Jones and E. Sharpston in: *Beyond Delimitis: Pluralism, Illusions, and Narrow Constructionism in Community Antitrust Litigation* [1996/97] Columbia Journal of European Law vol. 3, pp. 85-108. For a different opinion see: I. Forrester, Ch. Norall, *The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason: How Competition Law Is and Could Be Applied*, [1984] CMLRev 21, pp. 11-51.

itself admitted in the White Paper on modernisation of the rules implementing Articles 81 and 82 of the EC Treaty⁵⁵ that Regulation No 17 encouraged private enforcement of competition law to a minor extent only. It was not until the process of modernisation of the Community competition law led to the adoption of Regulation No 1/2003 (repealing Regulation No 17) that the application by national authorities of the Community law to its fullest extent, i.e. including exercise of the power to decide on the acceptability of individual exemptions pursuant to Article 81(3) of the EC Treaty (Article 6 of Regulation No 1/2003), became possible.

However, despite the restrictive (from the point of view of private enforcement) nature of the 'old regulation', the Community institutions made attempts to encourage national courts to apply the Community antitrust rules also prior to 2004. The first step in this direction was the 15th Report on competition policy (1985), where the Commission stated that one of its priorities was to 'restore the role' played by national courts in the implementation of Articles 81 and 82 of the EC Treaty. The Commission argued that among the reasons in favour of private enforcement of the Community competition law was the fact that more frequent application of the law at the national level would increase competition awareness among the Community's citizens and result in infringements being terminated earlier, whereas the Commission would be able to handle 'serious cases (infringements)'.⁵⁶

Other initiatives of the Commission in this respect included issuing in 1993 of a Notice on the cooperation between national courts and the Commission in the application of Articles 85 and 86 of the EC Treaty.⁵⁷ The Notice not only confirmed the possibility of direct application of the Community competition law before national courts, but also laid down basic rules to govern the process, including rules for a removal of discrepancies between decisions issued by the Commission and judgments delivered by national courts (Section IV.1), mode of proceeding in a situation where a national court decided that a particular agreement might be the subject of an exemption pursuant to Article 85(3) of the EC Treaty (Section IV.2), or the rules for consulting the Commission by national courts (Section V).⁵⁸ The Notice on cooperation is commonly regarded as a step towards a more comprehensive enforcement of the Community law by national authorities,⁵⁹ which

⁵⁵ *White Paper on modernisation of the rules implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty*, Section 100 et seq.

⁵⁶ 15th Report on competition policy (1985), section 39. The Commission's argumentation contained in the Report remains valid.

⁵⁷ Notices on the cooperation between national courts and the Commission in the application of Articles 85 and 86 of the EC Treaty (OJ EC 1993 C 39/1). The document was published in the Polish version [in]: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła. Tom 1: Reguły generalne* (selected and edited by T. Skoczny), Wyd. Naukowe WZ UW, Warsaw 2002, pp. 513-522.

⁵⁸ For a more detailed discussion on the Notice see: G. Tesaro, *Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law* [in]: *Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law* (J. Rivas, M. Harspool ed.), Kluwer Law International, Hague-London-Boston, 2000, pp. 6-7.

⁵⁹ J.H.J. Bourgeois, *Enforcement of EC Competition Law by National Authorities: Square Pegs in Round Holes?* [in:] *Current and Future Perspectives...*, op. cit., p. 89.

could certainly contribute to, yet would not automatically result in, an increased number of private actions brought.

However, it is worth noting that also in their decision-making practice, the Community competition authorities have not devoted much time or attention to issues related to private enforcement of Articles 81 and 82 of the EC Treaty. Among those few judgments that involved these issues one should mention, in the first place, all the judgments which explicitly stated that Article 81(1) and Article 82 of the EC Treaty produced direct effects between individuals and created rights in respect of them which the courts in the Member States must safeguard (*BRT/SABAM*,⁶⁰ *Simmenthal*,⁶¹ *Factortame*,⁶² *Tetra Pak*⁶³), as well as the judgments which explicitly confirmed that national courts were competent to apply Article 81(1) and Article 82 of the EC Treaty (*Delimitis*,⁶⁴ *Ahmed Saeed*,⁶⁵ *Eco Swiss*⁶⁶).

