

## UZASADNIENIE DO PROJEKTU USTAWY O ZMIANIE USTAWY O OCHRONIE KONKURENCJI I KONSUMENTÓW.

### I. Potrzeba i cel uchwalenia projektowanej regulacji.

Celem projektowanej nowelizacji ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm. – zwanej dalej „ustawą”) jest wdrożenie rozwiązań wzmacniających polski system ochrony konkurencji i konsumentów, wpływających na większą skuteczność obecnie obowiązujących regulacji (szczególnie w zakresie zwalczania karteli, będących najpoważniejszymi naruszeniami konkurencji), oraz na uproszczenie i skrócenie procedur, zwłaszcza w zakresie kontroli koncentracji (zgodnie z licznymi postulatami środowisk biznesowych), jak również eliminujących wątpliwości interpretacyjne wynikłe w toku stosowania aktualnie funkcjonujących przepisów. Analiza efektywności instrumentów prawa antymonopolowego i ochrony konsumentów zawartych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, dokonana na podstawie doświadczeń zebranych w toku 5 lat stosowania przepisów ww. ustawy, a także rozwój instytucji prawnych służących lepszemu działaniu prawa ochrony konkurencji w innych systemach prawnych, w szczególności w systemach prawnych państw członkowskich Unii Europejskiej, wskazują na potrzebę dokonania ww. nowelizacji. Projektowana regulacja wpisuje się w aktualny ogólnoswiatowy kierunek polityki organów antymonopolowych, które podejmują intensywne działania legislacyjne w celu poprawy wykrywalności najcięższych ograniczeń konkurencji, wzmocnienia pozycji słabszych uczestników rynku, jak również w celu odformalizowania i przyspieszenia stosowanych procedur.

Wprowadzenie zmian do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowić będzie także realizację „Polityki konkurencji na lata 2011-13”, przyjętej przez Radę Ministrów w 2011 r. Dokument ten wskazuje m.in. na określone zadania legislacyjne, których przygotowanie należy do kompetencji Prezesa UOKiK, a których wypełnienie będzie niezbędne dla należytego zrealizowania priorytetów polskiej polityki konkurencji w najbliższych latach. Zadaniem tymi wg ww. dokumentu są:

- dokonanie przeglądu efektów funkcjonowania systemu leniency w polskim prawie konkurencji oraz modyfikacja przepisów dotyczących leniency,
- dokonanie analizy możliwości wprowadzenia na gruncie polskim dwufazowej procedury rozpatrywania koncentracji oraz przygotowanie odpowiednich rozwiązań prawnych w tym zakresie,
- opracowanie zmian przepisów dotyczących kontroli,
- dokonanie przeglądu przepisów regulujących prowadzenie postępowania antymonopolowego oraz przygotowanie zmian w prawie eliminujących problemy proceduralne występujące w trakcie postępowania przed Prezesem UOKiK,
- dokonanie przeglądu przepisów polskiego prawa antymonopolowego dotyczących karania oraz przygotowanie zmian w prawie eliminujących zapisy wywołujące spory interpretacyjne.

Należy zauważyć, że projektowana nowelizacja będzie obejmować wszystkie wskazane powyżej obszary działania, a wprowadzane modyfikacje oprócz tego, że są istotnym elementem realizacji Polityki konkurencji na lata 2011-13, również w kolejnych latach będą stanowić fundament funkcjonowania systemu ochrony konkurencji w Polsce.

Podkreślenia wymaga fakt, że projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kładzie w szczególności nacisk na wzmocnienie gwarancji

praw przedsiębiorcy poprzez m.in. dookreślenie obowiązków ciążących na przedsiębiorcach i warunków im stawianych, uszczegółowienie przepisów w zakresie praw przysługującym stronom postępowania, wprowadzenie nowych regulacji zakładających aktywną rolę strony w toku postępowania, skrócenie i uproszczenie części procedur stosowanych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK. Dokonane zmiany przyczynią się do poprawy pozycji przedsiębiorców, zwiększą ich pewność prawną, a przyśpieszenie procedur spowoduje, że zainteresowane podmioty będą szybciej dysponować wiedzą na temat ich sytuacji prawnej, co w wielu przypadkach może mieć z kolei znaczenie dla podejmowania przez przedsiębiorców określonych działań w ramach prowadzonej strategii rynkowej.

## **II. Zakres projektowanej regulacji.**

Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów obejmuje takie zagadnienia, jak:

- a) modernizacja przepisów dotyczących kontroli koncentracji, w szczególności skrócenie czasu trwania postępowań w przypadku tzw. prostych koncentracji, wprowadzenie dwuetapowej procedury rozpatrywania wniosków w przypadku koncentracji skomplikowanych,
- b) modyfikacja przepisów dotycząca kontroli i przeszukań, służąca poprawie efektywności kontroli i przeszukań prowadzonych przez Prezesa UOKiK oraz usunięciu istotnych wątpliwości interpretacyjnych,
- c) wprowadzenie tzw. środków zaradczych, służących m.in. skutecznemu zakończeniu stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję oraz usunięciu jej negatywnych skutków,
- d) wprowadzenie procedury dobrowolnego poddania się karze, co umożliwi przyśpieszenie postępowań i zmniejszenie liczby odwołań od decyzji wydawanych przez Prezesa UOKiK w sprawach dotyczących praktyk ograniczających konkurencję,
- e) zmiany w zakresie systemu łagodzenia kar (leniency), w szczególności doprecyzowanie niektórych warunków, które musi spełnić przedsiębiorca ubiegający się o leniency, znowelizowanie przepisów dotyczących obniżania wysokości kary, przeniesienie do ustawy części regulacji obecnie ujętych w rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary lub jej obniżenie, wprowadzenie instytucji leniency plus mającej na celu zwiększenie wykrywalności niedozwolonych porozumień ograniczających konkurencję,
- f) znowelizowanie przepisów dotyczących nakładania kar, m.in. doprecyzowanie ustawowych przesłanek dotyczących ustalania wysokości kar, co ma przyczynić się do większej transparentności uregulowań prawnych w ww. zakresie,
- g) przyznanie Prezesowi UOKiK kompetencji do nakładania kar pieniężnych na osoby fizyczne za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zwanego dalej „TFUE”,
- h) w zakresie ochrony konsumentów – wprowadzenie przepisów dodatkowo wzmacniających pozycję konsumentów i zabezpieczających ich interesy w przypadku stosowania przez przedsiębiorców najpoważniejszych i najbardziej szkodliwych praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów,
- i) zmiany w innych przepisach mające na celu wyeliminowanie niespójności redakcyjnych i wątpliwości interpretacyjnych.

### III. Opis proponowanych rozwiązań.

#### A. Zmiany w przepisach dotyczących kontroli koncentracji.

Podstawową zmianą jest wprowadzenie w ramach tej procedury dwuetapowych postępowań w sprawach z zakresu kontroli koncentracji (art. 96 i 96a), przewidzianych w Polityce Konkurencji na lata 2011-2013 i wzorowanych na rozwiązaniach stosowanych w prawie unijnym (rozporządzenie nr 139/2004) i w wielu państwach członkowskich UE.

Obecnie obowiązujące przepisy przewidują jednoetapowe postępowanie dla wszystkich tego rodzaju spraw. Zarówno sprawy o potencjalnie dużym wpływie na konkurencję, jak i sprawy stosunkowo mało istotne z punktu widzenia antykonkurencyjnych skutków, są rozpatrywane w jednakowym trybie i kończone w jednakowym, dwumiesięcznym terminie. Z doświadczeń UOKiK wynika potrzeba zróżnicowania trybu postępowań i długości terminów ze względu na skutki planowanych koncentracji w sferze konkurencji i stopień ich skomplikowania – wprowadzenie dwuetapowych postępowań ma na celu przede wszystkim przyspieszenie postępowań w przypadkach niebudzących wątpliwości, przez co zredukowany zostanie czas oczekiwania łączących się przedsiębiorców na decyzję Prezesa UOKiK.

Po wprowadzeniu dwuetapowych postępowań zasadą będzie zakończenie postępowania w terminie 1 miesiąca (obecnie termin ten jest dwa razy dłuższy) – nie wliczając w to, tak jak w obecnym stanie prawnym, okresów oczekiwania na dokonanie zgłoszenia przez pozostałych uczestników koncentracji, uzupełnienie braków lub informacji w zgłoszeniu, uiszczenia opłaty od wniosków o wszczęcie postępowania, czyli na dopełnienie przez przedsiębiorców obowiązków formalnych związanych ze zgłoszeniem koncentracji (art. 96 ust. 1 i 3). Miesięczny termin dotyczyłby spraw niebudzących większych wątpliwości, które stanowią obecnie co najmniej 80% spraw z zakresu koncentracji rozpatrywanych przez Prezesa UOKiK.

Skrócenie terminu jest niezwykle korzystne z punktu widzenia interesów przedsiębiorców, dla których zazwyczaj bardzo istotne znaczenie ma możliwość uzyskania jak najszybciej zgody UOKiK, a tym samym dokonania koncentracji w jak najkrótszym czasie. Skrócenie terminu na wydanie decyzji pozwala też na skrócenie „terminu przejściowego”, pomiędzy podpisaniem przez przedsiębiorców wstępnych umów koncentracyjnych (pod warunkiem wydania zgody przez Prezesa UOKiK) a ich finalizacją po wydaniu decyzji. Okres ten jest bardzo niekorzystny z punktu widzenia przedsiębiorców, nad którymi np. jest przejmowana kontrola – ze względu na będącą niejako w toku zmianę właściciela trudno w tym okresie podejmować istotne decyzje dotyczące funkcjonowania przedsiębiorcy.

Jeżeli natomiast dana sprawa byłaby szczególnie skomplikowana, z informacji dostarczonych w zgłoszeniu zamiaru koncentracji lub innych informacji, w tym zgromadzonych w toku postępowań przed Prezesem UOKiK, wynikałoby, że istnieją uzasadnione obawy, że w jej wyniku konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona lub wymagałaby przeprowadzenia badania rynku – przewiduje się możliwość przejścia do kolejnego etapu postępowania poprzez wydanie postanowienia (na które nie służy zażalenie) o przedłużeniu terminu na jego zakończenie o kolejne 4 miesiące (art. 96 ust. 1). Termin ten, dotyczący spraw najbardziej skomplikowanych, byłby wydłużony w stosunku do obowiązującego obecnie. Należy jednak zauważyć, że – jak wykazuje praktyka Urzędu – obowiązujący termin 2-miesięczny dla spraw najtrudniejszych jest terminem zdecydowanie zbyt krótkim. Postępowania te wymagają często – ze względu na konieczność ustalenia rzeczywistej sytuacji na rynkowej i wpływu, jaki może wywołać planowana koncentracja – przeprowadzenia bardzo szerokich badań na różnych rynkach produktowych i

geograficznych, dostarczania przez przedsiębiorców biorących udział w koncentracji szeregu dodatkowych informacji, niezbędnych do ustalenia ich siły rynkowej i struktury nierzadko bardzo wielu rynków, na których działają, wysyłania setek ankiet do innych przedsiębiorców działających na danych rynkach i innych tego rodzaju czynności.

Postanowienie o wydłużeniu postępowania będzie zawierać uzasadnienie rozstrzygnięcia. Na to postanowienie nie będzie przysługiwać złożenie zażalenia, ponieważ jego rozpatrzenie mogłoby znacznie wydłużyć całe postępowanie, co nie byłoby korzystne dla dokonujących koncentracji i liczących na jak najszybszą decyzję Urzędu przedsiębiorców.

Wydłużenie terminu na zakończenie spraw wymagających wnikliwych badań, przy jednoczesnym jego skróceniu dla spraw stosunkowo prostych i niebudzących wątpliwości, będzie więc stanowiło realne odzwierciedlenie potrzeb w zakresie prowadzenia rzetelnego i wnikliwego postępowania i w znaczący sposób ułatwi dokonanie pełnej oceny skutków, jakie dane koncentracje mogą wywołać na rynku (a co za tym idzie – niedopuszczenie do tych godzących w konkurencję), będąc jednocześnie korzystne dla przedsiębiorców (w sprawach nie budzących wątpliwości, jakich jest zdecydowana większość, będą mieli gwarancję ich szybszego zakończenia, a w sprawach bardziej skomplikowanych – realistyczną informację dotyczącą potencjalnej długości postępowania).

Jednocześnie proponuje się wprowadzenie, w sprawach budzących wątpliwości, instytucji przedstawiania przedsiębiorcy zastrzeżeń do planowanej koncentracji (art. 96a ust. 2). Przedsiębiorca będzie więc mógł jeszcze przed wydaniem decyzji poznać zarzuty Prezesa UOKiK i ustosunkować się do nich (art. 96a ust. 3), proponując np. pewne modyfikacje planowanej koncentracji, dzięki którym nie będzie ona wywoływała antykonkurencyjnych skutków. Procedura przedstawiania przez UOKiK zastrzeżeń usprawni komunikację między Urzędem a przedsiębiorcami (potrzeba taka wielokrotnie była wyrażana przez środowiska biznesowe) i umożliwi dostosowanie warunków zamierzanych koncentracji do wymagań Urzędu wynikających z potrzeby ochrony rynku. Instytucja zastrzeżeń będzie funkcjonować niezależnie od zgody warunkowej, o której mowa w art. 19 ustawy (nie przewiduje się zmiany tego przepisu), w praktyce zastrzeżenia będą stanowić etap poprzedzający przedstawienie warunków.

Pozostałe zmiany w zakresie kontroli koncentracji mają na celu przede wszystkim skupienie uwagi Urzędu na sprawach najbardziej istotnych i wyłączenie spod jego kontroli koncentracji, które w oczywisty sposób nie wywierają negatywnych skutków w sferze konkurencji, a także uzupełnienie luk w przepisach, powodujących brak możliwości kontrolowania przez Prezesa UOKiK pewnych koncentracji mogących wywoływać poważne antykonkurencyjne skutki.

Zmiany te dotyczą m.in. wyeliminowania obchodzenia przepisów ustawy poprzez dokonywanie transakcji wieloetapowych, tj. nabywanie przez przedsiębiorców w niewielkich odstępach czasu (w łącznym dwuletnim okresie) kolejnych stosunkowo niewielkich części mienia innego przedsiębiorcy lub jego kolejnych spółek zależnych (które to transakcje, ze względu na mały obrót realizowany przez te części lub spółki, nie podlegają zgłoszeniu Prezesowi UOKiK). W efekcie dochodzić może do koncentracji o znacznym skutku rynkowym, nieobjętych jednak kontrolą UOKiK (art. 16 ust. 6-8).

