

„Jak skuteczniej chronić rynek – czas na zmiany w prawie?”

Konferencja UOKiK i Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego (28.03.2012, Wrocław)

Spotkanie na Uniwersytecie Wrocławskim poświęcone zostało omówieniu propozycji UOKiK w zakresie zmian do ustawy antymonopolowej, które mają na celu zwiększenie jej skuteczności w ochronie konkurencji na rynku. Do debaty Prezes UOKiK, dr Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel zaprosiła szerokie grono przedsiębiorców, którzy prezentując swój punkt widzenia wskazywali na wpływ jaki obecnie obowiązujące regulacje wywołują na podejmowane przez nich decyzje biznesowe. Z kolei przedstawiciele zagranicznych urzędów antymonopolowych opowiadali o doświadczeniach związanych z różnymi instytucjami prawa antymonopolowego. Swoje uwagi i postulaty zgłaszali również licznie zgromadzeni reprezentanci środowisk prawniczych.

I. Dobrowolne poddanie się karze

Pierwszy panel otworzył **Grzegorz Materna** (Dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji UOKiK), który przedstawił propozycję wprowadzenia na gruncie prawa antymonopolowego instytucji dobrowolnego poddania się karze. Byłby to instrument opcjonalny dla organu w momencie gdy stwierdzi on, iż jego zastosowanie może przyczynić się do przyspieszenia i uproszczenia postępowania. Zgodnie z obecną propozycją po przeprowadzeniu postępowania UOKiK ujawniałby przedsiębiorcy podstawowe przesłanki decyzji oraz wysokość nałożonej kary. Wówczas mógłby on zaakceptować te ustalenia oraz wysokość kary, zaś w zamian za rezygnację z odwoływania się od decyzji uzyskałby redukcję kary w wysokości do 10%. W opinii UOKiK główną korzyścią jest nie tylko obniżenie kary, lecz także znacznie szybsze wydanie wiążącej decyzji.

Niemieckie doświadczenia w zakresie tego instrumentu prawnego przedstawił **Wilko Töllner** (Referent w Trzecim Wydziale ds. Wydawania Decyzji, Federalny Urząd Kartelowy, Niemcy). *Settlement procedure*¹ posiada w jego ocenie kilka ważnych zalet. Przede wszystkim pozwala na obniżenie kar oraz znaczne uproszczenie i przyspieszenie postępowania, co nie jest bez znaczenia w sprawach niebudzących wątpliwości. Jej wartością jest również przewidywalność postępowania oraz to, że umożliwia kumulację obniżenia kary z tytułu *leniency* oraz *settlement procedure*.

Zgodnie z prawem niemieckim w ramach procedury z inicjatywą do stron wychodzi urząd, który przedstawia tzw. *settlement offer*. Zawiera ona krótkie podsumowanie postępowania wyjaśniającego wraz z maksymalną wysokością kary. Przedsiębiorca może tę propozycję odrzucić albo przyjąć, co oznacza, że przyznaje się do wskazanego naruszenia oraz akceptuje wyniki postępowania wraz z wysokością kary. Wówczas strony podpisują tzw. *protocol of acceptance*. Warto podkreślić, iż zgodnie z wyrokiem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego nie ma możliwości negocjacji w zakresie sentencji decyzji, która jest wydawana w oparciu o przepis prawa. Niewielki poziom uznaniowości jest natomiast dopuszczalny w odniesieniu do kalkulacji kary.

¹ Odpowiednik dobrowolnego poddania się karze [przyp. autora sprawozdania].

Zawarte w ten sposób *settlement* wiąże się z obniżką kary w wysokości do 10%, nie musi jednak oznaczać zrzeczenia się przez przedsiębiorcę możliwości wnoszenia odwołania, która mu zawsze przysługuje. Wówczas jednak traci on prawo do przywilejów związanych z procedurą *settlement*, zaś sąd dokonuje niezależnej oceny dowodów. Niemniej jednak sam *protocol of acceptance* jest dla niego niezwykle istotnym dokumentem, zwłaszcza w przypadku zawarcia tzw. *hybrid settlements*, gdzie tylko część stron zaangażowanych w niedozwoloną praktykę zdecydowała się na współpracę z urzędem.

