

## „Wylanie dziecka z kąpielą” – czyli o *leniency plus* w Polsce

### Spis treści

- I. *Leniency plus* – uwagi wstępne
- II. *Leniency plus* – jako element optymalnego programu leniency w Polsce?
- III. „Inność” porozumienia oraz jej konsekwencje
- IV. Różne aspekty „inności”
  1. Aspekt czasowy
  2. Aspekt podmiotowy
  3. Aspekt związany z odrębnymi rynkami właściwymi
- V. Wnioski – jak wyjść z pata?

### Streszczenie

Przedmiotowy artykuł stanowi próbę oceny planowanych zmian w prawie konkurencji. Autorzy w sposób szczegółowy omawiają konstrukcję prawną, która stanowić ma *novum* w polskim prawie konkurencji: instytucję *leniency plus*. Polegać ma ona na przyznaniu dodatkowej obniżki kary pieniężnej dla przedsiębiorcy (*leniency plus*), który złożył wniosek *leniency*, ale nie udało mu się uzyskać odstąpienia od wymierzenia kary pieniężnej, a który zdecydował się na ujawnienie Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dodatkowych informacji o innym, dotychczas nieznanym – niedozwolonym porozumieniu, w którym bierze udział. Systematyka wywodu obejmuje w pierwszej kolejności omówienie instytucji *leniency plus* wraz ze stanowiskiem (również krytycznym) autorów co do jej uzasadnienia ekonomicznego, proponowanego kształtu i wpływu na wzrost wykrywalności porozumień antykonkurencyjnych. Wreszcie trzon wywodu stanowią uwagi dotyczące rozumienia tzw. inności porozumienia i wybranych, związanych z tym problemów konstrukcyjnych.

**Słowa kluczowe:** prawo konkurencji; zmiany w prawie konkurencji; *leniency plus*; *amnesty plus*; kary pieniężne; inność porozumienia.

### I. *Leniency plus* – uwagi wstępne

Nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>1</sup> przygotowana przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) przewiduje instytucję *leniency plus*. Polega ona na dodatkowej obniżce i zwolnieniu z kary w wypadku ujawnienia przez przedsiębiorcę informacji na

\* Autor jest absolwentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz Wydziale Prawa Uniwersytetu Nowojorskiego (LLM in *antitrust law*), zdał egzamin adwokacki w stanie Nowy Jork. Obecnie „*bluebook*” trainee w Wydziale Spraw Międzynarodowych Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji Komisji Europejskiej. E-mail: ppsemeniuk@gmail.com; www.korporacyjnie.pl.

\*\* Doktorant stacjonarny w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Prywatnego oraz Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Szkoła Główna Handlowa.

<sup>1</sup> Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

temat „innego, dotychczas nieznanego Prezesowi UOKiK niedozwolonego porozumienia, co do którego nie zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe ani wyjaśniające<sup>2</sup>” („drugie porozumienie”), w sytuacji, kiedy przedsiębiorcy takiemu „nie udało się uzyskać całkowitego zwolnienia z kary<sup>3</sup>” w związku z porozumieniem objętym toczącym się już postępowaniem („pierwsze porozumienie”). W powyższej sytuacji Prezes UOKiK obniży wysokość kary za pierwsze porozumienie o 30%<sup>4</sup> oraz odstąpi od nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej za drugie porozumienie. Innymi słowy, istotą instytucji *leniency plus* jest umożliwienie przedsiębiorcy uzyskania określonych, wymiernych korzyści finansowych (*ergo* zmniejszenia lub uniknięcia nałożenia nań kary pieniężnej), o ile przedsiębiorca, który już złożył wniosek *leniency*, powiadomi organ antymonopolowy o „innym, dotychczas nieznanym Prezesowi UOKiK niedozwolonym porozumieniu<sup>5</sup>”. Korzyści finansowe, które uzyska przedsiębiorca dotyczyć mają zarówno pierwszego wniosku *leniency*, jak i drugiego (*leniency plus*).

O możliwości wprowadzenia instytucji *leniency plus* do prawa polskiego pisał m.in. S. Sołtyśński, który w lapidarny sposób zastanawiał się czy nie warto byłoby rozważyć inkorporowania wspomnianej instytucji do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Co interesujące, wspomniany autor przewidywał szerszy zakres przedmiotowy instytucji *leniency plus* – dopuszczał, jak się wydaje, możliwość ujawnienia nie tylko porozumienia antykonkurencyjnego, lecz także innej praktyki antykonkurencyjnej przez objętego *leniency plus* przedsiębiorcę<sup>6</sup>. Nawiasem mówiąc, wskazana byłaby analiza czy rozszerzenie zakresu przedmiotowego *leniency plus* o poinformowanie przez przedsiębiorcę o innym porozumieniu, ale również na przykład o udziale w praktyce antykonkurencyjnej nie byłoby uzasadnione. Znana jest przykładowo koncepcja nadużywania pozycji dominującej (tzw. kolektywna), w której bierze udział więcej niż jeden przedsiębiorca i choćby taki przypadek mógłby zostać objęty instytucją *leniency plus*. Zagadnienie to jednakże zostaje w tym miejscu tylko zasygnalizowane.

Przytoczona konstrukcja *leniency plus* ma korzenie amerykańskie (została po raz pierwszy wprowadzona w amerykańskim prawie antytrustowym i znana jest tam jako *amnesty plus*) i funkcjonuje w kilku państwach członkowskich Unii Europejskiej. Jak się wskazuje – instytucja *leniency plus* doprowadziła, we wspomnianych państwach, do wzrostu wykrywalności niedozwolonych porozumień i stąd zjawisko to określono tzw. efektem kuli śniegowej. Co ciekawe, polski organ antymonopolowy zaznacza, że aktualna praktyka w zakresie wykrywania niedozwolonych porozumień w Polsce czerpie korzyści z programu *leniency* przejawiające się w uzyskiwaniu informacji na temat „innych porozumień” (efekt kuli śniegowej?). Brak jednak wskazań czy informacje te polski organ antymonopolowy uzyskał samoistnie, czy też od przedsiębiorców, względem których toczyło się postępowanie antymonopolowe (ewentualnie wyjaśniające), względnie którzy to przedsiębiorcy złożyliby wnioski *leniency*<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, 09.07.2013 r., s. 20. Pobrano z: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl).

