

Wojciech Podlasin*

Nowe prawo konkurencji Hongkongu

Spis treści

- I. Zagadnienia wprowadzające
- II. Cel i zakres stosowania ustawy
- III. Ramy instytucjonalne
 1. Komisja
 2. Trybunał
- IV. Zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję
- V. Zakaz nadużywania siły rynkowej
- VI. Sankcje
 1. Rodzaje sankcji za naruszenia reguł konkurencji
 2. *Leniency*
 3. *Private enforcement*
- VII. Nadzór nad koncentracjami
- VIII. Uwagi kończące

Streszczenie

Niniejsze opracowanie poświęcone jest uchwalonemu w 2012 r. prawu konkurencji Specjalnego Regionu Administracyjnego Chińskiej Republiki Ludowej Hongkongu. Autor omawia podstawowe zagadnienia materialno-prawne związane z zakazem zawierania porozumień ograniczających konkurencję, zakazem nadużywania siły rynkowej i nadzorem nad koncentracjami. Autor przedstawia również ramy instytucjonalne tworzonego systemu ochrony konkurencji oraz wybrane kwestie proceduralne, w szczególności dotyczące nakładania kar, procedury *leniency* i prywatnoprawnego stosowania prawa konkurencji.

Słowa kluczowe: Hongkong; przedsiębiorca; porozumienie ograniczające konkurencję; nadużycie siły rynkowej; kara pieniężna; sankcja karna; *leniency*; *private enforcement*.

I. Zagadnienia wprowadzające

Niniejsze opracowanie ma na celu przedstawienie Czytelnikowi nowego prawa konkurencji Specjalnego Regionu Administracyjnego Chińskiej Republiki Ludowej Hongkongu (*Hong Kong*

* Doktorant w Samodzielnym Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego oraz prawnik w kancelarii Linklaters w Warszawie, pracował również w zespole prawa konkurencji w biurze Linklaters w Pekinie; e-mail: wpodlasin@wz.uw.edu.pl

Special Administrative Region of People's Republic of China, chiń. 香港¹, właśc. 香港特別行政區, dalej: Hongkong). Omówione zostaną podstawowe zagadnienia materialno-prawne, jak również ramy instytucjonalne i wybrane kwestie proceduralne.

Ustawa o konkurencji (*Competition Ordinance*², dalej: ustawa) została uchwalona przez Radę Legislacyjną Hongkongu (*Legislative Council of Hong Kong*, chiń. 立法會) 14 czerwca 2012 r. po około 2 latach prac legislacyjnych. W momencie przygotowania niniejszego opracowania przepisy materialno-prawne jeszcze nie obowiązywały. Wejdą one w życie dopiero po ogłoszeniu przez Sekretarza Handlu i Rozwoju Ekonomicznego (*Secretary of Commerce and Economic Development*) daty rozpoczęcia (*commencement*, chiń. 生效日期) dla ustawy. Oczekuje się, że ustawa zacznie obowiązywać w pierwszej połowie 2015 r. W styczniu 2013 r. weszły w życie niektóre przepisy administracyjne ustawy umożliwiające powołanie i przygotowanie organów ochrony konkurencji do jej stosowania.

W Hongkongu nie obowiązuje ustawa antymonopolowa Chińskiej Republiki Ludowej z 2008 r.³

W niniejszym opracowaniu wykorzystane zostały dokumenty opracowane w toku prac legislacyjnych, takie jak Wyjaśnienia CEDB⁴ dotyczące pierwszej zasadypostępowania⁵ oraz Wyjaśnienia CEDB dotyczące drugiej zasady postępowania⁶, które pomimo braku mocy prawnej stanowią cenne źródła informacji o prawdopodobnej polityce administrowania organów ochrony konkurencji w Hongkongu.

II. Cel i zakres stosowania ustawy

Ustawodawca Hongkongu nie zdecydował się na wskazanie w ustawie jej celu. W toku prac legislacyjnych wskazywano jednakże, że ustawa ma na celu ustanowienie ram prawnych do ukrócenia antykonkurencyjnego zachowania w różnych sektorach gospodarki⁷.

W ustawie wprowadzono zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, zakaz nadużywania siły rynkowej oraz nadzór nad koncentracjami w sektorze telekomunikacyjnym nazywane regułami konkurencji (*competition rule*, chiń. 競爭守則, dalej: reguły konkurencji), które mają zastosowanie do przedsiębiorców (*undertaking*, chiń. 業務實體). Ustawodawca definiuje przedsiębiorcę jako jakikolwiek podmiot zaangażowany w działalność gospodarczą, niezależnie od jego formy prawnej i sposobu finansowania. CEDB wskazywało, że pojęcie działalności gospodarczej powinno być rozumiane szeroko jako każda działalność polegająca na oferowaniu usług i dóbr, która co do zasady może przynosić zyski⁸. Pojęcie przedsiębiorcy w ustawie jest zatem oparte na podejściu ekonomicznym, zbliżonym do stosowanego w prawie konkurencji Unii Europejskiej.

¹ W niniejszym opracowaniu przywoływane są oznaczenia instytucji w języku angielskim. Oznaczenia instytucji w języku chińskim zostały przywołane tylko w przypadkach, gdy ustawa oraz ustawa o interpretacji i ogólnych pojęciach (*Interpretation and General Clauses Ordinance*, Cap 1) taką nazwę przywołują. Nazwy instytucji w języku chińskim nie powinny być traktowane jako nazwy pełne.

² Pełna nazwa: *An Ordinance to prohibit conduct that prevents, restricts or distorts competition in Hong Kong; to prohibit mergers that substantially lessen competition in Hong Kong; to establish a Competition Commission and a Competition Tribunal; and to provide for incidental and connected matters* (Cap 619).

³ *Anti-monopoly law of People's Republic of China*, chiń. 中國人民共和國反壟斷法.

⁴ Biuro Handlu i Rozwoju Gospodarczego (*Commerce and Economic Development Bureau*, dalej: CEDB).