O komentarz do najnowszych propozycji UOKiK poproszeni zostali przedsiębiorcy. Jako pierwszy głos zabrał **Jacek Niewęglowski** (Członek Zarządu ds. Strategii i Rozwoju Biznesu, P4 Sp. z o.o.), który wskazał na wstępie, iż obszar prawa antymonopolowego jest dla przedsiębiorcy trudny i mało intuicyjny. Obok oczywistych naruszeń istnieje cała szara strefa zachowań, co do których pojawiają się liczne wątpliwości czy są sankcjonowane przez prawo. Dyskutant odniósł się pozytywnie do rozszerzenia katalogu instrumentów urzędu, co w jego opinii pozwoli lepiej dostosować sankcję do sytuacji i uwzględnić okoliczności konkretnego przypadku. Niemniej jednak w jego ocenie zaledwie 10% możliwość redukcji daje urzędowi niewielkie pole manewru, zaś dla samego przedsiębiorcy może być mało atrakcyjna.

W podobnym duchu wypowiadał się **Janusz Naglik** (Dyrektor Generalny Akzo Nobel Decorative Paints Sp. z o.o.), który również wskazywał na liczne dylematy związane z właściwą interpretacją prawa antymonopolowego. Jako przykład wskazał m.in. jednostronne działania sieci wielkopowierzchniowych, które dostawcom narzucają konkretne warunki współpracy kierując się zasadą: *take it or leave it*. W odniesieniu do nowych instrumentów dyskutant wskazał na potrzebę dokładnego doprecyzowania skąd wynika kara wyjściowa i na jakich zasadach została obliczona. Brak takiej klarowności może spowodować trudności przy stosowaniu redukcji. Co więcej, przedsiębiorca decydując się na dobrowolne poddanie się karze musi mieć jasność przed jakim wyborem staje i jakie są alternatywy. Konieczna jest zatem dokładna informacja ze względu na jakie okoliczności kara została nałożona.

W toku dyskusji głos zabrał **dr Maciej Bernatt**, który zapytał o relację proponowanej procedury do art. 78 Konstytucji, który gwarantuje dwuinstancyjność postępowania. W odpowiedzi przedstawiciele UOKiK podkreślili, iż rezygnacja z odwołania nie będzie mieć charakteru definitywnego, jednakże jego złożenie będzie wiązało się z utratą przywilejów związanych z instytucją dobrowolnego poddania się karze. Warto nadmienić, iż dodatkową jej zaletą miałyby być jej niezależność od innych, a zatem w momencie gdy przedsiębiorca byłby beneficjentem *leniency* nie wyklucza to dalszej redukcji kary o wspomniane maksimum 10%. W tym kontekście poruszona została również kwestia sprawiedliwości proceduralnej w toku postępowania antymonopolowego w tym m.in. przestrzeganie zasady wolności od samooskarżania się. Przedstawiciele UOKiK potwierdzili, iż dostrzegają problemy z tym związane i będą się starali uwzględnić je w ramach przygotowywanych propozycji zmian do ustawy.

II. Program leniency

Kolejna grupa proponowanych przez UOKiK zmian obejmuje poszerzenie programu *leniency*, tak żeby stał się bardziej atrakcyjny dla przedsiębiorców a jednocześnie był skuteczniejszym instrumentem eliminacji zmów rynkowych. Ponadto postuluje się wprowadzenie instytucji ***leniency plus***. Zgodnie z propozycją urzędu przedsiębiorca, który złoży wniosek *leniency* jako drugi lub kolejny,

będzie mógł uzyskać dodatkową redukcję kary, jeśli poinformuje organ o innej zмовie, której również był uczestnikiem. W nowej sprawie będzie miał status pierwszego wnioskodawcy.

