

Dalsze głosy w „Debacie Negocjacyjnej”

Tomasz Bagdziński*, **Proponowane zmiany w regulacjach dotyczących programu *leniency*; kilka wniosków po konferencji pn. „Skuteczniejsza ochrona konkurencji – propozycje zmian w prawie” zorganizowanej przez UMCS i UOKiK w Lublinie 10 października 2013 roku¹.**

Program *leniency* został przyjęty w Stanach Zjednoczonych w 1978 roku i poważnie zmodyfikowany oraz rozszerzony o tzw. *Amnesty Plus*² w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku. O ile w 1990 roku jedynie w USA przedsiębiorca składający informację o kartelu mógł uzyskać całkowite zwolnienie z kary, o tyle dziś jurysdykcji, w których znajdziemy *leniency* jest kilkadziesiąt³. Można więc badać skutki wprowadzenia tych regulacji w oparciu o przeszło 30-letnią historię i wyciągać wnioski na użytek zmian także w polskim prawie konkurencji.

Istnienie programu *leniency* jest w pewnym stopniu przyznaniem się państwa (organu antymonopolowego), że nie daje sobie rady z wykrywaniem karteli i gotowe jest poświęcić i ograniczyć równe traktowanie przedsiębiorców (tu: naruszających prawo) w zakresie karania w celu ułatwienia wykrywania porozumień. Trudno jest więc być entuzjastą tego programu, jakkolwiek bezsprzecznie jest on jednym z podstawowych narzędzi służących do wykrywania karteli. Blisko 60% postępowań w Unii Europejskiej z zakresu zmów kartelowych wszczęto przy wykorzystaniu *leniency*⁴. Na takim tle dane podane przez Prezesa UOKiK⁵ wskazują, iż program ten nie jest u nas tak popularny, jak w Unii jako całości.

To, że w Polsce większość karteli wykrywa się bez korzystania z *leniency* nie musi być – zdaniem autora – w żadnym stopniu wadą. Zwróćmy bowiem uwagę, iż założeniem *leniency* jest niekaranie lub ograniczone karanie naruszającego (niektórych naruszających) prawo przedsiębiorców. Skutkiem istnienia *leniency* jest zaś zmniejszenie skutku prewencyjnego, jakie niosą ze sobą przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie karania. Im częściej stosowane jest *leniency*, tym skuteczność zniechęcania do zmów kartelowych wynikająca z zagrożenia wysoką karą jest niższa⁶. Patrząc z takiej perspektywy, należy od organu antymonopolowego oczekiwać, iż będzie on w pierwszej kolejności intensyfikować prace nad wykrywaniem karteli we własnym zakresie, na przykład przez wprowadzenie lub zmiany w narzędziach ekonomicznych badających anomalie rynkowe (*vide* tzw. *screens*). Informacji takich naturalnie nie znajdziemy w projekcie nowelizacji ustawy i to nie dziwi, ale zastanawia brak jakiegokolwiek wzmianki o takich pracach w uzasadnieniu do proponowanych zmian. Wydaje się, iż Prezes UOKiK widzi w *leniency* i *leniency plus* lekarstwo na kartele. Problem w tym, że to lekarstwo ma wiele skutków ubocznych, o czym poniżej.

* Doktor nauk prawnych.

¹ Autor występował jako prelegent na ww. konferencji.

² Zwrócić tu należy uwagę, iż program *Amnesty Plus* dotyczy sankcji karnych.

³ S.D. Hammond, *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades*, Address Before 24th Annual National Institute on White Collar Crime. Pobrano z: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/255515.htm>.

⁴ T. Carmeliet, *How Lenient is the European leniency system?*, „Jura Falconis Jg” 2011–2012, nr 3, s. 463.

⁵ Pobrano z: http://www.uokik.gov.pl/sprawozdania_z_dzialalnosci_urzedu.php.

⁶ P. Bryant, E. Eckard, *Price fixing: the probability of getting caught*, „The Review of Economics and Statistics” 1991, s. 531.

Proponowana nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyraża przekonanie organu antymonopolowego, że obecny kształt *leniency* jest barierą dla powszechniejszego wykorzystania go przez przedsiębiorców oraz założenie, iż upowszechnienie *leniency* będzie korzystne.

Gdy w USA w 1993 roku – czyli po 15 latach stosowania *leniency* – zmieniano ten program, uznano, iż nie jest on akceptowany przez przedsiębiorców jako narzędzie do „wyjścia” z kartelu ze względu na brak pewności, co do przyszłego zachowania agencji federalnej. Zakres uznaniowości organu antymonopolowego był za duży⁷.

Lektura uzasadnienia do projektu ustawy⁸ prowadzi do wniosku, iż taka właśnie motywacja przyświecała przy projektowaniu zmian: „Proponowane rozwiązania zapewnią większą przejrzystość systemu i będą stanowić jasne wytyczne dla przedsiębiorcy co do zawartości wniosku. Ponadto, doprecyzowane zostają zasady współpracy pomiędzy wnioskodawcą a Prezesem UOKiK”.

Nie negując wartości jaką jest skuteczność organu antymonopolowego, niezależnie od tego, jak ważny ten cel się wydaje, szczególnie z perspektywy Prezesa UOKiK, nie mieści się on w katalogu celów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zobrazować to można takim przykładem: z pewnością zezwolenie policji na nieograniczony dostęp do billingów abonentów zwiększyłoby skuteczność... Stąd też, propozycje nowelizacji ustawy winniśmy oceniać pod kątem zwiększenia korzyści konsumentów, czyli tzw. dobra publicznego.

Prezes UOKiK za jedno z ograniczeń dla stosowania *leniency* (eliminowane proponowaną nowelą) uważa dostęp do materiału dowodowego, w tym dokumentów złożonych przez przedsiębiorców zgłaszających się do organu. Przewiduje on daleko idące ograniczenia w zakresie możliwości zapoznania się z materiałem dowodowym. „Art.70.1. Wszelkie informacje i dowody uzyskane przez Prezesa Urzędu w związku z zastosowaniem art. 89a i 113a–113k, w tym informacje o wystąpieniu przedsiębiorcy lub osoby zarządzającej o odstąpieniu od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżeniu oraz informacje uzyskane w procedurze dobrowolnego poddania się karze pieniężnej, nie podlegają udostępnieniu, z zastrzeżeniem ust. 2 i 3”⁹; w uzasadnieniu zaś czytamy: „Odmienne rozwiązanie, pozwalające na wykorzystanie oświadczeń, osłabiłoby znacznie atrakcyjność procedury dla przedsiębiorców i ograniczyłoby zaufanie do Urzędu. Oświadczenia takie mogłyby być wykorzystywane jako dowód w sporach przed sądami cywilnymi (pomiędzy przedsiębiorcą poszkodowanym praktyką a przedsiębiorcą stosującym praktykę), dotyczącymi roszczeń odszkodowawczych – brak odpowiedniej ich ochrony w postępowaniu przed Prezesem UOKiK powodowałby, jak należy przypuszczać, znaczną ostrożność przedsiębiorców w korzystaniu z ww. procedury”¹⁰. Dodajmy tu, że nie tylko poszkodowani przedsiębiorcy, ale także poszkodowani konsumenci mogliby chcieć pozwać przedsiębiorcę naruszającego prawo o odszkodowanie. Prezes UOKiK stoi na stanowisku, że ochrona poszkodowanych praktyką nie jest aż tak istotna, jak zwiększenie atrakcyjności *leniency*. Taką logikę może i dałoby się zaakceptować, gdyby np. w ramach *leniency* przedsiębiorca zostawał zobowiązany do naprawienia szkód lub

⁷ Ch.R. Leslie, *Antitrust Leniency Programmes*, „The Competition Law Review” 2011, July, Vol. 7, Issue 2, s. 175–179.

