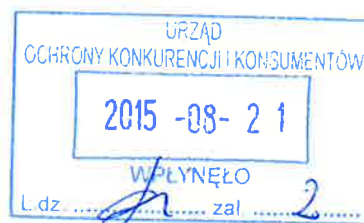




# SPK

STOWARZYSZENIE PRAWA KONKURENCJI  
POLISH COMPETITION LAW ASSOCIATION

c/o Dentons Europe Oleszczuk sp.k.  
Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa  
Tel +48 22 242 52 52 Faks +48 22 242 52 42  
spk@spk.com.pl www.spk.com.pl



**DORĘCZONO  
OSOBIŚCIE**

Warszawa, dnia 21 sierpnia 2015 r.

**Sz. P. Adam Jasser**  
**Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

**Sz.P. Bernadeta Kasztelan-Świetlik**  
**Wiceprezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
Plac Powstańców Warszawy 1  
00-950 Warszawa

Dotyczy: **zaproszenia do konsultacji społecznych z dnia 6 sierpnia 2015 r.**

Szanowny Panie Prezesie,

Szanowna Pani Prezes,

w imieniu członków grupy roboczej Stowarzyszenia Prawa Konkurencji w nawiązaniu do emaila z dnia 6 sierpnia 2015 r. w załączeniu przesyłamy nasze uwagi do projektu UOKiK „Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję”. Jednocześnie informuję, że pismo wraz z załącznikami zostało przesłane na adres mailowy [dar@uokik.gov.pl](mailto:dar@uokik.gov.pl) w dniu dzisiejszym, zgodnie z prośbą zawartą w emailu.

Z poważaniem,

RADCA PRAWNY

Marcin Paczewski  
Nr WA-8187

r.pr. Marcin Paczewski  
przewodniczący grupy roboczej

**Załączniki:**

- Załącznik 1** Lista członków grupy roboczej Stowarzyszenia Prawa Konkurencji uczestniczących w pracach nad projektem
- Załącznik 2** Uwagi Stowarzyszenia Prawa Konkurencji do projektu UOKiK „Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję”.

**Lista członków grupy roboczej Stowarzyszenia Prawa Konkurencji uczestniczących  
w pracach nad projektem:**

1. Iwona Terlecka, radca prawny, Clifford Chance, Janicka, Krużewski, Namiotkiewicz i Wspólnicy sp. k.;
2. Patrycja Szot, adwokat, Clifford Chance, Janicka, Krużewski, Namiotkiewicz i Wspólnicy sp. k.;
3. Agata Kalemba, adwokat, Clifford Chance, Janicka, Krużewski, Namiotkiewicz i Wspólnicy sp. k.;
4. Przemysław Wierzbicki, adwokat – Wierzbicki Adwokaci i Radcowie Prawni sp. k.;
5. Marcin Paczewski, radca prawny – Kancelaria Radcy Prawnego Marcin Paczewski.

**Uwagi Stowarzyszenia Prawa Konkurencji do projektu UOKiK „Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję”.**

**Uwagi grupy roboczej Stowarzyszenia Prawa Konkurencji do projektu wyjaśnień Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dotyczących ustalania wysokości kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję (odpowiednio "Projekt", "Wytyczne" i "Prezes Urzędu").**

## **1. Obrót uwzględniany na potrzeby obliczenia wysokości kary pieniężnej**

*Obrót uzyskany z działalności objętej naruszeniem*

- 1.1. Projekt wskazuje w pkt 1, że podstawą obliczenia kary pieniężnej jest obrót ustalony zgodnie z art. 106 ust. 3 i nast. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów ("**Ustawa**"). Oznacza to, że za podstawę wymiaru kary Prezes Urzędu będzie przyjmował wartość sprzedaży wszystkich dóbr lub usług przedsiębiorcy, na którego ma zostać nałożona kara.
- 1.2. Uważamy, że podejście to wymaga doprecyzowania. Dla potrzeb obliczenia podstawy kary pieniężnej za praktyki antykonkurencyjne powinien być przede wszystkim uwzględniany obrót uzyskany ze sprzedaży produktów lub usług, których dotyczy naruszenie.
- 1.3. Podejście takie spełnia wymogi zasady proporcjonalności kary, odpowiada aktualnej linii orzeczniczej polskich sądów oraz podejściu Komisji Europejskiej ("**Komisja**") i wielu innych organów ochrony konkurencji państw członkowskich Unii Europejskiej.

