

Joanna Affre\*, Mateusz Restel\*\*

## Wpływ wzmocnienia prywatnoprawnych reguł ochrony konkurencji na gotowość uczestnika kartelu do ujawnienia nielegalnego porozumienia

### Spis treści

- I. Zarys problemu
- II. Interakcja pomiędzy egzekwowaniem prawa na drodze publicznoprawnej a prywatnoprawnej
- III. Czy przedsiębiorca zwolniony z kary jest preferowanym celem powództw odszkodowawczych?
- IV. Kalkulacja opłacalności ujawnienia nielegalnej zмовы kartelowej
- V. Podsumowanie

### Streszczenie

Artykuł bada jak implementacja dyrektywy 2014/104/UE wpłynęła na gotowość uczestnika kartelu do udziału w programie łagodzenia kar. Artykuł porównuje sytuację prawną podmiotów zainteresowanych przystąpieniem do programu przed implementacją dyrektywy oraz po implementacji. Dużą uwagę poświęcono kalkulacji poziomu ryzyka, jaką uczestnik zмовы podejmuje zanim ujawni organowi konkurencji nielegalne porozumienie. Celem artykułu jest wyjaśnienie, czy i dlaczego podmiot zwolniony z kary w ramach programu łagodzenia kar jest preferowanym celem roszczeń cywilnoprawnych o naprawę szkody antymonopolowej. Artykuł dotyczy prawa konkurencji w ujęciu europejskim i opiera się głównie na literaturze niemieckiej. Lepsze zrozumienie omawianych kwestii może być kluczem do skuteczniejszego egzekwowania prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej przy jednoczesnym zachowaniu prawa do pełnego odszkodowania także w Polsce.

**Słowa kluczowe:** kartel; uczestnik kartelu; dyrektywa 2014/104/UE; private enforcement; roszczenie odszkodowawcze; świadek koronny; program łagodzenia kar.

**JEL:** K13, K 14, K21, K42

### I. Zarys problemu

Komisja Europejska (KE) wyznaczyła dyrektywie odszkodowawczej dwa główne cele. Pierwszym było zapewnienie skutecznej realizacji prawa do odszkodowania. Drugim, choć nieco mniej znanym, było uregulowanie niektórych aspektów interakcji między publicznoprawnym a prywatnoprawnym egzekwowaniem reguł konkurencji. Problem tej interakcji odgrywa duże znaczenie

\* Adwokat, partner zarządzający w kancelarii Affre i Wspólnicy sp.k., e-mail: joanna.affre@affre.pl; ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8117-8369>.

\*\* Aplikant adwokacki w kancelarii Affre i Wspólnicy sp.k., e-mail: mateusz.restel@affre.pl.

przy odpowiedzialności solidarnej stron horyzontalnego porozumienia ograniczającego konkurencję (kartel). Organy konkurencji napotykały trudności w wykrywaniu tego rodzaju nielegalnych porozumień, ponieważ mają one charakter poufny. Wprowadzenie programu łagodzenia kar do praktyki decyzyjnej KE spowodowało wzrost liczby postępowań zakończonych stwierdzeniem naruszenia. Program łagodzenia kar dał skruszonemu przedsiębiorcy możliwość uniknięcia kary pieniężnej w zamian za przekazanie informacji i dowodów pozwalających na przeprowadzenie kontroli celowej albo wykrycie naruszenia. Z danych statystycznych KE dot. karteli wynika ponad trzykrotny wzrost liczby spraw zakończonych wymierzeniem kary pieniężnej stronom nielegalnego porozumienia<sup>1</sup>. Ponad trzykrotny wzrost liczby spraw zakończonych wymierzeniem kary w okresie 2000–2004, w porównaniu z latami 1995–1999, był efektem programu łagodzenia kar KE z 2002 roku. Od tego czasu (w latach 2005–2019) liczba zakończonych ukaraniem spraw kartelowych utrzymuje się na poziomie około 30 spraw w pięciorocznym okresie. Równocześnie w 2001 i 2004 roku zapadły dwa przełomowe orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) potwierdzające prawo poszkodowanych do żądania naprawy szkody wyrządzonej naruszeniem prawa konkurencji. TSUE w wyroku z 20 września 2001 roku w sprawie *Courage*<sup>2</sup> potwierdził, że z art. 81 WE (obecnie 101 TFUE) wynika prawo podmiotowe jednostek do dochodzenia naprawienia szkody z powodu naruszenia prawa konkurencji przez przedsiębiorców. Wyrok TSUE z 13 lipca 2006 roku w sprawie *Manfredi*<sup>3</sup> potwierdził uprawnienie jednostek do dochodzenia naprawienia szkody. Wyrok ten określił także, że między porozumieniem lub zakazaną praktyką a poniesioną szkodą musi istnieć związek przyczynowo-skutkowy. TSUE wskazał, że zakres szkody obejmuje rzeczywistą szkodę, utracone korzyści oraz zapłatę odsetek. Warto podkreślić, że wyroki w sprawach *Courage* i *Manfredi* jedynie potwierdzają, że prawo do żądania odszkodowania za szkodę antymonopolową wynika z celu art. 101 i 102 TFUE. Normy te chronią nie tylko system niezakłóconej konkurencji jako integralną część rynku wewnętrznego, ale także uczestników rynku przed naruszeniami prawa konkurencji na ich szkodę (Müller-Graff, 2015, s. 691).

