

## **Settlement w postępowaniu antymonopolowym – ekonomiczna analiza kosztów i korzyści z punktu widzenia przedsiębiorcy**

### **Spis treści**

- I. Wprowadzenie
- II. Czynniki wpływające na decyzję przedsiębiorcy
- III. *Settlement* a inne instytucje prawa antymonopolowego
  1. *Settlement* a *leniency*
  2. *Settlement* a decyzja zobowiązująca
  3. *Settlement* a odpowiedzialność osób fizycznych
  4. *Settlement* a prywatnoprawne dochodzenie roszczeń
- IV. Rachunek kosztów i korzyści w ujęciu formalnym
- V. Wnioski końcowe

### **Streszczenie**

Celem artykułu jest analiza kosztów i korzyści związanych z udziałem przez przedsiębiorcę w procedurze *settlement*, a w szczególności analiza opłacalności niekwestionowania przed sądem decyzji uzgodnionej z organem antymonopolowym. Na początku przedstawiono główne czynniki determinujące decyzję przedsiębiorcy, omawiając dodatkowo pokrewne instytucje prawa antymonopolowego. Następnie dokonano rachunku kosztów i korzyści w formie uproszczonego modelu. Rozważania te służą wyodrębnieniu tych elementów, które odgrywają najważniejszą rolę w przesądzeniu o atrakcyjności złożenia przez przedsiębiorcę wniosku w zakresie *settlement*.

**Słowa kluczowe:** *settlement*; postępowanie ugodowe; koszty i korzyści *settlement*.

### **I. Wprowadzenie**

*Settlement* to instytucja prawa antymonopolowego odnosząca się do postępowania ugodowego pomiędzy organem a jego stroną. W jej wyniku przedsiębiorca, który nie kwestionuje ustaleń organu w zakresie stwierdzonego naruszenia oraz wysokości kary w decyzji kończącej postępowanie uzyskuje jej obniżkę w zamian za pewne ustępstwa natury głównie proceduralnej. Obniżka ta traci jednak swoją aktualność, jeśli przedsiębiorca wniesie odwołanie od wydanej w ten sposób decyzji. Procedura *settlement* zazwyczaj może być zainicjowana jedynie przez organ antymonopolowy, który zainteresowanego przedsiębiorcę informuje o zarzucanych naruszeniach,

\* Stały współpracownik CARS; doktorant stacjonarny w Samodzielnym Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego (UW); aplikant adwokacki ORA w Warszawie.

a także przewidywanej wielkości kary. Jeśli w toku rozmów ugodowych obydwu stronom uda się wypracować wspólne stanowisko w sprawie wówczas przedsiębiorca składa wniosek w zakresie *settlement* będący podstawą decyzji kończącej postępowanie<sup>1</sup>.

Przedsiębiorca, który rozważa zaangażowanie się w procedurę *settlement* (a ściślej złożenie wniosku w tym zakresie, gdyż dopiero on jest dla niego wiążący) dokona z pewnością szczegółowej analizy kosztów i korzyści na podstawie wszelkich dostępnych informacji. Niniejszy artykuł stanowi próbę analizy czynników determinujących taką decyzję. Jest ona istotna również z punktu widzenia organu antymonopolowego oraz ustawodawcy, pozwala bowiem zrozumieć motywacje, jakimi kieruje się przedsiębiorca, i tak ukształtować procedurę *settlement*, aby w jak największym stopniu była atrakcyjna dla obydwu stron, a jednocześnie spełniała swoją funkcję poprzez maksymalizację liczby postępowań, które będą zakańczane poprzez zawarcie ugody.

## II. Czynniki wpływające na decyzję przedsiębiorcy

Decydując się na procedurę *settlement*, przedsiębiorca ma przede wszystkim możliwość szybszego zakończenia postępowania antymonopolowego. To czy takie przyspieszenie stanowi dla niego korzyść nie jest wcale oczywiste, jednak samo w sobie posiada ważną zaletę, ponieważ pozwala uniknąć prowadzenia długotrwałego i niekiedy uciążliwego procesu sądowego oraz zminimalizować koszty z nim związane. Mowa tu nie tylko o kosztach sądowych i pomocy prawnej, lecz także tych wynikających z zaangażowania pracowników przedsiębiorcy, którzy w tym czasie nie mogą poświęcić się swojej podstawowej działalności (w literaturze określane jako tzw. *managerial distraction costs*)<sup>2</sup>. Ten element posiada również aspekt psychologiczny. Podczas gdy jeden przedsiębiorca będzie wysoko cenił sobie taką możliwość, dla innego będzie ona bez znaczenia.

Taka przyspieszona procedura jest jednak atrakcyjna tylko wówczas, gdy kończy się sukcesem, tzn. wydaniem uzgodnionej decyzji, której przedsiębiorca nie będzie następnie kwestionował. W przeciwnym razie do czasu i kosztów postępowania prowadzonego w normalnym trybie doliczyć trzeba również ten przeznaczony na próbę zawarcia porozumienia w ramach procedury *settlement*<sup>3</sup>.

