

# Rajmund Molski

---

## Programy łagodnego traktowania : panaceum na praktyki kartelowe?

---

Kwartalnik Prawa Publicznego 4/1, 183-220

---

2004

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

*Rajmund Molski* \*

## **PROGRAMY ŁAGODNEGO TRAKTOWANIA – PANACEUM NA PRAKTYKI KARTELOWE?**

„Rzadko się zdarza, by spotkanie ludzi tego samego zawodu,  
nawet tylko dla zabawy czy rozrywki, kończyło się inaczej,  
jak znową przeciw ogółowi lub jakimś układem  
co do podniesienia cen”.

*Adam Smith*<sup>1</sup>

### **1. UWAGI WSTĘPNE**

Jakkolwiek ostatnio pojawiają się krytyczne opinie odnośnie do nagminnego powoływania się władz odpowiedzialnych za ochronę konkurencji (dalej skrótowo: władze antymonopolowe) na ten klasyczny już *passus* z dzieła szkockiego filozofa i ekonomisty<sup>2</sup>, niemniej jednak nie wpływa to na zmianę dominującego współcześnie negatywnego nastawienia do antykonkurencyjnej kooperacji gospodarczej. Co więcej, zwalczanie szczególnej formy praktyk ograniczających konkurencję, jakimi są porozumienia kartelowe (a zwłaszcza tej ich kategorii,

---

\* Dr Rajmund Molski – adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego, Uniwersytet Szczeciński

<sup>1</sup> A. Smith, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, t. I, Warszawa 1954, s. 169.

<sup>2</sup> Zob. wyrok w sprawie *U.S. v. Taubman*, No. 02-1253, 2d Cir., 25.7.2002 r., w którym krytycznie odniesiono się do nadużywania przywołanej wyżej konstatacji, wskazując na jej „problematyczny” i „nie mający waloru normatywnego” charakter.

którą w profesjonalnym żargonie określa się mianem „twardych” – *hardcore cartels*)<sup>3</sup>, staje się dziś jednym z najważniejszych obszarów aktywności narodowych władz antymonopolowych (w krajach, w których funkcjonuje system prawnej ochrony konkurencji) i priorytetem w działaniach Komisji Europejskiej (KE), w ramach jej zadań w sferze wspólnej polityki konkurencji<sup>4</sup>. Działania antykartelowe władz antymonopolowych są wyrazem realizacji jednego z podstawowych zadań państwa, jakim jest zapewnienie prawnych ram funkcjonowania mechanizmów rynkowych w warunkach wolnej konkurencji<sup>5</sup>. Wymaga to w szczególności zagwarantowania swobody konkurencji (będącej składową wolności gospodarczej) wszystkim uczestnikom gry rynkowej, zwłaszcza poprzez przeciwdziałanie ograniczeniom konkurencji w formie praktyk kartelowych, które z cywilistycznego punktu widzenia są przejawem nadużywania swobody umów<sup>6</sup>, a w szerszym kontekście – wolności gospodarczej (takie nadużycie skutkuje często bezprawnym ograniczeniem wolności gospodarczej innych podmiotów gospodujących bądź też naruszeniem praw i wolności obywateli, zwłaszcza

---

<sup>3</sup> Jak dotąd nie wypracowano uniwersalnej definicji twardych karteli (na oznaczenie tej kategorii antykonkurencyjnych praktyk używa się też czasem sugestywnych określeń: *naked* – nagie, *brazen* – bezczelne, *egregious* – wierutne). W niniejszym opracowaniu przyjęto powszechnie stosowaną (choć nie wolną od ułomności) definicję sformułowaną w dokumentach OECD (*Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, OECD 1998, C(98)35/FINAL, s. 3.), która jako twarde kartele kwalifikuje skryte porozumienia antykonkurencyjne (w tym tzw. uzgodnione praktyki) między przedsiębiorstwami działającymi na tym samym szczeblu produkcji lub obrotu (konkurentami), których przedmiotem jest: (a) ustalenie cen; (b) podział rynków; (c) ograniczenie produkcji (dostawy, sprzedaży) lub (d) uzgodnienie ofert; szerzej w sprawie definiowania karteli C. Harding, J. Joshua, *Regulating Cartels in Europe. A Study Of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford 2003, s. 14–16.

<sup>4</sup> M. Monti, *Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?*, The 3<sup>rd</sup> Nordic Competition Policy Conference on Fighting Cartels – Why and How?, Stockholm 11–12.9.2000 r., s. 14; podobnie R. Whish, *Competition Law*, London 2001, s. 238 i 416. Zarówno w Europie, jak i w USA oficjalnie deklaruje się, że priorytetem polityki konkurencji jest wykrywanie i zwalczanie twardych karteli – zob. European Commission, *XXXIIInd Report on Competition Policy 2002*, Brussels, Luxembourg 2003, s. 4 i 28 oraz International Competition Policy Advisory Committee to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust *Final Report 2000*, <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm>, s. 166.

<sup>5</sup> Zob. M. Wyrzykowski, *Współczesne koncepcje polityczno-gospodarcze [w:] Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, pod redakcją M. Wierzbowskiego i M. Wyrzykowskiego, Warszawa 2003, s. 36–37.

<sup>6</sup> Szeroko o cywilnoprawnych aspektach karteli P. Podrecki, *Porozumienia monopolistyczne i ich cywilnoprawne skutki*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2000, z. 74.

konsumentów). Uczestnicy karteli mają z reguły pełną świadomość nielegalności procederu, jakiego się dopuszczają. Czasem dają temu wyraz w sposób wręcz perwersyjny. Oto nieoficjalny slogan korporacyjny jednego z uczestników międzynarodowego kartelu preparatów spożywczych (ujawniony w wyniku postępowania antykartelowego prowadzonego w USA) brzmiał: „Nasi konkurenci są naszymi przyjaciółmi, nasi klienci – wrogami”<sup>7</sup>.

Wydaje się, że zwalczanie nielegalnych karteli powinno być priorytetem każdego systemu ochrony konkurencji (*de lege ferenda* także globalnego), ponieważ praktyki kartelowe (zwłaszcza twarde) mogą być poważnym zagrożeniem zarówno dla konsumentów, jak i przedsiębiorstw<sup>8</sup> respektujących reguły konkurencji, a w szerszej skali – gospodarki w wymiarze krajowym i ponadnarodowym (regionalnym i globalnym). W wielu krajach kartele (a przynajmniej niektóre ich kategorie) uznaje się za najcięższą, a co za tym idzie, najbardziej karygodną formę praktyk ograniczających konkurencję<sup>9</sup>. Przekonanie o szkodliwości karteli i konieczności ich zwalczania staje się już dziś niemal powszechne, o czym najdobitniej świadczy wzmagająca się (i to w skali ogólnoswiatowej) aktywność w walce z nimi. Są one potępiane nawet przez zagorzałych przeciwników interwencjonizmu państwa w gospodarce<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> J. M. Griffin, *An inside view of a cartel at work: Common characteristics of international cartels*, The 3<sup>rd</sup> Nordic Competition Policy Conference on Fighting Cartels – Why and How?, s. 38 i 40.

<sup>8</sup> W niniejszym opracowaniu przyjęto zasadniczo terminologię stosowaną powszechnie w większości rozwiniętych systemów prawnej ochrony konkurencji, a także dokumentach prawnomiędzynarodowych. Używany tam (w angielskiej wersji językowej) termin *undertaking* w polskiej literaturze przedmiotu, a także w tekstach umów międzynarodowych przyjęło się tłumaczyć jako: *przedsiębiorstwo*, nie zaś – *przedsiębiorca*, którego legalne definicje (skądinąd rozbieżne!) formułuje polski ustawodawca. Termin przedsiębiorca będzie natomiast używany w odniesieniu do polskiego porządku prawnego.

<sup>9</sup> Dlatego też w niektórych krajach praktyki kartelowe zagrożone są sankcjami o charakterze karnym (kryminalnym). Dla porównania, indywidualne praktyki antykonkurencyjne (nadużywanie dominującej pozycji rynkowej) nie są zwykle sankcjonowane w sposób tak surowy (stosuje się wobec nich co najwyżej sankcje administracyjnoprawne).

<sup>10</sup> M. Monti, op.cit., s. 15. W wielu krajach wciąż jednak z rezerwą podchodzi się do surowego karania sprawców naruszeń prawa ochrony konkurencji. Opinia publiczna powszechnie i jednoznacznie potępia oszustwa, „pranie brudnych pieniędzy” i wiele innych przestępstw „w białych kołnierzykach”, natomiast często nawet najgroźniejsze i wyrządzające olbrzymie szkody praktyki antykonkurencyjne (np. twarde praktyki kartelowe) nie spotykają się z tak zdecydowanym i konsekwentnym sprzeciwem (czy nawet szerszym zainteresowaniem). Dla przykładu, dyrektor niemieckiej firmy SGL Carbon AG, ukarany w USA najwyższą dotąd grzywną personalną (10 mln usd) za

Regulacje antykartelowe uznaje się natomiast za istotny element globalnej infrastruktury gospodarczej<sup>11</sup>.

Zwalczanie karteli, zwłaszcza międzynarodowych<sup>12</sup>, jest nadzwyczaj trudne. Kartele wykazują często wysoki stopień wyrafinowania, a partycypujące w nich przedsiębiorstwa ponoszą niejednokrotnie poważne nakłady, aby utrudnić wykrycie zмовы. Świadczą o tym choćby: (a) detale zawieranych porozumień (np. podział kwot sprzedaży z dokładnością do setnych procenta; ustalenia, kto z uczestników kartelu odpowiedzialny jest za dostawy posiłków i napojów w trakcie poufnych spotkań – *sic!*); (b) działania symulujące normalne zachowania rynkowe współników; (c) rozbudowany mechanizm monitorowania i egzekwowania porozumienia (np. tworzenie specjalnych „systemów alarmowych”, za pomocą których uczestnicy kartelu ostrzegają się wzajemnie o nagłej inspekcji władz), czy wreszcie (d) praktyka organizowania spotkań w krajach, gdzie ryzyko wykrycia nielegalnej kooperacji i sankcji antykartelowych jest relatywnie niskie (w porównaniu np. z USA). Ze zrozumiałych względów szczególną wagę konspiratorzy przykładają do postępowania z obciążającymi dokumentami. Albo unika się w ogóle dokumentowania potajemnej współpracy (w przypadku jednego z międzynarodowych karteli uczestników każdego ze spotkań instruowano: *No notes leave the room*)<sup>13</sup>, albo też konieczne dokumenty przechowuje się w lokalach osób prywatnych, a czasem po kryjomu niszczy. Znane są nawet przykłady przeprowadzania wewnętrznych audytów w celu sprawdzenia, czy dokumenty takie już

---

udział w kartelu elektrod grafitowych (jego firma zapłaciła grzywnę w wysokości 135 mln usd) powrócił bez przeszkód na zajmowane stanowisko. Notabene jego amerykański odpowiednik (wspólnik w tymże kartelu) został skazany na 17 miesięcy pozbawienia wolności i stracił posiadłość – zob. *International Herald Tribune* z 24 X 2000 r.

<sup>11</sup> C. S. Stark, *Jurisdiction and Enforcement: International Cooperation in the Pursuit of Cartels*, „George Mason Law Review” 1998, nr 6, s. 533.

<sup>12</sup> W niniejszym opracowaniu przyjęto szeroką formułę kartelu międzynarodowego, która obejmuje *sensu largo* porozumienia ograniczające, eliminujące lub w inny sposób naruszające konkurencję na rynku wewnętrznym danego kraju, spełniające nadto jedno lub więcej z następujących kryteriów: (a) jeden lub więcej uczestników kartelu ma siedzibę za granicą (kartel międzynarodowy *sensu stricto*); (b) informacje potencjalnie istotne dla funkcjonowania kartelu (a tym samym jego neutralizacji) są zlokalizowane za granicą; (c) zachowanie potencjalnie nielegalne na gruncie prawa krajowego zaistniało za granicą; (d) w związku z postępowaniem antykartelowym niezbędne są konsultacje (współpraca) z zagranicznymi władzami lub koordynacja działań w wymiarze międzynarodowym.

<sup>13</sup> Zob. W. J. Kolasky, *Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective*, Corporate Compliance 2002 Conference, Practising Law Institute (PLI), San Francisco, 12.7.2002 r., s. 5.

nie istnieją<sup>14</sup>. W takich okolicznościach ograniczanie się do konwencjonalnych metod przeciwdziałania kartelom okazuje się mało efektywne. Dlatego też w praktyce sięga się coraz częściej po instrumenty podobne do stosowanych w walce z zorganizowaną przestępczością o charakterze typowo kryminalnym.

Najbardziej skutecznym sposobem wykrywania i neutralizacji karteli (także międzynarodowych) okazała się tzw. polityka łagodnego traktowania (*leniency policy*), polegająca na odstąpieniu od karania lub łagodniejszym karaniu za naruszenie zakazu praktyk kartelowych. Termin *leniency* w szerokim tego słowa znaczeniu obejmuje nie tylko całkowite zwolnienie z kary, ale także jedynie jej obniżenie (np. w UE oznacza redukcję grzywny w przedziale od 0% do 100%). W niektórych systemach ochrony konkurencji (np. amerykańskim) termin ten, a także zamiennie używane określenia: *amnesty* oraz *immunity*, odnoszą się tylko do całkowitego odstąpienia od nakładania na dany podmiot jakichkolwiek publicznoprawnych sankcji antykartelowych.

## 2. PROGRAM ŁAGODNEGO TRAKTOWANIA W UE

U podstaw koncepcji łagodnego traktowania w sprawach antykartelowych, wypracowanej w USA, a następnie przyjętej w wielu innych systemach ochrony konkurencji; najpierw w UE (1996 r.), a później np. w Kanadzie, Niemczech i Wielkiej Brytanii (2000 r.), Irlandii i Francji (2001 r.), Holandii i Szwecji (2002 r.)<sup>15</sup>, leży założenie, że niektórzy uczestnicy karteli są skłonni zakończyć swój udział w nielegalnym procederze i ujawnić go władzom antymonopolowym, lecz powstrzymuje je obawa przed poniesieniem dotkliwych kar. Wymownym w tym kontekście jest fakt, że przed wprowadzeniem w UE programu łagodnego traktowania nie odnotowano ani jednego przypadku spontanicznego ujawnienia kartelu przez któregoś ze współników – przed wszczęciem postępowania – mimo że podjęcie współpracy z KE nawet wówczas mogło spowodować łagodniejszy wymiar kary<sup>16</sup>. Dlatego też, aby

---

<sup>14</sup> Zob. *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws*, OECD 2002, DAFFE/COMP(2002)7, s. 3.

