

## **Stanowisko Polskiego Stowarzyszenia Prawników Przedsiębiorstw w sprawie projektu założeń zmian do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przedstawionych przez UOKiK w dniu 16 maja 2012 roku<sup>1</sup> (dalej „Ustawa”)**

### **I. KONTROLA KONCENTRACJI**

#### **(a) Terminy rozpatrywania spraw**

1. Pozytywnie należy ocenić wprowadzenie dwuetapowych postępowań w sprawach z zakresu kontroli koncentracji. W fazie pierwszej – nie przekraczającej 30 dni – miałyby być rozpatrywane sprawy proste. Jeżeli zgłoszona koncentracja nie będzie wzbudzać wątpliwości Prezesa UOKiK, faza pierwsza zakończy się wydaniem zgody na dokonanie koncentracji.
2. Jeżeli jednak zgłoszona transakcja będzie mieć skomplikowany charakter i konieczne będzie np. przeprowadzenie badań rynkowych – Prezes UOKiK wyda postanowienie o przekazaniu sprawy do drugiej fazy postępowania i jednocześnie o przedłużeniu postępowania antymonopolowego o dalsze cztery miesiące.
3. Proponowana zmiana ma przede wszystkim przyspieszyć rozpatrywanie spraw prostych. Jak zaznacza sam organ, takie sprawy stanowią obecnie ok. 80% zgłoszeń.
4. Należy jednak wskazać, iż zaproponowane rozwiązanie wymaga **doprecyzowania, zwłaszcza jeżeli chodzi o kryteria rozróżnienia pomiędzy koncentracjami „prostymi” i „skomplikowanymi”**.
5. Ponadto, do zmniejszenia liczby zgłoszeń koncentracji o znikomym potencjalnym wpływie na rynek z pewnością przyczyniłoby się również podniesienie progów obrotowych zgłoszenia – w szczególności progu dotyczącego łącznych obrotów na terytorium Polski, osiąganych przez grupy kapitałowe uczestników koncentracji (obecnie 50 milionów Euro) czy też progu obrotu osiąganego na terytorium RP przez podmiot przejmowany na terytorium RP (10 milionów Euro). Wartości wprowadzone w 2007 roku nie są już miarodajne dla identyfikacji „znaczących” koncentracji.
6. Prawnicy przedsiębiorstw postulują również rezygnację z procedury konsultacji wewnętrznej (trwającej co najmniej 7 dni roboczych) w sprawach prostych, w których od momentu zgłoszenia jest oczywiste, że nie ma podstaw do wydania innej decyzji niż zgoda na koncentrację.
7. Dodatkowo, należy wskazać, iż proponowana zmiana ustawowych maksymalnych terminów trwania postępowania nie wywrze zamierzonego skutku, jeżeli terminy te nie będą miały charakteru sztywnego i tak, jak dotychczas, będzie możliwe ich przedłużanie w drodze pism UOKiK, praktycznie

---

<sup>1</sup> Niniejsze stanowisko zostało przygotowane przez kancelarię Wierzbowski Eversheds sp. k. w imieniu i na potrzeby Polskiego Stowarzyszenia Prawników Przedsiębiorców Przedsiębiorstw.

bez żadnych ograniczeń. Dla usprawnienia procedowania nad wnioskiem oraz uniknięcia konieczności zadawania pytań, proponujemy celowe wprowadzenie do Ustawy rozwiązania pozwalającego, jeszcze przed złożeniem wniosku, na konsultację z organem, dotyczącą założeń transakcji - wzorem - na wzór instytucji wstępnego zgłoszenia (z j. ang. „pre-notification”).

**(b) Komunikacja ze zgłaszającym koncentrację przedsiębiorcą**

9. W kontekście zmiany terminów zakończenia postępowania w sprawach koncentracji należy zwrócić uwagę, że Prezes UOKiK planuje pozostawienie w ustawie dotychczasowej zasady przewidującej, że do terminów, jakie organ ma na rozpatrzenie sprawy, nie wlicza się np. okresów oczekiwania na udzielanie przez zgłaszającego odpowiedzi na pytania Prezesa UOKiK (zgodnie z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 95 ust. 1 pkt 3 Ustawy).

**10. W związku z powyższym celowe jest wprowadzenie do Ustawy alternatywnych form kontaktu z organem – tak, aby zarówno pytania organu, jak i odpowiedzi przedsiębiorcy, mogły być składane nie tylko pisemnie, ale również za pomocą środków komunikacji elektronicznej np. na adres e-mailowy osoby prowadzącej postępowanie w danej sprawie oraz adres e-mailowy zgłaszającego lub jego pełnomocnika, podany w zgłoszeniu koncentracji. Stosowne pisma będą składane w późniejszym terminie – komunikacja za pomocą skrzynki e-mailowej pozwoli jednak na szybsze procedowanie w sprawie.**

11. Podobne rozwiązanie funkcjonuje w przypadku składania podań (żądań, wyjaśnień, odwołań lub zażaleń) na podstawie art. **63 Kodeksu postępowania administracyjnego**. Co więcej, pracownicy UOKiK w toku prowadzonych postępowań w sprawach koncentracji często w praktyce korzystają z tych form komunikacji ze zgłaszającym przedsiębiorcą. Jednakże, praktyka ta, jak dotychczas, nie ma niestety podstaw w uregulowaniach ustawowych. Wprowadzenie odpowiedniego unormowania do Ustawy w tym zakresie znacznie przyspieszyłoby proces rozpatrywania spraw oraz uprościło samą komunikację ze stroną.

**(c) Przedstawianie przedsiębiorcy zastrzeżeń Prezesa UOKiK do planowanej koncentracji**

12. UOKiK proponuje wprowadzenie instytucji przedstawiania przedsiębiorcy zastrzeżeń do planowanej koncentracji w sprawach budzących wątpliwości organu. Zmiana ta ma umożliwić przedsiębiorcy poznanie ewentualnych zarzutów, co do planowanej transakcji oraz ustosunkowanie się do nich jeszcze przed wydaniem decyzji i dostosowanie warunków transakcji „do wymagań Urzędu wynikających z potrzeby ochrony rynku”.

13. Z projektu zmian nie wynika jednak jasno – czy ma to być zmiana dotychczasowego uregulowania zawartego w art. 95 ust. 2 Ustawy (zgodnie z którym Prezes UOKiK może przedstawić przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom uczestniczącym w koncentracji warunki, na jakich koncentracja może zostać przeprowadzona, wyznaczając termin na ustosunkowanie się do jego propozycji), tj. czy w nowym kształcie organ będzie miał obowiązek przedstawienia takich warunków przed wydaniem decyzji (a nie tylko możliwość) – czy też instytucja, o której mowa, ma zmierzać do wydania przez Prezesa UOKiK decyzji w postaci zgody bezwarunkowej. Nie zostało również wskazane, czy instytucja ta będzie mieć zastosowanie tylko w drugiej fazie postępowania w sprawach koncentracji, czy również do „prostych” transakcji.
14. W związku z tym konieczne jest uściślenie regulacji oraz stosowanie tej instytucji obligatoryjnie we wszystkich przypadkach, w których organ dostrzeże możliwość wydania decyzji negatywnej lub warunkowej.
15. Przede wszystkim jednak konieczne jest wprowadzenie do Ustawy maksymalnego terminu, w jakim organ będzie mógł zgłosić przedsiębiorcy (przedsiębiorcom) takie zastrzeżenia np. najpóźniej w połowie terminu przewidzianego na rozpatrzenie sprawy. Termin ten, z jednej strony - umożliwi organowi zapoznanie się z założeniami transakcji, z drugiej natomiast strony - stwarza lepsze gwarancje pewności prawnej i ewentualne mniejsze straty dla przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, którzy w oczekiwaniu na decyzję Prezesa UOKiK nie mogą co prawda zrealizować transakcji, jednakże mogą czynić pewne przygotowania do jej wdrożenia oraz mogą realizować np. publiczną ofertę kupna akcji lub udziałów.
16. Warto również zaznaczyć, że już obecnie, na podstawie art. 74 Ustawy, Prezes UOKiK mógł wydając decyzję (również kończącą postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji) uwzględnić tylko takie zarzuty, do których strony (tutaj zgłaszający) mogły się ustosunkować.
17. Literalne brzmienie tego przepisu, wraz z treścią art. 10 Kodeksu postępowania administracyjnego, przewidującego prawo strony do czynnego udziału w postępowaniu, powinno powodować, że Prezes UOKiK – w razie zakwestionowania opinii przedsiębiorcy zgłaszającego koncentrację co do braku negatywnych jej skutków dla konkurencji – powinien przed wydaniem decyzji jasno sformułować zarzuty i przedstawić własne stanowisko z podaniem uzasadnienia, umożliwiając przedsiębiorcy zajęcie stanowiska przed wydaniem końcowej decyzji w sprawie.