These ‘first-generation’ judgments removed certain mental barriers to the application of Community competition rules in proceedings before national courts, yet the real breakthrough in the private enforcement of the Treaty came with the ‘second-generation’ judgments, i.e. those which validated the possibility of bringing action for damages before national courts in connection with an infringement of Article 81 or Article 82. As early as in the 1990s, in his opinion in the *Banks v. British Coal Corp.* case⁶⁷, Advocate General van Gerven argued that ‘(...) as a result of its obligation to ensure that Community law is fully effective and to protect the rights thereby conferred on individuals, the national court is under an obligation to award damages for loss sustained by an undertaking as a result of the breach by another undertaking of a directly effective provision of Community competition law’.⁶⁸

One of the most prominent ‘second-generation’ judgments is the judgment in the *Courage v. Crehan* case⁶⁹ referred to the European Court of Justice for preliminary ruling by the Court of Appeal of England and Wales. The case (tied house agreements on the beer market) related not only to a mere possibility of claiming compensation for a damage sustained as a result of a clause prohibited under Article 81 of the EC Treaty, but also raised questions as to whether damages might be claimed by an undertaking which was a party to a prohibited agreement (this option was precluded under the British law). In its preliminary ruling the European Court of Justice restated the arguments advanced before in the *Delimitis* and *BRT*

⁶⁰ C-127/73 *BRT v. SABAM* [1974] ECR 51.

⁶¹ C-106/77 *Simmenthal* [1978] ECR 629, paragraph 16.

⁶² C-213/89 *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others* [1990] ECR I-2433, paragraph 19.

⁶³ T-51/89 *Tetra Pak* [1990] ECR II-309, paragraph 42.

⁶⁴ C-234/89 *Delimitis v. Henninger Brau* [1991] ECR I-935, paragraph 45.

⁶⁵ C-66/86 *Ahmed Saeed* [1989] ECR I-803, paragraph 32.

⁶⁶ C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV* [1999], ECR I-3055.

⁶⁷ C-128/92 *Banks v. British Coal Corp.* [1994] ECR I-1209.

⁶⁸ Cf. also: M. Hoskins, *Garden Cottage Revisited: The Availability of Damages in the National Courts for Breaches of the EEC Competition Law*, [1992] E.C.L.Rev (13)6, pp. 257-265.

⁶⁹ C-453/99 *Courage Ltd v Crehan* [2001] ECR I-6297.

judgments, confirmed that an individual might plead that an agreement was void (as the said agreement was subject to Article 81(1) of the EC Treaty) before a national court and declared that an individual, even being a counterparty (the other party to a contract), had to have a possibility of enforcing the effects of invalidity of contractual provisions which ran counter to Article 81 of the Treaty. Further, the Court of Justice ruled that Article 81 precluded application of a rule of national law under which a party to a contract restricting or distorting competition within the meaning of Article 81 was barred from claiming damages for loss caused by performance of that contract on the sole ground that the claimant was a party to that contract. In his opinion in the *Courage v. Crehan* case, Advocate General Mischo emphasised the fact that ‘adoption of such a rule [i.e. preclusion of a possibility of claiming compensation for a damage – note supplied by AJ] is possible only if the claimant bears more than negligible responsibility for the distortion of competition. The responsibility borne is negligible if the party is in a weaker position than the other party such that it was not genuinely free to choose the terms of the contract’.⁷⁰ In its evaluation of the case the Court of Justice recommended that the national court take into account the economic and legal context in which the parties found themselves and their respective bargaining power and conduct (paragraph 32).

