

Elżbieta Krajewska*

***Settlement* w świetle doświadczeń europejskich – w poszukiwaniu najlepszych rozwiązań**

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Kształt instytucji *settlement* w ujęciu porównawczym
 1. Unormowania prawne
 2. Zainicjowanie procedury
 3. Przedmiot rozmów ugodowych
 4. Ustępstwa stron w zakresie prawa materialnego
 5. Ustępstwa proceduralne stron
 6. Kary i ich obniżki w ramach *settlement*
 7. Zakres wymaganej współpracy
- III. Praktyka decyzyjna i orzecznicza w zakresie *settlement*
 1. Unia Europejska
 2. Wielka Brytania
 3. Niemcy
 4. Francja
- IV. Wokół *ratio legis* poszczególnych rozwiązań
 1. Z punktu widzenia organu antymonopolowego
 2. Z punktu widzenia przedsiębiorców i ich doradców prawnych
- V. *Settlement* w polskim systemie prawnym – uwagi do projektu
- VI. Wnioski końcowe

Streszczenie:

Artykuł przedstawia problematykę *settlement* (porozumień ugodowych) w prawie konkurencji na podstawie doświadczeń w ramach prawa unijnego a także prawodawstwa krajowego Wielkiej Brytanii, Francji i Niemiec. Na początku przeprowadzono analizę przebiegu procedury w oparciu o kilka wybranych kryteriów. Następnie przedstawiono praktykę decyzyjną organów antymonopolowych z uwzględnieniem wybranych orzeczeń sądowych. Wszystko po to by w kolejnym rozdziale dokonać analizy tej instytucji z uwzględnieniem jej podstawowego celu jakim jest osiągnięcie efektywności proceduralnych i stworzenie instytucji atrakcyjnej dla przedsiębiorców. Kluczowe wyzwania jakie pojawiają się w tym zakresie to: (i) efektywność proceduralna v. respektowanie uzasadnionych interesów przedsiębiorcy, (ii) pogodzenie atrakcyjności *settlement* dla przedsiębiorcy z zachowaniem odstraszonego charakteru kar antymonopolowych (iii) ukształtowanie procedury z uwzględnieniem postulatów przedsiębiorców tj. pewności, transparentności i przewidywalności. W końcowej części

* Stały współpracownik CARS; prawnik w kancelarii T. Studnicki, K. Pleszka, Z. Ćwiąkalski, J. Górski sp. k. ; doktorant stacjonarny na Uniwersytecie Warszawskim; aplikant adwokacki.

opracowania dokonano wstępnej oceny proponowanego kształtu *settlement* w polskim prawie antymonopolowym a także postawiono kilka wniosków natury ogólnej.

Słowa kluczowe: *settlement*; postępowanie ugodowe; rozmowy ugodowe; obniżka kary.

I. Wprowadzenie

Procedura *settlement* w postępowaniach antymonopolowych odnosi się do postępowania ugodowego¹ pomiędzy organem antymonopolowym a stroną postępowania, co do której zachodzi podejrzenie naruszenia prawa konkurencji. Istotą instytucji jest to, iż strona, która nie kwestionuje ustaleń organu, mających odzwierciedlone w decyzji kończącej postępowanie w zamian za pewne ustępstwa natury głównie proceduralnej uzyskuje obniżkę nałożonej kary, organ zaś może szybciej i sprawniej zakończyć postępowanie. Jeśli jednak później strona złoży odwołanie od decyzji wspomniane korzyści nie będą miały zastosowania.

W kontekście instytucji *settlement* bardzo często pojawia się określenie win-win, które ma podkreślić jej obustronne korzyści. Dla organu jej wdrożenie oznacza przyspieszenie postępowania, związane niekiedy z ograniczeniem jego zakresu, a to dzięki współpracy ze stroną. W rezultacie możliwe jest uwolnienie zasobów czasowych i kadrowych w celu ścigania kolejnych naruszeń. Sprawność procedowania może być zaletą również dla przedsiębiorcy, który szybciej uzyskuje wiążące rozstrzygnięcie i może uwolnić się od długiego i kosztownego postępowania, otrzymując dodatkowo obniżkę kary. Ponadto procedura *settlement* może okazać się atrakcyjna dla tych, którzy z różnych powodów nie mają już szans skorzystać z instytucji *leniency*².

Settlement w różnych formach zostało wprowadzone w wielu krajach świata, począwszy od Stanów Zjednoczonych, Kanady poprzez Brazylię, Izrael czy Australię. Instytucja ta pojawiła się również w krajach europejskich, a od 2008 roku funkcjonuje w ramach prawa unijnego. Przyjęte rozwiązania są niezwykle różnorodne, w dużej mierze w zależności od reżimu egzekwowania prawa konkurencji funkcjonującego w danym kraju (czy jest to reżim karny, cywilny, administracyjny czy mieszany). Niniejszy artykuł koncentruje się na przedstawieniu tej problematyki w oparciu o doświadczenia w ramach prawa unijnego, a także wybranych krajów europejskich tzn. Niemiec, Francji oraz Wielkiej Brytanii³. Z uwagi na spore odrębności w modelach egzekwowania prawa konkurencji analiza ta ma charakter jedynie poglądowy i koncentruje się na przedstawieniu głównych założeń instytucji *settlement* oraz *ratio legis* konkretnych rozwiązań, pomijając kwestie wynikające ze specyfiki poszczególnych systemów prawnych. Celem tej analizy jest identyfikacja kluczowych elementów, przesądzających

¹ Postępowanie ugodowe (względnie rozmowy ugodowe) jako polski odpowiednik *settlement* pojawia się w polskiej wersji językowej Obwieszczenia 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. C 167 z 2.7.2008); dalej jako „Obwieszczenie KE”.

² International Competition Network, Cartel Working Group Subgroup 1 Cartel Settlements; dokument dostępny pod adresem <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf>

³ W celu ujednoczenia terminologii w treści całego artykułu zastosowano jednolite pojęcie *settlement*, które jest również stosowane w ramach prac Międzynarodowej Sieci Konkurencji (International Competition Network). Pojęcie to odnosi się do odpowiednika instytucji stosowanej we Francji pod nazwą „la non-contestation des griefs”, czyli „niekwestionowanie zarzutów”, w Wielkiej Brytanii „settlement” lub „early resolution proceedings”, ewentualnie „fast track procedure”, w Niemczech zaś „einvernehmliche Bußgeldbescheid”, czyli „uzgodnione orzeczenie kary grzywny” względnie „einvernehmlicher Verfahrensbeendigung”, czyli „zakończenie postępowania w drodze wzajemnego porozumienia” lub po prostu „Ein Settlement”. Z kolei zgodnie z Projektem założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 24.09..2012 r. (dalej jako „Projekt założeń”) do polskiego systemu prawnego proponuje się wprowadzenie tej instytucji pod nazwą „dobrowolne poddanie się karze”. Projekt dostępny pod adresem <http://212.160.99.106/lista/1/projekt/43452/katalog/43475 s.13-16>.

o skuteczności funkcjonowania tej instytucji, jak również uwypuklenie najważniejszych wyzwań, którym sprostanie jest konieczne aby można było mówić o jej sukcesie.

II. Kształt procedury *settlement*

1. Unormowania prawne

W UE procedura *settlement* została wprowadzona na podstawie Rozporządzenia KE nr 622/2008 zmieniającego Rozporządzenie 733/2004 w odniesieniu do postępowań ugodowych w sprawach kartelowych⁴. Kluczową rolę w jej stosowaniu odgrywa Obwieszczenie KE, które określa zasady oraz kształt procedury. We Francji podstawa prawna instytucji *settlement* wynika z artykułu L. 464-2 ust. III oraz art. R. 464-4 francuskiego Kodeksu handlowego⁵. Metoda jej stosowania przez Autorité de la concurrence (dalej jako ADLC)⁶ została ogłoszona w specjalnym obwieszczeniu urzędu⁷ (dalej jako „Communiqué”). Z kolei w Niemczech brak jest oficjalnych wytycznych w tym zakresie, zaś cała procedura wynika z długoletniej tradycji rozstrzygania spraw w ten sposób⁸. Pewną wskazówką mogą być raporty Bundeskartellamt (dalej jako BKA)⁹, które zawierają informacje na temat podstawowych elementów tej instytucji. W Wielkiej Brytanii również nie ma publicznie dostępnych dokumentów określających sposób procedowania Office of Fair Trading (dalej jako OFT)¹⁰ w zakresie *settlement*.

2. Zainicjowanie procedury

Podstawowe pytanie jakie pojawia się w kontekście *settlement* dotyczy tego, dla jakich naruszeń jest ona dedykowana. W UE już sama nazwa obwieszczenia przesądza, iż instytucja ta przeznaczona jest wyłącznie do spraw kartelowych. W systemie brytyjskim, opartym na precedensie, trudno jednoznacznie przesądzić tę kwestię, jednak dotychczasowa praktyka pokazuje, iż organ stosuje ją jedynie do porozumień horyzontalnych. Z kolei we Francji¹¹ i w Niemczech nie ma w tym względzie żadnych ograniczeń. *Settlement* możliwe jest zarówno w odniesieniu do karteli, jak i ograniczeń wertykalnych czy nadużywania pozycji dominującej.

Kolejna kwestia dotyczy tego, na jakim etapie i przez kogo procedura *settlement* może być zainicjowana. We wszystkich analizowanych systemach prawnych dopuszcza się wnioski strony w tym zakresie, jednakże w żadnym z nich organ antymonopolowy nie jest nim związany. Tak jest m.in. w prawie unijnym gdzie po zebraniu materiału dowodowego do KE należy ocena czy sprawa jest odpowiednia do podjęcia rozmów ugodowych. Wówczas kieruje do stron specjalne pismo w tym zakresie, zakreślając im odpowiedni termin (nie krótszy niż dwa tygodnie) na wstępne ustosunkowanie się do tej propozycji¹². Praktyka działań brytyjskiego OFT wskazuje, że rozmowy ugodowe inicjowane są zazwyczaj dopiero wtedy, gdy organ zbierze wystarczający materiał dowodowy aby

⁴ Rozporządzenie KE (WE) nr 622/2008 z 30.06.2008 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 773/2004 w odniesieniu do prowadzenia postępowań ugodowych w sprawach kartelowych (Dz. Urz. UE 2008 L 171/ s.3-5).

⁵ Code de commerce, Version consolidée au 1 juin 2012 ; dokument dostępny pod adresem http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=348FB2E3BDDBCBE8C5D728C99CBEA0DD.tpdjo16v_1?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20120613

⁶ Autorité de la concurrence (ADLC) – francuski urząd ochrony konkurencji.

⁷ Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs; dokument dostępny pod adresem http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqué_ncg_10fevrier2012.pdf ; dalej jako „Communiqué”.

⁸ Tradycja ta sięga do czasów gdy powstawało ustawodawstwo antymonopolowe tj. do 1958 r.

⁹ Bundeskartellamt (BKA) – niemiecki urząd ochrony konkurencji.

¹⁰ Office of Fair Trading (OFT) – brytyjski urząd ochrony konkurencji.

¹¹ Punkt 4 i 12 Communiqué.