<sup>3</sup> Ibidem, s. 20.

<sup>4</sup> Artykuł 113d ust.1 pkt w: Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, 09.07.2013 r. Pobrano z: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl), s. 22.

<sup>5</sup> Ibidem, s. 19.

<sup>6</sup> Por. S. Sołtyśński, *Z doświadczeń programu leniency w Brukseli i w Warszawie* [w:] C. Banasiński (red.), *Prawo konkurencji – stan obecny oraz przewidywane kierunki zmian*, UOKiK, Warszawa 2006, s. 48.

<sup>7</sup> Por. ibidem, s. 19 („W Polsce... organ antymonopolowy zwrócił uwagę na fakt, uzyskiwania informacji dotyczących innego niedozwolonego porozumienia, w toku prowadzenia postępowania wyjaśniającego lub antymonopolowego, wszczętego często na skutek złożenia wniosku leniency”).

## II. *Leniency plus* – jako element optymalnego programu *leniency* w Polsce

Instytucja *leniency plus* ma wpisywać się w jeden z celów rządowej polityki konkurencji na lata 2011–2013 (Obszar A: Ochrona i wspieranie konkurencji w gospodarce, Priorytet 3: Weryfikacja i uaktualnienie systemowego podejścia do oceny porozumień między przedsiębiorcami). *In concreto* – zapewnić ma, jak należy wywnioskować, optymalną konstrukcję programu *leniency*<sup>8</sup>, aby powodował on maksymalną skuteczność w wykrywaniu antykonkurencyjnych porozumień. Osiągnięcie optymalnej konstrukcji programu *leniency* ma się odbyć m.in. w drodze modyfikacji przepisów kreujących program *leniency* (poprzez rozszerzenie programu *leniency* o instytucję *leniency plus*)<sup>9</sup>. Przy czym, nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów o optymalnym programie *leniency* w kontekście *leniency plus* zupełnie nie wspomina. Jak podnosi się w literaturze „optymalny program *leniency* niekoniecznie musi przewidywać *amnesty plus* (a więc *leniency plus* – przyp. P.S. i Sz.S.) [...] Jest to uzależnione od lokalnych warunków danego systemu prawnego”<sup>10</sup>. W świetle dostępnego uzasadnienia nowelizacji brak jest przekonujących powodów i chociażby badań empirycznych (np. ogólnie informujących ile porozumień antykonkurencyjnych zostało wykrytych dzięki uprzednio prowadzonym postępowaniom czy też uprzednio złożonym wnioskom *leniency*), które uzasadniałyby wprowadzenie *leniency plus* do prawa polskiego. Trudno bowiem za uzasadnienie wprowadzenia nowej instytucji uznać ogólne sformułowanie o możliwości skuteczniejszej wykrywalności niedozwolonych porozumień czy tezę o zaoszczędzeniu przez organ antymonopolowy środków i czasu przeznaczonych na wykrycie antykonkurencyjnych porozumień<sup>11</sup>.

Zastrzec należy bowiem już na wstępie, że w literaturze słusznie podnosi się, że z instytucji *leniency plus* korzyści odnoszą tzw. duzi przedsiębiorcy, którzy prowadzą działalność gospodarczą w ramach różnych rynków właściwych<sup>12</sup>, a jest ona mało wartościowa dla przedsiębiorców małych i średnich. Taka konstatacja sprawia, że ogólnie ujmując gospodarcze przeznaczenie i funkcje *leniency plus* mogą być w polskim warunkach gospodarczych znikome.

Ponadto zwraca się uwagę, co jest zarzutem poważnym, że *leniency plus* redukuje poziom nakładanych na przedsiębiorcę kar, a w konsekwencji minimalizuje (deprecjonuje) funkcję odstraszania (ang. *deterrence*), jaką pełnić powinny w prawie antymonopolowym kary pieniężne<sup>13</sup>. Wyobraźmy sobie bowiem, że przedsiębiorca bierze udział w jednym porozumieniu antykonkurencyjnym i zostaje ukarany grzywną na poziomie 100 mln PLN (3% przychodu) oraz tego samego przedsiębiorcę, który bierze udział w dwóch (i więcej) porozumieniach antykonkurencyjnych, a w rezultacie skorzystania z instytucji *leniency plus* otrzymuje grzywnę na poziomie 70 mln PLN (2,1% przychodu). W efekcie, przedsiębiorcy „opłaca” się brać udział w dwóch antykonkurencyjnych porozumieniach, a nie w jednym (dostanie mniejszą karę pieniężną)!

<sup>8</sup> Obszernie o programie *leniency* w polskiej literaturze: B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013. Por. również przykładowo: R. Molski, *Programy łagodnego traktowania – panaceum na praktyki kartelowe*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 1, s. 183 i n., S. Sołtyński, *Z doświadczeń programu *leniency* w Brukseli i w Warszawie* [w:] C. Banasiński (red.), *Prawo konkurencji...*, s. 37–48.

<sup>9</sup> Por. *Polityka konkurencji na lata 2011–2013*, UOKiK, Warszawa 2011, s. 13–16. Pobrano z: <http://www.uokik.gov.pl/publikacje.php?tag=2>.

<sup>10</sup> B. Turno, *Leniency...*, s. 404.

<sup>11</sup> *Uzasadnienie do projektu ustawy...*, s. 20.

<sup>12</sup> Tak słusznie: B. Turno, *Leniency...*, s. 403.

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 404.