**(d) *Utajnienie części sentencji decyzji Prezesa UOKiK wyrażającej warunkową zgodę na koncentrację***

18. Na aprobatę zasługuje propozycja utajnienia części sentencji decyzji Prezesa UOKiK, wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji w przypadku zrealizowania przez przedsiębiorcę określonych warunków np. sprzedaży części przedsiębiorstwa.
19. Obecnie, publikacja takiej decyzji Prezesa UOKiK oraz świadomość przedmiotu i terminu warunku wśród potencjalnych kupców powoduje duże trudności negocjacyjne po stronie przedsiębiorcy zobowiązanego do spełnienia warunku, co niejednokrotnie prowadziło do sprzedaży mienia po cenie niższej niż rynkowa. Takie rozwiązanie z pewnością nie sprzyja wspieraniu konkurencji na rynku.
20. Dlatego, oprócz samego **terminu**, w jakim organ nakazuje przedsiębiorcy spełnić warunek, należy również umożliwić utajnienie pewnych **szczegółów dotyczących przedmiotu samego warunku** np. informacji wskazujących, który konkretnie zakład lub jaka część przedsiębiorcy lub jego działalności ma zostać zbyta. „Utajnienie” przedmiotu warunku mogłoby zależeć od wniosku i jego uzasadnienia przez przedsiębiorcę.
21. Tego rodzaju rozwiązanie uniemożliwi naszym zdaniem wywieranie na zobowiązanego przedsiębiorcę przez potencjalnych kupców (w tym jego bezpośrednich konkurentów) nacisków negocjacyjnych. Zresztą należy zauważyć, że w obecnym kształcie Ustawy prawo zaskarżenia takiej decyzji przysługuje tylko podmiotowi zgłaszającemu transakcję.

**(e) *Rozszerzenie wyłączenia spod obowiązku zgłaszania koncentracji oraz koncentracje wieloetapowe***

22. Na poparcie zasługuje propozycja wyłączenia spod kontroli Prezesa UOKiK (i obowiązku zgłaszania) koncentracji polegających na połączeniu przedsiębiorców osiągających niewielki obrót na terytorium RP lub tworzenia przez nich wspólnych przedsiębiorców – podobnie jak to miało miejsce dotychczas przy transakcjach polegających na przejmowaniu kontroli nad przedsiębiorcą (przedsiębiorcami) nie osiągającym (nie osiągającymi) wysokich obrotów na terytorium RP.
23. O ile jednak sama idea zasługuje na aprobatę, należy zwrócić uwagę na potrzebę **precyzyjnego uregulowania** w Ustawie tego zagadnienia tj. przykładowo wskazania, czy niski próg obrotów (jak można domniemywać 10 milionów Euro – choć nie zostało to stwierdzone w projekcie zmian) będzie dotyczył obu (wszystkich) łączących się przedsiębiorców czy tylko jednego z nich oraz czego będzie dotyczył próg niskiego obrotu w przypadku koncentracji polegającej na tworzeniu wspólnego przedsiębiorcy. Jak zaznaczono powyżej, warto również rozważyć podniesienie wartości progu wyłączenia, z uwagi na inne warunki rynkowe w stosunku do tych z 2007 roku.

24. Podobnie, w ramach planów Prezesa UOKiK dotyczących wyeliminowania obchodzenia przepisów Ustawy poprzez dokonywanie **transakcji wieloetapowych**, konieczne jest wprowadzenie w Ustawie definicji lub **kryteriów oceny**, na bazie których będzie można uznać, czy dana transakcja jest właśnie koncentracją wieloetapową, czy mamy do czynienia z szeregiem niezależnych transakcji. W szczególności chodzi tutaj o odpowiednie określenie przedziału czasowego, decydującego o możliwości łączenia pozornie odrębnych transakcji.

*(f) **Dopuszczenie do udziału w postępowaniu stron trzecich oraz kwestia dostępu do akt postępowania***

25. Obecnie jedyną stroną postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji jest zgłaszający ją przedsiębiorca (czyli np. przedsiębiorca przejmujący kontrolę zgodnie z art. 13 ust. 2 pkt 2 Ustawy). Oznacza to, że tylko temu przedsiębiorcy przysługuje uprawnienie do zaskarżenia **negatywnej lub warunkowej** decyzji Prezesa UOKiK. Uprawnienia takiego nie ma już na przykład przedsiębiorca, nad którym kontrola jest przejmowana. **Jednak uprawnienie do zaskarżenia takiej decyzji Prezesa UOKiK powinni mieć także przedsiębiorcy, których koncentracja ze względu na jej skutki dotyka, w tym również konkurenci.**

26. Celowe jest także wprowadzenie do Ustawy formalnej **możliwości wysłuchania** przez organ **stanowiska stron trzecich odnośnie zgłoszonej koncentracji** – i to nie tylko pozostałych (oprócz zgłaszającego) przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, ale również innych podmiotów, które wykażą uzasadniony interes w tym względzie.

27. Podobne do postulowanego rozwiązanie funkcjonuje obecnie w postępowaniu dot. kontroli koncentracji prowadzonym przez **Komisję Europejską**. Na podstawie art. 18 ust. 4 Rozporządzenia z 20 stycznia 2004 roku nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw oraz art. 16 i art. 11 pkt (b) i (c) Rozporządzenia nr 802/2004 z 7 kwietnia 2004 roku w sprawie wykonywania rozporządzenia nr 139/2004. Prawo do bycia wysłuchanym mają też np. osoby trzecie, w tym **klienci, dostawcy, konkurenci**, pod warunkiem, że wykażą swój uzasadniony interes.

28. Z tych powodów, nie można zaakceptować m.in. propozycji Prezesa UOKiK dotyczącej wyłączenia funkcjonującej dotychczas na podstawie art. 31 Kodeksu postępowania administracyjnego możliwości dopuszczenia do udziału w postępowaniu organizacji społecznych.

29. Wreszcie, za zasadne należy uznać również rozszerzenie możliwości **dostępu wskazanych wyżej podmiotów do akt postępowania** w sprawach koncentracji – także na kształt rozwiązania funkcjonującego w postępowaniu prowadzonym w tych sprawach przez Komisję Europejską, - **przy**

**uwzględnieniu uzasadnionego interesu przedsiębiorstw w odniesieniu do ochrony informacji stanowiących ich tajemnice handlowe** (art. 18 ust. 3 Rozporządzenia nr 139/2004).

**(g) Zakres obowiązku przedstawiania informacji w ramach zgłoszenia koncentracji i w toku tego postępowania**

30. Zakres obowiązku przedsiębiorcy do przedstawiania Prezesowi UOKiK informacji związanych ze zgłaszaną koncentracją (wskazany w Rozporządzeniu z 17 lipca 2007 roku w sprawie zgłaszania zamiaru koncentracji przedsiębiorców oraz jego Załączniku) jest niezwykle szeroki.
31. Jednocześnie, jeżeli przedsiębiorca, choćby nieumyślnie, podał Prezesowi UOKiK nieprawdziwe dane w tym zakresie lub też nie udzielił informacji żądanych przez Prezesa UOKiK – grozi mu kara w wysokości aż do 50 milionów Euro.
32. **W ocenie prawników przedsiębiorstw, istnieje potrzeba bardziej precyzyjnego wskazania zakresu informacji, jakie przedsiębiorca ma obowiązek przedłożyć organowi w tym zakresie** – zwłaszcza w kontekście punktu 6.8 WID (Załącznika do Rozporządzenia w sprawie zgłaszania zamiaru koncentracji przedsiębiorców), który przewiduje, że przedsiębiorca ten ma przedstawić: *„Kopie analiz, raportów, studiów i badań przygotowanych dla członków lub na posiedzenie zarządu, rady nadzorczej lub walnego zgromadzenia lub zgromadzenia wspólników w celu oceny lub analizy koncentracji pod względem warunków konkurencji, konkurentów aktualnych i potencjalnych, a także warunków panujących na rynku.”*
33. Sformułowanie to jest bardzo nieprecyzyjne i rodzi wątpliwości interpretacyjne, o czym może na przykład świadczyć stan faktyczny sprawy zakończonej decyzją Prezesa UOKiK nr DKK-6/2012 z 30 stycznia 2012 roku, w której spółka UPC Polska sp. z o.o. została ukarana za niepoinformowanie organu o istnieniu raportu o charakterze *„Commercial Due Diligence”* oraz nieprzedstawienie go w żądanym przez organ terminie karą w wysokości 775 000 zł.
34. Ponadto, szeroka interpretacja tego zapisu może prowadzić do naruszenia tajemnicy zawodowej oraz tajemnicy obrończej.
35. Raport o charakterze analizy prawnej, sporządzonej na potrzeby planowanej transakcji, może zawierać informacje o klauzulach zawartych w obecnie funkcjonujących umowach, które mogą być zakwestionowane z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji. W związku z tym **postulujemy usunięcie punktu 6.8. z Załącznika do Rozporządzenia w sprawie zgłaszania zamiaru koncentracji przedsiębiorców**. Obowiązki w tym zakresie nie istnieją w wielu jurysdykcjach.