<sup>15</sup> Szerzej *Report on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels*, OECD 2001, DAFFE/CLP(2001)13, s. 2 i n.

<sup>16</sup> J. M. Joshua, *If It's Wednesday It Must Be Brussels: A Brief Guide For Busy U.S. Lawyers To Understanding and Handling Cartel Cases in the EU*, Advanced International Cartel Workshop, New York 16.2.2001 r., s. 21.

umożliwić wykrywanie karteli i efektywne przeprowadzanie postępowań antykartelowych, zaczęto wprowadzać zasadę łagodniejszego traktowania uczestników karteli podejmujących współpracę z władzami antymonopolowymi. W przypadku programu unijnego, do czynników determinujących jego przyjęcie należały w szczególności: 1) wysokie wymagania Sądu Pierwszej Instancji (SPI) co do ciężaru dowodu i standardów postępowania dowodowego (współpraca z KE uczestników karteli znacznie ułatwia spełnienie tych wymagań); 2) niejawni z reguły charakter praktyk kartelowych, któremu towarzyszą często wyrafinowane zabiegi mające ukryć antykonkurencyjną zmowę; 3) konieczność stworzenia zachęty do możliwie najwcześniejszego ujawniania karteli (jeszcze przed wszczęciem postępowania przez KE)<sup>17</sup>; 4) nagminnie spotykana wcześniej odmowa współpracy przedsiębiorstw (i ich pracowników) z KE, nawet po wszczęciu postępowania wyjaśniającego, przybierająca postać „ściany milczenia”, niezależnie od wagi i mocy obciążających dowodów (zapewne nie bez wpływu na tę sytuację był fakt, że w przeciwieństwie do władz amerykańskich KE nie ma żadnych kompetencji władczych wobec osób fizycznych).

Poszczególne programy łagodnego traktowania mogą się różnić między sobą, zwłaszcza co do stopnia łagodzenia kary, zależnego od zakresu współpracy podjętej przez uczestnika kartelu z władzami antymonopolowymi. Kooperacja ta, jako przesłanka łagodnego traktowania, może przybrać (przynajmniej na gruncie programu unijnego) trojką formę: (a) przedstawienia dowodu istnienia kartelu (*whistleblowing*) – wykorzystana we właściwym momencie może prowadzić do całkowitego zwolnienia z kary; (b) niekwestionowania dokonanych ustaleń i nałożonych sankcji (*pleading guilty*) – nie jest już tak efektywną okolicznością łagodzącą jak wymieniona wyżej; (c) przyjęcia programu prewencyjnego – ma najniższy i niepewny walor, gdyż trudno jest wykazać w konkretnym przypadku, że program taki faktycznie przyczynił się do neutralizacji kartelu<sup>18</sup>.

W UE po raz pierwszy przyjęto program łagodnego traktowania w 1996 r.<sup>19</sup> (zob. obwieszczenie KE w sprawie nienakładania lub obni-

---

<sup>17</sup> Zachęcanie do informowania o praktykach kartelowych uznaje się za czynnik o kardynalnym znaczeniu w walce z kartelami – zob. A. Nourry, J. Carroll, *From dawn to dusk. Criminalization of hard-core cartels*, „Global Counsel” 2001, t. VI(9), s. 31 i n.

<sup>18</sup> W decyzji w sprawie *Volkswagen* (O.J. 1998, L 124/60) KE uznała, że zastosowanie programu prewencyjnego wypełniało w tym przypadku znamiona oszustwa, ergo okazało się okolicznością bardziej obciążającą niż łagodzącą.

<sup>19</sup> Nieoficjalnie KE stosowała już wcześniej politykę łagodniejszego karania przedsiębiorstw ujawniających swój udział w kartelu i podejmujących współpracę z Komisją – zob. sprawę *Cartonboard* [1994] 5 CMLR, s. 547.

zania kar pieniężnych w sprawach karteli<sup>20</sup>). W praktyce KE prezentowała początkowo raczej restryktywne podejście do polityki łagodzenia tego typu sankcji, o czym świadczy fakt, że przez długi okres żaden z jej beneficjentów nie uzyskał całkowitego zwolnienia z kary. Przedsiębiorstwa, które z powodzeniem mogłyby ubiegać się o całkowitą „amnestię kartelową” w USA, uzyskiwały redukcję grzywnien w wysokości maksymalnie 80%. Symptodem mających nastąpić zmian w tym względzie było precedensowe, całkowite zwolnienie z kary firmy *Aventis (ex Rhône-Poulenc)* – uczestnika międzynarodowych karteli producentów preparatów witaminowych<sup>21</sup>.

Już pierwsze doświadczenia z funkcjonowania unijnego programu łagodnego traktowania wykazały znaczący wzrost liczby wykrytych karteli (i ukaranych ich uczestników), niemniej jednak powodzenie tego programu okazało się znacznie mniej spektakularne niż w USA<sup>22</sup>. W odróżnieniu od programu amerykańskiego, oferującego zakwalifikowanemu przedsiębiorstwu, które pierwsze ujawni nielegalne porozumienie – jeszcze przed wszczęciem postępowania antykartelowego – automatyczną i całkowitą niekaralność (zarówno dla tego przedsiębiorstwa, jak i jego pracowników), na podstawie unijnego programu z 1996 r. przedsiębiorstwo takie wciąż musiało się liczyć z możliwością ukarania grzywną w wysokości 25% kwoty, jaka byłaby orzeczona bez uwzględnienia złagodzenia. Ponadto, przedsiębiorstwo zabiegające o zwolnienie z kary (lub choćby jej złagodzenie) i współpracujące z KE przez cały okres postępowania nie mogło uzyskać gwarancji (nawet warunkowej) łagodnego traktowania aż do momentu wydania decyzji kończącej sprawę. Wcześniejsze potwierdzenie zwolnienia z grzywny lub redukcji jej wysokości nie było bowiem możliwe. Wreszcie, złagodzenie najwyższego stopnia (100% redukcja grzywny) nie było możliwe w UE w przypadku, gdy KE przeprowadziła niezapowiedzianą kontrolę (w profesjonalnym żargonie nazywaną *dawn raid* – „nalotem o świcie”, czy bardziej romantycznie – „kontrolą o poranku”)<sup>23</sup>, nawet jeśli

---

<sup>20</sup> O.J. 1996, C 207/ 4.

<sup>21</sup> Zob. decyzję KE z 21.11.2001 r. w sprawie *Vitamins (O.J. 2003, L 6/1-89)*.

<sup>22</sup> Zob. D. G. Goyder, *EC Competition Law*, Oxford 2003, s. 148; A. J. Riley, *Cartel Whistleblowing: Toward an American Model?*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2002, t. 9, nr 1, s. 67 i n.

<sup>23</sup> Technika niezapowiedzianej inspekcji przedsiębiorstwa była, do czasu wprowadzenia programu łagodnego traktowania, podstawową metodą pozyskiwania materiału dowodowego w sprawach antykartelowych, prowadzonych przez KE. Opiera się ona na elemencie zaskoczenia i wykorzystuje nieuniknioną do pewnego stopnia cechę ludzkiej niedbałości, podczas gdy programy łagodnego traktowania eksploatują wewnętrzny konflikt, nieodłącznie towarzyszący każdej zмовie kartelowej. Obie techniki, choć



kontrola taka nie ujawniła dowodów wystarczających do wszczęcia postępowania antykartelowego. Dla porównania, amerykański program amnestyjny dopuszcza w podobnych sytuacjach całkowite zwolnienie z kary (dyskrecjonalne).

Ogólnie rzecz biorąc, mankamentem pierwszego programu łagodnego traktowania w UE była jego mała przejrzystość i pewność (poniekąd było to konsekwencją silnie uznaniowego, administracyjnego systemu egzekwowania wspólnotowych reguł konkurencji przez KE). Tymczasem praktyka dowodzi, że kluczowym warunkiem pozyskania współpracy uczestników kartelu z władzami antymonopolowymi jest właśnie zapewnienie pewności i transparentności w procesie stosowania tego rodzaju programu, tj. jasności co do obowiązujących w jego ramach norm i standardów postępowania<sup>24</sup>.

Poza tym, istotny wpływ na małą skuteczność unijnego programu miał niewątpliwie brak sankcji *stricte* karnych (zwłaszcza personalnych) w prawie konkurencji UE (pod tym względem sytuacja nie uległa zmianie do dzisiaj), a także dominujące wówczas przeświadczenie o raczej niewielkiej wykrywalności praktyk kartelowych w Europie oraz realności zastosowania przez KE wysokich grzywn korporacyjnych (mimo że już wówczas dysponowała ona taką kompetencją)<sup>25</sup>.

Nowy unijny program łagodnego traktowania, wprowadzony w życie obwieszczeniem KE z 13.2.2002 r. w sprawie zwalniania z grzywn lub obniżania ich wysokości w sprawach kartelowych<sup>26</sup>, maksymalizuje – wzorem programu amerykańskiego – zachęty do rezygnacji z udziału w kartelu, jego ujawnienia i współpracy z władzami antymonopolowy-

---

w różny sposób, umożliwiając pozyskiwanie dowodów i „rozbicie” kartelu. Szerzej o praktycznych aspektach „kontroli z zaskoczenia” w postępowaniach antykartelowych KE zob. C. Harding, J. Joshua, *op.cit.*, s. 165 i n. Autorzy przywołują anegdotyczne wręcz przypadki, kiedy to nawet prewencyjne działania zapobiegawcze uczestników kartelu (polegające na organizowaniu „próbnych inspekcji” przedsiębiorstwa przez zewnętrznych doradców) nie chroniły przed wykryciem przez władze antymonopolowe obciążających dowodów. Notabene takie próbne inspekcje spotykają się z ambiwalentnymi ocenami. Z jednej bowiem strony mogą być postrzegane jako nieszkodliwe, czy wręcz chwalebne działania sprzyjające przestrzeganiu prawa ochrony konkurencji, z drugiej zaś można w nich dopatrywać się także cynicznej wręcz praktyki mającej na celu ukrycie dowodów inkryminowanych praktyk – zob. *ibidem*, s. 167.

<sup>24</sup> Jak stwierdza S. D. Hammond, *Detecting and Deterring Cartel Activity Through an Effective Leniency Program*, International Workshop on Cartels, Brighton 21–22.11.2000 r., s. 7, w świetle doświadczeń amerykańskich niepewność procedur jest zabójcza dla programów amnestyjnych, i sprawia, że są one nieskuteczne.

<sup>25</sup> C. Harding, J. Joshua, *op.cit.*, s. 218.

<sup>26</sup> O.J. C 45, 19.2.2002 r., s. 3 (dokument ten bywa kolokwialnie nazywany obwieszczeniem Św. Walentego, jako że wszedł w życie 14.2.2002 r.).

mi. Podobnie jak jego poprzednik, nowy program obejmuje wyłącznie przypadki skrytych karteli horyzontalnych, których przedmiotem jest ustalenie cen, wielkości produkcji lub sprzedaży, podział rynków (w tym zmywy ofertowe) oraz ograniczanie importu lub eksportu (a zatem twarde kartele). Jest to podyktowane szczególną wagą tego rodzaju naruszeń prawa konkurencji oraz dużymi trudnościami w ich wykrywaniu. Ten ostatni aspekt wiąże się z faktem, że wszystkie strony skrytego kartelu są żywotnie zainteresowane w utrzymaniu go w tajemnicy. Dla porównania, informacje na temat wertykalnych porozumień ograniczających konkurencję są z reguły znacznie łatwiej dostępne, gdyż porozumienia takie są zazwyczaj jawne. Stąd też stosowanie do nich nadzwyczajnego instrumentu, o jakim mowa, byłoby niecelowe, a nawet szkodliwe.

Nowe obwieszczenie KE przewiduje dwojakiego rodzaju zachęty dla przedsiębiorstw chcących zaprzestać udziału w kartelu i podjąć współpracę z władzami antymonopolowymi, umożliwiającą jego wykrycie i neutralizację, tj. (1) całkowite zwolnienie z grzywny (immunitet) oraz (2) redukcję wysokości grzywny, w zależności od wartości pomocy udzielonej KE.

Ad (1) Na podstawie 5-letnich doświadczeń ze stosowania poprzedniego programu łagodnego traktowania, w celu zwiększenia pewności i przejrzystości postępowania oraz maksymalnego zachęcenia do podjęcia możliwie najwcześniej współpracy z KE wprowadzono (wzorem programu amerykańskiego) warunkową, pisemną gwarancję całkowitego zwolnienia z grzywny dla pierwszego przedsiębiorstwa, które podejmie taką współpracę (tzw. „*up front*” *guarantee*). Gwarancja taka jest udzielana na możliwie wczesnym etapie postępowania i wymaga zatwierdzenia po jego zakończeniu (ostateczne zwolnienie z kary jest możliwe tylko wówczas, gdy dostarczone dowody w decydujący sposób przyczynią się do wykrycia kartelu i ukarania jego uczestników). Zaskakującym jest fakt, że nowe obwieszczenie nie przewiduje mechanizmu „cofania” przyznanego immunitetu w trakcie toczącego się postępowania oraz oferowania go następnemu w kolejności aplikantowi (mechanizm taki przewiduje program amerykański).

Przedsiębiorstwo zaangażowane w kartel może uzyskać całkowite zwolnienie z kary, jeżeli: (a) jako pierwsze przedstawi konkretny i wiarygodny dowód na okoliczność praktyk kartelowych, który „w opinii KE” umożliwi jej podjęcie decyzji o przeprowadzeniu niezapowiedzianej kontroli (*dawn raid*) u pozostałych uczestników kartelu; alternatywnie (b) jako pierwsze przedstawi dowód, który „w opinii KE” umożliwi jej stwierdzenie naruszenia art. 81 Traktatu o Wspólnocie Europejskiej (TWE), ustanawiającego zakaz karteli. W tym drugim

przypadku fakt, że KE wszczęła już dochodzenie lub też jest w stanie to uczynić bez pomocy aplikanta, o którym mowa w punkcie (a), nie dyskwalifikuje jeszcze przedsiębiorstwa ubiegającego się o zwolnienie z kary. W takim jednak przypadku konieczne jest spełnienie wymogu, aby dostarczony dowód umożliwił KE wykrycie naruszenia zakazu karteli. Kryterium to jest szczególnie wymagające: od aplikanta oczekuje się dostarczenia bardzo konkretnego i bezpośredniego dowodu naruszenia tego zakazu<sup>27</sup>.