Trybunał zajął się problemem dopuszczalności wykorzystywania w postępowaniu cywilnym oświadczeń składanych w postępowaniu antymonopolowym w ramach programu łagodzenia kar w sprawie *Pfleiderer*. *Pfleiderer AG* to przedsiębiorstwo, które poniosło szkodę wskutek naruszenia prawa konkurencji przez kartel producentów papieru dekoracyjnego. W styczniu 2008 roku *Bundeskartellamt* wydał decyzję stwierdzającą zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję przez *Munksjö Paper GmbH*, *Felix Schoeller Holding GmbH & Co. KG* oraz *Arjo Wiggins Deutschland GmbH* oraz wymierzył im grzywnę w łącznej wysokości 62 milionów euro. Naruszenie prawa konkurencji polegało na uzgadnianiu cen i ograniczaniu zdolności produkcyjnych. *Bundeskartellamt* ustalił, że przedsiębiorcy stosowali antykonkurencyjne porozumienie co najmniej od 2005 do 2007 roku. Na początku 2008 roku *Pfleiderer AG* wystąpiło do *Bundeskartellamtu* z wnioskiem o udostępnienie całości akt postępowania antymonopolowego. W odpowiedzi *Bundeskartellamt* udostępnił poszkodowanej spółce akta sprawy, jednak w bardzo ograniczonym zakresie. Spółce nie zostały udostępnione m.in. oświadczenia złożone w ramach programu łagodzenia kar. *Pfleiderer AG* zaskarżyło decyzję *Bundeskartellamtu* do Sądu Rejonowego w Bonn (*Amtsgericht*). Sąd ten

<sup>1</sup> Pozyskano z: <https://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf> (26.11.2021).

<sup>2</sup> Wyrok TSUE z 20.09.2001 w sprawie C453/99 *Courage* (ECLI:EU:C:2001:465).

<sup>3</sup> Wyrok TSUE z 13.07.2006 w połączonych sprawach C-295/04 do C-298/04 *Manfredi i in.* (ECLI:EU:C:2006:461).

przynął wprowadzić poszkodowanej spółce dostęp do akt sprawy oraz nakazał udostępnienie oświadczeń i dokumentów złożonych w ramach programu łagodzenia kar, jednak równocześnie zawiesił wykonanie tego postanowienia. Przyczyną zawieszenia była decyzja sądu o wystąpieniu z pytaniem prejudycjalnym do TSUE. Pytanie dotyczyło zgodności z unijnym prawem konkurencji (art. 11 ust 1 oraz art. 12 rozporządzenia nr 1/2003<sup>4</sup>) możliwości udzielenia poszkodowanym dostępu do wniosków, informacji i dokumentów dobrowolnie składanych w postępowaniu antymonopolowym w ramach programu łagodzenia kar. TSUE orzekł, że przepisy unijne nie stoją na przeszkodzie udzielaniu pokrzywdzonemu dostępu do oświadczeń składanych w ramach programu łagodzenia kar, oraz że do zadań sądów państw członkowskich należy określenie warunków udzielenia lub odmowy dostępu<sup>5</sup>. TSUE ograniczył się przy tym do ogólnego stwierdzenia, że badając dopuszczalność ujawnienia oświadczeń złożonych w ramach programu łagodzenia kar, sądy powinny wyważyć interesy podmiotów ubiegających się o odszkodowanie za szkodę wyrządzoną przez naruszenie prawa konkurencji i interes podmiotu wnioskującego o złagodzenie kary w ramach programu *leniency*<sup>6</sup>. Badając sprawę, TSUE wskazał na negatywny wpływ ujawnienia oświadczeń świadka koronnego na skuteczność programu łagodzenia kar<sup>7</sup>. Sąd Rejonowy w Bonn ostatecznie 18 stycznia 2011 roku odmówił udzielenia spółce Pfeiderer AG dostępu do oświadczeń złożonych w ramach programu łagodzenia kar w postępowaniu publicznoprawnym. Sąd ten uznał, że gdyby potencjalni wnioskodawcy musieli się liczyć z ujawnieniem oświadczeń i dokumentów dobrowolnie złożonych w ramach programu łagodzenia kar, to program ten stałby się znacznie mniej atrakcyjny. W konsekwencji zmniejszyłaby się ilość zmów kartelowych wykrywanych przez *Bundeskartellamt*. Rozstrzygnięcie Sądu Rejonowego w Bonn spotkało się z bardzo pozytywnym odbiorem ze strony prezydenta *Bundeskartellamtu*, Andreasa Mundta<sup>8</sup>, który podkreślił znaczenie atrakcyjnego programu łagodzenia kar w ściganiu zmów. Świadczenie koronni pełnią w jego opinii decydującą rolę w wykrywaniu porozumień ograniczających konkurencję. Gdyby nie skuteczny program łagodzenia kar, wiele zmów nie zostałoby w ogóle wykrytych. W konsekwencji, wielu poszkodowanych przez kartele nigdy nie dowiedziałoby się o wyrządzonej im szkodzie.

Natomiast zdaniem KE wyrok TSUE doprowadził do powstania znacznej niepewności co do tego, jakie dokumenty będą podlegać ujawnieniu pokrzywdzonym. To z kolei może zniechęcać uczestników porozumień ograniczających konkurencję do współpracy z KE w ramach programów łagodzenia kar<sup>9</sup>. Rozstrzygnięcie TSUE było szeroko komentowane również w Polsce<sup>10</sup>.

W trakcie prac nad dyrektywą odszkodowawczą kwestia dopuszczalności ujawnienia poszkodowanym oświadczeń składanych w ramach programu łagodzenia kar budziła spory. Komitet Ekonomiczno-Społeczny zwrócił uwagę KE na pewne, zbyt daleko idące, propozycje zawarte w projekcie dyrektywy. Komitet wskazał, że tekst dyrektywy zbyt chroni interesy przedsiębiorców korzystających z programu łagodzenia kar oraz że czyni to kosztem poszkodowanych. Jego zdaniem niektóre przepisy dyrektywy stanowią przeszkodę dla dochodzenia roszczeń przez

<sup>4</sup> Rozporządzenie Rady (WE) Nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu.

