internetowy

KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

2(4)
2015

SERIA ANTYMONOPOLOWA

- **Materialne i procesowe zmiany w zakresie praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zbiorowe interesy konsumentów**
- **Kontrola koncentracji w świetle ostatnich zmian ustawowych**
- **Nowe elementy regulacji prawnej kar pieniężnych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów**
- **Materialnoprawne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: postulaty modyfikacji oraz uwagi *de lege ferenda***
- **O potrzebie doskonalenia rozwiązań procesowych w znowelizowanej z dniem 18 stycznia 2015 r. ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów**
- **Dalsze zmiany w systemie kar pieniężnych**
- **Przepisy przejściowe ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz k.p.c.**

ISSN 2299-5749

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych
UNIWERSYTET WARSZAWSKI WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

2(4)
2015

55. publikacja Programu Wydawniczego CARS

33. publikacja Programu Wydawnictw Elektronicznych CARS

Redaktor naczelny: Prof. dr hab. Tadeusz Skoczny

Redaktor statystyczny: Prof. dr hab. Jerzy Wierzbiński

Redaktor językowy: Anita Sosnowska

Projekt okładki: Darek Kondefer

ISSN: 2299-5749

Licencja: Creative Commons 3.0 Polska

Redakcja: Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS);

PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-126; www.ikar.wz.uw.edu.pl

e-mail: ikar@wz.uw.edu.pl

Wydawca: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego;

PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-164; www.wz.uw.edu.pl

e-mail: jjagodzinski@mail.wz.uw.edu.pl

Skład i łamanie: Dom Wydawniczy ELIPSA; PL – 00-189 Warszawa,

ul. Inflancka 15/198; tel.: (+48-22) 635-03-01; www.elipsa.pl

e-mail: elipsa@elipsa.pl

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

Rada Naukowa

1. Prof. dr hab. **Andrzej Wróbel** (kierownik Zakładu Prawa Europejskiego INP PAN; sędzia Trybunału Konstytucyjnego) – przewodniczący.
2. Prof. UW dr hab. **Zbigniew Hockuba** (Katedra Ekonomii Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; EBOR) – wiceprzewodniczący.
3. Prof. dr hab. **Cezary Kosikowski** (kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – wiceprzewodniczący.
4. Doc. dr **Cezary Banasiński** (Zakład Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego Instytutu Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.
5. Prof. dr hab. **Jan Barcz** (kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – członek.
6. Prof. dr hab. **Sławomir Dudzik** (Katedra Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego) – członek.
7. Prof. dr hab. **Marian Gorynia** (Rektor Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu) – członek.
8. Prof. dr hab. **Jan Grabowski** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach) – członek.
9. Prof. dr hab. **Hanna Gronkiewicz-Waltz** (kierownik Zakładu Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego Instytutu Nauk Prawno-Administracyjnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.
10. Prof. ALK dr hab. **Waldemar Hoff** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Prawa Administracyjnego Gospodarczego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – członek.
11. Prof. dr hab. **Marian Kępiński** (kierownik Katedry Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Adama Mickiewicza) – członek.
12. Prof. dr hab. **Leon Kieres** (kierownik Zakładu Prawa Administracyjnego Gospodarczego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego; sędzia Trybunału Konstytucyjnego) – członek.
13. Prof. dr hab. **Bożena Klimczak** (kierownik Katedry Mikroekonomii i Ekonomii Instytucjonalnej Instytutu Ekonomii Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu) – członek.
14. Prof. dr hab. **Małgorzata Król-Bogomilska** (kierownik Zakładu Prawa Konkurencji INP PAN) – członek.
15. Prof. dr hab. **Maria Królikowska-Olczak** (kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UŁ) – członek.
16. Prof. INP PAN dr hab. **Dawid Miąsik** (Zakład Prawa Europejskiego INP PAN) – członek.
17. Prof. SGH dr hab. **Anna Mokrysz-Olszyńska** (kierownik Zakładu Prawa Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katedrze Prawa Międzynarodowego Kolegium Gospodarki Światowej SGH) – członek.
18. Prof. USz dr hab. **Rajmund Molski** (Katedra Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego) – członek.
19. Prof. dr hab. **Adam Noga** (kierownik Katedry Ekonomii Akademii Leona Koźmińskiego) – członek.
20. Dr hab. **Bartłomiej Nowak** (Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego) – członek.
21. Prof. UAM dr hab. **Bożena Popowska** (kierownik Zakładu Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UAM; sędzia NSA) – członek.
22. Prof. UG dr hab. **Andrzej Powałowski** (kierownik Zakładu Prawa Gospodarczego Publicznego w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego i Ochrony Środowiska Wydziału Prawa i Administracji UG) – członek.
23. Prof. UŁ dr hab. **Maciej Rogalski** (Uczelnia Łazarskiego; członek Zarządu T-Mobile) – członek.
24. Prof. UŁ dr hab. **Kazimierz Strzyczkowski** (kierownik Katedry Prawa Publicznego Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UŁ) – członek.
25. Prof. PŁ dr hab. **Andrzej T. Szablewski** (kierownik Zakładu Ekonomii na Wydziale Organizacji i Zarządzania Politechniki Łódzkiej oraz docent w Instytucie Nauk Ekonomicznych PAN) – członek.
26. Prof. dr hab. **Włodzimierz Szpringer** (Katedra Prawa Administracyjnego i Finansowego Przedsiębiorstw w Szkole Głównej Handlowej oraz Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.
27. Prof. dr hab. **Jerzy Wilkin** (kierownik Katedry Ekonomii Politycznej Wydziału Nauk Ekonomicznych Uniwersytetu Warszawskiego) – członek.
28. Prof. dr hab. **Jerzy Żyżyński** (kierownik Zakładu Gospodarki Publicznej w Katedrze Gospodarki Narodowej Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego; poseł na Sejm RP) – członek.

Kolegium Redakcyjne

1. Prof. dr hab. **Tadeusz Skoczny** (kierownik CARS i Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor naczelny i nadzór nad „Serią Antymonopolową" oraz red. tematyczny ds. prewencyjnej kontroli koncentracji; adresy mailowe: skoczny@wz.uw.edu.pl; tadeuszskoczny@gmail.com; tel. stacj.: (22) 55.34.012.; tel. kom.: 604.759.706.
2. Dr hab. **Anna Fornalczyk** (COMPER) – zastępca redaktora naczelnego i nadzór nad publikacjami z ekonomii konkurencji i regulacji oraz red. tematyczny ds. pomocy publicznej; adres mailowy: afornalczyk@comper.com.pl; tel. kom.: 601.293.922.
3. Prof. dr hab. **Stanisław Piątek** (kierownik Katedry Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego – zastępca redaktora naczelnego, nadzór na „Serią Regulacyjną", redaktor tematyczny ds. regulacji w dziedzinie łączności i mediów oraz redaktor jednego zeszytu „Serii Regulacyjnej"; adresy mailowe: piątek@wz.uw.edu.pl; piatek@supermedia.pl; tel. kom.: 601.214.611.
4. Prof. dr hab. **Jerzy Wierzbiński** (kierownik Zakładu Metod Matematycznych i Statystycznych Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor statystyczny; adres mailowy: wierzbiński@wz.uw.edu.pl; tel. kom.: 602.245.591.
5. Dr **Maciej Bernatt** (adiunkt w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor jednego zeszytu regularnego oraz redaktor tematyczny ds. wdrażania reguł konkurencji; adres mailowy: mbernatt@wz.uw.edu.pl; tel. stacj.: (22) 55.34.126.
6. Dr **Marzena Czarnecka** (adiunkt w Katedrze Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor jednego numeru „Serii Regulacyjnej" oraz redaktor tematyczny ds. regulacji energetycznej; adres mailowy: mczg@interia.pl; tel. kom.: 601.482.488.
7. **Łukasz Gołąb** (Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) – współredaktor jednego zeszytu „Serii Regulacyjnej" oraz redaktor tematyczny ds. regulacji w sektorze transportu; adres mailowy: lukaszgolab84@gmail.com; tel. kom.: 664.257.487.
8. Prof. WSIiZ dr hab. **Agata Jurkowska-Gomułka** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego na Wydziale Administracji i Nauk Społecznych Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania) – redaktor jednego zeszytu „Serii Antymonopolowej" oraz redaktor tematyczny ds. porozumień ograniczających konkurencję; adres mailowy: agathajur@o2.pl; tel. kom.: 501.060.776.
9. Prof. KA dr hab. **Konrad Kohutek** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego) – redaktor jednego zeszytu regularnego oraz redaktor tematyczny ds. nadużywania pozycji dominującej; adres mailowy: kohutek@gmx.net; tel. kom.: 600.346.215.
10. Dr hab. **Anna Piszcz** (adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor jednego zeszytu regularnego oraz redaktor tematyczny ds. ochrony konsumentów prawa ochrony konkurencji zagranicą; adres mailowy: piszcz@uwb.edu.pl; tel. kom.: 608.777.236.
11. Dr **Ewa Kwiatkowska** (adiunkt w Katedrze Metod Ilościowych i Zastosowań Informatyki Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie) – sekretarz redakcji odpowiedzialny za „Serię Regulacyjną"; adres mailowy: ewcia@alk.edu.pl; tel. kom.: 502.031.389.
12. **Katarzyna Skowrońska** (asystent naukowo-techniczny w CARS) – sekretarz redakcji odpowiedzialny za „Serię Antymonopolową"; adres mailowy: kskowronska@wz.uw.edu.pl; kasiaskowronska@pro.onet.pl; tel. stacj.: (22) 55.34.012.; tel. kom.: 503.064.018.

Spis treści

Rozpoczynamy monitorowanie stosowania znowelizowanych przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz wstępne prace nad jej kolejną nowelizacją (od redaktora prowadzącego) 6

Nowelizacja ustawy antymonopolowej. Wystąpienie Wiceprezes UOKiK, Bernadety Kasztelan-Świetlik 8

Artykuły

Grzegorz Materna, Agata Zawłocka-Turno, **Materialne i procesowe zmiany w zakresie praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zbiorowe interesy konsumentów** 11

Sławomir Dudzik, **Kontrola koncentracji w świetle ostatnich zmian ustawowych** 27

Anna Piszcz, **Nowe elementy regulacji prawnej kar pieniężnych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów** 42

Konrad Kohutek, **Materialnoprawne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: postulaty modyfikacji oraz uwagi *de lege ferenda*** 59

Maciej Bernatt, Bartosz Turno, **O potrzebie doskonalenia rozwiązań procesowych w znowelizowanej z dniem 18 stycznia 2015 r. ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów** 75

Małgorzata Modzelewska de Raad, **System kar pieniężnych w polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów – potrzeba i kierunek dalszych zmian** 93

Dawid Miąsik, **Przepisy przejściowe ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz k.p.c.** 106

Przegląd prawa i orzecznictwa

Tabela wyroków i postanowień Sądu Najwyższego w sprawach konkurencji w 2014 r. 116

Tabela wyroków Sądu Apelacyjnego w Warszawie w sprawach konkurencji w 2014 r. 119

Tabela wyroków SOKiK w sprawach konkurencji w 2014 r. 122

Skorowidz zagadnień podnoszonych w wyrokach SN, SA w Warszawie i SOKiK w sprawach konkurencji w 2014 r. (Agata Jurkowska-Gomułka) 126

Przegląd piśmiennictwa

Cezary Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2015, ss. 600 (Rajmund Molski) 131

Sprawozdania

Sprawozdanie ze orgaznizowanej przez CARS ogólnopolskiej konferencji pn. „Znowelizowana ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – najważniejsze zmiany i kierunki dalszej modernizacji" (19 stycznia 2015 r., Centrum Konferencyjne UOKiK) (Dariusz Aziewicz, Ilona Szwedziak-Bork) 138

Contents, Summaries and Key words 144

Rozpoczynamy monitorowanie stosowania znowelizowanych przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz wstępne prace nad jej kolejną nowelizacją
(od redaktora prowadzącego)

Niniejszy zeszyt *internetowego Kwartalnika Antymonopolowego i Regulacyjnego* (iKAR) ma charakter szczególny z dwóch powodów. Po pierwsze dlatego, że wraz z przekształceniem (z dniem 1 października 2014 r.) statusu prawnego Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS) WZ UW z grupy badawczej w podległą bezpośrednio Dziekanowi jednostkę organizacyjną o charakterze naukowo-badawczym rozpoczynamy stopniowe doskonalenie naszej działalności we wszystkich obszarach aktywności CARS. Zmierzamy także do profesjonalizacji naszych periodyków, w tym *internetowego Kwartalnika Antymonopolowego i Regulacyjnego*. Po trzech latach jego wydawania, dzięki naszym Czytelnikom i redaktorom prowadzącym, zdobyliśmy doświadczenia, które pozwoliły na podjęcie decyzji o regularnym wydawaniu od 2015 r. ośmiu numerów iKAR-a w dwóch seriach – „Serii antymonopolowej" i „Serii regulacyjnej". iKAR 1/2015 był właśnie pierwszym numerem „Serii regulacyjnej" naszego periodyku. Niniejszy numer 2/2015 jest pierwszym numerem jego „Serii antymonopolowej".

Jest również drugi powód szczególnego charakteru tego numeru, a mianowicie publikujemy w nim przede wszystkim artykuły bazujące na referatach pierwszej tegorocznej konferencji CARS, która odbyła się w dniu 19 stycznia 2015 r. i była poświęcona znowelizowanej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów – jej najważniejszym zmianom i kierunkom doskonalenia. Była to też pierwsza krajowa konferencja CARS zorganizowana w ramach zawartego w 2014 r. „Porozumienia o współpracy między CARS a UOKiK" w Centrum Konferencyjnym UOKiK, z licznym udziałem Kierownictwa Urzędu i jego pracowników. Bardzo dziękuję za to Wiceprezes UOKiK, Pani Bernadecie Kasztelan-Świetlik, która konferencję zagaiła, oraz Prezesowi UOKiK, Panu Adamowi Jasserowi, który ją wraz ze mną podsumował.

Konferencja miała mieć z założenia dwie wyraźnie różne części. W pierwszej, moderowanej przez mec. Małgorzatę Szwaj (Linklaters), zaprezentowano i zanalizowano zmiany w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, które zostały dokonane nowelą z 10 czerwca 2014 r., która weszła w życie w dniu 18 stycznia 2014 r. W części tej przedstawiono trzy referaty: dr. Grzegorza Materny (UOKiK oraz INP PAN) i Agaty Zawłockiej-Turno (UOKiK) pt. „Materialne i procesowe zmiany w zakresie praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zbiorowe interesy konsumentów", prof. dr. hab. Sławomira Dudzika (WPiA UJ) pt. „Materialne i procesowe zmiany w zakresie kontroli koncentracji" oraz dr hab. Anny Piszcz (WPiA UwB) pt. „Nowe elementy systemu kar pieniężnych". Można je odnaleźć w niniejszym numerze iKAR-a w wersji poprawionej i uzupełnionej o kwestie poruszane w dyskusji.

W drugiej części konferencji, moderowanej przez SSN, prof. INP PAN dr. hab. Dawida Miąsika, wygłoszono także trzy referaty: prof. KA dr. hab. Konrada Kohutka (Krakowska Akademia im.

Andrzeja Frycza Modrzewskiego) pt. „Pożądane zmiany podstaw prawnych zakazu praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz kontroli koncentracji", dr. Macieja Bernatta (WZ UW) i dr. Bartosza Turno (WKB) pt. „Doskonalenie rozwiązań procesowych (procedur przed Prezesem UOKiK oraz sądami)" oraz mec. Małgorzaty Modzelewskiej de Raad (Modzelewska Paśnik) pt. „Dalsze zmiany w systemie kar pieniężnych". Także te referaty w publikowanej wersji uwzględniają rezultaty dyskusji konferencyjnej.

Czytelnik zauważy zapewne, że referenci nie trzymali się ściśle podziału na „zmiany dokonane" i „zmiany pożądane", co podniosło wartość publikowanych referatów.

Istotnym uzupełnieniem tego numeru iKAR-a jest także przygotowany specjalnie artykuł prof. D. Miąsika pt. „Przepisy przejściowe ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz k.p.c.".

Jako że iKAR 2/2015 jest pierwszym tegorocznym numerem „Serii antymonopolowej" publikujemy w nim także tabele orzecznictwa Sądu Najwyższego, Sądu Apelacyjnego w Warszawie oraz Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawach konkurencji za rok 2014 wraz ze skorowidzem autorstwa dr hab. Agaty Jurkowskiej-Gomułki (WSIiZ w Rzeszowie). iKAR 2/2015 zawiera także recenzję „najświeższej" monografii antymonopolowej dr. Cezarego Banasińskiego (recenzent: prof. USz dr hab. Rajmund Molski) oraz sprawozdanie z konferencji, której referaty są w nim publikowane powyżej.

Życzę owocnej lektury.

Prof. dr hab. Tadeusz Skoczny

Nowelizacja ustawy antymonopolowej. Wystąpienie Wiceprezes UOKiK, Bernadety Kasztelan-Świetlik

Szanowni Państwo,

W dniu 18 stycznia 2015 r. weszła w życie nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Spotykamy się w pierwszym roboczym dniu jej obowiązywania. Chciałabym zatem bardzo serdecznie powitać wszystkich obecnych – przedstawicieli nauki, kancelarie prawne, organizacje pozarządowe i oczywiście przedsiębiorców, którym w praktyce ta ustawa w jej obecnym kształcie ma służyć.

Bardzo się cieszę, że to właśnie mnie przypadł w udziale zaszczyt powitania Państwa na pierwszej konferencji poświęconej znowelizowanej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, a zorganizowanej przez Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych. Za zaproszenie dziękuję Dyrektorowi Centrum, prof. Tadeuszowi Skocznemu. Jak wiemy niedawno, po siedmiu latach działalności w formule grupy badawczej, Centrum zostało przekształcone w samodzielną jednostkę organizacyjną Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego. Panie Profesorze, proszę przyjąć szczere gratulacje – trzymamy kciuki za rozwój CARS! Doceniając dotychczasowy wkład CARS w kształt ochrony konkurencji i konsumentów w Polsce, mamy oczywiście nadzieję na dalszą owocną współpracę.

W ostatnich dniach dość często słyszałam pytanie: czy nowelizacja ustawy była konieczna i komu ma służyć? Otóż dobre prawo – to prawo skuteczne. Aby takie było, musi realizować postawione przed nim cele. Głównym celem zmian w przepisach ustawy jest skuteczne umożliwienie przedsiębiorcom uczciwego konkurowania na wolnym rynku; uczciwego konkurowania z korzyścią dla konsumentów. Nowelizacja domyka zatem dotychczasowe luki prawne i wzmacnia ochronę konkurencji, a tym samym i konsumentów. Silne prawo konkurencji ma wspierać tych wszystkich przedsiębiorców, którzy chcą działać na rynku w sposób uczciwy, z poszanowaniem praw konsumentów. A jeżeli ktokolwiek ponad uczciwość przedkłada inne wartości, niezgodne z etyką i prawem – no cóż, musi się liczyć z konsekwencjami swojego wyboru.

Nowe przepisy dają Prezesowi Urzędu nowe narzędzia ochrony konkurencji i konsumentów, aby na naruszenia konkurencji mógł reagować twardo, ale racjonalnie. A także – co dla mnie jest szczególnie ważne – zapewniają otwarte podejście Urzędu do dialogu z rynkiem. Wydaje mi się, że dzisiejsze wydarzenie jest doskonałą ilustracją tego podejścia Urzędu – konferencja ma bowiem charakter otwartej dyskusji. Wystąpienia ekspertów reprezentujących instytucje naukowe, kancelarie prawne oraz Urząd są jedynie wstępem do – mam nadzieję – pogłębionej dyskusji, do której każdego gorąco zachęcam.

Jeśli zatem Państwo pozwolą, to w moim krótkim wystąpieniu chciałabym skoncentrować się nie tyle na odpowiedzi na pytanie: w jaki sposób zmienią się przepisy, ile na wyjaśnieniu, dlaczego zaistniała potrzeba ich zmiany. Warto w tym miejscu przypomnieć, że misję UOKiK

wyznaczają trzy zasady, kluczowe dla zapewnienia na rynku wartości sprzyjających konkurencji i konsumentom:

- wolność konkurowania,
- równouprawnienie firm w konkurencji na rynkach,
- uczciwość konkurowania, rozumiana jako posługiwanie się wobec innych uczestników rynku (konkurentów, konsumentów) tylko takimi metodami, które są zgodne z prawem i dobrymi obyczajami.

Aby skuteczniej realizować tak określoną misję, należało wzmocnić prawo konkurencji, lepsza ochrona rynku przekłada się bowiem na wzrost dobrostanu konsumentów. Prawo konkurencji służy tym przedsiębiorcom, którzy działają uczciwie i często oczekują od państwa skutecznej obrony przed działaniami, które zniekształcają czy ograniczają konkurencję. Mamy nadzieję, że temu celowi sprzyjać będą m.in. wydłużenie okresu przedawnienia, uatrakcyjnienie systemu łagodzenia kar dla skruszonych uczestników zmów czy usprawnienie procedur kontrolnych. Nowelizacja stanowi zatem realizację naszej misji – zwiększa skuteczność, sprawność, ale i otwartość działań administracyjnych. W centrum uwagi Urzędu pozostaje konsument, który jest ostatecznym odbiorcą produktów i usług i powinien być głównym beneficjentem uczciwej konkurencji. Pragnę podkreślić, że prawo konkurencji jest tworzone dla uczestników rynku, a nie odwrotnie. Wprowadzone zmiany sprowadzają się zatem do jednego wspólnego mianownika, jakim jest wsparcie tych przedsiębiorców, którzy kierują się w swoich działaniach uczciwością konkurowania.

Przykładowo, odniosę się do jednej ze zmian wprowadzonych przez nowe przepisy, która jest chyba jedną z najczęściej dyskutowanych – a mianowicie wprowadzenia odpowiedzialności osób zarządzających za udział przedsiębiorcy w porozumieniu ograniczającym konkurencję. Przepisy mówiące o osobistej odpowiedzialności osób zarządzających istnieją obecnie w większości systemów ochrony konkurencji na świecie. Niektóre z państw, np. Stany Zjednoczone czy Japonia, przewidują dla tych osób także odpowiedzialność karną. W Polsce w tym zakresie brakowało dotychczas pewnego domknięcia systemu – istniały sankcje finansowe nakładane na przedsiębiorstwa, ale brakowało odpowiedzialności osób zarządzających. Zagrożenie osób zarządzających karą finansową ma doprowadzić do zmniejszenia liczby naruszeń zakazu antykonkurencyjnych porozumień. Ma ono skłaniać osoby zarządzające przedsiębiorstwami do niewchodzenia w antykonkurencyjne porozumienia, a decydentów, którzy już dopuścili do naruszenia prawa – do współpracy z Prezesem UOKiK. Ujawnienie nagannego procederu w zamian za odstąpienie od kary lub jej obniżenie w ramach programu łagodzenia kar *leniency*, stwarza możliwość uniknięcia sankcji, prowadzi jednocześnie do skutecznego wyeliminowania nagannej praktyki z obrotu gospodarczego. Pamiętać należy o tym, że osoba zarządzająca odpowiada tylko wówczas, gdy dopuści swoimi działaniami lub zaniechaniami do naruszenia prawa umyślnie i to na organie ochrony konkurencji będzie spoczywał obowiązek przeprowadzenia dowodu. Ogranicza to odpowiedzialność osób zarządzających w porównaniu z zasadami odpowiedzialności przedsiębiorców, którzy odpowiadają także w przypadku, kiedy do naruszenia prawa doszło z winy nieumyślnej. Jednocześnie chcę podkreślić, że celem nowej regulacji, rozszerzającej odpowiedzialność za naruszenia prawa konkurencji, nie jest represja sama w sobie. Zgodnie z uzasadnieniem nowelizacji wprowadzenie do ustawy nowej kategorii podmiotów ponoszących odpowiedzialność powinno skutkować mniejszą liczbą naruszeń przepisów ustawy oraz skuteczniejszym pozyskiwaniem informacji dotyczących niedozwolonych porozumień.

Mamy nadzieję, że taka zmiana przepisów pobudzi przedsiębiorców do działania i będzie silnym bodźcem do wprowadzania systemów *compliance*, czyli przyjmowania i stosowania kodeksów, zasad oraz procedur, jakimi powinni kierować się i zarządzający, i pracownicy, aby wyeliminować możliwość naruszenia prawa. Jest to szczególnie istotne w czasach, kiedy mamy do czynienia z deficytem uczciwości kupieckiej. Skuteczny *compliance* powinien pełnić dwie funkcje. Po pierwsze – zapobiegać łamaniu prawa konkurencji, po drugie zaś – dzięki znajomości zasad programu *leniency* – zminimalizować negatywne skutki dla spółki i menedżerów, jeżeli mimo wszystko dojdzie do złamania przepisów.

Niezależnie od zmian, mających zwiększyć skuteczność prawa konkurencji, nowelizacja ustawy – w odpowiedzi na płynące od przedsiębiorców postulaty – wprowadziła wiele istotnych zmian w zakresie przepisów materialnych i procesowych. Przykładowo można wskazać skrócenie czasu na wydanie decyzji w sprawach koncentracyjnych i modyfikację zakresu wymaganych w tym postępowaniu informacji i dokumentów, wprowadzenie możliwości dobrowolnego poddania się karze czy wydłużenie okresu na wniesienie odwołania do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. To świadczy o tym, że wsłuchujemy się w płynące z rynku sygnały i potwierdza konieczność przeprowadzenia zmian w ustawie.

