

Ilona Szwedziak

Program "Leniency" w unijnym prawie ochrony konkurencji

Kwartalnik Prawa Publicznego 12/1, 51-83

2012

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, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Ilona Szwedziak*

PROGRAM *LENIENCY* W UNIJNYM PRAWIE OCHRONY KONKURENCJI

Wychodząc naprzeciw rozwijającemu się prawu konkurencji, Komisja Europejska już trzykrotnie dokonywała publikacji Obwieszczeń w sprawie programu. Ostatnie – pochodzące z 2006 r. zdaje się coraz bardziej dostosowywać do europejskich realiów gospodarczych. Tym bardziej więc warto jest poznać podstawy najbardziej współczesnego wspólnotowego programu łagodzenia kar, który dzięki odpowiednim zabiegom może stać się prawdziwym panaceum w walce z tajnymi zmwami kartelowymi, co do zasady niezwykle czaso- i kapitałochłonnymi do wykrycia.

1. Wprowadzenie

Celem niniejszego opracowania stało się przybliżenie istoty konstrukcji stworzonej na potrzeby prawa ochrony konkurencji i konsumentów, a mianowicie programu łagodzenia kar (sankcji) znanego jako *Leniency*. Poniższe opracowanie koncentruje się na mechanizmie *stricte* europejskim, który wywiera wpływ na regulacje dotyczące prawa konkurencji w poszczególnych państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Działalność kartelowa stanowi bardzo poważne naruszenie prawa konkurencji, oddziałując negatywnie na konsumentów poprzez podnoszenie cen oraz ograniczenie dostaw. W dłuższym okresie, kartele prowadzą do utraty

* Mgr Ilona Szwedziak – Aplikantka adwokacka w ORA w Warszawie.

konkurencyjności, a także zmniejszenia szans na zatrudnienie¹. Wykrywanie naruszeń oraz zbieranie niezbędnych dowodów, jest co do zasady kosztowną czynnością, konsumuje bowiem nie tylko środki organów antymonopolowych i podmiotów je wspierających, ale również nakłada znaczące koszty na przedsiębiorstwa lub osoby objęte postępowaniem². Zamiast jednak używania groźby zastosowania sankcji za odmowę współpracy, żeby zachęcić przedsiębiorstwa, które wzięły udział w zakazanym porozumieniu do przedstawienia niezbędnych informacji oraz dowodów, organ może stworzyć swoistą „zachętę” (bodziec) dla współpracy w postaci zaoferowania odstąpienia bądź zmniejszenia sankcji grożącej za udział w naruszeniu prawa konkurencji³.

U podstaw konstrukcji prawnej *Leniency* zapoczątkowanej w Stanach Zjednoczonych znalazło się założenie stanowiące, że interes publiczny w skutecznym wykrywaniu i eliminacji najgroźniejszych porozumień ograniczających konkurencję jest większy, niż w ukaraniu tych uczestników, którzy decydują się okazać „czynny żal” przejawiający się w nawiązaniu współpracy z organem antymonopolowym⁴.

Amerykański Departament Sprawiedliwości prowadzi politykę *Leniency* (znaną jako *corporate amnesty* albo *corporate immunity policy*), zgodnie z którą przyznaje się zwolnienie przedsiębiorstwom zawiadamiającym o prowadzeniu i partycypacji w nielegalnej antytrustowej działalności we wczesnym stadium. W tym przypadku, zwolnienie oznacza nieprzedstawianie zarzutów karnych takim podmiotom w zakresie zgłoszonego przez nie nielegalnego uczestnictwa w zakazanym porozumieniu⁵.

Łagodzenie kar w prawie konkurencji nie jest zatem konstrukcją nową. Stosunkowo często w literaturze przedmiotu natknąć można się na stwierdzenie, że *Leniency*, to „świadek koronny” prawa konkurencji (w niemieckim prawie kartelowym takiego sformułowania używa się wprost – *der Kronzeuge*)⁶. Oto bowiem skruszony przedsiębiorca uczestniczący w porozumieniu

¹ ECN Model *Leniency* Notice Programme, Explanatory Notes, dostępny pod adresem: www.europa.eu/competition/cartels/Leniency/Leniency.html

² W.P.J. Wils, *Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement: A legal and economic Analysis*, „World Competition” 2003, nr 4, s. 568.

³ W.P.J. Wils, *Self-incrimination...*, s. 564.

⁴ Tak: R. Molski [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2010, s. 1665.

⁵ W.P.J. Wils, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, „World Competition” 2007, nr 1, s. 25–26.

⁶ Por. *Ochrona Konkurencji w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno-ekonomiczne)*, red. C. Banasiński, Warszawa 2005, s. 22.

mającym na celu ograniczenie konkurencji, aby uniknąć sankcji lub obniżyć wymiar grożącej mu sankcji, decyduje się powiadomić o istnieniu nielegalnego porozumienia organ państwowy zajmujący się ochroną konkurencji.

Faktycznie, w wielu przypadkach istnienie zakazanych porozumień, zwłaszcza zaś karteli traktować należałoby przez pryzmat prawa karnego, gdzie – używając nomenklatury karnej – byłby to rodzaj oszustwa, czy też kwalifikowana forma kradzieży. Możliwość skorzystania z formuły *Leniency* byłoby zatem w tym przypadku bądź odstąpieniem od wymierzenia kary bądź jej nadzwyczajnym złagodzeniem⁷.

Podstawowym celem wprowadzenia *Leniency* do europejskiego prawa konkurencji stało się przeświadczenie o zwiększeniu prawdopodobieństwa wykrycia i eliminacji porozumień ograniczających konkurencję. Podobnie jak w amerykańskim prawie antytrustowym, chodziło zwłaszcza o kartele, uznawane za szczególnie niebezpieczne i nierzadko niezwykle trudne do zdemonstrowania przez organy ochrony konkurencji.

Pytanie, które powstaje przy analizowaniu kwestii związanych z *Leniency* powinno zatem dotyczyć motywacji skruszonego przedsiębiorcy, który jeszcze do niedawna zainteresowany był udziałem w nielegalnym kartelu. Abstrahując od rozważań natury etycznej (czy też może raczej etyki biznesu), należałoby przyrzeć się kilku fundamentalnym kwestiom.

Z jednej strony organy antymonopolowe dysponują licznymi uprawnieniami związanymi z prowadzeniem postępowań, które pozwalają im albo uzyskać pewne informacje albo też zmusić przedsiębiorstwa lub jego personel do dostarczenia określonych dowodów. Uprawnienia te nie są jednakże nieograniczone, ulegają licznym limitacjom (ograniczeniom), czego egemplifikacją w pewnym sensie może być prawo podmiotu do niedostarczenia dowodów przeciwko własnej winie (ang. *the privilege against self-incrimination*).

Z drugiej strony na gruncie europejskim Komisja oraz liczne organy antymonopolowe używają mechanizmu *Leniency*, dzięki któremu mogą „zachęcić” przedsiębiorstwo lub pojedynczych członków kadry kierowniczej do dobrowolnego dostarczenia informacji w zamian za zwolnienie z grożącej kary grzywny albo jej znaczne zmniejszenie⁸.

Z założenia więc, z jednej perspektywy mechanizm *Leniency* ma przyczynić się do destabilizacji już działających zakazanych porozumień, z dru-

⁷ Tego typu przestępstwa w systemie amerykańskim określane są jako *white-collar crimes*, tj. „przestępstwa w białych kołnierzykach”.

⁸ W.P.J. Wils, *Self-incrimination...*, s. 568–569.

giej zaś pełni funkcję *stricte* prewencyjną i zniechęcającą. Zwiększa też znacząco koszty oraz ryzyko udziału w kartelu, tj. prawdopodobieństwo ujawnienia przez któregoś ze współników istnienia porozumienia, a w konsekwencji ukarania pozostałych. Tym samym zatem, podważa poczynione przez tworzących zakazane porozumienie założenie *a priori* w kwestii korzyści z partycypacji w nielegalnym przedsięwzięciu, którymi miałyby być nadzwyczajne zyski (ang. *windfall profits*) osiągnane dzięki ograniczeniu konkurencji oraz istnienie niskiego ryzyka jego wykrycia i ukarania uczestników⁹.

W sprawach związanych z kolektywnymi naruszeniami prawa, takimi jak działalność karteli różnicowanie kar na podstawie roli przedsiębiorstwa w nielegalnym porozumieniu, może odnieść skutek wzrostu kosztów tworzenia lub utrzymania takiego kartelu, gdyż prowadzenie tego typu działalności wymaga znacznego wysiłku ekonomicznego. Członkowie karteli muszą zatem selekcjonować i koordynować konsekwentnie wzajemne, ukryte strategie, pozwalające uczestnikom kartelu jako grupie na zwiększanie zysków, a także prowadzić równą dystrybucję dochodów pomiędzy nimi. Ponadto, działalność kartelowa wymaga również rozwinięcia mechanizmów zniechęcających do oszustw i matactw pomiędzy samymi uczestnikami, włączając monitoring, system nagród i kar. W dynamicznej gospodarce kartele „odnoszące sukces” mogą rozwijać swoje struktury organizacyjne, które pozwolą im rozwiązać powyższe problemy.

Dobrze zaprojektowana polityka kar pieniężnych może jednak utrudniać kartelom osiągnięcie wskazanych założeń, poprzez nakładanie wyższych kar na członków zakazanego porozumienia, którzy odgrywają czynną (i niejednokrotnie dominującą – przyp. autorki) rolę w tworzeniu i prowadzeniu niezgodnego z prawem porozumienia i niższe kary – dla tych podmiotów, które pozostawały w nim wyłącznie pasywne, a także – co wydaje się najważniejsze – poprzez oferowanie występującym z porozumienia możliwość skorzystania z *Leniency*¹⁰.

Nie bez znaczenia jest również inny z celów przyświecających wprowadzeniu *Leniency*, a mianowicie wykreowanie pewnego bezpieczeństwa czy też ochrony obrotu prawnego w przestrzeni gospodarczej. Chodzi tu przede wszystkim o ochronę niejednokrotnie słabszych podmiotów gospodarczych, które albo zmuszone zostały do partycypacji w nielegalnym porozumieniu

⁹ R. Molski [w:] *Ustawa o ochronie...*, s. 1666.

¹⁰ W.P.J. Wils, *The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis*, „World Competition” 2007, nr 2, s. 8.

przez silniejszych graczy albo też – nie mając z porozumieniem nic wspólnego, ponoszą negatywne skutki jego oddziaływania w postaci ograniczenia konkurencji na danym rynku.

2. Leniency w prawie europejskim

Pierwszy program *Leniency* Komisji Europejskiej inspirowany amerykańskim systemem łagodzenia kar (*Corporate Leniency Policy*) wprowadzony został w roku 1996 r.¹¹, jednakże jeszcze przed jego pojawieniem się, Komisja wielokrotnie dokonywała redukcji nałożonych kar, a nawet odstępowała od ich nałożenia w związku ze współpracą otrzymaną od strony zaangażowanej w nielegalne przedsięwzięcie.

Pierwsze Obwieszczenie dotyczące *Leniency* zastąpione zostało w 2002 r. kolejnym dokumentem w sprawie łagodzenia sankcji za udział w nielegalnym porozumieniu¹². Fundamentalna zmiana w programie z 2002 r. dotyczyła stworzenia mechanizmu, w którym zwolnienie stało się automatyczne, a zmniejszenie kary połączono z okresem współpracy¹³.

