

Uwagi Konfederacji Lewiatan do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (druk nr 1703) i do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (druk nr 1383):

A. Główne tezy opinii i postulaty Konfederacji Lewiatan:

I. Odpowiedzialność osób zarządzających:

Postulat Konfederacji Lewiatan:

Postulujemy uchylenie projektowanych art. 4 pkt. 3a), art. 6a, art. 12a i art. 106a i zmianę pozostałych przepisów w niezbędnym zakresie.

Uzasadnienie:

Proponowana w projekcie ustawy odpowiedzialność osób zarządzających w istocie ma charakter administracyjno-karny, w związku z czym normy proceduralne w tym zakresie powinny spełniać wszelkie niezbędne standardy przewidziane w Konstytucji RP i w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i podstawowych wolności i zapewniać tym osobom niezbędne gwarancje procesowe, w tym w szczególności pełne prawo do obrony. Obecny etap zaawansowania prac nad zawartą w projekcie ustawy instytucją odpowiedzialności osób zarządzających nie pozwala na jej wprowadzenie w proponowanym kształcie.

II. Publiczne informowanie – ochrona konsumentów:

Postulat Konfederacji Lewiatan:

Postulujemy uchylenie projektowanego art. 73a.

Alternatywnie, proponujemy następujące brzmienie przepisu:

Art. 73a. 1. Jeżeli z informacji zgromadzonych w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów wynika, że zostało w znacznym stopniu uprawdopodobnione, że przedsiębiorca dopuszcza się praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, która może spowodować znaczne straty lub niekorzystne skutki dla szerokiego kręgu konsumentów, Prezes Urzędu może przed zakończeniem postępowania, w drodze decyzji podać do publicznej wiadomości informacje o podejrzanej praktyce i jej prawdopodobnych skutkach.

2. W decyzji, o której mowa w ust. 1, Prezes Urzędu określa czas jej obowiązywania. Decyzja ta obowiązuje nie dłużej niż do czasu wydania decyzji kończącej postępowanie w sprawie.

Uzasadnienie:

Przepis w proponowanym kształcie budzi poważne wątpliwości, nie uwzględnia bowiem w wystarczającym stopniu praw i interesów przedsiębiorców, zwłaszcza tych którzy prowadzą działalność w sposób rzetelny i odpowiedzialny. Tymczasem, koniecznym jest wprowadzenie trybu pozwalającego przedsiębiorcy na skuteczne wyrażenie sprzeciwu wobec publikowanych informacji, a także szczególnego trybu dochodzenia roszczeń w przypadku wyrządzenia szkody przez organ antymonopolowy. Ponadto, przesłanką uprawniającą do skorzystania z tego instrumentu powinno być „szczególnie wysokie prawdopodobieństwo stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów”, o której mowa w art. 24 uokik, a nie wyłącznie

przesłanka uzasadnionego podejrzenia, że zachowanie przedsiębiorcy narusza przepisy prawa i może spowodować znaczne straty lub niekorzystne skutki dla szerokiego kręgu konsumentów.

Warto także rozważyć rozwiązanie, polegające na tym, żeby odbiorcy informacji rozpowszechnianej przez Prezesa UOKiK byli wyraźnie poinformowani o prowizorycznym charakterze tej informacji. Godna rozważenia jest też propozycja Sądu Najwyższego, polegająca na połączeniu proponowanej w art. 73a instytucji z tzw. decyzją zabezpieczającą.

III. Żądanie informacji, procedura kontroli i przeszukania i zasada LPP:

Postulaty Konfederacji Lewiatan:

Proponujemy obniżenie wysokości grożącej kary wynikającej z art. 106 ust. 2 ustawy, tak, ażeby była ona proporcjonalna do przewinienia i proponujemy następujące brzmienie art. 50:

„Art. 50 ust. 1. Przedsiębiorcy są obowiązani do przekazywania wszelkich posiadanych informacji i dokumentów na żądanie Prezesa Urzędu, z wyłączeniem informacji i dokumentów objętych tajemnicą prawnie chronioną. Prezes Urzędu wyznacza termin na przekazanie informacji i dokumentów nie krótszy niż 14 dni.”
Art. 180, art. 224§ 1, art. 225 i art. 226 oraz art. 236a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego stosuje się odpowiednio; sądem właściwym na potrzeby stosowania tych przepisów jest sąd ochrony konkurencji i konsumentów.

„Art. 50 ust. 2. Żądanie, o którym mowa w ust. 1, powinno zawierać:

1) wskazanie dokumentów lub zakresu informacji;

2) wskazanie celu żądania;

3) wskazanie terminu udzielenia informacji lub przekazania dokumentów;

4) pouczenie o sankcjach za nieudzielenie informacji lub za udzielenie informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd.”

Proponujemy uzupełnienie art. 105a o ust. 8 w następującym brzmieniu:

„Art. 105a ust. 8. Do kontroli stosuje się odpowiednio art. 180, art. 224§ 1, art. 225 i art. 226 oraz art. 236a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego; sądem właściwym na potrzeby stosowania tych przepisów jest sąd ochrony konkurencji i konsumentów.”

Uzasadnienie:

Ważną kwestią, częściowo pominiętą w projekcie ustawy, a wymagającą jednoznacznego uregulowania w ustawie, jest ochrona poufności komunikacji pomiędzy niezależnym prawnikiem a przedsiębiorcą, jeżeli związana jest ona z korzystaniem przez niego z „prawa do obrony” – tzw. *legal professional privilege* (zasada LPP). Gwarancje wynikające z zasady LPP i stanowiące istotny element prawa do obrony, powinny wynikać *expressis verbis* z ustawy i nie umożliwiać takiej interpretacji norm w tym zakresie, która prowadziłaby do ograniczenia tych praw. Warto też przypomnieć, że zagwarantowanie prawa do obrony, zgodnie z art. 42 ust. 2 Konstytucji przysługuje „we wszystkich stadiach postępowania”, a nie wyłącznie w trakcie przeszukania. Rezygnacja z wprowadzenia instytucji LPP do ustawy oznacza też, że w kontekście surowej odpowiedzialności osób zarządzających, osoby te nie będą miały zagwarantowanego pełnego prawa do obrony, zadeklarowanego w uzasadnieniu do projektu,

na które składa się m.in. właśnie prawo do zachowania w tajemnicy treści korespondencji z adwokatem lub radcą prawnym.

Uregulowania w ustawie wymaga również wysokość kary, którą należy uznać jako zbyt wysoką i nieproporcjonalną do czynu, a także kwestia zakresu i rodzaju żądanych przez prezesa UOKiK informacji i dokumentów – Prezes UOKiK nie powinien mieć bowiem prawa żądania informacji przetworzonych, co wynika również orzecznictwa dawnego Sądu Antymonopolowego.

IV. Środki zaradcze:

Postulujemy uchylenie projektowanego art. 10 ust. 4 – 9.

Uzasadnienie:

Mając na uwadze daleko idącą inwazyjność proponowanych w projekcie środków zaradczych, które mogą w znacznym stopniu ograniczać swobodę działalności gospodarczej, postulujemy rezygnację z wprowadzania tych środków do ustawy. Nie znajduje bowiem uzasadnienia możliwość nałożenia przez Prezesa UOKiK środków polegających na nakazie powierzenia wykonywania określonych rodzajów działalności gospodarczej lub prowadzenia działalności na różnych szczeblach obrotu poszczególnym podmiotom w ramach grupy kapitałowej lub odrębnym jednostkom organizacyjnym wewnątrz struktury przedsiębiorcy (art. 10 ust 5 projektu ustawy). Inwazyjność takiego rozwiązania jest bardzo duża. Nie zabezpiecza się przy tym w należyty sposób praw przedsiębiorców.

V. Przedawnienie antymonopolowe:

Postulat Konfederacji Lewiatan:

Postulujemy uchylenie art. 1 pkt. 35) tj. z przewidzianej w projekcie zmiany art. 93 ustawy.

Uzasadnienie:

Proponowane wydłużenie terminu przedawnienia antymonopolowego, w ocenie Konfederacji Lewiatan nie zasługuje na aprobatę. Zmiana ta może skutkować podejmowaniem przez Prezesa UOKiK interwencji w odniesieniu do zachowań, które wywołały już dawno nieodwracalne skutki rynkowe i nie poprawiają w żaden sposób stanu konkurencji na rynku. Tymczasem usunięcie skutków naruszenia po tak długim czasie (5 lat od końca roku w którym nastąpiło naruszenie) będzie więc bardzo trudne bądź niemożliwe. Tym samym proponowana zmiana ma wyłącznie represyjny charakter.

B. Uwagi kluczowe:

I. Uwagi do art. 1 pkt. 1) pkt. b), pkt. 3), pkt. 8) i pkt. 55) projektu – projektowane art. 4 pkt. 3a), art. 6a, art. 12a i art. 106a – odpowiedzialność osób zarządzających:

Projekt zakłada, że oprócz kary nakładanej na przedsiębiorcę, w przypadku przedsiębiorcy będącego osobą prawną, odpowiedzialność osobistą za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk ograniczających konkurencję (art. 6 ustawy oraz art. 101 TFUE), ponosić będą również osoby zarządzające (kierujące przedsiębiorstwem), zdefiniowane w art. 3 pkt 4a projektu, w szczególności pełniące funkcje kierownicze lub wchodzące w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy.

Niezależnie od oceny, czy wprowadzenie takiej regulacji do polskiego porządku prawnego, jest zasadne, koniecznym jest zapewnienie obywatelom (osobom zarządzającym) odpowiednich praw procesowych. **Tymczasem, konstrukcja regulacji w zaproponowanym brzmieniu nie zapewnia osobom zarządzającym, którym zarzucane jest dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę przepisów antymonopolowych, niezbędnych gwarancji procesowych i deklarowanego w uzasadnieniu do projektu „prawa do obrony”.**

W związku z tym, że argumenty środowisk przedsiębiorców w tej kwestii nie zostały uwzględnione podczas prac nad projektem, na wstępie postanowiliśmy przytoczyć istotne fragmenty – z podzielanej przez nas - opinii Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów¹, w której zwraca się uwagę na wątpliwości co do trafności zastosowanego reżimu odpowiedzialności: *„Należy podkreślić, że Konstytucja wprowadza, szczegółowo określone, gwarancje w zakresie odpowiedzialności karnej (w szczególności prawo do sądu, prawo do obrony, domniemanie niewinności). W Konstytucji co prawda używa się pojęcia „odpowiedzialność karna” (art. 42), jednak rozumienie tego pojęcia na płaszczyźnie konstytucyjnej nie może być determinowane treścią zwykłego ustawodawstwa. Zawarte w Konstytucji gwarancje odnoszą się nie tylko do odpowiedzialności karnej w ścisłym tego słowa znaczeniu, a więc odpowiedzialności za przestępstwa, ale również do innych form odpowiedzialności prawnej związanej z wymierzaniem kar wobec jednostki, a zatem do postępowań represyjnych, tzn. postępowań, których celem jest poddanie obywatela jakiejś formie ukarania lub jakiejś sankcji, co jest pojęciem szerszym od postępowania karnego regulowanego w k.p.k.”. Oczywiście gwarancjami konstytucyjnymi dotyczącymi odpowiedzialności karnej nie są obejmowane wszelkie postępowania, w których stosowane są środki przewidujące wobec adresata jakiegokolwiek dolegliwości. Pomocne mogą być w tym wypadku orzeczenia ETPC, który w kontekście art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności wskazywał, że o karnym charakterze sprawy decyduje nie tylko nadanie jej takiej kwalifikacji w prawie danego państwa, ale kryteriami takimi mogą być również: charakter czynu lub zdarzenia uzasadniającego odpowiedzialność oraz cel i surowość kary. Proponowane w projekcie możliwości nakładania kar pieniężnych na osoby fizyczne za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk ograniczających konkurencję, zważywszy na charakter tych działań jak i planowaną wysokość kar ukierunkowują tę odpowiedzialność w stronę prawa karnego (w rozumieniu art. 42 Konstytucji), co wymaga zapewnienia wszystkich gwarancji konstytucyjnych. Mając powyższe na uwadze, przewidziana w Projekcie założeń kompetencja Prezesa UOKiK do nakładania kar pieniężnych na osoby fizyczne, pełniące funkcje kierownicze lub wchodzące w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy za naruszenie przez przedsiębiorcę - w wyniku niedopełnienia obowiązków nadzorczych - zakazu nadużywania pozycji dominującej lub zakazu porozumień ograniczających konkurencję może jednak budzić wątpliwości co do trafności zastosowanego reżimu odpowiedzialności. Projektowana kumulacja odpowiedzialności administracyjnej osoby fizycznej i przedsiębiorcy stwarza niebezpieczeństwo prostego kopiowania faktów i ich interpretacji, zwłaszcza że podejmowanie decyzji w obu postępowaniach należeć będzie do*

