

**Proponowane przez UOKiK i inne pożądane
zmiany w ustawie o ochronie konkurencji z 2007 r.**

Opinia Grupy Roboczej ds. nowelizacji uokik z 2007 r. przy Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS UW)

W odpowiedzi na zaproszenie do składania uwag do dokumentu pod nazwą „Założenia projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów”, przedkładamy opinię przygotowaną przez członków Grupy Roboczej Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych.

Doceniamy inicjatywę Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmierzającą do reformy polskiego prawa konkurencji. Jesteśmy jednocześnie przekonani, że proponowane zmiany wymagają głębokiej dyskusji w możliwie jak najszerszym gronie, tylko bowiem taka dyskusja pozwoli na wypracowanie optymalnych rozwiązań.

Przygotowany przez nas dokument zawiera zarówno ocenę poszczególnych propozycji zgłaszanych przez Prezes UOKiK, jak i nasze autorskie sugestie innych pożądanych zmian w przepisach Ustawy.

Wyrażamy jednocześnie nadzieję, że trwające aktualnie konsultacje są jedynie pierwszym etapem dialogu i że będziemy mieli możliwość odniesienia się także do konkretnych propozycji redakcji znowelizowanych przepisów.

I. Przepisy ogólne¹

1. Art. 2 uokik

Wskazane jest rozważanie uchylecia art. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik),

¹ Część opinii opracowana przez D. Miąsika na podstawie propozycji zgłoszonych przez M. Będkowskiego-Koziół, A. Jurkowskiej-Gomułki, D. Miąsika oraz A. Stawickiego i B. Turno.

ewentualnie wprowadzenie zasadniczej modyfikacji jego treści. Przemawiają za tym następujące argumenty.

1. Po pierwsze, normatywna regulacja zakresu zastosowania ustawodawstwa antymonopolowego w sprawach z zakresu ochrony konkurencji dotyczących praw własności intelektualnej jest przeżytkiem, wynikającym z nieuprawnionego postrzegania praw własności intelektualnej jako monopoli w rozumieniu tożsamym z przyjętym na gruncie prawa ochrony konkurencji. Współcześnie regulacja normatywna relacji między tymi dwiema dziedzinami prawami jest anachronizmem rzadko spotykanym w ustawodawstwie antymonopolowym (np. Szwajcaria, Chiny, Kanada, Japonia, Nowa Zelandia, Rosja).
2. Po drugie, w aktualnym brzmieniu przepis zawiera szereg usterek redakcyjnych i jest mało czytelny (niejasne relacje między art. 2 ust. 1 a ust. 2, uznanie za „umowy” przejawów jednostronnego korzystania z praw własności intelektualnej, odrębny wstępny test zastosowania przepisów ustawy do umów z zakresu know-how).
3. Po trzecie, zachowanie normatywnej regulacji relacji między ustawą a prawem własności intelektualnej jest zasadne tylko wówczas, gdy ma prowadzić do zawężenia zakresu zastosowania prawa ochrony konkurencji w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej poprzez wyłączenie możliwości badania zgodności z zakazami prawa antymonopolowego zachowań uprawnionego, niezależnie od ich rzeczywistego wpływu na konkurencję. Tymczasem przepis art. 2 ustawy w ograniczonym stopniu – jeśli w ogóle – modyfikuje zakres zastosowania zakazu praktyk ograniczających konkurencję w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej. Pośrednio wskazuje na to nawet sam projekt założeń do projektu nowelizacji („Projekt”), wymieniając wśród środków zaradczych nałożenie obowiązku udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej. Zdaniem organu ochrony konkurencji przepis art. 2 uokik w aktualnym brzmieniu nie stanowi zatem przeszkody do uznania za praktykę ograniczającą konkurencję odmowy udzielenia licencji, normatywna regulacja stosunku ustawy do praw własności intelektualnej jest zbędna. To z kolei oznacza, że art. 2 uokik w obecnym brzmieniu nie przyznaje – według organu ochrony konkurencji – uprawnionemu z prawa własności intelektualnej żadnego immunitetu antymonopolowego.
4. Wątpliwości interpretacyjne, marginalne znaczenie praktyczne przepisu oraz analiza wpływu praw własności intelektualnej na konkurencję uzasadniają tezę o zbędności art. 2 ustawy. Przepis ten w aktualnym brzmieniu nie rozwiązuje żadnego problemu na styku prawa ochrony konkurencji i prawa własności intelektualnej, którego nie dałoby się rozwikłać w drodze odpowiedniej analizy zakresu zastosowania obu dziedzin prawa oraz znaczenia praw własności intelektualnej w procesie konkurencji na rynku.

2. Art. 3 uokik

1. Za uchyleniem art. 3 uokik przemawia formułowany w doktrynie pogląd, zgodnie z którym przepis ten jest zbędny. Wynikające z niego unormowanie odpowiada bowiem paremii *lex specialis derogat legi generali*.
2. Znosząc dotychczasową treść art. 3 uokik, wskazane wydaje się rozważanie unormowania w niej zagadnienia relacji przepisów tej ustawy do prawa regulacyjnego. Dublowanie się ingerencji Prezesa UOKiK oraz regulatorów poszczególnych rynków nie służy rozwojowi konkurencji. Zdarza się coraz częściej, że zachowania dozwolone na podstawie przepisów prawa regulacyjnego kwestionowane są przez Prezesa UOKiK, jako praktyki antykonkurencyjne (wyrok SN z 15 lipca 2009 r., III SK 34/08), bądź że zachowanie kwestionowane w decyzji Prezesa UOKiK staje się następnie zachowaniem nakazanym przez regulatora rynku (wyrok SN z 17 marca 2010 r., III SK 40/09). Dublowanie się publicznoprawnego nadzoru nad działalnością konkurencyjną rynków poddanych regulacji skłania do rozważenia opcji wprowadzenia do art. 3 uokik unormowania, zgodnie z którym przepisów ustawy składających się co najmniej na zakaz praktyk ograniczających konkurencję nie stosuje się w sprawach, w których właściwy jest regulator rynku (Prezes URE, Prezes UKE, Prezes UTK). Prezes UOKiK zachowałby wówczas możliwość interwencji w odniesieniu do tych zachowań przedsiębiorców na rynkach poddanych regulacji, wobec których kompetencji regulacyjnych nie posiada odpowiedni regulator rynku.
3. Do rozważania pozostaje zastąpienie ogólnego wskazania, że Prezes UOKiK nie jest właściwy tam, gdzie właściwość przysługuje regulatorowi, doprecyzowaniem, że Prezes UOKiK nie może wydawać rozstrzygnięć w tych sprawach, w których regulator ma możliwość wydania decyzji administracyjnej (władcza ingerencja) i nałożenia kary pieniężnej (niekoniecznie doprowadzi to jednak do eliminacji argumentu często podnoszonego przez Prezesa UOKiK, że Prezes URE rozstrzyga np. w sprawie indywidualnej odmowy dostępu do sieci, a Prezes UOKiK w sprawie antykonkurencyjnej praktyki polegającej na odmowie dostępu do sieci).

Mniej radykalną alternatywą może być wprowadzenie obowiązku zasięgnięcia opinii regulatora w sprawach dotyczących rynku regulowanego. Jeżeli stanowisko Prezesa UOKiK będzie inne niż regulatora, na organie będzie spoczywał obowiązek szczegółowego uzasadnienia.

II. Zakazy praktyk ograniczających konkurencję

1. Zakaz porozumień²

1.1. Art. 6 uokik

1. Propozycja UOKiK co do zmiany w art. 6 ust. 1 pkt 7, polegająca na wykreśleniu z katalogu przykładowych porozumień, wertykalnych porozumień przetargowych może zasługiwać na akceptację przy założeniu, że katalog antykonkurencyjnych porozumień ma być postrzegany jako katalog „najbardziej typowych rodzajów antykonkurencyjnych porozumień” (s. 28 Projektu, tiret drugi). Przyjęcie takiego założenia wymagałoby jednak rozważenia wykreślenia z tego katalogu porozumień wiązanych (art. 6 ust. 1 pkt 5), które również niezmiernie rzadko występują w praktyce, a ich nieuwzględnienie w katalogu nie oznaczałoby (ze względu na otwarty charakter katalogu), że nie mogą być objęte zakazem.
2. Bardziej ograniczoną zmianą art. 6 ust. 1 pkt 7 byłoby doprecyzowanie przepisu tak, ażeby było jasne, czy ma dotyczyć zmów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (a więc także np. negocjacji z ogłoszeniem), czy także tzw. „przetargów niepublicznych”.
3. Ponadto, w ramach GR CARS zgłoszony został również postulat zastąpienia w art. 6 ust. 1 terminu „cel” terminem „przedmiot” jako bliższym angielskiemu pojęciu „*object*”, jakim posługuje się pierwowzór tego przepisu, tj. art. 101 ust. 1 TFUE.
4. Jeszcze dalej idącym postulatem jest zmiana art. 6 ust. 1 w tym kierunku, aby porozumienia wertykalne nie były porozumieniami zakazanymi ze względu na cel (przedmiot).
5. Zasadne jest również wykreślenie z art. 4 definicji legalnej pojęcia „porozumienie dystrybucyjne” (art. 4 pkt 6), skoro w żadnym innym miejscu ustawa nie posługuje się tym pojęciem.

1.2. Art. 7 uokik

1. Jeśli chodzi o propozycję UOKiK co do dookreślenia rynku na potrzeby wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję na podstawie art. 7 uokik, poprzez eliminację czasowego elementu definicji (udział w rynku w roku poprzedzającym zawarcie porozumienia) (s. 27, tiret drugi), należy się z nią zgodzić, gdyż w istocie – jak argumentuje to UOKiK – prowadzi to do wyłączenia porozumień, których uczestnicy w chwili zawarcia porozumienia nie dysponują w ogóle lub dysponują niewielkim (poniżej progów bagatelności) udziałem w rynku właściwym, a następnie osiągają znaczące udziały rynkowe.

²

Część opinii opracowana przez A. Jurkowską-Gomułkę na podstawie propozycji zgłoszonych przez A. Fornalczyk, A. Jurkowską-Gomułkę, E. Modzelewską-Wąchal, D. Miąsika oraz A. Stawickiego i B. Turno.

2. Nie jest to jednak jedyna zmiana, jaka powinna zostać wprowadzona do art. 7 uokik. Sugerowane byłoby posługiwanie się w tym przepisie pojęciem „rynku właściwego” zamiast „rynku” (aby jasnym było, że chodzi o udział w rynku (rynkach) właściwych dla danego porozumienia, a nie udział w jakimkolwiek rynku właściwym strony porozumienia). W praktyce częste są sytuacje, w których przedsiębiorcy prowadzą zróżnicowaną działalność gospodarczą. Wysoki udział w rynku właściwym nie mającym związku z przedmiotem porozumienia nie powinien mieć znaczenia dla możliwości zastosowania *de minimis*.
3. W treści art. 7 ust. 1 pkt 2 należałoby zmienić słowo „któregokolwiek” na „każdego”. Obecne brzmienie przepisu wywołuje wątpliwości (wyrażane także w doktrynie), czy uznanie za porozumienie *de minimis* wymaga, aby obie strony miały udział w rynku poniżej 10%, czy też wystarczy, aby jedna strona miała poniżej 10% udziału w rynku, zaś udział w rynku drugiej strony może być jakikolwiek (co przeczy w istocie bagatelności).
4. Należy opowiedzieć się również za eliminacją stosowania wyłączenia przewidzianego w art. 7 tylko wobec porozumień horyzontalnych (obecnie art. 7 ust. 2 nie różnicuje kategorii porozumień), co pozwoliłoby na zakwalifikowanie jako *de minimis* np. porozumień wertykalnych, w których dochodzi co prawda do ustalania cen odsprzedaży, ale uczestnicy tego porozumienia posiadają niewielkie, „bagatelne” udziały w rynku, przez co trudno mówić o antykonkurencyjnych skutkach porozumienia.
5. Należy też rozważyć realizację postulatu podniesienia progów bagatelności do poziomu 10% i 15% (odpowiednio dla porozumień horyzontalnych i wertykalnych), na wzór progów przyjętych przez Komisję w obwieszczeniu *de minimis* z 2001 r.

2. Zakaz nadużywania pozycji dominującej³

2.1. Art. 9 ust. 2 zd. 1 uokik

1. Artykuł 9 ust. 2 uokik zawiera przykładowy katalog zachowań mogących stanowić nadużycie pozycji dominującej. Wskazana jest modyfikacja pierwszego zdania tego przepisu polegająca na zmianie sformułowania: „Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na (...)” na zwrot: „Nadużywanie pozycji dominującej **może polegać** w szczególności na (...)”.
2. Wspomniany katalog odnosi się do wszelkiego rodzaju nadużyć, w tym zarówno tych o charakterze praktyk wykluczających, jak i eksploatacyjnych. Kategoryczny zwrot, iż „nadużywanie (...) polega (...) na” (co najmniej sugeruje, chociaż – kierując się *stricte* literalną wykładnią – można by także twierdzić, iż nie tylko sugeruje, lecz wręcz przesądza),

³ Część opinii opracowana przez K. Kohutka na podstawie propozycji zgłoszonych przez K. Kohutka i D. Miąsika.

że o nadużyciu pozycji dominującej decyduje sam fakt dopuszczenia się przez dominanta praktyki, która spełniać będzie przesłanki któregoś z „typów” zachowań wymienionych w art. 9 ust. 2 pkt 1-7 (konstrukcja tzw. nadużycia *per se*), czyli np. polegać będzie na „podziale rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych” (art. 9 ust. 2 pkt 7) albo na „narzuceniu cen rażąco niskich” (art. 9 ust. 2 pkt 1). Tymczasem w odniesieniu do praktyk wykluczających – kierując się wyłącznie samą formą danego zachowania – nie jest możliwe prawidłowe odróżnienie praktyk antykonkurencyjnych od tych, które nie ograniczają właściwie pojmowanej konkurencji (tj. tej podlegającej ochronie w interesie publicznym, o którym mowa w art. 1 ust. 1 uokik). Często praktyki dominanta, „formalnie” (tj. w oparciu o ocenę bazującą na samej zewnętrznej formie praktyki) spełniające przesłanki zachowania stypizowanego w art. 9 ust. 2, nie są szkodliwe z punktu widzenia ekonomicznych interesów konsumentów, w związku z czym nie godzą w zasadniczy cel ustawy antymonopolowej (wyrok SN z 19.10.2006 r., III SK 15/06 (OSNP 2007/21-22/337)); z tego powodu nie powinny być kwalifikowane jako nadużycie pozycji dominującej. Dotyczy to choćby obu wskazanych wyżej przykładów, tj. podziału rynku (np. skutek różnicowania cen tych samych towarów/usług) lub stosowania cen rażąco niskich (przez co zazwyczaj rozumie się ceny poniżej kosztów). Obie wskazane praktyki mogą mieć swoje ekonomiczne uzasadnienie (inne niż wykluczenie konkurentów), mając zarazem ambiwalentny (a nierzadko wręcz korzystny) wpływ na ekonomiczne interesy konsumentów. Jednocześnie w innych okolicznościach rynkowych, praktyki o danej formie mogą być antykonkurencyjne, podlegając prawidłowej kwalifikacji jako nadużycie pozycji dominującej.

3. Proponowana zmiana nie ma więc tylko czysto redakcyjnego charakteru; stwierdzenie, iż nadużywanie „może polegać na” wyklucza dopuszczalność takiej interpretacji art. 9 ust. 2, która pozwala na wykreowanie wspomnianej konstrukcji nadużyć *per se*. W szczególności w odniesieniu do praktyk wykluczających jest to wadliwa interpretacja mogąca prowadzić do ingerowania przez Prezesa UOKiK w zachowania dominantów, które w rzeczywistości nie są antykonkurencyjne (fałszywe pozytywy).
4. Warto dodać, iż także art. 102 TFUE nie posługuje się sformułowaniem kategoriowym, lecz wskazującym jedynie na możliwość naruszenia tego przepisu przez dane – przykładowo wskazane w przepisie tym – zachowanie. Zgodnie z art. 102 zd.2 TFUE, „takie nadużycie **może** w szczególności polegać na” (*such abuse may, in particular, consist in*).

2.2. Art. 9 ust. 2 pkt 1 i pkt 6 uokik

1. Zasadne jest ujednoczenie przesłanki dotyczącej zachowania dominanta, mającej służyć jego klasyfikacji jako eksploatacja (wyzysk) kontrahentów/konsumentów. Konieczność

ochrony kontrahentów i konsumentów na podstawie zakazu nadużywania pozycji dominującej wynika z definicji „pozycji dominującej” z art. 4 pkt 10 uokik, która jako cechę konstytutywną takiej pozycji wyróżnia możliwość działania – przez przedsiębiorcę ją posiadającego – w znacznym zakresie niezależnie (m.in.) od tej grupy uczestników rynku.

2. Za takim rozwiązaniem przemawia orzecznicza wykładnia przesłanek „nieuczciwości” i „uciążliwości” narzucanych przez dominanta warunków, która zmierza do coraz większego zacierania się merytorycznych różnic między tymi przesłankami. Wspomniane ujednoczenie mogłoby w szczególności nastąpić przez rezygnację z jednej tych przesłanek (np. uciążliwości) i posługiwanie się przez ustawę tylko jedną z nich (np. nieuczciwość) – jak np. w art. 102 lit. a TFUE, w którym mowa jest o nieuczciwych (*unfair*) cenach i innych warunkach transakcji; jakkolwiek sugestia zbliżenia w tej materii brzmienia polskiej ustawy do treści Traktatu nie stanowi kluczowego (a z pewnością przesądzającego) argumentu uzasadniającego wprowadzenie proponowanej zmiany.
3. Proponowana zmiana w istocie oznacza wykreślenie art. 9 ust. 1 pkt 1 lub art. 9 ust. 2 pkt 6 (pierwsza alternatywa) albo obu z nich i skonstruowanie (jakkolwiek w oparciu o treść tych przepisów) nowego przykładu zachowania określającego przesłanki jego kwalifikacji jako nadużycie pozycji dominującej - w danym przypadku o charakterze praktyki eksploatacyjnej (druga alternatywa).
4. Rozważenia wymaga rezygnacja z przesłanki uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści wskutek jego praktyk (zob. art. 9 ust. 2 pkt 6).
5. Po pierwsze, jeżeli przedmiotem ochrony na gruncie zakazu nadużyć eksploatacyjnych mają być ekonomiczne interesy klientów/kontrahentów dominanta, przesłanka ta staje się wątpliwa, gdyż odnosi się do interesów (sytuacji ekonomiczno-finansowej) samego dominanta; te zaś okoliczności wydają się być irrelevantne dla właściwych kwalifikacji prawnych praktyk tego przedsiębiorcy w kategorii nadużycia eksploatacyjnego. Praktyki te – z powodu ich nieuczciwego/uciążliwego charakteru oraz z faktu ich narzucenia klientom/kontrahentom dominanta – doprowadziły już do wyzysku tych drugich, wywołując zarazem skutki przed jakich wystąpieniem chronić ma zakaz z art. 9.
6. Po drugie, w dotychczasowej praktyce orzeczniczej wspomniana przesłanka rzadko była faktycznie badana (często będąc domniemywana). Sądy w przeważającej mierze koncentrowały się na analizie dwóch innych warunków konstytutywnych dla kwalifikacji zachowania jako nadużycie eksploatacyjne, czyli „narzucania” (określonych warunków) oraz „nieuczciwości/uciążliwości” tych warunków.

2.3. Art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik

1. Artykuł 9 ust. 2 pkt 1 jest przepisem, który wśród przejawów nadużywania pozycji dominującej wymienia „narzucanie cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich”. Przesłanka „narzucania” merytorycznie koresponduje z istotą nadużyć eksploatacyjnych oraz zasadnością publicznej ingerencji w takie zachowania. Bezpośrednio odnosi się ona do relacji wertykalnych, tj. łączących dominanta (zazwyczaj na rynku wyższego szczebla) oraz jego kontrahentów (klientów/konsumentów – działających zazwyczaj jako nabywcy/potencjalni nabywcy – na rynku niższego szczebla); między dominantem a tymi podmiotami często istnieje określony stosunek prawny (względnie potencjalny klient dominanta zmierza do jego nawiązania). W ramach takiego stosunku może zatem dochodzić do narzucenia przez dominanta nieuczciwych warunków (w tym cen). Abstrahując od stosunkowo rzadko występującego w praktyce przypadku narzucania rażąco niskich cen zakupu (przez dominanta na rynku niższego szczebla – rynku skupu), niezasadne jest sformułowanie traktujące o „narzucaniu” cen rażąco niskich przez dominanta na rynku wyższego szczebla (jak to najczęściej ma miejsce). Jest tak z tego powodu, iż we wspomnianych wyżej relacjach wertykalnych takie ceny są korzystne dla nabywców (niejako *ex definitione* danemu podmiotowi „narzucić” można tylko warunek niekorzystny dla tego podmiotu). Nie ma uzasadnienia również konstrukcja przewidująca „narzucanie” rzeczonych cen w relacjach horyzontalnych (tj. na linii dominant – jego konkurencji). Między tymi podmiotami zazwyczaj nie występują stosunki prawne (kontrakty), w ramach których jedna ze stron (dominant) mógłby narzucić określony warunek (wyrok SN z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011/9-10/144).
2. Prawo antymonopolowe powinno obejmować swym reżimem praktyki wykluczające dominantów polegające na tzw. drapieżnictwie cenowym, jakkolwiek – ze względów wskazanych wyżej – dana praktyka prawidłowo powinna zostać opisana przez ustawę jako „**stosowanie**” (a nie narzucanie) cen rażąco niskich. Wymaga to odpowiedniego preredagowania art. 9 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k.