Proponuje się również doprecyzowanie przepisu, na podstawie którego nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji następującej w toku postępowania upadłościowego. W obecnym stanie prawnym wyłączenie to nie obejmuje koncentracji polegających na przejęciu kontroli, dokonywanych przez konkurentów (z powodu potencjalnie poważnych skutków rynkowych, jakie mogą wywoływać łączenia przedsiębiorców działających na tym samym rynku, poprzez nadmierne wzmocnienie ich siły rynkowej). Proponuje się, żeby wyłączenie to nie obejmowało również koncentracji polegających na nabyciu mienia konkurentów, które mogą mieć podobny efekt (art. 14 pkt 4).

W nowelizacji proponuje się też wyłączenie spod kontroli UOKiK koncentracji polegających na połączeniu przedsiębiorców osiągających niewielki obrót (do 10 milionów euro) na terytorium RP lub tworzeniu przez nich wspólnych przedsiębiorców – jak wynika z praktyki UOKiK, takie transakcje nie wywołują antykonkurencyjnych skutków rynkowych i, podobnie jak przejęcia kontroli nad przedsiębiorcami nieosiągającymi wysokich obrotów na terytorium RP (niepodlegające kontroli UOKiK już na podstawie obowiązujących przepisów), powinny być wyłączone spod kontroli Urzędu (art. 14 pkt 1a).

Dodatkowo proponuje się by dla ustalenia istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad przedsiębiorcą lub nabywaniu części mienia innego przedsiębiorcy – nie uwzględniać obrotu grupy kapitałowej zbywcy. Wprowadzenie tego rozwiązania pozwoli na zmniejszenie liczby zgłaszanych Prezesowi UOKiK koncentracji oraz na ściślejszą harmonizację polskich przepisów z unijnymi na potrzeby ustalenia istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji (art. 16 ust. 4).

Proponuje się również wprowadzenie szeregu przepisów doprecyzowujących zasady obliczania obrotu przedsiębiorców biorących udział w koncentracji. W szczególności dotyczyć one będą przypadków, kiedy uczestnicy koncentracji sprawują wspólną kontrolę nad innymi przedsiębiorcami lub nad nimi samymi jest sprawowana wspólna kontrola – w takich przypadkach obrót współkontrolujących lub współkontrolowanych będzie również (proporcjonalnie do liczby przedsiębiorców sprawujących wspólną kontrolę) wliczany do obrotu uczestników koncentracji (art. 16 ust. 2 i 3). Pozwoli to na realną ocenę siły ekonomicznej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, a co za tym idzie – jej skutków rynkowych.

Charakter doprecyzowujący ma też wprowadzany w nowelizacji art. 14 pkt 1b, przesadzający zasadę – budzącą wątpliwości interpretacyjne na gruncie obecnie obowiązujących przepisów – że jeśli koncentracja polega na nabyciu przedsiębiorcy (przedsiębiorców) należących do jednej grupy kapitałowej i jednocześnie nabyciu części mienia przedsiębiorcy (przedsiębiorców) należących do tej samej grupy kapitałowej, zamiar koncentracji nie podlega zgłoszeniu, jeżeli łączny obrót tych przedsiębiorców i obrót realizowany przez nabywane części mienia nie przekroczył na terytorium RP w żadnym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie równowartości 10 milionów euro.

Kolejną zmianą, dokonywaną w związku z licznymi postulatami przedsiębiorców, jest wprowadzenie utajnienia części decyzji Prezesa UOKiK (w tym również uzasadnienia) wyrażającej warunkową zgodę na koncentrację – w zakresie dotyczącym terminu spełnienia warunków nałożonych na przedsiębiorcę (art. 19 ust. 4-6). W sytuacji bowiem, kiedy warunkiem zgody na dokonanie koncentracji jest np. sprzedaż spółki zależnej albo części mienia, świadomość ewentualnych nabywców co do obowiązkowego terminu dokonania sprzedaży może negatywnie wpływać na pozycję negocjacyjną sprzedawcy i doprowadzić (zwłaszcza, jeżeli termin jest stosunkowo krótki) do znacznego obniżenia ceny, nieuzasadnionego rzeczywistą wartością sprzedawanej spółki lub mienia. Ww. utajnienie części decyzji będzie następować wyłącznie na wniosek strony. Złożenie przez stronę ww. wniosku będzie obligowało organ do utajnienia. Utajnienie będzie oznaczać wyłączenie stosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej do części decyzji dotyczącej terminu na spełnienie warunku, organ antymonopolowy nie będzie również publikował utajnionej części decyzji. Wprowadzenie takiego uregulowania nie będzie wyłączać obowiązków informacyjnych przedsiębiorców wynikających z przepisów innych ustaw (np. obowiązków nakładanych na emitentów na podstawie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych).

Pozostałe zmiany mają charakter proceduralny, potrzeba ich wprowadzenia wynika z doświadczeń UOKiK (dotyczą m.in. wprowadzenia terminu na złożenie wniosku o przedłużenie terminu na dokonanie koncentracji – art. 22 ust. 2).

## **B. Kontrola i przeszukiwanie.**

Należy podkreślić, iż proponowane zmiany w przepisach ustawy dotyczących kontroli i przeszukiwania mają na celu – obok przyspieszenia i usprawnienia procedur kontroli i przeszukiwania – również wyjaśnienie pojawiających się w praktyce wątpliwości w zakresie stosowania do przeszukań odpowiednio przepisów Kodeksu postępowania karnego oraz przepisów dotyczących kontroli przedsiębiorców. Wydaje się, iż jednoznaczne wskazanie, które z przepisów Kpk mają zastosowanie do przeszukań przeprowadzanych przez Prezesa UOKiK oraz oddzielenie procedury kontroli od procedury przeszukiwania powinno usunąć te wątpliwości i przyczynić się do większej skuteczności oraz przejrzystości tych instytucji. Jednocześnie w celu ochrony praw przedsiębiorców proponuje się przyznanie przeszukiwanym przedsiębiorcom uprawnienia do zaskarżenia czynności przeszukiwania sprzecznych z przepisami ustawy do sądu ochrony konkurencji i konsumentów w drodze zażalenia.

### **Kontrola**

Zmiany proponowane w zakresie przepisów dotyczących kontroli przeprowadzanej w toku postępowania przed Prezesem Urzędu mają głównie charakter doprecyzowujący, porządkujący i usuwający pojawiające się wątpliwości interpretacyjne, jak również są wprowadzane w celu usprawnienia przebiegu kontroli i zapewnienia jej większej skuteczności.

Uzupełniono art. 105a ust. 4 pkt 6 dotyczący wymogów upoważnienia do przeprowadzenia kontroli o wskazanie czasokresu objętego kontrolą. Uznano także, iż konieczne jest doprecyzowanie przysługującego kontrolującemu w ramach kontroli uprawnienia polegającego na możliwości sporządzania notatek z udostępnianych przez przedsiębiorców akt, ksiąg, wszelkiego rodzaju dokumentów i nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli. Już obecnie - mając na względzie wykładnię celowościową - przyjmuje się, iż przewidziana w ustawie możliwość „sporządzania notatek” z dokumentacji prowadzonej przez przedsiębiorców w postaci dokumentu elektronicznego i znajdującej się na różnego rodzaju nośnikach danych, urządzeniach czy systemach służących do przechowywania danych należy rozumieć jako uprawnienie kontrolujących do kopiowania tych danych w toku kontroli. Jednakże w celu usunięcia wszelkich, pojawiających się w tym zakresie wątpliwości, proponuje się takie doprecyzowanie art. 105b ust. 1 pkt 3, aby wynikało z niego wprost, że sporządzanie notatek z takiej dokumentacji w postaci dokumentu elektronicznego polegać może w szczególności na kopiowaniu informacji zawartych na informatycznych nośnikach danych, w tym również będących własnością innego podmiotu (podmiotom tym, których prawa zostaną naruszone w toku kontroli, będzie przysługiwało na podstawie nowoprojektowanego art. 105l zażalenie do sądu ochrony konkurencji i konsumentów), zawierających dane kontrolowanego związane z przedmiotem kontroli czy też kopiowaniu korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną.

W związku z ww. doprecyzowaniem uprawnień kontrolujących w zakresie kopiowania danych elektronicznych zaproponowano również odpowiednie doprecyzowanie obowiązków kontrolowanego przedsiębiorcy. Dotychczasowy obowiązek kontrolowanego w postaci zapewnienia kontrolującemu dostępu do wszelkiego rodzaju nośników informacji

uszczegółowiono poprzez odniesienie do informatycznych nośników danych, w tym również będących własnością innego podmiotu oraz korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną (art. 105d ust. 1 pkt 2).

Ponadto, w przepisach dotyczących kontroli (tj. w art. 105h ust. 2–4), w celu ujednoczenia używanej terminologii, proponuje się rezygnację z pojęcia „protokół zatrzymania”, „zatrzymane przedmioty” i w konsekwencji wprowadzenia pojęć „protokół zajęcia” i „zajęte przedmioty”.

W art. 105i ustawy konieczne jest usunięcie przewidzianej w tym przepisie możliwości przeprowadzenia przez Prezesa Urzędu na wniosek Komisji Europejskiej kontroli i przeszukania w sytuacji, gdy przedsiębiorca sprzeciwia się przeprowadzeniu przez Komisję kontroli w toku postępowania prowadzonego na podstawie przepisów rozporządzenia nr 1/2003/WE lub rozporządzenia nr 139/2004/WE. Trzeba w tym miejscu wyjaśnić, że w art. 20 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003/WE oraz w art. 13 ust. 6 rozporządzenia nr 139/2004/WE mowa jest o konieczności udzielenia przez krajowy organ antymonopolowy „wszelkiej koniecznej pomocy” na żądanie Komisji w ramach kontroli prowadzonej przez tę instytucję; w związku z powyższym nie jest potrzebne wszczynanie odrębnej kontroli czy przeszukania przez Prezesa Urzędu. Zamiast tego proponuje się więc wprowadzenie regulacji mówiącej, iż upoważnionym przez Prezesa UOKiK do wzięcia udziału w takiej kontroli pracownikom UOKiK czy biegłym oraz pracownikom Komisji Europejskiej przysługują wówczas uprawnienia kontrolujących oraz przeszukających z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Odnośnie do kontroli prowadzonej na wniosek Komisji Europejskiej lub organu ochrony konkurencji innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej w przypadku, o którym mowa w art. 22 rozporządzenia nr 1/2003/WE oraz art. 12 rozporządzenia nr 139/2004/WE, proponuje się wskazanie wprost w przepisie osób, które Prezes Urzędu może upoważnić do wzięcia udziału w kontroli lub przeszukaniu (tj. pracowników Urzędu, pracownika Komisji Europejskiej lub organu ochrony konkurencji państwa członkowskiego Unii Europejskiej występującego z wnioskiem oraz biegłych).

Ponadto, proponuje się, w zakresie przepisów dotyczących kontroli, dokonanie zmian o charakterze redakcyjnym oraz mających na celu poprawienie niewłaściwych odesłań. W art. 105a ust. 4 pkt 6, w ramach danych, jakie powinno zawierać upoważnienie do przeprowadzenia kontroli, proponuje się wskazać, że powinno ono określać „zakres przedmiotowy” kontroli, jak również należy doprecyzować, że wskazane w ust. 4 tego artykułu informacje powinny dotyczyć także upoważnień do udziału w kontroli osób, o których mowa w art. 105a ust. 2. W art. 105a ust. 6 należy poprawić błędne odwołanie do ust. 3 tego przepisu poprzez wskazanie, że chodzi o osoby upoważnione do wzięcia udziału w kontroli, o których mowa w ust. 2. W art. 105a ust. 5 dokonano zmiany porządkującej, dotyczącej organu składającego wniosek do wojewódzkich inspektorów Inspekcji Handlowej o upoważnienie pracowników wojewódzkich inspektoratów do przeprowadzenia kontroli; wg przepisu obecnie obowiązującego wniosek składa Główny Inspektor IH, ale ponieważ organ ten został zniesiony na podstawie nowelizacji ustawy o Inspekcji Handlowej, a jego zadania przejął Prezes UOKiK - już teraz wydaje on ww. wnioski – zmiana ma zatem na celu jedynie dokonanie poprawki o charakterze legislacyjnym.

## **Przeszukanie**

Istotną zmianą proponowaną w tym zakresie jest rozdzielenie instytucji kontroli od przeszukania oraz w ramach przeszukania wprowadzenie wyraźnego odesłania do konkretnych przepisów Kpk, które przewidują dla przeszukiwanych określone gwarancje ochrony ich uprawnień m.in. w zakresie tajemnic prawnie chronionych.

Obecnie obowiązujące przepisy stanowią, iż do przeszukania pomieszczeń i rzeczy stosuje się w pierwszej kolejności przepisy dotyczące kontroli u przedsiębiorcy tj. przepisy Rozdziału 5 ustawy, w tym również z mocy art. 105l ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.), przewidującej możliwość składania przez przedsiębiorcę sprzeciwu w toku kontroli. Stosowanie do przeszukania przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie instytucji sprzeciwu, którego wniesienie powoduje wstrzymanie czynności kontrolnych do czasu jego rozpatrzenia - nie wydaje się zasadne. Należy zauważyć, że kontrola u przedsiębiorcy opiera się na założeniu współpracy kontrolowanego przedsiębiorcy z kontrolującymi, natomiast przeszukanie zbliżone jest do przeszukania przeprowadzanego przez Policję w toku postępowania przygotowawczego na podstawie ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, w ramach którego przeszukujący podejmują określone czynności bez konieczności uzyskania zgody przeszukiwanego (mające na celu np. odebranie określonych dokumentów), a często bez jego udziału. Co równie istotne, ustawa wymaga dla przeprowadzenia przeszukania zgody sądu ochrony konkurencji i konsumentów. Ponadto, należy zauważyć, że obecnie do przeszukania przez pracowników Urzędu stosuje się odpowiednio - w zakresie nieuregulowanym w ustawie - przepisy Kpk, mające zastosowanie do przeszukania. Stosowanie jednocześnie do instytucji przeszukania zarówno regulacji wynikających z przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jak i Kodeksu postępowania karnego budzi szereg wątpliwości i problemów interpretacyjnych, wobec czego uznano, iż należy rozdzielić instytucje kontroli i przeszukania w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wobec powyższego proponuje się uchylenie art. 105c oraz dodanie art. 105m, zgodnie z którym – tak jak to jest obecnie - przeszukanie pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorcy będzie mogło być przeprowadzone za zgodą sądu ochrony konkurencji i konsumentów wydaną na wniosek Prezesa Urzędu w formie postanowienia, przy czym przeszukanie będzie mogło być przeprowadzone jedynie w sprawach praktyk ograniczających konkurencję w toku postępowania wyjaśniającego i postępowania antymonopolowego, w celu znalezienia i pozyskania informacji lub przedmiotów mogących stanowić dowód w sprawie, a przesłanką jego przeprowadzenia będzie zaistnienie uzasadnionych podstawy do przypuszczenia, że dane informacje lub przedmioty tam się znajdują. Proponuje się również (analogicznie jak w obecnym stanie prawnym), że w przypadku uzasadnionego podejrzenia poważnego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności wtedy, gdy mogłoby dojść do zatarcia dowodów, Prezes Urzędu będzie uprawniony do wystąpienia z wnioskiem o zgodę na przeszukanie jeszcze przed wszczęciem postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję (art. 105m ust. 3).