Niezależnie od powyższych wymagań, skorzystanie z dobrodziejstwa całkowitego zwolnienia z kary warunkuje spełnienie kilku dodatkowych kryteriów (notabene w nowym obwieszczeniu przesłanki dyskwalifikujące zostały określone bardziej restryktywnie w porównaniu z poprzednim programem). I tak, przedsiębiorstwo zobowiązane jest do pełnej współpracy z KE w toku postępowania, bez ograniczeń i opieśczości (dotyczy to także osób zatrudnianych przez przedsiębiorstwo). Zobowiązane jest ono także zakończyć nielegalną działalność nie później niż w momencie wystąpienia z aplikacją o zwolnienie z kary. Przesłanką dyskwalifikującą jest natomiast podejmowanie przez aplikanta działań przymuszających inne przedsiębiorstwa do udziału w kartelu. W nowym obwieszczeniu zrezygnowano natomiast ze stosowanego wcześniej zastrzeżenia, że nie mogą być łagodniej traktowane przedsiębiorstwa odgrywające kluczową rolę w kartelu (*ringleaders*)<sup>28</sup>.

Jak już podnoszono, całkowite zwolnienie z grzywny może uzyskać w danej sprawie tylko jedno przedsiębiorstwo. Jeśli zatem KE przyznała już takie zwolnienie w okolicznościach wskazanych w punkcie (a), nie może udzielić zwolnienia na podstawie punktu (b). Niemniej jednak zainteresowane przedsiębiorstwo może w takiej sytuacji ubiegać się o obniżenie grzywny w ramach odrębnej procedury (swoistego miarkowania kar).

Zupełnie nowym rozwiązaniem, mającym zwiększyć pewność prawa, jest stworzenie przedsiębiorstwom rozważającym wystąpienie z aplikacją o zwolnienie z grzywny możliwości negocjowania tej kwestii z KE w formule hipotetycznej (anonimowo)<sup>29</sup>. Procedura ta pozwala uwikła-

---

<sup>27</sup> M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym, w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, w europejskim prawie wspólnotowym*, Warszawa 2001, s. 20.

<sup>28</sup> Wśród uczestników karteli znajdują się często liderzy, którzy odgrywają w nich rolę wiodącą, a także przedsiębiorstwa (osoby), zajmujące pozycję raczej peryferyjną. Do tej drugiej kategorii należą z reguły mniejsze przedsiębiorstwa, godzące się na uczestnictwo w nielegalnym porozumieniu pod presją dużych koncernów.

<sup>29</sup> Podobną procedurę przewiduje np. szwedzki program łagodnego traktowania.

nemu w nielegalny proceder przedsiębiorstwu zorientować się co do szans spełnienia kryteriów uzyskania zwolnienia z kary bez konieczności ujawniania KE jego tożsamości oraz faktów i dowodów w sprawie<sup>30</sup>. Zarazem umożliwia upewnienie się, czy w przypadku wystąpienia z aplikacją zainteresowanemu przedsiębiorstwu nie grozi bezpowrotne pogorszenie jego sytuacji. Paradoksalnie jednak mechanizm hipotetycznego informowania o kartelu może sprzyjać cynicznym kalkulacjom uczestników karteli<sup>31</sup>.

Ad (2) Nawet wówczas, gdy KE zwolniła już z grzywny aplikujące przedsiębiorstwo lub samodzielnie uzyskała wystarczające dowody pozwalające stwierdzić naruszenie art. 81 TWE, zasadna może się okazać redukcja grzywien nakładanych na kolejnych uczestników kartelu zabiegających o złagodzenie kary w zamian za współpracę z KE. Taka współpraca może bowiem znacząco uprościć (ułatwić) i przyspieszyć postępowanie antykartelowe. Nowe obwieszczenie zastrzega jednak wyraźnie, że redukcja grzywny musi ściśle odpowiadać realnej wartości dowodów dostarczonych przez aplikantów. Dlatego, aby uzyskać redukcję grzywny, aplikujące przedsiębiorstwo powinno dostarczyć KE dowód prezentujący „szczególną wartość dodatkową” (*significant added value*)<sup>32</sup> w porównaniu z dowodami będącymi już w dyspozycji KE

---

<sup>30</sup> Korzystając z tej procedury, przedsiębiorstwo może przedstawić listę rzeczywistych dowodów proponowanych do ujawnienia w późniejszym terminie, a także kopie dowodów w okrojonej formie, by zademonstrować naturę i treść dowodów rzeczywistych.

<sup>31</sup> Szerzej J. M. Joshua, *Hold or fold? The Commission's new Leniency Notices*, „The European Antitrust Review” 2003, „A Global Competition Review special report”, s. 3–4.

<sup>32</sup> W obwieszczeniu KE z 1996 r. odpowiednikiem tak kwalifikowanego dowodu był „decydujący dowód” (*decisive evidence*), w żargonie określany jako dowód w postaci „dymiącej strzelby” (*smoking gun evidence*), w praktyce utożsamiany z dokumentami potwierdzającymi istnienie kartelu. Odstąpienie od wymogu dostarczenia tak kwalifikowanego dowodu ma (wzorem programu amerykańskiego) zintensyfikować „wyścig” aplikantów po korzyści oferowane w ramach programu łagodnego traktowania, poprzez poszerzenie kręgu potencjalnych denuncjatorów. Na korzyści te mogą liczyć już nie tylko uczestnicy kartelu dysponujący „kluczowymi” informacjami, ale także ci z nich, którzy z powodu peryferyjnej roli w kartelu nie byłiby w stanie spełnić testu „decydującego dowodu”, ale których współpraca z władzami antymonopolowymi może doprowadzić do takiego dowodu (efektywność takiego rozwiązania została potwierdzona w praktyce amerykańskiej – np. w sprawie kartelu elektrod grafitowych). Wymogu przedstawienia decydującego dowodu nie przewidują też programy łagodnego traktowania w Kanadzie, Wielkiej Brytanii i Brazylii – zob. S. D. Hammond, *When Calculating the Costs and Benefits of Applying for Corporate Amnesty, How Do You Put a Price Tag on an Individual's Freedom?*, The Fifteenth Annual National Institute on White Collar Crime, San Francisco 8.3.2001 r., s. 15.

(tzw. test SAV). Przyjmuje się, że dowód prezentuje ową kwalifikowaną wartość, jeżeli wzmacnia, przez swój charakter oraz szczegółowość, zdolność KE do udowodnienia spornych faktów w postępowaniu antykartelowym. Z reguły KE uznaje za szczególnie wartościowe dowody aktualne, bezpośrednie i w formie pisemnej (np. odręczne notatki ze spotkań uczestników kartelu lub listy wspólnie ustalonych cen), w mniejszym zaś stopniu dowody pośrednie i powstałe później (np. oświadczenia, zeznania oraz zapisy dotyczące kosztów podróży w związku ze spotkaniami uczestników kartelu). Pojęcie „szczególnej wartości dodatkowej” nie zostało sprecyzowane w obwieszczeniu KE. Byłoby to zresztą niemożliwe, gdyż znaczenie to można oceniać tylko w kontekście każdego konkretnego przypadku<sup>33</sup>. Niewątpliwie jednak owa względna dodatkowa wartość dowodu z reguły obniża się systematycznie wraz z upływem czasu. Dlatego przyjęto, że przedział czasu, w którym może być stosowana redukcja grzywny zależy od tego, czy przedsiębiorstwo było pierwszym, drugim, trzecim czy kolejnym aplikantem spełniającym test SAV. Każdemu przedsiębiorstwu, które dostarczyło dowód kwalifikowany jako „*significant added value*”, KE gwarantuje redukcję grzywny w określonych granicach. Pierwszemu – w wysokości od 30% do 50%, drugiemu – od 20% do 30%. Kolejne przedsiębiorstwa, które spełniły test SAV, mogą uzyskać redukcję w wysokości do 20% wysokości grzywny. Poziom redukcji grzywien w ramach ustalonych granic KE ustala uwzględniając czas, w jakim wniosek spełniający kryteria został złożony (w odniesieniu do etapu postępowania prowadzonego przez KE) oraz wymiar „dodatkowej wartości” przedstawionego dowodu. Brany jest też pod uwagę zakres i przebieg współpracy aplikanta z władzami antymonopolowymi<sup>34</sup>.

W orzecznictwie SPI potwierdzono, że zastosowanie zróżnicowanej redukcji grzywny na podstawie tej samej klauzuli nie oznacza naruszenia zasady równego traktowania (nie jest formą dyskryminacji). Komisja Europejska jest w pełni uprawniona do stosowania zróżnicowanego poziomu redukcji grzywien, w zależności od tego, jaką wartość prezentuje współpraca aplikantów<sup>35</sup>.

Nowe obwieszczenie KE konsekwentnie zastrzega, że zwolnienie z grzywny lub obniżenie jej wysokości nie chroni przedsiębiorstwa przed

---

<sup>33</sup> F. Arbault, F. Peiró, *The Commission's new notice on immunity and reduction of fines in cartel cases: building on success*, „Competition Policy Newsletter” 2002, nr 2, s. 21.

<sup>34</sup> Ibidem, s. 22.

<sup>35</sup> Zob. wyrok SPI w sprawie T-21/99 *Dansk Rorindustri v. Commission* [2002] ECR II-1681, pkt 245.

cywilnoprawnymi konsekwencjami udziału w porozumieniu kartelowym (zob. pkt 31). Nie wspomina jednak, w odróżnieniu od programu amerykańskiego, o wymogu dokonania przez aplikanta restytucji szkód (o ile jest możliwa)<sup>36</sup>.

Już na gruncie programu łagodnego traktowania wprowadzonego w UE w 1996 r. formułowano pogląd, który zachowuje aktualność także obecnie, że ewentualne „kolektywne” ujawnienie kartelu przez wszystkich jego uczestników, gdy zakończył już on swój byt w sposób naturalny, nie dawałoby podstaw do ich łagodnego potraktowania przez KE (a w szczególności całkowitego zwolnienia z kary wszystkich uczestników kartelu). Przeciwnie stanowisko podważałoby sens przyjętej polityki łagodnego traktowania i pozostawałoby w sprzeczności z jej funkcją prewencyjną (odstraszania)<sup>37</sup>.

Wydaje się, że mimo głębokich modyfikacji nowy unijny program łagodnego traktowania nie wyeliminował zupełnie elementu niepewności (uznaniowości) w działaniach KE, szczególnie w zakresie oceny dowodów dostarczanych przez aplikantów (np. kiedy dowody uznane będą za wystarczające do przeprowadzenia niezapowiedzianej kontroli, co jest warunkiem zwolnienia z kary?<sup>38</sup>; w jakim stopniu „dodatkowa wartość” dowodu dostarczonego przez informatora znajdzie odzwierciedlenie w ewentualnej redukcji grzywny?). Nowy program jest też bardziej skomplikowany i mniej przewidywalny w porównaniu z jego amerykańskim odpowiednikiem. Ten ostatni koncentruje się na pierwszym informatorze i wyklucza możliwość łagodniejszego traktowania późniejszych (w ramach programu amnestyjnego), stawiając uczestników karteli przed prostą alternatywą<sup>39</sup>.

Co więcej, mimo deklaracji KE program unijny nie jest wolny od ryzyka manipulacji, a w niektórych okolicznościach może bardziej po-

---

<sup>36</sup> Zaiste trudno byłoby zgodzić się na to, aby sprawca naruszenia prawa zwalniany z kary mógł zachować nielegalnie uzyskane korzyści. Dlatego też w interesie publicznym może być ustanowienie wymogu, aby uczestnik kartelu aplikujący o łagodne traktowanie podjął starania o zwrot korzyści uzyskanych w wyniku praktyk kartelowych. Dzięki temu jego skrucha może być bardziej wiarygodna niż działanie podyktowane jedynie chęcią uniknięcia kary.

<sup>37</sup> Szerzej W. P. J. Wils, *The Commission notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases: a legal and economic analysis*, „European Law Review” 1997, nr 22, s. 133. Podobne stanowisko zajmują amerykańskie władze antymonopolowe – zob. *Report on Leniency...*, s. 7.

<sup>38</sup> Pojawiają się nawet opinie, że test „decydującego dowodu” (w poprzednim programie) był znacznie mniej uznaniowy (subiektywny) od testu „dowodu pozwalającego na przeprowadzenie niezapowiedzianej kontroli” – tak np. C. Harding, J. Joshua, *op.cit.*, s. 220.

<sup>39</sup> *Ibidem*, s. 221.

wstrzymywać uczestników kartelu przed jego ujawnieniem, niż do tego zachęcać.

### 3. AMERYKAŃSKI PROGRAM AMNESTYJNY

W zmodyfikowanej formie program amnestyjny funkcjonuje w USA od 1993 r. W pierwotnej wersji, przyjętej w 1978 r., program ten charakteryzował się wysoce dyskrecjonalnymi uprawnieniami władz antymonopolowych, a nadto nie miał w ogóle zastosowania do toczącego się już postępowania antykartelowego (z powodu systematycznego spadku aplikacji program ten szybko utracił praktyczne znaczenie).

W aktualnej wersji amerykański program amnestyjny<sup>40</sup> gwarantuje automatyczne (nieuznaniowe) i całkowite zwolnienie z sankcji karnych (immunitet) dla przedsiębiorstwa (i jego pracowników), które jako pierwsze ujawni swój udział w kartelu przed wszczęciem postępowania antykartelowego<sup>41</sup>. Skorzystanie z tego przywileju warunkują dodatkowe przesłanki, a w szczególności: (a) brak informacji o nielegalnej aktywności aplikanta pochodzących z innych źródeł; (b) podjęcie przezeń niezwłocznych i skutecznych kroków mających zakończyć jego udział w kartelu; (c) rzetelna i pełna współpraca z władzami antymonopolowymi w toku postępowania antykartelowego; (d) dokonanie restytucji szkód wyrządzonych praktykami kartelowymi (o ile jest możliwa)<sup>42</sup>; (e) nie przymuszanie innych przedsiębiorstw do udziału w kartelu oraz nie odgrywanie w nim wiodącej bądź też inicjującej roli.