The judgment in the *Courage v. Crehan* case dispelled all doubts as to the possibility of obtaining damages for an infringement of Article 81 or Article 81 of the EC Treaty, yet, as R. Whish rightly pointed out,⁷¹ a few important issues related to private enforcement remained to be settled, the most crucial among them being questions on the admissibility of damages to a buyer who charged higher prices, constituting an effect of anti-competition practice, to his customers, or on the possibility of compensating a loss to consumers (who were not direct buyers). Despite a number of questions still remaining unanswered, the *Courage* doctrine⁷² established by the Court of Justice, whereby a party to a contract that infringed the Community law may also obtain damages,⁷³ is based on a view that the safeguarding

⁷⁰ For a more detailed discussion see: W. Van Gerven, *Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules Before National Courts* [in]: *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law* (ed. C.D.Ehlermann, I. Atanasiu), Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2003, p. 60. Cf. also: B. Van de Walle de Ghelcke, *Modernisation: will it increase litigation in the national courts and before national authorities?* [in]: *Modernisation and Enlargement: Two Major Challenges for EC Competition Law* (D. Geradin, ed.), Intersentia, Atwerp-Oxford, 2004, p. 138.

⁷¹ R. Whish, *Competition Law*, 5th ed., LexisNexis Butterworths, 2003, p. 300.

⁷² The *Courage* doctrine has been extensively discussed in the literature. In addition to the literature referred to in the footnotes above, see also: A. Andreangeli, *Courage Ltd v Crehan and the Enforcement of Article 81 EC before the National Courts*, [2004] E.C.L.R., 25(12), 758-764; K. Holmes, *Public Enforcement or Private Enforcement? Enforcement of Competition Law in the EC and UK*, [2004] E.C.L.Rev. 25(1), 25-36; N. Reich, *The ‘Courage’ Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?* [2005] C.M.L.R. 42, pp. 35-66. N. Green, *Will modernization increase litigation in national competition authorities and the national courts?* [in]: *Modernisation and Enlargement, op. cit.*, pp. 167-168.

⁷³ Ultimately, pursuant to a judgment of 21 May 2004, delivered by a national court, namely the Royal Courts of Justice in London, B. Crehan obtained damages (case no. A3/2003/1725, [2004] EWCA 637).

of individuals' rights by national courts enhances enforcement of the Community competition rules and that damages actions can substantially contribute to the maintenance of effective competition on the EC market.⁷⁴ The *Courage* doctrine, although drew some criticism, is reflected in actions taken by the Community authorities in the process of modernisation of the competition law.

4.1.2. Situation following the coming into effect of Regulation No 1/2003

As of 1 May 2004, the regulation implementing Articles 81 and 82 of the EC Treaty, thus far in force, was repealed by a new Regulation No 1/2003⁷⁵ accompanied with additional regulations and notices (including the Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC⁷⁶). Modernisation of the Community competition law is expected to result, among others, in an enhancement of the role of national courts in the process of application of antitrust rules. Already in the preamble (paragraph 7) of Regulation No 1/2003 it is noted that: 'National courts have an essential part to play in applying the Community competition rules. When deciding disputes between private individuals, they protect the subjective rights under Community law, for example by awarding damages to the victims of infringements'. Further, Article 6 thereof reads as follows: 'National courts shall have the power to apply Articles 81 and 82 of the Treaty'. Thus the Regulation provides for solutions focused on the improvement of national courts' effectiveness. These solutions can be classified as technical and organisational (facilitating co-operation between national courts, competition authorities and the Commission) and those related to the subject matter (aimed at the ensuring of uniform application of the Community law). In respect of the first category, pursuant to Article 15(1) of Regulation No 1/2003, courts of the Member States may ask the Commission to transmit to them information in its possession concerning the application of the Community competition rules. Article 15(3) thereof allows competition authorities of the Member States to submit written observations to the national courts of their Member State on proceedings pending before the latter. The Commission has the same right, although it may exercise it only 'where the coherent

⁷⁴ Cf. M. Clough, *Where Next for EC Competition Law?: A Discussion Note in: Current Competition Law Vol. II*, (M. Andenas, M. Nuthings, P. Marsden ed.), British Institute of International and Comparative Law, London 2004, pp. 164, 165.

⁷⁵ Regulation No 1/2003 has been thoroughly discussed in the literature. Cf. e.g. J.M. Venit, *Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, [2003] C.M.L.Rev. 40, pp. 543-580; G.V.S. McCurdy, *The impact of modernisation of the EU competition law system on the courts and private enforcement of the competition laws: a comparative perspective*, [2004] E.C.L.Rev. 25(8), pp. 509-517. In the Polish literature cf. e.g. Skoczny T., *Doskonalenie i modernizacja systemu stosowania wspólnotowych reguł konkurencji*, 'Studia Europejskie' no 1/2001; Skoczny T., *Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji – także w Polsce – po 1 maja 2004 roku*, 'Kwartalnik Prawa Publicznego' no 2/2004.