Obwieszczenie w sprawie *Leniency* z 2002 r. różniło się od programu z 1996 r. m.in. tym, że wymagało ono od aplikującego dostarczenia „decydujących” dowodów (ang. *decisive evidence*) oraz wyłączało spod ubiegania się o pełne zwolnienie z sankcji przedsiębiorstw, które działały jako podzégacz lub odgrywały znaczącą (zdecydowaną) rolę w kartelu. Obie kwestie pozostawiały szerokie pole do interpretacji, powodując znaczną niepewność w stosunku do tego, co powinno być rozumiane jako „decydujący dowód” oraz co rozumiane jest przez pojęcia „podzégający” lub „odgrywający znaczącą rolę”¹⁴.

Konsternację semantyczną budziły również określenia „bardzo znacząca redukcja” (ang. *a very substantial reduction*) oraz „znacząca redukcja” (ang. *substantial reduction*), a także „istotna redukcja grzywny” (ang. *significant reduction*).

Problemy interpretacyjne doprowadziły do sytuacji, kiedy to w ciągu prawie pięciu lat obowiązywania pierwszego programu, tj. do końca 2001 r. Komisja przyznała pełne zwolnienie jedynie w trzech sprawach: *Rhône-Po-*

¹¹ Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases, 96/C 207/04.

¹² Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, 2002/C 45/03.

¹³ W.P.J. Wils, *Leniency...*, s. 25–26.

¹⁴ *Ibidem*.

*ulenc*¹⁵, w związku z udziałem w witaminowych kartelach, w sprawie *Interbrew*¹⁶ dotyczącej nielegalnego porozumienia kartelowego w produkcji piwa oraz *Sappi*¹⁷ za dostarczenie wartościowych informacji oraz współpracy w sprawie kartelu papieru bezwęglowego¹⁸.

Obwieszczenie, które weszło w życie w 2002 r., miało „naprawić” i wypełnić pewne niedopatrzenia¹⁹, pojawiające się od momentu wprowadzenia tego instrumentu do europejskiego prawa konkurencji²⁰. Dokument w znaczący sposób poprawił zdolność Komisji w identyfikowaniu i karaniu karteli, a stało się tak w dużej mierze ze względu na założenie programu z 2002 r., który usunął leżące u podstaw wcześniejszego modelu żądanie ukarania wszystkich członków nielegalnego porozumienia²¹. Ponadto, Obwieszczenie z 2002 r. dało możliwość całkowitego uniknięcia kary, która w przeciwnym razie zostałaby wymierzona, warto bowiem wskazać, że program *Leniency* z 1996 r. niekoniecznie gwarantował pełne odstąpienie od wymierzenia kary – dla pierwszego zgłaszającego przedsiębiorstwa, spełniającego warunki przewidziano redukcję przynajmniej 75% grzywny a nawet całkowite zwolnienie od kary, która zostałaby nałożona w przypadku braku współpracy (podkreślenie autorki)²².

¹⁵ Commission Decision of 21.11.2001 relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement, 2003/2/EC, (notified under document number C(2001) 3695).

¹⁶ Commission Decision of 5.12.2001 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty 2003/569/EC, (notified under document number C(2001) 3915).

¹⁷ Commission Decision of 20.12.2001 relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement, 2004/337/EC – Case COMP/E-1/36.212 – Carbonless paper (notified under document number C(2001) 4573).

¹⁸ *Commission adopts new Leniency policy for companies which give information on cartels*, Brussels, 13.2.2002, ip/02/247/.

¹⁹ W okresie pomiędzy 14.2.2002 r. aż do końca 2005 r. Komisja otrzymała 167 wniosków *Leniency*, z czego 87 dotyczyło odstąpienia od nałożonej grzywny, zaś 80 wnioskujących aplikowało o zmniejszenie jej wymiaru.

²⁰ Obwieszczenie z 2002 r. nawiązywało wprost do swojego poprzednika, stanowiąc m.in. „In the 1996 notice, the Commission announced that it would examine whether it was necessary to modify the notice once it had acquired sufficient experience in applying it. After five years of implementation, the Commission has the experience necessary to modify its policy in this matter. Whilst the validity of the principles governing the notice has been confirmed, experience has shown that its effectiveness would be improved by an increase in the transparency and certainty of the conditions on which any reduction of fines will be granted (para 5)”.

²¹ J. S. Sandhu, *The European Commission's Leniency Policy: A Success?*, „European Competition Law Review” 2007, nr 3, s. 149.

²² Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases, 96/C 207/04, Sec. B.

3. Obecne Obwieszczenie

Najnowszy – poprawiony program *Leniency* – wszedł w życie na mocy Obwieszczenia Komisji w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych z 8.12.2006 r., wprowadzając kilka istotnych zmian, a przede wszystkim – wychodząc naprzeciw rzeczywistości gospodarczej poszerzającej się Unii Europejskiej. Obwieszczeniu towarzyszy dokument pt. Modelowy Program *Leniency*, który stanowi swego rodzaju „przewodnik” stosowania *Leniency* w prawie wspólnotowym.

Jak wyeksponowano w Obwieszczeniu z 2006 r., praktyki kartelowe obejmują ustalenia, które pośrednio lub bezpośrednio oddziałują na ceny, ilość, podział rynku i inne relewantne parametry konkurencji. Za przykład posłużyć mogą więc praktyki dotyczące ograniczeń w imporcie lub eksporcie, zmony przetargowe czy kolektywny bojkot. Inne typy ograniczeń, takie jak porozumienia wertykalne i horyzontalne odmienne niż kartele, są co do zasady łatwiejsze do wykrycia i przeprowadzenia śledztwa, dlatego też nie znajdują uzasadnienia w ramach *Leniency*. Poza tym, włączenie do programu *Leniency* porozumień innych niż kartele, mogłoby wprowadzić ryzyko wcześniejszego wprowadzenia (ang. *re-introducing*) systemu zawiadomienia *de facto*, który jednakowoż nie byłby pożądany²³.

Modelowy Program *Leniency* obejmuje tylko kartele ukryte. Podstawowym celem programu *Leniency* z 2006 r., podobnie jak było to w poprzednich programach, staje się wspieranie organów antymonopolowych (rozumianych dalej jako krajowe organy ochrony konkurencji oraz Komisję – przyp. autorki) w ich wysiłkach zmierzających do wykrycia i zniweczenia kartelu oraz ukarania jego uczestników. W ocenie organów ochrony konkurencji, dobrowolne (ang. *voluntary*) wsparcie w osiąganiu powyższych celów stanowi istotną wartość z punktu widzenia gospodarczego prosperity tak poszczególnych państw członkowskich, jak i wspólnego rynku, co może usprawiedliwiać przyznanie w pewnych wypadkach zwolnienia z nałożenia kary lub jej zmniejszenie²⁴.

Obwieszczenie z 2006 r. dostarcza również większej pewności w kwestii tzw. progu ocenego (ang. *threshold*). Aby uniknąć niepewności co do typu

²³ ECN Model *Leniency* Notice Programme, Explanatory Notes, s. 13–14.

²⁴ Ibidem, pkt 2.

informacji i dowodów wymaganych do osiągnięcia progu, Obwieszczenie zawiera listę, która ma ułatwić wnioskującym ich zebranie i dostarczenie²⁵.

Taki sam jak w Obwieszczeniu dotyczącym *Leniency* z 2002 r. pozostał jednakże próg ocenny przewidziany dla redukcji grzywien. Żeby zatem zakwalifikować się do programu *Leniency*, wnioskujący o zmniejszenie sankcji podmiot, musi dostarczyć dowody, które reprezentować będą „istotną wartość dodaną” (ang. *significant added value*) w odniesieniu do dowodów już znajdujących się w aktach sprawy organów. Mając na względzie jasność, a także w świetle ostatniego orzecznictwa sądów europejskich zajmujących się względną oceną dowodów, poprawione Obwieszczenie wyraźnie przywołuje dowody, które wymagają potwierdzenia w stopniu niewielkim bądź też w ogóle, dostarczając w ten sposób większej wartości udowodnieniu sprawy, aniżeli dowodom wymagającym potwierdzenia, jeśli te ostatnie są kwestionowane²⁶.

W tym miejscu warto również wspomnieć, że europejski system ochrony konkurencji zaopatrzony został w narzędzie ścisłej współpracy w tej dziedzinie, a mianowicie Europejską Sieć Konkurencji (ang. *European Competition Network*). Impulsem dla powstania Sieci było wejście w życie kluczowego dla europejskiego prawa konkurencji Rozporządzenia 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu²⁷. Zgodnie z Obwieszczeniem Komisji w sprawie współpracy w ramach Sieci Organów Konkurencji²⁸ krajowe organy ochrony konkurencji (ang. *National Competition Authorities*) wraz z Komisją stworzyły wspólnie sieć organów działających w interesie publicznym, a także ściśle współpracujących w celu ochrony konkurencji. Sieć stała się też forum do dyskusji w zastosowaniu i egzekwowaniu polityki konkurencji w Unii Europejskiej²⁹.

Zadania nadzorcze w sprawach związanych z konkurencją powierzone Komisji na mocy Traktatu objęły nie tylko obowiązek dochodzenia

²⁵ Competition: revised Leniency Notice – frequently asked questions, Brussels, 7.12.2006, pkt 1.

²⁶ Ibidem, pkt 3.

²⁷ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.Urz.UE 2003 Nr L 1. Wspomniane Rozporządzenie stanowi również podstawę do obliczania wymiaru nałożonej grzywny. Zgodnie z art. 23 ust. 2, „jeżeli naruszenie ze strony związku przedsiębiorstw ma związek z działalnością jego członków, grzywna nie przekroczy 10% sumy całkowitego obrotu każdego z członków prowadzącego działalność na rynku, na który miało wpływ naruszenie dokonane przez związek”.

²⁸ Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, C 101/43, pkt 1.

²⁹ Ibidem, pkt 1.

i karania indywidualnych wykroczeń, ale również obowiązek prowadzenia ogólnej polityki.

Modelowy Program Europejskiej Sieci Konkurencji oparty został na wspólnych doświadczeniach organów antymonopolowych korzystających od wielu lat z programów łagodzenia kar, skupiając się przy tym na dwóch celach. Po pierwsze, za pomocą Europejskiej Sieci Konkurencji ma zamiar zapoczątkować miękką harmonizację istniejących programów *Leniency* oraz umożliwić ich przyjęcie przez te organy antymonopolowe, które jeszcze programów nie wprowadziły. Po drugie, ustanawia cechy zuniformizowanego typu uproszczonej formy wniosku (tzw. *summary applications*) stworzonej, aby złagodzić ciężar związany z powielaniem składanej dokumentacji (ang. *multiple filing*) w przypadku dużych międzynarodowych karteli, nałożony tak na przedsiębiorstwo jak i na organy antymonopolowe.

Zadaniem Modelowego Programu stało się zapewnienie, że potencjalni wnioskodawcy nie będą zniechęceni do składania wniosków z powodu rozbieżności pomiędzy istniejącymi w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji programami *Leniency*. By sprostać temu zapewnieniu stworzono postępowanie, w którym wnioskodawca może aplikować do którejkolwiek procedury w ramach Sieci³⁰.

Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, Modelowy Program *Leniency* wyszedł naprzeciw zapotrzebowaniu na tzw. „one stop *Leniency* shop”, czyli mechanizm rozpatrywania w jednym miejscu wniosków *Leniency* oraz zaoferował zestaw zasad, w oparciu o które wszystkie programy Europejskiej Sieci Konkurencji mogą być konwergentne (zbieżne)³¹.

Modelowy Program zachęca zatem do harmonizacji kluczowych elementów poszczególnych polityk *Leniency* w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji, włączając w to *inter alia* zakres programów, wyłączenia pewnych wnioskujących z ubiegania się o zwolnienie, warunki, system markerowy, maksymalny procent oraz próg dla zmniejszenia kary, a także pewne kwestie proceduralne³².

Podczas gdy wysoce pożądanym jest zapewnienie działania programu *Leniency* w ramach wszystkich organów ochrony konkurencji, różnorodność ram prawnych, procedur i sankcji w państwach Unii Europejskiej sprawia problem, aby system łagodzenia kar mógł zostać poddany unifikacji. Dlatego

³⁰ ECN Model *Leniency* Programme. Report on Assessment of the State of Convergence, s. 1.

³¹ Competiton: the European Competiton Network launches a Model *Leniency* Programme – FAQ, Brussels, 29.9.2006 r., s. 1.

³² ECN Model *Leniency*. Report on..., s. 1.

właśnie Modelowy Program ustanawia zasadnicze elementy, które po zharmonizowaniu, powinny być wspólne dla wszystkich programów *Leniency* występujących w państwach członkowskich. Modelowy Program zaopatrzonej został zatem w Notę Wyjaśniającą (ang. *Explanatory Notes*), która dostarcza dalszych objaśnień oraz praktycznych wytycznych w stosowaniu mechanizmu łagodzenia kar.

Warto też zwrócić uwagę, że Modelowy Program dotyczy złagodzenia kar w odniesieniu do spółek, nie obejmuje zatem osób fizycznych, które nie są przedsiębiorcami. Przyznanie zwolnienia nie dotyczy więc dyrektorów czy pracowników przedsiębiorstwa³³. Żeby zapewnić efektywne działanie programu *Leniency*, istotnym stała się jednak ochrona w jak najszerszym wymiarze potencjalnych pracowników lub dyrektorów przedsiębiorstwa ubiegającego się o zwolnienie z nałożenia kary³⁴.

Jako jeden z celów programu wskazano również osiągnięcie wzrostu przewidywalności dla aplikujących do programu *Leniency* oraz uniknięcie przez nich zetknięcia się z różniącymi się wymaganiami w sytuacji, kiedy będą mieć do czynienia z kilkoma programami łagodzenia kar. Jasna i prosta procedura ma też prowadzić do zredukowania tak ponoszonych kosztów jak i czasu dla organów konkurencji oraz samych wnioskodawców³⁵.

Jak już wspomniano, wszystkie programy w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji stosowane są do wykrywania tajnych karteli, jednakże niektóre z nich obejmują szerszy zakres zastosowania. W szczególności więc, niektóre programy nie ograniczają się jedynie do „tajnych” porozumień, ale do wszystkich nielegalnych porozumień w ogóle³⁶.

4. Procedura *Leniency*

Organ antymonopolowy może pozyskiwać potrzebne informacje oraz dowody z różnych źródeł, w szczególności od skarżących lub osób trzecich, jednakże najwartościowsze dane będą znajdować się zazwyczaj

³³ W.P.J. Wils, *Leniency...*, s. 25–26.

³⁴ ECN Model *Leniency* Programme, s. 15.

³⁵ *Competition: the European Competition Network launches a Model Leniency Programme – FAQ*, Brussels 29.9.2006, s. 1; zgodnie z tym opracowaniem: „*Leniency programme allows authorities to grant full immunity or a reduction in the penalties they would otherwise have been imposed on a participant in a cartel, in exchange for freely volunteered disclosure of information on the cartel and continuous cooperation in the authorities, investigation*”.

³⁶ ECN Model *Leniency* Programme. Report on Assessment of the State of Convergence, s. 5.

w posiadaniu przedsiębiorstw (i ich zarządów), które popełniły naruszenie. Co istotne, przy pewnych typach naruszeń zwłaszcza sekretnych zмовach cenowych podmiot, który dokonał naruszenia, może być jedynym posiadającym informacje potrzebne (i niezbędne) organowi antymonopolowemu do wykrycia i ukarania takich naruszeń³⁷.

Ważna jest zatem tutaj sama „inicjatywa” skruszonego. *Explicite* wyraził to również Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) w wyroku z 29.6.2005 r. w sprawie *Komisja przeciwko SGL Carbon AG & others*³⁸, stwierdzając, że przedsiębiorstwo zasługuje na obniżenie grzywny tylko wtedy, gdy podejmuje współpracę z własnej inicjatywy, która nie stanowi odpowiedzi na formalne żądanie Komisji. W dalszej kolejności z uzasadnienia wynika, że Komisja nie nagradza dostarczenia informacji, które w jej ocenie przedsiębiorca musi dostarczyć w odpowiedzi na żądanie ich udzielenia³⁹.

Koherentne stanowisko zaprezentował Sąd Pierwszej Instancji (obecnie: Sąd) w wyroku z 12.12.2007 r. w sprawie *BASF AG & UCB SA przeciwko Komisji*, gdzie m.in. skonstatowano, że dokumenty przekazywane Komisji w odpowiedzi na żądanie informacji są dostarczane z uwagi na istnienie obowiązku prawnego w tym zakresie i nie mogą być uwzględnione na podstawie Komunikatu w sprawie współpracy⁴⁰.

W Obwieszczeniu wydanym w 2006 r. uwzględniono dwie kategorie procedury *Leniency*, z których może skorzystać wnioskujące przedsiębiorstwo. Po pierwsze – w ramach tzw. Typu 1, po spełnieniu warunków *sine qua non* uzyskać może całkowite (pełne) zwolnienie od grożącej kary. W ramach pierwszego typu, uwzględniono dwie subkategorie (1A oraz 1B) odnoszące się do ubiegania się o zwolnienie. W obrębie drugiej kategorii – Typu 2, znalazła się aplikacja dla ubiegających się o zmniejszenie wysokości grzywny.

Jak wskazano w Obwieszczeniu, w każdej decyzji Komisji zostanie wskazany fakt współpracy przedsiębiorstwa z Komisją w trakcie prowadzonego przez nią postępowania administracyjnego celem wyjaśnienia powodu zwolnienia z grzywny lub jej zmniejszenia. Fakt przyznania zwolnienia z grzywny lub jej zmniejszenia nie może chronić przedsiębiorstwa od cywilnoprawnych konsekwencji udziału w naruszeniu art. 101 TFUE⁴¹.

³⁷ W.P.J. Wils, *Self-incrimination...*, s. 568.

³⁸ ETS, sprawa C-301/04 *Komisja v. Carbon AG* z 29.6.2006 r.

³⁹ *Ustawa o ochronie...*, s. 1004.

⁴⁰ SPI, połączone sprawy T-101/05 i T-111/05 *Komisja v. BASF AG oraz UCB SA* z 12.12.2007 r.

⁴¹ Obwieszczenie Komisji w sprawie zwalniania z grzywnien i zmniejszania grzywnien w sprawach kartelowych, 2006/C 298/11, pkt 39.

5. Odstąpienie od wymierzenia grzywny (ang. *immunity from fines*) – Typ 1

5.1. Typ 1A

Zgodnie z założeniami Modelowego Programu, organ konkurencji udzieli przedsiębiorstwu zwolnienia z grzywny (tzn. odstąpi od jej nałożenia), która w innym przypadku zostałaby nałożona, pod warunkiem, że będzie ono pierwszym podmiotem dostarczającym dowodów, na podstawie których – z punktu widzenia organu i w chwili oceny wniosku będzie w stanie przeprowadzić celową kontrolę (ang. *targeted inspection*) w związku z domniemanym kartelem.

Druga przesłanka, która umożliwia skorzystanie z programu *Leniency*, dotyczy sytuacji, gdy w chwili składania wniosku, organ ochrony konkurencji nie posiadał wystarczających dowodów do podjęcia decyzji o przeprowadzeniu kontroli bądź oczekiwał na sądowy nakaz jej dokonania, albo też nie przeprowadził jej jeszcze w związku z domniemanym porozumieniem kartelowym oraz – gdy pozostałe (dodatkowe) warunki załączone do *Leniency* są spełnione⁴².

Ocena prognozy musi zostać spełniona *ex ante*, tj. bez brania pod uwagę, czy kontrole były zakończone sukcesem czy też nie, a także czy były w ogóle przeprowadzone. Zostaje ona przeprowadzona wyłącznie na podstawie typu i jakości przedłożonych przez wnioskującego informacji⁴³.

W związku z brakiem przeprowadzonych kontroli, przedsiębiorstwo wnioskujące powinno być w stanie dostarczyć organowi ochrony konkurencji (Komisji) przynajmniej wymienione w Obwieszczeniu informacje i dowody w zakresie, w jakim nie będzie to w opinii Komisji stanowiło zagrożenia dla samej kontroli.

Oświadczenie przedsiębiorstwa powinno zawierając zatem następujące informacje (o ile są one znane aplikującemu w chwili złożenia wniosku)⁴⁴:

- 1) nazwę i adres osoby prawnej składającej wniosek o zwolnienie (jak również nazwiska osób, które są bądź były zaangażowane w kartel w imieniu przedsiębiorstwa)⁴⁵;

⁴² W polskim tłumaczeniu Obwieszczenia z 2006 r. używa się zwrotu – „pewne wymagania dodatkowe”.

⁴³ ECN Model Leniency Notice Programme, Explanatory Notes, pkt 19.

⁴⁴ Obwieszczenie Komisji w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych, 2006/C 298/11, pkt 9 lit. a.

⁴⁵ ECN Model Leniency Notice Programme, Explanatory..., pkt 20.

- 2) inne strony domniemanego kartelu – nazwiska, stanowiska, adresy służbowe (a gdzie jest to konieczne – adresy domowe) osób fizycznych, które według wiedzy aplikującego są lub były zaangażowane w nielegalne porozumienie, w tym osoby, które były zaangażowane w imieniu wnioskodawcy⁴⁶;
- 3) szczegółowy opis domniemanego kartelu, zawierający określenie produktów, które obejmuje, zakres terytorialny oddziaływania, czas trwania oraz charakter postępowania domniemanego kartelu, a także dokładne informacje o terminach, miejscach, treści i uczestnikach kontaktów w ramach domniemanego kartelu oraz wszelkie wyjaśnienia w związku z dowodami przekazanymi wraz z wnioskiem;
- 4) informacje dotyczące jakichkolwiek wcześniejszych lub możliwych w przyszłości wniosków związanych z procedurą Leniency do jakiegokolwiek innego organu ochrony konkurencji, także do organów poza Unią Europejską w związku z domniemanym kartelem⁴⁷.

Ponadto, wnioskujący powinien przedstawić dowody domniemanego kartelu będące w jego posiadaniu lub znajdujące się pod jego kontrolą (w szczególności wszelkie dowody pochodzące z okresu zaistnienia danych faktów)⁴⁸.