W celu wyjaśnienia pojawiających się obecnie wątpliwości, które z przepisów ustawy dotyczących kontroli oraz które przepisy Kpk stosuje się do przeszukania, proponuje się wskazanie wprost w nowoprojektowanym art. 105n, iż przepisy art. 105a ust. 2-7 oraz art. 105b – art. 105k ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczące kontroli u przedsiębiorcy określające krąg osób, które Prezes UOKiK może upoważnić do wzięcia udziału w kontroli, uprawnienia i obowiązki kontrolujących i kontrolowanych, kwestie związane z zabezpieczeniem i zajęciem dowodów oraz sporządzaniem protokołu kontroli stosuje się odpowiednio do przeszukania. Jeżeli chodzi o przepisy Kpk, proponuje się wskazanie w art. 105n ust. 3, że do przeszukania będą miały zastosowanie odpowiednio art. 224 § 1, art. 225 – art. 227 Kpk, tj. przepisy dotyczące zasad postępowania ze znalezionymi w toku przeszukania dokumentami zawierającymi tajemnice prawnie chronione, zwalniania w określonych przypadkach z tajemnic, przy czym sądem właściwym będzie w tych sprawach sąd ochrony konkurencji i konsumentów, jak również przepisy o charakterze proceduralnym



nakazujące przeszukującym dokonywanie przeszukania z zachowaniem umiaru oraz bez wyrządzania niepotrzebnych szkód i dolegliwości.

W tym miejscu należy wskazać, iż - jeżeli chodzi o kwestie związane z Legal Professional Privilege - uznano, iż wystarczającą w tym zakresie regulacją jest obecne odesłanie do art. 225 § 3 Kpk, który odnośnie do przewidzianej w nim „tajemnicy obrończej” może być interpretowany również w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, w szczególności wyroku Trybunału (Wielkiej Izby) z dnia 14.09.2010 w sprawie C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd. i Akros Chemicals Ltd przeciwko Komisji Europejskiej, który dotyczył ochrony informacji objętych tzw. *Legal Professional Privilege* w toku przeszukania prowadzonego przez Komisję Europejską w ramach postępowania antymonopolowego. Przewiduje się także uprawnienie dla przedsiębiorcy do składania zastrzeżeń w określonym terminie po zakończeniu przeszukania, że skopiowane w toku przeszukania dane elektroniczne zawierają tajemnice prawnie chronione (art. 105p). Proponuje się, aby termin ten wynosił 21 dni od dnia od zakończenia przeszukania zarówno dla przedsiębiorcy, jak i innych osób zobowiązanych do zachowania tajemnic prawnie chronionych (tak długi termin jest niezbędny ze względu na dużą ilość materiałów gromadzonych w postępowaniu).

Należy także wskazać, że w przypadku dokumentów zawierających informacje niejawnne – zgodnie z wymogami określonymi w przepisach o ochronie informacji niejawnnych – dostęp do nich oraz ich ochrona w ramach Urzędu będzie podlegać wymogom wynikającym z tych przepisów.

Odnośnie do pozostałych kwestii proceduralnych związanych z przeprowadzaniem przeszukania (tj. np. pory dnia, w jakiej może być ono dokonane, miejsca przeszukania, sposobu jego przeprowadzenia), mając na względzie fakt, iż przepisy Kodeksu postępowania karnego w zakresie przeszukania dotyczą głównie osób fizycznych w miejscu ich zamieszkania, a przeszukiwanie na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przeprowadzane jest w stosunku do przedsiębiorcy, w art. 105n ust. 2 odesłano w tym zakresie do odpowiedniego stosowania przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, tj. do art. 80a ust. 1 oraz art. 80b zdanie pierwsze. Zgodnie z tymi przepisami przeszukiwanie przeprowadza się w siedzibie przeszukiwanego lub w miejscu wykonywania działalności gospodarczej, w godzinach pracy lub w czasie faktycznego wykonywania działalności gospodarczej, a czynności przeszukania powinny być przeprowadzane w sposób sprawny i możliwie niezakłócający funkcjonowania przedsiębiorcy.

W odniesieniu do przeszukania, o którym mowa w art. 91 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a więc przeszukania przeprowadzanego przez Policję u osób fizycznych pozostawiono obecnemu uregulowaniu, tzn. w zakresie nieuregulowanym ustawą odpowiednie zastosowanie mają przepisy Kpk dotyczące przeszukania – bez szczegółowego wskazywania konkretnych przepisów, tak jak to uczyniono w przypadku przeszukania u przedsiębiorcy.

## **Zażalenie**

Konsekwencją rezygnacji ze stosowania przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz sprzeciwów do instytucji przeszukania jest propozycja wprowadzenia dla przedsiębiorców uprawnienia do składania w toku przeszukania zażaleń - analogicznie jak to zostało uregulowane w Kpk przy przeszukiwaniach przeprowadzanych w ramach postępowania przygotowawczego przez Policję. W nowoprojektowanym art. 105o proponuje się, aby przeszukiwanemu oraz innym osobom, których prawa zostały naruszone w toku przeszukania, przysługiwało prawo do wniesienia zażalenia, w terminie 7 dni od dnia zarzucanego naruszenia, do sądu ochrony konkurencji i konsumentów na czynności przeszukania

wykraczające poza zakres przedmiotowy przeszukania lub inne czynności przeszukania podjęte z naruszeniem przepisów. Zażalenie, którego wniesienie nie będzie wstrzymywać przeszukania, będzie wnoszone za pośrednictwem Prezesa Urzędu, który będzie zobowiązany przekazać zażalenie, wraz z odpowiedzią na nie, do sądu w terminie 7 dni od dnia jego otrzymania. Sąd będzie miał 7 dni od dnia przekazania zażalenia przez Prezesa Urzędu na jego rozpoznanie, a w przypadku uznania zasadności zażalenia dowody uzyskane w wyniku zaskarżonej czynności przeszukania nie będą mogły być wykorzystane w postępowaniu dowodowym przed Prezesem Urzędu. W celu zapewnienia dwuinstancyjności postępowania od orzeczenia zapadłego w wyniku rozpoznania zażalenia (które będzie zawierać uzasadnienie) będzie przysługiwał środek odwoławczy do II instancji.

W związku ze wskazanym wyżej rozszerzeniem kompetencji sądu ochrony konkurencji i konsumentów konieczna jest nowelizacja przepisów dotyczących postępowania przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów (art. 479<sup>28</sup> § 1 Kpc) poprzez uzupełnienie właściwości sądu o:

- uprawnienie do rozpoznawania zażaleń na czynności przeszukania,
- rozpoznawania zażaleń składanych w toku kontroli przez podmioty, których prawa zostały naruszone w toku kontroli w związku z kopiowaniem danych elektronicznych,
- rozpoznawania zażaleń na postanowienia wydawane przez Prezesa Urzędu, o których mowa w art. 84c ust. 9 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej w zw. z art. 105 l ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,
- wydawania postanowień o zwrocie pism lub dokumentów lub ich zatrzymaniu dla celów postępowania przed Prezesem Urzędu na podstawie art. 225 Kpk w zw. z art. 105n ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,
- wydawania postanowień w przedmiocie wniosku o zezwolenie na wykorzystanie pisma lub dokumentu jako materiału dowodowego dla celów postępowania przed Prezesem Urzędu na podstawie art. 180 Kpk i art. 226 Kpk w zw. z art. 105n ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,
- rozpoznawanie skarg na inne akty lub czynności Prezesa Urzędu dokonywane w postępowaniach prowadzonych na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

## **Kary pieniężne**

W związku z podnoszonymi w praktyce wątpliwościami dotyczącymi wykładni przepisów karnych zawartych w ustawie, jak również kierując się potrzebą bardziej precyzyjnego określenia w ustawie przesłanek nałożenia kar pieniężnych, uznano, iż konieczne jest doprecyzowanie przepisów o karach pieniężnych zawartych w Dziale VII ustawy.

Wobec powyższego zdecydowano się zrezygnować z ogólnej i powodującej szereg problemów interpretacyjnych przesłanki „braku współdziałania w toku kontroli”, o której mowa w art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy i w konsekwencji określenie w sposób szczegółowy rodzajów czynności, które kwalifikuje się jako brak takiego współdziałania. W art. 106 ust. 2 pkt 3 i 4 wskazano wprost, iż kara o której mowa w art. 106 ust. 2 ustawy, może być nałożona na przedsiębiorcę w przypadku utrudniania lub uniemożliwiania przez niego wszczęcia kontroli lub przeszukania, utrudniania lub uniemożliwiania wykonywania przez kontrolujących lub przeszukujących uprawnień wynikających z niniejszej ustawy oraz niewykonywania w toku kontroli lub przeszukania obowiązków wynikających z ustawy. Przedmiotowa propozycja modyfikacji przepisu określającego kary pieniężne jest spójna z zaproponowanym wyżej doprecyzowaniem katalogu uprawnień kontrolujących i przeszukujących oraz obowiązków kontrolowanych i przeszukiwanych.

Za powyższe naruszenia proponuje się również dodanie pkt 4 i 5 w art. 108 ust. 1, przewidujących możliwości nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 108 ust. 1, na osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy.

Z tych samych względów konieczne jest również doprecyzowanie art. 108 ust. 2 pkt 1 ustawy, gdzie proponuje się, aby kara pieniężna do pięćdziesięciokrotności przeciętnego wynagrodzenia mogła być nałożona na osobę upoważnioną przez kontrolowanego, osobę upoważnioną przez przeszukiwanego oraz posiadacza lokalu mieszkalnego, pomieszczenia, nieruchomości lub środka transportu (w przypadku przeszukania przeprowadzanego przez Policję) za – choćby nieumyślne - utrudnianie lub uniemożliwianie wszczęcia kontroli lub przeszukania, utrudnianie lub uniemożliwianie wykonywania przez kontrolujących lub przeszukujących lub Policję uprawnień wynikających z niniejszej ustawy lub niewykonywanie obowiązków wynikających z ustawy. Ponadto, mając na względzie częste przypadki utrudniania wszczęcia kontroli lub przeszukania przez osoby, którym może zostać okazane upoważnienie do przeprowadzenia przeszukania lub kontroli i zgoda sądu na przeszukanie pod nieobecność kontrolowanego, przeszukiwanego lub osoby przez nich upoważnionej oraz wątpliwości związane z tym jak w przypadku tych osób należy rozumieć pojęcie „braku współdziałania w toku kontroli” (art. 108 ust. 2 pkt 2), zdecydowano się na doprecyzowanie w tym przepisie przesłanek umożliwiających nałożenie kary pieniężnej na te osoby. Proponuje się wskazanie wprost, w art. 108 ust. 2 pkt 2, że na ww. osoby może zostać nałożona kara pieniężna za – choćby nieumyślne - utrudnianie lub uniemożliwianie wszczęcia kontroli lub przeszukania oraz utrudnianie lub uniemożliwianie wykonywanie przez kontrolujących, przeszukujących lub policję uprawnień wynikających z niniejszej ustaw. Możliwość ta nie dotyczy jednak przywołanego jako świadka funkcjonariusza publicznego, niebędącego pracownikiem organu przeprowadzającego kontrolę lub przeszukiwanie.

### **C. Środki zaradcze.**

Kolejnym nowym narzędziem, w które zostanie wyposażony Prezes UOKiK na podstawie zmian przyjętych w przedmiotowej nowelizacji, będzie możliwość nakładania w decyzji kończącej postępowanie środków mających na celu zakończenie naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję lub usunięcie jego skutków. Jest to rozwiązanie oczekiwane przez przedsiębiorców, którzy niejednokrotnie zgłaszali potrzebę szczegółowego wskazania przez Prezesa UOKiK sposobu wykonania decyzji, ponieważ mieli wątpliwości jak ją wykonać, a obawiali się kary pieniężnej za jej niewykonanie. Proponowane przepisy umożliwią Prezesowi UOKiK szczegółowe wskazanie sposobu wykonania decyzji. Prezes UOKiK jako organ, który prowadził postępowanie antymonopolowe w sprawie, znając dokładnie specyfikę rynku, którego niedozwolona praktyka dotyczy, będzie mógł jasno sprecyzować obowiązki przedsiębiorcy w tym zakresie. Na wprowadzeniu tej instytucji najbardziej skorzystają strony postępowania, które, w decyzji kończącej postępowanie, dostaną szczegółowe wytyczne dotyczące jej prawidłowego wykonania. Dzięki temu unikną obaw, że za jej niewykonanie dostaną dodatkową karę pieniężną.

W proponowanej regulacji, Prezes UOKiK będzie mógł nałożyć środek zaradczy, w przypadku naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów, o których mowa w art. 6 i 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów lub art. 101 lub 102 TFUE, czyli w przypadku zawarcia niedozwolonego porozumienia lub nadużywania pozycji dominującej. Proponowany art. 10 ust. 4 będzie zawierał otwartą listę środków, takich jak: udzielenie licencji praw wyłącznych konkurentom, umożliwienie dostępu do określonej infrastruktury na niedyskryminacyjnych warunkach, zmianie lub usunięciu określonych warunków umownych, nałożenie obowiązku

dostawy innym podmiotom określonych produktów lub świadczenia określonych usług na niedyskryminacyjnych warunkach. Lista ta powinna być otwarta, tak aby Prezes UOKiK mógł nałożyć, dostosowany do rodzaju i charakteru oraz indywidualnych cech przedsiębiorcy, środek, który zapewni najlepszą realizację celu, czyli usunie skutki i zapobiegnie możliwości naruszenia w przyszłości. Powyższe środki powinny być proporcjonalne do stwierdzonego naruszenia i konieczne do jego skutecznego zakończenia lub usunięcia jego skutków (art. 10 ust. 6).