⁸ Pobrano z: http://www.uokik.gov.pl/projekty_aktow_prawnych.php#faq1826.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

gdymby zmniejszona kara była przeznaczona dla poszkodowanych praktyką przedsiębiorców czy konsumentów. Tak jednak nie jest, beneficjentem kar finansowych jest budżet państwa, a takie rozwiązanie ogranicza podstawowe prawa w zakresie dochodzenia roszczeń. Co więcej, ograniczenia w tym zakresie budzą wątpliwości co do zgodności z zasadami dostępu do dokumentów wyrażonymi Rozporządzeniem 1049/2001¹¹ oraz z wnioskami płynącymi z orzeczenia w sprawie *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*¹²; tu bowiem nie całość, ale tylko ta część materiału dowodowego, której ujawnienie mogłoby podważyć skuteczność postępowania może, zdaniem sądu, pozostać niejawną. Niemiecki sąd ograniczając dostęp do akt, skorzystał tu z przepisów kodeksu postępowania karnego jako ochrony proceduralnej dla składającego zawiadomienie w ramach *leniency*. Z kolei stanowisko Komisji Europejskiej – w związku ze sprawą *National Grid Electricity Transmission Plc v. ABB Ltd, Chancery Division*¹³ wyraża przekonanie, iż *leniency* nie jest ważniejsze od roszczeń dochodzonych na drodze prywatnoprawnej¹⁴ oraz że przy ocenie zasadności dostępu do materiału dowodowego objętego programem *leniency* sądy krajowe winny „zważyć” potrzebę dostępu do materiału dowodowego względem zapewnienia skuteczności dla *leniency*¹⁵.

Negatywnie na stosowaniu *leniency* może też odbić się wprowadzenie do ustawy kar dla osób fizycznych. Niezależnie od katalogu zastrzeżeń dla proponowanej regulacji w tym zakresie, wprowadzenie kar dla osób fizycznych zmieni postrzeganie sposobu karania przez organ antymonopolowy. To już nie bezosobowe korporacje, ale konkretne osoby mogą zostać ukarane. Takie zagrożenie zapewne wzmocni solidarność naruszających i skutkować będzie dążeniem do jeszcze silniejszej ochrony zмовы. Zgłaszający może zostać bowiem napiętnowany jako donosiciel czy denuncjator, co jest czynnikiem zniechęcającym do korzystania z *leniency*.

Wątpliwości budzi także zniesienie ograniczenia w możliwości skorzystania z *leniency* przez inicjatora porozumienia. Zastrzeżenia wynikają tu z różnego poziomu świadomości prawnej przedsiębiorców i potencjalnej chęci skorzystania z instytucji prawa konkurencji (przez bardziej „świadomego” przedsiębiorcę) do pozbycia się konkurentów poprzez zainicjowanie porozumienia kartelowego i jego ogłoszenie.

Program *leniency* przypomina demokrację, określoną przez Winstona Churchilla jako najgorszy z ustrojów, nie licząc tych wcześniejszych. Na pewno nie unikniemy stosowania *leniency* i nie jest intencją autora by taki wniosek płynął z niniejszego tekstu, ale świadomość, iż jest to program skażony pewną patologią, przy stosowaniu którego winny naruszenia unika odpowiedzialności i to w coraz szerszym zakresie, może nieco ostudzić zapędy do bezkrytycznego korzystania z tego narzędzia, a w szczególności skłonić do korzystania z innych dostępnych dla organu antymonopolowego rozwiązań.

¹¹ Pobrano z: http://www.europarl.europa.eu/RegData/PDF/r1049_pl.pdf.

¹² C-360/09.

¹³ [2012] EWHC 869 (Ch).

¹⁴ Y. Botteman, P. Hughes, *Access to File: Striking the Balance Between Leniency and Private Enforcement Tools*, „The European Antitrust Review” 2013.

¹⁵ National Grid Amicus Brief of the European Commission. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2011_national_grid_en.pdf.

Robert Gago**, Przemysław Kamil Rosiak***, **Uwagi dotyczące zakresu postanowienia o wszczęciu postępowania w świetle wymogu zapewnienia realizacji prawa do obrony oraz w związku z zakresem unijnego postanowienia o przedstawieniu zarzutów (*Statement of objections*)**

1. Wprowadzenie (co prawda w szczątkowej formie) odpowiednika *Statement of objections* (dalej: **SO**) co do koncentracji (pkt 42 zmian – art. 96a ust. 2¹⁶) oraz co do dobrowolnego poddania się karze (pkt 37 zmian – art. 88a ust. 3¹⁷) jest krokiem we właściwym kierunku. Umożliwia ono realizację prawa przedsiębiorcy jako strony postępowania do ochrony swoich interesów, gdyż daje mu możliwość wyrażenia stanowiska co do zarzutów, jakie może mieć wobec niego Prezes Urzędu, jeszcze przed wydaniem decyzji w danej sprawie.

2. Zdaniem autorów konieczne jest również rozważenie wprowadzenia odpowiednika *Statement of objections* do innych postępowań przewidzianych w ustawie, a w szczególności do postępowania w sprawach antymonopolowych. W obecnym stanie prawnym przedsiębiorca często dopiero z uzasadnienia decyzji dowiadyuje się, w jaki sposób UOKiK dokonał oceny materiału dowodowego i do jakich wniosków doszedł w zakresie materialnej kwalifikacji określonych działań rynkowych. Postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję nie zawiera bowiem uzasadnienia prawnego i ekonomicznego dla zarzutów postawionych przez UOKiK ani kwalifikacji zebranego materiału dowodowego.

Brak regulacji ustawowej w tym zakresie stanowi zdaniem autorów istotne ograniczenie prawa do obrony przedsiębiorcy.

W obecnym stanie prawnym przedsiębiorca, z chwilą wszczęcia postępowania, ma bowiem tylko bardzo ogólną wiedzę, jaki stawiany jest mu zarzut (przy czym informacja w tym zakresie wynikająca z obecnej treści postanowień o wszczęciu postępowania stanowi często nikłą wartość dodaną w stosunku do wiedzy, jaką przedsiębiorca uzyskuje w drodze dedukcji z pytań stawianych mu w trakcie postępowania wyjaśniającego). Następnie przedsiębiorca jedynie odpowiada na szereg pytań Urzędu i dopiero na ostatnim etapie postępowania, z chwilą zapoznawania się z materiałem zebrany w sprawie (co następuje de facto z chwilą, gdy decyzja najczęściej jest już podjęta) zyskuje nieco szersze rozeznanie w dowodach, którymi dysponuje Urząd. Nawet jednak w tym momencie nie ma pełnej świadomości, jakie są argumenty prawne i faktyczne Urzędu, a przez to nie ma możliwości ich skutecznego odpięcia (tj. swojej obrony) w trakcie postępowania. W ten sposób cały ciężar obrony stanowiska przedsiębiorcy często przesuwa się na etap postępowania odwoławczego przed SOKiK, przez co spada efektywność działań organów państwa.

Na ten poważny mankament procedury wskazuje doktryna:

„Praktyka Komisji w zakresie przedstawiania zarzutów i dowodów na ich poparcie jest odmienna. Oświadczenie o przedstawieniu zarzutów (ang. *statement of objections*), doręczane

** Hogan Lovells.

*** KPMG D. Dobkowski.

¹⁶ 42) po art. 96 dodaje się art. 96a w brzmieniu:

„Art. 96a. 1. W przypadku wydania postanowienia, o którym mowa w art. 96 ust. 1, Prezes Urzędu wydaje decyzję w terminie 4 miesięcy od jego wydania.
2. Jeżeli istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że w wyniku dokonania koncentracji konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, Prezes Urzędu przed wydaniem decyzji przekazuje przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom zawiadomienie o zastrzeżeniach wobec koncentracji.