⁵ CEDB, *Bills Committee on Competition Bill, Guidelines on the First Conduct Rule*, CB(1)2336/10-11(01), maj 2011 (dalej: Wytyczne CEDB dotyczące pierwszej zasady postępowania).

⁶ CEDB, *Bills Committee on Competition Bill, Guidelines on the Second Conduct Rule*, CB(1)2618/10-11(01), czerwiec 2011 (dalej: Wytyczne CEDB dotyczące drugiej zasady postępowania).

⁷ *Org. to provide a legal framework to curb anti-competitive conduct in various sectors*.

⁸ Wytyczne CEDB w sprawie stosowania pierwszej zasady postępowania, pkt 2.2.

Ustawy nie stosuje się do instytucji powołanych na podstawie ustawy (*statutory body*, chiń. 法定團體), z wyłączeniem spółek, stowarzyszeń, spółek powierników, spółdzielni i związków zawodowych. Analizowane zwolnienie nie ma, co do zasady, zastosowania do spółek będących własnością Hongkongu. Ponadto, Przewodniczący Hongkongu (*Chief Executive of Hong Kong Special Administrative Region*, chiń. 行政長官), po konsultacji z Radą Wykonawczą Hongkongu (*Executive Council of Hong Kong Special Administrative Region*, chiń. 行政會議) (*Chief Executive in Council*, chiń. 行政長官會同行政會議), w osobnym rozporządzeniu wskaże te instytucje ustawowe, które będą podlegać normom ustawy (sekcja 5 ustawy). Nieobjęcie zakresem ustawy instytucji ustawowych spotkało się z krytyką w toku prac legislacyjnych. Mimo to w obecnie konsultowanych projektach rozporządzenia przewidziano, że z 581 instytucji ustawowych tylko 6 będzie zobowiązane stosować reguły konkurencji.

Reguły konkurencji mają eksterytorialne zastosowanie i obejmują także działania podjęte poza granicami Hongkongu, jeżeli tylko mają one na celu lub mogą skutkować zapobieżeniem, ograniczeniem lub zakłóceniem konkurencji w Hongkongu. Wydaje się, że wskazana zasada, stosowana powszechnie w innych systemach ochrony konkurencji, będzie miała w Hongkongu szczególne znaczenie ze względu na wysokie umiędzynarodowienie jego gospodarki oraz istotne dla niej znaczenie handlu zagranicznego.

W ustawie przewidziano również możliwość zwolnienia (*exemption*) poszczególnych rodzajów umów lub zachowań przedsiębiorców ze stosowania ustawy. W przeciwieństwie do wyłączeń, zwolnienia wymagają pozytywnej decyzji Przewodniczącego Hongkongu podjętej po konsultacji z Radą Wykonawczą Hongkongu⁹. Zwolnienie może zostać dokonane w związku z przyczynami związanymi z polityką publiczną (sekcja 31 ustawy) lub w celu uniknięcia konfliktu ze zobowiązaniami międzynarodowymi (*international obligation*, chiń. 國際義務) takimi np., jak umowy lotnicze (sekcja 32 ustawy). Odpowiednie decyzje wydane przez Przewodniczącego Hongkongu są publikowane w Gazecie Hongkongu (*Gazette*, chiń. 憲報).

III. Ramy instytucjonalne

Ustawą powołano dwa organy główne odpowiedzialne za jej stosowanie, tj. Komisję Konkurencji (*Competition Commission*, chiń. 競委會, właśc. 競爭事務委員會, dalej: Komisja) i Trybunał Konkurencji (*ang. Competition Tribunal*, chiń. 審裁處, właśc. 競爭事務審裁處, dalej: Trybunał). Komisja, odmiennie niż w systemie polskim i systemie Unii Europejskiej, jest odpowiedzialna za prowadzenie spraw w sprawach o naruszenia (*contravention*) reguł konkurencji, jednakże nie ma kompetencji do nakładania kar. Czyni to dopiero Trybunał, który jest również właściwy do rozpatrywania spraw związanych z prywatnoprawnym dochodzeniem przez osoby poszkodowane szkód poniesionych w konsekwencji naruszeń reguł konkurencji. Co więcej, Urząd Telekomunikacji (*Communications Authority*) ma konkurencyjną kompetencję (*concurrent jurisdiction*) do stosowania przepisów ustawy w zakresie przedsiębiorców działających na podstawie licencji wydanej zgodnie z ustawą telekomunikacyjną (*carrier licence*, chiń. 傳送者牌照)¹⁰.

⁹ Wytoczne CEDB w sprawie pierwszej zasady postępowania, pkt 5.26.

¹⁰ *Telecommunications Ordinance* (Cap 106).

1. Komisja

Komisja składa się z 5 do 16 członków powoływanych przez Przewodniczącego Hongkongu na okres do 3 lat, jednakże z możliwością ponownego powołania (załącznik 5 do ustawy pkt 2). Przewodniczący wskazuje również przewodniczącego Komisji (*chairperson of the Commission*, chiń. 主席). W maju 2013 r. powołany został 14 osobowy skład Komisji. Ponadto Komisja za zgodą Przewodniczącego Hongkongu powołuje swojego dyrektora wykonawczego (*Chief Executive Officer*, chiń. 行政總裁). Obecnie trwa nabór pracowników urzędu Komisji.

Zakres funkcji sprawowanych przez Komisję jest szeroki. Głównym zadaniem Komisji jest badanie zachowań, które mogą naruszać reguły konkurencji. Komisja ma szerokie uprawnienia śledcze, które umożliwiają jej: wzywanie do przedstawienia informacji (sekcja 41 ustawy), dokonywanie przesłuchań (sekcja 42 ustawy) czy też organizowanie przeszukania i zajmowanie na podstawie nakazu wydanego przez sędziego Sądu Pierwszej Instancji Wysokiego Sądu (*Court of First Instance of the High Court*, chiń. 原訟法庭) (sekcja 48 ustawy).