Przedsiębiorca może jednak nie być wcale zainteresowany szybkim zakończeniem postępowania w sytuacji, gdy do czasu uprawomocnienia się decyzji nie będzie zmuszony do zakończenia stosowania zarzucanej praktyki czy też płatności kary. Wiele zależy zatem od rozwiązań proceduralnych przyjętych w danym systemie prawnym. Jeśli wydanie decyzji nie będzie związane z koniecznością zaprzestania zarzucanej praktyki, wówczas celowe wydłużanie postępowania sądowego może być wręcz wpisane w strategię przedsiębiorcy dążącego do ograniczenia konkurencji. Dodatkowo istotnego znaczenia nabiera tutaj moment płatności kary. W sytuacji, gdy następuje to dopiero po wyczerpaniu drogi odwoławczej, wówczas kluczową rolę odgrywa czynnik czasowy. Dla przedsiębiorcy bowiem ta sama kwota zapłacona (przykładowo) po kilku latach ma dużo mniejszą wartość niż kwota zapłacona krótko po wydaniu decyzji<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Kształt procedury *settlement* w różnych jurysdykcjach nie jest oczywiście jednakowy. Na temat europejskich rozwiązań proceduralnych w tym zakresie zob. więcej E. Krajewska, *Settlement w świetle doświadczeń europejskich – w poszukiwaniu najlepszych rozwiązań*, iKAR 2012,1(4), s. 57-76, <http://www.ikar.wz.uw.edu.pl/>

<sup>2</sup> A. Ascione, M. Motta, *Settlements in Cartel Cases*, [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquiz (red.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, s. 67.

<sup>3</sup> M. Siragusa, E. Guerri, *Antitrust Settlements under EC Competition Law: The Point of View of the Defendants*, [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquiz (red.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, s. 199.

<sup>4</sup> Aby to wykazać, warto odwołać się do metody zdyskontowanych przepływów pieniężnych (ang. *DCF-discounted cash flow*), która jest powszechnie wykorzystywana w finansach w celu wyceny danego projektu, spółki czy jej poszczególnych aktywów. Może być również zastosowana do wyceny kosztu

Niewątpliwym atutem *settlement* jest naturalnie obniżka kary. O ile sam fakt jej redukcji bez wątplenia należy do pozytywów, to już jej wielkość ma dla przesądzenia decyzji przedsiębiorcy znaczenie niebagatelne. Sama wartość procentowa nie daje jednak jednoznacznej odpowiedzi dopóki nie zostanie porównana z opcjami alternatywnymi, którymi dysponuje przedsiębiorca. Zawsze jedną z nich jest droga sądowa, atrakcyjna szczególnie wtedy, gdy przewiduje on możliwość obniżki kary przez sąd czy nawet uchylenia decyzji. Reszta zależy od możliwości, które oferuje dany system prawny (szerzej na ich temat w dalszej części artykułu).

Kolejną zaletą przystąpienia do procedury *settlement* jest dla przedsiębiorcy możliwość „bardziej aktywnego udziału” w procesie wydawania decyzji. Decyzja wydana w ramach *settlement* może być określana jako forma wspólnego rozumowania (ang. *common understanding*) organu antymonopolowego i przedsiębiorcy odnośnie do stanu faktycznego w danej sprawie i wynikających z niego konsekwencji prawnych. To, na ile w ramach danej procedury występuje element negocjacji, organ otwarty jest zaś na przedyskutowanie odmiennego punktu widzenia, zależy już od rozwiązań przyjętych w danym kraju i często determinowane jest na poziomie praktyki, a nie regulacji prawnych<sup>5</sup>. Nie budzi wątpliwości, iż z samej natury relacji o charakterze administracyjno-prawnym wynika wykluczenie negocjacji w zakresie wielu elementów decyzji. Jednakże możliwość dyskusji na temat powagi naruszenia, długości jego trwania czy chociażby przesłanek wymiaru kary może być dla przedsiębiorcy niezwykle cenna.

Element ten stanowi dla przedsiębiorcy również zaletę pod warunkiem, że posiada on wszystkie niezbędne informacje konieczne do podjęcia na końcu świadomej decyzji. W instytucję *settlement* wpisane jest jednak zjawisko asymetrii informacyjnej<sup>6</sup>. Może ono być zniwelowane poprzez takie ukształtowanie procedury, które sprawi, iż przedsiębiorca w chwili podejmowania decyzji o złożeniu wniosku w zakresie *settlement* będzie posiadał komplet informacji niezbędnych do uczynienia tego w sposób całkowicie świadomy. Wymóg ten oznacza nie tylko pełną wiedzę o konsekwencjach, lecz także możliwość dokładnego rozważenia opcji alternatywnych. W przeciwnym razie przewidywać należy, iż tylko przedsiębiorca posiadający dużą skłonność do ryzyka będzie w stanie podjąć decyzję obciążoną tak dużą dozą niepewności.

Zjawisko asymetrii informacyjnej występuje również w kontekście rezygnacji przedsiębiorcy z wnoszenia odwołania (wówczas bowiem traci on obniżkę kary). Bez wątplenia z jego punktu widzenia stanowi to istotną niedogodność tej instytucji. Pojawia się tutaj obawa, iż nie wszystkie aspekty sprawy zostaną w toku procedury administracyjnej dokładnie wyjaśnione, a w konsekwencji przedsiębiorca podejmie nieoptymalną decyzję. W szczególności dotyczy to braku wiedzy na temat dowodów odciążających, mogących być w posiadaniu innych stron czy też braku możliwości skonfrontowania świadków, których zeznania pozostają w sprzeczności<sup>7</sup>. Naturalnie obawa

(w rozumieniu przepływu ujemnego), jakim jest dla przedsiębiorcy zapłata kary w postępowaniu antymonopolowym. Metoda ta wykorzystuje podejście rachunku wartości pieniądza w czasie, którego podstawowym założeniem jest przyjęcie, iż wycena strumienia pieniężnego zmienia się w zależności od momentu, w którym wypływa z przedsiębiorstwa.

<sup>5</sup> Za niezwykle konsensualną uchodzi niemiecka procedura w zakresie *settlement*. Zob. Więcej: J. Burrichter, *Settlements in Cartel Cases: Practical Experience in Germany*, [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law...*, s. 471–479.

