

Warszawa, 10 lutego 2021 r.
KL/63/42/AZ/2021

Pan
Tomasz Chróstny
Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Szanowny Panie Prezesie,

w związku z konsultacjami publicznymi dotyczącymi *projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (UC69)*, Konfederacja Lewiatan przedstawia swoje stanowisko.

Uprzejmie proszę o zapoznanie się ze stanowiskiem oraz o rozważenie jego uwzględnienia w toku prac nad wyżej wskazanymi rozwiązaniami legislacyjnymi.

Z poważaniem,

Maciej Witucki
Prezydent Konfederacji Lewiatan

Załącznik:

Stanowisko Konfederacji Lewiatan dotyczące projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (UC69)



Stanowisko Konfederacji Lewiatan dotyczące projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (UC69)

Wyjaśnienia:

- Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (UC69) – w dalszej części niniejszego stanowiska określany jest jako „**Projekt**”
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego – w dalszej części niniejszego stanowiska określana jest jako „**Dyrektywa**”
- Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów - w dalszej części niniejszego stanowiska określana jest jako „**Ustawa**”

Uwagi Konfederacji Lewiatan dotyczące Projektu:

I. Uwagi dotyczące projektowanego art. 6aa Ustawy oraz art. 9a Ustawy (art. 1 pkt 4 Projektu oraz art. 1 pkt 5 Projektu)

Projektowana regulacja wprowadza zasadę automatycznego naruszenia prawa przez przedsiębiorcę wywierającego decydujący wpływ na jednostkę, która dopuściła się naruszenia prawa. Rozwiązanie takie nie odpowiada orzecznictwu wskazanemu w treści Projektu.

Zgodnie ze wskazanym w uzasadnieniu Projektu wyrokiem Sądu z 14.07.2011 r. w sprawie T-190/06 Total SA i Elf Aquitaine SA p. Komisji:

*„Zachowanie spółki zależnej można przypisać spółce dominującej między innymi w przypadku, gdy mimo posiadania odrębnej podmiotowości prawnej spółka zależna **nie określa w sposób autonomiczny swojego zachowania rynkowego, lecz stosuje zasadniczo instrukcje dawane jej przez spółkę dominującą**, w szczególności z uwzględnieniem więzów ekonomicznych, organizacyjnych i prawnych łączących oba te podmioty prawa. Jest tak dlatego, że w tego rodzaju sytuacji spółka dominująca i jej spółka zależna są częścią tej samej jednostki gospodarczej, a tym samym tworzą jedno przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 81 WE, co pozwala Komisji na skierowanie decyzji nakładającej grzywny do spółki dominującej, bez konieczności ustalania jej bezpośredniego zaangażowania w naruszenie”*

Innymi słowy, wskazane orzecznictwo nie kreuje automatyzmu określonego w projektowanym art. 6aa Ustawy oraz art. 9a Ustawy. Wskazuje ono na konieczność realnego zaistnienia relacji („[...] **spółka zależna nie określa w sposób autonomiczny swojego zachowania rynkowego, lecz stosuje zasadniczo instrukcje dawane jej przez spółkę dominującą [...]**”), co wyklucza automatyzm określony w projektowanym art. 6aa ust 2 Ustawy oraz projektowanym art. 9a ust. 2 Ustawy zawarty w definicji

*„wywierania decydującego wpływu” („[...] przedsiębiorca, na którego wywierany jest decydujący wpływ, **nie określa samodzielnie swojego zachowania na rynku, lecz co do zasady stosuje się do wskazówek udzielanych mu przez przedsiębiorcę wywierającego decydujący wpływ [...]**”).*

Definicja określona w projektowanym art. 6aa ust 2 Ustawy oraz projektowanym art. 9a ust. 2 Ustawy obarczona jest błędem określonym jako błędne koło w definiowaniu: definiuje wywieranie decydującego wpływu poprzez odwołanie się do wywierania decydującego wpływu. W efekcie trudno jest zrozumieć sens projektowanych przepisów, co rzutuje na niejasność stosowania tak poważnej instytucji jak ta określona w projektowanym art. 6aa Ustawy oraz art. 9a Ustawy. Również definicja posiadania „prawie całego” kapitału jest niejasna i wymaga doprecyzowania poprzez wskazanie procentowe (np. powyżej 90%).

W efekcie wskazana jest rewizja projektowanych przepisów, oparcie konstruowanej odpowiedzialności o zasadę winy lub chociażby wskazanie okoliczności wyłączającej odpowiedzialność. Dodatkowo konieczne jest wprowadzenie zasady odpowiedzialności cywilnej przedsiębiorcy, który dopuścił się naruszeń wobec przedsiębiorcy ukaranego z tego tytułu.