Jeżeli Komisja stwierdzi, że przedsiębiorca dopuścił się naruszenia reguł konkurencji, nie ma kompetencji do samodzielnego nałożenia na niego żadnej z przewidzianych w ustawie sankcji i zobowiązana jest wystąpić z takim wnioskiem do Trybunału.

Zależnie od rodzaju naruszenia reguł konkurencji nieco odmiennie przedstawiają się uprawnienia i obowiązki Komisji przez skierowaniem sprawy do Trybunału. W przypadku zachowania sprzecznego z pierwszą zasadą postępowania stanowiącą przejaw tzw. poważnego antykonkurencyjnego zachowania (*serious anti-competitive conduct*, chiń. 嚴重反競爭行為) lub naruszającego drugą zasadę postępowania, Komisja składa odpowiedni wniosek do Trybunału, może jednakże najpierw wydać notę o naruszeniu (*infringement notice*) (sekcja 67 ustawy), w której zidentyfikuje i przedstawi dowody na zachowanie przedsiębiorcy naruszające reguły konkurencji (sekcja 69 ustawy). Dodatkowo Komisja w nocie o naruszeniu wskazuje przedsiębiorcy, by zakończył naruszenie poprzez wypełnienie warunków (*requirements*) wyznaczonych przez Komisję (sekcja 67 ustawy). W przypadku niespełnienia przez przedsiębiorcę określonych warunków, Komisja kieruje sprawę do Trybunału (sekcja 76 ustawy). Komisja jest uprawniona do dyskrecjonalnego wycofania noty (sekcja 73 ustawy).

Odmianą procedurę przewidziano w przypadku naruszeń pierwszej zasady postępowania, które nie stanowią przejawów poważnego antykonkurencyjnego zachowania. W takim przypadku przed skierowaniem sprawy do Trybunału Komisja musi wezwać przedsiębiorcę do zaprzestania zachowania sprzecznego z pierwszą zasadą postępowania poprzez wydanie noty ostrzegawczej (*warning notice*). Konsekwencją niezastosowania się przez przedsiębiorcę do noty ostrzegawczej i niezaprzestanie naruszenia jest wniosek do Trybunału o rozstrzygnięcie sprawy (sekcja 82 ustawy).

Komisja ma także uprawnienia do zakończenia spraw poprzez przyjęcie od przedsiębiorcy zobowiązań. Przedsiębiorca, który zobowiązuje się do zaprzestania działań naruszających reguły konkurencji otrzymuje w zamian zapewnienie, że Komisja nie będzie wszczynać postępowania albo je przerwie oraz że nie złoży wniosku o ukaranie do Trybunału (sekcja 60 ustawy). W Ustawie przewidziano wyjątki, w ramach których Komisja może uchylić się od swojego zobowiązania, np. w przypadku, gdy przedstawione przez przedsiębiorcę informacje były nieprawdziwe (sekcja 61 ustawy).

Co więcej, Komisja jest uprawniona do podejmowania w sprawie wyłączeń poszczególnych umów spod stosowania pierwszej zasady postępowania zarówno na zasadach ogólnych, jak i na podstawie wydanych uprzednio wyłączeń grupowych, zwolnień na podstawie dekretu Przewodniczącego Hongkongu wydanego po konsultacji z Radą Wykonawczą Hongkongu oraz zwolnień podmiotowych.

Ponadto, Komisja ma również obowiązek wydania wyjaśnień do ustawy, które mają na celu przedstawić interesariuszom jej politykę administrowania, w tym sposób stosowania reguł konkurencji oraz sposób postępowania z wnioskami o decyzję o wyłączeniu spod ich stosowania (sekcja 35 ustawy). Projekty wytycznych powinny zostać przedstawione do konsultacji w drugiej połowie 2014 r.

2. Trybunał

Trybunał składa się z sędziów Sądu Pierwszej Instancji Wysokiego Sądu powoływanych zgodnie z ustawą o Wysokim Sędzi¹¹ (sekcja 135 ustawy). Przewodniczący Hongkongu powołuje prezydenta Trybunału i zastępcę prezydenta Trybunału na okres co najmniej 3 lat, jednak nie dłuższy niż pięcioletni. Nie istnieje możliwość ponownego pełnienia tej funkcji (sekcje 135 i 137 ustawy). Obecnie urzędujący prezydent Trybunału oraz jego zastępca zostali powołani w sierpniu 2013 r.

Podstawowym zadaniem Trybunału jest rozpatrywanie spraw w sprawie naruszeń reguł konkurencji wniesionych przez Komisję. Trybunał ma uprawnienia do nakładania sankcji oraz stosowania szeregu środków dodatkowych, które mają na celu zapewnienie prawidłowego stosowania ustawy.

Trybunał jest również organem odwoławczym od zaskarżalnych rozstrzygnięć (*reviewable determination*, chiń. 可覆核裁定) Komisji (sekcja 83 i 84 ustawy). Do takich rozstrzygnięć należą przede wszystkim decyzje Komisji w sprawie zastosowania wyłączeń na zasadach ogólnych oraz na podstawie wyłączeń grupowych, zastosowania zwolnień, przyjęcia zobowiązań, zawarcia umów z przedsiębiorcami, którzy złożyli wnioski *leniency* oraz decyzji wydających zgodę na łączenie (sekcja 83 ustawy).

Trybunał jest również właściwy do rozpatrywania spraw związanych z prywatnoprawnym dochodzeniem przez osoby poszkodowane szkód poniesionych w konsekwencji naruszeń reguł konkurencji przez inne podmioty.

IV. Zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję

Zakaz zawierania porozumień ograniczających został ujęty w sekcji 6 ustawy jako pierwsza zasada postępowania (*First Conduct Rule*, chiń. 第一行為守則, dalej: pierwsza zasada postępowania). Zgodnie z pierwszą zasadą postępowania zakazane jest (i) zawieranie lub wykonywanie porozumień; (ii) angażowanie się w uzgodnione praktyki lub (iii) jako członek organizacji przedsiębiorców podejmowanie lub wykonywanie, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w Hongkongu. Co do zasady uregulowania dotyczące porozumień ograniczających konkurencję są w dużym stopniu oparte na dorobku prawa Unii Europejskiej w tym zakresie.