Wreszcie, skoro prawdopodobieństwo wykrycia kolejnego (drugiego) porozumienia antykonkurencyjnego obejmującego określonego przedsiębiorcę jest wyższe, gdy zostaje wykryte pierwsze antykonkurencyjne porozumienie<sup>14</sup>, to jakie jest uzasadnienie stosowania aż tak dużych zwolnień z grzwnien i „wynagradzania” uczestnika porozumień antykonkurencyjnych? Nadto, skoro polski organ antymonopolowy twierdzi, jak zostało przytoczone powyżej, że obecnie wykryte porozumienia antykonkurencyjne pozwalają na wykrycie kolejnych, to czy w ogóle, w polskim warunkach, istnieje potrzeba wprowadzenia *leniency plus*<sup>15</sup>? Na wspomniane pytania nie znajdujemy odpowiedzi w uzasadnieniu do wprowadzenia instytucji *leniency plus*, co należy uznać za poważny mankament o naturze koncepcyjnej. W pierwszej kolejności należałoby się zastanowić czy wspomniana instytucja nie jest zbędna w realiach polskich (w ramach tworzenia optymalnego programu *leniency*) i jakie jest jej uzasadnienie (racjonalne), a w drugiej kolejności – jaka jest optymalna struktura *leniency plus*. Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że propozycja polskiego organu antymonopolowego stanowi *sui generis* inkorporację instytucji, która funkcjonuje (skutecznie) w innym porządku prawnym i już to ma służyć jako uzasadnienie (naszym zdaniem niesłusznie – przyp. P.S., Sz.S.) wprowadzenia jej do prawa polskiego. Pamiętać należy o odrębności polskiego systemu prawa konkurencji i jego specyfice. Szczególnie, co stanowić będzie trzon rozważań zawartych w tym artykule, pamiętać należy o ograniczeniach, jakie polskie prawo nakłada w zakresie obliczania wymiaru kary oraz definiowania rynków właściwych.

### III. „Inność” porozumienia oraz jej konsekwencje

Instytucja *leniency plus* wydaje się przejrzysta tylko pozornie. Wystarczy jednak zastanowić się co oznaczać ma na gruncie instytucji *leniency plus* pojęcie „innego porozumienia” oraz pochylić się nad tym, jak obliczane są kary nakładane przez UOKiK, żeby zorientować się, że jest ona nadzwyczaj enigmatyczna, a samo jej wprowadzenie wymagać będzie głębokiej refleksji nad innymi regułami polskiego prawa konkurencji, a najpewniej również dalszej zmiany tego prawa.

W pierwszej kolejności należy zadać pytanie: czym bowiem ma być owo drugie, inne porozumienie, którego ujawnienie pozwoli przedsiębiorcy skorzystać z instytucji *leniency plus*? Czy chodzi o porozumienie zawarte na innym rynku produktowym, rynku geograficznym, w innym przedziale czasowym, czy też o porozumienie zawarte między innymi przedsiębiorcami? Jeżeli zaś chodzi o tę ostatnią, podmiotową, odrębność, to jak różnić powinien się katalog przedsiębiorców uczestniczących w drugim, innym, porozumieniu? Absolutna odrębność podmiotowa nie jest bowiem możliwa z definicji – drugie porozumienie, tak jak i pierwsze, zawsze będzie bowiem obejmowało tego samego przedsiębiorcę korzystającego z instytucji *leniency plus*.

Wydaje się, że za drugie, „inne” porozumienie Prezes UOKiK będzie mógł nałożyć na przedsiębiorców, zgodnie z ustawą, zupełnie nowe kary pieniężne<sup>16</sup> sięgające do 10% przychodów tak, że łączna kara za udział w dwóch porozumieniach dla przedsiębiorców niekorzystających z instytucji *leniency* lub *leniency plus* będzie mogła wynieść 20%, a nie 10% przychodów. Kwestia

<sup>14</sup> Zob. szerzej: Wouter P.J. Wils, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, „World Competition” 2007, March, Vol. 30, No. 1, s. 42, który twierdzi, że zwiększone prawdopodobieństwo wynika z trzech czynników. Wśród nich wyróżnia się przykładowo, że uczestnik niedozwolonego porozumienia nabiera doświadczenia, które może wykorzystać w uczestnictwie w innym niedozwolonym porozumieniu i sprawić, że uczestnictwo to będzie skuteczne.

<sup>15</sup> Uwaga ta jest szczególnie istotna, zwiększa bowiem ryzyko niedopuszczalnego, „subiektywnego” definiowania przesłanki „inności” w praktyce stosowania instytucji *leniency plus* (zob. szerzej: pkt IV tego artykułu).

<sup>16</sup> Kara za pierwsze oraz za drugie porozumienie będzie bowiem, zgodnie z art. 113d ust. 2 nakładana w dwóch odrębnych „sprawach”; zob. *Projekt ustawy...*, s. 22.

tożsamości porozumienia, czyli tego czym jest owo „nowe” lub „inne” porozumienie, za które Prezes UOKiK może nałożyć nową karę, niekoniecznie nawet w ramach instytucji *leniency plus*, jest zatem kluczowa dla realizacji obowiązującej w prawie antymonopolowym zasady *ne bis in idem*<sup>17</sup>.

**W żadnym z dokumentów związanych z nowelizacją ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów UOKiK nie wyjaśnia jednak, jakie kryteria muszą być spełnione, żeby drugie porozumienie mogłoby zostać uznane za „inne”.** Na problem ten wskazano też, acz lakonicznie, podczas konsultacji społecznych<sup>18</sup>. Powyższy brak definicji tożsamości, a tym samym „inności” porozumienia w związku z instytucją *leniency plus*, wydaje się poważnym niedopatrzaniem.

Zgodnie z powyższymi rozważaniami „inność” porozumienia prowadziłyby do pewnej dychotomii: uznanie „inności” przesądziłoby jednocześnie o dwóch kwestiach:

- po pierwsze o możliwości zastosowania instytucji *leniency plus*;
- po drugie o konieczności wydania przez Prezesa UOKiK nowej decyzji i tym samym możliwości nałożenia łącznej kary w wysokości 20% przychodów.

Początkowo wydawać się może, że powyższa dychotomia jest fałszywa, ponieważ „inność” drugiego porozumienia można łatwo uwzględnić, obliczając po prostu łączny wymiar jednej kary (a więc nieprzekraczającej ustawowego progu 10% przychodów) za „dwa” porozumienia, a zwolnienie z kary za drugie porozumienie w ramach instytucji *leniency plus* można po prostu odpowiednio wkomponować do obliczania wymiaru jednej kary. Tym samym „inność” porozumienia na potrzeby zastosowania instytucji *leniency plus* nie byłaby tym samym co „inność” warunkująca możliwość/konieczność wydania nowej decyzji i w konsekwencji możliwość/konieczność nałożenia nowej kary. Możliwość obliczenia jednej (a więc nieprzekraczającej 10% przychodu) kary za „dwa” porozumienia dałoby się albo w twórczy sposób wyinterpretować z obowiązujących Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję<sup>19</sup> (Wyjaśnienia są rzeczywiście elastyczne, a dyskrekcja UOKiK w ich stosowaniu jest zaskakująco szeroka i często niczym nieuzasadniona<sup>20</sup>), albo po prostu tak zmienić zawarte w Wyjaśnieniach zasady wymiaru kary, aby uwzględnić w nich instytucję *leniency plus*. Powyższy tok rozumowania jest jednak trudny do obrony z poniższych przyczyn.