W przypadku gdy powyższe środki (tzw. środki behawioralne) mogłyby okazać się niewystarczająco skuteczne lub też zanadto dolegliwe dla przedsiębiorcy, Prezes UOKiK będzie mógł nałożyć na przedsiębiorcę środek, polegający 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). Z uwagi na większą inwazyjność tego rozwiązania w wewnętrzną strukturę i strategię przedsiębiorcy, Prezes UOKiK mógłby skorzystać z tego narzędzia jedynie w wyjątkowych okolicznościach określonych w projektowanej ustawie, tzn. w przypadku, gdy inne środki mogłyby okazać się nieskuteczne lub też gdy byłyby równie skuteczne lecz bardziej uciążliwe dla przedsiębiorcy. Podobnie jak w przypadku pozostałych środków, także i ten środek powinien być proporcjonalny do stwierdzonego naruszenia i konieczny do usunięcia jego skutków. W przeciwieństwie do środków o charakterze behawioralnym nie przewiduje się w tym zakresie otwartego katalogu środków; Prezes Urzędu będzie uprawniony do stosowania ww. środka zaradczego w przypadkach wyjątkowych, nie narzucając przedsiębiorcy prowadzenia określonego rodzaju działalności gospodarczej (wśród typowych zastosowań tego środka można wskazać np. nakaz rozdzielenia prowadzenia przez przedsiębiorcę działalności na szczeblu detalicznym od działalności hurtowej, w celu zapewnienia innym detalistom jednolitych warunków na danym rynku).

Nakładając na przedsiębiorcę określony środek Prezes UOKiK będzie mógł wyznaczyć termin na jego realizację, a także nałożyć obowiązki sprawozdawcze i wyznaczyć terminy na ich realizację (art. 10 ust. 7 i 8). Takie rozwiązanie pozwoli na sprawne monitorowanie wykonania nałożonych na przedsiębiorcę zobowiązań. W celu zapewnienia sprawnej realizacji powyższych obowiązków przewiduje się wprowadzenie do ustawy możliwości nałożenia sankcji za nieudzielenie w wyznaczonym terminie informacji lub też podanie informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd (art. 106 ust. 2 pkt 2). W takich przypadkach Prezes UOKiK powinien mieć możliwość nałożenia kary w wysokości do 50.000.000 euro, jeżeli przedsiębiorca, choćby nieumyślnie dopuścił się tego czynu. Tak dolegliwa sankcja zapewni, że przedsiębiorca wywiąże się z nałożonych na niego zobowiązań i związanych z ich realizacją obowiązków informacyjnych, zapewniając tym samym skuteczną realizację celów środków zaradczych. Górny pułap ww. kary pieniężnej jest tożsamy z karami, których mowa w art. 106 ust. 2 (naruszenie obowiązków sprawozdawczych w zakresie realizacji środków zaradczych należy zaliczyć do tego samej kategorii naruszeń, w porównaniu do tych, które są wskazane w art. 106 ust. 2).

Należy podkreślić, że przedsiębiorca będzie zobowiązany do wykonania nałożonych na niego środków dopiero po uprawomocnieniu się decyzji, w której to Prezes UOKiK je nałożył. Takie rozwiązanie zapewni pełną ochronę praw przedsiębiorcy. Ponadto zapewni, że w przypadku skutecznego podważenia decyzji wydanej przez Prezesa UOKiK przedsiębiorca nie będzie musiał usuwać skutków nałożonych i już wykonanych przez niego środków zaradczych.

#### **D. Dobrowolne poddanie się karze.**

Następnym instrumentem przyczyniającym się do wzmocnienia polskiego systemu ochrony konkurencji, który przewidziany jest w przedmiotowej nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest instytucja **dobrowolnego poddania się karze** (*ang. settlements*) – art. 88a. Celem tej instytucji jest przede wszystkim uproszczenie i przyspieszenie postępowania antymonopolowego w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, a co za tym idzie szybsze osiągnięcie stanu pożądanego na danym rynku (w zakresie ochrony konkurencji).

Dobrowolne poddanie się karze w postępowaniu antymonopolowym jest nieobligatoryjnym środkiem, który może zastosować organ antymonopolowy w związku z wykryciem naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Instytucja ta przewiduje możliwość zapoznania się przez uczestnika postępowania, któremu zarzucane jest naruszenie, z wymiarem kary, która w związku z tym naruszeniem zostanie na niego nałożona w późniejszej decyzji, oceną prawną sprawy dokonaną przez Prezesa Urzędu i planowanym rozstrzygnięciem, a przede wszystkim daje możliwość obniżenia wysokości kary.

Warunkami niezbędnymi dla zastosowania dobrowolnego poddania się karze są:

- dobrowolne złożenie przez przedsiębiorcę stosującego praktykę ograniczającą konkurencję oświadczenia, w którym potwierdza on ustalenia organu co do najważniejszych faktów dotyczących stosowanej praktyki. Należy w tym miejscu podkreślić, iż ww. oświadczenie przedsiębiorcy będzie miało jedynie charakter proceduralny. Prezes Urzędu będzie bowiem zobowiązany do przeprowadzenia pełnego postępowania dowodowego w sprawie, a oświadczenie przedsiębiorcy będzie jedynie potwierdzeniem dokonanych przez organ ustaleń,
- niekwestionowanie przez przedsiębiorcę wysokości kary, o której jest on informowany przed wydaniem decyzji,
- niepodważanie w postępowaniu odwoławczym faktów potwierdzonych uprzednio w toku postępowania antymonopolowego.

Organ antymonopolowy dysponuje uznaniowością w zakresie zastosowania instytucji dobrowolnego poddania się karze – nie jest związany wnioskami zainteresowanych przedsiębiorców w zakresie wszczęcia procedury *settlements*, jak również na każdym etapie postępowania może zadecydować o rezygnacji ze stosowania tej procedury ze względu na dobro toczącego się postępowania. Jedynym kryterium, na podstawie którego Prezes UOKiK będzie podejmował decyzję o wszczęciu procedury, będzie kryterium przyspieszenia postępowania. Jeżeli będą zachodziły przesłanki pozwalające stwierdzić, że procedura dobrowolnego poddania się karze wpłynie na szybkość postępowania, organ będzie mógł wystąpić do przedsiębiorcy z propozycją objęcia go tą procedurą.

Decydując się na zastosowanie tej instytucji organ antymonopolowy musi jednak przed wydaniem decyzji poinformować przedsiębiorcę o wstępnych ustaleniach względem udziału tego przedsiębiorcy w naruszeniu, o przewidywanej wysokości kary, a nałożona kara powinna być obniżona w stosunku do kary, jaką przedsiębiorca otrzymałby, gdyby nie poddał się dobrowolnie karze (wysokość obniżki – 10%).

Zastosowanie procedury dobrowolnego poddania się karze w postępowaniu antymonopolowym sprzyja wzmocnieniu systemu ochrony konkurencji, jest także korzystne dla przedsiębiorców, którzy naruszyli zakaz praktyk ograniczających konkurencję, a którzy wykazują chęć współpracy z organem antymonopolowym w toku postępowania. Wspomniane korzyści instytucji *settlements* to:

- szybsze położenie kresu naruszeniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przy zastosowaniu procedury *settlements*, organ antymonopolowy, obok pełnego materiału dowodowego, który jest obowiązany zgromadzić w sprawie przed wydaniem decyzji, będzie dysponować też dodatkowym dowodem, np. w postaci oświadczenia uczestnika porozumienia, zawierającego potwierdzenie istnienia porozumienia, szczegółów związanych z jego funkcjonowaniem oraz roli tego uczestnika w porozumieniu.

Przyznanie się przedsiębiorcy będzie więc mieć znaczenie dla ustaleń organu i decyzji, która zostanie wydana w sprawie danej praktyki – jego istnienie umożliwi szybsze zakończenie postępowania i wydanie decyzji stwierdzającej niedozwoloną praktykę, co jest generalnie korzystne dla wszystkich uczestników rynku,

– szybsze uprawomocnienie się wydawanych decyzji - instytucja *settlements* zakłada, że przedsiębiorca dobrowolnie poddający się karze nie będzie składał odwołań od wydanej decyzji do sądu, głównie ze względu na to, że decyzja została wydana w oparciu o jego oświadczenie, w którym przyznaje się on do stosowania praktyki oraz ze względu na to, że zaakceptował on uprzednio wymiar kary, jaką otrzymał w decyzji. W sytuacji gdy w chwili obecnej większość decyzji w sprawach praktyk ograniczających konkurencję jest kontestowana przed sądami, gdzie czas od wniesienia odwołania do rozpatrzenia przez sąd to niejednokrotnie kilkanaście miesięcy i gdy zdecydowana większość decyzji wydawanych przez Prezesa UOKiK jest jednak ostatecznie podtrzymywana przez sądy, wprowadzenie instrumentu służącego zmniejszeniu liczby odwołań, a co za tym idzie potencjalnie zmniejszającego zaangażowanie organu antymonopolowego w sprawy sądowe (i w związku z tym zaangażowanie większych sił i środków np. w walkę z nowymi naruszeniami konkurencji), należy niewątpliwie ocenić pozytywnie,

- możliwość zapoznania się przez przedsiębiorcę z ustaleniami organu, przewidywaną treścią rozstrzygnięcia, planowaną wysokością kary i możliwość wyrażenia stanowiska odnośnie ww. kwestii jeszcze przed zakończeniem postępowania – takie uregulowanie będzie korzystne dla stron postępowania uczestniczących w procedurze dobrowolnego poddania się karze, wychodzi ono naprzeciw postulatowi zgłaszanemu wielokrotnie przez przedsiębiorców, będących stronami postępowania antymonopolowego, domagających się zwiększenia roli stron w postępowaniu,

- nałożona kara będzie niższa od tej, którą przedsiębiorca otrzymałby, gdyby nie poddał się dobrowolnie karze (korzyść dla przedsiębiorcy decydującego się na współpracę w ramach procedury dobrowolnego poddania się karze).

Dodatkowo planuje się wprowadzenie do art. 81 ustawy przepisu, na mocy którego wniesienie przez przedsiębiorcę dobrowolnie poddającego się karze odwołania od decyzji, w której uwzględniono propozycje tego przedsiębiorcy zgłoszone w ramach wyżej opisanej procedury, automatycznie powoduje utratę 10% obniżki kary, jaką przedsiębiorca otrzymał w związku z dobrowolnym poddaniem się karze.

Ponadto, informacje i dowody uzyskane przez Prezesa UOKiK w związku ze stosowaniem procedury dobrowolnego poddania się karze będą podlegały ochronie na wzór ochrony przysługującej informacjom o wystąpieniu przedsiębiorcy o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie, w szczególności:

a) nie będą one udostępniane stronom w toku postępowania, ani też nie będą udostępniane w trybie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej (art. 70 ust. 1 i art. 70a),

b) kopiowanie przez strony informacji i dowodów mających charakter oświadczeń (w momencie ich udostępnienia stronom przed wydaniem decyzji) będzie możliwe jedynie za pisemną zgodą przedsiębiorcy dobrowolnie poddającego się karze. Bez pisemnej zgody dopuszczalne będzie jedynie sporządzanie odręcznych notatek z tych dokumentów, pod warunkiem, że strony zobowiążą się do ich wykorzystywania jedynie na potrzeby postępowania toczącego się w tej sprawie przed Prezesem UOKiK lub przed sądem (art. 70 ust. 2),

c) znowelizowane będą przepisy w zakresie postępowania przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów (art. 479<sup>33</sup> Kpc):

- kopiowanie przez strony oraz innych uczestników postępowania informacji i dowodów mających charakter oświadczeń, w ramach postępowania sądowego, będzie możliwe jedynie za pisemną zgodą przedsiębiorcy dobrowolnie poddającego się karze. Bez

pisemnej zgody dopuszczalne będzie jedynie sporządzanie odręcznych notatek z tych dokumentów, pod warunkiem, że strony zobowiążą się do ich wykorzystywania jedynie na potrzeby postępowania toczącego się w tej sprawie,

- kopie sporządzone bez zgody przedsiębiorcy dobrowolnie poddającego się karze nie mogą być wykorzystywane jako dowody w postępowaniach sądowych prowadzonych w innych sprawach,

- w przypadku gdy inny sąd zwróci się do sądu ochrony konkurencji i konsumentów o wydanie ww. informacji i dowodów mających charakter oświadczeń, sąd ochrony konkurencji i konsumentów będzie mógł przekazać informacje i dowody mające charakter oświadczeń przedsiębiorcy dobrowolnie poddającego się karze jedynie, jeśli przedsiębiorca ten wyraził na to pisemną zgodę.

Jednocześnie przewiduje się, że w przypadku braku akceptacji przez Prezesa UOKiK propozycji przedsiębiorcy w sprawie dobrowolnego poddania się karze lub odstąpienia przez Prezesa UOKiK od stosowania procedury w sprawie dobrowolnego poddania się karze – informacje i dowody uzyskane w ramach tej procedury, mające charakter oświadczenia przedsiębiorcy, nie będą wykorzystywane w postępowaniu dowodowym przed Prezesem Urzędu (art. 88a ust. 11). Pozostałe informacje i dowody, nie będące oświadczeniem przedsiębiorcy potwierdzającym stosowanie przez niego niedozwolonej praktyki będą mogły być wykorzystywane w toku postępowania. Odmienne rozwiązanie, pozwalające na wykorzystanie oświadczeń, osłabiłoby znacznie atrakcyjność procedury dla przedsiębiorców i ograniczyłoby ich zaufanie do Urzędu. Należy także zauważyć, że na etapie wszczęcia procedury, Prezes Urzędu, ma w posiadaniu w zasadzie kompletny materiał pozwalający mu na wydanie decyzji, dlatego też możliwa jest rezygnacja z możliwości wykorzystania pozostałych informacji, bez szkody dla przebiegu postępowania.

Powyższa procedura będzie miała zastosowanie również w stosunku do osób fizycznych, ponoszących odpowiedzialność za dopuszczenie, w ramach sprawowanych funkcji, do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk ograniczających konkurencję.

