

Dorothy Hansberry-Bieguńska*,
Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel**, Grzegorz Materna***

Programy łagodzenia kar w polskim i amerykańskim prawie ochrony konkurencji a dostępność materiałów *leniency* dla osób dochodzących roszczeń odszkodowawczych w sprawach karteli i antykonkurencyjnych porozumień

Spis treści

- I. Wprowadzenie – publicznoprawne egzekwowanie zakazu praktyk ograniczających konkurencję a dochodzenie roszczeń odszkodowawczych w sprawach porozumień ograniczających konkurencję
- II. Programy łagodzenia kar jako instrumenty skutecznego egzekwowania publicznoprawnego zakazu praktyk ograniczających konkurencję
 1. Program łagodzenia kar w prawie polskim – ogólny zarys
 2. Program łagodzenia kar w prawie federalnym USA – ogólny zarys
 3. Programy łagodzenia kar w prawie polskim i prawie federalnym USA – podstawowe podobieństwa i różnice
 4. Korzyści płynące z programów łagodzenia kar dla egzekwowania publicznoprawnego zakazu praktyk ograniczających konkurencję
- III. Dochodzenie roszczeń odszkodowawczych w sprawach porozumień ograniczających konkurencję
 1. Dochodzenie roszczeń odszkodowawczych w sprawach porozumień ograniczających konkurencję w prawie polskim – ogólny zarys
 2. Dochodzenie roszczeń odszkodowawczych za naruszenie art. 1 ustawy Shermana – ogólny zarys
 3. Podobieństwa i różnice w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych w prawie i praktyce stosowania prawa polskiego i amerykańskiego
 4. Znaczenie dostępności dokumentów *leniency* dla osób dochodzących roszczeń odszkodowawczych w sprawach praktyk ograniczających konkurencję
 5. Rodzaje ryzyka mające wpływ na efektywność programów łagodzenia kar związane z ujawnianiem materiałów *leniency* na potrzeby postępowań odszkodowawczych
- IV. Rozwiązania w prawie polskim dotyczące dostępności dokumentów *leniency* dla osób dochodzących roszczeń odszkodowawczych w sprawach porozumień ograniczających konkurencję

* Esquire; partner w Kancelarii Hansberry-Tomkiel; e-mail: dorothy@hansberrytomkiel.com.

** Doktor nauk prawnych; radca prawny; adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN; partner w Kancelarii Hansberry-Tomkiel; e-mail: malgorzata@hansberrytomkiel.com.

*** Doktor nauk prawnych; radca prawny; adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN; senior lawyer w Kancelarii Hansberry-Tomkiel; e-mail: g.materna@hansberrytomkiel.com.

1. Dostęp do materiałów *leniency* w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów i kodeksie postępowania cywilnego
 2. Konieczność zmiany zasad dostępu do materiałów *leniency* w świetle dyrektywy 2014/104/UE
 3. Dostęp do materiałów *leniency* w świetle projektu założeń projektu ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji
- V. Dostęp osób dochodzących roszczeń odszkodowawczych do materiałów *leniency* Wydziału Antymonopolowego amerykańskiego Departamentu Sprawiedliwości i ograniczenia w uzyskaniu sądowego nakazu dostępu do takich materiałów
1. Podejście Wydziału Antymonopolowego do udostępniania materiałów *leniency* na potrzeby postępowań odszkodowawczych
 2. Warunki porozumień między Wydziałem Antymonopolowym a wnioskodawcą *leniency*
 3. Jaki jest zakres materiałów *leniency*, które mogą być ujawnione stronom cywilnych postępowań odszkodowawczych. Jakie są okoliczności (o ile w ogóle występują) przemawiające za szerszym lub węższym dostępem stronom cywilnych postępowań odszkodowawczych do materiału *leniency*?
- VI. Wnioski – wpływ reguł dostępności dokumentów *leniency* przy dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych na skuteczność programów łagodzenia kar w sprawach porozumień ograniczających konkurencję
1. Ocena rozwiązań przyjętych obecnie w prawie polskim oraz projektowanych
 2. Wnioski dla Polski płynące z rozwiązań przyjętych w prawie USA
 3. Wnioski *de lege ferenda*
- VII. Podsumowanie

Streszczenie

Tematem artykułu są kwestie związane z dostępem do dokumentów *leniency* w ramach dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w sprawach porozumień ograniczających konkurencję w prawie polskim i amerykańskim. W zakresie prawa polskiego zostały przedstawione rozwiązania prawne zarówno obowiązujące, jak i projektowane w ramach implementacji unijnej dyrektywy odszkodowawczej (dyrektywa 2014/104/UE). Omawiane rozwiązania są przedmiotem analizy w aspekcie wpływu na skuteczność programów łagodzenia kar. Wynikające ze wspomianej dyrektywy przyszłe uregulowanie kwestii dostępu do materiałów *leniency* na potrzeby dochodzenia roszczeń odszkodowawczych może obniżyć skłonność przedsiębiorców do składania wniosków *leniency*, a przez to skuteczność publicznoprawnego egzekwowania reguł konkurencji. W związku z tym autorzy artykułu zgłaszają stosowne wnioski *de lege ferenda*. Jednocześnie, porównując w tym zakresie prawo polskie i USA, dochodzą do wniosku, że to w prawie amerykańskim relacje między prywatnoprawnym i publicznoprawnym egzekwowaniem naruszeń reguł konkurencji są ukształtowane tak, aby oba te narzędzia faktycznie ze sobą współdziałały, nie obniżając wzajemnie swojej skuteczności.

Słowa kluczowe: polskie prawo ochrony konkurencji; amerykańskie prawo ochrony konkurencji; art. 1 ustawy Shermana; programy łagodzenia kar; prywatnoprawne dochodzenie

roszczeń; unijna dyrektywa odszkodowawcza; dostęp do materiałów *leniency*; odpowiedzialność karna.

JEL: K21, K41, K42

I. Wprowadzenie – publicznoprawne egzekwowanie zakazu praktyk ograniczających konkurencję a dochodzenie roszczeń odszkodowawczych w sprawach porozumień ograniczających konkurencję

Dostęp do dowodów naruszenia to jedno z kluczowych zagadnień związanych z problematyką egzekwowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Ponieważ zakazane antykonkurencyjne porozumienia, szczególnie kartele, co do zasady opierają się na uzgodnieniach o sekretnym charakterze, uzyskanie dowodów tych naruszeń jest utrudnione. Zarówno dla organów publicznych egzekwujących reguły konkurencji, jak i dla osób sądowo dochodzących roszczeń odszkodowawczych od uczestników zakazanych porozumień szczególnie pożądane są dowody i informacje „z pierwszej ręki”, od uczestników porozumień ograniczających konkurencję. Skuteczną zachętą do ich dobrowolnego przekazywania organowi ochrony konkurencji przez przedsiębiorców są programy łagodzenia kar (*leniency*), przewidujące odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej lub jej złagodzenie w zamian za współpracę z organem.

Autorzy artykułu analizują zasady, na jakich materiały *leniency* mogą być udostępniane na potrzeby prywatnego egzekwowania reguł konkurencji. Kwestia ta ma wymiar wysoce praktyczny. Szeroki dostęp do materiałów *leniency* może wzmacniać skuteczność dochodzenia roszczeń związanych ze stosowaniem praktyk ograniczających konkurencję. Zarazem może jednak obniżać skuteczność programów łagodzenia kar. Stąd tak ważne jest właściwe unormowanie tych kwestii.

Artykuł stanowi próbę odpowiedzi na pytanie o oddziaływanie zasad dostępu do materiałów *leniency* w prawie polskim na cele procesów odszkodowawczych na skuteczność publicznoprawnego egzekwowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W tym aspekcie omówione zostały rozwiązania prawne wciąż obowiązujące oraz planowane w ramach inkorporowania do prawa polskiego postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objętych przepisami prawa krajowego¹.

Rozwiązania krajowe zostały przedstawione w kontekście prawa amerykańskiego. Przyjęcie takiego kontekstu uzasadnia długoletnie doświadczenie i skuteczność egzekwowania naruszeń konkurencji w USA oraz – jak uznają autorzy – wypracowanie w prawie amerykańskim relacji między prywatnoprawnym i publicznoprawnym egzekwowaniem naruszeń reguł konkurencji, w których oba te narzędzia ze sobą współdziałają, nie obniżając wzajemnie swojej skuteczności.

¹ Dz. Urz. UE L 349/1; dalej: dyrektywa 2014/104/UE.

Podobny efekt jest też oczekiwany przez autorów dyrektywy 2014/104/UE². Tymczasem z polskiej perspektywy może to nie nastąpić.

II. Programy łagodzenia kar jako instrumenty zapewnienia skutecznego egzekwowania publicznoprawnego zakazu praktyk ograniczających konkurencję

1. Program łagodzenia kar w prawie polskim – ogólny zarys

Polityka łagodzenia kar (*leniency*) została wprowadzona do prawa polskiego w 2004 r. na podstawie nowelizacji ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³. Przyczyną jej przyjęcia było dążenie do harmonizacji polskiego prawa antymonopolowego z prawem konkurencji UE w przededniu przystąpienia Polski do Unii Europejskiej oraz wejścia w życie rozporządzenia nr 1/2003⁴ ustalającego podstawy współpracy pomiędzy Komisją Europejską a organami antymonopolowymi państw członkowskich UE w ramach tzw. Europejskiej Sieci Konkurencji⁵.

Stosunkowo niewielka skuteczność polskiego programu *leniency* w pierwszych latach jego funkcjonowania⁶ doprowadziła do zmian w jego działaniu w 2009 r.⁷. Obecnie podstawą funkcjonowania instytucji *leniency* w prawie polskim są art. 113a-k uokik⁸ dodane nowelizacją ze stycznia 2015 r.⁹.

Istotą *leniency* jest odstępianie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie przedsiębiorcy uczestniczącemu w antykonkurencyjnym porozumieniu w zamian za podjęcie przez niego współpracy z organem antymonopolowym zmierzającej do położenia kresu temu porozumieniu. W tym kontekście *leniency* zbliżone jest co do zasady do instytucji świadka koronnego w prawie karnym. Zarówno unijny program *leniency*, jak i analogiczne programy w większości państw UE dotyczą porozumień kartelowych. Tymczasem polski program *leniency* ma zasięg znacznie szerszy, ponieważ obejmuje wszelkiego rodzaju naruszenia zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, zawartego w art. 6 uokik oraz art. 101 ust. 1 TFUE. Możliwość złożenia wniosku *leniency* w sprawach porozumień wertykalnych do polskiego organu antymonopolowego budziła wiele wątpliwości co do zasadności takiego rozwiązania, odmiennego od standardów unijnych. Tymczasem, jak wynika z orzecznictwa, wiele istotnych naruszeń prawa konkurencji zostało wykrytych dzięki istnieniu w prawie polskim możliwości wnioskowania o *leniency* dla uczestników porozumienia wertykalnego. Chodzi tu w szczególności o porozumienia wertykalne z formalnego

² Por. dyrektywa 2014/104/UE, pkt 6 preambuły.

³ Por. art. 103a ustawy z 16.04.2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 93, poz. 891). Szerzej, zob. Turmo, 2013, s. 358 i n.

⁴ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. L 1/1) weszło w życie 1.05.2004 r. i od tego datuje się powstanie tzw. Europejskiej Sieci Konkurencji (ECN).

⁵ European Competition Network, ECN.

⁶ Wyrażająca się składaniem do UOKiK bardzo nielicznych wniosków *leniency*, por. zestawienia zawarte w rocznych Sprawozdaniach z działalności UOKiK dostępnych na uokik.gov.pl.

⁷ Dotyczyły one przede wszystkim wydania rozporządzenia Rady Ministrów z 26.01.2009 r. w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstępianie od wymierzenia kary pieniężnej lub o jej obniżenie (Dz.U. Nr 20, poz. 109), które zastąpiło rozporządzenie o tym samym tytule z 2007 r. Ponadto w tym czasie UOKiK wydał także pierwsze Wytoczne Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie programu łagodzenia kar (tryb postępowania z wnioskami o odstępianie od wymierzenia lub obniżenie kary pieniężnej – „wnioskami *leniency*”) z 24.02.2009 r., dostępne na: https://uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytoczne.php

⁸ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2015, poz. 184), dalej: ustawa antymonopolowa, ustawa, uokik.

⁹ Czyli: ustawą z 10.06.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – kodeks Postępowania Cywilnego (Dz.U. 2014, poz. 945).

punktu widzenia, a w rzeczywistości mające skutki horyzontalne dzięki funkcjonowaniu na zasadzie *hub-and-spoke*¹⁰ (szerzej: Bolecki, 2011, s. 25–46).

Polski program *leniency* przewiduje możliwość całkowitego zwolnienia z kary pieniężnej dla przedsiębiorcy, który jako pierwszy złożył wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej zgodny z wymogami określonymi w ustawie¹¹ oraz przedstawił dowód lub informacje umożliwiające Prezesowi UOKiK uzyskanie takiego dowodu, pomocne do wszczęcia postępowania administracyjnego albo do wydania decyzji kończącej takie postępowanie. Dodatkowo przedsiębiorca ubiegający się o całkowite zwolnienie z kary pieniężnej nie mógł wcześniej nakłaniać innych przedsiębiorców do udziału w porozumieniu¹².

Przedsiębiorca, który nie spełnia któregokolwiek ze wskazanych wyżej warunków ubiegania się o zwolnienie z kary pieniężnej, może ubiegać się o jej obniżenie. W tym celu powinien on złożyć stosowny wniosek zgodnie z wymogami ustawowymi oraz przedstawić dowód mający istotne znaczenie dla rozpatrywanej sprawy, którego organ antymonopolowy nie posiadał wcześniej¹³. O ile z odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej może skorzystać co do zasady tylko jeden przedsiębiorca (który jako pierwszy spełnił ustawowe warunki i złożył stosowny wniosek w tym zakresie), o tyle przedsiębiorców, którzy uzyskają zwolnienie z kary po złożeniu wniosku *leniency* może być więcej. Z tym, że każdy kolejny ze składających wniosków o obniżenie kary może liczyć na proporcjonalnie mniejszą jej redukcję¹⁴.

Należy podkreślić, że w przypadku każdego z przedsiębiorców ubiegających się o zwolnienie z kary lub jej obniżkę istnieje ustawowy wymóg współpracy z organem antymonopolowym od momentu złożenia wniosku do zakończenia postępowania, a także obowiązek zaprzestania uczestnictwa w antykonkurencyjnym porozumieniu. Dodatkowo składający wniosek *leniency* jest zobowiązany do nieujawniania zamiaru złożenia tego wniosku¹⁵.

W szczególnych sytuacjach polskie prawo antymonopolowe przewiduje możliwość złożenia tzw. markera oraz wniosku uproszczonego (szerzej: Turno, 2013, s. 362 i n.)¹⁶. W przypadku markera przedsiębiorca składający wniosek *leniency* do polskiego organu antymonopolowego nie przedstawia pełnego zakresu informacji, których wymaga ustawa. Wynika to z tego, że w momencie składania wniosku przedsiębiorca ten nie posiada wszystkich niezbędnych informacji lub dowodów, lecz spodziewa się, że będzie je w stanie przedstawić w nieodległej przyszłości. W przypadku złożenia markera organ antymonopolowy określa zakres informacji lub dowodów, jakie należy przedstawić w uzupełnieniu wniosku oraz termin na ich przedstawienie. Jeżeli przedsiębiorca uzupełni wniosek we wskazanym terminie, wniosek uznaje się za złożony w dacie złożenia markera¹⁷. W przeciwnym wypadku nieuzupełniony wniosek traktowany jest jak niebyły¹⁸.

¹⁰ Por. decyzje Prezesa UOKiK nr DOK 107/06 z 18.09.2006 r., nr DOK-4/2010 z 24.05.2010 r. i nr DOK-12/2010 z 31.12.2010 r.

¹¹ Por. art. 113a ust. 1–2 uokik.

¹² Por. art. 113b uokik.

¹³ Por. art. 113c ust. 1 uokik.

¹⁴ Por. art. 113c ust. 2 uokik, z którego wynika, że pierwszy przedsiębiorca ubiegający się o obniżkę kary pieniężnej może uzyskać jej redukcję nawet do 50%, podczas gdy trzeci z ubiegających się o obniżkę może uzyskać ją w maksymalnej wysokości 20%.

¹⁵ Por. art. 113a ust. 3, 5–6 oraz art. 113c ust. 1 pkt 2 uokik.

¹⁶ Świadczy to o zharmonizowaniu polskiego programu *leniency* z tzw. *Modelowym Programem Leniency* ECN, który również przewiduje takie instytucje, por.: http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf

¹⁷ Por. art. 113e ust. 3 uokik.

¹⁸ Por. art. 113e ust. 4 uokik.

Wniosek uproszczony może być złożony do polskiego organu antymonopolowego w przypadku, gdy kompletny wniosek *leniency* składany jest do Komisji Europejskiej. Celem wniosku uproszczonego jest zagwarantowanie sobie przez przedsiębiorcę np. pierwszego miejsca w kolejce po *leniency* w postępowaniu przed krajowym organem antymonopolowym, gdyby wobec braku zainteresowania daną sprawą ze strony Komisji to organ krajowy podjął postępowanie w sprawie, której dotyczy wniosek *leniency*¹⁹.

Wnioski *leniency* do polskiego organu antymonopolowego mogą być składane zarówno pisemnie, jak i ustnie. W przypadku nieuwzględnienia wniosku lub jego wycofania jest on zwracany przedsiębiorcy²⁰. Szczegółowy tryb postępowania z wnioskiem *leniency* określony jest w rozporządzeniu Rady Ministrów wydanym na podstawie art. 113k uokik²¹.

W styczniu 2015 r. polski program *leniency* został rozbudowany o dwa nowe komponenty. Są to tzw. *leniency plus* wzorowane na funkcjonującym w Stanach Zjednoczonych *amnesty plus* (Turno, 2013, s. 403) oraz *leniency* dla osób fizycznych. Istotą *leniency plus* jest możliwość uzyskania dodatkowego obniżenia kary przez przedsiębiorcę, który ubiega się o obniżenie kary w toczącym się już postępowaniu przed Prezesem UOKiK²². Ta dodatkowa obniżka może wynosić 30% kary nakładanej po zastosowaniu *leniency* w toczącym się już postępowaniu. Warunkiem jej uzyskania jest złożenie kolejnego wniosku *leniency* jako pierwszego z uczestników innego porozumienia antykonkurencyjnego. W konsekwencji zastosowania *leniency plus* przedsiębiorca korzystający z tej instytucji uzyskuje niejako podwójny bonus, którym jest uzyskanie dodatkowej znacznej redukcji kary w sprawie, w której po zgłoszeniu *leniency* zakwalifikował się już do obniżenia kary, jak również uzyskanie zwolnienia z kary w sprawie, w której został złożony wspomniany wyżej dodatkowy wniosek *leniency*²³. W ten sposób instytucja *leniency*, wiążąc ze sobą dwa niezależne postępowania antymonopolowe, daje dodatkowe korzyści finansowe (dodatkowe znaczne obniżenie kary o 30%) zainteresowanemu przedsiębiorcy, natomiast z perspektywy interesu publicznego reprezentowanego przez organ antymonopolowy umożliwia wykrycie kolejnego porozumienia ograniczającego konkurencję.