Po pierwsze, projekt zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów sugeruje, że w wypadku „innego” porozumienia mamy do czynienia z nową sprawą administracyjną, a tym samym z koniecznością wydania nowej decyzji administracyjnej<sup>21</sup>. Poza tym, że projekt mówi o „sprawie, w której został złożony pierwszy wniosek” (stąd domniemywać należy, że drugie porozumienie dotyczy odrębnej sprawy), mówi on ponadto o „odstąpieniu” od nałożenia kary pieniężnej za drugie

<sup>17</sup> Zob. K. Bożekowska-Zawisza, *Czy wciąż potrzebne jest nam krajowe prawo konkurencji?* Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 14 lutego 2012 r. w sprawie C-17/10 *Toshiba Corporation i inni przeciwko Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, iKAR 2012, nr 1(1), s. 145–146.

<sup>18</sup> *Uwagi Stowarzyszenia Prawa Konkurencji do projektu zmiany ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie systemu łagodzenia kar i odpowiedzialności osób fizycznych za naruszenie prawa konkurencji*, s. 3 (s. 27 pisma Stowarzyszenia Prawa Konkurencji zawierającego uwagi Stowarzyszenia do projektu założeń ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 6 czerwca 2012 r. Pismo dostępne na: [legislacja.rcl.gov.pl](http://legislacja.rcl.gov.pl)). Stowarzyszenie zwraca uwagę na potrzebę precyzyjniejszego zdefiniowania pojęcia „inne, dotychczas nieznanne porozumienie”.

<sup>19</sup> *Wyjaśnienia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z grudnia 2008 r. w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję* (dalej: Wyjaśnienia). Pobrano z: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl). Po zakładanej nowelizacji część Wyjaśnień zostanie wprost inkorporowana do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

<sup>20</sup> Zob. P. Semeniuk, *Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję – realizacja zasady określoności kary, czy administracyjne szalbierstwo*. Pobrano z: [korporacyjnie.pl](http://korporacyjnie.pl), <http://korporacyjnie.pl/wyjasnienia-w-sprawie-ustalania-wysokosci-kar-pienieznych-za-stosowanie-praktyk-ograniczajacych-konkurencje-realizacja-zasady-okreslonosci-kary-czy-administracyjne-szalbierstwo/>.

<sup>21</sup> Każda nowa „sprawa administracyjna” daje bowiem Prezesowi UOKiK kompetencję do wydania nowej decyzji i zastosowania nowych sankcji. Zob. M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Oficyna 2010, LEX, rozdział 3, pkt 1: „Owe zawierające określone sankcje decyzje mogą być przez Prezesa UOKiK wydawane dopiero po przeprowadzeniu w każdym przypadku stosownego postępowania administracyjnego, którego przedmiotem staje się zawsze określona sprawa administracyjna”.

porozumienie<sup>22</sup> (a nie o obniżeniu kary). Chodzi więc o całkowite odstąpienie od kary, a nie jedynie częściowe jej obniżenie dla przedsiębiorcy, który ujawnił „drugie porozumienie” w zakresie tego właśnie porozumienia.

Po drugie, jeżeli rzeczywiście obniżenie kary za drugie „ujawnione” porozumienie dałoby się wkomponować do zasad wymiaru kary, dla wprowadzenia instytucji *leniency plus* nie byłaby wcale potrzebna nowelizacja ustawy. Wystarczyłaby odpowiednia zmiana Wyjaśnień. Tak jednak nie jest i instytucja *leniency plus* znalazła się w projekcie ustawy niezależnie od przepisów o obliczaniu wymiaru kary (duża część Wyjaśnień, zgodnie z projektem, zostanie inkorporowana do ustawy<sup>23</sup>).

Po trzecie wreszcie, nawet jeżeli uznać, że zastosowanie instytucji *leniency plus* nie wymagałoby wydania nowej decyzji i modyfikowałoby jedynie wymiar jednej (niemogącej przekroczyć 10% przychodu kary), to problem tożsamości porozumienia wcale by nie zniknął, nie ogranicza się on bowiem jedynie do instytucji *leniency plus*. W obowiązującym systemie prawnym, gdzie maksymalna wysokość kary określona jest na 10% przychodu, zawsze musi istnieć granica (czasowa, podmiotowa, rynkowa) wyznaczająca, kiedy zachowania tego samego przedsiębiorcy mogą stanowić odrębne porozumienie, a tym samym umożliwiać Prezesowi UOKiK nałożenie nowej kary. Wprowadzenie do polskiego prawa instytucji *leniency plus* jest zatem dobrą, niestety na razie zaprzepaszczoną, okazją, żeby się do tego problemu odnieść.

Ze względu na powyższe przyczyny, zastosowanie instytucji *leniency plus* musi w takim razie oznaczać konieczność nałożenia dwóch odrębnych kar w dwóch odrębnych decyzjach w ramach dwóch odrębnych postępowań antymonopolowych. Chodzi oczywiście o decyzje administracyjne w znaczeniu abstrakcyjnym, w praktyce te dwie decyzje mogą zostać wydane na tym samym nośniku materialnym. Wydaje się jednak, że w toku stosowania nowych przepisów – decyzje administracyjne będą wydawane osobno (nie na tożsamym nośniku materialnym). Zastosowanie instytucji *leniency plus* miałyby zatem dwie konsekwencje, jeżeli chodzi o nakładane kary:

- po pierwsze, na gruncie obecnych Wyjaśnień, konieczność dwukrotnego wyznaczenia kwoty bazowej kary dla niewspółpracujących z UOKiK przedsiębiorców (a więc niekorzystających z instytucji *leniency* bądź *leniency plus*), zatem w teorii liczba innych porozumień powinna być mnożnikiem łącznej kary;
- po drugie, możliwość przewyższenia przez łączną karę za kilka „innych” porozumień progu 10% przychodu tak, że maksymalna kara za kilka „innych” porozumień nałożona na niewspółpracujących z UOKiK przedsiębiorców byłaby proporcjonalna do liczby „innych” porozumień (np. w wypadku dwóch „innych” porozumień maksymalna kara wyniosłaby 20%, co biorąc pod uwagę zasady wymiaru kary byłoby w niektórych sytuacjach całkiem prawdopodobne<sup>24</sup>).