Mamy świadomość, że pełna ocena funkcjonowania nowych rozwiązań – również pod kątem ewentualnych dalszych modyfikacji – możliwa będzie dopiero po pewnym czasie ich stosowania. Dotyczy to w szczególności tych instytucji prawnych, które wcześniej nie były znane polskiemu prawu konkurencji. Dlatego już dziś, w pierwszym dniu obowiązywania ustawy chciałabym złożyć deklarację, że Urząd będzie monitorował efekty funkcjonowania nowego prawa, a także wsłuchiwał się w opinie ekspertów i przedsiębiorców. Chcemy zbierać zarówno nasze doświadczenia, jak i Państwa opinie, tak aby w ciągu dwóch lat dokonać w dialogu społecznym przeglądu przepisów antymonopolowych oraz w nich ewentualnych zmian. Zachęcam zatem Państwa do gromadzenia wszelkich doświadczeń i spostrzeżeń – niektóre z nich mogą stać się przyczynkiem do przyszłej nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Ze swojej strony zapewniam, że my też tak zrobimy.

Przed nami dwa panele – pierwszy prowadzony przez Mec. Małgorzatę Szwaj, poświęcony będzie zakresowi zmian w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Mam nadzieję, że nie zabraknie w nim miejsca na dyskusję na temat praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zbiorowe interesy konsumentów, zmian w kontroli koncentracji oraz nowych elementach systemu kar pieniężnych. Podczas panelu popołudniowego, który poprowadzi prof. Dawid Miąsik, zastanowimy się wspólnie nad przyszłością i porozmawiamy o możliwych kierunkach kolejnej nowelizacji.

Życzę owocnej dyskusji, zachęcam także do odwiedzania naszej specjalnej strony internetowej: www.ustawa-antymonopolowa.uokik.gov.pl, poświęconej zmianom w prawie antymonopolowym. Bez świadomości, bez wiedzy czy edukacji nawet najlepsze prawo konkurencji może nie być skuteczne. Jak mawiała bowiem Neelie Kroes, b. Komisarz do spraw Konkurencji w Komisji Europejskiej, bez znajomości reguł konkurencji „przedsiębiorstwa rządziłyby się prawem dżungli, w której wszystko jest dozwolone, oszustwa popłacają, a interesy konsumentów nie są chronione". A tego nikt z nas nie chce.

Dziękuję za uwagę.

Grzegorz Materna*, Agata Zawłocka-Turno**

Materialne i procesowe zmiany w zakresie praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zbiorowe interesy konsumentów

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Kontrole i przeszukania w toku postępowania przed Prezesem UOKiK
III. Odpowiedzialność osób zarządzających przedsiębiorstwem
IV. Środki zaradcze (*remedies*)
V. Dobrowolne poddanie się karze (*settlement*)
VI. Ostrzeżenia publiczne
VII. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł prezentuje wybrane, najbardziej doniosłe materialne i procesowe zmiany, jakie wprowadzono w wyniku nowelizacji uokik. Omówione zmiany dotyczą w pierwszej kolejności kontroli i przeszukań prowadzonych przez Prezesa UOKiK. Następnie przedstawione zostały nowe instytucje w zakresie praktyk ograniczających konkurencję, takie jak: odpowiedzialność osób zarządzających, środki zaradcze oraz dobrowolne poddanie się karze. Na końcu omówiono zmianę z obszaru praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, tj. wprowadzenie możliwości wydawania przez Prezesa UOKiK ostrzeżeń publicznych.

Słowa kluczowe: kontrola; przeszukanie; odpowiedzialność osób zarządzających; środki zaradcze; dobrowolne poddanie się karze; ostrzeżenia publiczne.

I. Wprowadzenie

Materialne i procesowe uregulowania praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zbiorowe interesy konsumentów przewidziane w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów[1] zostały istotnie zmienione w wyniku ostatniej nowelizacji tej ustawy[2]. Przeprowadzono zarówno

* Doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN; Dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji UOKiK. Opinie wyrażone w niniejszym artykule nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem UOKiK.

** Radca prawny, LL.M. (King's College London), Dyrektor Departamentu Prawnego UOKiK. Opinie wyrażone w niniejszym artykule nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem UOKiK.

1 Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.; dalej: uokik).

2 Ustawa z 10.06.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r. poz. 945).

modernizację niektórych istniejących już procedur, jak i wprowadzono nowe instytucje prawne, nieznane dotąd polskiemu prawu ochrony konkurencji i konsumentów. Modyfikacje te służą zwiększeniu skuteczności regulacji służącej przeciwdziałaniu naruszaniu konkurencji i zbiorowych interesów konsumentów. Przez projektodawców uzasadniane były również wzmacnianiem gwarancji praw przedsiębiorcy i zwiększaniem pewności prawnej przedsiębiorców poprzez eliminowanie wątpliwości interpretacyjnych na tle stosowania przepisów uokik. Szczególny nacisk został położony przy tym na zapewnienie poprawy wykrywalności najcięższych ograniczeń konkurencji – karteli[3]. Mniejszy jest zaś zakres zmian bezpośrednio dotyczących przeciwdziałania naruszeniom zbiorowych interesów konsumentów.

Niniejsze opracowanie zawiera omówienie najbardziej doniosłych, zdaniem autorów, materialnych i procesowych zmian, jakie w zakresie praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zbiorowe interesy konsumentów wprowadzono w wyniku nowelizacji. Zalicza się do nich modernizację przepisów regulujących uprawnienia dochodzeniowe Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów[4] w zakresie kontroli i przeszukań, a także wprowadzenie nowego pola odpowiedzialności antymonopolowej: odpowiedzialności osób zarządzających przedsiębiorstwem, wprowadzenie przepisów o środkach zaradczych, instytucji dobrowolnego poddania się karze, a w zakresie przeciwdziałania naruszeniom zbiorowych interesów konsumentów – instytucji ostrzeżeń publicznych.

II. Kontrole i przeszukania w toku postępowania przed Prezesem UOKiK

Nowelizacja uokik wprowadza istotne zmiany w przepisach regulujących zakres uprawnień dochodzeniowych Prezesa UOKiK polegających na prowadzeniu kontroli i przeszukań u przedsiębiorcy. Ma to służyć poprawie efektywności kontroli i przeszukań prowadzonych przez Prezesa UOKiK oraz usunięciu istotnych wątpliwości interpretacyjnych[5].

Jedną z najistotniejszych zmian jest rozdzielenie instytucji przeszukania od kontroli. Na podstawie znowelizowanych przepisów uokik odchodzi się od dotychczasowej formuły przeszukania jako formy inspekcji pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorcy, do której podjęcia kontrolujący był uprawniony w toku kontroli, pod warunkiem dysponowania zgodą SOKiK udzieloną na wniosek Prezesa UOKiK[6]. Według znowelizowanej uokik przeszukanie pomieszczeń i rzeczy oraz kontrola to wyodrębnione (oddzielne) instytucje służące pozyskiwaniu informacji i dokumentów u przedsiębiorców.

Wraz z wydzieleniem przeszukania od kontroli ograniczony został zakres spraw, w których przeszukanie jest przeprowadzane[7]. Obecnie Prezes UOKiK będzie mógł prowadzać przeszukania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję: w toku postępowania wyjaśniającego i postępowania antymonopolowego, w celu znalezienia i uzyskania informacji z akt, ksiąg, pism, wszelkiego rodzaju dokumentów lub informatycznych nośników danych, urządzeń oraz systemów

[3] Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego z projektami aktów wykonawczych, druk sejmowy nr 1703, s. 1–2 uzasadnienia projektu ustawy. Pobrano z: http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9F27C3A04DCCA6E8C1257BE3003730DF/%24File/1703.pdf.

[4] Dalej: Prezes UOKiK.

[5] Druk sejmowy nr 1703. Uzasadnienie projektu ustawy..., s. 3.

[6] Art. 105c ust. 1 uokik (w wyniku nowelizacji uchylony).

[7] Art. 105n uokik.

informatycznych oraz innych przedmiotów mogących stanowić dowód w sprawie[8]. Ponadto, wyjątkowo, przeszukanie będzie mogło być również prowadzone bez wszczynania postępowania[9] – w sprawach praktyk ograniczających konkurencję i w sprawach kontroli koncentracji, na wniosek Komisji Europejskiej lub organu ochrony konkurencji innego państwa członkowskiego UE w przypadku, o którym mowa w art. 22 rozporządzenia nr 1/2003[10] oraz art. 12 rozporządzenia nr 139/2004[11]. W konsekwencji w sprawach (krajowych) z zakresu kontroli koncentracji, a także w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, a także w sprawach badania rynku przeprowadzona może być kontrola, lecz nie przeszukanie. Można zarazem uznać, że ta zmiana wychodzi naprzeciw postulatom zgłaszanym w doktrynie, aby „dochodzeniowe" instrumenty pozyskiwania informacji szczególnie mocno ingerujące w prawa przedsiębiorcy, a w konsekwencji stanowiące ograniczenie konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej[12], były stosowane tylko w przypadku potencjalnie najpoważniejszych przypadków naruszeń[13].

W zmienionych przepisach prawnych odmienność charakteru kontroli i przeszukania uchwycono poprzez zróżnicowanie uprawnień prowadzących inspekcje. Przejawia się ono w odmiennym stopniu w samodzielności kontrolujących w poszukiwaniu dowodów naruszenia. W kontroli jest on mniejszy. Czynności kontrolne prowadzone są za zgodą i przy współdziałaniu kontrolowanego. Kontrolujący mogą zatem przykładowo jedynie żądać udostępnienia związanych z przedmiotem kontroli nośników informacji[14], jednak nie mogą, bez zgody kontrolowanego, samodzielnie sporządzać kopii lub wydruków z takich nośników, do czego są z kolei uprawnieni przeszukujący[15].

Nowelizacja wprowadziła też istotne doprecyzowanie uprawnień kontrolujących i przeszukujących. Dotyczy to w szczególności listy nośników informacji, których udostępnienia można żądać w trakcie kontroli[16] oraz w trakcie przeszukania[17]. Obecnie poza informacjami dotąd wymienionymi w uokik, tj. aktami, księgami, wszelkiego rodzaju dokumentami oraz ich odpisami i wyciągami, dodano kategorię „pisma", a także wymieniono w szczegółowy sposób rodzaje nośników elektronicznych (informatycznych), takie jak: korespondencja przesyłana pocztą elektroniczną, informatyczne nośniki danych w rozumieniu przepisów o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, inne urządzenia zawierające dane informatyczne oraz systemy informatyczne.

Takie doprecyzowanie może przyczynić się do lepszego rozpoznania przez przedsiębiorcę zakresu uprawnień kontrolujących/przeszukujących, a w konsekwencji również swoich obowiązków. Zarazem jednak jest ono dość kazuistyczne, w porównaniu np. z uregulowaniami unijnymi. Odpowiedni przepis rozporządzenia nr 1/2003 ujmuje zakres uprawnień Komisji znacznie ogólniej, jako prawo do „sprawdzania ksiąg i innych rejestrów dotyczących spraw prowadzonych przez

[8] Art. 105n ust. 1 uokik.

[9] Art. 105i uokik.

[10] Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE z 2003 r., L 1/1).

[11] Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE z 2004 r., L 24/1).

[12] Art. 20 i 22 Konstytucji RP.

[13] M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011, s. 203–204.

[14] Art. 105b ust. 1 pkt 2 uokik.

[15] Art. 105o uokik.

[16] Art. 105b ust. 1 pkt b uokik.

[17] Art. 105q pkt 1 uokik w zw. z art. 105b ust. 1 pkt b uokik.

przedsiębiorstwo, bez względu na sposób ich przechowywania"[18]. W oparciu o tak sformułowany przepis nie budziło wątpliwości uprawnienie inspektorów Komisji do pozyskania wszelkich istotnych informacji znajdujących się na wszelkich nośnikach papierowych, jak i przechowywanych w formie elektronicznej[19], a także w szczególności obowiązek poddanego inspekcji podmiotu do przekazywania poczty elektronicznej do dyspozycji inspektorów[20]. Na tej podstawie można stawiać tezę, że w omawianym zakresie znowelizowana uokik gwarantuje przedsiębiorcy poddanemu kontroli lub przeszukaniu przewidywalność działań, które mogą podejmować kontrolujący (przeszukujący).

Dalsze doprecyzowanie uprawnień kontrolujących polega również na odrębnym ujęciu możliwości domagania się zapewnienia „dostępu do systemów informatycznych będących własnością innego podmiotu zawierających dane kontrolowanego związane z przedmiotem kontroli, w zakresie, w jakim kontrolowany ma do nich dostęp"[21]. Opisanemu uprawnieniu w toku kontroli w procedurze przeszukania odpowiada uprawnienie przeszukujących do samodzielnego sporządzenia kopii i wydruków z informacji zgromadzonych w opisanych systemach, o ile informacje te mogą stanowić dowód w sprawie[22].

Doprecyzowanie praw i obowiązków kontrolujących i poddanych kontroli niewątpliwie zwiększa gwarancje poszanowania praw przedsiębiorców. Nowelizacja przewidziała również inne instrumenty mające taki cel i efekt.

Zaliczyć do nich można uregulowanie zobowiązujące kontrolujących do ścisłego wyznaczenia wymiaru czasowego kontroli. Nowelizacją uokik przewidziano, że treść upoważnienia do prowadzenia kontroli powinna obligatoryjnie określać okres objęty kontrolą[23]. Wprowadzenie tego (dodatkowego w stosunku do dotychczasowych przepisów) wymogu co do treści upoważnienia odpowiada na postulaty doktryny, aby określenie zakresu przedmiotowego kontroli nie było zbyt ogólnikowe, tak by nie umożliwiać kontroli obszarów spoza właściwości organu kontroli[24]. Podkreślenia jednak wymaga, że w dotychczasowej praktyce w upoważnieniach do przeprowadzenia kontroli Prezes UOKiK co do zasady wskazywał okres działalności przedsiębiorcy, który ma podlegać kontroli. Kiedy jednak zrezygnował z tego, SOKiK oddalił dotyczące tego zarzuty[25]. Zmiana ta, jakkolwiek korzystna z punktu widzenia przedsiębiorców, gwarantująca im bowiem prowadzenie kontroli w niezbędnym zakresie, może ograniczać skuteczność kontroli, zwłaszcza tych prowadzonych w sprawach kartelowych, w których na etapie inicjowania kontroli okres trwania domniemywanej praktyki może być trudny do określenia z uwagi na zasadniczo tajny charakter tej kategorii naruszeń.

Do kategorii nowych rozwiązań służących zwiększeniu gwarancji poszanowania praw przedsiębiorców niewątpliwie zaliczyć należy rozszerzenie możliwości wzruszenia czynności podejmowanych podczas kontroli. Wprawdzie nadal w kontroli podstawowym instrumentem wzruszenia czynności kontrolujących jest – uregulowana w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej[26] –

[18] Art. 20 ust. 1 pkt b rozporządzenia.

[19] Wyr. Sądu z 26.11.2014 r. w sprawie T-272/12 *Energetický a průmyslový holding a.s. i EP Investment Advisors s.r.o.*, niepubl., pkt 41.

[20] Wyr. Sądu w sprawie T-272/12 *Energetický a průmyslový holding*…, pkt 53.

[21] Art. 105b ust. 1 pkt b uokik *in fine*.

[22] Art. 105o uokik.

[23] Art. 105a ust. 4 pkt 6 uokik.

[24] C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 519.

[25] Postanowienie SOKiK z 14.2.2012 r., XVII Amz 6/12 i XVII Amz 7/12, niepubl.

[26] Ustawa z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. z 2013 r. Nr 155, poz. 672 ze zm., dalej: usdg).

instytucja sprzeciwu wobec podjęcia i wykonywania czynności kontroli, to jednak w samej kontroli wprowadzono dodatkowo zażalenie na czynności kontrolne, z którego może skorzystać podmiot, o którym mowa w art. 105m uokik, tj. podmiot, którego własność stanowią systemy informatyczne zawierające dane kontrolowanego związane z przedmiotem kontroli, do których dostępu kontrolujący może żądać na podstawie art. 105b ust. 1 pkt 2 uokik. Natomiast w wyodrębnionym w wyniku nowelizacji od kontroli przeszukaniu zażaleniem na czynności kontrolne zastąpiono sprzeciw. Rozszerzono zarazem zakres podmiotów mogących kwestionować legalność czynności Prezesa UOKiK. Wskazane zażalenie przysługuje bowiem przeszukiwanemu oraz „osobom, których prawa zostały naruszone w toku przeszukania”[27].

Instytucję zażalenia należy uznać za względniejszą od sprzeciwu (będącego instytucją wspólnej dla wszystkich kontroli prowadzonych przez organy administracji w oparciu o usdg), gdyż pozbawione jest jego ograniczeń przedmiotowych (może dotyczyć wszelkich czynności przeszukania wykraczających poza zakres przedmiotowy przeszukania lub podjętych z naruszeniem przepisów, podczas gdy sprzeciw mógł być wniesiony w bardzo ograniczonym zakresie[28]) oraz ograniczeń czasowych (może być wniesiony w terminie 7 dni od dnia dokonania tych czynności, podczas gdy sprzeciw można wnieść w terminie trzech dni roboczych od dnia wszczęcia kontroli[29]).

Inną wartą odnotowania zmianą jest doprecyzowanie roli SOKiK jako sądu właściwego do rozpatrywania spraw wynikających z prowadzonych kontroli i przeszukań. Po pierwsze SOKiK został wyraźnie wskazany jako sąd właściwy na potrzeby stosowania w procedurze przeszukania przepisów kpk[30]. Dotychczasowe przepisy przewidywały wprawdzie, że przepisy kpk dotyczące przeszukania mają „odpowiednie zastosowanie” w postępowaniu przed Prezesem UOKiK, jednak w praktyce mogła powstawać niejasność co do tego, czy sprawy wynikające z zastosowania przepisów kpk rozstrzygać ma SOKiK, czy sąd karny[31]. Korzystne jest także wyraźne wskazanie w zmienionych przepisach, że SOKiK jest sądem właściwym na potrzeby rozpatrywania zażaleń na postanowienia w sprawie sprzeciwu. W wyniku nowelizacji uokik w art. 479[28] kpc dodany został § 1 pkt 2a, zgodnie z którym SOKiK jest właściwy w sprawach zażaleń na postanowienia Prezesa UOKiK w sprawie rozpatrzenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 84c usdg. Podkreślić trzeba, że to rozwiązanie, będące usankcjonowaniem wcześniejszej praktyki orzeczniczej Prezesa UOKiK, daje przedsiębiorcom lepszą ochronę ich praw w toku kontroli niż to, co ukształtowało się w orzecznictwie sądów administracyjnych na gruncie przepisów usdg. W orzecznictwie tym

27 Art. 105p uokik.

28 Podstawą zarzutów w sprzeciwie może być: (i) naruszenie obowiązków dot. doręczania upoważnień i okazywania dokumentów uprawniających do przystąpienia do wykonywania czynności kontrolnych; (ii) dopuszczenie do czynności kontrolnych osób, których udział nie był dopuszczalny; (iii) prowadzenie kontroli przez osobę, która podlegała wyłączeniu; (iv) naruszenie obowiązku wydania odrębnego upoważnienia przy zmianie osób upoważnionych do wykonania kontroli, zakresu przedmiotowego kontroli lub miejsca wykonywania czynności kontrolnych; (v) niezachowanie wymogów dot. treści upoważnienia; (vi) prowadzenie czynności kontrolnych w sposób wykraczający poza zakres wskazany w upoważnieniu. Zob. G. Materna [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 1284–1285, Nb 13.

29 Zob. art. 84c ust. 3 usdg. Wobec braku analogicznego ograniczenia czasu prowadzenia kontroli może to realnie ograniczać nadzór nad czynnościami kontrolnymi, w przypadku gdy czynności te podejmowane są po upływie wskazanego terminu. Zob. G. Materna, *Sądowy nadzór nad wykonywaniem kontroli (przeszukania) u przedsiębiorcy w toku postępowania przed Prezesem UOKiK*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2012, nr 7, s. 20.

30 Art. 105q pkt 3 uokik.

31 W praktyce sprawy takie dotyczyły postępowania przez organ antymonopolowy, przy zastosowaniu art. 225 kpk, z informacjami związanymi z wykonywaniem funkcji obrońcy i stosowania sądowego mechanizmu ochrony poufności porady prawnej w postaci tzw. procedury kopertowej, polegającej na przekazywaniu dokumentów w opieczętowanej kopercie, bez ich odczytywania, sądowi celem rozstrzygnięcia o ich zwrocie osobie, od której je zabrano albo o zatrzymaniu dla celów postępowania. Podkreślić należy, że praktyka SOKiK w tych sprawach była jednoznaczna – uznawał on swą właściwość. Zob. zarządzenie SOKiK z 4.04.2007 r., XVII Amo 8/06, niepubl.; zarządzenie SOKiK z 5.08.2010 r., XVII Amo 14/10, niepubl.

uznano bowiem, że na postanowienia właściwego organu wydane na podstawie art. 84c usdg skarga do sądu administracyjnego nie przysługuje[32].

III. Odpowiedzialność osób zarządzających przedsiębiorstwem

Inną istotą zmianą w znowelizowanej uokik jest wprowadzenie odpowiedzialności administracyjnej[33] oraz administracyjno-karnej[34] niebędących przedsiębiorcami osób fizycznych, które mają wpływ na podejmowane przez przedsiębiorcę decyzje biznesowe (tzw. osoby zarządzające[35]). Wprowadzone zasady odpowiedzialności wymienionych osób dotyczą spraw z zakresu przeciwdziałania porozumieniom ograniczającym konkurencję. W nowym reżimie prawnym osoby zarządzające przedsiębiorstwami odpowiadają za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorców zakazu niektórych porozumień ograniczających konkurencję. Sankcją czysto administracyjną jest możliwość „stwierdzenia, że osoba zarządzająca (…) dopuściła (…) do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów"[36]. Komplementarna do niej jest sankcja administracyjno-karna w postaci kary pieniężnej w wysokości do 2 mln zł[37]. Polskie prawo antymonopolowe dołącza tym samym do innych regulacji z zakresu ochrony konkurencji przewidujących możliwość karania niebędące przedsiębiorcami osoby fizyczne za przyczynianie się przez nie do naruszenia przepisów o ochronie konkurencji przez przedsiębiorców[38].

Cel rozszerzenia podmiotowego zakresu odpowiedzialności za naruszenia prawa ochrony konkurencji został wyraźnie wskazany w uzasadnieniu nowelizacji. Zgodnie z nim „wprowadzenie do ustawy nowej kategorii podmiotów ponoszących odpowiedzialność powinno skutkować mniejszą liczbą naruszeń przepisów ustawy oraz skuteczniejszym pozyskiwaniem informacji dotyczących niedozwolonych porozumień"[39]. Jakkolwiek więc nowelizacja prowadzi do zwiększenia represyjności prawa ochrony konkurencji, represja sama w sobie nie jest celem tej nowej regulacji. Już z przywołanego uzasadnienia wynika, że zagrożenie osób zarządzających represją ma wspomagać osiąganie celu zmniejszenia liczby naruszeń zakazu antykonkurencyjnych porozumień. Ma skłaniać osoby zarządzające przedsiębiorstwami do niewchodzenia na ich rzecz w antykonkurencyjne porozumienia, a decydentów, którzy już dopuścili do naruszenia zakazu przez przedsiębiorcę – do współpracy z Prezesem UOKiK w ujawnieniu nagannego procederu w zamian za odstąpienie od kary lub jej obniżenie w ramach procedury *leniency* dostosowanej do perspektywy odpowiedzialności osób zarządzających[40].

Realizacji tych celów ma służyć szerokie zakreślenie rodzajów zachowań osób zarządzających, mogących skutkować odpowiedzialnością antymonopolową. Poddane jej zostały osoby, które w czasie sprawowania swojej funkcji zarządczej umyślnie dopuściły poprzez swe działania lub zaniechania do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu niektórych porozumień ograniczających

[32] Postanowienie NSA z 17.12.2010 r., I OSK 1030/10, Legalis; wyr. WSA w Poznaniu z 26.09.2012 r., IV SA/PO 560/12, Legalis.

[33] Art. 6a znowelizowanej uokik.

[34] Art. 106a znowelizowanej uokik.

[35] Art. 4 pkt 3a znowelizowanej uokik.

[36] Art. 6a znowelizowanej uokik.

[37] Art. 106a ust. 1 znowelizowanej uokik.

[38] Jak wskazuje się w uzasadnieniu projektu nowelizacji uokik, stwierdzenie to dotyczy takich krajów, jak Bułgaria, Dania, Estonia, Francja, Niemcy, Irlandia, Litwa, Malta, Holandia, Portugalia, Rumunia, Słowenia, Hiszpania, Wielka Brytania, Stany Zjednoczone. Zob. druk sejmowy nr 1703. Uzasadnienie projektu ustawy…, s. 35.

[39] Druk sejmowy nr 1703. Uzasadnienie projektu ustawy…, s. 36–37.

[40] Art. 113h znowelizowanej uokik.

konkurencję[41]. Sankcją obwarowane są więc nie tylko aktywne działania osoby zarządzającej, lecz także intencjonalne wstrzymywanie się przez nią z podejmowaniem takich działań, które mogłyby naruszeniu zapobiec. Może chodzić zarówno o brak odpowiednich działań w sferze wewnętrznej przedsiębiorcy (np. nieodpowiednie wykonywanie obowiązków zarządczych względem personelu[42]), jak i w sferze zewnętrznej, w relacjach z innymi podmiotami rynkowymi (np. brak ze strony nowego członka zarządu publicznego zdystansowania się od niezgodnych z prawem inicjatyw zapoczątkowanych przez poprzedni zarząd).

Realizacji przedstawionych celów służy również ścisłe powiązanie odpowiedzialności osób zarządzających z odpowiedzialnością przedsiębiorców, na rzecz których w okresie naruszenia działali. Prezes UOKiK może rozstrzygnąć o dopuszczeniu się przez osobę zarządzającą do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów wyłącznie w decyzji stwierdzającej naruszenie przez przedsiębiorcę, a zarazem wyłącznie w przypadku, gdy w decyzji tej zostaje nałożona na przedsiębiorcę kara pieniężna[43].