⁷⁶ OJ EU 2004 C 101/04. The Notice superseded the previous notice of 1993 on the same scope of issues – cf. footnote no 53.

application of Article 81 or Article 82 of the Treaty so requires'. These arrangements for consultation, provided for in Regulation No 1/2003, are intended to prevent incoherent enforcement of the Community competition rules in private court proceedings as the situation where competition law is applied in a number of varied ways, thus producing a disintegration effect⁷⁷, is perceived as one of the key risks associated with private enforcement of competition rules. However, the extent to which the solutions adopted will be effective is difficult to be determined. For example, a question arises of whether national courts would be willing to co-operate with the Commission⁷⁸ and make use of the assistance mechanisms provided for. W. van Gerven points out to the fact that Article 15(3) of the said Regulation, while providing for the Commission's competence to instruct national courts, refers to the application and not to the interpretation of the Community competition rules.⁷⁹ Furthermore, pursuant to Article 15(2) thereof, Member States are obliged to forward to the Commission a copy of any written judgment of national courts deciding on the application of Article 81 or Article 82 of the Treaty. A database of these judgments is made available on the European Commission's website.⁸⁰

In respect of the content of judgments delivered by national courts, Article 16(1) of Regulation No 1/2003 laid down a rule whereby courts in Member States could not take decisions running counter to the decision adopted by the Commission. They must also avoid giving decisions which would conflict with a decision contemplated by the Commission in proceedings it has initiated (the so-called Masterfoods principle⁸¹).

The solutions adopted in Regulation No 1/2003 and referred to above, originate from a belief that it is necessary to stimulate national courts' activity in the enforcement of the Community competition rules in order to increase the number of private actions brought on the grounds of infringement of the Community rules in the future and, at the same time, to ensure coherent application of these rules in all Member States. The best criterion of attainment of such goals is the content of the database of national court judgments delivered pursuant to Article 81 or Article 82 of the EC Treaty. Within the fifteen months of the date of Regulation No 1/2003 coming into force, 73 judgments of national courts have been forwarded to the database.⁸² Such a result, especially as compared to the number of judgments passed

⁷⁷ D. Geradin, *Competition Between Rules and Rules of Competition: A Legal and Economic Analysis of the Proposed Modernization of the Enforcement of EC Competition Law*, [2002] *Columbia Journal of European Law* vol. 9, pp. 1-28.

⁷⁸ B. Van de Walle de Ghelcke, *op. cit.*, p. 152.

⁷⁹ W. Van Gerven, *Substantive remedies (Panel discussion)* [in:] *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law* (C.D.Ehlermann, I. Atanasiu eds.), Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2003, p. 47.

⁸⁰ http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/national_courts/index_en.html

⁸¹ Cf. C-344/98 *Masterfoods* [2000] ECR I-11396.

⁸² The first judgment to be included in the database was delivered in the United Kingdom as early as on 21 May 2004 and related to the *Courage v. Crehan* case.

in this area in previous years, appears impressive. Significantly, however, none of these 73 judgments was delivered in the new Member States.

Member State	No. of judgments passed by national courts and included in the Commission's database
Germany	16
France	12
Spain	10
Austria	9
Netherlands	8
Belgium	5
Sweden, United Kingdom	2
Denmark, Portugal	1
Cyprus, Czech Republic, Estonia, Finland, Greece, Ireland, Lithuania, Luxembourg, Latvia, Malta, Poland, Slovakia, Slovenia, Hungary, Italy	0

Table 1. Number of judgments passed in the EU Member States in direct application of Article 81 or Article 82 of the EC Treaty as at 18 September 2005