¹² Punkt 11 Obwieszczenia KE; dalszy przebieg procedury omówiony jest w punktach od 15 do 19 Obwieszczenia KE.

być w stanie przedstawić zarzuty (*statement of objection*). Podobna procedura stosowana jest we Francji, gdzie dyskusje w zakresie *settlement* prowadzone są nie wcześniej niż po zebraniu całego materiału dowodowego. Na złożenie stosownego wniosku strona zainteresowana ma okres maksymalnie dwóch miesięcy, który jej przysługuje na ustosunkowanie się do otrzymanego postanowienia o przedstawieniu zarzutów (*notification des griefs*)¹³. Prowadzący sprawę sprawozdawca (*rapporteur général*) podejmuje decyzję czy go zaakceptować, biorąc pod uwagę czy przyczyni się to przyspieszenia i uproszczenia postępowania¹⁴. Niemniej jednak ostateczną i wiążącą decyzję w zakresie *settlement* podejmuje dopiero kolegium orzecznicze (*le collège d'Autorité*)¹⁵.

Na korzyść takiego sposobu procedowania przemawia fakt, iż zebranie pełnego materiału dowodowego czyni pozycję organu antymonopolowego silniejszą¹⁶, zaś przedsiębiorcy pozwalają wstępnie ocenić zasadność późniejszego kwestionowania decyzji przed sądem. A zatem w świetle całości postępowania osiągnięta jest pożądana efektywność czasowa, pomimo dłuższego czasu przeznaczonego na gromadzenie pełnego materiału dowodowego¹⁷. Ponadto przedwczesne rozpoczęcie rozmów ugodowych mogłoby skutkować tym, iż organ w niedostateczny sposób wyjaśni stan faktyczny, zaś na późniejszym etapie stwierdzone naruszenie okaże się być dużo poważniejsze i w konsekwencji nałożone kary mogą być nieadekwatnie niskie¹⁸. Natomiast ponowne wznowienie postępowania może okazać się niemożliwe z uwagi na zasadę *ne bis in idem*¹⁹. Wreszcie, przedsiębiorca dopiero po zapoznaniu się z dowodami, w oparciu o które stawiane są mu zarzuty może podjąć świadomą decyzję odnośnie swojego udziału w *settlement*²⁰.

Odmierna praktyka obserwowana jest w Niemczech, gdzie wcześniejsze zainicjowanie rozmów zazwyczaj zwiększa prawdopodobieństwo sukcesu w ramach postępowania ugodowego. Wynika to z faktu, iż BKA jest zainteresowany maksymalnym ograniczeniem zakresu postępowania. A zatem jeśli przedsiębiorca od początku wykazuje chęć zakończenia sprawy w drodze *settlement* efektywności proceduralne są największe²¹.

3. Przedmiot rozmów ugodowych

Istotne znaczenie dla decyzji przedsiębiorcy o skorzystaniu z procedury *settlement* ma przedmiot możliwej dyskusji z organem antymonopolowym w jej toku. W UE strona składając tzw. propozycję

¹³ Punkt 23 i 24 Communiqué.

¹⁴ Punkt 28 i 30 Communiqué.

¹⁵ W tym miejscu trzeba zaznaczyć, iż we Francji procedura wdrażania prawa konkurencji w ramach organu antymonopolowego jest dwuetapowa. Dochodzenie w postaci gromadzenia dowodów i przedstawienia zarzutów przeprowadza osoba pełniąca funkcję sprawozdawcy/oskarżyciela (*rapporteur général*); natomiast rozstrzygnięcie należy do kolegium orzeczniczego (*le collège d'Autorité*). Jeżeli nie zaakceptuje ono złożonej propozycji sprawa ponownie wraca do sprawozdawcy.

¹⁶ Organ tym samym daje sygnał (niebędący jednak formą przymusu), iż niezależnie od powodzenia rozmów ugodowych jest w stanie zakończyć postępowanie i w razie konieczności obronić swoje stanowisko przed sądem. Tego rodzaju przekonanie po stronie uczestników *settlement* jest niezwykle istotne. Jeżeli bowiem nabiorą oni podejrzeń, iż organ typuje do procedury *settlement* sprawy, w których stwierdzony stan faktyczny lub materiał dowodowy rodzi wątpliwości (w doktrynie określane jako „weak cases”) wówczas nie zważają się kwestionować decyzji przed sądem. zob. szerzej W.P.Wils, *The Use of Settlements In Public Antitrust Enforcement Objectives and Principles* [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (red.) *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, Oxford and Portland Oregon 2010, s. 27-45.

¹⁷ F. Zivy, *Settlements in cartel cases. Panel IV discussion*, [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (red.) *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law* op. cit., s. 425-452.

¹⁸ W.P. Wils *The Use of Settlements In Public Antitrust Enforcement...*, op. cit.

¹⁹ A. Stephan, *The direct settlement of EC cartel cases*, *International and Comparative Law Quarterly*, 58(2009), s. 627-654 doi:10.1017/S0020589309001237.

²⁰ Jak podkreśla się w doktrynie, udział strony w rozmowach ugodowych należy również analizować z perspektywy przestrzegania *privilege against-self incrimination* (PASI). Dokonanie przez stronę *de facto* samooskarżenia nie rodzi wątpliwości tylko pod warunkiem, że jest **w pełni dobrowolne**. Wymóg dobrowolności oznacza **posiadanie odpowiedniej (adekwatnej) wiedzy** na temat okoliczności faktycznych i prawnych a także **brak przymusu**. [podkr.E. Krajewska]. Szerzej na ten temat zob. W.P. Wils, *The Use of Settlements In Public Antitrust Enforcement...*, op. cit. i przywołane tam orzecznictwo.

²¹ Istotne jest jednak, iż w systemie niemieckim funkcjonuje etap pośredni pomiędzy postępowaniem przed BKA a postępowaniem odwoławczym przed sądem. Jeśli zatem strona zakwestionuje wydaną decyzję BKA ma prawo do swoistej samokontroli, w ramach której może przeprowadzić postępowanie uzupełniające i zwiększyć zakres kary. Dopiero później sprawa trafia do sądu. J. Burrichter, *Settlements in Cartel Cases: Practical Experience in Germany*; [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (red.) *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, op. cit., s. 471-479.

ugodową (*settlement offer*) musi wskazać maksymalną wielkość kary, którą zaakceptowałaby w ramach postępowania ugodowego²². Kwota ta jest omawiana w ramach rozmów ugodowych, gdzie strona jest informowana o okolicznościach faktycznych, ich kwalifikacji prawnej oraz skali oddziaływania naruszenia wraz z długością jego trwania. Strona jest również zapoznawana z dowodami, na których bazuje treść rozstrzygnięcia. Konieczne jest dojście do porozumienia w zakresie ewentualnych zarzutów a także oszacowanie zakresu przypuszczalnych kar²³. Wydaje się zatem, że istnieje pewne pole do negocjacji w zakresie nałożonej kary, niemniej jednak KE (w przeciwieństwie do strony) nie jest związana propozycją ugodową²⁴.

Procedura brytyjska nastawiona jest głównie na obniżenie ciężarów administracyjnych związanych z prowadzeniem całościowego postępowania. Praktyka pokazuje, iż organ rzadko wchodzi w dyskusje dotyczące kwestii materialno-prawnych, takich jak powaga naruszenia czy definicja rynku właściwego. Zamiast tego wyznacza ścisły termin na zakończenie postępowania ugodowego aby nie dopuścić do nieproporcjonalnego jego przedłużenia, również na wypadek nie dojścia do porozumienia. Niemniej jednak możliwe są dyskusje odnośnie do wielkości kary, co jest szczególnie istotne wtedy gdy nie wszystkie strony są jednakowo zaangażowane w zarzucaną praktykę²⁵.

W Niemczech odwrotnie, rozmowy ugodowe prowadzone są w szerokim zakresie i mogą dotyczyć również oceny prawnej stwierdzonego naruszenia²⁶. Możliwe jest również prowadzenie dyskusji na temat stwierdzonej długości trwania naruszenia, a także tego czy zostało popełnione umyślnie czy nieumyślnie (co wpływa na wymiar kary)²⁷. Nie ma jednak możliwości kwestionowania odpowiedzialności przypisanej stronie i w tym zakresie praktyka jest utrwalona i potwierdzona orzecznictwem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Warto podkreślić, iż prawo niemieckie przewiduje również kary dla osób zarządzających, którym przypisano odpowiedzialność za naruszenie prawa antymonopolowego, zaś BKA prowadzi jedno postępowanie w stosunku do przedsiębiorcy i osób fizycznych. W ramach *settlement* można jednak dyskutować również w tym zakresie, co jak pokazuje praktyka może doprowadzić do odstąpienia przez BKA od nakładania kar na osoby fizyczne lub zmniejszenia liczby ukaranych osób²⁸.

Podkreśla się, iż modelowi francuskiemu obce jest pojęcie negocjacji i ustępstw w toku procedury *settlement*, co odnosi się zarówno do organu jak i strony²⁹. Model francuski posiada również swoją specyfikę z uwagi na to, iż w ramach instytucji *settlement* strona oprócz obniżki za niekwestionowanie zarzutów może uzyskać dodatkowe redukcje za zobowiązania, których celem jest usunięcie negatywnych skutków rynkowych stwierdzonej praktyki (szerzej na ten temat w części poświęconej karom). A zatem przedmiotem rozmów ugodowych ze sprawozdawcą (*rapporteur général*) są głównie

²² Punkt 20 Obwieszczenia KE.

²³ Punkt 16-17 Obwieszczenia KE.

²⁴ Punkt 20-21 Obwieszczenia KE.

²⁵ A. Nikpay, D. Waters, *The Emerging Settlements Regime in the UK: The Use of "Settlements" in Competition Act Cases* [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (red.) *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, op. cit., s. 499-509.

²⁶ Przykładem może być sprawa, w której zmieniono zakres naruszenia, określając praktykę jako ograniczenie wertykalne zamiast nadużycia pozycji dominującej, pomimo iż organ we wcześniejszym postępowaniu stwierdził, iż kluczowi gracze na rynku cieszyli się kolektywną pozycją dominującą J. Burrichter, *Settlements in Cartel Cases...*, op. cit.

²⁷ Ibidem.

²⁸ J. Burrichter, D.J. Zimmer, *Reflections on the Implementation of a Plea Bargaining/Direct Settlement-System In EC Competition Law* [w:] C.-D. Ehlermann, I. Atansiu (red.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford and Portland Oregon 2009.

²⁹ Z jednej strony nie ma zatem możliwości prowadzenia dyskusji odnośnie do oceny prawnej stwierdzonego naruszenia, ale z drugiej nie dochodzi też do uszczuplenia praw strony wynikających z prawa do obrony i należytego procesu (*due proces*). Zob. F. Zivy, *Settlements in cartel cases...*, op.cit.

rodzaje zobowiązań dodatkowych proponowanych przez stronę, które mogą spowodować dalsze redukcje kary³⁰.

4. Ustępstwa stron w zakresie prawa materialnego

We wszystkich analizowanych jurysdykcjach zawarcie ugody wymaga przynajmniej opisanie i kwalifikacji prawnej naruszenia, które jest przedmiotem postępowania. Poszczególne systemy prawne różnią się jednak w zakresie tego czy elementem ugody musi być przyznanie się strony do odpowiedzialności (przyznanie winy) czy też jedynie przyznanie faktów leżących u podstaw zarzucanych praktyk.