<sup>22</sup> Artykuł 113d ust. 1 pkt 2 w *Projekt ustawy...*, s. 22.

<sup>23</sup> Projekt nie przewiduje jednak przeniesienia do znowelizowanej ustawy tej części Wyjaśnień, która miała dotychczas zdecydowanie największy wpływ na wymiar kary, czyli fragmentu dotyczącego sposobu ustalania tzw. kwoty bazowej. Zob. P. Semeniuk, *Wyjaśnienia w sprawie...*

<sup>24</sup> Np. w decyzji Prezesa UOKiK dotyczącej kartelu cementowego łączny wymiar kary dla niektórych przedsiębiorców, po uwzględnieniu okoliczności obciążających opisanych w Wyjaśnieniach, wyniósł nawet 22,95%. Kara musiała jednak zostać przez UOKiK obniżona do ustawowej granicy 10%. Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2009 r., DOK-7/09, ss. 105-106, [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl). Zob. szerzej: Sz. Syp, *Poland – Decision No. DOK-7/09 of the President of the Polish Office of Competition and Consumer Protection. The highest fine ever imposed by the Polish Office amounting to EUR 100.000.000 on the producers of cement*, „Global Antitrust Review” 2010, No. 3, s. 135–138.

## IV. Różne aspekty „inności”

### 1. Aspekt czasowy

Czym jednak jest wspomniana już tyle razy przesłanka „inności” czy „odrębności” porozumienia, która warunkować będzie możliwość zastosowania instytucji *leniency plus* i konieczność wydania nowej decyzji? Czy ową „inność” rozumieć należy w sposób podmiotowy, czasowy czy też w sposób związany z pojęciem rynku właściwego (produktowego lub geograficznego)? Chodzi oczywiście o obiektywne rozumienie inności. „Inność” nie może być rozumiana w sposób subiektywny polegający na tym, że inne porozumienie to po prostu taki aspekt porozumienia, który nie był znany Prezesowi UOKiK. Szczególnie w zakresie instytucji *leniency plus*, gdzie drugie porozumienie jest Prezesowi UOKiK „ujawniane”, pokusa powyższej interpretacji „inności” również istnieje. Interpretacja taka byłaby jednak nad wyraz błędna. Skoro uznanie dwóch porozumień za „inne” umożliwiłoby nałożenie przez Prezesa UOKiK dwóch odrębnych kar, przedsiębiorcy, przy zaprezentowanej interpretacji przesłanki „inności”, byłiby niejako karani za nieudolność organu antymonopolowego (w prawie konkurencji jest zupełnie odwrotnie: jeżeli organ konkurencji jest nieudolny i nie jest w stanie wykazać przedsiębiorcom niedozwolonego porozumienia, przedsiębiorcy nie ponoszą za to kary).

Być może za „inne” można uznać porozumienie zawarte pomiędzy tymi samymi podmiotami i na tym samym rynku właściwym, ale w innym przedziale czasowym? Jaki jednak odstęp czasu powinien przesądzać o kwalifikacji porozumienia jako innego? W ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów próżno szukać na ten temat wskazówek. Z Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję wynika, że „długotrwałość naruszenia” (naruszenie trwające dłużej niż rok<sup>25</sup>) może stanowić okoliczność zwiększającą kwotę bazową kary o 200% w wypadku antykonkurencyjnych porozumień. Jednakże, odrębną okolicznością obciążająca, mogącą doprowadzić do zwiększenia nakładanej kary nawet o maksymalnie 50%, jest „uprzednie naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję<sup>26</sup>” (a więc „inne” naruszenie). W praktyce UOKiK nie zdarzyło się też do tej pory nałożyć dwóch odrębnych kar na członków porozumienia pomiędzy tymi samymi przedsiębiorcami zawartego na tym samym rynku właściwym w różnych przedziałach czasowych. Wydaje się jednak, że ze względu na istnienie przesłanki długotrwałości jako okoliczności umożliwiającej podwyższenie kary, porozumienie będzie jednym i tym samym porozumieniem bez względu na przedział czasu, w którym się rozciąga. Powyższe rozumowanie dotyczy zapewne zarówno tzw. porozumień ciągłych, jak i „przerywanych”<sup>27</sup>, chociaż te drugie będą raczej rzadkością ze względu na stosunkowo krótki okres przedawnienia oraz ze względu na liberalne rozumienie ciągłości porozumienia w prawie europejskim<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Zob. Wyjaśnienia..., s. 4.

<sup>26</sup> Ibidem, s. 5. Zgodnie z projektem nowelizacji powyższa okoliczność obciążająca znajdzie się w artykule 1d ust. 4 pkt 1 lit. 3, zob. *Projekt ustawy...*, s. 19.

<sup>27</sup> Inaczej doszłoby do paradoksu. Jeżeli za dwa porozumienia zawarte w różnych, przedzielonych przerwą, okresach, przez tych samych przedsiębiorców i na tych samych rynkach groziłaby wyższa kara niż za jedno „ciągłe” porozumienie, przedsiębiorcom opłacałoby się argumentować, że ich porozumienie trwało dłużej niż w rzeczywistości (a tym samym opłacałoby się przedsiębiorcom dowodzić, że ich porozumienie było bardziej szkodliwe). Jest zupełnie odwrotnie – ze względu na przesłankę zaostrzającą wymiar kary, jaką w Polsce i w Unii Europejskiej jest długotrwałość naruszenia, przedsiębiorcy zwykle argumentują, że ich porozumienie nie było „rozciągnięte” w długim okresie czasu.