<sup>5</sup> Pkt 32 Wyroku TSUE z 14.06.2011 r. w sprawie C-360/09 *Pfeiderer AG przeciwko Bundeskartellamt*, (ECLI:EU:C:2011:389).

<sup>6</sup> Pkt 30 Wyroku TSUE z 14.06.2011 r. w sprawie C-360/09 *Pfeiderer AG przeciwko Bundeskartellamt*, (ECLI:EU:C:2011:389).

<sup>7</sup> Pkt 25-27 Wyroku TSUE z 14.06.2011 r. w sprawie C-360/09 *Pfeiderer AG przeciwko Bundeskartellamt*, (ECLI:EU:C:2011:389).

<sup>8</sup> Komunikat prasowy *Bundeskartellamtu* z 30.1.2012 r., [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2012/30\\_01\\_2012\\_Pfeiderer.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2012/30_01_2012_Pfeiderer.html) (26.08.2021).

<sup>9</sup> Pkt 11 streszczenia oceny skutków dyrektywy 2014/204/UE z 11 czerwca 2013 r., (SWD(2013) 204 final C7-0170/13).

<sup>10</sup> Zob. częściowo krytyczna glosa do wyroku Trybunału (Jurkowska-Gomułka, 2012, s. 39–46).

poszkodowanych<sup>11</sup>. Komitet Ekonomiczno-Społeczny wprowadził, że pozytywnie ocenia wpływ programu łagodzenia kar na wykrywalność naruszeń, jednakże podkreślił, że ochrona świadka koronnego nie powinna zwalniać z konieczności wypłacenia odszkodowania poszkodowanym<sup>12</sup>. W opinii Komitetu, programy łagodzenia kar nie powinny chronić przedsiębiorstw w sposób absolutny<sup>13</sup>.

Ostatecznie dyrektywa przewiduje odpowiedzialność odszkodowawczą podmiotu zwolnionego z kary w stosunkach zewnętrznych i ogranicza ją do jego nabywców lub dostawców. Wobec pozostałych poszkodowanych podmiot zwolniony z kary odpowiada w stosunkach na zewnątrz tylko wówczas, gdy nie mogą oni uzyskać pełnej kompensacji szkody antymonopolowej od innych sprawców naruszenia. W stosunkach wewnętrznych (pomiędzy uczestnikami kartelu) podmiot zwolniony z kary odpowiada także za szkody wynikające z tzw. efektu parasola cenowego (ang. *umbrella pricing*, niem. *Preisschirmeffekte*). KE pozostała na stanowisku, że ryzyko ujawnienia oświadczeń i dokumentów z programu łagodzenia kar mogłoby zniechęcać przedsiębiorstwa do współpracy z organami konkurencji. Wskazała również, że skutkowałoby to odpowiedzialnością cywilną przedsiębiorstw dobrowolnie współpracujących z organami konkurencji na mniej korzystnych warunkach niż uczestnicy kartelu, którzy nie podjęli takiej współpracy<sup>14</sup>. KE zwróciła również uwagę na to, że podmiot zwolniony z kary jest preferowanym celem powództw odszkodowawczych<sup>15</sup>. Stanowi to, w opinii KE, uzasadnienie ograniczenia jego odpowiedzialności cywilnej wobec poszkodowanych.

Analizując wpływ wzmocnienia prywatnoprawnych reguł ochrony konkurencji na gotowość uczestnika kartelu do ujawnienia nielegalnego porozumienia, warto zwrócić uwagę na pogląd głoszący, że przedsiębiorca zwolniony z kary jest preferowanym celem powództw odszkodowawczych. Jakie argumenty przedstawiają jego zwolennicy, a jakie przeciwnicy? Jakie znaczenie ma przyjęcie, że przedsiębiorca zwolniony z kary jest preferowanym celem powództw dla efektywności egzekwowania reguł konkurencji na drodze publicznoprawnej?

## II. Interakcja pomiędzy egzekwowaniem prawa na drodze publicznoprawnej a prywatnoprawnej

Egzekwowanie prawa na drodze publicznoprawnej polega na wykrywaniu, nakładaniu sankcji oraz zapobieganiu naruszeniom prawa konkurencji przez KE oraz przez krajowe organy konkurencji i sądy. Egzekwowaniem prawa na drodze prywatnoprawnej jest dochodzenie przez poszkodowanych m.in. naprawienia szkody wyrządzonej naruszeniem prawa konkurencji, które odbywa się w drodze powództw cywilnych przed sądami.

Egzekwowanie prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej oraz na drodze prywatnoprawnej pozostają ze sobą w interakcji<sup>16</sup>. Celem publicznoprawnego egzekwowania reguł

<sup>11</sup> Pkt 1.1.5. opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej z 6 marca 2014 (COM(2013) 404 final – 2013/0185 (COD)).

<sup>12</sup> Pkt 1.2.3. opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego (COM(2013) 404 final – 2013/0185 (COD)).

<sup>13</sup> Pkt 3.5. opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego (COM(2013) 404 final – 2013/0185 (COD)).

<sup>14</sup> Motyw 26 dyrektywy 2014/104/UE.

<sup>15</sup> Motyw 38 dyrektywy 2014/104/UE.

<sup>16</sup> Szerzej o interakcji między publicznoprawnym egzekwowaniem prawa konkurencji a dochodzeniem roszczeń odszkodowawczych za szkodę wyrządzoną przez kartel – zob. Cauffman, 2011, s. 181–220.



konkurencji jest zapobieganie naruszeniom prawa konkurencji przez uczestników rynku, wykrycie naruszeń już popełnionych oraz ukaranie ich sprawców. Realizacja tego celu leży w interesie KE oraz krajowych organów konkurencji. Celem prywatnoprawnego egzekwowania reguł konkurencji jest natomiast zapewnienie każdemu poszkodowanemu pełnej kompensacji szkody antymonopolowej. Poszkodowani występują w tym celu we własnym interesie z powodztwami cywilnymi.