---

<sup>40</sup> Opis programu dostępny jest pod adresem <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm>

<sup>41</sup> Dla przykładu, znany dom aukcyjny Christie's uniknął w USA jakichkolwiek sankcji karnych za udział w zмовie kartelowej ze swoim głównym konkurentem, tj. Sotheby's, jako że pierwszy złożył satysfakcjonującą aplikację w ramach programu amnestyjnego („drugie” miejsce kosztowało Sotheby's wielomilionową grzywnę korporacyjną oraz więzienie dla dwóch dyrektorów) – zob. sprawę *Kruman, et al. v. Christie's Int'l PLC, et al.*, 129 F. Supp. 2d 620 (S.D.N.Y. 2001); szerzej G. Salvador, *Few Bidders for Auction Houses*, [http://umsis.miami.edu/~gsalvado/Auction\\_Houses\\_End.pdf](http://umsis.miami.edu/~gsalvado/Auction_Houses_End.pdf)

<sup>42</sup> Amerykański program amnestyjny, podobnie jak jego unijny odpowiednik, nie chroni przed roszczeniami cywilnoprawnymi z tytułu naruszenia zakazu karteli. Wymóg dokonania restytucji odnosi się do wyrównania rzeczywistych strat i nie eliminuje ryzyka powództw cywilnych, zwłaszcza dotyczących roszczeń o tzw. potrójne odszkodowania (to w drodze powództw cywilnych dokonuje się też z reguły restytucja szkód). Orzeczenia w sprawie restytucji mają w USA pierwszeństwo przed wszelkimi karami pieniężnymi należnymi państwu. Oznacza to, że jeżeli majątek przedsiębiorstwa nie wystarcza na zaspokojenie wszystkich roszczeń i należności z tytułu grzywien, w pierw-

Alternatywnie, pierwsze przedsiębiorstwo, które ujawni swój udział w kartelu może uzyskać całkowite zwolnienie z sankcji karnych nawet już po rozpoczęciu postępowania antykartelowego, jeśli spełni określone wymogi (w większości analogiczne do wyżej wymienionych), a przyznanie mu immunitetu nie będzie dyskryminowało innych przedsiębiorstw. Innymi słowy, także po wszczęciu postępowania antykartelowego władze antymonopolowe mogą odstąpić od ukarania aplikanta, ale decyzja podjęta w takich okolicznościach ma już charakter uznaniowy. W odróżnieniu od programu unijnego, w ramach programu amerykańskiego drugi i następni aplikanci nie mogą uzyskać złagodzenia kary (w żadnych okolicznościach). Mogą natomiast liczyć na takie złagodzenie (w pełni dyskrecjonalne) w ramach powszechnej instytucji procesowej, jaką jest ugoda sądowa z oskarżycielem (tzw. *plea bargain*).

Amerykański program amnestyjny gwarantuje łagodne traktowanie także osobom fizycznym, tj. kadrze zarządzającej i innym pracownikom przedsiębiorstwa partycypującego w kartelu (nie dotyczy to w zasadzie jego byłych pracowników), którzy ujawnią praktyki kartelowe i podejmą współpracę z władzami antymonopolowymi. Analogicznie do korporacyjnej części programu amnestyjnego (w USA funkcjonują właściwie dwa takie programy: korporacyjny oraz indywidualny), pierwsza osoba informująca władze o kartelu przed rozpoczęciem postępowania antykartelowego uzyskuje automatycznie całkowite zwolnienie z jakichkolwiek sankcji karnych (po spełnieniu określonych wymogów), natomiast informatorzy zgłaszający się później mogą być zwolnieni z kary na podstawie uznaniowej decyzji władz.

Podkreślić należy, że w USA formalne przyrzeczenie warunkowe immunitetu może nastąpić już we wczesnej fazie postępowania – nawet w ciągu 48 godzin od zgłoszenia się aplikanta<sup>43</sup> (w ekstremalnych przypadkach odmowy współpracy w późniejszym jego etapie przyrzeczenie takie może być cofnięte).

W wyniku kilkunastoletnich doświadczeń zebranych w czasie stosowania programu amnestyjnego amerykańskie władze antymonopolowe wypracowały jego zmodyfikowane wersje, mające zwiększyć skuteczność wykrywania karteli. Pierwszą z nich jest tzw. *Amnesty Plus*

---

szej kolejności zaspokaja się roszczenia pokrzywdzonych, co oczywiście nie wyklucza możliwości dochodzenia przez nich roszczeń na drodze cywilnoprawnej – zob. United States Sentencing Commission, Guidelines Manual, §8B1.1 i §8D1.4(b)(4) (XI 2003).

<sup>43</sup> J. Joshua, *The Criminalisation of Antitrust. Leniency and Enforcement: the Carrot and the Stick. A View from Europe*, International Bar Association, Amsterdam 2000, s. 16.



*Program*, który umożliwia przedsiębiorstwu, które nie zakwalifikowało się do zwolnienia z kary w odniesieniu do pierwszego z ujawnionych karteli (np. ubiegł je w „wyścigu” o zwolnienie z kary współnik), uzyskanie immunitetu w odniesieniu do drugiego kartelu, w którym uczestniczyło i do którego wykrycia istotnie się przyczyniło (tzw. *‘amnesty part’*), a także znaczącego dodatkowego złagodzenia kary za udział w pierwszym kartelu (tzw. *‘plus part’*). Rozwiązanie to zachęca przedsiębiorstwa, wobec których toczy się już postępowanie, do ujawniania pełnych informacji o ich zaangażowaniu w antykonkurencyjne praktyki (około połowy prowadzonych w USA w 2001 r. postępowań w sprawach karteli międzynarodowych było efektem tego właśnie rozwiązania)<sup>44</sup>. Inną strategią jest koncentrowanie wysiłków dochodzeniowoegzekucyjnych na sektorach gospodarki budzących podejrzenia (np. z powodu udziału w nich jednego lub kilku uczestników wykrytych karteli – tzw. *Cartel Profiling*). Trzecią strategią jest konstrukcja podwyższonej kary (*Penalty Plus*). Okolicznością obciążającą, skutkującą wyższym wymiarem kar, jest ujawnienie przez władze antymonopolowe innego naruszenia prawa antytrustowego obok tego, w odniesieniu do którego toczy się postępowanie<sup>45</sup>.

W praktyce amerykańskiej wypracowano też mechanizm zachęcający do jak najszybszego informowania władz antymonopolowych o udziale w praktykach kartelowych (tzw. system oznaczania – *marker system*), polegający na „rezerwacji” pierwszego miejsca, premiowanego immunitetem, dla przedsiębiorstwa, które dla przygotowania pełnej aplikacji potrzebuje dodatkowego czasu (np. na przeprowadzenie wewnętrzznego dochodzenia). W razie dokonania takiej rezerwacji, żadne inne przedsiębiorstwo (poza „oznaczonym” aplikantem) nie może uzyskać zwolnienia z kary, chyba że beneficjent warunkowego immunitetu nie spełnił w wyznaczonym czasie kryteriów aplikacji. Rozwiązanie takie premiuje uczestników karteli decydujących się na niezwłoczne zawiadomienie władz o naruszeniu prawa. Notabene rozwiązania takiego nie przewiduje program unijny (możliwość przedstawienia dowodów w formule hipotetycznej nie zapewnia takiej pewności jak przedstawiona konstrukcja).

---

<sup>44</sup> *Report on Leniency...*, s. 12.

<sup>45</sup> Wprowadzenie tego rozwiązania ma skłaniać do wyjawiania pełnych informacji o kartelowej aktywności aplikujących przedsiębiorstw, a także przeciwdziałać swoistej „recydywie”. Szczególnie pouczającym w tym kontekście był przypadek koncernu farmaceutycznego F. Hoffman-LaRoche, który w toku postępowania dotyczącego jego udziału w kartelu kwasu cytrynowego kontynuował przestępczą działalność w ramach kartelu witaminowego – szerzej S. D. Hammond, *Detecting...*, s. 3–4.

Z powodu częstych problemów w egzekwowaniu prawa antytrustowego względem podmiotów zagranicznych (jak się okazuje, dotyczy to nawet władz amerykańskich), wielonarodowym korporacjom oraz ich kadrze zarządzającej oferuje się unikalną, choć ograniczoną preferencję. Oto dyrektorzy zagranicznych przedsiębiorstw, którzy poinformują władze amerykańskie (indywidualnie lub wspólnie z macierzystą firmą) o udziale w kartelu oraz zaoferują współpracę umożliwiającą poddanie sankcjom pozostałych współników, mogą liczyć na gwarancję niekaralności lub ugodę zapewniającą niestosowanie kary więzienia (tzw. *no-jail deal*). Możliwość ta jest jednak ograniczona (wyklucza ją skazanie na karę pozbawienia wolności obywatela amerykańskiego – uczestnika tego samego kartelu – którego obciąża taki sam lub mniejszy ładunek winy). Na marginesie warto tu odnotować, że adwokaci reprezentujący firmy uwikłane w praktyki kartelowe rutynowo zwracają się do władz antymonopolowych z „lukratywnymi” ofertami zapłaty przez ich klientów wysokich grzywien korporacyjnych lub personalnych w zamian za rezygnację ze stosowania kary więzienia dla kluczowej kadry kierowniczej tych przedsiębiorstw. Adwokaci ci często argumentują, że skuteczne skazanie (tj. takie, które będzie można wyegzekwować) lub grzywna są lepsze niż „puste oskarżenie” (trudne, czy nawet niemożliwe do wyegzekwowania z powodów jurysdykcjach). Jednakże z punktu widzenia polityki amerykańskich władz antymonopolowych, dla których kluczowe znaczenie ma czynnik odstraszenia<sup>46</sup>, stygmat i inne konsekwencje wynikające z uznania za osobę ściganą międzynarodowym listem gończym są dalece bardziej efektywną sankcją niż wyrok w formule *no-jail*, niezależnie od wysokości nałożonej grzywny<sup>47</sup>.

Zasadnicze różnice między amerykańskim a unijnym systemem ochrony konkurencji dotyczą nie tyle programów łagodnego traktowania, co raczej materialnych rozwiązań przewidzianych w obu systemach. Idzie głównie o obecność sankcji karnych (kryminalnych) w prawie antytrustowym, których nie przewiduje unijne prawo konkurencji. W konsekwencji, amerykański program amnestyjny ma znacznie więcej do zaoferowania, zwłaszcza dla podmiotów indywidualnych (pracowników czy też reprezentantów przedsiębiorstw uczestniczących w kartelu), niż jego unijny odpowiednik.

---

<sup>46</sup> W polityce antykartelowej optymalne odstraszanie jest bardziej preferowane niż rekompensata szkód wyrządzonych przez nielegalne praktyki (nawet z perspektywy konsumentów), albowiem jeśli jest ono skuteczne, problem wyrównania szkód nie istnieje.

<sup>47</sup> S. D. Hammond, *When Calculating the Costs...*, s. 11–12.

#### 4. O MECHANIZMIE ORAZ ZALETACH I WADACH PROGRAMÓW ŁAGODNEGO TRAKTOWANIA

Koncepcja programów łagodnego traktowania zasadza się na zwiększeniu prawdopodobieństwa wykrycia karteli i poddania sankcjom ich uczestników poprzez „zburzenie ściany milczenia” od środka. Temu ze współników w kartelu, który zdecyduje się dostarczyć władzom antymonopolowym informacje umożliwiające neutralizację antykonkurencyjnej zмовy oferuje się łagodne traktowanie. Przyjęcie kryterium „pierwszeństwa” ujawnienia praktyk kartelowych, jako warunku skorzystania z całkowitego zwolnienia z kary, świadczy o uznaniu jako główny cel polityki łagodzenia kar wykrywanie skrytych karteli. Programy łagodnego traktowania całkowicie zmieniły dotychczasowe postępowanie uczestników karteli, wobec których wszczęto postępowanie wyjaśniające. Wcześniej powszechnie stosowaną przez nich (i często skuteczną) strategią było działanie na zwłokę, w celu maksymalnego przewleczenia postępowania antykartelowego. Jeżeli wszyscy konspiratorzy konsekwentnie stosowali się do formuły: *if nobody talks, everybody walks*, i odmawiali współpracy z władzami antymonopolowymi, szanse powodzenia tych ostatnich były zazwyczaj nikłe. Programy łagodnego traktowania sprawiają natomiast, że jakikolwiek przejaw zainteresowania władz domniemaną zmovą kartelową może sprowokować „wyścig” uczestników kartelu po korzyści przewidziane dla pierwszego z tych, który ujawni zmovę (tylko on bowiem korzysta z całkowitego zwolnienia z kary, zgodnie z formułą: *the winner takes it all*). Podjęcie współpracy przez jedno czy dwa przedsiębiorstwa partycypujące w kartelu wywołuje często wśród pozostałych panikę, kreując efekt domina, czego efektem jest niespotykana wcześniej skłonność do współpracy uczestników karteli z władzami antymonopolowymi.

Ponieważ całkowite zwolnienie z kary stanowi daleko idący wyjątek od ogólnych założeń polityki stosowania sankcji za najpoważniejsze naruszenie reguł konkurencji, jakim są praktyki kartelowe, przyjęto, że tylko jedno przedsiębiorstwo może uzyskać takie zwolnienie w danej sprawie. Poza tym, powszechna świadomość, że tylko pierwszy informator uzyskuje „główną nagrodę” potęguje napięcie między uczestnikami kartelu i pobudza skłonność do jego dekonspiracji. Każdy bowiem uczestnik kartelu ma świadomość, że którykolwiek ze współników może okazać się tym „pierwszym”. W takich okolicznościach naturalne jest pytanie, jakie musi sobie stawiać każdy z nich: „Czy naprawdę mogę ufać moim konkurentom?”. Programy łagodnego traktowania pomysła-

no zatem jako narzędzie pobudzania i wykorzystywania nieufności i niepewności nieodłącznie towarzyszących każdemu chyba nielegalnemu przedsięwzięciu w celu przełamania resztek solidarności uczestników kartelu (warto przy tym podkreślić, że ułatwia to taka jego konfiguracja, w której wspólnicy zajmują nierównoważną pozycję).

W tym miejscu wypada podkreślić, że wewnątrznie kartel jest niestabilną konstrukcją, będącą raczej produktem „rozejmu”, niż rzeczywistego przymierza (jego uczestnicy pozostają przecież rywalami rynkowymi)<sup>48</sup>. Kartel pomimo tego, że nosi cechy *quasi* monopolu, w istocie nim nie jest, gdyż równie silną jak dążenie do współdziałania jest skłonność do wyłamywania się z porozumienia w nadziei na zwiększenie (kosztem innych uczestników rynku, a zwłaszcza konkurentów) udziału w rynku i zysków. Kooperacja wspólników w kartelu zależy od wiary, że jest to dla nich opłacalne (mamy tu do czynienia z ciągłym procesem kalkulowania korzyści i strat). W takiej sytuacji trudno nawet mówić o lojalności konspiratorów. W konsekwencji nieuniknioną cechą karteli jest tendencja do wewnętrznych nadużyć. Zatem mimo potencjalnie wysokich profitów, jakie generują, kartele muszą być koordynowane i egzekwowane. Jeżeli odpowiednich sankcji lub mechanizmu dyscyplinującego nie przewidziano, naturalną jest tendencja do ich destabilizacji czy nawet samoeliminacji, gdyż każdy ze wspólników stara się maksymalizować swoje zyski, bez względu na przyjęte zobowiązania (jak bowiem głosi angielskie powiedzenie: *there is no honor among thieves*). Jedną z najczęstszych przyczyn samorzutnego rozpadu karteli są zresztą oportunistyczne zachowania ich uczestników (oszustwa i konflikty na tle podziału rynku)<sup>49</sup>.