W tych nowych zasadach publicznoprawnej odpowiedzialności osób zarządzających zauważalna jest ostrożność w inicjowaniu tego nowego pola odpowiedzialności. Przejawia się to we:

1) wprowadzeniu ograniczonego (od strony podmiotowej i przedmiotowej) zakresu zastosowania nowych przepisów;
2) dążeniu do zapobiegania wątpliwościom interpretacyjnym poprzez odwoływanie się do konstrukcji prawnych już występujących w systemie prawnym;
3) dążeniu do eliminowania ryzyka naruszenia zasady *ne bis in idem* wskutek równoległego stosowania odpowiedzialności antymonopolowej i karnoprawnej wobec tej samej osoby fizycznej.

Podmiotowy zakres odpowiedzialności osób fizycznych za dopuszczenie do naruszenia reguł konkurencji przez przedsiębiorcę jest ograniczony. Katalog osób odpowiadających za dopuszczenie do takiego naruszenia kształtowany jest przez definicję osoby zarządzającej (art. 4 pkt 3a uokik), w świetle której osoba zarządzająca to ktoś kto kieruje przedsiębiorstwem, a w szczególności osoba pełniąca funkcję kierowniczą lub wchodząca w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy.

Pojęcie osoby zarządzającej zostało więc ujęte funkcjonalnie, tak by objąć zakresem odpowiedzialności kategorie osób mających wpływ na podejmowanie przez przedsiębiorcę działań niezgodnych z prawem. Zarazem jednak ustawodawca postarał się, by definicja ta nie była nieostra.

W konsekwencji zakres pojęcia osoby zarządzającej należy odnosić tylko do osób fizycznych (jakkolwiek w doktrynie zauważono, że literalna interpretacja definicji osoby zarządzającej pozwala na odniesienie tego pojęcia do podmiotów niebędących osobami fizycznymi[44], intencja ustawodawcy objęcia zakresem tej nowej regulacji wyłącznie osób fizycznych jednoznacznie wynika z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej uokik[45]. Stosowanie art. 4 pkt 3a uokik wyłącznie do osób fizycznych uzasadnia również interpretacja art. 209 ust. 2 ustawy – Prawo

[41] Art. 6a znowelizowanej uokik.

[42] Por. A. Piszcz [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji…*, s. 315, Nb 9.

[43] Art. 12a znowelizowanej uokik.

[44] A. Piszcz wskazuje na przypadek spółek osobowych, w których reprezentacja i prowadzenie spraw może należeć do wspólników niebędących osobami fizycznymi (np. w spółkach komandytowych bądź komandytowo-akcyjnych często komplementariuszami są spółki z ograniczoną odpowiedzialnością). Zob. A. Piszcz [w:] T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji…*, s. 115, Nb 150; zob. też A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Temida 2, Białystok 2013, s. 347.

[45] Projektodawca, wyjaśniając planowany zakres przedmiotowy odpowiedzialności osób zarządzających, odnosi się do „katalogu praktyk, za które karane będą osoby fizyczne". Zob. druk sejmowy nr 1703, s. 36 uzasadnienia projektu ustawy. Wyłącznie do osób fizycznych pojęcie osoby zarządzających odnosi również K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz,* wyd. 2, Lex Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 139.

telekomunikacyjne[46] dotyczącego kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa UKE, na którym art. 4 pkt 3a uokik jest wyraźnie wzorowany[47]. Sąd Najwyższy jednoznacznie uznał, że art. 209 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego „dotyczy kary pieniężnej nakładanej na osobę fizyczną przez organ administracji z tytułu naruszeń przepisów ustawy, których dopuścił się kierowany przez tą osobę przedsiębiorca"[48].

Inną konieczną cechą osób objętych zakresem pojęcia osoby zarządzającej jest dysponowanie możliwością wpływu na działania całego przedsiębiorcy lub przynajmniej wchodzącego w jego skład przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym[49]. W literaturze przedmiotu podkreślono, że osobą zarządzającą nie jest każda osoba, która u przedsiębiorcy zajmuje jakiekolwiek stanowisko kierownicze, tylko osoby z „kierownictwa najwyższego szczebla"[50]. Takie rozumienie omawianej regulacji wyklucza z zakresu pojęcia osoby zarządzającej, np. osoby kierujące komórką organizacyjną przedsiębiorstwa niestanowiącą wydzielonego przedsiębiorstwa[51], a będącą jedynie jego częścią[52]. Jeżeli jednak zakład lub oddział przedsiębiorcy stanowi odrębne przedsiębiorstwo w rozumieniu przedmiotowym[53], osoba kierująca nim mieścić się będzie w zakresie art. 4 pkt 3a uokik.

Podstawowym przymiotem osób zarządzających w rozumieniu art. 4 pkt 3a uokik jest kierowanie (zarządzanie) przedsiębiorstwem. Pojęciem osoby zarządzającej objęto przy tym zarówno osoby mające wpływ ma decyzje biznesowe przedsiębiorcy (określające kierunki działania przedsiębiorcy), jak i osoby, które sprawują bieżący zarząd nad określonym aspektem działania przedsiębiorcy (administrują nim), realizując cele lub zadania określone przez inne osoby. W piśmiennictwie podnosi się, że ponieważ „w praktyce występować może kierownictwo różnego szczebla na rozmaitych poziomach organizacji i w różnych obszarach jej działalności"[54], nowa forma odpowiedzialności antymonopolowej nie dotyczy wszystkich osób pełniących jakiekolwiek funkcje kierownicze, tylko osoby zarządzające pewnym (relewantnym w danej sprawie) aspektem działalności przedsiębiorcy, podejmujące decyzje, których realizacja może istotnie przekładać się naruszenie przepisów prawa[55].

Na podstawie analizy nowej regulacji za osoby kierujące przedsiębiorstwem uznano w literaturze przedmiotu:

[46] Ustawy z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 243 ze zm.). Przywoływany przepis tej ustawy przewiduje, że „Prezes UKE może nałożyć na kierującego przedsiębiorstwem telekomunikacyjnym, w szczególności osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego lub związku takich przedsiębiorców, karę pieniężną w wysokości do 300% jego miesięcznego wynagrodzenia, naliczanego jak dla celów ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy".

[47] Projektodawca sam to deklaruje w uzasadnieniu projektu nowelizacji. Zob. druk sejmowy nr 1703, s. 36 uzasadnienia projektu ustawy.

[48] Wyr. SN z 23.09.2009 r., III SK 18/09, Legalis nr 212554.

[49] Por. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 139. Chodzi tu o zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczony do prowadzenia przez danego przedsiębiorcę działalności gospodarczej, tj. o przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55^1 kc.

[50] Ibidem, s. 140.

[51] W tym kontekście należy wskazać na spór w doktrynie co do tego, czy jeden przedsiębiorca może prowadzić kilka zorganizowanych kompleksów składników materialnych i niematerialnych, z których każdy z osobna stanowi wyodrębnioną i samodzielną całość gospodarczą (tj. kilka przedsiębiorstw w znaczeniu przedmiotowym). Przeciwko opowiada się S. Włodyka, *Przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym* [w:] S. Włodyka, *Prawo umów handlowych. System prawa handlowego*, T. 5, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 603. Za możliwością prowadzenia przez przedsiębiorcę więcej niż jednego przedsiębiorstwa: R. Morek, *Komentarz do art. 55^1 kc* [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny*, wyd. 10, C.H. Beck Online komentarze, Warszawa 2014. Należy przychylić się do uwzględniającej realia obrotu gospodarczego argumentacji tego ostatniego Autora, w świetle której jeden przedsiębiorca „może prowadzić równolegle działalność w kilku całkowicie różnych dziedzinach, wykorzystując w tym celu kilka odrębnych i autonomicznych kompleksów majątkowych, z którymi są związane odrębne dobra niematerialne (np. znaki towarowe) oraz różna klientela". W orzecznictwie znajduje potwierdzenie pogląd o możliwości prowadzenia przez przedsiębiorcę więcej niż jednego przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym. Zob. uchwała SN z 12.01.2001 r., III CZP 44/00, Legalis nr 48908; postanowienie SN z 9.12.2010 r., IV CSK 210/10, Legalis nr 414631.

[52] A. Piszcz [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 112, Nb 138.

[53] W orzecznictwie uznano, że zakłady lub oddziały np. spółki prawa handlowego, które są samodzielne, dostatecznie wyodrębnione funkcjonalnie i gospodarczo, odpowiednio zorganizowane oraz wyposażone w niezbędne do prowadzenia działalności gospodarczej dobra materialne i niematerialne, mogą stanowić odrębne przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55^1 kc. Zob. wyrok SN z 8.04.2003 r., IV CKN 51/01, Legalis nr 81622.

[54] A. Piszcz [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 113, Nb 143.

[55] Ibidem, s. 113, Nb 143.

1) osoby wchodzące w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy (np. członek zarządu spółki kapitałowej, spółki partnerskiej lub spółdzielni, dyrektor przedsiębiorstwa państwowego[56]); przy czym jeżeli zakres obowiązków osoby wchodzącej w skład organu zarządzającego jest tego rodzaju, że osoba ta w praktyce nie kieruje przedsiębiorstwem, nie jest spełniona przesłanka uznania za osobę zarządzającą[57];
2) osoby pełniące funkcję kierowniczą, tj. osoby, których wpływ decyzyjny na działalność przedsiębiorcy wynika z formalnego powierzenia w strukturze organizacyjnej przedsiębiorstwa funkcji kierowniczej, nie wchodzą one jednak w skład organu zarządzającego; w przypadku spółek osobowych (jawna, partnerska, komandytowa, komandytowo-akcyjna), których forma organizacyjna nie przewiduje powołania odrębnego organu zarządzającego, przedsiębiorstwem zasadniczo kierują ich wspólnicy[58]; status osoby zarządzającej może mieć także osoba trzecia, której powierzono prowadzenie spraw spółki osobowej[59]; pełnienie funkcji kierowniczej może wynikać z powierzenia danej osobie stanowiska, które wiąże się z zarządzaniem przedsiębiorstwem[60] (np. kierownik zakładu będącego wyodrębnionym przedsiębiorstwem);
3) inne osoby kierujące przedsiębiorstwem, tj. osoby mogące faktycznie określać kierunki działania przedsiębiorcy, jednak niepełniące formalnie funkcji kierowniczych w strukturze organizacyjnej przedsiębiorcy ani nie zasiadające w organach zarządzających przedsiębiorcy[61].

Jak już wskazano, nowe zasady publicznoprawnej odpowiedzialności osób zarządzających mają ograniczony przedmiotowo zakres zastosowania. Odpowiedzialność osób zarządzających za naruszenia prawa ochrony konkurencji została ograniczona do niektórych tylko porozumień ograniczających konkurencję. Osoba zarządzająca podlega odpowiedzialności w przypadku stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik lub w art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE. W ten sposób odpowiedzialności antymonopolowej nie będą odpowiadały osoby zarządzające, które dopuściły do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu porozumień ograniczających konkurencję w formie praktyki nienazwanej lub do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu antykonkurencyjnych porozumień przetargowych, zdefiniowanych w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik.

Wprowadzenie takiego zawężonego zakresu odpowiedzialności osób zarządzających jest uzasadnione eliminowaniem nieokreśloności przepisów nakładających *de facto* sankcję karną[62] (ściśle: administracyjno-karną). Dodatkowo – poprzez wyłączenie odpowiedzialności osób zarządzających za antykonkurencyjne porozumienia przetargowe (zakazane w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik) – uwzględniono to, że osoby takie mogą już obecnie podlegać odpowiedzialności karnej, w związku z penalizacją zakłócania przetargu publicznego na podstawie art. 305 kk. Zapobieżono więc równoległemu sto-

[56] Ibidem, s. 112, Nb 140.

[57] Ibidem, s. 112, Nb 139.

[58] Ibidem, s. 113, Nb 142.

[59] Ibidem, s. 114, Nb 146.

[60] W doktrynie słusznie wskazuje się, że powierzenie stanowiska kierowniczego nie musi wynikać ze stosunku pracy, ale może wynikać np. z treści innego stosunku zobowiązaniowego (w tym: umowy o zarządzanie przedsiębiorstwem). Zob. A. Piszcz [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 113, Nb 143; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 141.

[61] Użycie w art. 4 pkt 3a uokik sformułowania „w szczególności" wskazuje na to, że pełnienie funkcji kierowniczej lub członkostwo w organie zarządzającym należy uznać za tylko przykładowe przesłanki czyniące z danej osoby fizycznej „osobę zarządzającą" w rozumieniu uokik. W określonych okolicznościach taką osobą może być np. akcjonariusz lub udziałowiec spółki kapitałowej, w przypadku jeżeli dzięki uprawnieniom wynikającym z akcji lub udziałów w praktyce wytyczać kierunki działania przedsiębiorstwa.

[62] Por. A. Piszcz [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 314, Nb 4.

sowaniu obu podstaw odpowiedzialności (antymonopolowej i karnoprawnej) wobec tej samej osoby fizycznej, co mogłoby rodzić wątpliwości w aspekcie zgodności z zasadą *ne bis in idem*.

W kontekście niedopuszczania do podwójnego karania należy zarazem zwrócić uwagę na pewną dozę dowolności, jaką w praktyce ma Prezes UOKiK w kwestii kwalifikacji prawnej porozumień ograniczających konkurencję. Porozumienia odpowiadające art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik mogą równocześnie odpowiadać kategoriom zakazanych porozumień określonych w innych punktach art. 6 ust. 1 uokik. W imię nienaruszenia zasady *ne bis in idem* w tego rodzaju sprawach należałoby wykluczać ewentualne stosowanie uokik do osób zarządzających w sprawach zmów zawieranych w przetargach publicznych poprzez kwalifikowanie tych porozumień jako naruszenia innego punktu art. 6 ust. 1 uokik niż pkt 7.

Przejawem limitowania zakresu odpowiedzialności osób zarządzających jest również warunkowanie jej spełnieniem przesłanki subiektywizującej tę odpowiedzialność. Osoba zarządzająca odpowiada na podstawie uokik tylko, gdy umyślnie dopuści swoimi działaniami lub zaniechaniami do naruszenia zakazu przez przedsiębiorcę. Ogranicza to odpowiedzialność osób zarządzających w porównaniu z zasadami odpowiedzialności przedsiębiorców. Na organie ochrony konkurencji spoczywa obowiązek wykazania nagannego zamiaru osoby zarządzającej, przypisanie jej zaś niedbalstwa lub lekkomyślności wyklucza jej antymonopolową odpowiedzialność.

IV. Środki zaradcze (*remedies*)

Nowelizacja uokik wprowadza możliwość nałożenia przez Prezesa UOKiK, w sytuacji stwierdzenia naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję, tzw. środków zaradczych w celu zaniechania przez przedsiębiorcę stosowania praktyki ograniczającej konkurencję lub usunięcia jej skutków. Wprowadzenie tej instytucji ma na celu uzupełnienie posiadanych przez Prezesa UOKiK instrumentów służących skutecznemu egzekwowaniu przestrzegania reguł konkurencji[63] na wzór m.in. uprawnień przysługujących Komisji Europejskiej określonych w art. 7 rozporządzenia nr 1/2003.

We wprowadzonej regulacji można wyróżnić dwie grupy środków zaradczych. Po pierwsze tzw. środki behawioralne, które nakazują przedsiębiorcy określone zachowanie na rynku. W tym zakresie ustawa, w art. 10 ust. 4, przykładowo przewiduje takie środki, jak: udzielenie licencji własności intelektualnej na niedyskryminacyjnych warunkach; umożliwienie dostępu do określonej infrastruktury na niedyskryminacyjnych warunkach; zmiana umowy oraz nałożenie obowiązku dostawy innym podmiotom określonych produktów lub świadczenia określonych usług na niedyskryminacyjnych warunkach. Lista ta ma charakter otwarty, tak aby Prezes UOKiK mógł nałożyć dostosowany do rodzaju i charakteru praktyki oraz indywidualnych cech przedsiębiorcy środek, który zapewni najlepszą realizację celu[64].

Drugi rodzaj środków zaradczych to tzw. środki strukturalne[65]. Ponieważ są to środki ingerujące w strukturę organizacyjną przedsiębiorstwa Prezes UOKiK będzie mógł skorzystać z tego

[63] W rekomendacji wydanej przez Europejską Sieć Konkurencji podkreśla się wagę posiadania przez wszystkie krajowe organy ochrony konkurencji uprawnień w tym zakresie – *ECN Recommendation on the power to impose structural remedies.* Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/ecn/structural_remedies_09122013_en.pdf.

[64] Druk sejmowy nr 1703. Uzasadnienie projektu ustawy…, s. 21.

[65] Wbrew wątpliwościom A. Maziarza (*Kilka uwag do projektu nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 7(2), s. 9) wprowadzony w art. 10 ust. 5 uokik środek zaradczy ma charakter środka strukturalnego, a nie behawioralnego – tak trafnie i szerzej na ten temat: K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 443–444. Jakkolwiek rozróżnienie między środkami behawioralnymi a strukturalnymi nie zawsze jest łatwe, to dotyczy to raczej środków zwyczajowo kwalifikowanych do grupy środków behawioralnych, które zawierają w sobie jednak pewne elementy strukturalne, np. udzielenie przymusowej licencji – tak: R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Portland 2006, s. 718 oraz M. Błachucki, S. Jóźwiak, *Sankcje strukturalne w prawie antymonopolowym jako sankcje administracyjnoprawne*,

narzędzia jedynie w przypadku, gdy środki „behawioralne" mogłyby okazać się nieskuteczne lub byłyby bardziej uciążliwe dla przedsiębiorcy. Inaczej niż w przypadku środków „behawioralnych", uokik nie przewiduje w tym zakresie otwartego katalogu. Decydując się na tego typu środek, Prezes UOKiK będzie mógł jedynie powierzyć wykonywanie określonej działalności gospodarczej (także na różnych szczeblach obrotu) poszczególnym podmiotom w ramach grupy kapitałowej lub odrębnym jednostkom organizacyjnym w ramach struktury przedsiębiorcy. Wśród typowych zastosowań tego środka można wskazać *unbundling*, czyli nakaz rozdzielenia działalności, np. na szczeblu detalicznym od działalności hurtowej, w celu zapewnienia innym detalistom jednolitych warunków konkurencji. Co istotne, ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie środków strukturalnych tylko w bardzo ograniczonym zakresie, wyraźnie wskazanym w art. 10 ust. 5 uokik. A zatem, inaczej niż Komisja Europejska, Prezes UOKiK nie będzie mógł nakazać np. sprzedaży aktywów przedsiębiorcy. Należy jednak podkreślić, że pomimo takiej możliwości Komisja jeszcze nigdy nie zdecydowała się na nałożenie na przedsiębiorcę ww. środka strukturalnego, a praktyka innych krajowych organów ochrony konkurencji w Europie również jest bardzo ograniczona[66]. Dodatkowo warto zauważyć, że amerykańskie doświadczenia dotyczące stosowania środków strukturalnych są raczej negatywne. R. Posner jako powody braku oczekiwanych korzystnych skutków z nakazu wyzbycia się przez przedsiębiorcę części mienia wskazuje: znaczny upływ czasu od nakazu do jego wdrożenia (w związku z czym często warunki rynkowe uległy radykalnej zmianie) czy nierozwiązywalne problemy ekonomii organizacji przemysłowych w formułowaniu wyraźnego związku pomiędzy strukturą przemysłu a optymalną wydajnością[67]. Z powyższego można wnosić, że wprowadzenie do uokik jedynie ograniczonego zakresu środków strukturalnych nie będzie miało większego znaczenia, ponieważ praktyka innych organów pokazuje, że z szerszych uprawnień w tym zakresie właściwie nie korzystają, a jeśli już to robią, to niekoniecznie środki te przynoszą oczekiwane, korzystne skutki.

Zarówno w przypadku środków behawioralnych, jak i strukturalnych, zastosowany przez Prezesa UOKiK nakaz będzie musiał być proporcjonalny do stwierdzonego naruszenia i konieczny do jego zakończenia lub usunięcia skutków. Wymóg proporcjonalności oznacza, że Prezes UOKiK będzie mógł korzystać ze wskazanych środków jedynie wyjątkowo. Jak się bowiem słusznie wskazuje w literaturze[68] stanowią one daleko idącą ingerencję w konstytucyjnie gwarantowane prawa i wolności, określając konkretny sposób zachowania przedsiębiorcy na rynku lub zmieniając jego strukturę organizacyjną, a nie jedynie nakazując zaniechania działań sprzecznych z prawem. Ponadto, jak podkreślono w raporcie Economic Advisory Group, „uprawnienia nadane organom ochrony konkurencji są, z nielicznymi wyjątkami, uprawnieniami do zakazania pewnych zachowań (…), a nie uprawnieniami do aktywnego określania w jakim kierunku uczestnicy rynku

[w:] M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, *Sankcje administracyjne*, Lex Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 459. Niemniej jednak warto zauważyć rozbieżności w doktrynie dotyczące definicji środków strukturalnych, a mianowicie czy ich elementem konstytutywnym jest wpływ na strukturę rynku czy na strukturę przedsiębiorcy – szerzej na ten temat: M.K. Kolasiński, A. Kustra, *Konstytucyjne standardy ochrony przedsiębiorcy a środki zaradcze we wspólnotowym prawie konkurencji*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2008, maj, s. 17–21.

66 M. Błachucki, S. Jóźwiak, *Sankcje strukturalne*…, s. 458 i 463; E. De Smijter, A. Sinclair [w:] J. Faull, A. Nikpay (eds.), *The EU Law of Competition*, 3rd edition, Oxford UniversiNty Press, Oxford 2014, s. 124. W motywie 12 preambuły do rozporządzenia nr 1/2003 wskazano, że „zmiany dotyczące struktury przedsiębiorstwa, która istniała przed naruszeniem, będą proporcjonalne wyłącznie wtedy, gdy występuje znaczne ryzyko trwania lub powtórzenia naruszenia spowodowanego samą strukturą przedsiębiorstwa". Z powyższego niektórzy autorzy wywodzą istnienie silnego negatywnego domniemania nieproporcjonalności środków strukturalnych – tak R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law*…, s. 683.

67 R.A. Posner, *Antitrust Law*, 2nd edition, University of Chicago Press, Chicago 2001, s. 111–112.

68 K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 447; por. też M.K. Kolasiński, A. Kustra, *Konstytucyjne standardy*…, s. 18 i n.

powinni zmierzać. Organ może zakazać niektórych porozumień, niektórych praktyk i określonych koncentracji, ale nie powinien mówić uczestnikom rynku, co powinni robić w ich zamian”[69].

V. Dobrowolne poddanie się karze (*settlement*)

Podobnie jak w przypadku środków zaradczych, wzorując się na doświadczeniach Komisji Europejskiej oraz innych krajowych organów ochrony konkurencji[70], polski prawodawca zdecydował się wprowadzić w art. 89a uokik instytucję dobrowolnego poddania się karze. Podstawowym jej celem jest zwiększenie efektywności postępowań poprzez ich przyspieszenie. Instytucja ta ma w ten sposób pozwolić na zwolnienie zasobów organu – głównie kadrowych – aby pracownicy mogli zająć się ściganiem innych, nowych naruszeń prawa konkurencji, zwiększając tym samym poziom ich wykrywalności oraz skuteczność organu w egzekwowaniu przestrzegania reguł konkurencji. Co z kolei powinno przynieść pozytywne skutki w postaci zwiększonego ogólnego odstraszania przed naruszaniem prawa konkurencji.

W nowelizacji zdecydowano się na wprowadzenie szerokiego zakresu zarówno przedmiotowego, jak i podmiotowego omawianej instytucji. I tak, jeśli chodzi o rodzaje praktyk ograniczających konkurencję, to nie zdecydowano się na ograniczenie dobrowolnego poddania się karze wyłącznie do karteli, tak jak ma to miejsce w prawie unijnym. Zatem, podobnie jak np. we Francji oraz Austrii, procedura ta może znaleźć zastosowanie również do pozostałych porozumień ograniczających konkurencję, w tym porozumień wertykalnych oraz do nadużywania pozycji dominującej. Odnosząc się natomiast to zakresu podmiotowego, procedura dobrowolnego poddania się karze będzie miała zastosowanie także w stosunku do osób zarządzających.

Brzmienie przepisów art. 89a uokik wskazuje, że omawiana procedura będzie miała miejsce dopiero na końcowym etapie postępowania[71]. Wskazuje na to treść ust. 1 ww. artykułu. Ponadto z ust. 5 wynika, że po uzyskaniu zgody strony na przystąpienie do tej procedury organ musi ją poinformować m.in. o wstępnych ustaleniach postępowania jej dotyczących oraz o przewidywanej treści decyzji, w tym o wysokości kary. Prezes UOKiK będzie w stanie przedstawić stronie ww. informacje zasadniczo w końcowej fazie postępowania. W tym miejscu warto wskazać, że w praktyce organów ochrony konkurencji można w omawianym zakresie spotkać bardzo różne modele procedury *settlement*, poczynając od amerykańskiej instytucji *plea barganing*, która ma na celu poza proceduralnym usprawnieniem i przyspieszeniem postępowania również pozyskanie dowodów i może być stosowana od samego początku postępowania; poprzez system unijny, gdzie *settlement* ma służyć szybszemu zakończeniu udowodnionej już sprawy poprzez rezygnację przez stronę z pewnych uprawnień proceduralnych; aż do systemu francuskiego, gdzie do rozmów w ramach *settlement* można przystąpić dopiero po wydaniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Z powyższego wynika, że polskiej procedurze najbliżej jest w tym względzie do modelu francuskiego. Zaletą takiego modelu, jak francuski, unijny czy polski jest to, że na etapie, na którym w tych modelach zastosowanie ma procedura *settlement* sprawa jest już udowodniona, a więc mocniejsza, co sprawia, że strony mogą być bardziej skłonne do dobrowolnego poddania

[69] *Report by the Economic Advisory Group on Competition Policy on Article 82*, s. 10. Pobrano z: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf.