Program łagodzenia kar przyczynia się do wzrostu wykrywalności karteli, o ile gwarantuje pełny immunitet w postępowaniu antymonopolowym pierwszemu przedsiębiorcy, który przyzna się do winy. Prawo konkurencji musi przy tym przewidywać surową sankcję dla pozostałych uczestników zmywy. Kartele cechują się dwiema, kluczowymi dla skuteczności programu łagodzenia kar, cechami. Trudno je wykryć oraz trudno je utrzymać przez dłuższy okres czasu (Zingales, 2008, s. 7–8). Trudności w wykrywaniu karteli wynikają z ich tajnego charakteru, natomiast trudności w utrzymaniu z faktu, że stają się one z biegiem czasu niestabilne. Rzadko kiedy porozumienie ograniczające konkurencję przybiera postać umowy zawartej w formie pisemnej. Strony takiego porozumienia postanawiają bowiem, aby wspólnie naruszyć prawo konkurencji oraz by czerpać z porozumienia nadmierne i niesłuszne zyski, a porozumienie w formie pisemnej ułatwiłoby organom konkurencji uzyskanie dowodów świadczących o naruszeniu prawa konkurencji. Aby przeciwdziałać nietrwałemu charakterowi porozumień ograniczających konkurencję, ich uczestnicy tworzą mechanizmy stabilizujące trwałość karteli. Przybierają one najczęściej postać mechanizmów monitorowania poziomów cen wszystkich uczestników zmywy, groźby podjęcia działań odwetowych czy dodatkowego wynagrodzenia dla pracowników wiedzących o porozumieniu w zamian za milczenie. Trwałość karteli mogą również stabilizować opcje na akcje (Thepot, 2011, s. 228–229) oraz delegacja strategiczna (Thepot, 2011, s. 229–230). Opcje na akcje pełnią nie tylko funkcję wynagrodzenia – mogą również, przez przekazywanie sygnałów pozostałym uczestnikom zmywy, utrzymywać milczące porozumienie. Przeniesienie uprawnień do podejmowania decyzji o kształtowaniu stosunków rynkowych (strategiczna delegacja) podnosi trwałość zmywy poprzez to, że pozwala w ten sposób przypuszczać, że spółka egzekwuje porozumienie ograniczające konkurencję.

Do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję i uczestnictwa w takim porozumieniu zachęcają przedsiębiorców wysokie zyski i niskie prawdopodobieństwo wykrycia kartelu. Istotną rolę odgrywa również porównanie zysków z kartelu z potencjalną sankcją za naruszenie zasad prawa konkurencji. Program łagodzenia kar destabilizuje kartele w ten sposób, że zwiększając prawdopodobieństwo wykrycia, a w konsekwencji stwierdzenia naruszenia w stosunku do wszystkich uczestników zmywy, zwalnia z kary tylko jednego z nich. Warunkiem skuteczności programu jest zagwarantowanie, dobrowolnie zgłaszającemu się uczestnikowi zmywy, pełnego zwolnienia z kary. Brak pewności co do skutków dobrowolnego przyznania się przedsiębiorcy uczestniczącego w zmywie do winy oraz dostarczenia dowodów na swoją niekorzyść powoduje, że przedsiębiorca taki nie będzie skłonny do ujawnienia porozumienia. Przewidziana w przepisach możliwa sankcja za zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję musi być surowa. Skuteczność programu łagodzenia kar w niektórych jurysdykcjach (np.: Stany Zjednoczone, Wielka Brytania, Słowenia) jest wzmocniana możliwością ukarania w postępowaniu karnym osób fizycznych pełniących funkcje zarządzające za zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję.

Zwolennicy tego rozwiązania wskazują, że wprowadzenie sankcji karnoprawnych (w szczególności kary pozbawienia wolności) wobec osób pełniących funkcje kierownicze w przedsiębiorstwie, podnosi skuteczność programu łagodzenia kar. Zwykle bowiem do pełnienia funkcji kierowniczych w spółce wymagana jest niekaralność. Ewentualna kryminalizacja prawa konkurencji ma spore grono przeciwników. Jest trudna do przeprowadzenia na gruncie unijnego prawa konkurencji. Wymagałaby przekazania dodatkowych kompetencji przez państwa członkowskie na rzecz UE. Mogłaby wywołać spory kompetencyjne. Skuteczność unijnego prawa konkurencji nie wynika z samej surowości sankcji – jest ona zespołem norm tworzących skuteczny mechanizm. Program łagodzenia kar destabilizuje porozumienia ograniczające konkurencję, ponieważ opiera się na podważeniu zaufania zarówno wewnątrz kartelu (tj. między przedsiębiorcami uczestniczącymi w zмовie), jak również wewnątrz samej spółki uczestniczącej w zмовie. Możliwość złożenia wniosku o zwolnienie z kary przez osobę fizyczną także przyczynia się do poprawy efektywności programu łagodzenia kar.

