



LEWIATAN

Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel. (+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

member of  BUSINESSEUROPE

Warszawa, 12 sierpnia 2013 r.

KL/491/135/ BW/2013

Pan
Stanisław Trociuk
Zastępca Rzecznika Praw Obywatelskich



W związku z przyjęciem przez Radę Ministrów w dniu 23 lipca 2013 r. *projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw (wersja z dnia 09.07.13)* zwracam uwagę Pana Rzecznika na wiele niepokojących i nieuzasadnionych – w naszej ocenie – regulacji, które znalazły się w projekcie.

Wbrew deklarowanym w uzasadnieniu intencjom, w projekcie brakuje rozwiązań wzmacniających gwarancje praw przedsiębiorców. Projekt zawiera przede wszystkim nowe rozwiązania służące wzmocnieniu uprawnień organu antymonopolowego, jednocześnie nie zapewniając przedsiębiorcom wystarczających gwarancji procesowych.

Projekt zawiera wiele niekorzystnych dla przedsiębiorców zmian, na które zwracaliśmy uwagę w trakcie konsultacji społecznych, a które w większości niestety nie zostały uwzględnione w toku prac nad projektem. W naszej ocenie, część proponowanych regulacji nie spełnia wymogów wynikających z Konstytucji RP i Konwencji o ochronie Praw Człowieka i podstawowych wolności, zwłaszcza jeżeli chodzi o ukształtowanie zasad i trybu procedowania w przypadku odpowiedzialności osób zarządzających za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę przepisów antymonopolowych, ale nie tylko.

W związku z powyższym, w niniejszym piśmie zwracam uwagę na najważniejsze, najbardziej niekorzystne i daleko idące zmiany, które budzą nasze wątpliwości i niepokój, licząc na wsparcie Pana Rzecznika dla prezentowanych przez nas argumentów.



Henryka Bochniarz
Prezydent Konfederacji Lewiatan



Zastrzeżenia do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (wersja z dnia 09.07.13):

I. Odpowiedzialność osób fizycznych pełniących funkcje kierownicze za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk ograniczających konkurencję:

Niewątpliwym *novum* wprowadzanym do ustawy jest odpowiedzialność osób fizycznych pełniących funkcje kierownicze za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk ograniczających konkurencję (art. 6 ustawy oraz art. 101 TFUE). Projekt zakłada, że oprócz kary nakładanej na przedsiębiorcę, w przypadku przedsiębiorcy będącego osobą prawną, odpowiedzialność osobistą ponosić będą również osoby zarządzające.

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

Po pierwsze, odpowiedzialność będzie miała charakter deliktu administracyjnego, a zatem kara nakładana będzie w ramach postępowania administracyjnego, czyli przez organ administracyjny, który właściwie pełni dwie role – „oskarżyciela” i „sędziego”. W rękach Prezesa UOKiK skupione zostaną więc wszystkie kompetencje: dochodzeniowe, oskarżycielskie i orzecznicze.

Po drugie, w porównaniu z poprzednimi wersjami projektu, w projektowanym art. 6a słusznie wprowadzono przesłankę subiektywizującą odpowiedzialność polegającą na tym, że działanie lub zaniechanie osoby zarządzającej, które doprowadziło do naruszenia przez przedsiębiorcę przepisów ustawy musi być umyślne. Jednocześnie jednak, wprowadzenie „winy umyślnej” jako przesłanki odpowiedzialności osób zarządzających, w praktyce będzie rodziło nowe wątpliwości interpretacyjne, gdyż obecnie przyjmowano, że „odpowiedzialność z tytułu naruszenia obowiązków wynikających z ustawy ma charakter obiektywny w tym sensie, że stwierdzenie zawinionego charakteru naruszenia nie jest konieczne dla stwierdzenia naruszenia przepisów”¹.

