

ANALIZY I KOMENTARZE

● Czy karać „zarządzających” za naruszenia prawa konkurencji?

Import rozwiązań z innych systemów prawnych

W niniejszym artykule będzie kontynuowany temat odpowiedzialności „zarządzających” za naruszenia przepisów prawa konkurencji. W szczególności zostanie ocenione i skomentowane przedstawione w poprzednim artykule projektowane zmiany zaproponowane przez polski organ antymonopolowy i rozszerzenie odpowiedzialności osób fizycznych o naruszenia przepisów prawa materialnego.



Szymon Syp – Zawodny polski prawnik konkurencji i prawo konkurencji na poziomie Unii Europejskiej, nie przewidując sankcji nakładanych na osoby fizyczne (nie będące przedsiębiorcami w rozumieniu UOKiK lub przedsiębiorstwami w rozumieniu prawa europejskiego) za „przyniesienie” do naruszenia reguł konkurencji przez przedsiębiorców (przedsiębiorstwa), w których osoby te pełnią funkcje kierownicze. Dlatego propozycja w zakresie wprowadzenia odpowiedzialności osób fizycznych za dopuszczenie do naruszeń materialno-prawnych reguł konkurencji przez przedsiębiorców stanowi jakościowo nowy kierunek rozwoju polskiego prawa konkurencji. Zastrzeż jednak należy, że kierunek ten jest jedynie poglądowo zgodny z badaniami empirycznymi.

Isotra kar

Nakładanie sankcji na osoby *individualne*, działające w imieniu przedsiębiorstwa za naruszenie prawa konkurencji jest uzasadnione w ten sposób, że skoro kara finansowa nakładana bezpośrednio na przedsiębiorców rzadko kiedy są na tyle wysoce, aby spełniały funkcję odstraszania (ang. *deterrence*) przed naruszeniami (zob. szereg Cartel Sanctions against Individuals 2003, DAF/COMP(2004) 39, OECD 2005, s. 7), to brak jest sposobu funkcjonowania (przedsiębiorstwa) (a de facto jego właścicieli) skłonności do skutecznego monitorowania osób zarządzających przedsiębiorstwami (przedsiębiorstwami), aby zapobiec ich nieprawidłowemu działaniu. Konsekwentnie, sankcje grożące osobom fizycznym mogą zwiększać poziom odstraszania przed naruszeniami reguł konkurencji. Jako motywy kierunek sankcji nakładanych na osoby fizyczne wskazuje się przede wszystkim karę więzienia (ang. *imprisonment*), w mniejszym stopniu dyskwalifikację (także pełnienia funkcji przez) zarządzających. Wreszcie wskazuje się, że nakładanie kar finansowych na osoby fizyczne jest nieefektywne, gdyż trudno jest zabrać przedsiębiorcom sam generis indemnifikacji zarządzających. W efekcie podwójną karą finansową ponoszą przedsiębiorcy. (np. Wouter P.J. Wils podnosi, że jedynie kara pozbawienia wolności pełni funkcję odstraszającą w stosunku do osób fizycznych por.: Wouter P.J. Wils. *Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 Require not only Fines on Undertakings but also Individual Penalties, in particular Imprisonment?*, [w:] *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law* (pod redakcją Ehreman oraz Attanai, 2001).

Finalnie, efektywność sankcji finansowych jest więc redukowana przez dwa czynniki: 1) trudność w określeniu optymalnej sankcji finansowej dla osób fizycznych, które pełniłaby funkcję odstraszającą (taki sam problem jak przy określaniu optymalnej sankcji dla przedsiębiorców) oraz 2) możliwość rekonwencji osób fizycznych przez przedsiębiorców z tytułu poniesionych przez osoby fizycznych sankcji finansowych (nawet jeśli przyjmijmy, że w niektórych systemach prawnych indemnifikacja jest zakazana, jej subsytemem mogą być wszelkiego rodzaju premie czy wynagrodzenia wypłacane zarządzającym), alternatywnie możliwość wykupienia ubezpieczenia od kar administracyjnych przez członków zarządu (finansowanego przez przedsiębiorcę).

Jak jest poza Polską?