¹¹ *High Court Ordinance* (Cap 4).

Wydaje się, że przy stosowaniu pierwszej zasady postępowania zostanie przyjęta szeroka definicja pojęcia porozumienia. Zgodnie z Wytycznymi CEDB w sprawie pierwszej zasady postępowania do jego zawarcia wystarczy jedynie osiągnięcie konsensu co do podejmowanych przez przedsiębiorców działań lub zaniechań¹². CEDB wskazuje, że praktyka uzgodniona wystąpi z kolei, gdy będzie miała miejsce nieformalna, świadoma współpraca pomiędzy konkurentami poprzedzona ich bezpośrednimi lub pośrednimi kontaktami. Przy kwalifikacji współpracy jako praktyki uzgodnionej brana jest pod uwagę zarówno okoliczność czy równoległe zachowanie jest wynikiem kontaktu pomiędzy konkurentami, jak i struktura rynku oraz właściwości produktu¹³. Decyzje organizacji przedsiębiorców będą zaś uznane za sprzeczne z pierwszą zasadą postępowania, gdy będą miały cel lub skutek koordynowania działalności gospodarczej ich członków¹⁴.

Pierwszą zasadę postępowania stosuje się również do działań mających cel lub skutek zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji w Hongkongu (sekcja 7 ustawy). Zgodnie z Wytycznymi CEDB w sprawie pierwszej zasady postępowania, aby stwierdzić jej naruszenie Komisja będzie zobowiązana ustalić antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia. Zdaniem CEDB cel porozumienia należy rozumieć jako obiektywną przyczynę zawarcia porozumienia, w odróżnieniu od subiektywnej intencji jego stron¹⁵. Cel porozumienia Komisja będzie analizować w na podstawie dowodów odnoszących się do jego ekonomicznych uwarunkowań. Antykonkurencyjne efekty porozumienia Komisja powinna badać w przypadku braku możliwości ustalenia jego antykonkurencyjnego celu. Uczyni to, starając się określić czy porozumienie miało odczuwalny negatywny skutek na konkurencję na rynku właściwym¹⁶. CEDB podkreśliła, że aby porozumienie było sprzeczne z pierwszą zasadą postępowania, musi szkodzić procesowi konkurowania, nie zaś poszczególnym konkurentom¹⁷.

W ustawie wymieniono przejawy poważnego antykonkurencyjnego zachowania. Należą do nich (i) ustalanie cen (*price*, chiń. 價格) odsprzedaży dóbr i usług, w tym wszelkich zniżek, rabatów czy też dodatków; (ii) podział rynku ze względu na terytorium, rodzaj klientów lub rynku; (iii) ograniczenia produkcji oraz (iv) zmywy przetargowe (*bid rigging*, chiń. 圍標), które są rozumiane jako umowa o niezłożenie lub wycofanie złożonej już oferty i niepoinformowanie o tym fakcie zamawiającego lub uzgodnienie ofert pomiędzy oferentami i niepoinformowanie o tym fakcie zamawiającego (sekcja 1(1) ustawy).

Ustawę stosuje się również do porozumień wertykalnych, jednakże CEDB uznaje, że mają one mniejszy negatywny wpływ na konkurencję niż inne rodzaje porozumienia¹⁸. Prawdopodobne jest, że Komisja wyda wyłączenia grupowe dotyczące porozumień wertykalnych, jak to uczyniono w Unii Europejskiej, jednakże rozważane jest również odniesienie się do tej kwestii w przyszłych wytycznych Komisji w sprawie stosowania pierwszej zasady postępowania.

W ustawie przewidziano szereg wyłączeń (*exclusion*) spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Obejmują one porozumienia zwiększające ogólną efektywność ekonomiczną,

¹² Wytyczne CEDB w sprawie pierwszej zasady postępowania, pkt 2.4.

¹³ Ibidem, pkt 2.6. i 2.8.

¹⁴ Ibidem, pkt 2.11.

¹⁵ Ibidem, pkt 3.3.

¹⁶ Ibidem, pkt 3.8–3.9.

¹⁷ Ibidem, pkt 3.11.

¹⁸ Ibidem, pkt 2.5.

porozumienia zawarte w celu spełnienia wymogów prawnych, łączenia w rozumieniu ustawy oraz porozumienia o mniejszym znaczeniu.

Pierwszej zasady postępowania nie stosuje się do porozumień, które zwiększają ogólną efektywność ekonomiczną poprzez poprawienie produkcji lub dystrybucji, jak również popierania rozwoju technicznego i gospodarczego przy jednoczesnym zapewnieniu konsumentom słusznej części zysku. CEDB rozumie zwiększenie efektywności jako obiektywny proces o znaczącym zakresie związany bezpośrednio z analizowanym porozumieniem¹⁹. Aby strony porozumienia mogły skorzystać z wyłączenia, ograniczenia konkurencji muszą być niezbędne dla osiągnięcia wskazanych powyżej celów. Wskazany test jest dwuetapowy i obejmuje najpierw weryfikację czy porozumienie generuje więcej pozytywnych skutków dla konkurencji niż jego brak. Następnie podobna analiza jest przeprowadzana dla konkretnego postanowienia umownego²⁰. Poza tym porozumienie nie może dawać jego stronom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części odpowiednich dóbr lub usług. Oznacza to, że Komisja powinna analizować skalę zmniejszenia konkurencji na rynku, która jest skutkiem porozumienia oraz wziąć pod uwagę ewolucję siły rynkowej stron porozumienia z niego wynikającą²¹. CEDB wskazuje ponadto, że przejawy poważnego antykonkurencyjnego postępowania co do zasady, nie mogą korzystać z omawianego wyłączenia. Rozwiązanie przyjęte w ustawie jest w tym zakresie tożsame z normą zawartą w art. 101(3) TFUE.