W prawie unijnym zakres ten określony jest szeroko. Zgodnie z brzmieniem Obwieszczenia KE wymagane jest: „jednoznaczne i jasne przyznanie się stron do odpowiedzialności za naruszenie ze zwięzłym opisem jego przedmiotu, ewentualnej realizacji, głównych okoliczności faktycznych naruszenia, ich kwalifikacji prawnej, w tym roli jaką odegrały dane strony oraz długości ich udziału w naruszeniu, zgodnie z wynikami rozmów ugodowych”³¹. Przyznanie się do winy jest również koniecznym elementem procedury w Wielkiej Brytanii, a zatem nie wystarczy tutaj przyznanie faktów. Podobnie w Niemczech, strona musi zaakceptować poczynione w toku rozmów ustalenia organu, opisując dodatkowo ich okoliczności, jak również podając bliższe informacje umożliwiające kalkulację kary³². Przyznanie się dotyczy zarówno przedsiębiorcy jak i osób zarządzających, które niekiedy są przesłuchiwane przez organ antymonopolowy i są zobowiązane podpisać protokół przesłuchania³³.

Z kolei w prawodawstwie francuskim strona jest zobowiązana do jednoznacznego zrzeczenia się prawa do kwestionowania całości sformułowanych wobec niej zarzutów, a zatem stanu faktycznego, kwalifikacji prawnej, jak również ich przypisania do konkretnego podmiotu³⁴. Co bardzo istotne, oświadczenie to nie oznacza ani przyjęcia na siebie, ani przyznania się do odpowiedzialności, co zostało podkreślone w raporcie rocznym ADLC za rok 2005³⁵. Stanowisko to zostało potwierdzone wyrokiem sądu w sprawie *Le Goff Confort SA*³⁶.

5. Ustępstwa proceduralne stron

Kluczowym elementem *settlement* jest również zrzeczenie się przez przedsiębiorcę pewnych uprawnień proceduralnych, przysługujących mu w normalnym trybie. Podstawowym założeniem tej instytucji jest bowiem osiągnięcie efektywności w zakresie ekonomiki postępowania. Zakres uprawnień proceduralnych, z których rezygnują uczestnicy *settlement* jest różny w zależności od systemu prawnego. W prawie unijnym strony zobowiązane są do złożenia propozycji ugodowej, która zawierać będzie m.in.:

³⁰ Warto jednak podkreślić, iż strona przez cały ten okres nie zna wielkości wyjściowego poziomu kary, jaka będzie nałożona.

³¹ Punkt 20 a) Obwieszczenia KE.

³² *Settling cartel cases: recent developments in Europe, SJ Berwin LLP*; dokument dostępny pod adresem <http://www.sjberwin.com/publicationdetails.aspx?mid=1&rid=1&lid=3&cid=2299>

³³ J. Burrichter, *Settlements in Cartel Cases...*, op. cit.

³⁴ Punkt 15-16 Communiqué.

³⁵ «[I]a non-contestation des griefs, faisant partie intégrante de la procédure, n'est ni un aveu, ni une reconnaissance de culpabilité» [podkr. E. Krajewska]. Rapport annuel pour l'année 2005, s.138, dokument dostępny pod adresem http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/etude_thematique05.pdf

³⁶ Cour d'appel de Paris, 1ère chambre- Section H, Arrêt du 29 janvier 2008, *Le Goff Confort SA*, n°2006/07820; dokument dostępny pod adresem http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ca06d03_chauffagistes.pdf

- potwierdzenie, że zostały dostatecznie poinformowane o zarzutach, jakie zamierza przeciwko nim podnieść KE, oraz że zapewniono im dostateczną możliwość przekazania swojego stanowiska;
- potwierdzenie, że nie zamierzają występować z wnioskiem o pełen dostęp do akt (*access to file*) lub ponowne wysłuchanie w ramach publicznego wysłuchania (*oral hearing*)³⁷.

W Wielkiej Brytanii z uwagi na dużą elastyczność tego typu postępowań i brak oficjalnych wytycznych ciężko jest określić jednoznaczny katalog w tym zakresie. Zaobserwować można jednak, iż tym co odróżnia tę procedurę od normalnego trybu jest ograniczony dostęp do akt, niewielkie możliwości w zakresie pisemnych oświadczeń odnoszących się do *statement of objection* oraz brak publicznego wysłuchania³⁸. W ramach procedury niemieckiej wymiana poglądów odbywa się jedynie ustnie, zaś żadne dokumenty na piśmie nie są sporządzane³⁹. Bez wątplenia świadczy to o dużej dozie zaufania pomiędzy organem a stronami. Jednakże przed wydaniem końcowej decyzji strona ma prawo być wysłuchana i jest zapoznawana z jej projektem (który ma prawo również skomentować), co następuje zazwyczaj w końcowym etapie rozmów ugodowych. Pełen dostęp do akt nie przysługuje, jednak w trakcie rozmów strona ma możliwość wglądu w kluczowe dowody w sprawie⁴⁰. Z kolei we Francji, tak jak już wspomniano, skorzystanie z instytucji *settlement* nie wymaga od strony istotnych ustępstw proceduralnych.

6. Kary i ich obniżki w ramach *settlement*

Wymienione wyżej ustępstwa proceduralne strony zawierającej ugodę mają zostać wynagrodzone uzyskaniem obniżki kary za stwierdzone naruszenia. W prawie unijnym wynosi ona 10%⁴¹ podobnie jak w ustawodawstwie antymonopolowym w Niemczech. W Wielkiej Brytanii nie ma jednoznacznej polityki w zakresie wysokości obniżek. Praktyka OFT pokazuje jednak, że sięgają one nawet 35%. We Francji model przyznawania obniżek jest kilkuelementowy. Jeżeli kolegium orzecznicze zaakceptuje propozycję ugodową, obniżkę w wysokości 10% za przystąpienie do *settlement* strona otrzymuje automatycznie. Ponadto jeśli zainicjuje lub poprawi program *compliance* (*le programme de conformité*) wewnątrz przedsiębiorstwa może uzyskać redukcję o maksymalnie 10%, natomiast w zamian za podjęcie dalszych strukturalnych lub behawioralnych zobowiązań kolejne 5%. W konsekwencji suma możliwej redukcji wynosi 25%⁴².

Równie istotnym elementem jak wysokość możliwej obniżki jest zapewnienie informacji na temat wysokości przewidywanej kary jeszcze w trakcie rozmów ugodowych. Z pewnością pożądanym byłoby zapewnienie informacji pewnej i ostatecznej. Nie przewiduje tego model francuski, gdzie wysokość kary jest ustalana przez kolegium orzecznicze. Jeśli jednak akceptuje ono propozycję ugodową złożoną przez sprawozdawcę wiążące są dla niego ustalone w niej wielkości obniżek⁴³. Z kolei w systemie brytyjskim ostateczna wielkość kary a nawet obniżki nie są pewne aż do momentu wydania

³⁷ Punkt 20 Obwieszczenia KE.

³⁸ A. Nikpay, D. Waters, *The Emerging Settlements Regime in the UK...*, op. cit.

³⁹ J. Burcher, *Settlements in Cartel Cases...*, op. cit.

⁴⁰ Poprzez „kluczowe dowody” rozumie się te, które są podstawą zarzutów stawianych danej stronie. Ibidem.

⁴¹ Punkt 32 Obwieszczenia.

⁴² Warto zaznaczyć, iż w przeszłości poziom poszczególnych obniżek nie był ściśle określony i wynikał głównie z praktyki decyzyjnej ADLC. Obecnie otrzymał on swoje formalnoprawne odzwierciedlenie w Communiqué.

⁴³ W momencie gdy dochodzi do modyfikacji w tym zakresie sprawa ponownie wraca do sprawozdawcy, zaś strona ma możliwość ponownego przystąpienia do rozmów.

decyzji⁴⁴. W prawie unijnym w ramach propozycji ugodowej (*settlement offer*) musi być wskazana maksymalna wysokość kary, którą strona jest gotowa zaakceptować. Jeśli następnie KE podniesie tę wartość wówczas oznacza to, że rozmowy ugodowe zakończyły się niepowodzeniem i następuje powrót do normalnego postępowania. W Niemczech zagwarantowana jest pewność w zakresie zarówno wysokości kary jak i obniżki, gdyż strona otrzymuje projekt decyzji przed jej wydaniem.

7. Zakres wymaganej współpracy

Kolejnym aspektem jest to czy w ramach *settlement* wymagana jest współpraca ze strony przedsiębiorcy. W Niemczech organ nie wymaga dostarczenia dowodów, niemniej jednak przyznanie się do winy przez jednego członka niedozwolonego porozumienia może być wykorzystane jako dowód przeciwko innemu. Wówczas jest on zobowiązany do składania zeznań przed sądem, które odzwierciedlają ustalenia wcześniej będące przedmiotem *settlement*⁴⁵. W pozostałych systemach krajowych a także prawie unijnym współpraca aktywna nie jest konieczna i obejmuje jedynie kooperację w zakresie zgody na uproszczoną procedurę administracyjną, co jednak nie oznacza konieczności przedstawiania dodatkowych dowodów⁴⁶.

We wszystkich analizowanych jurysdykcjach⁴⁷ możliwe jest jednak łączenie procedury *leniency* oraz *settlement*. To pozwala na kumulację redukcji w ramach obydwu instytucji dla strony, która najpierw decyduje się współpracować z organem w ramach *leniency* a następnie zgodzi się na jego ustalenia w ramach *settlement*. Jak pokazuje praktyka (szerzej na ten temat w następnym rozdziale) znaczna część postępowań zostaje zainicjowana właśnie poprzez wniosek *leniency*, który w konsekwencji sprawia, że spora część uczestników decyduje się na współpracę również w ramach *settlement*.

III. Praktyka decyzyjna i orzecznicza w zakresie *settlement*

1. Unia Europejska

Pierwsza decyzja w ramach unijnej procedury ugodowej została wydana w maju 2010 r. i dotyczyła 10 producentów chipów pamięci lub pamięci DRAM stosowanych w komputerach i serwerach (*DRAMs case*). Postępowanie zostało wszczęte jeszcze w 2002 roku na skutek wniosku *leniency* złożonego przez jednego z uczestników. Rozmowy ugodowe rozpoczęły się na początku 2009 roku. Wszystkie strony wyraziły zgodę na porozumienie, wskutek czego KE wydała uproszczoną decyzję nakładając kary w łącznej wysokości 331 mln euro. Spośród dziesięciu uczestników postępowania sześciu otrzymało dodatkowe redukcje z tytułu *leniency* (w wymiarze od 18% do 100%). Co istotne, cztery pozostałe strony otrzymały kary w dolnych granicach dopuszczalnego zagrożenia, co może sugerować, iż dla nich skorzystanie z samego *settlement* również okazało się korzystne⁴⁸.

W lipcu tego samego roku KE zakończyła pierwsze tzw. hybrydowe postępowanie dotyczące producentów pasz dla zwierząt⁴⁹. KE ustaliła zмовę pomiędzy sześcioma producentami, spośród których

⁴⁴ L.M. Alegi, G. Murray, *Setting an appropriate policy: Reflections on OFT Work in Progress* [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (red.) *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, op. cit., s. 511-521.

⁴⁵ J. Burcher, *Settlements in Cartel Cases...*, op. cit.

⁴⁶ A. Nikpay, D. Waters, *The Emerging Settlements Regime in the UK...*, op. cit.

⁴⁷ Do niedawna z wyjątkiem Francji, która zmieniła swoją politykę w tym zakresie pod koniec ubiegłego roku. Decyzją z 8.12.2011 (11-D-17) ADLC dopuścił kumulację obniżek w ramach obydwu instytucji; dokument dostępny pod adresem <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/11d17.pdf>.

