

Małgorzata Anna Nesterowicz*

Brazylijska Ustawa o Systemie Ochrony Konkurencji

Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Organy Brazylijskiego Systemu Ochrony Konkurencji
- III. Niedozwolone praktyki
- IV. Koncentracja przedsiębiorstw
- V. Podsumowanie

I. Wprowadzenie

Dnia 30.11.2011 r., po sześciu latach prac, przyjęta została w Brazylii kompleksowa ustawa o Brazylijskim Systemie Ochrony Konkurencji (Ustawa nr 12.529). Ustawa stanowi nowelizację pierwszej brazylijskiej ustawy antymonopolowej z 1994 r. (Ustawa nr 8.884/94). Dokonuje ona zmian w systemie organów ochrony konkurencji, wyposażając w większość kompetencji w zakresie ochrony konkurencji Radę ds. Ochrony Gospodarki (CADE).

Ustawa ma zastosowanie do „niekonkurencyjnych” praktyk mających miejsce na terytorium Brazylii, jak również do praktyk mających miejsce poza terytorium Brazylii, których efekty są jednak na tym terytorium odczuwalne. Katalog tych praktyk jest w ustawie z 2011 r. bardzo bogaty – znacznie szerszy niż w poprzedniej ustawie. W stosunku do poprzedniej ustawy wprowadzono również zmiany w odniesieniu do wymierzania sankcji, które obliczane są w stosunku do wysokości dochodu przedsiębiorstwa na tym samym rynku właściwym, na którym miały miejsce niedozwolone praktyki. Zasadnicze zmiany dotyczą jednakże przede wszystkim kontroli koncentracji przedsiębiorstw; w przeciwieństwie do poprzedniej ustawy przedsiębiorstwa mogą dokonać koncentracji dopiero po uzyskaniu *expressis verbis* zezwolenia ze strony właściwego organu ds. konkurencji.

Ustawa weszła w życie 29.05.2012 r.

II. Organy Brazylijskiego Systemu Ochrony Konkurencji

Ustawa nr 12.529 ustanawia Brazylijski System Ochrony Konkurencji, w którego skład wchodzi: Rada Administracyjna ds. Ochrony Gospodarki (CADE) i Sekretariat Gospodarczy przy Ministerstwie Finansów (art. 3).

1. Rada Administracyjna ds. Ochrony Gospodarki

Rada Administracyjna ds. Ochrony Gospodarki (Conselho Administrativo de Defesa Economica, zwana w ustawie CADE) jest organem wyposażonym w kompetencje śledcze, oskarżycielskie i decyzyjne. Składa się z następujących trzech organów:

– Trybunału Administracyjnego ds. Ochrony Gospodarki,

* Dr nauk prawnych Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, obecnie Senior Legal Officer w Europejskiej Agencji Bezpieczeństwa Morskiego w Lizbonie. Opinie przedstawione w tym artykule są opiniami własnymi autorki i nie wiążą Agencji.

- Generalnego Organu Nadzoru i
- Departamentu ds. Studiów Gospodarczych.

Trybunał Administracyjny ds. Ochrony Gospodarki ma za zadanie tworzenie warunków dla funkcjonowania konkurencji na rynku brazylijskim poprzez, w szczególności, pełnienie nadzoru nad funkcjonowaniem ustawy i przestrzeganiem jej wymogów przez przedsiębiorstwa. Jest on organem orzekającym, który prowadzi – w ramach postępowania administracyjnego i na posiedzeniach plenarnych – sprawy dotyczące praktyk ograniczających konkurencję (nadużywania pozycji dominującej na rynku oraz niedozwolonych porozumień). W ramach postępowania administracyjnego w sprawach praktyk Trybunał Administracyjny może podjąć decyzję o zastosowaniu środków tymczasowych, decyzję stwierdzającą naruszenie i nakazującą zaprzestanie naruszenia praktyk oraz o nałożeniu sankcji administracyjnych (art. 9).

Trybunał prowadzi również, także na posiedzeniach plenarnych, sprawy dotyczące kontroli koncentracji przedsiębiorstw i wydaje decyzje udzielające zezwolenie lub odmawiające zezwolenia na koncentrację w celu niedopuszczenia do tworzenia na rynku podmiotów dominujących.

Decyzje Trybunału podejmowane są zwykłą większością, a wymagane quorum do podejmowania decyzji wynosi 4 członków Trybunału.