¹⁷ Po art. 88 dodaje się art. 88a w brzmieniu:

(...) 3. W przypadku wyrażenia przez stronę zgody na przystąpienie do procedury, o której mowa w ust. 1, Prezes Urzędu informuje ją o wstępnych ustaleniach prowadzonego przez siebie postępowania, dotyczących naruszenia przez nią art. 6 lub 9 ustawy lub art. 101 lub 102 TFUE lub, w przypadku osoby zarządzającej, dopuszczenia przez nią w ramach sprawowania swojej funkcji do naruszenia przez przedsiębiorcę art. 6 ust. 1 pkt 1–6 ustawy lub art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE oraz o przewidywanej treści rozstrzygnięcia, w tym wysokości kar pieniężnych, jakie mogą zostać na nie nałożone.

przedsiębiorstwom podejrzewanym przez Komisję o naruszenie art. 81 lub 82 TWE, **zawiera szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne** (w sprawach kartelowych nawet do 200 stron). Obejmuje ono **wskazanie dowodów, na których oparte są zarzuty**, w tym dowodów uzyskanych w ramach programu *leniency*, **wyjaśnienie roli poszczególnych przedsiębiorstw w zarzucanym naruszeniu** (np. jako prowodyra albo podżegacza), **określenie czasu trwania naruszenia, kwestię umyślności bądź nieumyślności naruszenia**, opis sektora gospodarki, w którym działają podejrzewane przedsiębiorstwa, określenie rynku właściwego oraz wskazanie wagi naruszenia prawa. Ponadto, w oświadczeniu o przedstawieniu zarzutów musi się znaleźć **informacja o zamiarze nałożenia przez Komisję w decyzji kar** pieniężnych. Taka konstrukcja oświadczenia o przedstawieniu zarzutów pozwala jego adresatom na wyczerpujące ustosunkowanie się na piśmie do stawianych zarzutów. Minimalny czas na odpowiedź wynosi cztery tygodnie, ale w złożonych sprawach kartelowych strony mają na to z reguły dwa miesiące.

Strony nie mogą żądać przed sądem uchylenia oświadczenia o przedstawieniu zarzutów, mogą natomiast realizować prawo do obrony, wnosząc o przeprowadzenie publicznego wysłuchania (ang. *oral hearing*).

Decyzja może być oparta tylko na zarzutach, do których strony mogły się ustosunkować. Oparcie decyzji na innych zarzutach niż wskazane w oświadczeniu o przedstawieniu zarzutów byłoby uznane za naruszenie prawa do obrony, które zajmuje centralne miejsce pośród uprawnień stron w toku postępowania¹⁸.

Wskazuje się, iż obowiązek przedstawienia przez Prezesa UOKiK odpowiednika unijnego SO realizowałby także zasadę sprawiedliwości proceduralnej, wynikającą z art. 45 oraz art. 2 Konstytucji. Wzmocniłby również transparentność działań organu antymonopolowego, sprzyjając ograniczeniu dowolności i arbitralności, czyniąc prawo konkurencji bardziej „przyjaznym” dla stosujących je podmiotów. Obowiązek sporządzenia uzasadnienia wymusza także samokontrolę organu, dokumentuje argumenty przemawiające za wszczęciem postępowania, a ponadto wzmacnia poczucie zaufania i bezpieczeństwo prawne.

Brak odpowiednika SO jest krytycznie oceniany również przez M. Bernata z punktu widzenia sprawiedliwości proceduralnej. Bez postawienia przedsiębiorcy przez UOKiK konkretnych uzasadnionych od strony merytorycznej i faktycznej zarzutów nie można mówić o realizacji prawa do bycia wysłuchanym w toku postępowania, co skutkuje naruszeniem prawa do obrony.

„Przedsiębiorcy powinni uzyskiwać od Prezesa UOKiK postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego nie tylko ze wskazaniem przepisów uokik, które są podstawą prawną stawianych zarzutów, ale także z wyczerpującym (choć oczywiście wstępnym) uzasadnieniem podstaw prawnych i faktycznych stawianych zarzutów oraz 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”¹⁹.

Szczególne znaczenie będzie to miało w przypadku praktyk nienazwanych lub też praktyk mieszanych, które nie dają się przypisać najbardziej typowym kategoriom deliktów antymonopolowych.

Kierunek takiej zmiany byłby także zgodny z oczekiwaniami judykatury – zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4 lipca 2012 r. VI ACa 202/12, w którym sąd stwierdził, że: „informacja

¹⁸ B. Turno, *Termin na wniesienie odwołania od decyzji Prezesa UOKiK*, PPH 2008, czerwiec.

¹⁹ M. Bernatt, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – potrzeba nowelizacji. Perspektywa sprawiedliwości proceduralnej ...*, IKAR 2012, nr 1, s. 93.

o istocie i przyczynie stawianych zarzutów powinna zostać przekazana przedsiębiorcy najpóźniej w decyzji administracyjnej (a właściwie już na etapie wszczęcia postępowania w sprawie nałożenia kary), tak aby zapewnić realną możliwość obrony przed zarzutami stanowiącymi podstawę nałożenia kary”.

We wspomnianym wyroku Sąd podkreślił, że zapewnienie przedsiębiorcy takiej informacji jest wymagane przez standard określony w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: **EKPCz**), podnosząc: „Rację ma zatem powód, wskazując, że istotne dla niniejszej sprawy znaczenie ma gwarancja wynikająca z treści art. 6 ust 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, z którego to wynika m.in., iż podmiot oskarżany winien w celu realizacji prawa do obrony otrzymać jednoznaczną informację o istocie i przyczynie stawianych zarzutów”.

Warto przypomnieć, iż zgodnie z art. 6 ust. 3 pkt a Konwencji: „Każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do: a) niezwłocznego otrzymania szczegółowej informacji w języku dla niego zrozumiałym o istocie i przyczynie skierowanego przeciwko niemu oskarżenia (...)”.

3. Zgodnie z cytowanym powyżej wyrokiem Sądu Apelacyjnego, UOKiK powinien być zobligowany do przedstawienia oskarżanemu przedsiębiorcy szczegółowej informacji o stawianych zarzutach już w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego (a najpóźniej w wydanej decyzji). W związku z tym autorzy zgłaszają postulat, aby analogiczną do SO instytucję wprowadzić jako generalną zasadę do każdego postępowania antymonopolowego z zakresu antykonkurencyjnych praktyk.

Może to się odbyć poprzez:

- a) wprowadzenie nowej instytucji przedstawienia przedsiębiorcy zarzutów na etapie postępowania antymonopolowego albo
- b) poprzez ustawowe określenie wymogów, co do treści postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego.

4. Ze stanowiska prezentowanego przez UOKiK wynika, że Urząd nie ma zamiaru wprowadzania nowej instytucji *Statement of objections*. Nie uwzględniono także wcześniej zgłaszanych w tym zakresie postulatów stwierdzając, że „należy zauważyć, że działania podejmowane przez Prezesa UOKiK, w tym propozycja wzmocnienia roli postępowania wyjaśniającego przez jego wydłużenie zmierzają de facto do postulowanego przez SPK stanu tzn. faktycznego przedstawienia przedsiębiorcy zarzutów na etapie wszczęcia postępowania antymonopolowego”²⁰. Jednocześnie UOKiK dodaje²¹: „Proponowane w nowelizacji zmiany dotyczące wzmocnienia roli postępowania wyjaśniającego **zmierzają** m.in. do tego, aby wszczęcie postępowania antymonopolowego było faktycznym momentem szczegółowego przedstawienia zarzutów przedsiębiorcy na wzór *statement of objections* stosowanego przez KE”.

Projekt nie przewiduje jednak poza wydłużeniem postępowania wyjaśniającego żadnych zmian w zakresie treści postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego.

Składając ww. deklaracje, Prezes UOKiK nie wyjaśnia, w jaki sposób ma zapewnić osiągnięcie ww. stanu. Dotychczasowa praktyka uzasadniania postanowień o wszczęciu postępowania

²⁰ Uwagi zamieszczone w: materiał zbiorczy z Konsultacji Społecznych, s. 123.

²¹ Ibidem, s. 135.

antymonopolowego jest mocno niezadowolająca. W wielu przypadkach zakres postanowienia wskazuje podmiot oraz cytuje odpowiedni przepis prawa (ustawy OKiK), nie wskazując uzasadnienia faktycznego.