2.3. Art. 4 pkt 10 uokik

Wskazany jest **zastąpienie** użytego w definicji „pozycji dominującej” (art. 4 pkt 10 uokik) **słowa „działania” słowem „zachowania”**. Nie tylko bowiem – występująca w znacznym zakresie – niezależność działania dominanta (od konkurentów kontrahentów i konsumentów), zatem jego zachowań aktywnych, ale także niezależność przejawiająca się w określonej pasywności tego przedsiębiorcy, może uzasadniać traktowanie go jako tego, które dysponuje znaczącą siłą rynkową, tj. taką, której wykorzystywanie może być antykonkurencyjne (wykluczające lub

eksploatacyjne). Przykładem takiego zachowania (mogącego stanowić tzw. nadużycie „pasywne” także objęte zakazem z art. 9) jest odmowa dostępu do określonej infrastruktury dominanta („urządzeń kluczowych”), w tym odmowa (uchylanie się od) zawarcia określonej umowy; uchylanie się przez dominanta (na krajowym rynku połączeń międzyoperatorskich w zakresie wdzwanianego dostępu do Internetu) od zawarcia z uprawnionymi operatorami telekomunikacyjnymi umów o współpracy międzyoperatorskiej; zob. wyrok SN z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06 (OSNP 2007, nr 21–22, poz. 337). W przypadku tym – oraz po spełnieniu odpowiednich warunków – mające postać takiej odmowy nadużycie nie przejawia się w „działaniu”, lecz w braku działania (zaniechaniu) przez dominanta. Oczywiście samo posiadanie pozycji dominującej nie jest zakazane. Prawidłowa treść oraz wykładnia zawartej w art. 4 pkt 10 uokik definicji pozycji dominującej powinna wszak pozostawać w bezpośrednim związku z art. 9. Nie powinny zachodzić wątpliwości, iż normę wymaganego postępowania konstruować należy na podstawie art. 9 stosowanego łącznie z art. 4 pkt 10, gdyż ten drugi przepis wyznacza zakres podmiotowy tego pierwszego. Funkcjonalny związek tych przepisów uzasadnia więc, aby zwroty którymi posługuje się art. 4 pkt 10 korespondowały z praktykami do jakich odnosi się art. 9 uokik. Zwrotem takim jest również słowo „działanie”, w miejsce którego – ze wskazanych powodów – powinien zostać wprowadzony zwrot „zachowanie” (obejmujący także zaniechania dominanta). Również unijna (orzecznicza) definicja dominacji posługuje się terminem „zachowywać” (*behave*), a nie „działać” (*act*); zob. pkt 65 wyroku z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Komisja* (Zb. Orz. 1978 s. 207).

3. Decyzja zobowiązaniowa - art. 12 i 28 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁴

1. Propozycja UOKiK polega na doprecyzowaniu, iż w ramach zobowiązań nałożonych na przedsiębiorcę w trybie art. 12 bądź art. 28 uokik organ antymonopolowy będzie mógł żądać nie tylko zapobieżenia naruszeniom, ale także usunięcia skutków naruszenia ustawy.
2. Jest to propozycja jedynie doprecyzowująca obecne brzmienie przepisu z art. 12 i 28 uokik (należy założyć, iż zmiana obejmie zarówno decyzje w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, jak również decyzje w sprawach naruszania zbiorowych interesów konsumentów). W obecnie obowiązujących przepisach brak jest rzeczywiście wyraźnego uprawnienia Prezesa UOKiK w zakresie zobowiązania przedsiębiorcy co do konieczności usunięcia skutków działania sprzecznego z ustawą. Tym nie mniej praktyka orzecznicza Prezesa UOKiK wyraźnie wskazuje, iż w ramach zobowiązania do zaniechania działania, organ antymonopolowy zobowiązywał również do usunięcia skutków (np. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 12 lutego 2010 nr DOK-1/2010, z dnia 20 kwietnia 2012 r. RŁO-8/2012).

⁴ Część opinii opracowana przez C. Banasińskiego, M. Bychowską, M. Mrówkę i E. Witkowską-Grochowalską.

Należy zatem stwierdzić, iż zaproponowana przez Prezesa UOKiK zmiana w zakresie zmiany art. 12 i 28 ustawy ma jedynie charakter doprecyzowujący.

3. Proponowana przez Prezesa UOKiK zmiana w zakresie tej instytucji jest jednak nie wystarczająca i nie uwzględnia zasadniczych problemów, które ujawniły się w jej praktycznym zastosowaniu. Mianowicie chodzi o możliwość zastosowania decyzji zobowiązaniowej w sytuacji wcześniejszego zaniechania praktyki (działania zakwestionowanego przez Prezesa UOKiK). Część decyzji Prezesa UOKiK wskazuje, na brak możliwości objęcia tej kategorii przedsiębiorców procedurą decyzji zobowiązaniowej. Powoduje to, iż podmioty, które nie zaniechały praktyk stoją w bardziej uprzywilejowanej sytuacji procesowej. Podmiot, który praktyki nie zaniechał i złożył odpowiedni wniosek, może liczyć na wydanie decyzji zobowiązaniowej przez co uniknie kary, natomiast ten, który sam, dobrowolnie zaprzestał naruszenia np. w trakcie postępowania wyjaśniającego, w przypadku wszczęcia postępowania antymonopolowego nie może skorzystać z instytucji decyzji zobowiązaniowej i zostanie na niego nałożona kara pieniężna. Co więcej, w takiej sytuacji Urząd, wymierzając karę pieniężną, nie zastosuje okoliczności łagodzącej w postaci zaniechania praktyki. W konsekwencji instytucja zobowiązania, jeśli nie zostanie ona przyjęta przez Urząd w decyzji, staje się faktycznie pułapką dla przedsiębiorcy. Ponadto, obecnie obowiązujące przepisy prawne wręcz premiuja zachowanie, które nie skłania przedsiębiorców do szybkiego zaniechania działań sprzecznych z ustawą, a raczej nakazuje im (z uwagi na ochronę słusznych interesów) kontynuowanie praktyki w celu możliwości skorzystania z instytucji decyzji zobowiązaniowej. Nie jest to z pewnością sytuacja, która sprzyja szybkiemu i skutecznemu wyeliminowaniu zachowań sprzecznych z prawem.
4. Dla uniknięcia wątpliwości, postulowane jest wskazanie w przepisach ustawy, że w przypadku zaniechania praktyki ograniczającej konkurencję/naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, Prezes UOKiK może wydać decyzję zobowiązującą, odpowiednio modyfikując zobowiązanie.

4. Postępowanie w sprawach praktyk ograniczających konkurencję (rozdz. II, Dział V)

4.1. Art. 86 uokik⁵

1. Bezspornym jest fakt, iż zawiadomienie dotyczące podejrzenia stosowania praktyk ograniczających konkurencję ma jedynie informacyjny charakter (co dotyczy także zawiadomienia dotyczącego podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów – art. 100 ust.1 uokik). Zawiadomienie o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję jest swoistego rodzaju skargą, o określonej ustawowo

⁵ Część opinii opracowana przez M. Sieradzką i A. Jurkowską-Gomułkę na podstawie propozycji własnych.

treści. Organ antymonopolowy jest zobligowany rozpatrzyć zawiadomienie, jednak nie jest zobligowany do wszczęcia postępowania antymonopolowego na jego podstawie (przychylenia się do stanowiska zawiadamiającego). „Rozpatrzenie zawiadomienia”, o którym mowa w art. 86 ust. 4, jest to przekazanie zawiadamiającemu na piśmie sposobu jego rozpoznania wraz z uzasadnieniem, co powinno nastąpić w określonym terminie. Organ antymonopolowy ma obowiązek ustosunkować się do treści zawiadomienia.

2. Kluczowe znaczenie ma ustalenie, czy zawiadamiającemu przysługują środki jego kontroli, w sytuacji, gdy Prezes UOKiK uzna, że treść zawiadomienia nie daje podstaw do wszczęcia postępowania antymonopolowego. Ustęp 4 art. 86 stanowi jedynie, że Prezes Urzędu przekazuje zgłaszającemu zawiadomienie, w terminie określonym w art. 35–37 k.p.a., informację na piśmie o sposobie rozpatrzenia zawiadomienia wraz z uzasadnieniem. Pojawia się zatem wątpliwość, jakiego charakteru jest pismo Prezesa UOKiK o zakończeniu postępowania wyjaśniającego w sprawie wstępnego ustalenia, czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej. Jak pokazuje praktyka stosowania ustawy przepis dotyczący przekazania informacji na piśmie o sposobie rozpatrzenia zawiadomienia wraz z uzasadnieniem wzbudza wątpliwości. Niezbędne staje się wyraźne wskazanie, że do informacji, o której mowa w art. 86 ust. 4 nie stosuje się przepisów ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Biorąc pod uwagę charakter postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję (postępowanie jest wszczynane z urzędu) oraz brak statusu strony zawiadamiającego o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, należy jednoznacznie przyjąć, że informacja Prezesa UOKiK nie dotyczy uprawnień i obowiązków wynikających z przepisów prawa.
3. W związku z powyższym pożądanym byłoby zamieszczenie w art. 86 uokik przepisu wyłączającego kontrolę administracyjną nad pismem Prezesa UOKiK informującym o zakończeniu postępowania wyjaśniającego w sprawie ustalenia, czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. [Art. 86] [...] 5. Informacja o sposobie rozpatrzenia zawiadomienia o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję nie jest innym aktem lub czynnością z zakresu administracji publicznej w rozumieniu art. 3 § 2 pkt 4 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.
4. Pożądane jest także doprecyzowanie art. 86 ust. 4 przez wskazanie, że Prezes UOKiK jest zobowiązany do informowania o sposobie rozpatrzenia zawiadomienia poprzez informowanie zawiadamiającego o wszczęciu/zakończeniu każdego postępowania toczącego się w związku z zawiadomieniem (tj. informowanie zarówno o wszczęciu/zakończeniu postępowania wyjaśniającego, jak i ewentualnego następującego po nim postępowania antymonopolowego).

5. Do rozważenia pozostaje także usunięcie odesłania do art. 37 § 1 KPA – przepis ten jest nieskuteczny wobec zawiadamiającego, który nie ma w postępowaniu przed Prezesem UOKiK statusu strony.

4.2. Art. 88 uokik⁶

1. Często postulowane jest ponadto przyznanie prawa uczestnictwa w postępowaniu antymonopolowym w sprawach praktyk innym podmiotom, które mogą być zainteresowane przebiegiem i wynikiem postępowania, w tym przede wszystkim podmiotom zawiadamiającym Prezesa UOKiK o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, ale również np. przedsiębiorcom poszkodowanym praktyką. Wdrożenie takiego rozwiązania wymagałoby wprowadzenia nowego przepisu, należałoby również rozważyć przywrócenie instytucji podmiotu zainteresowanego (na wzór art. 87 ust. 3–4 uokik z 2000 r.).
2. Dalej idącym postulatem jest przyznanie zawiadamiającym statusu strony, co wymagałoby zmiany nie tylko zmiany art. 88, ale także innych przepisów (np. art. 49).
3. Pożądaną jest natomiast zmiana art. 88 ust. 2 polegająca na wprowadzeniu obowiązku uzasadniania postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego nie tylko poprzez wskazanie przepisów uokik, które są podstawą prawną stawianych zarzutów, ale także poprzez wyczerpujące (choć oczywiście wstępne) uzasadnienie podstaw prawnych i faktycznych stawianych zarzutów wraz z informacją o wysokości kary, grożącej przedsiębiorcy za to naruszenie; w uzasadnieniu powinna być również wskazana ta część materiału dowodowego w sprawie, która zawiera dowody ewentualnego naruszenia. Punktem odniesienia w tym zakresie jest instytucja *statement of objections*, stosowana przez Komisję Europejską. Postanowienie o wszczęciu postępowania winno być rzetelnie uzasadnione merytorycznie, aby nie budziło wątpliwości co do przedmiotu i zakresu stawianych zarzutów. Jednocześnie należy rozważyć wprowadzenie przepisów przewidujących możliwość zmiany tego postanowienia w toku postępowania.

4.3. Art. 91 uokik⁷

1. Założenia nowelizacji przygotowane przez UOKiK dotyczą regulacji postępowań w sprawach praktyk ograniczających konkurencję jedynie w odniesieniu do art. 91 uokik. Proponowana przez UOKiK zmiana miałaby polegać na uchyleniu tego przepisu i przeniesieniu zawartej w nim regulacji do nowego rozdziału ustawy dotyczącego

⁶ Część opinii opracowana przez A. Jurkowską-Gomułkę na podstawie propozycji zgłoszonych przez E. Modzelewską-Wachal, M. Bernatta, C. Banasińskiego, M. Bychowską, M. Mrówkę, E. Witkowską-Grochowalską.

⁷ Część opinii opracowana przez A. Jurkowską-Gomułkę.

przeszukania (co do opinii w tym zakresie zob. niżej „Kontrola i przeszukiwanie”).

III. Prewencyjny nadzór na koncentracjami⁸

1. Uwagi wstępne

1. **Wzorzec normatywny** „kontroli koncentracji” w Polsce jest **wysoce niedoskonały** i – często bez potrzeby – **nie do końca kompatybilny** ze standardami prawa UE. Już sam tytuł działu III (Koncentracje przedsiębiorstw) oraz jego rozdz. 1 (Kontrola koncentracji) i rozdz. 2 (Decyzje w sprawach koncentracji) powinny jednoznacznie „oddawać” istotę interwencji publicznej w przekształcenia strukturalne w gospodarce („Nadzór nad koncentracjami”, ew. „Prewencyjny nadzór nad koncentracjami”); nie ma najmniejszej wątpliwości, że angielskojęzyczny „*control*” oznacza właśnie „nadzór”, a nie „kontrolę”. Ubocznym, acz bardzo pożądanym skutkiem takiej zmiany byłoby wyeliminowanie z ustawy jednego z trzech różnych pojęć „kontroli” („kontroli” nad przedsiębiorcą, którą może przejąć inny przedsiębiorca, oraz „kontroli” rozumianej jako „inspekcji”; poz. niżej.).
2. Inicjując nowelizację normatywnego wzorca kontroli koncentracji (nadzoru nad koncentracjami) UOKiK powinien był więc rozważyć, jakie elementy tego modelu wymagają modyfikacji. Z założeń noweli wynika wprost, że **skoncentrował się właściwie na modyfikacjach wzorca proceduralnego** („Postępowania przed Prezesem UOKiK”, do tego tylko „w celu jego usprawnienia i skrócenia”; s. 3), praktycznie całkowicie natomiast **zrezygnował z równie pożądanym modyfikacji wzorca materialnego** (tak przesłanek jurysdykcyjnych, jak i ewaluacyjnych). Tym samym nie skorzystał z możliwości, jakie także w zakresie materialnych reguł kontroli koncentracji (głównie przesłanek jurysdykcyjnych) stwarza unijny wzorzec normatywny kontroli koncentracji (rozp. 139/2004), w tym zawarta w nim definicja przedmiotu zgłoszenia i kontroli.

2. Przesłanki jurysdykcyjne

2.1. Zgłoszenie zamiaru koncentracji (art. 13 ust. 1)

1. Z przedłożonych założeń nie wynika, aby UOKiK rozważył potrzebę i możliwość zdefiniowania pojęcia „zamiaru koncentracji”, którego znaczenia dla spełnienia/naruszenia obowiązku zgłoszenia (art. 13 ust. 1, art. 108 ust. 1) nie można przecenić. Pojęcie to od dawna budzi w praktyce wiele wątpliwości, zwłaszcza co do ustalenia momentu, w którym przedsiębiorcy przejawili skonkretyzowany i sprawdzalny zamiar dokonania koncentracji.

⁸ Część opinii opracowana przez T. Skoczego i D. Wolskiego na podstawie propozycji i uwag zgłoszonych także przez E. Modzelewską-Wąchal, T. Skoczego i D. Wolskiego oraz A. Stawickiego i B. Turno.

Wątpliwości tych nie rozwiewają *Wyjaśnienia w sprawie zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK* (dalej Wyjaśnienia), które wszakże odwołują się do umowy (przedwstępnej, warunkowej, itd.). Skala tych wątpliwości może ulec powiększeniu w związku z zamierzonym wprowadzeniem przepisów, które mają zapobiec obchodzeniu obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji w drodze dokonywania tzw. transakcji (koncentracji) wieloetapowych, w przypadku których ustalenie, czy mamy do czynienia z kilkoma samodzielnymi i niezależnymi koncentracjami, czy też dochodzi do jednej koncentracji, tylko podzielonej na etapy może być znacznie trudniejsze.

2. Dla podwyższenia pewności prawnej w tym zakresie (w konsekwencji ograniczenia uznania organu ochrony konkurencji) koniecznym wydaje się przyjęcie czytelnego kryterium pozwalającego na wyeliminowanie ww. wątpliwości i niepewności. Nie budzącym wątpliwości kryterium powstania zamiaru koncentracji jest **zawarcie** przez przedsiębiorców **umowy** potwierdzającej taki zamiar. Za modyfikacją taką przemawia wiele argumentów, w tym przede wszystkim fakt, że – biorąc pod uwagę zarówno doświadczenia praktyczne, jak i wymogi formalnoprawne – trudno jest sobie wyobrazić, aby do jakiegokolwiek koncentracji mogło dojść bez zawarcia umowy pomiędzy jej uczestnikami. Stanowisko to zdaje się reprezentować także UOKiK, skoro przyjmuje w ww. *Wyjaśnieniach*, że podstawę do umorzenia postępowania w sprawie koncentracji stanowi wygaśnięcie umowy, która ma dowodzić istnienia zamiaru koncentracji. Można zatem przyjąć, iż w tym momencie „wygasa” również zamiar koncentracji. Zasadność zaproponowanej zmiany potwierdza także treść art. 4 ust. 1 rozp. 139/2004, który stanowi, iż koncentrację zgłasza się przed jej wykonaniem i po zawarciu umowy. Wystarczyłoby zatem transponować treść tego przepisu w odpowiedniej części do polskiej ustawy. Strony zobowiązane byłyby zatem do zgłoszenia zamiaru koncentracji po zawarciu umowy, ale zawsze przed dokonaniem koncentracji nią objętej.

2.2. Zasięg obowiązku zgłoszenia (art. 13 ust. 1)

1. Często podnosi się, zwłaszcza w środowiskach gospodarczych, że progi zgłoszeń zamiaru koncentracji w polskiej uokik są zbyt niskie – w szczególności zbyt niski jest próg obrotu krajowego. Już w momencie uchwalania ustawy w 2007 r. zgłaszano propozycję ustalenia tego progu na poziomie 100 mln. euro; po kolejnych 5. latach i dalszym wzroście poziomu koncentracji w gospodarce polskiej, propozycja ta powinna być ponownie rozważona. Korzystnym efektem takiej modyfikacji byłby oczywiście spadek ilość zgłoszeń.
2. Zasięg obowiązku zgłoszenia zamiarów koncentracji z udziałem przedsiębiorców zagranicznych można byłoby także zracjonalizować w drodze zmiany polityki UOKiK w zakresie interpretacji przesłanki „skutek na terytorium RP” (art. 1 ust. 2).

2.3. Zakres przedmiotowy obowiązku zgłoszenia (definicja koncentracji)

1. Można zrozumieć, że w początkach ustawowych regulacji kontroli koncentracji (nawet w takich państwach jak Niemcy) zakres przedmiotowy „koncentracji” określano enumeratywnie. Przynajmniej od momentu uchwalenia rozp. 139/2004 nie ma już takiej potrzeby. Coraz więcej państw członkowskich UE przyjmuje zawarty w tym rozporządzeniu model przesłanek jurysdykcyjnych (głównie „przedmiotu” kontroli). Także Polska powinna przyjąć ten model bez jego „dostosowań”. Znowelizowana uokik z 2007 r. powinna zatem stanowić, że obowiązek zgłoszenia [„obowiązek wynikający z ust. 1”] dotyczy transakcji [ew. operacji], których skutkiem [ew. rezultatem] jest **trwała zmiana kontroli** między przedsiębiorcami, wynikająca z (a) połączenia dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców lub części przedsiębiorców lub (b) przejęcia kontroli przez [...] nad [...] (jak w art. 3 ust. 1 pkt 1 rozp. 139/2004).
2. Polski ustawodawca powinien zatem całkowicie zrezygnować z prób rozszerzenia zakresu przedmiotowego kontroli koncentracji poza stany faktyczne, które nie powodują trwałej zmiany kontroli. Rozwiązanie takie będzie zgodne ze światowym standardem, w myśl którego interwencja publiczna w procesy strukturalne w gospodarce w interesie ochrony skutecznej konkurencji winna ograniczać się do transakcji (operacji), które są w ogóle w stanie zmienić rozkład kontroli na rynkach właściwych (nie obejmuje kontroli przekształceń strukturalnych z punktu widzenia realizacji innych interesów publicznych); będzie też zgodne z doktryną *one economic unit* oraz kompatybilne z modelem unijnym. Zdecydowanie ułatwi kooperację w ramach ECN (w tym wzajemne przekazywanie sobie spraw na podstawie art. 4 ust. 4 i 5 oraz art. 9 i 22 rozp. 139/2004) i z organami ochrony konkurencji innych państw. Wreszcie, dysponując jakościową definicją koncentracji nie będzie także trzeba wyłączać spod zakazu koncentracji „zamiarów koncentracji... przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej”. Pięć lat po wejściu do UE, w warunkach rosnących kompetencji menedżerów przedsiębiorstw oraz służb prawniczych i konsultacyjnych, bogatego rynku publikacji (w tym komentarzy do uokik) prawodawca może spokojnie zrezygnować z edukacyjnych funkcji prawa antymonopolowego.
3. Przyjęcie takiego rozwiązania będzie wymagało dostosowania (harmonizacji) przepisów ustawy w zakresie definicji pojęć legalnych (art. 4) i art. 13. Przede wszystkim trzeba wyeliminować dwa różne pojęcia „przejęcia kontroli” w rozumieniu jej posiadania (art. 4 pkt 4) i nabycia (art. 13 ust. 2 pkt 2). Wobec tego, że pojęcie „przejęcia kontroli” występuje wyłącznie w art. 13 ust. 2 pkt 2 (tylko ten jeden raz – sic!), nie ma najmniejszego powodu, żeby było definiowane w słowniczku; zgodnie z regułami prawidłowej legislacji, ustawodawca powinien definiować w słowniczku tylko te pojęcia, które występują w danej ustawie często i w różnych jej częściach (instytucjach prawnych). W tym przypadku jest dokładnie odwrotnie. Co więcej pojęcie „kontroli” występuje w ustawie jeszcze w dwóch innych znaczeniach.