Należy również negatywnie ocenić posłużenie się w projektowanym art. 6aa ust. 3 Ustawy pojęciem niedookreślonym „prawie cały kapitał przedsiębiorcy”, jak również nieznanym polskiemu prawu pojęciem „posiadania kapitału”. Ta sama uwaga dotyczy projektowanego art. 9a ust. 3 Ustawy.

II. Uwagi dotyczące projektowanego art. 49 ust. 3 Ustawy (art. 1 pkt 10 Projektu)

Zgodnie z uzasadnieniem Projektu: „*Dyrektywa stanowi, że Państwa członkowskie zapewniają, aby przed podjęciem decyzji na podstawie art. 10 niniejszej dyrektywy krajowe organy ochrony konkurencji przyjmowały szczegółowe uzasadnienie zarzutów (art. 3 ust. 3 zd. 2)*”. Projekt proponuje, aby przedstawienie uzasadnienia zarzutów odbywało się już na etapie wszczęcia postępowania, nie zaś tak jak dotychczas w jego końcowej fazie (co nie zostało jednak dotąd uregulowane w ustawie).

Jednocześnie Dyrektywa nie wskazuje aby przedstawienie uzasadnienia zarzutów musiało odbywać się na etapie wszczęcia postępowania jak wskazuje projektowany art. 49 ust. 3 zdanie pierwsza Ustawy: „*Postanowienie o wszczęciu postępowania, o którym mowa w ust. 1, wymaga uzasadnienia*”

Jest to o tyle działanie niezrozumiałe, że uzasadnienie zarzutów powinno stanowić dla przedsiębiorcy zbiór niezbędnych informacji i dowodów, które przesądzą o stanowisku organu ochrony konkurencji w zakresie działania konkretnego przedsiębiorcy (zbiór dowodów, które Prezes UOKiK uznał za obciążające przedsiębiorcę). Na wstępnym etapie postępowania zakres tych informacji może być ograniczony i tym samym przedsiębiorca nie będzie miał wiedzy z jaką oceną UOKiK spotkają się przedstawione przez niego informacje i dokumenty w dalszym toku postępowania. **Z tego też względu wydaje się, że tak uregulowane postępowanie Prezesa UOKiK w zakresie przedstawienia zarzutów może negatywnie wpłynąć na prawo do obrony przedsiębiorcy i stoi w sprzeczności z celem samej Dyrektywy.**

Obecnie funkcjonujące rozwiązanie, zgodnie z którym uzasadnienie zarzutów przekazywane jest w końcowej fazie postępowania, powinno być kontynuowane, przy jednoczesnym uregulowaniu tej kwestii w ustawie.

III. Uwagi dotyczące projektowanego art. 50 ust. 1 Ustawy (art. 1 pkt 11 lit. a Projektu)

Projektowana regulacja została błędnie zaimplementowana z Dyrektywy. Zgodnie z uzasadnieniem Projektu: „Wymogi dyrektywy w zakresie dysponowania przez Prezesa UOKiK efektywnymi narzędziami gromadzenia materiału dowodowego uzasadniają przyznanie mu kompetencji do żądania informacji na piśmie, we wskazanej formie, od nieograniczonego kręgu podmiotów”

W istocie, art. 8 zdanie czwarte Dyrektywy stanowi, iż: „Krajowe organy ochrony konkurencji są także uprawnione do żądania od innych osób fizycznych lub prawnych dostarczenia w określonym i rozsądnym terminie informacji, które mogą mieć znaczenie dla stosowania postanowień art. 101 i 102 TFUE”.

Po pierwsze zatem, zakres żądania jest ograniczony do art. 101 oraz 102 TFUE co nie wynika z treści proponowanej zmiany w Projekcie. Po drugie, w Projekcie nie przewidziano gwarancji wskazanych w art. 8 Dyrektywy tj. żądania ograniczonego rozsądnym terminem. Po trzecie, Dyrektywa ogranicza w art. 8 zakres dokumentacji: „Takie wnioski o informacje muszą być proporcjonalne i nie mogą zmuszać adresata wniosku do przyznania się do naruszenia art. 101 i 102 TFUE. Obowiązek dostarczenia wszelkich niezbędnych informacji obejmuje informacje, do których dane przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw mają dostęp”, co nie znalazło odzwierciedlenia w treści projektowanego art. 50 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze powyższe proponujemy aby art. 1 pkt 11 lit. a Projektu przybrał przynajmniej poniższy kształt:

„W Projekcie w art. 1 pkt 11 otrzymuje brzmienie:

w art. 50:

a) ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„1. Każdy jest obowiązany do przekazywania wszelkich koniecznych informacji i dokumentów na żądanie Prezesa Urzędu.”,

b) po ust. 1 dodaje się ust. 1a i 1b w brzmieniu:

„1a. Prezes Urzędu może żądać wyłącznie tych informacji i dokumentów, do których podmioty do których zostało skierowane żądanie, o którym mowa w ust. 1, mają dostęp.

