

II Międzynarodowe Forum Prawa Konkurencji. Sprawozdanie z konferencji zorganizowanej przez UOKiK – Warszawa, 27.09.2012 r.

Spotkanie pod patronatem UOKiK, dedykowane najważniejszym wyzwaniom z zakresu prawa konkurencji, zgromadziło wybitnych specjalistów m.in. z zagranicznych urzędów antymonopolowych (w tym KE, OECD, UNCTAD), a także polskich przedstawicieli środowisk prawniczych i biznesowych. Konferencję otworzyła Prezes UOKiK, dr Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel, która przedstawiła tematykę Forum, podkreślając iż przeprowadzona debata i opinie zgromadzonych na sali wybitnych ekspertów są szczególnie cenne w kontekście planowanych zmian w polskim prawie antymonopolowym. Dodatkowo wskazała, iż zainicjowana konferencja jest tylko początkiem szerszej debaty, która kontynuowana będzie podczas organizowanego przez UOKiK spotkania Międzynarodowego Forum Prawa Konkurencji (ICN) w kwietniu 2013 r. Kolejno głos zabrał dr hab. Piotr Ostaszewski¹, który przywołując słowa Margaret Thatcher (*The manner of winning is a matter of honour*) wskazał jak ważne jest, aby przedsięwzięcia osiągające biznesowy sukces dążyły do niego uczciwymi metodami.

Następnie Joaquín Almunia² pokrótce przedstawił najważniejsze wyzwania, jakie stoją przed polityką ochrony konkurencji w Unii Europejskiej. Zwrócił przy tym uwagę na liberalizację sektora telekomunikacyjnego, a także próby stworzenia jednolitego rynku energii. Przedstawił również ostatnie działania KE w sprawach *Google* czy *Universal*, a także podpisanie z Chinami *Memorandum of Understanding*, które ma przyczynić się do pogłębienia wzajemnej współpracy. Z kolei Eduardo Perez Motta³ omówił podstawowe działania kierowanej przez siebie Międzynarodowej Sieci Konkurencji. Podkreślił, iż obserwowane spowolnienie gospodarcze nie może stać się wymówką do złagodzenia polityki konkurencji, gdyż tracą na tym konsumenci, którzy, jak pokazują badania, na rynkach niekonkurencyjnych płacą ceny wyższe przeciętnie o 40%. Z drugiej jednak strony polityka ta musi być wyważona, tak aby nie przeprowadzać interwencji tam, gdzie już same jej koszty przewyższają ewentualną szkodę poniesioną przez konsumentów. Aby tego uniknąć OECD stara się identyfikować te sektory, w których ilość regulacji nadmiernie ogranicza konkurencję. Jednym z takich przykładów jest obszar kart kredytowych czy debetowych.

Pierwszy panel konferencji, prowadzony przez dr Martę Sendrowicz⁴, poświęcony został skutecznemu wykrywaniu karteli przy jednoczesnym respektowaniu prawa przedsiębiorcy do rzetelnego procesu. Wystąpienie Krisa Dekeyser'a⁵ dedykowane zostało działaniom KE na rzecz lepszej implementacji wspomnianych celów w ramach prowadzonych przez nią postępowań. Prelegent podkreślił, iż wymogi rzetelnego procesu nie mogą być dyskutowane w oderwaniu od jego efektywności i sprawności, zaś prawa różnych uczestników nie zawsze są do pogodzenia. Obecny system jest zgodny z EKPCz, zaś wewnątrz samej KE istnieją liczne mechanizmy wzajemnej kontroli, która ma

¹ Prorektor Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie (SGH).

² Wiceprzewodniczący, Komisarz ds. Konkurencji, Komisja Europejska.

³ Przewodniczący, Meksykański Urząd Antymonopolowy, Przewodniczący Międzynarodowej Sieci Konkurencji (ICN).

⁴ Uniwersytet Warszawski, Partner w Allen & Overy, A. Pędzich.