Celem dyrektywy odszkodowawczej było zapewnienie poszkodowanym możliwości skutecznego dochodzenia prawa do odszkodowania za naruszenie prawa konkurencji oraz uregulowanie kluczowych aspektów interakcji między publicznoprawnym a prywatnoprawnym egzekwowaniem reguł prawa konkurencji. Wprowadzenie, w ramach implementacji dyrektywy odszkodowawczej, skutku związania prawomocną decyzją organu konkurencji w późniejszym postępowaniu cywilnym, domniemania, że naruszenie kartelowe wyrządza szkodę<sup>17</sup> oraz pewnych ułatwień w udostępnianiu dowodów poszkodowanym, ułatwia im dochodzenie odszkodowania. Ułatwienia te prowadzą do wzrostu liczby wnoszonych pozwów cywilnych oraz do wzrostu liczby wyroków zasądzających obowiązek zapłaty odszkodowania za wyrządzoną szkodę kartelową. Możliwość skutecznego pozwania przedsiębiorcy zwolnionego w postępowaniu antymonopolowym z kary oraz ewentualny obowiązek zapłaty wysokiego odszkodowania zniechęca uczestników porozumienia do ujawnienia zмовy oraz przyznania się do winy. Każdy przedsiębiorca, rozważający skorzystanie z programu łagodzenia kar, bierze pod uwagę konieczność zapłaty odszkodowań w postępowaniach cywilnych.

Uregulowanie niektórych, kluczowych, aspektów interakcji między egzekwowaniem prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej a egzekwowaniem prawa konkurencji na drodze prywatnoprawnej, polegało przede wszystkim na usunięciu niepewności prawnej będącej konsekwencją wyroku TSUE w sprawie *Pfeiderer*. Jak już wskazywaliśmy, TSUE orzekł, że przepisy unijne nie stoją na przeszkodzie udzieleniu pokrzywdzonemu dostępu do oświadczeń składowanych w ramach programu łagodzenia kar oraz, że do zadań sądów państw członkowskich należy określenie warunków udzielenia lub odmowy dostępu. W okresie między wydaniem wyroku a wejściem w życie przepisów dyrektywy odszkodowawczej, w niektórych państwach członkowskich<sup>18</sup>, przedsiębiorcy, rozważający przystąpienie do programu łagodzenia kar, musieli brać pod uwagę możliwość ujawnienia ich oświadczeń i dokumentów poszkodowanym. W momencie podejmowania decyzji o ujawnieniu organowi konkurencji zмовy nie wiedzieli, czy i na

<sup>17</sup> W Polsce przepis dyrektywy implementowano w szerszym zakresie niż wymaga tego dyrektywa odszkodowawcza. Art. 7 ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji stanowi, że domniemywa się, że **naruszenie prawa konkurencji** wyrządza szkodę.

<sup>18</sup> W Polsce przed implementacją taką możliwość wykluczały art. 73 ust. 1 oraz art. 89a ust.12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 (Dz. U. 2015, poz.184).

jakich warunkach sąd państwa członkowskiego udzieli dostępu poszkodowanym do oświadczeń w ramach programu łagodzenia kar.

W piśmiennictwie niemieckim wskazuje się, że jedną z cech charakteryzujących interakcję pomiędzy egzekwowaniem prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej a egzekwowaniem prawa konkurencji na drodze prywatnoprawnej jest to, że uprzywilejowanie świadka koronnego oraz domniemania ułatwiający poszkodowanym dochodzenie roszczeń odszkodowawczych wzajemnie się ograniczają. Christian Alexander wskazuje, że bez merytorycznego dopasowania programu łagodzenia kar i reguł egzekwowania prawa konkurencji na drodze prywatnoprawnej, grożą niepotrzebne spięcia (Alexander, 2015, s. 419). Zjawisko wzajemnego ograniczania się programu łagodzenia kar oraz ułatwień w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych można jedynie złagodzić, ale nie całkowicie wyeliminować. W literaturze podnosi się również, że program łagodzenia kar mógłby wspierać zarówno interesy publicznoprawne, jak i prywatnoprawne. Niewłaściwe dopasowanie obu mechanizmów może jednakże prowadzić zarówno do obniżenia gotowości uczestnika kartelu do ujawnienia nielegalnego porozumienia, jak również zniechęcać poszkodowanych do dochodzenia naprawy poniesionej wskutek naruszenia prawa konkurencji szkody.

Rozważając powyższe zagadnienie, warto zwrócić uwagę na kwestię wzajemnej relacji obu form egzekwowania prawa konkurencji. Tekst dyrektywy nie wskazuje wprost, że jedna forma jest uzupełnieniem drugiej albo, że obie formy są wobec siebie równoważne. Komitet Ekonomiczno-Społeczny wskazał jednakże w swojej opinii, że dochodzenie roszczeń odszkodowawczych powinno być uzupełnieniem działań władz publicznych i krajowych organów ds. konkurencji oraz, że będzie ono miało korzystny skutek ze względu na swój odstraszący charakter<sup>19</sup>. Komitet powołuje się przy tym na stanowisko KE, że łączenie działań podejmowanych w sferze publicznej i w sferze prywatnej jest niezbędne i ma charakter uzupełniający w procesie wdrażania zasad konkurencji<sup>20</sup>. Mimo tego, że przepisy dyrektywy odszkodowawczej przewidują zarówno powództwo inicjujące, jak i powództwo następcze, tekst dyrektywy zdaje się faworyzować te drugie. Korzyści wynikające z prawomocnej decyzji stwierdzającej naruszenie oraz ryzyka i trudności, jakie wiążą się z wniesieniem powództwa inicjującego, skłaniają poszkodowanych do oczekiwania na prawomocną decyzję organu konkurencji. Dzięki prawomocnej decyzji stwierdzającej naruszenie poszkodowani nie muszą wykazywać faktu istnienia zмовы kartelowej ani okoliczności, że zawarcie zмовы wyrządziło szkodę. Muszą jednak w dalszym ciągu wykazać jej wysokość. Natomiast wnosząc powództwo inicjujące poszkodowani muszą wykazać (I) fakt istnienia zмовы, (II) fakt powstania szkody, (III) jej wysokość oraz (IV) związek przyczynowo-skutkowy między zawarciem zмовы a powstaniem szkody. Z tego powodu ryzyko niepomyślnego wyniku procesu przy powództwie inicjującym jest wyższe niż w przypadku powództwa następczego. Ponadto poszkodowany ryzykuje dobrymi relacjami ze swoimi partnerami handlowymi. Przeegrany proces o odszkodowanie niesie za sobą także ryzyko podjęcia przez pozwanego działań odwetowych czy wykluczenia z rynku z powodu utraty zaufania.