Warto przyrzyć się bliżej innym ustawodawstwom w celu optymalnego wykorzystania ich doświadczeń w walce z naruszeniami prawa konkurencji. W Wielkiej Brytanii na mocy Enterprise Act z 2002 r. osoby fizyczne są zagro-

żone sankcjami karnymi (grzywna lub kara pozbawienia wolności) za udział w najpoważniejszych kartelach. Możliwe jest również tzw. zdyskwalifikowanie dyrektorów (ang. *disqualification of directors*) czyli orzeczenie przez sąd zakazu pełnienia przez określone osoby funkcji dyrektorów w przedsiębiorstwach. Maksymalny wymiar kar pozbawienia wolności wynosi pięć lat, brak jest z kolei maksymalnej wysokości grzywny. W 2008 r. trzech byłych wysokiej rangi pracowników spółki Dunlop Oil & Marine zostało skazanych na karę pozbawienia wolności za udział w międzynarodowym kartelu węgów przemysłowych. USA mają długą tradycję penalizowania naruszenia prawa konkurencji przez osoby fizyczne. Maksymalna wysokość kary dla osoby fizycznej wynosi 10 lat pozbawienia wolności lub co najwyżej karę miliona dolarów amerykańskich. Sankcjami zagrożone są jedynie najcięższe naruszenia prawa konkurencji – kartele. W USA wskazuje się, że kara pozbawienia wolności jest najskuteczniejszą metodą odstraszania osób fizycznych przed naruszeniami prawa konkurencji. Samo gróźba zapłaenia kary grzywny przez osobę fizyczną jest niewystarczająca, gdyż przedsiębiorca zawsze znajdzie sposób na rekompensatę menadżerowi poniesionej przez niego straty finansowej.

Zaproponowane w Projekcie zmian wprowadzenie do polskiego prawa konkurencji odpowiedzialności osób fizycznych stanowiąc z pewnością krok naprzód w kierunku zwiększenia penalizacji naruszeń prawa konkurencji. Pozostaje niedosty, odnośnie merytorycznej kwestii zaproponowanego rozwiązania, co potęguje, że rozwiązanie to jest rozumiane na odwrót.

Ocena rozwiązań

Odnosząc się do oceny rozwiązań zaproponowanych przez UOKiK, w pierwszej kolejności, z uznamiem odnośnie się do konceptu inkorporowania modelu odpowiedzialności fizycznej osób fizycznych za dopuszczenie przez przedsiębiorców do naruszenia przepisów prawa konkurencji do systemu polskiego prawa konkurencji. Wprowadzenie tytułowego rozwiązania stanowi kolejny krok w rozwoju początkowej za przestrzeganie reguł konkurencji i zwłaszcza w początkowej fazie obowiązywania nowych rozwiązań prawnych spełniać będzie funkcję odstraszającą. Model zaproponowany przez UOKiK, w świetle dostępnych badań empirycznych oraz analizy innych systemów prawnych, może jednakże być niewystarczający do zmniejszenia liczby naruszeń przepisów ustawy antymonopolowej. Uwzględnając badania empiryczne wskazuje się, że funkcja odstraszająca kar finansowych, które górami osobom fizycznym jest bardzo ograniczona. Mówiąc wprost – nie wpływa ona na zmniejszenie naruszeń prawa konkurencji.

Model odpowiedzialności osób fizycznych zaprezentowany przez UOKiK nie jest spójny oraz autorski, lecz stanowi mozaikę rozwiązań, które mają zostać przeniesione na grunt polskiego prawa konkurencji z innych porządków prawnych, bez uwzględnienia kultury, dorobku, tradycji oraz relacji prawa konkurencji do innych gałęzi prawa (prawa cywilnego, prawa karnego czy prawa administracyjnego). Wprowadzając nową instytucję do prawa polskiego, należałoby oczekiwać kompleksowego modelu regulacyjnego przedstawienia kompleksowego modelu regulacyjnego, a nie pojedynczych rozwiązań, które ciężko połączyć w jedną całość. Najważniejszą kwestią jest stwierdzenie czy model odpowiedzialności osób fizycznych ma być modelem o charakterze karnym czy administracyjnym. W Projekcie zmian brakuje jednoznacznej odpowiedzi, z jednej