Członkami Trybunału są Prezydent i sześciu członków Trybunału, powoływanych na okres 4 lat przez Prezydenta Republiki i zatwierdzanych przez Senat (art. 6). Są to osoby o wykształceniu prawniczym lub ekonomicznym. Rola Prezydenta Trybunału jest głównie reprezentacyjna i organizacyjna w odniesieniu do pracy Trybunału; niemniej jednak to on przewodniczy obradom i podpisuje decyzje, umowy oraz konwencje, w których uczestniczy Rada (art. 10).

Drugi z organów Rady, tzw. Generalny Organ Nadzoru, składa się z trzech osób powołanych na okres 2 lat. Organ ten ma za zadanie monitorowanie praktyk na rynku, zbieranie informacji i dowodów, wymaganie kopii dokumentów, przyjmowanie oświadczeń, przeprowadzanie inspekcji w siedzibie przedsiębiorstw. Jeżeli Organ Nadzoru stwierdzi, że na rynku mają miejsce niedozwolone praktyki kartelowe lub nadużywanie pozycji dominującej, wnosi sprawę przeciwko odpowiednim osobom lub przedsiębiorstwom do Trybunału Administracyjnego (art. 12). W odniesieniu do spraw, które prowadzi, może on również decydować o stosowaniu środków tymczasowych, jeżeli są one konieczne dla zapewnienia funkcjonowania konkurencji na rynku. W odniesieniu do koncentracji przedsiębiorstw organ ten dokonuje wstępnej analizy wniosku i może podjąć decyzję administracyjną dotyczącą zezwolenia na koncentrację. Od decyzji tej przysługuje odwołanie do Trybunału Administracyjnego.

W egzekucji środków Generalnego Organu Nadzoru i decyzji Trybunału pomaga Specjalny Prokurator Federalny (art. 15).

Trzecim organem Rady jest Departament ds. Studiów Gospodarczych. Organ ten ma za zadanie prowadzenie wszelkiego rodzaju studiów i badań rynkowych z własnej inicjatywy lub na zlecenie Trybunału (lub jednego z jego członków) albo Generalnego Organu Nadzoru. Szefem Departamentu jest Główny Ekonomista. Uczestniczy on w obradach Trybunału bez prawa do głosu (art. 17).

2. Sekretariat Gospodarczy przy Ministerstwie Finansów

Drugim elementem Brazylijskiego Systemu Ochrony Konkurencji jest Sekretariat Gospodarczy przy Ministerstwie Finansów. Jego zadaniem jest przedstawianie opinii w odniesieniu do projektów ustawodawczych i projektów zmian ustawodawczych, aby zapewnić uwzględnienie przez nie

zbiorowych interesów konsumentów, użytkowników usług i innych uczestników rynku. W tym celu może wszczynać konsultacje społeczne lub zamawiać odpowiednie studia ekonomiczne.

Sekretariat może również proponować zmianę ustaw i innych aktów normatywnych z własnej inicjatywy, jeżeli wymagają tego funkcjonowanie konkurencji na rynku lub zbiorowe interesy konsumentów (art. 19).

III. Niedozwolone praktyki

1. Katalog niedozwolonych praktyk

Artykuł 36 Ustawy formułuje bogaty katalog praktyk uznanych za niedozwolone:

- ograniczanie, utrudnianie i zagrażanie w jakikolwiek sposób funkcjonowaniu wolnej konkurencji;
- zdominowanie właściwego rynku towarów lub usług, za wyjątkiem sytuacji, gdy jest to wynikiem naturalnego procesu rynkowego uzyskania przewagi przez najbardziej efektywnego przedsiębiorcę (art. 36 ust. 1);
- arbitralne narzucanie niesłusznych cen, a przez to uzyskiwanie nieodpowiednich zysków;
- nadużywanie pozycji dominującej (za pozycję dominującą uważa się sytuację, gdy przedsiębiorstwo lub grupa przedsiębiorstw może w sposób jednostronny kontrolować sytuację rynkową albo gdy posiada ponad 20% właściwego rynku);
- wszelkie porozumienia pomiędzy konkurującymi przedsiębiorstwami, które mają na celu ustalanie cen towarów i usług, ograniczanie lub kontrolowanie produkcji towarów lub oferty usług, podział aktualnych i przyszłych rynków towarów i usług, jak również źródeł lub okresów zaopatrzenia i dystrybucji, ustalanie cen i warunków udziału lub powstrzymanie się od udziału w przetargach publicznych;
- wszelkie inne porozumienia mające na celu doprowadzenie do jednolitego zachowania się konkurentów na rynku;
- ograniczanie lub uniemożliwianie wejścia nowym przedsiębiorstwom na rynek;
- ustanawianie przeszkód dla tworzenia się lub rozwoju nowych przedsiębiorstw, a w szczególności uzyskiwania przez nie nowych źródeł zaopatrzenia lub finansowania;
- uniemożliwianie konkurującym przedsiębiorstwom dostępu do źródeł zaopatrzenia, podstawowych surowców, technologii, infrastruktury i kanałów dystrybucji;
- wymaganie lub uzyskiwanie wyłączności na reklamę w środkach masowego przekazu;
- stosowanie nieuczciwych metod dla spowodowania zmian cen produktów i usług konkurencji;
- zawieranie umów mających na celu ograniczanie lub kontrolowanie rozwoju technicznego lub inwestycji związanych z produkcją lub dystrybucją towarów i ofertą usług;
- uzależnianie zawarcia umów od przyjęcia przez dystrybutorów, hurtowników, reprezentantów handlowych i innych podmiotów dodatkowych warunków dotyczących ich stosunków z konsumentami, tj. cen odsprzedaży, rabatów, warunków płatności, minimalnych lub maksymalnych ilości, stopy zysku;
- dyskryminację pomiędzy podmiotami dostarczającymi lub nabywającymi towary poprzez stosowanie zróżnicowanych cen lub nierównych warunków do świadczeń równoważnych związanych ze sprzedażą towarów lub świadczeniem usług;
- odmawianie sprzedaży towarów lub świadczenia usług w ramach normalnych warunków płatności zgodnych z zasadami rynkowymi lub zwyczajami handlowymi;

- utrudnianie rozwoju lub zaniechanie stosunków handlowych ze współpracującym przedsiębiorstwem, gdy nie zgadza się ono na przyjęcie zasad lub klauzul umownych zawierających niesprawiedliwe lub antykonkurencyjne warunki;
- niszczenie, odbieranie użyteczności lub monopolizowanie podstawowych surowców, półproduktów lub produktów finalnych albo niszczenie lub odbieranie użyteczności infrastruktury służącej do ich produkcji, dystrybucji i transportu;
- monopolizowanie lub uniemożliwianie użytkowania technologii lub praw własności przemysłowej i intelektualnej;
- sprzedaż towarów lub świadczenie usług poniżej kosztu;
- wstrzymywanie dystrybucji dóbr konsumpcyjnych, za wyjątkiem tego, gdy służy to zapewnieniu pokrycia kosztów produkcji,
- całkowite lub częściowe zaprzestanie aktywności przedsiębiorstwa bez ważnego powodu;
- uzależnianie sprzedaży produktu od zakupu innego produktu lub skorzystania z usługi lub uzależnianie świadczenia usługi od skorzystania z innej usługi lub zakupu produktu;
- nadużywające wykonywanie lub korzystanie z praw własności przemysłowej, intelektualnej, praw do technologii lub do znaku towarowego.

2. Postępowanie administracyjne w sprawie niedozwolonych praktyk

Dochodzenie w sprawie praktyk antykonkurencyjnych wszczyna Generalny Organ Nadzoru z własnej inicjatywy lub na wniosek zainteresowanej strony. Dochodzenie składa się z dwóch etapów. W pierwszym etapie Organ Nadzoru ocenia, czy praktyka będąca przedmiotem dochodzenia podlega zasadom prawa konkurencji. Etap ten nie może trwać dłużej niż 30 dni. Jeżeli decyzja jest pozytywna, Organ Nadzoru przechodzi do drugiego etapu, który polega na ocenie zgodności praktyki z zasadami prawa konkurencji. Etap ten nie może trwać dłużej niż 180 dni (choć w określonych sytuacjach okres ten może zostać przedłużony o kolejne 60 dni). Na zakończenie tego etapu Organ Nadzoru może zdecydować, że praktyka niezgodna z konkurencją nie miała miejsca i w związku z tym sprawa zostaje umorzona albo, że taka praktyka miała miejsce i w związku z tym sprawa zostaje skierowana do Trybunału Administracyjnego na drogę postępowania administracyjnego (art. 66-83).

Na jakimkolwiek etapie dochodzenia lub postępowania przewodniczący sprawozdawcy mogą zdecydować z własnej inicjatywy lub na wniosek Specjalnego Prokuratora Federalnego o zastosowaniu środków tymczasowych, jeżeli istnieje zagrożenie nieodwracalnych szkód na rynku. Takie środki polegają przede wszystkim na nakazie natychmiastowego zaniechania danej praktyki lub powrotu do sytuacji sprzed rozpoczęcia praktyki pod sankcją grzywny za każdy dzień opóźnienia (art. 84).