**(h) Instytucja ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych dla dokonania koncentracji**

36. W świetle zaproponowanych przez UOKiK zmian, konieczne jest wprowadzenie do polskiego porządku prawnego (bądź do samej Ustawy lub w formie wytycznych Prezesa UOKiK) możliwości zastrzeżenia przez przedsiębiorców planujących przeprowadzenie koncentracji, pewnych ograniczeń, które w innych warunkach byłyby zakwestionowane przez organ ochrony konkurencji jako naruszające konkurencję np. zakaz konkutowania.
37. Komisja Europejska już w 2005 roku uznała, że pewne ograniczenia konkutowania przedsiębiorców mogą być konieczne, aby sama koncentracja mogła dojść do skutku. Dlatego wprowadzona została koncepcja „ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych dla dokonania koncentracji” wraz z wytycznymi Komisji Europejskiej w formie **Komunikatu w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych dla dokonania koncentracji (2005/C 56/03) („ancillary restraints”)**.
38. Brak podobnej instytucji w polskich uregulowaniach narusza zasadę pewności prawa, i uzasadnione interesy przedsiębiorców.

## **II. KONTROLA**

**(a) Wszczęcie kontroli podczas nieobecności kontrolowanego – koncepcja „osoby obecnej w miejscu kontroli”**

39. Prezes UOKiK proponuje zmiany w ustawie dot. osoby, której można wręczyć upoważnienie do przeprowadzenia kontroli i okazać legitymację służbową. Ma to być **każda „osoba obecna w miejscu kontroli, będąca pracownikiem kontrolowanego lub wykonująca czynności na rzecz kontrolowanego”**.
40. Dotychczas, w razie nieobecności kontrolowanego, kontrolujący mogli rozpocząć kontrolę poprzez wręczenie upoważnienia **„osobie czynnej w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności”**, którą „w razie wątpliwości poczytuje się za **umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa.**” Koncepcja ta wywodzi się z art. 97 Kodeksu cywilnego.
41. Należy zauważyć, że koncepcja „każdej osoby obecnej w miejscu kontroli wykonującej czynności na rzecz kontrolowanego” jest znacznie szersza niż stosowana dotychczas koncepcja osoby czynnej w lokalu przedsiębiorstwa, która dotyczyła przede wszystkim osób uprawnionych do zawierania z klientami przedsiębiorstwa umów lub dokonywania innych czynności prawnych, a więc osób cieszących się zwiększonym poziomem zaufania ze strony kontrolowanego.

42. Tymczasem, **planowana koncepcja zakłada możliwość rozpoczęcia kontroli po wręczeniu upoważnienia również osobie zupełnie przypadkowej – np. członkowi ekipy sprzątającej. W naszej ocenie jest to zbyt daleko idąca zmiana.**

43. Czynność wręczenia upoważnienia i okazania legitymacji służbowych łączy się z uprawnieniem kontrolowanego do weryfikacji tych dokumentów, do czego szeregowy pracownik może nie mieć kompetencji. Taka osoba może też np. nie mieć wiedzy na temat osób reprezentujących przedsiębiorcę i ich danych kontaktowych, co może skutkować tym, że przedsiębiorca nie będzie świadomy przebiegającej u niego kontroli.

**(b) Osoba upoważniona do reprezentowania kontrolowanego w toku kontroli – w tym do udzielania informacji**

44. W zakresie kwestii określenia „osoby upoważnionej do reprezentowania kontrolowanego”, termin ten powinien zostać **sprecyzowany w ustawie**, gdyż obecnie rodzi wątpliwości interpretacyjne, a praktyka jego stosowania przez organ prowadzi do sporów w toku postępowań kontrolnych.

45. Wybór tej osoby należy do kontrolowanego przedsiębiorcy, a nie zaś do prowadzących kontrolę pracowników Urzędu. Decyzja o tym, kto jest osobą upoważnioną do reprezentowania kontrolowanego, nie może należeć do Prezesa UOKiK.

Należy również zaznaczyć, że rolą tej osoby nie jest udzielanie wyjaśnień co do okoliczności antykonkurencyjnej praktyki, w sprawie której toczy się postępowanie, ale koordynacja sprawnego przebiegu samej kontroli (np. udostępnianie dokumentacji). Osoba ta nie powinna składać wyjaśnień o takim charakterze, zwłaszcza mając świadomość grożącej przedsiębiorcy kary za brak współpracy z organem w toku kontroli.

46. Ma to szczególne znaczenie w kontekście prawa przedsiębiorcy do **wolności od samooskarżania się** (o którym wspominaliśmy m.in. przy uwagach dotyczących koncentracji) oraz przewidywanym przez Prezesa UOKiK wprowadzeniu **odpowiedzialności osób fizycznych za antykonkurencyjne praktyki.**

**(c) Kopiowanie informacji zawartych na informatycznych nośnikach danych**

47. Prezes UOKiK przewiduje rozszerzenie swojego uprawnienia do „sporządzenia notatek” z akt w formie elektronicznej, wskazując, że *„mając na względzie wykładnię celowościową tego przepisu przyjmuje się, iż możliwość sporządzania notatek z dokumentacji prowadzonej przez przedsiębiorców w formie elektronicznej i znajdujących się na różnego rodzaju nośnikach danych należy rozumieć jako uprawnienie kontrolujących do kopiowania tych danych w toku kontroli”.*



48. Rozwiązanie to przede wszystkim zaprzecza koncepcji sporządzania notatek – nawet w potocznym znaczeniu tego słowa „**notatka**” **nie jest „kopia”**.
49. Należy wskazać, że takie rozwiązanie sprawia, że **kontrolowany przedsiębiorca nie ma dokładnej wiedzy na temat zakresu i przedmiotu skopiowanych przez kontrolujących informacji**. Ma to istotne znaczenie np. z punktu widzenia ochrony informacji objętych „**tajemnicą obrończą**” czy też **tajemnicą zawodową** (o czym w dziale dotyczącym „tajemnicy obrończej”). Z drugiej strony, tak szeroko zakreślone uprawnienie dopuszczające kopiowanie przez organ **informacji niezwiązanych z zakresem prowadzonej kontroli**, jest nieproporcjonalne i w nadmiernym zakresie ingeruje w swobodę działania przedsiębiorcy.
50. Nawet uwzględniając specyfikę danych elektronicznych, które mogą zawierać bardzo duże ilości informacji – istnieją procedury umożliwiające organowi z jednej strony zebranie materiału dowodowego związanego z przedmiotem prowadzonej kontroli, a z drugiej – ochronę praw kontrolowanego (tryb stosowany w praktyce inspekcyjnej Komisji Europejskiej).

*(d) Termin zajęcia*

51. Proponowane przez Prezesa UOKiK „doprecyzowanie” maksymalnego dopuszczalnego terminu zajęcia stanowiska do siedmiu **dni roboczych**, oznacza w rzeczywistości jego przedłużenie. Polski prawodawca nie przewiduje możliwości obliczania terminu na podstawie dni roboczych, a kalendarzowych. Postulujemy pozostawienie dotychczasowego rozwiązania w Ustawie.
52. Zwracamy też uwagę, że kontrolowany ma siedem **dni kalendarzowych** na złożenie zastrzeżeń do protokołu kontroli.