Pojęcie „kontroli”, jako materialnej treści przejmowanego władztwa nad przedsiębiorstwami, przynależy do i powinno być uregulowane w dz. III uokik (tak jak w art. 3 ust. 2 i 3 rozp. 139/2004), aczkolwiek regulacja „uprawnień” statuujących kontrolę (przedmiot przejęcia) może być z powodzeniem taka jak w obecnym art. 4 pkt 4.

2.4. Koncentracja przez utworzenie wspólnego przedsiębiorcy (dziś art. 13 ust. 2 pkt 3)

1. Jedną z konsekwencji posiadania jakościowej definicji koncentracji i uregulowana całego zakresu przedmiotowego obowiązku zgłoszenia jest możliwość usunięcia art. 13 ust. 2 pkt 3. W sposób automatyczny będzie to powodowało ograniczenie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji tylko do tworzenia wspólnych przedsiębiorców o charakterze koncentracyjnym (czyli takich „przejęć kontroli”, które powodują „trwałą zmianę kontroli”), zwanych też „pełnofunkcyjnymi” (zob. art. 3 ust. 4 rozp. 139/2004). Nie ma żadnych powodów, dla których uokik miałaby tworzyć możliwość interwencji publicznej w przedsięwzięcia o charakterze kooperacyjnym, nawet jeżeli przybierają postać „wspólnych przedsiębiorców” (spółek *joint ventures*).
2. Tak samo jak w prawie unijnym (i wszędzie na świecie) dopuszczalność kooperacji przedsiębiorstw w świetle ochrony konkurencji podlega ocenie na gruncie zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Zakaz taki tworzy także uokik z 2007 r. Mamy zatem do czynienia z niekonstytucyjną sprzecznością systemową (wewnątrz ustawową). Utworzenie przedsiębiorcy wspólnego może bowiem podlegać równocześnie zakazowi porozumień ograniczających konkurencję (art. 6-8) oraz obowiązkowi zgłoszenia i kontroli jako koncentracji (art. 13 ust. 2 pkt 3) przedmiotowo prawnie niezdefiniowanej (czyli każdego przypadku *joint ventures*).
3. Jest oczywiste, że utworzenie wspólnego przedsiębiorcy o charakterze koncentracyjnym (pełnofunkcyjnym) może rodzić także skutki kooperacyjne. Dodatkowe (a nie równoczesne) badanie takich wspólnych przedsiębiorców można z powodzeniem przewidzieć w uokik tak samo, jak to czyni rozp. 139/2004 w art. 2 ust. 4 i 5.

2.5. Koncentracja przez nabycie mienia (dziś art. 13 ust. 2 pkt 4)

1. Z tych samych względów należałoby usunąć z ustawy „stan faktyczny” para-koncentracji, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 4. „Nabycie mienia” (obok „nabycia akcji lub udziałów”) stanowi bowiem jeden z najbardziej typowych przejawów „przejęcia kontroli”. Powinno (tak, jak w prawie UE i na gruncie poprzedniej regulacji w Polsce) być objęte obowiązkiem zgłoszenia na podstawie art. 13 ust. 2 pkt 2, zwłaszcza wtedy, gdyby uokik zdefiniowała

przedmiotowo pojęcie koncentracji jako „trwałej zmiany kontroli” w drodze „połączeń lub przejęcia kontroli” (*mergers and acquisitions*). Skutkiem tego wszystkie przypadki „przejęcia kontroli” nad przedsiębiorstwem lub jego częścią, które nie będą kwalifikowały się do zakresu ust. 2 pkt 1 i pkt 3 tego przepisu w wersji obecnej) będą zgłaszane i kontrolowane jako „przejęcia kontroli” nad przedsiębiorcą „w inny sposób” (art. 13 ust. 2 pkt 2).

Przypomnijmy, że przepis ten został wstawiony do uokik wskutek (niesłusznie zresztą) przegranych przez Prezesa UOKiK w SOKiK spraw *Wydawnictwo Wielkopolskie i Wydawnictwo Poznańskie*.

2. Jak widać z przedłożonych założeń nowelizacyjnych, UOKiK nie zamierza rezygnować z tego przepisu. W takiej sytuacji konieczne jest usunięcie licznych wątpliwości w odniesieniu do tego, w jaki sposób interpretować pojęcie „części mienia”, a w konsekwencji w jakich sytuacjach obowiązek zgłoszenia powstaje, a w jakich nie. W pierwszej kolejności – odwołując się do postanowień art. 44 k.c. – za nabycie mienia należałoby uznać nabycie własności oraz innych praw majątkowych. Jednak przepis ustawy antymonopolowej definiuje pojęcie części mienia przez pryzmat pojęcia przedsiębiorstwa, co nakazuje sięgnięcie do art. 55¹ k.c. Powstaje jednak pytanie, na ile pojęcie części przedsiębiorstwa winno determinować pojęcie mienia, a zatem czy każde nabywane mienie, aby podlegać zgłoszeniu, musi równocześnie stanowić część przedsiębiorstwa w rozumieniu odpowiednich przepisów kodeksu cywilnego? Ustawodawca nie daje odpowiedzi na pytanie, czy tworzenie całości lub części przedsiębiorstwa przez wymienione prawa stanowi warunek *sine qua non* zastosowania przepisu art. 13 ust. 2 pkt 4 czy też nie. Również ww. *Wyjaśnienia* nie są w tym zakresie wystarczające, ponieważ odwołują się wyłącznie do art. 55¹ k.c. (s. 20), całkowicie pomijają natomiast art. 44 k.c. Ten kierunek interpretacji, przy uwzględnieniu otwartego katalogu składników przedsiębiorstwa wskazanego w art. 55¹ k.c., skutkuje w praktyce nieograniczonym zakresem zastosowania art. 13 ust. 2 pkt 4. Wykładnię taką można jednak uznać za nie do końca zgodną z literalnym brzmieniem wymienionego przepisu uokik, gdzie w pierwszej kolejności znajdujemy odwołanie do pojęcia mienia, a dopiero w drugiej wskazuje się na pojęcie przedsiębiorstwa z art. 55¹ k.c.
3. Wątpliwości te potwierdza również kierunek, w jakim poszła interpretacja pojęcia „mienie” z art. 13 ust. 2 pkt 4 w praktyce orzeczniczej UOKiK. W niektórych przypadkach wskazuje się na art. 44 k.c., jako podstawę wykładni pojęcia mienia w rozumieniu odpowiednich przepisów ustawy antymonopolowej (wtedy przeniesienie praw i obowiązków z umowy (-ów) najmu z jednego przedsiębiorcy na innego winno zostać uznane za nabycie praw majątkowych, a w konsekwencji stanowi koncentrację w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 4). W innym przypadku UOKiK idzie dalej uznając, iż nie tylko przeniesienie praw i obowiązków z umowy najmu (nabycie translatywne prawa), ale także zawarcie nowej umowy (tutaj umowy najmu), może

zostać uznane za nabycie mienia innego przedsiębiorcy. Taka wykładnia w świetle literalnego brzmienia art. 13 ust. 2 pkt 4, *expressis verbis* wskazuje na „nabycie [...] części mienia innego przedsiębiorcy”, wydaje się trudna do zaakceptowania, gdyż w tym przypadku w ogóle nie można mówić o nabyciu mienia innego przedsiębiorcy, ale dochodzi do konstytutywnego (pierwotnego) nabycia prawa, które wcześniej nie istniało (zawarcie nowej umowy najmu).

4. W konsekwencji trzeba opowiedzieć się za koniecznością zmiany tego przepisu (jeśli nie miałby on być wyeliminowany) w ten sposób, aby obowiązek wynikający z ust. 1 dotyczył zamiaru: „ 4) *nabycia przez przedsiębiorcę całości lub wyodrębnionej funkcjonalnie części przedsiębiorstwa, jeżeli obrót realizowany przez to mienie „...”* [ew.: „4) *nabycia przez przedsiębiorcę części mienia innego przedsiębiorcy – całości lub wyodrębnionej funkcjonalnie części przedsiębiorstwa –, jeżeli obrót realizowany przez to mienie „...”*].

2.6. Objęcie obowiązkiem zgłoszenia transakcji wieloetapowych

1. Zgodnie z przedłożonymi założeniami (s. 4) nowelizacja ma także zapobiec obchodzeniu przepisów ustawy poprzez dokonywanie transakcji wieloetapowych. Taki cel nowelizacji można uznać za uprawniony. Nie jest jednak do końca jasne, jakie rozwiązanie zostanie przez UOKiK przyjęte i w jakim miejscu ustawy. Czy będzie ono polegało na modyfikacji obecnego art. 13 ust. 2 pkt 4, czy też na ustanowieniu odrębnego stanu faktycznego „koncentracji wieloetapowej”, co byłoby przejawem złej (krytykowanej wyżej) tendencji? W zasadzie w obu przypadkach istotne byłoby zdefiniowanie pojęcia „koncentracji wieloetapowej”, a w szczególności wskazanie wyraźnego i definiowalnego kryterium, które pozwoli na rozróżnienie koncentracji wieloetapowej (objętej obowiązkiem zgłoszenia), od kilku następujących po sobie niezależnych koncentracji – może nawet nie jest to w ogóle możliwe. Zarówno bowiem czas (okresy między transakcjami), jak i tożsamość przedmiotowa (np. nabycie części mienia) i podmiotowa (strony) transakcji samodzielnie (odrębnie) mogą nie być kryteriami dostatecznie uzasadniającymi uznanie danej transakcji za koncentrację wieloetapową. Można wyrazić obawę, że proponowana regulacja doprowadzi do poszerzenia pola uznania administracyjnego i ograniczenia poziomu pewności prawnej. Konsekwencją takiej regulacji może być swoisty paraliż transakcji, które mogłyby być uznane za wieloetapowe. Istotnym skutkiem może być także „zalew” organu antymonopolowego całą masą wniosków składanych „z ostrożności”, aby uniknąć potencjalnych sankcji przewidzianych w ustawie, nawet jeżeli planowane transakcje z bardzo dużym prawdopodobieństwem nie będą podlegały zakwalifikowaniu do kategorii koncentracji wieloetapowych.

2. Powyższe wątpliwości i uwagi krytyczne nie dotyczą ewentualnej regulacji służącej doprecyzowaniu obowiązku zgłoszenia „zamiaru koncentracji” w przypadku „transakcji wieloetapowych”, rozumianych jako ciąg transakcji w sytuacji, kiedy przedsiębiorcy zawierają w określonej formie porozumienie (umowę), która zakłada, iż planowana transakcja dokonywana będzie częściami (etapami) lub też strony dokonają kilku transakcji, które przy spełnieniu określonych warunków uznać można za jedną transakcję. Zgodnie ze standardami światowymi przedmiotem zgłoszenia jest wtedy tylko ostatnia z tych transakcji; nie są nimi natomiast transakcje ją poprzedzające (przejściowe).

2.7. Wyłączenie spod obowiązku zgłoszenia (art. 14)

1. Proponowane doprecyzowanie przepisów (s. 4) zawierających wyłączenie spod obowiązku zgłoszenia koncentracji bagatelnych (art. 14 ust. 1) oraz koncentracji następujących w toku postępowania upadłościowego (art. 14 pkt 4) nie budzi zastrzeżeń.
2. W przypadku przedmiotowego zdefiniowania pojęcia „koncentracji” objętych zgłoszeniem i podlegających kontroli art. 14 pkt 5 będzie mógł być wykreślony. .

2.8. Zmiany innych przesłanek jurysdykcyjnych

1. Nie budzi zastrzeżeń zamiar doprecyzowania zasad obliczania obrotu, przedstawiony na s. 4 *in fine*.
2. Także sygnalizowane wprowadzenie terminu na złożenie wniosku o przedłużenie terminu na dokonanie koncentracji (art. 22) wydaje się zasadne.

3. Decyzje

3.1. Podstawowy test konkurencji

1. Podstawowy test konkurencji, czyli po, jest prawidłowy i wystarczająco kompatybilny z testami CLT i SIEC. Wzorem rozp. 139/2004 i wielu ustaw ochronie konkurencji państw członkowskich UE należałoby jednak rozważyć, czy ustawodawca nie powinien sprecyzować tego testu przez wskazanie szczegółowych kryteriów oceny badanych koncentracji. Sugestia ta wiąże się m.in. z tym, że UOKiK nie przedstawił jak dotychczas, jakimi kryteriami szczegółowymi się kieruje choćby w formie *soft law* (Wyjaśnień).
2. Jest to ważne także dlatego, że taki sam standard dowodowy powinien być stosowany w przypadku decyzji warunkowych (w części oceny środków zaradczych) i nadzwyczajnych (w części spełnienia przesłanek zakazu).

3.2. Decyzje warunkowe (art. 19)

1. **Prawny model zgody warunkowej** w Polsce **należy do najsłabszych** regulacji uokik. W pewnym stopniu dotyczy to już przesłanek warunkowej decyzji nadzorczej (art. 19). Przede wszystkim jednak wynika z słabości niektórych elementów modelu proceduralnego postępowania w sprawach koncentracji w ogóle, ujawniających się głównie właśnie w tych postępowaniach, w których możliwe i konieczne jest zastosowanie środków zaradczych (warunków *sensu largo*), które umożliwią wyrażenie zgody na dokonanie koncentracji (zob. niżej). Generalnie rzecz biorąc nie wydaje się, aby polski ustawodawca miał wyraźną koncepcję instytucji zgody warunkowej. Dla zapewnienia pewności prawnej, instytucja ta powinna jednoznacznie określać: (a) istotę i rodzaje środków zaradczych (*remedies*), (b) sposobu formułowania i nakładania tych warunków oraz (c) sankcji za ich niespełnienie.
2. **Istota prawna** decyzji wyrażającej zgodę warunkową (dalej: **zgody warunkowej**) została **wyrażona prawidłowo w art. 19 ust. 1**. Przepis ten przyznaje bowiem Prezesowi UOKiK kompetencję do wydania zgody na dokonanie koncentracji w sytuacji, gdy w jej rezultacie konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona. Nie dlatego jednak, że skutek taki w ogóle nie może nastąpić (jak w zgodzie bezwarunkowej), lecz dlatego, że przedsiębiorcy zobowiążą się do takiej modyfikacji zamierzonej koncentracji, że jej dokonanie zapewni spełnienie „pozytywnego” testu konkurencji (brak istotnego ograniczenia konkurencji). Zgoda warunkowa, czyli zgoda wydana pod „warunkiem” (warunkiem *sensu stricte*) oznacza, że modyfikacje takie („warunki modyfikacyjne”) zostaną przeprowadzone w przyszłości (po wydaniu decyzji). Modyfikacje takie, ale przeprowadzone skutecznie przed zgłoszeniem zamiaru koncentracji lub w trakcie postępowania w sprawie koncentracji wszczętego na podstawie zgłoszenia, umożliwiają wydanie zgody bezwarunkowej (art. 18).
3. Tak rozumiane „warunki” zostały przez ustawodawcę wyliczone przykładowo, acz z naciskiem na tzw. warunki strukturalne. Art. 19 ust. 2 słusznie stwierdza także wyraźnie, że warunki te muszą być spełnione w określonym w decyzji terminie. Nie ma potrzeby formułowania w tym zakresie żadnych propozycji *de lege ferenda*.
4. Zwraca uwagę, że do „warunków” *sensu stricte* (modyfikacyjnych) odnoszą się *explicite* przepisy art. 95 ust. 2 i art. 96 ust. 2.
5. W sposób absolutnie niewystarczający uokik z 2007 r. reguluje natomiast kwestie tzw. „warunków gwarancyjnych”, zwanych powszechnie „obowiązkami”. Ustawodawca zobowiązuje Prezesa UOKiK **wyłącznie** do tego, aby nakładał na przedsiębiorców **obowiązek składania informacji** o wykonaniu „tych [czyli jakich?] warunków” (art. 19 ust. 3). W praktyce Prezes UOKiK korzysta z uprawnienia zawartego w art. 19 ust. 2, które powinno służyć nakładaniu warunków *sensu stricte* („warunków modyfikacyjnych”), także do

nakładania na przedsiębiorców obowiązków („warunków gwarancyjnych”).

6. Jak się wydaje, zapewnienie pewności prawnej co do istoty i rodzajów warunków (zgody warunkowej) wymaga zmian w art. 19. Najpierw jednak należałoby usunąć z art. 19 ust. 2 passus odnoszący się do sposobu formułowania warunków („nałożyć obowiązek lub przyjąć [...] zobowiązanie”). Kwestie te powinny być regulowane w art. 95 i/lub 96. Nie wiadomo bowiem, jakie znaczenie pojęć „obowiązek” i „zobowiązanie” miał na myśli ustawodawca (czy „obowiązek” znaczy tu „warunek gwarancyjny” czy też pojęcie to jest użyte w celu wskazania, że chodzi o „warunek” nałożony przez UOKiK „ jakby z urzędu”? Z kolei pojęcie „zobowiązanie” – sugerujące, że warunki pochodzą od przedsiębiorców – później już nigdzie w uokik nie występuje. Przepisy art. 19 ust. 2 powinny zawierać jedynie kompetencje do nakładania warunków *sensu stricte* (warunków modyfikacyjnych).
7. Na zdecydowane poparcie zasługuje propozycja UOKiK polegająca na możliwości utajnienia terminu wykonania warunku nałożonego w decyzji (art. 19 ust. 2 okno *in fine*), gdyż może ułatwić realizację w terminie warunku objętego decyzją. W konsekwencji przyspieszy ona nastąpienie pro-konkurencyjnego skutku, jaki ma być następstwem realizacji warunku. Zdziwienie budzi jednak proponowane uzależnienie stosowania tej instytucji od kryterium „poważnego naruszenia interesu przedsiębiorcy”. Trudno bowiem doszukać się korzystnego skutku dla ochrony konkurencji, który byłby konsekwencją powszechnej jawności terminu wyznaczonego na realizację warunku, a także wykazać względy, które przemawiałyby za tym, aby należało oddawać decyzję w tym zakresie UOKiK. Możliwość taka winna wynikać wprost z ustawy, aczkolwiek może być ograniczona przedmiotowo (np. do warunków zbycia).
8. Artykuł 19 ust. 3 powinien zostać rozbudowany o przykładowy katalog „obowiązków”, jakie Prezes UOKiK może nakładać na przedsiębiorców, a zatem takich „warunków *sensu largo*”, których celem jest zagwarantowanie skutecznego spełnienia „warunków *sensu stricte*” (warunków modyfikacyjnych). Wśród obowiązków tych (warunków gwarancyjnych) powinna znaleźć się z pewnością przynajmniej możliwość ustanowienia podmiotu trzeciego (powiernika), który zapewni spełnienie warunku w sytuacji, gdy adresat warunku nie może tego dokonać w terminie wyznaczonym w decyzji. Ustawową podstawę powinna mieć także kompetencja Prezesa UOKiK do nałożenia na przedsiębiorcę obowiązku przedstawienia organowi do zatwierdzenia tzw. „stosownego nabywcy” (*suitable purchaser*) akcji, udziałów lub mienia, które winny być zbyte. Ustawodawca powinien przy tym określić kryteria odmowy takiego zatwierdzenia oraz środki ochrony, jaki powinien przysługiwać przedsiębiorcy. W przeciwnym wypadku (obecnie!) kompetencja ta znacznie wykracza poza model prewencyjnej kontroli koncentracji.