Jeżeli organy antymonopolowe przeprowadziły kontrolę lub są już w posiadaniu wystarczających dowodów do jej przeprowadzenia, uzyskanie zwolnienie na podstawie Typu I nie zostanie przyznane⁴⁹.

Ważnym jest więc, aby przedsiębiorstwo, które chce skorzystać z programu, rozpoczęło jak najszybciej i najefektywniej współpracę z organem ochrony konkurencji, gdyż tylko taka postawa gwarantuje przyznanie immunitetu w postaci odstąpienia od nałożenia grzywny.

Co istotne, jeśli zwolnienie zostało już przyznane na podstawie Typu 1A, zwolnienie na podstawie Typu B nie jest już możliwe⁵⁰.

5.2. Typ 1B

W sprawach, w których żadne przedsiębiorstwo nie otrzymało warunkowego zwolnienia z grożącej grzywny zanim organy konkurencji przeprowadziły kontrolę lub zanim dysponowały one wystarczającymi dowodami

⁴⁶ Obwieszczenie..., pkt 9.

⁴⁷ ECN Model Leniency Programme, pkt 6.

⁴⁸ Obwieszczenie..., pkt 9 lit. b.

⁴⁹ Obwieszczenie..., pkt 10.

⁵⁰ ECN Model Leniency Notice Programme, Explanatory Notes, pkt 17.

na dokonanie kontroli, bądź też oczekiwały na sądowy nakaz dokonania kontroli, organ konkurencji przyzna wnioskującemu zwolnienie z grzywny, która w przeciwnym razie zostałaby nałożona, jeśli przedsiębiorstwo to jest pierwszym dostarczającym dowód, który z punktu widzenia organu umożliwi wykrycie naruszenia art. 81 TWE (obecnie art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu UE) w stosunku do domniemanego kartelu. Drugą przesłankę dla udzielenia zwolnienia stanowi z kolei sytuacja, gdy w chwili zgłoszenia organ nie dysponował wystarczającymi dowodami, które doprowadziłyby do wykrycia naruszenia art. 101 TFUE w związku z domniemanym kartelem i ponadto – gdy pozostałe – dodatkowe warunki dotyczące *Leniency* zostaną spełnione⁵¹.

Z ubiegania się o skorzystanie z mechanizmu *Leniency* zgodnie z Modelowym Programem wykluczone będzie przedsiębiorstwo, które powzięło kroki w celu zmuszenia innego przedsiębiorstwa do udziału w kartelu⁵².

Najistotniejsza z punktu widzenia mechanizmu *Leniency* wydaje się więc rola przywódcy, inicjatora kartelu. Z orzecznictwa europejskiego wynika, że za takiegoż „lidera” uznaje się przedsiębiorcę, który zorganizował pierwsze spotkanie o antykonkurencyjnym celu (i charakterze), a ponadto mu przewodniczył (kierował przebiegiem innych spotkań). Za dzierżenie roli lidera w dalszym naruszeniu uważa się fakt „zobowiązania się do zapewnienia przez cały czas uczestnictwa w kartelu jego prawidłowego funkcjonowania poprzez przypominanie innym członkom o konieczności utrzymywania w tajemnicy działań kartelu”, a także wyjaśnianie innym, nowym uczestnikom porozumienia „mechanizmów porozumień zawartych między członkami po przyłączeniu się tej strony do kartelu⁵³” (tak: wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 27.9.2006 r. w sprawie *Archer Daniels Midland Co. przeciwko Komisji*⁵⁴).

W związku z tym, z Typu 1 nie będą mogły skorzystać podmioty nakłaniające do partycypacji w kartelu, co nie wyklucza możliwości skorzystania z programu *Leniency* Typu 2, czyli zmniejszenia wymiaru sankcji. Warto jednak zauważyć, że w niektórych krajowych programach *Leniency* nie tylko przedsiębiorstwa, które podejmowały kroki w celu nakłonienia innych podmiotów do udziału w kartelu, ale również inicjatorzy nielegalnego porozumienia zostali wyłączeni z możliwości aplikowania do programu pełnego złagodzenia kary (tak jest np. w Czechach)⁵⁵.

⁵¹ ECN Model *Leniency* Programme, pkt 13.

⁵² Ibidem, pkt 8.

⁵³ W.P.J. Wils, *Leniency...*, s. 25–26.

⁵⁴ SPI, sprawa T-59/02 *Komisja vs Archer Daniels Midland Co.* z 27.9.2006 r.

⁵⁵ ECN Model *Leniency* Programme. Report on Assessment of the State of Convergence, s. 6.

Przedsiębiorstwo, które chce zwrócić się z wnioskiem o zwolnienie z grzywny, powinno skontaktować się z Dyрекcją Generalną ds. Konkurencji w Komisji Europejskiej. Może też najpierw zwrócić się o wydanie poświadczenia kolejności złożenia wniosku albo od razu złożyć do Komisji formalny wniosek o zwolnienie w celu spełnienia warunków określonych w Obwieszczeniu⁵⁶.

Komisja może odrzucić każdy wniosek o odstąpienie od wymierzenia grzywny, jeżeli został on złożony po wydaniu pisemnego zgłoszenia zastrzeżeń⁵⁷. Kiedy formalny wniosek zostanie złożony, organ antymonopolowy na żądanie wnioskującego dostarczy potwierdzenie otrzymania wskazujące na datę i czas jego złożenia. W odniesieniu do zgłoszeń *Leniency* dotyczących tego samego domniemanego kartelu, organ oceni wnioski w kolejności ich otrzymania.

Przedsiębiorstwo składające do Komisji formalny wniosek o zwolnienie z grzywien zobowiązane jest przekazać Komisji wszelkie dostępne mu informacje i dowody wiążące się z domniemanym kartelem, określone w Obwieszczeniu wraz z oświadczeniem przedsiębiorstwa⁵⁸. Dyrekcja Generalna ds. Konkurencji może, na wniosek, przekazać potwierdzenie otrzymania wniosku przedsiębiorstwa o zwolnienie z grzywien, zawierające datę oraz, w odpowiednich przypadkach, godzinę złożenia wniosku⁵⁹.

Po zweryfikowaniu przedłożonych dokumentów organ przyzna na piśmie warunkowe zwolnienie od grzywny. Jeśli warunki zamieszczone w Obwieszczeniu nie zostaną spełnione, organ poinformuje przedsiębiorstwo na piśmie, że wniosek o odstąpienie odrzucono. Organ zajmie ostateczne stanowisko dotyczące przyznania zwolnienia na końcu procedury. Jeżeli – warunkowo przyznając zwolnienie, organ ostatecznie uzna, że wnioskujący działał jako przymuszający do wzięcia udziału w kartelu (ang. *coercer*), albo że nie spełnił wszystkich warunków załączonych do *Leniency*, poinformuje on o tym wnioskującego niezwłocznie, a przedsiębiorstwo nie skorzysta z żadnego innego korzystnego traktowania w odniesieniu do tej samej procedury⁶⁰. W takim przypadku jak już wskazano powyżej, przedsiębiorstwo może jednak zażądać od organu rozpatrzenia wniosku o zmniejszenie sankcji⁶¹.

⁵⁶ Obwieszczenie Komisji..., pkt 14.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem, pkt 16 lit. a.

⁵⁹ Obwieszczenie..., pkt 17.

⁶⁰ ECN Model Leniency Programme, pkt 19–20.

⁶¹ Ibidem, pkt 21.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w Nocie Wyjaśniającej, organy antymonopolowe powinny postępować z wnioskami w sposób, który zapewni wnioskującemu wysoki stopień pewności prawnej. Takie założenie implikuje m.in. to, że jest on informowany tak wcześnie jak to możliwe o statusie złożonego wniosku a także, że otrzymuje potwierdzenie otrzymania jego ujawnienia⁶².

Co warte podkreślenia, programy *Leniency* niektórych państw członkowskich (np. Polski, Włoch czy Irlandii) w ogóle nie rozróżniają typów zwolnień 1A i 1B⁶³.

6. Zmniejszenie wymiaru grzywien (ang. *reduction of fines*) – Typ 2

Uzyskanie w trakcie postępowania współpracy od podmiotów, które „nie zakwalifikowały się” do odstąpienia od wymierzenia sankcji albo z powodu niespełnienia kryteriów „istotnego dowodowego progu” (ang. *relevant evidential threshold*) albo ze względu na pełnioną rolę w kartelu, niewątpliwie leży w interesie organów antymonopolowych. Takie współdziałanie zapewnia skuteczniejsze przeprowadzenie dochodzenia, a także ukaranie sprawców zabronionego porozumienia. Przedsiębiorstwa, które nie uzyskały zwolnienia z sankcji, mogą skorzystać z możliwości zmniejszenia grzywny, która w przeciwnym razie zostałaby nałożona w pełnym wymiarze⁶⁴.

Aby więc przedsiębiorstwo mogło uzyskać zmniejszenie nałożonej sankcji, musi dostarczyć organowi antymonopolowemu dowody istnienia domniemanego kartelu, które z punktu widzenia tego organu reprezentują „istotną wartość dodaną” i są związane z dowodami posiadanymi przez organ w czasie składania wniosku. Założenie „znaczącej wartości dodanej” (często opisywane w literaturze jako tzw. test SAV – *significant added value test*) odnosi się do przypadku, kiedy dowody dostarczają „wzmocnienia”, które ze swej natury i/lub stopnia szczegółowości dają organowi antymonopolowemu możliwość udowodnienia istnienia domniemanego kartelu⁶⁵. Z reguły Komisja uznaje za szczególnie wartościowe dowody aktualne, bezpośrednie i w formie pisemnej

⁶² ECN Model Leniency Notice Programme, Explanatory..., pkt 37.

⁶³ ECN Model Leniency Programme. Report on..., s. 8.

⁶⁴ ECN Model Leniency Notice Programme, Explanatory..., pkt 23.

⁶⁵ ECN Model Leniency Programme, pkt 10.

(np. odręczne notatki ze spotkań uczestników kartelu oraz listy wspólnie ustalonych cen). W mniejszym zaś stopniu bierze się pod uwagę dowody powstałe *ex post* i pośrednie⁶⁶.

Żeby ustalić właściwy poziom zmniejszenia grzywny, organ weźmie pod uwagę czas, w którym dowody zostały dostarczone (także to, czy wnioskodawca był pierwszym, drugim czy następnym przedsiębiorcą składającym wniosek) oraz ocenę organu dotyczącą całościowej wartości dodanej do sprawy, w oparciu o dostarczone przez ubiegającego się o złagodzenie grzywny dowody.

Jeżeli wnioskodawca Typu 2 dostarczy istotne dowody, które zostaną wykorzystane przez organ do ustalenia dodatkowych faktów mających bezpośredni wpływ na wysokość grzywny, będzie to wzięte pod uwagę w przypadku, gdy zostanie nałożona jakakolwiek grzywna na przedsiębiorstwo dostarczające te dowody⁶⁷.

Komisja ustali w decyzji przyjętej na końcu procedury administracyjnej poziom zmniejszenia grzywien, z którego skorzysta przedsiębiorstwo, w odniesieniu do grzywien, które w przeciwnym przypadku zostałyby nałożone. Dla pierwszego przedsiębiorstwa spełniającego wskazane dla Typu 2 warunki kara zmniejszona zostanie w wymiarze 30–50%, dla drugiego przedsiębiorstwa spełniającego warunki będzie to zmniejszenie o 20–30%, natomiast dla kolejnych podmiotów redukcja kary wyniesie do 20%⁶⁸.