Analizowana nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, obowiązująca od stycznia 2015 r., wprowadziła do prawa polskiego odpowiedzialność osób zarządzających, które w ramach sprawowania swojej funkcji u przedsiębiorcy dopuściły do naruszenia przez tego przedsiębiorcę zakazu porozumień ograniczających konkurencję²⁴. W przypadku takiego naruszenia organ antymonopolowy może nałożyć na osobę zarządzającą karę pieniężną w wysokości do 2 mln zł²⁵. Konsekwencją wprowadzenia odpowiedzialności finansowej określonych osób fizycznych za niektóre naruszenia prawa antymonopolowego było równoległe wprowadzenie do przepisów polskiej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów programu *leniency* dla tych osób²⁶. Co do

¹⁹ W sytuacji podjęcia postępowania przez organ krajowy przedsiębiorca zostanie wezwany do uzupełnienia wniosku uproszczonego tak, aby odpowiadał on standardom określonym w ustawie. Jeżeli takie uzupełnienie zostanie dokonane we wskazanym terminie, dany wniosek będzie traktowany jakby został złożony w dacie przedstawienia wniosku uproszczonego, por. art. 113f uokik.

²⁰ Por. art. 113g uokik.

²¹ Por. rozporządzenie Rady Ministrów z 23.12.2014 r. w sprawie sposobu i trybu postępowania z wnioskiem o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie (Dz.U. 2015, poz. 81).

²² Chodzi tu o przedsiębiorcę, który nie spełnia warunków do uzyskania całkowitego zwolnienia z kary.

²³ Por. art. 113d uokik.

²⁴ Ustawa ogranicza tę odpowiedzialność do stosowania przez przedsiębiorcę tzw. porozumień nazwanych, określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik oraz art. 101 ust. 1 lit. a)–e) TFUE, por. art. 6a uokik.

²⁵ Por. art. 106a uokik.

²⁶ Instytucja ta uregulowana jest w art. 113h–113j uokik.

zasady opiera się on na analogicznych zasadach jak w przypadku *leniency* dla przedsiębiorców. Najważniejsze odrębności dotyczą m.in. zakresu informacji, jakie powinny być przedstawione przez osobę fizyczną²⁷. Przepisy stanowią również, że wniosek *leniency* złożony przez przedsiębiorcę obejmuje także jego osoby zarządzające, które mogłyby ponieść odpowiedzialność na postawie art. 6a ustawy²⁸. Reguła ta nie działa w odwrotnym kierunku, co jest konsekwencją uznania przez ustawę odpowiedzialności finansowej osób fizycznych za subsydiarną w stosunku do odpowiedzialności przedsiębiorców.

2. Program łagodzenia kar w prawie federalnym USA – ogólny zarys

Aby dokonać analizy zakresu i wykorzystania programów łagodzenia kar w Stanach Zjednoczonych, należy w pierwszej kolejności przeanalizować postanowienia art. 1 ustawy Shermana, która uznaje za nielegalne zawieranie przez przedsiębiorców porozumień ograniczających swobodę handlu lub obrotu między stanami lub z innymi państwami. Krótki zarys interpretacji amerykańskiego Sądu Najwyższego dotyczącej zakazów wprowadzonych na podstawie art. 1 ustawy Shermana²⁹ oraz tego, jakiego typu naruszenia są zakazane *per se*, przedstawia zakres programu łagodzenia kar przyjętego przez Wydział Antymonopolowy amerykańskiego Departamentu Sprawiedliwości (Department of Justice Antitrust Division).

Zakres programu łagodzenia kar w prawie federalnym USA determinuje okoliczność, iż w Stanach Zjednoczonych porozumienia kartelowe traktuje się jako przestępstwo. Wskazać należy, że naruszenie art. 1 uchwalonej w 1890 r. ustawy Shermana narażane było na odpowiedzialność zarówno cywilną, jak i karną. Antykonkurencyjne porozumienia między przedsiębiorcami ograniczające produkcję lub handel zagrożone były karą pozbawienia wolności do jednego roku. Od przyjęcia ustawy Shermana wysokość określonych w niej kar za naruszenia kartelowe rosła. W 1974 r. Kongres Stanów Zjednoczonych zaostrzył maksymalny wymiar kary z jednego roku do trzech lat pozbawienia wolności, definiując praktyki kartelowe jako przestępstwa kwalifikowane (w amerykańskim systemie *common law* najpoważniejsza kategoria przestępstw, zwykle cechująca się tym, że za ich popełnienie grozi kara pozbawienia wolności powyżej jednego roku). W roku 2004 kolejna nowelizacja ustawy Shermana³⁰ dodatkowo zaostrzyła kary. Maksymalna kara grzywny dla przedsiębiorstw (osób prawnych) wynosi 100 mln USD, a dla osób fizycznych – 1 mln USD, maksymalna kara pozbawienia wolności wynosi zaś 10 lat. W przypadku dochodzenia kar grzywny znacznie przewyższających tę sumę możliwe jest zastosowanie „zasady alternatywnej grzywny”, przewidującej kary „dwukrotności uzyskanej korzyści brutto lub dwukrotności poniesionej straty brutto” (18 U.S. Code § 3571 d).

W tym miejscu podkreślić należy, że jakkolwiek art. 1 ustawy Shermana³¹ literalnie odnosi się do „każdej umowy, związku w formie trustu lub jakiegokolwiek innej lub zmywy, jeśli ogranicza

²⁷ Osoba zarządzająca przedstawia we wniosku informacje w nim wymagane w zakresie, w jakim dysponuje nimi ze względu na pełnioną u przedsiębiorcy funkcję i swoją rolę w porozumieniu, por. art. 113i uokik.

²⁸ Por. art. 113j ust. 1 uokik.

²⁹ Art. 1 ustawy Shermana dotyczy działań kilku jednostek. Nie dotyczy zaś stosunków wewnątrzorganizacyjnych, za które uznaje się także relacje między jednostką dominującą a w pełni przez nią kontrolowany podmiot zależny (*sprawa Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, nr 467 US 752 (1984)). Ocena tego, czy dana umowa podlega art. 1 ustawy Shermana zależy od tego, czy dotyczy ona „oddzielnych podmiotów gospodarczych realizujących odrębne interesy gospodarcze” (*ibidem*: 768), w taki sposób, że „pozbawia to rynek niezależnych ośrodków decyzyjnych” (*ibidem*: 769). Przykładowo, za podlegające ocenie w aspekcie art. 1 ustawy Shermana Sąd Najwyższy uznał działania członków odrębnego podmiotu kontrolowanego przez grupę konkurentów (udziałowców ww. podmiotu), uznając, że podmiot ten był tylko narzędziem wykorzystywanym przez konkurentów na potrzeby horyzontalnego podziału terytorialnego (*sprawa Stany Zjednoczone v. Sealy, Inc.*, nr 388 U.S. 350, 352–356 (1967)).

³⁰ *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* z 2004 r., 42 Pub. L. 108-237, wersja skodyfikowana: 15 U.S.C. § 4301 i nast. („ACPERA”).

³¹ *Ibidem*.

swobodę handlu lub obrotu pomiędzy stanami lub z innymi państwami”³², to w świetle sądowej wykładni tego przepisu zakaz nie dotyczy wszelkiego rodzaju kontraktów i umów.

W opinii przedstawionej przez Sędziego Stevensa amerykański Sąd Najwyższy orzekł w odniesieniu do art. 1 ustawy Shermana, że: „znaczenie tego artykułu nie może być jednoznaczne z jego brzmieniem. Ustawa stanowi, że „każda” umowa ograniczająca handel jest niezgodna z prawem. Jednakże (...) ograniczenie jest istotą każdej umowy³³; w interpretacji dosłownej, art. 1 praktycznie eliminowałby całe prawo kontraktowe. A jednak to właśnie to ustawodawstwo wprowadza możliwość egzekwowania umów handlowych i pozwala na skuteczne funkcjonowanie konkurencyjnych rynków, a nawet konkurencyjnej gospodarki. Zamysłem Kongresu nie było jednak, aby tekst ustawy Shermana określał pełne znaczenie ustawy lub jej zastosowania w konkretnych sytuacjach. Historia prawodawstwa jednoznacznie pokazuje, że sądy powinny nadać kształt szerokiemu mandatowi ustawy, czerpiąc z tradycji systemu *common law*”³⁴.

Zgodnie z przywołanym stanowiskiem Sędziego Stevensa, w orzecznictwie zinterpretowano postanowienia ustawy Shermana, czerpiąc z tradycji systemu *common law*. Sąd Najwyższy sformułował w sprawie *Northern Pacific R. Co.*³⁵ definicję zakazu *per se* (szerzej: Miąsik, 2004, s. 96–106). Sąd uznał, że „bezzasadne, a co za tym idzie, niezgodne z prawem, bez kompleksowego badania konkretnych szkód przez nie wyrządzonych lub gospodarczego uzasadnienia dla ich zastosowania” są tylko niektóre ograniczenia, jeżeli mają: „...zgubny wpływ na konkurencję i są pozbawione korzyści”. Jak stwierdził Sąd Najwyższy, „taka reguła zakazu *per se* nie tylko sprawia, że jest bardziej pewne, jakie kategorie ograniczeń są zabronione ustawą Shermana, z korzyścią dla wszystkich zainteresowanych, ale eliminuje również potrzebę przeprowadzenia niezwykle skomplikowanych i długich analiz ekonomicznych całej historii danej branży, a także branż pokrewnych, w celu ustalenia w szerszym ujęciu, czy dane ograniczenie było bezzasadne”. Tak więc porozumienia zakazane *per se* to takie, których negatywny wpływ na konkurencję wynika z samej ich istoty, a ich uzasadnienie jest „niedopuszczalne, ponieważ jest ono sprzeczne ze wszystkimi celami prawa antymonopolowego w danym systemie prawnym” (Miąsik, 2004, s. 22). Amerykańskie sądy zaliczyły do praktyk zakazanych *per se* ustalanie cen³⁶, podział rynków³⁷, bojkoty grupowe³⁸ oraz umowy wiązane³⁹.

Pozostałe porozumienia, niemieszczące się w kategorii *per se*, podlegają szczegółowej ocenie i w oparciu o regułę rozsądku mogą być uznane za dopuszczalne, gdy, prowadząc do ograniczenia konkurencji w jednym obszarze, zwiększają konkurencję w innym (Miąsik, 2004, s. 20), przy zachowaniu proporcjonalności między ograniczeniem konkurencji a „zakładanymi lub wywołanymi pozytywnymi skutkami” (Miąsik, 2004, s. 21).

³² „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal”. Wykorzystane tłumaczenie z: Miąsik, 2004, s. 63.

³³ Jak stwierdził sąd w innej sprawie: „Kaźda umowa dotycząca handlu i kaźdy przepis dotyczący handlu stanowi swoiste ograniczenie. Wiąźanie i ograniczanie to cała ich istota”. Zob. wyr. w sprawie *Chicago Board of Trade v. Stany Zjednoczone*, nr 246 U.S. 231, 246 U.S. 238. Podobnie: wyr. w sprawie *Stany Zjednoczone v. Topco Associates*, nr 405 U.S. 596, 405 U.S. 606.

³⁴ Zob. 21 Cong. Rec. [sprawozdanie z obrad Kongresu] 2456 (1890) (uwagi Senatora Shermana).

³⁵ *Northern Pacific R. Co. przeciwko Stanom Zjednoczonym*, nr 356 U.S. 1,5 (1958).

³⁶ Wyr. w sprawie *Stany Zjednoczone v. Socony-Vacuum Oil Co.*, nr 310 U.S. 150, 310 U.S. 210.

³⁷ Wyr. w sprawie *Stany Zjednoczone v. Addyston Pipe & Steel Co.*, nr 85 F. 271, utrzymany wyrokiem nr 175 U.S. 211.

³⁸ Wyr. w sprawie *Fashion Originators' Guild v. Federalna Komisja Handlu*, nr 312 U.S. 457.

³⁹ Wyr. w sprawie *International Salt Co. v. Stanom Zjednoczonym*, nr 332 U.S. 392.

Powyższa klasyfikacja naruszeń art. 1 ustawy Shermana determinuje zakres jego egzekwowania na drodze publicznoprawnej. Powołany do tego Wydział Antymonopolowy Departamentu Sprawiedliwości może egzekwować zakazy wprowadzone Ustawą Shermana na drodze cywilnej lub karnej⁴⁰, lecz jako przestępstwa traktuje – choć nie wskazuje na to jednoznacznie brzmienie ustawy Shermana – wyłącznie porozumienia uznane przez sądy jako zakazane *per se*. Podręcznik Wydziału Antymonopolowego⁴¹ wyjaśnia te kwestie w sposób jednoznaczny w części poświęconej zasadom ustalania czy dochodzenie należy prowadzić na drodze cywilnej, czy karnej: „Wydział skłania się ku prowadzeniu dochodzeń na drodze karnej i ścigania w sprawach dotyczących porozumień horyzontalnych, zakazanych *per se* umów, takich jak ustalanie cen, ustawianie przetargów oraz podział klientów i obszarów. Procedurę cywilną oraz, w razie potrzeby, proces cywilny stosuje się wobec innych domniemyanych naruszeń przepisów antymonopolowych, w tym naruszeń wymagających rozważenia zgodnie z regułą rozsądku, a także wykroczeń, które do tej pory sądy traktowały jako wykroczenia zakazane 'per se'”. W tym samym Podręczniku wyjaśnia się zarazem, że „W wielu sytuacjach, nawet jeżeli dane działanie wydaje się naruszeniem *per se*, dochodzenie lub proces na drodze karnej może nie być wskazany. Sytuacje takie mogą obejmować sprawy, w których: (1) orzecznictwo jest niejednoznaczne; (2) przedstawione zostały zupełnie nowe zagadnienia prawne lub okoliczności; (3) istnieje uzasadnione przypuszczenie, że niejasności wynikają z wcześniejszych decyzji procesowych; lub (4) istnieją jednoznaczne dowody na to, że osoby, których dotyczy dochodzenie, nie znały lub nie rozumiały konsekwencji swych działań”⁴².

Ograniczenie zakresu egzekucji naruszeń art. 1 ustawy Shermana na drodze prawa publicznego (jako przestępstw) do porozumień zakazanych *per se* wpływa na zakres programu łagodzenia kar. Wprowadzony przez Wydział Antymonopolowy w październiku 1978 r. Korporacyjny Program Łagodzenia Kar (ang. *Corporate Leniency Policy*) stosowany jest do spraw karnych. W swym pierwotnym kształcie przysługiwał tylko przedsiębiorcom, którzy przyznali się do niedozwolonych działań przed wszczęciem dochodzenia przez Wydział. Decyzja o złagodzeniu kary nie zapadała automatycznie, tylko była podejmowana w ramach dyskrecjonalności organu. W takiej formule program łagodzenia kar nie był szczególnie skuteczny, a w ciągu pierwszych czternastu i pół roku jego funkcjonowania wnioski o złagodzenie kary złożyło zaledwie siedemnastu uczestników karteli⁴³.

Z tego względu wprowadzone zostały zmiany w celu zapewnienia przedsiębiorcom większej pewności co do warunków, kiedy faktycznie mogą liczyć na zwolnienie z kary w zamian za współpracę w identyfikacji zmywy. W celu skorygowania tych problemów i zapewnienia dodatkowych zachęt dla spółek do dokonywania ujawnień i podejmowania współpracy do programu wprowadzono następujące zmiany: (1) gwarancję przyznania statusu *leniency* dla uprawnionego podmiotu, jeżeli podjął współpracę z Wydziałem w sprawie, w której nie wszczęto jeszcze dochodzenia; (2) objęcie ochroną wynikającą z wniosku *leniency* przedsiębiorcy wszystkich współpracujących

⁴⁰ Inny organ powołany do ochrony rynku przed nieuczciwymi (w tym: antykonkurencyjnymi) praktykami przedsiębiorców, Federalna Komisja Handlu (*Federal Trade Commission*), nie ma kompetencji na gruncie prawa karnego.

⁴¹ U.S. Department of Justice Antitrust Division Manual. Fifth Edition. Last Updated April 2015, s. III-12; <https://www.justice.gov/atr/file/761166/download>.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *The Disclosure of Antitrust Violations and Prosecutorial Discretion*, wystąpienie Johna H. Shenefielda podczas 17. Dorocznego Posiedzenia Corporate Counsel Institute, 4 października 1978 roku.

z Wydziałem członków kierownictwa, dyrektorów i pracowników; (3) dopuszczenie przyznana korzyści w ramach programu *leniency* w określonych okolicznościach, nawet jeżeli w przedmiotowej sprawie trwało już dochodzenie.

Ważną zmianą w programie łagodzenia kar dla przedsiębiorców w 1993 r. było opublikowane reguł nowej polityki łagodzenia kar uwzględniających odrębnie warunki, jakie muszą być spełnione w celu skorzystania ze złagodzenia kar, jeżeli w danej sprawie nie jest prowadzone dochodzenie (typ A) oraz warunki, na jakich przysługuje złagodzenie kary pomimo trwania dochodzenia w sprawie (typ B)⁴⁴.

W przywoływanym dokumencie wyraźnie przesądzono, że lider lub inicjator kartelu nie może liczyć na udział w programie. Wyjaśniają to pracownicy Wydziału Antymonopolowego (Hammond i Barnett, 2008): „Wzór wniosku o warunkowe złagodzenie kary dla przedsiębiorstwa (...) zobowiązuje wnioskodawcę do oświadczenia, że 'nie zmuszał żadnego innego podmiotu do udziału w jakiegokolwiek zgłaszanej działalności o charakterze antykonkurencyjnym i nie kierował ani nie był inicjatorem takiej działalności'. Podobnie jak w przypadku oświadczeń w sprawie ujawnienia i zakończenia działalności, na wnioskodawcy spoczywa obowiązek udowodnienia prawdziwości złożonego oświadczenia”⁴⁵.

Niezwykle ważnym aspektem polityki łagodzenia kar jest fakt, że **tylko jeden uczestniczący w kartelu przedsiębiorca, który podjął współpracę z Wydziałem Antymonopolowym może być objęty zwolnieniem z kary za dane naruszenie**.

Wprowadzenie powyższych zmian do programu łagodzenia kar istotnie zwiększyło liczbę wnioskodawców, dzięki czemu program uważa się za udany. Jak ogłosił Scott Hammond, pełniący wówczas w Wydziale Antymonopolowym funkcję Zastępcy Asystenta Prokuratora Generalnego ds. Egzekwowania Praw w Postępowaniu Karnym: „Wskutek wprowadzenia tych zmian, Wydział Antymonopolowy odnotował niemal dwudziestokrotny wzrost liczby wniosków o złagodzenie kary, dzięki czemu Program Łagodzenia Kar stał się najskuteczniejszym narzędziem śledczym stosowanym przez Wydział Antymonopolowy”⁴⁶.

Kolejną istotną zmianą w amerykańskim programie *leniency* było wprowadzenie nowej **polityki łagodzenia kar dla osób fizycznych**, ogłoszonej 10 sierpnia 1994 r. i dotyczącej wszystkich osób fizycznych samodzielnie (a nie w ramach korporacyjnego *leniency*), wychodzących z inicjatywą współpracy w celu objęcia zwolnienia z odpowiedzialności karnej w zamian za zgłoszenie naruszenia art. 1 ustawy Shermana, o której Wydział wcześniej nie wiedział. Podobnie jak w przypadku wniosków *leniency* dla przedsiębiorców, od osoby fizycznej chcącej uczestniczyć w programie łagodzenia kar, wymagane jest przyznanie się do udziału w noszącym znamiona przestępstwa naruszeniu reguł konkurencji, niepełnienie w kartelu funkcji lidera i nieprzymuszanie innych podmiotów do uczestnictwa w kartelu, a zarazem pełna współpraca z Wydziałem Antymonopolowym⁴⁷.