<sup>19</sup> Pkt 3.2. Opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego (COM(2013) 404 final – 2013/0185 (COD)).

<sup>20</sup> Pkt 2.1.3. opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego (COM(2013) 404 final – 2013/0185 (COD)).

### III. Czy przedsiębiorca zwolniony z kary jest preferowanym celem powództw odszkodowawczych?

W piśmiennictwie niemieckim<sup>21</sup> pojawiała się teza, że przedsiębiorca zwolniony z kary w postępowaniu antymonopolowym jest preferowanym celem powództw odszkodowawczych. Ma ona swoich zwolenników i przeciwników. Za uznaniem świadka koronnego za preferowany cel powództw<sup>22</sup> przemawia to, że jest on, z powodu doniesień medialnych, wcześniej znany poszkodowanym niż pozostali członkowie kartelu. Przedsiębiorca, któremu organ konkurencji przyznał status świadka koronnego, chcąc zaskarżyć decyzję stwierdzającą naruszenie, musiałby zakwestionować swój wniosek wraz z dokumentami i oświadczeniami złożonymi w ramach programu łagodzenia kar. Zakwestionowanie wcześniejszego przyznania się do winy powodowałoby utratę statusu świadka koronnego oraz kwestionowałoby wiarygodność przedsiębiorcy. Chcąc zachować status świadka koronnego, nie może on zaskarżyć decyzji organu konkurencji. Decyzja stwierdzająca naruszenie prawa konkurencji staje się wobec niego wcześniej prawomocna. Daje to poszkodowanym możliwość wcześniejszego pozwania przedsiębiorcy zwolnionego z kary, ponieważ mogą oni skorzystać ze skutku związania sądu prawomocną decyzją. Decyzja organu konkurencji w stosunku do uczestników zmywy, którzy ją zaskarżyli, staje się prawomocna później niż wobec świadka koronnego. Natomiast przedsiębiorcy, którzy na skutek decyzji organu antymonopolowego zostali zobowiązani do zapłaty kary pieniężnej, są w ocenie poszkodowanych mniej atrakcyjnym celem powództwa cywilnego, ponieważ z powodu wymierzonej kary pieniężnej mogą być niewypłacalni.

Ponadto pozostali uczestnicy zmywy mogą zaskarżyć decyzję i doprowadzić do jej uchylecia. Muszą oni wykazać, że w rzeczywistości nie doszło do zawarcia zmywy. Wykazanie, że nie doszło między przedsiębiorcami do zawarcia zmywy powoduje, że nie można dochodzić w stosunku do żadnego z nich naprawy szkody antymonopolowej (brak spełnienia przesłanki zdarzenia wyrządzającego szkodę) (Katt, 2019, s. 153).

Również czas trwania postępowania odwoławczego i tym samym czas oczekiwania na uprawomocnienie się decyzji są czynnikami, które mogą zniechęcać pokrzywdzonych do dochodzenia roszczeń od pozostałych uczestników kartelu.

Przeciwny pogląd, że świadek koronny nie jest preferowanym celem powództw odszkodowawczych, znajduje w doktrynie swoich zwolenników. Carsten Krüger uważa, że uprzywilejowanie podmiotu zwolnionego z kary poprzez wyłączenie możliwości ujawnienia poszkodowanym oświadczeń złożonych w ramach programu łagodzenia kar, działa na korzyść wszystkich sprawców naruszenia (Krüger, 2013, s. 486). Utrudnia to poszkodowanym wystąpienie z powództwem o naprawienie szkody przeciwko któremukolwiek ze sprawców naruszenia. Subsydiarna odpowiedzialność świadka koronnego jest, jego zdaniem, poważnym utrudnieniem w dochodzeniu roszczeń przez poszkodowanych. Konieczność prowadzenia przez wiele lat postępowania przeciwko wszystkim uczestnikom zmywy wbrew wyborowi wierzyciela i z obciążeniem zasobów wymiaru sprawiedliwości, by następnie w postępowaniu egzekucyjnym wykazać upadłość wszystkich pozostałych

<sup>21</sup> Mimo że w literaturze polskiej podejmowane jest zagadnienie interakcji między egzekwowaniem prawa konkurencji na drodze publicznoprawnej a prywatnoprawnej, to pogląd, że przedsiębiorca zwolniony z kary w postępowaniu antymonopolowym jest faworyzowanym celem roszczeń odszkodowawczych, nie jest rozpowszechniony.

<sup>22</sup> Teza, że świadek koronny jest preferowanym celem powództw odszkodowawczych znajduje w Niemczech wielu zwolenników (Bien, 2011; Calisti, Haasebeek i Kubik, 2014; Gänswain, 2016; Inderst i Thomas, 2015; Katt, 2019; Mackenrodt, w: Kersting i Podszun, 2017; Ritter, 2008; Wagner-von Papp, 2009).