Po trzecie, z projektu słusznie usunięto projektowany art. 50a, który zobowiązywał osoby zarządzające do przekazywania prezesowi UOKiK na jego żądanie wszelkich koniecznych informacji i dokumentów i w istocie naruszał jeden z podstawowych elementów prawa do obrony, jakim jest prawo do nieobciążania samego siebie. Wydaje się jednak, że w przypadku projektowanej odpowiedzialności osób zarządzających, takie uprawnienie winno wynikać *expressis verbis* z ustawy, na wzór art. 74 k.p.k., z uwagi na to, że w zasadzie mamy do czynienia z postępowaniem karnym w autonomicznym rozumieniu art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i podstawowych wolności². Ponadto, modyfikacji wymaga też art. 105d ust. 2 ustawy, celem rozszerzenia prawa osób zarządzających do odmowy udzielania informacji lub współdziałania w toku kontroli również do sytuacji, w których takie współdziałanie naraziłoby osobę zarządzającą właśnie na osobistą odpowiedzialność majątkową, która ma być wprowadzona do ustawy w projektowanym art. 106a. Zresztą jeżeli prawo to nie ma być pozorne, musi się odnosić nie tylko do kontroli, ale również do przeszukania, a także do wszelkich innych postępowań lub sytuacji, w których Prezes UOKiK żąda od osoby informacji lub dowodów, które mogłyby ją obciążać. W przeciwnym razie prawo do nieobciążania samego siebie, będzie iluzoryczne.

¹ Por. wyrok SN z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. III SK 45/10;

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

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

Nie jest też zrozumiałe, co należy rozumieć przez stwierdzenie, że odpowiedzialność osób zarządzających będzie miała charakter następczy³, skoro o odpowiedzialności osoby zarządzającej Prezes UOKiK stwierdzał będzie w decyzji stwierdzającej naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Zresztą kwestia ta budzi również wątpliwości innego rodzaju. Słusznie bowiem stwierdzono w opinii rady Legislacyjnej działającej przy Prezesie Rady Ministrów, „że projektowana kumulacja odpowiedzialności administracyjnej osoby fizycznej i przedsiębiorcy stwarza niebezpieczeństwo prostego kopiowania faktów i ich interpretacji, zwłaszcza, że podejmowanie decyzji w obu postępowaniach należeć będzie do tego samego podmiotu.”⁴ Procedura ta nie gwarantuje więc osobom, którym zarzucane jest naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, że ich działanie zostanie rozpatrzone indywidualnie i w sposób bezstronny.

Na marginesie warto też zaznaczyć, że również wysokość kary przewidziana w projekcie, budzi wątpliwości. Dla porównania, obecnie, najwyższa kwota grzywny, wynikająca z przepisów ogólnych kodeksu karnego (nie biorąc pod uwagę szeregu przepisów szczególnych) i nakładana przez niezawisłe sądy karne, wynosi 1 080 000 zł. i nawet w sytuacji nadzwyczajnego obostrzenia kary nie może przekroczyć 1 620 000 zł! Wysokości kary nie uzależniono też w żaden sposób od wynagrodzenia otrzymywanego przez osobę na którą Prezes UOKiK zamierza nałożyć karę za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk ograniczających konkurencję.

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

Wskazane zastrzeżenia są istotne, jednak najpoważniejsze wątpliwości budzi – zwłaszcza w kontekście projektowanej kary pieniężnej w wysokości do 2 mln. zł – procedura odwoławcza przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK). Zgodnie z projektem, osobom zarządzającym, w sprawach ich odpowiedzialności za naruszenie przez przedsiębiorstwo (osobę prawną) przepisów antymonopolowych, przysługiwać będzie prawo do wniesienia odwołania od decyzji prezesa UOKiK na dokładnie tych samych zasadach, co obecnie przedsiębiorcom w sprawach naruszenia przepisów antymonopolowych. Z kolei w tym samym uzasadnieniu znajduje się stwierdzenie, że: „projektowana regulacja będzie więc w pełnym zakresie realizować prawo do obrony osób ponoszących odpowiedzialność z tytułu naruszenia prawa konkurencji – uwzględniając wszelkie standardy prawne w ww. zakresie”⁵. Stwierdzenie to nie ma jednak żadnego pokrycia w treści projektu ustawy. Wszak procedura odwoławcza będzie „unikalna” w skali całego systemu prawnego. Od nałożonej bowiem kary administracyjnej, przedsiębiorcy będzie przysługiwać odwołanie według procedury cywilnej, w której powinien mieć prawo do obrony na zasadach prawa karnego. Takí konglomerat przepisów będzie prawdziwym torem przeszkód zarówno dla przedsiębiorców, jak i organów państwa –