## **E. System łagodzenia kar.**

### **Leniency**

W obecnym brzmieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów program łagodzenia kar (leniency) uregulowany jest w art. 109 oraz w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 26 stycznia 2009 r. w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie (Dz. U. Nr 20, poz. 109). Art. 109 reguluje kwestie związane z warunkami objęcia przedsiębiorcy programem łagodzenia kar (warunki, których spełnienie jest niezbędne dla uzyskania odstąpienia od wymierzenia kary oraz warunki niezbędne dla obniżenia kary), wysokość obniżki, jaką może przyznać Prezes UOKiK w zależności od kolejności zgłoszenia wniosku, jak również zawiera upoważnienie dla Rady Ministrów do wydania rozporządzenia określającego sposób przyjmowania i rozpatrywania wniosków oraz sposób zawiadamiania przedsiębiorców o stanowisku Prezesa Urzędu w sprawie ich zgłoszeń.

W nowelizacji zamieszczone zostały szczegółowe wymogi, jakie powinien spełniać wniosek o odstąpienie kary lub jej obniżenie. W tym celu do ustawy zostaną przeniesione przepisy znajdujące się obecnie w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 26 stycznia 2009 r. w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu

Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie, które szczegółowo regulują tę kwestię. W stosunku do obecnego stanu prawnego w nowych przepisach dotyczących leniency doprecyzowane zostanie, że wniosek powinien zawierać również opis okoliczności i sposób funkcjonowania porozumienia (art. 113a ust. 2 pkt 9). Wprowadzony do ustawy zostanie także przepis, zgodnie z którym po otrzymaniu wniosku Prezes UOKiK potwierdzi datę i godzinę jego złożenia (art. 113a ust. 3). Proponowane rozwiązania zapewnią większą przejrzystość systemu i będzie stanowił jasne wytyczne dla przedsiębiorcy co do zawartości wniosku.

Ponadto, doprecyzowane zostaną zasady współpracy pomiędzy wnioskodawcą a Prezesem UOKiK. Kwestia ta budziła liczne wątpliwości w związku ze stosowaniem obecnie obowiązujących przepisów w tym zakresie (art. 109 ust. 1 pkt 2 ustawy). Doprecyzowane zostanie, iż współpraca ta, oprócz obowiązku dostarczania z własnej inicjatywy niezwłocznie wszelkich dowodów lub informacji dotyczących zakazanego porozumienia, powinna także polegać przede wszystkim na nieniszczeniu, niefałszowaniu i niezatajaniu dowodów i informacji związanych ze sprawą oraz nie ujawnianiu samego faktu złożenia wniosku (art. 113a ust. 4 pkt 3 i 4), a także umożliwianiu składania przez pracowników i osoby zarządzające wyjaśnień (art. 113a ust. 4 pkt 2).

W obecnie funkcjonujących przepisach jednym z warunków odstąpienia lub obniżenia przez Prezesa UOKiK kary jest bezwzględny obowiązek natychmiastowego zaprzestania udziału w zakazanym porozumieniu (nie później niż w dniu poinformowania Prezesa UOKiK o istnieniu porozumienia lub przedstawienia dowodu na jego istnienie). Na gruncie proponowanych zmian przedsiębiorca będzie miał obowiązek wycofać się z porozumienia nie później niż niezwłocznie po złożeniu wniosku (art. 113a ust. 5).

Konieczność wprowadzenia tej zmiany wynika ze względów praktycznych – przedsiębiorcy składający wniosek leniency mają często problemy z natychmiastowym zakończeniem swojego udziału w porozumieniu (np. w przypadku porozumień wertykalnych problematyczne może być natychmiastowe wypowiedzenie umowy pomiędzy dystrybutorem a producentem). W związku z tym, pozostawiając jako zasadę obowiązek zaprzestania udziału w porozumieniu (przedsiębiorcy zawsze mogą zakończyć swój udział w nim przed złożeniem wniosku lub w dniu jego złożenia i w większości przypadków będą tak robić), nowelizacja daje przedsiębiorcom możliwość wycofania się z porozumienia najpóźniej niezwłocznie po złożeniu wniosku. Zmiana ta, poprzez zwiększenie elastyczności przepisów, powinna wpłynąć na atrakcyjność programu leniency i zachęcić większą liczbę przedsiębiorców do udziału w nim.

Takie rozwiązanie pozwala też na skuteczne przeprowadzenie kontroli lub przeszukania przez pracowników Urzędu u innych uczestników niedozwolonego porozumienia. Taka kontrola lub przeszukanie, przeprowadzane najczęściej z zaskoczenia, mają na ogół kluczowe znaczenie dla pozyskania dowodów świadczących o funkcjonowaniu niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, szczególnie w sytuacji, gdy uczestnicy takiego porozumienia podejmują wszelkie kroki służące zatajeniu jego istnienia. Obecnie, wobec braku takiego uregulowania, może dochodzić do sytuacji zacierania dowodów przez przedsiębiorców uczestniczących w niedozwolonym porozumieniu, gdy tylko zauważą oni, że np. jeden z uczestników nagle zaprzestaje z nimi współpracy w ramach kartelu. Sytuacja taka byłaby wielce niepożądana w kontekście skuteczności kontroli i przeszukania, a w konsekwencji postępowania prowadzonego przed Prezesem UOKiK. Ponadto, wprowadzenie tej możliwości przyczyni się także do większej skuteczności kontroli we współpracy z Komisją Europejską oraz innymi organami antymonopolowymi państw członkowskich UE. Podobne rozwiązanie proponowane jest także w Modelowym Programie Leniency, opracowanym przez Komisję Europejską i organy antymonopolowe państw członkowskich UE, stanowiącym swoisty zbiór dobrych praktyk w zakresie stosowania



programu leniency przez organy antymonopolowe. Ponadto z analogicznymi rozwiązaniami można spotkać się w innych jurysdykcjach, w tym w wielu krajach Unii Europejskiej..

W praktyce stosowania obowiązujących przepisów pojawia się wiele trudności z ustaleniem, który z przedsiębiorców był inicjatorem zawarcia porozumienia, a często jest to wręcz niemożliwe. Tego typu problemy automatycznie przekładają się na zmniejszenie skuteczności instytucji leniency. W związku z tym projektowana nowelizacja zakłada rezygnację z wyłączenia możliwości odstąpienia od wymierzenia kary dla inicjatora porozumienia, z jednoczesnym pozostawieniem takiego wyłączenia dla przedsiębiorcy nakłaniającego do zawarcia niedozwolonego porozumienia (art. 113b pkt 3). Jest to zgodne również z Modelowym Programem Leniency, który wskazuje, że jedynym podmiotem, który powinien zostać wyłączony z możliwości odstąpienia od karania, powinien być przedsiębiorca nakłaniający czy wręcz przymuszający innych przedsiębiorców do udziału w kartelu.

Nowelizacja zakłada także doprecyzowanie w ustawie sposobu obliczania wysokości redukcji uzyskanej dzięki programowi łagodzenia kar. W obecnym kształcie proponowane wartości redukcji nie są wystarczająco zachęcające do współpracy z Prezesem UOKiK. Obecnie Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, który jako pierwszy spełnił warunki, o których mowa w art. 109 ust. 2 ustawy, karę obniżoną, jednak nie większą niż 5% przychodu. W dotychczasowej praktyce, Prezes UOKiK rzadko nakładał karę zbliżoną do maksymalnego progu 5% przychodu, nawet w przypadku przedsiębiorców, którzy nie skorzystali z programu łagodzenia kar, co znalazło również odzwierciedlenie w wyjaśnieniach w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję. W związku z powyższym na podstawie obowiązujących przepisów przedsiębiorcy, chcącemu skorzystać z programu trudno było chociażby oszacować jak wysoka będzie obniżka kary. W stosunku do obecnej regulacji, redukcja byłaby obliczana nie jak dotąd jako procent wielkości przychodu, a jako procentowa wartość odejmowana od wysokości kary, którą otrzymałby przedsiębiorca, gdyby nie wystąpił z wnioskiem o leniency (art. 113c ust. 2). Wysokość kary, po uwzględnieniu korzyści uzyskanej dzięki objęciu programem łagodzenia kar, liczona byłaby więc w dwóch etapach. Prezes UOKiK liczyłby bazową kwotę kary, od której następnie odejmowana byłaby obniżka uzyskana przez przedsiębiorcę. W przypadku przedsiębiorcy, któremu jako pierwszemu nie udało się uzyskać odstąpienia od wymierzenia kary, redukcja wyniosłaby 30-50% kary, która zostałaby na niego nałożona, gdyby z wnioskiem nie wystąpił. Drugi z przedsiębiorców mógłby liczyć na obniżkę w wymiarze 20-30% procent kary, a pozostali na obniżenie kary o maksymalnie 20%. Należy zwrócić uwagę, że powyższy sposób obliczania kary jest już stosowany w praktyce orzeczniczej Urzędu, czego wyrazem są wyjaśnienia zamieszczone w obecnie obowiązujących Wytycznych Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie programu łagodzenia kar. Nowelizacja przepisów ustawy w tym zakresie nie zmieni zatem praktyki stosowania przez Prezesa UOKiK powyższych przepisów dot. redukcji kar w ramach programu leniency. Zaletą proponowanego rozwiązania będzie natomiast to, że jest ono zdecydowanie bardziej transparentne od dotychczasowego oraz korzystniejsze dla przedsiębiorców, m.in. dzięki zwiększeniu ich pewności prawnej.

Kolejnym postulowanym rozwiązaniem jest przeniesienie z ww. rozporządzenia Rady Ministrów z 2009 r. do ustawy przepisu (§ 5) pozwalającego na złożenie przez przedsiębiorcę skróconego wniosku leniency (art. 113e). Wniosek taki można składać w przypadku, gdy przedsiębiorca nie dysponuje jeszcze wszystkimi wymaganymi informacjami lub dowodami. W takich wypadkach Prezes UOKiK wyznaczałby termin na uzupełnienie wniosku oraz przedstawienie informacji lub dokumentów. Jeżeli informacje i dokumenty zostaną przedstawione Prezesowi Urzędu w wyznaczonym terminie, wniosek traktowany by był jako wniosek pełny złożony w terminie złożenia wniosku uproszczonego. Takie rozwiązanie

ułatwi przedsiębiorcom zebranie potrzebnych materiałów i zapewni im możliwość ubiegania się o jak największe korzyści wynikające z programu łagodzenia kar.

Ponadto przeniesione do ustawy z rozporządzenia zostaje rozwiązanie (§ 11), zgodnie z którym przedsiębiorcy, którzy podjęli współpracę w ramach programu łagodzenia kar przed Komisją Europejską w związku z udziałem w porozumieniu obejmującym terytorium więcej niż 3 państw członkowskich, mogliby złożyć do Prezesa UOKiK wnioski uproszczone (art. 113f).

W projekcie przepisów ustawy została także doprecyzowana procedura postępowania z nieuwzględnionymi lub wycofanymi wnioskami o odstąpienie od wymierzenia kary lub jej obniżenia (art. 113g) – wnioski nieuwzględnione lub wycofane będą zwracane przedsiębiorcy.

Ze względu na propozycję przeniesienia niektórych rozwiązań z rozporządzenia do ustawy, konieczne będzie wydanie nowego rozporządzenia regulującego typowe kwestie proceduralne w zakresie programu łagodzenia kar.

## **Leniency plus**

Nowelizacja wprowadza także nową instytucję, tzw. leniency plus (art. 113d). Rozwiązanie to jako pierwsze przyjęły Stany Zjednoczone, a w Europie instytucja taka funkcjonuje między innymi w Wielkiej Brytanii, Portugalii, Bułgarii i Szwajcarii. Polega ona na przyznaniu dodatkowej obniżki kary dla przedsiębiorcy, który złożył wniosek leniency, jednakże nie udało mu się uzyskać odstąpienia od wymierzenia kary, a który zdecydował się ujawnić organowi antymonopolowemu informacje na temat innego, dotychczas nieznanego temu organowi, niedozwolonego porozumienia. Skutkiem wprowadzenia takiego rozwiązania w innych krajach był wzrost wykrywalności niedozwolonych porozumień, a co za tym idzie skuteczniejsza ochrona konkurencji na rynku. W Stanach Zjednoczonych zjawisko to zostało określone efektem kuli śniegowej, ponieważ jedna informacja dotycząca niedozwolonego porozumienia pociągała za sobą kolejne informacje o innych niedozwolonych porozumieniach.

W Polsce, podobnie jak i w Stanach Zjednoczonych, organ antymonopolowy zwrócił uwagę na fakt, uzyskiwania informacji dotyczących innego niedozwolonego porozumienia, w toku prowadzenia postępowania wyjaśniającego lub antymonopolowego, wszczętego często na skutek złożenia wniosku leniency. Wprowadzenie programu leniency plus zachęciłoby w takich sytuacjach przedsiębiorców do udzielenia Prezesowi UOKiK informacji na temat tego, innego, nieznanego dotychczas organowi porozumienia w zamian za dodatkową obniżkę kary za pierwsze, już zgłoszone porozumienie. Należy zauważyć, że to przedsiębiorcy byłiby w głównej mierze beneficjentami wprowadzenia nowej instytucji, która pozwoliłaby im na znaczną obniżkę kary. Proponowana zmiana umożliwi skuteczniejszą wykrywalność niedozwolonych porozumień, zaoszczędzenie środków i czasu przeznaczonych na wykrycie potajemnych porozumień i skierowanie tych środków do walki z innymi naruszeniami prawa konkurencji.

W świetle powyższego jak najbardziej zasadne jest skorzystanie z doświadczeń USA i ujęcie instytucji leniency plus w nowelizowanych przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dopuszczenie możliwości dodatkowego „wynagrodzenia” (jednakże nie całkowitego darowania kary) w procedurze nakładania kar przedsiębiorcy, który przekazuje organowi dodatkowe, niezwykle cenne informacje, jest ze wszech miar uzasadnione z punktu widzenia interesu publicznego. Proponowana instytucja może stanowić doskonałe narzędzie realizacji jednego z nadrzędnych celów rządowej Polityki konkurencji na lata 2011-13, a mianowicie skutecznego zwalczania niedozwolonych porozumień.