3.3. Decyzje nadzwyczajne (art. 20 ust. 2)

1. Polska należy do nielicznej grupy państw członkowskich UE, w których zgodę nadzwyczajną na dokonanie koncentracji wydaje organ ochrony konkurencji. Prezes UOKiK może bowiem odstąpić od wydania zakazu koncentracji antykonkurencyjnej, jeżeli jest to uzasadnione przykładowo i szeroko określonymi przesłankami (art. 20 ust. 2). Przepis ten powinien być **całkowicie wyeliminowany**, a **kompetencja do wydawania nadzwyczajnej zgody** na dokonanie koncentracji, opartej na przesłankach innego interesu publicznego niż ochrona konkurencji (*non-competition criteria*), **powinna zostać przyznana organowi „rządowej administracji politycznej”** (RM, Prezesowi RM lub Min. Gosp.), które ponoszą polityczną odpowiedzialność za realizację tych interesów (polityk publicznych). Prezes UOKiK jest (art. 29 ust. 1) i powinien zostać „czystym” (wyłącznie) organem ochrony konkurencji i konsumentów.
2. W swym aktualnym kształcie przepis art. 20 ust. 2 jest także niespójny z podstawowym testem konkurencji, leżącym u podstaw zgód i zakazów koncentracji, oraz zawiera zbyt szeroko i nieprecyzyjnie zakreślone przesłanki uzasadniające odstąpienie od zakazu. Z jednej strony bowiem umożliwia on wydanie zgody nadzwyczajnej na dokonanie koncentracji, która „przyczyni się do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego”. Jeżeli podstawowy test konkurencji (istotne ograniczenie konkurencji) jest rozumiany *stricte* ekonomicznie (zapewnienie efektywności gospodarowania i innowacyjności gospodarki w interesie dobrobytu konsumentów), to koncentracja, która może przyczynić się do „rozwoju ekonomicznego” i „postępu technicznego” nie powinna być zakazana (zgoda na nią powinna być wydana na podstawie art. 18 lub 19). Z taką samą sytuacją mamy do czynienia w przypadku, gdy nie ma związku między transakcją a jej antykonkurencyjnym skutkiem (np. w przypadku koncentracji z udziałem upadającego przedsiębiorcy). „Pozytywny wpływ na gospodarkę narodową” (np. w sferze zatrudnienia) nie powinien natomiast być podstawą oceny i decyzji Prezesa UOKiK.

3.4. Art. 21 i art. 22

1. Przewidziana w art. 21 ust. 1 sankcja administracyjna w postaci możliwości uchylecia zgody warunkowej, jeżeli przedsiębiorcy nie spełnią warunków, na jakich zgoda ta została wydana, jest nie prawidłowa i niekompatybilna z rozwiązaniami stosowanymi w prawie UE, w jej państwach członkowskich i w wielu innych krajach. Polski ustawodawca pozwala bowiem Prezesowi UOKiK uchylić decyzję wydaną na podstawie art. 19 ust. 1 nie tylko w przypadku niespełnienia warunków (*sensu stricte*, modyfikacyjnych), ale także niezłożenia przez przedsiębiorcę informacji o spełnieniu warunków (art. 19 ust. 3), które jest jedynym

„obowiązkiem” (warunkiem gwarancyjnym). Jest to środek niewspółmierny (niezgodny z zasadą proporcjonalności). Nawet jednak, gdyby w znowelizowanej ustawie pojawiły się w art. 19 ust. 3 inne „obowiązki”, to i tak sankcje za ich niezrealizowanie powinny mieć tylko charakter kar pieniężnych (tak jest zresztą już teraz słusznie w art. 106 ust. 2 pkt 2).

2. Rozważenia wymaga także kwestia odpowiedzialności za wykonanie decyzji warunkowej wskazanej w art. 21 ust. 1 zd. 1 *in fine* (niezależnie od sankcji w postaci kary pieniężnej wskazanej w art. 107). Ponieważ, jak wskazano wyżej, uokik nie przewiduje instytucji powierniczej formy realizacji decyzji warunkowej (np. powierniczego zbycia określonych składników mienia czy praw do akcji), wykonywanej przez podmiot niezależny od uczestników koncentracji, zasadnym wydaje się rozważenie zmiany obecnego modelu odpowiedzialności obiektywnej w sytuacjach, w których brak realizacji warunku lub jego realizacja z opóźnieniem wynika z przyczyn od przedsiębiorcy niezależnych. W konsekwencji w obecnej sytuacji sankcja w postaci uchylecia zgody warunkowej może powodować bardzo dotkliwe skutki dla przedsiębiorcy także wtedy, gdy dochował należytej staranności przy uwzględnieniu podwyższonego jej miernika z art. 355 § 2 k.c. Warto byłoby zatem rozważyć, czy obecny model odpowiedzialności obiektywnej (całkowicie uniezależnionej od winy adresata warunku) nie powinien być zastąpiony odpowiedzialnością przedsiębiorcy opartą na zasadzie winy (co najmniej nieumyślnej). Warto wskazać na art. 106, który odwołuje się do nawet nieumyślnego naruszenia przepisów uokik, w tym dokonania koncentracji bez zgody Prezesa UOKiK.
3. Z uwagi na to, że zmiany na rynkach nie są aż tak dynamiczne zasadne wydaje się być wydłużenie terminów, o których mowa w **art. 22**, a mianowicie – terminu wygaśnięcia decyzji w sprawach koncentracji (ust. 2) z 2 na 3 lata oraz terminu przedłużenia dokonania koncentracji (ust. 2) o dodatkowe 2 lata.

3.5. Postępowanie w sprawach koncentracji

3.5.1. Zakres podmiotowy

Znowelizowanie przez rozszerzenie zakresu podmiotowego tego postępowania o przedsiębiorców, nad którymi w wyniku koncentracji jest przejmowana kontrola.

3.5.2. Dwuetapowe postępowanie w sprawie koncentracji (s. 3) – art. 96 ust. 1?

1. Przedłożony projekt założeń zakłada wprowadzenie dwuetapowego postępowania w sprawach koncentracji przedsiębiorców. Ponieważ Polska należy do niewielkiej grupy państw, w których postępowanie w sprawach koncentracji jest jak dotąd jednoetapowe,

zmianę tę należy generalnie poprzeć. Z przedstawionych założeń nie wynika jednak, co będzie treścią postanowienia rozpoczynającego 2. fazę tego postępowania („zwykle” postanowienie o przedłużeniu postępowania czy „szczególne” postanowienie o wszczęciu 2. fazy postępowania). Nie wiadomo zatem, czy już w tym postanowieniu UOKiK będzie musiał wskazać np. „poważne wątpliwości” (*serious doubts*), określone „zastrzeżenia” (*objections*) lub „zagrożenia dla konkurencji” (*competition concerns*)? Jak się wydaje, ustawodawca powinien go do tego zobowiązywać, aby strony już w tym momencie wiedziały – choćby generalnie – jakiego rodzaju „istotne ograniczenie konkurencji” uznaje za przynajmniej prawdopodobne.

2. Dwuetapowość postępowania ma z założenia służyć skróceniu postępowań toczących się w sprawach prostszych (do 1 miesiąca), przy jednoczesnej poprawie jakości postępowań w sprawach bardziej skomplikowanych (do 4 miesięcy). Nie można jednak nie zauważyć, że modyfikacja ta oznacza **wydłużenie formalnego terminu trwania postępowania** w sprawach najbardziej skomplikowanych **do 5 miesięcy** (obecnie 2 miesiące). Biorąc pod uwagę, że obecne postępowania w sprawach nieskomplikowanych trwają faktycznie ok. 2 miesięcy, a rzeczywisty czas trwania postępowań w sprawach skomplikowanych wynosi ponad 5 miesięcy (w sprawach zakończonych zgodą nadzwyczajną – ponad 3 miesiące, zakazem bezwzględny – ok. 5 miesięcy, a zgodą warunkową ponad 6 miesięcy), to o efekcie skrócenia postępowania trudno raczej mówić. Przeciwnie, nie sposób wykluczyć sytuacji, w której faktyczny okres trwania postępowań obu kategorii będzie jeszcze dłuższy niż dotychczas. Byłoby tak zwłaszcza wtedy, gdy także w przyszłości współczynnik termin formalny:termin rzeczywisty wynosił również 1:2 (w przypadku spraw prostych) i 1:2,5 lub 1:3 (w przypadku spraw skomplikowanych). Legalizowałoby to w rzeczywistości przedłużenie, a nie skrócenie okresu trwania takich postępowań.
3. O skróceniu trwania postępowań i ich przyspieszeniu można więc mówić tylko wtedy, gdyby wprowadzenie dwuetapowego postępowania w sprawach koncentracji wiązało się z likwidacją lub radykalnym ograniczeniem mechanizmu *stop-the-clock* (niewliczania do terminów postępowania licznych „przestojów”, w tym takich, które wynikają ze sposobów organizacji postępowania powodowego, np. wielokrotnego żądania od przedsiębiorców coraz to nowych informacji, długotrwałego „opracowywania” wyników ankiet). Korzyści z wprowadzenia dwuetapowego postępowania dla przedsiębiorców będą więc realne tylko wtedy, gdy ww. terminy nie będą mogły być przedłużane przez UOKiK lub będą mogły być przedłużane tylko w przypadku przedstawiania przez przedsiębiorców propozycji środków zaradczych (wystarczy wtedy zachować w całości przepis art. 96 ust. 2). Terminy postępowania administracyjnego winny bowiem służyć w pierwszym rzędzie dyscyplinowaniu aktywności organu, a nie zapewnianiu mu komfortu czasowego. Gdyby zachowana została

aktualna możliwość przedłużania długości postępowania w 2. etapie postępowania (zwłaszcza nieuwzględnianie w biegu terminu czasu na uzupełnienie informacji i materiałów żądanych przez organ zgodnie z art. 96 ust. 3 w zw. art. 95 ust. 1 pkt 3), termin jego zakończenia powinien wynosić 2 miesiące (1 + 2 etap = 3 miesiące).

3.5.3. „Statement of objections” (s. 4)

1. Zdecydowanie pozytywnie należy ocenić propozycję UOKiK wprowadzenia do uokik instytucji prawnej przedstawienia przedsiębiorcy w toku trwającego postępowania zastrzeżeń, jakie budzi planowana koncentracja z perspektywy możliwego ograniczenia konkurencji na rynku – instytucji funkcjonującej z powodzeniem w postępowaniu przed Komisją Europejską i wieloma krajowymi organami kontroli koncentracji. Poważną słabością tej propozycji jest brak określenia, kiedy (czy w każdym postępowaniu, które weszło w 2. fazę, oraz w jakim jego momencie) Prezes UOKiK miałby takie postanowienie o przedstawieniu zastrzeżeń wydawać. Instytucja przedstawienia zastrzeżeń nie jest bowiem obligatoryjna w wielu porządkach prawnych (w tym w UE). Jak się wydaje, także w Polsce nie musiałaby ona być obowiązkowa w sytuacji, gdy w trakcie 2. fazy postępowania Prezes UOKiK dochodzi do wniosku, że może jednak wydać zgodę bezwarunkową na dokonanie koncentracji. Winna być natomiast obowiązkowa wtedy, gdy z przebiegu postępowania wynika, że w grę wchodzi zakaz dokonania koncentracji bezwarunkowo lub ewentualna możliwość wydania zgody warunkowej.
2. Instytucja przedstawienia zarzutów w 2. fazie postępowania w sprawach koncentracji spełni swoją rolę wszakże tylko wtedy, gdy postanowienie to zostanie wydane odpowiednio wcześniej. W gruncie rzeczy chodzi w niej bowiem o danie przedsiębiorcom realnych możliwości obrony przed zakazem lub przedłożenia zobowiązań, których akceptacja umożliwiałaby UOKiK wydanie zgody warunkowej. Racjonalny byłby ustawowy wymóg wydania postanowienia o przedstawieniu zastrzeżeń w połowie 2. fazy postępowania, a mianowicie po 2 miesiącach, gdyby faza ta miała trwać 4 miesiące (tak jak w UE), lub po 6 tygodniach, gdyby faza ta miała trwać 3 miesiące.

3.5.4. Formułowanie i nakładanie warunków

1. Proponowane i akceptowane dosyć powszechnie (w głównych zarysach) zmiany modelu proceduralnego postępowania w sprawach koncentracji winny być rozbudowane i zmodyfikowane w przypadku części tych postępowań, w których dokonuje się formułowanie „warunków”. Jak już wskazano wyżej (usunięcie passusu „nałożyć obowiązek lub przyjąć zobowiązanie” z art. 19 ust. 2) umożliwi pełną regulację proceduralną w tym miejscu ustawy.

Regulacja ta może zachować obecny – formalnie – dualny model proponowania warunków (może je proponować zarówno UOKiK, jak i przedsiębiorcy) lub wprowadzić model jednorodny (warunki proponuje tylko przedsiębiorca). Akceptacja (nakładanie) warunków w obu przypadkach przez UOKiK nie pozostawia żadnych wątpliwości.

2. Należałoby przede wszystkim wyeliminować niespójność pomiędzy regulacją art. 95 ust. 2 oraz art. 96 ust. 2, dotyczącą procedury proponowania warunków (zobowiązań), które mogą następnie zostać nałożone na przedsiębiorcę w wydawanej decyzji. Wprawdzie dominuje w literaturze pogląd, że formalnie rzecz biorąc także przedsiębiorcy są uprawnieni do przedłożenia warunku i to nie tylko w odpowiedzi na warunek wcześniej zaproponowany przez UOKiK, ale także uprzednio, w tym już na etapie składania wniosku o wyrażenie zgody na koncentrację, to jednak przeczy temu dotychczasowa praktyka (stroną proponującą warunki jest zasadniczo UOKiK). Byłoby lepiej, gdyby dotycząca tej kwestii treść art. 95 ust. 2 i art. 96 ust. 2 została ujęta w jednym przepisie.
3. Zmianą dalej idącą byłoby przyjęcie rozwiązania istniejącego w prawie UE i wielu jej państw członkowskich. Ustawodawca mógłby mianowicie postanowić, że warunki (warunki *sensu stricte*, modyfikacyjne) przedkładać co do zasady przedsiębiorcy (a nie UOKiK). To oni bowiem mogą wykazać się daleko większą, praktyczną znajomością uwarunkowań panujących na rynku właściwym oraz procesów na nim zachodzących. Przedsiębiorca, przeprowadzając niewątpliwie szereg analiz w trakcie przygotowywania się do transakcji, zawierania wstępnego porozumienia z drugim uczestnikiem (uczestnikami) koncentracji, a następnie przygotowywania wniosku o wyrażenie zgody na dokonanie koncentracji, posiada bardzo dużą wiedzę nie tylko na temat samego przedmiotu transakcji, ale także skutków, jakie może ona wywołać na rynku. Potrafi on zatem przewidzieć, opierając się także na dotychczasowej praktyce orzeczniczej, jakie warunki mogłyby skutecznie zapobiec istotnemu ograniczeniu konkurencji na rynku, a zatem mogą liczyć na akceptację UOKiK. Do art. 95 ust. 2 powinno zatem zostać wprowadzone uprawnienie dla przedsiębiorcy do przedłożenia zobowiązań, które spełniałyby wymogi warunków (modyfikacyjnych), o których mowa w art. 19 ust. 2. Tylko w takiej sytuacji można uznać za uzasadnione posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem „zobowiązania”. U podstaw „warunków” leżałyby bowiem zawsze „zobowiązania”. Pojęcie „obowiązków”, zawsze nakładanych przez UOKiK (choć oczywiście również negocjowanych), ograniczone byłoby do „warunków gwarancyjnych” , o których mowa w art. 19 ust. 3.
4. Można założyć, że posłużyłoby to przyspieszeniu i usprawnieniu wielu postępowań w sprawach koncentracji, a w szczególności skróceniu czasu ich trwania. Przedsiębiorca chcąc maksymalnie przyspieszyć postępowanie, wiedząc równocześnie na podstawie przeprowadzonych analiz, iż koncentracja wywoła skutek w postaci istotnego ograniczenia

konkurencji, mógłby proponować warunki (modyfikacyjne), wraz z przedłożeniem stosownych analiz ekonomicznych, które pozwoliłyby UOKiK na szybkie zajęcie stanowiska, nawet już w 1. fazie postępowania (w samym zgłoszeniu lub przed upływem terminu na jego zakończenie). Przede wszystkim jednak, przedsiębiorcy mogliby (właściwie powinni) proponować warunki (podejmować zobowiązania) zaraz po wszczęciu 2. fazy postępowania (gdym zagrożenia dla konkurencji są widoczne już w postanowieniu o jej wszczęciu) lub natychmiast po tym, jak UOKiK wyda postanowienie o przedstawieniu zarzutów (zob. wyżej). Rozwiązanie to daje dużo czasu na negocjacje warunków (*sensu stricte*, modyfikacyjnych) oraz obowiązków (środków gwarantujących, że warunki te mogą być spełnione).

IV. Zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów⁹

1. Art. 24 ust. 3 uokik

1. W art. 24 ust. 3 uokik brak jest definicji zbiorowych interesów konsumentów (ZIK). Wskazany przepis („nie jest zbiorowym interesem konsumentów suma indywidualnych interesów konsumentów”) jest to w istocie definicja negatywna i sprowadza się do wyłączenia ”tego”, co tym interesem nie jest.
2. Brak definicji ZIK w uokik wywołuje praktyczne trudności. Organ antymonopolowy jest zobligowany w każdym przypadku wszczęcia postępowania w sprawach praktyk naruszających ZIK wykazać, iż: 1) doszło do naruszenia (zagrożenia) tych interesów; 2) praktyka stosowana przez przedsiębiorcę (w rozumieniu przepisów uokik) jest bezprawna. Stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 1 i 2 wymaga kumulatywnego spełnienia powyższych przesłanek. Prezes UOKiK w każdej decyzji wydawanej w sprawach praktyk naruszających ZIK konsumentów akcentuje brak definicji pojęcia ZIK. Przy ustalaniu jego treści odwołuje się do orzecznictwa sądowego i poglądów doktryny. Prezes UOKiK jest zobligowany w każdym postępowaniu ustalać treść tego interesu. Poza tym pojawia się problem kwalifikacji interesu grupy (np. poszkodowanych, którzy zawarli umowę z dostawcą wody na określonym obszarze), zwłaszcza, że kategoria interesu grupy jest kategorią normatywną i podlega ochronie (ustawa o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym). Pojawia się zatem problem rozgraniczenia interesu grupy konsumentów, podlegającego ochronie na gruncie ustawy o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym (roszczenia z tytułu złamania reguł konkurencji), a interesu zbiorowego, który w pewnych okolicznościach może obejmować interes grupy konsumentów.
3. Istnieje konieczność ustawowego zdefiniowania tego pojęcia na potrzeby postępowań w sprawach praktyk naruszających ZIK. Definicję taką stosuje już zresztą Prezes UOKiK (np.

⁹ Część opinii opracowana przez M. Sieradzką na podstawie propozycji zgłoszonych przez D. Miąsika, M. Sieradzką.

decyzja z 16 lipca 2011 r. RWR nr 16/2011).

4. Za zasadnością prawnego zdefiniowania kategorii zbiorowych interesów konsumentów przemawia także definicja tych interesów zawarta w rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) z dnia 27 października 2004 r. nr 2006/2004 w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów. Artykuł 3 lit. k) definiuje zbiorowe interesy konsumentów jako „interesy pewnej liczby konsumentów, które doznały lub mogą doznać uszczerbku w wyniku naruszenia”.
5. W związku z powyższym pozostawienie art. 24 ust.3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w aktualnym kształcie należy ocenić negatywnie. Warto także pamiętać o konflikcie w interpretacji tego pojęcia, który zarysowuje się pomiędzy organem antymonopolowym a przedsiębiorcą. Pożądane zatem staje się zamieszczenie w art. 24 ust. 3 uokik następującej definicji zbiorowego interesu konsumentów. ***Zbiorowy interes konsumentów oznacza interes szerokiego kręgu (nieindywidualizowanych co do liczby i tożsamości) konsumentów – zarówno aktualnych, jak i potencjalnych – adresatów bezprawnych praktyk stosowanych przez przedsiębiorcę oraz interesy grupy konsumentów, która jest dostatecznie liczna i charakteryzuje się wspólną cechą.***

2. Art. 28 ust. 1

1. Możliwość wydania decyzji zobowiązującej jest specyficznym środkiem zmierzającym niejako do polubownego rozstrzygnięcia powstałego sporu. Artykuł 28 uokik stanowi, że jeżeli w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów zostanie uprawdopodobnione – na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu, o którym mowa w art. 100 ust. 1, lub innych informacji będących podstawą wszczęcia postępowania – że przedsiębiorca stosuje praktykę, o której mowa w art. 24, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tego przepisu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, nałożyć obowiązek wykonania tych zobowiązań. W świetle powyższego przepisu wydaje się, że wystarczającą przesłanką wydania decyzji w oparciu o art. 28 ustawy jest zobowiązanie się przez przedsiębiorcę w trakcie postępowania do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom zbiorowych interesów konsumentów.
2. Czy zatem można przyjąć, że przy wydawaniu decyzji zobowiązującej Prezes UOKiK powinien kierować się jedynie gotowością współpracy zgłoszoną przez przedsiębiorcę.

Ustawodawca bowiem nie określił w art. 28 ustawy przesłanek, którymi powinien kierować się Prezes UOKiK przy jej wydawaniu. Należy jednak zwrócić uwagę na konstrukcję powołanego przepisu w którym ustawodawca użył zwrotu „organ może w drodze decyzji (...)”. Wskazana konstrukcja to nic innego jak uznanie administracyjne, które przyznaje organowi administracji swobodę w wydaniu rozstrzygnięcia. Trzeba jednak pamiętać, że „owa” swoboda jest ograniczona, odbywa się bowiem w granicach prawa. Ramy prawne uznania określa przepis art. 28, na podstawie, którego Prezes UOKiK ocenia, czy istnieją podstawy do jego zastosowania. W związku z tym, że wskazany przepis – jako podstawa zakończenia postępowania – jest wyjątkowo korzystny dla przedsiębiorcy (brak możliwości nałożenia kar pieniężnych) organ antymonopolowy jest zobligowany do szczegółowego badania stanu faktycznego sprawy. Wydaje się zatem, że przy wydawaniu tej decyzji Prezes UOKiK nie może oprzeć się wyłącznie na gotowości współpracy przedsiębiorcy. Pod uwagę powinny być bowiem brane także stwierdzone nieprawidłowości, ich rodzaj i powszechność. Może się bowiem zdarzyć, że pomimo gotowości współdziałania z organem antymonopolowym, z uwagi na inne okoliczności (np. rodzaj stwierdzonych nieprawidłowości), ich powszechność, wydanie decyzji z art. 28 stanie się niecelowe. Dlatego charakter decyzji zobowiązującej z art. 28 pozwala nam wyróżnić dyrektywy, którymi powinien kierować się organ antymonopolowy przy jej wydawaniu. Przy wydawaniu decyzji zobowiązującej na podstawie art. 28 organ antymonopolowy powinien uwzględnić w szczególności: rodzaj stwierdzonych naruszeń, okoliczności naruszenia zbiorowych interesów konsumentów oraz gotowość współdziałania przedsiębiorcy.