³ Uzasadnienie do projektu, str.21;

⁴ Opinia o projekcie założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16.08.2012 r. (sygn. RL-0303-12/12);

⁵ Uzasadnienie do projektu str. 23 i 24;

administracyjnych i sądowych i nie zapewni w naszej ocenie w wystarczającym stopniu prawa do obrony.

Należy mieć na uwadze, że w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, przyjmuje się, że postępowanie antymonopolowe przed prezesem UOKiK jest postępowaniem karnym w autonomicznym rozumieniu art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁶. Oznacza to, że postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję i późniejsze postępowanie przed SOKiK powinny być interpretowane przez pryzmat art. 6 Konwencji, który przewiduje prawa do rzetelnego procesu w sprawach karnych. Pomimo iż w świetle polskiego prawa, postępowanie przed prezesem UOKiK ma charakter administracyjny, a naruszenie przepisów ustawy stanowi delikt administracyjny, to z uwagi na surowość kary jaką prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę (obecnie jest to kara pieniężna w wysokości do 10 % przychodu przedsiębiorcy – art. 106 ust. 1 ustawy, natomiast w odniesieniu do osób zarządzających planowana jest kara pieniężna w wysokości do 2 mln. zł – projektowany art. 106a) oraz z uwagi na to, że podstawą wymierzenia kary jest norma ogólna, mająca charakter prewencyjny i represyjny, mamy do czynienia z postępowaniem karnym w autonomicznym rozumieniu Konwencji.

Podobnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego zwraca się uwagę na to, że „w sprawach z odwołania od decyzji nakładającej karę pieniężną na przedsiębiorcę obowiązuje wyższy standard ochrony praw przedsiębiorcy (...), a zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacji w tym zakresie, powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej”⁷. Innymi słowy, w postępowaniu przed SOKiK, w zakresie w jakim dochodzi do wymierzenia kary pieniężnej, przedsiębiorca musi mieć zagwarantowane analogiczne prawa procesowe, jak w procedurze karnej. Nie powinno też budzić wątpliwości, że w przypadku projektowanej odpowiedzialności wspomniany standard ochrony powinien być jeszcze wyższy, mając na uwadze, że kara pieniężna nakładana będzie bezpośrednio na osoby zarządzające. Tymczasem, analiza uregulowanego w art. 479²⁸ – 479³⁵ k.p.c. postępowania przed SOKiK skłania do poglądu, że nie zapewni ono obywatelom wymaganych przez Konwencję standardów i nie zagwarantuje im w wystarczającym stopniu praw procesowych.

Jedną z naczelných zasad postępowania karnego jest bowiem zasada skargowości, która oznacza, że postępowanie wszczynane jest na żądanie uprawionego oskarżyciela. Wiąże się z tym również rozkład ciężaru dowodu, polegający na tym, że to oskarżyciel musi udowodnić oskarżonemu winę, ten zaś uważany jest za niewinnego, dopóki wina jego nie zostanie udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem (zasada domniemania niewinności). W odniesieniu do osób fizycznych, cech tych nie będzie spełniało postępowanie przed SOKiK. Po pierwsze, wszczynane ono będzie na podstawie odwołania od decyzji prezesa UOKiK wnoszonego przez osobę zarządzającą. Po drugie, postępowanie przed SOKiK – mimo swojego odrębnego charakteru – jest postępowaniem w sprawie cywilnej. Zatem to nie Prezes UOKiK, lecz osoba zarządzająca, jako strona powodowa zgodnie z zasadami wynikającymi z k.p.c., obciążona będzie ciężarem dowodzenia, że decyzja prezesa UOKiK jest niezasadna.