*(e) Termin dopuszczalnego oczekiwania kontrolujących*

53. Istotnym z punktu widzenia efektywnej obrony jest wprowadzenie rozwiązania, zgodnie z którym w sytuacji, kiedy kontrolowany oświadczy, że chce skorzystać z pomocy pełnomocnika podczas kontroli, organ powinien mu umożliwić skontaktowanie się z nim. Oczekując na jego przybycie, kontrolujący powinni być uprawnieni jedynie do podejmowania czynności niezbędnych do zabezpieczenia prawidłowego toku kontroli.

### **III. PRZESZUKANIE**

54. Pozytywnie należy odnieść się do propozycji Prezesa UOKiK zmierzającej do całościowego uregulowania instytucji przeszukania w Ustawie. Jednocześnie należy jednak podkreślić, iż zabieg ten w ocenie prawników przedsiębiorstw winien skutkować wzmocnieniem gwarancji ochrony praw przedsiębiorców w toku dokonywania przeszukania przez Prezesa UOKiK, zgodnie ze standardem

określonym w art. 6 i 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności („Konwencja”)<sup>2</sup>. Z tego punktu widzenia niektóre z rozwiązań proponowanych przez Prezesa UOKiK w projekcie założeń muszą budzić **wątpliwości**.

**(a) Zaskarżalność postanowienia w przedmiocie przeszukania**

55. W kontekście powyższej uwagi, zdumienie musi budzić fakt braku wprowadzenia możliwości zaskarżenia przez podmiot poddany przeszukaniu postanowienia SOKiK w tym przedmiocie. Należy podkreślić, iż konieczność zapewnienia w tym zakresie prawa do zaskarżenia potwierdzona została w wielu orzeczeniach ETPCz (m.in. w sprawach Canal Plus<sup>3</sup> i Primagaz<sup>4</sup> z 21 grudnia 2010 roku ETPCz uznał, iż brak możliwości sądowej weryfikacji postanowienia w przedmiocie przeszukania w związku z podejrzeniem naruszenia prawa konkurencji narusza art. 6 ust. 1 Konwencji).

56. Z powyższą kwestią związana jest również konieczność uregulowania w Ustawie zakresu informacji, jakie Prezes UOKiK musi zamieścić w uzasadnieniu wniosku o wydanie postanowienia w przedmiocie przeszukania. W ocenie prawników przedsiębiorstw, wniosek taki powinien obejmować wskazanie okoliczności uzasadniających podejrzenie zaistnienia praktyki antykonkurencyjnej, a także uzasadnienie w zakresie konieczności skorzystania z przeszukania. Dla zapewnienia efektywnej kontroli sądowej, do wniosku powinny zostać także dołączone dokumenty i dowody powoływane w nim przez Prezesa UOKiK.

**(b) Legal Professional Privilege – „tajemnica obrończa”**

57. W związku z rezygnacją przez Prezesa UOKiK z możliwości odwołania w odniesieniu do instytucji przeszukania do art. 225 i 226 K.p.k., Prezes UOKiK proponuje wprowadzenie do Ustawy całościowej regulacji dotyczącej ochrony tajemnic prawnie chronionych. W ocenie prawników przedsiębiorstw, przedmiotowe rozwiązanie nie powinno w żadnym przypadku ograniczać dotychczas przyjętego w postępowaniu przed Prezesem UOKiK standardu ochrony tajemnic związanych z korzystaniem przez przedsiębiorców z pomocy prawnej świadczonej czy to przez zewnętrznych doradców prawnych (adwokatów/radców prawnych), czy też przez radców prawnych świadczących pomoc prawną na podstawie umów o pracę.

58. Jednocześnie Prezes UOKiK wprowadza w projekcie (Ustawy) rozróżnienie na dokumenty objęte instytucją „Legal Privilege” (odpowiadających jak się wydaje w pewnym stopniu instytucji tajemnicy obrończej z K.p.k.) oraz dokumenty objęte

---

<sup>2</sup> Europejska Konwencja o ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. – Dz. U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 z późn zm.

<sup>3</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 21 grudnia 2010 r. w sprawie 29408/08 *Societe Canal Plus et Autres v. France*, publikacja prasowa nr 998.

<sup>4</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 21 grudnia 2010 r. w sprawie 29613/08 *Comapgnie des gaz de petrole Primagaz v. France*, publikacja prasowa nr 998.

tajemnicą zawodową adwokatów i radców prawnych. Poniższe uwagi dotyczyć będą przede wszystkim tej pierwszej kategorii dokumentów tj. dokumentów zawierających tajemnicę obrończą.

(c) **Zakres ochrony**

59. Szczególne wątpliwości budzi zaproponowany przez Prezesa UOKiK zakres ochrony. Zgodnie bowiem z projektem założeń ochroną taką objęte byłyby **jedynie dokumenty związane z realizacją prawa do uzyskania ochrony prawnej w związku z postępowaniem przed Prezesem UOKiK w danej sprawie, przez adwokata lub radcę prawnego, który został ustanowiony przez przeszukiwanego pełnomocnikiem w postępowaniu przed Prezesem UOKiK.**
60. Odnosząc się do tak wąsko zakreślonych granic ochrony tajemnicy obrończej wskazać należy, iż niezwykle wąskie rozumienie wymogów dla objęcia tajemnicą obrończą wskazane przez Prezesa UOKiK w Projekcie założeń musi budzić poważne wątpliwości. Wskazać przede wszystkim należy tutaj na dwie kwestie:
61. **po pierwsze**, w ocenie prawników przedsiębiorstw objęte tajemnicą obrończą powinny być wszelkie dokumenty (korespondencja, notatki, opinie itp.) związane z udzielaniem pomocy prawnej przez prawników wewnętrznych lub zewnętrznych, **dotyczącej przedmiotu postępowania przed Prezesem UOKiK**, niezależnie czy powstały one przed, czy też w związku z formalnym wszczęciem postępowania przez Prezesa UOKiK. Warto tutaj wskazać, iż odmienne podejście w praktyce godziłoby w podstawę aksjologiczną tajemnicy obrończej, organ procesowy przełamywałby bowiem w ten sposób tajemnicę informacji przekazanej w zaufaniu przez klienta, umożliwiając ujawnienie zdarzeń, w tym bezprawnych, których osoba ta nie chciała ujawnić komukolwiek poza osobą udzielającą jej porady prawnej. Takie podejście w szczególności niweczyłoby przyznane na gruncie art. 6 Konwencji prawo do „wolności od samooskarżenia się”, którego to zastosowanie na gruncie Ustawy słusznie zauważa także Prezes UOKiK w projekcie założeń;
62. **po drugie**, nie jest zasadne ograniczenie możliwości korzystania z tajemnicy obrończej jedynie w odniesieniu do dokumentów pełnomocników i korespondencji z nimi. Wskazać należy, iż w praktyce często będzie zachodzić sytuacja, w której zawiadomienie/postanowienie w przedmiocie wszczęcia postępowania wyjaśniającego, czy antymonopolowego doręczane jest przedsiębiorcy razem z postanowieniem w przedmiocie przeszukania, w konsekwencji czego przedsiębiorca może nie posiadać w danym momencie umocowanego pełnomocnika, już w czasie przeszukania. Równie powszechną praktyką jest korzystanie z doradztwa zewnętrznych doradców prawnych w czasie trwania postępowania przed Prezesem UOKiK, bez udzielania im jednak pełnomocnictwa do reprezentowania w toku postępowania.