Podkreślenia wymaga, że amerykański program *leniency* umożliwia uzyskanie zwolnienia z grzywny poprzez współpracę z Wydziałem Antymonopolowym tylko jednemu przedsiębiorcy

⁴⁴ <https://www.justice.gov/atr/corporate-leniency-policy>.

⁴⁵ <https://www.justice.gov/atr/model-corporate-conditional-leniency-letter>.

⁴⁶ *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades*, 25 lutego 2010 r. <https://www.justice.gov/atr/speech/evolution-criminal-antitrust-enforcement-over-last-two-decades>.

⁴⁷ Department of Justice Leniency Policy for Individuals; <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>.

uczestniczącemu w danym naruszeniu, przedsiębiorstwa i ich doradcy prawni poddani są znacznej presji zgłoszenia podejrzenia naruszenia niezwłocznie po jego stwierdzeniu. Dlatego pierwszym krokiem podejmowanym przez wielu przedsiębiorców jest kontakt z Wydziałem w ramach procedury *leniency* jeszcze przed szczegółowym wewnętrznym dochodzeniem potwierdzającym, że faktycznie doszło do naruszenia o charakterze karnym.

Podmiot wnioskujący o *leniency* ma możliwość złożenia tzw. markera⁴⁸. Marker pozwala wnioskodawcy zarezerwować miejsce na początku kolejki podmiotów ubiegających się o *leniency* na czas niezbędny np. do przeprowadzenia wewnętrznego audytu i zgromadzenia informacji, które będą wystarczały do uzyskania statusu *leniency*. Marker jest przyznawany na czas określony, zwykle 30 dni. W niektórych przypadkach Wydział Antymonopolowy może zgodzić się na jego przedłużenie o dodatkowy czas, o ile wnioskodawca wykaże, że w dobrej wierze stara się terminowo uzupełnić swój wniosek⁴⁹.

Potencjalne korzyści dla pierwszego podmiotu występującego z wnioskiem *leniency* w zamian za zgłoszenie działalności kartelowej do Wydziału Antymonopolowego są następujące: wnioskodawcy unikają odpowiedzialności karnej za naruszenia prawa antymonopolowego, w tym ewentualnych kar w postępowaniu karnym lub grzywny administracyjnej, współpracujący z Wydziałem przedsiębiorcy unikają zaś potencjalnych kar grzywny i kar pozbawienia wolności. Ponadto, wnioskodawcy *leniency* mogą uzyskać zwolnienie z obowiązku wypłacenia w postępowaniu cywilnym potrójnego odszkodowania pod warunkiem, że będą współpracować ze stroną powodową w późniejszych sprawach cywilnych. Ta ostatnia wymieniona korzyść z uczestnictwa w programie *leniency*, aktualizująca się w ewentualnych następczych postępowaniach odszkodowawczych, wydaje się dawać szczególnie silną motywację do uczestnictwa w programie, zapewnia bowiem możliwość uniknięcia wyjątkowo wysokich odszkodowań. O ile od podmiotu z przyznanym statusem *leniency* w sądowym postępowaniu odszkodowawczym zasądzone może być tylko odszkodowanie o funkcji kompensacyjnej, tj. w wysokości pokrywającej rzeczywistą szkodę, to wobec pozostałych pozwanych kartelistów sąd może zasądzić, nawet jeżeli przyznali się do winy, odszkodowania w wysokości trzykrotności szkody, a ponadto odpowiadają oni solidarnie⁵⁰.

Ważnym narzędziem wykrywania karteli, pozwalającym uczestnikowi kartelu na uchronienie się przed obowiązkiem zapłaty odszkodowania w wysokości trzykrotności szkody w równoległych sprawach cywilnych jest tzw. program *leniency plus*. Warunki tego programu zostały określone w ustawie o zaostrzeniu i reformie systemu wymierzania kar w karnych procesach antymonopolowych z 2004 r.⁵¹. Od wnioskodawcy wymagana jest, między innymi, „dostateczna współpraca” ze stroną powodową w postępowaniu cywilnym.

W odróżnieniu od programów *leniency*, w prawie polskim i unijnym omawiany amerykański program łagodzenia kar nie daje gwarancji jakichkolwiek korzyści drugiemu w kolejności uczestnikowi zakazanego porozumienia. Pomimo tego Wydział Antymonopolowy często traktuje przystąpienie do współpracy na wczesnym etapie jako okoliczność łagodzącą przy

⁴⁸ Na temat podobnej instytucji w prawie polskim, zob. rozdz. II.1 „Program łagodzenia kar w prawie polskim – ogólny zarys”.

⁴⁹ Zob. Odpowiedź na Pytanie 2 w: Hammond i Barnett, 2008.

⁵⁰ Omówione reguły odnoszące się do wnioskodawców *leniency* wynikają z uchwalonej w 2004 r. ustawy *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* („ACPERA”) 2004, 42 Pub. L. 108–237, wersja skodyfikowana: 15 U.S.C. § 4301 i nast.

⁵¹ Ibidem.

zawieraniu ugód pomiędzy obroną a oskarżeniem (*plea agreements*). Ponadto, drugi w kolejności podmiot może zapewnić sobie łagodniejsze potraktowanie w ramach programu *leniency plus* dzięki ujawnieniu istnienia drugiego kartelu. Strona, która jako pierwsza zgłosi istnienie drugiego kartelu zyskuje, nie ponosi ona bowiem odpowiedzialności karnej z tytułu zgłoszenia drugiego kartelu, jak również jest łagodniej potraktowana w związku z ujawnieniem pierwszego kartelu⁵².

Na koniec warto jeszcze zauważyć, że nie została przewidziana żadna formalna procedura zaskarżania decyzji Wydziału Antymonopolowego o przyznaniu złagodzenia kary.

3. Programy łagodzenia kar w prawie polskim i prawie federalnym USA – podstawowe podobieństwa i różnice

Omówienie podstawowych zasad programów łagodzenia kar w prawie polskim i amerykańskim ujawnia zarówno podobieństwa, jak i różnice. Poniżej przedstawiono ich zestawienie. Przedstawione różnice są konsekwencją różnic między systemem *common law* i systemem prawa cywilnego, a także tym, że zawarcie kartelu w Stanach Zjednoczonych jest przestępstwem w świetle prawa karnego, a w Polsce – deliktem prawa administracyjnego.

Tabela 1. Różnice i podobieństwa programów *leniency* w Polsce i USA

Różnice	
USA	POLSKA
program <i>leniency</i> ma zastosowanie do naruszeń konkurencji o charakterze karnym	program <i>leniency</i> ma zastosowanie do naruszeń o charakterze administracyjnym
o zastosowaniu programu decyduje prokurator	o zastosowaniu programu decyduje Prezes UOKiK (organ administracji)
program <i>leniency</i> ma zastosowanie tylko wobec jednego wnioskodawcy w sprawie danej zmowy	program <i>leniency</i> ma szersze zastosowanie; choć tylko jeden wnioskodawca może uzyskać pełne odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej, kolejni wnioskodawcy mogą uzyskać złagodzenie kary
zastosowanie procedury <i>leniency</i> nie jest możliwe w stosunku do liderów nielegalnych porozumień ani wobec osób, które przymuszały innych do przystąpienia do zmowy	inicjator nielegalnego porozumienia (o ile nie nakłaniał innych do uczestnictwa w porozumieniu) może uzyskać całkowite odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej złagodzenie kary (por. art. 113(b)(3) ustawy)
wnioskodawca <i>leniency</i> może liczyć na korzystne traktowanie w postępowaniu odszkodowawczym w postaci istotnego obniżenia maksymalnej kwoty odszkodowania jaka może być zasądzona, jeżeli podejmuje współpracę ze stronami postępowania cywilnego	choćby dyrektywa 2014/104/UE przewiduje dla Wnioskodawcy <i>leniency</i> pewne korzyści w ewentualnych postępowaniach odszkodowawczych, jednak nie mogą się one równać z tymi w prawie amerykańskim ¹

⁵² Zob. Odpowiedź na Pytanie 8 [w:] Hammond S.D., Barnett B.A. (2008).

C.d. tabeli 1

Podobieństwa	
USA	POLSKA
pierwszy w kolejności wnioskodawca <i>leniency</i> uzyskuje odstępianie od kary grzywny (w przypadku USA także od pozbawienia wolności)	pierwszy w kolejności wnioskodawca <i>leniency</i> uzyskuje odstępianie od nałożenia kary pieniężnej
Wydział Antymonopolowy warunkowo przyznaje wnioskodawcy status <i>leniency</i> , który potwierdzany jest jeżeli wnioskodawca spełni wszystkie stosowne wymogi.	po złożeniu wniosku <i>leniency</i> spełniającego kryteria ustawowe Prezes UOKiK zawiadamia wnioskodawcę o przyznaniu wstępnego statusu <i>leniency</i> ² , natomiast ostateczne uzyskanie korzyści wynikających z uczestnictwa w programie następuje, jeżeli wnioskodawca spełni wszystkie stosowne wymogi
aby skorzystać z korzyści zapewnianych przez program <i>leniency</i> , wnioskodawca musi podjąć pełną i rzetelną współpracę z Wydziałem Antymonopolowym w prowadzonym dochodzeniu; we wzorze wniosku <i>leniency</i> dla przedsiębiorców opisuje się konkretne obowiązki współpracy przez wnioskodawcę, takie jak m.in. zapewnienie dokumentów, informacji i materiałów, niezależnie od tego, gdzie się znajdują; dokładanie wszelkich starań w celu zapewnienia współpracy ze strony bieżących członków kierownictwa, dyrektorów i pracowników	wnioskodawca <i>leniency</i> jest zobowiązany współpracować z Prezesem UOKiK w pełnym zakresie od momentu złożenia wniosku ³ ; jest to warunek konieczny dla ubiegających się zarówno o zwolnienia, jak i o obniżenia wysokości kary pieniężnej ⁴
program <i>leniency</i> jest dostępny zarówno dla przedsiębiorców, jak i dla niemających takiego statusu osób fizycznych (członków kierownictwa, dyrektorów i pracowników)	program <i>leniency</i> jest dostępny zarówno dla przedsiębiorców, jak i dla osób fizycznych niemających takiego statusu (tzw. osoby zarządzające)

¹ Dyrektywa przewiduje, że „Podmiot zwolniony z kary powinien być zatem zasadniczo zwolniony z solidarnej odpowiedzialności za całą szkodę, a przypadająca na niego część odszkodowania względem innych współsprawców nie powinna przewyższać wartości szkody wyrządzonej jego bezpośrednim lub pośrednim nabywcą, a w przypadku kartelu nabywców — jego bezpośrednim lub pośrednim dostawcą. W zakresie, w jakim kartel wyrządził szkodę podmiotom niebędącym klientami ani dostawcami sprawców naruszenia, część odszkodowania przypadająca na podmiot zwolniony z kary nie powinna przewyższać jego względnej odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez kartel”, zob. pkt 38 preambuły dyrektywy 2014/104/UE.

² Zob. § 6 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z 23.12.2014 r. w sprawie sposobu i trybu postępowania z wnioskiem o odstępianie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie (Dz.U. z 2015 r. poz. 81).

³ Art. 113a ust. 5 uokik.

⁴ Art. 113b pkt 1 i art. 113c ust. 1 pkt 2 uokik.

Źródło: opracowanie własne.

4. Korzyści płynące z programów łagodzenia kar dla egzekwowania publicznoprawnego zakazu praktyk ograniczających konkurencję

Programy *leniency* powszechnie uznawane są przez organy antymonopolowe zarówno w Europie, jak i na całym świecie za najskuteczniejszy instrument walki z antykonkurencyjnymi porozumieniami przedsiębiorców. Świadczy o tym zakres rozpowszechnienia się tej instytucji, pochodzącej z prawa antytrustowego Stanów Zjednoczonych, na inne kontynenty⁵³. Obecnie

⁵³ Stany Zjednoczone po raz pierwszy wprowadziły *leniency* dla przedsiębiorców w 1978 r.

programy *leniency* funkcjonują już w kilkudziesięciu jurysdykcjach (Król-Bogomilska, 2013, s. 212). Szczególnie popularne jest *leniency* w Europie, gdzie spośród 28 państw członkowskich UE jedynie Malta nie posiada tego instrumentu w krajowym prawie antymonopolowym⁵⁴.

Programy *leniency* państw UE często wzorowane są na programie Komisji Europejskiej⁵⁵, a znaczący wzrost ich liczby jest konsekwencją postępującej oddolnej konwergencji wewnętrznego prawa antymonopolowego państw członkowskich UE z prawem unijnym po uchwaleniu i wejściu w życie rozporządzenia Nr 1/2003. Również polski program *leniency* mieści się w tym nurcie, został wdrożony do prawa krajowego w dniu przystąpienia Polski do UE, tj. 1.05.2004 r.

Przyczyną niesłabnącej popularności instytucji *leniency* w Europie i poza nią są korzyści, których w takich programach upatrują organy antymonopolowe na całym świecie. Korzyści te związane są przede wszystkim z dostępem do informacji mających często charakter nieoficjalny, a więc takich których pozyskanie w inny sposób, przy braku współpracy ze strony uczestnika naruszenia, byłoby bardzo utrudnione, a w niektórych przypadkach praktycznie niemożliwe⁵⁶. Dodatkowo informacje te pochodzą od samych uczestników antykonkurencyjnego porozumienia, co zwiększa ich wiarygodność lub umożliwia ich weryfikację. Szczególne znaczenie z perspektywy ochrony interesu publicznego, do czego powołane są organy antymonopolowe, mają informacje lub dowody pozwalające wszcząć postępowanie w sprawie, która nie była wcześniej znana organowi antymonopolowemu. Wśród tych informacji lub dowodów mogą znajdować się również takie, które umożliwią np. przeprowadzenie przeszukania u uczestników zakazanej zмовы (po wcześniejszym uzyskaniu zgody sądu na takie działanie) w sposób, który umożliwi skuteczne dotarcie do niezbędnych dowodów⁵⁷.

Z perspektywy organów antymonopolowych oraz wykonywanych przez nich zadań duże znaczenie mieć mogą także przekazane przez wnioskujących o *leniency* inne dowody lub informacje ułatwiające uzyskanie dowodów, których dany organ wcześniej nie posiadał. Ponadto przedsiębiorca ubiegający się o *leniency* od momentu złożenia wniosku jest zobowiązany do współdziałania z organem antymonopolowym pod rygorem nieprzyznania mu zwolnienia lub obniżenia kary. Z perspektywy organu może być to pomocne w prowadzeniu postępowania, wyjaśniania na bieżąco powstających wątpliwości dotyczących okoliczności sprawy. W konsekwencji informacje uzyskane dzięki *leniency* mają istotne znaczenie na etapie zarówno wydawania decyzji kończącej postępowanie administracyjne, jak i odwoławczym przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów⁵⁸.

W doktrynie oraz w publicystyce instytucja *leniency* w postępowaniu antymonopolowym bywa porównywana do instytucji świadka koronnego w postępowaniu karnym (Molski, 2014, s. 1402; Niklewicz, 2003). Mimo wielu różnic pomiędzy tymi dwoma instytucjami należącymi do odmiennych dziedzin prawa, istota korzyści dla ochrony konkurencji realizowanej w interesie publiczno-prawnym wynikających z funkcjonowania programów łagodzenia kar jest analogiczna jak przy

⁵⁴ Por. http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme_annex1.pdf.

⁵⁵ Por. Obwieszczenie Komisji w sprawie zwalniana z grzywnien i zmniejszania grzywnien w sprawach kartelowych (Dz. Urz. UE 2006 C 298/11) ze zmianami (Dz. Urz. UE 2015 C 256/01).

⁵⁶ Np. korespondencja mailowa, notatki menedżerów, nagrania nieformalnych spotkań.

⁵⁷ Np. dzięki wskazaniu przez wnioskującego o *leniency* lokalizacji, w których mogą znajdować się dalsze dowody naruszenia. Wartość takich informacji instruuje organ ochrony konkurencji w kwestii przeprowadzenia przeszukania wzrasta wraz z ograniczeniami wynikającymi z podwyższania – zarówno w orzecznictwie ETPC jak i na gruncie prawa UE – standardów ochrony praw, m.in. ochrony przed tzw. *fishing expeditions*.

⁵⁸ Odwołania od tych decyzji wnosi się do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK), który sprawuje pełną merytoryczną kontrolę nad decyzjami antymonopolowymi wydawanymi przez Prezesa UOKiK.

świadku koronnym. Doświadczenie to mają organy antymonopolowe w wielu państwach świata, gdzie *leniency* funkcjonuje.

Również w UE duża waga przywiązywana jest nie tylko do istnienia programów łagodzenia kar na szczeblu poszczególnych państw, ale i do ich spójności. Odmienności w krajowych programach *leniency* wskazywane są niezmiennie jako jedna z poważniejszych przeszkód dla jeszcze bardziej skutecznego działania polityki łagodzenia kar w Europie. Z tego powodu jedną z pierwszych inicjatyw podjętych przez nowopowstały ECN stało się opracowanie przywoływanego już *Modelowego Programu Leniency*. Dokument ten, mimo braku mocy prawnie wiążącej⁵⁹, przyczynił się do dobrowolnej oddolnej konwergencji programów *leniency* w państwach UE. Decyzje w tym zakresie były podejmowane z uwagi na spodziewane korzyści w zakresie zwiększonej wykrywalności antykonkurencyjnych zmów przy wykorzystaniu polityki *leniency* opartej na zbliżonych zasadach. Pomimo tych zmian, krajowe programy *leniency* państw członkowskich UE nadal cechuje zróżnicowanie (Król-Bogomilska, 2013, s. 214–223).

III. Dochodzenie roszczeń odszkodowawczych w sprawach porozumień ograniczających konkurencję

1. Dochodzenie roszczeń odszkodowawczych w sprawach porozumień ograniczających konkurencję w prawie polskim – ogólny zarys

Polski system egzekwowania prawa antymonopolowego oparty jest na modelu publicznoprawnym, w którym wiodącą rolę odgrywa Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów będący organem administracji rządowej odpowiedzialnym m.in. za ochronę konkurencji. Zadania w tym zakresie realizowane są przede wszystkim poprzez prowadzenie postępowań i wydawanie decyzji administracyjnych w celu przeciwdziałania stwierdzonym naruszeniom prawa antymonopolowego⁶⁰. Zakazy stosowania praktyk ograniczających konkurencję oraz kary pieniężne nakładane przez Prezesa UOKiK na naruszających prawo przedsiębiorców mają na celu ochronę konkurencji jako zjawiska rynkowego, a nie interesów konkurujących ze sobą przedsiębiorców. Oznacza to, że działania te podejmowane są w interesie publicznym, w konsekwencji czego np. kary pieniężne płacone są do budżetu państwa, a nie przyznawane jako rekompensata podmiotom poszkodowanym praktykami monopolistycznymi.

Publicznoprawny charakter działań i rozstrzygnięć podejmowanych przez organ antymonopolowy nie wyklucza możliwości dochodzenia indywidualnych roszczeń przez poszkodowanych praktykami monopolistycznymi⁶¹. Organem właściwym do rozstrzygania w takich sprawach nie jest jednak Prezes UOKiK, ale sądy powszechne.

Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawierają zarówno materialne zakazy stosowania praktyk monopolistycznych, jak i przepisy proceduralne, w oparciu o które prowadzi swoje postępowania organ antymonopolowy. Jednak z perspektywy dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w sprawach porozumień ograniczających konkurencję istotne znaczenie ma art. 6 uokik. Przepis ten określa przesłanki bezprawności antykonkurencyjnych porozumień⁶², jak

⁵⁹ Wyr. TS z 20.01.2016 r. w sprawie C-428/14 *DHL Express*, ECLI:EU:C:2016:27, pkt 77.

⁶⁰ Odwołania od tych decyzji wnosi się do SOKiK.

⁶¹ Wymaga tego rozporządzenie nr 1/2003, por. art. 15 i 16 tego rozporządzenia.

⁶² Por. art. 6 ust. 1 uokik.

również podstawę do stwierdzenia nieważności, w całości lub w części, porozumień sprzecznych z ustawowym zakazem⁶³.

Przepisy prawa polskiego nie przewidują specyficznych rozwiązań w odniesieniu do dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia prawa antymonopolowego w interesie prywatnoprawnym. Oznacza to, że podmioty poszkodowane praktykami monopolistycznymi mogą dochodzić należnych im roszczeń, np. odszkodowawczych, w oparciu o obowiązujące przepisy prawa cywilnego. Regulacjami, których zastosowanie może być rozważane w takich sytuacjach są: kodeks cywilny⁶⁴, ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁶⁵ oraz ustawa o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym⁶⁶.

W przypadku kodeksu cywilnego podstawami prawnymi do postępowań odszkodowawczych mogą być przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 k.c.), o czynach niedozwolonych (art. 417 k.c.) czy o odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika (art. 471 k.c.). Oczywiście każda z wymienionych podstaw prawnych może być zastosowana, jeżeli w konkretnej sytuacji szkody spowodowanej antykonkurencyjną zmovą występują przesłanki opisane w tych przepisach. Warto podkreślić, że mające charakter ogólny przepisy kodeksu cywilnego mogą być egzekwowane w interesie zarówno poszkodowanych przedsiębiorców, jak i osób fizycznych – konsumentów.

Wspomniane wyżej stwierdzenie nieważności umowy lub czynności prawnej będącej przejawem stosowania praktyki monopolistycznej może nastąpić na podstawie art. 189 kodeksu postępowania cywilnego⁶⁷ w związku z art. 6 ust. 2 uokik lub art. 101 TFUE.

Regulacją wykorzystywaną przez przedsiębiorców do dochodzenia roszczeń związanych m.in. z antykonkurencyjnymi zmovami jest ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa ta daje podstawy do rozstrzygania sporów cywilnoprawnych pomiędzy przedsiębiorcami w sprawach różnego rodzaju naruszeń uczciwego konkurowania⁶⁸, które co do zasady nie są tożsame z praktykami ograniczającymi konkurencję zakazanymi przez ustawę antymonopolową. Równocześnie jednak zakres niektórych czynów nieuczciwej konkurencji jest zbliżony do niektórych praktyk antykonkurencyjnych, czego przykładem jest przepis art. 15 uznk, który zakazuje utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, np. poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców czy też rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów. Dodatkowo szeroka definicja czynu nieuczciwej konkurencji zawarta w art. 3 ust. 1 uznk obejmuje praktyki monopolistyczne (Jurkowska-Gomułka, 2013b, s. 120). Zakres możliwych roszczeń, z jakimi może wystąpić przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, jest określony w art. 18 ust. 1 uznk. Należą do nich m.in. żądanie zaniechania niedozwolonych działań czy naprawienia wyrządzonej szkody, na zasadach ogólnych.

Ustawa z 17 grudnia 2009 r. o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym obejmuje swoim zakresem także roszczenia z tytułu praktyk ograniczających konkurencję (będących czynami niedozwolonymi). Nie wprowadza ona jednak dodatkowych ani specyficznych podstaw prawnych

⁶³ Por. art. 6 ust. 2 uokik

⁶⁴ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. 2016, poz. 380).

⁶⁵ Ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2003 Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej: uznk.

⁶⁶ Ustawa z 17.12.2009 r. o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym (Dz.U. 2010 Nr 7, poz. 44), dalej: udrpg.

⁶⁷ Ustawa z 17.11.1964 – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. 2014, poz. 101 ze zm.).

⁶⁸ Jak np. nieuczciwe praktyki w zakresie nazw i oznaczeń produktów czy reklamy.

do dochodzenia takich roszczeń, a jedynie ustanawia zasady prowadzenia przed sądem cywilnym postępowania grupowego w sprawach, w których są dochodzone roszczenia jednego rodzaju, co najmniej dziesięciu osób, oparte na tej samej lub takiej samej podstawie faktycznej⁶⁹. Ustawa ta przewiduje tzw. system *opt-in*, który zakłada, że można zostać członkiem grupy jedynie po dobrowolnym do niej przystąpieniu⁷⁰, natomiast wszczęcie postępowania grupowego nie wyłącza możliwości dochodzenia swych roszczeń przez osoby, które nie przystąpiły do grupy lub z niej wystąpiły⁷¹.

Jak wynika z przedstawionego wyżej przeglądu, mimo istnienia formalnej możliwości dochodzenia roszczeń odszkodowawczych wynikających z praktyk monopolistycznych, w rzeczywistości obecnie nie istnieją regulacje prawne, które ułatwiałyby ten proces. Wśród wielu problemów i przeszkód utrudniających dochodzenie roszczeń odszkodowawczych w sprawach antykonkurencyjnych zmów jedną z najpoważniejszych okazuje się dostęp do dowodów naruszeń pozostających w dyspozycji ich sprawców lub organu antymonopolowego, zobowiązanego do utrzymywania ich w poufności. Wynika to z art. 73 uokik, który uniemożliwia wykorzystywanie informacji zgromadzonych w postępowaniu antymonopolowym na potrzeby postępowań prowadzonych na podstawie odrębnych (niż ustawa antymonopolowa) przepisów⁷².

W tym kontekście alternatywą mogą być sprawy odszkodowawcze oparte na wydanych wcześniej przez organ antymonopolowy decyzjach stwierdzających stosowanie praktyk monopolistycznych (tzw. sprawy *follow-on*). Kwestia prejudycjalności decyzji organu antymonopolowego była w przeszłości sporna w orzecznictwie⁷³. Jednak zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 2008 r.⁷⁴ sąd może samodzielnie stwierdzić naruszenie zakazu antykonkurencyjnych praktyk, chyba że została już wydana ostateczna decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdzająca stosowanie takich praktyk. Tym samym Sąd Najwyższy przyjął, że ostateczna decyzja organu ochrony konkurencji i konsumentów stwierdzająca stosowanie praktyk monopolistycznych⁷⁵ jest wiążąca dla sądu cywilnego, pozostaje w zgodzie z przyjmowaną zasadą, że sądy są generalnie związane ostatecznymi decyzjami administracyjnymi (krytycznie: Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 309, Nb. 229).

Przedstawiony powyżej stan prawny w zakresie dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w sprawach porozumień ograniczających konkurencję w prawie polskim prawdopodobnie w nieodległej przyszłości ulegnie istotnym zmianom. Jest to związane z wejściem w życie przywołanej już tutaj dyrektywy 2014/104/UE. Jej celem jest przede wszystkim zapewnienie skutecznej i pełnej rekompensaty poszkodowanym praktykami monopolistycznymi w Unii Europejskiej. Do

⁶⁹ Por. art. 1 ust. 1 i 2 udrpg.

⁷⁰ Por. art. 11 ust. 1 pkt 3 udrpg.

⁷¹ Por. art. 1 ust. 3 udr.g..

⁷² Przepis art. 73 uokik wprowadza zamknięty katalog wyłączeń spod wspomnianego zakazu, w skład którego nie wchodzi jednak postępowania cywilnoprawne w sprawach roszczeń związanych z naruszeniami prawa antymonopolowego. W konsekwencji, w tych ostatnich postępowaniach nie mogą zatem być ujawnione przez Prezesa UOKiK i wykorzystane jakiegokolwiek informacje przekazane przez wnioskującego o *leniency*. Kwestia ta zostanie szerzej omówiona w rozdziale IV.1. „1. Dostęp do materiałów *leniency* w obowiązującej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów i kodeksie postępowania cywilnego”

⁷³ Pojawiały się rozbieżne poglądy, wskazujące z jednej strony, że decyzje antymonopolowe powinny być brane pod uwagę przez sądy w sprawach cywilnych dotyczących np. stwierdzenia nieważności umowy (postanowienie SN z 25.10.1995 r., III CZP 135/95, OSP 1996, Nr 6, poz. 112; wyrok SN z 28.4.2004 r., III CK 521/02, Legalis). Z drugiej zaś strony uznawano prawo sądów do niezależnej oceny naruszenia przesłanek zakazów praktyk monopolistycznych, w szczególności w przypadku, gdy organ antymonopolowy nie wszczął postępowania albo nie została wydana prawomocna decyzja antymonopolowa w danej sprawie (wyrok SN z 2.3.2006 r., I CSK 83/05, Legalis; wyrok SN z 5.1.2007 r., III SK 17/06, Legalis; zob. też wyrok SA w Warszawie z 25.11.2009 r., VI ACA 422/09, Legalis) – Jurkowska-Gomułka, 2014, s. 308-309, Nb. 228.

⁷⁴ Uchwała SN z 23.07.2008 r. (III CZP 52/08), Legalis.

⁷⁵ Wspomniana uchwała SN w rzeczywistości dotyczyła nadużywania pozycji dominującej, nie ulega jednak wątpliwości, że analogiczna reguła powinna obowiązywać w przypadku decyzji dotyczących antykonkurencyjnych porozumień.

implementacji dyrektywy do prawa krajowego zobowiązane są wszystkie państwa UE, w tym Polska. Ostateczny termin w tym zakresie najpewniej zostanie przekroczony⁷⁶, co nie zmienia faktu, że w nieodległej przyszłości w prawie polskim zaistnieją rozwiązania uzyskanie poszkodowanych antykonkurencyjnymi zmowami uzyskanie należnych im odszkodowań. Tym samym polski system egzekwowania prawa antymonopolowego oparty dziś przede wszystkim na filarze publicznoprawnym zostanie wzmocniony.

2. Dochodzenie roszczeń odszkodowawczych za naruszenie art. 1 ustawy Shermana – ogólny zarys

Od czasu uchwalenia ustawy Shermana, w 1890 roku, poszkodowani mogą dochodzić odszkodowań w kwocie równej trzykrotności poniesionej szkody od podmiotów naruszających przepisy antymonopolowe. Art. 4 ustawy Claytona, stanowi, że każda osoba, która poniesie szkodę na działalności gospodarczej lub mieniu wskutek jakichkolwiek działań zabronionych przepisami antymonopolowymi może dochodzić w sądzie trzykrotnego odszkodowania, odsetek narosłych do momentu wydania orzeczenia lub wyroku oraz kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów obsługi prawnej.

W Stanach Zjednoczonych powództwa prywatne o trzykrotność odszkodowania wnoszone przeciwko kartelom stanowią zarówno skuteczny środek odstraszący, jak i należyte zadośćuczynienie. Pozwani uczestnicy kartelu ponoszą solidarną odpowiedzialność za szkody wyrządzone wskutek zawiązanej zmowy. W największych sprawach dotyczących karteli odszkodowania uzyskane w imieniu amerykańskich konsumentów przewyższają niekiedy kary grzywny nałożone w postępowaniach prowadzonych przez Wydział Antymonopolowy (Kolasiński, 2012, s. 208). W normalnych warunkach wyłącznie bezpośredni nabywcy mogą dochodzić odszkodowania zgodnie z przepisami prawa federalnego, ale prawo większości stanów zezwala również na dochodzenie roszczeń przez poszkodowanych niebędących bezpośrednimi nabywcami uczestników kartelu⁷⁷.

Podobnie jak w procesie ujawniania informacji w innych rodzajach postępowań cywilnych na szczeblu federalnym, przed rozpoczęciem procesu strony w prywatnych postępowaniach antymonopolowych mogą nawzajem ujawniać informacje posiadane przez siebie i przez osoby trzecie, które to informacje mogą być istotne dla roszczeń lub linii obrony w danej sprawie. Wszczegółności, zgodnie z Regułą 26(b) Federalnego Kodeksu Postępowania Cywilnego wprowadza się ogólne domniemanie szerokich uprawnień w zakresie ujawniania informacji na potrzeby prywatnego dochodzenia roszczeń odszkodowawczych. Strony gromadzą informacje w drodze obowiązkowych ujawnień na mocy Federalnego Kodeksu Postępowania Cywilnego, w tym pisemnych przesłuchań, wniosków o przedstawienie informacji, wniosków o potwierdzenie oświadczeń, zeznań pod przysięgą i oświadczeń biegłych. Proces ujawniania informacji pozwala zgromadzić fakty i okoliczności, które strony przedstawią przed sądem.

Środek ciężkości pomiędzy polityką państwa skłaniającą się ku ujawnianiu materiałów dowodowych w postępowaniach cywilnych a dążeniem Wydziału Antymonopolowego do ochrony materiałów dotyczących łagodzenia kar przed ujawnieniem często przesuwają się w kierunku ujawniania oskarżycielom prywatnym materiałów dotyczących łagodzenia kar.

⁷⁶ Ostateczny termin implementacji ww. dyrektywy to 27.12.2016 r. Z uwagi na aktualny etap prac legislacyjnych najpewniej zostanie przekroczony.

⁷⁷ *Kansas v. Utilicorp United Inc.*, nr 497 U.S. 199, 204 (1990); *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, nota 7 w: 746 (1977); *Kalifornia v. ARC America Corp.*, nr 490 U.S. 93 (1989).

3. Podobieństwa i różnice w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych w prawie i praktyce stosowania prawa polskiego i amerykańskiego

Omówienie podstawowych zasad dotyczących dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w prawie polskim i amerykańskim ujawnia podobieństwa i różnice, które zostały przedstawione poniżej.

Tabela 2. Różnice i podobieństwa w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych w Polsce i USA

Różnice	
USA	POLSKA
reguła 26(b) Federalnego Kodeksu Postępowania Cywilnego ustanawia ogólne domniemanie szerokich uprawnień w zakresie ujawniania informacji istotnych dla wykazania słuszności dochodzonych roszczeń odszkodowawczych	do czasu wdrożenia w Polsce dyrektywy 2014/104/UE, możliwość dostępu do informacji istotnych dla wykazania słuszności roszczeń są znacznie ograniczone; polski system nie ma odpowiednika przedsądowego ujawniania informacji, który funkcjonuje w systemach <i>common law</i> ; prawo polskie nie zobowiązuje stron do wymiany lub przekazywania sobie nawzajem dokumentów lub informacji przed rozpoczęciem postępowania sądowego
długa historia i doświadczenie w rozpatrywaniu cywilnych roszczeń odszkodowawczych w sprawach antymonopolowych	krótka historia i, jak dotąd, niewielkie doświadczenie w rozpatrywaniu cywilnych roszczeń odszkodowawczych w sprawach antymonopolowych
strona powodowa może uzyskać odszkodowanie równe trzykrotności poniesionej szkody	do roszczeń odszkodowawczych z zakresu prawa konkurencji stosuje się przepisy kodeksu cywilnego dotyczące odpowiedzialności deliktowej; odszkodowanie obejmuje zarówno straty, jakie poszkodowany poniósł wskutek czynu zakazanego (<i>dommnum emergens</i>), jak i utracone przyszłe korzyści (<i>lucrum cessans</i>)
Podobieństwa	
USA	POLSKA
pozwy zbiorowe mogą obejmować roszczenia o odszkodowanie w sprawach dotyczących ochrony konkurencji	pozwy zbiorowe mogą obejmować roszczenia o odszkodowanie w sprawach dotyczących ochrony konkurencji; brak jest jednak przykładów zastosowania w praktyce tych uregulowań do naruszeń reguł konkurencji

Źródło: opracowanie własne.

4. Znaczenie dostępności dokumentów *leniency* dla osób dochodzących roszczeń odszkodowawczych w sprawach praktyk ograniczających konkurencję

Dla osób dochodzących roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji dostęp do dokumentów przedstawianych organowi ochrony konkurencji przez wnioskodawców *leniency* może mieć bardzo duże znaczenie dla skutecznego dochodzenia roszczeń. Dostępność

wiarygodnych dowodów zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję, zwłaszcza w przypadku karteli, może być dla osób dochodzących roszczeń sporym wyzwaniem z uwagi na co do zasady sekretny charakter tych naruszeń. Z tego więc powodu dowody, które mogłyby być przydatne w postępowaniu odszkodowawczym niejednokrotnie są wyłącznie w gestii podmiotu skarżonego oraz organu ochrony konkurencji, który już oceniał zachowanie skażonego (de Smijter, 2015, s. 359; Wijckmans i in., 2016, s. 29).

Wobec niejawnego, co do zasady, charakteru karteli, braku oficjalnie spisanych umów powołujących kartel do życia, a często również tuszowania istnienia dowodów przez sprawców naruszenia, osoby dochodzące roszczeń nierzadko są pozbawione możliwości przedstawienia, w oparciu o wiarygodne źródła, faktów i okoliczności naruszenia istotnych do uprawdopodobnienia w wystarczający sposób roszczenia odszkodowawczego. Materiały *leniency* mogą stanowić źródło wiedzy o tego rodzaju faktach niejako z istoty tej instytucji prawnej. Od wnioskodawcy *leniency* wymagane jest bowiem dostarczenie „wszelkich dowodów lub informacji dotyczących porozumienia (...) mających istotne znaczenie dla sprawy”⁷⁸ lub przedstawienie szczegółowego opisu porozumienia⁷⁹. Wśród materiałów *leniency* można więc oczekiwać istotnych dla uprawdopodobnienia szkody informacji o sposobie funkcjonowania, zakresie, zasięgu oddziaływania i czasie trwania antykonkurencyjnego porozumienia, a także o jego uczestnikach i ich roli.

5. Rodzaje ryzyka mające wpływ na efektywność programów łagodzenia kar związane z ujawnianiem materiałów *leniency* na potrzeby postępowań odszkodowawczych

Korzyści mogące płynąć z dostępu do materiałów *leniency* dla osób dochodzących roszczeń odszkodowawczych z tytułu praktyk ograniczających konkurencję, równocześnie rodzą różne rodzaje ryzyka mające wpływ na efektywność programów łagodzenia kar.

Kwestię tę wielokrotnie ponoszono w orzecznictwie. Trybunał Sprawiedliwości wskazywał, że ujawnianie tych materiałów osobom zamierzającym wystąpić z powództwem odszkodowawczym może zniechęcać uczestników nielegalnych porozumień do skorzystania z programów łagodzenia kar⁸⁰. Złożenie wniosku *leniency* oznacza bowiem potwierdzenie własnej roli w naruszeniu, co może być wykorzystane przeciwko takiemu przedsiębiorcy w postępowaniu odszkodowawczym. Poza tym najwięcej dowodów, jakie wnioskodawca dostarcza, może dotyczyć jego własnego uczestnictwa w porozumieniu. Bezwarunkowy dostęp osób trzecich do materiałów *leniency* mógłby więc w największym stopniu narażać na roszczenia odszkodowawcze przedsiębiorców podejmujących współpracę z organem ochrony konkurencji.