Zdaniem autorów, konieczność zagwarantowania prawa do obrony wręcz wymaga, aby jego minimalna obligatoryjna treść była określona ustawowo, a nie pozostawiona do swobodnego uznania Urzędu, przez co w znacznym zakresie utrudniona jest merytoryczna sądowa kontrola samej decyzji. Według jednego z wyroków SOKiK: „brak postanowienia wszczynającego postępowanie albo wykroczenie poza zakres w nim wskazany lub też brak określenia w postanowieniu jego zakresu narusza art. 10 kpa, gdyż pozbawia stronę możliwości działania i ochrony swych praw. Skutkuje to nieważnością”²². Powyższa regulacja jest niezbędna także ze względu na wprowadzenie przepisów o zbliżonym do karnego czy wręcz o karnym charakterze odpowiedzialności osób zarządzających za naruszenia zakazu antykonkurencyjnych porozumień. Aktualne orzecznictwo wskazuje, że do postępowań z zakresu prawa ochrony konkurencji zastosowanie ma art. 6 EKPCz, a w związku z tym nakazuje się stosować wymogi analogiczne do obowiązujących w sprawach karnych. W wyroku w sprawie VI Aca 202/12 Sąd Apelacyjny wskazał, że postępowania z zakresu prawa konkurencji, w których nakładane są kary pieniężne, są postępowaniami karnymi w rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Brak odpowiednika przedstawienia zarzutów będzie oznaczał, że oskarżona osoba fizyczna dopiero z wyroku (decyzji UOKiK) uzyska informację na temat istotnych elementów aktu oskarżenia (zarzutów UOKiK).

Brak powyższy stoi w sprzeczności z ogólnymi celami nowelizacji definiowanymi przez Prezesa UOKiK jako autora projektu nowelizacji następująco na stronie 2 „Założeń zmian do ustawy” (wersja z 19 października 2012 r.):

„Podkreślenia wymaga fakt, że projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **będzie kłaść w szczególny sposób nacisk na wzmocnienie gwarancji praw przedsiębiorcy** poprzez m.in. dookreślenie obowiązków ciążących na przedsiębiorcach i warunków im stawianych, **uszczegółowienie przepisów w zakresie praw przysługującym stronom postępowania, wprowadzenie nowych regulacji zakładających aktywną rolę strony w toku postępowania**, skrócenie i uproszczenie części procedur stosowanych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK. **Dokonane zmiany przyczynią się do poprawy pozycji przedsiębiorców, zwiększą ich pewność prawną (...)**”.

Zdaniem autorów nie można mówić ani o gwarancjach praw przedsiębiorcy, ani tym bardziej o gwarancjach praw osób fizycznych (w kontekście planowanego wprowadzenia odpowiedzialności osób zarządzających), jeśli treść postanowienia o wszczęciu przeciwko nim postępowania ograniczała się będzie jedynie do minimalnej treści zakreślonej przez art. 124. § 1 kpa (oznaczenie organu administracji publicznej, datę jego wydania, oznaczenie strony, powołanie podstawy prawnej, rozstrzygnięcie).

Brak ukształtowania postanowienia na wzór postanowienia o przedstawieniu zarzutów to istotne zagrożenie dla prawa do obrony i przedsiębiorców i osoby fizycznej nie jest sanowane przez możliwość zapoznania się z aktami sprawy. W praktyce akta sprawy zawierają zwłaszcza w przypadku porozumień wertykalnych dokumenty i informacje w przeważającej części przekazane

²² SOKiK XVII Ama 30/03 z 23.02.2003 r.

przez samych podejrzanych przedsiębiorców. Nie ma w nich tego, co najbardziej istotne, tj. oceny przez UOKiK przewidywanych przesłanek rozstrzygnięcia. Nie jest możliwe ustosunkowanie się precyzyjne do zarzutu, jeśli oskarżana osoba nie wie, jakie działania zostały uznane za nielegalne (tzn. jakie działania, za jaki okres, na jakim rynku) oraz dlaczego zostały one uznane za nielegalne (podstawa prawna oraz wstępna ocena konkretnych działań).

Wskazujemy również, że pewnym punktem odniesienia powinna być regulacja kodeksu postępowania karnego dotycząca postanowienia o przedstawieniu zarzutów, czyli przejścia z fazy postępowania w sprawie do fazy postępowania przeciwko osobie:

„Art. 313. § 1. Jeżeli dane istniejące w chwili wszczęcia śledztwa lub zebrane w jego toku uzasadniają dostatecznie podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba, sporządza się postanowienie o przedstawieniu zarzutów, ogłasza je niezwłocznie podejrzanemu i przesłuchuje się go, chyba że ogłoszenie postanowienia lub przesłuchanie podejrzanego nie jest możliwe z powodu jego ukrywania się lub nieobecności w kraju.

§ 2. Postanowienie o przedstawieniu zarzutów zawiera wskazanie podejrzanego, dokładne określenie zarzucanego mu czynu i jego kwalifikacji prawnej.

§ 3. Podejrzany może do czasu zawiadomienia go o terminie zaznajomienia z materiałami śledztwa żądać podania mu ustnie podstaw zarzutów, a także sporządzenia uzasadnienia na piśmie, o czym należy go pouczyć. Uzasadnienie doręcza się podejrzanemu i ustanowionemu obrońcy w terminie 14 dni.

§ 4. W uzasadnieniu należy w szczególności wskazać, jakie fakty i dowody zostały przyjęte za podstawę zarzutów”.

Kluczową kwestią, która może umożliwić obronę w postępowaniu prowadzonym przez Prezesa UOKiK, jest zatem przedstawienie przez organ administracji konkretnych zarzutów i uzasadnienie, jakie okoliczności zostały przyjęte za podstawę tych zarzutów.

5. W razie, gdyby nie udało się wprowadzić do ustawy odpowiednika *statement of objections* proponujemy dodanie nowego przepisu, dotyczącego treści postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego:

W art. 88 dodaje się ust. 3 i 4 w brzmieniu:

„3. Postanowienie, o którym mowa w ust. 2, zawiera w szczególności:

- 1) wskazanie przedsiębiorcy, któremu jest zarzucane stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję;
- 2) opis stanu faktycznego, w tym wstępnych ustaleń Prezesa Urzędu w zakresie produktów, których miałyby dotyczyć praktyki oraz rynków właściwych, na których praktyki miały mieć miejsce;
- 3) określenie, jakie działania lub zaniechania przedsiębiorcy zostały zakwalifikowane jako naruszenie, określenie czasu trwania naruszenia oraz wskazanie dowodów, na których oparte są zarzuty;
- 4) wskazanie przepisu ustawy lub TFUE, którego naruszeniem jest działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy;
- 5) informację, że Prezes Urzędu ma zamiar nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną.

4. Postanowienie w sprawie wszczęcia postępowania przeciwko osobie zarządzającej w związku z zastosowaniem art. 6a, oprócz treści wskazanej w ust. 3 powinno zawierać dodatkowo

wskazanie osoby, przeciwko której zostało wszczęte postępowanie oraz działań lub zaniechań tej osoby, oraz ich związku przyczynowego z naruszeniem prawa przez przedsiębiorcę”.

Dariusz Aziewicz****, **Dwufazowość postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji a możliwość zawieszania terminu w nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów**

Planowana na rok 2014 nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakłada istotne zmiany dotyczące procedury postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji przedsiębiorców. Zmiany te polegać mają m.in. na wprowadzeniu dwóch następujących po sobie etapów postępowania, przeprowadzanych w zależności od tego czy planowana transakcja niesie za sobą negatywne skutki dla konkurencji. Rozwiązanie to stosowane jest od dawna w wielu państwach posiadających systemy prawa konkurencji, jak Niemcy, Wielka Brytania, Francja czy Stany Zjednoczone, a także w prawie antymonopolowym Unii Europejskiej.