(d) **Gwarancje ochrony informacji objętych ochroną**

63. Istotne wątpliwości prawników przedsiębiorców budzi przyjęty w projekcie założeń wymóg złożenia oświadczenia, co do konkretnego dokumentu dla zapewnienia gwarancji uzyskania ochrony. Zgodnie bowiem z projektem założeń, ochrona taka będzie uzyskiwana tylko w sytuacji, **gdy przeszukiwany lub osoba przez niego upoważniona oświadczy, że znalezione konkretne dokumenty zawierają informacje objęte ochroną**. Podejście takie budzi istotne wątpliwości:
64. **po pierwsze**, przeszukanie może się odbyć bez obecności przeszukiwanego lub osoby przez niego upoważnionej. W konsekwencji przyjęty przez Prezesa UOKiK model prowadziłyby do pozbawienia ochrony dokumentów objętych ochroną lub które powinny być objęte ochroną w takich przypadkach;
65. **po drugie**, w praktyce, w sytuacji gdy przeszukujący zajmować będą szereg dokumentów, może okazać się niezwykle trudne w warunkach trwającej kontroli wskazanie konkretnych dokumentów zawierających chronione informacje;
66. **po trzecie**, w ocenie prawników przedsiębiorstw identycznie powinna traktowana sytuacja, w której z informacji posiadanych przez przeszukujących wynika jednoznacznie, iż jest to dokument podlegający ochronie. Należy zaznaczyć, iż w praktyce zarówno doradcy zewnętrzeni, jak i radcy prawni wykonujący zawód w ramach umowy o pracę często w tytułach lub, nagłówkach wiadomości w sposób jednoznaczny oznaczają dokumenty, korespondencję elektroniczną jako np. „objęte tajemnicą adwokacką”, „objęte tajemnicą zawodową” itp. W takich przypadkach przeszukujący sami winni zaniechać zapoznania się z treścią takich dokumentów.
67. Wątpliwości budzi także zastrzeżenie dla przeszukujących prawa „pobieżnego zapoznania się z dokumentem” w przypadku wątpliwości w zakresie rzeczywistego objęcia go ochroną. Przede wszystkim, skoro w świetle planowanej regulacji decyzja w zakresie możliwości wykorzystania dowodowego przedmiotowych dokumentów należy do SOKiK, trudno jest dopatrzeć się jakiegokolwiek potrzeby dla przyznania przeszukującemu takiego uprawnienia, tym bardziej, że określenie dopuszczalnego zakresu uprawnionego zapoznania się z dokumentem zawsze musiałoby być oparte o określenia nieostre mogące w praktyce wywoływać liczne wątpliwości, a także być powodem nadużycia gwarancji procesowych. Niezależnie od powyższego w każdym wypadku winno być jasne, iż przeszukujący nie posiada uprawnienia do nawet pobieżnego zapoznania się z treścią dokumentu.
68. Osobnego potraktowania wymaga z kolei kwestia kopiowania w całości zawartości nośników danych, wynikająca z praktyki Prezesa UOKiK. W tym aspekcie wskazać należy, iż słusznie Prezes UOKiK zauważa, iż przyjęta praktyka kopiowania całych nośników danych w czasie przeszukania *de facto* uniemożliwia złożenie przez przeszukiwanego oświadczenia dotyczącego konkretnych dokumentów, objętych

czy to tajemnicą obrończą, czy to zawodową. Przyjęta jednak w takich przypadkach procedura, zakładająca możliwość złożenia przez kontrolowanego w terminie 14 dni od zakończenia przeszukania zastrzeżenia co do dokumentów znajdujących się na nośnikach danych, jest w naszej ocenie nie do przyjęcia.

69. Przede wszystkim wymaga podkreślenia, iż przyjęta w projekcie założeń procedura nie zapewnia wystarczającej gwarancji praw przedsiębiorcy. W ocenie prawników przedsiębiorstw należy negatywnie odnieść się do koncepcji dokonywania przeszukania w sposób polegający na kopiowaniu zawartości całych nośników danych. Praktyka taka narusza bowiem regułę proporcjonalności. Przedmiotem przeszukania winno być ujawnienie dowodów dotyczących konkretnie określonego przedmiotu postępowania, w konsekwencji czego przeszukający ma prawo kopiować jedynie te informacje znajdujące się na nośnikach danych, które związane są z przedmiotem kontroli. Fakt, iż na danym nośniku danych, wśród tysięcy innych danych i informacji, mogą znajdować się także informacje związane z przedmiotem kontroli nie uzasadnia w żadnym wypadku kopiowania zawartości całego nośnika. Z punktu widzenia gwarancji procesowych nie bez znaczenia pozostaje także i ta okoliczność, że takie działanie Prezesa UOKiK umożliwia mu zapoznanie się z dokumentami przedsiębiorców, do których posiadania nie został uprawniony w postanowieniu SOKiK upoważniającym do dokonania przeszukania w związku ze ściśle określonym przedmiotem postępowania. Takie działanie może też naruszać prawo do prywatności osób fizycznych użytkujących dane nośniki.

#### (e) **Zażalenie**

70. Z uznaniem należy przyjąć propozycję wprowadzenia do Ustawy możliwości zaskarżania czynności przeszukania, które są sprzeczne z przepisami prawa. Jednak, w sposób jednoznacznie krytyczny należy odnieść się do szczegółowego uregulowania niniejszej kwestii, zwłaszcza w zakresie uregulowania terminów złożenia zażalenia:

71. **po pierwsze**, w ocenie prawników przedsiębiorstw uregulowanie, przyjmujące terminy różnej długości na złożenie zażalenia przez przedsiębiorcę (3 dni) i złożenie odpowiedzi na zażalenie przez Prezesa UOKiK (7 dni) stoi w jaskrawej sprzeczności z zasadą równości praw stron w procesie (tzw. zasada „równości broni”). W związku z powyższym postulujemy zrównanie terminów przysługujących przedsiębiorcy i Prezesowi UOKiK na złożenie odpowiednio zażalenia i odpowiedzi na zażalenie;

72. **po drugie**, należy wskazać, iż bieg terminu do złożenia zażalenia wobec czynności Prezesa UOKiK powinien być liczony nie „od dnia zarzucanego naruszenia”, ale od dnia, w którym przedsiębiorca dowiedział się o tym naruszeniu. Należy podkreślić, iż powyższe ma szczególne uzasadnienie skoro Ustawa przewiduje możliwość

dokonania przeszukania bez obecności przeszukiwanego lub osoby upoważnionej do jego reprezentowania;

73. **po trzecie**, należy uwzględnić, iż w wielu przypadkach o ewentualnych naruszeniach, przedsiębiorca może uzyskać wiedzę dopiero po uzyskaniu od Prezesa UOKiK dokumentu opisującego przebieg przeszukania, tj. protokołu przeszukania. Dlatego też przedsiębiorcy powinno przysługiwać prawo złożenia zażalenia na czynności Prezesa UOKiK, także po doręczeniu mu przez Prezesa UOKiK tego protokołu. Warto w tym miejscu zaznaczyć, iż w Ustawie powinien zostać określony termin, w którym Prezes UOKiK powinien dostarczyć przedsiębiorcy protokół przeszukania.

#### IV. ŚRODKI ZARADCZE

74. Instytucja środków zaradczych w proponowanym kształcie, zdaniem prawników przedsiębiorstw, wykracza poza tradycyjne metody regulacji prawa konkurencji, przez co niebezpiecznie zbliża się do instrumentów regulacji sektorowej. **Prawo konkurencji koncentruje się na oddziaływaniu na zachowania przedsiębiorców w sposób negatywny i to zwykle ex post, tj. poprzez formułowanie zakazów i ich efektywne egzekwowanie.** Tymczasem planowane środki zaradcze mają charakter nie tylko „szczegółowego sposobu wykonania decyzji” jak chce Prezes UOKiK, ale wręcz strukturalnych środków regulacji rynku.
75. Już w komentarzu do ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów z dnia 24 lutego 1990 roku (art. 8 ust. 1 i 3; dalej „Ustawa Antymonopolowa”), w której przewidywano możliwość „określenia warunków zaniechania” praktyki monopolistycznej przez Prezesa UOKiK, podkreślano, że Organ „nie może jednak przy tej okazji nakazywać stronie spełnienia działań pozytywnych”<sup>5</sup>. Zupełnie wyjątkowo, w ograniczonym zakresie art. 8 ust. 3 Ustawy Antymonopolowej przewidywał, że jeżeli skutek stosowania praktyk monopolistycznych nastąpiło podwyższenie cen, to wówczas Prezes UOKiK może wydać decyzję o ich obniżeniu oraz określić w niej czas obowiązywania ceny i warunki jej zmiany przez przedsiębiorcę w tym czasie. Przy czym, jeśli chodzi o ustalenie przez Prezesa UOKiK cen na okres przyszły, to mogło to dotyczyć jedynie krótkich okresów.
76. Proponowana możliwość nakładania na przedsiębiorców wiążących nakazów - w postaci np. obowiązku udostępnienia infrastruktury, udzielenia licencji, świadczenia określonych usług, rozdzielenia przedsiębiorcy - czy nakazu wydzielenia określonych rodzajów działalności gospodarczej do odrębnych podmiotów gospodarczych, stanowią nic innego jak mechanizm sterowania

---

<sup>5</sup> Tak: S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa, komentarz*, Warszawa 1999, str. 269.

procesami gospodarczymi, typowy dla regulacji sektorowej. Jest to powrót do porzuconej instytucji z ustawy z 1990 roku tylko w znacznie szerszym, w zasadzie nieograniczonym zakresie.