Osobom, na które zostanie nałożona kara nie będzie więc przysługiwać szereg uprawnień procesowych – jak chociażby „domniemanie niewinności” – które przewidują przepisy k.p.k. Nie będzie też wyraźnych dyrektyw – chociażby na wzór art. 53 i następnych k.k., co do tego, na jakich zasadach ma być wymierzana kara. Zabezpieczeniu praw procesowych stron nie służy również fakt, że w orzecznictwie wątpliwości budzi, czy SOKiK w ogóle ma kompetencje do badania naruszeń przepisów o postępowaniu przed prezesem UOKiK (tj. przepisów procedury administracyjnej)⁸.

Podsumowując, wprowadzana w projekcie odpowiedzialność osób fizycznych pełniących funkcje kierownicze za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk

⁶ Por. wyrok ETPC z 8 czerwca 1976 r. w sprawie Engel i in. Przeciwko Holandii, skarga nr 5100/71, pkt. 82 i 83;

⁷ Por. wyrok SN z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. III SK 45/10, wyrok SN z dnia 14 kwietnia 2010 r., sygn. III SK 1/10, wyrok SN z dnia 1 czerwca 2009 r., sygn. III SK 5/10;

⁸ Por. wyrok SOKiK z dnia 22 czerwca 2005 r., sygn. XVII Ama 55/04;

ograniczających konkurencję (art. 6 ustawy oraz art. 101 TFUE), a w szczególności tryb, w którym Prezes UOKiK będzie nakładał karę na osobę zarządzającą i procedura odwoławcza przed SOKiK nie zapewniają obywatelom odpowiednich gwarancji procesowych. Przyjęto bardzo szeroki i co więcej nieokreślony w sposób precyzyjny zakres podmiotowy odpowiedzialności. O odpowiedzialności zarówno przedsiębiorcy jak i osoby zarządzającej będzie „orzekał” jeden organ – Prezes UOKiK i to w zasadzie w jednym postępowaniu, wydając jedną decyzję administracyjną. Nastąpi więc wydanie jednej decyzji na podstawie różnych przepisów (w zakresie odpowiedzialności) wobec różnych jej adresatów. W szczególności, związanie w jednej decyzji de facto dwóch różnych rozstrzygnięć opartych na odmiennych przesłankach nie zapewnia należytej ochrony prawa do odwołania i „obrony” od indywidualnego rozstrzygnięcia. Następnie, od decyzji Prezesa UOKiK osoba zarządzająca będzie mogła się odwołać do SOKiKu, gdzie jako strona powodowa zgodnie z zasadami wynikającymi z k.p.c. jako obciążona ciężarem dowodzenia, to ona będzie musiała udowodnić, że decyzja Prezesa UOKiK jest niezasadna. Co więcej, nie uregulowano w sposób precyzyjny kwestii ochrony poufności komunikacji pomiędzy niezależnym prawnikiem a przedsiębiorcą, jeżeli związana jest ona z korzystaniem przez niego z „prawa do obrony” – tzw. *legal professional privilege* (zasada LPP) i nie przewidziano w sposób jednoznaczny, że osoba zarządzająca nie będzie obowiązana do dostarczania Prezesowi UOKiK informacji i dokumentów obciążających samą siebie. Powyższe nie gwarantuje osobom zarządzającym pełnego prawa do obrony. Tymczasem, z uwagi na to, że proponowana w projekcie ustawy surowa odpowiedzialność osób zarządzających w istocie ma charakter administracyjno-karny, normy proceduralne winny zapewniać tym osobom niezbędne gwarancje procesowe, w tym prawo do obrony.