Podniesione aspekty porozumień kartelowych stały się inspiracją do zastosowania koncepcji „dylematu więźnia” (wykształconej na gruncie teorii gier)<sup>50</sup> w badaniach nad ich formowaniem się i rozpadem (kon-

---

<sup>48</sup> C. Harding, J. Joshua, op.cit., s. 210.

<sup>49</sup> Zob. R. A. Cass, K. N. Hylton, *Antitrust Intent*, „Southern California Law Review” 2001, t. 74, s. 703. Stabilność kartelu mogą osłabiać, różnymi zresztą metodami, także jego klienci (np. informując, nawet niezgodnie z prawdą, o nadużyciach popełnianych przez jednego z uczestników kartelu pozostałych, albo też dokonując zakupów za pośrednictwem pojedynczego agenta, który dzięki pozycji monopolistycznej może doprowadzić do powstania w ramach kartelu koalicji skłonnych do separatystycznych transakcji) – ibidem. Wśród innych czynników destabilizacji czy nawet dezintegracji karteli wymienia się: przyczyny polityczne, pojawienie się substytutów towarowych oraz zmiany technologiczne – szerzej M. C. Levenstein, V. Y. Suslow, *What Determines Cartel Success?* [w:] P. Grossman (red.), *How Cartels Endure and How They Fail: Studies of Industrial Collusion*, Cheltenham 2004 (w druku).

<sup>50</sup> Za twórcę tej koncepcji uznaje się matematyka A. Tuckera, który zaprezentował ją po raz pierwszy w 1950 r., wykładając teorię gier w Uniwersytecie Stanford.

cepcja ta nadaje się również doskonale do analizy zachowań potencjalnych aplikantów w ramach programów łagodnego traktowania<sup>51</sup>). Mechanizm tych programów wydatnie zwiększa koszty oraz ryzyko udziału w kartelu, tj. jego ujawnienia przez któregoś ze współników, a w konsekwencji – ukarania pozostałych. To zaś podważa pierwotne korzyści z zachowania solidarności między nimi (w postaci nadzwyczajnych zysków z nielegalnego porozumienia oraz niskiego ryzyka jego wykrycia i ukarania współników)<sup>52</sup>, i stawia ich przed alternatywą: szybko wkroczyć do gry, czy też wyczekując – ryzykować utratę wszystkiego? Rzecz jasna, aby dylemat ten był rzeczywisty, muszą być spełnione dwie przesłanki: 1) wiara w prawdopodobieństwo wykrycia nielegalnej zмовы; 2) obawa konsekwencji jej wykrycia. Dlatego tak ważna jest jednoznaczna i stanowcza postawa władz w zakresie wykrywania i neutralizowania praktyk kartelowych. Tylko wówczas programy łagodnego traktowania będą efektywne, jeżeli towarzyszyć im będzie adekwatny system sankcji.

Metoda „kija i marchewki”, stosowana w postępowaniach antykartelowych wymaga, aby „kij” (potencjalna kara) był wystarczająco dolegliwy, a przez to wystarczająco zachęcająca okazała się „marchewka” (możliwość uniknięcia bądź też złagodzenia kary dzięki kooperacji z władzami antymonopolowymi). Z tego też powodu potencjalne sankcje antykartelowe, aby były efektywne, muszą być wystarczająco surowe (tj. muszą znacznie przewyższać spodziewane profity z udziału w kartelu)<sup>53</sup>. Bardzo ważną rolę odgrywają tu ewentualne sankcje karne grożące pracownikom (w szczególności kadrze zarządzającej) przedsiębiorstwa zaangażowanego w praktyki kartelowe. W systemach ochrony konkurencji dopuszczających odpowiedzialność karną (kryminalną)<sup>54</sup>, sankcje te (a zwłaszcza kara więzienia) są zwykle wymierzone w wyższą kadrę zarządzającą, podczas gdy pracownikom niższych szczebli

---

<sup>51</sup> Szerzej w tej kwestii P. C. Zane, *The price fixer's dilemma: applying game theory to the decision of whether to plead guilty to antitrust crimes*, „Antitrust Bulletin” 2003, t. 48, nr 1.

<sup>52</sup> C. Harding, J. Joshua, op.cit., s. 216.

<sup>53</sup> Ibidem; podobnie *Report on Leniency...*, s. 3 i 14. Podkreślić przy tym należy, że zwiększanie wymiaru kar za naruszenie zakazu karteli podnosi efektywność programów łagodnego traktowania pod warunkiem, że wystarczająco odczuwalna jest „gratyfikacja” w zamian za ujawnienie kartelu (całkowite zwolnienie z kary lub odpowiednio znacząca jej redukcja) – szerzej J. Hinloopen, *An Economic Analysis of Leniency Programs in Antitrust Law*, „De Economist” 151, Nr 4, 2003, s. 419 i n.

<sup>54</sup> W tej kwestii zob. R. Molski, *Sankcje penalne w prawie kartelowym* [w:] *Księga Jubileuszowa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego*, Szczecin 2004 (w druku).

gwarantuje się niekaralność w zamian za denuncjowanie zwierzchników<sup>55</sup>. Ta wyjątkowo efektywna w praktyce konstrukcja wprowadza do kartelu mechanizm samodestrukcji (barwnie opisywany w literaturze jako *dog eat dog environment*), ze zrozumiałych względów przyjmowany z entuzjazmem przez funkcjonariuszy organów antymonopolowych<sup>56</sup>. Na marginesie tylko warto też dodać, że brak sankcji *stricto* karnych (zwłaszcza kary pozbawienia wolności) powoduje, że rozważanie zakończenia udziału w kartelu ma w dużej mierze charakter kalkulacji czysto finansowej<sup>57</sup>.

Dla skuteczności programów łagodnego traktowania konieczne jest, aby silną i skuteczną była władza egzekwująca przestrzeganie zakazu karteli. Nie wydaje się współgrać z tą dyrektywą fakt, że KE nie dysponuje kompetencją w zakresie karania osób fizycznych za udział w praktykach kartelowych. Brak personalnego ryzyka poniesienia sankcji karnych za praktyki kartelowe w UE skłania do milczenia i polegania na tradycyjnej solidarności uczestników kartelu. Nie zachęca do współpracy z KE, a w konsekwencji zmniejsza szanse jego wykrycia. Uniemożliwia też wykorzystanie konfliktu interesów: przedsiębiorstwa (korporacji) oraz jego pracowników. Zdecydowanie dogodniejszą pozycję w tym względzie zajmują władze amerykańskie, co ułatwia im pozyskiwanie kluczowych dowodów w postępowaniach kartelowych nawet wówczas, gdy dokumentacja w sprawie jest bardzo skromna. Często to właśnie gwarancja niekaralności dla pracowników, którzy decydują się ujawnić udział firmy w kartelu oraz współpracować z władzami antymonopolowymi okazuje się największą zachętą w ramach programu łagodnego traktowania. To wyjaśnia, dlaczego najgroźniejsze kartele o zasięgu międzynarodowym (np. witaminowy, lizyny, elektrod węglowych, kwasu cytrynowego) wykrywano najpierw w USA, a dopiero później następowały reakcje władz antymonopolowych w innych krajach (UE)<sup>58</sup>. Wszelako fakt, że także program unijny przyniósł nie

---

<sup>55</sup> W praktyce sprawcami naruszenia zakazu karteli są najczęściej pracownicy wyższego szczebla – tak W. J. Kolasky, *Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective*, [w:] Materiały z konferencji *Corporate Compliance 2002 Conference, Practising Law Institute (PLI)*, San Francisco 12.7.2002 r., s. 15.

<sup>56</sup> D. Baker, *The Use of Criminal Law Remedies to Punish Cartels and Bid Rigging*, *George Washington Law Review Symposium* 22–23.3.2001 r., s. 12.

<sup>57</sup> Sankcje finansowe mogą być cynicznie postrzegane jako akceptowalny koszt działalności gospodarczej – wręcz jako „opłata za licencję na uprawianie praktyk kartelowych” – zob. L. A. Sullivan, W. S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, St. Paul 2000, s. 894.

<sup>58</sup> J. M. Joshua, *Cartels International, Inc: The New Global Business, Compliance Programmes and Good Corporate Governance*, Dublin, V 2000, s. 25; zob. też idem, *The Criminalisation...*, s. 5 i n.

notowane wcześniej rezultaty świadczyć może o tym, że brak zagrożenia sankcjami personalnymi udziału w praktykach kartelowych nie dezawuuje zupełnie skuteczności takich programów<sup>59</sup>.

Godzi się też podkreślić, że surowe i stanowczo egzekwowane sankcje nie są jedynym czynnikiem odstraszania w polityce antykartelowej. Ważną rolę odgrywa też prawdopodobieństwo (nieuchronność) wykrycia zakazanych praktyk. Zwiększa je wydatnie skuteczna polityka łagodnego traktowania, a także odpowiednie instrumenty kontrolne (np. zaawansowane techniki dochodzeniowe) oraz efektywna współpraca między narodowymi władzami antymonopolowymi (ta ostatnia jest wręcz niezbędna w walce z kartelami międzynarodowymi). Poza tym, formuła na skuteczną walkę z przejawami kartelizacji powinna obejmować przejrzystą i przewidywalną politykę egzekwowania przepisów antykartelowych, a także odpowiednie rozwiązania prawne w innych obszarach prawa ochrony konkurencji, takich jak kontrola koncentracji przedsiębiorstw<sup>60</sup> oraz kontrola porozumień o współpracy pomiędzy przedsiębiorstwami (np. wertykalnych)<sup>61</sup>.

Ogólnie rzecz biorąc, strategia leżąca u podstaw programów łagodnego traktowania opiera się na kombinacji niemożliwego do zaakceptowania ryzyka wykrycia nielegalnej praktyki oraz nieuchronności surowych sankcji, jako przesłankach skutecznego wykorzystania naturalnego napięcia towarzyszącego porozumieniom kartelowym<sup>62</sup>. Programy łagodnego traktowania zmniejszają zatem atrakcyjność karteli dla potencjalnie zainteresowanych nimi przedsiębiorstw i w konsekwencji przyczyniają się do ograniczenia zjawiska kartelizacji gospodarki.

Oceniając programy łagodnego traktowania nie można przejść do porządku nad towarzyszącymi tej koncepcji kontrowersjami natury etycznej i prawnej. Rozwiązanie to premiuje przecież denuncjacyjne

---

<sup>59</sup> Zob. *Report on Leniency...*, s. 3 i 15.

<sup>60</sup> Jednym z głównych *ratio legis* prawa kontroli fuzji (w wymiarze horyzontalnym) jest dziś przede wszystkim zapobieganie nadmiernej koncentracji, która sprzyja kartelizacji rynku poprzez redukcję kosztów organizacji nielegalnych porozumień i wykrywania nadużyć w ich obrębie. Nadto, prawo to pozwala zapobiegać „omijaniu” zakazu antykonkurencyjnych porozumień poprzez połączenie kilku przedsiębiorstw w jedno (monopolistę) – zob. R. Posner, *Antitrust Law*, Chicago–London 2001, s. 118 i 138.

<sup>61</sup> Przykładowo, polityce antykartelowej sprzyja zakaz wertykalnych porozumień w sprawie cen minimalnych (porozumienia tego rodzaju potencjalnie mogą zwiększać stabilność karteli a także zachęcać do ich tworzenia na poziomie detalicznym) – zob. np. P. Rey, T. Vergé, *Resale Price Maintenance and Horizontal Cartel*, „CMPO Working Paper Series” 2002, nr 2/47, s. 3; *Resale Price Maintenance*, OECD 1997, s. 9–10.

<sup>62</sup> D. Baker, op.cit., s. 12.

formy zachowań<sup>63</sup>, a nadto budzi wątpliwości podobne do tych, jakie towarzyszą wykształconej na gruncie prawa karnego idei łagodniejszego traktowania w imię rozbijania solidarności współsprawców przestępstwa (egzemplifikacją takiego podejścia jest instytucja świadka koronnego)<sup>64</sup>. Polityce i programom łagodnego traktowania towarzyszy dylemat prawny i moralny, implikowany konkurującymi dyrektywami retrybutywnymi i utylitarnymi. Strategia łagodnego traktowania odbywa się kosztem pewnych fundamentalnych wartości leżących u podstaw prawa karnego, a to z tego względu, że poniekąd usprawiedliwia, a nawet nagradza podmioty poważnie naruszające prawo, dla osiągnięcia celów utylitarnych (skutecznego egzekwowania prawnych norm zakazu). W kategoriach etycznych, ewidentny często przestępca i donosiciel okazuje się „zwycięzcą” na arenie prawnej<sup>65</sup>. Łagodzenie sankcji antykartelowych nieuchronnie powoduje, że polityka konkurencji traci częściowo skutek odstraszający, co może prowadzić do sytuacji, w której przedsiębiorstwa nie będą odstraszane przed angażowaniem się w praktyki kartelowe w sposób optymalny<sup>66</sup>.

Mimo zasygnalizowanych kontrowersji, uzasadnieniem dla stosowania polityki łagodnego traktowania w sprawach antykartelowych jest założenie, że interes publiczny w wykryciu i eliminacji kartelu jest większy niż w ukaraniu tych jego uczestników, którzy zdecydowali się na współpracę z władzami antymonopolowymi (współpraca ta kompen-

---

<sup>63</sup> W niektórych krajach, np. Japonii, zachowania premiiowane w ramach programów łagodnego traktowania są tak dalece obce miejscowej tradycji i kulturze, że może to być poważną przeszkodą w implementacji tych programów – zob. np. K. Ishikawa, M. Cacciotti, *Leniency for cartels in Japan: perhaps not?*, [http://www.lw.com/resource/publications/\\_pdf/pub866\\_1.pdf](http://www.lw.com/resource/publications/_pdf/pub866_1.pdf)

<sup>64</sup> Nawet w sprawach „karteli” narkotykowych pozyskiwanie informacji w zamian za łagodniejszy wymiar kary czy też całkowite z niej zwolnienie nie jest wolne od kontrowersji (także w aspekcie wiarygodności tego rodzaju źródeł dowodowych). Na marginesie tylko wyjaśnić wypada, że użycie w tym przypadku cudzysłowu ma podkreślać specyficzny charakter przestępczych organizacji narkotykowych, które nie podlegają regulacjom prawa ochrony konkurencji (te limitują swobodę ogólnie dozwolonej działalności, podczas gdy działalność „karteli” narkotykowych, których uczestnicy nie korzystają ze statusu legalnie działającego przedsiębiorstwa, jest z gruntu nielegalna, i podlega sankcjom kryminalnym).