77. W swoich propozycjach Prezes UOKiK zmierza zatem w kierunku **dublowania rozwiązań regulacji sektorowych, co w praktyce może doprowadzić do konfliktów kompetencyjnych z organami regulacyjnymi**, takimi jak Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej czy Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, a w konsekwencji do przeregulowania rynków.
78. Nie jest również adekwatne powoływanie się na przepisy prawa Unii Europejskiej, jako rzekomo uzasadniające wprowadzenie do prawa polskiego środków zaradczych. Art. 7 Rozporządzenia Rady (WE) NR 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 roku w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, przewiduje możliwość stosowania przez Komisję Europejską środków strukturalnych, ale jedynie **w celu zaprzestania** przez przedsiębiorcę wykrytego naruszenia prawa konkurencji, a nie – jak proponuje Prezes UOKiK – **usunięcia skutków** naruszenia. Ponadto jest to środek ostateczny, który może być stosowany **tylko wtedy, gdy nie istnieją równie skuteczne środki behawioralne lub gdy równie skutecznie środki behawioralne byłyby bardziej uciążliwe dla zainteresowanych przedsiębiorstw niż środki strukturalne**. Trzeba wskazać, że na gruncie prawa europejskiego decyzje stosujące środki zaradcze wydano do tej pory jedynie w przypadku 5 postępowań kartelowych<sup>6</sup>.
79. Jeśli takie rozwiązanie miałyby zaistnieć w polskiej Ustawie, to postulujemy poddanie tego instrumentu ścisłym ograniczeniom na wzór rozwiązań europejskich<sup>7</sup>. **Uważamy za konieczne wskazanie w tym zakresie zamkniętego katalogu środków zaradczych oraz ograniczenie ich stosowania jedynie w celu zmuszenia przedsiębiorcy do zaprzestania naruszenia i to tylko w sytuacji, jeśli organ – na podstawie analizy rynku – uzna to za niezbędne.**
80. **Niedopuszczalne wydaje się w szczególności, by tego rodzaju środki zaradcze miały zmierzać do naprawienia szkody.** Kwestie ustalenia obowiązku naprawienia szkody należą bowiem do sfery prawa cywilnego i stanowią element sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Jako takie, zastrzeżone są do kompetencji sądów powszechnych. Co więcej, taką propozycję Prezesa UOKiK należy uznać za zaskakującą w sytuacji promowania przez Komisję Europejską prywatnoprawnych narzędzi wdrażania prawa konkurencji (private enforcement).

---

<sup>6</sup> Por. [http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels\\_settlements/settlements\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlements_en.html)

<sup>7</sup> W polskim modelu prawa administracyjnego, stosowanie tego instrumentu przez organ administracji podlegałoby raczej ograniczonej kontroli, ze względu na brak ścisłych (nie ocennych) kryteriów stosowania.

## V. KARY PIENIĘŻNE

81. Środowisko prawników przedsiębiorstw z aprobatą odnosi się do proponowanych zmian dotyczących dookreślenia przesłanek ustalania wysokości kar pieniężnych. Obok wyraźnego wskazania w ustawie poszczególnych przesłanek byłoby jednak wskazane dookreślenie także, jak (w jakim konkretnie stopniu) przesłanki te mają wpływać na wymiar kary.

82. Ponadto, proponowane przez nas zmiany obejmują:

**(f) Ograniczenie podstawy ustalania wysokości kary do wysokości przychodu osiąganego z działalności objętej niedozwoloną praktyką**

83. W ocenie prawników przedsiębiorstw zasadna jest zmiana sposobu ustalania wysokości kar pieniężnych nakładanych na przedsiębiorców, poprzez odniesienie wysokości kary do przychodu osiągniętego przez przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jednak **wyłącznie w zakresie obszaru działalności przedsiębiorcy objętego niedozwoloną praktyką.**

84. Ma to istotne znaczenie dla wysokości kary pieniężnej w sytuacji, gdy działalność, której dotyczyła stosowana praktyka antykonkurencyjna, stanowi jedynie marginalny obszar aktywności danego przedsiębiorcy. Przyjęcie za podstawę wymiaru kary jedynie przychodu przedsiębiorcy, osiąganego w związku z daną praktyką antykonkurencyjną, będzie korespondować z rzeczywistymi korzyściami osiąganymi przez podmiot naruszający Ustawę. **Taki sposób sankcjonowania naruszeń stanowiłby zatem realizację zasady proporcjonalności.**

85. Można się w tym kontekście posłużyć przykładem zmowy na rynku farb i lakierów (Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK-12/2010), w przypadku której wysokość kary została ustalona w oparciu o cały przychód osiągany przez przedsiębiorców prowadzących markety budowlane, podczas gdy rzeczywisty przychód osiągany z działalności objętej niedozwolonym porozumieniem był wielokrotnie niższy, a w niektórych przypadkach – marginalny.

86. Przyjęcie w projekcie nowelizacji Ustawy powyższego rozwiązania byłoby zgodne z metodologią ustalania wysokości kar pieniężnych przyjętą na gruncie prawa Unii Europejskiej i stosowaną przez Komisję Europejską. Jak wskazano bowiem w Wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien<sup>8</sup>: „*W celu ustalenia kwoty podstawowej grzywiny, Komisja uwzględni wartość sprzedaży dóbr lub usług zrealizowanych przez przedsiębiorstwo, mających bezpośredni lub*

---

<sup>8</sup> Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003, pkt 13.



**pośredni związek z naruszeniem** w danym sektorze geograficznym na terytorium EOG”.

**(g) Określenie wysokości kar pieniężnych w walucie polskiej**

87. Ponadto, należy postulować, aby kary pieniężne, określone w ustawie kwotowo, były ujęte w walucie polskiej, a nie w Euro. Po pierwsze, znakiem pieniężnym Rzeczypospolitej Polskiej oraz prawnym środkiem płatniczym w Polsce jest złoty. Po drugie, **wyrażenie kar pieniężnych w walucie polskiej pozwoliłoby uniknąć elementu niepewności związanego z ryzykiem kursowym**, które – szczególnie w czasach kryzysu gospodarczego – może stanowić istotny czynnik ryzyka dla przedsiębiorców. **Ujęcie kar w Euro prowadzi do nieuzasadnionego różnicowania kar nakładanych na przedsiębiorców za takie same lub podobne naruszenia.**

88. Tytułem przykładu można wskazać, że kurs EUR do PLN na przestrzeni ostatniego roku zmienił się o blisko 10%. Np. w przypadku decyzji nr DOK-9/2010 kara nałożona w 2010 r. wyniosła 123.246.000 PLN. Gdyby decyzja wydana została dwa miesiące później, kara wyniosłaby już 118.809.000 PLN. Natomiast wydanie tej samej decyzji w roku 2012 powodowałoby, że jej wysokość wyniosłaby 132.504.000 PLN. Mamy więc do czynienia z wahaniami rzędu od kilku do kilkunastu milionów złotych.

**(h) Przychód podstawą wymiaru kar pieniężnych za naruszenia proceduralne**

89. W odniesieniu do kar proceduralnych, wzorem ustawodawstwa Unii Europejskiej, prawnicy przedsiębiorstw opowiadają się za rezygnacją z ich ujęcia kwotowego (50.000.000 EUR) na rzecz ich wymiaru, w oparciu o procent przychodu przedsiębiorcy. Tego rodzaju kary nie powinny przekraczać 1% przychodu przedsiębiorcy osiągniętego w roku poprzedzającym rok nałożenia kary.

90. Ujęcie to pozwoliłoby na indywidualizację sankcji i dostosowanie kary do sytuacji ekonomicznej przedsiębiorcy oraz skali prowadzonej przez niego działalności, zapewniając z jednej strony dolegliwość sankcji, z drugiej natomiast jej proporcjonalność. Przyczyniłoby się to również do unifikacji mechanizmów nakładania kar w przypadku materialnych naruszeń prawa konkurencji i naruszeń proceduralnych.

## **VI. DOBROWOLNE PODDANIE SIĘ KARZE**

91. W zakresie instytucji dobrowolnego poddania się karze (*settlement*), założenia UOKiK zasadniczo odpowiadają regulacjom unijnym. W pierwszej kolejności należy jednak wskazać, iż zbyt daleko idącym i niezasadnym jest - pomimo podobnego uregulowania na poziomie UE - ograniczenie inicjatywy dotyczącej dobrowolnego poddania się karze wyłącznie do propozycji ze strony organu. Aby instrument ten

w pełni realizował swoje funkcje, celem jest przyznanie możliwości wystąpienia z wnioskiem o dobrowolne poddanie się karze także zainteresowanemu przedsiębiorcy.