⁴⁸ Decyzja KE z 19.05.2010 r. w sprawie COMP/38511 – *DRAMs*.

⁴⁹ Decyzja KE z 20.07.2010 r. w sprawie COMP/38866 – *Animal Feed Phosphates*.

jeden otrzymał całkowite zwolnienie od kary w ramach procedury *leniency*. Jeden z uczestników, tj. spółka Timab Industries SA, nie przystąpił do *settlement*, w związku z czym KE wydała uproszczoną decyzję w stosunku do czterech z nich oraz tradycyjną w stosunku do tego jednego, nakładając łączną karę w wysokości 175,647 mln euro. Timab Industries SA odwołał się od decyzji do sądu. W tej sprawie, podobnie jak w poprzedniej, trzy spośród pięciu stron korzystających z *settlement* otrzymały również redukcję w ramach *leniency* (w wysokości odpowiednio 100%, 50% oraz 25%), pozostałe natomiast otrzymały kary w dolnych granicach dopuszczalnego zagrożenia.

Trzecia decyzja w ramach procedury *settlement* została wydana w kwietniu 2011 r. i dotyczyła kartelu producentów proszku do prania oraz innych detergentów⁵⁰. Istnienie kartelu zostało wykryte przez KE dzięki wnioskowi *leniency* pochodzącemu od spółki Henkel (złożonemu w 2008 roku), która w rezultacie uzyskała 100% zwolnienie od kary. Rozmowy ugodowe rozpoczęły się w drugiej połowie 2010 r. i w ich wyniku wydana została niezwykle uproszczona decyzja (licząca jedyne 25 stron). Kara nałożona na strony w wysokości 315,2 mln euro odzwierciedlała 10% redukcję jak również 50% obniżkę dla Procter & Gamble oraz 25% dla Unilever z tytułu procedury *leniency*.

Czwarta najnowsza decyzja w zakresie *settlements* pochodzi z października 2011 r. i odnosi się do kartelu producentów szkła kineskopowego⁵¹. Wszystkie cztery strony zgodziły się na procedurę ugodową w zamian za obniżkę kary. Dwie spośród nich skorzystały dodatkowo z redukcji w ramach *leniency* (dodatkowa obniżka dla nich wynosiła odpowiednio 100% i 50%).

2. Wielka Brytania

W Wielkiej Brytanii procedura *settlement* po raz pierwszy została zastosowana w sprawie *Independent Schools*⁵². Po opublikowaniu *statement of objections*, w którym stwierdzono, iż 50 płatnych szkół w Wielkiej Brytanii w sposób bezprawny wymieniało informacje dotyczące przewidywanych opłat oraz ich podwyżek, OFT wraz z podmiotem reprezentującym Independent Schools zawarli porozumienie, w którym wszystkie spośród szkół przyznały się do udziału w niedozwolonej praktyce, stanowiącej naruszenie brytyjskiej ustawy antymonopolowej. Ponadto wyraziły zgodę na zapłatę kary w wysokości 10,000 £ od szkoły a także dodatkowych płatności kompensacyjnych w łącznej wysokości 3 mln £ na specjalny charytatywny fundusz edukacyjny przeznaczony na rzecz uczniów, którzy uczęszczali do szkół we wspomnianym okresie. Warto podkreślić, iż porozumienie obostrzone było warunkiem, iż wszystkie strony zaakceptują je na identycznych zasadach.

W sierpniu 2007 r. OFT w drodze *settlement* zakończył postępowanie przeciwko British Airways oraz Virgin Atlantic dotyczące zмовy na dopłaty paliwowe w odniesieniu do długodystansowych lotów pasażerskich (*Passenger Fuel Surcharges case*). W oświadczeniu prasowym OFT stwierdził, że kara dla British Airways wynosząca 121.5 mln £ została obniżona na skutek pełnej współpracy ze strony spółki, która umożliwiła rozstrzygnięcie sprawy w szybki i efektywny sposób⁵³. W istocie spółka skorzystała dodatkowo na skutek kumulacji obniżek w ramach procedury *leniency* i *settlement*. Z kolei Virgin Atlantic w ramach *leniency* otrzymał pełne zwolnienie od kary. Jednocześnie OFT wszczął postępowanie karne przeciwko czterem osobom zarządzającym z British Airways i zawiesił postępowanie

⁵⁰ Decyzja KE z 13.04.2011 r. w sprawie COMP/39579 – *Consumer Detergents*.

⁵¹ Decyzja KE z 19.10.2011 r. w sprawie COMP/39605 – *CRT Glass*.

⁵² OFT Decision No CA98/05/2006 Exchange of information on future fees by certain independent fee-paying schools of 20 November 2006; streszczenie decyzji oraz link do dokumentu dostępne pod adresem <http://www.of.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98/decisions/schools>

⁵³ „British Airways to pay record £121.5m penalty in price fixing investigation”. Komunikat prasowy OFT z 1.08.2007 r. dostępny pod adresem <http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2007/113-07>

administracyjne do czasu jego rozstrzygnięcia. Przebieg tego postępowania, zakończonego ostatecznie uniewinnieniem przez sąd wszystkich czterech osób⁵⁴ sprawił, iż spółka zdecydowała o rewizji swojego stanowiska w zakresie *settlement*. W listopadzie 2011 r. OFT ponownie wydał *statement of objection*, zaś całe postępowanie zostało zakończone decyzją z dnia 19.04.2012 r. Ostateczna kara dla British Airways wyniosła 58.5 mln £.⁵⁵

W grudniu 2007 r. OFT ogłosił zastosowanie *settlement* w postępowaniu przeciwko supermarketom i producentom wyrobów mlecznych (*Dairy case*)⁵⁶ dotyczącym zarzucanej zmowy odnośnie do cen detalicznych mleka, sera i innych produktów mlecznych. Ogłoszono wówczas iż łączna suma kar wynosi 116 mln £⁵⁷. Jednakże dwa i pół roku później OFT umorzył częściowo postępowanie w odniesieniu do niektórych jego części, które były wcześniej przedmiotem uzgodnień w ramach *settlement*⁵⁸. OFT stwierdził bowiem, iż w świetle nowego materiału dowodowego nie ma wystarczających podstaw do stwierdzenia naruszenia w postaci zmowy przy ustalaniu cen mleka spożywczego w 2002 i masła w 2003 r. W rezultacie zmniejszył kary dla niektórych uczestników. Ponadto, z uwagi na fakt, że dla spółki Morrisons jedyny zarzut dotyczył właśnie mleka spożywczego w 2002 r. postępowanie w stosunku do niej zostało umorzone.

Ostateczna decyzja została wydana 10.08.2011 r. Łączna suma kar wyniosła 49.51 mln £. Każda z ukaranych spółek uzyskała 35% redukcję kary z tytułu *settlement*, dwie spośród nich uzyskały dodatkowo obniżki z tytułu *leniency* (jedna w wysokości 100%, zaś druga 10%). Spółka Tesco, jedyny uczestnik postępowania, który nie wyraził zgody na *settlement*, odwołała się od decyzji. Wyrok co do meritum tej sprawy jeszcze nie zapadł, jednak 20.03.2012 roku CAT⁵⁹ orzekł w kwestii wпадkowej, jednak z punktu widzenia całej instytucji niezwykle istotnej⁶⁰. CAT uznał mianowicie, iż postępowanie przed OFT może mieć charakter nie inkwizycyjny lecz kontradiktoryjny, a zatem konieczne jest pełne respektowanie zasady *litigation legal privilege*⁶¹. Ponadto stwierdził, że w kontekście groźących spółce wysokich kar finansowych postępowanie przed OFT należałoby oceniać przez pryzmat prawa do rzetelnego procesu wyrażanego w art. 6 EKPC.

W kwietniu 2010 r. OFT wydał decyzję stwierdzającą niedozwoloną praktykę w postaci ustalania cen detalicznych przeciwko dwóm producentom tytoniu oraz 10 detalistom (*Tobacco case*)⁶². Wcześniej, bo w lipcu 2008 r. wydał oświadczenie, iż zawarł porozumienie z 6 stronami⁶³. Przedmiotem ugody było przyznanie się do wszystkich zarzucanych naruszeń w zamian za obniżenie kary. Wszystkie spośród pięciu spółek, które nie zawarły porozumienia z organem (tj. Imperial Tobacco, Morrisons, Safeway, Co-op and Shell) odwołały się do sądu, kwestionując zarówno ustalenia faktyczne organu

⁵⁴ Po rozpoczęciu procesu karnego odkryto znaczne ilości nowego, istotnego materiału dowodowego, co sprawiło, iż zarzuty karne postawione przez OFT osobom zarządzającym z British Airways nie zostały podtrzymane przez sąd. W maju 2010 r. wszyscy z nich zostali uniewinnieni.

⁵⁵ Bliższe informacje dostępne pod adresem <http://www.of.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98/closure/fuel-surcharges>.

⁵⁶ Podsumowanie przebiegu postępowania dostępne pod adresem <http://www.of.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98-current/dairy-products/>.

⁵⁷ OFT welcomes early resolution agreements and agrees over £116m penalties, dokument dostępny pod adresem <http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2007/170-07>

⁵⁸ OFT update on Dairy investigation dokument dostępny pod adresem <http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2010/45-10>.

⁵⁹ Competition Appeal Tribunal – brytyjski sąd odwoławczy od decyzji OFT.

⁶⁰ Wyrok dostępny pod adresem CAT <http://www.catribunal.org.uk/167-7531/Judgment-Disclosure.html>.

⁶¹ Zasada *litigation legal privilege* w odróżnieniu od *legal professional privilege* odnosi się do ochrony nie tyle poufnych informacji (oraz dokumentów) pomiędzy prawnikiem a jego klientem, ile pomiędzy prawnikiem (jak również jego klientem) a osobami trzecimi w odniesieniu do konkretnego postępowania. Istotą tej instytucji jest potrzeba stworzenia obszaru chronionego dla prawnika w celu odpowiedniego przygotowania i prowadzenia sprawy z uwzględnieniem jej kontradiktoryjnego charakteru.

⁶² Informacje o sprawie dostępne pod adresem <http://www.of.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98/decisions/tobacco>

⁶³ „OFT reaches early resolution agreements in tobacco case”. Komunikat prasowy OFT z 11.07.2008 r.; dokument dostępny pod adresem <http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2008/82-08>

jak i wysokość kary. Ponadto podniosły ograniczone efektywności proceduralne jakie mogą być osiągnięte w porozumieniach hybrydowych. Co istotne, odwołanie od decyzji złożyła również jedna ze stron porozumienia (spółka Asda)⁶⁴. W dniu 12.12.2011 r. CAT wydał wyrok, w którym uznał odwołanie za zasadne, oraz uchylił decyzję OFT na tej podstawie, iż przedstawiona w niej teoria szkody (*theory of harm*) nie została dostatecznie poparta dowodami⁶⁵. Wydany wyrok⁶⁶ odnosi skutek jedynie w stosunku do stron postępowania a zatem pojawia się tutaj pytanie o jego możliwy wpływ na decyzję OFT odnośnie do tych przedsiębiorców, którzy zgodzili się na *settlement* i nie przysługują im już środki zaskarżenia.