3. W związku z powyższym proponuje się, dodanie w art. 28 ust. 1 a) w brzmieniu: **„Przy wydawaniu decyzji, o której mowa w art. 28 ust.1, Prezes UOKiK powinien uwzględnić w szczególności: rodzaj stwierdzonych naruszeń, okoliczności naruszenia zbiorowych interesów konsumentów oraz gotowość współdziałania przedsiębiorcy”**.

3. Art. 100 uokik

1. Zawiadomienie ma charakter niewiążący, co znajduje potwierdzenie w rezygnacji z wszczynania postępowań na wniosek. Każdy może zgłosić Prezesowi Urzędu na piśmie zawiadomienie dotyczące podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Jednak w ustawie brak przepisu, który wyraźnie wskazuje na niewiążący charakter zawiadomienia. Zawiadomienie o podejrzeniu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów ma charakter niewiążący, gdyż nie jest wnioskiem o wszczęcie postępowania antymonopolowego (instytucję wniosków o wszczęcie postępowania przewidywał art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r.).

Zawiadomienie to jest swoistego rodzaju skargą, o określonej ustawowo treści. Organ antymonopolowy jest zobligowany rozpatrzyć zawiadomienie, jednak nie jest zobligowany do wszczęcia postępowania na jego podstawie (przychylenia się do stanowiska zawiadamiającego). „Rozpatrzenie zawiadomienia”, o którym mowa w art. 86 ust. 4 u.o.k.i.k., to przekazanie zawiadamiającemu na piśmie sposobu jego rozpoznania wraz z uzasadnieniem, co powinno nastąpić w określonym terminie. Organ antymonopolowy ma obowiązek ustosunkować się do treści zawiadomienia.

2. W wyniku rozpoznania zawiadomienia organ antymonopolowy może wszcząć postępowanie w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, jeśli przekazane informacje w ocenie organu są wystarczające do jego zainicjowania. Jednak zawiadamiający, z uwagi na niewiążący charakter zawiadomienia, nie ma roszczenia o wszczęcie tego postępowania.
3. W celu zapewnienia jasności przepisu warto wskazać niewiążący charakter zawiadomienia dotyczącego podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Proponuję dodanie ust. **1a** o treści: [Zawiadomienie ma charakter niewiążący].

4. Art. 102 uokik

1. W postępowaniu przed Prezesem UOKiK nie może być zawarta ugoda. Zmiana sposobu wszczynania postępowań w sprawach antymonopolowych oraz w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (rezygnacja z instytucji wniosku o wszczęcie postępowania) wyklucza dopuszczalność zawarcia ugody, zatem przepis nie znajduje zastosowania w praktyce. Postępowanie z urzędu wyklucza dopuszczalność zawarcia ugody. Stroną postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów jest bowiem organ antymonopolowy i przedsiębiorca (art. 101 u.o.k.i.k).
2. Tym samym przepis art. 102 uokik o treści: „W postępowaniu w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów może być zawarta ugoda, jeżeli przemawia za tym charakter sprawy, a ugoda nie zmierza do obejścia prawa lub nie narusza interesu publicznego lub słusznego interesu konsumentów” – należy, jak prawidłowo proponuje Prezes UOKiK, usunąć.

V. Ogólne reguły postępowania, w tym kontrola i przeszukanie

1. Ogólne reguły postępowania przed Prezesem UOKiK

1.1. Art. 48 – termin postępowania wyjaśniającego¹⁰

1. Propozycja Prezesa UOKiK w zakresie przepisów dotyczących postępowania wyjaśniającego dotyczy jedynie wydłużenia terminów na zakończenie postępowania wyjaśniającego (4 miesiące – termin podstawowy, 5 miesięcy – dla spraw szczególnie skomplikowanych). Zmiany te sankcjonują jedynie dotychczasowy stan faktyczny, kiedy to postępowania wyjaśniające w marginalnym zakresie były kończone w ustawowym terminie 1 bądź 2 miesięcy, a normą jest raczej postępowanie wyjaśniające trwające około 1 roku.
2. Postulat Prezesa UOKiK w tym zakresie jest jak najbardziej słuszny, ponieważ nie jest możliwym faktycznie przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w terminie 1 czy 2 miesiące, szczególnie w sytuacji, kiedy jego zakresem objęta jest duża liczba podmiotów a przedmiot badania jest wysoce skomplikowany. Obowiązujące w ustawie terminy są zupełnie nie przystające do realiów prowadzonego postępowania wyjaśniającego (wyznaczenia odpowiednich terminów dla przedsiębiorcy, uwzględnienie okresów oczekiwania na odpowiedź czy też kompleksowej analizy materiałów).
3. Rozumiejąc potrzebę wydłużenia (urealnienia) terminów zakończenia postępowania wyjaśniającego, należy starannie wyważyć z jednej strony uzasadnione potrzeby Prezesa UOKiK a z drugiej, sytuację pewnego rodzaju niepewności (zawieszenia), jaka powstaje po stronie przedsiębiorcy w chwili wszczęcia postępowania wyjaśniającego. O ile zrozumiała jest konieczność zapewnienia Prezesowi UOKiK odpowiedniego czasu na zbadanie określonych zagadnień w postępowaniu wyjaśniającym, o tyle nie można dopuszczać do sytuacji, kiedy postępowanie wyjaśniające trwa kilka (czasem kilkanaście) razy dłużej niż termin wskazany w ustawie. Poprzez prowadzenie w sprawie dotyczącej jednego przedsiębiorcy postępowania wyjaśniającego trwającego dłużej niż rok (a jest to raczej normą niż wyjątkiem), rodzi to dla niego sytuację niepewności (ciągłego zagrożenia), która jest uciążliwa w normalnym prowadzeniu działalności biznesowej. Przedsiębiorca w toku postępowania wyjaśniającego nie ma w zasadzie żadnych uprawnień procesowych, które stawiałoby go w równej pozycji z Prezesem UOKiK. Stąd też w celu pewnego zdyscyplinowania organu antymonopolowego, aby postępowanie wyjaśniające nie były nadmiernie uciążliwe dla przedsiębiorców i nie stawały się w praktyce pewnym stanem permanentnym, należałoby wprowadzić maksymalny czas trwania postępowania wyjaśniającego. Po tym terminie Urząd musiałby zakończyć postępowanie wyjaśniające (które zgodnie z ustawą ma służyć jedynie **wstępnemu** ustaleniu czy naruszono ustawę) i

¹⁰ Część opinii opracowana przez C. Banasińskiego, M. Bychowską, M. Mrówkę i E. Witkowską-Grochowalską.

podjąć decyzję o postawieniu zarzutów lub nie.

4. Aby wyeliminować sytuację niepewności co do stanu toczących się postępowań wyjaśniających, należy również uzupełnić nowelizację art. 48 o regulacje, zgodnie z którą Prezes UOKiK powinien informować o zakończeniu postępowania wyjaśniającego. Oczywistym jest, że informacja taka nie może być skierowana do podmiotów, które były objęte zainteresowaniem w ramach danego postępowania wyjaśniającego w formie pisemnej. Taki obowiązek byłby zbyt uciążliwy dla Prezesa UOKiK. Informacja o zakończeniu postępowania wyjaśniającego powinna być zamieszczana na stronach www.uokik.gov.pl w ramach BIP.

1.2. Wcześniejsze powiadamianie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego¹¹

Jeżeli chodzi o uprawnienia procesowe faktycznych uczestników postępowania wyjaśniającego (adresatów działań podejmowanych przez Prezesa UOKiK), to rozważyć należy odwrócenie obecnie obowiązującej zasady, że ww. czynności dochodzeniowe są podejmowane bez uprzedzenia. Wymaga to zniesienia wyjątku przewidzianego w stosunku do do kontroli podejmowanych przez Prezesa UOKiK w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej (por. art. 79 ust. 2 pkt 4 usdg)¹². Zasadą ogólną jest bowiem wcześniejsze powiadamianie o planowanych działaniach kontrolnych. Oczywiście w wielu przypadkach zagwarantowanie skuteczności kontroli lub kontroli z przeszukaniem w postępowaniu przed Prezesem UOKiK wymaga podjęcia działań z zaskoczenia. Konieczne jest także, aby przedsiębiorcy byli zobligowani do poddania się tej kontroli. Jednak zasada, że przedsiębiorcy nie posiadają oficjalnej informacji na temat działań urzędu, których są adresatami, jest nieprawidłowa. Dlatego rozważona być powinna zmiana art. 48 uokik, tak aby przewidywał on wcześniejsze poinformowanie podmiotów o działaniach podejmowanych wobec nich przez Prezesa UOKiK, chyba że zachodzą okoliczności uzasadniające prowadzenie czynności dochodzeniowych z zaskoczenia (w związku z tym konieczna stałaby się również nowelizacja art. 79 ust. 2 pkt 4 usdg). Punktem odniesienia dla wprowadzanych zmian mogłaby być także praktyka Komisji Europejskiej, gdzie informacja o wszczęciu postępowania ma charakter publiczny, poza przypadkami gdy przekazanie takiej informacji mogłoby stanowić zagrożenie dla prowadzonego dochodzenia (por. Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU (2011/C 308/06), para. 20).

¹¹ Fragment opinii zaproponowany i opracowany przez M. Bernatta.

¹²

1.3. Art. 50 ustawy – żądanie informacji

1.3.1. Art. 50 ustawy – żądanie informacji¹³

1. Prezes UOKiK nie proponuje żadnych zmian w tym zakresie, jednakże biorąc pod uwagę praktyczne aspekty zastosowania art. 50 uokik poniżej przedstawiono propozycję zmiany.
2. Art. 50 powinien zostać doprecyzowany poprzez wskazanie, że Prezes UOKiK nie może żądać od przedsiębiorców analiz, raportów czy zestawień, które musiałyby być sporządzane specjalnie na użytek organu (w duchu wyroku Sądu Antymonopolowego z dn. 16.12.1998 r., XVII Ama 62/98). Ponadto, w przypadku żądania tłumaczeń przysięgłych dokumentów, do rozważenia pozostaje kwestia kosztów tych tłumaczeń. W przypadku postępowań w sprawach koncentracji oczywistym jest, że powinien ponosić je przedsiębiorca, na którego wniosek zostało wszczęte postępowanie. Jednak w przypadku postępowań wyjaśniających, ale również postępowań w sprawach praktyk, kiedy postępowanie toczy się przeciwko przedsiębiorcy, bezkosztowe dla organu żądanie tłumaczeń przysięgłych nierzadko obszernych dokumentów – jak to ma miejsce dotychczas – może być kontrowersyjne.

1.3.2. Art. 50 – ochrona tajemnicy w postępowaniu wyjaśniającym¹⁴

1. Prawo do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa przysługuje w postępowaniu antymonopolowym (art. 69). Natomiast należałoby zastanowić się nad ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu wyjaśniającym. Zwłaszcza, że jego wynik może przesądzać o wszczęciu postępowania antymonopolowego.
2. W postępowaniu wyjaśniającym nie występuje materiał dowodowy, lecz informacje i dokumenty, które mogą stać się takim materiałem w sytuacji, gdy wynik tego postępowania będzie impulsem do wszczęcia postępowania w sprawie (antymonopolowego). Zatem ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego (z art. 69) nie znajdzie zastosowania w postępowaniu wyjaśniającym. Bowiem w tym postępowaniu brak jest zarówno materiału dowodowego, jak i stron, którym można ograniczyć prawo wglądu do niego. Wobec tego, czy przedsiębiorca przekazujący informacje na podstawie art. 50 posiada prawo do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa? Jaki wniosek powinien złożyć - zwłaszcza, że w art. 50 brak przepisów analogicznych do art. 69. Przedsiębiorca może złożyć w postępowaniu wyjaśniającym wniosek o ograniczenia prawa wglądu do materiałów przekazanych Prezesa UOKiK. Problem ich ochrony pojawi się, gdy informacje te zostaną zaliczone w poczet materiału dowodowego. Wydaje się, że organ antymonopolowy powinien rozpoznać wniosek o ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa najpóźniej w chwili załączenia, objętych wnioskiem

¹³ Część opinii opracowana przez C. Banasińskiego, M. Bychowską, M. Mrówkę i E. Witkowską-Grochowalską.

¹⁴ Część opinii opracowana przez M. Sieradzką.

informacji i dokumentów do akt sprawy postępowania antymonopolowego (jest to moment czasowy rozpoznania wniosku o ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego, który gwarantuje ochronę przedsiębiorcom udostępniającym na żądanie Prezesa UOKiK w postępowaniu wyjaśniającym informacje i dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa). Wniosek w tym przedmiocie złożony w postępowaniu wyjaśniającym podlega rozpoznaniu przed zaistnieniem sytuacji umożliwiającej wgląd stron do materiałów sprawy. Ten moment czasowy przypada najpóźniej w chwili załączenia, objętych wnioskiem informacji i dokumentów do akt sprawy postępowania antymonopolowego, o czym zainteresowany przedsiębiorstwa powinien zostać poinformowany. Ustalając ten moment należy wskazać, że przypada on przed zawiadomieniem stron o wszczęciu postępowania antymonopolowego (co wyklucza ewentualne ujawnienie).

Potwierdzenie zasadności stanowiska o konieczności zapewnienia ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa także w postępowaniu wyjaśniającym znajdujemy w:

- 1) systematyce ustawy (art. 69);
- 2) charakterze postępowania wyjaśniającego;
- 3) rozróżnieniu pomiędzy materiałem dowodowym a informacjami i dokumentami zgromadzonymi w postępowaniu wyjaśniającym (zob. art. 73);
- 4) prawie strony oraz innych podmiotów do żądania ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu antymonopolowym.

Z uwagi na konieczność zapewnienia ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa także w postępowaniu wyjaśniającym należałoby dodać do art. 50 ust. 4 w brzmieniu: *„Prezes Urzędu, na wniosek, może, w drodze postanowienia, w niezbędnym zakresie ograniczyć prawo wglądu do materiału dowodowego, jeżeli jego udostępnienie groziłoby ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również innych tajemnic podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów”*.

1.4. Art. 81 ustawy – wydłużenie terminu na wniesienie odwołania od decyzji Prezesa UOKiK¹⁵

1. Prezes UOKiK w ramach zmian art. 81 uokik zaproponował wydłużenie terminu na wniesienie odwołania od decyzji organu antymonopolowego do okresu 30 dni.
2. Propozycję tę należy ocenić jako bardzo trafną, która ma ogromne znaczenia dla zapewnienia przedsiębiorcy realnego prawa do obrony. Decyzje wydawane przez organ antymonopolowe są z reguły bardzo obszerne i charakteryzują się dużym stopniem

¹⁵ Część opinii (pkt 1-4) opracowana przez C. Banasińskiego, M. Bychowską, M. Mrówkę i E. Witkowską-Grochowalską. Pkt 5 opracowany przez M. Bernatta na podstawie propozycji własnej.

złożoności. Obowiązujący termin 14-dniowy nie jest wystarczającym, aby rzetelnie ustosunkować się do wszystkich zarzutów. Ponadto, zważywszy, że odwołania kieruje się do sądu za pośrednictwem UOKiK, dochodzi do braku równości stron w późniejszym postępowaniu sądowym; Prezes UOKiK może dłużej przygotowywać odpowiedzi na odwołania, bowiem nie ma terminu zawitego na przesłanie odwołań wraz z aktami do sądu, zaś strona (przedsiębiorca) zobligowana jest do przygotowania odwołania w bardzo krótkim terminie 14 dni.

3. W tym miejscu należy zwrócić uwagę jeszcze na inne pożądane zmiany ustawy w zakresie art. 81. Mianowicie zasadnym jest wskazanie terminu na przekazanie odwołań wraz z aktami sprawy przez Prezesa UOKiK do sądu, jeśli organ nie przeprowadza czynności dodatkowych. Brak terminu wpływa na wydłużenie w sposób zasadniczy czasu oczekiwania na rozpatrzenie sprawy przez sąd I instancji oraz powoduje brak równości stron w późniejszym postępowaniu sądowym.
4. W art. 81 ust. 4 ustawy zasadne jest skonkretyzowanie statusu czynności dodatkowych. W obecnym stanie prawnym są to czynności podejmowane już poza postępowaniem administracyjnym (to zostało zakończone decyzją) oraz – jak wynika z orzecznictwa sądowego – jeszcze przed postępowaniem sądowym. Żaden przepis nie reguluje statusu stron w trakcie czynności dodatkowych, w szczególności żaden przepis nie nakłada na Prezesa UOKiK choćby obowiązku poinformowania stron o ich podjęciu.
5. Jeżeli chodzi o dodatkowe czynności to konieczne są także zmiany ustawowe, które zagwarantują, że na skutek przeprowadzenia tych dodatkowych czynności nie będzie dochodzić do modyfikacji decyzji na niekorzyść odwołującego się, bądź zbierania takiego materiału dowodowego, który podważać będzie zarzuty podniesione w odwołaniu od decyzji Prezesa UOKiK. Sytuacja taka godzi bowiem w zasadę równości broni i prawo do zaskarżenia ostatecznej wersji decyzji Prezesa UOKiK (zob. szerzej M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wyd. Naukowe WZ UW, W-wa 2011, s. 314-319).

2. Kontrola i przeszukanie (bez LPP)¹⁶

2.1. Kontrola

2.1.1. Art. 105a ust. 7 uokik

Propozycja UOKiK przewiduje zastąpienie pojęcia „osoby czynnej” pojęciem „osoby obecnej w miejscu kontroli, będącej pracownikiem kontrolowanego lub wykonującej czynności na rzecz

¹⁶ Część opracowana przez M. Bernatta na podstawie propozycji zgłoszonych przez M. Bernatta oraz A. Stawickiego i B. Turno.

kontrolowanego.” Propozycję tę uznać należy za trafną.

Wątpliwości wzbudza natomiast dopuszczenie możliwości doręczania upoważnienia osobie obecnej w miejscu kontroli wykonującej czynności na rzecz kontrolowanego. To sformułowanie jest nieprecyzyjne i pozostawia kontrolującemu zbyt duży zakres uznania. Niejasne jest na przykład, czy za osobę taką będzie mógł być uznany pracownik agencji ochrony, znajdujący się w siedzibie przedsiębiorcy (wykonuje on czynności na rzecz kontrolowanego), bądź np. pracownik firmy sprzątajacej siedzibę przedsiębiorcy. Jeżeli miałyby to być możliwe to zagrożone byłoby prawo do obrony przedsiębiorcy.

Pożądanym byłaby więc rezygnacja z możliwości doręczania upoważnienia do przeprowadzenia kontroli osobie obecnej w miejscu kontroli wykonującej czynności na rzecz kontrolowanego przy równoczesnym doprecyzowaniu, że pod pojęciem pracownika uokik nie rozumie wyłącznie osobę zatrudnioną na podstawie umowy o pracę, a także zatrudnioną (ale bezpośrednio) u przedsiębiorcy na innej podstawie prawnej.

Istnieje też konieczność doprecyzowania w ustawie, co UOKiK rozumie pod pojęciem faktycznej niemożności doręczenia i okazania kontrolowanemu lub osobie przez niego upoważnionej upoważnienia i legitymacji służbowej. Obecne sformułowanie (s. 6, akapit pierwszy, ostatnie zdanie projektu założeń) nie jest jasne.

2.1.2. Art. 105a ust. 4 pkt 6 uokik

Propozycja UOKiK wskazuje, że upoważnienie do przeprowadzenia kontroli powinno określać „zakres przedmiotowy” kontroli. Ponadto wskazane w ust. 4 tego artykułu informacje powinny dotyczyć także upoważnień do udziału w kontroli osób, o których mowa w art. 105a ust. 2. Zmiany te ocenić należy pozytywnie.

2.1.3. Art. 105a ust. 6

Zgodnie z propozycją UOKiK, 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. Zmianę tę ocenić należy pozytywnie.

2.1.3. Art. 105b ust. 1 pkt 2

Zmiana ma polegać na tym, że doprecyzowanie uprawnienia polegającego na możliwości sporządzania notatek z udostępnianych przez przedsiębiorców akt, ksiąg, (..) nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli poprzez możliwość kopiowania informacji zawartych na

informatycznych nośnikach danych.

Zmianę tę ocenić należy pozytywnie. Należy zgodzić się, że konieczne jest wyraźne uregulowanie kwestii uprawnienia kontrolujących do kopiowania serwerów u kontrolowanego. Działania takie bardzo głęboko ingerują w działalność kontrolowanego przedsiębiorcy (niekiedy na kilka dni paraliżują system informatyczny). Obecnie wydaje się, że ustawa nie zawiera (w przeciwieństwie do rozporządzenia nr 1/2003) wyraźnej kompetencji Prezesa UOKiK do kopiowania serwera danych

2.1.4. Art. 105b ust. 1 pkt 2

Zmiana ma polegać na tym, że doprecyzowanie obowiązku kontrolowanego w postaci zapewnienia dostępu do wszelkiego rodzaju nośników informacji poprzez: nałożenie na kontrolowanego obowiązku udzielenia informacji niezbędnych do uzyskania dostępu do tych informacji, w szczególności poprzez przekazanie hasła, kodu dostępu do nośnika, urządzenia lub systemu. Tę zmianę ocenić należy pozytywnie.