<sup>28</sup> Zob. I. Szwedziak-Bork „Wiem, że nic nie wiem”, czyli jak uniknąć kary za naruszenie jednolite i ciągłe. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie C-441/11 *Komisja Europejska v. Verhuizingen Coppens NV*, iKAR 2013, nr 5(2), ss. 112–120.

Tożsamość czasowa inaczej jednak będzie wyglądać w sytuacji, gdy w sprawie jednego porozumienia została wydana już decyzja UOKiK. Porozumienie zawarte pomiędzy tymi samymi przedsiębiorcami i na tym samym rynku właściwym trwające po wydaniu decyzji UOKiK będzie już nowym porozumieniem umożliwiającym UOKiK wydanie nowej kary sięgającej 10% przychodu – możliwość taką wprost przewiduje cytowany wyżej przepis Wyjaśnień mówiący o recydywie, ten sam przepis, który zostanie inkorporowany do nowego brzmienia ustawy<sup>29</sup>.

Analiza o tożsamości czasowej porozumienia będzie jednak mało relewantna dla instytucji *leniency plus*, w której chodzi raczej o porozumienia zawarte w podobnym czasie, ze względu na toczące się w tym samym czasie postępowanie, w których „ujawniane” jest inne porozumienie.

## 2. Aspekt podmiotowy

„Inność” podmiotowa polegająca na różnych przedsiębiorcach uczestniczących w porozumieniu<sup>30</sup>, ale tym samym rynku właściwym i tym samym przedziale czasowym, występować będzie nadzwyczaj rzadko, przynajmniej w kontekście porozumień horyzontalnych, a dla wykrycia takich porozumień pomyślana została instytucja *leniency plus*. Dla istnienia kartelu konieczne jest bowiem uczestnictwo większości przedsiębiorców działających na jednym rynku<sup>31</sup> – trudno bowiem wyobrazić sobie dwa niezależne kartele działające w tym samym czasie na tym samym rynku właściwym<sup>32</sup>. „Inność” podmiotowa będzie jednak często połączona z „innością” związaną z odrębnymi rynkami właściwymi (zob. pkt 3).

## 3. Aspekt związany z odrębnymi rynkami właściwymi

Najbardziej relewantna dla *leniency plus*, ale jednocześnie problematyczna wydaje się „inność” związana z odrębnym rynkowym zakresem porozumienia. Skoro instytucja *leniency plus* ma być, w zamyśle UOKiK, wzorowana na amerykańskiej *amnesty plus*<sup>33</sup>, to być może, wzorem amerykańskim, za „inne” porozumienie należałoby uznać porozumienie zawarte na odrębnym rynku właściwym nawet pomiędzy tymi samymi podmiotami<sup>34</sup>. **Z braku alternatywnych pojęć w polskim prawie konkurencji, musiałyby chodzić zapewne o porozumienie zawarte na odrębnych rynkach właściwych.**

Częściowo na takie rozumienie „inności” wskazywała praktyka Komisji Europejskiej. W postępowaniu dotyczącym antykonkurencyjnych porozumień horyzontalnych na belgijskim rynku piwa, jedna z objętych postępowaniem spółek, spółka Interbrew, ujawniła Komisji Europejskiej podobne porozumienie na luksemburskim rynku piwa, w którym sama uczestniczyła. Komisja wydała tego

<sup>29</sup> Planowany artykuł 111 ust. 4 pt 1 lit. c, zob. *Projekt ustawy...*, s. 19.

<sup>30</sup> Chodzi o „częściowo” innych przedsiębiorców, ponieważ przynajmniej jeden przedsiębiorca musi pozostać ten sam. Inaczej problem podwójnej karalności nie będzie występował. Ponadto dla wykorzystania instytucji *leniency plus* konieczny będzie przynajmniej jeden, ten sam przedsiębiorca „ujawniający” drugie, „inne” porozumienie.

<sup>31</sup> Co prawda przedsiębiorcy ci mogą uczestniczyć w kartelu w różnych przedziałach czasowych (np. z powodu późniejszego wejścia na dany rynek, prób tzw. oszukiwania lub początkowej niechęci uczestnictwa), nie zmienia to jednak faktu, że w jednym przedziale czasowym na jednym rynku właściwym powinien działać maksymalnie tylko jeden kartel.

<sup>32</sup> Oczywiście do wyobrażenia jest sytuacja, w której na jednym rynku właściwym w tym samym czasie istnieje kilka wertykalnych porozumień dystrybucyjnych. Porozumienia takie obejmować jednak będą zupełnie innych przedsiębiorców (producenta i jego dystrybutorów), a tym samym taka sytuacja nie będzie mogła doprowadzić do zastosowania instytucji *leniency plus*, nie będzie też problematyczna w kontekście zasady *ne bis in idem*.

<sup>33</sup> Zob. *Uzasadnienie do projektu ustawy...*, s. 19.

<sup>34</sup> Instytucja *amnesty plus*, na której wzorowana jest polska *leniency plus* pojawiła się w USA w związku z kartelem witaminowym, a nowe, „ujawnione” porozumienia dotyczyły właśnie nowych rynków produktowych. W sumie instytucja *amnesty plus* doprowadziła do wykrycia niedozwolonych porozumień na „12 rynkach witamin” (ang. *12 different vitamins markets*). Zob. S.D. Hammond, *Cornerstones of an Effective Cartel Leniency Programme*, „Competition Law International” 2008, Vol. 4 No. 2. Zob też A. Tercinet, *The American leniency policy: a model placed under the seal of pragmatism*, „International Business Law Journal” 2007, No. 6, ss. 772–773: „program *Amnesty Plus* polega na tym, że (...) jeżeli przedsiębiorca ujawni (...) istnienie innego kartelu (...) na innym rynku produktów lub usług (ang. *on another goods or service market*), może on otrzymać amnestię za drugi kartel”.



samego dnia dwie odrębne decyzje dotyczące rynku belgijskiego i luksemburskiego<sup>35</sup>, przesądzając niejako o dwóch „innych” porozumieniach. Sytuację komplikują jednak nieco fakt, że we wspomnianych dwóch decyzjach, w dwóch „innych” porozumieniach, poza spółką Interbrew (spółka ta została zresztą całkowicie zwolniona z kary za drugie, ujawnione porozumienie<sup>36</sup>) uczestniczyli różni przedsiębiorcy. „Inność” porozumienia była zatem kombinacją inności podmiotowej i inności związanej z innymi (geograficznymi) rynkami właściwymi.