3. Niemcy

W Niemczech tak jak już wyżej wspomniano brak jest oficjalnej procedury/wytycznych w zakresie *settlement*, zaś za zakończone ugodą BKA uważa wszystkie decyzje, w których strona nie wniosła odwołania. Bardzo często w treści decyzji nie ma nawet odniesienia do procedury ugodowej⁶⁷. Przykładem takiej sprawy było postępowanie przeciwko niemieckim nadawcom telewizyjnym RTL oraz Pro7Sat.1⁶⁸. W decyzji wydanej 30.11.2007 r. RTL został ukarany karą 96 mln euro natomiast Pro7Sat karą 120 mln euro za zastosowanie systemów rabatów wyłącznych dla reklam telewizyjnych emitowanych w ich kanałach, które w sposób nieuczciwy dyskryminowały mniejszych nadawców telewizyjnych. Jak wynika z informacji prasowej przekazanej przez urząd obydwie podmioty na początku października zaakceptowały kary nałożone na nich w decyzji. Wydaje się również, iż były one znacząco niższe niż na to zezwalają przepisy prawa niemieckiego i zastosowano tutaj redukcję znacznie przekraczającą 10%. Na zastosowanie procedury i kooperację z organem wskazuje również fakt, iż postępowanie zostało zakończone w przeciągu mniej niż pięciu miesięcy od momentu przeszukania biur RTL oraz Pro7Sat.1⁶⁹.

Inna interesująca sprawa dotyczy postępowania BKA przeciwko 35 dostawcom gazu w związku z podejrzeniem stosowania cen nadmiernie wygórowanych. W październiku 2008 r. BKA zamknął postępowanie w stosunku do 5 regionalnych dostawców kontrolowanych przez dostawcę energii E.ON. Porozumienie przewidywało, iż dostawcy ci przeznaczą kwotę 55 mln euro na rzecz konsumentów w drodze rabatów i opóźnionych podwyżek cen. Jak wskazuje się w piśmiennictwie o ile stosowanie zobowiązań o charakterze behawioralnym zdarza się w tego typu postępowaniach, o tyle bezpośrednie zobowiązanie finansowe mające w istocie kompensacyjny charakter jest raczej nowością⁷⁰.

W 2009 r. BKA wydał decyzję dotyczącą kartelu palarni kawy, w której nałożył karę w wysokości 160 mln euro na trzech przedsiębiorców oraz sześć osób fizycznych za zмовę cenową dotyczącą ostatecznych cen sprzedaży, a także ofert specjalnych na główne produkty kawowe⁷¹. Sprawa ta ma doniosłe znaczenie, gdyż urząd wskazał w niej przesłanki konieczne do zastosowania procedury ugodowej. Kryteria te odzwierciedlają te wymienione w raporcie rocznym urzędu za okres 2007/2008.

⁶⁴ Spółka Asda zakwestionowała zarówno poczynione ustalenia faktyczne jak i wysokość kary.

⁶⁵ CAT (ku rozczarowaniu OFT) nie zajął stanowiska odnośnie do tego, czy w wypadku dostatecznego udowodnienia zawarcia przez strony powołanych w decyzji umów (i zawartych w nich ograniczeń) można by stwierdzić naruszenie prawa konkurencji.

⁶⁶ Judgment of the Tribunal as of 12 Dec 2011; dokument dostępny pod adresem <http://www.catribunal.org.uk/167-7403/Judgment.html>

⁶⁷ *Settling cartel cases: recent developments in Europe* SJ Berwin LLP.

⁶⁸ Streszczenie w języku angielskim dostępne pod adresem http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2007/2007_11_30.php.

⁶⁹ *Settling cartel cases: recent developments in Europe* SJ Berwin LLP.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Fallbericht „Kaffeeröster“ Bußgeldverfahren gegen Kaffeeröster wegen Preisabsprachen (B11-18/08); dostępny pod adresem <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell09/Fallberichte/B11-018-08-Fallbeschreibung.pdf>

W raporcie rocznym BKA za lata 2009/2010⁷² urząd wskazuje, że większość postępowań przeprowadzonych od 2009 roku zawierało elementy procedury ugodowej. We wspomnianym okresie 4 porozumienia wertykalne i 10 horyzontalnych zostało zakończonych w tym trybie, jak również jedno postępowanie z zakresu koncentracji bez wymaganej zgody organu. Spośród 10 porozumień horyzontalnych połowa obejmowała porozumienia, w których wszystkie zaangażowane strony zgodziły się na *settlement*. Pozostałe miały charakter tzw. porozumień hybrydowych. Niemniej jednak nawet porozumienia hybrydowe są atrakcyjne dla BKA z uwagi na fakt, że wciąż zwiększają efektywność postępowania. Ponadto generują materiał dowodowy przeciwko stronom, które nie godzą się na *settlement* z uwagi na wspomniany wyżej obowiązek pozostałych uczestników do złożenia zeznań na poparcie twierdzeń będących elementem ugody z BKA⁷³.

4. Francja

Francja jest krajem, który podobnie jak Niemcy posiada dość bogatą praktykę decyzyjną w zakresie procedury *settlement*. Pierwsze decyzje wydano jeszcze w 2003 r., zaś do połowy 2012 r. *settlement* zastosowano w 34 postępowaniach (rocznie od 1 do 6 decyzji)⁷⁴. W 16 przypadkach decyzja była kwestionowana⁷⁵; 7 postępowań zakończyło się oddaleniem odwołania (*rejet*); 4 zmianą decyzji w części (*reformation partielle*) a 1 w całości (*reformation*), natomiast 4 postępowania są jeszcze w toku (w tym jedno ze względu na pytanie prejudycjalne do TSUE)⁷⁶.

Tak jak już wyżej wspomniano rozwiązanie francuskie zawiera dodatkowy element w postaci zobowiązań podmiotów naruszających prawo konkurencji, który może przyczynić się do zwiększenia zakresu obniżki. Przykładem tego jest kara nałożona za niedozwolone porozumienie dotyczące zmów przetargowych w sektorze budowlanym⁷⁷. Spółki, które zdecydowały się na zaangażowanie w procedurę ugodową przyjęły również zobowiązania dotyczące wdrożenia programów *compliance*. Dotyczyły one m.in. zobowiązania do zwolnienia każdego pracownika, jeśli w przyszłości zostanie udowodnione, że jest zaangażowany w antykonkurencyjną praktykę. W rezultacie przedsiębiorstwa otrzymały obniżkę kary w wysokości 20%.

Spore kontrowersje wzbudziła sprawa poczty ukaranej za nadużywanie pozycji dominującej poprzez stosowanie antykonkurencyjnych rabatów. *La Poste* poza niekwestionowaniem zarzutów przyjęła na siebie liczne zobowiązania mające na celu uniknięcie powstania podobnych praktyk w przyszłości. W rezultacie nałożona na nią kara została zredukowana aż o 90%⁷⁸. Znaczącą obniżkę w wysokości 40 % ADLC przyznał również w sprawie dotyczącej *Fédération française de football*⁷⁹, w której Federacja zobowiązała się do wprowadzenia formalnych procedur przetargowych oraz skrócenia czasu trwania niektórych spośród zawartych umów.

⁷² Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2009/2010 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung; dokument dostępny pod adresem http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Taetigkeitsbericht/TB_2009_2010.pdf

⁷³ *Settling cartel cases: recent developments in Europe SJ Berwin LLP.*

⁷⁴ Warto zaznaczyć, iż liczba ta odnosi się wyłącznie do *settlement*, gdyż do końca 2011 r. nie było możliwe łączenie tej instytucji z *leniency*.

⁷⁵ Obserwowana jest tendencja rosnąca w tym zakresie, począwszy od roku 2008 kwestionowana jest średnio co druga decyzja wydana w ramach *settlement*.

⁷⁶ Informacje w oparciu o dane ze strony internetowej ADLC http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=431.

⁷⁷ Decyzja ADLC z 3.12.2008r (08-D-29); dokument dostępny pod adresem <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/08d29.pdf>, streszczenie na podstawie *Rapport annuel pour l'année 2008; Pratique decisionnelle*, s.287; dokument dostępny pod adresem http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/pratique_decisionnelle_ra08.pdf.

⁷⁸ Decyzja ADLC z 1.12.2004r (04-D-65) dokument dostępny pod adresem <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/04d65.pdf>.

⁷⁹ Decyzja ADLC z 1.10.2009r (09-D-31); dokument dostępny pod adresem <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/09d31.pdf>.

Z uwagi na fakt, iż obniżka 10 % przysługuje za sam fakt niekwestionowania ustaleń organu w rozwiązywaniu francuskim daje się zauważyć przesunięcie całej procedury w kierunku różnorodnych zobowiązań jakie proponowane są przez przedsiębiorców, chcących skorzystać z dodatkowych redukcji. Niekiedy organ uznaje je za niewystarczające i domaga się dodatkowego ich rozwinięcia, szczególnie w zakresie programów *compliance*. Przykładem takich zobowiązań jest obowiązek wdrożenia e-learningowych programów *compliance* na intranecie spółki⁸⁰ czy też stworzenie w zakresie prawa konkurencji wewnętrznej procedury *whistle-blowing* i powołania ombudsmána, który będzie raportował zarządowi stwierdzone nieprawidłowości⁸¹. W tej pierwszej decyzji ostateczna obniżka wyniosła 35%, natomiast w tej drugiej dla jednej ze spółek 30%, natomiast dla drugiej 25%⁸².

IV. Wokół *ratio legis* poszczególnych rozwiązań

1. Z punktu widzenia organu

1.1. Efektywność proceduralna v. sprawiedliwość proceduralna

Przedstawione powyżej rozwiązania w zakresie *settlement* pokazują wyraźnie, że w ramach różnych systemów prawnych instytucja *settlement* ma odmienny charakter. Różnice odnośnie do poszczególnych rozwiązań są z pewnością inspirujące, tym bardziej, że każde z nich posiada jakieś swoje uzasadnienie. W tym miejscu warto powrócić do kluczowego pytania badawczego niniejszego artykułu a mianowicie, jakie są główne cele instytucji *settlement* oraz sposoby ich skutecznej realizacji? Równie istotne jest zidentyfikowanie podstawowych wyzwań jakie pojawiają się w kontekście jej stosowania przy uwzględnieniu różnych punktów widzenia. (tj. organu antymonopolowego oraz przedsiębiorcy). Temu właśnie poświęcony jest niniejszy rozdział.

Jak już sygnalizowano na wstępie z punktu widzenia organu podstawowym celem jest uzyskanie korzyści w zakresie ekonomiki postępowania. Ważne jest nie tylko uniknięcie kwestionowania decyzji i postępowania przed sądem, ale także jego przyspieszenie na etapie administracyjnym a niekiedy również znaczące uproszczenie. Z drugiej strony uzyskanie wspomnianych korzyści nie może stać w sprzeczności z przestrzeganiem w ramach postępowania prawa uczestnika do rzetelnego procesu (*due process*)⁸³. Drugim celem, jaki chce osiągnąć organ jest takie wyważenie korzyści płynących z instytucji *settlement* aby zachować prewencyjny i represyjny charakter kar nakładanych za stwierdzone naruszenia. Zbyt duża redukcja mogłaby bowiem wpłynąć negatywnie na postrzeganie organu jako skutecznego egzekutora prawa antymonopolowego, a w konsekwencji osłabić skuteczność jego wdrażania. Osiągnięcie tych wszystkich celów za pomocą jednego narzędzia z pewnością nie jest zadaniem łatwym, tym bardziej warto przeanalizować jak poradziły sobie z tym problemem systemy prawne poszczególnych państw.