Problem ten dostrzeżono w literaturze prawniczej (Jurkowska-Gomułka, 2013a, s. 217 i s. 237) i w orzecznictwie⁸¹, a także w pracach nad nowelizacją ustawy, która weszła w życie 18 stycznia 2015 r. Efektem tego były nowe uregulowania ściślej chroniące materiał *leniency* przed ujawnieniem na cele niezwiązane z postępowaniem przed Prezesem UOKiK. W uzasadnieniu tych zmian zauważono, że ewentualne zezwolenie na wykorzystanie oświadczeń składanych w procedurze *leniency* jako dowodu w sporach przed sądami cywilnymi dotyczącymi roszczeń odszkodowawczych

⁷⁸ Art. 113a ust. 5 pkt 1 uokik, por. Obwieszczenie Komisji w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych (Dz. Urz. UE 2006 C 298/17), pkt 8–9 i 24–25, dalej: obwieszczenie Komisji.

⁷⁹ Art. 113a ust. 2 uokik; obwieszczenie Komisji, pkt 9.

⁸⁰ Wyr. TS z 14.06.2011 r. w sprawie C-360/09 *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389, pkt 26–27.

⁸¹ Wyr. TS z 6.06.2011 r. w sprawie C-536/11 *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, pkt 48.

między przedsiębiorcą poszkodowanym a przedsiębiorcą stosującym zakazaną praktykę „osłabiłoby znacznie atrakcyjność procedury dla przedsiębiorców i ograniczyłoby ich zaufanie do Urzędu” i mogłoby spowodować „znaczna ostrożność przedsiębiorców w korzystaniu z ww. procedury”⁸². Ochrona dokumentów *leniency* przed ujawnieniem osobom trzecim miała stanowić „dodatkowy element ochrony osób oraz przedsiębiorców, którzy skorzystali z programu *leniency* (...) tak aby nie dopuścić do (...) narażenia ich na ryzyko roszczeń osób trzecich z tytułu stwierdzonego, także dzięki współpracy, naruszenia”⁸³.

IV. Rozwiązania w prawie polskim dotyczące dostępności dokumentów *leniency* dla osób dochodzących roszczeń odszkodowawczych w sprawach porozumień ograniczających konkurencję

1. Dostęp do materiałów *leniency* w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów i kodeksie postępowania cywilnego

Z uwagi na opisane powyżej zagrożenia dla skuteczności programu *leniency*, w polskim prawie ochrony konkurencji przyjęto aktualnie obowiązujące unormowania, które co do zasady wykluczają osobom dochodzącym roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji dostęp do wszelkich materiałów pozyskiwanych do akt postępowań Prezesa UOKiK. Trwający proces transpozycji postanowień dyrektywy 2014/104/UE ponad wszelką wątpliwość zmieni jednak ten stan rzeczy. W niniejszym rozdziale kwestia dostępności dokumentów *leniency* na potrzeby postępowań odszkodowawczych zostanie omówiona z perspektywy obowiązujących przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak również zostaną przedstawione rozwiązania przewidziane we wspomnianej dyrektywie i w projektowanych założeniach projektu ustawy mającej stanowić implementację dyrektywy.

Polski ustawodawca postanowił o szerokiej ochronie materiału gromadzonego w postępowaniach przed organem ochrony konkurencji (szczególnie materiału *leniency*) przed ujawnieniem i wykorzystaniem w celu innym niż publicznoprawne egzekwowanie reguł konkurencji. Obowiązujące przepisy tworzą bariery w wykorzystaniu materiałów zebranych w aktach postępowań prowadzonych przez Prezesa UOKiK w szczególności w postępowaniach odszkodowawczych przed sądami cywilnymi (Jurkowska-Gomułka, 2013a, s. 221; Turno, 2013, s. 551). Bariery te polegają na:

- przyjęciu **zasady poufności materiałów pozyskiwanych w ramach procedury *leniency***, które to materiały nie mogą być udostępnione osobom trzecim⁸⁴ (art. 70 ust. 1 i 6 uokik);
- **czasowym ograniczeniu dostępu do materiałów *leniency*** dla stron postępowania antymonopolowego, w którym materiały te są wykorzystywane (art. 70 ust. 2–3 uokik);
- **ograniczeniu sposobu (form) dostępu do oświadczeń wnioskodawców *leniency*** dla stron postępowania antymonopolowego (art. 70 ust. 4–5 uokik; art. 479³³ k.p.c.);

⁸² Taką argumentację przedstawiono wobec identycznych rozwiązań dotyczących procedury dobrowolnego poddania się karze. Zob. druk sejmowy nr 1703: uzasadnienie projektu z 30.08.2013 r. ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, s. 27 i 32, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9F27C3A04DCCA6E8C1257BE3003730DF/%24File/1703.pdf>.

⁸³ Druk sejmowy nr 1703: uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, s. 43.

⁸⁴ Wskazana zasada dotyczy również informacji i dowodów uzyskanych przez Prezesa UOKiK w związku z zastosowaniem procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej (art. 89a uokik).

- przyjęciu **zasady niewykorzystywania informacji** zgromadzonych w toku postępowań przed Prezesem UOKiK w innych postępowaniach prowadzonych na podstawie odrębnych przepisów (art. 73 ust. 1 uokik).

Od przedstawionych powyżej ograniczeń udostępniania i wykorzystywania materiału dowodowego gromadzonego w postępowaniach przed organem ochrony konkurencji przewidziano tylko nieliczne, enumeratywnie wymienione wyjątki⁸⁵.

Przyjęcie w polskim prawie ochrony konkurencji, że zasadą jest **poufność materiałów pozyskiwanych w ramach procedury leniency** oznacza, że wszelkie informacje i dowody uzyskane przez Prezesa UOKiK w związku z zastosowaniem art. 113a–113k uokik, w tym informacje o wystąpieniu przedsiębiorcy lub osoby zarządzającej o odstąpieniu od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie, co do zasady nie podlegają udostępnieniu osobom trzecim (art. 70 ust. 1 uokik). Materiały *leniency* nie podlegają zatem ujawnieniu jakiegokolwiek podmiotowi prywatnemu, np. innemu przedsiębiorcy lub dziennikarzowi, który by wniósł o udostępnienie tych materiałów (Bernatt i Krajewska, 2014, s. 979, Nb 16). Informacje te nie podlegają też udostępnieniu w trybie przepisów o dostępie do informacji publicznej (art. 70 ust. 6 uokik).

Ograniczenie dostępności materiałów leniency obejmuje nie tylko osoby trzecie, ale do pewnego stopnia także strony postępowania antymonopolowego. W odniesieniu do nich ograniczenie ma charakter **czasowy**. Strony otrzymują dostęp do rozpatrywanych materiałów dopiero przed wydaniem decyzji (art. 70 ust. 2 uokik), chyba że wnioskodawca *leniency*, od którego materiały pochodzą, wyraził pisemną zgodę na ich wcześniejsze udostępnienie (art. 70 ust. 3 uokik)⁸⁶.

Inną formą limitowania wykorzystania materiału *leniency* do celów niezwiązanych z publicznoprawnym egzekwowaniem reguł konkurencji jest **ograniczenie stronom postępowania antymonopolowego sposobu dostępu do oświadczeń wnioskodawców leniency** (art. 70 ust. 4–5 uokik; art. 479³³ k.p.c.). Wprowadzona na tej podstawie ochrona dotyczy tylko niektórych rodzajów materiałów *leniency*, konkretnie: dokumentów zawierających informacje i dowody o charakterze oświadczenia podmiotu (przedsiębiorcy lub osoby zarządzającej) wnioskującego o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub o jej obniżenie⁸⁷. Tak w postępowaniu administracyjnym, jak w postępowaniu sądowym inicjowanym odwołaniem od rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK materiały te mogą być kopiowane przez strony⁸⁸ pod warunkiem pisemnej zgody wnioskodawcy *leniency*. Bez takiej zgody podmioty te mogą wyłącznie sporządzać odręczne notatki, o ile zobowiążą się do ich wykorzystywania tylko na potrzeby postępowania toczącego się w tej sprawie przed Prezesem UOKiK lub przed sądem (art. 70 ust. 4 i 5 uokik; art. 479³³ § 2a k.p.c.)⁸⁹. W sposób wyraźny zakazane jest zarazem wykorzystywanie tych materiałów jako dowodów w po-

⁸⁵ Zob. art. 70 ust. 2–5 uokik i art. 73 ust. 2–6 uokik.

⁸⁶ Ujawnienie stronom przywołanych materiałów przed zakończeniem postępowania powinno nastąpić w taki sposób, aby realizować ogólne zasady postępowania administracyjnego wyrażone np. w art. 10 k.p.a., skonkretyzowane w art. 74 uokik. Zgodnie z tym przepisem Prezes UOKiK wydaje decyzję kończącą postępowanie, uwzględniając tylko zarzuty, do których strony mogły się ustosunkować.

⁸⁷ Ustawa nie precyzuje, co stanowi takie oświadczenie, natomiast dyrektywa 2014/104/UE postuluje się pojęciem „oświadczenie w ramach programu łagodzenia kar”, które oznacza dobrowolnie złożone organowi ochrony konkurencji przez przedsiębiorstwo lub osobę fizyczną (samodzielnie lub w imieniu) – ustnie lub pisemnie – oświadczenie lub jego zapis na temat posiadanej wiedzy o kartelu i roli w nim przedsiębiorstwa lub osoby, sporządzone specjalnie na potrzeby organu ochrony konkurencji w celu uzyskania korzyści płynących z programu łagodzenia kar; pojęcie to nie dotyczy wcześniej istniejących informacji (art. 2 pkt 16 dyrektywy).

⁸⁸ Na etapie sądowym: także przez innych uczestników postępowania.

⁸⁹ Naruszenie tych ograniczeń naraża na karę pieniężną w wysokości do 20 tys. zł każdego, kto skopiował rozpatrywane dokumenty *leniency* lub wykrzesał informacje uzyskane dzięki dostępowi do nich w innym celu niż na potrzeby prowadzonej sprawy antymonopolowej, za wyjątkiem wykorzystania tych informacji na potrzeby postępowania karnego lub karnoskarbowego (art. 108 ust. 5 uokik).

stępowaniu sądowym w innej sprawie (art. 479³³ § 2b k.p.c.)⁹⁰. W przypadku zaś wystąpienia przez sąd cywilny do SOKiK o udostępnienie rozpatrywanych tu dokumentów *leniency*, dokumenty te są udostępniane tylko za pisemną zgodą wnioskodawcy *leniency* (art. 479³³ § 6 k.p.c.).

Aktualnie obowiązujące uregulowania tworzą jeszcze inną barierę w wykorzystaniu w postępowaniach odszkodowawczych materiałów zebranych w aktach postępowań przed Prezesa UOKiK. Na podstawie art. 73 ust. 1 uokik obowiązuje **zasada niewykorzystywania informacji** zgromadzonych w postępowaniach przed Prezesem UOKiK w postępowaniach prowadzonych na podstawie odrębnych przepisów. Prezentowana zasada doznaje, również w odniesieniu do materiałów *leniency* (Bernatt i Krajewska, 2014, s. 978, Nb 11), nielicznych wyłączeń na rzecz enumeratywnie wymienionych w art. 73 ust. 2 uokik postępowań prowadzonych *ex officio* przez organy publiczne, w tym – innych postępowań przed Prezesem UOKiK⁹¹.

W świetle omówionych powyżej obowiązujących uregulowań brakuje podstaw, aby informacje i dowody uzyskane w ramach procedury *leniency* mogły być ujawniane w postępowaniach odszkodowawczych przed sądami powszechnymi toczących się przeciw uczestnikom niedozwolonych porozumień (Bernatt i Krajewska, 2014, s. 979, Nb 17; Banasiński i Piontek, 2009, s. 689; Rumak i Sitarek, 2009, s. 112–113). Świadczy o tym przede wszystkim brak takiej wyraźnej podstawy w art. 73 uokik, który w sposób zupełny formułuje wyjątki od zasady niewykorzystywania w innych postępowaniach informacji zgromadzonych w toku postępowań przed Prezesem UOKiK. Wprawdzie w doktrynie spotkać się można z próbą szerokiego odczytywania wyjątków z art. 73 ust. 2 uokik, tak aby objąć nimi również sądowe postępowania odszkodowawcze (Jurkowska-Gomułka, 2013a, s. 221–222). Całość rozwiązań zawartych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów wskazuje jednak na zupełnie inną intencję ustawodawcy⁹². Taki wniosek potwierdza także lektura uzasadnienia projektu nowelizacji, na podstawie której wprowadzono rozpatrywane tu rozwiązania – wyraża ona podejście, według którego materiały z postępowań antymonopolowych, w szczególności materiały *leniency*, powinny być możliwie najszerszej chronione przed ujawnieniem osobom trzecim⁹³.

2. Konieczność zmiany zasad dostępu do materiałów *leniency* w świetle dyrektywy 2014/104/UE

Opisane powyżej reguły dostępu do dokumentów *leniency* w istotnym zakresie zostały wprowadzone na mocy nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która weszła w życie 18 stycznia 2015 r. Prace nad tą nowelizacją w pewnym stopniu zbiegły się z pracami nad dyrektywą 2014/104/UE. **Przewidziane w dyrektywie zasady nie znalazły jednak bezpośredniego przełożenia na treść nowelizowanych przepisów ustawy.** Był to świadomy zabieg

⁹⁰ W praktyce dotyczyć to może w szczególności postępowań sądowych służących dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji.

⁹¹ Wśród tych postępowań przepis wymienia: 1) postępowania karne prowadzone w trybie publicznoskargowym lub postępowania karno-skarbowe; 2) inne postępowania prowadzone przez Prezesa UOKiK; 3) wymianę informacji z Komisją Europejską i organami ochrony konkurencji państw członkowskich UE na podstawie rozporządzenia nr 1/2003/WE; 4) wymianę informacji z Komisją Europejską i właściwymi organami państw członkowskich UE na podstawie rozporządzenia nr 2006/2004/WE; 5) przekazywanie właściwym organom informacji, które mogą wskazywać na naruszenie odrębnych przepisów. Stosownie do art. 73 ust. 3 pkt 2 uokik ta dozwolona wymiana informacji nie dozwala jednak na udostępnianie materiałów *leniency* organom regulacyjnym (Prezesowi UKE i Prezesowi URE) w prowadzonych przez te organy postępowaniach.

⁹² Przykładowo przewidziane w art. 70 ust. 4 i 5 uokik rozwiązania ograniczające możliwość kopiowania materiałów *leniency* są w doktrynie oceniane jako mające na celu właśnie uniemożliwienie późniejszego wykorzystania tych materiałów w innych postępowaniach, w tym w ramach prywatnoprawnego dochodzenia roszczeń. Zob. Bernatt i Krajewska, 2014, s. 982, Nb 26.

⁹³ Druk sejmowy nr 1703: uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, s. 43.

projektodawców, motywowany tym, że dyrektywa nie była jeszcze w tamtym czasie ostatecznie przyjęta, choć znany był już jej projekt⁹⁴. Autorzy nowelizacji inspirowali się natomiast rozwiązaniami w unijnym prawie konkurencji⁹⁵ i orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE⁹⁶, w którym podkreślano, że ujawnianie materiałów *leniency* osobom trzecim rodzi ryzyko negatywnego wpływu na skuteczność programu łagodzenia kar⁹⁷.

Podkreślenia wymaga, że już w przywołanym orzecznictwie TS wyraźnie wskazywano, że zapewnienie skuteczności programom *leniency* nie może pozbawiać poszkodowanym prawa do dochodzenia przed sądami krajowymi roszczeń z tytułu szkody poniesionej z powodu naruszenia reguł konkurencji⁹⁸. W jednej ze spraw Sąd wyraźnie stwierdził, że interes uczestnika kartelu współpracującego z Komisją w zamian za obniżenie grzywny, polegający na uniknięciu powództw odszkodowawczych „nie stanowi interesu godnego ochrony, z uwagi na prawo każdego do ubiegania się o odszkodowanie za szkody spowodowane przez zachowanie mogące powodować ograniczenie lub zakłócenie konkurencji”⁹⁹. W związku z tym TS – inaczej niż to przyjęto w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – generalnie uznał prawo dostępu osób zmierzających do uzyskania odszkodowania w związku z naruszeniem prawa konkurencji do dokumentów *leniency*. Warunki dostępu powinny jednak – według TS – równoważyć interesy przemawiające za ujawnieniem informacji przekazanych dobrowolnie przez osobę wnioskującą o zniesienie lub złagodzenie sankcji i za ich ochroną, w oparciu o analizę każdego konkretnego przypadku¹⁰⁰ i nie powinny być uzależnione od samej tylko zgody stron kartelu uczestniczących w programie łagodzenia kar¹⁰¹.

Ostatecznie w **dyrektywie 2014/104/UE** znalazły się rozwiązania **w pewnym stopniu sprzyjające dostępowi do (niektórych) materiałów *leniency*** przez osoby dochodzące roszczeń odszkodowawczych w sprawach antymonopolowych¹⁰², a za jeden z celów dyrektywy uznano potrzebę zapewnienia równowagi między publicznym a prywatnym egzekwowaniem prawa konkurencji (Gac, 2016, s. 66). W tym ujęciu skuteczność publicznego prawa konkurencji nie może więc ograniczać prywatnego egzekwowania zakazu antykonkurencyjnych praktyk, gdyż miernikiem efektywności unijnych reguł konkurencji jest również możliwość skutecznego żądania na drodze sądowej naprawienia szkody od przedsiębiorstw, które wyrządziły ją przez umowę lub zachowanie mogące ograniczyć lub zakłócać konkurencję¹⁰³.

Z tego powodu w dyrektywie kładziony jest nacisk na zapewnienie stronom postępowań odszkodowawczych (powodom i pozwanym) prawa do **skutecznego żądania ujawnienia dowodów**

⁹⁴ W uzasadnieniu przywoływanego projektu z 30.08.2013 r. ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (druk sejmowy nr 1703) z jednej strony uzasadniano potrzebę wzmocnienia ochrony informacji uzyskanych od przedsiębiorcy w ramach procedury *leniency*, zarazem jednak wskazując, w związku z toczącymi się pracami nad projektem przywoływanej dyrektywy, że po jej wejściu w życie w polskim systemie prawnym problematyka dostępu do dokumentów związanych z dochodzeniem roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji będzie wymagać ponownego, całościowego uregulowania w kodeksie postępowania cywilnego (s. 32–33).

⁹⁵ Zob. obwieszczenie Komisji, pkt 33–34 i 40.

⁹⁶ C-360/09 *Pfleiderer*, C-536/11 *Donau Chemie*.

⁹⁷ C-536/11 *Donau Chemie*, pkt 48.

⁹⁸ Wyr. TS z 5.06.2014 r. w sprawie C-557/12 *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, pkt 36.

⁹⁹ Wyr. Sądu z 15.12.2011 r. w sprawie T-437/08 *CDC Hydrogene Peroxide*, ECLI:EU:T:2011:752, pkt 49.

¹⁰⁰ C-360/09 *Pfleiderer*, pkt 30–32.

¹⁰¹ C-536/11 *Donau Chemie*, pkt 49.

¹⁰² Z kolei według M. Gaca dyrektywa realizuje cel „szerokiej ochrony materiałów z procedury *leniency*” (Gac, 2016, s. 86). Taka ocena budzi zastrzeżenia. W dalszej części artykułu zostanie ukazane, że zdaniem autorów dyrektywa tylko w pewnym zakresie chroni materiał gromadzony w aktach postępowań antymonopolowych w procedurze łagodzenia kar.

¹⁰³ Zob. C-557/12 *Kone*, pkt 21; wyr. TS z 13.07.2006 w sprawach połączonych od C-295/04 do C-298/04 *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, pkt 60; wyr. TS z 6.11.2012 r. w sprawie C-199/11 *Otis*, ECLI:EU:C:2012:684, pkt 41; C-536/11 *Donau Chemie*, pkt 21.

dotyczących ich sprawy, a sądom krajowym¹⁰⁴ – możliwości nakazania ujawnienia dowodów przez osoby trzecie, w tym organy publiczne¹⁰⁵.