<sup>6</sup> Wpływ asymetrii informacyjnej na wynik rozmów ugodowych można wykazać w oparciu o modele opierające się na teorii gier. Wskazują one, iż w warunkach braku pełnej informacji większe jest prawdopodobieństwo, iż sprawa trafi do sądu aniżeli zostanie rozwiązana w trybie ugodowym. Zob. więcej: L. Coppi oraz R.J. Levinson, *The Interaction between Settlements and Private Litigation – An Economic Perspective*, [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law* s. 690 i przywołana tam literatura.

<sup>7</sup> M. Siragusa, E. Guerri, *Antitrust Settlements under EC Competition Law: The Point of View of the Defendants*, [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law...*, s.196 i przywołana tam literatura.

przedsiębiorcy dotyczy tego, iż organ nie będzie dążył do badania okoliczności przemawiających na korzyść przedsiębiorcy, a w toku procedury zabraknie podmiotu niezależnego, który będzie czuwał nad jej prawidłowością<sup>8</sup>. Pewnym zabezpieczeniem interesów przedsiębiorcy jest jednak fakt, iż zawsze może on wnieść odwołanie od decyzji wydanej w ramach *settlement* i domagać się zbadania sprawy przez niezawisły sąd.

### III. Settlement a pokrewne instytucje prawa antymonopolowego

#### 1. Settlement a leniency

Jak już wyżej wspomniano przedsiębiorca podejmując decyzję o zaangażowaniu w procedurę *settlement*, będzie zapewne rozważać alternatywne opcje. Instytucją, która najmocniej oddziałuje z *settlement* jest bez wątpienia *leniency*. Obydwie są z punktu widzenia przedsiębiorcy podobne, gdyż opierają się na formie współpracy z organem antymonopolowym<sup>9</sup>. A zatem podmiot, który jest nastawiony na taką współpracę winien rozważyć czy nie korzystniejsze dla niego jest zaangażowanie się w procedurę *leniency*, gdyż obniżki kar z tego tytułu są znacząco wyższe. Wybór może stać się bardziej złożony w systemach prawnych, które mają rozbudowany program *leniency*<sup>10</sup>. Wówczas przedsiębiorca, mający świadomość, że nie uzyska już statusu pierwszego wnioskodawcy (np. po wszczęciu postępowania antymonopolowego) staje przed taktycznym dylematem. Może albo zgłosić się jako kolejny, albo po prostu poczekać i obserwować jak rozwija się postępowanie antymonopolowe, nie dostarczając organowi kolejnych dowodów (koniec końców na swoją niekorzyść). Takie postępowanie jest szczególnie uzasadnione w sytuacji, gdy instytucja *settlement* oferować będzie znaczące obniżki kary<sup>11</sup>. Stosowanie tej taktyki przez przedsiębiorców może skutkować tym, że organ antymonopolowy uzyska mniej dowodów we wczesnym stadium postępowania, tym samym wykazanie istnienia naruszenia może zakończyć się niepowodzeniem.

Odmierna sytuacja zachodzi wówczas, gdy w danym systemie prawnym dopuszczalna jest kumulacja redukcji kary w ramach *leniency* i *settlement*<sup>12</sup> – stąd jest niezwykle ważne, aby organ antymonopolowy wyraźnie zadeklarował czy przewiduje taką możliwość<sup>13</sup>. Wówczas przedsiębiorca może być bardziej skłonny do współpracy z organem również na polu dostarczania dowodów, aby zmaksymalizować obniżkę kary. Łączna wysokość obniżek może być wówczas na tyle duża, że zniweluje większość argumentów przemawiających za decyzją odmienną.

#### 2. Settlement a decyzja zobowiązująca

Instytucją poniekąd konkurencyjną dla *settlement* jest również instytucja decyzji zobowiązującej. Obecna w większości ustawodawstw, pozwala organowi antymonopolowemu na nałożenie

<sup>8</sup> Z tego względu w systemie unijnym wprowadzono aktywną rolę urzędnika ds. wysłuchań (ang. *Hearing Officer*), którego przedsiębiorca może zawsze wezwać do udziału w sprawie.

<sup>9</sup> Z punktu widzenia organu instytucje te są jednak różne, gdyż realizują odmienne cele. Podstawowym celem *leniency* jest skuteczne wykrywanie niedozwolonych naruszeń (zwłaszcza karteli, gdzie przełamanie zmywy, przynoszącej uczestnikom znaczące korzyści, stanowi istotne wyzwanie). Z kolei *settlement* ma w swych założeniach zapewniać efektywność procedury w sprawach, które nie budzą większych wątpliwości w zakresie materialno-prawnym. Drugim ważnym elementem *leniency* jest pełna współpraca organu i strony, w szczególności w zakresie gromadzenia dowodów, co jest koniecznym warunkiem pomyślnego zakończenia postępowania i uzyskania redukcji kary. Z kolei w ramach *settlement* nie wymaga się współpracy aktywnej, a jedynie współpracy proceduralnej oraz niekwestionowania zarzutów, które postawił organ.

<sup>10</sup> Tzn. oferujący możliwość obniżenia kary nie tylko dla pierwszego przedsiębiorcy, lecz także kolejnych, którzy zdecydują się współpracować z urzędem.

<sup>11</sup> *International Competition Network, Cartel Working Group Subgroup 1 Cartel Settlements*, dokument dostępny pod adresem <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf>.

<sup>12</sup> Możliwość kumulacji występuje w systemie niemieckim, brytyjskim, a od niedawna również francuskim. E. Krajewska, *Settlement w świetle doświadczeń europejskich* op.cit.s. 64, <http://www.ikar.wz.uw.edu.pl/>.