Postulat Konfederacji Lewiatan:

Mając powyższe na uwadze, postulujemy rezygnację z wprowadzenia osobistej odpowiedzialności osób zarządzających w kształcie zaproponowanym w projekcie. W tym celu proponujemy uchylene projektowanych art. 4 pkt. 23), art. 6a, art. 12a i art. 106a i zmianę pozostałych przepisów w niezbędnym zakresie. Alternatywnie, postulujemy takie ukształtowanie odpowiedzialności osób zarządzających, ażeby ustawowe znamiona czynu zagrożonego karą były określone w sposób precyzyjny, a co najważniejsze, żeby postępowanie przed Prezesem UOKiK i przed sądem odwoławczym rzeczywiście zapewniało wszelkie standardy przewidziane w Konstytucji RP i w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i podstawowych wolności⁹.

II. Publiczne informowanie – ochrona konsumentów:

Wątpliwość budzi projektowany art. 73a, który przewiduje możliwość podania przez Prezesa UOKiK do publicznej wiadomości informacji o działalności przedsiębiorcy i jej prawdopodobnych skutkach, już w toku postępowania, jeżeli jedynie uprawdopodobniono, że zachowanie przedsiębiorcy narusza przepisy prawa i może spowodować znaczne straty lub niekorzystne skutki dla szerokiego kręgu konsumentów.

Przepis ten ma na celu ochronę szerokiego kręgu konsumentów. Jednocześnie nie uwzględnia w wystarczającym stopniu praw i interesów przedsiębiorców, zwłaszcza tych którzy prowadzą działalność w sposób rzetelny i odpowiedzialny. Otóż wydaje się, że projektowany przepis wyklucza możliwość bezpośredniego zbadania zasadności „decyzji” Prezesa UOKiK przez niezależny sąd. Wszak nie przewidziano żadnego formalnego trybu, w jakim organ rozstrzyga o publicznym udostępnieniu informacji o przedsiębiorcy. Wydaje się więc, że nie będzie wymagane wydanie postanowienia lub decyzji, a więc rozstrzygnięć, które przedsiębiorca mógłby zaskarżyć. Tymczasem w świetle poglądów doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, naruszeniem konstytucyjnego prawa do sądu (art. 45 Konstytucji RP) będzie

⁹ Por. wyrok TK z dnia 28 listopada 2007 r. sygn. K 39/07 i przywołane tam orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego;

każde zamknięcie drogi sądowej oraz odebranie możliwości przedstawienia sądowi własnych argumentów dla ochrony praw i interesów danego podmiotu¹⁰. Na prawo to składają się zwłaszcza: prawo do uruchomienia procedury przed sądem, prawo do kształtowania procedury i prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia¹¹.