[70] Przegląd sposobu uregulowania procedury *settlement* w różnych systemach prawnych przedstawia E. Krajewska, *Settlement w świetle doświadczeń europejskich – w poszukiwaniu najlepszych rozwiązań*, iKAR 2012, nr 4(1), s. 57–76.

[71] A. Piszcz, *Kilka uwag do projektu założeń ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2012, nr 2(1), s. 12–13; M. Maziarz, *Kilka uwag do projektu…*, s. 11. Inaczej K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji…*, s. 885–886.

się karze[72]. Dodatkowo w literaturze podkreśla się, że organy powinny unikać korzystania z tej procedury, gdy jeszcze nie wszystkie fakty zostały ustalone, w takiej sytuacji bowiem – gdy jeszcze nie ustalono w całości zakresu i powagi naruszenia – ryzykują przyznaniem (nieświadomym) zbyt dużej (*de facto*) obniżki za udział w procedurze *settlement*[73].

Istotnym zagadnieniem dotyczącym procedury dobrowolnego poddania się karze, jest zakres obowiązków jej uczestnika oraz zakres rezygnacji z jego uprawnień proceduralnych. Jeśli chodzi o obowiązki, szczególnie istotne jest czy uczestnik jest zobowiązany do przyznania jedynie faktów (tak jak w systemie francuskim), czy również przyznania się do odpowiedzialności (tak jest przykładowo w systemie unijnym). Zasadniczo należałoby zgodzić się z komentatorami, że przyjęte brzmienie art. 89a uokik wskazuje, że oświadczenie o dobrowolnym poddaniu się karze należy traktować jako potwierdzenie faktów[74], choć w projekcie założeń projektu zmiany uokik z 19 października 2012 r. zakładano, że przedsiębiorca w oświadczeniu o dobrowolnym poddaniu się karze przyznaje się do stosowania praktyki. Dodatkowo w ostatecznym stanowisku strona potwierdza jaka kara została przez nią zaakceptowana oraz fakt poinformowania jej o zarzucanych naruszeniach i umożliwienia zajęcia stanowiska w sprawie. Wreszcie strona potwierdza, że została pouczona o skutkach wniesienia odwołania w postaci utraty 10% obniżki kary wynikającej z dobrowolnego poddania się karze. Odnosząc się natomiast do zakresu, w jakim strona rezygnuje z jej uprawnień proceduralnych, takich jak np. pełen dostęp do akt sprawy, to słusznie zauważa się, że wprowadzona do uokik regulacja nie przewiduje takich ustępstw na etapie postępowania administracyjnego[75].

A zatem, przy takim ukształtowaniu ww. instytucji, główną płynącą z niej korzyścią dla organu będzie oszczędność czasu i zasobów poświęconych na postępowania sądowe z uwagi na fakt, że procedury odwoławcze oraz ewentualne korzystne dla odwołujących się wyroki będą rzadsze. Natomiast dla strony najważniejszą, choć nie jedyną, korzyścią wynikającą z dobrowolnego poddania się karze będzie uzyskanie 10% obniżki kary. W polskim piśmiennictwie pojawiło się wiele głosów, że obniżka w tak „niewielkiej" wysokości nie będzie na tyle atrakcyjna, aby zachęcić do skorzystania z tej nowej instytucji[76]. W tym kontekście należy po pierwsze zauważyć, że podobne zarzuty pojawiały się, kiedy Komisja Europejska w 2008 r. wprowadziła swoją procedurę *settlement*. Tymczasem pomimo „powolnego rozpędu" obecnie wskazuje się, że procedura ta staje się kolejnym skutecznym narzędziem służącym do walki z kartelami, a w połowie grudnia 2014 r. Komisja wydała już 17. decyzję, w której przedsiębiorcy zdecydowali się skorzystać z tego instrumentu. Po drugie, co istotne, należy pamiętać, że w ramach omawianej procedury strony postępowania godzą się na rezygnację z części swoich uprawnień procesowych. W literaturze podkreśla się, że taka rezygnacja jest dopuszczalna, tj. nie narusza zasad sprawiedliwości proceduralnej, gdy jest dobrowolna. Jak argumentuje natomiast W. Wils, w sytuacji stosowania zbyt dużej obniżki nie byłoby elementu „dobrowolności" – zachęta do skorzystania z oferty organu byłaby zbyt kusząca, aby z niej zrezygnować. Znacznie obniżona kara nie byłaby jeszcze jedną

[72] International Competition Network, Cartel Working Group, *Cartel Settlements, Report to the ICN Annual Conference*, Kyoto April 2008. Pobrano z: www.internationalcompetitionnetwork.org.

[73] W. Wils, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, „World Competition" 2008, September, vol. 31(3), s. 14.

[74] E. Krajewska, A. Piszcz [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji…*, s. 1108.

[75] Ibidem, s. 1104.

[76] Np. M. Maziarz, *Kilka uwag do projektu…*, s. 12; D. Wolski, *Uwagi dotyczące wybranych instytucji w projekcie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 7(2), s. 21.

możliwością do wyboru przez stronę postępowania, ale w pewnym sensie nieodpartą pokusą[77]. Dodatkowo należy pamiętać, że zbyt wysoka obniżka za *settlement* zniechęcałaby do skorzystania z procedury *leniency*. Powodowałoby to negatywne konsekwencje dla organu, ponieważ przedsiębiorcy zamiast współpracy w ramach programu *leniency* poprzez dostarczanie organowi nowych dowodów, jedynie czekaliby na to co organ sam zgromadzi i ewentualnie tylko potwierdzali jego samodzielne ustalenia, otrzymując za to istotną obniżkę kary[78]. Należy również podkreślić, że poza ww. obniżką kary, z procedurą tą wiążą się dla strony także inne korzyści, o których często zapomina się w dyskusji, takie jak: szybsze zakończenie sprawy, zamknięcie niechlubnego rozdziału i rozpoczęcie działalności z czystym kontem; możliwość bezpośrednich, niesformalizowanych dyskusji z zespołem prowadzącym sprawę czy uniknięcie prowadzenia długotrwałego i często uciążliwego procesu sądowego oraz zminimalizowanie kosztów z nim związanych – przy czym chodzi tu nie tylko o koszty pomocy prawnej, lecz także koszty wynikające z zaangażowania pracowników przedsiębiorcy, którzy w tym czasie nie mogą poświęcić się normalnej działalności.

VI. Ostrzeżenia publiczne

Nowelizacja uokik dotyczy przede wszystkim kwestii związanych z ochroną konkurencji. Niemniej jednak w tym zakresie ochrony zbiorowych interesów konsumentów przewidziano jedną doniosłą zmianę, a mianowicie wprowadzono w art. 73a instytucję tzw. ostrzeżeń publicznych. Inicjatywa uregulowania tej kwestii w uokik wypłynęła od Ministerstwa Finansów i jest owocem pracy Komitetu Stabilności Finansowej (zajmującego się nieprawidłowościami dotyczącymi m.in. tzw. parabanków). Wprowadzona instytucja ma na celu zabezpieczenie interesów konsumentów poprzez wczesne ostrzeganie ich o występujących zagrożeniach i zapobieżenie w ten sposób negatywnym dla nich skutkom działań niektórych przedsiębiorców. Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu nowelizacji uokik, podobne uprawnienia mają organy ds. ochrony konsumentów w innych państwach europejskich[79].

Przepis art. 73a uokik wprowadza dla Prezesa UOKiK instrument w postaci podania do publicznej wiadomości informacji o określonym zachowaniu przedsiębiorcy i jego prawdopodobnych skutkach, w sytuacji, gdy z informacji zgromadzonych w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów wynikać będzie, że istnieje szczególnie uzasadnione podejrzenie, że takie zachowanie przedsiębiorcy stanowi praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów oraz może spowodować znaczne straty lub niekorzystne skutki dla szerokiego kręgu konsumentów. Z brzmienia omawianego przepisu wynika, że w sytuacji spełnienia powyżej wskazanych przesłanek wprowadza on dla Prezesa UOKiK obowiązek publikacji takiego ostrzeżenia. Należy jednak zauważyć, że przesłanki publikacji ostrzeżenia są niedookreślone, co może skutkować znacznymi problemami z ustaleniem w konkretnej sprawie czy zaistniał już ww. obowiązek, czy nie.

Odnosząc się do ww. przesłanek, po pierwsze należy zauważyć, że wydanie ostrzeżenia publicznego może nastąpić wyłącznie w toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, a zatem nie może mieć to miejsca np. w toku postępowania

[77] W. Wils, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, „World Competition" 2008, September, vol. 31(3), s. 20.

[78] W tym zakresie wskazuje się również, że znaczny zakres obniżki „rodzi wątpliwości natury etycznej. Pojawiają się pytania o zasadność nagradzania stron za sam fakt niekwestionowania stawianych im zarzutów" – E. Krajewska, A. Piszcz [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 1100.

[79] Druk sejmowy nr 1703. Uzasadnienie projektu ustawy…, s. 48.

wyjaśniającego czy też postępowania antymonopolowego. Po drugie, Prezes UOKiK będzie musiał mieć „szczególnie uzasadnione podejrzenie praktyki". Z powyższego wynika, że samo uzasadnione podejrzenie, które powoduje zazwyczaj wszczęcie postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów nie będzie wystarczające. Nie oznacza to jednak, że konieczne będzie już udowodnienie praktyki. Jak słusznie zatem wskazuje A. Piszcz, powyższa przesłanka może sprawiać poważne trudności[80]. Dodatkowo, ww. praktyka musi mieć co najmniej potencjał do spowodowania znacznych strat lub niekorzystnych skutków dla szerokiego kręgu konsumentów. Przy czym to właśnie ta ostatnia przesłanka może rodzić najwięcej problemów interpretacyjnych[81].

Rozstrzygnięcie w przedmiocie podania do publicznej wiadomości będzie następowało w formie postanowienia. Wywiązanie się przez Prezesa UOKiK z obowiązku wprowadzonego w art. 73a uokik mogłoby zatem polegać na upublicznieniu ww. postanowienia poprzez jego umieszczenie na stronie internetowej UOKiK w osobnej zakładce zawierającej listę wszystkich postanowień w przedmiocie ostrzeżeń publicznych. W ten sposób Prezes UOKiK podałby do wiadomości „zgromadzone w toku postępowania informacje o tym zachowaniu i jego prawdopodobnych skutkach".

Na ww. postanowienie będzie służyło zażalenie. Należy jednak zauważyć, że zgodnie z art. 143 kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 uokik wniesienie zażalenia nie wstrzymuje wykonania postanowienia. Prezes UOKiK niezależnie od wniesienia zażalenia co do zasady będzie zatem upubliczniał ostrzeżenie. Natomiast, w sytuacji gdyby Sąd uznał zażalenie za zasadne, postanowienie należałoby usunąć ze strony internetowej UOKiK.

VII. Podsumowanie

Nowelizacja uokik wprowadziła wiele istotnych zmian w zakresie przepisów materialnych i procesowych dotyczących praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Pełna ocena funkcjonowania zupełnie nowych instytucji prawnych, nieznanych wcześniej polskiemu prawu ochrony konkurencji i konsumentów, takich jak np. dobrowolne poddanie się karze czy odpowiedzialność osób zarządzających, również pod kątem ewentualnych dalszych modyfikacji, możliwa będzie dopiero po pewnym czasie ich stosowania. Należy podkreślić, że te same instytucje mogą być w różnych jurysdykcjach uregulowane odmiennie i ponieważ w wielu przypadkach nie ma zgody co do tego, że tylko jedno, określone rozwiązanie jest najbardziej skuteczne, warto zachować pewną „konkurencję procedur". Pozwoli to na zebranie dowodów empirycznych pozwalających ocenić *ex post*, jakie rozwiązania się sprawdzają, a jakie nie do końca w naszym systemie prawnym i dopiero wtedy przedstawiać propozycje zmian.

W przypadku natomiast zagadnień objętych zakresem nowelizacji, które miały na celu usprawnienie funkcjonujących rozwiązań, to już teraz można formułować postulaty *de lege ferenda*. W szczególności dotyczy to regulacji ochrony tajemnicy obrończej. Zmiany wprowadzone ostatecznie w tym zakresie, mimo pierwotnych założeń nie doprowadziły bowiem do uregulowania w uokik opartej na wzorach unijnych[82] ochrony pisemnej komunikacji między niezależnym,

[80] Tak A. Piszcz [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 1001.

[81] O wątpliwościach dotyczących interpretacji tych sformułować patrz ibidem, s. 1002-1003.

[82] Zasady ochrony LPP Komisja określiła w Zawiadomieniu w sprawie najlepszych praktyk w zakresie prowadzenia postępowań w związku z art. 101 i 102 TFUE (Dz. Urz. UE z 2011 r., C 308, s. 6). W założeniach do nowelizacji uokik powoływano się na wyrok TS z 14.09.2010 w sprawie C-550/07 P *Akzo Nobel Chemicals*, Zb. Orz. 2010, I-08301.

zewnętrznym prawnikiem a przedsiębiorcą. Przypomnieć należy, że jeszcze w przedstawionym do konsultacji społecznych projekcie z 15 czerwca 2012 r. założeń do projektu ustawy o zmianie uokik[83] przewidziano „modyfikację przepisów dotyczących kontroli i przeszukań, służącą poprawie efektywności kontroli i przeszukań prowadzonych przez Prezesa UOKiK oraz usunięciu istotnych wątpliwości interpretacyjnych", proponując wprowadzenie do uokik instytucji LPP[84] w wersji zmodyfikowanej w stosunku do unijnej[85] w zakresie postulowanym przez doktrynę. Wobec tego przy okazji ewentualnych przyszłych nowelizacji temat kompleksowego uregulowania powyższych kwestii w uokik mógłby zostać podjęty, niezależnie od tego, że w praktyce stosowania prawa Prezes UOKiK przyjmuje zasadniczo uwzględniający postulaty doktryny[86] zakres i mechanizmy ochrony tajemnic powierzanych przez kontrolowanego adwokatowi lub radcy prawnemu.

Nadal aktualne pozostają również postulaty modyfikacji mechanizmów sądowej kontroli czynności organu ochrony konkurencji i konsumentów podejmowanych w toku kontroli. Instytucja zażalenia na czynności kontrolne ma w toku kontroli ograniczone zastosowanie, a podstawowym instrumentem kontroli działań kontrolujących przez kontrolowanego jest umiejscowiona w usdg instytucja sprzeciwu wobec podjęcia i wykonywania czynności kontroli. Sposób jej unormowania nie tylko nie chroni w pełni interesów kontrolowanego (z uwagi na dość ograniczony zakres przedmiotowy oraz krótki czas na wniesienie), lecz także ogranicza skuteczność działania Prezesa UOKiK (z uwagi na obowiązek wstrzymania czynności kontrolnych do czasu jego rozpatrzenia)[87]. Kwestia ewentualnej modyfikacji instytucji sprzeciwu, z uwagi na jej umiejscowienie w usdg, jest jednak zagadnieniem wykraczającym poza materię wyłącznie prawa ochrony konkurencji i konsumentów.

[83] Pobrano z: http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3429.

[84] Mimo dostrzeżonych niedoskonałości tej wstępnej propozycji, została ona pozytywnie oceniona. Zob. B. Turno, *Zasada legal professional privilege w u.o.k.k. – ocena propozycji UOKiK*. Pobrano z: http://www.antitrust.pl/2012/05/zasada-legal-professional-privilege-w-u-o-k-k-ocena-propozycji-uokik.

[85] Zaproponowano regulację umożliwiającą sprzeciwienie się przez przedsiębiorcę ujawnieniu Prezesowi UOKiK znalezionych podczas przeszukania informacji związanych z realizacją prawa przedsiębiorcy do uzyskania ochrony prawnej, udzielanej przez adwokata lub radcę prawnego ustanowionego przez przeszukiwanego pełnomocnikiem w danym postępowaniu. Warto podkreślić, że uprawnienia związane z LPP miały obejmować również radców prawnych wykonujących zawód w ramach stosunku pracy (*in-house lawyers*), a więc ochrona miała być szersza niż przyjmowana w orzecznictwie unijnym.

[86] Zob. B. Turno [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 1101–1103.

[87] Szerzej, zob. G. Materna, *Sądowy nadzór*…, s. 23.

Sławomir Dudzik*

Kontrola koncentracji w świetle ostatnich zmian ustawowych

Spis treści

I. Cele nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji w odniesieniu do kontroli koncentracji
II. Najważniejsze zmiany dotyczące kontroli koncentracji
III. „Postępowanie dwufazowe”
IV. Zastrzeżenia wobec koncentracji
V. Przedstawienie warunków
VI. Uwagi końcowe

Streszczenie

Artykuł zawiera krytyczną analizę najnowszych zmian ustawowych w polskiej procedurze kontroli koncentracji przedsiębiorców. Autor wykazuje, że ostatnia nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie wprowadza w istocie dwuetapowego postępowania w sprawach kontroli koncentracji (na wzór postępowania przed Komisją Europejską oraz postępowania w wielu innych państwach członkowskich UE). Krytycznie ocenia również nowowprowadzoną instytucję zastrzeżeń wobec koncentracji, w tym to, że nie zapewnia ona należytej ochrony uprawnień procesowych zainteresowanych podmiotów. Zdaniem autora, dalszych zmian wymaga także procedura przedstawienia warunków umożliwiających zaakceptowanie koncentracji przez Prezesa UOKiK. W konkluzji autor wskazuje 5 najważniejszych obszarów z zakresu kontroli koncentracji, które wymagają pilnych zmian legislacyjnych. Należą do nich: (i) sprawy samego zakresu kontroli koncentracji (w tym wyłączenie *non-full function joint ventures*), (ii) współpraca z Komisją Europejską w ramach odesłań, (iii) ochrona uprawnień procesowych podmiotów uczestniczących w koncentracji oraz zainteresowanych osób trzecich, (iv) proces decyzyjny w ramach organu antymonopolowego (w tym wprowadzenie elementów kolegialności w podejmowaniu decyzji koncentracyjnych), a także (v) kwestie dot. nadzwyczajnej zgody sanującej z art. 20 ust. 2 Ustawy.

Słowa kluczowe: kontrola koncentracji; postępowanie przed Prezesem UOKiK; zastrzeżenia wobec koncentracji; decyzja warunkowa.

* Prof. dr hab. Sławomir Dudzik – Katedra Prawa Europejskiego, Uniwersytet Jagielloński; Kancelaria SPCG, Kraków; e-mail: s.dudzik@spcg.pl

I. Cele nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji w odniesieniu do kontroli koncentracji

Od początku prac nad ostatnią nowelizacją ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[1] szczególnie silnie akcentowanym celem nowo projektowanych przepisów w obszarze kontroli koncentracji (prócz ogólnego dla całej nowelizacji celu w postaci podniesienia skuteczności istniejących regulacji) było uproszczenie i skrócenie procedur[2], co miałoby stanowić odpowiedź na liczne postulaty środowisk biznesowych w tym zakresie. Zarówno w założeniach przyszłej regulacji, jak i w uzasadnieniu projektu rządowego samej ustawy nowelizującej wskazywano także na konieczność eliminacji wątpliwości interpretacyjnych, które powstały w toku stosowania dotychczas obowiązujących przepisów. Wzorem dla projektowanych zmian miały stać się przy tym rozwiązania przyjęte w prawie Unii Europejskiej (a więc przede wszystkim w rozporządzeniu nr 139/2004[3]) oraz w innych państwach członkowskich UE.

II. Najważniejsze zmiany dotyczące kontroli koncentracji

Do najważniejszych zmian objętych nowelą z dnia 10 czerwca 2014 r.[4] w odniesieniu do kontroli koncentracji zaliczyć należy wprowadzenie tzw. dwufazowego (dwuetapowego) postępowania kontrolnego, uzupełnienie regulacji dotyczącej nakładania warunków, a także wprowadzenie nowych wyłączeń spod obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji oraz uszczegółowienie przepisów dotyczących obliczania obrotu w związku z progami obrotów zawartymi w art. 13 i art. 14 uokik. W ramach tych ostatnich zmian, od dnia wejścia w życie nowelizacji (tj. od dnia 18 stycznia 2015 r.), zgłoszeniu do Prezesa UOKiK nie podlegają już połączenia dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców[5] oraz utworzenie wspólnego przedsiębiorcy[6], jeżeli obrót żadnego z łączących się lub tworzących joint venture przedsiębiorców nie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w żadnym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie równowartości 10 000 000 euro[7]. Nieprzekroczenie analogicznie zdefiniowanego progu 10 000 000 euro decyduje również o zwolnieniu z obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej oraz jednocześnie nabyciu części mienia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców należących do tej grupy[8]. Zmiany te są spójne z wcześniej już istniejącymi wyłączeniami zakładającymi, że tzw. koncentracje bagatelne z uwagi na niskie ryzyko wywołania niekorzystnych zmian dla konkurencji na rynku powinny zostać wyłączone spod kontroli organu antymonopolowego. Wprowadzając nowe wyłączenia, ustawodawca dostrzegł, jak się wydaje, że z tego punktu widzenia sama forma koncentracji nie ma co

[1] Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331 z późn. zm. (dalej: ustawa, uokik lub ustawa antymonopolowa).

[2] Zob. UOKiK, *Polityka konkurencji na lata 2011–2013*, Warszawa 2011, s. 32–33, a także: Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 19 października 2012 r. Pobrano z: http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/43452/43484/43485/dokument52231.pdf; oraz Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, Sejm RP VII kadencji, druk nr 1703. Pobrano z: http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9F27C3A04DCCA6E8C1257BE3003730DF/%24File/1703.pdf.

[3] Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw), Dz. Urz. UE z 2004 r., L 24/01.

[4] Ustawa z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 2014 r., poz. 945 (dalej: nowela lub ustawa nowelizująca).

[5] Art. 13 ust. 2 pkt 1 uokik.

[6] Art. 13 ust. Pkt 3 uokik.

[7] Art. 14 pkt 1a) uokik.

[8] Art. 14 pkt 1b) uokik.

do zasady większego znaczenia. Dopuścić zatem należy bez konieczności odrębnego badania zarówno bagatelne koncentracje polegające na przejęciu kontroli (takie wyłącznie obowiązywało już wcześniej), jak i takie, które następują poprzez połączenie przedsiębiorstw lub utworzenie wspólnego przedsiębiorcy.

Kontrowersji nie wywołują także zmiany przepisów uokik dotyczące obliczania obrotu przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji. Przypomnijmy, że dopiero przekroczenie progów takich obrotów określonych w art. 13 ust. 1 uokik aktualizuje co do zasady obowiązek notyfikacji zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK. Obecnie na potrzeby obliczania obrotu w przypadku przejęcia kontroli lub nabycia części mienia innego przedsiębiorcy nie będzie już uwzględniany obrót grupy kapitałowej, do której należy zbywca[9]. Ta ostatnia wielkość nie ma bowiem znaczenia dla ustalenia wpływu planowanej koncentracji na konkurencję na rynku. Rozwiązanie to nawiązuje przy tym wyraźnie do analogicznych rozwiązań obowiązujących w prawie Unii Europejskiej[10]. Jak zauważa bowiem Komisja, „Ewentualny wpływ transakcji na rynek zależeć będzie wyłącznie od połączenia ekonomicznych i finansowych zasobów stanowiących przedmiot transakcji z zasobami nabywcy, a nie od pozostałej części przedsiębiorstwa zbywcy".[11] W celu stworzenia możliwości realnej oceny siły ekonomicznej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji[12] w nowelizacji doprecyzowano także zasady obliczania obrotu w odniesieniu do przedsiębiorców sprawujących wspólną kontrolę lub podlegających wspólnej kontroli[13]. Uszczelniono również luki, które dotychczas umożliwiały obchodzenie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji poprzez dokonywanie wielu transakcji, z których każda nie przekraczała progów bagatelności. Aktualnie tego rodzaju transakcje dokonywane jednocześnie lub w okresie nie dłuższym niż 2 lata będą traktowane jako jedna transakcja wieloetapowa, a obroty przejmowanych sukcesywnie przedsiębiorców lub obroty realizowane przez sukcesywnie nabywane części mienia będą podlegać zsumowaniu[14]. Warto zauważyć, że w prawie UE analogiczną regułę statuuje art. 5 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004, zgodnie z którym „[…] dwie transakcje lub więcej, w rozumieniu akapitu pierwszego, które mają miejsce na przestrzeni dwóch lat między tymi samymi osobami lub przedsiębiorstwami, traktowane są jako jedna i ta sama koncentracja zachodząca w dniu zawarcia ostatniej transakcji". Wątpliwości może budzić jednak czy nowo wprowadzone przepisy art. 16 ust. 5 uokik odnoszą się także do tzw. transakcji uzupełniających, a więc dokonywanych już po uzyskaniu zgody Prezesa UOKiK na koncentrację główną[15]. Problem dotyczy tych transakcji uzupełniających, które traktowane oddzielnie nie podlegałyby zgłoszeniu z uwagi na nieprzekroczenie progów bagatelności, traktowane jednak łącznie z zaakceptowaną już wcześniej koncentracją główną skutkowałyby obowiązkiem ich zgłoszenia i uzyskania odrębnej zgody organu antymonopolowego. Mając na uwadze, że tego rodzaju transakcje uzupełniające dokonane w okresie 2 lat od koncentracji głównej mogą potencjalnie mieć wpływ na ocenę skutków rynkowych zaistniałych zmian strukturalnych, zasadnym wydaje się zastosowanie także do nich reguł zawartych w art. 16 ust. 5 uokik.

[9] Zob. art. 16 ust. 2 uokik.