Amerykańskie doświadczenia w tym obszarze przedstawiła **Belinda Barnett** (Zastępca Głównego Doradcy Prawnego ds. karnych, Wydział ds. Antymonopolowych w Departamencie Sprawiedliwości USA). Omówiony został program *leniency plus*, który w tamtejszej konstrukcji wymaga aby przedsiębiorca będący uczestnikiem postępowania ujawnił organowi wszelkie informacje, jakie posiada odnośnie do innych zмów na rynku². Jak wskazuje praktyka od momentu jego wprowadzenia w 1993 r. ponad połowa postępowań została zainicjowana w tym trybie. Kolejne instrumenty z amerykańskiego prawa antytrustowego to tzw. *affirmative leniency*. Jest to procedura, w ramach której w toku kontroli antymonopolowej organ może zaproponować przedsiębiorcy współpracę w ramach *leniency*. Innym rozwiązaniem jest instytucja *penalty plus*, umożliwiająca zwiększenie kary o 30% ponad ustawowy próg dla przedsiębiorcy, który nie dokona samooskarżenia.

Jednocześnie UOKiK dostrzega niedoskonałości obecnie obowiązujących przepisów i w związku z tym proponuje następujące zmiany:

a) wprowadzenie redukcji kary dla beneficjentów *leniency* w stosunku do kary orzeczonej a nie jak dotąd w stosunku do ustawowych progów w zakresie możliwości jej nałożenia;

b) usunięcie wymogu aby przedsiębiorca chcący skorzystać z *leniency* nie był inicjatorem porozumienia;

c) usunięcie przesłanki zaprzestania uczestnictwa w porozumieniu. Odtąd nie byłaby ona wymogiem bezwzględnym, ale uzależnionym od decyzji organu, który mógłby uznać dalsze w nim uczestnictwo za konieczne dla prawidłowego prowadzenia postępowania.

d) wyłączenie stosowania przepisów ustawy karnej w odniesieniu do uczestników zмów przetargowych. Zdaniem UOKiK brak wniosków w tym obszarze jest spowodowany głównie obawą przed odpowiedzialnością karną.

Dotychczasowe regulacje polskie w zakresie *leniency* komentował **Dariusz Formela** (Prezes Zarządu CM Makton S.A), który opisał doświadczenia zarządzanej przez siebie spółki w tym zakresie. Podkreślił istniejące ryzyko nieobjęcia przywilejami wynikającymi z *leniency* w końcowym etapie postępowania. W celu poprawy zwiększenia atrakcyjności programu wskazywał, iż proces powinien być szybki, w przeciwnym razie przedsiębiorcy nie będą nim zainteresowani. Konieczna jest taka konstrukcja przepisów aby możliwe było samodzielne oszacowanie grożącej kary, przedsiębiorca powinien bowiem wiedzieć przed jakim wyborem stoi. Niezwykle ważna jest również klarowność norm w zakresie dowodu jaki ma być dostarczony organowi, tak aby nie budziło wątpliwości przedsiębiorcy jakiego typu informacje są wymagane.

Ten ostatni wniosek był zgłaszany również przez **Dorothy Hansberry-Bieguńską** (Hansberry Competition), która wskazywała, iż jest to główny problem w skutecznym funkcjonowaniu tej instytucji. Zwracała również uwagę na niejasność związaną z zaprzestaniem udziału w porozumieniu, gdyż przedsiębiorca nie wie czego dokładnie organ oczekuje w tym zakresie, podobnie jak nie ma świadomości czy wciąż postrzegany jest jako współpracujący na gruncie ustawy. A zatem główne postulaty to zwiększenie sprawiedliwości, przewidywalności oraz transparentności całej procedury.

² Kluczową rolę odgrywa tzw. omnibus question: „Do you have any information about any other cartel?”

III. Nowe instrumenty w celu skuteczniejszej ochrony konkurencji

W celu sprawniejszego przywrócenia konkurencji na rynku UOKiK proponuje również wprowadzenie do decyzji kończących postępowanie tzw. środków zaradczych (ang. *remedies*). Rozwiązanie to miałyby nawiązywać do tego przyjętego w Rozporządzeniu 1/2003, a zatem środki o charakterze behawioralnym miałyby pierwszeństwo przed tymi strukturalnymi. W ocenie organu mogłoby to ułatwić przedsiębiorcy dobór odpowiedniego działania, tak aby doprowadzić do usunięcia skutków naruszenia stwierdzonego decyzją.