<sup>13</sup> Contribution de CMS Bureau Francis Lefebvre au projet de communiqué de procédure de l'Autorité de la Concurrence sur la non-contestation des griefs, punkt 32-36, dokument dostępny pod adresem [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=430](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=430).

na przedsiębiorcę zobowiązań przy jednoczesnej rezygnacji z wymierzenia kary. W ten sposób dochodzi do szybszego usunięcia negatywnych skutków jakie dana praktyka wywołuje na rynku. Zazwyczaj jednak zastosowanie tej instytucji jest wyłączone w przypadku najpoważniejszych ograniczeń (porozumień poziomych lub nadużywania pozycji dominującej) i ogranicza się do naruszeń o mniejszej szkodliwości dla konkurencji (jak np. porozumienia wertykalne). Jednakże, gdy jest to możliwe, dla przedsiębiorcy zdecydowanie korzystniejsze niż uzgodnienie z organem decyzji w ramach procedury *settlement* jest wydanie przez organ decyzji zobowiązującej, która wprawdzie narzuca mu pewne obowiązki, ale zapewnia również całkowite zwolnienie od kary.

Decyzja zobowiązująca ma dla przedsiębiorcy także inną istotną zaletę, która przemawia na jej korzyść w stosunku do *settlement*. Mianowicie nie zawiera ona elementu stwierdzającego jednoznacznie naruszenie przez przedsiębiorcę prawa konkurencji. W konsekwencji nie ma tutaj obawy o zwiększone ryzyko wystąpienia roszczeń prywatnoskargowych.

### 3. *Settlement* a odpowiedzialność osób fizycznych

Decyzja o skorzystaniu z procedury *settlement* nie pozostaje bez wpływu na sytuację prawną przedsiębiorcy w zakresie innych instytucji prawa antymonopolowego. W pierwszym rzędzie przedsiębiorca musi rozważyć wpływ zawarcia ugody na ewentualną odpowiedzialność osób fizycznych w jego przedsiębiorstwie w związku z naruszeniem, do którego się przyznaje (oczywiście pod warunkiem, że odpowiedzialność taka istnieje w danym systemie prawnym). Wiele zależy tutaj od rozwiązań proceduralnych przyjętych w danym prawodawstwie, a także poziomu respektowania prawa do obrony zarówno dla przedsiębiorcy, jak i osób fizycznych. Postępowania te mogą być od siebie zupełnie niezależne, a odpowiedzialność osób fizycznych mieć charakter prawno-karny i wówczas przedsiębiorca nie musi się obawiać, iż jego zgoda na *settlement* oznaczać będzie pogorszenie sytuacji procesowej jego pracowników<sup>14</sup>. Urząd antymonopolowy może również wystosować do osób indywidualnych swoisty list żelazny (ang. *no-action letter or comfort letter*) lub też zawiesić postępowanie administracyjne do czasu rozstrzygnięcia o zarzutach karnych (co jednak stoi w sprzeczności z podstawowym celem tej instytucji, jakim jest przyspieszenie postępowania)<sup>15</sup>. Innym rozwiązaniem jest włączenie w toku rozmów ugodowych dyskusji na temat odpowiedzialności osób fizycznych tak, żeby przedsiębiorca mógł rozważyć łącznie konsekwencje zawarcia ugody<sup>16</sup>. Sporo zależy będzie od jego postawy w stosunku do osób, którym postawiono zarzuty. Możliwe jest również, iż przedsiębiorca nie będzie się dłużej z nimi identyfikował, a tym samym dążył do minimalizacji ich indywidualnej odpowiedzialności.

### 4. *Settlement* a prywatnoprawne dochodzenie roszczeń

Zgoda na decyzję wydaną w ramach procedury *settlement* może wywołać również skutki w sferze dochodzenia wobec przedsiębiorcy roszczeń na drodze prywatnoprawnej. Obawy przedsiębiorców wywołuje fakt, iż immanentną częścią decyzji w wielu prawodawstwach jest przyznanie się do odpowiedzialności za stwierdzone naruszenia, które jest wiążące dla sądów orzekających o roszczeniach prywatnoprawnych<sup>17</sup>. Przedsiębiorca korzystając z tej instytucji, naraża się na

<sup>14</sup> Wydzielenie obydwu postępowań występuje w systemie amerykańskim.

<sup>15</sup> Tego typu rozwiązania pojawiały się w systemie brytyjskim. zob. więcej: L.M. Alegi, G. Murray, *Setting an appropriate policy: Reflections on OFT Work in Progress*, [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, s. 520.

<sup>16</sup> Takie podejście występuje w systemie niemieckim zob. więcej: J. Burcher, *Settlements...* op.cit., s. 475.

<sup>17</sup> Tak jest przykładowo w systemie niemieckim. Ibidem s. 474.

ryzyko, że wysuwanie takich roszczeń nastąpi szybciej niżby to miało miejsce w tradycyjnej procedurze<sup>18</sup>. Czynniki te nie jest co prawda jednakowo istotny we wszystkich prawodawstwach, jednakże przypuszczać można, iż z czasem będzie nabierał coraz większego znaczenia.