Pierwsza zasada postępowania nie będzie miała zastosowania także do porozumień, które zostały zawarte w celu spełnienia wymogów prawnych (*legal requirement*, chiń. 法律規定) nałożonych przez prawo Hongkongu lub inne prawo krajowe mające zastosowanie w Hongkongu. Wymóg prawny może zostać nałożony zarówno w formie aktu prawa powszechnie obowiązującego, jak i na podstawie licencji udzielonej przez rząd Hongkongu (*Government of Hong Kong*, chiń. 特區政府) lub innego jego działania. Pierwsza zasada postępowania nie będzie dotyczyć również usług w ogólnym interesie gospodarczym (*services of general economic interest*) powierzonych przedsiębiorcy przez władze Hongkongu. CEDB uznaje takie działanie (dystrybucję dóbr lub świadczenie usług), które władze publiczne uznają za niezbędne do dostarczenia w każdej sytuacji oraz które będą szeroko dostępne dla ogółu²².

Ustawodawca wyłączył również stosowanie pierwszej zasady postępowania do łączzeń w rozumieniu załącznika 3 pkt 7 ustawy.

Pierwsza zasada postępowania nie ma również zastosowania do porozumień o mniejszym znaczeniu (*agreements of lesser significance*), tj. zawartych pomiędzy przedsiębiorcami, których łączny obrót w odpowiednim okresie nie przekroczył HKD 200 000 000 (ok. PLN 78 000 000). Niemniej jednak wskazane wyłączenie nie ma zastosowania do poważnych antykonkurencyjnych zachowań. Na potrzeby tego wyłączenia w ustawie obrót (*turnover*, chiń. 營業額) został zdefiniowany jako całkowity światowy, tj. wygenerowany w Hongkongu i poza nim, obrót brutto przedsiębiorcy w kalendarzowym roku poprzedzającym (*preceding calendar year*, chiń. 對上公曆年) porozumienie ograniczające konkurencję (załącznik 1 do ustawy pkt 5).

¹⁹ Ibidem, pkt 5.5.

²⁰ Ibidem, pkt 5.10–5.11.

²¹ Ibidem, pkt 5.13–5.14.

²² Ibidem, pkt 5.21–5.23.

Ustawa przewiduje również możliwość uchwalenia przez Komisję wyłączeń grupowych dotyczących pierwszej zasady postępowania (sekcja 15 ustawy). Jak dotąd nie jest znany ich ewentualny zakres.

V. Zakaz nadużywania siły rynkowej

Zakaz nadużywania siły rynkowej został ujęty w sekcji 21 ustawy jako druga zasada postępowania (*second conduct rule*, chiń. 第二行為守則, dalej: druga zasada postępowania). Zgodnie z drugą zasadą postępowania przedsiębiorca, który dysponuje znaczącym poziomem siły rynkowej na rynku (*substantial degree of market power*) nie powinien jej nadużywać, angażując się w działania, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w Hongkongu (sekcja 21(1) ustawy).

Jak wskazuje CEDB siła rynkowa pojawia się, gdy przedsiębiorca nie spotyka odpowiednio silnej presji rynkowej i jest rozumiana jako możliwość utrzymywania lub ograniczania zakresu i jakości produkcji cen z pominięciem ich konkurencyjnych poziomów²³. Oceniając poziom siły rynkowej przedsiębiorcy, Komisja zbada, w jaki sposób obecni i potencjalni konkurenci ograniczają przedsiębiorcę w jego działaniach. Ustawodawca wskazał również przykładowe determinanty znaczącego poziomu siły rynkowej na rynku, tj. (i) udział rynkowy; (ii) możliwość przedsiębiorcy do podejmowania decyzji, w tym decyzji cenowych oraz (iii) bariery wejścia na rynek (sekcja 21(3) ustawy).

Podobnie jak w prawie konkurencji Unii Europejskiej, w ustawie nie wprowadzono ilościowego domniemania posiadania znaczącego poziomu siły rynkowej, niemniej jednak CEDB wskazuje, że udział rynkowy jest istotnym czynnikiem przy ocenie siły rynkowej przedsiębiorcy²⁴. Zgodnie z Wytycznymi CEDB w sprawie drugiej zasady postępowania, dokonując analizy, Komisja powinna rozważyć również szereg jakościowych czynników, w tym bariery wejścia na rynek czy analizowany rynek właściwy jest rynkiem, na którym zakupy są dokonywane w formie publicznych aukcji lub przetargów (*bidding market*), poziom skutecznej innowacji, zachowania konkurentów w zakresie zmiany dostawców oraz reakcje cenowe konkurentów²⁵.

Przy ocenie siły rynkowej przedsiębiorcy Komisja powinna uwzględnić również potencjalną konkurencję i bariery wejścia na rynek. CEDB wskazuje na cztery przykładowe bariery, tj. (i) koszty utopione; (ii) ograniczony dostęp do nakładów i sieci dystrybucji; (iii) korzyści skali i (iv) działania wykluczające zasiedziały konkurentów²⁶. Zgodnie z Wytycznymi CEDB w sprawie drugiej zasady postępowania ograniczać siłę rynkową przedsiębiorcy może także równoważąca siła rynkowa nabywców.

CEDB rozumie nadużycie znaczącego poziomu siły rynkowej na rynku jako zachowanie, któremu obiektywnie można przypisać wpływ na strukturę rynku. Celem lub skutkiem nadużycia musi być zapobieżenie wzrostowi konkurencji lub ograniczenie już istniejącej poprzez zastosowanie środków, które nie są uznawane na rynku za normalne²⁷. W ustawie wymieniono dwa przykładowe

²³ Wytyczne CEDB w sprawie drugiej zasady postępowania, pkt 2.3.

²⁴ Ibidem, pkt 3.1.

²⁵ Ibidem, pkt 3.3.

²⁶ Ibidem, pkt 4.2.

²⁷ Ibidem, pkt 6.2.

rodzaje zachowań, które mogą stanowić nadużycie, tj. drapieżnictwo cenowe oraz ograniczenie produkcji, rynków lub ze szkodą dla konsumentów (sekcja 21(2) ustawy).