Wprowadzenie dwuetapowego modelu postępowania w sprawach kontroli koncentracji ma na celu oddzielenie badania koncentracji spełniających kryterium zgłoszeniowe, ale niebudzących wątpliwości, co do braku możliwości wywołania przez nie negatywnych skutków rynkowych, od koncentracji bardziej skomplikowanych mających potencjał kreowania zagrożenia dla konkurencji. Do drugiego etapu postępowania antymonopolowego kierowane zostaną tylko drugie z wyżej wymienionych. Jak wskazuje Prezes UOKiK w *Uzasadnieniu do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 9 lipca 2013 roku*: „Z doświadczeń UOKiK wynika potrzeba zróżnicowania trybu postępowań i długości terminów ze względu na skutki planowanych koncentracji w sferze konkurencji i stopień ich skomplikowania – wprowadzenie dwuetapowych postępowań ma na celu przede wszystkim przyspieszenie postępowań w przypadkach niebudzących wątpliwości, przez co zredukowany zostanie czas oczekiwania łączących się przedsiębiorców na decyzję Prezesa UOKiK”.

Zgodnie z art. 96 ust. 1 obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 roku, każde postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji, niezależnie od skomplikowania zgłoszonej transakcji, powinno być zakończone nie później niż w terminie 2 miesięcy od dnia jego wszczęcia. Stosunkowo krótki termin wyznaczony przez ustawodawcę jest terminem materialno-prawnym. Sankcją za jego niedotrzymanie jest niemożność wydania, po jego upływie, decyzji zakazującej koncentrację. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 kwietnia 2002 roku (I CKN 1465/99, OSNC 2003, Nr 4, poz. 53), niewydanie w terminie decyzji zakazującej jest równoznaczne w skutkach z wyrażeniem zgody, a przynajmniej z sytuacją, w której nie ma zakazu przekształcenia. Jak wskazują niektórzy komentatorzy, skutkiem naruszenia tego terminu jest zwolnienie przedsiębiorców z zakazu dokonania koncentracji.

Pomimo obowiązującego obecnie 2-miesięcznego terminu ustawowego, ocena koncentracji przez Prezesa Urzędu często ulega przedłużeniu. Z powodu materialno-prawnego charakteru terminu ustawodawca przewidział bowiem możliwość jego zawieszenia w przypadkach, gdy organ antymonopolowy nie ma możliwości właściwego procedowania w przeprowadzanym badaniu. Do

**** Doktorant w Zakładzie Prawa Europejskiego Wydziału Zarządzania UW.

dwumiesięcznego terminu nie wlicza się m.in. okresów oczekiwania na dokonanie zgłoszenia przez pozostałych uczestników koncentracji, a także okresów na usunięcie braków lub uzupełnienie informacji, do których Prezes Urzędu może wezwać przedsiębiorcę na podstawie art. 95 ust. 1 pkt. 3 ustawy lub okresu na ustosunkowanie się do przedstawionych przez Prezesa Urzędu warunków.

Przewidziana możliwość zawieszenia terminu znajduje swoją podstawę m.in. w tym, że przedsiębiorca celowo składający niepełny wniosek musi liczyć się z możliwością wezwania do jego uzupełnienia. Uzupełnienie wniosku, jako niezależne od Prezesa Urzędu, nie może wpłynąć na zniwelowanie dość krótkiego czasu, w którym organ zobowiązany jest zbadać zgłoszoną koncentrację. Rozwiązanie to nazywane jest w doktrynie terminem „netto”, nieobejmującym sytuacji, w których organ antymonopolowy m.in. z wyżej wskazanych, niezależnych od niego przyczyn nie ma możliwości faktycznego rozpatrywania sprawy. Obecna ustawa nie przewiduje także górnej granicy czasowej, w jakiej Prezes Urzędu, zobowiązany jest do wydania decyzji w sprawie zgłoszonej koncentracji (wraz z wliczonymi terminami zawieszenia).

Celem proponowanej zmiany jest głównie skrócenie okresu badania koncentracji niekreujących niebezpieczeństwa dla konkurencji. Jak wskazuje Prezes Urzędu, zasadą będzie zakończenie postępowania w pierwszej fazie postępowania, a więc w terminie 1 miesiąca. Według przedstawionych założeń ok. 80% zgłaszanych transakcji ma być ocenianych właśnie w pierwszej fazie procedury²³. Koncentracje, które mogą skutkować zagrożeniami dla konkurencji, kierowane będą do drugiej fazy postępowania. Dla tej fazy przewiduje się dodatkowy 4-miesięczny okres na wydanie decyzji przez Prezesa Urzędu²⁴. W przypadku podjęcia decyzji o skierowaniu badania zgłoszonej koncentracji do fazy drugiej, Prezes Urzędu zobowiązany będzie do wydania postanowienia wraz z uzasadnieniem, na które (również z powodu chęci przyspieszenia całej procedury) nie służyć będzie zażalenie²⁵.

Jak pokazują doświadczenia innych krajów, wprowadzenie dwufazowych procedur kontroli koncentracji powoduje, że większość spraw rozpatrywana jest w pierwszej fazie postępowania. Przykładowo w Niemczech jest to ok. 95% spraw. Podobne statystyki wskazują badania przeprowadzone w USA. W roku 2011 aż 304 z 309 koncentracji zgłoszonych do oceny Komisji Europejskiej zostało rozpatrzonych bez potrzeby kierowania ich do drugiej fazy postępowania. Jest to zatem rozwiązanie co do zasady skracające średni czas oczekiwania na zgodę na dokonanie koncentracji. Z punktu widzenia przedsiębiorców założenie ukształtowania dwufazowego modelu kontroli koncentracji, skracającego czas oczekiwania na większość decyzji w sprawie fuzji i przejęć, należy zatem uznać za pozytywne oraz długo oczekiwane. Niewątpliwie, czas oczekiwania na wydanie decyzji niemających antykonkurencyjnego potencjału powinien zostać dzięki temu skrócony. Powinno to jednocześnie zmniejszyć koszty przeprowadzenia transakcji.

Zauważyć natomiast należy, że pomimo zaproponowania zmiany modelu na dwufazowy, Prezes Urzędu zachował jednocześnie w obydwu fazach postępowania antymonopolowego możliwość przedłużenia wskazanych terminów, tak jak ma to miejsce w obowiązującej ustawie.

²³ Art. 96. 1. Postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji powinno być zakończone w terminie miesiąca od dnia jego wszczęcia.

²⁴ Art. 96a. 1. W sprawach: 1) szczególnie skomplikowanych; 2) co do których z informacji zawartych w zgłoszeniu zamiaru koncentracji lub innych informacji, w tym uzyskanych przez Prezesa Urzędu w toku prowadzonych postępowań, wynika, że istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo istotnego ograniczenia konkurencji na rynku w wyniku dokonania koncentracji lub 3) wymagających przeprowadzenia badania rynku – termin zakończenia postępowania ulega przedłużeniu o 4 miesiące.

²⁵ Art. 96a. 2. W przypadkach określonych w ust. 1 Prezes Urzędu przedłuża termin zakończenia postępowania w drodze postanowienia, na które nie przysługuje zażalenie. Postanowienie wymaga uzasadnienia.

Nowelizacja zakłada bowiem, że do ustawowego terminu zarówno pierwszej, jak i drugiej fazy postępowania antymonopolowego mają się nie wliczać m.in. okresy: w fazie pierwszej: usunięcie braków lub uzupełnienie informacji, o których mowa w art. 95 ust. 1 pkt 3; w fazie drugiej: usunięcie braków lub uzupełnienie informacji, o których mowa w art. 95 ust. 1 pkt 3; ustosunkowanie się do przedstawionych przez Prezesa Urzędu zastrzeżeń, o których mowa w ust. 3 lub warunków, o których mowa w art. 19 ust. 2. Zarówno więc skrócony termin pierwszej fazy postępowania, jak i wydłużony w sumie 2,5-krotnie termin przeznaczony na ocenę koncentracji w drugiej fazie pozostaną terminami „netto”.

Takie założenie sprawia, że pierwsza faza postępowania i określony dla niej miesięczny termin postępowania może trwać dłużej (*de facto* bez górnego limitu czasowego) niż 1 miesiąc. Rozwiązanie to jest zrozumiałe, gdyż to w tej fazie organ antymonopolowy z reguły, będzie zapewne wzywał przedsiębiorców do skompletowania zgłoszenia czy przedstawienia dodatkowych informacji w celu wstępnego rozstrzygnięcia czy dana koncentracja może stanowić zagrożenie dla konkurencji. Termin miesięczny może okazać się zatem niewystarczający dla dostarczenia wszystkich informacji potrzebnych do wstępnej oceny transakcji. Zasadnym byłoby jednak wskazanie górnej granicy czasowej, powyżej której termin pierwszej fazy postępowania nie mógłby zostać przedłużony.