W ramach prawa unijnego instytucja *settlement* stanowi swoiste dopełnienie *leniency*⁸⁴. O ile *leniency* ma służyć wykrywaniu karteli i gromadzeniu dowodów, to celem *settlement* jest sprawniej-

⁸⁰ Decyzja ADLC z 23.01.2007 r. (07-D-02); dokument dostępny pod adresem <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/07d02.pdf>.

⁸¹ Decyzja ADLC z 26 .06.2007 r. (07-D-21); dokument dostępny pod adresem <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/07d21.pdf>.

⁸² Podkreślić należy, iż wysokość obniżek podlegała ewolucji w praktyce decyzyjnej ADLC. Obecnie tak wysokie redukcje nie byłyby już możliwe z uwagi na przesądzenie ich maksymalnej wysokości w Communiqué.

⁸³ Dla strony, która rezygnuje z kwestionowania decyzji pewność w zakresie przestrzegania tych zasad ma bez wątpienia znaczenie kluczowe.

⁸⁴ Więcej na temat motywów wprowadzenia *settlement* do prawa unijnego zob. A. Stephan, *The direct settlement of EC cartel cases...*, op.cit. W tym miejscu warto również przypomnieć, że w prawie unijnym zarówno *leniency*, jak i *settlement* dedykowane są jedynie porozumieniom horyzontalnym.

szcze zakończenie postępowania w momencie gdy KE ustaliła już stan faktyczny w danej sprawie⁸⁵. Efektywności proceduralne są osiągnięte poprzez ograniczony dostęp do akt⁸⁶, brak wysłuchania ustnego oraz uproszczoną formę zarówno *statement of objection* jak i decyzji końcowej⁸⁷. Pomimo tego strona uzyskuje pełną wiedzę i możliwość zajęcia stanowiska odnośnie do kluczowych elementów przyszłej decyzji, ponadto w każdej chwili może wezwać do udziału w sprawie urzędnika przeprowadzającego wysłuchanie (*hearing officer*), którego obowiązkiem jest zagwarantowanie skutecznego prawa do obrony⁸⁸. Zachowanie funkcji odstraszałającej wiąże się z faktem, iż korzyści dla przedsiębiorcy są niewielkie (redukcja kary na poziomie 10%).

W Wielkiej Brytanii procedura w zakresie *settlement* wiąże się z dużą elastycznością działań organu, która jednak oznacza niepewność dla przedsiębiorcy. Ekonomika postępowania jest osiągnięta dzięki temu, że organ nie pozwala na przeciągające się negocjacje, redukując je jedynie do zakresu kary, ogranicza dostęp do akt jak również odpowiedzi pisemne do *statement of objections*⁸⁹. Z kolei wyrazem respektowania praw stron jest to, iż wydawana decyzja niczym się nie różni od tej w normalnym trybie⁹⁰, a zatem organ uwzględnia potencjalną konieczność obrony swojego stanowiska przed sądem⁹¹. Zachowanie funkcji odstraszałającej zapewnione jest w ten sposób, iż zarówno zastosowanie tej instytucji jak i poziom redukcji kary są do końca nieznane. Jak argumentuje organ ma to na celu uniknięcie ze strony przedsiębiorcy zachowań oportunistycznych. Jeśli więc pragnie on pewności w zakresie wyniku i redukcji kary powinien kierować się w stronę *leniency* i przyjąć do organu z dowodami jako pierwszy⁹².

Największą efektywność proceduralną osiąga z pewnością system niemiecki gdzie procedura ugodowa ma niezwykle konsensualny charakter i możliwe jest zakończenie postępowania nawet w ciągu kilku miesięcy⁹³. Brak jest procedury pisemnej, zaś rozmowy ugodowe mają charakter otwartej dyskusji między stroną a BKA na temat faktów w danej sprawie i wynikających z nich konsekwencji prawnych. Natomiast zachowanie funkcji odstraszałającej gwarantowane jest przez fakt, że obniżka wynosi jedynie 10%, zaś dla osób sprawujących funkcje kierownicze i zaangażowanych w niedozwoloną praktykę przewidziana jest odpowiedzialność indywidualna.

W systemie francuskim ekonomika osiągnięta jest głównie poprzez dążenie do uniknięcia kwestionowania decyzji przed sądem. Na etapie administracyjnym procedura ulega jedynie nieznacznemu uproszczeniu, co jak podkreśla się w piśmiennictwie ma zapewnić stronie respektowanie wszelkich

⁸⁵ A zatem uproszczenie postępowania dotyczy przede wszystkim fazy pomiędzy *statement of objection* a decyzją końcową. Ten etap w postępowaniach przed KE zajmuje przeciętnie ok. 12-13 miesięcy. W konsekwencji zastosowanie *settlement* może pozwolić na skrócenie postępowania o ok. 1/3. Przedstawione szacunki na podstawie A. Stephan, *The direct settlement of EC cartel cases...*, op.cit.

⁸⁶ Ograniczenie dostępu do akt odbywa się bez uszczerbku dla prawa do obrony. Jak oceniają pracownicy KE, spośród setek tysięcy stron akt w sprawach kartelowych, dowody stanowiące podstawę stawianych zarzutów stanowią zazwyczaj około kilkuset stron i to właśnie one są udostępniane stronom (w sposób zapewniający prawo do wypowiedzenia się odnośnie do wszystkich dowodów, na których oparła się KE stawiając zarzuty). Dzięki temu można uniknąć czasochłonnego przygotowywania tysięcy stron akt (w celu chociażby usunięcia elementów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa poszczególnych podmiotów) a także ich udostępniania stronom, rozpatrywania ich wniosków w tym zakresie itp. zob. więcej K. Mehta, M.L. Tierno Centella, *EU Settlement Procedure: Public Enforcement Policy Perspective* [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (red.) *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, op. cit., s. 391-421

⁸⁷ Niemalą rolę dla obniżenia ciężarów administracyjnych odgrywa również rezygnacja z konieczności sporządzania tłumaczeń dokumentów na wszystkie języki urzędowe UE, obecna w normalnej procedurze.

⁸⁸ Punkt 18 Obwieszczenia.

⁸⁹ L.M. Alegi, G. Murray, *Setting an appropriate policy: Reflections on OFT...*, op. cit.

⁹⁰ Zarówno w prawie unijnym, jak i niemieckim wydawana jest decyzja uproszczona (*streamlined decision*).

⁹¹ Tytułem ciekawości można dodać, iż decyzja w sprawie zмовы w branży budowlanej była najdłuższą wydaną kiedykolwiek przez OFT i liczyła prawie 2000 stron.

⁹² L.M. Alegi, G. Murray, *Setting an appropriate policy...*, op. cit.

⁹³ W sprawie dotyczącej jednego z najcięższych karteli rozmowy ugodowe zainicjowano tuż po przeprowadzeniu przeszukania. Zdobyte dowody nie budziły wątpliwości, zaś naruszenie nie było kwestionowane, co pozwoliło na nałożenie kary w przeciągu około 3 miesięcy od przeszukania. J. Burrichter, *Settlements in Cartel Cases...*, op. cit.

gwarancji procesowych. Francuskie *settlement* posiada jednak dodatkowy element w postaci zobowiązań strony postępowania. Są one równie ważne, jak samo dojście do porozumienia i to one właśnie generują największe obniżki (obecnie do 15%). Idea jest więc taka, aby poza karaniem przedsiębiorcy zapobiec w jego przedsiębiorstwie podobnym naruszeniom na przyszłość, a także nagrodzić go za inne prokonkurencyjne działania. Zachowanie funkcji odstraszałającej gwarantowane jest w ten sposób, iż obniżka za samo przystąpienie do *settlement* nie jest znacząca, wynosi jedynie 10%.

1.2. W poszukiwaniu optymalnej obniżki

Niewątpliwie ważnym elementem *settlement* jest wysokość obniżki. Konieczne jest zapewnienie redukcji na takim poziomie aby z jednej strony czyniła tę instytucję atrakcyjną dla przedsiębiorcy, zaś z drugiej strony nie uchybiała innym represyjnym i odstraszałającym funkcjom kary za naruszenia prawa antymonopolowego. Jaka jest zatem optymalna obniżka? Można powiedzieć, iż minimalna obniżka powinna być większa niż przewidywane zmniejszenie kary uzyskane na skutek odwołania pomnożone przez prawdopodobieństwo jego zasądzenia przez sąd⁹⁴. Wątpliwe jednak czy przedsiębiorcy uda się przeprowadzić pełną kalkulację w tym zakresie, zwłaszcza przy niemożności dokładnego przewidzenia końcowej kary. Niektóre organy tak jak brytyjski OFT zachowują sobie pełne prawo do ustalania wielkości obniżki w zależności od okoliczności sprawy. Z kolei we Francji i Niemczech usztywnienie tych przedziałów tłumaczone jest zapewnieniem przedsiębiorcy pewności prawnej i respektowaniem zasady równego traktowania.

2. Z punktu widzenia przedsiębiorców i ich doradców prawnych

2.1. Pewność

Kluczowy element procedury *settlement*, a więc uzyskanie korzyści w zakresie ekonomiki postępowania może być również zaletą dla przedsiębiorcy, który szybciej może uzyskać wiążące rozstrzygnięcie i pozbyć się balastu długotrwałego procesu, który jest kosztowny⁹⁵, a nierzadko odbija się również negatywnie na jego wizerunku⁹⁶. Dla przedsiębiorcy dodatkowym argumentem jest także możliwość uzyskania obniżki kary. Niemniej jednak równie ważne (a może nawet ważniejsze) jest przekonanie, iż pomimo zrzeczenia się pewnych uprawnień, wciąż nie jest on pozbawiony kluczowych praw do rzetelnego procesu. Na podstawie badań prawnoporównawczych prowadzonych w ramach Międzynarodowej Sieci Konkurencji można pokusić się o stwierdzenie, że gotowość do ugody jest wprost proporcjonalna do pewności i zaufania jakim przedsiębiorcy obdarzają urząd⁹⁷. W tym kontekście w stosunku do *settlement* przedsiębiorcy wysuwają trzy podstawowe postulaty: pewność, transparentność oraz przewidywalność. Podkreślają oni, że nie są skłonni angażować się w procedurę, która z jednej strony odbiera im przywileje proceduralne, zaś z drugiej nie daje możliwości przewidzenia ostatecznego wyniku. Dlatego też warto rozważyć różne rozwiązania w zakresie *settlement* mając na uwadze powyższe postulaty.

⁹⁴ A. Nikpay, D. Waters, *The Emerging Settlements Regime in the UK...*, op. cit. Algorytm ten pojawia się również w opracowaniu L. Coppi, R.J. Levinson, *The Interaction between Settlements and Private Litigation - An Economic Perspective* [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (red.) *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, op. cit., s. 687-705.

⁹⁵ Oprócz kosztów pomocy prawnej przedsiębiorca niekiedy musi uwzględnić również koszt określony jako „*managerial distraction*”, a więc wynikający z obowiązku czynnego udziału w procesie osób zarządzających w przedsiębiorstwie. Koszty i uciążliwości z tym związane przy długotrwałych procesach mogą okazać się znaczące.

⁹⁶ Angażowanie się w rozmowy ugodowe ma jednak sens tylko pod warunkiem, że przedsiębiorca jest przekonany o nieuchronności stwierdzenia naruszenia i nałożenia na niego kary, a także niewielkich szansach na jej znaczące obniżenie w sądzie.

⁹⁷ International Competition Network, Cartel Working Group Subgroup 1 Cartel Settlements, op. cit.