¹ Opinia Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów w z dnia 16 sierpnia 2012 r. o projekcie założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;

tego samego podmiotu. Taka sytuacja może z kolei oznaczać automatyzm odpowiedzialności. Ryzyko to odpowiednio potęguje zasada obiektywizacji odpowiedzialności administracyjnej. Wymaga podkreślenia, że rodzajowo zbliżona konstrukcja odpowiedzialności podmiotów zbiorowych wymaga prejudykatu w postaci prawomocnego orzeczenia sądu karnego, wydanego w stosunku do osoby fizycznej, choć odpowiedzialność samego podmiotu zbiorowego nie ma charakteru stricte karnego. Bez względu na sekwencję odpowiedzialności osoby fizycznej i przedsiębiorcy w wypadkach przewidzianych w Projekcie, należy optować za przyjęciem odpowiedzialności karnej osób fizycznych, którym zarzuca się niedopełnienie obowiązków nadzorczych w stosunku do przedsiębiorcy, dopuszczającego się nadużywania pozycji dominującej lub naruszającego zakaz porozumień ograniczających konkurencję. Chodzi przede wszystkim o obiektywną i niezależną ocenę w sferze okoliczności z sobą powiązanych, co może właściwie zapewnić wskazana podzielnosc reżimu odpowiedzialności osób fizycznych i przedsiębiorcy.”.

Powyższe uwagi zasługują na aprobatę. Co więcej, proponowana regulacja w ogóle nie bierze pod uwagę szerszego kontekstu ekonomicznego. Tak wysokie kary, nakładane na menedżerów, z pominięciem zasad wynikających z procedury karnej, mogą doprowadzić do paraliżu decyzyjnego u przedsiębiorców. Przedsiębiorcy, zwłaszcza ci uczciwi, obawiając się takich kar, mogą rezygnować z podejmowania ważnych decyzji, w sytuacji, gdy nie sposób jednoznacznie stwierdzić, czy dana decyzja w przyszłości nie zostanie podważona i obciążona surową sankcją przez Prezesa UOKiK. Jednocześnie stosowanie bardzo wysokich kar, a nawet samo ich zagrożenie, będzie zastraszало głównie uczciwych menedżerów, przed podejmowaniem niekiedy bardziej ryzykownych decyzji. **Proponowana regulacja, w połączeniu z instrumentem środków zaradczych, w proponowanej formie, pozwala zadać pytanie, czy większy wpływ na działalność przedsiębiorstwa, będą mieli nadal jego właściciele i menedżerowie, czy też urząd?**

Przechodząc do analizy i oceny prawnej proponowanej regulacji, należy stwierdzić, że po pierwsze, odpowiedzialność będzie miała charakter deliktu administracyjnego, a zatem kara nakładana będzie w ramach postępowania administracyjnego, czyli przez organ administracyjny, który właściwie pełni dwie role – „oskarżyciela” i „sędziego”. W rękach Prezesa UOKiK skupione zostaną więc wszystkie kompetencje: dochodzeniowe, oskarżycielskie i orzecznicze.

Przebieg konsultacji społecznych odbywających się w trakcie prac nad projektem ustawy wskazuje, iż w istocie odpowiedzialność osób zarządzających nie została przez projektodawców należycie przemyślana, a w szczególności brak refleksji i uzasadnienia, w jaki sposób odpowiedzialność ta będzie funkcjonowała w praktyce w kontekście wymienionych wcześniej gwarancji procesowych. Brak również należytej analizy przyszłej relacji planowanej regulacji zarówno do istniejących już w ustawie przepisów, jak i innych, planowanych instytucji, które będą miały bardzo istotne znaczenie w kontekście odpowiedzialności osób zarządzających i konieczności zagwarantowania im określonych praw w toczącym się postępowaniu. W pierwszej kolejności należy wskazać na prawo do odmowy samooskarżenia, które jest istotą gwarancji postępowania w procesie karnym i winno być odpowiednio stosowane zgodnie z wymienionym powyżej orzecnictwem. Choć z projektu słusznie usunięto projektowany art. 50a, który zobowiązywał osoby zarządzające do przekazywania prezesowi UOKiK na jego żądanie wszelkich koniecznych informacji i dokumentów i w istocie naruszał jeden z podstawowych elementów prawa do obrony, jakim jest prawo do nieobciążania samego siebie. Wydaje się jednak, że w przypadku projektowanej odpowiedzialności osób zarządzających, takie uprawnienie winno wynikać *expressis verbis* z ustawy, na wzór art. 74 k.p.k., z uwagi na to, że w zasadzie mamy do czynienia z postępowaniem karnym w autonomicznym rozumieniu art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i podstawowych wolności². Ponadto, modyfikacji wymaga też art. 105d ust. 2 ustawy, celem rozszerzenia prawa osób zarządzających do odmowy udzielania informacji lub współdziałania w toku kontroli również do sytuacji, w których

² Art. 74 § 1 k.p.k. zwalnia oskarżonego z obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść (zgodnie z zasadą *nemo se ipsum accusare tenetur*);

takie współdziałanie naraziłoby osobę zarządzającą właśnie na osobistą odpowiedzialność majątkową, która ma być wprowadzona do ustawy w projektowanym art. 106a. Zresztą jeżeli prawo to nie ma być pozorne, musi się odnosić nie tylko do kontroli, ale również do przeszukania, a także do wszelkich innych postępowań lub sytuacji, w których Prezes UOKiK żąda od osoby informacji lub dowodów, które mogłyby ją obciążać. **W przeciwnym razie prawo do nieobciążania samego siebie, będzie iluzoryczne.**

Co jednak najistotniejsze, nadal pozostaje w ustawie art. 50, który pod groźbą surowej kary zobowiązuje przedsiębiorcę do przekazywania wszelkich informacji i danych Prezesowi Urzędu. Pamiętać jednak należy, iż pomimo tego, że został usunięty z projektu art. 50a, to jednak dane zbierane na podstawie art. 50 ustawy, będą to w istocie te same dane, które mogą stanowić podstawę odpowiedzialności zarówno przedsiębiorcy, jak i osoby zarządzającej. Co więcej, w sytuacji osoby wchodzącej w skład organu zarządzającego, będzie ona zobowiązana do przekazywania tych informacji, które mogą służyć jej „oskarżeniu”, a w konsekwencji niewątpliwie dojdzie do samooskarżenia takiej osoby. Tak więc nadal, pomimo usunięcia art. 50a z projektu, obowiązujące przepisy mogą w istocie zobowiązywać do samooskarżenia, co jest nie do pogodzenia z wymienioną wyżej zasadą i gwarancjami procesowymi.

Ponadto, zarówno z treści uzasadnienia projektu, jak i przebiegu konsultacji wynika, iż nie zostały również należycie przemyślane relacje pomiędzy odpowiedzialnością osób zarządzających, a procedurą dobrowolnego poddania się karze (art. 89a projektu), czy liniency (art. 113a projektu). W jaki sposób zagwarantowane zostaną odpowiednie prawa osoby zarządzającej w sytuacji, gdy przedsiębiorca przystępuje do procedury dobrowolnego poddania się karze, a osoba zarządzająca w żadne sposób nie uznaje, aby doszło w danej sprawie do jakiegokolwiek naruszenia. Trzeba pamiętać, iż również w tym przypadku ten sam materiał dowodowy będzie podstawą zarówno odpowiedzialności osoby zarządzającej, jak i przedsiębiorcy. Podobne zastrzeżenia mogą się pojawić w przypadku procedury liniency i to zarówno w przypadku, gdy wniosek składa przedsiębiorca, jak i w relacji odwrotnej – gdy wniosek składa osoba zarządzająca. W każdym z tych przypadków istnieje bardzo duża obawa o możliwe naruszenie praw przedsiębiorcy bądź osoby zarządzającej.

W dalszym ciągu jako zbyt szeroką i nieprecyzyjną należy ocenić definicję „osoby zarządzającej” zawartą w projektowanym art. 4 pkt. 3a. Zgodnie z tym przepisem, przez osobę zarządzającą rozumie się *„kierującego przedsiębiorstwem, w szczególności osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy”*. Nie jest jasne, jaki krąg podmiotów objęty jest zakresem tego pojęcia – czy chodzi tylko o członków zarządu, członków rady nadzorczej, pełnomocników, prokurentów, dyrektorów poszczególnych departamentów? W przypadku projektowanej odpowiedzialności, która, o czym będzie mowa niżej, zbliżona jest do odpowiedzialności karnej, „strona podmiotowa przestępstwa” musi być określona maksymalnie precyzyjnie. Dopuszczalne, choć w naszej ocenie nieuzasadnione, jest więc określenie zakresu podmiotowego bardzo szeroko i objęcie odpowiedzialnością również pracowników (dyrektorów lub innych kierowników) niższego szczebla, ale musi to wynikać wprost z ustawy, a osoby zajmujące takie stanowiska, muszą mieć świadomość, że za konkretne działania lub zaniechania grozi im osobista odpowiedzialność.

Na marginesie warto też zaznaczyć, że również wysokość kary przewidziana w projekcie, budzi wątpliwości. Dla porównania, obecnie, najwyższa kwota grzywny, wynikająca z przepisów ogólnych kodeksu karnego (nie biorąc pod uwagę szeregu przepisów szczególnych) i nakładana przez niezawisłe sądy karne, wynosi 1 080 000 zł. i nawet w sytuacji nadzwyczajnego obostrzenia kary nie może przekroczyć 1 620 000 zł! Wysokości kary – poza dość „miękką” regulacją z projektowanego art. 111 ust. 1 pkt 2 - nie uzależniono też w żaden sposób od wynagrodzenia otrzymywanego przez osobę na którą Prezes UOKiK zamierza nałożyć karę za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Być może właściwą drogą – niezależnie od zastrzeżeń o charakterze fundamentalnym, opisanych powyżej – byłoby uzależnienie wprost wysokości kary dla osoby zarządzającej od uzyskiwanych przez nią korzyści (przychodów), tak jak ma to miejsce obecnie przy odpowiedzialności przedsiębiorców, albo uzależnienie wysokości kary dla osoby zarządzającej od tych samych okoliczności, jakie są wskazane w art. 33 § 3 k.k.