*Zasada proporcjonalności*

- 1.4. Kara za praktyki anty-konkurencyjne musi być proporcjonalna do popełnionego naruszenia.
- 1.5. Aktywność gospodarcza przedsiębiorców często prowadzona jest w wielu obszarach. Przedsiębiorcy mogą równoległe prowadzić działalność polegającą na sprzedaży różnych dóbr lub usług np. łączą sprzedaż produktów z usługami transportowymi lub prowadzą sprzedaż różnych, niezwiązanych ze sobą produktów. W tej sytuacji uwzględnienie dla potrzeb wyliczenia kwoty bazowej część obrotu z działalności niezwiązanej z naruszeniem nie jest proporcjonalne i adekwatne do zaistniałego naruszenia interesu publicznego.
- 1.6. Ponadto wymóg proporcjonalności i adekwatności kary wymaga uwzględnienia faktu, że także antykonkurencyjne skutki naruszeń, w tym korzyści osiągnane przez naruszydciela mogą wystąpić na niektórych rynkach (np. rynku, na którym nastąpiło naruszenie i rynkach wstępnych lub zstępnych w stosunku do niego), niekoniecznie zaś na wszystkich rynkach, na których obecny jest naruszydciel.
- 1.7. Co prawda Projekt w obecnym brzmieniu przewiduje uwzględnienie przy określaniu kary okoliczności działalności przedsiębiorcy, w tym niewielkiego udziału przychodów z towarów należących do rynku objętego praktyką w obrocie przedsiębiorcy. Nie relatywizuje to jednak w wystarczającym stopniu wysokości kary

do stosunku faktycznego naruszenia do całkowitego zakresu działalności przedsiębiorcy i uzyskiwanego obrotu. Zgodnie bowiem z Projektem, okoliczności te mogą wpłynąć najwyżej na 80% ograniczenie kwoty wynikającej z kwoty bazowej, która stanowi jednak ułamek całkowitego obrotu przedsiębiorcy. Taki algorytm z góry stawia w niekorzystnej sytuacji wszystkich przedsiębiorców (w tym małych i średnich), których obroty uzyskane z działalności związanej z naruszeniem stanowią zaledwie niewielką część ich całkowitych obrotów.

- 1.8. W naszej ocenie właściwe, tj. proporcjonalne określenie wysokości kary wymaga, aby podstawę określenia kwoty bazowej stanowił jedynie obrót przedsiębiorcy związany z naruszeniem, nie zaś jego całkowity obrót. Podejście to jest zgodne z art. 111 ust. 1 pkt 1 Ustawy.

#### *Orzecnictwo polskich sądów*

- 1.9. Proponowane rozwiązanie daje wyraz wykształconej w ostatnich latach praktyce orzeczniczej polskich sądów, w tym Sądu Najwyższego ("SN").
- 1.10. SN konsekwentnie w swoich wyrokach podkreśla konieczność zapewnienia proporcjonalności wysokości wymierzonej kary pieniężnej do popełnionego naruszenia.
- 1.11. W wyroku z 19 sierpnia 2009, sygn. akt III SK 5/09, w sprawie dotyczącej nadużycia pozycji dominującej SN wprost wskazał, że co prawda art. 101<sup>1</sup> ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów ("Ustawa 2000", odpowiednik dzisiejszego art. 106 Ustawy) "mówi ogólnie o przychodzie przedsiębiorcy (a nie o przychodzie z rynku pozycji dominującej, rynku praktyki, itp.), ale zasada proporcjonalności sugeruje zrelatywizowanie wymierzonej kary pieniężnej do wysokości przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży P.S. (dziennika sportowego), skoro sprzedaż tej gazety jest źródłem pozycji dominującej w niniejszej sprawie [podkreślenie własne]". Sąd wskazał również, że sprzedaż innych produktów (tytułów prasowych) jest "co najwyżej źródłem zasobów finansowych wzmacniających przewagę konkurencyjną nad innymi wydawcami i mogłaby być brana pod uwagę wówczas, gdyby powódce zarzucono stosowanie ceny rażąco niskiej, gdyż wtedy przychody uzyskiwane z działalności na innych rynkach byłyby wykorzystywane do finansowania antykonkurencyjnej działalności na rynku codziennej prasy sportowej" (tj. na rynku, którym doszło do naruszenia).
- 1.12. SN wskazał na potrzebę uwzględnienia przy ocenie proporcjonalności kary pieniężnej przychodów ze sprzedaży towarów na rynku, na którym dopuszczono się ograniczenia konkurencji w dalszych wyrokach: z 4 marca 2014 r., sygn. akt III SK 34/13; z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III SK 45/10; z 15 maja 2014 r., sygn. akt III SK 44/13 oraz z 15 maja 2014 r., sygn. akt III SK 54/13.