<sup>65</sup> Np. uczestnik kartelu obciążony poważnym ładunkiem winy może, rezygnując z możliwości obrony, „wynegocjować” znacznie niższą karę, niż zastosowana wobec współsprawcy znacznie mniej winnego (który odgrywał poboczną rolę w kartelu) tylko dlatego, że ten ostatni zdecydował się skorzystać ze swego fundamentalnego prawa do obrony – zob. I. Van Bael, *Fining à la Carte: The Lottery of EU Competition Law*, „European Competition Law Review” 1995, t. 16, s. 242.

<sup>66</sup> H.W. Krüger, *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*, <http://www.frg.eur.nl/rile/emle/Theses/krueger.pdf>, s. 23.



suje w dużej mierze ewentualne słabości natury etycznej, towarzyszące tej koncepcji). Dlatego też łagodne traktowanie denuncjatora, który brał udział w praktykach kartelowych może być prawnie usprawiedliwione<sup>67</sup>. Godzi się też odnotować, że w praktyce programy łagodnego traktowania uwzględniają w pewnym zakresie względy represyjne, czego wyrazem są wyłączenia obejmujące „liderów”, inicjatorów bądź też uczestników kartelu przymuszających innych do udziału w nielegalnym procederze (tzw. *ringleader* lub *bully exclusion*). Klauzule tego rodzaju wykluczają możliwość zwolnienia z kary wymienionych kategorii uczestników kartelu. W wyłączeniach tych dostrzega się wpływ generalnej zasady retributywnej, wedle której szczególnie naganne zachowania w ramach kartelu powinny być napiętnowane nie tylko poprzez surowość kary, ale także ich wyłączenie z korzyści oferowanych w ramach programu łagodnego traktowania<sup>68</sup>. Główną *raison d'être* tego rodzaju klauzul wydaje się być zasada proporcjonalności, z którą trudno byłoby pogodzić praktykę łagodniejszego traktowania prowadzących czy też inicjatorów nielegalnej zмовы, którzy zdecydowali się ją ujawnić. Z moralnego punktu widzenia rozwiązanie takie wydaje się słuszne. Tu jednak warto przypomnieć, że nowy unijny program łagodnego traktowania zawęził zakres wyłączenia do uczestników kartelu przymuszających innych do udziału w zмовы. Uznano bowiem, że klauzula obejmująca także „liderów” może powstrzymywać spontaniczne i wczesne aplikacje przedsiębiorstw, które odgrywały wiodącą rolę w kartelu, obawiających się utraty możliwości zwolnienia z kary<sup>69</sup>. Przyjęte rozwiązanie tłumaczy się też względami pewności prawnej – pojęcia „przywództwa” czy też „odgrywanie kluczowej roli” (znane z poprzedniego programu) uznano za wysoce ocenne, co nie jest do końca przekonujące, choćby dlatego, że także element „przymuszania” wymaga interpretacji i nie jest w pełni klarowny<sup>70</sup>. Notabene programy: amerykański, kanadyjski oraz brytyjski dyskwalifikują tylko takie przedsiębiorstwo, które było jedynym inicjatorem lub liderem kartelu (jeśli np. jest ich dwóch w kartelu liczącym dziesięciu uczestników, każdy z nich, łącznie z liderami, może skutecznie ubiegać się o zwolnienie z kary)<sup>71</sup>.

Łagodne traktowanie denuncjującego współsprawcy naruszenia prawa *prima facie* może wydawać się naruszeniem generalnej zasady równości wobec prawa. Co więcej, rozwiązanie umożliwiające współ-

<sup>67</sup> Ibidem, s. 35; por. też *Report on Leniency...*, s. 4.

<sup>68</sup> C. Harding, J. Joshua, op.cit., s. 227.

<sup>69</sup> F. Arbault, F. Peiró, op.cit., s. 18.

<sup>70</sup> C. Harding, J. Joshua, op.cit., s. 228.

<sup>71</sup> S. D. Hammond, *Detecting...*, s. 9.

sprawcy uniknięcie kary (poprzez przyznanie się) i poniekąd przeniesienie ciężaru odpowiedzialności na innych, może wydawać się niesprawiedliwe (wszak można argumentować, że przyznanie się do naruszenia prawa nie obniża winy tych, którzy brali w nim udział)<sup>72</sup>. Zróżnicowane traktowanie współsprawców może być jednak usprawiedliwione ich odmiennym zachowaniem (także już po naruszeniu prawa). Z tego względu programy łagodnego traktowania nie muszą oznaczać naruszenia zasady równego traktowania (niedyskryminacji).

Istotnym walorem programów łagodnego traktowania jest wydatne zwiększenie możliwości i szybkości, a zarazem obniżenie kosztów pozyskiwania bezpośrednich dowodów praktyk kartelowych, o kardynalnym wręcz znaczeniu dla władz antymonopolowych prowadzących postępowania antykartelowe. Programy te pozwalają zatem zmniejszyć wydatki na wykrywanie i neutralizowanie karteli, a zaoszczędzone środki przeznaczyć na realizację innych zadań w sferze polityki konkurencji<sup>73</sup>. Dzięki temu można znacznie efektywniej wykorzystywać ograniczone zazwyczaj środki przeznaczane na egzekwowanie prawa ochrony konkurencji.

Z drugiej jednak strony, użyteczność programów łagodnego traktowania może podważać ograniczona wiarygodność informacji dostarczanych przez denuncjatora. Wszak ryzyko, że informacje te są nieścisłe czy nawet fałszywe jest immanentne w sytuacji, gdy ich źródłem jest podmiot, którego osobistego interesu dotyczy postępowanie. Może to rodzić zachęty do „produkowania” dowodów w celu uzyskania gwarancji niekaralności.

Kwestię za i przeciw programom łagodnego traktowania postrzegać można nie tylko w kategoriach polityki konkurencji (interesu publicznego), ale także partykularnego interesu przedsiębiorstwa zaangażowanego w kartel, zainteresowanego wykorzystaniem tego rodzaju konstrukcji prawnej. Okazuje się, że z perspektywy potencjalnego beneficjenta atrakcyjność programów, o jakich mowa, obniżają przede wszystkim: (a) utrata wysokich często zysków z udziału w kartelu; (b) ryzyko odpowiedzialności cywilnoprawnej (odszkodowawczej), wyjątkowo wysokie w USA, gdzie poszkodowanym praktykami kartelowymi przysługują potrójne odszkodowania (*treble damages*), których można dochodzić w drodze powództw grupowych (*class actions*)<sup>74</sup>; (c) środki

---

<sup>72</sup> H. W. Krüger, op.cit., s. 34.

<sup>73</sup> Ibidem, s. 23.

<sup>74</sup> Szerzej w tej kwestii R. Molski, *Prywatnoprawna ochrona konkurencji w amerykańskim prawie antytrustowym* (niepublikowane). W praktyce przedsiębiorstwa

odwetowe podejmowane przez konkurentów oraz negatywne reakcje kontrahentów i konsumentów (np. rezygnacja ze współpracy, bojkot); (d) społeczne piętno (stygmat) donosiciela; (e) utrata reputacji. Wszystkie te obciążenia muszą okazać się mniejsze od korzyści, jakie oferuje program łagodnego traktowania, aby uczestnik kartelu był skłonny zdekonspirować nielegalną zмовę<sup>75</sup>. Oprócz zasadniczej korzyści, jaką jest całkowite uniknięcie kary lub jej złagodzenie, możliwością skorzystania z takiego programu zapewnia beneficjentowi relatywnie mniejszy uszczerbek reputacji, niż jego ukaranie w sytuacji konsekwentnego ukrywania nielegalnej działalności. Jawne zaprzestanie udziału w kartelu oznacza też eliminację niepewności nieustannie towarzyszącej naruszaniu prawa, a także przyczynia się do pogłębienia świadomości prawnej po stronie pracowników.

Istnieje pogląd, że obecne programy łagodnego traktowania tylko w niewielkim stopniu (jeśli w ogóle) zniechęcają do podejmowania praktyk kartelowych (zwłaszcza długoterminowych), a ich przydatność jest wątpliwa. Co więcej, programy te mogą być w rzeczywistości bezproduktywne, a nawet – paradoksalnie – potencjalnie mogą ułatwiać utrzymanie wewnętrznej dyscypliny w ramach kartelu, a w konsekwencji – sprzyjać kartelizacji rynku! Jeśli bowiem jeden ze współników byłby skłonny wyłamać się ze spisku, pozostali mogą ukarać renegata denuncjując go władzom antymonopolowym<sup>76</sup>. Z tych też względów wysuwa się propozycje zwiększenia skuteczności programów łagodnego traktowania poprzez nagradzanie pierwszego informatora przyznaniem mu części lub nawet całości kwoty ostatecznie zapłaconej tytułem grzywny przez ukaranych współników. Rozwiązanie takie mogłoby przyczynić się do silnego osłabienia łączących ich więzi i zwiększyłoby znacznie

---

aplikujące o łagodne traktowanie przez władze antymonopolowe kontaktują się często z potencjalnymi powodami, oferując współpracę w zamian za korzystniejsze warunki zakończenia postępowań odszkodowawczych – zob. *Report on Leniency...*, s. 11.

<sup>75</sup> H. W. Krüger, op.cit., s. 17–18.

<sup>76</sup> Na tego rodzaju zagrożenie wskazują G. Spagnolo, *Self-Defeating Antitrust Laws. How Leniency Programs Solve Bertrand's Paradox and Enforce Collusion in Auctions*, Fondazione Eni Enrico Mattei, Milan, Working Paper No. 52/2000, s. 2–3, 24; idem, *Leniency programs, mergers and collusion*, Stockholm School of Economics, Report to Konkurrensverket for project D nr 168/2000.10.2001 r., s. 3 i n. oraz J. Apestegui, M. Dufwenberg, R. Selten, *Blowing the Whistle*, Stockholm University, Research Papers in Economics 2003, nr 5, s. 2. Jak zauważa H. W. Krüger, op.cit., s. 29, podniesiony wyżej argument (o niezamierzonym wyposażeniu kartelu w efektywny instrument utrzymania wewnętrznej dyscypliny) nie jest do końca przekonujący w większości przypadków, skoro sam denuncjator także ponosi koszty ujawnienia kartelu, w postaci utraconych zysków.

długofalowy efekt odstraszenia przed angażowaniem się w praktyki kartelowe<sup>77</sup>. Koncepcja ta opiera się na założeniu, że: 1) najskuteczniejszymi egzekutorami prawa są najlepiej poinformowani w sprawie, tj. sami sprawcy naruszenia prawa (dysponują oni dalece większą wiedzą o antykonkurencyjnej naturze kartelu niż władze antymonopolowe, czy też podmioty egzekwujące prawo na drodze cywilnoprawnej); 2) prawo powinno być tak konstruowane, aby prowokowało sprawców nielegalnych zachowań do ich wyjawiania<sup>78</sup>. W odróżnieniu od klasycznych programów łagodnego traktowania, które wykorzystują „dylemat więźnia”, proponowany mechanizm „konia trojańskiego” opiera się na formule: *first-felon-to-file-collects-the-fine* (w wolnym tłumaczeniu: „pierwszy sprawca ujawniający nielegalną zmwę inkasuje grzywnę”), która stawia uczestników kartelu przed „dylematem spiskowca”. Każdy z nich ponosi ryzyko, że jeden ze współników nie dotrzyma zobowiązań (i zdekonspiruje pozostałych), stąd też najlepszą strategią dla każdego z nich jest możliwie najszybsze ujawnienie zmwę władzom antymonopolowym (gdy tylko zebrane dowody okażą się wystarczające do udowodnienia naruszenia prawa) w zamian za korzyści finansowe (denuncjator otrzymywałby całość, ewentualnie część kwoty grzywny nałożonej na pozostałych uczestników kartelu)<sup>79</sup>.

Funkcję podobną do koncepcji „konia trojańskiego” mogłoby pełnić uzupełnienie klasycznych programów łagodnego traktowania o zwolnienie z odpowiedzialności cywilnoprawnej (lub jej ograniczenie) dla przedsiębiorstwa ujawniającego zmwę kartelową.

Mechanizm „konia trojańskiego” niewątpliwie zwiększyłby znacząco koszty uczestnictwa w kartelu, a nadto, przyczyniłby się do silniejszego odstraszenia przed praktykami kartelowymi, i to *ex ante*. Poza tym, w odróżnieniu od programów łagodnego traktowania, które opierają się na publicznoprawnej metodzie egzekwowania prawa, umożliwiłyby nawet dekryminalizację tych praktyk (tam, gdzie są one kwalifikowane jako przestępstwa). Zarysowana koncepcja nie jest jednak pozbawiona wad. W szczególności mogłaby prowokować zachowania oportunistyczne (zachęcać do angażowania się w nielegalne przedsięwzięcia lub nawet ich inicjowania), choćby z cynicznym zamiarem zadenuncjowania „naiwnych” współników (z zamiarem uzyskania gratyfikacji finansowej ich kosztem). Ryzyko tego rodzaju nie jest jednak

---

<sup>77</sup> G. Spagnolo, *op.cit.*, s. 25.

<sup>78</sup> O. Yadlin, *The Conspirator Dilemma: Introducing the „Trojan Horse” Enforcement Strategy*, Berkeley Olin Programme in Law & Economics, Working Paper Series – University of California, Berkeley 2002, Paper 48, s. 2.

<sup>79</sup> *Ibidem*, s. 3.

wielkie, albowiem w rzeczywistości świadomy uczestnik kartelu nie może być pewien, że jego współnicy są ignorantami, nieświadomymi nielegalnego charakteru zмовы<sup>80</sup>.

O ile złagodzenie kary (czy wręcz jej uchylenie) dla przyznającego się sprawcy naruszenia prawa jest całkiem powszechną i akceptowaną praktyką w wielu dziedzinach prawa (poza prawem ochrony konkurencji), o tyle idea wynagradzania go finansowo w zamian za informację o naruszeniu przezeń prawa jest raczej rzadkim wyjątkiem. Propozycje wprowadzenia do programów łagodnego traktowania nagrody pieniężnej dla denuncjujących uczestników karteli wypada ocenić jako koncepcję rozsądną w świetle teorii ekonomii, ale budzącą poważne zastrzeżenia etyczne i niepraktyczną w istniejących realiach politycznych i prawnych<sup>81</sup>. Wszak egzekwowanie prawa konkurencji nie może odbywać się w izolacji od ogólnych zasad leżących u podstaw systemu prawa.