Zmniejszenie sankcji przyznane wnioskującemu i oparte na założeniach Typu 2 nie powinno więc przekraczać 50% grzywny, która w przeciwnym razie zostałaby nałożona⁶⁹. Redukcja wymiaru kary w przypadku pierwszego wnioskującego aż o połowę może wydawać się zatem dużą zachętą, zwłaszcza dla mniejszych i słabszych partycypantów domniemanego kartelu. Wątpliwe może być jednak, czy taka redukcja jawić się będzie jako atrakcyjna dla dużych przedsiębiorstw, aktywnie uczestniczących w działalności kartelu i osiągających z tego tytułu nadzwyczajne zyski.

Jak już wskazano powyżej, wnioskujący są zobowiązani do przytoczenia dowodów, które z punktu widzenia organów stanowią znaczącą wartość

⁶⁶ R. Molski [w:] *Ustawa o ochronie...*, s. 1675–1676.

⁶⁷ ECN Model..., pkt 12.

⁶⁸ Obwieszczenie Komisji..., pkt 26. Zgodnie z Obwieszczeniem, „Komisja uznaje, że współpraca przedsiębiorstwa w wykrywaniu istnienia kartelu ma istotną wartość. Decydujący wkład w rozpoczęcie dochodzenia lub stwierdzenie naruszenia może uzasadniać przyznanie zwolnienia z wszelkich grzywien danemu przedsiębiorstwu, pod warunkiem że spełnione zostaną pewne wymagania dodatkowe” (pkt 4).

⁶⁹ ECN Model..., pkt 11.

dodaną w odniesieniu do dowodów, będących już w posiadaniu organów w czasie złożenia wniosku. Organy rozważą dowody przedłożone na piśmie pochodzące z okresów, do których odnoszą się wskazane w nich fakty jako mające wyższą wartość, aniżeli te później zebrane i dowody obciążające pośrednio⁷⁰.

Aby podjąć postępowanie w sprawie domniemanego kartelu, dowody dostarczone przez pierwszego uczestnika kartelu mogą niekiedy okazać się niewystarczające, a potwierdzenie dowodów może okazać się konieczne na podstawie innych źródeł, dlatego w pewnych przypadkach niezbędne okazuje się podjęcie współpracy z kolejnym członkiem nielegalnego porozumienia.

Na tym tle powstają jednak różnego typu wątpliwości. O wiele bardziej kontrowersyjna wydaje się więc potrzeba przyznania dostępu do skorzystania z programu *Leniency* trzeciemu, czwartemu i następnemu współpracującemu przedsiębiorcy – członkowi kartelu. Takie multiplikowanie możliwości skorzystania z programu łagodzenia kar prowadzić może do zmniejszenia funkcji odstraszałającej, jaką pełnić ma prawo ochrony konkurencji. Ponadto, żądanie dostarczenia większej liczby dowodów od pierwszego „skruszonego” przedsiębiorstwa niekoniecznie doprowadzi do zmniejszenia liczby wniosków. Zamiast tego, może to wywrzeć skutek odwrotny, a więc spowodować pewnego rodzaju bodziec (zachętę) dla uczestników kartelu polegającą na tworzeniu i zatrzymywaniu większej liczby (i mocniejszych) dowodów, które – dopiero ujawniane po kolei – zwiększą efektywność mechanizmu *Leniency* w konkretnym przypadku⁷¹.

Jeśli organy antymonopolowe dojdą do wstępnego wniosku, że dowody przedłożone przez wnioskującego tworzą „znaczącą wartość dodaną” w rozumieniu Programu, poinformują na piśmie przedsiębiorstwo o zamiarze zredukowania grzywny. Dyrekcja Generalna ds. Konkurencji na wniosek przedsiębiorstwa prześle potwierdzenie otrzymania wniosku o zmniejszenie grzywny oraz wszelkich późniejszych dowodów, zawierające datę, a także – w odpowiednich przypadkach, godzinę złożenia każdego dokumentu. Komisja nie zajmie stanowiska w sprawie wniosku o zmniejszenie grzywny do czasu zajęcia stanowiska w stosunku do wszelkich wcześniej złożonych wniosków o warunkowe zwolnienie z grzywien w odniesieniu do domniemanego kartelu⁷².

Potwierdzenie zostanie wydane tak wcześnie jak to możliwe, jednakże nie później, niż z datą postanowienia o zarzutach przedstawionego stronom

⁷⁰ ECN Model Leniency Notice Programme, Explanatory..., pkt 25.

⁷¹ W.P.J. Wils, *Leniency...*, s. 44.

⁷² Obwieszczenie Komisji..., pkt 29.

(uczestnikom kartelu). Końcowa kwota zmniejszonego wymiaru kary ustalona zostanie najpóźniej przy zakończeniu postępowania. Jeśli organy stwierdzą, że jeden lub więcej warunków załączonych do *Leniency* nie zostało spełnionych, przedsiębiorstwo nie skorzysta z jakiegokolwiek korzystnego traktowania wynikającego z programu w odniesieniu do tej samej procedury.

7. Warunki związane z *Leniency*

Aby zakwalifikować się do programu *Leniency* – zarówno do Typów 1, jak Typu 2, wnioskujący musi spełnić kilka kumulatywnych warunków (tzw. wymagania dodatkowe, (ang. *the conditions attached to Leniency*). Finalna ocena pełnej zgodności z warunkami załączonymi do *Leniency* zostaje dokonana na końcu całej procedury⁷³.

Zgodnie z założeniami programu *Leniency* nie obowiązuje w nim wspomniane już wcześniej prawo do milczenia, a więc zasada nieświadczenia przeciwko sobie (ang. *the privilege against self-incrimination in competition investigation*). Chodzi tu o regułę, w której przedsiębiorca nie ma obowiązku przyznania się do naruszenia prawa ochrony konkurencji. Wydaje się to oczywiste, biorąc pod uwagę fakt, że u podstaw konstrukcji *Leniency* znajduje się założenie, że wnioskodawca przyznaje się do uczestnictwa w naruszeniu odpowiednich przepisów, natomiast samo złożenie wniosku jest jego własną, dobrowolną inicjatywą⁷⁴. Potwierdził to m.in. przytoczony już wyrok w sprawie *SGL Carbon AG & others* z 29.6.2005 r., w którym stwierdzono, że obowiązek współpracy nie pozwala przedsiębiorcy na uchylenie się od uczynienia zadość żądaniu dostarczenia dokumentów ze względu na to, że w razie jego spełnienia byłoby ono zmuszone do świadczenia przeciwko sobie⁷⁵.

W najnowszej wersji programu przyjęto, że przedsiębiorca składający wniosek w procedurze *Leniency*, jest zobowiązany zakończyć swój „udział” w domniemanym kartelu natychmiast po jego złożeniu, ograniczając to jednak do przypadku, kiedy kontynuowanie udziału byłoby z punktu widzenia organu antymonopolowego rozsądnie konieczne do zabezpieczenia całości kontroli dokonywanej przez organ. Jak wskazano w Nocie Wyjaśniającej, doświadczenia pokazują, że nagłe zaprzestanie działania w kartelu, np. nie-

⁷³ ECN Model *Leniency* Notice Programme, Explanatory..., pkt 28.

⁷⁴ *Ustawa o ochronie...*, s. 1005–1006.

⁷⁵ ETS, sprawa C-301/04 *Komisja v. Carbon AG* z 29.6.2006 r.

wyjaśniona absencja w czasie regularnych spotkań kartelowych po złożeniu wniosku a przed dokonaniem kontroli przez organy antymonopolowe, może poważnie „podkopać” efektywność następczych kontroli poprzez ostrzeżenie innych uczestników nielegalnego porozumienia i pozwolenie im w ten sposób na ukrycie bądź zniszczenie dowodów. Jest to również konieczne dla umożliwienia koordynacji pomiędzy różnymi organami antymonopolowymi w razie równoległe prowadzonych postępowań, a także uniknięcia narażenia wnioskującego na kolizję żądań (roszczeń). Potrzeba kontynuowania udziału wnioskującego w kartelu już po złożeniu wniosku powinna zostać omówiona z organem na bardzo wczesnym etapie współpracy⁷⁶.

Co wydaje się nader istotne, fakt zaprzestania uczestnictwa w zakazanym porozumieniu nie jest okolicznością łagodzącą, czy zwiększającą wymiar kary w ramach programu *Leniency*. Jest to obowiązek przedsiębiorcy, którego uchybienie spowoduje, że wnioskodawca w ogóle nie będzie mógł skorzystać z łagodniejszego traktowania jako uczestnika kartelu⁷⁷. Jak wskazał Sąd Pierwszej Instancji, w sprawie *BASF AG & UCB SA* przeciwko Komisji⁷⁸: zakończenie przez BASF udziału w kartelu przed złożeniem propozycji współpracy nie stanowiło okoliczności łagodzącej ani też elementu współpracy⁷⁹.

Po drugie, współpraca organu z wnioskodawcą musi być prawdziwa, pełna oraz oparta na ciągłej podstawie, tj. od momentu złożenia wniosku do organu aż do zakończenia sprawy. Jak stwierdza się w Nocie Wyjaśniającej, przy spełnieniu tego warunku nie ma potrzeby dokonania rozróżnienia pomiędzy przedsiębiorstwem ubiegającym się o całkowite zwolnienie a tym, które chce skorzystać ze zmniejszenia wymiaru nałożonej grzywny⁸⁰.

Kooperacja ma obejmować: dostarczenie organowi bezzwłocznie wszystkich istotnych informacji i dowodów, które znalazły się w posiadaniu wnioskodawcy albo pod jego kontrolą, pozostawanie w dyspozycji organu odpowiadając bezzwłocznie na jakiegokolwiek żądania, które z punktu widzenia organu mogą przyczynić się do ustalenia istotnych faktów, umożliwiając dostęp do przesłuchania przez organ obecnych pracowników oraz dyrektorów, a w możliwych przypadkach – także do byłych zatrudnionych w przedsiębiorstwie.

⁷⁶ ECN Model Leniency Notice Programme, Explanatory..., pkt 29.

⁷⁷ *Ustawa o ochronie...*, s. 1008.

⁷⁸ Zob. SPI, połączone sprawy T-101/05 oraz T-111/05 *Komisja v. BASF AG oraz UCB SA* z 12.12.2007 r.

⁷⁹ *Ustawa o ochronie...*, s. 1008.

⁸⁰ ECN Model Leniency Notice Programme, Explanatory..., pkt 30.

„Prawdziwa współpraca” odnosząca się do spraw analizowanych przez sądy wspólnotowe, wymaga w szczególności tego, aby aplikujący dostarczał dokładnych oraz kompletnych informacji, niewprowadzających w błąd⁸¹. Wnioskujący nie może też niszczyć, podrabiać lub ukrywać istotnych informacji lub dowodów i ujawniać złożenia wniosku *Leniency* lub jego zawartości zanim organ antymonopolowy zawiadomi o sformułowanych przez siebie zarzutach strony (chyba że inaczej uzgodni z organem)⁸².