UOKiK postuluje również wprowadzenie odpowiedzialności finansowej kadry kierowniczej za naruszenie prawa konkurencji (w postaci administracyjnych kar finansowych). Zasadą tej odpowiedzialności miałyby być wina również nieumyślna. W ślad za tym idzie propozycja wprowadzenia programu *leniency* dla osób fizycznych.

O doświadczeniach w zakresie odpowiedzialności osób fizycznych opowiadała **Caroline Wolberink** (Holenderski Urząd Antymonopolowy). W holenderskim prawie pojawiła się ona całkiem niedawno, bo w 2009. Zakres odpowiedzialności obejmuje zarówno wydawanie poleceń czy wprowadzanie w życie praktyk stanowiących naruszenie prawa konkurencji jak i brak jakichkolwiek działań w celu zapobiegnięcia takim zachowaniom. Aby pociągnąć konkretną osobę do odpowiedzialności niezbędne jest wykazanie jej udziału czynnego lub biernego w naruszeniu, które musi mieć poważny charakter. Jako przykład podane zostały kary nałożone na członków zarządu, którzy zostali specjalnie powołani do kontrolowania zgodności działań w spółce z instrukcjami stanowiącymi bezsprzeczny przejaw naruszenia prawa antymonopolowego. Innym przykładem było ukaranie kierownictwa, które odpowiadało za zawarcie umów o charakterze zmów przetargowych, spośród których jeden pełnił funkcję nadzorcy całego procesu. Co prawda, jak podkreśliła prelegentka, za wcześniej jest aby formułować wnioski co do skuteczności obowiązujących przepisów. Niemniej jednak zauważalna jest tendencja, iż spółki są skłonne płacić kary za swoich pracowników, zaś niektórzy z menagerów po prostu ubezpieczają się na okoliczność tego typu kar. A zatem prewencyjna rola opisanej instytucji jak dotąd niekoniecznie znajduje potwierdzenie w praktyce.

Proponowane zmiany komentował również **Bartosz Pałusko** (Prezes Zarządu Vidis S.A.), który zwrócił uwagę, iż tego typu odpowiedzialność indywidualna, może być instrumentem, z którego zechcą skorzystać kontrahenci danego przedsiębiorcy, chcący wyegzekwować odpowiedzialność konkurenta za naruszenie prawa konkurencji. Jak do tej pory cywilna ścieżka dochodzenia swoich praw wydaje się bowiem mało skuteczna. Dokładny opis problemów z tym związanych został przedstawiony przez **dr. hab. Roberta Stefanickiego** (Wydział Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego). Z kolei **dr Marcin Podleś** (Wydział Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego) omówił problematykę roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji ze szczególnym uwzględnieniem problemów jakie pojawiają się na gruncie przepisów prawa polskiego.

IV. Kontrola koncentracji

Ostatni panel konferencji poświęcony był kontroli koncentracji. O roli przedsiębiorcy w tym procesie opowiadali licznie zgromadzeni przedstawiciele środowisk biznesowych. Na początku głos zabrała **Iwona Her** (Amerykańska Izba Handlowa w Polsce, Kancelaria Weil, Gotshal & Manges), która wskazywała na potrzebę zrozumienia procesu koncentracji od strony biznesowej. Kluczową

rolę odgrywają tutaj czynnik czasowy, kosztowy a także przewidywalność działań organu. Możliwość wczesnej identyfikacji ryzyk antymonopolowych znacznie ułatwia przedsiębiorcy negocjacje z partnerem handlowym. W podobnym tonie wypowiedziała się **Maria Pertek** (Dyrektor Departamentu Prawnego Work Service S.A.), która podkreślała, iż dla przedsiębiorcy procedura nabycia spółki jest długotrwała i obciążona niepewnością co do ostatecznego wyniku. Z pewnością otrzymanie decyzji negatywnej stanowi biznesowe niepowodzenie. Dlatego też zwłaszcza przy decyzjach zakazowych i warunkowych możliwość dyskusji z urzędem jest niezwykle wskazana. Na kluczową rolę takiego dialogu wskazywał również **Simon Boyd** (Prezes Zarządu UPC Polska), zwracając dodatkowo uwagę na kwestię rynków relewantnych, która bywa sporna pomiędzy przedsiębiorcą a urzędem. Zachęcał przy tym do prowadzenia analiz w oparciu o jak najbardziej aktualne dane z uwzględnieniem obserwowanych trendów na przyszłość.