Zarazem, przynajmniej w warstwie deklaratywnej, dyrektywa ma chronić skuteczność programów *leniency*, niedopuszczając do nadmiernego (nieproporcjonalnego) wykorzystania materiałów *leniency*, co mogłoby grozić „negatywnym oddziaływaniem na współpracę przedsiębiorstw z organem ochrony konkurencji”¹⁰⁶. Wymóg proporcjonalności i ochrony przed nadmierną ingerencją w postępowanie antymonopolowe wyraża się też w ograniczeniu ujawniania w sądowych postępowaniach odszkodowawczych materiałów z akt postępowania antymonopolowego w trakcie jego trwania – w zakresie informacji przygotowanych przez organ ochrony konkurencji i przesłanych stronom¹⁰⁷. Tym samym wymogiem podyktowane jest też ograniczenie dostępności do dowodów w aktach postępowania organu ochrony konkurencji wówczas, gdy mogą być one przedstawione w postępowaniu odszkodowawczym inaczej niż poprzez dostęp do akt tego postępowania¹⁰⁸.

Celem dyrektywy jest przy tym zapewnienie na obszarze UE **spójnego podejścia** do kwestii ujawniania dowodów znajdujących się w aktach organów ochrony konkurencji¹⁰⁹. Ma to zwiększać skuteczność prywatnego dochodzenia roszczeń z tytułu naruszeń reguł konkurencji (Gac, 2016, s. 66).

Z uwagi na wymóg proporcjonalności generalne zasady dostępu do dowodów w postępowaniu odszkodowawczym napotykać na ograniczenia w odniesieniu do ujawniania (niektórych) materiałów gromadzonych przez organy ochrony konkurencji w ramach funkcjonowania **programów łagodzenia kar**¹¹⁰. Te szczególne uregulowania odnoszą się tylko do materiałów pozyskiwanych w ramach stosowania art. 101 TFUE lub odpowiednich przepisów prawa krajowego¹¹¹ do „tajnych karteli”¹¹² (Wijckmans i in., 2016, s. 18–19), niezależnie od tego, że obowiązujące w poszczególnych państwach członkowskich UE programy *leniency* mogą również obejmować – tak jak w prawie polskim¹¹³ – porozumienia nienależące do tej kategorii najcięższych naruszeń konkurencji.

Ustanowiony w dyrektywie jednolity, unijny standard dostępu – na potrzeby sądowych postępowania odszkodowawczych – do materiału dowodowego zgromadzonego w aktach organu ochrony konkurencji (de Smijter, 2015, s. 359) opiera się na następującym systemie wyłączeń i ograniczeń (Gac, 2016, s. 67):

¹⁰⁴ W świetle dyrektywy to sądy mają pełnić kluczową rolę w mechanizmie ujawniania dowodów (Gac, 2016, s. 74).

¹⁰⁵ Zob. pkt 15 preambuły oraz art. 5 ust. 1 dyrektywy 2014/104/UE. Dyrektywa nie obejmuje jednak swoim zakresem ujawniania wewnętrznych dokumentów organów ochrony konkurencji, ani korespondencji między tymi organami, zob. pkt 21 preambuły.

¹⁰⁶ W dyrektywie precyzuje się, że wnioski o ujawnienie dowodów nie mogą być uznane za proporcjonalne, gdy dotyczą „ogólnego ujawnienia dokumentów znajdujących się w aktach organu ochrony konkurencji dotyczących danej sprawy lub ogólnego ujawnienia dokumentów przedłożonych przez stronę w kontekście danej sprawy”, zob. pkt 23 preambuły dyrektywy 2014/104/UE.

¹⁰⁷ Pkt 25 preambuły dyrektywy 2014/104/UE. W art. 5 ust. 3 i art. 6 ust. 4 sformułowano listę okoliczności, które sądy krajowe biorą pod uwagę przy ocenie proporcjonalności nakazu ujawnienia informacji.

¹⁰⁸ Art. 6 ust. 10 dyrektywy 2014/104/UE.

¹⁰⁹ Pkt 21 preambuły dyrektywy 2014/104/UE.

¹¹⁰ Art. 6 dyrektywy 2014/104/UE.

¹¹¹ Art. 2 pkt 15) dyrektywy 2014/104/UE.

¹¹² Taki zakres przedmiotowy uregulowań dyrektywy dotyczących dysponowania materiałami *leniency* wynika ze sposobu ujęcia pojęcia „program łagodzenia kar” (art. 2 pkt 15 dyrektywy). W dyrektywie zostało też zdefiniowane pojęcie kartelu jako „porozumienie lub uzgodnione praktyki co najmniej dwóch konkurentów zmierzające do koordynowania działań konkurencyjnych na rynku lub do wpływania na istotne czynniki konkurencji poprzez takie praktyki, jak – choć niewyłącznie – ustalanie lub koordynowanie cen nabycia lub sprzedaży lub innych warunków transakcji handlowych, w tym odnośnie do praw własności intelektualnej, ustalanie poziomu produkcji lub sprzedaży, podział rynków i klientów (w tym zмова przetargowa), ograniczenia przywozu lub wywozu lub działania antykonkurencyjne podejmowane przeciwko innym konkurentom” (art. 2 pkt 14 dyrektywy 2014/104/UE. Zakres pojęcia „kartel” jest niemal tożsamy z obwieszczeniem Komisji w sprawie zwalniania z grzywn... oraz z obwieszczeniem Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na mocy art. 7 i 23 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 w sprawach kartelowych (Dz. Urz. UE 2008 C 167/1).

¹¹³ Wniosek o odstąpieniu od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie może złożyć do Prezesa UOKiK przedsiębiorca, który zawarł jakiegokolwiek porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 uokik lub w art. 101 TFUE (art. 113a ust. 1 uokik) oraz osoba fizyczna mająca status osoby zarządzającej w rozumieniu art. 4 pkt 3a ustawy, w zakresie w jakim podlega odpowiedzialności antymonopolowej na podstawie art. 6a uokik (art. 113h uokik).

- 1) **tymczasowa ochrona** – do czasu wydania przez organ ochrony konkurencji rozstrzygnięcia kończącego postępowanie – chronione są przed udostępnieniem **informacje** „przygotowane przez osobę fizyczną lub prawną specjalnie na potrzeby postępowania prowadzonego przez organ ochrony konkurencji” oraz „sporządzone przez organ ochrony konkurencji i przesłane stronom w trakcie postępowania”¹¹⁴; w przypadku uzyskania przez zainteresowane osoby dostępu do tych materiałów przed zakończeniem postępowania przed organem ochrony konkurencji, państwa członkowskie obowiązane są zapewnić niedopuszczalność ich wykorzystania w postępowaniach odszkodowawczych albo ochronę w inny sposób przed ujawnieniem¹¹⁵;
- 2) **bezwzględna ochrona** przed ujawnianiem do celów postępowań odszkodowawczych – trwająca również po zakończeniu postępowania przed organem (Wijckmans i in., 2016, s. 37) – obejmuje „**oświadczenia** w ramach programu łagodzenia kar”¹¹⁶, dotyczące zarówno odstąpienia, jak i złagodzenia wymiaru kary (Wijckmans i in., 2016, s. 37–38); nawet w przypadku uzyskania przez osoby trzecie dostępu do dowodów należących do tej kategorii, państwa członkowskie obowiązane są zapewnić niedopuszczalność ich wykorzystania w postępowaniach odszkodowawczych albo ochronę w inny sposób przed ujawnieniem¹¹⁷; wskazane ograniczenia dotyczą **tylko „tajnych karteli”**; nie są nimi objęte (to znaczy, że mogą być ujawniane na ogólnych przyjętych w dyrektywie zasadach) oświadczenia składane w sprawach porozumień niekartelowych (Wijckmans i in., 2016, s. 39);
- 3) **w każdym czasie**¹¹⁸ może być nakazane ujawnienie materiałów, które nie są objęte zakresem art. 6 ust. 5 i ust. 6 dyrektywy¹¹⁹; obejmuje to „wcześniej istniejące informacje”, czyli dowody istniejące niezależnie od postępowania prowadzonego przez organ ochrony konkurencji, bez względu na to, czy taka informacja znajduje się w aktach tego organu ochrony konkurencji¹²⁰.

W ograniczeniu dostępu uczestników postępowań odszkodowawczych do oświadczeń *leniency* upatruje się sposobu na zapewnienie ochrony uczestniczących w programach łagodzenia kar przedsiębiorstw i ich kadry zarządzającej przed odpowiedzialnością odszkodowawczą na warunkach mniej korzystnych od współsprawców naruszenia, którzy nie współpracują z organami ochrony konkurencji. Ma to zapobiegać zmniejszeniu gotowości przedsiębiorstw do uczestnictwa w programach *leniency*¹²¹.

3. Dostęp do materiałów *leniency* w świetle projektu założeń projektu ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji

Porównanie obowiązujących przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów regulujących dostęp do dokumentów *leniency* z wymogami wynikającymi z dyrektywy 2014/104/UE prowadzi do wniosku o konieczności zmian legislacyjnych. Bezwzględna ochrona dokumentów *leniency* przed ujawnianiem w postępowaniach odszkodowawczych sprzeciwia się

¹¹⁴ Art. 6 ust. 5 lit. a i b dyrektywy 2014/104/UE.

¹¹⁵ Art. 7 ust. 2 dyrektywy 2014/104/UE.

¹¹⁶ Art. 6 ust. 6 lit. a) dyrektywy 2014/104/UE. Na temat pojęcia „oświadczenie w ramach programu łagodzenia kar”, zob. art. 2 pkt 16 dyrektywy.

¹¹⁷ Art. 7 ust. 1 dyrektywy 2014/104/UE.

¹¹⁸ Art. 6 ust. 9 dyrektywy 2014/104/UE.

¹¹⁹ Obok materiałów *leniency* chronione na tej podstawie przed ujawnieniem są również propozycje ugodowe składane w tzw. procedurze *settlement*, której odpowiada procedura dobrowolnego poddania się karze (art. 89a ustawy).

¹²⁰ Art. 2 pkt 17 dyrektywy 2014/104/UE.

¹²¹ Pkt 26 preambuły dyrektywy 2014/104/UE.

wymogom dyrektywy, która zapewnienie skuteczności programom łagodzenia kar stara się godzić ze zwiększaniem skuteczności prywatnego dochodzenia roszczeń.

Proces transpozycji dyrektywy 2014/104/UE do prawa polskiego nie jest jeszcze zakończony. Kierunki projektowanych zmian w prawie polskim uwidacznia projekt założeń projektu ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji¹²². W świetle przywołanego projektu, transpozycja dyrektywy ma nastąpić przez przyjęcie odrębnej ustawy, ale reguły udostępniania informacji i dowodów zebranych w postępowaniach prowadzonych przez Prezesa UOKiK na potrzeby sądowych postępowań odszkodowawczych mają się znaleźć w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹²³. Wprowadzone zmiany dotyczyć mają przy tym nie tylko dochodzenia roszczeń w związku z naruszeniami reguł konkurencji mającymi wpływ na handel między państwami członkowskimi (tego wymaga prawidłowa transpozycja dyrektywy)¹²⁴, ale również roszczeń w związku z naruszeniami wyłącznie krajowego prawa konkurencji¹²⁵.

Ponieważ dyrektywa 2014/104/UE ustanawia jednolity, unijny standard dostępu, na potrzeby sądowych postępowań odszkodowawczych, do materiału dowodowego zgromadzonego w aktach organów ochrony konkurencji, zawarte w projekcie założeń **propozycje legislacyjne dotyczące reguł udostępniania informacji i dowodów zebranych w postępowaniach prowadzonych przez Prezesa UOKiK opierają się ściśle na przepisach dyrektywy**. Planowane uregulowania przewidują – w opozycji do dotychczas obowiązujących – **dopuszczalność wyjawienia dowodów** znajdujących się w aktach tych postępowań na potrzeby sądowego dochodzenia roszczeń, pod warunkiem jednak, że niemożliwe jest przedłożenie tych dowodów bez dostępu do akt sprawy antymonopolowej¹²⁶.

Możliwość uzyskiwania i wykorzystywania materiałów zgromadzonych przez organ antymonopolowy w postępowaniach odszkodowawczych ma być **wyłączona lub ograniczona** w przypadku materiałów zgromadzonych **w procedurze łagodzenia kar** (art. 113a i nast. ustawy)¹²⁷. W zgodzie z dyrektywą, ograniczenia te będą odnosić się tylko do materiałów dotyczących „tajnych karteli”¹²⁸. Wiąże się to z koniecznością zdefiniowania pojęcia „kartel” w polskim prawie. W świetle obecnego projektu założeń, „kartel” ma oznaczać – zbieżnie z dyrektywą – porozumienia lub praktyki uzgodnione przez co najmniej dwóch konkurentów „zmiernące do skoordynowania

¹²² W dacie przygotowywania artykułu dostępna jest wersja projektu z 2.05.2016 r., przyjęta przez Komitet do Spraw Europejskich 19.05.2016 r. Zob. <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/12283303/12341882/12341884/dokument223460.pdf> (dostęp: 16.05.2016 r.).

¹²³ Projekt z 2.05.2016 r. założeń do ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji, s. 2–3.

¹²⁴ Zob. art. 1 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 1 i 3 dyrektywy 2014/104/UE.

¹²⁵ Projekt z 2.05.2016 r. założeń do ustawy..., s. 4.

¹²⁶ Projekt z 2.05.2016 r. założeń do ustawy..., s. 18.

¹²⁷ Projekt z 2.05.2016 r. założeń do ustawy..., s. 18.

¹²⁸ Przywołać należy stanowisko M. Gaca, zdaniem którego „dokonując implementacji dyrektywy odszkodowawczej, zasadnym byłoby (...) zapewnienie szerokiej ochrony dokumentów ujawnianych w trakcie procedury łagodzenia kar, niezależnie od tego czy źródłem naruszenia było działanie kartelu, czy też inne działanie stanowiące naruszenie art 6 uokik lub art. 101 TFUE” (Gac, 2016, s. 87). Takie stanowisko budzi zastrzeżenia, również w świetle stanowiska zajętego przez przywołanego autora. O ile zgodzić się można z autorem, że proponowane przez tego autora rozwiązanie realizowałoby jeden z celów dyrektywy, tj. cen „pełnej ochrony materiałom *leniency* oraz zapobieżenie obniżaniu skuteczności publicznego mechanizmu stosowania prawa konkurencji” (Gac, 2016, s. 87–88), to jednak nie uwzględnia tej okoliczności, również zresztą wypunktowanej przez M. Gaca, że przepis dyrektywy dotyczący ujawniania dowodów znajdujących się w aktach organu ochrony konkurencji „oparty jest na harmonizacji maksymalnej, wyłączającej swobodę państw członkowskich we wprowadzaniu dalszych ograniczeń w dostępie do materiału dowodowego” (ibidem, s. 88). W dyrektywie 2014/104/UE precyzyjnie ustalono zakres ochrony dowodów znajdujących się w aktach organu ochrony konkurencji m.in. poprzez ściśle zdefiniowanie pojęcia „program łagodzenia kar” (art. 2 pkt 15 dyrektywy). Nie daje to – co jest istotą harmonizacji maksymalnej – państwom członkowskim możliwości dostosowania zakresu ochrony materiałów *leniency* do zakresu krajowych programów łagodzenia kar.

Objęcie ochroną przed ujawnieniem oświadczeń składanych przez wnioskodawców *leniency* w sprawach innych niż kartelowe byłoby możliwe – pozbawiając w zgodzie z wymogami prawidłowej implementacji dyrektywy – w odniesieniu do porozumień „bez pierwiastka unijnego”, do których dyrektywa się nie stosuje.

działań konkurencyjnych na rynku lub wpływanie na istotne czynniki konkurencji”. Projektodawcy proponują uzupełnienie tej definicji o katalog przykładowych porozumień mieszczących się w pojęciu „kartelu”, również zbieżny z dyrektywą. Ma on obejmować „praktyki polegające na ustalaniu lub koordynowaniu cen zakupu lub sprzedaży lub innych warunków transakcji handlowych, w tym co do praw własności intelektualnej, ustalanie poziomu produkcji lub sprzedaży, podziale rynków i klientów (m.in. zmony przetargowe), ograniczenia przywozu lub wywozu albo działania antykonkurencyjne podejmowane przeciwko innym konkurentom”¹²⁹. Oznacza to, że **materiał leniency w prowadzonych przez Prezesa UOKiK sprawach naruszeń nieodpowiadających definicji „kartelu” będzie mógł być dostępny i wykorzystywany na ogólnych zasadach.**

Wobec obowiązku ścisłego odwzorowania w prawie krajowym reżimu uzyskiwania i wykorzystywania materiału dowodowego z akt organu antymonopolowego, w tym ograniczeń w tym zakresie, twórcy założeń do ustawy transponującej dyrektywę niejednokrotnie ograniczają się w tym zakresie do przywołania odpowiednich jej artykułów.

Projekt założeń przewiduje więc, aby „wyłączyć możliwość nakazania wyjawienia dokumentów, o których mowa w art. 6 ust. 6 dyrektywy”¹³⁰. Sprecyzowano zarazem, że termin „oświadczenia w ramach programu łagodzenia kar” nie może być w polskich realiach prawnych utożsamiany z wnioskiem o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie, o którym mowa w art. 113a ustawy. Zakres tego pojęcia ma być węższy. Obejmować ma tylko oświadczenia składane przez przedsiębiorców lub „osoby fizyczne zarządzające przedsiębiorstwem” na temat posiadanej wiedzy o kartelu i swojej w nim roli, które zostały przygotowane specjalnie w celu złożenia do organu antymonopolowego i uzyskania odstąpienia lub złagodzenia kary pieniężnej¹³¹. Przyjąć należałoby, że chodzi o oświadczenia nie tylko osób zarządzających składających wnioski *leniency*, lecz także jakichkolwiek osób, które zostały złożone do akt postępowania w materiale *leniency*.

W projekcie założeń przewidziano także, że należy „ograniczyć możliwość nakazania wyjawienia dokumentów wskazanych w art. 6 ust. 5 dyrektywy”¹³², precyzując, że z perspektywy polskiego prawa będą to m.in. pisma o przedstawieniu zarzutów naruszytelom, ich odpowiedzi na zarzuty oraz wezwania do udzielenia informacji.

W przypadku uzyskania przez zainteresowane osoby dostępu do materiałów, których ujawnianie jest wyłączone lub ograniczone, objęte one mają być „wrażnym zakazem dowodowym”¹³³. W projekcie założeń podkreśla się zarazem, że sam fakt, iż informacje zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa lub inne informacje prawnie chronione nie może być podstawą odmowy ich udostępnienia na potrzeby sądowego postępowania odszkodowawczego, natomiast sąd prowadzący sprawę powinien mieć możliwość ich ochrony¹³⁴.

W praktycznym wymiarze implementacja dyrektywy 2014/104/UE w następujący sposób może zmodyfikować reżim dostępu osób dochodzących roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszeń reguł konkurencji do dokumentów *leniency*:

¹²⁹ Projekt z 2.05.2016 r. założeń do ustawy..., s. 5.

¹³⁰ Ibidem, s. 18.

¹³¹ Ibidem, s. 6.

¹³² Ibidem, s. 18.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Ibidem, s. 18–19. Por. art. 5 ust. 4 dyrektywy 2014/104/UE.