[10] Por. art. 5 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004.

[11] Pkt 136 skonsolidowanego obwieszczenia Komisji dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2008/C 95/01), Dz. Urz. UE z 2008 r., C 95/1.

[12] Zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, jw.

[13] Zob. art. 16 ust. 3 i ust. 4 zdanie drugie uokik.

[14] Zob. art. 16 ust. 5 uokik.

[15] Por. pkt 137 skonsolidowanego obwieszczenia Komisji dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych …, jw.

III. „Postępowanie dwufazowe"

Najistotniejsze zawarte w nowelizacji zmiany dotyczące kontroli koncentracji związane są jednak z wprowadzeniem tzw. postępowania dwufazowego. Uprzednio obowiązywał jednolity dwumiesięczny termin, w którym postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji powinno się zakończyć[16]. Nowelizacja wprowadza w to miejsce dwa terminy: miesięczny oraz czteromiesięczny. Postępowanie w sprawach koncentracji powinno zatem co do zasady zakończyć się w terminie miesiąca od dnia jego wszczęcia[17]. Z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej wynika przy tym, że termin miesięczny dotyczyłby „spraw niebudzących większych wątpliwości, które stanowią obecnie co najmniej 80% spraw z zakresu koncentracji rozpatrywanych przez Prezesa UOKiK". Termin ten w szczególnych określonych w ustawie przypadkach może jednak zostać przedłużony o dalsze 4 miesiące[18]. Tego rodzaju przedłużenie terminu jest możliwe w sytuacji, gdy zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

– sprawa jest szczególnie skomplikowana,
– z dostępnych Prezesowi UOKiK informacji wynika, że istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo istotnego ograniczenia konkurencji na rynku w wyniku dokonania koncentracji lub
– sprawa wymaga przeprowadzenia badania rynku.

Sposób sformułowania w ustawie ww. przesłanek, w tym użyty tam spójnik „lub" wskazuje, że wystarczającym jest zaistnienie jednej tylko z wymienionych wyżej okoliczności, by możliwe było przedłużenie postępowania[19]. Brak jest przy tym dostatecznych podstaw do formułowania tezy, że dopiero łączne zaistnienie przesłanek pierwszej i drugiej umożliwia przedłużenie terminu (obok występującej niezależnie przesłanki trzeciej związanej z koniecznością przeprowadzenia badania rynku)[20].

Przedłużenie terminu zakończenia postępowania w sprawie kontroli koncentracji o kolejne 4 miesiące wymaga wydania przez Prezesa UOKiK postanowienia. Choć na postanowienie to nie przysługuje zażalenie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK), to konieczne jest jednak jego uzasadnienie przez organ.

Przewidziane nowelizacją skrócenie (do jednego miesiąca) terminu do wydania decyzji w sprawach nieskomplikowanych może jednak nie mieć większego znaczenia dla ochrony interesów zainteresowanych przedsiębiorców. Tym samym towarzyszące nowelizacji zapowiedzi o przyspieszeniu postępowań koncentracyjnych oraz zredukowaniu czasu oczekiwania na decyzję Prezesa UOKiK[21] mogą nie zostać zrealizowane. Uzasadnieniem tych obaw może być fakt, że także uprzednio obowiązujące przepisu umożliwiały Prezesowi UOKiK szybsze załatwienie większości prostych spraw (termin dwumiesięczny był tylko terminem maksymalnym)[22], dotychczasowa praktyka działania organu (przynajmniej w świetle najnowszych dostępnych danych) nie napawa jednak optymizmem. Średni czas postępowania w sprawach kontroli koncentracji wyniósł

[16] Zob. art. 96 ust. 1 uokik w wersji obowiązującej przed 18 stycznia 2015 r. Pamiętać należy, iż bezskuteczny upływ terminów przewidzianych dla postępowaniu w sprawach koncentracji niesie ze sobą istotne skutki materialnoprawne i skutkuje dopuszczalnością koncentracji ex lege (por. art. 97 ust. 1 uokik).

[17] Art. 96 ust. 1 uokik.

[18] Art. 96a ust. 1 uokik.

[19] Stanowisko takie przyjmuje również K. Kohutek. Zob. K. Kohutek, *Komentarz do art.96(a) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Lex 2014, wersja elektron., pkt 2.

[20] Przeciwne stanowisko zdają się zajmować T. Skoczny i M. Modzelewska de Raad. Zob. T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 1172.

[21] Por. uzasadnienie projektu.

[22] D. Wolski, *Uwagi dotyczące wybranych instytucji w projekcie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 7(2), s. 17–18.

bowiem w 2013 r. 58 dni[23]. Pamiętać również należy, że termin miesięczny może być w praktyce „przesunięty", a to na skutek wystąpienia przez Prezesa UOKiK z żądaniem usunięcia braków lub uzupełnienia informacji w zgłoszeniu[24]. Okresu oczekiwania na zadośćuczynienie tego rodzaju żądaniom nie wlicza się do miesięcznego terminu, w którym postępowanie w sprawie koncentracji powinno zostać zakończone[25]. W praktyce to organ decyduje przy tym, co jest „brakiem" lub wymaga uzupełnienia, a zatem relatywnie łatwo może odsuwać w czasie moment, w którym wydanie decyzji jest absolutnie konieczne[26].

Warto również zauważyć, że wydłużenie czasu trwania postępowania o kolejne 4 miesiące (przejście do tzw. drugiej fazy) zależy również w dużej mierze od interpretacji przez Prezesa UOKiK takich pojęć nieostrych zawartych w art. 96a ust. 1 uokik, jak: sprawa szczególnie skomplikowana, uzasadnione prawdopodobieństwo, sprawa wymagająca przeprowadzenia badania rynku. Prawidłowość tej interpretacji wymyka się kontroli sądowej w zwykłym trybie, albowiem na postanowienie o przedłużeniu terminu, jak już wcześniej wskazano, nie przysługuje zażalenie. Oczywiście, istnieje możliwość kontroli legalności takiego postanowienia w ewentualnym postępowaniu z odwołania na decyzję Prezesa UOKiK kończącą postępowanie w danej sprawie[27]. Naruszenie prawa przy jego wydaniu może bowiem oznaczać, że przedłużenie terminu było nieskuteczne, a tym samym prowadzone postępowanie stało się bezprzedmiotowe (upłynął bowiem termin, w którym powinna zostać zaktualizowana kompetencja Prezesa UOKiK do oceny danej koncentracji)[28]. Odwołania od decyzji Prezesa UOKiK dotyczących kontroli koncentracji są jednak absolutnym wyjątkiem, a sama możliwość ich wniesienia jest konieczną, choć dalece niewystarczającą gwarancją ochrony uprawnień proceduralnych stron w tego rodzaju sprawach.

Wprowadzając skrócony do jednego miesiąca termin rozstrzygnięcia w sprawie nieskomplikowanych koncentracji, ustawodawca nie zadbał o „obudowanie" go znanymi chociażby z prawa UE instytucjami sprzyjającymi skróceniu czasu trwania postępowań koncentracyjnych. Brak jest w szczególności wyraźnych zachęt do bardziej rozbudowanych kontaktów prenotyfikacyjnych (poprzedzających formalne zgłoszenie zamiaru koncentracji)[29], na wzór Best Practices Komisji (a dokładniej, DG Competition) z 2004 r.[30]. W tym ostatnim dokumencie uznaje się np., że kontakty prenotyfikacyjne między Komisją a podmiotami zgłaszającymi są użyteczne nawet w sprawach, które wydają się nieproblematyczne. Dlatego też DG Competition zapewnia, że zawsze stworzy zainteresowanym podmiotom, o ile tylko złożą stosowny wniosek, możliwość nieformalnej i poufnej

[23] Zob. UOKiK, Sprawozdanie z działalności 2013, Warszawa 2014, s. 17.

[24] Art. 95 ust. 1 pkt 3 uokik.

[25] Art. 96 ust. 2 uokik.

[26] Wezwanie do usunięcia braków lub uzupełnienia informacji może zostać wystosowane przez Prezesa UOKiK również w ramach tzw. drugiej fazy postępowania (zob. art. 96a ust. 8 pkt 1 uokik). T. Skoczny i D. Aziewicz trafnie przy tym przyjmują, że „Stosowanie tej instytucji w drugiej fazie postępowania winno być absolutnie wyjątkowe". (T. Skoczny, D. Aziewicz [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie*…, s. 1165.

[27] Podstawą może tu być (stosowane choćby w drodze analogii) art. 142 kpa, zgodnie z którym „Postanowienia, na które nie służy zażalenie, strona może zaskarżyć tylko w odwołaniu od decyzji".

[28] Por. art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego.

[29] W literaturze krytycznie oceniano brak w polskim prawie regulacji roboczych kontaktów między UOKiK a przedsiębiorcą w fazie poprzedzającej formalne zgłoszenie (zob. np. T. Skoczny, *Polskie prawo kontroli koncentracji – ewolucja, model, wybrane problemy*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2010, nr 5, s. 21; S. Syp, *Postulowane zmiany w prawie kontroli koncentracji – uwagi na tle propozycji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, iKAR 2012, nr 2(1), s. 21) oraz postulowano wprowadzenie do ustawy ramowego przepisu, który miałby m.in. gwarantować całkowitą poufność fazy prenotyfikacyjnej oraz wydanie stosownych wytycznych (M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKiK, Warszawa 2011, s. 175).

[30] DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings z 20 stycznia 2004 r. Dokument dostępny na stronie: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf.

dyskusji w sprawie planowanej koncentracji na etapie poprzedzającym formalne zgłoszenie[31]. Celem tego rodzaju kontaktów prenotyfikacyjnych mogą być zarówno kwestie jurysdykcyjne (właściwość Komisji do kontroli danej koncentracji), jak i inne kwestie prawne. Chodzi także o zapewnienie kompletności składanego w przyszłości zgłoszenia, tak by uniknąć tak dalece, jak to tylko możliwe konieczności wzywania o jego uzupełninie już w trakcie trwania postępowania w sprawie kontroli koncentracji[32]. Pewne nadzieje na zmianę istniejącego stanu przynoszą przyjęte przez Prezesa UOKiK w dniu 23 stycznia 2015 r. „Wyjaśnienia w sprawie kontaktów z przedsiębiorcami w związku z kompetencjami orzeczniczymi Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów"[33]. Dokument ten wskazuje jako obowiązujący w UOKiK standard „aby tam, gdzie jest to uzasadnione, a nie ma ku temu przeszkód prawnych lub faktycznych, wynikających z charakteru podejmowanych działań lub prowadzonego postępowania, przedsiębiorca mógł być wysłuchany i przedstawić swoje racje w sposób względnie odformalizowany, poza trybem przewidzianym w przepisach prawa procesowego w bezpośrednim kontakcie z pracownikiem Urzędu". Kontakty te będą mogły dotyczyć m.in. postępowań w sprawie kontroli koncentracji. Potwierdzają to również przyjęte 23 stycznia 2015 r. przez organ antymonopolowy „Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK"[34]. Ten ostatni dokument zdaje się jednak nieco inaczej rozkładać akcenty, podkreślając z jednej strony obowiązywanie w postępowaniach przed Prezesem UOKiK zasady pisemności, z drugiej zaś – wskazując, że możliwość zorganizowania spotkania z urzędnikami UOKiK (także przed zgłoszeniem zamiaru koncentracji) jedynie w tych sytuacjach, które wymagają „wyjaśnienia szczególnie skomplikowanych kwestii"[35].

Przyspieszeniu postępowania mogłoby sprzyjać również wprowadzenie dla niektórych koncentracji skróconego formularza zgłoszenia (WID). Formularz taki jest przewidziany w prawie UE i dotyczy określonych tam koncentracji, które „przypuszczalnie nie spowodują problemów w zakresie konkurencji"[36]. Niestety, przyjmując nowe rozporządzenie w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji Rada Ministrów nie zdecydowała się na taki krok, tak iż obecnie (podobnie, jak to było przed nowelizacją), mamy do czynienia z jednolitym we wszystkich sprawach wykazem informacji i dokumentów, które powinno zawierać zgłoszenie zamiaru koncentracji[37]. Dla porządku dodać przy tym należy, że rozporządzenie w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców dopuszcza w pewnych ściśle określonych przypadkach możliwość ograniczenia za zgodą Prezesa UOKiK zakresu przedkładanych informacji lub dokumentów, są to jednak zasadniczo sytuacje nadzwyczajne[38].

Polska regulacja kontroli koncentracji nie zna także funkcjonującej w porządku unijnym uproszczonej procedury rozpatrywania niektórych koncentracji. Procedura uproszczona, której zasady działania określa zawiadomienie Komisji w sprawie uproszczonej procedury rozpatrywania

31 Zob. pkt 5 Best Practices.

32 Zob. pkt 6 i 7 Best Practices.

33 Dokument jest dostępny pod adresem: http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php.

34 Dokument jest dostępny pod adresem: http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php.

35 Zob. pkt 3.2. Wyjaśnień.

36 Zob. pkt 1.1. Załącznika II („Skrócony formularz co do zgłoszenia koncentracji na podstawie rozporządzenia (WE) nr 139/2004") do rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE z 2004 r. nr L 133/1 z późn.zm.).

37 Zob. rozporządzenie rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców, Dz.U. z 2005 r., poz. 80.

38 Por. § 5 ust. 1 i § 6 ust. 1 rozporządzenia.

niektórych koncentracji na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 (2013/C 366/04)[39], dotyczy tych koncentracji, które zwykle nie powodują problemów w zakresie konkurencji. Kończy się ona skróconą decyzją Komisji uznającą daną koncentrację za zgodną z zasadami rynku wewnętrznego, a to na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 139/2004. Decyzja taka jest przyjmowana w ciągu 25 dni roboczych od daty zgłoszenia, a zatem w terminie zbliżonych do miesięcznego terminu określonego w art. 96 ust. 1 uokik. Również w przypadku procedury uproszczonej Komisja zachęca generalnie strony do inicjowania kontaktów prenotyfikacyjnych. Doświadczenie Komisji wskazuje bowiem, że „sprawy zgłaszane do uproszczonej procedury mogą wiązać się ze skomplikowanymi problemami, na przykład wynikającymi z definicji rynku […], które najlepiej jest rozwiązać przed zgłoszeniem”[40].

Najistotniejszą różnicą między dwufazowym postępowaniem w sprawach koncentracji przedsiębiorstw w prawie UE a analogicznym postępowaniem prowadzonym przez Prezesa UOKiK jest jednak brak zróżnicowania standardów oceny koncentracji w ramach, z jednej strony, zasadniczego terminu miesięcznego (łączonego z tzw. I fazą postępowania) oraz, z drugiej – terminu 4 miesięcy (łączonego z tzw. II faza postępowania). W prawie UE do wydania decyzji pozytywnej w ramach I fazy postępowania wystarczy ustalenie, że koncentracja „nie wzbudza poważnych wątpliwości co do jej zgodności ze wspólnym rynkiem” (rynkiem wewnętrznym)[41]. Dopiero w ramach II fazy postępowania Komisja, chcąc zaakceptować daną transakcję, powinna jednoznacznie przesądzić, że „zgłaszana koncentracja spełnia kryterium ustanowione w art. 2 ust. 2, oraz, w przypadkach, o których mowa w art. 2 ust. 4, spełnia kryteria ustanowione w art. 81 ust. 3 Traktatu” (obecnie: art. 101 ust. 3 TFUE)[42]. Polska ustawa, zarówno przed ostatnią nowelizacją, jak i obecnie, przewiduje jednolity standard oceny, to jest konieczność ustalenia w przypadku każdej decyzji pozytywnej (także warunkowej), że w wyniku dokonania koncentracji „konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku”[43]. Nie wystarczy zatem, by w fazie I usunięte zostały poważne wątpliwości co do wpływu danej koncentracji na rynek, konieczne jest szczegółowe badanie nawet tych zgłoszeń, które dotyczą koncentracji relatywnie nieskomplikowanych w świetle prawa konkurencji. Konsekwencją takiego stanu musi być oczywiście zwiększenie nakładu pracy organu antymonopolowego w ramach postępowań koncentracyjnych, a tym samym możliwe trudności w dochowaniu terminu miesięcznego.

Na marginesie powyższych rozważań warto zauważyć, że tym co również odróżnia II fazę postępowania przed Komisją od polskiego postępowania w sprawie koncentracji, którego termin zakończenia uległ przedłużeniu o 4 miesiące[44], jest brak w przypadku tego ostatniego możliwości szerszego „włączenia” się do postępowania innych zainteresowanych podmiotów (osób trzecich). Wydając decyzję na podstawie art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 139/2004, Komisja równocześnie zaprasza zainteresowane strony trzecie do przedłożenia jej ewentualnych uwag o planowanej koncentracji[45]. W przypadku postanowienia o przedłużeniu terminu wydawanego na podstawie

39 Dz. Urz. UE z 2013 r., C 366/5.

40 Pkt 22 zawiadomienia Komisji w sprawie uproszczonej procedury…

41 Zob. art. 6 ust. 1 lit. b) i ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004.

42 Zob. art. 8 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 139/2004.

43 Zob. art. 18 i art. 19 ust. 1 uokik.

44 Art. 96a ust. 1 uokik.

45 Por. art. 18 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004.

art. 96a ust. 2 uokik tego rodzaju wezwań nie przewidziano. Rozważyć jednak można, by Prezes UOKiK zachęcał zainteresowane podmioty do przedłożenia uwag chociażby w publikowanych na stronie internetowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów informacjach o prowadzonych postępowaniach koncentracyjnych.

Podsumowując tę część rozważań, wskazać należy, że nowelizacja nie wprowadza w istocie dwuetapowego postępowania sprawach kontroli koncentracji (na wzór postępowania przed Komisją oraz postępowania w wielu innych państwach członkowskich UE), a jedynie wprowadza dwa terminy (miesięczny i pięciomiesięczny) załatwienia tego rodzaju spraw. Przedsiębiorcy nie uzyskali przy tym dostatecznych gwarancji faktycznego skrócenia okresu trwania postępowania koncentracyjnego w większości spraw do jednego miesiąca. Z nowelizacji wynika natomiast w sposób niebudzący wątpliwości możliwość relatywnie łatwego przedłużenia terminu załatwienia sprawy z dotychczasowych 2 miesięcy do (łącznie) 5 miesięcy.

IV. Zastrzeżenia wobec koncentracji

Z przedłużeniem terminu zakończenia postępowania w sprawach kontroli koncentracji ściśle łączy się również wprowadzona nowelizacją instytucja zastrzeżeń wobec koncentracji. Zastrzeżenia takie są przedstawiane przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom uczestniczącym w koncentracji w sprawach, w których „istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo istotnego ograniczenia konkurencji na rynku w wyniku dokonania koncentracji”[46]. Adresaci zastrzeżeń mogą się do nich ustosunkować w terminie 14 dni od dnia ich doręczenia. Termin ten na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy podlega przedłużeniu przez Prezesa UOKiK o nie więcej niż 14 dni[47].

Dokonując oceny wprowadzonych zmian ustawowych, należy przede wszystkim zauważyć, że wprowadzona nowelą z 10 czerwca 2014 r. instytucja zastrzeżeń nie jest całkowitą nowością. Uokik już w dotychczasowym brzmieniu zawierała (i nadal zawiera) art. 74, zgodnie z którym „Prezes Urzędu, wydając decyzję kończącą postępowanie, uwzględnia tylko zarzuty, co do których strony mogły się ustosunkować”. Chodzi tu zatem o wstępne ustalenia organu, których ostateczne potwierdzenie prowadzi do konieczności wydania decyzji mającej negatywny wpływ na interesy strony lub stron. Trafnie przy tym podnosi M. Bernatt, że pojęcie „zarzuty” z art. 74 uokik powinno być szeroko wykładane, w szczególności odnosić się także do postępowań w sprawie kontroli koncentracji (art. 74 uokik został umieszczony w ramach przepisów ogólnych właściwych dla wszystkich postępowań przed Prezesem UOKiK)[48]. Tym samym zastrzeżenia z art. 96a ust. 3 uokik traktować należy jako szczególny rodzaj zarzutów, o których mowa w art. 74 uokik. Nie można więc tym samym zgodzić się z twierdzeniem T. Skocznego i M. Modzelewskiej de Raad, jakoby „Wcześniej nie było w żadnej polskiej ustawie antymonopolowej instytucji, która byłaby zbliżona do omawianego uregulowania”[49]. Podobne stanowisko co T. Skoczny i M. Modzelewska de Raad zdaje się zajmować również M. Błachucki, który (w odniesieniu do stanu prawnego sprzed nowelizacji) przyjmuje, że „w postępowaniu antymonopolowym w sprawach koncentracji Prezes UOKiK nie zarzuca niczego stronie, ale jedynie konfrontuje ją z poczynionymi ustaleniami”,

[46] Art. 96a ust. 3 uokik.

[47] Art. 96a ust. 4 uokik.

[48] Tak: M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011, s. 112–113; M. Bernatt, A. Jurkiewicz-Wciślak [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie*…, s. 1007.

[49] Tak: T. Skoczny, M. Modzelewska de Raad [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie*…, s. 1175.

a w konsekwencji dochodzi do wniosku, że organ będzie mógł informować stronę o zidentyfikowanych zagrożeniach dla efektywnej konkurencji związanych z notyfikowaną koncentracją dopiero po wprowadzeniu do uokik dwufazowego postępowania dowodowego[50]. Dokonana przez tego autora wykładnia art. 74 uokik, w tym rozumienie pojęcia zarzutów, nie wydaje się jednak trafna. Nie ma w szczególności podstaw do utożsamiania (jak czyni to w istocie ww. autor) art. 74 uokik z prawem strony do zapoznania się z materiałem dowodowym i wypowiedzenia się co do przeprowadzonych dowodów (art. 10 kpa). W takim przypadku przepis art. 74 uokik byłby oczywiście zbędny[51]. Ponadto, wydaje się niekwestionowanym, że zamierzając wydać negatywną decyzję, Prezes UOKiK formułuje właśnie „ujemną ocenę" planowanej koncentracji, zgłasza wobec niej „zastrzeżenie", a tym samym potwierdza chociażby słownikowe znaczenie terminu „zarzut"[52]. Odrębną kwestią jest przy tym praktyka Prezesa UOKiK w zakresie przedstawiania zarzutów. Uzasadnienie decyzji zakazowych z ostatnich lat nie powala bowiem z wystarczającym stopniem pewności odtworzyć stanowiska organu odnośnie do tej kwestii. W każdym razie z tekstu uzasadnień ww. decyzji nie wynika, by tego rodzaju zastrzeżenia (zarzuty) były stronie przedkładane[53].

Krytycznie ocenić należy konstrukcję samej przesłanki przedstawienia zastrzeżeń. Jest nią „uzasadnione prawdopodobieństwo istotnego ograniczenia konkurencji na rynku w wyniku dokonania koncentracji". Po pierwsze, jest to zarówno przesłanka przedłużenia terminu z art. 96a ust. 1 uokik, jak i przedstawienia zastrzeżeń. W konsekwencji zastrzeżenia w świetle polskiej ustawy mogą być wydawane na stosunkowo wczesnym (zbyt wczesnym) etapie tzw. II fazy postępowania (praktycznie razem z postanowieniem z art. 96a ust. 2 uokik) oraz nawet wtedy, gdy istnieje tylko prawdopodobieństwo (uzasadnione) negatywnego rozstrzygnięcia w sprawie. Po drugie, w prawie UE przejście do II fazy postępowania jest wynikiem powstania po stronie Komisji „poważnych wątpliwości" co do zgodności planowanej koncentracji z rynkiem wewnętrznym[54]. Z kolei zastrzeżenia (tzw. *Statement of Objections* – Wykaz Zastrzeżeń) stanowią wyraz wstępnego stanowiska Komisji o niezgodności projektowanej transakcji z wymogami rynku wewnętrznego (a więc wstępnego przekonania, że dana transakcja prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji na tym rynku) i wskazują na wysoki stopień skonkretyzowania zarzutów wobec danej koncentracji oraz na aktualne w danym momencie przekonanie Komisji o konieczności wydania decyzji negatywnej.

Nie w pełni poprawnie zaprojektowana również została w uokik funkcja zastrzeżeń. W prawie UE zastrzeżenia są instytucją służącą przede wszystkim zapewnieniu prawa do obrony i stanowią „preludium" do wydania decyzji negatywnej[55]. Jak stanowi przy tym art. 18 ust. 3 zdanie pierwsze rozporządzenia nr 139/2004, „Komisja opiera swoją decyzję jedynie na zastrzeżeniach, co do których stronom umożliwiono przedstawienie uwag". W konsekwencji Sąd Pierwszej Instancji (obecnie: Sąd) wskazywał zatem, że wykaż zastrzeżeń powinien w sposób dostatecznie jasny wskazywać zarzuty stawiane wobec planowanej koncentracji, tak, by zainteresowane przedsiębiorstwa uzyskały

[50] M. Błachucki, *System postępowania*…, s. 262 i 267.

[51] Art. 83 uokik nakazuje w sprawach nieuregulowanych w tej ustawie stosować do postępowania przed Prezesem UOKiK przepisy kpa (z zastrzeżeniem art. 84 uokik).

[52] Zob. M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego PWN*, t. 3, WN PWN, Warszawa 1995, s. 893.

[53] Zob. np. decyzje Prezesa UOKiK: nr DKK-10/09 z dnia 5 marca 2009 r., Orzeł Biały/Baterpol; DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r. oraz DKK-12/2011 z dnia 3 lutego 2011 r., Empik/Merlin.pl.

[54] Zob. art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 139/2004.