Jednocześnie jednak również druga faza postępowania może zostać niedookreślenie wydłużona, pomimo że ustawodawca przewiduje dla niej (łącznie z pierwszą fazą) okres 2,5 razy dłuższy na ocenę transakcji w porównaniu z obecnym stanem prawnym. W tym przypadku organ antymonopolowy po przeprowadzaniu pierwszej fazy postępowania i wydaniu postanowienia o rozpoczęciu fazy drugiej (zawierającego uzasadnienie), powinien być jednak wyposażony we wszelkie informacje możliwe do uzyskania od przedsiębiorcy (nie wliczając w to ustosunkowania się do przedstawionych przez Prezesa Urzędu zastrzeżeń, co do planowanej koncentracji). Takie informacje, jak uzupełnienie braków lub informacji w zgłoszeniu, powinny być bowiem dostarczone już na pierwszym etapie postępowania. Przeprowadzane w drugiej fazie postępowania czynności (jak np. dokładne badanie rynku) będą więc czynnościami zależnymi od działania organu antymonopolowego. W związku z tym wydaje się, że możliwość zawieszania biegu terminu powinna być ograniczona ewentualnie do wyjątkowej sytuacji, kiedy organ wzywa przedsiębiorcę do przedstawienia dodatkowych (z różnych przyczyn niezyskanych w fazie pierwszej) informacji, a ten w wyznaczonym przez Prezesa Urzędu terminie nie przedstawia ich lub nie przedstawia kompletnych informacji z własnej winy (zawieszenie od momentu upływu wyznaczonego terminu do przekazania kompletnych informacji). Uzasadnionym wydaje się natomiast zawieszenie postępowania na czas odpowiedzi na zaproponowane przez Prezesa Urzędu środki zaradcze mających na celu ograniczenie potencjalnie antykonkurencyjnych skutków koncentracji, gdyż zapewne w tej fazie przeprowadzane będą ich analizy. Alternatywnie zasadnym wydaje się wskazanie górnej granicy, w której pomimo możliwości zawieszenia postępowania w obecnym kształcie, organ zobligowany jest do wydania decyzji w sprawach koncentracji.

Kolejnym ważnym aspektem związanym z dwufazowością kontroli koncentracji jest kwestia wydawanego przez Prezesa Urzędu postanowienia o skierowaniu danej koncentracji do drugiej fazy postępowania. Nie jest bowiem jasnym, w jakich przypadkach koncentracja będzie rodziła zagrożenie dla przedsiębiorcy oraz czy może zostać ona uznana za potencjalnie zagrażającą

konkurencji, a taka wiedza byłaby z pewnością przydatna zgłaszającym dla wstępnego oszacowania czasu potrzebnego na uzyskanie zgody Prezesa Urzędu. Czy wobec strukturalnego podejścia Prezesa Urzędu do oceny antykonkurencyjności koncentracji (tj. opartego głównie na udziałach rynkowych) koncentracje będą kierowane do drugiej fazy w momencie przekroczenia lub zbliżenia się do ustawowego ilościowego domniemania posiadania pozycji dominującej (tj. 40% rynku właściwego), czy np. już w momencie spełnienia przesłanki horyzontalnego wpływu na rynek (20% udziału w rynku). Zasadnym byłoby, więc (dla zwiększenia transparentności postępowania) wskazanie ogólnych przesłanek, według których organ antymonopolowy wstępnie oceniałby koncentracje jako „budzące wątpliwości, co do skutków rynkowych”.

Takie rozwiązania niewątpliwie znacznie uprościłyby i przyspieszyły średni czas procedury wydawania przez Prezesa Urzędu decyzji w sprawach koncentracji. Jednocześnie wzmocniłyby one pozytywną zmianę, jaką jest wprowadzenie dwóch faz postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji przedsiębiorców.

Krystyna Kowalik-Bańczyk*****, **Krytyka sformułowań proponowanego art. 105i uokik**

Dotychczasowy art. 105i ustawy zawiera upoważnienie dla Prezesa Urzędu, by bez wszczynania odrębnego postępowania mógł przeprowadzić kontrolę lub dokonać przeszukania w dwóch przypadkach:

- 1) na wniosek Komisji Europejskiej, gdy przedsiębiorca sprzeciwia się takiej kontroli lub
- 2) na wniosek Komisji bądź organu ochrony konkurencji innego państwa członkowskiego w wykonaniu art. 22 rozp. 1/2003 lub art. 12 rozp. 139/2004.

Rozwiązanie takie było krytykowane, ponieważ zawiera możliwość przeprowadzenia przez Prezesa UOKiK kontroli i przeszukania na wniosek Komisji Europejskiej w sytuacji, gdy przedsiębiorca sprzeciwia się kontroli w toku postępowania prowadzonego przez Komisję Europejską na podstawie Rozporządzenia 1/2003 lub 139/2004. Tymczasem rozwiązanie polegające na tym, że w razie sprzeciwu wobec kontroli prowadzonej przez KE kontrolę wobec tego przeprowadza Prezes UOKiK nie jest bezwzględnie potrzebne, ponieważ w art. 20 ust. 6 rozp. 1/2003 oraz art. 13 ust. 6 rozp. 139/2004 mówi się o udzieleniu przez krajowy organ ochrony konkurencji **wszelkiej koniecznej pomocy** na żądanie Komisji, a nie o wszczynaniu odrębnej kontroli czy przeszukania przez Prezesa UOKiK w razie sprzeciwu²⁶. W obecnym kształcie art. 105i nie wyjaśnia, na jakiej podstawie i na jakich zasadach Prezes UOKiK mógłby takiej pomocy Komisji Europejskiej udzielić poza sytuacją samodzielnego przeprowadzenia kontroli przez Prezesa, zamiast Komisji Europejskiej.

Z tego względu w nowej wersji art. 105i zadania Prezesa UOKiK zostały zdefiniowane inaczej, w sposób bardziej precyzyjny i rozbudowany, a zagadnienie sprzeciwu przedsiębiorcy wobec kontroli przeprowadzanej na terytorium RP przez KE zostało uregulowane w ust. 3 art. 105i. Samą próbę zmiany art. 105i należy ocenić pozytywnie, wypada jednak wskazać na pewną nielogiczność w sformułowaniu proponowanego ust. 3 art. 105i.

***** Doktor nauk prawnych. Adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN.

²⁶ Uzasadnienie projektu ustawy z 9 lipca 2013 r., s. 7.

Nowy art. 105i składa się z trzech ustępów. W ust. 1 mowa jest o kompetencji Prezesa UOKiK do przeprowadzenia kontroli lub dokonania przeszukania na podstawie art. 105n oraz do wystąpienia z wnioskiem o wyrażenie zgody na przeprowadzenie przeszukania na podstawie art. 91 na wniosek Komisji Europejskiej lub organu ochrony konkurencji innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej w przypadku, o którym mowa w art. 22 Rozporządzenia nr 1/2003/WE oraz art. 12 Rozporządzenia nr 139/2004/WE. Ust. 1 art. 105i dotyczy zatem szczególnej formy pomocy dla KE lub organu ochrony konkurencji innego państwa członkowskiego, polegającej na tym, że to Prezes UOKiK na ich rzecz i na ich wniosek przeprowadza kontrolę bądź przeszukanie. W takim przypadku (i niestety tylko w takim przypadku, co nie jest korzystne dla stosowania ust. 3 art. 105i), zgodnie z ust. 2 art. 105i Prezes UOKiK może upoważniać do udziału w kontroli lub przeszukaniu wprost wskazane w tym przepisie osoby. Ust. 3 art. 105i reguluje sytuację, w której przedsiębiorca, osoba uprawniona do jego reprezentowania lub inne wymienione w tym przepisie osoby sprzeciwiają się przeprowadzeniu kontroli w ramach postępowania prowadzonego na podstawie rozp. 1/2003 lub rozp. 139/2004. Przepis ten miał wskazywać, jakie uprawnienia przysługują w takich okolicznościach osobom określonych w ust. 2 art. 105i, czyli osobom upoważnionym przez Prezesa UOKiK do udziału w kontroli. Jednak proponowane brzmienie ust. 2 i 3 art. 105i powoduje, że logicznie ujmując Prezes UOKiK nie może upoważnić nikogo do udziału w kontroli przeprowadzanej przez Komisję Europejską na terytorium RP, ponieważ ust. 2 art. 105i ogranicza taką możliwość do hipotez, w których to Prezes UOKiK przeprowadza kontrolę bądź przeszukanie.