Stąd też ponownie kluczowe staje się odpowiednie ukształtowanie procedury, które może takie ryzyko ograniczyć lub zwiększyć. W wielu prawodawstwach osoby trzecie mają niezwykle ograniczony dostęp do akt postępowania toczącego się w ramach *settlement*, które jest chronione na zasadach zbliżonych do wniosku *leniency*. Z kolei decyzja końcowa ma często uproszczony charakter, a to sprawia, że brakuje w niej istotnych dla osób trzecich informacji, chociażby na temat skutków naruszenia<sup>19</sup>. Stąd, mimo że decyzja jest szybciej prawomocna, nie polepsza to wcale sytuacji podmiotów trzecich, które nie mają dostępu do informacji mogących być podstawą dochodzonych przez nie roszczeń. Jednakże w innych porządkach prawnych czynione są starania, aby nie osłabiać trybu prywatnoskargowego, np. poprzez wydawanie decyzji z pełnym uzasadnieniem<sup>20</sup>.

Patrząc z punktu widzenia przedsiębiorcy, naturalnie będzie on mniej skłonny do zawarcia ugody, jeśli pociągnie to za sobą zwiększone ryzyko skutecznego dochodzenia roszczeń prywatnoprawnych i pogorszenie sytuacji procesowej w tym zakresie.

#### IV. Rachunek kosztów i korzyści w ujęciu formalnym

Jak wynika z powyższego wywodu, decyzja o złożeniu wniosku w zakresie *settlement* stanowi wypadkową wielu czynników. Wiele zależy od tego, jaką wagę przedsiębiorca przypisuje każdemu z nich. Rozważania te można ująć w sposób bardziej sformalizowany w postaci uproszczonego modelu, który posiada następujące ograniczenia. Przede wszystkim obejmuje decyzję o *settlement* jedynie w ujęciu zero-jedynkowym (gdzie opcją alternatywną jest droga sądowa), kierując się założeniem, iż instytucje prawa antymonopolowego są w danym systemie rozłączne (przykładowo tam, gdzie zachodzą przesłanki wydania decyzji zobowiązaniowej organ nie proponuje procedury *settlement*). Nadto rozważania obejmują moment, w którym strony w toku procedury ugodowej poznały już wzajemne stanowiska, przedsiębiorca musi zaś rozstrzygnąć czy złożyć wniosek w zakresie *settlement*, czy też wycofać się z procedury i czekać na decyzję wydaną w normalnym toku postępowania. Przedstawienie rozważań na wcześniejszym etapie (np. na etapie decyzji o samym podjęciu rozmów w ramach procedury *settlement*) byłoby o tyle utrudnione, że przedsiębiorca nie posiada jeszcze szeregu danych koniecznych do ich przeprowadzenia. Nie zna dokładnej treści zarzucanej praktyki, przewidywanej wielkości kary, a co za tym idzie – nie ma możliwości oszacowania czy są szanse na jej obniżenie. Ponadto rachunek ten musiałby zostać skorygowany o prawdopodobieństwo dojścia z organem antymonopolowym do porozumienia, które przedsiębiorcy trudno jest szacować *a priori*<sup>21</sup>. W konsekwencji model nie

<sup>18</sup> K. Dekeyser, R. Becker, D. Calisti, *Impact of public enforcement on antitrust damages actions: Some Likely Effects of Settlements and Commitments on Private Actions for Damages*, [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquiz (red.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, s. 685.

<sup>19</sup> Sytuacja taka ma miejsce w prawodawstwie unijnym. W ramach instytucji *settlement* KE nie jest zobligowana do wydawania w pełni uzasadnionego *statement of objection* z uwagi na fakt, że strony nie będą kwestionować jego postanowień. Ujawnienie zainteresowanym osobom trzecim oświadczeń składanych w ramach procedury zostało wprost wykluczone. KE nie ma również obowiązku udostępnienia osobom trzecim jawnej wersji *statement of objection* i posiada w tym względzie pełną uznaniowość. Wydawana na końcu postępowania decyzja jest uproszczona w stosunku do zwykłego postępowania. Zob. Więcej: K. Mehta, M.L. Tierno Centella, *EU Settlement Procedure: Public Enforcement Policy Perspective*, [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, s. 415–417.

<sup>20</sup> Taką politykę przyjęto w systemie brytyjskim zob. więcej: A. Nikpay, *Settlements in cartel cases. Panel IV discussion*, [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, s. 441–443.

<sup>21</sup> Przede wszystkim z uwagi na fakt, iż brakuje danych na temat postępowań, w których procedura *settlement* na etapie administracyjnym zakończyła się porażką.

zawiera kosztów prowadzenia postępowania w ramach procedury *settlement*, kierując się założeniem, iż niezależnie od ostatecznej decyzji co do złożenia wniosku w zakresie *settlement* mają one charakter utopionych nakładów (zostały już poniesione na wcześniejszym etapie). Ponadto nie obejmuje również możliwego wpływu *settlement* na inne postępowania, a także czynników psychologicznych, które trudno jest skwantyfikować<sup>22</sup>.

W celu odpowiedzi na pytanie o skłonność przedsiębiorcy do niekwestionowania uzgodnionej z organem antymonopolowym decyzji należy rozważyć nakłady, jakie ponosi w zestawieniu z rozwiązaniem alternatywnym, a więc prowadzeniem sporu sądowego. Przedsiębiorca decydujący się zaakceptować decyzję ponosi nakłady, które mogą być wyrażone wzorem:

$$\sigma = F(1 - \delta),$$

$\sigma$  – nakład finansowy przedsiębiorcy akceptującego uzgodnioną decyzję,

$F$  – wartość kary pieniężnej nałożonej przez organ antymonopolowy,

$\delta$  – wielkość obniżki przyznana przez organ, wyrażona jako procent wielkości kary.