Art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności:

Wskazane zastrzeżenia są istotne, jednak najpoważniejsze wątpliwości budzi – zwłaszcza w kontekście projektowanej kary pieniężnej w wysokości do 2 mln. zł – procedura odwoławcza przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK). Zgodnie z projektem, osobom zarządzającym, w sprawach ich odpowiedzialności za naruszenie przez przedsiębiorstwo (osobę prawną) przepisów antymonopolowych, przysługiwać będzie prawo do wniesienia odwołania od decyzji prezesa UOKiK na dokładnie tych samych zasadach, co obecnie przedsiębiorcom w sprawach naruszenia przepisów antymonopolowych. Z kolei w tym samym uzasadnieniu znajduje się stwierdzenie, że: „projektowana regulacja będzie więc w pełnym zakresie realizować prawo do obrony osób ponoszących odpowiedzialność z tytułu naruszenia prawa konkurencji – uwzględniając wszelkie standardy prawne w ww. zakresie”³. Stwierdzenie to nie ma jednak żadnego pokrycia w treści projektu ustawy. Wszak procedura odwoławcza będzie „unikalna” w skali całego systemu prawnego. Od nałożonej bowiem kary administracyjnej, przedsiębiorcy będzie przysługiwać odwołanie według procedury cywilnej, w której powinien mieć prawo do obrony na zasadach prawa karnego. Taki konglomerat przepisów będzie prawdziwym torem przeszkód zarówno dla przedsiębiorców, jak i organów państwa – administracyjnych i sądowych i nie zapewni w naszej ocenie w wystarczającym stopniu prawa do obrony.

Należy mieć na uwadze, że w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, przyjmuje się, że postępowanie antymonopolowe przed prezesem UOKiK jest postępowaniem karnym w autonomicznym rozumieniu art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁴. Oznacza to, że postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję i późniejsze postępowanie przed SOKiK powinny być interpretowane przez pryzmat art. 6 Konwencji, który przewiduje prawa do rzetelnego procesu w sprawach karnych. Pomimo iż w świetle polskiego prawa, postępowanie przed prezesem UOKiK ma charakter administracyjny, a naruszenie przepisów ustawy stanowi delikt administracyjny, to z uwagi na surowość kary jaką prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę (obecnie jest to kara pieniężna w wysokości do 10 % przychodu przedsiębiorcy – art. 106 ust. 1 ustawy, natomiast w odniesieniu do osób zarządzających planowana jest kara pieniężna w wysokości do 2 mln. zł – projektowany art. 106a) oraz z uwagi na to, że podstawą wymierzenia kary jest norma ogólna, mająca charakter prewencyjny i represyjny, mamy do czynienia z postępowaniem karnym w autonomicznym rozumieniu Konwencji.

Podobnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego zwraca się uwagę na to, że „w sprawach z odwołania od decyzji nakładającej karę pieniężną na przedsiębiorcę obowiązuje wyższy standard ochrony praw przedsiębiorcy (...), a zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacji w tym zakresie, powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej”⁵. Innymi słowy, w postępowaniu przed SOKiK, w zakresie w jakim dochodzi do wymierzenia kary pieniężnej, przedsiębiorca musi mieć zagwarantowane analogiczne prawa procesowe, jak w procedurze karnej. Nie powinno też budzić wątpliwości, że w przypadku projektowanej odpowiedzialności wspomniany standard ochrony powinien być jeszcze wyższy, mając na uwadze, że kara pieniężna nakładana będzie bezpośrednio na osoby zarządzające. Tymczasem, analiza uregulowanego w art. 479²⁸ – 479³⁵ k.p.c. postępowania przed SOKiK skłania do poglądu, że nie zapewni ono obywatelom wymaganych przez Konwencję standardów i nie zagwarantuje im w wystarczającym stopniu praw procesowych.

Jedną z naczelnych zasad postępowania karnego jest bowiem zasada skargowości, która oznacza, że postępowanie wszczynane jest na żądanie uprawnionego oskarżyciela. Wiąże się z tym również rozkład ciężaru dowodu, polegający na tym, że to oskarżyciel musi udowodnić

³ Uzasadnienie do projektu str. 23 i 24;

⁴ Por. wyrok ETPC z 8 czerwca 1976 r. w sprawie Engel i in. Przeciwko Holandii, skarga nr 5100/71, pkt. 82 i 83;

⁵ Por. wyrok SN z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. III SK 45/10, wyrok SN z dnia 14 kwietnia 2010 r., sygn. III SK 1/10, wyrok SN z dnia 1 czerwca 2009 r., sygn. III SK 5/10;

oskarżonemu winę, ten zaś uważany jest za niewinnego, dopóki wina jego nie zostanie udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem (zasada domniemania niewinności). W odniesieniu do osób fizycznych, cech tych nie będzie spełniało postępowanie przed SOKiK. Po pierwsze, wszczynane ono będzie na podstawie odwołania od decyzji prezesa UOKiK wnoszonego przez osobę zarządzającą. Po drugie, postępowanie przed SOKiK – mimo swojego odrębnego charakteru – jest postępowaniem w sprawie cywilnej. Na tle projektowanych przepisów zachodzi obawa, iż nie Prezes UOKiK, lecz osoba zarządzająca, jako strona powodowa zgodnie z zasadami wynikającymi z k.p.c., obciążona będzie ciężarem dowodzenia, że decyzja prezesa UOKiK jest niezasadna. Taka sytuacja byłaby nie do pogodzenia z wymienionymi wyżej gwarancjami procesowymi, które muszą znaleźć bezwzględnie zastosowanie w przypadku tak dotkliwego środka, jakim jest wysoka kara finansowa.

Osobom, na które zostanie nałożona kara nie będzie więc przysługiwać szereg uprawnień procesowych – jak chociażby „domniemanie niewinności” – które przewidują przepisy k.p.k. Nie będzie też wyraźnych dyrektyw – chociażby na wzór art. 53 i następnych k.k., co do tego, na jakich zasadach ma być wymierzana kara. Zabezpieczeniu praw procesowych stron nie służy również fakt, że w orzecznictwie wątpliwości budzi, czy SOKiK w ogóle ma kompetencje do badania naruszeń przepisów o postępowaniu przed prezesem UOKiK (tj. przepisów procedury administracyjnej)⁶.

Podsumowując, wprowadzana w projekcie odpowiedzialność osób fizycznych pełniących funkcje kierownicze za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk ograniczających konkurencję (art. 6 ustawy oraz art. 101 TFUE), a w szczególności tryb, w którym Prezes UOKiK będzie nakładał karę na osobę zarządzającą i procedura odwoławcza przed SOKiK nie zapewniają obywatelom odpowiednich gwarancji procesowych.

Proponowana instytucja wydaje się nie przeanalizowana w sposób dostateczny przez projektodawców, a jej funkcjonowanie w praktyce nieprzemysłane. W szczególności brak uzasadnienia i wyjaśnienia kwestii o tak fundamentalnym znaczeniu jak gwarancje procesowe. Przyjęto też bardzo szeroki i co więcej nieokreślony w sposób precyzyjny zakres podmiotowy odpowiedzialności. O odpowiedzialności zarówno przedsiębiorcy jak i osoby zarządzającej będzie „orzekał” jeden organ – Prezes UOKiK i to w zasadzie w jednym postępowaniu, wydając jedną decyzję administracyjną. Nastąpi więc wydanie jednej decyzji na podstawie różnych przepisów (w zakresie odpowiedzialności) wobec różnych jej adresatów. W szczególności, związanie w jednej decyzji de facto dwóch różnych rozstrzygnięć opartych na odmiennych przesłankach nie zapewnia należytej ochrony prawa do odwołania i „obrony” od indywidualnego rozstrzygnięcia. Następnie, od decyzji Prezesa UOKiK osoba zarządzająca będzie mogła się odwołać do SOKiKu, gdzie jako strona powodowa zgodnie z zasadami wynikającymi z k.p.c. jako obciążona ciężarem dowodzenia, to ona będzie musiała udowodnić, że decyzja Prezesa UOKiK jest niezasadna. Co więcej, nie uregulowano w sposób precyzyjny kwestii ochrony poufności komunikacji pomiędzy niezależnym prawnikiem a przedsiębiorcą, jeżeli związana jest ona z korzystaniem przez niego z „prawa do obrony” – tzw. *legal professional privilege* (zasada LPP) i nie przewidziano w sposób jednoznaczny, że osoba zarządzająca nie będzie obowiązana do dostarczania Prezesowi UOKiK informacji i dokumentów obciążających samą siebie. Kwestia zagwarantowania tajemnicy w relacjach prawnik – osoba zarządzająca w tym przypadku, ma kluczowe znaczenie także w kontekście projektowanych zmian. Obecna propozycja nie gwarantuje osobom zarządzającym pełnego prawa do obrony. Tymczasem, z uwagi na to, że proponowana w projekcie ustawy surowa odpowiedzialność osób zarządzających w istocie ma charakter administracyjno-karny, normy proceduralne winny zapewniać tym osobom niezbędne gwarancje procesowe, w tym prawo do obrony. W konsekwencji stwierdzić należy, iż obecny etap zaawansowania prac nad omówioną powyżej instytucją odpowiedzialności osób zarządzających nie pozwala na jej wprowadzenie.

⁶ Por. wyrok SOKiK z dnia 22 czerwca 2005 r., sygn. XVII Ama 55/04;

Postulat Konfederacji Lewiatan:

Mając powyższe na uwadze, postulujemy ze względu na fundamentalne zastrzeżenia do proponowanej regulacji, rezygnację z wprowadzenia osobistej odpowiedzialności osób zarządzających w kształcie zaproponowanym w projekcie. W tym celu proponujemy uchylenie projektowanych art. 4 pkt. 3a), art. 6a, art. 12a i art. 106a i zmianę pozostałych przepisów w niezbędnym zakresie.

Na wypadek, że prezentowane przez nas argumenty nie zostaną jednak przyjęte, proponujemy ograniczenie odpowiedzialności osób zarządzających przedsiębiorstwem wyłącznie do porozumień zawieranych pomiędzy konkurentami, z wyłączeniem porozumień wertykalnych (zgodnie z definicją zawartą w rozporządzeniu RM z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję).

Za takim stanowiskiem przemawia przede wszystkim fakt, że znakomita większość porozumień wertykalnych jest w prawie konkurencji oceniana jako pro-konkurencyjna i jest kwalifikowana przez skutek, jaki mają na rynku właściwym, a nie przez sam cel (tzw. economic approach). Założenie to jest oczywiście szczególnie widoczne przy porozumieniach zawierających np. klauzule wyłączności, zakazu konkurencji, czy też wprowadzających różnego rodzaju systemy dystrybucyjne, niemniej nawet w przypadku porozumień, które mają za przedmiot ustalenie cen odsprzedaży obserwuje się powszechne odstępianie od formalistycznego podejścia do oceny takich porozumień wertykalnych (USA) lub też dostrzega się istnienie argumentów przemawiających, w niektórych sytuacjach, za warunkową dopuszczalnością tego rodzaju postanowień (Komisja Europejska).