Przedsiębiorca korzystający z programu leniency, któremu nie udało się uzyskać całkowitego zwolnienia z kary, mógłby liczyć na dodatkową jej obniżkę w przypadku ujawnienia informacji na temat innego, dotychczas nieznanego Prezesowi UOKiK niedozwolonego porozumienia, co do którego nie zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe ani wyjaśniające. Warunkiem uzyskania dodatkowej obniżki kary byłoby spełnienie określonych w ustawie przesłanek – przedsiębiorca musiałby jako pierwszy z uczestników porozumienia dostarczyć dowód wystarczający do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub informacje umożliwiające Prezesowi UOKiK pozyskanie takich dowodów, a informacje te i dowody nie mogłyby być znane w tym czasie Prezesowi UOKiK. Dodatkowa obniżka dotyczyłaby kary za pierwsze porozumienie, ponieważ za drugie, jako pierwszemu podmiotowi występującemu z wnioskiem leniency, należałoby się przedsiębiorcy całkowite odstąpienie od wymierzenia kary. Dodatkowa obniżka wyniosłaby 30% kary obliczonej po uwzględnieniu już przyznanej obniżki. Rozwiązanie takie ma skutkować zwiększeniem atrakcyjności programu leniency i wzrostem liczby wniosków dostarczanych Prezesowi UOKiK, dzięki którym zwiększy się także liczba wykrytych niedozwolonych porozumień, w tym tych najtrudniejszych do ujawnienia. Wzrost skuteczności wykrywalności przełoży się z kolei na poprawę sytuacji na poszczególnych rynkach, co będzie zarówno korzystne dla przedsiębiorców, jak i dla konsumentów, którzy dzięki większej konkurencji będą mogli liczyć na niższe ceny i bogatszą ofertę.

#### **F. Odpowiedzialność osób fizycznych pełniących funkcje kierownicze za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk ograniczających konkurencję.**

Ważną zmianą w stosunku do obecnie funkcjonujących przepisów prawa antymonopolowego jest propozycja przyznania Prezesowi UOKiK kompetencji do nakładania kar finansowych na osoby fizyczne za naruszenie przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ustawy oraz art. 101 TFUE. Obecnie ustawa o ochronie konkurencji przewiduje możliwość nałożenia kary pieniężnej na osobę fizyczną w przypadku, gdy nie wykonała ona decyzji postanowień lub wyroków w sprawach z zakresu praktyk ograniczających konkurencję, praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz koncentracji. Ponadto, ustawa przewiduje możliwość nałożenia kary pieniężnej na osobę fizyczną, jeżeli osoba ta nie zgłosiła zamiaru koncentracji oraz gdy nie udzieliła Prezesowi UOKiK informacji lub też udzieliła informacji nieprawdziwej lub wprowadzającej w błąd. Należy także zauważyć, że możliwość karania osób fizycznych została przewidziana także w kodeksie karnym, w którym to penalizowane są tzw. zmony przetargowe.

Możliwość nakładania kar na osoby fizyczne w przypadku naruszenia przez nie przepisów antymonopolowych została przewidziana w wielu jurysdykcjach europejskich (Bułgaria, Dania, Estonia, Francja, Niemcy, Irlandia, Litwa, Malta, Holandia, Portugalia, Rumunia, Słowenia, Hiszpania, Wielka Brytania), a także krajów spoza Europy (np. Stany Zjednoczone). Konstrukcja proponowanego uregulowania oparta jest przede wszystkim na podobnych rozwiązaniach, które funkcjonują w Niemczech i Holandii.

Projekt zakłada, że odpowiedzialności podlegać będą osoby, które pełniąc funkcję kierowniczą lub wchodząc w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy, w ramach sprawowania swojej funkcji, przez swoje działanie lub zaniechanie, w tym również niedopełnienie obowiązków w zakresie nadzoru, dopuściły – choćby nieumyślnie - do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów lub przepisów art. 101 ust. 1 pkt a-e TFUE, czyli dopuściły do naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję (art. 6a). Katalog praktyk, za które karane będą osoby fizyczne, będzie zamknięty, aby wyeliminować zarzut nieokreśloności przepisów nakładających sankcję karną. Prezes UOKiK wszczynalby i

proceeding proceedings in the case of violation of the ban on cartels by natural persons, taking into account the weight of the violation and its harmful impact on the public interest, in cases where the role of the person performing the management function does not raise any doubts.

Attention should be paid to the necessity of covering the scope of the regulation by persons who do not work for the entrepreneur, but who worked for him during the period of the violation – performing management functions and allowing the violation by the entrepreneur in violation of the ban. Such persons will be treated on the same principle as persons who are currently performing management functions. This means that they will be liable for financial responsibility in the case where the entrepreneur enters into an unauthorized cartel. The introduction of a new category of entities liable for responsibility should result in a smaller number of violations of the provisions of the Act and a more effective acquisition of information regarding unauthorized cartels. Attention should be paid to the fact that a natural person often makes a decision guided by other motives and interests than the entrepreneur. Therefore, it is also possible to imagine a situation where a natural person working for the entrepreneur, knowing that he will not be liable for any consequences, takes actions through which the entrepreneur allows the violation of the provisions of the antitrust law, and that person, who in fact directed the violation, benefits from it, for example in the form of a premium for a larger sale of the entrepreneur achieved thanks to the concluded cartel. The proposed regulation aims to limit this type of situation. To this end, it is proposed to introduce the possibility of a statement by the President of UOKiK in decisions, on which is mentioned in art. 10, allowing a natural person to violate the provisions of the Act, on which is mentioned in art. 6 of the Act, paragraph 1, points 1-6 of the Act and art. 101 of the Act, paragraph 1, points a-e of the Act (art. 12a).

In connection with the above, in the draft amendment of the Act, a sanction for natural persons (art. 106a of the Act, paragraph 1). This sanction, which has the character of an administrative penalty, will be imposed by the President of UOKiK in the course of the decision and will be based on the penalties imposed on the managers of energy enterprises and enterprises managing telecommunications enterprises (persons performing management functions or entering into the management organ) – respectively by the President of URE and the President of UKE.

In the draft amendment of the Act, the conditions for the emergence of the liability of natural persons – liability will be borne for actions and omissions, which are related to the performed function, and their result is the emergence and functioning of a prohibited cartel (art. 6a). The draft amendment introduces a subjective condition for this liability, i.e. the penalty will be imposed in a situation where the person, although unintentionally, has committed one of the prohibited actions constituting a prohibited practice. At the same time, the double liability (administrative and criminal) (on the basis of the provisions of the Act on competition and consumer protection) and criminal for the same act (art. 106a of the Act, paragraphs 2 and 3). It will also apply the principle that the liability of natural persons has the character of a derivative liability in relation to the liability of the entrepreneur, who committed the prohibited practice (art. 12a).

The amount of the penalty should be sufficiently high, so that it achieves its deterrent effect. It should be noted that the monetary penalty will be imposed on persons who are the authors of the most serious violations of the provisions of the Act, which are cartels restricting competition. When deciding on the amount of the monetary penalty, it should also be taken into account that it will be imposed on persons who, according to the principle, are imposed on persons who, who occupy management functions and therefore are very well paid, often earning many times the average wage in the country. In connection with the above, it should be noted that the penalty should take into account the financial situation of the person liable, and at the same time it should be sufficiently effective for these persons, who are liable.

się ustalenie maksymalnej wysokości kary pieniężnej dla osób fizycznych na poziomie 500.000 euro (art. 106a ust. 1). Ustalenie, takiego limitu nie oznacza, że kara zazwyczaj będzie nakładana w maksymalnej wysokości. Biorąc pod uwagę dotychczasową praktykę nakładania kar na przedsiębiorców, kara ta jedynie w wyjątkowych przypadkach będzie zbliżać się do maksimum wyznaczonego w ustawie. Jednocześnie należy zauważyć, że osoby, na które kara byłaby nałożona, miałyby możliwość odwołać się od niej, także w przypadku gdyby uznały, że sankcja jest zbyt dolegliwa. Ponadto, przy obliczaniu wysokości kary pod uwagę brana będzie indywidualna sytuacja danej osoby, w tym również jej zarobki. Zindywidualizowana w ten sposób kara zapewni, że gorzej usytuowane materialnie osoby nie dostaną kary pieniężnej, której wykonanie mogłoby być dla nich zbyt dolegliwe lub wręcz niemożliwe.

Powyższy górny pułap kary może wydawać się bardzo wysoki, jednakże należy wziąć pod uwagę, że na przykład w Niemczech analogiczna kara maksymalna jest wyższa i wynosi 1 mln euro. Co prawda zarobki osób podlegających tej karze są wyższe niż w Polsce, ale proporcja wysokości możliwej kary do zarobków w Polsce i Niemczech nadal pozostaje na podobnym poziomie.

Należy także zwrócić uwagę, że podobnie dolegliwe sankcje zostały już przewidziane w polskim systemie prawnym. Mogą je nakładać, jak wyżej wspomniano, Prezesi Urzędu Regulacji Energetyki i Urzędu Komunikacji Elektronicznej. W obu tych przypadkach kara może wynieść do 300% miesięcznego wynagrodzenia osoby pełniącej funkcje kierownicze. Biorąc pod uwagę, że w niektórych przypadkach wynagrodzenia roczne prezesów największych polskich spółek sięgają nawet 6 milionów złotych (w pojedynczych przypadkach przekraczając tę kwotę), maksymalny wymiar kary wymierzonej przez któregokolwiek z tych regulatorów nie różniłby się znacząco od proponowanej przez UOKiK maksymalnej wysokości kary. Różnice w wysokości wynikają z charakteru naruszeń, których popełnienie jest karane – w przypadku kar nakładanych przez URE i UKE chodzi przede wszystkim o niedopełnienie obowiązków lub przekroczenie uprawnień wynikających z Prawa telekomunikacyjnego i Prawa energetycznego. Nie kwestionując wagi tych naruszeń należy podkreślić, że zawieranie porozumień (w tym najpoważniejszych karteli) ograniczających konkurencję ma o wiele poważniejszy charakter, oznacza celowe łamanie prawa przez przedsiębiorców poprzez świadome zawieranie tajnych i nielegalnych umów, obejmujących w wielu przypadkach znaczną ilość podmiotów i wywiera częstokroć bardzo poważne (niekiedy nieodwracalne) skutki w sferze konkurencji.

Przy ustalaniu wysokości kary nakładanej przez Prezesa UOKiK, będą brane pod uwagę przesłanki określone w ustawie, a więc w szczególności sytuacja finansowa karanego, okres naruszenia, jego skutki rynkowe, stopień wpływu działania lub zaniechania osoby zarządzającej na naruszenie przez przedsiębiorcę zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 1-6 ustawy oraz art. 101 pkt a-e TFUE, uprzednie podobne naruszenia przepisów ustawy (art. 111).

W przypadku braku terminowej wpłaty tej kary naliczane byłyby odsetki (art. 112 ust. 5). W projekcie zaproponowana zostanie także możliwość złożenia wniosku przez osobę fizyczną o rozłożenie kary na raty ze względu na ważny interes wnioskodawcy (art. 113). Wniosek taki byłby rozpatrywany w drodze postanowienia, na które nie przysługiwałoby zażalenie.

Kary na osoby fizyczne będą nakładane w tym samym postępowaniu, co na przedsiębiorcę (art. 12a). Osoba fizyczna, będąca stroną postępowania przed Prezesem UOKiK, zostanie objęta obowiązkiem dostarczania informacji na żądanie Prezesa UOKiK (art. 50a). Żądanie powinno zawierać wskazanie zakresu informacji, cel żądania, termin na udzielenie informacji oraz pouczenie o sankcjach za nieudzielenie informacji lub za udzielenie informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd. Obowiązek dostarczania

informacji dotyczy też dokumentów. Z przepisem dotyczącym obowiązku udzielania informacji (oraz przekazywania dokumentów) skorelowany jest przepis nakładający sankcję za niepodporządkowanie się żądaniu (art. 108 ust. 2 pkt 6). Proponowana maksymalna wysokość kary to pięćdziesięciokrotność przeciętnego wynagrodzenia.

Projektowana regulacja będzie w pełnym zakresie realizować prawo do obrony osób ponoszących odpowiedzialność z tytułu naruszenia prawa konkurencji – uwzględniając wszelkie standardy prawne w ww. zakresie. Osoby te będą stronami postępowania przed Prezesem UOKiK i jako takim będą im przysługiwały wszelkie prawa stron. Ciężar wykazania istnienia praktyki i zebrania pełnego materiału dowodowego w sprawie spoczywał będzie na Prezesie UOKiK. Osoby zarządzające będące stronami postępowania będą miały do niego pełny dostęp (na tych samych zasadach, co będący stronami przedsiębiorcy), gwarancję ich praw stanowi też zamknięcie katalogu porozumień, których zawarcie przez przedsiębiorców może skutkować ukaraniem ich osób zarządzających (w stosunku do przedsiębiorców jest to katalog otwarty, status osób fizycznych wymaga jednak specjalnych uregulowań). Osobom zarządzającym będącym stronami postępowania przed Prezesem UOKiK przysługuje również (na tych samych zasadach, co przedsiębiorcom) prawo do wniesienia odwołania od decyzji do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, co zapewnia pełną kontrolę rozstrzygnięć Prezesa UOKiK zarówno pod względem merytorycznym, jak i formalnym.

Poszerzając krąg osób ponoszących odpowiedzialność, stworzono też przepis rozszerzający obowiązek pokrycia kosztów postępowania przed Prezesem UOKiK na te osoby (art. 77 ust. 1).

Jednym z powodów wprowadzenia sankcji na osoby fizyczne za naruszenie przepisów dotyczących zakazu praktyk ograniczających konkurencję jest chęć pozyskiwania także od nich informacji na temat niedozwolonych porozumień w ramach programu leniency (program łagodzenia kar). Należy zwrócić uwagę na okoliczność, że niedozwolone porozumienia są w praktyce bardzo trudne do wykrycia i stanowią duże zagrożenie dla konkurencji. W związku z tym, każdą propozycję potencjalnie zwiększającą ich wykrywalność należy uznać za wielce pożądaną. Połączenie możliwości nakładania kar na osoby fizyczne z możliwością skorzystania przez nie z programu leniency, w którym to w zamian za informację o istnieniu niedozwolonego porozumienia można uzyskać odstąpienie lub obniżenie kary, sprawi, że Prezes UOKiK dostanie dostęp do nowego źródła informacji na temat nieprawidłowości na rynku. Ponadto, jak już zostało wskazane powyżej, osoby fizyczne kierują się często innymi przesłankami w podejmowaniu swoich decyzji niż przedsiębiorcy, dlatego też, mogą one skorzystać z programu leniency z innych pobudek niż ich pracodawcy (strach przed karą, która w znacznym stopniu może uszczuplić ich majątek osobisty).

Rozwiązania, umożliwiające osobom fizycznym skorzystanie z takiej możliwości są przyjęte są w wielu krajach Unii Europejskiej i poza nią. Propozycja UOKiK, oparta jest przede wszystkim na analizie uregulowań regulujących tę materię w Niemczech i Holandii.