Propozycje UOKiK w tym zakresie przedstawił **Robert Kamiński** (Dyrektor Departamentu Kontroli Koncentracji UOKiK). Mają one dwojaki charakter. Po pierwsze, również w tym obszarze dostrzega się niedoskonałości ustawy i w związku z tym proponowane są:

a) zmiana w zakresie liczenia obrotu dla grup kapitałowych w zależności od rodzaju sprawowanej kontroli; przykładowo jeśli udział kapitałowy spółki dominującej w spółce zależnej wynosi 50% uwzględniany będzie obrót na poziomie 50%;

b) uwzględnianie przy obliczaniu obrotów kilku następujących po sobie transakcji jako jedną koncentrację;

c) rozszerzenie katalogu przesłanek wyłączających z art. 14 pkt 1 ustawy o utworzenie nowego przedsiębiorcy (joint venture) oraz nabycie mienia w toku postępowania upadłościowego, uwzględniając jednak dotychczasowy prog obrót tj. 10 mln euro.

d) wprowadzenie możliwości utajnienia terminu na realizację warunku nałożonego w decyzji, na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy.

Ponadto UOKiK proponuje znaczące przeformułowanie procedury kontroli koncentracji. Przede wszystkim organ zauważa potrzebę wprowadzenia odrębnych procedur w zależności od stopnia skomplikowania danej sprawy. W przypadku koncentracji prostszych, niebudzących wątpliwości z punktu widzenia ograniczenia konkurencji przewidziana byłaby jedna faza, zaś decyzja powinna być wydana w ciągu miesiąca. Z kolei koncentracje trudniejsze i budzące zastrzeżenia w oparciu o postanowienie miałyby być kierowane do drugiej fazy postępowania. Następnie przeprowadzane byłyby dokładne analizy rynku i otoczenia konkurencyjnego. Proces ten w zależności od rezultatu miałby zakończyć się wydaniem zgody albo formalnego zawiadomienia o zastrzeżeniach (tzw. *competition concern*) w połączeniu z propozycją warunku ze strony organu. Podobnie jak obecnie jego akceptacja spowodowałaby wydanie decyzji warunkowej, zaś jej brak decyzji zakazującej. W odniesieniu do koncentracji, które trafią do drugiej fazy postępowanie miałyby zakończyć się w ciągu 4 miesięcy.

Przewidywalność działań UOKiK i kluczowa rola czynnika czasowego to dwa podstawowe postulaty, które przewijały się w wypowiedziach przedsiębiorców poproszonych o skomentowanie proponowanych zmian. Na początku głos zabrał **Maciej Szymański** (Prezes Zarządu NFI Empik Media & Fashion S.A.), który wskazywał, iż słuszne byłoby usztywnienie ram czasowych w ramach postępowania dwuetapowego, jak również uproszczenie wymogów w prostych sprawach. Podkreślał rolę dialogu z urzędem, tak by uniknąć sytuacji, gdzie przedsiębiorca aż do momentu wydania decyzji nie otrzymuje żadnego sygnału, iż jego sprawa budzi wątpliwości urzędu i może zakończyć się

wydaniem decyzji zakazującej. Postulował również by przy wyznaczaniu rynków właściwych urząd przynajmniej odniósł się do analiz rynkowych przedstawionych przez zgłaszających.

Z kolei **Krzysztof Rosiński** (Prezes Zarządu Getin Noble Bank) w praktyczny sposób przedstawił problemy jakie napotyka przedsiębiorca planujący proces przejęcia wynikający z niemożności przewidzenia czasu trwania i rezultatów postępowania antymonopolowego. Stąd kluczowego znaczenia nabierają odpowiednie zapisy przedwstępnej umowy sprzedaży, których właściwe sformułowanie w kontekście aktualnej praktyki urzędu stanowi dla przedsiębiorcy nie lada wyzwanie. Problematyczne jest nie tylko określenie odpowiedniego terminu do zamknięcia transakcji, ale przede wszystkim trudność w przewidzeniu wyniku postępowania. To oznacza, iż ciężko jest oszacować ryzyko biznesowego całego przedsięwzięcia.