Pozostawienie odpowiedzialności osób zarządzających za naruszenie przepisów ustawy przez porozumienia wertykalne, zwłaszcza w odniesieniu do tych porozumień, które nie korzystają z wyłączenia na mocy przywołanego rozporządzenia np. z uwagi na przekroczenie udziałów rynkowych, może, a jak należy zakładać, w praktyce będzie nakładać na przedsiębiorców i osoby zarządzające obowiązek analizy potencjalnych skutków rynkowych zawieranych porozumień już na etapie podpisania umów.

W większości przypadków ocena skutków, jakie w dłuższej perspektywie czasu porozumienie może wywołać na rynku, bez ryzyka popełnienia istotnego błędu, jest w zasadzie bardzo trudna lub niemożliwa, ale z całą pewnością kosztowna. Jej efekt końcowy zależy bowiem od szeregu zmiennych, które są często niezależne od tego przedsiębiorcy (np. dynamiczna zmiana struktury rynku) lub o których przedsiębiorca nie posiada pełnej wiedzy w momencie wdrożenia porozumienia, lub których uzyskanie byłoby nadmiernym obciążeniem.

Podsumowując, jako argument drugiego stopnia, o ile nie zyska aprobaty szeroko przedstawiane w procesie konsultacji stanowisko przemawiające za usunięciem proponowanego art. 6a ustawy i kolejnych, proponujemy, aby podstawa odpowiedzialności osób fizycznych została ograniczona wyłącznie do naruszeń art. 6 ust. 1 pkt. 1-3 ustawy na skutek zawarcia porozumienia horyzontalnego. W tych bowiem przypadkach mamy do czynienia z naruszeniami, w których można przyjąć, że osoba fizyczna miała lub powinna mieć świadomość, iż ona sama bądź pracownicy przedsiębiorstwa, w którym jest zatrudniona dopuszczają się deliktu antymonopolowego. W innych przypadkach dokonywana przez osobę fizyczną ocena zgodności z prawem konkurencji może nie być zbieżna z aktualnym podejściem organu antymonopolowego (dotyczy to zwłaszcza ograniczeń konkurencji w relacjach wertykalnych). Reasumując, kara finansowa powinna być nakładana jedynie w przypadku najcięższych i umyślnych naruszeń prawa konkurencji, których bezprawność uznaje się na zasadzie *per se*.

Wobec tego, alternatywnie postulujemy następujące brzmienie projektowanego art. 6a:

„Art. 6a ust. 1. W przypadku stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę w porozumieniach pomiędzy konkurentami zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt. 1-3, odpowiedzialności podlega również osoba zarządzająca, która w ramach

sprawowania swojej funkcji w czasie trwania stwierdzonego naruszenia tego zakazu, umyślnie dopuściła przez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia przez przedsiębiorcę wymienionego zakazu.

Proponowane brzmienie przepisu nie zmienia jednak faktu, że powyższej zmianie powinny towarzyszyć zmiany mające na celu zagwarantowanie osobom zarządzającym pełne prawo do obrony. Niezależnie bowiem od brzmienia projektowanego art. 6a, aktualne pozostają wcześniejsze uwagi odnoszące się do braku zapewnienia w projekcie tzw. sprawiedliwości proceduralnej. Osobom zarządzającym nie będzie bowiem przysługiwać szereg uprawnień procesowych – jak chociażby „domniemanie niewinności” – które przewidują przepisy k.p.k. Co więcej, nie uregulowano w sposób precyzyjny kwestii ochrony poufności komunikacji pomiędzy niezależnym prawnikiem a przedsiębiorcą, jeżeli związana jest ona z korzystaniem przez niego z „prawa do obrony” – tzw. legal professional privilege (zasada LPP). Tym samym uszczerbku doznaje zasada prawa do obrony formalnej. Wreszcie, nie tylko nie przewidziano w sposób jednoznaczny, że osoba zarządzająca nie będzie obowiązana do dostarczania Prezesowi UOKiK informacji i dokumentów obciążających samą siebie, ale przeciwnie, przewiduje się kary pieniężne nakładane bezpośrednio na osoby zarządzające za nieprzekazanie żądanych informacji lub dokumentów w trakcie kontroli lub przeszukania. Powyższe nie gwarantuje osobom zarządzającym pełnego prawa do obrony. Tymczasem, w doktrynie prawa karnego procesowego przyjmuje się, że jednym z podstawowych przejawów prawa oskarżonego do obrony jest właśnie dobrowolny charakter jego wyjaśnień. Z uwagi na to, że proponowana w projekcie ustawy odpowiedzialność osób zarządzających w istocie ma charakter administracyjno-karny, normy proceduralne powinny spełniać wszelkie niezbędne standardy przewidziane w Konstytucji RP i w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i podstawowych wolności i zapewniać tym osobom niezbędne gwarancje procesowe, w tym w szczególności pełne prawo do obrony.

II. Uwagi do art. 1 pkt. 28) – projektowany art. 73a) - publiczne informowanie – ochrona konsumentów:

Bardzo duże wątpliwości Konfederacji Lewiatan budzi projektowany art. 73a, który przewiduje możliwość podania przez Prezesa UOKiK do publicznej wiadomości informacji o działalności przedsiębiorcy i jej prawdopodobnych skutkach, już w toku postępowania, jeżeli istnieje wyłącznie (jedyne) podejrzenie, że zachowanie przedsiębiorcy narusza przepisy prawa i może spowodować znaczne straty lub niekorzystne skutki dla szerokiego kręgu konsumentów.

Przepis ten ma na celu ochronę szerokiego kręgu konsumentów. Jednocześnie nie uwzględnia w wystarczającym stopniu praw i interesów przedsiębiorców, zwłaszcza tych którzy prowadzą działalność w sposób rzetelny i odpowiedzialny. W pierwszej kolejności nie wiadomo na czym polegać ma stan „podejrzenia” wskazany w projekcie przepisu. Jakie przesłanki będą decydowały o tym, iż Prezes Urzędu uzna, że zaistniało „uzasadnione podejrzenie”? Jest to bardzo istotne, gdyż projektowany przepis wyklucza możliwość bezpośredniego zbadania zasadności „decyzji” Prezesa UOKiK przez niezależny sąd. Wszak nie przewidziano żadnego formalnego trybu, w jakim organ rozstrzyga o publicznym udostępnieniu informacji o przedsiębiorcy. Wydaje się więc, że nie będzie wymagane wydanie postanowienia lub decyzji, a więc rozstrzygnięć, które przedsiębiorca mógłby zaskarżyć. Tymczasem w świetle poglądów doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, naruszeniem konstytucyjnego prawa do sądu (art. 45 Konstytucji RP) będzie każde zamknięcie drogi sądowej oraz odebranie możliwości przedstawienia sądowi własnych argumentów dla ochrony praw i interesów danego

podmiotu⁷. Na prawo to składają się zwłaszcza: prawo do uruchomienia procedury przed sądem, prawo do kształtowania procedury i prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia⁸.

Z kolei kwestią dyskusyjną będzie to, czy przedsiębiorca, który będzie uważał, że podana przez Prezesa UOKiK informacja jest nieprawdziwa lub nieuzasadniona, będzie miał prawo podważenia takich działań Prezesa UOKiK w sposób pośredni, wówczas, gdy odwoła się do SOKiK od ostatecznej decyzji Prezesa UOKiK o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Jednak nawet przyjmując, że będzie to możliwe, ochronę taką mimo to należy uznać za niewystarczającą z kilku powodów. Po pierwsze, od momentu udostępnienia informacji przez Prezesa UOKiK do wydania ostatecznej decyzji w sprawie i rozpatrzenia przez SOKiK odwołania przedsiębiorcy, może upłynąć tak dużo czasu, że nawet korzystne dla przedsiębiorcy orzeczenie sądu, nie pozwoli na usunięcie negatywnych skutków i szkód, które wyniknęły z działania Prezesa UOKiK. Po drugie, nie da się wykluczyć sytuacji, w której pomimo podania do publicznej wiadomości negatywnych informacji o przedsiębiorcy, ostatecznie postępowanie zostanie umorzone decyzją Prezesa UOKiK.

W tym kontekście należy też zauważyć, że brak jest tożsamości pomiędzy przesłankami zawartymi w projektowanym art. 73a („szczególnie uzasadnione podejrzenie, że zachowanie przedsiębiorcy narusza przepisy prawa z zakresu ochrony konsumentów” i „znaczne straty lub niekorzystne skutki dla szerokiego kręgu konsumentów”), które uprawniają Prezesa UOKiK do publicznego informowania, a przesłanką „praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów” o której mowa w art. 24 uokik. Oznacza to, że pomimo braku naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, Prezes UOKiK uprawniony będzie do informowania o negatywnej działalności danego przedsiębiorcy w przypadku wystąpienia przesłanek z projektowanego art. 73a. Po trzecie wreszcie, zgodnie z uzasadnieniem do projektu, celem proponowanej zmiany jest m.in. umożliwienie Prezesowi UOKiK ostrzegania konsumentów w przypadku stosowania przez przedsiębiorcę niezgodnej z prawem praktyki skierowanej do szerokiego kręgu konsumentów i narażającej ich na poważne straty finansowe, np. poprzez emitowanie reklamy wprowadzającej w błąd. Powstaje jednak pytanie, co w sytuacji, gdy sądy kontrolujące ostateczną decyzję Prezesa UOKiK uznają, że reklama jednak nie wprowadzała w błąd konsumentów w błąd. Kwestia tego, czy dana reklama rzeczywiście wprowadza w błąd czy też nie, jest wysoce ocenna i pozostawia dużo miejsca dla interpretacji. Zresztą jak zostało wskazane już wyżej, same przesłanki zawarte w art. 73a też nie są precyzyjne, a sformułowane bardzo ogólnie, przez co pozostawiają organowi bardzo dużą swobodę interpretacji i luz decyzyjny. Co więcej, w przepisie tym mowa jest jedynie o uzasadnionym podejrzeniu naruszenia prawa, które z samej istoty jest środkiem zastępczym w stosunku do dowodu, nie dającym pewności, a nawet prawdopodobieństwa pewnego faktu.

Przepis nie daje więc przedsiębiorcom prawa do bezpośredniego odwołania się do sądu, celem zbadania, czy działanie Prezesa UOKiK jest uzasadnione, proporcjonalne i rzeczywiście niezbędne dla ochrony interesów konsumentów.

Wątpliwości budzi też możliwość żądania od Skarbu Państwa odpowiedniego odszkodowania lub zadośćuczynienia, jeżeli ostrzeżenie okaże się nieuzasadnione. W takiej sytuacji firma najczęściej dozna szkody lub naruszone zostaną jej dobra osobiste (np. poprzez utratę renomy, wizerunku, czy dobrego imienia), co jednocześnie wiązać się będzie ze stratami finansowymi. Wówczas powstanie jednak pytanie, czy takie działanie Prezesa UOKiK będzie można zakwalifikować jako bezprawne. Należy bowiem pamiętać, że warunkiem dochodzenia roszczeń o odszkodowanie, czy zadośćuczynienie, jest bezprawność działania. Tymczasem wprowadzenie w projektowanym art. 73a podstawy prawnej do publicznego rozpowszechniania informacji, jedynie na podstawie podejrzenia, które w sposób nieuzasadniony mogą godzić w interesy lub dobra osobiste przedsiębiorcy, w praktyce wyłączałoby możliwość dochodzenia takich roszczeń. Zachowanie Prezesa UOKiK co do zasady byłoby przecież zgodne z prawem.