Z programu leniency mogłyby korzystać osoby, które na mocy proponowanych przepisów ponosiłyby odpowiedzialność z tytułu naruszenia zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Wobec tych osób stosowane byłyby przepisy dotyczące leniency dla przedsiębiorców (art. 113h). Projekt zakłada także, by w przypadku złożenia wniosku przez przedsiębiorcę przyjąć, że wniosek został także złożony w imieniu wszystkich osób zarządzających, wobec których w tej sprawie mogłoby toczyć się postępowanie przed Prezesem UOKiK (art. 113j). Osoba, której taki wniosek dotyczyłby, mogłaby liczyć na odstąpienie od wymierzenia kary lub jej złagodzenie, o ile spełni wszystkie przesłanki wymienione w przepisach dotyczących odstąpienia lub obniżenia kary przedsiębiorcy.

Dodatkowym elementem ochrony osób oraz przedsiębiorców, którzy skorzystali z programu łagodzenia kar, byłaby także ochrona informacji i dokumentów uzyskanych przez

Prezesa UOKiK w trybie określonym w rozdziale dotyczącym kar, w tym informacji o wystąpieniu przedsiębiorcy lub osoby fizycznej z wnioskiem o odstąpienie od wymierzenia kary lub jej obniżenia lub też informacji dotyczących procedury dobrowolnego poddania się karze (art. 70). Kopiowanie przez strony dokumentów zawierających takie informacje i dowody bez pisemnej zgody przedsiębiorcy lub osoby fizycznej ponoszącej odpowiedzialność byłoby niedozwolone. Maksymalna sankcja za złamanie tego zakazu wynosić będzie 50.000.000 euro (art. 106 ust. 2 pkt 5). Powyżej określone informacje i dokumenty nie byłyby udostępniane w trybie dostępu do informacji publicznej (art. 70a), tak aby nie dopuścić do ujawnienia przedsiębiorcy bądź osoby, które zdecydowały się na współpracę z Prezesem UOKiK i tym samym narażenia ich na ryzyko roszczeń osób trzecich z tytułu stwierdzonego, także dzięki współpracy, naruszenia. Nowelizacja obejmuje również wprowadzenie podobnych uregulowań w przepisach dotyczących postępowania przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów, tak aby w przypadku rozpatrywania sprawy przez ten sąd, a także przez pozostałe instancje odwoławcze, obowiązywały (w zakresie udostępniania dokumentów uzyskanych dzięki współpracy z Prezesem UOKiK) te same, korzystne dla przedsiębiorcy i osoby fizycznej reguły dotyczące nieudostępniania informacji i dokumentów, które mogłyby narażić je na dodatkową odpowiedzialność odszkodowawczą wobec osób trzecich (art. 479<sup>33</sup> Kpc).

## G. Kary pieniężne

Nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wymaga również zmian jej przepisów w zakresie kar pieniężnych. Część tych zmian wynika z wprowadzenia do ustawy nowych instytucji, jak np. procedury dobrowolnego poddania się karze czy objęcia odpowiedzialnością za naruszenie przepisów antymonopolowych również osób fizycznych, mających istotny wpływ na działanie przedsiębiorcy itp. (te zmiany dotyczące kar zostały omówione wyżej, w częściach odnoszących się do poszczególnych zagadnień). Konieczność dokonania innych zmian w zakresie kar pieniężnych wynika z praktyki Urzędu, która wskazuje na istnienie pewnych luk prawnych w zakresie przepisów karnych oraz poważnych wątpliwości interpretacyjnych co do niektórych przepisów, a także wątpliwości co do zasad szacowania wysokości kar, sygnalizowanych przez przedsiębiorców.

Zmiany w zakresie kar pieniężnych wynikające z dotychczasowego braku regulacji w tym zakresie lub niejasności interpretacyjnych obejmują:

- art. 106 ust. 2 pkt 2 - doprecyzowanie, że kara za udzielenie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji dotyczy również informacji dostarczanych z własnej inicjatywy przedsiębiorcy – co na gruncie obowiązujących przepisów mogło budzić wątpliwości; doprecyzowano również (w związku z doprecyzowaniem budzącego wątpliwości interpretacyjnie art. 50 ust. 2), że kara ta odnosi się także do dokumentów, jeżeli nie przekazano ich na żądanie Prezesa UOKiK lub przekazano na żądanie dokumenty niepełne, nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd lub – z własnej inicjatywy - dokumenty nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd; przepis uzupełniono również o dodanie do katalogu obowiązków informacyjnych, których niewykonanie jest zagrożone karą pieniężną, również obowiązków wynikających z art. 28 ust. 3 (nieobjęcie ich sankcją określoną w art. 106 ust. 2 pkt 2 stanowi niewątpliwe niedopatrzenie ustawodawcy; obowiązki te dotyczą informacji o realizacji zobowiązań nałożonych na przedsiębiorcę w decyzjach w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów i są analogiczne do – objętych art. 106 ust. 2 pkt 2 – obowiązków informacyjnych nakładanych w decyzjach w sprawach praktyk ograniczających konkurencję; brak sankcji za niedostarczenie informacji wymaganych na podstawie art. 28 ust. 3, stanowiący poważną

- niespójność systemową ustawy, może powodować też nieskuteczność decyzji wydawanych w w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów),
- art. 106 ust. 5 - zmianę – niewątpliwie korzystną z punktu widzenia przedsiębiorców – dotyczącą obniżenia maksymalnej wysokości kary, jaka może zostać nałożona na podstawie art. 106 ust. 1 ustawy na przedsiębiorcę nieosiągającego żadnego obrotu (biorąc pod uwagę 3 lata obrotowe poprzedzające rok nałożenia kary, a nie, jak obecnie, 1 rok) – przyjmuje się, że kara nakładana na takiego przedsiębiorcę nie może przekraczać 10 tys. euro (obecnie – ok. 700 tys. zł, co w ocenie Urzędu może stanowić kwotę zbyt dotkliwą dla tej kategorii przedsiębiorców); jednocześnie proponuje się wprowadzenie takiego samego progu maksymalnej wysokości kary dla przedsiębiorców osiągających stosunkowo niewielki obrót (nieprzekraczający 100 tys. euro w kolejnych 3 latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary) – obecnie, na skutek pewnej niespójności obowiązujących przepisów, maksymalne kary nakładane na tych przedsiębiorców, osiągających choćby niewielki przychód, mogą być niższe – z powodu uzależnienia ich wysokości od wysokości tego przychodu – niż maksymalne kary, jakie mogą zostać nałożone na przedsiębiorców w ogóle nieosiągających żadnego przychodu,
  - art. 106 ust. 6 - określenie zasad obliczania kary, o której mowa w art. 106 ust. 1 ustawy, w przypadku, jeżeli przedsiębiorca przed wydaniem decyzji nie dysponuje jeszcze danymi finansowymi niezbędnymi do ustalenia obrotu za rok obrotowy poprzedzający rok nałożenia kary (który to obrót jest podstawą obliczania wysokości kary) – proponuje się, aby w takim przypadku Prezes UOKiK brał pod uwagę obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w roku ten rok poprzedzającym (zasadę tę stosowałoby się odpowiednio w przypadku, kiedy podstawą naliczenia kary jest średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary),
  - art. 107 – w celu usunięcia niespójności ustawy rozszerza się katalog decyzji, których niewykonanie jest zagrożone karą pieniężną, o przewidziane w art. 27 ust. 2 i 4 w zw. z art. 26 ust. 2 (w decyzji tej wprowadza się kary na przedsiębiorcę, dotyczy bowiem praktyki już zakończonej, można jednak w niej określić środki usunięcia skutków praktyki lub nałożyć na przedsiębiorcę obowiązki publikacyjne) – jest to jedyna decyzja nakładana na podstawie przepisów antymonopolowych, której niewykonanie nie jest zagrożone sankcją, co należy uznać za oczywistą omyłkę ustawodawcy,
  - art. 108 ust. 2 pkt 3 i 4 - wprowadzenie, obok już obowiązujących kar nakładanych na świadków za nieuzasadnioną odmowę zeznań, również kar za nieusprawiedliwione niestawiennictwo na wezwanie Prezesa UOKiK oraz kar na biegłych za nieuzasadnioną odmowę złożenia opinii lub opóźnienie jej złożenia lub za nieusprawiedliwione niestawiennictwo – kary te są wzorowane na przepisach kodeksu postępowania cywilnego i odzwierciedlają obowiązki świadków i biegłych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK,
  - wykreślenie ust. 1 w art. 112, który to przepis budzi ogromne wątpliwości interpretacyjne i de facto nie ma zastosowania ze względu na jego niezrozumiałość i niespójność z ekonomicznego (księgowego) i prawnego punktu widzenia (w szczególności przepis ten literalnie odczytywany sugeruje, że przedsiębiorca, który ponosi straty, czyli nie generuje dochodu, może nie płacić kar nakładanych przez Prezesa UOKiK aż do momentu, w której dochód (zysk) wygeneruje i tylko w kwocie go nieprzekraczającej),
  - art. 113 - doprecyzowanie zasad dotyczących odroczenia kary pieniężnej lub rozłożenia jej na raty, a także zwrotu części lub całości kary na skutek zmiany lub uchylecia decyzji Prezesa UOKiK (w szczególności dotyczących wysokości i sposobu uiszczania odsetek oraz wprowadzenia możliwości uchylecia decyzji o rozłożeniu kary na raty, jeżeli raty te nie są terminowo uiszczane).



Jednocześnie proponuje się doprecyzowanie w ustawie (art. 111) przesłanek, jakie należy brać pod uwagę szacując wysokość kary (przepisy ustawy pozostawiają Prezesowi UOKiK względną swobodę co do określenia wysokości kar, ustalając jedynie ich kwotę maksymalną). W obowiązującym stanie prawnym ustawa reguluje tę kwestię bardzo lakonicznie, co stwarza duże niedogodności zarówno po stronie UOKiK, jak i przedsiębiorców (przedsiębiorcy niejednokrotnie sygnalizowali brak możliwości przybliżonego nawet oszacowania wysokości prawdopodobnej kary przed wydaniem decyzji, co jest dla nich niezwykle istotne i wpływa znacząco np. na decyzje dotyczące ewentualnego przystąpienia do procedury leniency). Do tej pory, z braku dostatecznie precyzyjnych przepisów ustawowych, UOKiK nakładając karę kierował się opracowanymi i opublikowanymi przez siebie wytycznymi, właściwe wydaje się jednak uregulowanie tej materii (w podstawowym przynajmniej zakresie) bezpośrednio w ustawie. Proponuje się więc ustalenie - dla poszczególnych rodzajów kar – przesłanek, które bierze się pod uwagę ustalając wymiar kary (w zależności od rodzaju kary – np. okres, stopień, okoliczności naruszenia, specyfikę rynku, skutki rynkowe, wpływ na przebieg postępowania) oraz przesłanek łagodzących, wpływających na obniżenie wysokości kary ustalonej na podstawie ww. okoliczności (np. działanie pod przymusem, dobrowolne usunięcie skutków naruszenia, współpraca w toku postępowania) i obciążających, powodujących podwyższenie kary w ramach jej wartości maksymalnej określonych w przepisach (np. umyślność, pełnienie roli inicjatora, przymuszanie innych przedsiębiorców do dokonania naruszenia, uprzednie naruszenie przepisów ustawy). Treść tych przesłanek wynika z ogólnych wytycznych zawartych obecnie w art. 111 ustawy i jest zgodna z praktyką orzeczniczą Urzędu oraz publikowanymi przez Urząd wyjaśnieniami dotyczącymi zasad, jakimi kieruje się UOKiK szacując wysokość nakładanych kar pieniężnych.

## **H. Ochrona konsumentów**

Projekt przewiduje również wprowadzenie rozwiązań, które będą stanowić dodatkowe zabezpieczenie interesów konsumentów w przypadku naruszenia ich praw przez przedsiębiorców, jak również wzmocnią skuteczność stosowania przepisów dotyczących zakazu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Doświadczenie zebrane w toku praktycznego stosowania uregulowań z zakresu ochrony konsumentów zawartych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, a także coraz częściej pojawiające się w ostatnim czasie przypadki poważnych naruszeń prawa skierowanych przeciwko interesom konsumentów, wskazują na konieczność stworzenia nowych instrumentów wdrażania polityki konsumenckiej, które z jednej strony umożliwią skuteczniejsze egzekwowanie prawa w przypadku wystąpienia naruszenia, a z drugiej będą służyć efektywniejszemu informowaniu konsumentów o występujących, choćby potencjalnie, zagrożeniach, po to by dać konsumentom czas na reakcję i zapobieżenie z ich strony szkodliwym skutkom praktyki. Proponowane rozwiązanie to w szczególności wprowadzenie do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów możliwości publicznego ostrzegania przez Prezesa UOKiK o podejrzeniu naruszenia zbiorowych interesów konsumentów w przypadku stosowania przez przedsiębiorcę praktyki (np. reklama wprowadzająca w błąd) skierowanej do szerokiego kręgu konsumentów, mogącej narazić konsumentów na poważne straty finansowe (art. 73a). Takie uregulowanie będzie korzystne dla konsumentów, gdyż pozwoli im na szybsze powzięcie informacji o możliwych nieprawidłowościach na rynku dotyczących bezpośrednio tych konsumentów. Nowelizacja umożliwi przekazywanie takiej informacji do publicznej wiadomości w sytuacji gdy informacje o takich zagrożeniach wynikać będą z materiałów zebranych w toku wszczętego przez Prezesa UOKiK postępowania,

## I. Pozostałe zmiany.

Pozostałe zmiany proponowane w nowelizacji mają na celu przede wszystkim doprecyzowanie przepisów ustawy i dokonanie pewnych zmian o charakterze czysto legislacyjnym (w celu wyjaśnienie wątpliwości interpretacyjnych pojawiających się podczas stosowania przepisów ustawy i zapewnienia większej transparentności uregulowań prawnych), a także zwiększenie skuteczności rozwiązań przewidzianych w ustawie, poprzez zmiany w przepisach tak o charakterze proceduralnym, jak i materialnym.