2.2. Propozycje zmian nieprzewidzianych w projekcie

1. Konieczna jest nowelizacja ustawy o swobodzie działalności gospodarczej poprzez **rozszerzenie stosowania w postępowaniu antymonopolowym instytucji sprzeciwu** z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, tak aby dotyczył on mógł również podnoszenia okoliczności wskazujących na nieproporcjonalność kontroli; wymaga to zlikwidowania wyjątków przewidzianych w usdg w odniesieniu do postępowania przed Prezesem UOKiK. Alternatywnym rozwiązaniem jest rezygnacja ze stosowania w przypadku kontroli instytucji sprzeciwu i zastąpienia jej proponowanym przez UOKiK przy przeszukaniu instytucją zażalenia.
2. Konieczna jest nowelizacja art. 105a ust. 4 uokik; **wszczynanie kontroli** jako czynności ingerującej znacząco w sferę swobody prowadzenia działalności gospodarczej powinno mieć miejsce **na podstawie postanowienia** Prezesa UOKiK, a nie jak obecnie upoważnienia. Należałoby rozważyć możliwość wprowadzenia zaskarżalności takiego postanowienia po wszczęciu kontroli. Złożenie zażalenia na takie postanowienie nie powinno jednak wstrzymywać kontroli.
3. Rozważona być powinna zmiana art. 105a ust. 1 uokik, tak aby przewidywał on **wcześniejsze poinformowanie podmiotów o planowanej kontroli**, chyba że zachodzą okoliczności uzasadniające prowadzenie czynności dochodzeniowych z zaskoczenia (informowanie o planowanej kontroli jest zasadą przewidzianą w ustawie o swobodzie

działalności gospodarczej – nie ma uzasadnienia dla odwracania tej zasady w przypadku postępowania przed Prezesem UOKiK)

4. Zaproponować należy **uchylenie przepisu art. 105f ust. 1 uokik** jako zbędnego i odpowiednia nowelizacja ust. 2 (poprzez dookreślenie pierwszego zdania tego ustępu np. „Dowody zebrane w toku kontroli”).
5. Konieczne jest doprecyzowanie w art. 105a ust. 1 uokik, że **niedopuszczalne jest prowadzenie kontroli w wypadku prowadzenia przez Prezesa UOKiK postępowania wyjaśniającego w celu badania rynku** (por. art. 48 ust. 2 pkt 3 uokik).

3. Przeszukanie

3.1. Zastąpienie art. 105c odrębnym rozdziałem 5a poświęconym przeszukaniu

1. Prezes UOKiK proponuje zastąpienie art. 105c odrębnym rozdziałem 5a poświęconym przeszukaniu. Rozwiązaniem bardziej spójnym i odzwierciedlającym rozwiązania proceduralne obowiązujące w postępowaniu przed Komisją Europejską, byłoby zniesienie rozróżnienia pomiędzy kontrolą a przeszukaniem i pozostawienie tylko przeszukania (prowadzonego za zgodą SOKiK w formie postanowienia, na które powinno przysługiwać zażalenie). Konieczne jest kompleksowe i w miarę proste uregulowanie takiego przeszukania w ustawie (bez odesłań). Pozostawienie obecnego rozróżnienia tych dwóch instytucji jest niejasne i komplikuje sytuację (zarówno przedsiębiorcom jak i UOKiK).
2. Jeżeli powyższa propozycja nie zostanie uwzględniona przez UOKiK to niezbędne jest doprecyzowanie (na przykład poprzez wprowadzenie do art. 105a i rozdziału 5a albo do art. 4 uokik) definicji kontroli i przeszukania, tak aby dla przedsiębiorcy poddanego kontroli jasne było, jakie uprawnienia mają kontrolujący i na jakie ich żądania przedsiębiorca może w przypadku kontroli nie zgodzić się, nie ponosząc ryzyka bycia ukaranym karą pieniężną za brak współpracy w toku kontroli.
3. Ponadto postulować należy zmianę zdania drugiego obecnego art. 105c ust. 3 uokik - wprowadzenie możliwości składania zażaleń na postanowienie SOKiK autoryzujące przeszukanie. Ewentualne zaskarżenie przez przedsiębiorcę postanowienia SOKiK (w praktyce po dowiedzeniu się o przeszukaniu – jego rozpoczęciu) nie powinno jednak wstrzymywać prowadzonej kontroli z przeszukaniem.

3.2. Szczegółowe propozycje UOKiK dot. przeszukania

3.2.1. Przesłanka przeszukania

Zgodnie z propozycją UOKiK przesłanką przeprowadzenia ma być zaistnienie uzasadnionych podstaw do przypuszczenia, że dane informacje lub przedmioty znajdują się w określonym miejscu. Zmianę tę ocenić należy pozytywnie.

Wystąpienie tej przesłanki badać powinien SOKiK przed wydaniem zgody na przeszukanie, co wiązać należy z koniecznością udowodnienia przez Prezesa UOKiK, że takie uzasadnione podstawy do przypuszczenia występują (wskazania na informacje, które takie przypuszczenie potwierdzają).

Dlatego konieczne jest doprecyzowanie obecnego art. 105c ust. 3 uokik poprzez wskazanie tych okoliczności, które SOKiK powinien zbadać przed wydaniem postanowienia w sprawie kontroli z przeszukaniem.

3.2.2. Przeszukanie w postępowaniu w sprawach praktyk ograniczających konkurencję

Zgodnie z propozycją UOKiK przeszukanie ma być stosowane jedynie w sprawach praktyk ograniczających konkurencję w toku postępowania wyjaśniającego i postępowania antymonopolowego. Zmianę ocenić należy pozytywnie. Jej uchwalenie wyeliminuje wątpliwości, co do tego czy dopuszczalne jest prowadzenie przeszukania w wypadku prowadzenia przez Prezesa UOKiK postępowania wyjaśniającego w celu badania rynku (por. art. 48 ust. 2 pkt).

Zasugerować można jednak bardziej precyzyjną redakcję przepisu: „Przeszukanie może być dokonane tylko w ramach postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 48 ust. 2 pkt 1 uokik oraz w ramach postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję”.

3.2.3. Rezygnacja z odesłań do kpk

1. UOKiK proponuje zastąpienie odesłania do kpk z art. 105 c ust.4 odesłaniem do art. 80a ust. 1 oraz art. 80b zdanie pierwsze usdg, całkowita rezygnacja z odesłań do kpk.
2. Zmianę ocenić należy pozytywnie.

3.2.4. Przeniesienie art. 91 do projektowanego rozdziału

1. UOKiK proponuje też uchylenie art. 91 ustawy i przeniesienie zawartej w tym przepisie regulacji do nowoprojektowanego rozdziału ustawy dotyczącego przeszukania oraz doprecyzowanie uprawnień przeszukających policjantów.

2. Konieczna jest nowelizacja, a nie tylko przeniesienie art. 91 do nowego rozdziału 5a uokik. Konieczne jest zawężenie przesłanek dopuszczalności przeszukania pomieszczeń lub przedmiotów należących do osoby fizycznej – art. 91 uokik powinien być znowelizowany w taki sposób, aby możliwość przeprowadzenia takiego przeszukania dotyczyła tylko sytuacji, w których dowodów na naruszenie uokik nie można uzyskać przy użyciu innych środków dowodowych; możliwość przeprowadzenia przeszukania, o którym mowa w art. 91 uokik, powinna zostać ograniczona tylko do najpoważniejszych naruszeń uokik (w praktyce karteli cenowych).

3.2.5. Zażalenie na przeszukanie

UOKiK proponuje wprowadzenie instytucji zażalenia na czynności w toku przeszukania, które przysługiwałyby w terminie 3 dni od dnia zarzucanego naruszenia, do SOKiKu na czynności przeszukania wykraczające poza zakres przedmiotowy przeszukania lub inne czynności przeszukania podjęte z naruszeniem przepisów nowoprojektowanego rozdziału 5a.

Istnieje ponadto konieczność doprecyzowania, że zażalenie dotyczyć także może nieproporcjonalnego charakteru prowadzonego przeszukania.

3.2.6. Wstrzymanie przeszukania

1. Według propozycji UOKiK, wniesienie zażalenia nie będzie wstrzymywać przeszukania
2. Konieczne wydaje się rozważania czy propozycja ta jest trafna. Wydaje się raczej, że wniesienie zażalenia powinno wstrzymywać przeszukanie (na wzór art. 84c ust. 5 usdg).

3.2.7. Tryb składania zażaleń

Według propozycji UOKiK, zażalenie 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.

W założeniach projektu powinno znaleźć się uzasadnienie wprowadzenia 7-dniowego terminu. Postawić bowiem można pytanie czy 7 dni, to nie zbyt długi okres.

3.2.8. Tryb składania zażaleń

Według propozycji UOKiK, SOKiK będzie miał 7 dni od dnia przekazania zażalenia na jego rozpoznanie, w przypadku uznania zasadności zażalenia dowody uzyskane w wyniku zaskarżonej

czynności przeszukania nie będą mogły być wykorzystane w postępowaniu dowodowym przed Prezesem Urzędu.

Istnieje konieczność doprecyzowania, że dotyczy to także innych postępowań prowadzonych w danym momencie lub w przyszłości przez Prezesa UOKiK. Ponadto konieczne jest wprowadzenie procedury regulującej sposób usuwania informacji zebranych z naruszeniem prawa.

4. Kontrola na wniosek Komisji Europejskiej

1. Według propozycji UOKiK, Prezes UOKiK może upoważnić pracowników Urzędu i powołanych przez siebie biegłych do wzięcia udziału w kontroli prowadzonej przez Komisję, zaś w toku tej kontroli osobom biorącym w niej udział (w tym pracownikom Komisji) przysługiwać mają uprawnienia, jakimi dysponują kontrolujący i przeszukujący na gruncie ustawy antymonopolowej.

Wydaje się tymczasem, że uprawnienia kontrolne określa w takiej sytuacji prawo UE (Rozporządzenie 1/2003), a nie prawo krajowe (uokik).

5. Kary za utrudnianie kontroli

Pozytywnie należy ocenić proponowaną zmianę art. 106 ust. 2 pkt 3 uokik. Podkreślić jednak należy, że określenie w sposób szczegółowy rodzajów czynności, które kwalifikuje się jako bark współdziałania w toku kontroli powinno mieć charakter enumeratywny.

Co do zmian proponowanych w art. 108 uokik zob. uwagi zawarte w pkt VI 2 niniejszej opinii (odpowiedzialność osób fizycznych).

6. LPP¹⁷

1. Należy pozytywnie ocenić i poprzeć propozycję Prezesa UOKiK odnoszącą się do wprowadzenia do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów regulacji dotyczącej zasady ochrony poufności komunikacji pomiędzy prawnikiem a klientem (dalej jako „zasada LPP”). Na uznanie zasługuje zwłaszcza propozycja objęcia ochroną wynikającą z zasady LPP komunikacji pomiędzy radcą prawnym związanym z przedsiębiorcą stosunkiem pracy (tzw. ang. *in-house lawyer*) a tym przedsiębiorcą.

Należy jednocześnie postulować, by zakres zasady LPP został ukształtowany znacznie szerzej niż to proponuje Prezes UOKiK.

¹⁷ Fragment opinii autorstwa A. Stawickiego i B. Turno spójny ze stanowiskiem Grupy Roboczej Stowarzyszenia Prawa Konkurencji.

Komentarz:

1. **Ograniczenie zasady LPP do komunikacji powstałej po wszczęciu postępowania przed Prezesem UOKiK oraz do komunikacji której autorem jest adwokat lub radca prawny będący pełnomocnikiem przedsiębiorcy w postępowaniu przed Prezesem UOKiK.**
 - 1.1. powyższy kształt propozycji sugeruje, że ochroną wynikającą z zasady LPP objęta będzie tylko komunikacja, która pochodzi od adwokata lub radcy prawnego, który został przez przedsiębiorcę ustanowiony pełnomocnikiem **w danym postępowaniu wyjaśniającym lub postępowaniu antymonopolowym**, tj. komunikacja powstała **już po wszczęciu przez Prezesa UOKiK postępowania** wyjaśniającego lub antymonopolowego;
 - 1.2. propozycja Prezesa UOKiK zdaje się również sugerować, że musi być zachowana **tożsamość autora np. opinii prawnej i pełnomocnika w postępowaniu przed Prezesem UOKiK**, tj. musi być to jedna i ta sama osoba;
 - 1.3. należy mieć jednakże na uwadze, że większość komunikacji, która powinna korzystać z ochrony, powstaje przed wszczęciem jakiegokolwiek postępowania. Nawet gdy komunikacja powstaje przed wszczęciem przez Prezesa UOKiK postępowania w sprawie to ma ona przecież związek i powstała w celu wykonywania prawa do obrony interesu prawnego przedsiębiorcy w toku ewentualnego, potencjalnego postępowania przed Prezesem UOKiK w sprawie będącej przedmiotem tej komunikacji. A zatem taka komunikacja powinna korzystać z ochrony w oparciu o zasadę LPP.
 - 1.4. gwarantowanie przedsiębiorcy respektowania zasady LPP w odniesieniu do konkretnego dokumentu **nie może zależeć od tego czy pełnomocnikiem przedsiębiorcy w toku postępowania przed Prezesem UOKiK jest autor takiego dokumentu** (np. opinii prawnej czy innego rodzaju korespondencji np. mailowej z tym przedsiębiorcą) – przyjęcie takiego rozwiązania uczyniłoby ochronę wysoce iluzoryczną, bowiem z wielu, obiektywnie usprawiedliwionych, względów zachowanie tożsamości autora opinii prawnej czy korespondencji i pełnomocnika w trakcie kontroli może nie być możliwe; w konsekwencji, ochroną w ramach zasady LPP powinna być objęta komunikacja nie tylko z adwokatem lub radcą prawnym, który jest pełnomocnikiem przedsiębiorcy w postępowaniu przed Prezesem UOKiK, w którym przeprowadzono kontrolę, w tym przeszukanie, ale z **każdym adwokatem lub radcą prawnym (nawet jeśli ten adwokat lub radca prawny nie zostanie później pełnomocnikiem w toku postępowania przed Prezesem UOKiK)**;
 - 1.5. przy obecnej propozycji objęcia ochroną wynikającą z zasady LPP jedynie komunikacji powstałej już po wszczęciu postępowania przed Prezesem UOKiK oraz jednocześnie tylko komunikacji, której autorem jest radca prawny lub adwokat będący pełnomocnikiem w tym postępowaniu remedium na taki wąski zakres zasady LPP nie może być (jak zdaje się

proponować UOKiK) instytucja tajemnicy adwokackiej lub tajemnicy radcy prawnego. To przedsiębiorca w toku kontroli lub przeszukania powinien mieć prawo domagania się ochrony określonej komunikacji (w ramach instytucji LPP). Nie wydaje się uzasadnionym wymaganie od adwokatów czy radców prawnym, którzy byli autorami opinii prawnych sporządzanych przed wszczęciem postępowania przed Prezesem UOKiK lub którzy nie są pełnomocnikami przedsiębiorcy w takim postępowaniu aby w przypadku kontroli lub przeszukania u przedsiębiorcy domagali się od Prezesa UOKiK objęcia takiej komunikacji zakazem dowodowym związanym z tajemnicą adwokacką lub tajemnicą radcy prawnego. Po pierwsze, mogą oni wcale nie wiedzieć o kontroli lub przeszukaniu u przedsiębiorcy (zwłaszcza jeśli nie zostali ustanowieni pełnomocnikami tego przedsiębiorcy). Po drugie, nawet jeśli ten przedsiębiorca podejmie próby kontaktu z takim adwokatem lub radcą prawnym aby ten domagał się respektowania przez Prezesa UOKiK tajemnicy zawodowej to nie ma pewności, że próba takiego kontaktu będzie zakończona sukcesem. W braku możliwości kontaktu z takim prawnikiem przedsiębiorca będzie pozbawiony ochrony w odniesieniu do pewnych dokumentów. Zatem propozycja jednoczesnego stosowania w tym samym postępowaniu zarówno zasady LPP jak i tajemnicy zawodowej adwokatów i radców prawnych tylko niepotrzebnie skomplikuje i utrudni ochronę podstawowego prawa przedsiębiorców tj. prawa do obrony ich interesu prawnego.

1.6. warunkiem objęcia określonej komunikacji na drodze adwokat, radca prawny – przedsiębiorca (i odwrotnie) ochroną wynikającą z zasady LPP powinno być jedynie to, aby ta komunikacja powstała w celu i była związana z wykonywaniem przez przedsiębiorcę jego prawa do obrony (nawet jeśli to prawo do obrony może być realizowane dopiero w ewentualnym, potencjalnym postępowaniu przed Prezesem UOKiK) i dotyczyła przedmiotu postępowania (niezależnie od tego czy komunikacja taka powstała przed lub po wszczęciu postępowania)¹⁸.

2. Brak jasności odnośnie do objęcia przez zasadę LPP także komunikacji pomiędzy przedsiębiorcą a prawnikiem.

2.1. propozycja UOKiK nie precyzuje czy zasada LPP obejmuje także (jak w prawie unijnym i brytyjskim) komunikację pomiędzy przedsiębiorcą a prawnikiem czy jedynie komunikację

¹⁸

Warto w tym kontekście przytoczyć treść przypisu 43 dokumentu przygotowanego przez Komisję Europejską *Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU*, OJ C 308/6 z 20.10.2011 r. (dostępny na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:308:0006:0032:EN:PDF>), zgodnie z którym „Finally, it shall be observed that the protection of legal professional privilege covers, in principle, written communications exchanged after the initiation of the administrative procedure that may lead to a decision on the application of Articles 101 and/or 102 TFEU or to a decision imposing a pecuniary sanction on the undertaking; **this protection can also extend to earlier written communications made for the purpose of exercising rights of the defence and which have a relationship to the subject matter of that procedure** (AM&S, paragraph 23).”

pochodzącą od prawnika kierowaną do przedsiębiorcy. Tym samym **nie jest jasne** czy wewnętrzna dokumentacja, np.:

- wewnętrzne dokumenty przedsiębiorstwa, ograniczające się do zrelacjonowania tekstu korespondencji albo treści komunikacji ustnej z prawnikiem, zawierającej poradę prawną; lub
- dokumenty przygotowane w przedsiębiorstwie, które nie zostały wymienione z prawnikiem albo nie powstały w celu ich fizycznego wysłania prawnikowi, które zostały sporządzone wyłącznie w celu uzyskania porady prawnej, w toku realizacji prawa do obrony,

jest objęta ochroną wynikająca z LLP.

2.2. z uwagi na to, że nie wynika to jasno z treści propozycji Prezesa UOKiK, istnieje ryzyko, że mogłoby dojść do **ograniczenia ochrony wynikającej z zasady LPP tylko do komunikacji na drodze prawnik – klient** (i nie odwrotnie) a taka interpretacja byłaby bardzo niekorzystna dla przedsiębiorców i sprzeczna z unijnymi regulacjami odnoszącymi się do zasady LPP (sprawa Hilti T-30/89 i Akzo T-125/03).

3. Stosowanie zasady LPP w toku kontroli.

3.1. z przedstawionej propozycji zdaje się wynikać, że zasada LPP znajdzie zastosowanie jedynie w toku przeszukania. Tymczasem nie ma powodów aby zasada LPP nie znajdowała zastosowania również w czasie kontroli (tak samo jak znajduje zastosowanie w toku inspekcji Komisji, która to inspekcja nie jest przecież przeszukianiem¹⁹). Kontrolujący w toku kontroli mogą przecież zażądać udostępnienia przez kontrolowanego przedsiębiorcę dokumentów, plików lub segregatorów, które zawierają w sobie przykładowo memoranda lub opinie prawne sporządzone przez prawnika w celu realizacji prawa przedsiębiorcy do obrony związane z przedmiotowym postępowaniem. Zatem również w takim przypadku przedsiębiorcy powinna przysługiwać ochrona wynikająca z zasady LPP;

4. Stosowanie zasady LPP w przypadku wezwań Prezesa UOKiK w trybie art. 50 ustawy.

4.1. z propozycji nie wynika również aby zasada LPP miała znajdować zastosowanie w przypadku instytucji wezwania w trybie art. 50 ustawy. Można sobie przecież wyobrazić sytuację, w której Prezes UOKiK wzywa przedsiębiorcę w trybie art. 50 ustawy do przedstawienia dokumentów pośród których znajduje się dokument objęty ochroną wynikająca z zasady LPP. Dlatego też Ustawa (w części regulującej zasadę LPP) powinna odsyłać do odpowiedniego stosowania zasady LPP w przypadku wezwań w trybie art. 50

¹⁹ Na ten temat B. Turno, *Komentarz do art. 105a [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. A. Stawicki, E. Stawicki, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 991-993 oraz wskazane tam orzecznictwo i poglądy doktryny.

ustawy.