⁷ Por. wyrok TK z 12 marca 2002 r., sygn. P 9/01;

⁸ Por. wyrok TK z 9 czerwca 1998 r., sygn. K. 28/97;

Jednym z argumentów, które mają przemawiać za proponowanym kształtem art. 73a jest twierdzenie, że ci przedsiębiorcy, którzy prowadzą swoją działalność gospodarczą uczciwie i zgodnie z prawem, nie muszą się obawiać nowych przepisów. Nie sposób się z tym zgodzić. Argument taki jest daleko idącym uproszczeniem, nieznajdującym odzwierciedlenia nawet w obowiązujących przepisach. Warto zatem zadać pytanie, czyje prawa chronią przykładowo kodeks postępowania karnego, czy też kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia? Przecież kodyfikacje te służą m.in. – a być może głównie – ochronie praw oskarżonego, i to zarówno oskarżonego, który popełnił zarzucany mu czyn – w takim wypadku chodzi o zapewnienie mu należytych praw procesowych, ale w szczególności takiego oskarżonego, który zarzucanego mu czynu nie popełnił. Podobnie powinno być w przypadku ochrony praw przedsiębiorców. Wprowadzając więc tego rodzaju rozwiązania warto pamiętać, że najczęściej zwiększenie poziomu ochrony konsumenta, siłą rzeczy skorelowane jest z umniejszeniem praw lub zwiększeniem obowiązków po stronie przedsiębiorców. Jest to oczywiście uzasadnione koniecznością ochrony tego pierwszego, jako słabszego podmiotu w obrocie gospodarczym. Niezbędne jest jednak zachowanie zasady proporcjonalności – regulacje takie nie powinny i nie mogą prowadzić do nadmiernego pozbawienia praw przedsiębiorców, zwłaszcza tych uczciwych.

Mając powyższe na uwadze postulujemy rezygnację z proponowanej regulacji i uchylenie projektowanego art. 73a. Na wypadek, że prezentowane przez nas argumenty nie zostaną jednak przyjęte, proponujemy jako argument drugiego stopnia uwzględnienie propozycji zgłoszonej przez Sąd Najwyższy w trakcie konsultacji społecznych projektu. Sąd Najwyższy zaproponował, żeby połączyć proponowaną w art. 73a instytucję z tzw. decyzją zabezpieczającą (którą obecnie można wydać tylko w sprawach praktyk ograniczających konkurencję – art. 89 ustawy)⁹. Pozwoliłoby to z jednej strony wzmocnić ochronę konsumentów, a jednocześnie dałoby przedsiębiorcom możliwość zaskarżenia takiej decyzji, zapewniając przedsiębiorcom minimalne gwarancje proceduralne. Uważamy, że jest to propozycja godna poparcia.

Postulat Konfederacji Lewiatan:

- 1. Wobec powyższego, postulujemy uchylenie projektowanego art. 73a.**
- 2. Alternatywnie, w przypadku nieuchylenia projektowanego przepisu, koniecznym jest wprowadzenie trybu pozwalającego przedsiębiorcy na skuteczne wyrażenie sprzeciwu wobec publikowanych informacji, a także szczególnego trybu dochodzenia roszczeń w przypadku wyrządzenia szkody przez organ antymonopolowy. Ponadto, przesłanką uprawniającą do skorzystania z tego instrumentu powinno być „szczególnie wysokie prawdopodobieństwo stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów”, o której mowa w art. 24 uokik, a nie wyłącznie przesłanka uzasadnionego podejrzenia, że zachowanie przedsiębiorcy narusza przepisy prawa i może spowodować znaczne straty lub niekorzystne skutki dla szerokiego kręgu konsumentów.**

Warto także rozważyć rozwiązanie, polegające na tym, żeby odbiorcy informacji rozpowszechnianej przez Prezesa UOKiK byli wyraźnie poinformowani o prowizorycznym charakterze tej informacji. Godna rozważenia jest też propozycja Sądu Najwyższego, polegająca na połączeniu proponowanej w art. 73a instytucji z tzw. decyzją zabezpieczającą.

Wobec powyższego proponujemy następujące brzmienie przepisu:

⁹ Uwagi Sądu Najwyższego do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw, pismo z dnia 11 stycznia 2013 r. (BSA III-021-493/12) – str. 3;

Art. 73a. 1. Jeżeli z informacji zgromadzonych w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów wynika, że zostało w znacznym stopniu uprawdopodobnione, że przedsiębiorca dopuszcza się praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, która może spowodować znaczne straty lub niekorzystne skutki dla szerokiego kręgu konsumentów, Prezes Urzędu może przed zakończeniem postępowania, w drodze decyzji podać do publicznej wiadomości informacje o podejrzanej praktyce i jej prawdopodobnych skutkach.

2. W decyzji, o której mowa w ust. 1, Prezes Urzędu określa czas jej obowiązywania. Decyzja ta obowiązuje nie dłużej niż do czasu wydania decyzji kończącej postępowanie w sprawie.

III. Uwagi do art. 1 pkt. 45) i pkt. 52) – projektowane art. 105a i art. 105p – żądanie informacji, kontrola i przeszukanie:

Kolejną bardzo ważną kwestią wymagającą jednoznacznego uregulowania w ustawie, jest ochrona poufności komunikacji pomiędzy niezależnym prawnikiem a przedsiębiorcą, jeżeli związana jest ona z korzystaniem przez niego z „prawa do obrony” – tzw. *legal professional privilege* (zasada LPP). Obecnie podnoszone są wątpliwości, czy i w jakim zakresie, w postępowaniach przed prezesem UOKiK, przedsiębiorcy mają prawo powoływania się na zasadę LPP. Przyjmuje się, że wobec braku regulacji w ustawie, która przyznawałaby przedsiębiorcom takie uprawnienie *expressis verbis*, zasadę LPP można wywodzić z art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i z art. 48 Karty Praw Podstawowych UE. Przepisy te, gwarantują każdemu – w tym przedsiębiorcom – prawo do obrony, na które oprócz prawa do wysłuchania, prawa dostępu do akt, prawa do pomocy prawnej przez wybranego przez siebie prawnika i prawa do nieobciążania samego siebie, składa się również prawo do zachowania w tajemnicy treści korespondencji z adwokatem lub radcą prawnym. Mając na uwadze, że zasada LPP w dużej mierze wynika z orzecznictwa sądów europejskich¹⁰, przedsiębiorca winien mieć – wyraźnie przewidziane w przepisach ustawy – prawo odmowy przekazania prezesowi UOKiK informacji lub dokumentów, obejmujących komunikację pomiędzy adwokatem (radcą prawnym) a tym przedsiębiorcą, jeżeli związana jest ona z korzystaniem przez niego z „prawa do obrony”. Ochrona ta winna obejmować zarówno korespondencję z prawnikiem zewnętrznym, jak i wewnętrznym (*in-house lawyer*).

Propozycje zmian w tym zakresie pierwotnie przewidziane były w założeniach do ustawy, lecz niestety nie znalazły się już w projekcie ustawy. Zakładano, że w toku przeszukania przedsiębiorca lub prawnik będą mieli prawo złożyć oświadczenie, że konkretne dokumenty zawierają informacje związane z realizacją prawa przedsiębiorcy do uzyskania ochrony prawnej, w konsekwencji czego prezes UOKiK byłby zobowiązany pozostawić dokumenty u przedsiębiorcy, nie włączając ich do materiału dowodowego sprawy. Co więcej, w założeniach do ustawy opowiedziano się za szerokim rozumieniem zasady LPP i słusznie zaproponowano, by ochroną objęta była nie tylko komunikacja z adwokatem i tzw. zewnętrznym radcą prawnym, ale także z radcą prawnym pracującym w strukturach przedsiębiorstwa (tzw. *in-house lawyer*). Tylko tak skonstruowana instytucja LPP daje odpowiedni poziom gwarancji przedsiębiorcy w postępowaniu przed Prezesem Urzędu.

Niestety w projekcie ustawy zrezygnowano z tych założeń i zaproponowano jedynie częściowe uregulowanie tej kwestii poprzez odesłanie na podstawie projektowanego 105r pkt 3 do przepisów kodeksu postępowania karnego (tj. do art. 224 §1, 225, 226 i 236a k.p.k.). W pierwszej kolejności trzeba jednak pamiętać, iż przepisy te sformułowane zostały na potrzeby procedury karnej i wielu przypadkach mogą nie przystawać do praktyki postępowania przed Prezesem Urzędu, a w konsekwencji nie dawać odpowiedniego poziomu ochrony stron tego

¹⁰ Por. wyrok z 18 maja 1982, AM&S Europe Ltd. przeciwko Komisji Europejskiej – sprawa 155/79;

postępowania. Istnieje obawa, iż nawet odpowiednie stosowanie tych przepisów, takich należytej ochrony nie zapewni.

Dodatkowo, prawo do ochrony tajemnicy zawężono wyłącznie w odniesieniu do sytuacji, w której prezes UOKiK przeprowadzać będzie u przedsiębiorcy przeszukanie. Rozwiązanie to należy ocenić jako niewystarczające. Procedura przeszukania nie jest bowiem jedyną procedurą, podczas której prezes UOKiK może nakładać na przedsiębiorców obowiązki informacyjne. Zgodnie z ustawą, prezes UOKiK może żądać od przedsiębiorcy udzielenia informacji nie tylko w toku przeszukania, ale także w toku kontroli (na podstawie art. 105 ust. 1 projektu). Poza tym prezes UOKiK ma prawo żądać od przedsiębiorcy – słusznie zresztą – przekazania informacji i dokumentów również w sytuacji, gdy u przedsiębiorcy nie jest przeprowadzana ani kontrola ani przeszukanie. Czyni to na podstawie przepisu ogólnego, jakim jest art. 50 ustawy, żądając informacji w ramach toczących się postępowań (tj. w toku postępowania wyjaśniającego, postępowania antymonopolowego lub postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów). W tych wszystkich wypadkach, wobec braku odesłania do odpowiednich przepisów k.p.k., przedsiębiorca nie będzie więc miał – wyraźnie wynikającego z ustawy – prawa do odmowy przekazania żądanych informacji lub dokumentów prezesowi UOKiK. Skoro w ustawie nie uregulowano w sposób szczegółowy zasady LPP w odniesieniu do procedury kontroli ani do „procedury” żądania informacji i dokumentów zainicjowanej na podstawie art. 50 uokik, to w tych wypadkach prawo do poufności komunikacji pomiędzy niezależnym prawnikiem a przedsiębiorcą będzie można wywieść – tak jak obecnie – z norm ogólnych. Tymczasem, literalna wykładnia projektowanych przepisów może prowadzić do wniosku, że z prawa do nieprzekazania Prezesowi UOKiK informacji obejmujących komunikację z prawnikiem, przedsiębiorca będzie mógł skorzystać wyłącznie w przypadku gdy prowadzone będzie przeszukanie. To zaś prowadzi do wniosku, że kontrolowany przedsiębiorca, albo przedsiębiorca, od którego Prezes UOKiK żąda informacji na podstawie art. 50 uokik, aby móc powołać się na tajemnicę prawnie chronioną (na podstawie projektowanego art. 105r. pkt. 3)), w praktyce najpierw będzie musiał odmówić współdziałania z kontrolującym lub odmówić przekazania informacji na podstawie art. 50 uokik i w ten sposób doprowadzić do wszczęcia przez Prezesa UOKiK przeszukania. Jednocześnie trudno sobie wyobrazić przedsiębiorcę, który świadomie by w ten sposób postąpił, skoro zgodnie z projektowanym art. 106 ust. 2 pkt 2) i 3) za nieudzielenie informacji na podstawie art. 50 uokik, a także za utrudnianie przeprowadzenia kontroli i za niewykonywanie w jej trakcie obowiązków informacyjnych, Prezes UOKiK będzie mógł – zresztą podobnie jak dziś – nałożyć na przedsiębiorcę karę w wysokości do 50 mln. euro. Taka interpretacja przepisów w praktyce uniemożliwiłaby zapewnienie respektowania tajemnic prawnie chronionych, w toku innych niż przeszukanie postępowań. Tymczasem, gwarancje wynikające z zasady LPP i stanowiące istotny element prawa do obrony, powinny wynikać *expressis verbis* z ustawy i nie umożliwiać takiej interpretacji norm w tym zakresie, która prowadziłaby do ograniczenia tych praw. Warto też przypomnieć, że zagwarantowanie prawa do obrony, zgodnie z art. 42 ust. 2 Konstytucji przysługuje „we wszystkich stadiach postępowania”, a nie wyłącznie w trakcie przeszukania.