---

<sup>1</sup> Sąd w wyroku omyłkowo wskazał w tym miejscu art. 102 Ustawy 2000.

- 1.13. Jednocześnie, SN w podsumowaniu opisanej linii orzeczniczej w wyroku z 15 maja 2014 r. w sprawie o sygn. akt III SK 54/13, podkreślił, że daje ona sądom podstawę do zmiany wysokości kary pieniężnej nałożonej przez Prezesa Urzędu, gdy z okoliczności faktycznych sprawy będzie wynikało, że kara jest nieproporcjonalna na uwagi na skalę przychodu ze sprzedaży towarów, których dotyczy praktyka. Następowaloby to, mimo że Prezes Urzędu nie ma bezwzględnie obowiązku ograniczenia podstawy wymiaru kary jedynie do obrotu związanego z naruszeniem i byłoby niezależne od tego, czy pierwotna kara mieściłaby się w granicach wyznaczonych przez art. 104 Ustawy 2000 (odpowiednik dzisiejszego art. 111 Ustawy).
- 1.14. Natomiast Sąd Apelacyjny w Warszawie, w niedawno zapadłym wyroku z 29 maja 2015 r., w sprawie wszczętej z odwołania spółki Polskie Gazownictwo Naftowe i Górnictwo S.A. ("PGNiG") wprost wskazał na potrzebę uwzględnienia do podstawy określenia kary jedynie obrotu związanego z naruszeniem. Sąd zmienił wyrok sądu pierwszej instancji i decyzję Prezesa Urzędu w ten sposób, że obniżył nałożoną na PGNiG karę z 60 mln złotych do wysokości jedynie 5,5 mln złotych. Za podstawę nałożenia kary sąd ten przyjął jedynie przychody PGNiG ze sprzedaży gazu na terenie Mazowieckiej Spółki Gazownictwa (spółki zależnej PGNiG).
- 1.15. Sąd Apelacyjny w tej sprawie wskazał, że sąd I instancji nie uwzględnił w wystarczającym stopniu przesłanek wskazanych w art. 111 Ustawy i w związku z tym nietrafnie pominął przy określaniu wysokości kary pieniężnej zasadę proporcjonalności. Zasada proporcjonalności, zdaniem Sądu Apelacyjnego, wymaga uwzględnienia "kryterium, jakim jest wielkość przychodu z działalności prowadzonej w "segmencie rynkowym", na którym dopuszczono się stosowania praktyki [podkreślenie własne] naruszającej konkurencję i w ocenie Sądu II instancji najbardziej skutecznie odwzorowuje wymagania analogiczne do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej".

*Podejście Komisji i innych państw członkowskich UE*

- 1.16. Proponowana zmiana zapewni ponadto spójność z regulacjami unijnymi oraz zasadami wyznaczania kar przez inne organy ochrony konkurencji państw członkowskich UE.
- 1.17. Uwzględnienie przy ustalaniu podstawy wymiaru kary<sup>2</sup> jedynie obrotów osiągniętych z działalności objętej zakazaną praktyką stosują m.in. organy ochrony konkurencji w Wielkiej Brytanii<sup>3</sup>, Francji<sup>4</sup> i Niemczech<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Tj. do obliczania kwoty podstawowej na pierwszym etapie wymiaru kary. Ogólna skala działalności przedsiębiorcy (w tym przychody spoza działalności objętej naruszeniem) może być brana pod uwagę na dalszym etapie ustalania wysokości kary.

<sup>3</sup> [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284393/of423.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284393/of423.pdf)

<sup>4</sup> [http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/notice\\_antitrust\\_penalties\\_16may2011\\_en.pdf](http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/notice_antitrust_penalties_16may2011_en.pdf)

- 1.18. Także Komisja w celu ustalenia kwoty podstawowej (odpowiednika "kwoty bazowej" w Projekcie), bierze pod uwagę wartość sprzedaży dóbr lub usług zrealizowanych przez przedsiębiorstwo, mających bezpośredni lub pośredni związek z naruszeniem, w danym sektorze geograficznym na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego.<sup>6</sup>
- 1.19. Mając na uwadze to, że Projekt dotyczy ustalania wysokości kar pieniężnych zarówno za naruszenia art. 6 lub 9 Ustawy, jak i art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu UE, w naszej ocenie zasady wymierzania kar przez Prezesa Urzędu nie powinny tak istotnie odbiegać od zasad wymierzania kar przez Komisję.