1b. Prezes Urzędu może żądać informacji i dokumentów od podmiotów innych niż przedsiębiorcy, wyłącznie w sytuacji, w której określonych informacji i dokumentów nie może obiektywnie uzyskać od przedsiębiorcy.

c) po ust. 3 dodaje się ust. 4 – 7 w brzmieniu:

„4. Osoby fizyczne, do których zostało skierowane żądanie, o którym mowa w ust. 1, mogą odmówić przekazania informacji i dokumentów tylko wtedy, gdy naraziłoby to je lub ich małżonka, wstępnych, zstępnych, rodzeństwo oraz powinowatych w tej samej linii lub stopniu, jak również osoby pozostające w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli, a także osobę pozostającą we wspólnym pożyciu, na odpowiedzialność karną lub majątkową. Prawo odmowy udzielenia informacji trwa po ustaniu małżeństwa lub rozwiązaniu stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli.

5. Informacje i dokumenty przekazane przez osobę fizyczną na podstawie ust. 1 nie mogą być wykorzystane na potrzeby nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106a, na niekorzyść tej osoby lub jej małżonka, wstępnych, zstępnych, rodzeństwo oraz powinowatych w tej samej linii lub stopniu, jak również osób pozostających w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli, a także osobę pozostającą we wspólnym pożyciu. Zakaz ten trwa po ustaniu małżeństwa lub rozwiązaniu stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli.

6. Termin udzielenia informacji, o którym mowa w ust. 2 pkt 3 powinien uwzględniać charakter oraz zakres żądanych informacji i dokumentów oraz charakter podmiotu, do którego zostało skierowane żądanie, o którym mowa w ust. 1.”

7. Obowiązek, określony w ust. 1, nie ma zastosowania do osób obowiązanych do zachowania w tajemnicy informacji, w zakresie okoliczności objętych tajemnicą, jeżeli nie zostały w trybie określonym obowiązującymi przepisami zwolnione od obowiązku zachowania tej tajemnicy”

IV. Uwagi dotyczące projektowanego art. 52 (art. 1 pkt 12 Projektu)

Projektowane zmiany oznaczają uprawnienie organu ochrony konkurencji do uzyskiwania od świadka, wykonującego zawód obligujący go do zachowania tajemnicy zawodowej, informacji dotyczących okoliczności objętych tą tajemnicą. Należy dodać, że bez żadnej kontroli sądowej. Z projektowanego art. 105b ust. 1a Ustawy wynika przy tym, że takie przesłuchanie może odbyć się także w trakcie kontroli i dotyczyć „osoby wykonującej czynności w imieniu lub na rzecz kontrolowanego” na podstawie innej umowy, niż umowa o pracę - a więc np. radcy prawnego lub adwokata, przywołanego przez kontrolowanego przedsiębiorcę w celu doradzania mu podczas kontroli.

Uwagi do projektowanej zmiany są także analogiczne jak do części tych wskazanych wobec projektowanego art. 50 Ustawy tj. proponuje się zaznaczyć, iż ust. 1 nie stosuje się do „**osób obowiązanych do zachowania w tajemnicy informacji na okoliczności objęte tajemnicą, jeżeli nie zostały w trybie określonym obowiązującymi przepisami zwolnione od obowiązku zachowania tej tajemnicy;**”

W paragrafie 5 proponujemy dodać:

„Świadek może uchylić się od odpowiedzi na pytanie zadane w toku przesłuchania, o którym mowa w ust. 3, tylko wtedy, gdy naraziłoby to go lub jego małżonka, wstępnych, zstępnych, rodzeństwo oraz powinowatych w tej samej linii lub stopniu, jak również osoby pozostające w stosunku przysposobienia,

*opieki lub kurateli, a także osobę pozostającą we wspólnym pożyciu, na odpowiedzialność karną **lub majątkową**. Prawo odmowy udzielenia informacji trwa po ustaniu małżeństwa lub rozwiązaniu stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli”.*

V. Uwagi dotyczące projektowanego art. 60 Ustawy (art. 1 pkt 14 Projektu)

Zgodnie z projektowaną regulacją, chociaż za stronę, nie będącą osobą fizyczną, są przesłuchiwane osoby fizyczne, to jednak nie występują one tam we własnym imieniu, lecz w imieniu strony. Ograniczenie zakazu wykorzystania ich odpowiedzi, odnoszące się tylko do ich osobistej odpowiedzialności za delikty prawa konkurencji, budzi wątpliwości co do zgodności z zasadą wolności od samooskarżania (przez stronę). Jeszcze większe zastrzeżenia dotyczą przypadku, gdy stroną jest przedsiębiorca, będący osobą fizyczną – w takim bowiem przypadku prawo do uchylenia się od odpowiedzi na pytania i ograniczenia wykorzystania dowodu, ujęte w projektowanym art. 60 ust. 5 i 6 Ustawy, nie będą jej chronić przed samooskarżeniem się w postępowaniu o nałożenie kary pieniężnej.