⁵ Kierownik Działu ds. Polityki Konkurencji i Praktyk Ograniczających Konkurencję oraz Kontroli Wewnętrznej, DG ds. Konkurencji, Komisja Europejska.

gwarantować obiektywność. Ponadto, w 2011 r. KE zdecydowała o wprowadzeniu Dobrych Praktyk, w ramach których m.in. poszerzono zakres prawa do bycia wysłuchanym, a także zwiększono rolę urzędnika ds. wysłuchań (*hearing officer*). Nie oznacza to, że obecny system jest doskonały, jednakże zamiast radykalnej zmiany instytucjonalnej wciąż możliwe są ulepszenia w ramach dotychczasowych rozwiązań.

Działania polskiego urzędu w tym zakresie przedstawił dr Grzegorz Materna⁶. Na wstępie podkreślił, iż zasadniczo nie ma sprzeczności pomiędzy sprawiedliwością a efektywnością proceduralną, jednak gdy istnieje wiele równorzędnych rozwiązań urząd winien wybierać te najbardziej efektywne. Wskazał również, iż niezależnie od litery prawa polski organ antymonopolowy stara się w swojej praktyce niwelować niedoskonałości ustawodawstwa. Krokiem w kierunku zwiększenia sprawiedliwości proceduralnej ma być również obecny projekt założeń do zmian ustawy. W tym zakresie urząd zaproponował doprecyzowanie zasad dotyczących stosowania w polskim prawie ochrony porady prawnej (LPP). Postuluje również rozróżnienie czynności kontroli i przeszukania oraz ograniczenie zakresu tych drugich do postępowań antymonopolowych, przeprowadzanych po udzieleniu zgody przez sąd. Ponadto proponuje się doprecyzowanie w ustawie przesłanek nakładania kar pieniężnych, a także wydłużenie terminu na złożenie odwołania od decyzji.

Z kolei mec. Jolanta Tropaczyńska⁷ zaprezentowała problematykę sprawiedliwości proceduralnej z punktu widzenia przedsiębiorców. Odnośnie do ochrony porady prawnej (LPP) wskazała, iż obecne rozwiązania są niewystarczające, zaś ku rozczarowaniu przedsiębiorców w ramach planowanej nowelizacji ostatecznie zrezygnowano z proponowanych ulepszeń. Podkreśliła również, iż postulowane prawo dostępu do całości danych elektronicznych przedsiębiorcy w toku przeszukania jest zdecydowanie zbyt daleko idące. Podniosła także problem poufności przeszukania przeprowadzanego przez urząd, aby uniknąć angażowania w cały proces opinii publicznej, która przedwcześnie dokonuje publicznego osądu przeszukiwanego przedsiębiorstwa.

O najważniejszych wyzwaniach na styku sprawiedliwości i efektywności proceduralnej opowiadał również prof. dr Jacques Steenbergen⁸. W swoim wystąpieniu rozważał zasadność procedury wnioskowej oraz sposób postępowania organu w postępowaniach wszczętych w tym trybie. Wiele uwagi poświęcił wnioskowi *leniency* oraz konieczności rozważnego wykorzystania przez organ informacji uzyskanych w tym trybie. Jednocześnie wskazał na potrzebę ochrony uzasadnionych interesów wnioskodawcy, który działa w zaufaniu do organu. Ponadto przedstawił kontrowersje związane ze stosowaniem przez organ innych metod śledczych (takich jak podsłuchy, informacje od demaskatorów itp.).

Drugi panel konferencji moderowany przez Johna Davisa⁹ poświęcony został nowym trendom w polityce nakładania kar na przedsiębiorców. W pierwszej części omówiony został temat skuteczności kar pieniężnych. Dyskusję otworzył Grzegorz Kanicki¹⁰, który podkreślił, iż nie wykazano bezpośredniego związku pomiędzy poziomem kar a stopniem przestrzegania prawa konkurencji. Problematiczne jest również wskazanie, kogo wysokie kary miałyby odstraszać, gdyż w przypadku korporacji transnarodowych obserwowane jest znaczne rozproszenie odpowiedzialności za podejmowane decyzje. Stąd też po stronie regulatora pojawia się konieczność przeformułowania szczytnego

⁶ Dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

⁷ Dyrektor Biura Prawnego, Orange Polska.