## 5. KILKA UWAG W SPRAWIE TANSGRANICZNYCH ASPEKTÓW PROGRAMÓW ŁAGODNEGO TRAKTOWANIA

Z punktu widzenia przedsiębiorstwa rozważającego zaprzestanie udziału w kartelu i złożenie wniosku o łagodne potraktowanie przez władze antymonopolowe nieroztropne byłoby uwzględnianie jednego tylko, wybranego programu. Zwłaszcza w przypadku karteli międzynarodowych najwłaściwszą strategią jest skoordynowane podejście do programów stosowanych w różnych systemach ochrony konkurencji<sup>82</sup>. Możliwość uzyskania nawet całkowitego zwolnienia z kary w jednym systemie (np. w USA i Kanadzie) nie gwarantuje bowiem tego samego w innym (np. w UE). Każdy „wyścig” po zwolnienie z kary odbywa się oddzielnie (okoliczność ta generuje pewne dodatkowe koszty, zarówno po stronie władz, jak i zainteresowanych przedsiębiorstw, jednakże są one prawdopodobnie bilansowane z nadwyżką korzyściami wynikającymi z pobudzenia owego „wyścigu”). Poza tym, ujawnienie udziału w kartelu dla uniknięcia kary w jednym kraju może sprowokować roszczenia osób trzecich oraz kary w innych krajach, w konsekwencji niwecząc korzyści wynikające z uzyskanych gwarancji niekaralności. Para-

---

<sup>80</sup> Ibidem, s. 20.

<sup>81</sup> H. W. Krüger, *op.cit.*, s. 33.

<sup>82</sup> J. Joshua, *The Criminalisation...*, s. 15 i n.

doksalnie zatem beneficjent polityki łagodnego traktowania może się okazać pyrrusowym zwycięzcą, a jego aplikacja o niekaralność – zaiste „strategiczną katastrofą”. Dlatego też decyzja o tym czy, kiedy i gdzie ubiegać się o łagodne traktowanie powinna być podejmowana z uwzględnieniem kontekstu globalnego. W praktyce najpewniejszym rozwiązaniem wydają się równoczesne (lub najbardziej zbliżone w czasie) aplikacje w kilku krajach (UE)<sup>83</sup>, a gdyby okazałyby się to trudne lub niemożliwe do zrealizowania, o wyborze programu powinno decydować kryterium potencjalnych strat za bycie „drugim” w kolejności aplikantem (wspólną cechą programów łagodnego traktowania jest zastrzeżenie, że zasadniczo premii w postaci całkowitego zwolnienia z kary udziela się pierwszemu informatorowi ujawniającemu kartel)<sup>84</sup>. Zważywszy na szczególnie wysokie ryzyko sankcji karnych w USA (kary więzienia i „mega-grzywny”<sup>85</sup>), w pierwszej kolejności należałoby zabiegać o uzyskanie immunitetu od władz amerykańskich (z podobnych względów – także kanadyjskich). Należy przy tym mieć świadomość, że czas bieżący na niekorzyść uczestników kartelu. Nie tylko jeden ze współników może złożyć jako pierwszy aplikację o łagodne traktowanie, ale też samo opóźnienie w jej złożeniu może być uznane za okoliczność obciążającą (co grozi wyższym wymiarem kary). Rzecz jasna trzeba mieć na względzie nie tylko możliwość uzyskania zwolnienia z kary, ale także rodzaj i wysokość kary w sytuacji, gdy immunitet okaże się nieosiągalny<sup>86</sup>.

Ponieważ nie wypracowano jednolitego podejścia do polityki łagodnego traktowania w sprawach antykartelowych, aplikanci muszą zaspokajać wymagania każdego z programów. Skoro zaś mamy do czynienia z ich mozaiką (np. w Europie obok unijnego programu pojawiają się jego krajowe odpowiedniki<sup>87</sup>), rodzi się problem *forum shop-*

---

<sup>83</sup> Oczywiście tam, gdzie funkcjonują programy łagodnego traktowania (w wielu krajach, np. Polsce, nie są one jeszcze dostępne).

<sup>84</sup> J. M. Joshua, *If It's Wednesday...*, s. 23.

<sup>85</sup> Szerzej S. D. Hammond, *A Review of Recent Cases and Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program*, The 2002 Antitrust Conference: Antitrust Issues in Today's Economy, New York 7.3.2002 r..

<sup>86</sup> C. Harding, J. Joshua, *op.cit.*, s. 224.

<sup>87</sup> Wspólnotowe reguły konkurencji zasadniczo nie zabraniają państwom członkowskim dążenia do realizacji ich własnych celów w dziedzinie ochrony konkurencji (oczywiście z poszanowaniem nadrzędnego celu wspólnotowego i pod warunkiem, że skutki prawa krajowego nie będą utrudniać działania wspólnotowych reguł konkurencji) – zob. T. Wismann, *Decentralised Enforcement of EC Competition Law and the New Policy on Cartels. The Commission White Paper of 28<sup>th</sup> of April 1999*, „Journal of World Competition” 2000, t. 23(2), s. 124.

ping. Jest przy tym więcej niż prawdopodobne, że jakikolwiek paneuropejski kartel będzie podlegał zarówno wspólnotowemu zakazowi karteli, jak i wielu jego narodowym odpowiednikom. W związku z tym może dochodzić do nieporozumień i konfuzji, aczkolwiek pamiętać trzeba, że władze antymonopolowe państw UE nie mogą stosować złagodzenia kar wobec przedsiębiorstw partycypujących w kartelach podlegających zakazowi z art. 81 TWE (jak się wydaje, nie odnosi się to do sankcji kryminalnych, dostępnych na gruncie prawa ochrony konkurencji kilku państw członkowskich, np. Irlandii i Wielkiej Brytanii)<sup>88</sup>. Jak dotąd nie ma jasnych reguł czy też mechanizmu pozwalającego rozwiązywać konflikty jurysdykcyjne między krajowymi władzami antymonopolowymi i KE w sprawach antykartelowych (inaczej jest np. w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw, w których obowiązuje jednolita procedura – tzw. *one-stop shop procedure*). Sprawa może się jeszcze bardziej skomplikować po zrealizowaniu reformy (modernizacji) wspólnotowego prawa konkurencji, zmierzającej do decentralizacji wyłącznych (jak dotąd) uprawnień egzekucyjnych KE w zakresie wspólnotowych reguł konkurencji na rzecz władz narodowych<sup>89</sup>. W zdecentralizowanym systemie egzekwowania wspólnotowego prawa konkurencji zadanie przeciwdziałania kartelom należeć będzie do najbardziej kompetentnego w danym przypadku organu antymonopolowego (czy też kilku takich organów). Uczestnicy karteli często nie będą w stanie przewidzieć, które organy będą prowadziły postępowanie kartelowe (w razie wykrycia antykonkurencyjnego porozumienia): KE czy też jeden lub kilka narodowych organów antymonopolowych, stosujących krajowe bądź też wspólnotowe reguły konkurencji. Okoliczność ta może osłabiać skłonność do uczestniczenia w programie łagodnego traktowania, skoro właściwe w sprawie organa będą mogły oferować tylko złagodzenie w zakresie prowadzonego przez nie postępowania.

Ponieważ implementacja programów łagodnego traktowania na szczeblu krajowym leży we wspólnym interesie, rodzi się pytanie o potrzebę harmonizacji tych programów (a także polityki ich stosowania) w ramach UE, czy nawet w skali globalnej. Jak się wydaje, harmoni-

---

<sup>88</sup> Zob. P. F. Kunzlik, *Globalization and hybridization in antitrust enforcement: European „borrowings” from the U.S. approach*, „Antitrust Bulletin” 2003, nr 2, s. 350.

<sup>89</sup> Szeroko w sprawie reformy mechanizmu egzekwowania wspólnotowego prawa konkurencji C. D. Ehlermann, *The Modernization of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution*, „Common Market Law Review” 2000, t. 37, s. 587 i n. oraz J. S. Venit, *Brave New World: the Modernization and Decentralization of Enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, „Common Market Law Review” 2003, t. 40, s. 545 i n.

zacja taka zwiększałaby efektywność egzekwowania prawa ochrony konkurencji, np. eliminując ryzyko niepożądanego *forum shopping* (notabene zjawisko to nie zawsze musi być problematyczne z punktu widzenia polityki łagodnego traktowania)<sup>90</sup>. Niewątpliwie natomiast skutecznemu funkcjonowaniu programów, o jakich mowa, sprzyjać powinno respektowanie względów przejrzystości, pewności i poufności. Dobrym przykładem „miękkiej” harmonizacji programów łagodnego traktowania (w wymiarze europejskim) jest dokument pt. *Principles for Leniency Programmes*<sup>91</sup>, przyjęty w 2001 r. przez organy ochrony konkurencji kilku państw UE. Ten nie mający mocy wiążącej dokument określa fundamentalne zasady, na jakich powinny opierać się programy łagodnego traktowania, zasady współpracy między władzami antymonopolowymi oraz zasady dobrej praktyki administrowania tymi programami.

W sytuacji, gdy funkcjonuje wiele niezupełnie koherentnych programów łagodnego traktowania<sup>92</sup> (co więcej, mamy do czynienia z ich systematyczną proliferacją), decydowanie o ewentualnej aplikacji w ramach jednego (lub wielu) z nich przypomina grę w szachy (w tym przypadku o tyle bardziej skomplikowaną, że jej reguły są po każdej stronie nieco odmienne), czy – jak kto woli – globalnej gry w pokera, która może prowokować strategię wyczekiwania (*wait-and-see strategy*) zamiast wyścigu o ujawnienie kartelu. Rzecz jasna do analizy tego rodzaju sytuacji znakomicie nadaje się klasyczna teoria gier.

Rozpowszechnienie programów łagodnego traktowania niewątpliwie zwiększa prawdopodobieństwo wykrycia praktyk kartelowych, a w konsekwencji narażenia się uwikłanych w nie przedsiębiorstw na różnorakie sankcje (nawet kryminalne). Uczestnicy karteli mają zapewne świadomość, że informacje udzielone władzom antymonopolowym w danym kraju (UE) – w zamian za gwarancję niekaralności – mogą być przez nie przekazywane władzom w innych krajach (UE), choćby w ramach nieformalnej współpracy, a w konsekwencji obrócić się przeciwko informatorowi (w postaci kar nałożonych w innym systemie ochrony konkurencji). Oprócz tego rodzaju ryzyka (prowokowane-

---

<sup>90</sup> Szerzej w tej kwestii W. P. J. Wils, *The Principle of Ne Bis in Idem in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, *World Competition* 2003, t. 26(2), s. 147–148. Na potrzebę podjęcia działań harmonizujących programy łagodnego traktowania zwraca też uwagę S. W. Waller, *Public choice theory and the international harmonization of antitrust law*, „*Antitrust Bulletin*” 2003, nr 2, s. 436.

<sup>91</sup> Dostępny pod adresem <http://www.tca.ie>.

<sup>92</sup> Ten aspekt zagadnienia podnosi np. L. Brokx, *A Patchwork of Leniency Programmes*, „*European Competition Law Review*” 2001, t. 22, s. 35 i n.



go niejako „na własne życzenie”, tj. w wyniku przyznania się do naruszenia prawa), zagrożeniem dla uczestników karteli są też informacje o ich nielegalnej aktywności ujawniane przez inne podmioty (np. współników w kartelu). Do pewnego stopnia ryzyko pierwszego rodzaju ograniczają wymogi dotyczące poufności danych identyfikujących informatora korzystającego z programu łagodnego traktowania oraz dostarczanych przez niego informacji (politykę nieujawniania tych informacji bez zgody zainteresowanego, także zagranicznym władzom, stosują np. amerykańskie i kanadyjskie władze antymonopolowe). W praktyce wspólnotowej nie wypracowano natomiast w tym względzie specyficznych rozwiązań (w odniesieniu do informatorów będących osobami fizycznymi pewne obowiązki poufności można wywieść z orzecnictwa ETS<sup>93</sup>). W praktyce KE nie ujawnia danych identyfikujących przedsiębiorstwo-aplikanta w czasie toczącego się postępowania, jednakże jest zobowiązana to uczynić w końcowym orzeczeniu, wyjaśniającym powody łagodnego potraktowania tego przedsiębiorstwa (pełne dane dotyczące nielegalnych praktyk aplikanta korzystającego z programu unijnego są zatem ostatecznie ujawniane w szczegółach w Dzienniku Urzędowym UE i mogą być podstawą cywilnoprawnych roszczeń odszkodowawczych w wielu państwach członkowskich). W każdym razie wydaje się, że wiedza o aplikancie oraz jego zaangażowaniu w praktyki kartelowe nie może być utrzymywana w tajemnicy bez końca<sup>94</sup>. Poza tym, potrzebną wiedzę można pozyskiwać i bez poufnych danych, stosując zasady racjonalnego wnioskowania (np. wiele mówiącym może okazać się sam fakt zastosowania w danej sprawie nie-normalnie niskiej grzywny).

Niemal powszechna praktyka nieudostępniania zagranicznym organom antymonopolowym informacji uzyskanych od uczestników karteli aplikujących o łagodne traktowanie<sup>95</sup> powoduje, że *de facto* do aplikanci kontrolują przepływ informacji między tymi organami. Wywołuje też poważne implikacje w płaszczyźnie transnarodowego egzekwowania prawa kartelowego, czy ogólniej rzecz biorąc – prawa ochrony konkurencji. Wydaje się być niezgodna z tendencją do zacieśniania współpracy między organami antymonopolowymi różnych krajów (UE). Może być wręcz postrzegana jako najpoważniejsza przeszkoda w roz-

---

<sup>93</sup> Zob. np. wyrok ETS w sprawie C-145/83 *Adams v. Commission* [1985] ECR 3539.

<sup>94</sup> C. Harding, J. Joshua, *op.cit.*, s. 223–224.

<sup>95</sup> Zob. *Information Sharing in Cartel Investigations*, OECD Global Forum on Competition, 14–15.2.2002 r., CCNM/GF/COMP(2002)1, s. 6.

woju międzynarodowej współpracy w dziedzinie ochrony konkurencji. To dlatego zastrzega się, że programy łagodnego traktowania nie powinny być przeszkodą w wymianie informacji pomiędzy władzami antymonopolowymi w UE (KE i organami antymonopolowymi państw członkowskich – NCA – od *National Competition Authorities*), które od 1.5.2004 r. będą działać w ramach Europejskiej Sieci Ochrony Konkurencji (ECN – od *European Competition Network*). Zasadniczym elementem funkcjonowania ECN jest bowiem prawo KE i NCA do wymiany i wykorzystywania informacji gromadzonych przez nie w związku ze zastosowaniem art. 81 lub 82 TWE. Zgodnie z art. 12 rozporządzenia Rady nr 1/2003<sup>96</sup> KE i NCA przysługuje prawo udzielania sobie nawzajem i wykorzystywania jako materiałów dowodowych wszelkich informacji faktycznych lub prawnych, łącznie z poufnymi (wymiana informacji może odbywać się nie tylko pomiędzy NCA i KE, lecz także pomiędzy poszczególnymi NCA). W świetle projektu obwieszczenia KE na temat współpracy w ramach sieci organów ds. ochrony konkurencji<sup>97</sup> art. 12 rozporządzenia nr 1/2003 ma pierwszeństwo przed jakimkolwiek sprzecznym z nim przepisem prawa obowiązującym w dowolnym z państw członkowskich. Wymiana informacji, o jakiej mowa, obwarowana jest jednak licznymi zastrzeżeniami. W szczególności informacje dobrowolnie przekazane przez osobę składającą wniosek o łagodne traktowanie, a także uzyskane w wyniku inspekcji lub innych działań, których przeprowadzenie możliwe było wyłącznie w wyniku złożenia tego wniosku będą mogły być udostępnione innemu członkowi ECN (zgodnie z art. 12) w zasadzie wyłącznie za zgodą wnioskodawcy. Rozwiązanie takie ma chronić przed deprecjacją korzyści wynikające z programów łagodnego traktowania.