5. Termin na złożenie pisemnego zastrzeżenia dotyczącego skopiowanych w toku kontroli dokumentów elektronicznych.

5.1. proponujemy również rozważenie możliwości przedłużenia do 21 dni od zakończenia kontroli terminu na złożenie przez przedsiębiorcę pisemnego zastrzeżenia, że określone, skopiowane w toku kontroli dokumenty elektroniczne zawierają informacje prawnie chronione, w tym przez zasadę LPP (obecna propozycja UOKiK mówi o 14 dniach od zakończenia przeszukania). Zważywszy na znaczną ilość kopiowanych dokumentów elektronicznych np. całego serwera danych, żmudnej pracy po stronie przedsiębiorcy wymaga aby zidentyfikować wszystkie potencjalne dokumenty objęte zasadą LPP. Jednocześnie należy postulować, że UOKiK musiałby zagwarantować, że do czasu wniesienia przez przedsiębiorcę ww. zastrzeżeń lub upływu terminu na ich wniesienie skopiowane dokumenty elektroniczne nie będą nawet „przeoglądane” przez pracowników UOKiK. Mogłoby to bowiem prowadzić do złamania zasady LPP.

6. Uwagi końcowe

Należy zauważyć, że gdyby propozycja Prezes UOKiK co do zakresu LPP miała w ustawie przybrać kształt przyjęty w założeniach tj. zasada LPP ostatecznie byłaby stosowana jedynie w toku przeszukania i obejmowałaby jedynie:

- komunikację, która powstała po wszczęciu postępowania przed Prezesem UOKiK;
- komunikację, której autorem jest adwokat lub radca prawny będący pełnomocnikiem w postępowaniu prowadzonym przed Prezesem UOKiK;
- komunikację tylko w kierunku adwokat lub radca prawny – przedsiębiorca;

to ochrona uzasadnionych interesów przedsiębiorców była iluzoryczna (bowiem kumulatywne spełnienie tak określonych przesłanek może być trudne). Jednocześnie – na zasadzie wykładni *a contrario* – wszelka inna korespondencja (np. opinie prawne sporządzone przed wszczęciem postępowania) nie byłaby objęta jakąkolwiek ochroną, co negatywnie odróżniałoby sytuację w Polsce od standardów jakie kształtują się w innych państwach UE.

Podsumowując, o ile z uznaniem odnosimy się do samego faktu uregulowania zasady LPP w ustawie i rozszerzenia jej zakresu na wewnętrznych radców prawnych o tyle nie możemy poprzeć tych propozycji UOKiK, które prowadzą do istotnego zawężenia zasady LPP. W naszej ocenie rozwiązaniem optymalnym byłoby zaprojektowanie zasady LPP na wzór obecnych rozwiązań

unijnych, z tą jednak różnicą, że zasada LPP obejmowałaby (zgodnie z propozycją UOKiK) również komunikację z wewnętrznym radcą prawnym (tzw. ang. *in-house lawyers*). W takim kształcie zasada LPP uregulowana w ustawie w możliwie najwyższym stopniu byłaby bliska standardom Konstytucji RP, Konwencji oraz Karty Praw Podstawowych UE odnoszącym się do prawa przedsiębiorcy do obrony jego interesu prawnego.

7. Dalsze konieczne zmiany reguł ogólnych postępowania przed Prezesem UOKiK²⁰

7.1. Art. 60 uokik - stosowanie rozprawy w postępowaniu przed Prezesem UOKiK

Możliwość bezpośredniego kontaktu pomiędzy osobami podejmującymi decyzję a podmiotami, których ta decyzja dotyczy gwarantuje ich pełne wysłuchanie oraz sprzyja lepszemu wyjaśnieniu sprawy. Pozwala także na sprawniejsze wyjaśnienie spornych okoliczności pomiędzy stronami postępowania. Przyczynić się może także do zaakceptowania przez strony ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy. Z tej perspektywy wątpliwości budzi art. 60 ust. 1 uokik stanowiący, że Prezes UOKiK może w toku postępowania przeprowadzić rozprawę. Wśród komentatorów przeważa pogląd, że wyraźne uregulowanie w uokik instytucji rozprawy wyłącza możliwość zastosowania w postępowaniu przed Prezesem UOKiK art. 89 kpa. Przyjmuje się zatem, że decyzja Prezesa UOKiK w zakresie zorganizowania rozprawy ma charakter uznaniowy, co jak się wydaje jest przyczyną jej rzadkiego organizowania. Rozprawa w postępowaniu przed Prezesem UOKiK ma fakultatywny charakter nawet wtedy, gdy zachodzi potrzeba uzgodnienia interesów stron. Potrzeba taka może mieć tymczasem miejsce na przykład w przypadku sprzeczności pomiędzy stanowiskami podmiotów objętych trybem darowania lub łagodzenia kar lub podmiotów, którzy tym trybem nie zostali objęci. Obowiązek przeprowadzenia rozprawy w postępowaniu przed Prezesem UOKiK nie występuje również w przypadku przesłuchiwanie świadków, w sytuacji gdy służyłoby to wyjaśnieniu sprawy. Uniemożliwić to może stronie bezpośrednio odniesienie się do zeznań świadka i zadawanie mu pytań (por. art. 95 kpa).

Mając to na uwadze projektodawca nowelizacji uokik rozważyć powinien – biorąc pod uwagę specyfikę postępowania antymonopolowego nowelizację art. 60 uokik poprzez wskazanie przypadków, w których rozprawa, co do zasady powinna być ona zorganizowana.

7.2. Art. 69 uokik

Jeżeli chodzi o ograniczenie dostępu do materiału dowodowego zawartego w aktach sprawy ze względu na konieczność ochrony tajemnic przedsiębiorstwa i innych tajemnic chronionych ustawowo (art. 69 ust. 1 uokik), to rozważona być powinna taka nowelizacja, która wskazywałaby

²⁰ Część opracowana przez M. Bernatta na podstawie propozycji własnych.

na koniecznośćważenia przez Prezesa UOKiK– przy ograniczaniu stronom dostępu do materiału dowodowego – pomiędzy ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa a prawem do wysłuchania stron, których ograniczenie to będzie dotyczyć. Problem ten należy rozwiązywać w praktyce, *a casu ad casum*. Pomocne w tym zakresie mogłoby się okazać jednak wprowadzenie do art. 69 ust. 1 uokik wprost prawa do wysłuchania jako okoliczności, która powinna być badana przez Prezesa UOKiK przed podjęciem decyzji o ograniczeniu przedsiębiorcy dostępu do akt sprawy.

Rozwiązaniem mogłoby być także wprowadzenie na wzór postępowania przed Komisją kategorii innych informacji poufnych, które podlegałyby mniejszej ochronie niż tajemnica przedsiębiorstwa i w sytuacji konfliktu z prawem do wysłuchania stron mogłyby podlegać ujawnieniu (mogłoby chodzić o takie informacje jak np. wyliczenia Prezesa UOKiK dotyczące udziału danego przedsiębiorcy w rynku czy informację o osobie zawiadamiającego).

Dodatkowo rozważyć należy wprowadzenie procedury regulującej sposób postępowania w wypadku, gdyby informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa była równocześnie dowodem w sprawie.

7.3. Nieudostępnienie całości decyzji Prezesa UOKiK stronom postępowania

Analiza uzasadnień decyzji Prezesa UOKiK prowadzi do wniosku, że istnieje potrzeba dodania do uokik przepisu, który regulowałby (na podobnej zasadzie jak art. 69 ust. 1 uokik reguluje ograniczenie dostępu do akt sprawy) możliwość nieudostępniienia całości uzasadnienia decyzji stronom postępowania, jeżeli w grę wchodzi konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. W obecnym stanie prawnym za podstawę do takiego ograniczenia trudno uznać art. 32 ust. 3 uokik (dotyczy on publicznej wersji decyzji), czy art. 71 uokik (dotyczy on faktycznego obowiązku chronienia i nieujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa przez pracowników UOKiK).

7.4. Art. 70 uokik

Jeżeli chodzi o dostęp do tej części materiału dowodowego, która została uzyskana przez Prezesa UOKiK w ramach współpracy z przedsiębiorcą w trybie darowania lub łagodzenia kar, to właściwe byłoby określenie w art. 70 uokik ostatecznego terminu, w którym Prezes UOKiK byłby zobowiązany do udostępnienia wszystkim stronom postępowania całości informacji uzyskanych w trybie darowania lub łagodzenia kar.

7.5. Art. 73 ust. 5 uokik

W świetle współpracy Prezesa UOKiK w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji dużego znaczenia

nabiera wymiana informacji pomiędzy Komisją a organami ochrony konkurencji państw członkowskich UE. Współpraca ta przyczynia się z pewnością do łatwiejszego wykrywania naruszeń prawa konkurencji w Europie. Konieczne jednak staje się w takiej sytuacji istnienie porównywalnego poziomu standardów procesowych w postępowaniach w sprawach ochrony konkurencji w różnych państwach członkowskich. W związku jednak z brakiem harmonizacji w tym obszarze na poziomie prawa UE dochodzić może do sytuacji, w których zbieranie informacji przekazywanych następnie innemu organowi ochrony konkurencji UE odbywa się w oparciu o procedurę, która gwarantuje niższy poziom ochrony. Dlatego, jeżeli chodzi o procedurę polską, postulować należy nowelizację art. 73 ust. 5 uokik poprzez wprowadzenie nakazu zbadania przez Prezesa UOKiK – przed podjęciem pozytywnej decyzji co do zaliczenia informacji i materiałów uzyskanych od organu ochrony konkurencji innego państwa członkowskiego UE – czy te informacje i materiały zostały zebrane przy zagwarantowaniu porównywalnych do polskich standardów proceduralnych.

7.6. Art. 84 uokik

W obecnym stanie prawnym wątpliwości wzbudza odpowiednie stosowanie w postępowaniu przed Prezesem UOKiK w sprawach dotyczących dowodów art. 227-315 kodeksu postępowania cywilnego (kpc) (w zakresie nieuregulowanym w uokik). Przepisy te zostały bowiem zbudowane na potrzeby procesu kontradyktoryjnego, a nie inkwizycyjnego. Najlepszym dowodem na ograniczoną możliwość stosowania wskazanych przepisów kpc w postępowaniu antymonopolowym jest art. 232 zd. 1 kpc, zgodnie z którym to strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. To tymczasem na Prezesie UOKiK – który nie jest przecież stroną postępowania – spoczywa obowiązek wskazywania dowodów, potwierdzających fakt naruszenia uokik. Przedsiębiorcy za mogą (ale nie muszą) wskazywać na okoliczności świadczące o niewystąpieniu naruszenia.

Stosowanie kpc w postępowaniu dowodowym przed Prezesem UOKiK wywołuje również wątpliwości co do zakresu stosowania w tym postępowaniu art. 75-81 kpa (regulują one postępowanie dowodowe w kpa). Tymczasem przepisy te pełnią rolę gwarancyjną w stosunku do zasad ogólnych kpa (w pełni stosowanych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK), szczególnie wobec zasady prawdy obiektywnej (art. 7 kpa) i zasady czynnego udziału strony w postępowaniu administracyjnym (art. 10 kpa). Przy literalnej wykładni art. 84 uokik (którą należy odrzucić) można dojść do wniosku, że art. 75-81 kpa nie znajdują zastosowania w tym postępowaniu przed Prezesem UOKiK. Tymczasem na przykład art. 81 kpa przewiduje fundamentalną zasadę, że okoliczność faktyczna może być uznana za udowodnioną, jeżeli strona miała możliwość wypowiedzenia się co do przeprowadzonych dowodów.

Zatem, mając również na względzie likwidację w uokik z 2007 r. możliwości wnioskowego wszczynania postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, rozważyć należy albo uchylenie art. 84 uokik albo wyraźne wyliczenie w nim tych przepisów kpc, których odpowiednie stosowanie jest przydatne w praktyce Prezesa UOKiK przy prowadzeniu postępowania dowodowego.

VI. Kary pieniężne

1. Kary pieniężne ogółem²¹

1.1. Propozycje Urzędu dotyczące przepisów o karach pieniężnych

1. Wśród zmian w obszarze przepisów z zakresu kar pieniężnych na aprobatę zasługują przede wszystkim proponowane rozwiązania polegające na:
 - doprecyzowaniu, że kara za udzielenie fałszywych informacji dotyczy zarówno informacji dostarczanych na żądanie Prezesa Urzędu, jak i z własnej inicjatywy przedsiębiorcy,
 - wprowadzenia 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,
 - określenia 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
 - wykreślenia ust. 1 w art. 112,
 - zmiany dotyczącej obniżenia maksymalnej wysokości kary, jaka może zostać nałożona na podstawie art. 106 ust. 1 ustawy na przedsiębiorcę nieosiągającego żadnego obrotu.
2. Pozytywnie należy ocenić zmianę art. 111 ustawy poprzez doprecyzowanie w ustawie przesłanek, jakie należy brać pod uwagę szacując wysokość kary.
3. Ogólnikowość przedstawionych przez Urząd założeń dotyczących doprecyzowania zasad odroczenia kary pieniężnej lub rozłożenia jej na raty, a także zwrotu części lub całości kary na skutek zmiany lub uchylenia decyzji Prezesa UOKiK sprawia, że nie ma możliwości odniesienia się do tej propozycji, ze względu na brak szczegółów regulacji.

1.2. Propozycja zmiany art. 107 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

1. Artykuł 107 ustawy w obecnym brzmieniu stanowi, że „Prezes Urzędu może nałożyć na

²¹ Część opinii opracowana przez E. Modzelewską-Wąchal na podstawie propozycji własnych.

przedsiębiorców, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 10 000 euro za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji wydanych na podstawie art. 10, art. 12 ust. 1, art. 19 ust. 1, art. 20 ust. 1, art. 21 ust. 2 i 4, art. 26, art. 28 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 i 3, postanowień wydanych na podstawie art. 105g ust. 1 lub wyroków sądowych w sprawach z zakresu praktyk ograniczających konkurencję, praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz koncentracji; karę pieniężną nakłada się, licząc od daty wskazanej w decyzji". Celem orzekanych kar dziennych jest przymuszenie przedsiębiorcy do wykonania decyzji, postanowienia lub wyroku.

2. Decyzje, których niewykonanie zagrożone jest karą, wydawane na podstawie art. 10, art. 19 ust. 1, art. 20 ust. 1, art. 21 ust. 2 i 4, art. 26, oraz art. 89 ust. 1 i 3, dotyczą oczywistych naruszeń przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wyjątkiem są decyzje wydawane na podstawie art. 12 ust. 1 i art. 28 ust. 1, które wydawane są w przypadku, odpowiednio, uprawdopodobnienia stosowania praktyk ograniczających konkurencję i praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. W praktyce do wydania decyzji na podstawie ww. przepisów dochodzi nierzadko nie dlatego, że przedsiębiorca uznaje zarzut stosowania praktyki za słuszny, lecz jedynie w celu uniknięcia kosztów postępowania administracyjnego i sądowego oraz ryzyka kary pieniężnej.

Równocześnie w przypadku niewykonania przez przedsiębiorcę zobowiązań lub obowiązków określonych w decyzji, Prezesowi UOKiK przysługuje prawo uchylenia decyzji i orzeczenia co do istoty. Orzeczenie co do istoty nastąpić musi po przeprowadzeniu pełnego postępowania dowodowego, Prezes UOKiK nie może bowiem poprzestać na uprawdopodobnieniu. W rezultacie nie można wykluczyć sytuacji, że wydana zostanie decyzja o umorzeniu postępowania, wobec braku podstaw do przypisania przedsiębiorcy praktyk.

3. Nie ma racjonalnego uzasadnienia dla stosowania kary w celu przymuszenia w odniesieniu do działań przedsiębiorcy, co do których nie zostało udowodnione, że naruszają przepisy ustawy. Równocześnie w obecnym stanie prawnym Prezes UOKiK, wedle własnego uznania, może uchylić decyzję i orzec co do istoty, lub nałożyć karę pieniężną za niewykonanie decyzji. Prawo nie wyklucza również możliwości zastosowania obu środków prawnych równocześnie. Z formalnego punktu widzenia możliwa jest sytuacja, że nałożona zostanie kara pieniężna o charakterze przymuszającym i równocześnie wydana zostanie decyzja o umorzeniu postępowania wobec niestwierdzenia praktyki.

Powyższe uzasadnia proponowaną zmianę art. 107 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

2. Odpowiedzialność osób fizycznych²²

2.1. Uwaga wstępna

1. Przedstawiony przez Prezesa UOKiK projekt założeń projektu ustawy o zmianie uokik przewiduje możliwość nakładania kar pieniężnych (do równowartości 500.000 EURO) na osoby fizyczne. Proponowana sankcja będzie mogła być stosowana w odniesieniu do osób pełniących funkcję kierowniczą lub wchodzących w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy, które w ramach pełnienia swoich obowiązków dopuściły się, choćby nieumyślnie, naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu nadużywania pozycji dominującej lub zakazu porozumień ograniczających konkurencję (tj. zakazów określonych w art. 6 i 9 uokik oraz art. 101 i 102 TFUE.)
2. Proponowana w Projekcie zmiana poszerzająca krąg podmiotów odpowiedzialnych za naruszenie przepisów prawa antymonopolowego o osoby fizyczne jest inicjatywą zbyt daleko idącą i **nie powinna stać się przedmiotem dalszych prac legislacyjnych.**

2.2. Sprzeczność z zasadą *nullum crimen sine lege*

1. W pierwszym rzędzie poważne wątpliwości budzi fakt, iż osoby fizyczne będą mogły być karane za „przyczynienie się” (co samo w sobie jest pojęciem niejasnym) do uczestniczenia przez przedsiębiorcę we **wszystkich** przejawach praktyk ograniczających konkurencję wskazanych w art. 6 i 9 uokik (oraz w ich unijnych odpowiednikach).
2. Należy podkreślić, iż sankcje dla osób fizycznych za naruszenia antymonopolowe mają co do zasady charakter wyjątkowy i występują jedynie w niektórych ustawodawstwach krajów UE, a jeżeli są już przewidziane to jedynie za najcięższe ograniczenia konkurencji (ang. *hard-core restrictions*) takie jak kartele.
3. W myśl zmian proponowanych w Projekcie kadra menadżerska będzie mogła zostać pociągnięta do odpowiedzialności zarówno za uczestnictwo przedsiębiorcy we wszystkich „stypizowanych” przez uokik porozumieniach ograniczających konkurencję, jak i w przypadku stwierdzenia faktu nadużywania pozycji dominującej. Powyższe ramy przedmiotowe wydają się być zdecydowanie zbyt szerokie, szczególnie biorąc pod uwagę niedookreśloną (nazbyt ogólnikową) treść przepisów art. 6 oraz szczególnie art. 9, których naruszenie stanowiłoby podstawę nałożenia kary pieniężnej na członków kadry kierowniczej przedsiębiorcy. Przykładowo, przedmiotem zainteresowania organów ochrony konkurencji (zarówno na szczeblu krajowym, jak i w praktyce Komisji Europejskiej) są zasady prowadzenia polityki rabatowej przez podmioty posiadające pozycję dominującą na rynku (np. decyzja Komisji

²² Część opinii opracowana przez A. Stawickiego i B. Turno.

Europejskiej z dnia 13 maja 2009 r., COMP/37.990 Intel lub decyzja Prezesa UOKiK z dnia 26 sierpnia 2010 r., DOK-8/2010). Jednakże ani polskie, ani unijne prawo nie definiuje kiedy dokładnie stosowanie rabatów ma charakter praktyki antykonkurencyjnej i jest działaniem przez prawo zakazanym. Pewnych wskazówek w tym zakresie udziela jedynie orzecznictwo – **jednak trzeba pamiętać, że w myśl art. 87 Konstytucji RP orzecznictwo sądowe nie jest zaliczane w Polsce do źródeł prawa, a więc trudno uznać, iż przepisy art. 9 uokik (odpowiednio art. 102 TFUE) są same w sobie na tyle jednoznaczne (i nie pozostawiające „luzu interpretacyjnego”), ażeby ich naruszenie mogło stanowić skuteczną przesłankę odpowiedzialności osób fizycznych.**

4. Należy również podkreślić, iż komentowana zmiana w jeszcze większym stopniu przybliży uokik do kręgu regulacji o karnym albo przynajmniej quasi-karnym charakterze, albowiem odpowiedzialnością za materialnoprawne naruszenia tej ustawy obarczone zostaną także osoby fizyczne, a sugerowana wysokość kary przemawia za tym, że jej dolegliwość porównywalna będzie do sankcji natury bardziej karnej, aniżeli administracyjnej. **Dlatego też trzeba zaakcentować, że od przepisów rodzących skutki karne wymaga się najwyższej jednoznaczności – zagrożone karą mogą być wyłącznie czyny precyzyjnie określone w ustawie (zgodnie z zasadą *nullum crimen sine lege*), a art. 6 i art. 9 uokik tego kryterium nie spełniają.**

2.3. Brak wystarczających ram proceduralnych dla wprowadzenia odpowiedzialności osób fizycznych

1. Obecnie obowiązujące reguły proceduralne zarówno w odniesieniu do postępowania przed Prezesem UOKiK, jak i późniejszy tryb rozpatrywania odwołań przez SOKiK, nie dają w naszym przekonaniu gwarancji wystarczającego zabezpieczenia praw osób fizycznych pełniących funkcje kierownicze w przedsiębiorstwach, które podlegać będą sankcjom pieniężnym zaproponowanym w Projekcie.

Warto w tym kontekście powołać się na dorobek orzeczniczy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (dalej jako „ETPCz”), który orzekł, że wymierzanie kary za praktyki antykonkurencyjne powinno następować w postępowaniu gwarantującym oskarżonemu przedsiębiorcy prawa wynikające z art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej jako „Konwencja”) (np. wyrok ETPCz w sprawie Menarini Diagnostics S.R.L. przeciwko Włochom, pkt. 38-45).