92. Po drugie, szczególną uwagę należy zwrócić na kwestię sposobu postępowania w przypadku braku akceptacji przez Prezesa UOKiK propozycji przedsiębiorcy w sprawie dobrowolnego poddania się karze lub odstąpienia przez Prezesa UOKiK od stosowania tej procedury.

93. Zgodnie z założeniami UOKiK, „*informacje i dowody uzyskane w ramach procedury dobrowolnego poddania się karze, mające charakter oświadczenia przedsiębiorcy, nie będą wykorzystywane w postępowaniu dowodowym przez Prezesem Urzędu*”. Jednocześnie Urząd proponuje wprowadzenie zasad ochrony ww. informacji i dowodów w sposób analogiczny do *leniency* m.in. poprzez nieudostępnianie ich stronom w toku postępowania czy ograniczenia w kopiowaniu (za zgodą zainteresowanego).

94. W ocenie prawników przedsiębiorstw konieczne jest natomiast zagwarantowanie uznania za cofnięte wszelkich oświadczeń złożonych przez przedsiębiorcę w ramach procedury dobrowolnego poddania się karze, z jednoczesnym zapewnieniem wszelkich gwarancji przedsiębiorcy w postępowaniu antymonopolowym. Powyższe, pomimo propozycji ograniczeń w dostępie ze strony podmiotów trzecich, może być osiągnięte wyłącznie przez nakazanie usunięcia zgromadzonego w ten sposób materiału z akt postępowania i zwrotu złożonych dokumentów (oświadczeń i dowodów) zainteresowanemu przedsiębiorcy. Uregulowanie trybu w ten sposób usunie wątpliwości co do statusu informacji i dowodów uzyskanych w ramach procedury dobrowolnego poddania się karze, które przecież nie mogą zostać wykorzystywane przeciwko stronom postępowania na żadnym etapie i w żadnym postępowaniu.

95. Po trzecie należy wskazać, że proponowane przez UOKiK zasady ograniczeń w dostępie do informacji i materiałów powstałych w toku procedury o dobrowolne poddanie się karze w stosunku do pozostałych stron postępowania, nie znajdują uzasadnienia. Materiał, który potencjalnie obciąża pozostałych uczestników ewentualnego niedozwolonego porozumienia, powinien nie tylko zostać im udostępniony w formalny sposób, ale także strony te powinny mieć odpowiedni czas na ustosunkowanie się do niego. W ten sposób zapewnione zostaną także ich gwarancje w postępowaniu antymonopolowym.

## **VII. LENIENCY**

96. Z punktu widzenia uregulowań systemu łagodzenia kar i proponowanych przez Prezesa UOKiK zmian do Ustawy, najistotniejszym zagadnieniem jest brak

propozycji odnośnie sposobu i trybu postępowania z informacjami i dowodami uzyskanymi od przedsiębiorcy w ramach *leniency* w przypadku ich niezaakceptowania przez Prezesa UOKiK (z przyczyn formalnych lub merytorycznych) lub jego cofnięcia przez wnioskodawcę.

97. Obecnie, wiele kontrowersji budzi stopień swobody organu w zakresie nie tylko zaakceptowania wniosku przedsiębiorcy, ale także możliwości wykorzystania materiału zgromadzonego w toku procedury *leniency* przeciwko wnioskodawcy w postępowaniu antymonopolowym. W praktyce bowiem doszło do sytuacji, w której Prezes UOKiK, po uzyskaniu od przedsiębiorcy informacji i zgromadzeniu niezbędnych dowodów w ramach *leniency*, nie zaakceptował ostatecznie wniosku, wykorzystując jednocześnie zebrany materiał przeciwko wnioskodawcy. Rozwiązanie takie w sposób oczywisty przeczy zasadzie braku obowiązku samooskarżenia, zasadzie zaufania obywateli do organów administracji publicznej oraz zasadzie ochrony uzasadnionych oczekiwań (*protection of legitimate expectations*).
98. W ocenie PSPP, prawników przedsiębiorstw, niezbędne jest zatem przyjęcie przepisów i zasad nakazujących organowi w przypadku niezaakceptowania wniosku *leniency* lub cofnięcia go przez przedsiębiorcę, usunięcie materiału uzyskanego w ramach *leniency* z akt lub jego zwrot przedsiębiorcy, jak również gwarantujących zakaz wykorzystywania informacji i dowodów przeciwko stronom postępowania.
99. Drugim zagadnieniem budzącym wątpliwości jest utrzymanie możliwości ubiegania się o *leniency* w przypadku porozumień wertykalnych. Należy wskazać, że dopuszczenie tej możliwości spowodowało, iż w obrocie wykształciły się niepokojące praktyki polegające na antagonizowaniu kontrahentów z uwagi na tę właśnie możliwość. Pomimo zbliżenia założeń UOKiK do Modelowego Programu *Leniency* w zakresie niektórych rozwiązań, UOKiK pominął, iż w tym dokumencie nie przewidziano dopuszczalności *leniency* dla porozumień wertykalnych. Uzasadnieniem dla takiego ujęcia był charakter porozumień pionowych (które są łatwiej wykrywalne i nie uzasadniają stosowania programu *leniency*) oraz ryzyko wystąpienia faktycznego mechanizmu zgłoszeniowego, który jest niepożądany<sup>9</sup>.
100. Wreszcie, za kontrowersyjne w realiach polskiego systemu ochrony konkurencji uznać należy wprowadzenie możliwości zobowiązania wnioskującego w ramach *leniency* przez Prezesa UOKiK do kontynuowania udziału w niedozwolonym porozumieniu. Środowisko prawników przedsiębiorstw uważa taki środek za zbyt daleko idący i nieuzasadniony, zważywszy na kryteria i obowiązki informacyjne przedsiębiorcy wnioskującego o odstąpienie od wymierzenia lub obniżenie kary (informacje wystarczające do wszczęcia postępowania, wydania decyzji lub przyczyniające się do wydania decyzji), jak również obciążenie dla osób, które

---

<sup>9</sup> pkt 14 Noty wyjaśniającej do Modelowego Programu *Leniency*

miałyby podejmować wskazane działania, zwykle już ze świadomością swojej pozycji. Wydaje się więc, że na tym etapie rozwoju świadomości przedsiębiorców nie ma uzasadnienia, aby ewentualne dowody w postępowaniu antymonopolowym nie powinny być uzyskiwane za pomocą tego rodzaju działań „prowokacyjnych”.

## **VIII. ODPOWIEDZIALNOŚĆ OSÓB FIZYCZNYCH ZA NARUSZENIA ZAKAZU PRAKTYK OGRANICZAJĄCYCH KONKURENCJĘ**

101. Zasady odpowiedzialności osób fizycznych za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk ograniczających konkurencję stanowią novum w sferze polskich uregulowań. Dlatego istotna jest nie tylko uzasadniona i proporcjonalna ingerencja w sferę uprawnień i obowiązków jednostek, ale także bardzo ostrożne - w przypadkach, gdy wzorzec unormowań stanowi inny porządek prawny - recypowanie ewentualnych rozwiązań. Tymczasem odpowiedzialność antymonopolowa osób fizycznych w kształcie zaproponowanym przez UOKiK stanowi nadmiernie dolegliwy środek represji, nie zaś skuteczny instrument odstraszający.
102. Podstawowe wątpliwości nasuwa wprowadzenie odpowiedzialności z tytułu naruszenia przepisów antymonopolowych, dotyczących wszystkich praktyk antykonkurencyjnych, w tym także porozumień wertykalnych czy nadużycia pozycji dominującej. W ten bowiem sposób katalog przedmiotowy czynów podlegających karze obejmuje wszelkie naruszenia reguł konkurencji, niezależnie od ich rodzaju, ciężaru gatunkowego czy zagrożenia dla konkurencji. Trudno natomiast przyjąć, jakoby np. naruszenie pod postacią tzw. *hard-core restrictions* (jak np. zмова cenowa) mogło być traktowane tak samo, jak np. stosowanie zróżnicowanych rabatów w niektórych relacjach. Uregulowanie zaproponowane przez UOKiK jest tym bardziej zaskakujące, jeśli weźmiemy pod uwagę, iż gradację naruszeń pod względem zagrożeń dla konkurencji Prezes UOKiK stosuje (por. np. Wytyczne w sprawie kar<sup>10</sup>).
103. Należy także wskazać, iż UOKiK nie bierze pod uwagę faktu, że (szczególnie w przypadku nadużycia pozycji dominującej) znamiona badanego czynu mają charakter niedookreślony, zaś kwalifikacja naruszenia często zależy od płynnych i zmiennych kryteriów (w tym m.in. wyznaczenia rynku właściwego, oceny uwarunkowań rynkowych, itd.). Co więcej, nadużycie w niektórych przypadkach stwierdzone jest dopiero po dokonaniu obszernych ustaleń co do pozycji rynkowej i innych uwarunkowań. Stąd, nie jest zasadna penalizacja każdego przejawu naruszenia reguł konkurencji, a jedynie tych ze swej natury najcięższych, tj. przede wszystkim niektórych porozumień horyzontalnych.