⁸ Dyrektor Generalny, Belgijski Urząd Antymonopolowy, DG ds. Konkurencji.

⁹ Szef Wydziału Konkurencji, Dyrekcja ds. Finansowych i Przedsiębiorstw, OECD.

¹⁰ Wiceprezes, Polskie Stowarzyszenie Prawników Przedsiębiorstw.

celu, jakim jest skuteczne egzekwowanie prawa konkurencji w system małych kroków, którym może być promowanie wśród przedsiębiorców i pomoc we wdrażaniu programów *compliance*. Mówca podkreślił, iż wpływanie na wielkie organizacje możliwe jest właśnie poprzez próbę zmiany sposobu ich funkcjonowania, nie zaś poprzez odstraszenie.

Omawiane wątki w swoim wystąpieniu kontynuował Andreas Reindl¹¹. Zwrócił uwagę, iż testem skuteczności odstraszenia jest właśnie stopień, w jakim jest ono w stanie zmienić sposób zachowania się przedsiębiorców. Z drugiej strony powinno się również wprowadzić system nagród dla tych, którzy wprowadzają i ulepszają programy *compliance*. Z kolei dr Hassan Qaqaya¹² podkreślił, iż efektywna ochrona konkurencji to nie tylko nakładanie sankcji, ale także odszkodowanie za spowodowane naruszenia. Tu jednak pojawia się niełatwy problem oszacowania szkody, a także tego, czy posiadana ilość informacji jest wystarczająca do określenia całościowego wpływu naruszenia. Wyzwaniem jest również wskazanie najlepszego sposobu zadośćuczynienia. Odnośnie do wielkości samych kar trudno o optymalne rozwiązanie w tej kwestii. Pełnej odpowiedzi nie daje również analiza ekonomiczna, gdyż oszacowane w oparciu o rachunek prawdopodobieństwa wartości nie gwarantują respektowania m.in. zasady równego traktowania.

Druga część panelu poświęcona została odpowiedzialności osób indywidualnych za naruszenia prawa konkurencji. Na początku głos zabrał dr Piotr Milczarek¹³, który postawił pytanie o zasadność nakładania tego typu kar. Rozwijając temat wskazał na szereg wątpliwości z tym związanych, odnosząc się w szczególności do planowanych zmian w prawie polskim. W obecnym kształcie zakres adresatów normy jest jego zdaniem zbyt szeroki, gdyż potencjalnie może obejmować większość osób w przedsiębiorstwie. Ponadto objęcie karą wszystkich form naruszenia wydaje się nie mieć uzasadnienia. Kontrowersyjny jest fakt, iż nałożona w ten sposób kara ma mieć charakter kary administracyjnej. Główne pytania dotyczą zatem tego, w jakich okolicznościach stosowane mają być kary, jaki powinny mieć charakter, zaś przede wszystkim – jaki ma być ich cel.

Powyższą problematykę w kontekście doświadczeń swojego kraju przedstawił dr David McFadde¹⁴. Wskazał, iż celem kar dla osób indywidualnych była chęć sankcjonowania zachowania tych jednostek, które bezpośrednio odpowiadają za stwierdzone naruszenia. Aby funkcja odstrasząca została osiągnięta wprowadzono kary więzienia a także pozbawienia uprawnień. Warto podkreślić, iż sąd uznał za dopuszczalne karanie osób indywidualnych bez konieczności sankcjonowania działań przedsiębiorcy. To pozwoliło ukarać również sprawców tych naruszeń, których przedsiębiorstwa zaprzestały działalności gospodarczej. W konsekwencji na atrakcyjności zyskały programy łagodzenia kar, podmioty indywidualne składają samodzielne wnioski lub dołączają się do tych kierowanych przez przedsiębiorstwa.