*Okres uzyskiwania obrotu stanowiącego podstawę nakładanej kary*

- 1.20. Wytyczne powinny ponadto wprost uregulować kwestię okresu, z jakiego obrót powinien stanowić podstawę nakładanej kary.
- 1.21. Uważamy, że do obliczania podstawy nałożenia kary Prezes Urzędu co do zasady powinien brać pod uwagę obrót uzyskany za ostatni pełny rok udziału przedsiębiorcy w naruszeniu przepisów Ustawy.
- 1.22. Takie podejście zapewni realizację zasady adekwatności i proporcjonalności wymierzonej kary do popełnionego naruszenia oraz pozwoli odpowiednio uwzględnić okoliczności działalności przedsiębiorcy stanowiącej przedmiot naruszenia. Odpowiada ono również praktyce Komisji<sup>7</sup> i innych krajowych organów ochrony konkurencji, np. francuskiego i brytyjskiego.
- 1.23. Podejście to jest przy tym zgodne z art. 106 ust. 1 Ustawy. Przepis ten wskazuje bowiem jedynie maksymalny wymiar kary. Do jego ustalenia uwzględnia się obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary.
- 1.24. Analogiczne stosowanie tego przepisu do ustalenia obrotu będącego podstawą nakładanej kary nie jest prawidłowe. Postępowania antymonopolowe mogą trwać nawet kilka lat. W tym czasie okoliczności faktyczne dotyczące działalności, która stanowiła przedmiot naruszenia mogą ulec znaczącej zmianie. W szczególności obroty przedsiębiorcy osiągnięte w obszarze wcześniej objętym naruszeniem mogą znacząco spaść lub wzrosnąć w porównaniu do obrotów z okresu naruszenia.
- 1.25. W tym kontekście należy również przytoczyć wyrok Trybunału Konstytucyjnego ("**Trybunał**") z dnia 3 listopada 2004 r. (sygn. akt K 18/03), wydany na gruncie

<sup>5</sup>

[http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidelines%20for%20the%20setting%20of%20fines.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidelines%20for%20the%20setting%20of%20fines.pdf?__blob=publicationFile&v=3)

<sup>6</sup> Zob. Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003 (odpowiednio "**Wytyczne Komisji**" i "**Rozporządzenie**"), pkt. 13.

<sup>7</sup> "Komisja zazwyczaj będzie uwzględniać wartość sprzedaży przedsiębiorstwa za ostatni pełny rok jego udziału w naruszeniu przepisów" (Wytyczne Komisji, pkt. 13).

ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Trybunał uznał za niekonstytucyjne przepisy określające zasady ustalania wysokości kar pieniężnych m.in. w zakresie, w jakim podstawą wymiaru kary był rok poprzedzający wydanie orzeczenia.

- 1.26. W uzasadnieniu ww. wyroku wskazano, że "związanie wymiaru kary pieniężnej z przychodem (wydatkami) podmiotu zbiorowego za rok poprzedzający wydanie orzeczenia zasługuje na negatywną ocenę. Tak określona konstrukcja wymiaru kary całkowicie zrywa związek pomiędzy popełnionym czynem a wysokością kary. W okresie pomiędzy popełnieniem czynu zagrożonego pod groźbą kary a jej orzeczeniem, w sytuacji finansowej podmiotu zbiorowego mogą nastąpić zasadnicze zmiany skutkujące wysokością kary. Wymiar kary, nieskorelowany z sytuacją gospodarczą podmiotu zbiorowego w chwili popełnienia czynu, ale uzależniony od przyszłych zdarzeń gospodarczych, nie pozwala przewidzieć konsekwencji zachowania niezgodnego z prawem."

#### *Długość roku obrotowego*

- 1.27. Zaadresowania w Wytycznych wymaga również problem zróżnicowanej długości roku obrotowego. W niektórych przypadkach może być on dłuższy niż 12 miesięcy (patrz art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości), co z przyczyn czysto formalnych może prowadzić do pokrzywdzenia przedsiębiorcy stosującego takie rozwiązanie.
- 1.28. Sugerujemy w związku z tym wprowadzenie zasady, zgodnie z którą w przypadku roku obrotowego o tak nietypowej długości, dla potrzeb obliczenia kary uwzględniany byłby dla takiego roku obrotowego odpowiedni średni obrót wyliczany dla 12 miesięcy.
- 1.29. Zasada ta powinna mieć odpowiednie zastosowanie także do przypadków, w których ustala się wysokość obrotu *de minimis*, w tym z dłuższych okresów (art. 106 ust. 5-7 Ustawy).