Z kolei kwestią dyskusyjną będzie to, czy przedsiębiorca, który będzie uważał, że podana przez Prezesa UOKiK informacja jest nieprawdziwa lub nieuzasadniona, będzie miał prawo podważenia takich działań Prezesa UOKiK w sposób pośredni, wówczas, gdy odwoła się do SOKiK od ostatecznej decyzji Prezesa UOKiK o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Jednak nawet przyjmując, że będzie to możliwe, ochronę taką mimo to należy uznać za niewystarczającą z kilku powodów. Po pierwsze, od momentu udostępnienia informacji przez Prezesa UOKiK do wydania ostatecznej decyzji w sprawie i rozpatrzenia przez SOKiK odwołania przedsiębiorcy, może upłynąć tak dużo czasu, że nawet korzystne dla przedsiębiorcy orzeczenie sądu, nie pozwoli na usunięcie negatywnych skutków i szkód, które wyniknęły z działania Prezesa UOKiK. Po drugie, nie da się wykluczyć sytuacji, w której pomimo podania do publicznej wiadomości negatywnych informacji o przedsiębiorcy, ostatecznie postępowanie zostanie umorzone decyzją Prezesa UOKiK. W tym kontekście należy też podkreślić, że brak jest tożsamości pomiędzy przesłankami zawartymi w projektowanym art. 73a („duże prawdopodobieństwo naruszenia przepisów prawa” i „znaczne straty lub niekorzystne skutki dla szerokiego kręgu konsumentów”), które uprawniają Prezesa UOKiK do publicznego informowania, a przesłanką „praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów” o której mowa w art. 24 uokik. Oznacza to, że pomimo braku naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, Prezes UOKiK uprawniony będzie do informowania o negatywnej działalności danego przedsiębiorcy w przypadku wystąpienia przesłanek z projektowanego art. 73a. Po trzecie wreszcie, zgodnie z uzasadnieniem do projektu, celem proponowanej zmiany jest m.in. umożliwienie Prezesowi UOKiK ostrzegania konsumentów w przypadku stosowania przez przedsiębiorcę niezgodnej z prawem praktyki skierowanej do szerokiego kręgu konsumentów i narażającej ich na poważne straty finansowe, np. poprzez emitowanie reklamy wprowadzającej w błąd. Powstaje jednak pytanie, co w sytuacji, gdy sądy kontrolujące ostateczną decyzję Prezesa UOKiK uznają, że reklama jednak nie wprowadzała w błąd konsumentów w błąd. Kwestia tego, czy dana reklama rzeczywiście wprowadza w błąd czy też nie, jest wysoce ocenna i pozostawia dużo miejsca dla interpretacji. Zresztą same przesłanki zawarte w art. 73a też nie są precyzyjne, a sformułowane bardzo ogólnie, przez co pozostawiają organowi bardzo dużą swobodę interpretacji i luz decyzyjny. Co więcej, w przepisie tym mowa jest jedynie o uprawdopodobnieniu naruszenia prawa, które z samej istoty jest środkiem zastępczym w stosunku do dowodu, nie dającym pewności, lecz tylko prawdopodobieństwo pewnego faktu.

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

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

¹⁰ Por. wyrok TK z 12 marca 2002 r., sygn. P 9/01;

¹¹ Por. wyrok TK z 9 czerwca 1998 r., sygn. K. 28/97;

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

W trakcie konsultacji społecznych pojawiła się interesująca propozycja, zgłoszona przez Sąd Najwyższy, żeby połączyć proponowaną w art. 73a instytucję z tzw. decyzją zabezpieczającą (którą obecnie można wydać tylko w sprawach praktyk ograniczających konkurencję – art. 89 ustawy)¹². Pozwoliłoby to z jednej strony wzmocnić ochronę konsumentów, a jednocześnie dałoby przedsiębiorcom możliwość zaskarżenia takiej decyzji, zapewniając przedsiębiorcom minimalne gwarancje proceduralne. Jednak nawet ta rozsądna i zgłoszona przez cieszący się dużym autorytetem organ jakim jest Sąd Najwyższy, nie została wzięta pod uwagę.

Postulat Konfederacji Lewiatan:

Wobec powyższego, postulujemy uchylenie projektowanego art. 73a. Alternatywnie, w przypadku nieuchylenia projektowanego przepisu, koniecznym jest wprowadzenie trybu pozwalającego przedsiębiorcy na skuteczne wyrażenie sprzeciwu wobec publikowanych informacji, a także szczególnego trybu dochodzenia roszczeń w przypadku wyrządzenia szkody przez organ antymonopolowy. Ponadto, przesłanką uprawniającą do skorzystania z tego instrumentu powinno być duże prawdopodobieństwo stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów¹³ o której mowa w art. 24 uokik, a nie wyłącznie przesłanka uprawdopodobnienia, że zachowanie przedsiębiorcy narusza przepisy prawa i może spowodować znaczne straty lub niekorzystne skutki dla szerokiego kręgu konsumentów.