Ponadto uwagi są analogiczne do części tych wskazanych wobec projektowanego art. 50 Ustawy oraz projektowanego art. 52 Ustawy.

Proponuje się zmianę projektowanego art. 60 Ustawy celem rozwiania wyżej wskazany wątpliwości oraz doprecyzowanie zmienionego ust. 5 aby obejmował nie tylko odpowiedzialność karną, ale też majątkową („[...] *na odpowiedzialność karną **lub majątkową***”).

VI. Uwagi dotyczące projektowanego art. 70a Ustawy (art. 1 pkt 19 Projektu)

Przepis jest niezrozumiały i prowadzić może do nadużyć. Przestanka odmowy udzielenia informacji jest określona zbyt ogólnie. Odmowa udzielenia informacji publicznej powinna być możliwa tylko i wyłącznie gdy przemawia za tym ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa lub interes publiczny, a nie interes konkretnego postępowania. Projektowany przepis narusza prawo do obrony.

VII. Uwagi dotyczące projektowanego art. 91 Ustawy (art. 1 pkt 26 Projektu)

Projektowane zmiany oznaczają uprawnienie organu ochrony konkurencji do uzyskiwania – poprzez przeszukanie lokali (w tym prywatnych) osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej, w szczególności radców prawnych, adwokatów, doradców podatkowych – dokumentów i informacji objętych tajemnicą zawodową.

Wobec powyższego projektodawca powinien rozwiązać wszelkie wątpliwości, a zwłaszcza upewnić się, iż sąd ochrony konkurencji i konsumentów – działając na podstawie procedury, uregulowanej w Ustawie, a nie (odpowiednio stosowanej) procedury karnej, będzie zobowiązany przy rozpoznawaniu wniosku organu ochrony konkurencji uwzględniać tajemnicę zawodową, skoro stosowana procedura nie przewiduje tej tajemnicy.

VIII. Uwagi dotyczące projektowanego art. 93 ust. 1a Ustawy (art. 1 pkt 27 Projektu)

Ze względu na wagę terminu przedawnienia, konieczne jest określenie jasnego finalnego terminu, po którym nie istnieje ryzyko stwierdzenia ewentualnych naruszeń. Określenie, iż „każda czynność dochodzeniowa” przerywa bieg terminu przedawnienia utrudni, a nawet uniemożliwi przedsiębiorcom weryfikację czy w odniesieniu do ich działalności występuje ryzyko nałożenia kary. Nie każda czynność dochodzeniowa jest komunikowana przedsiębiorcom.

Co więcej, przepisy nie wyznaczają jasnych maksymalnych terminów przeprowadzenia takich czynności. Tym samym wszczęcie samego postępowania wyjaśniającego przerwie bieg przedawnienia na bliżej nieokreślony okres (przykładowo takie postępowania są często wszczynane przez UOKiK bez ich formalnego zakończenia), co narusza podstawową zasadę, iż wszystkie naruszenia ulegają przedawnieniu, a okres 5 letniego przedawnienia stanie się przepisem pustym.

Z powyższych względów proponuje się wykreślić proponowany przepis z nowelizacji lub określić maksymalny łączny czas czynności dochodzeniowych, po upływie którego przewinienie ulega przedawnieniu.

IX. Uwagi dotyczące projektowanego art. 105 ust. 1b oraz ust. 4 Ustawy (art. 1 pkt 28 Projektu)

Zgodnie z uzasadnieniem Projektu: „Ponadto, aby zapewnić zgodność z art. 6 ust. 1 lit. c Dyrektywy zaproponowano rozwiązanie, zgodnie z którym kontrola lub poszczególne czynności kontrolne mogą być kontynuowane w Centrali lub Delegaturze Urzędu, jeżeli może to usprawnić prowadzenie kontroli (art. 105b ust. 1b)” jednakże treść projektowanego art. 105 ust. 1b odbiega od treści wskazanego art. 6 ust. 1 lit. c Dyrektywy swoim zakresem, prowadząc do niezgodności.

W zakresie ust. 4 postuluje się aby prawo utrwalenia przebiegu kontroli w formie rejestracji audio/video przyznać również podmiotowi kontrolowanemu na jego wniosek.