Rezygnacja z wprowadzenia instytucji LPP do ustawy oznacza też, że w kontekście surowej odpowiedzialności osób zarządzających, osoby te nie będą miały zagwarantowanego pełnego prawa do obrony, zadeklarowanego w uzasadnieniu do projektu, na które składa się m.in. właśnie prawo do zachowania w tajemnicy treści korespondencji z adwokatem lub radcą prawnym.

Z omawianą problematyką wiąże się z kolejna kwestia. Chodzi o obowiązujący obecnie art. 50 w zw. z art. 106 ust. 2 ustawy. Zgodnie z tymi przepisami, sankcją za nieudzielenie, udzielenie informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd jest kara pieniężna w wysokości do 50 mln. euro (*sic!*).

Abstrahując od wysokości kary, którą należy uznać jako zbyt wysoką i nieproporcjonalną do czynu, istotną kwestią pominiętą w nowym projekcie jest zakres i rodzaj żądanych przez prezesa UOKiK informacji i dokumentów. W praktyce zdarza się bowiem (a nawet jest to częsta praktyką), że na żądanie Prezesa UOKiK przedsiębiorcy obowiązani są przekazywać tzw. informacje przetworzone, w postaci różnego rodzaju analiz, wykresów itp. Nierzadko Prezes

Urzędu wymaga od przedsiębiorcy nie tyle przekazania informacji, to wyrażenia opinii, która musi być poprzedzona przeprowadzeniem odpowiedniej pracy analitycznej. Informacje te przeważnie nie są w posiadaniu przedsiębiorców, ale dopiero muszą być wytworzone na potrzeby postępowania przed Prezesem UOKiK. Często jest to czasochłonne i kosztowne, a w praktyce oznacza, że przedsiębiorca podejmuje czynności zupełnie niezwiązane z właściwym przedmiotem prowadzonej przez siebie działalności. Opisany powyżej stan z pewnością wykracza poza pojęcie „informacji i dokumentów” wymienione w art. 50 ust. 1 obowiązującej ustawy. Tymczasem, już orzecznictwo Sądu Antymonopolowego wskazywało, że organ antymonopolowy nie może żądać od przedsiębiorcy sporządzenia opracowań analitycznych na podstawie żądanych materiałów, danych czy wyjaśnień, w szczególności takich, które nie są przewidziane w przepisach dot. sprawozdawczości gospodarczej¹¹. Wyraźne uregulowanie tej kwestii w ustawie wzmocniłoby prawa przedsiębiorców. Obecnie nawet w sytuacji, w której przedsiębiorca uważa, że konkretne żądanie informacji lub dokumentu jest nieuzasadnione, lub też informacja taka obejmuje tajemnicę prawnie chronioną, albo termin na jej udzielenie jest zbyt krótki, najczęściej nie zaryzykuje odmowy jej udzielenia, z uwagi na groźbę nałożenia niezwykle wysokiej i nieproporcjonalnej do ewentualnego przewinienia kary pieniężnej w wysokości do 50 mln. euro (art. 106 ust. 2 ustawy). Zauważyć należy, iż pomimo tego, iż w uzasadnieniu projektu Prezes Urzędu wielokrotnie podkreśla, że proponowane zmiany mają przyczynić się do polepszenia sytuacji przedsiębiorców w postępowaniu, nie znajduje to odzwierciedlenia w projekcie ustawy nowelizującej, także w odniesieniu do instytucji LPP.

Postulaty Konfederacji Lewiatan:

Proponujemy obniżenie wysokości grożącej kary wynikającej z art. 106 ust. 2 ustawy, tak, ażeby była ona proporcjonalna do przewinienia i proponujemy następujące brzmienie art. 50:

„Art. 50 ust. 1. Przedsiębiorcy są obowiązani do przekazywania wszelkich posiadanych informacji i dokumentów na żądanie Prezesa Urzędu, z wyłączeniem informacji i dokumentów objętych tajemnicą prawnie chronioną. Prezes Urzędu wyznacza termin na przekazanie informacji i dokumentów nie krótszy niż 14 dni.”
Art. 180, art. 224§ 1, art. 225 i art. 226 oraz art. 236a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego stosuje się odpowiednio; sądem właściwym na potrzeby stosowania tych przepisów jest sąd ochrony konkurencji i konsumentów.

„Art. 50 ust. 2. Żądanie, o którym mowa w ust. 1, powinno zawierać:

- 1) wskazanie dokumentów lub zakresu informacji;***
- 2) wskazanie celu żądania;***
- 3) wskazanie terminu udzielenia informacji lub przekazania dokumentów;***
- 4) pouczenie o sankcjach za nieudzielenie informacji lub za udzielenie informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd.”***

Proponujemy uzupełnienie art. 105a o ust. 8 w następującym brzmieniu:

„Art. 105a ust. 8. Do kontroli stosuje się odpowiednio art. 180, art. 224§ 1, art. 225 i art. 226 oraz art. 236a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania

¹¹ Por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 6 września 1993 r., sygn. XVII Amr 22/93;

karnego; sądem właściwym na potrzeby stosowania tych przepisów jest sąd ochrony konkurencji i konsumentów.”

IV. Uwagi do art. 1 pkt. 5) – projektowany art. 10 ust. 4 – 9, środki zaradcze:

W art. 10 ust. 4 projektu ustawy planuje się przyznanie Prezesowi UOKiK uprawnień do nakazania przedsiębiorcy, w decyzji stwierdzającej niedozwolone porozumienie lub nadużycie pozycji dominującej, przedsięwzięcie określonych środków mających na celu zakończenie naruszenia lub usunięcie jego skutków. W obecnej wersji projektu uprawnienie to w zasadzie ma nieograniczony charakter. Prezes UOKiK ma bowiem w każdym przypadku możliwość nakazania przedsiębiorcy przedsięwzięcie środków, których katalog ma charakter otwarty (w ust. 4 projekt ustawy posługuje się zwrotem "w szczególności"). W naszej ocenie, takie rozwiązanie budzi ryzyko zbyt dużej ingerencji Prezesa UOKiK w działalność przedsiębiorców i w praktyce zmianę jego roli z podmiotu oceniającego działania przedsiębiorców *ex post*, na regulatora rynku, wymuszającego pewne zachowania *ex ante*.

Dlatego poddajemy pod rozważenie rozwiązanie, polegające na tym, żeby nakazanie przez Prezesa UOKiK przedsięwzięcia określonych środków miało miejsce wyłącznie na wniosek przedsiębiorcy będącego adresatem decyzji, sygnalizującego wątpliwości w jaki sposób ma wykonać decyzję. Korzystnym byłoby także rozwiązanie, aby Prezes UOKiK jeszcze przed nałożeniem zobowiązania, skonsultował z wnioskującym przedsiębiorcą określone środki, tak aby usprawnić wykonanie decyzji, a nie powodować kolejnych wątpliwości interpretacyjnych, czy też nakładania zobowiązań niemożliwych, trudnych lub kosztownych do wykonania. Ponadto katalog środków zaradczych powinien mieć charakter zamknięty

W szczególności jednak, nie znajduje uzasadnienia możliwość nałożenia przez Prezesa UOKiK środków polegających na nakazie powierzenia wykonywania określonych rodzajów działalności gospodarczej lub prowadzenia działalności na różnych szczeblach obrotu poszczególnym podmiotom w ramach grupy kapitałowej lub odrębnym jednostkom organizacyjnym wewnątrz struktury przedsiębiorcy (art. 10 ust 5 projektu ustawy). Inwazyjność takiego rozwiązania jest bardzo duża. Nie zabezpiecza się przy tym praw przedsiębiorcy np. poprzez uzależnienie możliwości zastosowania takich środków jedynie od wystąpienia wyjątkowych okoliczności. Takie ukształtowanie przepisu w praktyce pozostawia organowi publicznemu, jakim jest Prezes UOKiK zbyt dużą swobodę w wyborze (niekiedy bardzo inwazyjnych) środków zaradczych, bez odpowiednich gwarancji dla przedsiębiorcy. Co więcej nie ma też należytego uzasadnienia dla stosowania tak daleko idących instrumentów.

Ponadto, brak w projekcie ustawy instytucji tzw. *monitoring trustee* (podmiotu zewnętrznego sprawującego nadzór nad realizacją środków zaradczych przez przedsiębiorcę, w szczególności o charakterze behawioralnym), rodzi zdaniem przedsiębiorców obawy związane z relacją stosowania środków o charakterze behawioralnym, do środków strukturalnych. Podkreślić należy, iż te ostatnie (przeważające w praktyce decyzyjnej Prezesa Urzędu w decyzjach wyrażających warunkową zgodę na koncentrację przedsiębiorców), stanowią dla przedsiębiorców niezwykle dotkliwą ingerencję w działalność gospodarczą. Biorąc pod uwagę brak dostatecznej kontroli nad realizacją środków behawioralnych, zachodzi uzasadniona obawa, iż Prezes Urzędu będzie w dalszym ciągu w pierwszej kolejności korzystał ze środków o charakterze strukturalnym. Byłoby to z pewnością niekorzystne dla przedsiębiorców.

Postulat Konfederacji Lewiatan:

Mając na uwadze daleko idącą inwazyjność proponowanych w projekcie środków zaradczych, które mogą w znacznym stopniu ograniczać swobodę działalności gospodarczej, postulujemy rezygnację z tego typu środków i uchylenie projektowanego art. 10 ust. 4 – 9.

V. Uwagi do art. 1 pkt. 35) i do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (druk nr 1383):

W obu przypadkach proponuje się wydłużenie terminu przedawnienia antymonopolowego. Obecnie zgodnie z art. 93 ustawy, nie wszczyna się postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Projektodawcy proponują wydłużenie tego terminu do lat pięciu. W ocenie Konfederacji Lewiatan propozycja ta nie zasługuje na aprobatę.

Przy obecnym (i wciąż wzrastającym) tempie zmian, tak technicznych, jak i gospodarczych, po pięciu latach rynek w takim kształcie, jak w czasie naruszenia, z reguły nie będzie już istniał. Zmieniają się (ilościowo lub jakościowo) nie tylko uczestnicy rynku, lecz także okoliczności, determinujące wyznaczenie rynku właściwego. Pojawiają się coraz to nowe towary i usługi, a te dominujące przed kilkoma laty znikają. Usunięcie skutków naruszenia po tak długim czasie (5 lat od końca roku w którym nastąpiło naruszenie) będzie więc bardzo trudne bądź niemożliwe. Z kolei konieczność zapobieżenia kontynuacji naruszenia będzie iluzoryczna, wobec braku rzeczywistej możliwości takiego dalszego naruszania konkurencji.