Po trzecie, w czasie rozważania kwestii złożenia wniosku do organu, ale jeszcze przed aplikowaniem, przedsiębiorstwo chcące skorzystać z *Leniency* nie może zniszczyć dowodów, które zawierają się swym zakresem we wniosku lub ujawniać pośrednio bądź bezpośrednio faktu rozważania złożenia wniosku lub jakiegokolwiek jego zawartości za wyjątkiem powiadomienia o tym innemu organu antymonopolowego lub władz zajmujących się ochroną konkurencji poza Unią Europejską⁸³. Jak już wspomniano przedsiębiorstwo, które podjęło kroki w celu zmuszenia jednego lub więcej przedsiębiorstw do przyłączenia się albo pozostania w sekretnym porozumieniu kartelowym, jest co do zasady, wyłączone z możliwości skorzystania ze zwolnienia⁸⁴.

Niespełnienie wskazanych powyżej enumeratywnych warunków załączonych dyskwalifikuje wnioskującego z programu *Leniency* we właściwym postępowaniu⁸⁵. Kwestia ta została wyraźnie podkreślona w decyzji Komisji w sprawie *Raw Tobacco Italy*⁸⁶, gdzie wskazano, że w sytuacji niespełnienia warunków załączonych do *Leniency*, Komisja prowadzi zwykłą preprocedurę ustanowioną w Rozporządzeniu 1/2003 szczególnie z wysłuchaniem oraz z poszanowaniem praw do obrony przez strony, które sprawa dotyczy. Sprawa *Raw Tobacco Italy* pokazała również, że w wyjątkowych okolicznościach, szczególnie gdy przedsiębiorstwo istotnie przyczyniło się do dochodzenia prowadzonego przez Komisję, może ona wziąć taką współpracę pod uwagę, przyznając przedsiębiorstwu zmniejszenie nałożonej grzywny na podstawie Wy-

⁸¹ ECN Model *Leniency* Programme, pkt 13(2).

⁸² Termin „zarzuty” lub „postanowienie o zarzutach” powinien być czytany jako zawierający wszystkie odpowiednie kroki zgodnie z istotnymi procedurami, gdzie faza dochodzeniowa została zakończona i strony zostały formalnie zawiadomione o zarzutach organu antymonopolowego – tak: ECN Model *Leniency* Programme, pkt 13(2).

⁸³ ECN Model..., pkt 13 (3).

⁸⁴ ECN Model *Leniency* Notice Programme, Explanatory..., pkt 22.

⁸⁵ ECN Model..., pkt 32.

⁸⁶ 2006/901/WE: Decyzja Komisji z 20.10.2005 r. dotycząca procedury przewidzianej w art. 81 ust. 1 Traktatu WE (sprawa COMP/C.38.281/B.2 – Surowiec tytoniowy – Włochy) (notyfikowana jako dokument nr C(2005) 4012).

tycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003⁸⁷, jako współpraca poza *Leniency*⁸⁸.

Za wyraz współpracy na pewno nie będzie można potraktować złożenia przez przedsiębiorcę – wnioskodawcę informacji, które byłyby niezupełne i częściowo nieścisłe, wyrażających raczej współpracę „niezdecydowaną”. Tak samo będzie w przypadku „częściowego przyznania” się do udziału w porozumieniu. Bezwzględnie w programie *Leniency* traktować należy „wykazanie przez przedsiębiorcę woli współpracy”, które to dopiero stanowi podstawę do zwolnienia bądź redukcji sankcji⁸⁹.

Jak szeroko podkreśla się w orzecznictwie, jednym z celów programu *Leniency* stało się „wynagrodzenie przedsiębiorcy za jego wkład w postępowanie administracyjne, które ułatwiło Komisji ustalenie i ewentualne przerwanie naruszenia”. Obowiązek przyznania przez Komisję takiej „obniżki” byłby zdaniem tej instytucji [*Leniency* – przyp. autorki] absurdalny, skoro wkład przedsiębiorstwa nie pozwala na osiągnięcie tego celu, lecz wręcz mu przeciwy (wyrok ETS z 28.6.2005 r. w sprawie *Dansk Rorindustri A/S & others przeciwko Komisji*)⁹⁰.

8. Marker dla wnioskujących o zwolnienie z grzywien

W Obwieszczeniu Komisji z 2006 r. znalazł się tzw. system markerowy (ang. *marker system*), którego zadaniem jest zachęcenie aplikującego podmiotu do pełnej partycypacji w programie *Leniency*⁹¹.

Marker jest nowym narzędziem, dlatego też praktyczne warunki jego stosowania muszą być rozwijane w oparciu o praktykę oraz dialog z wnioskującymi⁹². Jak wskazuje się powszechnie, używanie systemu markerowego

⁸⁷ Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003 (z zastosowaniem dla Europejskiego Obszaru Gospodarczego), C210/2.

⁸⁸ Competition: revised Leniency Notice – frequently asked questions, Brussels, 7.12.2006 r., s. 5.

⁸⁹ *Ustawa o ochronie...*, s. 1007.

⁹⁰ ETS, połączone sprawy C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P oraz C-213/02 P *Komisja v. Dansk Rorindustri A/S* (C-189/02 P), *Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH* oraz in. (C-202/02 P), *KE KELIT Kunststoffwerk GmbH* (C-205/02 P), *LR af 1998 A/S* (C-206/02 P), *Brugg Rohrsysteme GmbH* (C-207/02 P), *LR af 1998 (Deutschland) GmbH* (C-208/02 P) i *ABB Asea Brown Boveri Ltd.* (C-213/02 P) z 28.6.2005 r.

⁹¹ Zob. pkt 15 Obwieszczenia Komisji.

⁹² Competition: revised Leniency Notice..., s. 5.

wprowadza elementy transparentności oraz przewidywalności w procesie *Leniency*, a wcześniejszy jego brak tworzył stan większej niepewności w przedmiocie możliwości otrzymania zwolnienia, co powodowało wśród potencjalnych aplikujących unikanie zawiadomienia o istnieniu kartelu⁹³.

Przedsiębiorstwo, które chce złożyć wniosek o zwolnienie od grzywny, może więc początkowo aplikować o tzw. marker, czyli poświadczenie kolejności złożenia wniosku. Marker chroni (zabezpiecza) miejsce wnioskującego w kolejce na pewien określony okres czasu i pozwala mu na zebranie niezbędnych informacji i dowodów tak, aby spełnić wymóg „istotnego dowodowego progu” do uzyskania zwolnienia⁹⁴.

Organy antymonopolowe mają zapewnioną swobodę działania w zakresie przyznawania markera. Niektóre z organów mogą dokonać przyznania markera tylko wtedy, gdy oczywiste jest, że zwolnienie jest możliwe tylko w określonych sytuacjach, podczas gdy inne organy przyznają marker w każdej sprawie⁹⁵.

Jeśli marker zostaje przyznany, organ określa czas, w ciągu którego wnioskujący musi „udoskonalić” marker poprzez przedłożenie informacji wymaganych do osiągnięcia „istotnego dowodowego progu” w *Leniency*. Jeśli wnioskujący udoskonalił marker w wyznaczonym okresie, dostarczone informacje i dowody uważane będą za przedłożone w dacie przyznania markera.

Aby być uprawnionym do zabezpieczenia markera, wnioskujący musi dostarczyć organom antymonopolowym wraz ze swoją nazwą i adresem również dane zawierające: podstawy sprawy, która doprowadziła do wystąpienia z wnioskiem o *Leniency*, strony domniemanego kartelu, objęty nim produkt i terytorium, czas trwania jak i naturę postępowania. Należy również dostarczyć informacje dotyczące jakichkolwiek wcześniejszych lub możliwych w przyszłości wniosków związanych z procedurą *Leniency* do jakiegokolwiek innego organu ochrony konkurencji (także do organów poza Unią Europejską) w związku z domniemanym kartelem⁹⁶. Informacje te są konieczne do udowodnienia po pierwsze faktu, że wniosek jest zasadny a po drugie, że nie było wcześniejszych wniosków dotyczących tego samego domniemanego naruszenia. Informacje w markerze, pozwalają również Komisji na stwierdzenie, czy sprawa swym zasięgiem dotyczy terytorium jednego czy więcej państw członkowskich⁹⁷.

⁹³ J.S. Sandhu, op.cit, s. 150.

⁹⁴ ECN Model *Leniency* Programme, pkt 16.

⁹⁵ ECN Model *Leniency* Notice Programme, Explanatory..., pkt 35.

⁹⁶ ECN Model..., pkt 18.

⁹⁷ Competition: revised *Leniency* Notice – frequently asked questions, Brussels, 7.12.2006, s. 5.

Oczywiście, może też wystąpić sytuacja, kiedy równoczesne działania podejmuje kilka organów ochrony konkurencji. W takim wypadku, organy starały się będą użyć uprawnień w sposób, który pozwoli szczególnie prowadzonym dochodzeniom na gładką koordynację⁹⁸. Przedsiębiorstwa, którym przyznano poświadczenie kolejności złożenia wniosku, nie mogą go uzupełnić poprzez złożenie wniosku w sensie hipotetycznym. Jeżeli wnioskodawca uzupełni poświadczenie kolejności złożenia wniosku w terminie ustalonym przez służby Komisji, przekazane informacje i dowody zostaną uznane za złożone w dniu, w którym przyznano poświadczenie kolejności złożenia wniosku⁹⁹.

W założeniach mechanizmu systemu markerowego przedmiotem krytyki pozostaje jednakże dyskrecjonalny charakter przyznawania markera – jak wskazano w Modelowym Programie *Leniency* „służby Komisji mogą przyznać marker”¹⁰⁰. Nie do końca jasnym jest zatem swobodne uznanie organów w zakresie przyznawania markera zamiast zagwarantowania aplikującym jego udzielenia w sprawach, w których zwolnienie od grzywny jest nadal możliwe¹⁰¹. Podobne wątpliwości budzić może konieczność uzasadnienia ubiegania się o marker przez wnioskujące przedsiębiorstwo¹⁰². Wydaje się, że sam fakt ujawnienia istnienia domniemanego kartelu stanowi dostateczną przesłankę argumentującą zgłoszenie wniosku.

9. Wnioski hipotetyczne (ang. *hypothetical applications*)

W części dotyczącej całkowitego zwolnienia z grzywny, Obwieszczenie z 2006 r. (podobnie jak w dokumencie z 2002 r.) zaopatrzone zostało w możliwość składania wniosków w formule hipotetycznej¹⁰³.

W ramach obecnego programu *Leniency*, jeżeli przedsiębiorstwo przedstawi informacje i dowody w formie hipotetycznej, Komisja sprawdzi charakter i zawartość dowodów opisanych w szczegółowym wykazie zawartym w Obwieszczeniu. Zgodnie z nim, przedsiębiorstwo składające formalny wniosek

⁹⁸ ECN Model Leniency Notice Programme, Explanatory..., pkt 35.

⁹⁹ Obwieszczenie Komisji..., pkt 15.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ J.S. Sandhu, op.cit., s. 150.

¹⁰² Obwieszczenie Komisji..., pkt 15.