współdłużników, jest jego zdaniem niepraktycznym i niezyciowym rozwiązaniem (Krüger, 2013, s. 486). Krüger uważa, że uprzywilejowanie świadka koronnego mogłoby znajdować uzasadnienie jedynie, gdyby świadek koronny musiał, na etapie postępowania cywilnego, współpracować z poszkodowanymi. Jednak w praktyce jest to niemożliwe z powodu dużej liczby poszkodowanych oraz z powodu trudności z ustaleniem tożsamości wszystkich poszkodowanych. Jest to stanowisko zbieżne z zastrzeżeniami do projektu dyrektywy przedstawionymi w opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego. Wątpliwości tego organu budzi praktyczna realizacja roszczeń odszkodowawczych, gdy jednym z współdłużników jest podmiot zwolniony z kary. Komitet zwraca uwagę w szczególności na trudności z ustaleniem stopnia odpowiedzialności każdego z uczestników kartelu. Krytyce zostało poddane także rozwiązanie, według którego podmiot zwolniony z kary odpowiada, co do zasady, tylko wobec swoich dostawców lub nabywców. Zawarcie i egzekwowanie zмовы kartelowej jest wspólnie popełnionym czynem niedozwolonym. Zasada, że każdy, kto z winy swej wyrządził (a więc także współuczestniczył w wyrządzeniu) szkodę, obowiązany jest w całości do jej naprawy, dotyczy również świadka koronnego (Krüger, 2013, s. 484). Krüger podnosi argument, że zachowanie świadka koronnego nie wywiera żadnego wpływu na szkodę już wyrządzoną.

Christian Kersting reprezentuje w doktrynie niemieckiej pogląd, że uprzywilejowanie świadka koronnego w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej w stosunkach zewnętrznych jest nadmierną regulacją. Jest to stanowisko zbieżne z zastrzeżeniami zawartymi w opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego podnoszącego, że dyrektywa odszkodowawcza nadmiernie chroni interes świadka koronnego oraz, że czyni to kosztem poszkodowanych. Zdaniem Komitetu, program łagodzenia kar nie powinien wykraczać w ochronie przedsiębiorstw poza to, co ściśle niezbędne, a w szczególności zwalniać z konieczności wypłacenia odszkodowania poszkodowanym. Kersting podnosi, że w sytuacji, gdy dochodzi do ograniczenia praw innych podmiotów, to muszą one najpierw, z uwagi na zasadę praworządności, zostać wysłuchane. Materialnoprawne uprzywilejowanie świadka koronnego wpływa na sytuację prawną zarówno poszkodowanych, jak również pozostałych współsprawców. Wobec tego wszyscy uczestnicy porozumienia kartelowego oraz wszyscy poszkodowani musieliby zostać wysłuchani, zanim organ konkurencji przyzna jednemu z uczestników nielegalnego porozumienia status świadka koronnego. Rozwiązanie to jest, z uwagi na wysoką liczbę poszkodowanych, niepraktyczne.

#### **IV. Kalkulacja opłacalności ujawnienia nielegalnej zмовы kartelowej**

W literaturze niemieckiej występuje koncepcja opłacalności ujawnienia zмовы kartelowej przez jej uczestnika. Do jej przedstawicieli należą m.in. Florian Wagner-von Papp i Mareen Katt. Koncepcja polega na tym, że przedsiębiorca, będący stroną porozumienia ograniczającego konkurencję, zestawia ze sobą korzyści i ryzyka, jakie wiążą się z aktem samooskarżenia w ramach programu łagodzenia kar. Florian Wagner-von Papp przy okazji kalkulacji operuje pojęciem „popytu” na program łagodzenia kar. Na tego rodzaju popyt wpływa wysokość zysków czerpanych ze zмовы kartelowej, prawdopodobieństwo jej wykrycia oraz przewidywana wysokość grzywny i odszkodowań. Stawia on tezę, że popyt na udział w programie łagodzenia kar spada, gdy wzrastają koszty uczestnictwa w nim (Wagner-von Papp, 2009, s. 445–453). Jednym z tych kosztów jest suma

odszkodowań za szkody wyrządzone naruszeniem prawa konkurencji. Wskazuje on, że spadek liczby wniosków o przyznanie statusu świadka koronnego skutkuje stabilizacją karteli i dłuższym ich istnieniem na rynku. Im dłużej postanowienia zмовы kartelowej są wykonywane przez jej uczestników, tym wyższe szkody ponoszą poszkodowani. Dopóki ofiary kartelu nie dowiedzą się o istnieniu zмовы, nie uzyskają one w ogóle odszkodowania. Spadek gotowości uczestnika kartelu do ujawnienia nielegalnego porozumienia skutkuje więc utrudnieniem w dochodzeniu naprawy szkody przez poszkodowanych.

Koncepcja rachunku opłacalności ujawnienia nielegalnego porozumienia zakłada, że podjęcie współpracy z organem konkurencji zależy od dwóch przeciwstawnych czynników. Czynnikiem zniechęcającym uczestnika zмовы do podjęcia współpracy w ramach programu łagodzenia kar są ryzyka finansowe, które powstaną wskutek nawiązania współpracy. Do udziału w programie zachęca zaś ochrona przed tymi ryzykami finansowymi.

## V. Podsumowanie

Wejście w życie przepisów ułatwiających poszkodowanym dochodzenie roszczeń odszkodowawczych za naruszenie prawa konkurencji podnosi ryzyko pozwania uczestników zмовы kartelowej (Katt, 2019, s. 35). Dotyczy to wszystkich uczestników zмовы, w tym świadka koronnego. Skutek związania sądu cywilnego prawomocną decyzją stwierdzającą naruszenie, wcześniejsza prawomocność decyzji w stosunku do świadka koronnego, domniemanie szkody oraz lepsza sytuacja finansowa podmiotu zwolnionego z kary, ułatwiają poszkodowanym dochodzenie odszkodowania od świadka koronnego. Czynniki te jednocześnie zniechęcają uczestnika kartelu do jego ujawnienia. Decydują one o tym, że ujawnienie swojego uczestnictwa w zмовы oraz przyznanie się do winy, z dużym prawdopodobieństwem pociągnie za sobą obowiązek zapłaty odszkodowań ofiarom kartelu.