Tradycyjnie przyjmuje się, że w dłuższej perspektywie praktyka poufnego traktowania informacji uzyskiwanych w ramach programów łagodnego traktowania powinna być korzystna dla wszystkich, albowiem alternatywą (w braku takich programów) jest zupełny brak informacji o wielu kartelach, albo też niemożność ich neutralizacji z powodu trudności w pozyskaniu wystarczającego materiału dowodowego (nieдоступnego np. z powodów jurysdykcyjnych, co zdarza się nagminnie w przypadku karteli międzynarodowych). Poza tym, aplikacje w ramach programów łagodnego traktowania mogą dostarczać wiedzy o innych uczestnikach karteli, a w konsekwencji umożliwiać pozyskiwanie

---

<sup>96</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasad konkurencji określonych w Art. 81 i 82 Traktatu (O.J. 2003, L 1/1-25).

<sup>97</sup> Dokument dostępny pod adresem <http://www.uokik.gov.pl>

nowych informacji, które mogą być już bez przeszkód udostępniane zagranicznym władzom.

Traktowana do niedawna niemal jak dogmat teza, że ograniczenia w międzynarodowej wymianie informacji uzyskiwanych od aplikantów w ramach programów łagodnego traktowania są konieczne dla zachowania integralności tych programów poddawana jest ostatnio rewizji, a nawet uznawana za mit<sup>98</sup>. Przynajmniej w części wydaje się to uzasadnione, skoro obecnie normą stają się (w przypadku karteli międzynarodowych) simultaniczne aplikacje o łagodne traktowanie w kilku systemach ochrony konkurencji (przede wszystkim w USA, UE i Kanadzie, ale często także w innych krajach), którym powszechnie towarzyszy zgoda aplikujących przedsiębiorstw na wymianę informacji między organami antymonopolowymi tych krajów (UE), w których uzyskano warunkowe złagodzenie<sup>99</sup>. Notabene władze amerykańskie, zobowiązując się – w zwykłym trybie – do nieudostępniania zawartych w aplikacji informacji zagranicznym władzom, rutynowo wzywają aplikantów do niezwłocznego wystąpienia o łagodne traktowanie także za granicą<sup>100</sup>. Zgoda na ujawnienie poufnych informacji zagranicznym władzom antymonopolowym może się też okazać konieczna w sytuacji, gdy władze prowadzące postępowanie antykartelowe będą chciały zweryfikować rzetelność tych informacji za granicą (brak takiej zgody może być uznany za okoliczność podważającą wiarygodność aplikanta). Poza tym nie można ignorować faktu, że mimo zabiegów mających zachować poufność informacji o zaangażowaniu denuncjatora w praktyki kartelowe, prawie zawsze stają się one – w taki czy inny sposób – publicznie znane (np. wskutek nieformalnej kooperacji władz antymonopolowych lub w wyniku odwetu zdekonspirowanych uczestników kartelu).

## 6. O PROJEKCIE POLSKIEGO PROGRAMU ŁAGODNEGO TRAKTOWANIA

Programy łagodnego traktowania (amnestyjne) z pewnością nie są panaceum na praktyki kartelowe, niemniej jednak okazały się naj-

---

<sup>98</sup> S. D. Hammond, *Beating Cartels at Their Own Game – Sharing Information in the Fight Against Cartels*, Inaugural Symposium on Competition Policy, How Should Competition Policy Transform Itself? – Designing the New Competition Policy, Tokyo 20.11.2003 r., s. 9.

<sup>99</sup> Ibidem, s. 10; por. też *Report on Leniency...*, s. 17.

<sup>100</sup> *Report on Leniency...*, s. 16.

skuteczniejszym środkiem procesowym w walce z nimi, o bezprecedensowej wręcz użyteczności dla władz antymonopolowych. Jak dotąd jednak nie dla polskiego organu antymonopolowego, którym jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK).

Polska ustawa z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>101</sup> (dalej: ustawa o ochronie konkurencji) stanowi wprawdzie w art. 89 ust. 2, że nie nakłada się kary pieniężnej z tytułu praktyk ograniczających konkurencję, jeśli przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców „przyzna się” do naruszenia przepisów ustawy, jednakże rozwiązanie to nie ma zastosowania do porozumień kartelowych (horyzontalnych). W świetle doświadczeń krajów, które aplikowały już programy łagodnego traktowania w sprawach antykartelowych, z aprobatą należy przyjąć projekt wprowadzenia ich odpowiednika do polskiego prawa<sup>102</sup>. Wprawdzie już dzisiaj w ramach prowadzonych w Polsce postępowań antykartelowych wykorzystuje się informacje z różnych źródeł – także anonimowe – pochodzące prawdopodobnie od podmiotów uwikłanych w praktyki kartelowe, niemniej jednak wprowadzenie programu łagodnego traktowania nada tej współpracy formalny charakter (podobnie działało się przed wprowadzeniem pierwszego programu łagodnego traktowania w UE), i zapewne znacznie zwiększy skuteczność działań antykartelowych Prezesa UOKiK, dając mu możliwość uzyskiwania dowodów, których zgromadzenie w inny sposób byłoby znacznie utrudnione albo wręcz niemożliwe. Do tej pory wykrywalność karteli w Polsce jest dość niska, głównie z powodu trudności związanych z pozyskiwaniem materiału dowodowego (np. w 2002 r. wydano 40 decyzji dotyczących porozumień ograniczających konkurencję – zarówno wertykalnych, jak i horyzontalnych – z czego 19 dotyczyło stwierdzenia stosowania zakazanej praktyki)<sup>103</sup>. Wprowadzenie programu łagodnego traktowania będzie też oddziaływało prewencyjnie, przyczyniając się do polepszenia stanu konkurencji na rynku (rozważając zaangażowanie się w praktyki kartelowe przedsiębiorcy będą musieli brać pod uwagę zwiększone ryzyko ich wykrycia). Z kolei okolicznością mogącą osłabić pozytywne efekty programu łagodnego traktowania jest: (a) brak sankcji *stricte* karnych w polskim prawie ochro-

---

<sup>101</sup> Dz.U. Nr 122, poz. 1319 z późn. zm.

<sup>102</sup> Zob. sygnowany datą 29.10.2003 r. projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw, opracowany w UOKiK (dostępny pod adresem <http://www.uokik.gov.pl>)

<sup>103</sup> *Stanowisko UOKiK w sprawie programu łagodzenia kar (programu leniency)*, s. 4.

ny konkurencji (w szczególności personalnych) oraz (b) nie dość rygorystyczna – jak się wydaje – polityka egzekwowania zakazu karteli (kary nakładane do tej pory przez Prezesa UOKiK w praktyce nie są zbyt wysokie w stosunku do maksymalnych ich wielkości przewidzianych w ustawie. Co więcej, sąd ochrony konkurencji i konsumentów (dawniej sąd antymonopolowy) często obniża wysokość nałożonych kar. Skoro zaś dolegliwość sankcji antykartelowych może być odbierana przez potencjalnych uczestników karteli jako umiarkowana, oferowane w ramach programu łagodnego traktowania korzyści mogą okazać się niewystarczającą zachętą do podjęcia współpracy z organem antymonopolowym. Do pewnego stopnia zagrożenie to ograniczy projektowane zaostrożenie kar za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji (w przypadku przedsiębiorców – do równowartości 50 mln euro). Maksymalna obecnie kara korporacyjna (równowartość 5 mln euro) nie jest bowiem wystarczająco dotkliwa w przypadku praktyk kartelowych stosowanych przez przedsiębiorców o znacznym potencjale ekonomicznym (w szczególności korporacji międzynarodowych), przez co nie spełnia często swojej odstraszałej funkcji. W dobrym kierunku idzie też projekt podwyższenia górnego wymiaru kary nakładanej na osoby pełniące funkcję kierowniczą lub wchodzące w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy (np. jeżeli nie wykonują decyzji Prezesa UOKiK), a także na osoby nie udzielające, wbrew obowiązkowi, informacji lub nie współpracujące w toku kontroli (maksymalna kara ma być podniesiona z dotychczasowej dziesięciokrotności do dwudziestokrotności przeciętnego wynagrodzenia). Kara w wysokości obecnie obowiązującej w niektórych przypadkach (osoby pełniące funkcje kierownicze w największych firmach, dopuszczające się szczególnie ciężkich naruszeń prawa) okazuje się niejednokrotnie niewystarczająca i nie spełnia swojej odstraszałej-dyscyplinującej funkcji. Podkreślić jednak należy, że także po ewentualnej nowelizacji ustawy osoby fizyczne nie będą ponosiły praktycznie żadnej odpowiedzialności za sam udział w praktykach kartelowych (kary personalne w ustawie o ochronie konkurencji mają bowiem w istocie charakter proceduralny), co zasadniczo odróżnia polski system ochrony konkurencji (podobnie jak wspólnotowy) od systemu amerykańskiego. Jak już wcześniej podnoszono, okoliczność ta wydatnie osłabia efektywność programów łagodnego traktowania. Natomiast niewątpliwie zwiększy efektywność programu projektowane rozszerzenie uprawnień kontrolnych Prezesa UOKiK (np. umożliwiające kontrolę prywatnych mieszkań, pojazdów i wszelkich nośników informacji, a także przeprowadzenie przeszukania z zaskoczenia, co jest niezwykle istotne w przypadku postępowań antykartelowych, gdzie szyb-

kość działania kontrolerów niejednokrotnie decyduje o uzyskaniu obciążających dowodów)<sup>104</sup>.

W projekcie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji, zakładającym m.in. wprowadzenie programu łagodnego traktowania niektórych uczestników karteli, przesłanki odstąpienia od wymierzenia kary lub jej obniżenia są wiernie wzorowane na regulacjach wspólnotowych. Odmienne zasady przyjęto natomiast w sposobie obliczania wysokości kar nakładanych na przedsiębiorców współpracujących w toku postępowania antykartelowego. O ile KE dysponuje daleko idącym uznaniem ustalając wysokość kary w określonych granicach (np. od 30% do 50% grzywny dla pierwszego przedsiębiorstwa, które spełniło test SAV), o tyle projekt, o jakim mowa, określa granice kwotowe i procentowe (w stosunku do uzyskiwanego obrotu) wysokości kar, jakie można nałożyć na uczestników karteli współpracujących z Prezesem UOKiK. Takie rozwiązanie ogranicza zakres uznania organu antymonopolowego w określaniu wysokości kar, co niewątpliwie zwiększa pewność prawną przedsiębiorców, a w konsekwencji może ich zachęcić do współpracy z tym organem. Nie wydaje się przy tym wadą mniejsza elastyczność projektowanych rozwiązań, wynikająca z wysokiej rangi normatywnej ich źródła (ustawa i rozporządzenie wykonawcze), determinowanej wymogami konstytucyjnymi (regulowanie kwestii związanych z nakładaniem kar może się odbywać wyłącznie w drodze ustawowej). Dla porównania, program unijny przyjęto w drodze obwieszczenia KE (rodzaj wytycznych), tj. dokumentu nie mającego formalnie mocy normatywnej, a tym samym zapewniającego większą elastyczność i swobodę działania Komisji.

Projekt nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji nie zawiera szczególnych rozwiązań proceduralnych mających chronić przedsiębiorców współpracujących z Prezesem UOKiK w ramach programu łagodnego traktowania, upoważnia natomiast Radę Ministrów do uregulo-

---

<sup>104</sup> Zwiększone uprawnienia kontrolne uzyska też KE z mocy rozporządzenia nr 1/2003, które wejdzie w życie 1.5.2004 r. Na marginesie tylko warto odnotować, że nawet po uwzględnieniu ostatnich zmian (przyjętych, czy też dopiero projektowanych) KE oraz Prezes UOKiK będą dysponowali dalece skromniejszym arsenałem środków procesowych, umożliwiających pozyskiwanie materiału dowodowego w postępowaniach antykartelowych, aniżeli amerykańskie władze antymonopolowe (te ostatnie korzystają ze środków niejednokrotnie niedopuszczalnych w Europie nawet w ramach postępowań typowo kryminalnych; wszak nie bez powodu Wydział Antytrustowy w Departamencie Sprawiedliwości USA bywa określany w publicystyce mianem „amerykańskiego KGB”) – zob. J. S. Venit, *op.cit.*, s. 566–567; R. Salsman, *The American KGB: The Department of Justice's Antitrust Department (Part 6)*, „Capitalism Magazine”, <http://www.capmag.com/article.asp?ID=319>

wania tej kwestii w rozporządzeniu wykonawczym. W kontekście współpracy z organami antymonopolowymi innych państw członkowskich UE pewne kontrowersje budzi prawdopodobne wprowadzenie obowiązku zobowiązania się przez Prezesa UOKiK do niewykorzystywania informacji uzyskanych od zagranicznych władz (w związku z programem łagodnego traktowania) w toku prowadzonych postępowań w celu ukarania przedsiębiorcy, który przekazał te informacje<sup>105</sup>.

Jakkolwiek planowane wprowadzenie do polskiego prawa programu łagodnego traktowania w sprawach antykartelowych nie było jeszcze przedmiotem szerszej debaty publicznej (w czasie przygotowywania niniejszego opracowania), to przynajmniej w środowiskach gospodarczych dało się zauważyć sporo rezerwy w odniesieniu do tego projektu. Jakkolwiek wyrażane w związku z nim obawy wydają się zrozumiałe, to jednak wydaje się, że uczciwi przedsiębiorcy powinni zaakceptować tę konstrukcję prawną. W ich interesie bowiem powinna być bardziej skuteczna polityka antykartelowa, skoro – wbrew pozorom – to oni sami często są pierwszymi ofiarami praktyk kartelowych.

---

<sup>105</sup> *Stanowisko...*, s. 4.