Ponadto projektowany art. 105b ust. 1 pkt 7 Ustawy, dotyczący opieczutowania lokali, pomieszczeń lub przedmiotów zawiera fragment: „Art. 105g nie stosuje się”. Jeżeli (a trudno znaleźć inny sens) fragment ten ma oznaczać, że na czynność tę nie można wnieść zażalenia, to projektowany przepis daje organowi ochrony konkurencji możliwość sparaliżowania działalności kontrolowanego przedsiębiorstwa poprzez opieczutowanie aktywów niezbędnych do jej prowadzenia. Zabieg ten nie podlegałby kontroli sądowej i mógłby być stosowany jako dodatkowy środek przymusu, w istocie – wymuszenia na przedsiębiorcy określonego zachowania.

X. Uwagi dotyczące projektowanego art. 105n ust. 4 Ustawy (art. 1 pkt 33 Projektu)

Niezrozumiałe jest wydłużenie terminu na orzeczenie przez SOKiK w przedmiocie uwzględnienia /oddalenia zażalenia w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 stycznia 2019 r. sygn. (P19/17).

XI. Uwagi dotyczące projektowanego art. 105nc Ustawy (art. 1 pkt 34 Projektu)

Po pierwsze, proponuje się o usunięciu projektowanego art. 105nc. ust. 2 zdanie pierwsze Ustawy. Konstrukcja ta grozi fundamentom prawa do obrony i czyni cały regulowany mechanizm iluzorycznym. Zwrot: „[...] *przeszukujący może zapoznać się pobieżnie z pismem lub dokumentem, w sposób pozwalający na ustalenie autora, adresata, tytułu oraz przedmiotu pisma lub dokumentu oraz daty jego sporządzenia*” nie określa czym jest „*pobieżne zapoznanie się*”, a jednocześnie umożliwia de facto zapoznanie się z chronionym pismem lub dokumentem. Choćby pobieżne zapoznanie się z pismem umożliwia osobom niepowołanym zapoznanie się z jego treścią i przeczy instytucji tajemnicy radcy prawnego / adwokata.

Prawo weryfikacji materiałów pod kątem tajemnicy zawodowej powinien mieć wyłącznie sąd. Jeżeli organ ma wątpliwości w zakresie materiału powinien przekazać go do sądu zgodnie z procedurą. Utrudnienie kontroli naraża przeszukanego na wysokie kary administracyjne stąd zbędne jest wprowadzanie uprawnienia przeszukujących do weryfikacji pism lub dokumentów, w szczególności wobec braku gwarancji jakie informacje zostaną pozyskane.

Wobec powyższego niezbędnym do zachowania podstawowego prawa do obrony oraz fundamentalnej tajemnicy radcy prawnego / adwokata jest usunięcie projektowanego art. 105nc. ust. 2 zdanie pierwsze Ustawy.

Po drugie, **usunięty powinien zostać również projektowany art. 105nc ust. 4** o treści „*Na przeszukiwanym spoczywa ciężar dowodu, że pismo lub dokument zawiera pisemną komunikację spełniającą przesłanki z ust. 1.*” – to organy państwa stoją na straży praworządności i przestrzegania procedur. Osoba przeszukiwana nie jest z reguły uprzedzana o zamiarze przeszukania i wprowadzenie domniemania, iż żadna z informacji nie jest objęta tajemnicą porady prawnej ogranicza w sposób fundamentalny prawo tej osoby do obrony.

Podsumowując, obie wskazane wyżej projektowane regulacje czynią prawo do obrony oraz tajemnicę adwokacką/radcy prawnego instytucjami fasadowymi. Nie jest to do pogodzenia ze standardami ochrony uczestnika postępowania.

Po trzecie, projektowana regulacja dotyczy tylko przeszukania. Tymczasem powinna dotyczyć wszystkich instytucji służących uzyskiwaniu przez organ ochrony konkurencji dowodów: przeszukania, kontroli, prawa do żądania informacji, określonego w projektowany art. 50 Ustawy, a odpowiednio także przesłuchania świadków i stron (w zakresie, w jakim pytania dotyczą treści komunikacji z niezależnym prawnikiem). Wyrok unijnego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-550/07 P (Akzo Nobel), który jest jednym z głównych źródeł koncepcji LPP, dotyczył właśnie kontroli. **Uregulowanie LPP tylko w odniesieniu do przeszukania powoduje, że organ ochrony konkurencji może pominąć wynikający z LPP zakaz, korzystając z innych instytucji. Niezbędne jest zatem poszerzenie regulacji LPP w sposób wyżej wskazany.**

Po czwarte, niezrozumiałym jest zakaz przeszukania korespondencji jedynie do korespondencji z prawnikiem zewnętrznym (dodatkowe kryterium „niezależności” takiego prawnika od

przedsiębiorcy). Ten podział nie wydaje się zasadny zwłaszcza w sytuacji, w której Prezes UOKiK stosuje tylko prawo polskie. Adwokatów/Radców prawnych obowiązują zasady etyki zawodowej niezależnie od formy świadczenia usług. Podstawa zatrudnienia nie może wpływać na tak drastyczne różnicowanie uprawnień prawników i ich klientów.