Powyższe rozumienie „inności” wywracałoby jednak dotychczasową praktykę UOKiK i wymagałoby zapewne dalszych zmian w prawie. Wszakże w dotychczasowej praktyce Prezesowi UOKiK zdarzało się wydawać jedną decyzję i obliczać jedną, nieprzekraczającą 10% przychodu karę, za porozumienie zawarte w tym samym czasie, pomiędzy tymi samymi przedsiębiorcami, ale na różnych rynkach właściwych (szczególnie na odrębnych rynkach geograficznych<sup>37</sup>, ale również produktowych<sup>38</sup>).

**Oględnie mówiąc, przyjęcie zaprezentowanego rozumienia „inności” związanego z odrębnymi rynkami właściwymi, nawet jeżeli miałyby dotyczyć jedynie odrębnych rynków produktowych (a nie geograficznych), nie jest rozwiązaniem dobrym, choć jest to, jak się wydaje, jedyne rozwiązanie, które po planowanej nowelizacji będzie możliwe w zastanym stanie prawnym.** Jest to też jedyne rozumienie względnie spójne z założeniami instytucji *leniency plus*. Jeżeli jednak „inność” porozumienia miałyby polegać na innym rynku właściwym, należałoby logicznie uznać, że za każdym razem, kiedy porozumienie pomiędzy dwoma przedsiębiorcami obejmuje więcej niż jeden rynek właściwy, UOKiK powinien nałożyć na przedsiębiorców odrębne, sięgające 10% przychodu każda, kary. Takie rozwiązanie nie dość, że stałoby w sprzeczności z dotychczasową praktyką UOKiK i wymuszałoby jej zmianę, powodowałoby ponadto, że UOKiK mógłby mieć tendencję do celowo błędnego rozszerzania definicji rynku właściwego, tak żeby uniknąć konieczności wydawania dwóch decyzji i podwójnego wymierzania kary<sup>39</sup>.

Powyższe rozwiązanie wymagałoby zapewne również zmiany zasad wymiaru kary (poprzez zmianę Wyjaśnień, a najpewniej również ustawy<sup>40</sup>) tak, aby przy obliczaniu drugiej kary za porozumienie zawarte na drugim rynku właściwym można było uwzględnić pierwszą karę – inaczej UOKiK miałby zapewne tendencję do zaniżania kary za porozumienia zawarte na drugim rynku właściwym w sytuacji, kiedy kara za drugie porozumienie nie wynikałaby z zawiadomienia w ramach *leniency plus*, ale po prostu z takiej, a nie innej definicji rynku właściwego.

Ponadto warto zwrócić uwagę na jeszcze jedną prawidłowość. Jeżeli uznać, że „inne” porozumienie w świetle instytucji *leniency plus* powinno oznaczać porozumienie zawarte na innym (najpewniej produktowym) rynku właściwym, oznaczałoby to, że organy konkurencji mają

<sup>35</sup> Decyzja Komisji Europejskiej z 5.12.2001 r. (*Interbrew and Alken-Maes*) w sprawie IV/37614/F3. Pobrano z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003D0569:EN:HTML>; oraz decyzja Komisji Europejskiej z 5.12.2001 r. (*Luxembourg Brewers*) w sprawie COMP/37.800/F3. Pobrano z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002D0759:EN:HTML>.

<sup>36</sup> *Luxembourg Brewers*, *ibidem*, par. 108.

<sup>37</sup> Bardzo często, co wynika również z decyzji UOKiK, zakazane porozumienie ma miejsce jednocześnie na wielu rynkach lokalnych. Np. w decyzji Prezesa UOKiK z 25.06.2013 r., DOK - 1/2013 (pobrano z: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)) Prezes UOKiK nałożył na przedsiębiorców karę za porozumienia zawarte na „lokalnych” rynkach restauracji nieformalnych na terenie kraju”.

<sup>38</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 27.12.2012 r., DOK - 8/2012 (pobrano z: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)) nakładająca karę za porozumienie na „rynku płyt pilśniowych” i „rynku płyt wiórowych”, ss.18–20. Zob. też decyzja Prezesa UOKiK z 28.11.2011 r., DOK - 10/2011 nakładająca karę za porozumienia na „rynku nawozów ogrodnictwa” oraz na „rynku produktów chemii gospodarczej”, ss. 29–40.

<sup>39</sup> Już zresztą się tak dzieje. Zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2012, RKT – 49/2012, s. 13: „(...) w niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, iż na potrzeby tego postępowania (...), z racji tego, iż analizowane w niniejszym postępowaniu umowy handlowe dotyczą różnego rodzaju narzędzi i maszyn można uznać ww. wyroby za jeden rynek produktowy i nie ma konieczności dokonywania dalszej segmentacji tego rynku oraz wyznaczania pozycji na tym rynku posiadanej przez poszczególnych jego uczestników”.

<sup>40</sup> Zważywszy na to, że projekt zmiany nowelizacji przewiduje przeniesienie dużej części obecnych Wyjaśnień do ustawy.

obowiązek precyzyjnej definicji rynku właściwego w każdej sprawie. Z kolei dotychczas Prezes UOKiK często w poszczególnych decyzjach wprost sugerował możliwość istnienia dalszej segmentacji, wyodrębnionego na potrzeby danej decyzji, produktowego rynku właściwego<sup>41</sup>. Uznanie, że każdemu rynkowi właściwemu powinna towarzyszyć odrębna decyzja, a tym samym odrębna kara, wymagałoby od Prezesa UOKiK zaprzestania takich sugestii i precyzyjnego zdefiniowanie rynku właściwego w każdej sprawie. Abstrahując od wyżej opisanych konsekwencji „inności” porozumienia, definicja rynku właściwego w każdej sprawie nie byłaby wcale niezbędna w sprawach z zakresu horyzontalnych porozumień cenowych i horyzontalnych ograniczeń produkcji. Takie porozumienia zarówno w prawie polskim, jak i europejskim zakazane są ze względu na cel, a więc wyliczenie udziału przedsiębiorców w rynku właściwym (a tym samym definicja rynku właściwego nie wydaje się wcale konieczna)<sup>42</sup>. Przykładowo, ostatnimi czasy Komisja Europejska w decyzjach dotyczących karteli nie definiuje w ogóle rynku właściwego<sup>43</sup>. W Unii Europejskiej nie obowiązuje jednak system *leniency plus*, który wymuszałby definiowanie rynku właściwego w każdej sprawie (zakładając oczywiście, że za „inne” porozumienie należy uznać porozumienie zawarte na odrębnym rynku właściwym).