4.2. *Locus standi* in the Community competition law

In very general terms, one may argue that the right to bring private action in competition-related cases is conferred upon those natural or legal persons whose legitimate interests have been infringed as a result of the prohibition contained in Articles 81 and 82 of the EC Treaty not being complied with. In competition law *locus standi* is closely related to the direct effect of the Community law, which is reflected in case-law: ‘the right to reparation is the necessary corollary of the direct effect of the Community provision whose breach caused the damage sustained’.⁸³ C. A. Jones reverses this interrelation by pointing out that the right to damages would be of no importance if the existence of *locus standi* were not an additional consequence of a direct effect of the Community law.⁸⁴ On the other hand, the term ‘legitimate interest’ under the Community law is based on general principles rather than reflects the direct effect doctrine. Evaluation of the legitimate interest under the Community law does not require consideration of, in contrast to what is in place in the United States, mandatory treble damages. In this sense private enforcement of the Community law may be even wider in scope than in the US.⁸⁵

One of the distinctive characteristics of the US system of private enforcement of antitrust law is the possibility of group litigation, whereas legal orders of the EU Member States allow such instruments to a minimal extent only. As regards private implementation of the Community competition rules, group litigation, while

⁸³ C-46/93 and 48/93 *Brasserie du Pecheur* [1996] ECR I-1029, paragraph 22.

⁸⁴ C. A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford Univ. Press, 1999, p. 186.

⁸⁵ C. A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, *op. cit.*, pp. 191 and 246.

allowing the spreading of costs and risk of litigation among a larger number of parties, may be regarded as an incentive contributing to a wider extent of civil-law action for damages on the grounds of the prohibition of cartels or of abuse of a dominant position not being complied with.⁸⁶ Group litigation could, in fact, play such a role in the enforcement of the Community competition rules provided that it would be allowed in all Member States, which would in turn require substantial harmonisation efforts to be made.⁸⁷ In this respect the Community competition rules could nevertheless draw on consumer legislation which has already begun to allow group litigation, the best evidence of this being Article 7(2) of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.⁸⁸ However, while speaking of the necessity of making group litigation more widely used in the European antitrust law, it should be emphasised that the right to initiate group litigation, conferred by the said Directive, in practice has been exercised by European consumers to a small extent only. It is difficult to determine whether group litigation would be more popular within competition law; the US example seems to answer this question in the affirmative.

4.3. Other elements of civil-law enforcement of the Community law

The two issues referred to in Section 3.3. above as potentially posing serious obstacles to private enforcement of the competition law should not remain undiscussed. The prejudicial nature of administrative decisions is most vividly seen in the following relation: European Commission's decision versus a judgment of a national court, where the crucial issue is not only the answer to the question of whether the Commission's decision on an infringement of the competition rules is binding on the national court, but also the determination of an extent to which such a decision is binding. Although pursuant to Article 189 of the EC Treaty, the Commission's decision is binding upon those to which it is addressed, a thesis that the binding effect applies also to national courts may be controversial.⁸⁹ Can national courts challenge the factual and legal decisions of the Commission? This question takes on an added importance in a situation where a decision of a Community authority is appealed against at the Court of First Instance; this may result in contradictory decisions of the Community and the national judicatures, which, in addition to having an adverse impact on the situation of the party subject to such

⁸⁶ Cf. Ashurst's Report, p. 119. The idea of introduction of group litigation in private enforcement of the competition rules within the Community is supported by a number of authors, for example: W. Van Gerven, *Substantive remedies (Panel discussion)* [in:] *European Competition Law Annual 2001*, *op. cit.*, p. 23; F.G. Jacobs, T. Deisenhofer, *Procedural Aspects of the Effective Private Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective* [in:] *European Competition Law Annual 2001*, *op. cit.*, p. 192.

⁸⁷ Also in: W. Van Gerven, *Substantive remedies for private enforcement* [in:] *European Competition Law Annual 2001*, *op. cit.*, p. 66.

⁸⁸ OJ EEC1993 L 95/29.