Trzecia część dyskusji została poświęcona *settlements* jako alternatywnej metodzie zakończenia postępowań antymonopolowych. Problematykę tą w oparciu o prawo unijne przedstawił Jean-François Bellis¹⁵. Podkreślił, że od początku rodziła ona kontrowersje z uwagi na szereg uprawnień proceduralnych, z których musi zrezygnować przedsiębiorca. Dodatkowo w unijnej procedurze przez wiele lat brakowało przewidywalnej metody kalkulacji kar. W obecnych ramach prawnych *settlement*

¹¹ Profesor, Leuphana University, Lueneburg.

¹² Kierownik Wydziału ds. Konkurencji i Polityki Konsumenckiej, UNCTAD.

¹³ Counsel, Radca Prawny, Brytyjsko-Polska Izba Handlowa.

¹⁴ Radca Prawny, Irlandzki Urząd Antymonopolowy.

¹⁵ Profesor Uniwersytetu w Brukseli, Partner, Van Bael & Bellis.

stosowane jest tylko wówczas, gdy fakty w danej sprawie nie są między uczestnikami sporne. Co prawda wysokość kary nie może podlegać negocjacjom, niemniej jednak możliwa jest dyskusja na temat parametrów, w oparciu o które jest ona kalkulowana. W ocenie prelegenta obok 10% obniżki kary, jest to kolejna zaleta procedowania w tym trybie. Wadą jest natomiast to, iż KE niechętnie stosuje *settlement* wówczas, gdy nie wszystkie strony godzą się na ten tryb (tzw. *hybrid settlements*).

Portugalskie doświadczenia w tym zakresie omówiła Marina Tavers¹⁶, podkreślając iż głównym celem *settlement* jest przyspieszenie procedowania, które nie może się jednak odbywać kosztem jego efektywności czy też uchybiania prawom uczestnika do obrony. A zatem konieczne jest, aby proces dochodzeniowy przeprowadzony został w pełnym zakresie, przy czym współpraca ze stroną może ułatwić gromadzenie dowodów. W ramach kształtowania się nowej procedury otwarte pozostają pytania, czy zasadne byłoby odgórne określenie możliwych obniżek kar, a także czy tego typu rozwiązanie powinno być dedykowane wszelkiego typu naruszeniom.

W ramach tej części swoją prezentację wygłosił również Wojciech Graczyk¹⁷, który podkreślił, iż zakończenie postępowania w drodze *settlement* może być zarówno szybsze, jak i efektywniejsze niż prowadzenie sporu sądowego, a w konsekwencji znacznie korzystniejsze dla obydwu stron. W tym kontekście za niezwykle pożyteczne uznał opublikowanie przez polski urząd Wytycznych w sprawie stosowania decyzji zobowiązujących. Podkreślił jednak, iż przedsiębiorcy nierzadko napotykają znaczące trudności w stosowaniu się do zobowiązań urzędu, zwłaszcza gdy ich działalność podlega kontroli więcej niż jednego regulatora, zaś ich działania są sprzeczne.

Ostatni panel moderowany przez Prezes UOKiK dr Małgorzatę Krasnodębską-Tomkiel poświęcony został efektywnej prezentacji sprawy antymonopolowej na sali sądowej. Na początku głos zabrał Prof. dr Frédéric Jenny¹⁸, który opowiadał o wyzwaniach związanych z ekonomizacją prawa konkurencji oraz prezentacją ekspertyz ekonomicznych na sali sądowej. Niewątpliwie kluczową rolę odgrywa tutaj odpowiednie wsparcie szkoleniowe dla sędziów. Niemniej jednak wiele zależy również od sposobu prezentacji wywodów ekonomicznych. Istotne jest, aby były one oparte na właściwie dobranej metodologii wraz z obiektywnym uzasadnieniem jej zastosowania do konkretnego przypadku. Ponadto, przeprowadzona analiza powinna odwoływać się do ugruntowanych teorii ekonomicznych, tak aby możliwa była konfrontacja różnych stanowisk w ramach środowiska ekonomicznego. Wreszcie pamiętać należy, iż rezultat przeprowadzonej analizy daje wynik tylko z określonym prawdopodobieństwem, co nie oznacza, iż sąd, który może oczekiwać pewności w zakresie wystąpienia naruszenia czy określonych jego skutków powinien zawsze podzielić je w swoim wyroku.