Aby implementacja dyrektywy odszkodowawczej nie zniechęciła nadmiernie uczestników karteli do udziału w programie łagodzenia kar, konieczne było przyznanie przedsiębiorcy zwolnionemu z kary ochrony. Ochrona ta nie ma charakteru absolutnego. Świadek koronny zawsze ponosi pełną odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną własnym bezpośrednim lub pośrednim nabywcom oraz dostawcom. Gdy ofiary zмовы kartelowej nie mogą uzyskać pełnego odszkodowania od pozostałych uczestników kartelu, ponosi on również odpowiedzialność za szkody przez nich wyrządzone. Taka konstrukcja odpowiedzialności ma na celu zagwarantowanie prawa do pełnego odszkodowania. Komplikuje ona uzyskanie odszkodowania ofiarom kartelu, jednak równocześnie zapobiega spadkowi liczby wniosków składanych w ramach programu łagodzenia kar. To „salomonowe” rozwiązanie ma zapewnić równowagę funkcjonowania prywatnoprawnego i publicznoprawnego systemu ochrony prawa konkurencji. Jak słusznie zauważyła KE, by egzekwowanie prawa na drodze prywatnoprawnej, na mocy prawa cywilnego, oraz egzekwowanie prawa na drodze publicznoprawnej przez organy ochrony konkurencji było skuteczne, oba te narzędzia muszą ze sobą współdziałać<sup>23</sup>. KE postawiła sobie za cel uregulowanie koordynacji między tymi narzędziami w sposób spójny. Koniecznym było przyznanie pewnego zakresu ochrony uczestnikom zмовы, którzy ujawniają dowody na jej istnienie. Gdyby nie zgłosili się oni do organu

<sup>23</sup> Postulat zrównoważonego modelu egzekwowania reguł konkurencji, który uwzględni efektywność i spójność stosowania prawa ochrony konkurencji, pojawia się również w literaturze polskiej – zob.: Jurkowska-Gomułka, 2012, s. 47–49, wraz z przywołaną tam literaturą.

konkurencji, wiele porozumień z kategorii najcięższych naruszeń prawa konkurencji nie byłoby w ogóle wykrytych. Ujawnienie dowodów na istnienie kartelu przez jej uczestnika pozwala poszkodowanym zorientować się, kto wyrządził im szkodę i na czym polegało naruszenie powodujące szkodę. Ułatwia poszkodowanym uzyskanie odszkodowania i czyni to pomimo ograniczenia odpowiedzialności świadka koronnego. Ujawnienie zmywy przez jej uczestnika ponadto zapobiega powstaniu dalszych szkód.

Usunięcie niepewności prawnej, jaka powstała po wyroku TSUE w sprawie *Pfleiderer*, należy ocenić pozytywnie. Podmiot rozważający udział w programie łagodzenia kar nie musi już zastanawiać się, czy i na jakich warunkach wnioski, oświadczenia i dowody ujawnione organowi konkurencji zostaną udostępnione poszkodowanym. W obecnym stanie prawnym zyskuje on pewność, że złożony akt samooskarżenia nie zostanie wykorzystany w postępowaniach odszkodowawczych przeciwko niemu. Zmiana ta przyczyni się do wzrostu gotowości uczestnika kartelu do ujawnienia nielegalnego porozumienia.

## Bibliografia

- Alexander, C. (2010). *Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, <http://dx.doi.org/10.1628/978-3-16-151224-7>.
- Bien, F. (2011). Überlegungen zu einer haftungsrechtlichen Privilegierung des Kartellkronzeugen, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 22(23), 889–890.
- Calisti, D., Haasbeek, L. i Kubik, F. (2014). The Directive on Antitrust Damages Actions: Towards a stronger competition culture in Europe, founded on the combined power of public and private enforcement of the EU competition rules. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 12, 466–472.
- Cauffman, C. (2011). The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages. *Competition Law Review*, 7(2), 181–220.
- Gänswein, O. (2016). Gesamtschuldnerausgleich unter Kartellbeteiligten: Bestimmung des Haftungsanteils und Verjährung der Ausgleichsausprüche. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 2, 50–57.
- Inderst, R. i Thomas, S. (2015). *Schadensersatz bei Kartellverstößen*. Düsseldorf: Fachmedien Otto Schmidt.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2012). Między efektywnością walki z kartelami a efektywnością dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE – glosa do wyroku TS z 14.06.2011 r. w sprawie C-360/09 *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*. *Europejski Przegląd Sądowy*, 7, 39–46.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2013). *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję: w poszukiwaniu zrównoważonego modelu współistnienia*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Katt, M. (2019). *Die gesamtschuldnerische Haftung des Kronzeugen*. Tübingen: Mohr Siebeck, <http://dx.doi.org/10.1628/978-3-16-156451-2>.
- Mackenrodt, M.O. (2017). *Privilegierung von Kronzeugen sowie von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) bei der Gesamtschuld*. W: Kersting, C. i Podszun, R. (red.). *Die 9. GWB – Novelle*. München: C.H. Beck.
- Krüger, C. (2013). Die haftungsrechtliche Privilegierung des Kronzeugen im Außen- und Innenverhältnis gemäß dem Richtlinienvorschlag der Kommission. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 12, 483–488.
- Müller-Graff, P.H. (2019). Kartellrechtlicher Schadensersatz in neuer Versuchsordnung. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 179, 691–706.

- Ritter, J.-S. (2008). Private Durchsetzung des Kartellrechts. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 58(7–8), 762–773.
- Thepott, F. (2011). Leniency and Individual Liability. Opening the Black Box of the Cartel. *Competition Law Review*, 7(2), 221–240.
- Wagner-von Papp, F. (2009). Der Richtlinienentwurf zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen. *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 11, 445–453.
- Zingales, N. (2008). European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence? *Competition Law Review*, 5(1), 5–60.