¹⁰³ Por. pkt 12 lit. b Obwieszczenia Komisji w sprawie zwolnienia z grzywien oraz zmniejszenia grzywien w przypadku karteli, 2002/C 45/03.

o zwolnienie z grzywny musi wstępnie przedstawić informacje i dowody w sensie hipotetycznym. W takim przypadku, wnioskujący zobowiązany jest do przedłożenia opisowego wykazu dowodów będących w jego posiadaniu, które mogą zostać ujawnione w późniejszym uzgodnionym terminie. Wykaz powinien też dokładnie odzwierciedlać charakter i treść dowodów, zabezpieczając jednak hipotetyczny charakter ich ujawnienia. Aby zilustrować takie „przyuszczalne” dowody, wnioskujący może posłużyć się spreparowanymi kopia- mi dokumentów, z których usunięto pewne informacje. Nazwa wnioskującego oraz nazwy innych podmiotów zaangażowanych w domniemany kartel nie muszą zostać ujawnione aż do czasu złożenia dowodów opisanych we wniosku. Immanentnym warunkiem jest jednakże wyraźne określenie objętych domniemany kartelem produktów lub usług, zasięgu geograficznego i szacowanego czasu trwania nielegalnego porozumienia¹⁰⁴.

Jeśli przedstawione hipotetyczne informacje spełnią warunki dotyczące odstąpienia od nałożenia sankcji określone w Obwieszczeniu, Komisja o wynikach poczynionych ustaleń poinformuje przedsiębiorstwo. Po ujawnieniu dowodów, najpóźniej w ustalonym dniu, oraz po sprawdzeniu, że odpowiadają one opisowi zawartemu w wykazie, Komisja przyzna przedsiębiorstwu warunkowe zwolnienie z grzywien na piśmie¹⁰⁵.

System markerowy i wnioski hipotetyczne, pomimo pewnych podobieństw, nie mogą być łączone ze względu na swoje odmienne cele oraz cechy. Wnioski w formule hipotetycznej są co do zasady dostępne po to, aby pozwolić przedsiębiorstwom na ustalenie, czy dowody znajdujące się w ich posiadaniu spełnią dowodowy próg zwolnienia, zanim ujawnią one swoją tożsamość albo naruszenie. We wniosku hipotetycznym przedsiębiorstwo zobowiązane jest przedstawić dowody mogące spełnić warunki skorzystania z *Leniency*, chociaż może to zostać zrobione za pomocą edytowanych kopii z usuniętymi danymi, które na tym etapie mogłyby zidentyfikować podmiot wnioskujący i kartel. W opozycji do formuły hipotetycznej, marker przyznawany jest w celu ochrony miejsca w kolejce aplikującego, który nie zebrał jeszcze niezbędnych dowodów do sformalizowania wniosku (a który jest raczej zdecydowany na skorzystanie z *Leniency*). Żeby otrzymać marker, od przedsiębiorstwa oczekuje się jednak dostarczenia pewnych informacji, wymienionych w Obwieszczeniu¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Obwieszczenie Komisji..., pkt 16 lit. b.

¹⁰⁵ Ibidem, pkt 18.

¹⁰⁶ Competition: revised Leniency Notice..., s. 6.

10. Wnioski uproszczone (ang. *summary applications*)

Europejski program *Leniency* przewiduje również instytucję tzw. wniosku uproszczonego, który jest odpowiednikiem powszechnie stosowanej w państwach członkowskich UE i zalecanej przez Modelowy Program *Leniency* procedury znanej jako „summary applications”¹⁰⁷. Modelowy Program wprowadza jednolity „uproszczony” system wniosków w przypadkach, w których Komisja jest szczególnie właściwa do podejmowania działań w sprawie¹⁰⁸. Zgodnie z Programem, wnioski uproszczone uważane są za wnioski w rozumieniu Obwieszczenia Komisji w sprawie współpracy w ramach Sieci Organów Konkurencji¹⁰⁹.

Nowa procedura dotyczy spraw, które swym zasięgiem obejmują więcej niż trzy państwa członkowskie¹¹⁰. Model opracowany przez Europejską Sieć Konkurencji precyzuje również typy informacji, które są potrzebne przy składaniu wniosku uproszczonego. Wyjaśnia też, że informacje takie mogą być zawsze dostarczone tak pisemnie jak i ustnie. System wniosków uproszczonych działa w dużej mierze jako opisany już wyżej system markerowy, a informacje potrzebne do zabezpieczenia markera mogą być często korelatem tego, co mogłoby być wymagane przy złożeniu wniosku¹¹¹.

Według Modelowego Programu *Leniency*, krajowy organ antymonopolowy powinien potwierdzić nie tylko otrzymanie wniosku uproszczonego, ale też to, że wnioskodawca jako pierwszy z uczestników porozumienia zwrócił się do tego organu o odstąpienie od nałożenia grzywny. Tzw. wnioski uproszczone powinny zawierać krótki opis: nazwy i adresu wnioskującego, inne strony domniemanego kartelu, objęty nim produkt, zakres terytorialny, czas trwania kartelu, istotę postępowania domniemanego kartelu, państwo członkowskie, gdzie dowody najprawdopodobniej są zgromadzone, a także informacje dotyczące jakichkolwiek wcześniejszych lub możliwych w przyszłości

¹⁰⁷ R. Molski [w:] *Ustawa o ochronie...*, s. 1696.

¹⁰⁸ ECN Model Leniency Programme. Report on Assessment of the State of Convergence, s. 14–15.

¹⁰⁹ ECN Model Leniency Programme, pt.25, por. Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, C 101/43, pkt 41(1).

¹¹⁰ Competiton: the European Competiton Network launches a Model Leniency Programme – FAQ, Brussels 29.9.2006, s. 3.

¹¹¹ *Ibidem*, s. 4.

wniosków związanych z procedurą *Leniency* do innego organu ochrony konkurencji, także do organów poza Unią Europejską w związku z domniemanym kartelem¹¹². Krajowe organy antymonopolowe wyrażają zgodę na elastyczność w odniesieniu do języka (bądź języków), w których wniosek uproszczony może być złożony¹¹³.

Sieć organów antymonopolowych otrzymując uproszczoną formę wniosku, potwierdza jego odbiór oraz informuje wnioskującego, że jest pierwszym aplikującym o zwolnienie. Jeśli po otrzymaniu wniosku uproszczonego Sieć postanowi o zażądaniu dalszych określonych informacji, wnioskujący powinien dostarczyć je bezzwłocznie. Decydując o działaniu w sprawie, określony zostanie również okres czasu, w ciągu którego aplikujący powinien dokonać pełnego poddania wszystkich istotnych dowodów oraz informacji potrzebnych do osiągnięcia progu. Jeśli dokona tego w ciągu wskazanego okresu, dostarczone dowody uważane będą za przedłożone w dacie złożenia wniosku uproszczonego¹¹⁴.

Krajowe organy antymonopolowe nie przetwarzają wniosków uproszczonych, tj. nie przyznają lub nie odmawiają warunkowego zwolnienia, a jedynie potwierdzają, że wnioskujący jest pierwszym podmiotem oraz że zostaje wyznaczony okres czasu na uzupełnienie aplikacji. Organy krajowe nie powinny też decydować o podejmowaniu działań w odniesieniu do sprawy. Tak długo, jak organy nie postanowią o podjęciu czynności w sprawie, obowiązek wnioskującego dostarczania dalszych informacji oraz ogólne wspieranie w dochodzeniu istnieje tylko w odniesieniu do Komisji, która decyduje o terminie zakończenia udziału składającego wniosek przedsiębiorstwa w kartelu¹¹⁵. Modelowy Program umożliwia tylko składanie wniosku uproszczonego w odniesieniu do spraw zaliczanych do Typu 1A, ponieważ w pozostałych dwóch typach (1B i 2) byłoby to tak niezbędne jak i nie zawsze wykonalne¹¹⁶.

11. Procedura ustna

Członkowie Europejskiej Sieci Konkurencji są zwolennikami efektywnej procedury cywilnej, na drodze której można dochodzić odszkodowa-

¹¹² ECN Model *Leniency* Programme, pkt 22.

¹¹³ ECN Model *Leniency* Notice Programme, Explanatory..., pkt 45.

¹¹⁴ ECN Model..., pkt 24.

¹¹⁵ ECN Model *Leniency* Notice Programme, Explanatory..., pkt 41–43.

¹¹⁶ *Ibidem*, pkt 46.

nia od uczestników karteli, jednakowoż za niewłaściwą należałoby uznać sytuację, w której przedsiębiorstwo współpracujące z organami i ujawniające kartel, znalazłoby się w gorszej sytuacji aniżeli członkowie nielegalnego porozumienia, którzy odmówili współpracy. Aby uniknąć wielu negatywnych konsekwencji, Modelowy Program *Leniency* pozwala na złożenie ustnych wniosków (czy też może bardziej – zawiadomień) we wszystkich sprawach, gdzie uznano by to za usprawiedliwione i proporcjonalne. Wprowadzając ustną procedurę do programu, Komisja miała na celu przede wszystkim zmniejszenie ryzyka nieefektywności *Leniency* oraz wyjście naprzeciw obawom przedsiębiorstw w kwestii skorzystania z programu¹¹⁷.

Na żądanie wnioskującego, organy antymonopolowe mogą zezwolić na złożenie ustnego wniosku. W takich przypadkach, oświadczenie może zostać złożone ustnie i utrwalone w jakiegokolwiek formie uważanej przez organy za właściwą. Wnioskujący nadal staje przed konieczną dostarczenia organom kopii całej uprzednio istniejącej dokumentacji dowodów na okoliczność istnienia kartelu¹¹⁸.

Oświadczenia ustne są nagrywane, a następnie ta forma utrwalenia zostaje spisywana słowo w słowo, zaś czynności te mają miejsce w lokalu należącym do Komisji. Wnioskujący składający ustne oświadczenie nie zachowują dla siebie ani też nie otrzymują kopii zeznania, jednak tak szybko, jak zostanie ono złożone, staje się dokumentem Komisji. Żeby zagwarantować wartość dowodu, dostarczoną przez transkrypcję, wnioskujący musi sprawdzić w lokalu Komisji, dokładność spisanej transkrypcji jako odpowiadającej nagraniu¹¹⁹.

Na podstawie tej procedury dostęp do jakichkolwiek nagrań dotyczących ustnego wniosku nie będzie przyznany do czasu przedstawienia zarzutów stronom kartelu. Oświadczenia przedsiębiorstw udostępniane są tylko adresatom pisemnego zgłoszenia zastrzeżeń i to pod warunkiem zobowiązania się przez te podmioty (a także reprezentujących adwokatów uzyskujących dostęp do oświadczeń w ich imieniu) do powstrzymania się od kopiowania w sposób mechaniczny lub elektroniczny informacji zawartych w oświadczeniach przedsiębiorstwa. Zobowiązanie obejmuje również udzielenie gwarancji o nieużywaniu informacji uzyskanych z oświadczeń przedsiębiorstwa

¹¹⁷ A.P. Komninos, *Public and Private Enforcement in Europe: Complement? Overlap?*, „The Competition Law Review”, Vol. 3, Issue 1, s. 22.

¹¹⁸ Obwieszczenia Komisji..., pkt 34.