Postępowanie administracyjne kończy się decyzją nie stwierdzającą naruszenia prawa konkurencji lub decyzją stwierdzającą takie naruszenie. W tym drugim przypadku decyzja zawiera wymóg zaprzestania naruszenia oraz nakłada na autora naruszenia odpowiednie sankcje administracyjne.

3. Sankcje

Artykuł 37 Ustawy przewiduje następujące kary za niedozwolone praktyki:

A) W odniesieniu do przedsiębiorstw: grzywna pomiędzy 0,1% a 20% zysku brutto przedsiębiorstwa lub grupy na rynku właściwym, tj. w ramach działalności, w której praktyki niedozwolone miały miejsce oraz w roku budżetowym poprzedzającym wszczęcie postępowania administracyjnego.

Grzywna nigdy nie może być niższa od korzyści odniesionej w wyniku stosowania niedozwolonej praktyki; w ustawie z 1994 r. grzywna wynosiła 1-30% całego dochodu przedsiębiorstwa.

B) W odniesieniu do osób fizycznych, osób prawnych prawa publicznego i prywatnego oraz stowarzyszeń lub innych grup nie posiadających osobowości prawnej i które nie prowadzą działalności gospodarczej: grzywna od 50 000 do 2 000 000 R\$ (reali brazylijskich).

C) W odniesieniu do członka zarządu przedsiębiorstwa odpowiedzialnego pośrednio lub bezpośrednio za praktykę niedozwoloną, pod warunkiem udowodnienia mu winy: grzywna pomiędzy 1% a 20% grzywny nałożonej na właściwe przedsiębiorstwo.

W przypadku naruszenia o charakterze recydywistycznym, grzywnę nakłada się w wysokości podwójnej.

Razem z grzywną mogą zostać nałożone inne kary. Obejmują one m.in. publikację decyzji stwierdzającej praktykę niedozwoloną we właściwych mediach na koszt przedsiębiorstwa, zakaz uczestniczenia w przetargach publicznych, zakaz prowadzenia działalności gospodarczej przez okres do 5 lat, zamknięcie przedsiębiorstwa i sprzedaż jego aktywów.

W ramach postępowania administracyjnego osoby fizyczne lub prawne, które były autorami niedozwolonej praktyki mogą skorzystać z programu Leniency. Oznacza to, że jeżeli współpracują w ramach dochodzenia lub postępowania z odpowiednim organem w odniesieniu do gromadzenia informacji i identyfikacji praktyki, sankcje, które byłyby na nie nałożone zgodnie z prawem, mogą zostać zniesione całkowicie lub zmniejszone o 1/3 lub 2/3 (art. 86).

IV. Kontrola koncentracji przedsiębiorstw

1. Wniosek o zezwolenie na koncentrację

Wniosek o zezwolenie na koncentrację przedsiębiorstw powinien być skierowany do Rady Administracyjnej ds. Ochrony Gospodarki jeszcze przed zawarciem przez przedsiębiorstwa umowy o koncentracji. O zezwolenie na koncentrację przedsiębiorstwa powinny ubiegać się, jeżeli chociaż jedna z grup przedsiębiorstw dążących do koncentracji osiągnęła w poprzednim roku budżetowym obrót na terytorium Brazylii równy lub wyższy od 400 000 000 R\$, a druga grupa przedsiębiorstw (lub przedsiębiorstwo) osiągnęła w poprzednim roku budżetowym obrót na terytorium krajowym równy lub wyższy od 30 000 000 R\$ (art. 88); Ustawa z 1994 r. uzależniała wniosek od 20%-ego progu udziału w rynku właściwym co najmniej jednego przedsiębiorstwa. Przedsiębiorstwa mogą dokonać koncentracji dopiero po podjęciu decyzji przez właściwy organ Rady Administracyjnej, w przeciwnym wypadku podlegają grzywnie od 60 000 R\$ do 60 000 000 R\$. Stanowi to zasadniczą zmianę w stosunku do ustawy z 1994 r., zgodnie z którą przedsiębiorstwa składały wniosek do Rady, ale mogły kontynuować proces koncentracji bez oczekiwania na decyzję.