## **2. Natura naruszenia**

### *Zmiana systemu*

- 2.1. Wytyczne obecnie obowiązujące oraz Projekt w części dotyczącej sposobu określenia stopnia naruszenia (pkt. 2 Projektu) odwołują się do schematu stosowanego przez Komisję w wytycznych dotyczących zasad ustalania wysokości kar z 1998 r. Co do zasady postulujemy zmianę tego podejścia i przyjęcie rozwiązań stosowanych obecnie w Wytycznych Komisji (pkt. B).
- 2.2. Niezależnie jednak od powyższego postulatu, poniżej przedstawiamy uwagi dotyczące obecnie proponowanych rozwiązań, w pierwszej kolejności w odniesieniu do natury naruszenia.



- 2.3. W obecnie obowiązujących Wytycznych oraz w Projekcie Prezes Urzędu dokonał podziału naruszeń na trzy grupy według wagi naruszenia. Dokonany podział może budzić wątpliwości, ponieważ kryteria rozróżniania poszczególnych grup naruszeń są niejasne.

#### *Przejrzystość podziału*

- 2.4. Przykładowo, do naruszeń bardzo poważnych zaliczone zostały szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji (jak porozumienia cenowe, zmony cenowe i przetargowe, podział rynku i kolektywny bojkot). Do naruszeń poważnych zaliczono pozostałe porozumienia horyzontalne. Rozróżnienie między obiema klasami naruszeń ogranicza się do czterech przykładów typowych tzw. *hard core restrictions* i ogólnego kryterium "szczególnej szkodliwości". Wyjaśnienia o takim stopniu ogólnikowości mają niski walor informacyjny.
- 2.5. Aktualny pozostaje także zarzut ustalenia kryterium zaliczenia do bardzo poważnych naruszeń nadużycia pozycji dominującej. Jest nim nadużycie pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji (w odróżnieniu od nadużycia mającego na celu lub prowadzącego do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji konsumentów lub kontrahentów, które zaliczono do naruszeń poważnych). Co do zasady każde nadużycie pozycji dominującej niesie ryzyko wykluczenia konkurencji, podział nie jest więc jednoznaczny.
- 2.6. Jak rozumiemy, założenie, które legło u podstaw przyjętego rozróżnienia dotyczy podziału praktyki nadużycia pozycji dominującej na praktyki eksploatacyjne i wykluczające. Wyraźne odwołanie do tego podziału wraz z podaniem przykładowych typowych rodzajów takich praktyk (np. w oparciu o Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące) podniosłoby walor informacyjny Wytycznych.

#### *Zasadność podziału*

- 2.7. Wątpliwości budzi również samo zakwalifikowanie poszczególnego rodzaju praktyk do poszczególnych rodzajów naruszeń (bardzo poważne, poważne i pozostałe).
- 2.8. W szczególności istotne wątpliwości budzi zakwalifikowanie porozumień pionowych do naruszeń poważnych. Naszym zdaniem natura porozumień pionowych, w szczególności w zasadniczej mierze uzależnienie ich oceny od skutków danej praktyki, przemawia za uplasowaniem tego rodzaju naruszeń w kategorii trzeciej (pozostałe naruszenia).
- 2.9. Wątpliwości budzi również zamieszczenie:
- 2.9.1. kolektywnego bojkotu w kategorii najcięższych naruszeń (sugerujemy przeniesienie do naruszeń poważnych),

2.9.2. pominięcie w kategorii najcięższych naruszeń porozumień horyzontalnych o ograniczeniu produkcji,

2.9.3. automatyczne zakwalifikowanie porozumień horyzontalnych co najmniej do kategorii "poważnych" (np. w przypadku porozumień o współpracy czy RD, które ze względu na swój cel mogłyby być uznane w pewnym stopniu za sprzeczne z prawem).

### **3. Specyfika rynku i działalności przedsiębiorcy oraz skutki rynkowe naruszenia**

3.1. Sprecyzowania wymagają okoliczność uwzględniane przy charakterystyce produktu i odbiorców. Dotyczy to kryteriów "istotności produktu", "szczególnej wrażliwości odbiorców" oraz "znaczenia produktu dla innych sektorów".

3.2. Natomiast przesłanki "niewielkiego zasięgu geograficznego praktyki w stosunku do zasięgu działania przedsiębiorcy" oraz "niewielkiego udziału przychodów z towarów należących do rynku właściwego w obrocie przedsiębiorcy" powinny odnosić się odpowiednio do:

3.2.1. niewielkiego zasięgu geograficznego działalności przedsiębiorcy na rynku, którego dotyczy naruszenie (nie całej działalności przedsiębiorcy) i

3.2.2. obrotu uzyskiwanego z rynku, którego dotyczy naruszenie (tj. obrotu z towarów lub usług należących do rynku właściwego objętego praktyką w odróżnieniu od całego obrotu przedsiębiorcy).