## V. Wnioski: jak wyjść z pata?

Jak zatem rozumieć przesłankę „inności” porozumienia proponowaną przez instytucję *leniency plus* ze wszystkimi jej konsekwencjami, które wiążą się np. z koniecznością wydawania dwóch odrębnych decyzji i obliczaniem dwóch odrębnych kar pieniężnych, nie tylko na potrzeby *leniency plus*, lecz także za każdym razem, kiedy postępowanie UOKiK obejmie więcej niż jedno porozumienie?

Czasowy aspekt inności, choć wiąże się również z potencjalnymi prawnymi zagwozdkami, niewielkie będzie miał zapewne znaczenie dla funkcjonowania instytucji *leniency plus*. Abstrahując od wątku czasowego czy dla zastosowania *leniency plus* konieczny będzie w takim razie jakiś rodzaj kombinacji „inności” podmiotowej i odrębności rynku właściwego? Czy też do zaistnienia „inności” wystarczy obejmowanie porozumieniem więcej niż jednego rynku właściwego? Czy w takim wypadku powinno chodzić o odrębny rynek właściwy z wymiarze produktowym, czy też również w wymiarze geograficznym? Zapewne, najbardziej relewantne dla instytucji *leniency plus* jest rozumienie inności utożsamiające ją z odrębnymi rynkami produktowymi. Takie rozumienie w teorii byłoby do pogodzenia zarówno z obecną, jak i ze znowelizowaną ustawą, ale stałoby w oczywistej sprzeczności z dotychczasową praktyką UOKiK polegającą na wydawaniu jednej decyzji dotyczącej kilku rynków właściwych oraz na sugerowaniu w decyzjach możliwej dalszej segmentacji wyodrębnionych rynków właściwych.

Być może o „inności” przesądza odrębność nie tyle rynku właściwego, ile odrębność pewnego segmentu gospodarczego? Powyższa interpretacja, jeżeli nawet znajdowała się w głowach twórców

<sup>41</sup> Zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 25.06.2013 r., DOK - 1/2013 (pobrano z: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)), s. 18: „rynek restauracji nieformalnych może podlegać dalszej segmentacji, jednakże przyjęcie węższej lub szerszej definicji rynku produktowego nie ma znaczenia dla oceny niniejszej sprawy”.

<sup>42</sup> Niektórzy komentatorzy, opierając się na literalnym brzmieniu art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stoją na stanowisku, że UOKiK ma „obowiązek każdorazowego zdefiniowania rynku właściwego dla danego porozumienia”. Zob. *Komentarz do art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, pkt 2.3.1 w: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX, Warszawa 2011.

<sup>43</sup> Decyzja Komisji Europejskiej z 27.06.2012 r. (*Water Management Products*) w sprawie COMP/139611. Pobrano z: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39611/39611\\_2354\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39611/39611_2354_3.pdf).

projektu nowelizacji polskiego prawa konkurencji, to wymagałaby dodatkowych zmian w ustawie i wprowadzenia do niej dodatkowej definicji prawnej, np. definicji segmentu gospodarczego.

Być może zaś kryteria tożsamości porozumienia można sobie wyobrazić jeszcze inaczej? Niestety ani lektura projektu ustawy, ani też lektura jakichkolwiek przygotowanych przez UOKiK w ramach nowelizacji dokumentów takich kryteriów nie wskazuje.

Wszystkich powyższych wątpliwości dałoby się zapewne uniknąć gdyby, niewątpliwie żmudna, praca UOKiK nad zmianami w polskim prawie konkurencji doprowadziła do powstania projektu instytucji *leniency plus*, odnoszącej się w przejrzysty i spójny sposób do zagadnienia tożsamości/inności porozumienia. Nowelizacja mogłaby na przykład definiować „inność”, wprowadzając do ustawy nowe pojęcie, szersze od pojęcia produktowego rynku właściwego (np. pojęcie „segmentu gospodarki”).

Alternatywne rozwiązanie mogłoby polegać na tym, że nowelizacja wprost rozróżniałaby „inność” będącą przesłanką zastosowania instytucji *leniency plus* oraz „inność” warunkującą konieczność wydania nowej decyzji administracyjnej. Rozwiązanie takie pozwoliłoby uniknąć sztucznej konieczności wydawania odrębnych decyzji administracyjnych w sytuacjach niezwiązanych z *leniency plus*, kiedy dane porozumienie obejmowałoby więcej niż jeden rynek właściwy. W takim wypadku należałoby zerwać z fikcją traktowania kary nakładanej za „ujawnione” przez *leniency plus* porozumienie jako nowej kary, od której nałożenia na „ujawniającego” przedsiębiorcę Prezes UOKiK „odstępuje”. Należałoby wtedy wskazać precyzyjne kryteria, jakimi rządziłoby się obliczanie łącznej kary za wszystkie porozumienia wykryte wskutek *leniency plus*. Można byłoby np. rozważyć w niektórych sytuacjach możliwość przekroczenia przez taką łączną karę progu 10% przychodu.

Reasumując, z projektu nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i towarzyszącego mu uzasadnieniu nie dowiedzieliśmy się jednak (P.S., Sz.S.) jak wprowadzenie instytucji *leniency plus* da się uzasadnić w ramach optymalnego programu *leniency* w Polsce, a jeżeli chodzi o funkcjonowanie tej instytucji w polskim systemie prawa, dowiedzieliśmy się o *leniency plus* wszystkiego, poza najbardziej kluczową dla *leniency plus* kwestią inności „porozumienia”. Mało tego, brak jakiegokolwiek odniesienia się do kwestii „inności” porozumienia w planowanej nowelizacji polskiego prawa konkurencji może, zamiast usprawnić polskie prawo, „wylać dziecko z kąpielą” i wymusić dalej idące nowelizacje.