Również polskie sądy (w szczególności Sąd Najwyższy) podkreślają, że w zakresie w jakim dochodzi do wymierzania przedsiębiorcy kary pieniężnej, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacji (np. Prezesa URE czy Prezesa UOKiK) w tym zakresie

powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej. W stosunku do postępowania przed Prezesem UOKiK pogląd ten został potwierdzony przez SN w wyroku z 21 kwietnia 2011 r. (zob. np. wyrok SN z dnia 14 kwietnia 2010 r., sygn. III SK 1/10; LEX: 579549; wyrok SN z dnia 1 czerwca 2010 r., sygn. III SK 5/10, LEX nr 622205; wyrok SN z dnia 21 września 2010 r., sygn. III SK 8/10, LEX nr 646358; wyrok SN z dnia 21 października 2010 r., sygn. III SK 7/10, LEX nr 686801; wyrok SN z dnia 10 listopada 2010 r., sygn. III SK 27/08, LEX nr 677766).

2. A zatem postępowania przed Prezesem UOKiK w sprawach praktyk ograniczających konkurencję powinny charakteryzować się najwyższym możliwym poziomem ochrony praw podmiotu „oskarżonego” o stosowanie takich praktyk. W myśl zmian zaproponowanych w Projekcie – owym „oskarżonym” będzie mógł być menadżer czyli osoba fizyczna, co do której standard ochrony ustanowiony przez przepisy Konwencji w sposób jeszcze bardziej bezpośredni, aniżeli do osób prawnych. Oznacza to, że w postępowaniu przed Prezesem UOKiK muszą być gwarantowane podstawowe standardy odnoszące się do sprawiedliwości proceduralnej, w tym wynikające z art. 6 Konwencji, który ustanawia prawo do sprawiedliwego procesu (ang. *right to a fair trial*). Obejmuje ono m.in. prawo do obrony, które jest wspierane przez takie uprawnienia, jak prawo do bycia wysłuchanym (ang. *a right to be heard*), w tym prawo do zapewnienia możliwości ustnego wysłuchania (dostęp do rozprawy) oraz prawo do posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony co wiąże się także z przekazywaniem stronie informacji o istocie i przyczynie stawianych zarzutów.

Wskazane powyżej fundamentalne uprawnienia, które można wywieść z art. 6 Konwencji, składające się na sprawiedliwość proceduralną, znajdują także swoje odzwierciedlenie w przepisach Konstytucji RP (art. 2 – zasada demokratycznego państwa prawnego, art. 7 – zasada praworządności oraz art. 42 ust. 2 – prawo do obrony).

3. Tymczasem, jak rozumiemy, Projekt zakłada, że o odpowiedzialności osób fizycznych rozstrzygać będzie się w ramach jednego postępowania (tj. w ramach postępowania antymonopolowego prowadzonego przeciwko przedsiębiorcy). W tym celu przepisy uokik mają zostać uzupełnione o dodatkowe regulacje odnoszące się do tej kwestii. **Próba „wpisania” odpowiedzialności osób fizycznych w przepisy, które od samego początku pomyślane były z myślą o przedsiębiorcach, musi budzić zasadniczy sprzeciw. Takie działanie siłą rzeczy będzie prowadzić do – trudnych dziś do przewidzenia – trudności związanych z zasadniczą różną odpowiedzialnością przedsiębiorcy i osoby fizycznej.** „Krzyżowanie się” odpowiedzialności może również w wielu wypadkach prowadzić do konfliktów interesów, w których prawa osób fizycznych nie konieczne muszą znaleźć się na pierwszym miejscu.

2.4. Brak wystarczającej kontroli ze strony sądów rozpatrujących odwołania od decyzji Prezesa UOKiK

1. Należy także pokreślić, że w aktualnym stanie prawnym, SOKiK odmawia rozpatrywania zarzutów natury proceduralnej podniesionych w odwołaniu od decyzji Prezesa UOKiK. **Sytuacja, w której kary finansowe będą nakładane na osoby fizyczne w ramach postępowania administracyjnego, którego prawidłowość nie podlega ocenie przez niezależny sąd (a to w toku tego postępowania zbierane są np. dowody naruszenia przepisów prawa) nie daje się pogodzić z podstawowymi zasadami państwa prawa.**

2.5. Kluczowe zmiany Projektu warunkujące ewentualne dalsze nad nim prace

1. W naszej ocenie, prace nad Projektem w tym zakresie mogłyby być kontynuowane wyłącznie wtedy, gdyby zapewniono daleko idące zmiany podstawowych zasad odpowiedzialności osób fizycznych:
 - Odpowiedzialność winna być ograniczona do przypadków działań umyślnych oraz do osób bezpośrednio zaangażowanych w działania lub zaniechania prowadzące do ograniczenia konkurencji.
 - Odpowiedzialność winna być ograniczona przedmiotowo do karteli (poziomych porozumień między konkurentami w sprawie ustalenia cen, podziału rynków, itp.).
 - Odpowiedzialność winna być ograniczona w czasie.
 - Podstawą odpowiedzialności winna być odrębna decyzja administracyjna, wydana w odrębnym postępowaniu, zapewniających ochronę praw osób fizycznych; zasadniczo postępowanie to powinno być wszczynane po zakończeniu postępowania w sprawie praktyki ograniczającej konkurencję, której dopuścił się przedsiębiorca (choćby decyzja nie była prawomocna).
 - Sąd musi badać poprawność zarówno merytoryczną, jak i formalną rozstrzygnięcia wydanego przez Prezesa UOKiK (*full review*).
 - Wysokość kary winna być ograniczona do określonego procenta przychodów osoby fizycznej.
2. Alternatywnym rozwiązaniem wobec proponowanego w pkt 1. powyżej jest całkowite zaniechanie prac nad tym rozwiązaniem w UOKiK i przekazanie sprawy do Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego w celu rozważenia, czy nie należałoby stworzyć przestępstwa kartelu.

3. Art. 108 ust. 1 ustawy – rozszerzenie katalogu czynów zagrożonych karą pieniężną nakładaną na osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego²³

1. Prezes UOKiK proponuje aby doprecyzować pojęcie „brak współdziałania w toku kontroli” poprzez wskazanie trzech rodzajów czynów: (1) utrudnianie lub uniemożliwianie wszczęcia kontroli lub przeszukania, (2) utrudniania lub uniemożliwianie wykonywania przez kontrolujących lub przeszukujących ustawowych uprawnień oraz (3) nie wykonywania w toku kontroli lub przeszukania obowiązków wynikających z ustawy. Za tak zdefiniowane czyny zarówno na osobę upoważnioną przez kontrolowanego, jak również na osobę pełniącą funkcje kierownicze będzie mogła zostać nałożona kara finansowa w wysokości do pięćdziesięciokrotności przeciętnego wynagrodzenia.
2. Prezes UOKiK nie przedstawił żadnego uzasadnienia, dlaczego krąg podmiotów zagrożonych karą o której mowa w art. 108 ust. 1 ma zostać poszerzony. Można jedynie domyślać się, iż chodzi o zachowanie pewnej konsekwencji i logiki ustawodawczej. Mianowicie, jeżeli za brak współdziałania w toku kontroli Prezes UOKiK mógł nałożyć karę na osobę upoważnioną przez kontrolowanego, to tym bardziej zasadne jest wprowadzenie możliwości nałożenia kary na osobę pełniącą funkcje kierownicze. Abstrahując od zasadności rozszerzania uprawnień Prezesa UOKiK w tym zakresie, należy zwrócić uwagę na konieczność wprowadzenia uzależnienia odpowiedzialności osób fizycznych za czyny określone w ustawie od zawinienia. Brak przesłanki winy w odniesieniu do osób fizycznych, powoduje, iż Prezes UOKiK ma niczym nieograniczoną uznaniowość w ustalaniu na kogo zostanie nałożona kara za brak współdziałania w toku kontroli/przeszukania (czy na przedsiębiorcę czy na osobę która dopuściła się naruszenia). Utrzymanie tak szerokiej uznaniowości Prezesa UOKiK w tym zakresie rodzi obawy, iż narzędzie to może być instrumentalnie wykorzystywane.

4. Program Leniency²⁴

4.1. Zmiany „porządkowe”

1. Zmiany dotyczące systemu łagodzenia kar mają dwojaki charakter: część z nich ma na celu uporządkowanie i doprecyzowanie istniejących przepisów, inne mają charakter merytoryczny (tj. prowadzą do zmiany założeń systemu).
2. Pierwszy rodzaj zmian z pewnością zasługuje na poparcie, bowiem systemy leniency mogą funkcjonować i przynosić pożądane rezultaty wyłącznie wtedy, kiedy są maksymalnie

²³ Część opinii opracowana przez C. Banasińskiego, M. Bychowską, M. Mrówkę i E. Witkowską-Grochowalską.

²⁴ Część opinii opracowana przez A. Stawickiego i B. Turno.

precyzyjne, a tym samym przedsiębiorca może oszacować ryzyka związane z uczestnictwem w programie oraz płynące z takiego uczestnictwa korzyści. Jednocześnie trudno jest dziś określić, czy propozycje zgłaszane przez Prezesa UOKiK umożliwią osiągnięcie takiego stanu rzeczy. Ocena taka będzie możliwa dopiero wtedy, kiedy sformułowane zostaną konkretne przepisy nowelizacji.

3. Należy wskazać jednocześnie na pewne zmiany porządkowe, o które Projekt winien zostać uzupełniony.
4. Należy wskazać, że w obecnym stanie brak uregulowania tego, co dzieje się z nieuwzględnionym lub cofniętym wnioskiem leniency. Nie jest jasne, co Prezes UOKiK może zrobić z dokumentami dołączonymi do wniosku czy też informacjami w nim zawartymi. Kwestia ta winna zostać wprost uregulowana w ustawie.
5. Również kwestie dotyczące terminów wyznaczanych na uzupełnienie wniosku nie znalazły się w proponowanym przez Prezesa UOKiK dokumencie dotyczącym wprowadzenia zmian w Ustawie. Kwestia ta wymaga jednoznacznej regulacji.

4.2. Zmiany merytoryczne

4.2.1. Kontynuacja uczestnictwa w porozumieniu

1. Projekt przewiduje, że Prezes UOKiK będzie mógł zobowiązać przedsiębiorcę do dalszego uczestnictwa w porozumieniu jeżeli uzna, że taki udział jest niezbędny do prawidłowego przeprowadzenia kontroli lub przeszukania (aktualnie przepisy nie przewidują takiej możliwości).
2. Zmiana powinna zmierzać w innym kierunku. Przepisy uokik winny wprost wskazywać, że przedsiębiorca nie ma obowiązku zaniechania udziału w porozumieniu w dacie złożenia wniosku leniency. Obowiązek taki powinien nakładać na przedsiębiorcę Prezes UOKiK; organ antymonopolowy miałby również możliwość nałożenia na przedsiębiorcę obowiązku kontynuowania udziału w porozumieniu. W ten sposób Prezes UOKiK uzyska możliwość pełnej kontroli nad tym, jak zachowa się wnioskodawca (a jednocześnie przedsiębiorcy nie będą obawiali się, że brak zaniechania udziału w porozumieniu w dacie złożenia wniosku pozbawi ich benefitu leniency). Ponieważ Prezes UOKiK będzie mógł wydać stosowne rozstrzygnięcie w dowolnym terminie (nawet i tego samego dnia, w którym otrzyma wniosek), brak jest istotnego ryzyka dla konkurencji związanego z kontynuowaniem realizacji porozumienia przez wnioskodawcę).

4.2.2. Zmiana sytuacji prawnej inicjatora porozumienia

1. Prezes UOKiK proponuje, aby umożliwić inicjatorowi porozumienia możliwość ubiegania się o obniżenie lub odstąpienie od wymierzenia kary.
2. Propozycja ta przybliży polskie rozwiązania do Modelowego Programu Leniency. Proponowane zmiany mogą przyczynić się do zwiększenia jasności i przejrzystości systemu, szczególnie dla przedsiębiorców – potencjalnych wnioskodawców.

4.2.3. Obniżenie kary

1. Prezes UOKiK proponuje również zmianę w zakresie sposobu obliczania kary a raczej jej zmniejszenia w przypadku zastosowania leniency.
2. Odwołanie się w tym zakresie do „kwoty bazowej” (tj. kary, jaką otrzymałby zgodnie z wytycznymi Prezesa UOKiK przedsiębiorca, gdyby nie złożył wniosku leniency, nie wydaje się być rozwiązaniem słusznym, bowiem przedsiębiorcy mogą napotykać na problemy z obliczeniem „kwoty bazowej” (Wytyczne nie zawsze są jednoznaczne, często odwołują się siłą rzeczy do terminów nieostrych).
3. Wskazane byłoby, by wysokość reedukcji została określona jako odpowiednio zmniejszony procent przychodu (jako pułap górny).

4.2.4. Leniency plus

1. Propozycja wprowadzenia do przepisów ustawy tzw. leniency plus zasługuje na poparcie. Celowe jest jednak bardzo precyzyjne uregulowanie przesłanek, których spełnienie umożliwi przedsiębiorcy skorzystanie z tego dobrodziejstwa.
2. Po pierwsze, należy wyjaśnić, co to oznacza, iż wniosek dotyczy „innego, dotychczas nieznanego” porozumienia; wydaje się celowe wskazanie, iż chodzi tu o wszelkie przypadki, w których w dacie złożenia wniosku leniency plus Prezes UOKiK nie prowadzi w sprawie tego porozumienia ani postępowania wyjaśniającego, ani postępowania antymonopolowego;
3. Po drugie, przepisy powinny wyraźnie wskazywać, iż wniosek może dotyczyć każdego porozumienia innego niż to, którego dotyczy już prowadzone postępowanie (tzn. że może to być porozumienie dotyczące innego rynku, z innymi stronami, itp.).

4.2.5. Rozszerzenie programu leniency na osoby fizyczne

Sprzeciwiamy się wprowadzeniu odpowiedzialności osób fizycznych. W konsekwencji nie widzimy

podstaw do rozszerzania programu leniency na osoby fizyczne.

5. Dobrowolne poddanie się karze²⁵

Projekt założeń wprowadza instytucję dobrowolnego poddania się karze. Jakkolwiek zmiany w tym zakresie można oceniać jako przejaw poszukiwania efektywnych instrumentów wdrażania prawa konkurencji (zgodny zresztą z aktualnymi tendencjami legislacyjnymi w świecie), to w obecnym kształcie wzbudzają one znaczące wątpliwości.

Po pierwsze propozycja, aby decydując się na zastosowanie instytucji dobrowolnego poddania się karze, organ antymonopolowy musiał 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 jest niczym innym jak ogólnym obowiązkiem Prezesa UOKiK, któremu powinien zadośćuczynić Prezes UOKiK wszczynając przeciwko danemu przedsiębiorcy postępowanie antymonopolowe.

Po drugie oferowane obniżenie kary o 10% może okazać się niewystarczającą zachętą dla korzystania z tej instytucji przez przedsiębiorców w przypadku praktyk zagrożonych wysokimi karami.

Po trzecie pewne wątpliwości wzbudza – z perspektywy pewności prawa – możliwość odstąpienia przez Prezesa UOKiK w każdym czasie od stosowania procedury dobrowolnego poddania się karze. W praktyce zniechęcać to może przedsiębiorców do wyrażenia zgody na objęcie ich tą procedurą. W sytuacji odstąpienia przez Prezesa UOKiK od stosowania procedury dobrowolnego poddania się karze Prezes UOKiK powinien być zobowiązany nie tylko do niewykorzystania oświadczeń przedsiębiorców w postępowaniu dowodowym, ale także informacji i dowodów uzyskanych w tym trybie. Obecna propozycja w tym zakresie nie jest jasna (s. 18 założeń)

Po czwarte, w świetle art. 74 uokik i art. 81 kpa w związku z art. 10 kpa, za niedopuszczalne należy uznać nieudostępnienia stronom postępowania dowodów i informacji uzyskanych w dobrowolnego poddania się karze. Ewidentnym naruszeniem prawa do wysłuchania i prawa do obrony jest oparcie decyzji o dowody, co do których strona nie mogła się ustosunkować. Warto wskazać także, że informacje i dowody uzyskane w trybie leniency podlegają udostępnieniu stronom postępowania (art. 70 uokik).

Po piąte konieczne jest jasne uregulowanie w uokik relacji między procedurą dobrowolnego poddania się karze i procedurą leniency (np. czy przedsiębiorca, który bezskutecznie wnioskował o leniency, może skorzystać z procedury dobrowolnego poddania się karze).

²⁵ Tekst opinii przygotowany przez A. Jurkowską-Gomułkę i M. Bernatta

Po szóste wątpliwości wzbudza znaczące ograniczenie kontroli sądowej postępowania, w którym będzie stosowana procedura dobrowolnego poddania się karze. Choć dopuścić można założenie, że przedsiębiorca – jeżeli chce być objęty redukcją kary – nie będzie kwestionował przed sądem faktu naruszenia reguł konkurencji, do których w ramach ww. procedury się przyznał. Nie można jednak wykluczyć – z perspektywy reguły kontroli sądowej postępowania administracyjnego – prawa przedsiębiorcy (przy równoczesnym nie odbieraniu mu prawa do redukcji kary) do kwestionowania przed sądem naruszenia reguł procesowych w trakcie trwania postępowania przed Prezesem UOKiK czy też kontroli sądowej w zakresie ewentualnych uchybień w trakcie przebiegu procedury dobrowolnego poddania się karze (opisanej na s. 17 i 18 założeń). Podkreślić należy, że w procedurze stosowanej przez Komisję settlements podlegają kontroli sądowej (por. pkt 41 tzw. obwieszczenia ugodowego, zob. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:167:0001:0006:PL:PDF>).

VII Udział organizacji społecznych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK²⁶

W założeniach Prezes UOKiK proponuje wyłączenie stosowania w postępowaniu przed Prezesem UOKiK art. 31 kpa (i w konsekwencji także art. 61 kpc w postępowaniu sądowo-odwoławczym), dopuszczającego do postępowania organizacji społecznych jako podmiotów na prawach stron. Prezes UOKiK uznaje, że „udział organizacji społecznych w postępowaniach administracyjnych ma na celu uobiektywizację postępowania w sprawach indywidualnych, obronę w nich interesu społecznego”. Natomiast postępowanie przed Prezesem UOKiK ma mieć charakter szczególny – „to Urząd reprezentuje w nim interes społeczny (ochrona konkurencji, ochrona konsumentów), nie ma więc potrzeby dopuszczania do udziału w postępowaniu innych podmiotów reprezentujących ten interes)” oraz, z powodów.

Propozycja nowelizacji w tym zakresie – szczególnie w świetle błędnego uzasadnienia – jest nietrafna.

Należy wskazać, że obecnym stanie prawnym brak jest podstaw prawnych, aby wykluczyć możliwość uczestniczenia w postępowaniu antymonopolowym organizacji społecznych. Kwestia ta nie jest uregulowana w uokik. Znajdują więc wprost zastosowanie przepisy kpa (art. 83 uokik). Jeżeli więc spełnione byłyby warunki przewidziane w art. 31 § 1 kpa (za udziałem organizacji przemawiać musi interes społeczny), to Prezes UOKiK powinien taką organizację do postępowania dopuścić. Obecne rozwiązanie pozwala więc po stronie Prezesa UOKiK pełne prawo do decydowania czy wnioski o włączenie w charakterze strony jest dyktowany interesem społecznym (a nie czy na przykład subiektywnym interesem organizacji zrzeszającej np. grupę przedsiębiorców, którym uokik zarzuca naruszenie reguł konkurencji). Takie rozwiązanie prawne

²⁶ Opinia przygotowana przez M. Bernatta.

jest trafne i powinno zostać utrzymane.

Za chybiony uznać należy jedyny powołany przez Prezesa UOKiK argument, że to Urząd reprezentuje w postępowaniu interes społeczny (ochrona konkurencji, ochrona konsumentów), co ma powodować, że nie ma potrzeby dopuszczania do udziału w postępowaniu innych podmiotów reprezentujących ten interes. Fakt, że Prezes UOKiK działa zgodnie z ustawą w interesie publicznym nie powoduje, że nie popełnia błędów i ma najpełniejszą wiedzę na temat potencjalnie specjalistycznych zagadnień badanych w danym postępowaniu. Jako podmiot „oskarżający”, prowadzący postępowanie i wydający decyzję jest w sposób naturalny zainteresowany wydaniem decyzji potwierdzającym stawiane zarzuty. W tym zakresie jest więc podobny do prokuratora w postępowaniu karnym (który też przecież działa w interesie publicznym). Udział organizacji społecznych (tych które faktycznie działałyby w interesie społecznym) może przyczynić się do bardziej obiektywnego wyjaśnienia sprawy; może być też ze względu na doświadczenie danej organizacji, pomocny w postępowaniu prowadzonym przez Prezesa UOKiK (w tym kontekście dziwi zwłaszcza, że Prezes UOKiK nie chce, aby w postępowaniu w sprawach ZIK mogły uczestniczyć organizacje konsumenckie). Należy podkreślić, że fakt występowania w postępowaniu karnym prokuratora reprezentującego interes publiczny, nie wyłącza *ex lege* możliwości występowania organizacji społecznych (zob. art. 90 kpk). Nietrafna jest również konstatacja, że Prezes UOKiK działa w interesie społecznym (a raczej publicznym), a inne organy administracji już nie. Oczywiście jest bowiem w świetle art. 7 kpa, że jest to cecha konstytutywna wszystkich organów administracji publicznej. Przy takiej argumentacji jaką przyjmuje UOKiK w ogóle w postępowaniu administracyjnym nie mogłyby uczestniczyć organizacje społeczne – jak wskazano bowiem inne organy publiczne podobnie jak Prezes UOKiK prezentują interes publiczny.