⁸⁹ R. Whish, *The Enforcement of EC Competition Law in the Domestic Courts of the Member States* [in:] *Current and Future Perspectives ...*, *op. cit.*, p. 83.

decisions, may in fact lead to a dangerous autonomy of the two systems of the Community law enforcement, namely the public and the private one, and to a lack of consistency in the application thereof.⁹⁰ On the other hand, if independence of national judicature is to be ensured, national courts should be allowed to challenge the tenor of the Commission's decision. The rules for cooperation and consultation procedures, provided for in Regulation No 1/2003 and in the Notice on a cooperation between national courts and the Commission, constitute an attempt to reconcile these two interests, namely the consistency of application of the Community law in Member States and the guaranteed independence of judicature. Analysis of the content of the said document allows to conclude that at present national courts are 'half-bound' by the Commission's decisions. If a court is to deliver its judgment before the Commission passes its decision, it must, at the very most, endeavour to ensure that its judgment does not run counter to the decision contemplated by the Commission. If in doubt, the national court may ask the Commission about the likely decision in a particular case. In such a situation the Commission also recommends that 'for reasons of legal certainty' the national court stay its proceedings until the Commission has reached a decision.⁹¹ However, if the national court delivers its judgment after the relevant decision is passed by the Commission, the former cannot take a decision running counter to that of the Community authority or, if such a decision is to be taken, it must refer a question to the Court of Justice for a preliminary ruling.⁹²

Therefore, all the solutions adopted under Regulation No 1/2003 indicate that, as regards the prejudicial nature of the Commission's decisions in the enforcement of the Community competition rules, administrative decision should be seen as undeniable evidence in a particular case.

As to the measures at a disposal of the potential plaintiffs in the process of private enforcement of the Community competition rules, attention should be paid primarily to the fact that, as the Court of Justice argued in the *Courage case*⁹³ and the

⁹⁰ This aspect is pointed out by J.H.J. Bourgeois who gives an example of enforcement of the US antitrust law in the period of the Reagan administration (and, to a lesser extent, the Bush administration), where federal authorities showed 'a slight disregard to the enforcement of federal antitrust rules, which in practice resulted in material inconsistencies in the enforcement of law at the state level'. According to Bourgeois, such a risk in the EC is even larger since (...) The Community does not have a long tradition of enforcement of the competition rules and the opinions of the particular Member States on the subject matter and principles of the competition policy differ far more than those of the particular states in the USA. Cf. J.H.J. Bourgeois, *Enforcement of EC Competition Law by National Authorities: Square Pegs in Round Holes?* [in:] *Current and Future Perspectives...*, *op. cit.*, p. 93. On the other hand, in this regard P.J. Slot argues that the laissez-faire doctrine in the period of the Reagan administration led to a situation where today enforcement of the antitrust law by the state authorities in the US markedly supplements activities taken in this area at the federal level' - P.J. Slot, *Is Decentralization of Competition Law Enforcement Dangerous? Drawing Lesson from the US Experience*, *International Antitrust Law & Policy* 2001, Fordham Corporate Law Institute 2002, p. 113.

⁹¹ Section 12 of the Notice.

⁹² Section 13 of the Notice.

⁹³ *Courage*, paragraph 26-27.

European Commission stated in its opinion,⁹⁴ preventive measures, to be supplemented with compensatory measures, remain the key tools of the Community competition policy.⁹⁵ Such a distribution of emphasis is not surprising in the context of the traditionally public nature of the Community competition rules and, at the same time, proves a predominant character of public-law elements in the enforcement thereof.

Today, a discussion on remedies available to plaintiffs in connection with an infringement of the Community antitrust law is one of the crucial problem areas in the promotion of enforcement of the said law. What is most controversial is the scope and possible limitation of damages, as well as the possibility of seeking damages by third parties. Many authors share an opinion that it is quite evident under the Community law that damages should cover all damages suffered and profits lost, including the so-called pre-judgment interests.⁹⁶

⁹⁴ Cf. comments by Mario Monti, former Commissioner for Competition, including: *Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation*, IBA – 8th Annual Competition Conference, Fiesole, 17 September 2004, and M. Monti, *Modernisation: what does the future hold?* [in:] *Modernisation and enlargement: Two major challenges for EC competition law* (D. Geradin, ed.), Intersentia, Atwerp-Oxford, 2004, pp. 1-8.

⁹⁵ Cf. F. Hoseinian, *op. cit.*, p. 2.

⁹⁶ C.A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU.*, *op. cit.*, p. 231.