[55] Zob. art. 18 rozporządzenia nr 139/2004 i art. 13 rozporządzenia nr 802/2004.

wszystkie informacje, których potrzebują, aby podjąć właściwą obronę, zanim jeszcze Komisja przyjmie decyzję kończącą postępowanie w sprawie. Przedsiębiorstwo powinno zatem mieć możliwość przedstawienia swych uwag w stosunku do wszystkich stawianych zarzutów, a także złożenia, jako jednego z narzędzi obrony, propozycji środków zaradczych (zobowiązań), których uwzględnienie przez Komisję może prowadzić do zaakceptowania planowanej koncentracji[56].

Jak wskazuje uzasadnienie projektu nowelizacji, zastrzeżenia w prawie polskim mają w założeniu przede wszystkim usprawnić komunikację między urzędem a przedsiębiorcami, umożliwić dostosowanie warunków zamierzonej koncentracji do wymagań urzędu, a także stanowić etap poprzedzający przedstawienie samych warunków. Analogicznie funkcję zastrzeżeń opisują ww. „Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK"[57]. Są one zatem przede wszystkim instrumentem jakże potrzebnego „dialogu" i komunikacji organu z uczestnikami koncentracji, w mniejszym zaś stopniu instytucją gwarancyjną w odniesieniu do praw procesowych stron i innych podmiotów.

Z powyższą konstatacją łączy się kolejna uwaga krytyczna wobec nowelizacji dotyczącego tego, że nie zapewnia ona należytej ochrony uprawnień procesowych zainteresowanych podmiotów w związku z przedstawieniem zastrzeżeń. Zauważyć należy, że zastrzeżenia w prawie UE łączą się z uprawnieniami do:

– przedłożenia uwag na piśmie przez zgłaszających, inne osoby uczestniczące w koncentracji oraz osoby trzecie (np. konkurenci, klienci, dostawcy – o ile wykazują „uzasadniony interes")[58];
– żądania przez zgłaszających i inne osoby uczestniczące w koncentracji wysłuchania ustnego (zasadniczo nie dotyczy osób trzecich)[59];
– żądania przez zgłaszających i inne osoby uczestniczące w koncentracji dostępu do akt (nie dotyczy osób trzecich)[60].

W prawie polskim możliwość ustosunkowania się do zastrzeżeń dotyczy przedsiębiorcy lub przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji. To ostatnie pojęcie nie jest jednak nigdzie w ustawie zdefiniowane. Występuje ono przy tym w uokik obok takich pojęć, jak: przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji,[61] przedsiębiorcy zamierzający dokonać koncentracji[62] i zgłaszający zamiar koncentracji[63]. Definicję taką zawiera dopiero wskazane już wyżej rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców[64]. Już sam

[56] Zob. wyr. SPI w sprawie T-310/01, *Schneider Electric* v *Komisja*, Zb.Orz. 2002, s. II–4071, pkt 438–463.

[57] Zob. pkt 3.11 Wyjaśnień.

[58] Art. 18 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, art. 13 ust. 3 i art. 16 rozporządzenia nr 802/2004.

[59] Art. 14–15 i art. 16 ust. 3 rozporządzenia nr 802/2004.

[60] Art. 17 rozporządzenia nr 802/2004.

[61] Art. 16 ust. 1 i 3 uokik.

[62] Art. 19 ust. 1 i 2 uokik.

[63] Art. 95 ust. 1 pkt 3 i 4 uokik.

[64] Zgodnie z § 2 pkt 7 rozporządzenie, przez przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji rozumie się „przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji, pozostałych przedsiębiorców należących do grup kapitałowych w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy, do których należą przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji, oraz przedsiębiorców, którzy współkontrolują grupę kapitałową, do której należy przedsiębiorca uczestniczący w koncentracji lub są współkontrolowani przez przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji". Przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji rozporządzenie definiuje, jako:
„a) wspólnie łączących się przedsiębiorców – w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 1 ustawy,
b) przedsiębiorcę przejmującego kontrolę – w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy,
c) wspólnie wszystkich przedsiębiorców biorących udział w utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy – w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy,
d) przedsiębiorcę nabywającego część mienia innego przedsiębiorcy – w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy,
e) przedsiębiorcę lub przedsiębiorców, nad którymi jest przejmowana kontrola – w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy,
f) przedsiębiorcę tworzonego – w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy,
g) przedsiębiorcę, do którego należy nabywana część mienia – w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy" (§ 2 pkt 6 rozporządzenia).

ten fakt rodzi wątpliwości co do poprawności działań legislacyjnych w tym zakresie[65] oraz co do rzeczywistego zakresu podmiotowego ustawowego prawa do ustosunkowania się do zastrzeżeń organu antymonopolowego[66].

Ustawodawca polski umożliwił wprawdzie wszystkim przedsiębiorcom uczestniczącym w koncentracji (a więc zarówno stronie czynnej, jak i biernej) ustosunkowanie się do zastrzeżeń, nie rozszerzył jednak kręgu stron lub podmiotów o uprawnieniach zbliżonych do pozycji procesowej strony w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji. Stroną tego postępowania pozostaje bowiem tylko ten podmiot (podmioty), który zgłasza zamiar koncentracji[67]. Tylko on korzysta zatem ze wszystkich uprawnień procesowych strony, w tym z możliwości dostępu do akt, składania wniosków dowodowych, a także zaskarżenia wydanej decyzji do sądu. Pozostałe podmioty, uczestniczące w koncentracji są tych możliwości pozbawione. W konsekwencji, nie znając materiału dowodowego sprawy, nie mogą np. w pełni odnieść się do przedkładanych im przez Prezesa zastrzeżeń. Ich uprawnienie wynikające z art. 96a ust. 4 uokik może zatem w niektórych przypadkach okazać się iluzoryczne. Praktycznie wszelkich uprawnień procesowych w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji są zaś pozbawione osoby trzecie, nawet jeśli mają uzasadniony interes w rozstrzygnięciu sprawy. Mogą one jedynie składać na piśmie – z własnej inicjatywy lub na prośbę Prezesa UOKiK – „wyjaśnienia dotyczące istotnych okoliczności sprawy”[68]. Należy wyrazić żal, że ustawodawca nie zdecydował się w ramach ostatniej nowelizacji uwzględnić tych głosów krytycznych i postulatów *de lege ferenda*, które wskazywały na konieczność zmiany istniejących regulacji i poszerzenia kręgu uczestników postępowania koncentracyjnego[69]. Istniejący stan w tym zakresie uznać należy zatem za nadal niesatysfakcjonujący z punktu widzenia zasad państwa prawa, odbiegający *in minus* od standardów przyjmowanych w UE[70].

Ustawodawca nie przesądził również *explicite* formy procesowej właściwej dla zastrzeżeń z art. 96a ust. 3 uokik (z przepisów uokik wynika, że zastrzeżenia wymagają „doręczenia”, co implikuje ich formę pisemną, powinny też posiadać uzasadnienie), w szczególności nie wskazał, że wymagają one wydania postanowienia. T. Skoczny i M. Modzelewska de Raad przyjmują, że przedstawienie zastrzeżeń wymaga wydania przez Prezesa UOKiK postanowienia, choć bliżej tego poglądu nie uzasadniają[71]. Wydaje się, że podstawy prawnej w tym zakresie poszukiwać należy w art. 123 § 2 kpa, zgodnie z którym „Postanowienia dotyczą poszczególnych kwestii wynikających w toku postępowania, lecz nie rozstrzygają o istocie spraw, chyba że przepisy kodeksu stanowią inaczej”. Wątpliwości może budzić jednak czy przedstawienie zarzutów ma przede wszystkim wymiar proceduralny, czy też pierwszeństwo dać należy tkwiącemu w nim pierwiastkowi materialnoprawnemu związanemu z ustaleniami co do istotnego ograniczenia konkurencji

[65] Zgodnie z § 149 Zasad techniki prawodawczej (Dz.U. z 2002 r., Nr 100, poz. 908), „W akcie normatywnym niższym rangą niż ustawa bez upoważnienia ustawowego nie formułuje się definicji ustalających znaczenia określeń ustawowych; w szczególności w akcie wykonawczym nie formułuje się definicji, które ustalałyby znaczenia określeń zawartych w ustawie upoważniającej”.

[66] Przyjęta na potrzeby określenia szczegółowych warunków, jaki powinno odpowiadać zgłoszenie zamiaru koncentracji definicja przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji nie może w sposób wiążący przesądzać zakresu analogicznego pojęcia użytego w uokik.

[67] Art. 94 ust. 1 uokik.

[68] Art. 50 ust. 3 uokik. Osoby trzeciej mają jednak bardzo ograniczony dostęp do informacji na temat planowanej koncentracji i toczącego się postępowania koncentracyjnego. Oznacza to, że w wielu przypadkach będą one działać „po omacku”, nie mając nawet pewności, czy postępowanie nadal się jeszcze toczy.

[69] Zob. np. T. Skoczny, *Polskie prawo*…, s. 21; M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna*…, s. 165–167; M. Błachucki, *System postępowania*…, s. 209–210, 214–215; R. Stankiewicz, *O konieczności zwiększenia partycypacji podmiotów trzecich w postępowaniu antymonopolowym*, iKAR 2012, nr 2(1), s. 53–54.

[70] Zob. także T. Skoczny, W. Podlasin [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie*…, s. 1133–1134.

[71] Na postanowienie to, zdaniem tych autorów, nie służy zażalenie. Zob. T. Skoczny, M. Modzelewska de Raad [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie*…, s. 1176.

w wyniku wdrożenia danej koncentracji w życie. Mając na uwadze, że ustalenia organu zawarte w zastrzeżeniach nie mają jednak charakteru ostatecznego i nie rozstrzygają tym samym o istocie sprawy, a nadto są ściśle związane z określonymi uprawnieniami procesowymi strony, przychylić należy się do wskazanego wyżej poglądu komentatorów o konieczności wyrażenia zastrzeżeń w formie postanowienia (na które nie przysługuje jednak zażalenie).

V. Przedstawienie warunków

Nowelizacją zostały objęte również przepisy dotyczące warunków, których realizacja przez przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji zapewnia, że konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona[72]. Warunki takie (a właściwie propozycje w tym zakresie) mogą zostać przedstawione zarówno przez Prezesa UOKiK, jak i przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, w tym ostatnim przypadku także w stanowisku przedsiębiorcy dotyczącym warunków zaproponowanych przez Prezesa UOKiK[73]. Przedsiębiorca może ustosunkować się do przedstawionych mu warunków w terminie 14 dni (z możliwością przedłużenia tego terminu o nie więcej niż 14 dni)[74]. W nowelizacji usunięto przy tym wątpliwość co do tego czy zaproponowanie przez przedsiębiorcę zmienionych lub nowych warunków w odpowiedzi na warunki zaproponowane przez Prezesa UOKiK może być traktowane jako odmowa zaakceptowania tych ostatnich warunków i łączyć się z ryzykiem wydania decyzji negatywnej. Obecnie decyzja negatywna w tego rodzaju sprawach może zostać wydana wyłącznie w jednej z trzech sytuacji, tj. gdy:

– brak jest stanowiska przedsiębiorcy co do warunków przedstawionych przez Prezesa UOKiK;
– przedsiębiorca zajął negatywne stanowisko co do ww. warunków lub
– Prezes UOKiK nie zaakceptował warunków przedstawionych przez przedsiębiorcę[75].

Przedstawienie przez przedsiębiorcę warunków skutkuje przy tym przedłużeniem terminu trwania tzw. drugiej fazy postępowania koncentracyjnego o dalsze 14 dni[76].

Istotną zmianą jest także wprowadzenie do ustawy możliwości „utajnienia" terminu, w których warunki nałożone na przedsiębiorcę w decyzji Prezesa UOKiK powinny zostać spełnione (termin ten pozostaje publicznie niedostępny do czasu spełnienia się warunków lub upływu terminu do ich spełnienia). Jak wskazuje uzasadnienie projektu, jest to odpowiedź na liczne postulaty wysuwane przez przedsiębiorców. Chodzi o to, że zbyt wczesne ujawnienie terminu, w którym ma nastąpić np. zbycie spółki zależnej lub części mienia[77] „może negatywnie wpływać na pozycję negocjacyjną sprzedawcy i doprowadzić (zwłaszcza, jeżeli termin jest stosunkowo krótki) do znacznego obniżenia ceny, nieuzasadnionego rzeczywistą wartością sprzedawanej spółki lub mienia"[78]. Warto zauważyć, że wniosek przedsiębiorcy o utajnienie terminu jest dla Prezesa UOKiK wiążący. Organ wydaje w tym przypadku stosowne postanowienie, na które nie przysługuje zażalenie[79]. W konsekwencji w zakresie objętym takim postanowieniem dana decyzja koncentracyjna nie podlega publikacji przez Prezesa UOKiK ani w inny sposób nie może zostać przez ten organ

[72] Art. 19 ust. 1 i 2 uokik.
[73] Art. 96a ust. 5 i 6 uokik.
[74] Art. 96a ust. 4 w zw. z ust. 5 uokik.
[75] Art. 96a ust. 7 uokik.
[76] Art. 96a ust. 9 uokik.
[77] Por. art. 19 ust. 2 pkt 1 i 2 uokik.
[78] Zob. uzasadnienie projektu.
[79] Art. 19 ust. 4 uokik.

podana do wiadomości publicznej. Utajniony fragment decyzji dotyczący terminu nie podlega też udostępnieniu w trybie dostępu do informacji publicznej[80]. Ww. postanowienie Prezesa UOKiK nie wyłącza jednak obowiązków informacyjnych samego przedsiębiorcy wynikających z innych przepisów[81] (np. z ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych[82]).

Przyjęte w nowelizacji rozwiązania ustawowe dotyczące nakładania warunków w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji idą we właściwym kierunku. Wymagają jednak dalszych prac legislacyjnych, które pozwolą usunąć pewne pojawiające się mankamenty. Zauważyć należy np., że systematyka ustawy wskazuje na możliwość przedstawienia warunków przez przedsiębiorcę dopiero w tzw. II fazie postępowania. Nie jest to zasadne. Możliwość zaoferowania warunków powinna zostać zapewniona przedsiębiorcy w obu fazach postępowania, tak by istniejące wątpliwości co do skutków danej koncentracji dla rynku mogły być usunięte na możliwie najwcześniejszym etapie postępowania. Tego rodzaju rozwiązanie funkcjonuje zresztą w prawie UE. Zgodnie z art. 6 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004, Komisja może załączyć do swojej decyzji pozytywnej wydawanej w ramach I fazy postępowania „warunki i obowiązki zmierzające do zapewnienia, iż zainteresowane przedsiębiorstwa wywiązały się ze złożonych wobec Komisji zobowiązań zapewniających zgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem".

Niejasna jest też relacja w czasie między zastrzeżeniami i przedstawieniem warunków przez Prezesa UOKiK. Uzasadnienie projektu wskazuje, że „w praktyce zastrzeżenia będą stanowić etap poprzedzający przedstawienie warunków". Podobnie te kwestię ujmują „Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK", z tym, że wskazują, że taka sytuacja ma występować „najczęściej"[83]. Z kolei T. Skoczny i M. Modzelewska de Raad uznają, że „Najbardziej racjonalna w świetle celów postępowania w sprawie koncentracji wydaje się taka wykładnia, w świetle której Prezes przedstawi warunki jednocześnie z wydanie[m] postanowienia o przedstawieniu zastrzeżeń (PZZ), chyba że Prezes postanowi pozostawić inicjatywę w tym zakresie przedsiębiorcy, sygnalizując jedynie taki możliwy kierunek".[84] Oba wyżej przedstawione podejścia wydają się uzasadnione w świetle (ocenianej przeze mnie krytycznie) funkcji, którą realizować mają zastrzeżenia w obecnej wersji ustawy. Wydaje się jednak, że nic nie powinno stać na przeszkodzie, by warunki mogły być przedstawiane niezależnie od zastrzeżeń. Ich akceptacja przez przedsiębiorcę na tym etapie postępowania przyspieszyłaby wydanie decyzji w sprawie, ograniczając równocześnie dodatkowe obowiązki organu związane z koniecznością przygotowania szczegółowego uzasadnienia zastrzeżeń[85]. Z kolei brak akceptacji warunków otwierałby drogę do przedstawienia zastrzeżeń skutkujących wydaniem decyzji negatywnej, o której mowa w art. 20 ust. 1 uokik.

Nowelizacja nie usuwa istniejących już wcześniej wątpliwości co do kręgu adresatów warunków zawartych w decyzji z art. 19 ust. 1 uokik, a w konsekwencji kręgu podmiotów odpowiedzialnych (pod groźba kary pieniężnej) za ich realizację[86]. Z jednej strony, w świetle nowych przepisów 96a

[80] Art. 19 ust. 5 uokik.

[81] Art. 19 ust. 6 uokik.

[82] Dz.U. z 2005 r. Nr 184, poz. 1539 z późn. zm.

[83] Zob. pkt 3.11. Wyjaśnień.

[84] T. Skoczny, M. Modzelewska de Raad [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie*…, s. 1178.

[85] Art. 96a ust. 3 uokik.

[86] Por. art. 107 uokik.

ust. 6 i 6 uokik, warunki mogą być przedstawiane przez lub kierowane do przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, a więc do szerszego niż tylko strona (strony) postępowania koncentracyjnego kręgu podmiotów, z drugiej zaś – przyjmuje się, że decyzja warunkowa jest skierowana wyłącznie do strony lub stron postępowania w rozumieniu art. 94 ust. 1 uokik, a więc do podmiotów zgłaszających zamiar koncentracji[87]. To ostatnie twierdzenie, choć ostatecznie trafne, też może budzić wątpliwości w świetle literalnej treści przepisów ustawy, skoro art. 19 ust. 1 i 2 wskazuje, że warunki mogą być nakładane na przedsiębiorcę lub przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji, a nie na stronę (strony) postępowania. Trudno przy tym dociec, jakim celom służyć ma tak zróżnicowana terminologia ustawowa stosowana w odniesieniu do kontroli koncentracji. Wydaje się, iż powinna ona zostać w przyszłości uporządkowana.

W ramach przyszłych prac legislacyjnych nad kolejną nowelizacją uokik rozważyć należy również możliwość tymczasowego utajnienia (choćby w przypadkach uzależnionych od zgody Prezesa UOKiK) przedmiotów majątkowych, które podlegać mają zbyciu w wykonaniu nałożonych przez Prezesa UOKiK warunków (a nie tylko terminu, w którym transakcja zbycia powinna zostać dokonana)[88]. Zasada jawności działania organów administracji publicznej powinna w tych przypadkach tymczasowo ustąpić ważnemu interesowi zgłaszającego (zgłaszających) związanemu z koniecznym zbyciem określonych składników majątkowych. Pamiętać należy, że mamy tu do czynienia z interwencją państwa w prawo własności oraz swobodę działalności gospodarczej łączących się przedsiębiorców, a zatem z uwagi na szczególną ochronę tych wartości w polskim i międzynarodowym porządku prawnym, ingerencja ta powinna spełniać m.in. wymogi proporcjonalności i być ograniczona do tego, co jest niezbędne dla zachowania właściwej struktury rynku. Nie wydaje się przy tym, by niezwłoczne podanie do publicznej wiadomości informacji o podlegających zbyciu składnikach majątkowych było absolutnie konieczne dla osiągnięcia celów, które realizować powinna decyzja warunkowa.

VI. Uwagi końcowe

Dokonana ustawą z dnia 10 czerwca 2014 r. nowelizacja ustawy antymonopolowej tylko w części realizuje stawiane jej w odniesieniu do kontroli koncentracji cele. Sam kształt nowych przepisów nie stwarza bowiem dostatecznych gwarancji przyspieszenia postępowań koncentracyjnych, również postępy w konwergencji polskich rozwiązań ustawowych z prawem Unii Europejskiej w tym obszarze nie są jeszcze dostateczne. Pozostało również nadal wiele wątpliwości interpretacyjnych dotyczących treści przepisów regulujących kontrolę koncentracji w Polsce, przy czym sama nowelizacja w niektórych obszarach wątpliwości te powiększa. Pozytywnie ocenić należy przy tym ostatnie działania organu antymonopolowego polegające na publikacji stosownych wyjaśnień, które mogą pomóc rozstrzygnąć niektóre kwestie sporne.

Konieczna wydaje się zatem kolejna nowelizacja tych przepisów dokonana z uwzględnieniem doświadczeń z pierwszych 2–3 lat stosowania zmienionych ostatnio regulacji. Mając na uwadze zgłaszane już wcześniej w literaturze postulaty (szczególnie w pracach T. Skocznego i M. Bernatta), a także własne przemyślenia w tym zakresie, prócz wskazanych wyżej różnego

[87] Tak np. T. Skoczny, M. Kolasiński [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie*…, s. 683.

[88] Analogiczne stanowisko zajmują także T. Skoczny i M. Kolasiński. Zob. T. Skoczny, M. Kolasiński [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie*…, s. 707–708.

rodzaju kwestii szczegółowych, do najważniejszych obszarów pożądanych zmian legislacyjnych dotyczących kontroli koncentracji zaliczyć należy:

1) zakres kontroli koncentracji – pojęcie koncentracji, *non-full function joint ventures*, progi obrotów;
2) współpracę z Komisją Europejską w ramach odesłań uregulowanych w rozporządzeniu nr 139/2004;
3) ochronę uprawnień procesowych podmiotów uczestniczących w koncentracji oraz zainteresowanych osób trzecich;
4) proces decyzyjny w ramach organu antymonopolowego – m.in. wprowadzenie elementów kolegialności w podejmowaniu decyzji koncentracyjnych (np. powołanie komitetu doradczego ds. koncentracji);
5) nadzwyczajną zgodę sanującą (art. 20 ust. 2 Ustawy).

Należy mieć nadzieję, że tego rodzaju przyszła nowelizacja poprzedzona zostanie zainicjowanymi z odpowiednim wyprzedzeniem szerokimi konsultacjami społecznymi, w tym ze środowiskami naukowymi i prawnikami-praktykami.

Anna Piszcz*

Nowe elementy regulacji prawnej kar pieniężnych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Nowa podstawa wymiaru kar pieniężnych za naruszenia materialne
1. Obrót jako podstawa wymiaru kar pieniężnych
2. Wymiar kar pieniężnych w przypadku przedsiębiorców o „niskich" obrotach
3. Problem braku danych o podstawie wymiaru kary pieniężnej
III. Nowe zasady odstąpienia od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenia
1. Procedura dobrowolnego poddania się karze pieniężnej
2. *Leniency*
3. *Leniency plus*
IV. Nowy rodzaj kar pieniężnych nakładanych na osoby zarządzające
V. Nowe czynniki uwzględniane przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych
VI. Inne nowe elementy regulacji prawnej kar pieniężnych
1. Zmiany dotyczące kar pieniężnych za naruszenia proceduralne
2. Zmiany dotyczące kar pieniężnych za naruszenie obowiązku wykonywania orzeczeń
3. Zmiany dotyczące wykonania decyzji nakładającej karę pieniężną
VII. Uwagi końcowe

Streszczenie

Artykuł prezentuje najważniejsze zmiany w regulacji prawnej kar pieniężnych zawartej w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, jakie weszły w życie 18 stycznia 2015 r. Autorka analizuje zmiany dotyczące w szczególności podstawy wymiaru kar pieniężnych za naruszenia materialne, zasad odstąpienia od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenia, nowego rodzaju kar pieniężnych nakładanych na osoby zarządzające oraz czynników uwzględnianych przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych. Wskazuje przy tym, jakie problemy zdają się być rozwiązane oraz jakie nowe trudności mogą powstać w związku z nowymi przepisami ustawy.

Słowa kluczowe: kary pieniężne; łagodzenie kar; odpowiedzialność osób zarządzających.

* Adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; członek Rady Doradczej przy Prezesie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; e-mail: piszcz@uwb.edu.pl .

I. Wprowadzenie

Ustawę z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)[1] poddano istotnym zmianom z dniem 18 stycznia 2015 r., kiedy to weszła w życie ustawa z 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (dalej: ustawa nowelizująca)[2]. Szereg tych zmian dotyczy regulacji prawnej kar pieniężnych, w tym kar za naruszenia materialne (naruszenia obowiązków podstawowych), za naruszenia proceduralne (naruszenia obowiązków instrumentalnych), za naruszenie obowiązku wykonywania orzeczeń. Nowe elementy regulacji prawnej kar pieniężnych, o których mowa w tytule opracowania, to rozwiązania, które:

1) nie miały dotychczas swego odpowiednika w przepisach uokik, jak tzw. dobrowolne poddanie się karze pieniężnej (art. 89a uokik), dodatkowe obniżenie kary pieniężnej w postaci tzw. *leniency plus* (art. 113d uokik) czy odpowiedzialność osób zarządzających za dopuszczenie do naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję (art. 106a uokik) bądź też
2) zastępują inne dotychczas istniejące rozwiązania, jak regulacje dotyczące podstawy wymiaru kar pieniężnych czy górnej ich granicy w przypadku, gdy podstawy wymiaru *de facto* brak (art. 106 uokik).

II. Nowa podstawa wymiaru kar pieniężnych za naruszenia materialne

1. Obrót jako podstawa wymiaru kar pieniężnych

Ustawa nowelizująca wprowadziła szereg zmian w art. 106 uokik dotyczących podstawy wymiaru kar pieniężnych za naruszenia materialne. Po pierwsze, **podstawą wymiaru kar pieniężnych stał się obrót** w miejsce będącego nią dotychczas przychodu (ust. 1). Z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej wynika, że „zmiana ta związana jest z problemami dla przedsiębiorców wynikającymi ze stosowania kryterium przychodu”[3]. W art. 4 uokik uchylono pkt 15, który definiował przychód jako przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy, w rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym. Z kolei przepis art. 106 ust. 1 uokik nakazywał jako podstawę wymiaru nakładanej kary pieniężnej uwzględniać przychód osiągnięty w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

Od 18 stycznia 2015 r. w art. 106 ust. 1 uokik podstawę wymiaru kary pieniężnej stanowi obrót osiągnięty w **roku obrotowym** poprzedzającym rok nałożenia kary. Ta zmiana usunęła z art. 106 ust. 1 określenie „rok rozliczeniowy”, którego jedyną rozsądną interpretację stanowiło uznawanie go za rok podatkowy. Jednocześnie „rok obrotowy” został zdefiniowany w punkcie 16a dodanym w art. 4 uokik. Nakazuje on rozumieć rok obrotowy zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy z 29 września 1994 r. o rachunkowości[4], a więc jako rok kalendarzowy lub inny okres trwający 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych, stosowany również do celów podatkowych.