---

<sup>10</sup> Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję

104. Zasadzie proporcjonalności nie odpowiada także wprowadzenie nieumyślności jako przesłanki odpowiedzialności. Ze względu na specyficzne kryteria oceny naruszeń w toku postępowania antymonopolowego oraz specyfiki regulacji ochrony konkurencji i jej stosowania, niezasadne jest przypisywanie odpowiedzialności jednostkom przy braku z ich strony umyślnego działania. Często bowiem brak jest możliwości precyzyjnego określenia powinnego w danym momencie realiów rynkowych zachowania, a co za tym idzie, oceny zgodności postępowania z regułami konkurencji, tym bardziej w sytuacji podjęcia odpowiednich starań w celu zapobiegnięcia naruszeniu (np. wprowadzenia compliance policy). W ocenie PSPP konieczne jest zatem ograniczenie przesłanek karalności zachowania jednostki do umyślności.
105. Wreszcie, za niezasadnie różnicujące sytuację prawną poszczególnych jednostek należy uznać ustalenie kary pieniężnej nakładanej na osoby fizyczne z tytułu naruszeń prawa konkurencji w Euro. Jak już wspomniano i jak wynika z ostatnich doświadczeń, ryzyko różnic kursowych może w znaczny sposób wpłynąć na wymiar ewentualnej kary, która z tej przyczyny może się wahać nawet o kilkanaście procent w skali tygodniowej. Nie ma powodu, aby konsekwencje różnic kursowych ponosiły jednostki. Dlatego też konieczne jest, aby ewentualna kara wyrażana była w złotych.
106. Jednocześnie, w większym stopniu możliwościom finansowym jednostek odpowiadać będzie kara uzależniona od ich zarobków. Zasadnym byłoby więc odniesienie wysokości kary do przychodów jednostek, osiąganym w roku poprzedzającym naruszenie.
107. Z punktu widzenia całokształtu zaproponowanego unormowania, założenia UOKiK są wysoce nieprzejrzyste, a same instytucje dotyczące przedsiębiorców i osób fizycznych zdają się ze sobą „mieszać”. Po pierwsze, nie jest jasne, w jakim zakresie osoba fizyczna, przeciwko której toczy się postępowanie w sprawie naruszenia reguł konkurencji, objęta będzie obowiązkiem dostarczania informacji na żądanie Prezesa UOKiK. Z jednej strony obowiązek udzielenia informacji sankcjonowany jest karą, z drugiej natomiast – jednostce przysługuje w odpowiednich przypadkach prawo odmowy udzielenia informacji. Nie jest więc wiadome, w jakim zakresie osoba fizyczna ma udzielać informacji o przedsiębiorcy i na odwrót. W obecnych uregulowaniach osoba fizyczna nie ma obowiązku udzielenia informacji. Nałożenie takiego obowiązku w postępowaniu przeciwko niej zmierza do obejścia tej ochrony.
108. Po drugie, nie jest jasne, czy i w jakim zakresie wnioski *leniency* ze strony osoby fizycznej może wpływać na możliwość uniknięcia kary przez przedsiębiorcę. UOKiK wskazuje na analogiczne stosowanie przepisów odnoszących się do przedsiębiorców. Osoba fizyczna może zatem obciążyć przedsiębiorcę, dostarczając Prezesowi Urzędu niezbędnych informacji, w sposób faktyczny wyłączając możliwość wnioskowania w ramach *leniency* przez przedsiębiorcę

(przedsiębiorca nie będzie w stanie dostarczyć dostatecznych dowodów). Rozwiązanie to jest tym bardziej niezrozumiałe w sytuacjach, gdy osoba wnioskująca o odstąpienie od wymierzenia lub obniżenie kary jest jednocześnie osobą uprawnioną do działania i udzielania informacji w imieniu przedsiębiorcy.

109. Wreszcie, za niezrozumiałe należy uznać rozwiązanie polegające na przyjęciu domniemania, że wniosek *leniency* przedsiębiorcy został złożony także w imieniu wszystkich osób zatrudnionych przez składającego wniosek przedsiębiorcę, wobec których w tej sprawie toczy się postępowanie przed Prezesem UOKiK. Pomijając przydatność tego środka wyłącznie w przypadku sporządzania wniosku w imieniu przedsiębiorcy przez osoby, przeciwko którym toczy się postępowanie, wydaje się, iż osoby te nie będą miały wpływu na byt wniosku, zaś możliwość zastosowania programu *leniency* w stosunku do nich zależna będzie od spełnienia wymogów przez wniosek przedsiębiorcy.
110. Wskazane powyżej oraz dalsze wątpliwości powstają na tle zaproponowanej przez Urząd regulacji, dotyczącej odpowiedzialności osób fizycznych. Założenia zdają się w prosty sposób przenosić obce uregulowania na grunt polski, bez uwzględnienia specyfiki systemu ochrony konkurencji i porządku prawnego w Polsce. W ocenie prawników przedsiębiorstw, Urząd powinien zrezygnować ze swoich postulatów w tym zakresie lub dokonać ich gruntownej weryfikacji i modyfikacji proponowanych zmian tak, aby mogły one w realiach polskich w pełni zapewnić efektywne mechanizmy ochrony konkurencji z jednoczesnym zabezpieczeniem interesów jednostek i przedsiębiorców.

## **IX. INNE**

111. Z aprobatą należy odnieść się do proponowanych zmian w zakresie wydłużenia terminu złożenia odwołania od decyzji Prezesa UOKiK. Jednocześnie, w ocenie prawników przedsiębiorstw, w ramach zmian należałoby zrezygnować z w praktyce niewykorzystywanej instytucji „samokontroli”, określonej w art. 81 ust. 3 Ustawy, i jednocześnie wprowadzić rozwiązanie, zgodnie z którym Prezesowi UOKiK po złożeniu odwołania przez stronę będzie przysługiwał 30-dniowy termin na złożenie w SOKiK odpowiedzi na odwołanie wraz z aktami postępowania. Obecne uregulowania w omawianym zakresie nie zapewniają równości broni stronom w toku kontradyktoryjnego postępowania przed SOKiK. Jednocześnie, jako patologiczną należy uznać sytuację, w której odwołania składane przez stronę wpływają do SOKiK po kilku/kilkunastu miesiącach od chwili złożenia ich przez stronę. Sytuacja taka stawia w oczywiste korzystniejszym położeniu Prezesa UOKiK, który to ma w zasadzie nieograniczony czas na analizę odwołania i przygotowanie własnego stanowiska.

112. W ocenie prawników przedsiębiorstw, przedsiębiorców, rozsądna wydaje się propozycja wydłużenia czasu trwania postępowania wyjaśniającego. Jednak regulacja w tym zakresie powinna być uzupełniona dwoma istotnymi regulacjami:
113. **po pierwsze**, ze względu na standardy wynikające z art. 6 Konwencji, Ustawa powinna określać w sposób bardziej szczegółowy konieczne elementy postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego. Należy podkreślić, iż w takim przypadku przedsiębiorca powinien otrzymać szczegółowe informacje o przyczynie wszczęcia postępowania, tj. informacje o:
- faktach uzasadniających postawienie przedsiębiorcy zarzutu wraz z wskazaniem, jakie dowody na tym etapie postępowania uzasadniają postawienie zarzutu;
  - podstawie prawnej tych zarzutów.
114. **po drugie**, ze względu na fakt, iż szereg gwarancji praw przedsiębiorców urzeczywistnia się dopiero z momentem wszczęcia postępowania antymonopolowego, Ustawa powinna w sposób jednoznaczny wskazywać, iż wszczęcie postępowania antymonopolowego winno następować niezwłocznie po zebraniu przez Prezesa UOKiK materiału dowodowego uzasadniającego postawienie zarzutów.