3.3. Przesłanki te w obecnym brzemieniu faworyzują bowiem przedsiębiorców dużych, mających działalność i obroty w obszarach nie związanych z zakazaną praktyką.

### **4. Okres naruszenia**

#### *Poszerzenie przesłanek zwielokrotnienia kwoty bazowej*

4.1. Projekt wskazuje, że uwzględniając okres naruszenia, Prezes Urzędu może zwiększyć kwotę bazową, zwłaszcza, jeśli długotrwałość stosowania praktyki ograniczającej konkurencję prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków.

4.2. W porównaniu do obecnie obowiązujących Wytycznych, w Projekcie dodano słowo "zwłaszcza". Poszerza to możliwość zwiększenia kwoty bazowej przez Prezesa Urzędu również jeżeli długotrwałość stosowania niedozwolonej praktyki nie prowadzi do zwielokrotnienia jej negatywnych skutków.

4.3. W naszej ocenie takie rozszerzenie jest niezasadne. Jeżeli bowiem długotrwałość praktyki nie powoduje zwiększenia jej negatywnych skutków, to brak jest podstaw do zwiększenia ze względu na to kwoty bazowej wymiaru kary.

### *Praktyka długotrwała*

- 4.4. Zarówno Projekt, jak i obecnie obowiązujące Wytyczne uznają za praktykę długotrwałą praktykę trwającą dłużej niż rok. W naszej ocenie czasokres jednego roku jest za krótki do uznania praktyki za długotrwałą.
- 4.5. W warunkach obrotu gospodarczego okres roczny nie jest okresem długotrwałym. Standardowe porozumienia niejednokrotnie przewidziane są na okres roczny. Przymiot długotrwałości uzyskują często ustalenia, plany itp. przyjmowane na okresy pięcioletnie i dłuższe.
- 4.6. Pogląd przyjmowany przez Prezesa Urzędu w praktyce oznacza, że niemal wszystkie naruszenia (kwalifikowane jako antykonkurencyjne) będą traktowane jako długotrwałe. Okoliczność ta rodzi istotne konsekwencje, ponieważ prowadzi do istotnego podwyższenia kwoty bazowej (o 200 i 100% w zależności od praktyki). W naszej ocenie jest to rozwiązanie zbyt restrykcyjne i prowadzące do zaburzenia proporcjonalności kary. Podwyższenia kwoty bazowej w tych ramach może bowiem oczekiwać zarówno przedsiębiorca dopuszczający się naruszenia przez rok i 1 miesiąc, jak i przedsiębiorca naruszający Ustawę przez 10 lat.
- 4.7. W związku z tym, w pierwszej kolejności proponujemy wydłużenie okresu będącego wyznacznikiem praktyki długotrwałej, np. do 5 lat. Do okresu praktyki nie powinien być przy tym wliczony okres po wszczęciu postępowania, z uwagi na to, że przedsiębiorcy mogą mieć uzasadnione wątpliwości co do zarzutów Prezesa Urzędu a postępowania antymonopolowe mogą być długotrwałe.
- 4.8. Po drugie, rozważyć można wprowadzenie systemu gradacji zwiększenia kwoty bazowej w zależności od długotrwałości praktyki. Np. zwiększenie kwoty bazowej do 20% w przypadku praktyki trwającej od 3 do 5 lat, zwiększenie do 50% w przypadku praktyki trwającej od 5 do 8 lat, itd. Przy czym w każdym przypadku mogłoby to nastąpić jedynie jeśli wydłużenie okresu praktyki prowadziło do istotnego zwiększenia jej negatywnych skutków lub uzyskiwanych z niej korzyści.