A zatem nakład przedsiębiorcy to po prostu kara pomniejszona o wielkość redukcji<sup>23</sup>. Z kolei wybór trybu odwoławczego oznacza dla przedsiębiorcy następujące nakłady:

$$\theta = F\left(1 - \frac{Ae}{1+p}\right)\left(\frac{1}{1+d}\right)^t + CL,$$

$\theta$  – nakład finansowy przedsiębiorcy, który przyjął strategię prowadzenia sporu sądowego, aż do wyczerpania toku instancji,

$Ae$  – wyrażona procentowo przewidywana wielkość obniżki kary przez sąd w wyniku postępowania odwoławczego,

$p$  – premia za ryzyko – różnica pomiędzy wartością oczekiwaną a ekwiwalentem pewności w zakresie przewidywalnej wielkości obniżki kary<sup>24</sup>,

$\left(\frac{1}{1+d}\right)^t$  – współczynnik dyskonta (związany z rachunkiem wartości pieniądza w czasie), w ramach którego:

$t$  – liczba lat, które dzielą wydanie decyzji od prawomocnego wyroku, innymi słowy liczba lat, o które następuje przesunięcie płatności kary,

$d$  – stopa dyskonta, utożsamiana tutaj ze współczynnikiem **WACC** (ang. *weighted average cost of capital*), czyli średnim ważonym kosztem kapitału w danym przedsiębiorstwie<sup>25</sup>.

W tym przypadku przedsiębiorca ponosi nakład w postaci wartości kary, której płatność jest jednak przesunięta w czasie o okres trwania postępowania sądowego (odwoławczego). Dlatego

<sup>22</sup> Przedstawione rozwiązania nawiązują do modelu przedstawionego w artykule: L. Coppi, R.J. Levinson *The Interaction between Settlements and Private Litigation- An Economic Perspective*, [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquiz (red.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*. W stosunku do pierwotnego modelu analiza została uproszczona o pominięcie elementu związanego z prywatnoprawnym dochodzeniem roszczeń. Przyjęto również odmienną estymację kosztów pomocy prawnej. Ponadto założono w każdym wariancie, iż przedsiębiorca dyskontuje przyszłe nakłady pieniężne.

<sup>23</sup> W całym artykule przyjęto założenie, iż płatność kary następuje w krótkim okresie po uprawomocnieniu się decyzji (np. 14 dniowym). Jest on na tyle niewielki, iż przy zastosowaniu podejścia rachunku wartości pieniądza w czasie odgrywa znaczenie marginalne, wobec czego został pominięty.

<sup>24</sup> Jest ona związana z prawdopodobieństwem, z jakim przedsiębiorca szacuje uzyskanie danej obniżki. Przykładowo uzyskanie obniżki kary w wysokości 5% z prawdopodobieństwem 80% ma dla przedsiębiorcy taką samą wartość jak uzyskanie obniżki w wysokości 4,17% ze 100% prawdopodobieństwem.

<sup>25</sup> Zmienna ta bierze się z faktu, iż w przedsiębiorstwie żaden nakład nie jest ponoszony przy zerowym koszcie i.e. poniesienie określonego nakładu na dany cel automatycznie oznacza poniesienie kosztu alternatywnego (niemożność zainwestowania danej kwoty w inne przedsięwzięcie). Nie jest to zatem koszt w znaczeniu księgowym, ale ekonomiczny, który musi być brany pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o zastosowaniu dóbr rzadkich (tutaj nakładów finansowych). Współczynnik WACC jest powszechnie wykorzystywany jako wskaźnik kosztu kapitału w przedsiębiorstwie. Jego wartość jest różna w zależności od rodzaju finansowania (kapitał własny czy obcy), branży a także szeregu innych czynników.

też wysokość kary została tak zdyskontowana, aby odzwierciedlić wartość bieżącą, jaką przedstawia dla przedsiębiorcy kara zapłacona w przyszłości. Pod uwagę wzięto również przewidywaną obniżkę kary przez sąd, która została skorygowana o czynnik ryzyka związany z niepewnością co do jej rozmiarów i wystąpienia.

Ponadto należy pamiętać, iż w toku procedury odwoławczej przedsiębiorca ponosi koszty prawne ( $CL$ ), które są obliczane według następującego wzoru:

$$CL = \sum_{t=1}^n \left( \frac{0,01 \times F}{1+d} \right)^t.$$

W celu uproszczenia rachunku, który dla niniejszych rozważań nie odgrywa decydującej roli, przyjęto założenie, iż koszty te są stałe i wynoszą corocznie 1% wielkości kary, a także podlegają dyskontowaniu według tego samego współczynnika co kara. (Dodatkowo założono, iż są one ponoszone na koniec każdego roku oraz obejmują łącznie zarówno koszty pomocy prawnej, jak i koszty sądowe).

**Przedsiębiorca będzie wykazywał skłonność do niekwestionowania uzgodnionej decyzji tylko wówczas, gdy spełniony będzie warunek  $\sigma \leq \theta$ , tzn. na skutek dojścia do porozumienia w ramach procedury *settlement* poniesie niższe lub przynajmniej tożsame nakłady, niż gdyby wybrał strategię prowadzenia sporu sądowego aż do wyczerpania toku instancji.**

Na podstawie przedstawionych założeń bardzo łatwo można wyprowadzić wzór na minimalną wielkość obniżki, która musiałaby zostać zagwarantowana, aby wspomniane wyżej równanie było spełnione. Naturalnie minimalna wielkość obniżki winna być również pomniejszona o koszty prawne ( $CL$ ), których ponoszenia przy niekwestionowaniu uzgodnionej z organem decyzji przedsiębiorca mógłby uniknąć.

$$\delta \geq 1 - \left( 1 - \frac{Ae}{1+p} \right) \left( \frac{1}{1+d} \right)^t - \frac{CL}{F}$$

Wyniki obliczeń w oparciu o przykładowo dobrane zmienne przedstawiają tabele 1–3.