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

III. Kontrola i przeszukanie w kontekście zasady LPP:

Kolejną bardzo ważną kwestią wymagającą jednoznacznego uregulowania w ustawie, jest ochrona poufności komunikacji pomiędzy niezależnym prawnikiem a przedsiębiorcą, jeżeli związana jest ona z korzystaniem przez niego z „prawa do obrony” – tzw. *legal professional privilege* (zasada LPP). Obecnie podnoszone są wątpliwości, czy i w jakim zakresie, w postępowaniach przed prezesem UOKiK, przedsiębiorcy mają prawo powoływania się na zasadę LPP. Przyjmuje się, że wobec braku regulacji w ustawie, która przyznawałaby przedsiębiorcom takie uprawnienie *expressis verbis*, zasadę LPP można wywodzić z art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i z art. 48 Karty Praw

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

Podstawowych UE. Przepisy te, gwarantują każdemu – w tym przedsiębiorcom – prawo do obrony, na które oprócz prawa do wysłuchania, prawa dostępu do akt, prawa do pomocy prawnej przez wybranego przez siebie prawnika i prawa do nieobciążania samego siebie, składa się również prawo do zachowania w tajemnicy treści korespondencji z adwokatem lub radcą prawnym. Mając na uwadze, że zasada LPP w dużej mierze wynika z orzecznictwa sądów europejskich¹³, przedsiębiorca winien mieć – wyraźnie przewidziane w przepisach ustawy – prawo odmowy przekazania prezesowi UOKiK informacji lub dokumentów, obejmujących komunikację pomiędzy adwokatem (radcą prawnym) a tym przedsiębiorcą, jeżeli związana jest ona z korzystaniem przez niego z „prawa do obrony”.

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

Niestety w projekcie ustawy zrezygnowano z tych założeń i zaproponowano jedynie częściowe uregulowanie tej kwestii poprzez odesłanie na podstawie projektowanego art. 105n ust. 4 do przepisów kodeksu postępowania karnego (tj. do art. 224 §1, 225, 226 i 236a k.p.k.). Dodatkowo, prawo do ochrony tajemnicy zawężono wyłącznie w odniesieniu do sytuacji, w której prezes UOKiK przeprowadzać będzie u przedsiębiorcy przeszukiwanie. Rozwiązanie to należy ocenić jako niewystarczające. Procedura przeszukania nie jest bowiem jedyną procedurą, podczas której prezes UOKiK może nakładać na przedsiębiorców obowiązki informacyjne. Zgodnie z ustawą, prezes UOKiK może żądać od przedsiębiorcy udzielenia informacji nie tylko w toku przeszukania, ale także w toku kontroli (na podstawie art. 105 ust. 1 projektu), choć tu przedsiębiorca może wnieść sprzeciw wobec podjęcia i wykonywania kontroli na podstawie art. 84c ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Poza tym prezes UOKiK ma prawo żądać od przedsiębiorcy – słusznie zresztą – przekazania informacji i dokumentów również w sytuacji, gdy u przedsiębiorcy nie jest przeprowadzana ani kontrola ani przeszukiwanie. Czyni to na podstawie przepisu ogólnego, jakim jest art. 50 ustawy, żądając informacji w ramach toczących się postępowań (tj. w toku postępowania wyjaśniającego, postępowania antymonopolowego lub postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów). W tych wszystkich wypadkach, wobec braku odesłania do odpowiednich przepisów k.p.k., przedsiębiorca nie będzie więc miał – wyraźnie wynikającego z ustawy – prawa do odmowy przekazania żądanych informacji lub dokumentów prezesowi UOKiK.