Należy także zwrócić uwagę, że proponowaną zmianę krytycznie ocenił Sąd Najwyższy. W stanowisku z 11.01.2013 r.¹² Sąd Najwyższy stwierdził, że *„proponowane wydłużenie terminu budzi wątpliwości, gdyż zmiana ta może skutkować podejmowaniem przez Prezesa UOKiK interwencji w odniesieniu do zachowań, które wywołały już dawno nieodwracalne skutki rynkowe i nie poprawiają w żaden sposób Stanu konkurencji na rynku”*. Podkreślił też, że: *„Obowiązujące obecnie unormowanie i tak pozwala organowi antymonopolowemu na wszczynanie postępowań wobec praktyk ograniczających konkurencję o długotrwałym charakterze”*. Z powyższą oceną należy się zgodzić. Należy też pamiętać, że od momentu wszczęcia postępowania (które może nastąpić krótko przed upływem 5 letniego terminu przedawnienia) do wydania decyzji i następczej kontroli sądowej tejże decyzji może minąć nawet wiele lat. Oznacza to, że w skrajnych przypadkach przedsiębiorca mógłby być ukaranych nawet po 8 lub 9 latach od zaprzestania stosowania praktyki. Nie służy to bezpieczeństwu obrotu i pewności prawnej przedsiębiorców. Należy też pamiętać, że niezależnie od działań podjętych przez Prezesa UOKiK (*public enforcement*) istnieje przecież możliwość dochodzenia roszczeń i żądania odszkodowań przez poszkodowanych nielegalną praktyką przedsiębiorców na drodze prywatnej (*private enforcement*). Fakt ten dodatkowo przemawia przeciwko proponowanym regulacjom, które kładą nacisk na działalność organu administracji publicznej.

W związku z powyższym, proponujemy pozostawienie dotychczasowego terminu, lub alternatywnie aby termin przedawnienia nie ulegał drastycznemu wydłużeniu do 5 lat.

Postulat Konfederacji Lewiatan:

Rezygnacja z art. 1 pkt. 35) tj. z przewidzianej w projekcie zmiany art. 93 ustawy.

¹² Pismo Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11.01.2013 r., sygn. BSA III – 021 – 493/12;

C. Pozostałe uwagi szczegółowe:

VI. Uwagi do art. 1 pkt. 4) – projektowany art. 7:

Proponuje się usunięcie z dotychczas obowiązującego art. 7 ust. 1 ustawy odniesienia do roku kalendarzowego poprzedzającego zawarcie porozumienia. W rezultacie nie sposób wskazać czas, dla którego należy mierzyć udział w rynku właściwym, stanowiący przesłankę wyłączenia *de minimis*. Nie jest jasne, czy ma to być czas zawarcia porozumienia, jego realizacji, wszczęcia przez organ ochrony konkurencji postępowania, czy wydania decyzji. Nie wiadomo też, czy udział należy mierzyć w danym dniu, w roku obrotowym, czy w jakiejś innej jednostce czasu. Wobec tego poddajemy pod rozważenie doprecyzowanie tego przepisu np. poprzez pozostawienie jego dotychczasowego brzmienia w zakresie czasu (okresu) udziału w rynku. Wydaje się to zarazem być jedyne rozwiązanie pozwalające przedsiębiorcy ocenić w chwili podejmowania decyzji w przedmiocie zawarcia porozumienia, czy takie porozumienie jest dozwolone.

Postulat Konfederacji Lewiatan:

Proponujemy następujące brzmienie art. 7 ust. 1:

„Art. 7 ust. 1. Zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, nie stosuje się do porozumień zawieranych między:

- 1) konkurentami, których łączny udział w rynku właściwym, którego dotyczy porozumienie, w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia, nie przekracza 5%;***
- 2) przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, jeżeli udział żadnego z nich w rynkach właściwych, których dotyczy porozumienie, w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia, nie przekracza 10%”;***

VII. Uwagi do art. 1 pkt. 14) lit. c) – projektowany art. 28 ust. 2:

W ocenie Konfederacji Lewiatan nie jest właściwym rozwiązaniem przewidziane w projektowanym art. 28 ust. 2 nakładanie dodatkowego obowiązku publikacji przez przedsiębiorcę oświadczenia o treści określonej w decyzji lub publikacji decyzji na koszt przedsiębiorcy. Decyzja, do której odnosi się cytowany przepis, jest wydawana na podstawie art. 28 ust. 1 ustawy wskutek zobowiązania się przez samego przedsiębiorcę do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom lub usunięcia ich skutków. Mechanizm ten zakłada więc, że zakres zobowiązań, jakie mogą zostać nałożone w decyzji, jest *a priori* akceptowany przez przedsiębiorcę. Jeżeli przedsiębiorca zobowiąże się do złożenia oświadczenia, to już na podstawie art. 28 ust. 1 w dotychczasowym brzmieniu taki obowiązek może zostać nałożony w decyzji. Natomiast przewidziane w projekcie uprawnienie Prezesa UOKiK do nałożenia obowiązku wykraczającego poza zakres zaakceptowany przez przedsiębiorcę pozostaje w sprzeczności z (dobrowolnym) charakterem uregulowanego w art. 28 ustawy środka ochrony konkurencji i stawiałoby przedsiębiorców przed alternatywą podjęcia działania, którego nie akceptowali, bądź uchylenia decyzji z perspektywą nałożenia kary pieniężnej. W związku z tym poddajemy pod rozważenie uchylenie zdania drugiego w projektowanym art. 28 ust. 2 i pozostawienie go w dotychczasowym brzmieniu.

Postulat Konfederacji Lewiatan:

Proponujemy rezygnację z tego punktu (art. 1 pkt. 14)), to jest pozostawienie dotychczasowego brzmienia art. 28 ust. 2:

„Art. 28 ust. 2. W decyzji, o której mowa w ust. 1, Prezes Urzędu może określić termin wykonania zobowiązań.”

VIII. Uwagi do art. 1 pkt. 17) – projektowany art. 31a):

W projekcie zaproponowano wprowadzenie art. 31a, zgodnie z którym Prezes UOKIK będzie miał prawo wydać i ogłosić wyjaśnienia i interpretacje mające istotne znaczenie w sprawach objętych zakresem działania Prezesa Urzędu. Wprowadzenie zmiany jest uzasadnione przewidzianym zaprzestaniem wydawania Dziennika Urzędowego Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jednakże niejasny pozostaje status tych wyjaśnień i interpretacji. Na pewno będą one miały walor informacyjny (jak dotychczas publikowane w Dzienniku Urzędowym) i będą wywierały duży wpływ na praktykę działalności przedsiębiorców oraz Urzędu. Jednak Prezes UOKIK jest centralnym organem administracji rządowej, właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów (art. 29 ust. 1 ustawy) i jako taki działa wyłącznie na podstawie przepisów, nie jest więc i nie powinien być prawodawcą, a jego opinie i rekomendacje nie stanowią i nie powinny stanowić w polskim porządku konstytucyjnym źródła prawa ani (w przeciwieństwie do np. decyzji indywidualnych) źródła zobowiązań przedsiębiorców. Wobec powyższego, popierając uprawnienie Prezesa UOKIK do wydawania wyjaśnień i interpretacji, zwracamy uwagę, że należałoby doprecyzować na poziomie ustawy, że wyjaśnienia te i interpretacje, powinny mieć wyłącznie walor opinii lub rekomendacji. W naszej ocenie nie powinny mieć jednak charakteru prawotwórczego ani wiążącego.

Postulat Konfederacji Lewiatan:

Proponujemy następujące brzmienie art. 31a:

„Art. 31a. Prezes Urzędu może wydać i ogłosić wyjaśnienia i interpretacje mające istotne znaczenie dla stosowania przepisów w sprawach objętych zakresem działania Prezesa Urzędu. Wyjaśnienia i interpretacje są publikowane w Biuletynie Informacji Publicznej. Wyjaśnienia i interpretacje Prezesa Urzędu nie są wiążące dla przedsiębiorcy.”

IX. Uwaga do art. 1 pkt. 23):

Postulat Konfederacji Lewiatan:

W art. 48 po ust. 1 proponujemy dodać ust. 1a w następującym brzmieniu:

„Art. 48 ust. 1a. Postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego powinno ściśle określać:

1) rodzaj możliwego naruszenia przepisów ustawy, będącego przedmiotem postępowania wyjaśniającego, ze szczegółowym opisem podstawowych jego znamion, albo rodzaj innych okoliczności, o których mowa w ust. 1, uzasadniających wszczęcie postępowania wyjaśniającego,

2) rodzaj informacji, które organ zamierza pozyskać, od kogo i w jakim czasie ze wskazaniem, wyjaśnieniu jakich okoliczności mają służyć.”

Uzasadnienie: Z racji znacznego poszerzenia instrumentów oraz kompetencji Prezesa UOKiK w zakresie możliwości ingerowania w działalność gospodarczą przedsiębiorców, a także wprowadzenia możliwości karania osób fizycznych, koniecznym jest ściśle doprecyzowanie „zakresu swobody” działania Prezesa UOKiK. W związku z tym poddajemy pod rozważenie proponowaną zmianę, zmierzającą do zachowania przewidywalności działań organu oraz pewności i bezpieczeństwa przedsiębiorców.

X. Uwagi do art. 1 pkt. 30) – projektowany art. 81 ust. 1 i 2:

Postulaty Konfederacji Lewiatan:

Proponujemy następujące brzmienie art. 81:

„Art. 81. 1. Od decyzji Prezesa Urzędu przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego – sądu ochrony konkurencji i konsumentów w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia.

2. Prezes Urzędu przekazuje odwołanie sądowi wraz z aktami sprawy i odpowiedzią na odwołanie niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie miesiąca od dnia jego wniesienia.”

3. W przypadku, gdy wnosząc odwołanie od decyzji do sądu ochrony konkurencji i konsumentów, strona wnioskuje o wstrzymanie przez sąd wykonania decyzji, Prezes Urzędu przekazuje odwołanie strony, wraz z aktami sprawy i odpowiedzią na wniosek o wstrzymanie wykonania decyzji, w terminie 7 dni od jego wniesienia.”

Jako uzupełnienie w art. 2 proponujemy dodanie pkt. 6 zmieniającego art. 479³⁰ k.p.c. w następujący sposób:

W art. 479³⁰ k.p.c. dodaje się zdanie trzecie i czwarte w następującym brzmieniu:

„Wniosek strony sąd rozpoznaje w terminie 14 dni od jego wpłynięcia. Na postanowienie sądu dotyczące wniosku o wstrzymanie wykonania decyzji przysługuje zażalenie.”

Uzasadnienie: Obowiązujące przepisy prawne wprowadziły instytucję natychmiastowej wykonalności decyzji regulacyjnych. Jednocześnie ustawodawca w żaden sposób nie uregulował sytuacji przedsiębiorcy, który niekiedy dopiero po nawet dwóch latach uzyska prawomocne rozstrzygnięcie, dotyczące jego sprawy. W takim wypadku po dwóch latach wykonywania decyzji, w przypadku jej uchylecia, w wielu przypadkach nie istnieje już praktyczna możliwość cofnięcia skutków określonego rozstrzygnięcia. Obecnie obowiązująca sytuacja jest naszym zdaniem zaprzeczeniem wszelkich zasad związanych z prawem do sądu. Obecna praktyka powoduje, iż w przypadku otrzymania decyzji, z którą przedsiębiorca (np. telekomunikacyjny) się nie zgadza, nawet w przypadku późniejszego korzystnego rozstrzygnięcia sądowego, negatywnych skutków decyzji nie da się w żaden sposób cofnąć.