## **5. Okoliczności łagodzące i obciążające**

### *Uwagi ogólne*

- 5.1. Z zadowoleniem przyjmujemy zwiększenie w wpływu okoliczności łagodzących i obciążających na wymiar kary z 50% do 80%. Okoliczności te, w szczególności w przypadku porozumień ograniczających konkurencję, pozwalają na odpowiednie dostosowanie kary do okoliczności faktycznych towarzyszących danemu naruszeniu. Przede wszystkim zapewniają odpowiednią indywidualizację kary. **Zastanawiająca jest jednak decyzja Prezesa Urzędu, by okoliczności obciążające i łagodzące w przypadku osób zarządzających mogły zmienić kwotę wyjściową maksymalnie jedynie o 50%, a nie o 80% - jak w przypadku kar nakładanych na przedsiębiorców.** Trudno odgadnąć, co powodowało autorami projektu, by przyjąć w

odniesieniu do okoliczności łagodzących / obciążających w odniesieniu do osób zarządzających współczynnik 50% zamiast 80%. Być może ta kwestia jest wynikiem przeoczenia – jeśli tak, zapis powinien zostać skorygowany. Trudno dostrzec bowiem wytlumaczenie przyczyn, dla których kryteria ustalania wysokości kar pieniężnych w stosunku do osób zarządzających miałyby być mniej elastyczne niż w odniesieniu do samych przedsiębiorców (por. również pkt 6.9 – 6.11 poniżej).

- 5.2. Dodatkowo, postulujemy uszczegółowienie Projektu przez dodanie co najmniej szacunkowych wielkości, o jakie kara może wzrosnąć lub zmaleć z uwagi na spełnienie się zidentyfikowanych przesłanek. Taki system oceny pozwoliłby przedsiębiorcom lepiej ocenić wpływ ich postępowania na potencjalną wysokość kary.

#### *Okoliczności łagodzące*

- 5.3. W naszej ocenie katalog okoliczności łagodzących powinien ulec rozszerzeniu.

5.3.1. Przykładowo wśród okoliczności łagodzących wymienionych w Projekcie brak jest przesłanki istnienia uzasadnionych wątpliwości przedsiębiorcy co do zaistnienia naruszenia. Przesłanki tego rodzaju są uznawane w praktyce orzeczniczej organów konkurencji i zasługują na uwzględnienie również na gruncie porządku polskiego.

5.3.2. Podobnie uwzględnienia wymaga przeprowadzenie przez przedsiębiorcę szkoleń jego pracowników i współpracowników z zakresu prawa konkurencji. Działania tego rodzaju są bowiem wyrazem starań przedsiębiorcy w kierunku zapobieżenia naruszeniom.

5.3.3. Postulujemy także rozszerzenie katalogu przesłanek łagodzących o sytuację, w której naruszenie wynikało z działań lub zostało zaaprobowane przez organy administracji publicznej lub samorząd (ogólnie rozumiane władze państwowe).

#### *Recydywa – prawomocność rozstrzygnięcia dotyczącego wcześniejszego naruszenia*

- 5.4. Postulujemy wyraźne określenie w projekcie, że w przypadku tzw. recydywy podstawą do podwyższenia kary mogą być wyłącznie przypadki wcześniejszych naruszeń stwierdzonych prawomocną decyzją.

- 5.5. W demokratycznym państwie prawa niedopuszczalne jest podwyższenie kary o charakterze penalnym z uwagi na naruszenia jedynie zarzucane lub stwierdzone nieprawomocną decyzją.

#### *Recydywa – podobieństwo wcześniejszego naruszenia*

- 5.6. Ponadto doprecyzowania wymaga przesłanka podobieństwa wcześniejszego naruszenia.

- 5.7. Okoliczność ta pozostawiona jest bez jakichkolwiek wyjaśnień, podczas gdy podobieństwo może być wielorako interpretowane. Np. pozostaje otwartym czy naruszeniem podobnym jest dopuszczenie się porozumienia horyzontalnego, czy też ciężkiego porozumienia horyzontalnego lub po prostu ciężkiego porozumienia. Dalej, czy podobieństwo zachodzi pomiędzy cenową praktyką wertykalną i horyzontalną.
- 5.8. W naszej ocenie katalog naruszeń podobnych powinien być ustalony z odwołaniem się do ciężaru naruszenia (bardzo poważne, poważne i inne) i uwzględnieniem rozróżnienia na nadużycie pozycji dominującej oraz porozumienia. Co ważniejsze, rozróżnienie w ramach porozumień powinno być przeprowadzone również pomiędzy poszczególnymi praktykami wertykalnymi i horyzontalnymi.