[1] Dz.U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.

[2] Dz.U. z 2014 r., poz. 945.

[3] Zob. *Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 9 lipca 2013 r.* Pobrano z: www.uokik.gov.pl/download.php?plik=13592, s. 31 (20.01.2015).

[4] T.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 330 z późn. zm.

Zasady ustalania obrotu, o którym mowa w art. 106 ust. 1 uokik, określono w art. 106 ust. 3. Oblicza się go jako sumę:

1) przychodów wykazanych w rachunku zysków i strat – w przypadku przedsiębiorcy sporządzającego taki rachunek na podstawie przepisów o rachunkowości;
2) przychodów wykazanych w rocznym sprawozdaniu finansowym równoważnym do rachunku zysków i strat sporządzanym na podstawie przepisów o rachunkowości lub w innym dokumencie podsumowującym przychody w roku obrotowym, w tym w sprawozdaniu z wykonania budżetu – w przypadku przedsiębiorcy, który nie sporządza rachunku zysków i strat na podstawie przepisów o rachunkowości;
3) udokumentowanych przychodów uzyskanych w roku obrotowym w szczególności ze sprzedaży produktów, towarów lub materiałów, przychodów finansowych oraz przychodów z działalności realizowanej na podstawie statutu lub innego dokumentu określającego zakres działalności przedsiębiorcy, a także wartości uzyskanych przez przedsiębiorcę dotacji przedmiotowych – w przypadku braku dokumentów, o których mowa w pkt 1 i 2;
4) dochodów własnych pomniejszonych o wpływy z podatków – w przypadku gmin, powiatów i województw.

Podstawą wymiaru kar pieniężnych, o których mowa w art. 106 ust. 1 uokik, co do zasady stał się więc **przychód w ujęciu bilansowym**, co będzie miało konsekwencje praktyczne. Nie wydaje się, by można było stwierdzić, że podstawa wymiaru kary pieniężnej będzie wyższa czy niższa, niż miałoby to miejsce, gdyby przychód w ujęciu podatkowym stanowił tę podstawę. *In casu* może się zdarzyć, że niektóre przychody w ujęciu bilansowym (obrót) nie będą stanowiły przychodu dla celów podatkowych (np. niektóre dotacje) albo że w danym roku obrotowym powstaną określone przychody podatkowe mimo braku ujęcia takich przychodów (obrotu) w księgach zgodnie z ustawą o rachunkowości. Może to wiązać się z faktem, że niektóre przychody powstają w innym momencie według przepisów ustawy o rachunkowości, a w innym – według obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym.

Z całą pewnością zmiana będzie natomiast skutkować wyjaśnieniem sytuacji jednostek samorządu terytorialnego. W ich przypadku ustalenie zakresu pojęcia „przychód" na potrzeby stosowania art. 106 ust. 1 uokik nastręczało istotnych trudności. Zdarzało się, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) jako podstawę wymiaru kary pieniężnej przyjmował dochody własne gminy z wyjątkiem wpływów z podatków i opłat[5], co i tak nie spotykało się z zadowoleniem ukaranej strony. Obecnie art. 106 ust. 3 pkt 4 uokik zdaje się wyjaśniać podstawę prawną wymiaru kar pieniężnych nakładanych na jednostki samorządu terytorialnego na tyle jednoznacznie, że można spodziewać się eliminacji albo co najmniej znacznej redukcji liczby sporów na tle tej podstawy pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego a Prezesem UOKiK.

2. Wymiar kar pieniężnych w przypadku przedsiębiorców o „niskich" obrotach

Ustawa nowelizująca, odnośnie do **przedsiębiorców o „niskich" obrotach**, wprowadziła **szczególną podstawę wymiaru kary pieniężnej**[6], a dla pewnych przypadków – **szczególną**

[5] Zob. np. decyzję Prezesa UOKiK z 20.10.2010 r., RBG-16/2010. Pobrano z: http://decyzje.uokik.gov.pl/dec_prez.nsf/0/F09F29B3420DDA88C12577D60048AF54?OpenDocument (20.01.2015). Szerzej zob. M. Król-Bogomilska [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 1338–1339.

[6] Art. 106 ust. 5 uokik.

górną granicę kary pieniężnej[7]. Przed nowelizacją, jeśli w roku poprzedzającym rok nałożenia kary przedsiębiorca osiągnął jakikolwiek, nawet bardzo niski przychód (choćby „symboliczną złotówkę"), Prezes UOKiK związany był tą podstawą wymiaru kary pieniężnej i górną granicą kary pieniężnej w postaci 10% tegoż przychodu. Jeśli obliczona wysokość kary pieniężnej kształtowała się na bardzo niskim poziomie, Prezes UOKiK, posiłkując się brzmieniem art. 106 ust. 1 uokik („Prezes Urzędu może nałożyć"), czasem odstępował od nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej jako niezdolnej do spełnienia jej funkcji[8]. Z kolei art. 106 ust. 4 uokik stanowił, że gdy przedsiębiorca nie osiągnął przychodu w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, Prezes UOKiK mógł ustalić karę pieniężną w wysokości do dwustukrotności przeciętnego wynagrodzenia rozumianego zgodnie z art. 4 pkt 16 uokik. Można przy tym było mieć wątpliwości czy art. 106 ust. 4 uokik dotyczył wyłącznie kar pieniężnych, o których mowa w art. 106 ust. 1, czy również kar pieniężnych z art. 106 ust. 2.

Celem zmiany jest zrównanie pozycji przedsiębiorców bez obrotów z pozycją przedsiębiorców o niskich obrotach[9]. Art. 106 ust. 5 uokik ustanawia wyjątek wobec zasady ogólnej z art. 106 ust. 1. Stanowi, że jeżeli przedsiębiorca w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót w wysokości nieprzekraczającej równowartości 100 000 euro, Prezes UOKiK nakładając karę pieniężną na podstawie ust. 1 (a więc nie ma już wątpliwości, że szczególne zasady nie dotyczą kar z ust. 2) uwzględnia średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary. Z kolei gdy przedsiębiorca w owym okresie trzyletnim nie osiągnął obrotu lub gdy obrót przedsiębiorcy obliczony na podstawie ust. 5 nie przekracza równowartości 100 000 euro, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nieprzekraczającej równowartości 10 000 euro[10].

Tabela 1 pokazuje na przykładach, w jaki sposób w nowym stanie prawnym może kształtować się górna granica kar pieniężnych za naruszenia materialne nakładanych w 2015 r. (zakładam, że rok obrotowy przedsiębiorcy pokrywa się z rokiem kalendarzowym).

Tabela 1

Obrót (eur)/rok	2014	2013	2012	średnio	kara do
Przykład 1 [ust. 1]	110 000	0	0	n.d.	11 000
Przykład 2 [ust. 1]	110 000	1 000 000	9 000 000	n.d.	11 000
Przykład 3 [ust. 5]	80 000	1 000 000	9 000 000	3 360 000	336 000
Przykład 4 [ust. 6]	80 000	10 000	0	30 000	10 000
Przykład 5 [ust. 6]	0	0	0	0	10 000

Źródło: opracowanie własne.

Analiza powyższych przykładów prowadzi do wniosku, że zmiana przepisów motywowana potrzebą zrównania pozycji karanych przedsiębiorców prowadzi w istocie do nowej nierówności.

[7] Art. 106 ust. 6 uokik.

[8] Np. decyzja Prezesa UOKiK z 31.08.2010 r., RPZ-20/2010. Pobrano z: http://decyzje.uokik.gov.pl/dec_prez.nsf/0/F6B737C0E6307FCBC12577EE00386C32?OpenDocument (20.01.2015).

[9] Zob. *Uzasadnienie*…, s. 26.

[10] Art. 106 ust. 6 uokik.

Obrazuje to zestawienie przykładów 2 i 3. Nierówność ta wynika w szczególności z wprowadzenia art. 106 ust. 5 uokik. Przedsiębiorcy mogą zasadnie stawiać pytanie o to, czym jest uzasadniona nierówność polegająca na uwzględnianiu w przypadku jednej ich grupy obrotu z ostatniego roku obrotowego, a w przypadku innej ich grupy – obrotu średniego z trzech ostatnich lat obrotowych. Nie miałaby ona miejsca, gdyby wprowadzono prostą regulację przewidującą, że w przypadku niskiego obrotu (np. do równowartości 100 000 euro) obowiązuje określona górna granica wysokości kary pieniężnej (np. 10 000 euro). Osobną kwestią jest czy – skoro Prezes UOKiK zajmuje się licznymi przypadkami naruszeń na rynkach lokalnych (często naruszeń zbiorowych interesów konsumentów) – górna granica rocznego obrotu w wysokości równowartości 100 000 euro nie jest zbyt wysoka i czy w rezultacie regulacje art. 106 ust. 5 i 6 (wyjątki od zasady) w praktyce nie będą stosowane częściej niż sama ogólna zasada z art. 106 ust. 1.

3. Problem braku danych o podstawie wymiaru kary pieniężnej

Ustawodawca podjął też próbę rozwiązania **problemu braku danych o podstawie wymiaru kary pieniężnej**. W art. 106 ust. 7 uokik przewidziano swego rodzaju „domniemanie obrotu" na wypadek, gdyby przedsiębiorca nie dysponował przed wydaniem decyzji danymi finansowymi niezbędnymi do ustalenia obrotu za rok obrotowy poprzedzający rok nałożenia kary[11]. W takim przypadku Prezes UOKiK, nakładając karę pieniężną na podstawie art. 106 ust. 1, uwzględnia:

1) obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w roku obrotowym poprzedzającym rok obrotowy poprzedzający rok nałożenia kary;
2) w przypadku, o którym mowa w ust. 5 – średni obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok obrotowy poprzedzający rok nałożenia kary; przepis ust. 6 stosuje się odpowiednio.

Ustalenie zakresu zastosowania art. 106 ust. 7 na pierwszy rzut oka może nastręczać trudności. Wiele w tej kwestii wyjaśnia jednak analiza jednego z elementów przytoczonej już wyżej „definicji" obrotu. Art. 106 ust. 3 pkt 3 stanowi, że obrót jest sumą udokumentowanych przychodów w przypadku braku dokumentów, o których mowa w pkt 1 i 2 (rachunku zysków i strat – w przypadku przedsiębiorcy sporządzającego taki rachunek na podstawie przepisów o rachunkowości; rocznego sprawozdania finansowego równoważnego do rachunku zysków i strat sporządzanego na podstawie przepisów o rachunkowości lub innego dokumentu podsumowującego przychody w roku obrotowym – w przypadku przedsiębiorcy, który nie sporządza rachunku zysków i strat na podstawie przepisów o rachunkowości). Art. 106 ust. 7 nie może być interpretowany w oderwaniu od art. 106 ust. 3 pkt 3, a ich zakresy należy postrzegać jako rozłączne. Jeśli przedsiębiorca nie sporządził jeszcze rachunku zysków i strat, ale jego przychody są „udokumentowane", to nie można uznać, że przedsiębiorca nie dysponuje niezbędnymi danymi finansowymi. Dopiero gdy przychody te nie są udokumentowane, nie będzie możliwe ich zsumowanie w celu ustalenia obrotu na podstawie art. 106 ust. 3 pkt 3 i konieczne stanie się zastosowanie art. 106 ust. 7.

[11] Tym samym art. 106 ust. 7 nie może być zastosowany, gdy brak jest danych finansowych o obrocie za wcześniejszy rok obrotowy (np. wskazany w art. 106 ust. 7 pkt 1).

III. Nowe zasady odstąpienia od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenia

1. Procedura dobrowolnego poddania się karze pieniężnej

Ustawa nowelizująca wprowadza nową podstawę obniżenia kary pieniężnej w art. 89a uokik statuującym **tzw. procedurę dobrowolnego poddania się karze pieniężnej** w sprawach praktyk ograniczających konkurencję. Ma ona być odpowiednikiem tzw. *settlements* (ugód) uregulowanych w prawie unijnym[12] i niektórych państw członkowskich Unii Europejskiej[13]. Prawo UE przewiduje jednak postępowania ugodowe wyłącznie w sprawach kartelowych, nie zaś w sprawach innych naruszeń unijnego prawa konkurencji.

Celem wprowadzonej procedury jest uproszczenie i przyśpieszenie postępowania antymonopolowego[14]. Ten cel procedury został „wkomponowany" w przesłanki jej rozpoczęcia. Prezes UOKiK może wystąpić, z urzędu lub na wniosek strony, do wszystkich stron z propozycją przystąpienia do procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej, jeżeli uzna, że zastosowanie tej procedury przyczyni się do przyspieszenia postępowania (art. 89a ust. 1). Sformułowanie „do przyspieszenia postępowania" wskazuje moim zdaniem, że chodzi o przyspieszenie tego postępowania antymonopolowego przed Prezesem UOKiK, w którym procedura ma miejsce.

Analiza ciągu czynności składających się na procedurę skłania jednak do wniosku, że w praktyce procedura będzie zapewne nieskuteczna, a nawet przeciwskuteczna, czyli nie będzie służyć realizacji tak określonego celu, a wręcz będzie od niego oddalać. Postępowanie antymonopolowe prowadzone przez Prezesa UOKiK, jeśli będzie obejmować procedurę z art. 89a, wydłuży się o kilka miesięcy (podczas gdy zgodnie z art. 92 cały czas trwania postępowania wynosi 5 miesięcy od dnia jego wszczęcia). Wynika to z faktu, że w trakcie procedury Prezes UOKiK aż czterokrotnie oczekuje na stanowisko strony[15], na którego przedstawienie strona ma 14 dni (a w przypadku ostatecznego stanowiska z ust. 7 – termin wyznaczony przez Prezesa UOKiK, co najmniej 14-dniowy). Procedurę można rozpocząć „[p]rzed zakończeniem postępowania antymonopolowego" (ust. 1 *in principio*). W mojej ocenie cytowane sformułowanie oznacza tylko tyle, że procedura musi mieć miejsce przed wydaniem decyzji kończącej postępowanie w sprawie[16]. A więc to nie z tego sformułowania wynika, że w istocie procedura może być rozpoczęta tylko na końcowym etapie postępowania (a przez to nie jest w stanie przyczynić się do przyspieszenia postępowania, w którym będzie miała miejsce). Wynika to z faktu, że Prezes UOKiK, rozpoczynając procedurę, musi znać już nie tylko wstępne ustalenia postępowania antymonopolowego, ale również przewidywaną treść decyzji, w tym wysokość kary pieniężnej, jaka zostanie na stronę nałożona. Zgodnie z art. 89a ust. 5, o tym Prezes UOKiK informuje stronę w przypadku jej zgody na przystąpienie do procedury.

[12] Rozporządzenie Komisji (WE) nr 622/2008 z 30.06.2008 r. zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 773/2004 w odniesieniu do prowadzenia postępowań ugodowych w sprawach kartelowych (Dz. Urz. UE z 1.07.2008 r., L 171, s. 3). Zob. też obwieszczenie Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na mocy art. 7 i 23 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 w sprawach kartelowych (Dz. Urz. UE z 2.07.2008 r., C 167, s. 1).

[13] Zob. E. Krajewska, *Settlement w świetle doświadczeń europejskich – w poszukiwaniu najlepszych rozwiązań*, iKAR 2012, nr 4(1), s. 57 i n.; E. Krajewska, A. Piszcz, (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 1100.

[14] *Uzasadnienie*…, s. 13.

[15] Art. 89a ust. 4, ust. 5 zd. 2, ust. 6 zd. 2, ust. 7.

[16] Analogicznie jest interpretowane sformułowanie „przed zakończeniem postępowania antymonopolowego" zawarte w art. 89 ust. 1 uokik dotyczącym tzw. decyzji zabezpieczającej; D. Miąsik [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 1093.

Można żywić obawę o to, że niektóre strony będą uczestniczyć w procedurze tylko po to, by poznać w szczegółach stanowisko Prezesa UOKiK w sprawie i wykorzystać tę wiedzę na potrzeby dalszej strategii, a następnie odstąpić od procedury na podstawie art. 89a ust. 11. Powstaje pytanie, czy gdy jedna (niektóre) ze stron odstąpi (odstąpią) od procedury, to Prezes UOKiK zostanie postawiony przed wyborem czy prowadzić procedurę dalej[17], czy odstąpić od procedury co do wszystkich pozostałych stron. Warto zauważyć, że odstąpienie od procedury przez Prezesa UOKiK jest ograniczone do przypadków, gdy Prezes UOKiK uzna, że jej stosowanie nie przyczynia się do przyspieszenia postępowania (art. 89a ust. 10). Pomniejszenie grona stron uczestniczących w procedurze nie oznacza jednak samo przez się, że stosowanie procedury przestało przyczyniać się do przyspieszenia postępowania (o ile w ogóle się przyczyniało). Warto też zwrócić uwagę, że ust. 10 nie posługuje się określeniem „przestało przyczyniać się do przyspieszenia postępowania". Ust. 10 zawiera słowa: „nie przyczynia się do przyspieszenia postępowania". Jeśli interpretować je literalnie, to ust. 10 pozwalałby Prezesowi UOKiK odstąpić od procedury również, gdyby stwierdził on, że stosowanie procedury już wcześniej (nigdy?) nie przyczyniało się i w dalszym ciągu nie przyczynia się do przyspieszenia danego postępowania (a takie stwierdzenie zapewne mogłoby być regułą). Jeśli jednak będzie się to działo po odstąpieniu od procedury przez jedną ze stron, to przyczyna „zauważenia" przez Prezesa UOKiK, że procedura nie przyspiesza postępowania, będzie nader oczywista. Wydaje się, że ustawodawca uczynił przesłankę rozpoczęcia procedury i odstąpienia od niej, bazującą na przyczynianiu się procedury do przyspieszenia postępowania (bądź nie), bardzo niewygodnym „gorsetem" dla Prezesa UOKiK, który – żeby rozsądnie (z jego perspektywy) stosować procedurę – będzie zmuszony stosować art. 89a w sposób wręcz instrumentalny czy zasługujący na etykietę działania w stanie „rozdwojenia jaźni"[18].

Skoro ust. 10 stanowi, że „Prezes Urzędu może odstąpić od stosowania procedury (…), jeśli uzna, że jej stosowanie nie przyczynia się do przyspieszenia postępowania, o czym informuje niezwłocznie stronę uczestniczącą w tej procedurze", to można jeszcze zastanawiać się, czego ma dotyczyć ta niezwłoczna informacja. Spojrzenie systemowe na ust. 10 wraz z ust. 11 prowadzi do wniosku, że Prezes UOKiK informuje stronę uczestniczącą w procedurze o odstąpieniu przez niego od procedury z tego powodu, iż uznał, że jej stosowanie nie przyczynia się do przyspieszenia postępowania. Informacja powinna być stronie przekazana niezwłocznie po takim „uznaniu". Ustawa nie wymaga przy tym, by taka informacja była uzasadniona. Gdyby natomiast ust. 10 interpretować literalnie, to można byłoby rozważać, czy nie jest tak, że Prezes UOKiK musi poinformować stronę o tym, że stosowanie procedury nie przyczynia się do przyspieszenia postępowania, niezwłocznie po wystąpieniu takiego stanu (jeśli natomiast z tego powodu zdecyduje się od procedury odstąpić – choć nie musi, a „może" to zrobić – to informuje również o odstąpieniu). To w praktyce mogłoby oznaczać, że zaraz po poinformowaniu strony o rozpoczęciu procedury należałoby informować stronę o tym, że stosowanie procedury nie przyczynia się do przyspieszenia postępowania. Tego rodzaju wykładnia gramatyczna nie prowadziłaby do racjonalnych rezultatów.

Procedura może skutkować przyspieszeniem postępowań, ale innych niż to, w którym ma miejsce. Jeśli w rezultacie procedury strona nie wniesie odwołania od decyzji, to pracownicy UOKiK, którzy zajmowaliby się odwołaniem strony, będą w stanie poświęcić ten czas innym

[17] W doktrynie europejskiej mówi się w takich przypadkach o postępowaniach mieszanych (*hybrid settlements*); szerzej zob. E. Krajewska, A. Piszcz [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 1101.

[18] Zob. też A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Temida 2, Białystok 2013, s. 322.

postępowaniom, które mogą ulec przyspieszeniu. Wydaje się natomiast, że w praktyce Prezes UOKiK może nie mieć podstaw do uznania, że zachodzi przesłanka wystąpienia przez niego do stron z propozycją przystąpienia do procedury, sprowadzająca się do przyspieszenia postępowania, w którym procedura miałaby mieć miejsce (art. 89a ust. 1 *in fine*). Można jedynie zastanawiać się, dlaczego: (1) sformułowano przesłankę zastosowania procedury w nawiązaniu do nierzeczywistego jej celu, którego raczej nie da się osiągnąć; (2) ustawodawca nie złagodził choć trochę tej przesłanki i zamiast słów „może przyczynić się do przyspieszenia postępowania" użył kategorycznego sformułowania „przyczyni się do przyspieszenia postępowania".

W przypadku rozpoczęcia procedury i doprowadzenia jej do szczęśliwego zakończenia, wysokość kary pieniężnej nakładanej na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2 uokik na przedsiębiorcę lub art. 106a ust. 1 uokik na osobę zarządzającą zostaje obniżona o 10% w stosunku do kary pieniężnej, jaka zostałaby nałożona, gdyby strona nie poddała się dobrowolnie karze (art. 89a ust. 3). Natomiast w zamian za to Prezes UOKiK nie uzyskuje przyznania się przez stronę do odpowiedzialności. W świetle przepisów uokik jedyne, co strona przyznaje, to fakty, o których mowa w art. 89a ust. 8 uokik. Strona składa oświadczenie, że dobrowolnie poddaje się karze pieniężnej i potwierdza wysokość zaakceptowanej przez nią kary pieniężnej oraz fakt poinformowania jej o zarzucanych jej naruszeniach, jak i umożliwienia jej zajęcia stanowiska, a także pouczenia jej o skutkach wniesienia odwołania wynikających z przepisu art. 81 ust. 3a (w tym „utracie" obniżenia kary pieniężnej). Nawiasem mówiąc nie wiadomo, jak w praktyce Prezes UOKiK powinien potraktować oświadczenie strony zawierające wszystkie elementy z art. 89a ust. 8 uokik, w którym strona zastrzeże, że mimo iż składa takie oświadczenie, to jednak nie przyznaje się do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję czy do odpowiedzialności za nie. Literalna wykładnia art. 89a nie wydaje się stać na przeszkodzie złożeniu takiego oświadczenia. Powstaje natomiast pytanie, czy w praktyce nie skutkowałoby ono odstąpieniem przez Prezesa UOKiK od stosowania procedury.

Można żywić wątpliwości czy rozmiar korzyści strony z procedury będzie motywował do przystąpienia do niej[19]. Niska jest stabilność decyzji Prezesa UOKiK[20]. Są one dość często uchylane bądź zmieniane, w tym także w zakresie wysokości kary pieniężnej. W razie oddalenia odwołania czy apelacji strony, koszty procesowe podlegające zwrotowi na rzecz Prezesa UOKiK kształtują się na niskim poziomie. Czas rozpatrywania spraw sądowych, zwłaszcza przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (obarczony licznymi sprawami o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone), wydaje się być coraz dłuższy. Przedsiębiorca może nie być zainteresowany natychmiastowym uiszczeniem do budżetu państwa kary pieniężnej o 10% niższej, skoro – w razie wniesienia odwołania – decyzja uprawomocni się zapewne za kilka lat, a sąd nie może podwyższyć wysokości kary pieniężnej ustalonej przez Prezesa UOKiK.

2. *Leniency*

Ustawa nowelizująca zmieniła regulację prawną dotyczącą wniosku o **odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie (tzw. *leniency*)**. Zmienił się termin zaprzestania

[19] K. Kohutek, *Komentarz do art. 89(a) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, Lex 2014; A. Piszcz, *Kilka uwag do projektu założeń ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2012, nr 2(1), s. 23; D. Wolski, *Uwagi dotyczące wybranych instytucji w projekcie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 7(2), s. 16.

[20] A. Piszcz, *Sankcje*…, s. 327.

przez wnioskodawcę uczestnictwa w porozumieniu. Wnioskodawca nie będzie już obowiązany zaprzestać tego uczestnictwa najpóźniej w dniu poinformowania Prezesa UOKiK o porozumieniu bądź przedstawienia stosownego dowodu, lecz zgodnie z art. 113a ust. 6 będzie obowiązany to uczynić niezwłocznie po złożeniu wniosku, chyba że uczyni to przed złożeniem wniosku.

W poprzednim stanie prawnym odstąpienia od wymierzenia kary pieniężnej nie mógł uzyskać ten, kto: (1) był inicjatorem porozumienia, lub (2) nakłaniał do uczestnictwa w porozumieniu. Obecnie z art. 113b pkt 3 *a contrario* wynika, że jedynie druga z tych przesłanek stoi na przeszkodzie uzyskaniu odstąpienia od wymierzenia kary pieniężnej. Nie zmienia to faktu, że polski przepis jest bardziej rygorystyczny od jego unijnego odpowiednika, który stanowi nie o nakłanianiu do uczestnictwa w porozumieniu, lecz o przymuszaniu do niego (*coerce*)[21]. Czy w świetle art. 113b pkt 3 uokik inicjator porozumienia będzie mógł skutecznie ubiegać się o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej, a nie wyłącznie jej obniżenie? Słownikowe znaczenie czasownika „nakłonić" to „wpłynąć na czyjąś decyzję, namówić, przekonać, zachęcić, skłonić"[22]. Z kolei „inicjować" oznacza „występować z inicjatywą, dawać pomysł, rzucać myśl, zapoczątkowywać"[23]. Wydaje się, że w praktyce przedsiębiorca inicjujący porozumienie bardzo często jednocześnie przekonuje innych przedsiębiorców do uczestnictwa w nim[24]. Sytuacja takich inicjatorów nie ulegnie zmianie pomimo zmiany w przepisach uokik.