Przedstawione propozycje mają na celu wyłącznie usprawnienie postępowania oraz wdrożenie symetrycznych narzędzi procesowych, które doprowadzą do sytuacji, w której przewlekłe procedury będą przyczyną ewentualnych strat po stronie przedsiębiorców. **Podobne, jak proponowane wyżej rozwiązanie znalazło się również w samym projekcie ustawy przedstawionym przez Prezesa UOKiK. Zgodnie z projektowanym art. 105m w ust. 3 i 4: Zażalenie wnosi się do sądu ochrony konkurencji i konsumentów za pośrednictwem Prezesa Urzędu, który przekazuje zażalenie wraz z odpowiedzią na nie do sądu w terminie 7 dni od dnia jego otrzymania.** Poddajemy więc pod rozagę wykorzystanie podobnego mechanizmu w art. 81 ustawy. Proponowane zmiany w przepisie art. 479³⁰ k.p.c. stanowią uzupełnienie do propozycji zmiany art. 81 ustawy¹³.

W sprawach mających wpływ na działalność czy byt przedsiębiorcy, a także dotyczących pociągnięcia do odpowiedzialności osób fizycznych, koniecznym jest określenie maksymalnych terminów na podejmowane działania organów i sądów, mające wpływ na szybkość rozpatrzenia wnoszonych odwołań.

XI. Uwagi do art. 1 pkt. 33) – projektowany art. 89a - instytucja dobrowolnego poddania się karze:

Zaproponowaną w projekcie ustawy instytucję dobrowolnego poddania się karze co do zasady oceniamy pozytywnie. Jednocześnie, w naszej ocenie w celu zwiększenia skuteczności i atrakcyjności proponowanej regulacji dla przedsiębiorców, wymaga ona następujących zmian, które poddajemy pod rozagę:

a) Wszczęcie procedury na wniosek przedsiębiorcy:

Uwaga do projektowanego art. 89a ust. 1: Poddajemy pod rozagę takie ukształtowanie omawianej procedury, żeby również przedsiębiorcy mieli możliwość wystąpienia z wnioskiem do Prezesa UOKiK o zastosowanie tej procedury.

b) Możliwość odstąpienia przez Prezesa UOKiK od procedury:

Uwagi do projektowanego art. 89a ust. 9: W naszej ocenie możliwość odstąpienia przez Prezesa UOKiK od procedury dobrowolnego poddania się karze na każdym etapie, także po potwierdzeniu przez stronę ustaleń postępowania, jest nie do pogodzenia z zasadą zaufania do organów administracji. Przedsiębiorca, który potwierdził wszystkie ustalenia ma prawo oczekiwać, że Prezes UOKiK, który zdecydował o wdrożeniu tej procedury z uwagi na przyspieszenie postępowania, nie odstąpi od niej bezpośrednio przed wydaniem decyzji. W konsekwencji instytucja ta, może stać się martwym prawem. Również sama przesłanka „nieprzyczynienia się procedury do przyspieszenia postępowania” stanowiąca podstawę do odstąpienia od procedury w sprawie dobrowolnego poddania się karze budzi wątpliwości. W zasadzie w każdym przypadku można uznać, że dana procedura nie przyczyni się do przyspieszenia, co oznacza zupełny brak pewności po stronie przedsiębiorcy.

Wobec powyższego, poddajemy pod rozagę rezygnację lub co najmniej ograniczenie możliwości „odstąpienia przez Prezesa UOKiK od procedury dobrowolnego poddania się

¹³ Na marginesie podobne zmiany należałoby wprowadzić również w art. 479⁵² i art. 479⁶³ k.p.c.

karze” wyłącznie do momentu złożenia przez przedsiębiorcę oświadczenia o dobrowolnym poddaniu się karze.

c) Wysokość obniżki:

Aby instytucja była skutecznym i atrakcyjnym dla przedsiębiorców narzędziem ochrony konkurencji, poddajemy pod rozagę zwiększenie wysokości obniżki np. do 20%.

XII. Uwagi do art. 1 pkt. 54) – zmiany art. 106:

Postulat Konfederacji Lewiatan:

Proponujemy zmianę brzmienia art. 106 ust. 2 i dodanie do art. 106 ustępu 7 i 8 w następującym brzmieniu:

„7. Za to samo działanie lub zaniechanie można nałożyć tylko jedną karę przewidzianą w postanowieniach niniejszego artykułu, chociażby to działanie lub zaniechanie wyczerpywało znamiona określone w więcej niż jednym postanowieniu.”

„8. W przypadku zastosowania art. 12 ust. 7 albo art. 28 ust. 7 i nałożenia kary pieniężnej na podstawie ust. 1 pkt 1, pkt 2 albo pkt 4, nie nakłada się kary pieniężnej określonej w ust. 2 pkt 2, a w przypadku jej uprzedniego nałożenia – Prezes Urzędu uchyla decyzję o nałożeniu tej kary i umarza postępowanie. Uchylenie decyzji następuje z urzędu, po uprawomocnieniu się decyzji Prezesa Urzędu o nałożeniu kary pieniężnej na podstawie ust. 1 pkt 1, pkt 2 albo pkt 4.”

Uzasadnienie:

Proponowany ust. 7 zapobiega ewentualności nakładania skumulowanych kar pieniężnych w przypadku zakwalifikowania jednego czynu przedsiębiorcy (tego samego działania albo zaniechania) jako więcej niż jednego naruszenia.

Proponowany ust. 8 dotyczy skutków niewykonania bądź nienależytego wykonania obowiązków informacyjnych nałożonych w decyzji zobowiązującej odnoszącej się do praktyk ograniczających konkurencję lub w decyzji zobowiązującej odnoszącej się do praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

W obu powyższych przypadkach Prezes UOKiK uchyla decyzję zobowiązującą, orzeka co do istoty sprawy i może nałożyć karę pieniężną przewidzianą w odpowiednim punkcie ustępu 1 artykułu 106. Zarazem, w art. 106 ust. 2 pkt 2) przewidziano możliwość nałożenia przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorcę kary pieniężnej za samo niewykonanie obowiązków informacyjnych.

Należy uznać, że nałożenie kary pieniężnej określonej w art. 106 ust. 1 jest wystarczającym środkiem ochrony konkurencji (bądź zbiorowych interesów konsumentów) w powyższych przypadkach, dlatego potrzebne jest rozwiązanie wyłączające kumulację kar przewidzianych w art. 106 ust. 1 i 2. Jednak powyższe kary mogą zostać nałożone w dowolnej kolejności, jeżeli tylko postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej zostało wszczęte przed upływem terminu przedawnienia (5 lat od końca roku, w którym doszło do naruszenia – nie mają tu

zastosowania terminy określone w art. 93 i 105). Dlatego nie byłoby skuteczne proste rozwiązanie, polegające na zastrzeżeniu, że w przypadku nałożenia kary pieniężnej określonej w art. 106 ust. 2 nie stosuje się kary pieniężnej określonej w art. 106 ust. 1.

Proponowane uregulowania nie dotyczą skutków naruszenia art. 19 ust. 3. W tym przypadku bowiem, uchylenie decyzji o wyrażeniu zgody na dokonanie koncentracji nie pociąga za sobą możliwości nałożenia kary przewidzianej w art. 106 ust. 1.

Uwaga do projektowanego art. 106 ust. 2:

Po pierwsze poddajemy pod rozagę obniżenie niezwykle dotkliwej i nieproporcjonalnej do ewentualnego przewinienia wysokości sankcji, która obecnie wynosi 50 000 000 Euro.

W ocenie Konfederacji Lewiatan, wysokość kary nie powinna doprowadzać do upadłości przedsiębiorcy (tj. zagrożenie spełnienia przesłanek upadłościowych z ustawy prawo upadłościowe i naprawcze). Co więcej, w przypadku gdy zapłata kary mogłaby zagrażać wypłacalności lub spełnieniu wymogów kapitałowych opisanych w odrębnych przepisach (np. wymogi kapitałowe w prawie bankowym), decyzja powinna być poprzedzona uzyskaniem uzgodnienia właściwego regulatora np. w trybie art. 106 k.p.a.

Po drugie, poddajemy pod rozagę usunięcie możliwości karania za utrudnienie lub nieumożliwienie wszczęcia kontroli lub przeszukania. W naszej ocenie pojęcie „utrudniania lub „uniemożliwienia wykonywania przez kontrolujących lub przeszukujących uprawnień wynikających z ustawy”, a także „niewykonywanie obowiązków wskazanych w ustawie” przez kontrolowanych, lub przeszukiwanych, wyczerpuje wszystkie potencjalnie niezgodne z prawem zachowania kontrolowanego lub przeszukiwanego przedsiębiorcę.

XIII. Uwagi do art. 1 pkt. 56):

Postulat Konfederacji Lewiatan:

Proponujemy dodanie do art. 108 ustępu 7 i 8 w następującym brzmieniu:

„7. Za to samo działanie lub zaniechanie można nałożyć tylko jedną karę przewidzianą w postanowieniach niniejszego artykułu, chociażby to działanie lub zaniechanie wyczerpywało znamiona określone w więcej niż jednym postanowieniu.

8. Nie nakłada się na osobę zarządzającą będącą jednocześnie przedsiębiorcą kary pieniężnej przewidzianej w postanowieniach niniejszego artykułu w przypadku nałożenia na tę osobę za to samo działanie lub zaniechanie kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 2 - 4. W przypadku uprzedniego nałożenia kary przewidzianej w postanowieniach niniejszego artykułu Prezes Urzędu uchyla decyzję o nałożeniu tej kary i umarza postępowanie. Uchylenie decyzji następuje z urzędu, po uprawomocnieniu się decyzji Prezesa Urzędu o nałożeniu kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 2 - 4.”

Uzasadnienie: Proponowany ust. 7 zapobiega ewentualności nakładania skumulowanych kar pieniężnych w przypadku zakwalifikowania jednego czynu (działania, zaniechania) osoby

zarządzającej (tego samego działania albo zaniechania) jako więcej niż jednego naruszenia stypizowanego w art. 108.

Proponowany ust. 8 zapobiega możliwości nakładania skumulowanych kar na osobę, która jako przedsiębiorca dopuszcza się naruszenia określonego w art. 106 ust. 2, a zarazem ze względu na jej status osoby zarządzającej – ten sam czyn może być zakwalifikowany jako naruszenie określone w art. 108.

D. Uwagi końcowe:

Podsumowując, choć niektóre zmiany (które nie są przedmiotem niniejszej opinii) idą w dobrym kierunku i nie budzą zastrzeżeń, to jednak wydaje się, że część proponowanych regulacji nie spełnia wymogów wynikających z Konstytucji RP i Konwencji o ochronie Praw Człowieka i podstawowych wolności. Wbrew deklarowanemu w uzasadnieniu do projektu intencjom, w projekcie brakuje więc rozwiązań wzmacniających gwarancje praw przedsiębiorców i zapewniających sprawiedliwość proceduralną.

KL/635/172/BW/2013