## **6. Kary na osoby zarządzające**

### *Przychód stanowiący podstawę kary*

- 6.1. Podstawą obliczenia wysokości kary pieniężnej nakładanej zgodnie z art. 106a ust. 1 Ustawy na osoby zarządzające, które umyślnie dopuściły do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-6 Ustawy lub w art. 101 ust. 1 lit. a-e Traktatu o funkcjonowaniu UE, jest przychód osoby zarządzającej uzyskany u tego przedsiębiorcy w okresie trwania naruszenia.
- 6.2. Postulujemy, aby dla potrzeb ustalenia wysokości kary uwzględniać jedynie tę część przychodu osoby zarządzającej, która pozostawała w związku z działalnością objętą naruszeniem.
- 6.3. Działalność przedsiębiorcy, której dotyczyło naruszenie może stanowić jedynie wycinek zakresu obowiązków osoby zarządzającej. W związku z tym, podobnie jak w odniesieniu do kar nakładanych na przedsiębiorców, zasada proporcjonalności wymaga relatywizacji wielkości przychodu (i ostatecznie kary) do działań związanych z naruszeniem. Oczywiście jednoznaczne wyliczenie takich proporcji może być trudne w konkretnym przypadku (osoby takie najczęściej nie będą uzyskiwały oddzielnego wynagrodzenia za poszczególne obowiązki). Niemniej w każdym przypadku możliwe jest przynajmniej procentowe określenie udziału obowiązków dotyczących obszaru objętego naruszeniem w całości obowiązków danej osoby i przeniesienie tych proporcji na uzyskiwany przychód.
- 6.4. Z tych samych jak wskazane powyżej względów postulujemy, aby uwzględniany dla potrzeb określenia kary przychód osoby zarządzającej ograniczony był do okresu ostatniego pełnego roku trwania naruszenia.
- 6.5. W każdym zaś wypadku konieczne jest doprecyzowanie zasady, że przychód uzyskany u przedsiębiorcy w okresie naruszenia dotyczy tylko okresu, w którym osoba zarządzająca pełniła funkcję kierowniczą (nie zaś okresu współpracy lub zatrudnienia w innej roli).

### *Mały walor informacyjny*

- 6.6. Projekt w zasadzie powtarza katalog przesłanek obciążających i łagodzących wymiennych w Ustawie. Wartość dodana Wytycznych ograniczających się do powtórzenia w jednym miejscu przepisów Ustawy nie wydaje się być znaczna.
- 6.7. Postulujemy więc rozwinięcie poszczególnych przesłanek przez szczegółowe wyjaśnienie ich natury, w tym w relacji do przesłanek stosowanych wobec przedsiębiorców. Katalog przesłanek w obu tych przypadkach jest zbliżony, otwartym pozostaje więc pytanie na ile orzecznictwo dotyczące miarkowania kar nakładanych na przedsiębiorców będzie miało zastosowanie do osób zarządzających.
- 6.8. Ponadto postulujemy dalsze wyjaśnienie zasady ustalania kary przewidzianej w drugim akapicie punktu 7 Projektu, w szczególności przez podanie abstrakcyjnej symulacji wyliczenia kary. Zapisy w obecnej wersji mogą być niezrozumiałe lub opacznie interpretowane przez przedsiębiorców. Niewłaściwym wydaje się natomiast sporządzanie wyjaśnień, których ustalenie znaczenia może wymagać asysty prawniczej.

### *Okoliczności łagodzące i obciążające*

- 6.9. W kwestii kar nakładanych przez Prezesa Urzędu na osoby zarządzające, Projekt przyznaje okolicznościom łagodzącym i obciążającym 50% wpływ na wymiar kary. Jest to próg niższy niż w przypadku kar nakładanych na przedsiębiorców (w Projekcie przewidziano próg 80%).
- 6.10. W naszym przekonaniu, nie jest uzasadnione różnicowanie znaczenia okoliczności łagodzących i obciążających w zależności od tego czy kara nakładana jest na przedsiębiorcę, czy na osobę zarządzającą. Waga ww. okoliczności powinna być taka sama bez względu na to czy mamy do czynienia z karaniem przedsiębiorcy, czy osoby zarządzającej.
- 6.11. Postulujemy zatem zwiększenie wpływu okoliczności łagodzących i obciążających na wymiar kary nakładanej na osobę zarządzającą na podstawie art. 106 a Ustawy.

## **7. Odstąpienie od nałożenia kary**

- 7.1. Pozytywną, w naszej ocenie, zmianą w stosunku do obecnie obowiązujących Wytycznych jest wskazanie wprost w Projekcie możliwości odstąpienia od nałożenia kary, jeżeli wystąpią okoliczności, które w ocenie Prezesa Urzędu zapewnią, że brak kary spełni swoje cele. Wskazane byłoby natomiast chociażby ogólne i przykładowe podanie takich okoliczności.
- 7.2. Takie rozwiązanie wpisuje się w ustawową zasadę fakultatywności kary. Zgodnie z art. 106 Ustawy Prezes może nałożyć na przedsiębiorcę karę, ale nie jest do tego zobowiązany w przypadku stwierdzenia naruszenia.