- 1) należy spodziewać się zmiany obowiązujących przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie, w jakim: **(a)** wykluczają udostępnianie materiałów pozyskanych w procedurze *leniency* osobom trzecim (art. 70 ust. 1 i 6 uokik); **(b)** nie uwzględniają sądowych postępowań odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji w katalogu wyjątków od zasady niewykorzystywania informacji zgromadzonych w postępowaniach przed Prezesem UOKiK w innych postępowaniach (art. 73 ust. 1 uokik);
- 2) **bezwzględna ochrona** przed ujawnieniem z akt postępowania antymonopolowego i wykorzystaniem w cywilnym postępowaniu odszkodowawczym cieszyć się mogą w przyszłym reżimie **wyłącznie zawarte we wnioskach** o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie, o których mowa w art. 113a uokik, „oświadczenia w ramach programu łagodzenia kar”; należałoby przy tym założyć, że to niedookreślone pojęcie powinno oznaczać:
- wszelkie wyjaśnienia, stanowiska, opisy, omówienia;
 - składane bezpośrednio przez przedsiębiorcę – uczestnika kartelu (w tym też: w jego imieniu przez pełnomocnika), jak i przez osoby fizyczne działające w imieniu i na rzecz tego uczestnika kartelu, m.in. przez osoby zarządzające przedsiębiorstwem, o których mowa w art. 4 pkt 3a uokik;
 - będące świadectwem wiedzy o różnych aspektach funkcjonowania tajnego kartelu, w tym również o roli odgrywanej w kartelu przez poszczególnych przedsiębiorców i przez osoby fizyczne działające na ich rzecz (przedmiotowo oświadczenia mogą być zbieżne z opisem porozumienia w rozumieniu art. 113a ust. 2 uokik, obejmując w szczególności: 1) przedsiębiorców, którzy zawarli porozumienie; 2) produkty lub usługi, których dotyczy porozumienie; 3) terytorium objęte porozumieniem; 4) cel porozumienia; 5) okoliczności zawarcia porozumienia; 6) okoliczności i sposób funkcjonowania porozumienia; 7) czas trwania porozumienia; 8) rolę poszczególnych przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu; 9) imiona, nazwiska i stanowiska służbowe osób pełniących w porozumieniu znaczącą rolę wraz z jej opisem);
 - przedstawiane przez wnioskodawcę *leniency* – ustnie i na piśmie – w treści wniosku, w załącznikach do niego, a także w uzupełnieniu wniosku i w ramach współpracy z Prezesem UOKiK w trakcie postępowania;
 - składane w sprawach „tajnych karteli” zarówno mających wpływ na handel między państwami członkowskimi, jak i rozstrzyganych wyłącznie na podstawie prawa polskiego;
- 3) **tymczasową ochroną** przed ujawnieniem na potrzeby cywilnego postępowania odszkodowawczego (tylko do czasu wydania przez Prezesa UOKiK rozstrzygnięcia kończącego postępowanie (Gac, 2016, s. 91)), cieszyć się mogą:
- wyjaśnienia, stanowiska, omówienia, opisy, przedstawione przez przedsiębiorców w postępowaniu przed Prezesem UOKiK poza trybem *leniency*, np. z własnej inicjatywy (w trybie art. 50 ust. 3 ustawy) lub na wezwanie organu w odpowiedzi na zarzuty lub w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 50 ust. 1 i 2 uokik (Gac, 2016, s. 91) albo też przedstawiane przez podmioty niemające statusu przedsiębiorcy z własnej inicjatywy (w trybie art. 50 ust. 3 uokik), przez świadków (art. 52 uokik) oraz biegłych (art. 54 i nast. uokik) i przez instytuty naukowe (art. 59 uokik);

- b) informacje w pismach sporządzonych przez Prezesa UOKiK i przesyłanych w trakcie postępowania do przedsiębiorcy, w szczególności:
- wezwania do udzielenia informacji kierowane w trybie art. 50 ust. 1 ustawy; wskazać przy tym jednak należy, że w świetle dyrektywy wątpliwości może budzić czy ochroną objęta jest tylko korespondencja ze stronami (tj. podmiotami skarżonymi), czy także z innymi podmiotami ankietowanymi przez organ antymonopolowy w toku postępowania (np. konkurentami, kontrahentami, uczestnikami analizowanego systemu dystrybucji); dyrektywa posługuje się bowiem pojęciem „strony” postępowania;
 - dokumenty obejmujące przedstawienie zarzutów¹³⁵, tj. **(1)** uzasadnienie stawianych zarzutów zawarte w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego, **(2)** stosowane przez Prezesa UOKiK na podstawie wewnętrznej procedury „szczegółowe uzasadnienie zarzutów”¹³⁶;
- 3) **powyższe ograniczenia nie będą odnosić się zaś do pozostałych kategorii materiałów**, w tym do dowodów (np. umów, cenników) przekazanych przez przedsiębiorców w trybie art. 50 ustawy i w ramach procedury *leniency*; ponieważ jednak dostęp do materiałów *leniency* ograniczony jest czasowo również dla stron postępowania¹³⁷, w przyszłej regulacji należałoby zagwarantować, że strony postępowania antymonopolowego nie będą w kwestii dostępu do tych materiałów traktowane gorzej od uczestników postępowań odszkodowawczych, które nie są stronami postępowania przed Prezesem UOKiK.

V. Dostęp osób dochodzących roszczeń odszkodowawczych do materiałów *leniency* Wydziału Antymonopolowego amerykańskiego Departamentu Sprawiedliwości i ograniczenia w uzyskaniu sądowego nakazu dostępu do takich materiałów

1. Podejście Wydziału Antymonopolowego do udostępniania materiałów *leniency* na potrzeby postępowań odszkodowawczych

Stanowisko Wydziału Antymonopolowego w sprawie ochrony poufności materiałów *leniency* dobrze oddają słowa byłego Asystenta Prokuratora Generalnego kierującego Wydziałem Antymonopolowym, Gary R. Spratlinga: „Polityka *leniency* jest ważnym i niezwykle skutecznym narzędziem egzekwowania przepisów. (...) Polityka w zakresie ułaskawienia oparta jest na poufności. Wydział zachowuje tożsamość podmiotów występujących o ułaskawienie w ścisłej poufności (...). Podstawą takiej polityki poufności jest świadomość, że przedsiębiorstwa i osoby fizyczne nie będą skłonne do samodzielnego przyznawania się do winy, jeżeli składane przez nie wnioski i dostarczane informacje będą ujawniane i udostępniane wszystkim podmiotom, a szczególnie ich konkurentom, klientom, akcjonariuszom i pracownikom. W związku z tym Wydział nie będzie upubliczniał tożsamości podmiotu występującego o ułaskawienie, jeżeli taki wnioskodawca sam jej uprzednio nie ujawnił, chyba że Wydział jest zobowiązany do jej ujawnienia nakazem sądowym

¹³⁵ Projekt z 2.05.2016 r. założeń do ustawy..., s. 18.

¹³⁶ Zob. wydane przez UOKiK „Wyjaśnienia dotyczące przedstawiania szczegółowego uzasadnienia zarzutów w postępowaniach w sprawach: 1) praktyk ograniczających konkurencję, 2) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz 3) nakładania kar pieniężnych za naruszenie przepisów ustawy”, Warszawa, wrzesień 2015. Pozyskano z: https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11875.

¹³⁷ Prezes UOKiK udostępnił stronom informacje i dowody uzyskane w procedurze *leniency* przed wydaniem decyzji, chyba że wnioskodawca *leniency* wyraził pisemną zgodę na ich wcześniejsze udostępnienie (zob. art. 70 ust. 2 i 3 ustawy).

w związku z prowadzonym postępowaniem sądowym. Ponadto, Wydział stosuje zasadę niepodważania i niezaprzeczenia faktowi istnienia wniosku o ulaskawienie, zarówno gdy wniosek jest rozpatrywany, jak i po jego przyjęciu lub odrzuceniu (...) Warto podkreślić, że większość wniosków o ulaskawienie to po prostu ustne wystąpienia przed pracownikami Wydziału, poparte zazwyczaj przedłożeniem istniejących dokumentów korporacyjnych. Zanim zostanie zastosowane ulaskawienie, wnioskodawca musi szczegółowo ujawnić wszystkie istotne okoliczności oraz określić zakres własnego zaangażowania w zgłaszane działanie. Zarówno Wydział, jak i każdy podmiot występujący o ulaskawienie liczą i oczekują zatem, że wszelkie odbyte przez nich rozmowy zostaną zachowane w tajemnicy”¹³⁸.

Powyższe stwierdzenia znajdują bezpośrednie przełożenie w regułach zawartych w Podręczniku Wydziału Antymonopolowego: „Wydział Antymonopolowy stosuje politykę ścisłej poufności w odniesieniu do tożsamości podmiotów ubiegających się o złagodzenie kary oraz uzyskiwanych od nich informacji. Wydział nie upubliczni tożsamości podmiotu występującego o złagodzenie kary ani informacji przez niego przekazanych, chyba że wnioskodawca ten uprzednio ujawnił już te informacje lub Wydział został upoważniony do ich ujawnienia przez wnioskodawcę lub na mocy nakazu sądowego”¹³⁹.

2. Warunki porozumień między Wydziałem Antymonopolowym a wnioskodawcą *leniency*

Wzory wniosków *leniency* sporządzone przez Wydział Antymonopolowy nie zawierają jakichkolwiek gwarancji poufnego traktowania materiałów dotyczących łagodzenia kar¹⁴⁰. Podmioty występujące z takimi wnioskami mogą jednak oprzeć się na wyżej wspomnianych publicznych oświadczeniach i dokumentach dotyczących stanowiska Wydziału Antymonopolowego w sprawie poufności materiałów dotyczących łagodzenia kar.

Przykładowo w złożonym w sprawie *Flat Glass Antitrust Litigation* stanowisku *amicus curiae*, przedstawiciele władz federalnych Stanów Zjednoczonych wyjaśnili, że w ocenie Wydziału Antymonopolowego dla skutecznego dochodzenia roszczeń od uczestników karteli poszkodowani nie muszą dysponować dostępem do wniosków *leniency*, wystarczające powinny być dla nich informacje wynikające z zapadłych w sprawie danego kartelu wyroków karnych. Jak wskazali przywołani przedstawiciele władz federalnych, „jeżeli powodowie chcą uprościć proces wyszukiwania informacji mających zastosowanie do własnej sprawy, jest proste rozwiązanie, które nie wymaga ujawniania jakichkolwiek informacji poufnych, a mianowicie: powodowie mogą wystąpić do Sądu z wnioskiem o przełożenie rozprawy do momentu zakończenia dochodzenia przez (...) [Wydział Antymonopolowy]. Wyrok skazujący pozwanych rozwiązałby kwestię odpowiedzialności w przedmiotowej sprawie. (...) Nawet uniewinnienie byłoby przydatne, ponieważ oskarżyciele prywatni mogliby skwapliwie wykorzystać materiał dowodowy zgromadzony w sprawie z powództwa władz federalnych”.

Jednocześnie w cytowanym dokumencie wskazano, że „nawet po zakończeniu jakiegokolwiek postępowania karnego, aby nie ograniczyć przyszłej skuteczności polityki *leniency* (...) [Wydział Antymonopolowy nadal byłby przeciwny] ujawnianiu przez oskarżycieli jakichkolwiek materiałów

¹³⁸ „Czy nałożone w ostatnim czasie kolosalne kary grzywny w postępowaniach antymonopolowych są jedynie wierzchołkiem góry lodowej?” (Wystąpienie podczas 12. Dorocznego Posiedzenia Państwowego Instytutu ds. Przestępstw Gospodarczych, 10 (San Francisco, 6 marca 1998) <https://www.justice.gov/atr/speech/are-recent-titanic-fines-antitrust-cases-just-tip-iceberg>).

¹³⁹ U.S. Department of Justice Antitrust Division Manual. Fifth Edition. Last Updated April 2015, s. III-12; <https://www.justice.gov/atr/file/761166/download>.

¹⁴⁰ <https://www.justice.gov/atr/model-corporate-conditional-leniency-letter>.

dotyczących ułaskawień, które nie zostały upublicznione w toku postępowania. (...) [P]rzesunięcie postępowania cywilnego do czasu zakończenia sprawy z powództwa władz federalnych pozwala oskarżycielom prywatnym w łatwy sposób skorzystać ze śledztwa przeprowadzonego przez te organy bez konieczności bezpośredniego ingerowania w toczące się dochodzenie¹⁴¹.

Podkreślenia wymaga zarazem, że środek ciężkości pomiędzy polityką państwa skłaniającą się ku ujawnianiu materiałów dowodowych w postępowaniach cywilnych a dążeniem Wydziału Antymonopolowego do ochrony materiałów dotyczących łagodzenia kar przed ujawnieniem często przesuwają się w kierunku ujawniania oskarżycielom prywatnym materiałów dotyczących łagodzenia kar.

3. Jaki jest zakres materiałów *leniency*, które mogą być ujawnione stronom cywilnych postępowań odszkodowawczych. Jakie są okoliczności (o ile w ogóle występują) przemawiające za szerszym lub węższym dostępem stron cywilnych postępowań odszkodowawczych do materiału *leniency*?

Postępowania odszkodowawcze z powództwa prywatnego w sprawach antymonopolowych stanowią w Stanach Zjednoczonych „ważne uzupełnienie” procesu egzekwowania przepisów przez Wydział Antymonopolowy¹⁴².

Jak już wskazano wyżej, art. 4 ustawy Claytona¹⁴³ zezwala stronie powodowej na dochodzenie zwrotu trzykrotności szkody w prywatnych powództwach antymonopolowych. Ponadto, amerykański Federalny Kodeks Postępowania Cywilnego nadaje oskarżycielom prywatnym szerokie prawa w zakresie ujawniania informacji, co zachęca do częstszego wnoszenia pozwów o odszkodowanie z oskarżenia prywatnego. Zakres informacji, które mogą być ujawniane na potrzeby postępowań odszkodowawczych w sprawach antymonopolowych jest szeroki.

Zgodnie z Regułą 26(b)(1) Federalnego Kodeksu Postępowania Cywilnego, w wersji obowiązującej od 1 grudnia 2015 r. „O ile nakaz sądowy nie wprowadza w tej kwestii innych ograniczeń, zakres ujawnienia jest następujący: strony mogą uzyskać informacje we wszelkich sprawach niebędących sprawami poufnymi, które są istotne dla roszczenia lub obrony przed roszczeniem którejkolwiek strony oraz w zakresie proporcjonalnym do potrzeb danej sprawy, biorąc pod uwagę znaczenie kwestii, których dane powództwo dotyczy, wartość przedmiotu sporu, względny dostęp stron do istotnych informacji, zasoby stron, znaczenie ujawnienia dla rozstrzygnięcia tych kwestii oraz to, czy ciężar bądź koszt planowanego ujawnienia przewyższa prawdopodobne pożytki z jego dokonania. Informacje o takim zakresie ujawnienia mogą być ujawniane nawet jeśli nie stanowią dopuszczalnego dowodu”.

Fakt, że „(...) informacje o takim zakresie ujawnienia mogą być ujawniane nawet jeśli nie stanowią dopuszczalnego dowodu” jest wyraźnym dowodem na szeroki zakres ujawnień w postępowaniach cywilnych o odszkodowanie w Stanach Zjednoczonych.

W określonych przypadkach sądy przychylają się do wniosków Wydziału Antymonopolowego o czasowe wstrzymanie przez sądy cywilne wykonania nakazów przekazania materiałów dotyczących łagodzenia kar, zwłaszcza jeżeli śledztwo jest w toku. Jeżeli jednak wniosek o czasowe

¹⁴¹ W sprawie *Flat Glass Antitrust Litigation*, MDL No. 98-0550 (W.D. Pa.) (26 marca 1998); <https://www.justice.gov/atr/case-document/brief-us-opposing-discovery-amnesty-related-materials>.

¹⁴² Zob. *Reiter v. Sonotone Corp.*, nr 442 US 340, 344 (1979) („Kongres ustanowił środek prawny w postaci trzykrotnego odszkodowania w Sekcji 4 właśnie jako zachętę do dochodzenia roszczeń z tytułu naruszeń prawa antymonopolowego z oskarżenia prywatnego”).

¹⁴³ 15 U.S.C.S. § 15.

wstrzymanie nakazu zostanie odrzucony, Wydział Antymonopolowy musi zastosować się do wydanego przez sąd cywilny nakazu przekazania materiałów dotyczących łagodzenia kar¹⁴⁴.

VI. Wnioski – wpływ reguł dostępności dokumentów *leniency* przy dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych na skuteczność programów łagodzenia kar w sprawach porozumień ograniczających konkurencję

1. Ocena rozwiązań przyjętych obecnie w prawie polskim oraz projektowanych

Wciąż **obowiązujące** w prawie polskim rozwiązania dotyczące dostępu do materiałów znajdujących się w aktach Prezesa UOKiK, w szczególności do materiałów *leniency*, są niewątpliwie zorientowane na wzmacnianie skuteczności publicznoprawnego egzekwowania reguł konkurencji. Uwzględniany jest też interes innych instytucji i organów zwalczających naruszenia w interesie publicznym – poprzez umożliwienie im, w enumeratywnie wymienionych przypadkach, dostępu do akt Prezesa UOKiK¹⁴⁵. Natomiast dostęp do tych materiałów na potrzeby sądowych postępowań odszkodowawczych nie został w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów przewidziany.

Obowiązujące rozwiązania niewątpliwie można postrzegać jako **uwzględniające interes wnioskodawców *leniency***. Odmawiają bowiem w praktyce dostępu osobom poszkodowanym do szczególnie wiarygodnych informacji i dokumentów pochodzących z pierwszej ręki (od uczestników porozumienia), mogących mieć istotne znaczenie do wykazania powstałej szkody. Wydaje się zarazem, że obowiązujące ograniczenia są **nadmierne dla osiągnięcia tego celu**. Ograniczenie dostępu obejmuje bowiem nie tylko materiał *leniency*, lecz także w praktyce niemal wszelkie zebrane w aktach postępowania informacje i dokumenty na temat kwestionowanej w tym postępowaniu antykonkurencyjnej praktyki (z wyjątkiem informacji upublicznianych na mocy przepisów szczególnych ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: informacji powszechnie dostępnych, informacji o wszczęciu postępowania, informacji o wydaniu decyzji kończących postępowanie i ich ustaleniach¹⁴⁶ oraz treści decyzji wydawanych na podstawie ustawy pozbawionych tajemnic przedsiębiorstwa i innych informacji podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów¹⁴⁷).

O ile obowiązujące rozwiązania można uznać za **zbyt rygorystyczne** z punktu widzenia osób dochodzących roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszeń reguł konkurencji, to niewątpliwie z perspektywy potencjalnych wnioskodawców *leniency* **zwiększają one atrakcyjność procedury łagodzenia kar**. Wykluczenie dostępności osób trzecich do dobrowolnie dostarczanych organowi ochrony konkurencji dowodów i informacji o zмовie nie naraża wnioskodawców *leniency* na to, że te dowody i informacje wzmocnią podstawy roszczeń z tytułu stwierdzonego naruszenia.

Rozwiązania planowane w ramach implementacji dyrektywy 2014/104/UE wydają się przynajmniej teoretycznie **istotnie korzystniejsze dla osób dochodzących roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszeń reguł konkurencji**¹⁴⁸. Dostęp osób trzecich do dowodów naruszenia zgromadzonych w aktach postępowań antymonopolowych może być znacznie szerszy niż

¹⁴⁴ U.S. Department of Justice Antitrust Division Manual. Fifth Edition. Last Updated April 2015, s. III-12; <https://www.justice.gov/atr/file/761166/download>.