Postulat pewności pojawia się zazwyczaj w kontekście pytania o to czy organ powinien cieszyć się tak szeroką dyskrecjonalnością w zakresie zastosowania instytucji *settlement*⁹⁸. Jest ona szczególnie krytykowana w systemach prawnych, gdzie rozmowy ugodowe rozpoczynają się dopiero wówczas, gdy organ jest gotowy do sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Wówczas bowiem trudniej jest przekonująco podnosić argument przyspieszenia postępowania (organ posiada już materiał dowodowy) a zatem na jakiej podstawie podejmowana jest decyzja⁹⁹? Zarzut braku pewności pojawia się również wtedy gdy organ posiada pełną dyskrecjonalność w zakresie wycofania się z procedury. Wówczas nie tylko nie dojdzie do postulowanego przyspieszenia postępowania, ale wręcz nastąpi jego opóźnienie, gdyż do czasu rozpatrzenia sprawy w normalnym trybie trzeba jeszcze doliczyć czas poświęcony na próbę zawarcia ugody¹⁰⁰. Ponadto powstaje wówczas ryzyko, iż w ramach prowadzenia rozmów ugodowych organ będzie mógł próbować „wyłudzić” część informacji lub oświadczeń by wykorzystać wiedzę na ten temat w ramach zwykłego postępowania lub też innego. A zatem wzajemne zaufanie i prowadzenie rozmów w dobrej wierze mają tu znaczenie fundamentalne¹⁰¹.

2.2. Transparentność

Kolejny postulat dotyczy transparentności całej procedury. W celu jej zapewnienia niezbędna jest pełna publikacja decyzji podjętych z zastosowaniem tej instytucji. Istotny jej element stanowi odniesienie do wielkości kar i uzyskanych obniżek. Aby zwiększyć przejrzystość istotne wydaje się również opublikowanie szczegółowych wytycznych w zakresie procedur jakie są stosowane w ramach tej instytucji. Z drugiej jednak strony w trakcie trwania rozmów ugodowych nie zaleca się dopuszczenia do upublicznienia osobom trzecim informacji na temat ich przebiegu¹⁰² a w szczególności wysokości planowanych kar i ich obniżek, jak również tego, które spośród stron postępowania godzą się na *settlement*.

W kontekście transparentności rozważenia wymaga również zagadnienie postępowania hybrydowych. Podstawowe pytanie jakie się wówczas pojawia dotyczy tego czy strony mogą ujawniać między sobą treść rozmów ugodowych i to jaki to może mieć wpływ na ich wynik. W ramach procedur krajowych (brytyjskiej, francuskiej i niemieckiej) nie ma żadnych przeszkód w tym zakresie, a prawnicy wszystkich stron mogą się otwarcie komunikować między sobą. Jak podkreślają organy antymonopolowe bardzo często powoduje to efekt domina (strony początkowo niechętne potem decydują się na *settlement*) i w efekcie następuje pożądane przyspieszenie postępowania¹⁰³. Niekiedy pojawia się jednak argument, iż tego typu rozwiązanie może doprowadzić do powstania nieuprawnionego przymusu wobec stron, które są zdeterminowane korzystać z normalnej procedury (i potencjalnie kwestionować swoją odpowiedzialność). W momencie gdy ujawnione zostanie, że czworo czy pięcioro uczestników kartelu już przyznało się do winy, a organ posiada konieczne dowody, szóstą stronę może być ciężko przekonać go, że zarzucany kartel w istocie nie istniał¹⁰⁴. Dlatego też podnosi

⁹⁸ L.M. Alegi., G. Murray, *Setting an appropriate policy...*, op. cit.

⁹⁹ A. Nikpay, D. Waters, *The Emerging Settlements Regime in the UK...*, op. cit.

¹⁰⁰ Opinia Norton Rose “La non-contestation des griefs : un double marché de dupes? Dokument dostępny pod adresem <http://www.nortonrose.com/knowledge/publications/65154/lettre-de-la-concurrence>.

¹⁰¹ J. Burrichter, *Settlements in Cartel Cases...*, op. cit.

¹⁰² W tym zakresie postuluje się zachowanie poufności zbliżonej do tej, obowiązującej przy wniosku *leniency*.

¹⁰³ International Competition Network, Cartel Working Group Subgroup 1 Cartel Settlements.

¹⁰⁴ O. Brouwer, *Antitrust Settlements in the Netherlands: A Useful Source of Inspiration?* [w:] C.-D. Ehlermann, M.M. European (red.) *Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, op. cit., s. 391-421. Co więcej, tytułem przykładu w systemie francuskim ADLC nie musi już wykazywać istoty naruszenia, a jedynie udział w nim tej strony, która nie zgadza się na *settlement*. Zob. Opinia Norton Rose *La non-contestation des griefs...*, op. cit.

się, iż w przypadku postępowań hybrydowych zasadne byłoby aby sprawy stron godzących się na *settlement* i tych pozostałych były rozdzielane do oddzielnego rozpoznania przez odmienne zespoły urzędników¹⁰⁵. Z drugiej jednak strony należy też podkreślić, iż każda ze stron winna być głównie zainteresowana tym, jakie dowody organ zgromadził przeciwko niej i na tej podstawie podejmować decyzję¹⁰⁶. Wydaje się zatem, że transparentność całej procedury wymaga, aby strony były informowane o jej przebiegu na każdym etapie.

2.3. Przewidywalność

Ostatni element dotyczy przewidywalności. Postulat ten poniekąd nawiązuje do poprzednich. Przede wszystkim przedsiębiorca powinien mieć prawo dostatecznego zapoznania się i ustosunkowania do istotnych elementów planowanej decyzji, tak aby nie był zaskoczony jej treścią i wiedział dokładnie na jakie warunki się godzi. Istotne elementy stanowi z pewnością istota i kwalifikacja prawna zarzucanej praktyki, czas jej trwania, okoliczności faktyczne oraz dowody, na których oparł się organ, a także wysokość planowanej kary i jej obniżki. Ważne jest aby uzgodnione elementy nie uległy modyfikacji w późniejszej decyzji.

W kontekście przewidywalności przedsiębiorcy bardzo często podnoszą, iż istotniejsze znaczenie ma dla nich nie tyle wysokość planowanej obniżki, ile wysokość samej kary i dokładne określenie z czego ona wynika już na etapie decyzji o przyjęciu bądź odrzuceniu propozycji *settlement*¹⁰⁷. Trudno rozmawiać o obniżce gdy nie jest wiadome od jakiej sumy wyjściowej będzie ona liczona¹⁰⁸. Wprowadzenie możliwości dyskusji o rozmiarze i podstawach wymiaru kary wyjściowej wydaje się zatem konieczne dla ich powodzenia. Wiadomo bowiem, że z punktu widzenia przedsiębiorcy to ona stanowi jeden z najważniejszych elementów decyzji¹⁰⁹.

V. *Settlement* w polskim systemie prawnym – uwagi do projektu

Zgodnie z Projektem założeń¹¹⁰ wprowadzenie instytucji *settlement* planowane jest również w polskim systemie prawnym. W świetle przedstawionych doświadczeń europejskich warto zatem sformułować kilka wstępnych uwag do proponowanych rozwiązań. O ile sama idea nowej instytucji zasługuje na aprobatę, to już zaproponowany kształt procedury wydaje się nie w pełni gwarantować spełnienie celów, które są jej stawiane. Ponadto przemyślenia wymaga oddziaływanie *settlement* z innymi instytucjami prawa antymonopolowego.

W Projekcie założeń kilkakrotnie stwierdzono, iż celem *settlement* jest przyspieszenie postępowania. Jednakże analiza przebiegu zaproponowanej procedury w połączeniu z faktem, iż ma być

¹⁰⁵ Association des Avocats Praticquant le Droit de la Concurrence (APDC). *Observations de l'APDC sur le projet de communiqué de procédure relatif a la non-contestation des griefs*, punkt 180-182, dokument dostępny pod adresem http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=430.

¹⁰⁶ Strona, która jest przekonana, iż nie można jej zarzucić naruszenia ma zawsze możliwość kwestionowania swej odpowiedzialności przed sądem. Zob. więcej J. Fingleton, *Settlements in cartel cases. Panel IV discussion*, [w:] C.-D. Ehlermann, M. Marquis (red.) *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, op. cit.

¹⁰⁷ A. Nikpay, D. Waters, *The Emerging Settlements Regime in the UK...*, op. cit.

¹⁰⁸ Opinia Norton Rose, *La non-contestation des griefs...*, op. cit. Podkreśla się również, iż jest to istotne także dla ogólnego kontekstu utrzymania odstraszałającej funkcji kar w ramach postępowania antymonopolowego. O odstraszeniu przesądza bowiem wysokość samej kary i nieuchronność jej nałożenia a nie procentowo wyrażona wielkość możliwej obniżki. W tym kontekście pojawia się również argument, o istotnej różnicy w tym zakresie pomiędzy prawem antymonopolowym w Europie i w Stanach Zjednoczonych, gdzie prawnicy są w stanie z dużą dozą prawdopodobieństwa oszacować wysokość kary. Przeprowadzenie podobnego ćwiczenia w systemach europejskich jest znacznie trudniejsze. zob. szerzej W.P. Wils, *The Use of Settlements In Public Antitrust Enforcement...*, op. cit.

¹⁰⁹ W piśmiennictwie wskazuje się nawet, iż w większości przypadków przedsiębiorcy odwołują się od decyzji nie dlatego, że kwestionują stwierdzone naruszenia, ale głównie po to by uzyskać obniżenie kary zob. szerzej W.P. Wils, *The Use of Settlements In Public Antitrust Enforcement...*, op. cit.

¹¹⁰ Projekt założeń projektu ustawy o zmianie uokik z 24.09.2012 r. op. cit.

ona inicjowana po zebraniu przez organ całości materiału dowodowego (co samo w sobie jest rozwiązaniem słusznym) nie daje odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób owa efektywność czasowa może być osiągnięta. Aby dążyć do jej uzyskania wskazane byłoby wprowadzenie konieczności przedstawienia przedsiębiorcy wszystkich stawianych mu zarzutów (a nie jedynie „wstępnych ustaleń”) oraz okoliczności wpływających na wysokość kary już na początku procedury¹¹¹. Pozwoliłoby to szybko zidentyfikować elementy sporne i zorientować się czy możliwe jest osiągnięcie zgodności pomiędzy organem a stroną¹¹² bez konieczności dalszego angażowania w procedurę, która koniec końców może nie przynieść spodziewanego rezultatu¹¹³.

Istotny jest również drugi cel wspomniany w Projekcie założeń a mianowicie dążenie do uniknięcia złożenia odwołania przez przedsiębiorcę, który uczestniczy w procedurze *settlement*. Aby go osiągnąć konieczne jest jednak wypracowanie takiego jej kształtu by przekonać przedsiębiorcę, iż ostateczna treść decyzji stanowi dla niego najlepsze rozwiązanie, zaś wchodzenie na drogę sądową nie przyniesie mu korzystniejszego rozstrzygnięcia. Niezbędne jest zatem wyposażenie procedury w pewne elementy konsensualne, zaś przede wszystkim możliwość dyskusji odnośnie tych czynników, które warunkują wysokość kary. Z obecnych propozycji wynika (choć nie jest to do końca pewne), iż będzie miała ona charakter w przeważającej mierze pisemny. Niewątpliwie wprowadzenie ustnych bilateralnych rozmów ze stronami (tak jak w prawie unijnym czy omawianych systemach krajowych) mogłoby w większym stopniu przyczynić się do realizacji omawianego postulatu, a także znacząco przyspieszyć sposób procedowania.