W celu stwierdzenia naruszenia drugiej zasady postępowania Komisja będzie zobowiązana ustalić antykonkurencyjny cel lub skutek zachowania. Podobnie jak w przypadku pierwszej zasady postępowania, CEDB rozumie cel jako obiektywną przyczynę zachowania analizowaną w odniesieniu do jego ekonomicznego kontekstu²⁸. Z kolei antykonkurencyjny efekt zachowania przedsiębiorcy dominującego Komisja będzie badać, mając na uwadze czy spowodowało ono odczuwalny negatywny skutek dla konkurencji, w szczególności przez zamknięcie dostępu do rynku, zwiększenie barier wejścia na niego lub zmniejszenie oferty produktów i usług lub pogorszenie ich jakości²⁹.

Podobnie jak w przypadku pierwszej zasady postępowania, w ustawie wprowadzono szereg wyłączeń od stosowania drugiej zasady postępowania. Dotyczą one zachowań podjętych w celu spełnienia wymogów prawnych oraz zachowań o mniejszym znaczeniu.

Wyłączenie dotyczące zachowań podjętych w celu spełnienia wymogów prawnych będzie opierać się na identycznych przesłankach, jak w przypadku analogicznego wyłączenia od stosowania pierwszej zasady postępowania. Także w przypadku drugiej zasady postępowania będzie ono zatem obejmować również świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym powierzonych przez władze Hongkongu.

Zachowania o mniejszym znaczeniu (*conduct of lesser significance*) są podejmowane przez przedsiębiorców, których odpowiedni obrót nie przekracza HKD 40 000 000 (ok. PLN 16 000 000). Na potrzeby analizowanego wyłączenia w ustawie obrót został zdefiniowany jako całkowity światowy, tj. wygenerowany Hongkongu i poza nim, obrót brutto przedsiębiorcy w kalendarzowym roku poprzedzającym rok kalendarzowy, podczas którego dokonano zachowania (załącznik 1 do ustawy pkt 6).

VI. Sankcje

1. Rodzaje sankcji za naruszenia reguł konkurencji

W ustawie przewidziano szereg sankcji za naruszenie jej przepisów. Należą do nich (i) kary pieniężne za naruszenie reguł konkurencji oraz (ii) kary dotyczące kadry zarządzającej. Ustawa umożliwia również zastosowanie środków dodatkowych.

Kary pieniężne (*pecuniary penalty*, chiń. 罰款) za naruszenie reguł konkurencji mogą być nakładane jedynie przez Trybunał, na wniosek Komisji. Ich maksymalna wysokość nie może przekroczyć 10% obrotu, rozumianego jako całkowite przychody brutto przedsiębiorcy osiągnięte w Hongkongu w każdym z lat obrotowych przedsiębiorcy, w których nastąpiło naruszenie. Jeżeli zachowanie trwało dłużej niż 3 lata, brane pod uwagę są lata, w których przedsiębiorca osiągnął trzy najwyższe obroty (sekcja 93(3) ustawy). Trybunał, nakładając karę, musi wziąć pod uwagę naturę i zakres naruszenia, szkody spowodowane antykonkurencyjnym zachowaniem, okoliczności naruszenia oraz wcześniejsze naruszenia ustawy przez daną osobę (sekcja 93(2) ustawy). Jako że ustawa adresuje omawianą normę do kategorii osób (*person*, chiń. 人), wydaje się, że istnieje możliwość nałożenia kar pieniężnych także na osoby fizyczne zaangażowane w naruszenie.

²⁸ Ibidem, pkt 7.1.

²⁹ Ibidem, pkt 7.7–7.8.

Osoby mogą zostać również wykluczone z zajmowania stanowisk kierowniczych lub z bycia w inny sposób zaangażowanym w sprawy spółki w na podstawie postanowienia o dyskwalifikacji (*disqualification order*, chiń. 取消資格令). Takie postanowienie jest wydawane przez Trybunał na wniosek Komisji i może zakazywać pełnienia funkcji dyrektora, likwidatora, syndyka lub zarządzającego spółki na okres nieprzekraczający 5 lat (sekcja 101(2) ustawy). Może ono zostać nałożone na dyrektorów spółek, które naruszyły reguły konkurencji i którzy w związku ze swoim zachowaniem są niewłaściwi (*unfit*) do sprawowania funkcji dyrektora (sekcja 102 ustawy). Dyrektor może zostać uznany za niewłaściwego, gdy przyczynił się do naruszenia ustawy, miał uzasadnione podstawy, aby podejrzewać naruszenie ustawy i nie podjął żadnych działań zaradczych lub powinien był wiedzieć o naruszeniu (sekcja 103 ustawy). Pojęcie dyrektora (*director*, chiń. 董事) jest szerokie i obejmuje osoby pełniące funkcje kierownicze w spółce lub zaangażowane w jej zarządzanie, z uwzględnieniem tzw. *shadow directors* (chiń. 幕後董事), tj. osób, których polecenia wykonuje większość kadry zarządzającej spółki. Złamanie postanowienia o dyskwalifikacji jest zagrożone sankcją oskarżenia (*indictment*), grzywny do HKD 1 000 000 (ok. PLN 400 000) i 2-letniego pozbawienia wolności (sekcja 105 ustawy).

Oprócz nałożenia kary pieniężnej oraz postanowienia o dyskwalifikacji, Trybunał może podjąć z własnej inicjatywy lub na wniosek Komisji szereg środków dodatkowych (sekcja 94 ustawy). Trybunał może osobie, która naruszyła reguły konkurencji, m.in. (i) nakazać wypłatę odszkodowania osobom, które poniosły szkodę w wyniku naruszenia; (ii) nakazać zbycie części działalności, aktywów lub udziałów; (iii) powołać zarządzającego do administrowania własnością wskazanego przedsiębiorcy; (iv) zakazać przetrzymywania poszczególnych dóbr lub usług; (v) zakazać prawa wykonywania głosu wynikających z akcji, czy też (vi) nakazać określonej osobie lub kategorii osób dostęp lub prawo korzystania z wyznaczonych dóbr, usług lub infrastruktury. Trybunał może również zakazać stronom porozumienia zawarcia lub wykonania umowy lub nakazać im zmodyfikować lub zakończyć umowę. Trybunał może również uznać umowę za nieważną. Oznacza to, że naruszenie reguł konkurencji nie skutkuje automatyczną nieważnością czynności prawnych, które do nich prowadziły.