Dyskutant wskazał również na problemy jakie napotyka zarówno nabywca, jak i sprzedawca w tzw. okresie przejściowym (pomiędzy umową przedwstępną a ostateczną). Przedłużanie się tego okresu jest problematyczne dla nabywcy, który chciałby jak najszybciej zacząć restrukturyzację i harmonizację podmiotu, a krępowany jest licznymi ograniczeniami. W międzyczasie wartość przejmowanej spółki cały czas spada (odchodzą pracownicy, wkrada się niepewność co do powodzenia przedsięwzięcia itd.). W niewygodnej sytuacji jest również sprzedający, który zazwyczaj na wypadek wydania decyzji warunkowej ma możliwość odstąpienia od transakcji. To jednak wcale nie poprawia jego biznesowej pozycji, gdyż z pewnością w najbliższym czasie nie uzyska już równie dobrych warunków finansowych. Wiadomym jest również, iż ponowne wyjście z ofertą na rynek jest opłacalne dopiero po pewnym czasie. Stąd też dialog z urzędem i bieżąca informacja na temat zastrzeżeń co do koncentracji wydają się być kluczowe dla właściwego wypracowania strategii biznesowej dla przedsiębiorcy.

Z kolei **dr Dominik Wolski** (Kierownik ds. Prawych Jeronimo Martins Dystrybucja) zwracał uwagę na problemy z realizacją przez przedsiębiorcę warunku nałożonego przez organ antymonopolowy. Zdecydowanie poparł propozycję wprowadzenia możliwości utajnienia terminu w jakim warunek ma być zrealizowany. Dotychczasowe uregulowania sprawiają bowiem, iż przedsiębiorca siadając do stołu negocjacyjnego z potencjalnym kontrahentem ma z góry przegraną pozycję. Dr Wolski podniósł również kwestię niemożliwości ziszczenia warunku. Do rozważenia jest też sytuacja, gdzie po okresie 12-18 miesięcy rynek ulega diametralnej zmianie. Co wówczas dzieje się z warunkiem? Na dzień dzisiejszy w przypadku nieziszczenia warunku jedyną możliwością jest zgłoszenie do UOKiK niewykonania warunku wraz z uzasadnieniem.

Odnośnie do procedury kontroli koncentracji swoje propozycje zgłosiła również **dr Marta Sendrowicz** (Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego). Przede wszystkim postulowała aby równolegle ze zmianami w ustawie odpowiedniemu uaktualnieniu i poszerzeniu uległy Wytyczne³. Za istotną uznała instytucjonalizację dialogu przedsiębiorcy z urzędem, tak aby uzyskać on większą pewność swoich uprawnień. W szczególności pożądana jest to w kontekście możliwości negocjacji warunku w decyzjach koncentracyjnych, która w praktyce działań urzędu jak najbardziej istnieje, jednak w chwili obecnej nie znajduje żadnego oparcia formalnoprawnego. Ponadto proponowała wprowadzenie możliwości utajnienia zamiaru koncentracji w Biuletynie Informacji Publicznej na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy. Przedstawiciele UOKiK przychyliłi się do dwóch pierwszych propozycji, nie przewidują natomiast żadnych zmian w zakresie ostatniego postulatu.

³ Wyjaśnienia w sprawie zgłaszania zamiaru koncentracji [przypis autorki sprawozdania].

Konferencję podsumowała Prezes UOKiK, która podziękowała wszystkim zgromadzonym za przybycie i owocną dyskusję, zapewniając jednocześnie, iż wszystkie postulaty były uważnie wysłuchiwane i będą przedmiotem rozważań w toku opracowywania zmian do ustawy. Zgodnie z zapowiedziami **ogłoszenie oficjalnego projektu planowane jest w przeciągu kilku najbliższych miesięcy.**

Elżbieta Krajewska

Prawnik i ekonomista; Stały Współpracownik CARS;
współpracownik kancelarii SPCG sp.k.;
aplikant adwokacki ORA w Warszawie.