Konieczność respektowania prawa do rzetelnego procesu a także postulatu przewidywalności wymaga, aby strona miała prawo ustosunkować się do wszystkich stawianych jej zarzutów i zebranych dowodów zanim dojdzie do złożenia ostatecznej propozycji w zakresie *settlement*¹¹⁴. Pewności w zakresie realizacji tych postulatów nie daje lektura Projektu założeń. Otwarte pozostają również pytania w jakim zakresie „wstępne ustalenia” oraz „przewidywana treść rozstrzygnięcia” mogą się zmienić i kiedy najpóźniej organ ma obowiązek poinformować o tym przedsiębiorcę?

Należy również wątpić czy zaproponowana wysokość obniżki w wysokości 10% jako jedyna korzyść w ramach *settlement* będzie dla przedsiębiorcy dostateczną zachętą do korzystania z tej instytucji. Akceptując argumenty przemawiające za takim rozwiązaniem¹¹⁵ nie sposób nie zauważyć, iż tego typu regulacja prowadzi do sytuacji, w której zastosowanie *settlement* ogranicza się jedynie do postępowań, w których przynajmniej część przedsiębiorców kumuluje obniżki z tymi w ramach *leniency*. Pojawia się zatem ryzyko, iż podobna tendencja będzie obserwowana również w Polsce, a w skrajnym przypadku instytucja ta może okazać się instytucją martwą.

Przy wprowadzaniu *settlement* trzeba także wziąć pod uwagę jej możliwe oddziaływania z innymi instrumentami wdrażania prawa konkurencji. W szczególności wskazane jest uwzględnienie

¹¹¹ Gdy treść zarzutów oraz zebrane dowody nie budzą wątpliwości można od razu podjąć konstruktywne rozmowy odnośnie do oceny prawnej stwierdzonych praktyk, a także zasadności przyjętej wysokości kary. Ponadto tego rodzaju informacja daje stronie jasność w zakresie jej sytuacji prawnej (przedsiębiorca nie musi się domyślać w oparciu o jakie dowody organ dokonał oceny prawnej) i pozwala podjąć świadomą i dobrowolną decyzję odnośnie udziału w *settlement*. Zob. również przypis 20.

¹¹² Przykładowo strona może postrzegać rynek właściwy zupełnie inaczej niż organ, nie zgadzać się z przyjętym zakresem oraz czasem trwania zarzucanej praktyki, czy też kwestionować przypisanie praktyki do konkretnego podmiotu.

¹¹³ Warto podkreślić, iż fiasko procedury w jej końcowym etapie czy też złożenie przez stronę odwołania jest w istocie większą stratą dla organu, który zaangażował się w próbę dojścia do porozumienia, aniżeli dla przedsiębiorcy, który jedynie zyskał na czasie.

¹¹⁴ Jak się bowiem wydaje jest to ostatni moment, w którym strona będzie miała prawo zajęcia stanowiska odnośnie do zebranego materiału dowodowego. Gdyby przyjęć inne rozwiązanie wówczas okazałoby się, że postulowane przyspieszenie postępowania jest w istocie iluzoryczne.

¹¹⁵ Ugruntowane jest przekonanie, iż obniżka w ramach *settlement* nie może być większa niż najniższa obniżka w ramach *leniency*, tak aby skorzystanie z tej drugiej instytucji i dostarczenie organowi dowodów w kontekście ostatecznego wymiaru kary wciąż było dla przedsiębiorcy korzystniejsze.

jej powiązania z *leniency*. Aby obydwie instytucje ze sobą nie konkurowały, zaś *leniency* nie straciło na atrakcyjności pożądanym byłoby wskazanie, iż w momencie wystosowania do stron propozycji w zakresie *settlement* nie ma już możliwości składania wniosków w ramach *leniency*. Konieczne jest również wyraźne przesądzenie, czy organ dopuszcza kumulację obniżek w ramach tych instytucji (w tym *leniency plus*).

Ponadto starannego rozważenia wymaga wpływ planowanej odpowiedzialności osób indywidualnych na możliwość osiągnięcia porozumienia w ramach *settlement*. Zgodnie z brzmieniem Projektu założeń na przedsiębiorcę i osoby fizyczne kary nakładane będą w ramach tego samego postępowania¹¹⁶ zaś odpowiedzialność osób fizycznych ma mieć charakter następczy¹¹⁷. Nietrudno jednak przewidzieć, iż w przypadku postawienia zarzutów mogących skutkować odpowiedzialnością indywidualną osób fizycznych proces osiągania porozumienia w ramach *settlement* będzie prawdopodobnie znacząco trudniejszy, gdyż przyspieszy spełnienie przesłanki warunkującej taką odpowiedzialność¹¹⁸. W konsekwencji może to doprowadzić do drastycznego obniżenia atrakcyjności tej instytucji. Preferowanym rozwiązaniem byłoby nadanie odpowiedzialności osób indywidualnych charakteru karnego a w konsekwencji rozdzielenie tych dwu postępowań¹¹⁹. Gdyby jednak opierać się na obecnych propozycjach Projektu założeń wówczas istotnym jest przesądzenie czy wniosek *settlement* przedsiębiorcy obejmuje automatycznie osoby indywidualne w przedsiębiorstwie, potencjalnie zagrożone odpowiedzialnością indywidualną.

Wreszcie wątpliwości budzi fakt, dlaczego dla *settlement* powszechnie rozumianego i tłumaczonego jako „postępowanie o charakterze ugodowym” projektodawca szuka odpowiednika w obszarze prawa karnego. Jednocześnie, poza identyczną nazwą obydwu instytucji właściwie nic nie łączy, gdyż polska propozycja wyraźnie nawiązuje do regulacji unijnej. Dlatego też słuszny wydaje się postulat wprowadzenia instytucji mającej charakter *sui generis* porozumienia pomiędzy przedsiębiorcą a urzędem, zgodnie z jej rzeczywistym charakterem¹²⁰.

VI. Wnioski końcowe

Tytułem podsumowania warto powrócić do wspomnianego we wstępie określenia, iż instytucja *settlement* ma charakter *win-win*. Okazuje się jednak, iż stworzenie skutecznego mechanizmu w tym zakresie nie jest zadaniem łatwym. Przede wszystkim jej podstawowy cel jakim jest uzyskanie efektywności proceduralnej musi być starannie wyważony z respektowaniem gwarancji procesowych przysługujących stronie postępowania antymonopolowego. Ponadto konieczne jest takie ukształtowanie procedury i wielkości redukcji kary, które uczyni całą instytucję atrakcyjną w oczach przedsiębiorców. Jak wskazuje się w piśmiennictwie o sukcesie *settlement* świadczy bowiem głównie to, jak często jest ona stosowana w praktyce działań organu¹²¹. Przeprowadzona analiza przeczy twierdzeniu,

¹¹⁶ Projekt założeń projektu ustawy o zmianie uokik z 24.09.2012 r., s. 25.

¹¹⁷ Ibidem, s. 24

¹¹⁸ Jak słusznie wskazuje UOKiK w Projekcie założeń „osoby fizyczne kierują się często innymi przesłankami w podejmowaniu decyzji niż przedsiębiorcy”. O ile jednak mogą być one bardziej skłonne niż przedsiębiorcy do korzystania z *leniency* o tyle w przypadku *settlement* wydaje się, że mogą przyjąć postawę odwrotną i z pewnością niechętnie zaakceptują decyzję nakładającą wysoką karę finansową.

¹¹⁹ Do rozważenia pozostaje wówczas wzajemna relacja rozstrzygnięć w tych postępowaniach. Jak pokazuje omawiany przykład sprawy *Passenger Fuel Surcharges OFT* zawiesił postępowanie administracyjne do czasu rozstrzygnięcia sprawy karnej, co doprowadziło jednak do znaczącego przedłużenia całości postępowania (od momentu oświadczenia prasowego o zawarciu ugody do wydania ostatecznej decyzji minęło prawie 5 lat).

¹²⁰ Zob. więcej A. Piszcz., *Kilka uwag do projektu założeń ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2012, 1(2), s. 12-14, <http://www.ikar.wz.uw.edu.pl/>.

¹²¹ International Competition Network, Cartel Working Group Subgroup 1 Cartel Settlements.

iz o atrakcyjności oraz skuteczności *settlement* przesądza głównie znacząca wielkość obniżki możliwej do uzyskania. Przedsiębiorca, który zupełnie nie zgadza się z twierdzeniami organu nie zrezygnuje z możliwości ich kwestionowania tylko dlatego, że kara może być trochę mniejsza. W takich sytuacjach instytucja *settlement* nie ma szans spełnić swojej roli. W innych przypadkach może być jednak bardzo skuteczna. Tym co najbardziej przemawia za zaakceptowaniem decyzji jest zatem wytworzenie u strony przekonania o nieuchronności rozstrzygnięcia i niewielkich szansach na jego zmianę przez sąd. A zatem kluczowe znaczenie ma tutaj takie ukształtowanie postępowania przez organ aby do tego celu dążyć. W tym kontekście niezwykle pożądane jest wprowadzenie dyskusji na temat zakresu naruszenia, czasu jego trwania i właściwej kwalifikacji prawnej. Wiadomo bowiem, iż główną osią sporu pomiędzy organem a stroną nie są zazwyczaj same okoliczności faktyczne czy zebrane dowody, ale ich ocena i kwalifikacja prawna. Jeżeli nie dopuści się żadnej rozmowy w tym zakresie, maleją wówczas szanse, że strona zaakceptuje wszystkie ustalenia organu i nie odwoła się do sądu, zwłaszcza gdy kara będzie dotkliwa. Powyższe wnioski potwierdzają doświadczenia niemieckie. Z uwagi na konsensualny charakter całego postępowania i otwarty dialog pomiędzy stronami a organem odwołania od decyzji podjętych z zastosowaniem *settlement* są dość rzadkie, pomimo niewielkiej redukcji kary, wynoszącej jedynie 10%.

Odnośnie do wielkości obniżek organ antymonopolowy stoi przed wyzwaniem stworzenia instrumentu, który z jednej strony będzie na tyle atrakcyjny, że zachęci przedsiębiorców do zawarcia ugody, z drugiej zaś strony zachowa prewencyjny i odstraszący charakter kar za naruszenia prawa antymonopolowego. Ważne jest również wzajemne oddziaływanie z *leniency*. Dopuszczenie kumulacji z *leniency* może zachęcić przedsiębiorców do pełnej współpracy z organem w celu maksymalizacji korzyści. Z drugiej strony sporym wyzwaniem staje się wówczas zainteresowanie tych przedsiębiorców, którzy nie zdecydowali się korzystać z *leniency*, tak aby *settlement* nie stał się jedynie dodatkową możliwością redukcji kary dla beneficjentów *leniency*.

Wreszcie należy zastanowić się czy *settlement* jest właściwym rozwiązaniem dla wszelkiego typu naruszeń prawa antymonopolowego. Wydaje się, iż w sprawach niebudzących wątpliwości, o utrwalonej praktyce decyzyjnej i orzeczniczej może być instytucją niezwykle przydatną. Jednakże w przypadku spraw bardziej spornych, zwłaszcza o charakterze precedensowym, nie jest do końca pewne czy jest to dla stron najlepsze rozwiązanie.