W ustawie nie przewidziano odpowiedzialności karnej za naruszenia reguł konkurencji. Sankcje karne grożą jednak za naruszenia proceduralne. Ustawa penalizuje niespełnienie wymagania lub niezastosowanie się do nakazu lub zakazu Komisji wynikających z jej uprawnień do uzyskiwania dokumentów i informacji, przesłuchiwanie, pozyskiwanie wyjaśnień i praw związanych z nakazami (sekcja 52 ustawy). Ponadto, z sankcją karną wiąże się niszczenie i fałszowanie dokumentów (sekcja 53 ustawy), utrudnianie przeszukania (sekcja 54 ustawy) oraz dostarczanie fałszywych lub wprowadzających w błąd informacji (sekcja 55 ustawy). Sankcje karne mogą dotyczyć także pracowników przedsiębiorcy, przeciwko któremu toczy się postępowanie. Trybunał nie jest uprawniony do osądzania w sprawach karnych dotyczących naruszeń proceduralnych wynikających ustawy.

2. Leniency

Na gruncie ustawy Komisja może zawierać porozumienia *leniency* z przedsiębiorcami, którym zarzuca się naruszenie pierwszej zasady postępowania lub drugiej zasady postępowania. Komisja zobowiązuje się, że nie rozpocznie lub nie będzie dalej prowadzić postępowania przez Trybunałem mającego na celu nałożenie na przedsiębiorcę kary pieniężnej. W zamian przedsiębiorcy będą

współpracować z Komisją w toku postępowania przed nią (sekcja 80 ustawy). Komisja może jednak zakończyć porozumienie *leniency*, gdy (i) istnieją uzasadnione obawy, że przekazane informacje będące podstawą podpisania porozumienia *leniency* były niekompletne, fałszywe lub wprowadzające w błąd; (ii) przedsiębiorca popełnia przestępstwo proceduralne lub (iii) przedsiębiorca nie wypełnił warunków porozumienia *leniency*.

Porozumienia *leniency* dotyczą nie tylko przedsiębiorcy, lecz także obejmują jego pracowników, agentów oraz członków kadry zarządzającej (sekcja 80(1)(c) ustawy). Porozumieniem *leniency* będą związani również wspólnicy w spółkach osobowych (sekcja 80(1)(c) ustawy). Nie mogą one jednak przewidywać wyłączenia od odpowiedzialności karnej za naruszenia proceduralne.

Biorąc pod uwagę wczesny etap rozwoju prawa konkurencji w Hongkongu oraz brak wyjaśnień ze strony Komisji, nie są jeszcze znane szczegóły dotyczące szczegółowej procedury postępowania z wnioskami *leniency*. Dotyczy to również dostępu do informacji uzyskanych przez Komisję w toku postępowania, zarówno otrzymanych w związku z wnioskiem *leniency*, jak i uzyskanych w inny sposób. W ustawie wskazano, że informacje poufne (*confidential information*, chiń. 機密資料) to przede wszystkim informacje dotyczące życia prywatnego osób fizycznych, działalności handlowej przedsiębiorców oraz danych identyfikujących osoby, które przekazały informacje Komisji. Informacje poufne mogą być ujawniane jedynie za zgodą zainteresowanej osoby lub w związku z wykonywaniem przez Komisję jej funkcji lub na podstawie ustawy (sekcja 126 ustawy). W tym drugim przypadku Komisja może udostępnić informacje poufne, jeżeli uzna to za konieczne (*necessary*). Podmioty trzecie, które będą chciały dochodzić szkód poniesionych w konsekwencji naruszeń reguł konkurencji na podstawie sekcji 110 ustawy. Praktyka postępowania Komisji z informacjami poufnymi będzie jednak wymagała szczegółowego wyjaśnienia po rozpoczęciu działania przez Komisję. Prawdopodobne jest, że Komisja będzie preferować pisemne wnioski *leniency*, co może ułatwić dostęp do informacji poufnych osobom trzecim i tym samym zmniejszać atrakcyjność tej instytucji.

W Hongkongu nie wprowadzono procedury *leniency plus*.

3. *Private enforcement*

W ustawie dopuszczono możliwość prywatnoprawnego dochodzenia przez osoby poszkodowane roszczeń wynikających ze szkód poniesionych w konsekwencji naruszeń reguł konkurencji (*follow-on right action*) (sekcja 110 ustawy). Osoby poszkodowane mają roszczenie zarówno wobec osoby, która naruszyła reguły konkurencji, jak i osób, które były zaangażowane w naruszenie. Podstawą roszczenia jest stwierdzenie przez Trybunał, Sąd Pierwszej Instancji Wysokiego Sądu lub Sąd Ostatecznej Apelacji Hongkongu (*Hong Kong Court of Final Appeal*, chiń. 終審法院) naruszenia lub gdy przedsiębiorca przyzna się do naruszenia reguł konkurencji w zobowiązaniu (sekcja 110(3) ustawy). W ustawie nie przewidziano możliwości samoistnego dochodzenia szkód wynikających z naruszeń reguł konkurencji. Tego typu instytucja była rozpatrywana w toku prac legislacyjnych, jednakże nie znalazła się ostatecznie w uchwalonej ustawie. Nie wyklucza to jednak możliwości dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych na podstawie *common law* Hongkongu (chiń. 普通法). Powództwo związane jedynie z naruszeniami reguł konkurencji powinno zostać wniesione do Trybunału. Z kolei powództwa łączone mogą być rozpatrzone zarówno przez Trybunał, jak i Sąd Pierwszej Instancji Wysokiego Sądu. Poszkodowany ma prawo rozpocząć

dochodzenie swoich szkód najpóźniej 3 lata od uprawomocnienia orzeczenia Trybunału, Sądu Pierwszej Instancji Wysokiego Sądu lub Sądu Ostatecznej Apelacji Hongkongu, tj. momentu, gdy poszkodowany mógł wnieść powództwo (sekcja 111(3) ustawy).