W pierwszym wypadku założono, że przedsiębiorca szacuje, iż na skutek odwołania może uzyskać obniżkę kary w wysokości 5%<sup>26</sup>. Prawdopodobieństwo jej uzyskania szacuje na 80%.

**Tabela 1.** Założona wielkość obniżki w wyniku odwołania ( $Ae$ ) na poziomie 5% (wielkości kary); ważona ryzykiem wynosi 4,17%

Przyjęta stopa dyskonta	Okres od wydania decyzji do prawomocnego wyroku równy 2 lata $t = 2$		Okres od wydania decyzji do prawomocnego wyroku równy 3 lata $t = 3$	
	min. wielkość obniżki	min. wielkość obniżki skorygowana o $CL$	min. wielkość obniżki	min. wielkość obniżki skorygowana o $CL$
5%	13,08%	11,22%	17,22%	14,49%
7%	16,30%	14,49%	21,77%	19,15%
10%	20,80%	19,06%	28,00%	25,51%
15%	27,54%	25,91%	36,99%	34,70%

<sup>26</sup> We wszystkich wariantach do obliczeń wykorzystano wartości obniżki poniżej 10%, gdyż taki poziom redukcji kary w ramach procedury *settlement* pojawia się w wielu prawodawstwach europejskich (jak również procedurze unijnej). Rozważanie wyższych wartości nie wydaje się zasadne. Naturalnym jest bowiem, iż przedsiębiorca będzie skłonny do kwestionowania uzgodnionej decyzji jeśli w wyniku postępowania odwoławczego mógłby uzyskać obniżkę większą od tej, którą ma do zaoferowania organ antymonopolowy.



Na podstawie tabeli 1 można wyciągnąć kilka ważnych wniosków. Przede wszystkim kluczowy wpływ na wielkość minimalnej wymaganej obniżki ma poziom kosztu kapitału w danym przedsiębiorstwie (WACC), stosowany do dyskontowania przyszłych nakładów. Równie istotny jest jednak okres, który upływa od wydania decyzji do zakończenia postępowania sądowego. Zwłaszcza przy wyższych stopach dyskonta zmienia on skokowo wielkość oczekiwanej obniżki. Koszty pomocy prawnej nie odgrywają roli rozstrzygającej, ich wpływ jest zaś malejący w czasie.

W drugim przypadku przyjęto mniej optymistyczne założenie, iż na skutek odwołania obniżka kary wyniesie zaledwie 3%. Prawdopodobieństwo jej uzyskania pozostawiono na niezmiennym poziomie 80%.

**Tabela 2.** Założona wielkość obniżki ( $Ae$ ) w wyniku odwołania na poziomie 3% (wielkości kary); ważona ryzykiem wynosi 2,5%

Przyjęta stopa dyskonta	Okres od wydania decyzji do prawomocnego wyroku równy 2 lata $t = 2$		Okres od wydania decyzji do prawomocnego wyroku równy 3 lata $t = 3$	
	min. wielkość obniżki	min. wielkość obniżki skorygowana o $CL$	min. wielkość obniżki	min. wielkość obniżki skorygowana o $CL$
5%	11,56%	9,71%	15,78%	13,05%
7%	14,84%	13,03%	20,41%	17,79%
10%	19,42%	17,69%	26,75%	24,26%
15%	26,28%	24,65%	35,89%	33,61%

Porównanie wartości z obydwu tabel pokazuje wyraźnie, iż niewielkie różnice w poziomie redukcji kary zasądzonej przez sąd nie odgrywają decydującej roli dla przesądzenia opłacalności kwestionowania decyzji. **Decydujące znaczenie ma zatem czynnik czasowy połączony z przyjętą dla danego przedsiębiorstwa stopą dyskonta.**

W związku z powyższym warto rozważyć również inny scenariusz, w którym przedsiębiorca nie przewiduje możliwości uzyskania obniżki kary przez sąd, ale mimo to decyduje się kwestionować decyzję wydaną w ramach procedury *settlement* w celu chociażby opóźnienia momentu płatności kary. Celem tych rozważań jest sprawdzenie, na ile tego typu postawa będzie dla przedsiębiorcy korzystna. W tej sytuacji uproszczeniu ulegnie model ponoszonych nakładów, który może być wyrażony następującym równaniem:

$$\theta \geq F\left(\frac{1}{1+d}\right)^t + CL.$$

Wszystkie zmienne zachowują swoją aktualność, podobnie jak warunek konieczny  $\sigma \leq \theta$ . Tabela 3 przedstawia minimalną wielkość obniżki, która musi być zagwarantowana przez organ antymonopolowy, aby powyższa nierówność była spełniona.

**Tabela 3.** Minimalna wielkość obniżki, zagwarantowana przez organ antymonopolowy

Okres przesunięcia płatności kary w latach ( $t$ )	Minimalna wielkość obniżki bez $CL$	Minimalna wielkość obniżki skorygowana o wielkość $CL$
Przyjęta stopa dyskonta ( $d$ ) na poziomie 7%		
1	6,54%	5,61%
2	12,66%	10,85%
3	18,37%	15,75%
4	23,71%	20,32%
5	28,70%	24,60%
Przyjęta stopa dyskonta ( $d$ ) na poziomie 10%		
1	9,09%	8,16%
2	17,36%	15,55%
3	24,87%	22,31%
4	31,70%	28,46%
5	37,91%	34,04%

Wyniki obliczeń potwierdzają silną zależność wielkości minimalnej obniżki od liczby lat, jaka dzieli wydanie decyzji od momentu konieczności zapłaty kary (a zatem uprawomocnienia się decyzji). Co jednak ważniejsze, okazuje się, że nawet w przypadku oczekiwanego utrzymania wielkości kary przez sąd, strategia prowadzenia sporu sądowego aż do wyczerpania toku instancji okazuje się niezwykle korzystna, zwłaszcza gdy przedsiębiorca przewiduje, iż będzie on długotrwały. Obrazu tego nie zmienia znacząco konieczność ponoszenia rokrocznie stałych nakładów na pomoc prawną.