¹⁴⁵ Art. 73 ust. 2–5 uokik.

¹⁴⁶ Art. 71 ust. 2 uokik.

¹⁴⁷ Art. 31b uokik.

¹⁴⁸ Trudno się zgodzić ze sformułowaną przez M. Gaca oceną proponowanego mechanizmu ujawniania dowodów z akt organu ochrony konkurencji jako „rodzącego ryzyko ograniczonego dostępu przez podmioty poszkodowane do dowodów naruszenia” (Gac, 2016, s. 94).

dotychczas, obejmując również część niedostępnych dotąd materiałów *leniency*. Osoby trzecie nie będą miały tylko dostępu do oświadczeń składanych we wnioskach *leniency*. Nie wykluczono za to **możliwości ujawnienia zebranych w aktach organu antymonopolowego dokumentów wcześniej wytworzonych**, mogących dowodzić naruszenia, jeśli w inny sposób nie będą dostępne na potrzeby postępowania odszkodowawczego¹⁴⁹.

Realną konsekwencją tych zmian wydaje się jednak również **osłabienie rozwoju programu łagodzenia kar**. Bez bardziej pogłębionych studiów trudno rozstrzygnąć, na ile, podejmując decyzję o złożeniu wniosku *leniency*, przedsiębiorcy uwzględniali dotąd zagrożenie wykorzystaniem materiałów udostępnionych wraz z wnioskiem przez osoby dochodzące roszczeń odszkodowawczych i na ile będą to zagrożenie uwzględniać po implementacji dyrektywy. Niski, jak dotąd, stopień rozwoju w Polsce prywatnego dochodzenia roszczeń odszkodowawczych za naruszenia reguł konkurencji, a zarazem relatywnie niski stopień popularności programu *leniency*, nie może być jednak żadnym prognostykiem. Wydaje się jednak prawdopodobne, że o ile implementowanie projektowanych rozwiązań prawnych przychylnych dochodzeniu roszczeń w sprawach antymonopolowych może zachęcić poszkodowanych wskutek zakazanych porozumień do poszukiwania z tego tytułu rekompensaty od naruszcycieli, to równocześnie jednak może istotnie zmniejszyć gotowość przedsiębiorców do dzielenia się z Prezesem UOKiK informacjami i dowodami, które poszkodowanym mogą ułatwić dochodzenie roszczeń. Niestety konsekwencje tego mogą być – w niezbyt odległej perspektywie – negatywne dla skuteczności zarówno publicznego, jak i prywatnego egzekwowania naruszeń zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Obniżenie atrakcyjności programu *leniency*, oznaczając będzie mniejszy dostęp organu antymonopolowego do informacji i dowodów pozwalających na wydawanie decyzji stwierdzających naruszenie zakazu antykonkurencyjnych porozumień. Z dużym prawdopodobieństwem zmniejszy to liczbę takich decyzji. Przez to zaś osoby chcące dochodzić roszczeń odszkodowawczych od naruszcycieli prawa antymonopolowego pozbawione zostaną istotnego, często jedyne, źródła informacji o naruszeniu i dowodów uzasadniających roszczenia, których samodzielne zebranie w oparciu o inne źródła praktycznie nie jest możliwe.

Szczególnie zagrożony wydaje się rozwój programu *leniency* dla uczestników porozumień niekartelowych. W tym przypadku nie są chronione przed wykorzystaniem w postępowaniach odszkodowawczych nie tylko załączane do wniosków *leniency* dokumenty wcześniej wytworzone, lecz także oświadczenia wnioskodawców *leniency*. Zagrożenie wydaje się potencjalnie tym bardziej dotkliwie, że większość spraw zakazanych porozumień, w których do Prezesa UOKiK złożono wnioski *leniency*, w których wydana została decyzja, dotyczyło porozumień wertykalnych¹⁵⁰ (wśród tych spraw były również formalnie wertykalne porozumienia *hub-and-spoke*, mające wpływ horyzontalny)¹⁵¹.

¹⁴⁹ Art. 6 ust. 10 dyrektywy 2014/104/UE.

¹⁵⁰ Zob. decyzje Prezesa UOKiK nr 86/06 z 1.08.2006 r.; nr DOK-107/2006 z 18.09.2006 r.; nr RKT-79/2007 z 31.12.2007 r.; nr DOK-1/08 z 7.04.2008 r.; nr DOK-6/2009 z 13.11.2009 r.; nr DOK-4/2010 z 24.05.2010 r.; nr DOK-11/2010 z 31.12.2010 r.; nr DOK-12/2010 z 31.12.2010 r.; nr RKT-22/2011 z 12.08.2011 r.; nr DOK-10/2011 z 28.11.2011 r.; nr DOK-12/2011 z 28.12.2011; nr RBG-19/2012 z 30.08.2012 r.; nr RBG-30/2012 z 4.12.2012 r.; nr DOK-8/2012 z 27.12.2012 r.; nr DOK-5/2013 z 31.12.2013 r.; nr DOK-6/2013 z 31.12.2013; nr DOK-7/2013 z 31.12.2013 r.

¹⁵¹ Por. decyzje Prezesa UOKiK nr DOK 107/06 z 18.09.2006 r., nr DOK-4/2010 z 24.05.2010 r. i nr DOK-12/2010 z 31.12.2010 r.

2. Wnioski dla Polski płynące z rozwiązań przyjętych w prawie USA

Przy wszystkich zarysowanych w artykule różnicach w egzekwowaniu zakazu antykonkurencyjnych porozumień w Polsce i USA za charakterystyczne można uznać podobieństwo postrzegania szerszego dostępu do materiałów *leniency* na potrzeby dochodzenia roszczeń odszkodowawczych jako zagrożenia dla skuteczności programów łagodzenia kar. Dotychczasowe nowelizacje ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, których projekty przygotowywano w UOKiK, raczej zawężyły dostęp do tych materiałów. Z kolei w przywołanym wyżej stanowisku w sprawie *Flat Glass Antitrust Litigation* amerykański Wydział Antymonopolowy argumentował, że dla dochodzącym roszczeń odszkodowawczych wystarczający jest wyrok stwierdzający naruszenie wydany w oparciu o materiał *leniency*. Udostępnianie zaś tych materiałów jest niepotrzebne¹⁵².

Dostępność materiałów *leniency* na potrzeby postępowań odszkodowawczych jest jednak faktem, który organy ochrony konkurencji w Polsce i USA muszą akceptować i dostosować swoje działanie do tych warunków. Przykład USA pokazuje zarazem, że szeroki dostęp do tych materiałów, do którego przychylają się sądy amerykańskie¹⁵³ nie musi powodować dysfunkcyjności programu łagodzenia kar. W Stanach Zjednoczonych dzieje się tak jednak zapewne dzięki jednoznaczному zapewnieniu wnioskodawcy *leniency* wyraźnie lepszej od pozostałych uczestników kartelu pozycji w przypadku ewentualnych cywilnych procesów odszkodowawczych. Taką niekwestionowaną korzyścią, która może czynić program *leniency* atrakcyjnym mimo narażenia wnioskodawcy na odpowiedzialność odszkodowawczą w procesach cywilnych, jest gwarancja niezasądzenia odszkodowań przekraczających wartość wyrządzonej szkody, zamiast trzykrotności szkody, na co narażeni są pozostali „karteliści”. Można mieć przy tym wątpliwości czy rozwiązania przewidziane w dyrektywie 2014/104/UE są dla potencjalnych wnioskodawców *leniency* równie atrakcyjną zachętą do współpracy z organem antymonopolowym mimo perspektywy ułatwienia osobom poszkodowanym antykonkurencyjną działalnością uprawdopodobnienia roszczeń.

3. Wnioski *de lege ferenda*

Z uwagi na termin przygotowywania artykułu, dyrektywy 2014/104/UE formułowane propozycje legislacyjne dotyczą stanu prawnego sprzed implementacji dyrektywy 2014/104/UE, uwzględniając jednak ramowe kierunki zmian wynikające z projektu założeń do ustawy implementacyjnej. Uwagi formułowane są ze świadomością ograniczonego marginesu swobody przy inkorporowaniu postanowień dyrektywy do prawa krajowego.

Wśród wniosków *de lege ferenda* należy zgłosić propozycję uszczegółowienia – w stosunku do treści dyrektywy – rodzajów materiałów z akt postępowań antymonopolowych przynależących do poszczególnych kategorii dostępności (tj. objętych bezwzględną¹⁵⁴ lub tymczasową¹⁵⁵ ochroną albo dostępnych w każdym czasie¹⁵⁶). Niewątpliwie zwiększałyby to pewność prawną uczestników postępowań antymonopolowych oraz osób dochodzących roszczeń odszkodowawczych.

Ponadto postulować należy takie uregulowanie dostępu osób trzecich do materiałów *leniency* nieobjętego art. 6 ust. 6 dyrektywy 2014/104/UE (tj. udostępnianych na każdym etapie

¹⁵² <https://www.justice.gov/atr/case-document/brief-us-opposing-discovery-amnesty-related-materials>, s. 11–12

¹⁵³ Podkreślić wypada natomiast, że sądy bardzo często przychylają się do wniosków Wydziału Antymonopolowego o czasowe wstrzymanie dostępu do tego materiału do czasu zakończenia postępowania karnego.

¹⁵⁴ Art. 6 ust. 6 dyrektywy 2014/104/UE.

¹⁵⁵ Art. 6 ust. 5 dyrektywy 2014/104/UE.

¹⁵⁶ Art. 6 ust. 9 dyrektywy 2014/104/UE.

postępowania), które nie będzie dyskryminować stron postępowania antymonopolowego. Obawa ta wynika stąd, że obecne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ograniczają czasowo dostęp stron do tych materiałów¹⁵⁷, natomiast dyrektywa nie formułuje takich ograniczeń w dostępie do nich na potrzeby sądowego dochodzenia roszczeń¹⁵⁸. Przyszła regulacja powinna więc gwarantować, by strony postępowania antymonopolowego nie były traktowane gorzej od uczestników postępowań odszkodowawczych.

Najistotniejszy spośród zgłaszanych postulatów dotyczy przyszłości polskiego programu *leniency*. Ze względów opisanych w artykule wyrazić należy obawę, że zapewnienie osobom dochodzącym roszczeń odszkodowawczych dostępu do dokumentów *leniency* na warunkach dyrektywy 2014/104/UE może zagrażać rozwojowi polskiego programu łagodzenia kar, szczególnie w odniesieniu do porozumień niekartelowych.

Autorzy dostrzegają różne możliwe podejścia do tego problemu. Przedstawiamy je poniżej.

Wśród możliwych rozwiązań rozważyć można objęcie materiałów *leniency* w sprawach porozumień niekartelowych identycznym zakresem ochrony, jaką dyrektywa przewiduje dla spraw kartelowych. Taki postulat należałoby ograniczyć **tylko do spraw „bez pierwiastka unijnego”**. Do naruszeń reguł konkurencji niemających wpływu na handel dyrektywa się bowiem nie stosuje, podczas gdy w sprawach roszczeń związanych z naruszeniami art. 101 TFUE wymagane jest ścisłe odwzorowanie precyzyjnie ustalonego w dyrektywie zakresu ochrony dowodów znajdujących się w aktach organu ochrony konkurencji. Formułując powyższą propozycję legislacyjną, autorzy dostrzegają zarazem **jej istotny mankament**: zróżnicowanie poziomu ochrony materiału *leniency* w zależności od dwóch czynników: **kategoria porozumienia** (relewantny jest podział na „tajne kartele” i pozostałe antykonkurencyjne porozumienia) i **wpływ praktyki na handel** między państwami członkowskimi UE (lub też jego brak). Problematiczne jest to, że kryteria kwalifikacji naruszenia w świetle każdej z tych przesłanek nie są całkiem ostre¹⁵⁹, a samo zakwalifikowanie naruszenia według tych kryteriów może zależeć np. od pozyskanych przez organ ochrony konkurencji dowodów i ich oceny¹⁶⁰. Oznacza to, że **negatywnym** efektem rozpatrywanego rozwiązania byłoby sprowadzenie sporej dozy niepewności w sam proces ustalania czy osoba dochodząca roszczeń odszkodowawczych dysponuje prawem dostępu do materiałów *leniency* z akt postępowania antymonopolowego.

Wobec mankamentów powyższego rozwiązania, zaproponować należy alternatywny wniosek *de lege ferenda*. Ponieważ brak ochrony przed udostępnieniem materiałów *leniency* ze spraw niekartelowych (np. wertykalnych) z dużym prawdopodobieństwem obniży atrakcyjność programu łagodzenia kar w tym zakresie (o ile nie zniechęci w ogóle do składania wniosków *leniency*), należy rozważyć podjęcie radykalnego kroku w postaci zawężenia zakresu przedmiotowego programu *leniency* do spraw „tajnych karteli”, zbieżnie do programu Komisji Europejskiej dla naruszeń art. 101 TFUE¹⁶¹. Takie rozwiązanie nie rozwiązałoby problemu obniżenia skuteczności programu

¹⁵⁷ Prezes UOKiK udostępnia stronom informacje i dowody uzyskane w procedurze *leniency* przed wydaniem decyzji, chyba że wnioskodawca *leniency* wyraził pisemną zgodę na ich wcześniejsze udostępnienie (zob. art. 70 ust. 2 i 3 uokik).

¹⁵⁸ Art. 6 ust. 9 dyrektywy 2014/104/UE.

¹⁵⁹ Przykładowo, na możliwą rozbieżną interpretację pojęcia wpływu na handel wskazuje przedstawiona przez M. Bernatta analiza dotychczasowej praktyki Prezesa UOKiK w tym zakresie (Bernatt, 2016, s. 220–236).

¹⁶⁰ Przykładowo, uważane za quasi-kartelowe porozumienia typu *hub-and-spoke*, z braku dowodów mogą być zakwalifikowane jako „klasyczne” porozumienia wertykalne.

¹⁶¹ Obwieszczenie Komisji, pkt 8.

leniency dla porozumień niekartelowych. Byłoby jednak przejawem realizmu, racjonalnej oceny, że jeżeli materiały *leniency* w sprawach niekartelowych nie mogą być objęte ochroną taką, jak w sprawach kartelowych, utrzymywanie programu łagodzenia kar w tym zakresie jest bezzasadne, a możliwość jego efektywnego działania w nowych warunkach – iluzoryczna.

W tym jednak kontekście Prezes UOKiK powinien w jeszcze większym stopniu oprzeć swoją aktywność w dziedzinie ochrony konkurencji na innych niż *leniency* metodach identyfikowania i pozyskiwania dowodów. Organ powinien¹⁶² intensyfikować działania z urzędu, wzmacniać funkcje analityczne, rozwijać techniki dochodzeniowe oraz wdrażać *screeningowe* metody wychwytywania symptomów naruszeń konkurencji oparte na analizie dostępnych baz danych.

VII. Podsumowanie

Niniejszy artykuł był okazją do zaprezentowania programów łagodzenia kar w polskim i amerykańskim prawie ochrony konkurencji w kontekście problematyki dostępności do materiałów *leniency* dla osób dochodzących roszczeń odszkodowawczych w sprawach antymonopolowych. Taki kontekst analizy problematyki *leniency* jest szczególnie aktualny, w związku z trwającym procesem implementowania do prawa polskiego rozwiązań przewidzianych w dyrektywie 2014/104/UE, zapewniających na potrzeby postępowań odszkodowawczych dostęp – w określonym zakresie – do informacji i dowodów ujawnianych przez uczestników zakazanych porozumień w ramach współpracy z organem ochrony konkurencji.

Z powyższej analizy wynika, że o ile w Stanach Zjednoczonych szeroka możliwość wykorzystywania materiałów *leniency* w sprawach sądowego dochodzenia roszczeń odszkodowawczych nie osłabia atrakcyjności tego programu¹⁶³, to w polskim kontekście zapewnienie poszkodowanemu takiej dostępności (dotychczas zasadniczo wykluczonej) może nieść za sobą negatywne konsekwencje dla skuteczności programu *leniency*. Autorzy wyrażają obawę, że ukształtowanie relacji między prywatnoprawnym i publicznoprawnym egzekwowaniem naruszeń reguł konkurencji w sposób wynikający z dyrektywy 2014/104/UE zamiast wzmocnić oba te narzędzia, zgodnie z zamierzeniami twórców dyrektywy, może paradoksalnie przynieść skutek odwrotny. Z takiego założenia wynikają formułowane w artykule postulaty zmian legislacyjnych oraz oparcia przez Prezesa UOKiK polityki ochrony konkurencji w jeszcze większym stopniu na instrumentach innych niż program łagodzenia kar.

Bibliografia

- Banasiński, C. i Piontek E. (red.). (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.
- Bernatt, M. (2016). Stosowanie reguł konkurencji UE przez polski, czeski i słowacki organ ochrony konkurencji. W: T. Skoczny (red.), *Prawo konkurencji. 25 lat. Pierwszy Polski Kongres Prawa Konkurencji*, Warszawa: Wolters Kluwer.

¹⁶² Trafnie wskazuje na to przyjęta przez Radę Ministrów 22.09.2015 r. Polityka ochrony konkurencji i konsumentów. Zob. Polityka ochrony konkurencji i konsumentów, Warszawa 2015, s. 30–31. Dokument dostępny pod adresem: https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11907.

¹⁶³ W dużym stopniu do sukcesu programu *leniency* wydaje się przy tym przyczyniać to, że pozwala zarówno przedsiębiorcom, jak i menedżerom, kierownikom i pracownikom przedsiębiorcy – o ile współpracują z Wydziałem Antymonopolowym – uniknąć dotkliwych kar pozbawienia wolności.

- Bernatt, M. i Krajewska, E. (2014). Komentarz do art. 70. W: T. Skoczny, (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. 2. Wydanie* (s. 975–983). Warszawa: C.H. Beck.
- Bolecki, A. (2011). Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 4(5), 25–46.
- Gac, M. (2016). Dostęp do materiału dowodowego. W: A. Piszcz i D. Wolski D. (red.), *Dochodzenie przed sądem polskim roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Hammond, S.D. i Barnett, B.A. (2008). *Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters*. Pozyskano z: <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239583.pdf>.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2014). Komentarz do art. 6. W: T. Skoczny, (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. 2. Wydanie* (s. 255–312). Warszawa: C.H. Beck.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2013a). *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2013b). Private Enforcement of Competition Law in Polish Courts: The Story of an (Almost) Lost Hope for Development. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 6(8), 107–128.
- Kolasiński, M.K. (2012). *Zarys prawa antymonopolowego Unii Europejskiej na tle prawa Stanów Zjednoczonych i Polski*. Toruń: TNOiK.
- Król-Bogomilska, M. (2013). *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*. Warszawa: Scholar.
- Miąsik, D. (2004). *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*. Kraków: Zakamycze.
- Niklewicz, K. (2003). „Świadek koronny” dla biznesu. *Gazeta Wyborcza*, 16 listopada.
- Rumak, E. i Sitarek P. (2009). Polish Leniency Programme and its Intersection with Private Enforcement of Competition Law. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2(2), 99–123.
- Skoczny, T. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. 2. wydanie*. Warszawa: C.H. Beck.
- Turno, B. (2013). *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wijckmans, F. i Tuytschaever, F. (red.). (2015). *Horizontal Agreements and Cartels in EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Wijckmans, F., Visser, M., Jaques, S. i Noël, E. (2016). *The UE Private Damages Directive. Practical Insights*. Cambridge–Antwerp–Portland: Intersentia.