5. Community competition law: how far can its privatisation go?

In the course and consequence of the discussion on the modernisation of competition rules, the European Commission repeatedly stressed the necessity of private enforcement of the Community rules. However, one should be aware of the fact that the process of 'privatisation' of the competition rules within the Community may encounter (and, in fact, encounters) major obstacles of varied intensity, which can be classified into three categories.

The first category of obstacles comprises limitations of formal nature. These consist in an absence of uniform substantive and procedural rules for the enforcement of competition rules in court proceedings in Member States. The Ashurst's Report revealed that in a number of countries legislation in this area was scanty or unclear, which undoubtedly would not encourage private entities or individuals to initiate litigation. Such a barrier could obviously be overcome by means of harmonisation of national rules in this respect. Yet, here we enter the area of civil law which is, with a moderate success, the subject of harmonisation efforts at the Community level. Adoption of a regulation to harmonise the substantive and formal aspects of private implementation of the Community competition rules requires arrival at a general agreement between all Member States, which may be difficult since the 'procedural differences often originate in different interests, capabilities or market realities'.⁹⁷ It is not impossible though that in the process of reforming all the areas of the Community competition policy, the Commission will successfully adopt appropriate solutions. To date, the Commission's political will to expand private enforcement of the competition rules has not been clearly or fully reflected in the legal acts.⁹⁸

On the other hand, one should bear in mind that, as the practice of the EC consumer legislation in respect of group litigation shows, introduction of appropriate legal instruments to facilitate enforcement of the Community law in

⁹⁷ D. Stuart Meiklejohn, *You Can't Legislate Perfection: the Virtues of Experimentation in the Design of Antitrust Enforcement Regimes*, International Antitrust Law & Policy 2003, Fordham Corporate Law Institute 2004, p. 70.

⁹⁸ Wouter P. J. Wils argues that 'Apart from the abolition of the notification system and of the Commission's exclusive competence to apply Article 81(3), this regulation does however not contain any measures to stimulate the use of Articles 81 and 82 EC as a sword in private litigation' – *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?* World Competition [2003] 26(3) p. 478. This view was criticised by C.A. Jones – *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, World Competition [2004] 27(1), p. 14.

national courts, though extremely important, is not sufficient and it is necessary to popularise certain 'culture of group litigation', whose absence relates to the second category of barriers discussed.

The second category of barriers includes limitations of mental nature both on the part of private parties, that is potential plaintiffs in competition-related litigations, and judges whose task is to decide such disputes. In order for this barrier to be removed among potential plaintiffs, the latter should become convinced that, firstly, they have a right to apply for compensation for damages suffered as a result of an infringement of competition rules and, secondly, it would be worth investing in bringing of a private claim. Fulfilment of these conditions is, however, dependent on a number of various factors, including efficiency of the system of administration of justice, duration of proceedings or costs of litigation in the particular Member States. On the other hand, judges at national common courts may be unwilling to decide disputes under the Community antitrust rules due to the complex economic nature thereof and the necessary knowledge of the entire *acquis communautaire* in the area of competition. Statistics pertaining to the enforcement of Articles 81 and 82 of the EC Treaty clearly shows that thus far in a majority of the EC Member States there has been no legal culture as regards private enforcement of competition rules, hence popularisation of the possibility of seeking damages in this respect means no less than a revolution.

The third category of obstacles can be defined as limitations of political nature which, in fact, amount to a question of whether the European Commission will be willing (and to what extent) to give up its right to control enforcement of the Community competition rules for the benefit of national courts. Answer to that question is actually included in Regulation No 1/2003 (and the accompanying regulations, including soft-law acts) which abolished, for the benefit of national authorities, the Commission's exclusive power to apply Article 81(3) of the EC Treaty. A thesis to the effect that the Commission would not relinquish its exclusive competence in this respect if it were able to ensure sufficient human and organisational resources to exercise the same, may be well grounded. The Commission's declaration stating that it intends to consolidate its efforts on proceedings related to the most dangerous practices (hard core cartels) and on the shaping of the competition policy is also important for the scope of 'privatisation' of enforcement of the Community law.