VII. Nadzór nad koncentracjami

W ustawie przewidziano system nadzoru nad koncentracjami, czyli regułą łączeniową (*merger rule*, chiń. 合併守則) (załącznik 7 do ustawy). Obejmuje ona jedynie transakcje, których jedna ze stron jest podmiotem działającym na podstawie licencji wydanej przez Urząd Telekomunikacji na podstawie ustawy o telekomunikacji (załącznik 7 do ustawy pkt 4). Regułą łączeniową stosuje się eksterytorialnie, niezależnie od tego czy łączenie zostało dokonane w Hongkongu czy też poza nim.

W Hongkongu nie zdecydowano się wprowadzić obowiązku zgłoszenia Komisji zamiaru koncentracji. Z tego też powodu w ustawie nie wskazano żadnych progów obrotu, z którymi jest związany obowiązek zgłoszenia łączenia. Przedsiębiorcy mogą jednak zgłaszać Komisji transakcje, które są zgodne z ustawą traktowane jako łączenie (*merger*, chiń. 合併), aby otrzymać od Komisji potwierdzenie, że nie prowadzi ona do negatywnych skutków dla konkurencji w Hongkongu. Komisja rozpatruje takie wnioski w ciągu 30 dni od ich otrzymania.

W ustawie łączenie zdefiniowano jako połączenie dwóch niezależnych przedsiębiorców, przejęcie wyłącznej lub wspólnej kontroli oraz łączenie polegające na nabyciu całości lub części aktywów (w tym *goodwill*) (załącznik 7 do ustawy pkt 3(2)). Zgłoszeniu podlega również utworzenie wspólnego przedsiębiorcy pełniącego w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego (załącznik 7 do ustawy pkt 3(4)).

Zakazane jest dokonanie łączenia, które doprowadzi lub może prawdopodobnie doprowadzić do istotnego osłabienia konkurencji (*substantially lessening of competition*) w Hongkongu (załącznik 7 do ustawy pkt 3(1)). Zastosowany został zatem test inny niż w systemie unijnym i odpowiadający rozwiązaniom brytyjskim. W ustawie wskazano przesłanki, które powinny zostać uwzględnione podczas oceny łączenia przez Komisję, m.in. poziom konkurencji ze strony konkurentów działających poza Hongkongiem, sytuację ekonomiczną przejmowanego przedsiębiorcy oraz czy łączenie doprowadzi do zniknięcia efektywnego i aktywnego konkurenta (załącznik 7 do ustawy pkt 6).

Dopuszczono możliwość wyłączenia stosowania reguły łączeniowej, gdy korzyści ekonomiczne z łączenia przeważają nad negatywnymi skutkami osłabienia konkurencji w Hongkongu (załącznik 7 do ustawy pkt 8).

System nadzoru nad koncentracjami w Hongkongu dotyczy tylko sektora telekomunikacyjnego. W ustawie przygotowano jednak rozwiązania instytucjonalne, które pozwolą go łatwo rozszerzyć na całą gospodarkę. Nie jest zatem wykluczone, że zostanie to uczynione w niedalekiej przyszłości.

VIII. Uwagi kończące

Stworzenie systemu ochrony konkurencji z pewnością jest znaczącą zmianą w otoczeniu prawnym prowadzenia działalności gospodarczej w Hongkongu. W części materialno-prawnej prawo konkurencji Hongkongu zdaje się czerpać inspirację z dorobku prawnego Unii Europejskiej i Wielkiej Brytanii. W aspektach proceduralnych zdecydowano się jednak zastosować rozwiązania

odmienne niż w Europie, czyniąc w tym zakresie system stosowania prawa konkurencji w Hongkongu bliższym modelowi amerykańskiemu.

Mimo że ustawa jest obszernym i dość szczegółowym aktem prawnym, niektóre normy mogą budzić wątpliwości interpretacyjne i powinny one zostać wyjaśnione przez Komisję. Niezwykle ważnym dokumentem będą zatem wytyczne Komisji w sprawie stosowania pierwszej zasady postępowania i drugiej zasady postępowania, które pozwolą określić przedsiębiorcom, w jaki sposób Komisja będzie stosować ustawę. Istotna dla praktyki prawa konkurencji w Hongkongu z pewnością będzie także współpraca Komisji z chińskimi organami ochrony konkurencji, w szczególności z Narodową Komisją Rozwoju i Reformowania³⁰ oraz Państwową Administracją Przemysłu i Handlu³¹.

W toku prac legislacyjnych wskazywano, że polityka konkurencji Hongkongu powinna uwzględniać panujące w nim warunki społeczno-ekonomiczne, w szczególności istotną rolę małych i średnich przedsiębiorstw w jego gospodarce. Zdaniem Sekretarza Handlu i Rozwoju Ekonomicznego zadaniem Komisji będzie wzmożona współpraca z przedstawicielami tej grupy w celu odpowiedniego przygotowania ich do postępowania zgodnie z normami ustawy. Nowe prawo konkurencji z dużym prawdopodobieństwem wpłynie jednak na sposób prowadzenia działalności gospodarczej wszystkich przedsiębiorców w Hongkongu, niektórzy z nich będą zaś musieli przeformułować swoje dotychczasowe modele biznesowe. W tym kontekście odpowiedź na pytanie, czy tworzony w Hongkongu system ochrony konkurencji będzie efektywny i pozytywnie wpłynie na jego gospodarkę, może przynieść jedynie analiza przyszłej praktyki stosowania ustawy przez Komisję i Trybunał.

³⁰ *National Development and Reform Commission*, chiń. 国家发展和改革委员会.

³¹ *State Administration for Industry and Commerce*, chiń. 国家工商行政管理总局.