¹¹⁹ Competition: revised Leniency Notice..., s. 7.

do innych celów. Zgodnie z Obwieszczeniem taka szczególna formuła ochrony oświadczeń złożonych przez przedsiębiorstwo nie znajdzie uzasadnienia od momentu, kiedy wnioskujący ujawni zawartość oświadczeń stronom trzecim¹²⁰. Co ważne, jeśli użycie informacji z oświadczenia nastąpi już po przyjęciu przez Komisję w danym postępowaniu, decyzji o zakazie, Komisja może w ramach postępowania prawnego przed sądami europejskimi wnosić o zwiększenie przez sąd grzywny w odniesieniu do odpowiedzialnego za to przedsiębiorstwa¹²¹.

Oświadczenia ustne powstałe zgodnie z obecnym programem *Leniency* będą mogły być wymieniane jedynie pomiędzy organami antymonopolowymi stosownie do art. 12 Rozporządzenia 1/2003, jeśli warunki ustanowione przez Obwieszczenie zostają spełnione i przy założeniu, że ochrona przed ujawnieniem przyznana przez otrzymujący wniosek organ jest równoważna do tej przyznanej przez organ przesyłający informację¹²².

Upowszechnienie się tzw. formy niedokumentowej (ang. *paperless* bądź *oral-only application*) można tłumaczyć reakcją na obawy potencjalnych wnioskodawców przed tworzeniem i składaniem obciążających ich pisemnych oświadczeń, które mogą prowokować roszczenia cywilnoprawne z tytułu szkód wyrządzonych praktykami kartelowymi (np. na zasadzie odpowiedzialności deliktowej), a także podlegać obowiązkowi ujawnienia w prowadzonych za granicą cywilnoprawnych postępowaniach antymonopolowych.

Ustna forma wniosku ma też chronić wnioskodawcę przed potencjalnym obowiązkiem wydania zagranicznym sądom dokumentów składanych przez niego organowi antymonopolowemu, a przynajmniej ograniczać tego rodzaju ryzyko (zgodnie z Obwieszczeniem, dokumentacja ustnych oświadczeń przedsiębiorców ubiegających się o łagodne traktowanie dokonywana przez Komisję, ma status wewnętrznego dokumentu urzędowego)¹²³.

Modelowy Program stanowi również, że wymiana nagrań ustnych oświadczeń pomiędzy organami jest ograniczona do spraw, w których ochrona zapewniona takim nagraniem przez otrzymujący organ jest równoważna tej zapewnianej przez organ przesyłający¹²⁴.

¹²⁰ Obwieszczenie Komisji..., pkt 33.

¹²¹ Odpowiednie sankcje przewidziano również do dopuszczającego się ujawnienia informacji przez adwokata – zob. pkt 34 Obwieszczenia Komisji.

¹²² ECN Model Leniency Programme, pkt 30.

¹²³ R. Molski [w:] *Ustawa o ochronie...*, s. 1686.

¹²⁴ ECN Model Leniency Programme. Report on..., s. 7.

12. Kontakt z Siecią Organów Konkurencji

Aby wyjść naprzeciw konieczności szybkiego podejmowania kroków przez wnioskujące o skorzystanie z *Leniency* przedsiębiorstwo, Komisja uruchomiła specjalny numer faksu oraz numer telefonu, z którego mogą skorzystać aplikujący. W związku z koniecznością zachowania w ściszej poufności wniosków dotyczących programu łagodzenia kar, przedsiębiorstwa nie powinny korzystać z innych kanałów komunikacji z Komisją aniżeli „fax *Leniency*”. Przetaksowanie wniosku zapewnia dokładne określenie daty i godziny jego wpływu, natomiast przed jego przesłaniem, doradza się również skorzystanie z pomocy poprzez kontakt telefoniczny z jednym z pracowników Komisji zaangażowanych w europejską procedurę *Leniency*¹²⁵.

13. *Leniency* – „dylemat więźnia” czy *win-win situation*?

Komisja otrzymywała i otrzymuje wnioski *Leniency* od przedsiębiorców działających w różnych sektorach, włączając w to rolnictwo, hutnictwo, budownictwo, przemysł chemiczny, transport, usługi, przemysł celulozowo – drzewny, jak również produkty grafitowe oraz urządzenia elektryczne¹²⁶. Tak szerokie spektrum świadczyć może zatem z jednej strony o „sposobności” stworzenia kartelu w praktycznie każdej branży, z drugiej strony – o konieczności istnienia instytucji *Leniency*, gdyż biorąc pod uwagę specyfikę pewnych gałęzi gospodarki (czy może raczej biznesu), niekiedy tylko w ten sposób możliwe jest przeciwdziałanie tajnym i nielegalnym praktykom.

W latach 2006–2008 miał miejsce znaczący proces dokonywania zbieżności z Modelowym Programem i w chwili obecnej dwadzieścia pięć państw członkowskich UE dysponuje programem *Leniency*. Większość krajów udoskonaliła swoje dotychczasowe regulacje w tym zakresie albo przyjęła nowe rozwiązania zbieżne z tymi przewidzianymi w Modelowym Programie. W procesie korekty własnych programów, członkowie Europejskiej Sieci Konkurencji istotnie oparli się na kluczowych cechach europejskiego programu *Leniency*: zdefiniowaniu zakresu stosowania programu oraz typów wyłączeń, wpro-

¹²⁵ Więcej informacji na stronie: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/Leniency/Leniency.html>.

¹²⁶ Competition: Commission *Leniency* Notice..., s. 1.

wadzeniu systemu markerowego, możliwości zastosowania wniosków uproszczonych oraz składanych ustnie. W pewnych kwestiach nadal jednak pojawia się problem istniejących dywergencji¹²⁷.

Program łagodzenia kar potraktować należałoby jako niezwykle cenne źródło informacji dla organów zajmujących się ochroną konkurencji i konsumentów, gdyż umożliwia on pozyskiwanie informacji, do których dostęp w inny sposób byłby bardzo trudny lub niejednokrotnie niemożliwy. Jest to tym bardziej wartościowe, że źródłem informacji jest skruszony uczestnik porozumienia, co daje zdecydowanie większą pewność i rzetelność co do pozyskanych informacji.

Podczas gdy oferowane warunki *Leniency* muszą być wystarczające tak, żeby współpracujące przedsiębiorstwo lub personel oczekiwały znalezienia się na korzystniejszych warunkach, aniżeli podmioty niekooperujące, użycie mechanizmu *Leniency* z perspektywy egzekwowania zasad prawa konkurencji ma sens tylko wtedy, gdy jego całościowy (holistyczny) skutek odstraszający jest pozytywny (a więc budzi uzasadnione obawy w obecnych bądź przyszłych uczestnikach kartelu). To tłumaczy, dlaczego Obwieszczenie Komisji dotyczące *Leniency* stosuje się do porozumień (karteli), którego stronami są zawsze co najmniej dwie strony oraz dlaczego całkowite zwolnienie jest osiągalne tylko dla pierwszego podmiotu. Daje to zapewnienie stronie otrzymującej „immunitet”, że przynajmniej na jeden podmiot będzie nałożona grzywna¹²⁸.

Bezspornie, istniejące programy *Leniency* stały się ważnym narzędziem w ujawnianiu naruszeń, które w przeciwnym razie pozostałyby niewykryte, zniekształcając konkurencję. Cechą charakterystyczną dla *Leniency* pozostaje jednak fakt, że „nagroda” w postaci zwolnienia od poniesienia kary jest dostępna tylko dla jednego przedsiębiorstwa, co stosunkowo często określane jest jako swoisty wyścig (ang. *race to the competition authority*)¹²⁹. Dlatego też, ważnym elementem programu *Leniency* jest zapewnienie jego stosowania w sposób transparentny i spójny tak, aby dawał równe szanse dla wszystkich uczestników kartelu w aplikowaniu do niego. W tym względzie, Sąd Pierwszej Instancji podkreślił, że zgodnie z generalną zasadą równego traktowania, Komisja musi zapewnić wszystkie podmioty o nieznieształca-

¹²⁷ ECN Model *Leniency* Programme. Report on..., s. 3.

¹²⁸ W.P.J. Wils, *Self-incrimination...*, s. 24.

¹²⁹ A. Stephan, *An empirical assessment of the European Leniency Notice*, „Journal of Competition Law & Economics” 2008, nr 5(3), s. 538.

niu warunków konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami w owym (potencjalnym) wyścigu o pierwszy wniosek, poprzez kontaktowanie się z jednym z nich albo przez udzielanie nierównego dostępu do instytucji unijnych¹³⁰.

Dokonując oceny konwergencji, stwierdzić należy, że w oparciu o Modelowy Program *Leniency*, nastąpił szybki rozwój w wielu krajowych programach *Leniency*. W 2002 r. programem łagodzenia sankcji dysponowały jedynie cztery państwa członkowskie, podczas gdy w czasie wprowadzania Modelowego Programu aplikowało go już dziewiętnaście krajów Unii Europejskiej¹³¹. Na płaszczyźnie stosowania *Leniency* dochodzi więc do swoistego progresu i pojawienia się innej ważnej funkcji tegoż mechanizmu – zapewnienia bezpieczeństwa i to w dwóch aspektach – szerokim – gdy chodzi o obrót prawny ogółem oraz w wąskim – jeśli chodzi o stosunki gospodarcze panujące na danym rynku właściwym.

Niezmiernie interesująca wydaje się więc w tym kontekście sytuacja partycypanta kartelu, który rozważa podjęcie współpracy z organami antymonopolowymi. Oto bowiem z jednej strony, kooperacja może stać się dla niego sytuacją typu *win-win*, gdyż jeśli współpraca będzie prawdziwa i pełna, a dowody spełnią kryteria wymagane dla jednego z typów opisanych w Modelowym Programie *Leniency*, na pewno będzie on „wygranym”, a więc innymi słowy – uzyska odstąpienie od wymierzenia grzywny lub jej znaczącą redukcję. Z drugiej strony, stosując inne porównanie zapożyczone z teorii gier, pozycja przedsiębiorstwa wnioskującego może być bliższa tzw. dylematowi więźnia. Przyjmując ten wariant – jedynym opcjonalnym rozwiązaniem będzie z kolei zerwanie współpracy z pozostałymi uczestnikami kartelu („więźniami”) i „ocalenie” przed surową karą, a więc *de facto* ujawnienie wszystkich posiadanych informacji.

Niezależnie jednak od formuły, którą można przybrać przy analizie *Leniency*, należałoby przypisać omawianej instytucji istotny walor przy efektywnym wprowadzaniu polityki konkurencji, w tym przede wszystkim w zwalczaniu nielegalnych porozumień.

The Leniency Programme in EU Competition Law

The main purpose of this article is to bring the essence of construction established for the need of consumer and competition protection law, namely the

¹³⁰ W.P.J. Wils, *Leniency...*, s. 25–26; por. także SPI, połączone sprawy T-45/98 *Thyssen a.O. v. Komisja* z 13.12.2001 r.

¹³¹ ECN Model *Leniency* Programme. Report on..., s. 3.

mitigation of fines programme, also known as Model Leniency Programme. This elaboration is focused on strictly European mechanism, which influences the competition law regulations in many EU countries. In particular the main focus was put on basic assumptions of Leniency and its two dimensions: immunity from fines and reduction of fines in cartel cases. Further on the author described procedural aspects of Leniency programme functioning.

In addition the emphasis was put on the significant impact which Leniency has in efficient introduction of competition policies, especially in fights against cartels, which are taken as the most harmful.