XII. Uwagi dotyczące projektowanego art. 105q (art. 1 pkt 35 Projektu)

Odesłania do regulacji Kodeksu postępowania karnego zastąpiono konstrukcją *Legal Professional Privilege*. Niezależnie od zastrzeżeń wobec tej konstrukcji ujętych w odniesieniu do projektowanego art. 105nc Ustawy (art. 1 pkt 34 Projektu) należy zauważyć, że projektowana regulacja dotyczy wyłącznie komunikacji z prawnikiem i ignoruje pozostałe tajemnice zawodowe, które obecnie muszą być respektowane wskutek odesłania do KPK.

Trudno znaleźć uzasadnienie dla projektowanej eliminacji w projektowanym art. 105q pkt 2 Ustawy (dotyczącym przeszukania) odwołania do art. 51 ust. 1 Prawa przedsiębiorców. Przepis ten zakazuje prowadzenia kontroli w czasie innym, niż godziny pracy lub czas faktycznego wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę.

XIII. Uwagi dotyczące projektowanego art. 106 ust. 2 pkt 5 Ustawy (art. 1 pkt 37 lit b Projektu)

Należy zwrócić uwagę, iż art. 13 ust. 2 Dyrektywy wprowadza możliwość nakładania kar określanych proporcjonalnie do światowego całkowitego obrotu przedsiębiorstw, jednakże jednocześnie limituje te kary wskazując, iż mają być one „skuteczne, proporcjonalne i odstraszające” i pozwala na ich różnicowanie.

Tymczasem projektowany art. 106 ust. 2 pkt 5 Ustawy zrównuje w wymiarze kary czyn „nie stawił się na rozprawie lub przesłuchaniu bez usprawiedliwionej przyczyny” z m.in. „uniemożliwia lub utrudnia rozpoczęcie lub przeprowadzenie kontroli na podstawie art. 105a lub art. 105i, w tym nie wykonuje obowiązków określonych w art. 105d ust. 1 lub w art. 105e ust. 1”.

Wysokość kary jest niewspółmierna i nie realizuje zasady proporcjonalności oraz skuteczności, tym samym błędnie implementując Dyrektywę. Należy rozważyć takie zaimplementowanie dyrektywy, aby możliwie odpowiadało przepisom o nakładaniu kar na świadków w przypadku braku stawienia się zgodnie z kodeksem postępowania administracyjnego.

XIV. Uwagi dotyczące projektowanego art. 106 ust. 3a Ustawy oraz art. 106aa Ustawy (art. 1 pkt 37 lit c oraz art. 1 pkt 39 Projektu)

Po pierwsze, stosowanie w sposób automatyczny kar maksymalnych w wysokości łącznego obrotu wszystkich przedsiębiorstw jest nieuzasadnione i stanowi przejaw radykalnego fiskalizmu. Wyższe kary powinny być stosowane tylko wówczas jeżeli zostanie udowodniona wina przedsiębiorcy wywierającego decydujący wpływ. Co więcej, maksymalnym limitem kary powinna być wysokość skonsolidowanego obrotu przedsiębiorcy wywierającego decydujący wpływ, a nie suma obrotów wszystkich przedsiębiorstw z danej grupy kapitałowej.

Po drugie, z projektowanego art. 106 ust. 3a Ustawy wynika, że dotyczy kary nakładanej na przedsiębiorcę, a nie związek przedsiębiorców w trybie art. 106 ust. 1 Ustawy. Jednak z uwagi na projektowaną treść art. 106 ust. 1a Ustawy i ryzyko rozszerzającej interpretacji projektowanego ust. 3a w zw. z ust. 1a art. 106 Ustawy, postulujemy wprowadzenie jednoznacznego przepisu, który wskaże, że projektowany art. 106 ust. 3a nie stosuje się do obliczania kar, o których mowa w ust. 1a. Brzmienie proponowanego przepisu:

„Art. 106 ust 3b. Przepisu ust. 3a nie stosuje się, do obliczania kar, o których mowa w ust. 1a.”