Zmiany te w szczególności dotyczą:

- art. 4 pkt 1 i 23 - doprecyzowania definicji i pojęć ustawowych (doprecyzowano definicję związku przedsiębiorców i wprowadzono pojęcie osoby zarządzającej),
- art. 4 pkt 6 – usunięcia definicji „porozumień dystrybucyjnych” – pojęcie to nie jest używane w dalszych przepisach ustawy,
- art. 5 - wyjaśnienia zasad przeliczania walut obcych na złote (do tej pory ustawa regulowała jedynie zasady przeliczania euro na złote, w stosunku do innych walut obcych mogły więc powstawać wątpliwości interpretacyjne co do zasad ich przeliczania) i złotych na euro,
- art. 5a - rezygnacji z kryterium wysokości przychodu (stosowanego na potrzeby obliczania wysokości kar) i przyjęcie w całej ustawie jednolitego kryterium wysokości obrotu (stosowanego dotychczas na potrzeby kontroli koncentracji), co wiąże się z wykreśleniem z ustawy definicji przychodu; zmiana ta związana jest z problemami dla przedsiębiorców wynikającymi ze stosowania kryterium przychodu - jego definicja, bazująca na przepisach podatkowych, jest problematyczna chociażby ze względu na istnienie przedsiębiorców w rozumieniu ustawy osiągających przychody, a niepodlegających opodatkowaniu podatkiem dochodowym (np. gminy); ponadto stosowanie terminu „obróć”, który jest ściśle związany z rozmiarami prowadzonej działalności gospodarczej, pozwoli urealnić podstawę naliczania kar nakładanych przez Prezesa UOKiK poprzez eliminację tych typów przychodów, które występują incydentalnie (np. różnice kursowe czy sprzedaż środków trwałych) i mogą sztucznie zawyżać wymiar nakładanych kar i nadmiernie obciążać przedsiębiorców; zmiana ta łączy się z koniecznością wprowadzenia do ustawy delegacji dla Rady Ministrów do wydania rozporządzenia ustalającego zasady obliczania obrotu różnych kategorii podmiotów będących przedsiębiorcami w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (odrębnie – jeżeli zachodzi taka potrzeba - na potrzeby przepisów dotyczących kontroli koncentracji i na potrzeby uregulowań dotyczących nakładania kar pieniężnych) – rozporządzenie to będzie wzorowane na obecnie obowiązującym rozporządzeniu dotyczącym sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców na potrzeby kontroli koncentracji – art. 5a,
- art. 7 - w zakresie przepisów dotyczących wyłączeń spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję – dookreślenia rynku na potrzeby wyłączenia spod zakazu, o którym mowa w art. 6 ustawy (w związku z pojawiającymi się wątpliwościami interpretacyjnymi doprecyzowano, że jest to rynek właściwy, którego dotyczy porozumienie; jedynie udziały w tym rynku mają bowiem istotne znaczenie z punktu widzenia wyłączeń spod zakazu określonego w art. 6 - nie zaś udziały w rynku jakimkolwiek, jak niejednokrotnie jest to rozumiane na gruncie obowiązujących przepisów) oraz rezygnacji z odniesienia do roku poprzedzającego zawarcie porozumienia, na wzór rozwiązań funkcjonujących w przepisach unijnych (obecne rozwiązanie – rok poprzedzający zawarcie porozumienia – skutkuje wyłączeniem spod zakazu porozumień zawieranych na rynkach nowopowstających oraz na rynkach, na które uczestnicy porozumienia dopiero wchodzi; porozumienia te w świetle obowiązujących przepisów nie są zakazane, nawet jeżeli ich uczestnicy w późniejszym czasie osiągną znaczny udział rynkowy, przez co porozumienie będzie miało zdecydowanie antykonkurencyjny skutek),

- art. 12 ust. 1 i art. 28 ust. 1 - doprecyzowania przepisów dotyczących decyzji zobowiązaniowych (w których Prezes Urzędu nie nakłada na przedsiębiorcę kary za stosowanie niedozwolonych praktyk w zamian za spełnienie przez niego określonych zobowiązań) – proponuje się, żeby zobowiązania mogły dotyczyć nie tylko zapobieżenia naruszeniom, ale również usunięcia ich skutków, co przyczyni się do rozszerzenia możliwości stosowania tej instytucji i jej skuteczności,
- art. 28 ust. 2 - stworzenia możliwości nałożenia przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorcę obowiązków publikacyjnych (złożenie jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o treści i formie określonej w decyzji; publikacja decyzji w całości lub w części) w decyzjach zobowiązaniowych w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (taka możliwość istnieje obecnie w stosunku do decyzji uznających praktykę za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów; w sprawach konsumenckich obowiązki publikacyjne mają kluczowe znaczenie edukacyjne – zwiększają świadomość konsumentów co do ich praw i rodzaju zachowań przedsiębiorców, jakie można uznać za sprzeczne z prawami konsumentów),
- art. 31 pkt 11 - wykreślenia z katalogu obowiązków Prezesa UOKiK inicjowania badań towarów wykonywanych przez organizacje konsumenckie – przepis nie ma zastosowania w praktyce, Prezesowi UOKiK podlegają laboratoria działające przy Inspekcji Handlowej i to one wykonują badania na zlecenie Prezesa UOKiK, jeżeli taka potrzeba wynika z informacji uzyskanych przez Urząd,
- art. 32 ust. 1-3 - uchylenia przepisów dotyczących wydawania Dziennika Urzędowego (obowiązki w zakresie wydawania dzienników urzędowych wynikają z przepisów ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz.U. z 2011 r. Nr 197, poz.1172 ze zm.), nie ma potrzeby nakładania na UOKiK dodatkowych obowiązków w tym zakresie w przepisach odrębnych), z jednoczesnym pozostawieniem możliwości publikowania przez Urząd wyjaśnień i interpretacji, mających istotne znaczenie dla stosowania przepisów z zakresu jego działania (wynikającej z przepisów o ogłaszaniu aktów normatywnych),
- art. 33 ust. 1 - włączenie laboratoriów do struktury Urzędu (obecnie laboratoria wchodzi w skład Centrali UOKiK na podstawie statutu Urzędu, zmiana będzie więc miała charakter porządkujący),
- art. 38 - doprecyzowania przepisów dotyczących zadań samorządu terytorialnego w zakresie prowadzenia edukacji konsumenckiej, poprzez wykreślenie możliwości wprowadzania przez organy samorządu terytorialnego elementów wiedzy konsumenckiej do programów nauczania – przepis można odczytywać literalnie jako prawo ingerencji wprost w treść programów nauczania, co oznaczałoby wkraczanie w kompetencje ministra właściwego ds. oświaty; działania samorządu w zakresie edukacji konsumenckiej obejmować powinny prowadzenie w porozumieniu z dyrektorami szkół zajęć lekcyjnych dla dzieci i młodzieży (w ramach tzw. puli wolnych godzin, którymi dysponują dyrektorzy szkół lub godzin wychowawczych), szkolenie nauczycieli w tym zakresie i tym podobne rodzaje aktywności),
- usunięcie wątpliwości interpretacyjnych w zakresie przepisów dotyczących zadań powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów (poprzez wykreślenie w art. 42 w ust. 1 wyrazów: „w szczególności”),
- art. 44 ust. 5 - doprecyzowania przepisów dotyczących kwestii wygaśnięcia członkostwa w Krajowej Radzie Rzeczników Konsumentów w przypadku zaprzestania pełnienia funkcji rzecznika,
- art. 48 ust. 4 - wydłużenia terminu na zakończenie postępowania wyjaśniającego (obecnie termin ten wynosi 1 miesiąc, a dla spraw szczególnie skomplikowanych – 2 miesiące; proponuje się wydłużenie tych terminów do odpowiednio 4 i 5 miesięcy); postępowania

- wyjaśniające mają na celu szczegółowe rozpoznanie sytuacji na rynku (poprzez prowadzenie z reguły czasochłonnych badań rynkowych) lub wstępne ustalenie naruszenia przepisów z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów – nie ma w nich stron postępowania, nie kończą się wydaniem decyzji, służą wyłącznie zbieraniu informacji, z których może wynikać potrzeba przeprowadzenia przez UOKiK właściwych postępowań; przedłużenie terminów na ich zakończenie pozwoli Prezesowi UOKiK na rzetelne zapoznanie się z sytuacją rynkową i zdiagnozowanie ewentualnych naruszeń (co wpłynie na poziom konkurencji na rynku, poprzez większą szybkość i skuteczność eliminowania tych naruszeń), będzie też korzystne dla przedsiębiorców – pozwoli na wyznaczanie przez Prezesa UOKiK dłuższych terminów na dostarczenie informacji i dokumentów, niezbędnych do realizacji celów postępowania (stanowi to wyjście naprzeciw oczekiwaniom przedsiębiorców, którzy bardzo często – w związku z zakresem żądanych informacji i karą grożącą za ich nieudzielenie – zwracają się do Urzędu o przedłużenie terminu na ich dostarczenie),
- art. 50 ust. 2 – w związku z pojawiającymi się wątpliwościami interpretacyjnymi doprecyzowano, że wymogi odnoszące się do żądania Prezesa UOKiK dotyczą zarówno informacji, jak i dokumentów, jakie ma przekazać przedsiębiorca (obowiązek przekazywania informacji i dokumentów wynika z art. 50 ust. 1); uzupełniono również pkt 4 w ust. 2 wskazując, że Prezes UOKiK jest obowiązany do poinformowania przedsiębiorcy o sankcjach grożących również za dostarczenia dokumentów lub informacji niepełnych (zmiana ma na celu jednoznaczne rozstrzygnięcie wątpliwości pojawiających się na gruncie obecnie obowiązującego przepisu, w którym mowa jest jedynie o informacjach nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd – pojawia się wątpliwość, czy informacja niepełna zawiera się tych pojęciach),
  - art. 51 ust. 1 - wprowadzenie regulacji, zgodnie z którą uprawnienie do poświadczania kopii dokumentu w celu jego użycia jako dowodu w postępowaniu przed Prezesem UOKiK przyznane zostanie również doradcom podatkowym i rzecznikom patentowym,
  - art. 69 ust. 4 i 4a - doprecyzowania przepisów dotyczących wniosków o ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego zawierających tajemnicę przedsiębiorcy i inne tajemnice prawnie chronione (wprowadzenie obowiązku uzasadnienia wniosku, w przypadku wniosków niespełniających wymogów formalnych wnioskodawca będzie wzywany do ich uzupełnienia w określonym terminie, zaś wniosek nieuzupełniony zostanie odrzucony w drodze postanowienia),
  - art. 81 ust. 1 - wydłużenia terminu na złożenie odwołania od decyzji Prezesa UOKiK do 30 dni – decyzje Prezesa UOKiK są zazwyczaj oparte na bardzo obszernym i skomplikowanym materiale dowodowym, obecnie obowiązujący termin dwutygodniowy nie wydaje się wystarczający na wyczerpujące przygotowanie odwołania,
  - art. 93 – przedłużenie okresu przedawnienia w sprawach praktyk ograniczających konkurencję do 5 lat – zmiana ma na celu zwiększenie skuteczności wykrywania antykonkurencyjnych praktyk; obecnie obowiązujący roczny okres przedawnienia jest zbyt krótki ze względu na charakter tych praktyk, ich istotny wpływ na konkurencję, a co za tym idzie - sytuację konsumentów, długotrwałość ich skutków, a także znaczne korzyści, jakie bezprawnie osiągają stosujący je przedsiębiorcy (propozycja zmiany art. 93 nie została wprost zawarta w założeniach, stanowi jednak realizację celu w nich stawianego, tj. zwiększenie skuteczności prawa antymonopolowego),
  - art. 102 - uchylenia możliwości zawarcia ugody w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów – przepis dotyczący ugody nie ma zastosowania, istotą ugody administracyjnej jest bowiem występowanie sporu pomiędzy co najmniej dwoma stronami postępowania, tymczasem postępowanie przed Prezesem UOKiK nie ma charakteru spornego (nie występują w nim strony o spornych interesach),

- art. 104 - wydłużenia terminu na zakończenie postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów do 4 miesięcy, a w sprawach szczególnie skomplikowanych – do 5 miesięcy (obecnie terminy te wynoszą odpowiednio 2 i 3 miesiące); postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów stają się coraz bardziej skomplikowane, wymagają gromadzenia coraz obszerniejszego materiału dowodowego – wydaje się słuszne wydłużenie terminu i dostosowanie ich, zwłaszcza w sprawach najtrudniejszych, do terminów obowiązujących w sprawach z zakresu praktyk ograniczających konkurencję (w których obowiązuje 5-miesięczny termin na zakończenie postępowania, niezależnie od rodzaju i trudności sprawy),
- art. 63 Kpc (oraz wynikające z niego uchylenie art. 479<sup>29a</sup> Kpc) - rozszerzenia przewidzianego w Kpc uprawnienia Prezesa Urzędu do przedstawiania w postępowaniu sądowym swojego istotnego dla sprawy poglądu nie tylko w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji, o których mowa w Dziale IVa Kpc, ale także w innych postępowaniach, które mogą dotyczyć ochrony konkurencji i konsumentów, np. w tych dotyczących roszczeń prywatnoprawnych wynikających z naruszenia prawa konkurencji,
- art. 479<sup>28</sup> Kpc § 1 pkt 5-9 - wprowadzenia przepisu przesądzającego właściwość sądu ochrony konkurencji i konsumentów jako organu odwoławczego dla wszystkich rozstrzygnięć i czynności Prezesa UOKiK dokonywanych w postępowaniach prowadzonych na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i podlegających zaskarżeniu (np. zażaleń na czynności Prezesa UOKiK podjęte w toku przeszukania oraz skarg na inne akty lub czynności Prezesa UOKiK dokonywane w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) – zmiana ta ma na celu rozproszenie pojawiających się niekiedy wątpliwości co do kompetencji sądu; jej wprowadzenie, zapewniające pewność prawną w tej materii, będzie korzystne zarówno z punktu widzenia interesu publicznego, jak i przedsiębiorców,
- art. 479<sup>29</sup> § 2 Kpc - zmian w zakresie procedury odwoławczej od decyzji Prezesa UOKiK, poprzez uchylenie przepisów dopuszczających do udziału w postępowaniu przez sądem podmioty biorące udział w postępowaniu przed Prezesem UOKiK jako podmioty zainteresowane – przepisy te są martwe, w obecnej procedurze przed Prezesem UOKiK takie podmioty bowiem nie występują.

Przewiduje się, że ustawa wejdzie w życie po upływie 3 miesięcy od daty ogłoszenia. Z uwagi na zakres planowanych zmian, wskazany okres *vacatio legis* wydaje się niezbędny dla podmiotów, których nowelizacja dotyczy, na zaznajomienie się z jej treścią i na ewentualne przygotowanie do stosowania znowelizowanych przepisów.