strony następują odniesienia do administracyjnego charakteru postępowania a z drugiej mowa o przepisach karnych. W dalszej kolejności zasadnicze jest sformułowanie przesłank odpowiedzialności osób fizycznych, podmiotów podlegających odpowiedzialności oraz katalogu naruszeń przepisów prawa konkurencji. Przesłankami odpowiedzialności powinny być: wina umyślna, działanie lub zaniechanie działań osób pełniących funkcje kierowniczą lub wchodzących w skład organu zarządzającego przedsiębiorstwa, naruszenie przepisów prawa konkurencji (tylko w zakresie porozumień horyzontalnych) oraz adekwatny związek przyczynowy pomiędzy działaniem bądź zaniechaniem a naruszeniem przepisów prawa konkurencji. W świetle wspomnianych przesłanek jedną z przesłanek odpowiedzialności byłaby wina umyślna. Nie jest bowiem rozsądnym oczekiwać od zarządzających, że przy przykładu braku danych dotyczących faktu, iż zarządzający jako przedsiębiorstwem posiadającym powyższą domyślną, będą oni odpowiadać za naruszenie przepisów o zakazie nadużywania pozycji dominującej. Odnosząc się do kwestii wysokości kary pieniężnej będącej sankcją za naruszenie postuluwanych przepisów prawnych, wydaje się, że jest ona na tyle duża, że spełniać będzie cele prewencyjno-represyjne. Przy tym konieczne wydaje się zogniskowanie działań, mających na celu utrudnienie bądź uniemożliwienie (o ile jest to możliwe) przenoszenia ciężarów zapłaty kary pieniężnej z osób fizycznych na przedsiębiorców (np. w drodze wspomnianej w artykule indemnifikacji). Brak instytucji prawnych, blokujących możliwość przerzucenia kosztów kary z osób fizycznych na przedsiębiorców spowoduje, że sankcja finansowa stanie się zwykłym kosztem działalności gospodarczej przedsiębiorców. W piśmiennictwie wskazuje się na konieczność połączenia sankcji za naruszenie przepisów zakazujących porozumień ograniczających konkurencję z możliwością skorzystania przez nie z programów leniency. Takie rozwiązanie zostało zaproponowane w Projekcie zmian, przy czym należałoby uznać, że USA, zaproponować dopasowany do osób fizycznych model *leniency*, a nie jak proponuje się w Projekcie zmian korzystanie z przepisów dotyczących leniency dla przedsiębiorców. Wreszcie, wydaje się właściwe inkorporowanie tw. łączenia programów *leniency* osób fizycznych oraz przedsiębiorców do polskiego prawa. W sytuacji, gdy przedsiębiorca zgłosi wniosek leniency, wszyscy zatrudnieni u tego przedsiębiorcy powinni unikać sankcji finansowej. Jeśli natomiast przedsiębiorca opóźnia bądź nie chce zgłosić wniosku leniency, wówczas naraża się na odpowiedzialność, bowiem wcześniej wniosek może zostać zatrudnionemu w niego osoba fizyczna (narażona na odpowiedzialność indywidualną). W literaturze mowa o wyświugu po *leniency* w takim przypadku.

Warto wyciągnąć wnioski

Zaproponowane w Projekcie zmian wprowadzenie do polskiego prawa konkurencji odpowiedzialności osób fizycznych stanowiąc z pewnością krok naprzód w kierunku zwiększenia penalizacji naruszeń prawa konkurencji. Pozostaje jednak niedosty, odnośnie merytorycznej kwestii zaproponowanego rozwiązania, co potęguje, że rozwiązanie to rozumiane jest na odwrót. Tak więc wydaje się słuszne krytykowanie go w polskim piśmiennictwie, bowiem projektodawcy zbyt pobieżnie i bezrefleksyjnie postanowili inkorporować rozwiązania funkcjonujące dotychczas w innych porządkach prawnych (Holandia, USA, Niemcy) do UOKiK. Projekt zmian nie uwzględnia również empirycznych badań, które krytykują sankcje finansowe nakładane na osoby fizyczne, jako niespełniające funkcji odstraszającej te osoby od naruszeń prawa konkurencji. Jak zanotował D. Baker – zarządzający w jednym z przedsiębiorstw: „tak długo jak mowa jest jedynie o pieniadzach, spółka może zastosować się o mnie na koniec dnia, ale jeśli zaczynamy mówić o zabraniu mojej wolności, nie ma niczego, co mogłaby zrobić dla mnie moja firma”. Polski organ antymonopolowy powinien wystrzec z tego odpowiednie wnioski.