Moreover, it should be emphasised again that the possibility of applying the entire Article 81 of the EC Treaty by national courts does not mean that the said provision may be applied arbitrarily as the 'natural' limits are set by the principle of superiority of the Community law manifesting itself, for example, in the requirement for a national court to take account of decisions taken by the Community authorities. Nonetheless, de-centralisation of the system of enforcement of Community competition rules, along with the accompanying enhancement of the role of national courts, appears to reflect best the phenomenon of a so-called 'de-publicisation' of application of the competition rules as an element of a wider process of 'privatisation' of the Community law.

6. Summary

Private enforcement of the EC competition rules reflects an important trend in the Community law, consisting in the latter's abandonment of its (thus far predominant) public nature and coming, more and more often, within the sphere of private law (for a long time reserved almost exclusively for national law).

Development of private enforcement of the EC competition rules, including, primarily, the activity of the Community judicature in this area, serves as an excellent illustration of the process of 'privatisation' of the Community law as a whole. The first stage of the process is confirmation of the direct effect of the Treaty provisions in mutual relationships between private parties while the second stage consists in a validation of a possibility of obtaining damages on the grounds of infringements of Articles 81 and 82 of the Treaty. Successive stages include determination of parties to be entitled to bring claims on account of infringement of the Community competition rules (the *Courage* doctrine can be expected not to be the last word of the European Court of Justice in this respect).

Further, it is worth noting that the change in quality that is taking place through private enforcement of competition rules consists also, contrary to what has traditionally held true for antitrust policy, in corrective justice gaining in importance as opposed to deterrent justice. Moreover, private implementation of competition law in courts not only confers certain rights (the right to seek compensation for a damage suffered) upon economic operators, but also increases the parties' responsibility for their own actions. The putting of emphasis on the individuals' obligations seems to be the next stage of 'privatisation' of the Community law.⁹⁹

In general, a considerable number of private-law elements in the European law seems to suggest abandonment of the division into public and private law, and adoption of a more holistic approach to the processes of the European integration, not so much from the perspective of public law as it has been to a large extent done so far, but from a relatively new perspective of private law.¹⁰⁰ The fact that the Community authorities see private enforcement of competition rules primarily as complementing public intervention or simply as a way of relieving the European Commission from some of the burden of examining antitrust cases, proves best that the borderline between public law and private law, and between public intervention and private intervention is being blurred. Private actions for damages in the area of competition law are still relatively rare. The idea of private enforcement of the

⁹⁹ N. Reich, *op. cit.*, p. 297. Cf. also: I. Ward, *op. cit.*, p. 77.

¹⁰⁰ D. Caruso, *The Missing View of The Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration*, [1997] *European Law Journal* 3, p. 3.

Community competition rules has not been exactly popular. In addition to such obvious reasons therefor as the absence of any tradition of bringing private claims on the grounds of infringement of the antitrust law, this was due to the fact that the entire Community law fell within the area of public law and contained no private-law or procedural regulations. Lack of experience in private enforcement of the EC competition rules in the Member States may be also attributed to the necessary 'interaction', considered to be fairly difficult, between the Community substantive law and the national procedural law. Nonetheless, these obstacles appear less and less serious as the line of distinction between public law and private law is being blurred.

O Autorze

Adiunkt w Zakładzie Europeistyki Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie. Doktor nauk prawnych (Uniwersytet Warszawski). Współpracownik *Jean Monnet Chair on European Economic Law* na Wydziale Zarządzania UW (*Chairholder*: prof. UW dr hab. T. Skoczny). Współredaktor (wraz z T. Skoczny) serii wydawniczej „Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo” (Wyd. Naukowe Wydziału Zarządzania UW); ajurkowska@wsiz.rzeszow.pl

About the Author

Senior Lecturer at the Faculty of European Studies at the Higher School of Information Technology and Management in Rzeszów, Poland. Doctor of Law (University of Warsaw). Co-operates with the *Jean Monnet Chair on European Economic Law* at the Faculty of Management at the University of Warsaw (*Chairholder*: Professor T. Skoczny, Ph.D.). Co-editor (together with T. Skoczny) of a book series: ‘Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo’ (Wyd. Naukowe Wydziału Zarządzania UW); ajurkowska@wsiz.rzeszow.pl