2. Postępowanie w sprawie koncentracji przedsiębiorstw

Wniosek o zezwolenie na koncentrację skierowany do Rady Administracyjnej ds. Ochrony Gospodarki powinien zostać rozpatrzony w ciągu 240 dni od złożenia (z możliwością przedłużenia na prośbę stron o 60 dni lub decyzją Rady dla dodatkowego badania o 90 dni, niemniej jednak okres pomiędzy złożeniem wniosku o wydaniem ostatecznej decyzji w jego sprawie nie może przekroczyć 330 dni) (art. 88 ust. 2).

Wniosek powinien zawierać dokumenty wskazane w odpowiednim rozporządzeniu Rady. Podlega on wstępnej analizie przez Generalny Organ Nadzoru. Analiza wstępna dotyczy wymogów formalnych wniosku; w jej wyniku może okazać się konieczne dostarczenie brakujących dokumentów (art. 57).

Następnym etapem jest analiza meritum wniosku, w dalszym ciągu przez Generalny Organ Nadzoru, w odniesieniu w szczególności do rynku właściwego i do potencjalnych skutków, jakie koncentracja może spowodować na tym rynku. Zakazana jest koncentracja przedsiębiorstw, która doprowadzi do wykluczenia konkurencji w znaczącej części rynku właściwego lub która spowoduje stworzenie lub wzmocnienie pozycji dominującej przedsiębiorstwa na właściwym rynku towarów i usług (art. 88 ust. 5). Taka koncentracja może być jednak dopuszczona, pomimo spełnienia powyższych kryteriów negatywnych, jeżeli prowadzi ona do wzrostu produktywności lub wzrostu konkurencyjności, wzrostu jakości towarów lub usług lub wsparcia postępu technicznego i gospodarczego, przy zastrzeżeniu słusznej części tych korzyści dla konsumentów (art. 88 ust. 6).

Organ Nadzoru może podjąć decyzję o zezwoleniu na koncentrację. Jeżeli nie jest w stanie jej wydać (gdy uważa, że zezwolenie nie powinno być wydane, albo może być wydane tylko pod pewnymi warunkami, albo nie jest w stanie wyciągnąć odpowiednich wniosków co do potencjalnych skutków koncentracji na rynku właściwym), kieruje sprawę do Trybunału Administracyjnego. Trybunał, po przeprowadzeniu odpowiedniego postępowania i – gdy zajdzie potrzeba – dodatkowej analizy rynkowej, przyjmie decyzję, na podstawie której zezwoli na koncentrację albo odmówi takiego zezwolenia. Może również zezwolić na koncentrację pod pewnymi warunkami, które mogą zmniejszyć negatywne skutki koncentracji dla rynku; może np. nakazać sprzedaż części aktywów przedsiębiorstwa, rozdzielenie określonych struktur działalności gospodarczej, udostępnienie innym przedsiębiorstwom licencji na korzystanie z praw własności intelektualnej (art. 58). Decyzja Trybunału jest ostateczna i nie podlega zaskarżeniu do sądu.

Od decyzji Generalnego Organ Nadzoru w sprawie koncentracji można odwołać się do Trybunału Administracyjnego w ciągu 15 dni; uprawnionym do złożenia odwołania jest każdy zainteresowany podmiot lub odpowiednia państwowa agencja regulacji właściwej dziedziny przemysłu. Trybunał, po przeprowadzeniu odpowiedniego postępowania i – gdy zajdzie potrzeba – dodatkowego badania, podejmie decyzję, na mocy której utrzyma lub zmieni decyzję Generalnego Organu Nadzoru.

V. Podsumowanie

Nowa ustawa o Brazylijskim Systemie Ochrony Konkurencji zyskuje – jak dotychczas – pozytywne oceny; uznawana jest za nowoczesny akt prawny, który stawia Brazylię na czele członków ugrupowania MERCOSUR i zapewnia przedsiębiorstwom funkcjonującym na terenie Brazylii warunki niezakłóconej konkurencji.

Przyjęcie nowej ustawy jest logiczną konsekwencją gospodarczego rozwoju Brazylii. Podczas gdy pozostali członkowie MERCOSUR zmagają się ze światowym kryzysem gospodarczym, wskaźniki wzrostu gospodarczego Brazylii pozostały bez zmian w 2009 r., a w 2010 r. wskaźnik GDP wzrósł o 7,5%. Oznacza to również zwiększony wysiłek organów konkurencji (np. w 2010 r. organ ds. konkurencji poddał analizie 640 koncentracji przedsiębiorstw), w związku z czym zasady powinny być klarowne, a zadania organów konkurencji wyraźnie sprecyzowane, do czego właśnie zmierza nowa ustawa. Niedługo będzie można przekonać się, jak działa ona w praktyce.