Odmienne wygląda sytuacja, w której przedsiębiorca niezależnie od wniesienia odwołania jest zobowiązany do zapłaty kary w krótkim terminie po doręczeniu decyzji<sup>27</sup>, potem zaś może co najwyżej uzyskać jej obniżenie lub całkowitą redukcję w wyniku postępowania sądowego.

$$\theta = F - F \left( \frac{Ae}{1+p} \right) \left( \frac{1}{1+d} \right)^t + CL.$$

Równanie  $\sigma \leq \theta$  jest spełnione wówczas, gdy:

$$\delta \geq \left( \frac{Ae}{1+p} \right) \left( \frac{1}{1+d} \right)^t - \frac{CL}{F}.$$

A zatem dla przedsiębiorcy konieczne jest rozstrzygnięcie czy przewidywana<sup>28</sup> obniżka kary przez sąd skorygowana stopą dyskonta<sup>29</sup> i pomniejszona o koszty prawne jest większa niż obniżka oferowana przez organ w ramach procedury *settlement*. W konsekwencji zarówno przyjęte stopy dyskonta, jak i czas upływający od wydania decyzji do uzyskania prawomocnego wyroku odgrywają już dużo mniejszą rolę. Dodatkowo wartość bieżąca (*PV-present value*) obniżki kary udzielonej przez sąd dopiero w odległej przyszłości i obciążonej niepewnością jest mniejsza, niżby na to wskazywała jej wartość bezwzględna.

<sup>27</sup> Termin ten dla celów niniejszych obliczeń został pominięty, patrz przypis 23.

<sup>28</sup> Tutaj również występuje niepewność co do faktu obniżki kary o przewidywany poziom.

<sup>29</sup> Ewentualna obniżka kary nastąpi dopiero po wyczerpaniu drogi odwoławczej, a zatem ma dla przedsiębiorcy mniejszą wartość niż obniżka, która byłaby przyznana dzisiaj.

Z kolei jeśli przedsiębiorca nie przewiduje w ogóle możliwości obniżenia kary przez sąd, jego nakłady obrazuje poniższy wzór:

$$\theta = F + CL.$$

Widać zatem wyraźnie, że w tej sytuacji prowadzenie sporu sądowego staje się bezprzedmiotowe, gdyż poza utratą obniżki kary przedsiębiorca musi dodatkowo ponieść koszty pomocy prawnej.

## V. Wnioski końcowe

Przeprowadzona analiza wskazuje, iż dla decyzji przedsiębiorcy o złożeniu w toku procedury ugodowej wniosku w zakresie *settlement* kluczowe znaczenie ma moment, w którym musi dokonać płatności kary. W przypadku powstania tego obowiązku dopiero po wyczerpaniu drogi odwoławczej uzasadnionym jest założenie, iż przedsiębiorca dyskontujący przyszłe nakłady pieniężne będzie preferował maksymalne odsunięcie w czasie tego momentu. W tej sytuacji długość okresu od wydania decyzji do wyczerpania drogi odwoławczej, a także przyjęta stopa dyskonta mają decydujące znaczenie dla opłacalności niekwestionowania decyzji wydanej w ramach procedury *settlement*. Znacznie mniejszy wpływ na decyzję przedsiębiorcy ma przewidywana wielkość obniżki kary w wyniku postępowania sądowego.

Z kolei obowiązek zapłaty kary w krótkim terminie po doręczeniu decyzji w dużej mierze eliminuje rozważania związane z długością postępowania odwoławczego. W tej sytuacji kluczowe staje się rozstrzygnięcie czy przewidywana obniżka kary przez sąd, pomniejszona o koszty prawne związane z drogą odwoławczą, będzie większa od obniżki zaproponowanej przez organ.

Powyższe wnioski nie są optymistyczne z punktu widzenia organu antymonopolowego, który jest zainteresowany funkcjonowaniem skutecznej procedury *settlement* w ramach swojego porządku prawnego. Jak widać wyraźnie wpływ na przesądzenie akceptacji uzgodnionej z organem decyzji ma wiele czynników, spośród których w przedstawionym modelu organ antymonopolowy na większość nie ma żadnego wpływu. W istocie może on kształtować tylko jedną zmienną, tzn. poziom redukcji kary, który w większości systemów prawnych i tak ma charakter stały.

Stąd też rozważenie wszystkich wspomnianych czynników jest konieczne jeszcze na etapie konstruowania rozwiązań prawnych w zakresie instytucji *settlement*. W przeciwnym razie może ona okazać się dla przedsiębiorcy mało atrakcyjna, a naprawa tej sytuacji będzie niemożliwa poprzez instrumenty polityki antymonopolowej.

Tworząc procedurę *settlement*, należy również starannie rozważyć jej możliwe oddziaływania z innymi instytucjami prawa antymonopolowego, które przedsiębiorca będzie brał pod uwagę, podejmując decyzję o złożeniu wniosku w zakresie *settlement*. Jeżeli priorytetem polityki antymonopolowej jest częste wykorzystywanie tej instytucji, warto zminimalizować zagrożenia, które dotkną przedsiębiorcę decydującego się na taki krok.