Szereg praktycznych wskazówek wykorzystania opinii ekspertów ekonomicznych zawierało również wystąpienie Williama McKechnie¹⁹. Wskazał on, iż podstawową rolą sędziego jest przesądzenie, czy zarzucane naruszenie w istocie miało miejsce. Ekspertyzy ekonomiczne powinny więc być tak zaprezentowane, aby sędzia był w stanie ocenić w szczególności ich założenia, a także jakość uzyskanych parametrów. W przypadku wielości opinii wskazana jest nie tylko ich wzajemna konfrontacja, ale również zlecenie ekonomistom sporządzenia specjalnego memorandum, zawierającego informacje, na jakich polach i z jakiego powodu opinie są rozbieżne.

¹⁶ Dyrektor Wydziału Współpracy z Zagranicą, Portugalski Urząd Antymonopolowy.

¹⁷ Dyrektor Działu Obsługi Prawnej i Zarządzania Regulacjami/Compliance Officer, RWE Polska S.A.

¹⁸ Przewodniczący, Komitet ds. Konkurencji, OECD.

¹⁹ Prezes, Stowarzyszenie Sędziów Europejskiego Prawa Konkurencji.

Z kolei Pierre Horna²⁰ przedstawił doświadczenia zebrane w ramach UNCTAD w zakresie efektywnej współpracy pomiędzy organem ochrony konkurencji a sądem. Podkreślił, iż podstawą właściwego rozstrzygnięcia przez organ jest odpowiednia i skuteczna strategia dochodzeniowa. Błędy na tym etapie zwiększają prawdopodobieństwo wyciągnięcia nieprawidłowych wniosków i porażki w sądzie, stąd też ścisła współpraca prawników i ekonomistów na każdym etapie prowadzenia sprawy przez organ wydaje się konieczna. Należy również pamiętać, iż dowód bezpośredni jest zawsze bardziej przekonujący niż dowód poszlakowy, zwłaszcza jeśli ma on charakter niejednoznacznej opinii ekonomicznej, która może być interpretowana w dwojaki sposób.

O tym, jak powyższe postulaty zostały wdrożone w praktyce działań holenderskiego organu ochrony konkurencji opowiadała Monique van Oers²¹. Podkreśliła jak ważne jest, aby decyzje w sprawach antymonopolowych były sporządzane przez te same osoby, które później będą występować w sądzie. Dzięki temu zdobywają one odpowiednie doświadczenie sądowe i mogą łatwiej rozemnać jakiego typu argumentacja wsparta dowodami trafi do przekonania sędziom.

Na zakończenie panelu swój referat przedstawiła Jolanta de Heij-Kaplińska²² opisując polską ścieżkę odwoławczą od decyzji organu antymonopolowego. Prelegentka wskazała rozróżnienie na niepełną kontrolę sądową w zakresie postępowania administracyjnego, a także pełną kontrolę w zakresie prawa materialnego oraz ustaleń faktycznych. Szczególną uwagę zwróciła na rozkład ciężaru dowodu oraz fakt, iż Prezes winien przedstawić nie tylko dowody potwierdzające swoje stanowisko, ale również odpowiedzieć na zarzuty strony powodowej. Podkreśliła także zmiany w zakresie prekluzji dowodowej po ostatniej nowelizacji kpc.

Konferencję podsumowała Prezes UOKiK, która podkreślając wartość odbytej dyskusji wskazała, iż zaprezentowane argumenty mogą stanowić ważny wkład do dalszej debaty nad zmianami polskiego prawa antymonopolowego.

Bliższe informacje na temat Forum a także prezentacje niektórych prelegentów są dostępne pod adresem <http://competitionforum.uokik.gov.pl/2012/>

Elżbieta Krajewska

Stały współpracownik CARS, prawnik w kancelarii SPCG sp. k.,
doktorant stacjonarny na UW, aplikant adwokacki.

²⁰ Urzędnik ds. Programu COMPAL, UNCTAD.

²¹ Dyrektor Wydziału Prawnego, Holenderski Urząd Antymonopolowy.

²² Sędzia, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.