XV. Uwagi dotyczące projektowanego art. 107 ust. 1 pkt. 3 oraz 108 ust. 3 pkt. 3 Ustawy (art. 1 pkt 40 oraz art. 1 pkt. 41 lit. a Projektu)

Znajdują zastosowanie analogiczne uwagi jak w przypadku projektowanego art. 106 ust. 2 pkt 5 Ustawy w zakresie w którym projektowany art. 107 ust. 1 pkt. 3 Ustawy obejmuje niewspółmierną wysokość kary i nie realizuje zasady proporcjonalności oraz skuteczności określonej w art. 16 ust. 1 Dyrektywy, tym samym błędnie implementując Dyrektywę. Analogiczne uwagi należy poczynić względem projektowanego art. 108 ust. 3 pkt. 3 Ustawy.

XVI. Uwagi dotyczące projektowanego art. 4 oraz art. 106 Ustawy (art. 1 pkt 40 oraz art. 1 pkt. 37 lit. a Projektu)

Po pierwsze, należy wskazać, iż projektowany art. 106 ust. 1a Ustawy nie może pozostawać wyłącznie na poziomie literalnego odtworzenia art. 15 ust. 2 Dyrektywy.

Projektowany art. 106 ust. 1a Ustawy wskazuje:

*„W przypadku **gdy naruszenie, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 lub 2, którego dopuścił się związek przedsiębiorców, jest związane z działalnością jego członków**, kara, o której mowa w ust. 1, nie może przekroczyć 10% sumy całkowitej obrotu każdego z członków tego związku przedsiębiorców prowadzącego działalność na rynku, którego dotyczyło to naruszenie, w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary”*

Art. 15 ust. 2 Dyrektywy wskazuje:

*„W przypadku **gdy naruszenie popełnione przez związek przedsiębiorstw ma związek z działalnością jego członków**, maksymalna kwota kary wynosi co najmniej 10 % sumy całkowitych globalnych obrotów każdego z członków prowadzących działalność na rynku, którego dotyczyło naruszenie popełnione przez związek. Odpowiedzialność finansowa każdego przedsiębiorstwa za zapłatę kary nie może jednak przekraczać maksymalnej kwoty ustalonej zgodnie z ust. 1”*

Problematycznym pozostaje sformułowanie „*jest związane z działalnością jego członków*”. Jest ono niejasne i stwarza ryzyko do mylnego, niezgodnego z celem Dyrektywy rozumienia przepisów. Związki przedsiębiorców stanowią odrębne byty prawne od swoich członków, mają odrębne procesy decyzyjne, zatem mogą ponosić odpowiedzialność wyłącznie za czyny dokonane przez siebie. Cel Dyrektywy to sytuacja kiedy naruszenie dokonane przez związek przedsiębiorców ma za przedmiot konkretny obszar działalności gospodarczej na którym funkcjonują jego członkowie. Wskazuje na to chociażby dalsza część art. 15 ust. 2 Dyrektywy: „, [...] *maksymalna kwota kary wynosi co najmniej 10%*

sumy całkowitych globalnych obrotów każdego z członków **prowadzących działalność na rynku, którego dotyczyło naruszenie popełnione przez związek**".

Ponadto projektowane przepisy nie powinny posługiwać się niejasnym sformułowaniem „rynek”, tylko pojęciem „rynek właściwy”, którego definicja znajduje się w Ustawie. Niezbędna jest w tym przypadku precyzja by określić konkretny i adekwatny obszar którego dotyczyło naruszenie.

Proponuje się by projektowany art. 106 ust. 1a Ustawy przybrał treść:

*„W przypadku gdy naruszenie **określone** w ust. 1 pkt 1 lub 2, którego dopuścił się związek przedsiębiorców **dotyczy rynku właściwego na którym działalność prowadzą członkowie tego związku przedsiębiorców**, kara, o której mowa w ust. 1, nie może przekroczyć 10% sumy całkowitej obrotu każdego z członków tego związku **przedsiębiorców prowadzącego działalność na rynku właściwym, którego dotyczyło to naruszenie**, w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary”*

Po drugie, w związku z propozycją wprowadzenia znacznych kar finansowych istnieje ryzyko sparaliżowania działalności przez związki przedsiębiorców. Sprawne funkcjonowanie tych organizacji, do których zaliczają się samorzady zawodowe, związki pracodawców czy izby gospodarcze jest niezwykle istotnym czynnikiem wpływającym pozytywnie m.in. na kształt polskiej legislacji. W tym zakresie proponujemy wprowadzenie nowego przepisu, który wprowadzi domniemanie, że działania prowadzone na podstawie przepisów obowiązującego prawa i statutu związku przedsiębiorców nie stanowią naruszenia przepisów ustawy.