Ust. 3 art. 105i w nowym brzmieniu doprecyzowuje, w jakim zakresie Prezes UOKiK udziela pomocy KE w sytuacji, gdy to KE przeprowadza kontrolę na terytorium RP i napotyka sprzeciw przedsiębiorcy. Szczególnie cenne byłoby wyjaśnienie wątpliwości odnośnie do tego, jakie, wynikające z prawa krajowego, uprawnienia przysługują osobom wskazanym przez Prezesa UOKiK wspierającym KE. Ust. 3 art. 105i *in fine* wymienia te uprawnienia w enumeratywny sposób. W obecnym kształcie jednak należy zgłosić poważne zastrzeżenie do brzmienia art. 105i jako takiego, ponieważ ust. 2 art. 105i przewiduje, że Prezes UOKiK może upoważnić do udziału w kontroli wskazane w tym przepisie osoby **tylko w okolicznościach określonych w ust. 1 art. 105i. To oznacza, że wskazane w ust. 2 art. 105i nie mogą zostać upoważnione do udziału w kontroli w okolicznościach określonych w ust. 3 art. 105i. Tym samym wyliczone w ust. 3 ich uprawnienia nie będą mogły znaleźć zastosowania.** To właściwie neguje sens istnienia ust. 3 art. 105i, ponieważ w zaproponowanym kształcie przepis ten jest nie do wykorzystania.

Druga powszechnie zgłaszana uwaga krytyczna dotyczyła sposobu ujęcia możliwości Prezesa UOKiK, by przeprowadzić kontrolę na rzecz Komisji Europejskiej. Zarówno w obecnej, jak i w nowej, proponowanej wersji art. 105i ustawy znajduje się sformułowanie, iż Prezes UOKiK ma możliwość przeprowadzenia kontroli bez wszczynania postępowania. Mając jednak na uwadze sformułowania zawarte w art. 22 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003 („na wniosek Komisji organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich przeprowadzają kontrolę...”) i art. 12 ust. 1 Rozporządzenia 139/2004 („na wniosek Komisji właściwe władze Państw Członkowskich wszczynają inspekcje...”), należy stwierdzić, że wniosek Komisji Europejskiej o przeprowadzenie przez Prezesa kontroli jest dla niego wiążący. W tym zakresie **nie można wobec tego mówić o „uprawnieniu” Prezesa, lecz o jego obowiązku.** Obowiązek wszczęcia postępowania przez Prezesa UOKiK na rzecz Komisji został przedstawiony jako „uprawnienie” Prezesa UOKiK. W zmodyfikowanej po reformie 2013 r.

wersji art. 105i ustawy utrzymał się zatem błąd istniejący w niej już w wersji z 2004 r. Przepis nadal modyfikuje treść przepisów unijnych, stwarzając mylne wrażenie, że Prezes UOKiK może na zasadzie uznania podejmować lub nie kontrolę na rzecz KE²⁷. Fakultatywność rozpatrzenia wniosku dotyczy tylko wniosków kierowanych przez organy ochrony konkurencji innych państw członkowskich. Rozpatrzenie wniosku KE stanowi zatem obowiązek Prezesa UOKiK, a nie jego uprawnienie. Jest tak również w świetle ogólnej zasady współpracy (lojalności), wyrażonej w art. 4 ust. 3 TUE.

Dopiero po naniesieniu obu sugerowanych poprawek nowe brzmienie art. 105i ustawy będzie odpowiadać zasadom logiki i wymogom prawa UE.

Jarosław Sroczyński*****, **Stanowisko w sprawie art. 28 ust. 1a projektu nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst z dn. 9 lipca 2013 r.)**

Projektowana nowelizacja ustawy z dn. 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik) zawiera nowy art. 28 ust. 1a, w brzmieniu: „W przypadku gdy przedsiębiorca zaprzestał naruszania zakazu, o którym mowa w ust. 1, i zobowiąże się do usunięcia skutków tego naruszenia, ust. 1 stosuje się odpowiednio”. Ponieważ w przepisie tym mowa jest o odpowiednim stosowaniu art. 28 ust. 1 w przypadku objętym nowym ust. 1a, warto powołać także treść ust. 1 tegoż artykułu. W nowelizowanej wersji uokik brzmi on następująco: „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 będących podstawą wszczęcia postępowania – że został naruszony zakaz, o którym mowa w art. 24, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tego zakazu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań”. Klamrą spinającą oba powyższe ustępy jest stanowiący w gruncie rzeczy o istocie całego art. 28 jego ust. 4, w niezmienionym nowelizacją, następującym brzmieniu: „W przypadku wydania decyzji, o której mowa w ust. 1, art. 26 i 27 oraz art. 106 ust. 1 pkt 4 nie stosuje się, z zastrzeżeniem ust. 7”. Chodzi oczywiście o zawarte w ust. 4 odwołanie do art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik, wyłączające stosowanie tego przepisu w przypadku wydania przez Prezesa UOKiK decyzji zobowiązującej w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Skutek powyższego wyłączenia jest jednoznaczny. Przedsiębiorca otrzymujący decyzję zobowiązującą ma pewność, że nie zostanie na niego nałożona kara pieniężna, której wysokość może sięgać 10% rocznego obrotu. Dlatego ten instrument prawny, będący w dyspozycji Prezesa UOKiK, jest tak bardzo atrakcyjny dla przedsiębiorców, którzy naruszyli zbiorowe interesy konsumentów i mając tego świadomość, zdają sobie także sprawę z nikłych lub żadnych szans powodzenia w sporze administracyjno-sądowym. Warto wówczas zaciągnąć zobowiązanie do eliminacji stosowanej praktyki oraz jej skutków (co i tak byłoby nieuchronne w razie przegranej w sądzie) i tym samym uniknąć zapłaty kary pieniężnej oraz kosztów sporu. Z punktu widzenia celów ochrony interesu

²⁷ Tak też w odniesieniu do wcześniejszej wersji art. 105i ustawy: K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Oficyna Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 836.

**** Radca prawny. Kancelaria prawna Markiewicz & Sroczyński (Kraków).

publicznego, w tym ochrony konsumentów, decyzje zobowiązujące mają także doniosłe, bardzo pozytywne skutki, o czym w zakończeniu.

Jaki jest zatem skutek nowego art. 28 ust. 1a? Otóż przepis ten wypełnia istotną lukę w dotychczasowej regulacji, zrównując sytuację prawną przedsiębiorców ubiegających się o decyzję zobowiązującą, którzy zaprzestali stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, z sytuacją tych przedsiębiorców, którzy, chcąc również otrzymać decyzję zobowiązującą, z różnych przyczyn już zakończyli stosowanie danej praktyki. W obecnym stanie prawnym sytuacje te stanowią dwa różne światy, pozbawiając tę drugą grupę przedsiębiorców możliwości skorzystania ze zbliżonego do *leniency* dobrodziejstwa uokik, pozwalającego na uniknięcie często dolegliwej odpowiedzialności finansowej, związanej z zapłatą kary pieniężnej.