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

IV. Żądanie informacji i dokumentów w postępowaniu przed Prezesem UOKiK:

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

¹³ Por. wyrok z 18 maja 1982, AM&S Europe Ltd. przeciwko Komisji Europejskiej – sprawa 155/79;

Abstrahując od wysokości kary, którą należy uznać jako zbyt wysoką i nieproporcjonalną do czynu, istotną kwestią pominiętą w nowym projekcie jest zakres i rodzaj żądanych przez prezesa UOKiK informacji i dokumentów. W praktyce zdarza się bowiem, że na żądanie Prezesa UOKiK przedsiębiorcy obowiązani są przekazywać tzw. informacje przetworzone, w postaci różnego rodzaju analiz, wykresów itp. Informacje te przeważnie nie są w posiadaniu przedsiębiorców, ale dopiero muszą być wytworzone na potrzeby postępowania przed Prezesem UOKiK. Często jest to czasochłonne i kosztowne, a w praktyce oznacza, że przedsiębiorca podejmuje czynności zupełnie niezwiązane z właściwym przedmiotem prowadzonej przez siebie działalności. Tymczasem, już orzecznictwo Sądu Antymonopolowego wskazywało, że organ antymonopolowy nie może żądać od przedsiębiorcy sporządzenia opracowań analitycznych na podstawie żądanych materiałów, danych czy wyjaśnień, w szczególności takich, które nie są przewidziane w przepisach dot. sprawozdawczości gospodarczej¹⁴. Wyraźne uregulowanie tej kwestii w ustawie wzmocniłoby prawa przedsiębiorców. Obecnie nawet w sytuacji, w której przedsiębiorca uważa, że konkretne żądanie informacji lub dokumentu jest nieuzasadnione, lub też informacja taka obejmuje tajemnicę prawnie chronioną, albo termin na jej udzielenie jest zbyt krótki, najczęściej nie zaryzykuje odmowy jej udzielenia, z uwagi na groźbę nałożenia niezwykle wysokiej i nieproporcjonalnej do ewentualnego przewinienia kary pieniężnej w wysokości do 50 mln. euro (art. 106 ust. 2 ustawy).

Postulaty Konfederacji Lewiatan:

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

„Art. 50 ust. 1. Przedsiębiorcy są obowiązani do przekazywania wszelkich posiadanych informacji i dokumentów na żądanie Prezesa Urzędu, z wyłączeniem informacji i dokumentów objętych tajemnicą prawnie chronioną. Prezes Urzędu nie może jednak żądać od przedsiębiorcy przekazywania informacji przetworzonych, o ile przedsiębiorca nie jest w ich posiadaniu w żądanej formie. Prezes Urzędu wyznacza termin na przekazanie informacji i dokumentów nie krótszy niż 14 dni.”

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

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

V. Środki zaradcze:

W art. 10 ust. 4 projektu ustawy planuje się przyznanie Prezesowi UOKiK uprawnień do nakazania przedsiębiorcy, w decyzji stwierdzającej niedozwolone porozumienie lub nadużycie pozycji dominującej, przedsięwzięcie określonych środków mających na celu zakończenie naruszenia lub usunięcie jego skutków. W obecnej wersji projektu uprawnienie to w zasadzie ma nieograniczony charakter. Prezes UOKiK ma bowiem w każdym przypadku możliwość nakazania przedsiębiorcy przedsięwzięcie środków, których katalog ma charakter otwarty (w

¹⁴ Por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 6 września 1993 r., sygn. XVII Amr 22/93;

ust. 4 projekt ustawy posługuje się zwrotem "w szczególności"). W naszej ocenie, takie rozwiązanie budzi ryzyko zbyt dużej ingerencji Prezesa UOKiK w działalność przedsiębiorców i w praktyce zmianę jego roli z podmiotu oceniającego działania przedsiębiorców *ex post*, na regulatora rynku, wymuszającego pewne zachowania *ex ante*.

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

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

Postulat Konfederacji Lewiatan:

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

VI. Uwagi końcowe:

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

KL/491/135/ BW/2013