Uwzględnienie takiego przepisu jest istotne choćby z uwagi na konieczność implementacji definicji kartelu. Zgodnie z Projektem pod pojęciem „kartelu - rozumie się przez to porozumienie lub praktyki uzgodnione przez co najmniej dwóch przedsiębiorców, którzy są wobec siebie konkurentami, zmierzające do koordynowania działań konkurencyjnych na rynku lub wpływania na istotne czynniki konkurencji, w szczególności polegające na ustalaniu lub koordynowaniu cen zakupu lub sprzedaży lub innych warunków transakcji handlowych, w tym dotyczących praw własności intelektualnej, ustalaniu poziomu produkcji lub sprzedaży, podziale rynków i klientów, w tym na zмовie przetargowej, ograniczeniu przywozu lub wywozu lub działaniach antykonkurencyjnych podejmowanych przeciwko innym konkurentom”.

Tymczasem związki przedsiębiorców, rozmawiając z decydentami często proponują rozwiązania mające za przedmiot określoną część rynku (np. przedsiębiorców krajowych, czy przedsiębiorców lokalnych). Z uwagi na szerokie znaczenie sformułowania „wpływanie na istotne czynniki konkurencji” („*influencing the relevant parameters of competition*”) istnieje ryzyko, że legalne i praktykowane dotychczas sytuacje będą stanowić zagrożenie dla funkcjonowania związków, jak i ich firm członkowskich.

Proponuje się zatem następujące zmiany:

„W Projekcie w art. 1 pkt 2 otrzymuje brzmienie:

„2) po art. 4 dodaje się art. 4a i 4b w brzmieniu:

„Art. 4a. Przepisy ustawy stosuje się do osoby fizycznej, która będąc przedsiębiorcą dopuściła się naruszenia przepisów ustawy.

Art. 4b. Domniemywa się, że działania związku przedsiębiorców prowadzone na podstawie przepisów obowiązującego prawa oraz statutu nie stanowią naruszenia przepisów ustawy.”

Po trzecie, ryzyko związane z definicją kartelu przemawia, nie tylko za wprowadzeniem zaproponowanego domniemania, lecz również za ingerencją w jego definicję. Zważywszy na praktykę funkcjonowania organizacji branżowych zwracamy się z postulatem modyfikacji sformułowania „wpływania na istotne czynniki konkurencji” na rzecz „**wpływania na istotne czynniki ograniczające konkurencję**”. Wyraża ono cel Dyrektywy - zawarta dalej lista przykładowych naruszeń wskazuje właśnie na taki sens tego przepisu.

XVII. Postulaty i uwagi końcowe

W związku z treścią Projektu proponuje się również uregulowanie w Ustawie:

1) **wyrażnego ujęcia uprawnienia do utrwalania także przez kontrolowanego/przeszukiwanego przebiegu kontroli i przeszukania za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk.** Rejestracja taka jest niezbędna w przypadku, gdy kontrolujący lub przeszukujący nie prowadzą rejestracji lub prowadzona przez nich rejestracja jest niepełna, a kontrolujący lub przeszukujący grożą przedsiębiorcy, że jego niezarejestrowane zachowania (będące w rzeczywistości jedynie wykonywaniem jego praw) zostaną uznane za utrudnianie kontroli lub przeszukania i są zagrożone wysoką karą;

2) **obowiązku ujawnienia, przed przystąpieniem do jakichkolwiek czynności, celu i charakteru czynności, podejmowanych przez Policję lub inny organ, z którego pomocy przy kontroli korzysta organ ochrony konkurencji.** Celem wprowadzenia takiego obowiązku jest wyeliminowanie nagannej praktyki wysyłania do kontrolowanego przedsiębiorcy najpierw funkcjonariusza Policji, bez ujawniania celu jego przybycia.

Uwagi końcowe:

1) **Projektowane regulacje w zakresie w jakim osłabiają prawo do obrony lub tajemnicę adwokacką/radcy prawnego nie są niezbędne do wykonania zobowiązań Polski w związku z członkostwem w Unii Europejskiej – należy z nich zrezygnować lub wyeliminować powstałe wątpliwości.** Brak bowiem przepisu prawa unijnego (traktatowego, rozporządzenia, dyrektywy), który zobowiązywałby Polskę do wprowadzenia regulacji, wyłączających tajemnicę zawodową w postępowaniach, dotyczących ochrony konkurencji i konsumentów. Warto zauważyć też, że rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003, regulujące m. in. uprawnienia dochodzeniowe Komisji Europejskiej, przewiduje przesłuchanie tylko za zgodą osoby przesłuchiwanej (art. 19 ust. 1).

2) Choć zastosowanie dowolnego środka ingerującego w strukturę przedsiębiorcy lub przedsiębiorców określone w Projekcie jest spójne z Dyrektywą, należy określić, iż narzędzie to powinno zostać ostatecznością, stosowaną w wyjątkowych sytuacjach, w sposób niezwykle ostrożny i zrównoważony.