Można bowiem wyobrazić sobie, że w podobnych stanach faktycznych przedsiębiorcy, którym postawiono zarzut stosowania praktyki, przyjmą odmienną strategię pierwszego reagowania, choć w każdym przypadku kierując się podobnymi intencjami co do dalszych kroków. Przykładowo, dwóch przedsiębiorców stosuje w konsumenckich wzorcach umownych klauzule w identyczny sposób ograniczające konsumentom swobodę odstąpienia od umowy. Prezes UOKiK postawił obu przedsiębiorcom zbliżone zarzuty naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Obaj oceniają zarzuty jako zasadne, co uprawdopodobnia naruszenie uokik. Jeden z przedsiębiorców występuje do Prezesa UOKiK z wnioskiem o wydanie decyzji zobowiązującej, nie dokonując żadnej zmiany we wzorcu. Natomiast drugi przedsiębiorca, także występując z identycznym wnioskiem, uprzednio usuwa kwestionowaną klauzulę ze swojego wzorca. W podanym przykładzie tylko pierwszy przedsiębiorca ma pewność uniknięcia kary pieniężnej, jeżeli otrzyma decyzję zobowiązującą. Drugi przedsiębiorca w ogóle takiej decyzji otrzymać nie może, ponieważ nie ma się już do czego zobowiązać, usunął bowiem naruszenie poprzez zmianę wzorca. Przedsiębiorca ten może w opisanej sytuacji otrzymać jedynie decyzję wydaną na podstawie art. 27 ust. 2 uokik, czyli decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania. Z mechanizmem art. 27 ust. 2 nie jest jednak połączony mechanizm art. 28 ust. 4, co oznacza brak wyłączenia przepisu dotyczącego nałożenia kary pieniężnej. Jak pokazuje praktyka, praktycznie wszystkie decyzje Prezesa UOKiK, stwierdzające zaniechanie praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, zawierają karę pieniężną. W rezultacie przedsiębiorca, który z własnej woli i szybko usunął zarzucane mu naruszenie, znalazł się w gorszej sytuacji prawnej, aniżeli ten przedsiębiorca, który nie wykazując zbędnego pośpiechu, utrzymał naruszenie do czasu skutecznego wynegocjowania obowiązku wpisanego do decyzji zobowiązującej, polegającego dokładnie na tym samym, co uczynił pierwszy przedsiębiorca, czyli do usunięcia kwestionowanej klauzuli umownej. Teoria gier podpowiada zatem jednoznacznie, że obecna regulacja powinna skłaniać raczej do utrzymywania stanu naruszenia, aby stanowiło ono kartę przetargową przy ubieganiu się o decyzję zobowiązującą, aniżeli do szkodliwej nadgorliwości w jego usunięciu, co prostą drogą prowadzi do zapłaty kary pieniężnej. Ukaranym zostaje zatem tylko ten przedsiębiorca, który szybciej wyeliminował z obrotu szkodliwe działanie. Rozwiązanie to jest w jaskrawy sposób niesprawiedliwe, można wręcz powiedzieć, że ociera się o granice demoralizacji. Dlatego znaczenie nowego art. 28 ust. 1a jest jednoznacznie pozytywne i dobrze się stało, że projektodawcy nowelizacji dostrzegli potrzebę wyeliminowania obecnego, istotnego mankamentu działania przepisów o ochronie zbiorowych interesów konsumentów.

Podany wyżej przykład nie jest wyłącznie abstrakcyjnym pomysłem na wykazanie tegoż mankamentu. W konkretnych sprawach dochodziło już do odmowy wydania przez Prezesa UOKiK decyzji zobowiązującej, z uwagi na uprzednio dokonane przez przedsiębiorcę zaniechanie stosowania zarzucanej praktyki. Można w tym miejscu wskazać np. decyzję nr RWA-11/2011 oraz decyzję nr RWR-44/2011. W obu przypadkach Prezes Urzędu odmówił przedsiębiorcom wydania decyzji zobowiązującej, motywując odmowę faktem uprzedniego wykonania przez przedsiębiorcę czynności, która mogłaby być przedmiotem ewentualnego zobowiązania. Decyzje wydane tym przedsiębiorcom zostały wydane w oparciu o art. 27 ust. 2 uokik. Prezes UOKiK stwierdził w nich zaniechanie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów i nałożył na przedsiębiorców kary pieniężne. W decyzji RWA-11/2011 Prezes UOKiK stwierdził, że po zaniechaniu praktyki brak jest podstaw, jak również i potrzeby, do wydania decyzji na podstawie art. 28 ust. 1 uokik, istnieją natomiast w takim przypadku przesłanki wydania decyzji określonej w art. 27 uokik. Natomiast w decyzji nr RWR-44/2011 Prezes UOKiK przeprowadził analizę różnic pomiędzy decyzją stwierdzającą zaniechanie a decyzją zobowiązującą, podkreślając, że zaniechanie, o którym mowa w art. 28 ust. 1 uokik, ma nastąpić w przyszłości, a tym samym decyzja zobowiązująca ma nakładać obowiązek określonego zachowania także w przyszłości. Tymczasem, w przedmiotowej sprawie przedsiębiorca, jak sam oświadczył, już zmienił postanowienia wzorców umów kwestionowane w postępowaniu i wprowadził je do stosowania. Umożliwiło to wydanie tylko decyzji stwierdzającej zaniechanie, a jak stwierdził Prezes UOKiK, z art. 28 ust. 4 uokik wynika jednoznacznie, że przepisy art. 27 i art. 28 ust. 1 wykluczają się.

To ostatnie stwierdzenie Prezesa UOKiK najbardziej wymownie uzasadnia przedstawione tutaj stanowisko o potrzebie wprowadzenia w nowelizowanej uokik przepisu, jakim jest art. 28 ust. 1a. Dopełnia on treściowo art. 28 ust. 1, spełniając postulat zapewnienia większego poziomu sprawiedliwości formalnej dla uczestników postępowań w sprawach naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Postulat ten był formułowany także w doktrynie²⁸.

Warto podkreślić, że projektowany przepis art. 28 ust. 1a wymaga, aby w przypadku zaprzestania stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, ewentualne zobowiązanie dotyczyło usunięcia skutków tej praktyki. Z punktu widzenia ochrony interesów konsumentów jest to szczególnie dobre rozwiązanie. Usunięcie skutków naruszenia będzie bowiem polegało na wykonaniu określonych czynności stanowiących przysporzenie dla tychże interesów. Przykładowo, przedsiębiorca może zobowiązać się do wynagrodzenia konsumentom poniesionych szkód, do przedłużenia okresu gwarancji, do zaniechania pobierania kar umownych itp.

Można zatem mieć nadzieję, że po nowelizacji art. 28 uokik ulegnie zwiększeniu liczba wydawanych przez Prezesa UOKiK decyzji zobowiązujących w sprawach naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Jak wyżej zaznaczyłem, uważam tę formę interwencji Prezesa UOKiK w sprawach ochrony konsumentów za niezmiernie korzystny dla konsumentów mechanizm prawny. Zapewnia on bowiem szybkość postępowania, eliminację kosztów procesowych i innych kosztów prowadzenia sporu, a także względnie wysoką pewność i nieuchronność przysporzenia konsumentckiego, ponieważ Prezes UOKiK z reguły wyznacza przedsiębiorcom mocno skonkretyzowane

²⁸ Zob. J. Sroczyński, *Naruszenie zbiorowych interesów konsumentów: decyzja zobowiązująca (uwagi praktyczne oraz de lege ferenda)*, iKAR 2012, nr 1(1), s. 110.

obowiązki, mające zostać wykonane w ściśle określonym czasie, co następnie podlega raportowaniu Prezesowi UOKiK w formie dostarczanych przez przedsiębiorcę informacji o stopniu realizacji zobowiązań. Kluczowe znaczenie ma także dobrowolne wykonanie obowiązków przez przedsiębiorcę w sytuacji, w której on sam wstępnie formułuje te obowiązki, przedstawiając je do akceptacji Prezesa UOKiK. Doświadczenie poucza, że znacznie lepiej i pełniej realizowane są nawet trudne obowiązki, jeżeli nie polegają one na przymusie, a wynikają ze świadomej chęci własnego działania.

Ze wszystkich powyższych względów, stanowisko względem proponowanego nowego art. 28 ust. 1a powinno być pozytywne i aprobujące.