Po nowelizacji, przedsiębiorcy[25], jak i osoby zarządzające[26], jeśli zamierzają wystąpić z wnioskiem o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie, nie mogą ujawniać zamiaru złożenia takiego wniosku. Gdyby wskazane przepisy interpretować literalnie, to należałoby uznać, że zakresem tego obowiązku jest objęte również nieujawnianie tego zamiaru organom ochrony konkurencji innym niż Prezes UOKiK (Komisji albo organom ochrony konkurencji państw członkowskich UE innych niż Polska), a także doradcom wnioskodawcy, co może budzić uzasadnione obiekcje.

Programem łagodzenia kar zostały objęte osoby zarządzające, co ma związek z wprowadzeniem podstawy ich odpowiedzialności w art. 6a uokik. Na podstawie art. 113h przepisy dotyczące programu łagodzenia kar dla przedsiębiorców[27] stosuje się odpowiednio do osób zarządzających, o których mowa w art. 6a, z uwzględnieniem szczególnych rozwiązań dotyczących tych osób zawartych w art. 113i oraz art. 113j. Podobnie w rozporządzeniu Rady Ministrów z 23 grudnia 2014 r. w sprawie sposobu i trybu postępowania z wnioskiem o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie[28] w § 12 wskazano, że przepisy § 2 oraz § 4–11 (dotyczące programu łagodzenia kar dla przedsiębiorców) stosuje się odpowiednio do osób zarządzających, podlegających odpowiedzialności na podstawie art. 106a uokik. Można mieć wątpliwości czy dla przedsiębiorców i osób zarządzających będą dwie odrębne „kolejki" w programie łagodzenia kar, czy też jedna wspólna „kolejka". Ustawa ani rozporządzenie nie rozstrzygają wprost tej kwestii.

[21] W polskiej jego wersji jest jednak mowa o „nakłonieniu". Zob. pkt 13 obwieszczenia Komisji w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych (Dz. Urz. z 8.12.2006 r., C 298, s. 17–22.

[22] M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego. Tom drugi. L-P*, PWN, Warszawa 1993, s. 264.

[23] M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego. Tom pierwszy. A-K*, PWN, Warszawa 1993, s. 790.

[24] Zob. też R. Molski, (w:) T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 1419.

[25] Art. 113a ust. 3 uokik.

[26] Art. 113a ust. 3 w zw. z art. 113h uokik.

[27] Art. 113a–113e i art. 113g uokik.

[28] Dz.U. z 2015 r., poz. 81.

Wydaje się jednak, że gdyby ustawodawca chciał, by „kolejki" były dwie (odrębne), to nie wprowadzałby w art. 113j zasad, zgodnie z którymi wniosek przedsiębiorcy obejmuje również jego osoby zarządzające[29], a Prezes UOKiK obniża karę pieniężną nakładaną na osobę zarządzającą, która współpracuje z nim od powzięcia wiadomości o złożeniu wniosku, na tych samych zasadach, na jakich kara zostaje obniżona w stosunku do przedsiębiorcy[30].

Ustawą nowelizującą zmieniono również określenie zakresu obniżenia kary pieniężnej. W poprzednim stanie prawnym w art. 109 ust. 3 uokik była mowa o nałożeniu kary pieniężnej w wysokości nie większej niż 5, 7, 8% przychodu. Powyższa „metoda" obniżania kar pieniężnych była odmienna niż przewidziana w przepisach o unijnym programie *leniency*[31]. Obecnie zgodnie z art. 113c ust. 2 uokik Prezes UOKiK nakłada karę pieniężną obniżoną o 30–50%, 20–30%, maksymalnie 20% w stosunku do wysokości kary, jaka zostałaby nałożona, gdyby nie obniżenie kary w ramach programu łagodzenia kar. Zmiana ta była konieczna ze względu na rozszerzenie programu *leniency* na osoby zarządzające. W ich przypadku zastosowanie formuły z dawnego art. 109 ust. 3 nie byłoby możliwe, gdyż wymiaru kar pieniężnych nakładanych na te osoby nie dokonuje się w relacji do ich przychodu (obrotu).

3. *Leniency plus*

Regulacja prawna dotycząca wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie została poszerzona o **nowy wariant programu łagodzenia kar w postaci tzw. *leniency plus***[32]. Celem *leniency plus* jest „skuteczniejsza wykrywalność niedozwolonych porozumień, zaoszczędzenie środków i czasu przeznaczonych na wykrycie potajemnych porozumień i skierowanie tych środków do walki z innymi naruszeniami prawa konkurencji"[33].

Jeśli wnioskodawca, który nie spełnia warunków z art. 113b uokik, lecz spełnia warunki z art. 113c ust. 1, co daje mu obniżenie kary pieniężnej (ale nie odstąpienie od jej wymierzenia), przed wydaniem decyzji w sprawie złoży zgodnie z art. 113b kolejny wniosek o *leniency* jako pierwszy z uczestników innego porozumienia (w sprawie którego nie zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe lub wyjaśniające), zredukowana już i tak kara pieniężna w pierwszej sprawie zostanie obniżona o dalsze 30%. Zatem *leniency plus* to odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej w sprawie jednego porozumienia oraz „podwójne", dodatkowe obniżenie kary pieniężnej w sprawie innego porozumienia. Trudno jednak mówić, że *leniency plus* ma miejsce w przypadku zgłaszania porozumień w „pakietach", gdyż przepisy art. 113d determinują pewną chronologię zgłoszeń. W sprawie pierwszego porozumienia, w której przedsiębiorca kwalifikuje się do obniżenia kary pieniężnej, musi już toczyć się postępowanie (ale nie może jeszcze być wydana kończąca je decyzja), gdy przedsiębiorca wystąpi – jako pierwszy – z wnioskiem dotyczącym innego porozumienia.

Praktyka pokaże czy przedsiębiorcy będą korzystać z możliwości stworzonych przez art. 113d i czy wprowadzenie tej regulacji do polskiego prawa było w ogóle uzasadnione. Natomiast już w tej chwili można mieć wątpliwości co do znaczenia określenia „inne porozumienie". Odrębność

[29] Art. 113j ust. 1 uokik.

[30] Art. 113j ust. 2 uokik.

[31] Zob. pkt 26 obwieszczenia wskazanego w przypisie 21.

[32] Art. 113d uokik.

[33] *Uzasadnienie*…, s. 20.

porozumień może zachodzić w płaszczyźnie podmiotowej, czasowej, może polegać na występowaniu porozumienia na odrębnych rynkach właściwych, natomiast nie wiadomo, jakiej odrębności wymaga ustawodawca w przepisach art. 113d uokik[34]. Wskazane byłoby, aby Prezes UOKiK w wyjaśnieniach dotyczących programu *leniency* odniósł się do wątpliwości dotyczących „innego porozumienia". Inną kwestią, którą warto byłoby zająć się w wyjaśnieniach, jest sposób postępowania Prezesa UOKiK w przypadkach, gdy strona poinformuje go na zasadach określonych w art. 113d o więcej niż jednym „innym porozumieniu". Objaśnienia wymaga, jaki wpływ poinformowanie o dwóch „innych porozumieniach" (bądź większej ich liczbie) będzie miało na wymiar kary pieniężnej w „pierwszej" sprawie, o której mowa w art. 113d.

IV. Nowy rodzaj kar pieniężnych nakładanych na osoby zarządzające

Ustawą nowelizującą dodano art. 106a uokik ustanawiający podstawę prawną do **nakładania kar pieniężnych na osoby zarządzające**. W świetle jego ust. 1, Prezes UOKiK może nałożyć na osobę zarządzającą, o której mowa w art. 6a, karę pieniężną w wysokości do 2 000 000 zł, jeżeli osoba ta umyślnie dopuściła do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik lub w art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE (czyli zakazu tzw. nazwanych porozumień ograniczających konkurencję zarówno horyzontalnych, jak i wertykalnych, z wyjątkiem zmowy przetargowej). Zgodnie z przepisem art. 106a ust. 2, nałożenie na osobę zarządzającą tej kary pieniężnej może nastąpić wyłącznie w decyzji, nakładającej na przedsiębiorcę karę pieniężną, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2 uokik.

Osobą zarządzającą jest kierujący przedsiębiorstwem, w szczególności osoba pełniąca funkcję kierowniczą lub wchodząca w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy (art. 4 pkt 3a). Definicja osoby zarządzającej nie ogranicza zakresu podmiotowego tego pojęcia do osób fizycznych[35]. Osobą zarządzającą będzie kierująca przedsiębiorstwem osoba pełniąca funkcję kierowniczą, kierująca przedsiębiorstwem osoba wchodząca w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy, a także inna osoba kierująca przedsiębiorstwem. Należy uznać, że chodzi o osobę, której pozycja pozwala jej na zarządzanie (kierowanie) przedsiębiorstwem, a nie wyłącznie osobę faktycznie zarządzającą (kierującą) przedsiębiorstwem. Istotny jest więc także formalny status kierującego przedsiębiorstwem. Nawet jeśli nie wynika to wprost z art. 4 pkt 3a, to do takiego wniosku prowadzi analiza art. 6a. Przewiduje on odpowiedzialność osoby zarządzającej, która dopuściła do naruszenia „w ramach sprawowania swojej funkcji". Odpowiedzialności z art. 6a nie ponosi zatem osoba, choćby faktycznie wywierała wpływ na naruszenie, która nie sprawowała u przedsiębiorcy funkcji osoby zarządzającej. Osobą zarządzającą w rozumieniu art. 4 pkt 3a nie jest też osoba kierująca wyłącznie częścią przedsiębiorstwa (np. oddziałem, działem, komórką organizacyjną). Art. 4 pkt 3a stanowi przepis, który ma wpływać na zakres odpowiedzialności prawnej, dlatego sformułowania użyte w nim w celu określenia zakresu podmiotowego odpowiedzialności prawnej powinny być interpretowane ściśle, a nie rozszerzająco. Należy zatem uznać, że gdyby ustawodawca chciał objąć pojęciem kierowania przedsiębiorstwem również kierowanie częściami przedsiębiorstwa, definicję osoby zarządzającej sformułowałby inaczej[36].

[34] Por. P. Semeniuk, Sz. Syp, *„Wylanie dziecka z kąpielą" – czyli o leniency plus w Polsce*, iKAR 2013, nr 7(2), s. 34–40.

[35] Zob. szerzej A. Piszcz [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 115.

[36] Zob. np. pojęcie „kierownika przedsiębiorstwa" w rozumieniu art. 2 pkt 18 ustawy z 18.03.2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. Nr 63, poz. 394).

Celem nowej regulacji prawnej jest zmniejszenie liczby naruszeń przepisów ustawy oraz skuteczniejsze pozyskiwanie informacji dotyczących niedozwolonych porozumień[37]. Jeśli te słuszne cele uda się osiągnąć dzięki wprowadzeniu odpowiedzialności osób zarządzających, skuteczność prawa ochrony konkurencji ulegnie zwiększeniu. Dlatego też wprowadzenie odpowiedzialności osób zarządzających za dopuszczenie do naruszenia niektórych zakazów porozumień ograniczających konkurencję oceniam co do zasady pozytywnie. Nie jest to oczywiście odpowiedzialność za naruszenie zakazów czy też za przyczynienie się do ich naruszenia, lecz odpowiedzialność za własne zachowanie osoby zarządzającej, tj. aktywne bądź pasywne dopuszczenie do naruszenia zakazów (umożliwienie naruszenia, przystanie na naruszenie czy nieprzeszkadzanie naruszeniu).

Mam natomiast poważne wątpliwości co do tego czy polski ustawodawca dokonał słusznego wyboru, nadając tej odpowiedzialności charakter administracyjnoprawny[38]. Na osobę zarządzającą może być nałożona administracyjna kara pieniężna w wysokości do 2 000 000 zł. W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej podkreślono, że wymiar tej kary powinien być odpowiednio wysoki, aby spełniła ona swoje represyjno-prewencyjne cele[39]. Jednak górna granica tej kary pieniężnej – zwłaszcza w zestawieniu z górną granicą grzywien nakładanych na osoby fizyczne w postępowaniach karnych – wydaje się nadmiernie wysoka, co rodzi obawę o zgodność wprowadzonej regulacji prawnej z konstytucyjną zasadą proporcjonalności[40].

V. Nowe czynniki uwzględniane przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych

Art. 111 uokik, określający w otwartym katalogu czynniki uwzględniane przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, przed nowelizacją stanowił, że „[p]rzy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106–108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy". W wyniku nowelizacji art. 111 został znacznie rozbudowany. Składa się z czterech raczej obszernych ustępów (znacznie krótszy niż inne jest jedynie ust. 2, który stanowi, że ustalając wysokość kar pieniężnych zgodnie z ust. 1 Prezes UOKiK bierze pod uwagę okoliczności łagodzące lub obciążające, które wystąpiły w sprawie).

Ustęp 1 określa z jednej strony „uniwersalne" (ogólne) czynniki, które powinny być uwzględniane przy ustalaniu wysokości wszystkich nakładanych przez Prezesa UOKiK kar pieniężnych. Należą do nich „w szczególności" okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Z drugiej strony, ust. 1 wskazuje czynniki szczególne uwzględniane przy ustalaniu wysokości poszczególnych rodzajów kar pieniężnych, tj. kar pieniężnych nakładanych na podstawie: (1) art. 106 ust. 1 i 108 ust. 1 pkt 2; (2) art. 106a; (3) art. 106 ust. 2 i 108 ust. 2 i 3 oraz (4) art. 107 i 108 ust. 1 pkt 1. W przepisach ust. 1 nie przewidziano czynników szczególnych odnośnie do kar pieniężnych nakładanych na podstawie art. 108 ust. 5 i 6.

Ustępy 3 i 4 określają – odpowiednio – okoliczności łagodzące (w otwartym katalogu) i okoliczności obciążające (w zamkniętym katalogu), które wystąpiły w sprawie, uwzględniane przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych. Okoliczności te są podzielone stosownie do czterech grup

[37] *Uzasadnienie*…, s. 21.

[38] Zob. szerzej A. Piszcz, *Sankcje*…, s. 356.

[39] *Uzasadnienie*…, s. 22.

[40] A. Piszcz, *„Osoba zarządzająca" w rządowym projekcie ustawy zmieniającej ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 2(1), s. 29.

naruszeń wyróżnionych przez ustawodawcę i dotyczą: (1) naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję; (2) naruszenia zakazu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów; (3) dopuszczenia przez osobę zarządzającą do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 ustawy lub w art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE; (4) niezgłoszenia zamiaru koncentracji, o którym mowa w art. 13. Okoliczności łagodzące i obciążające zostały zatem określone odnośnie do kar pieniężnych nakładanych na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 106 ust. 1 pkt 4, art. 106a oraz art. 108 ust. 1 pkt 2, a także art. 106 ust. 1 pkt 3, ale tylko w przypadkach, gdy przedsiębiorca dokonał koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa UOKiK, nie zgłosiwszy zamiaru koncentracji, o którym mowa w art. 13. Tym samym nie określono okoliczności łagodzących i obciążających odnośnie do kar pieniężnych nakładanych na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3, gdy przedsiębiorca dokonał koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa UOKiK, ale zgłosił zamiar koncentracji (natomiast dokonał koncentracji przed terminem wskazanym w art. 97 ust. 1 albo pomimo uzyskania decyzji zakazującej dokonania koncentracji), art. 106 ust. 2, art. 107, art. 108 oprócz ust. 1 pkt 2.

Niektóre z nowych czynników uwzględnianych przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych dotychczas wynikały wyłącznie z niewiążących prawnie dokumentów Prezesa UOKiK (dalej: Wyjaśnienia) lub z orzecznictwa sądowego. Wyjaśnienia dotyczyły jednak wyłącznie kar pieniężnych nakładanych w sprawach praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. W znacznym stopniu postanowienia tych Wyjaśnień zostały przeniesione do art. 111 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 4 pkt 1 i 2, zyskując walor prawa powszechnie obowiązującego. Ten „transfer" do ustawy nastąpił do pewnego stopnia z „dobrodziejstwem inwentarza", ponieważ w art. 111 uokik powtórzono pewne błędy i językowe niezręczności, które istniały wcześniej w Wyjaśnieniach. Ich wyjaśnienie będzie należało do judykatury. Jednym z poważniejszych błędów jest traktowanie „działania pod przymusem"[41] jako okoliczności obciążającej, podczas gdy w przypadku zachowania pod przymusem czy to fizycznym, czy też psychicznym, trudno zakładać zaistnienie winy (a w przypadku osób zarządzających winy umyślnej) jako przesłanki nałożenia kary pieniężnej[42].

Ponadto w art. 111 znalazły się również czynniki dotyczące wysokości innych rodzajów kar pieniężnych, które nie doczekały się uprzednio Wyjaśnień Prezesa UOKiK. Reasumując, należy uznać, że zmiany art. 111 zwiększą pewność prawa po stronie przedsiębiorców i innych podmiotów objętych zakresem ustawy, w tym art. 106a czy art. 108 ust. 1–3.

VI. Inne nowe elementy regulacji prawnej kar pieniężnych

1. Zmiany dotyczące kar pieniężnych za naruszenia proceduralne

Szereg zmian dotyczy regulacji prawnej **kar pieniężnych za naruszenia proceduralne (naruszenia obowiązków instrumentalnych)** zarówno tych nakładanych na przedsiębiorcę[43], jak i tych nakładanych na inne osoby[44]. Zmiany art. 106 ust. 2 nie są znaczne. W przepisie art. 106 ust. 2 pkt 2 poszerzono katalog podstaw prawnych obowiązku udzielenia informacji Prezesowi

[41] Art. 111 ust. 3 pkt 1 lit. f oraz pkt 3 lit. a uokik.

[42] Zob. szerzej A. Piszcz, *Zasady ustalania wysokości kar pieniężnych według projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 1(2), s. 42.

[43] Art. 106 ust. 2 uokik.

[44] Art. 108 uokik.

UOKiK o art. 10 ust. 9 (nowy przepis związany z tzw. środkami zaradczymi) oraz art. 28 ust. 3. Ponadto z art. 106 ust. 2 została usunięta budząca kontrowersje przesłanka nakładania kar pieniężnych na przedsiębiorcę polegająca na niewspółdziałaniu w toku kontroli prowadzonej w ramach postępowania (pkt 3). Nowe przesłanki zawarte w punktach 3 i 4 dotyczą uniemożliwiania lub utrudniania rozpoczęcia lub przeprowadzenia kontroli na podstawie art. 105a lub art. 105i oraz uniemożliwiania lub utrudniania rozpoczęcia lub przeprowadzenia przeszukania na podstawie art. 91 lub art. 105n. W ten sposób wyeliminowane zostało źródło sporów pomiędzy przedsiębiorcami a Prezesem UOKiK o interpretację przesłanki w postaci „niewspółdziałania", w tym o to, kiedy rozpoczyna się „tok kontroli"[45].

Więcej zmian zostało wprowadzonych do art. 108 dotyczącego kar pieniężnych za naruszenia proceduralne nakładanych na podmioty inne niż przedsiębiorca. Z art. 108 ust. 1 dotyczącego kar pieniężnych nakładanych na osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy usunięty został punkt 3 odnoszący się do osoby, która „nie udzieliła informacji lub udzieliła nierzetelnych lub wprowadzających w błąd informacji żądanych przez Prezesa Urzędu na podstawie art. 50". Zmiana ta była potrzebna, gdyż art. 50 uokik dotyczy obowiązku udzielenia informacji przez przedsiębiorcę na żądanie Prezesa UOKiK.

Art. 108 ust. 2 w nowej redakcji dotyczy – tak jak ust. 1 – osób pełniących funkcję kierowniczą lub wchodzących w skład organu zarządzającego. Przesłanki ich odpowiedzialności są analogiczne do tych, które wprowadzono w art. 106 ust. 2 pkt 3 i 4. Z kolei w art. 108 ust. 3 podobne przesłanki odpowiedzialności wprowadzono odnośnie do innej kategorii podmiotów, tj. osoby upoważnionej przez kontrolowanego lub przeszukiwanego, o której mowa w art. 105a ust. 6, posiadacza lokalu mieszkalnego, pomieszczenia, nieruchomości lub środka transportu, o których mowa w art. 91 ust. 1. Z tej grupy podmiotów (uprzednio dotyczył jej art. 108 ust. 2) usunięto „osoby, o których mowa w art. 105a ust. 7", niebędące pracownikami kontrolowanego (przywołany świadek, którym powinien być funkcjonariusz publiczny, niebędący jednak pracownikiem organu przeprowadzającego kontrolę). Zmiana ta była potrzebna. Jak bowiem podkreślano już wcześniej w literaturze, rola osób przybranych jest z natury bierna, ich obecność w miejscu prowadzenia kontroli dość przypadkowa, a poza tym brak jest jakichkolwiek ich powiązań z kontrolowanym[46]. Zastrzeżenia budzą natomiast przykłady uniemożliwiania lub utrudniania rozpoczęcia lub przeprowadzenia kontroli bądź przeszukania, jakie podano w art. 108 ust. 3 pkt 1. Wskazano w nim niewykonywanie obowiązków, o których mowa w art. 105d ust. 1 lub w art. 105e ust. 1, podczas gdy nie wszystkie z tych obowiązków są adresowane do wystarczająco szerokiego kręgu podmiotów. Obowiązki z art. 105e ust. 1 odnoszą się bowiem tylko do kontrolowanego, a jego art. 108 ust. 3 pkt 1 nie dotyczy. Przepisom uokik można więc zarzucić niespójność w tym zakresie.

Dodany art. 108 ust. 4 zapobiega kumulacji kar pieniężnych w przypadku, gdy osoba wskazana w art. 108 ust. 3 jest jednocześnie osobą pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy. W takim przypadku podstawę nałożenia na nią kary pieniężnej przez Prezesa UOKiK stanowi art. 108 ust. 3, a nie art. 108 ust. 2.

W art. 108 dodano ponadto dwie nowe podstawy prawne nakładania kar pieniężnych – ust. 5 oraz ust. 6. Pierwszy z tych przepisów pozwala Prezesowi UOKiK nałożyć karę pieniężną

[45] Zob. wyr. SOKiK z 18.06.2014 r. (XVII AmA 145/11). Pobrano z: http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/154505000005127_XVII_AmA_000145_2011_Uz_2014-08-08_001 (20.01.2015).

[46] C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 992–993.

w wysokości do 20 000 zł na każdego, kto skopiował dokumenty zawierające informacje i dowody mające charakter oświadczenia przedsiębiorcy lub osoby zarządzającej występujących o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie oraz przedsiębiorcy lub osoby zarządzającej przystępujących do procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej – bez pisemnej zgody przedsiębiorcy lub osoby zarządzającej – lub wykorzystał informacje uzyskane dzięki dostępowi do tych dokumentów w innym celu, niż na potrzeby prowadzonego postępowania lub postępowania przed sądem prowadzonego w wyniku wniesienia środka odwoławczego w tej sprawie, z wyjątkiem wykorzystania tych informacji na potrzeby postępowania karnego lub karno-skarbowego. Z kolei ust. 6 wprowadza nowe zasady odpowiedzialności świadków, na których obecnie będzie można nałożyć karę pieniężną w wysokości do 5000 zł już nie tylko za nieuzasadnioną odmowę zeznań, ale także za nieusprawiedliwione niestawiennictwo. Zakresem podmiotowym ust. 6 objęto również biegłych (pkt 2), którzy mają ponosić odpowiedzialność za nieuzasadnioną odmowę złożenia opinii, nieusprawiedliwione opóźnienie złożenia opinii lub za nieusprawiedliwione niestawiennictwo na wezwanie Prezesa UOKiK.

2. Zmiany dotyczące kar pieniężnych za naruszenie obowiązku wykonywania orzeczeń

Wprowadzono też dwie istotne zmiany do art. 107 uokik stanowiącego podstawę prawną **kar pieniężnych za naruszenie obowiązku wykonywania orzeczeń**. Katalog decyzji Prezesa UOKiK, których niewykonanie w terminie może skutkować nałożeniem na przedsiębiorcę kary pieniężnej, uległ poszerzeniu o decyzje wydawane na podstawie art. 27 ust. 2 uokik. W ten sposób usunięto ewidentną lukę, niepozwalającą nałożyć kary pieniężnej na przedsiębiorcę, który nie wykonywał nadającej się do wykonania decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzającej zaniechanie jej stosowania (określającej środki usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów lub nakazującej publikację decyzji w całości lub w części na koszt przedsiębiorcy). Zmiana ta poszerza jednocześnie zakres przedmiotowy art. 108 ust. 1 pkt 1, który odsyła do katalogu orzeczeń z art. 107.

Ponadto w art. 107 „zwłokę" zastąpiono „opóźnieniem". Obecnie Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorców, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 10 000 euro za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu orzeczeń. Zmiana została spowodowana sporami pomiędzy przedsiębiorcami a Prezesem UOKiK o znaczenie słowa „zwłoka". W jednym z orzeczeń sądowych pojawiło się kuriozalne stanowisko, zgodnie z którym odpowiedzialność z tytułu naruszenia obowiązków wynikających z przepisów uokik ma charakter odpowiedzialności obiektywnej, a zwłoka i opóźnienie (poza językiem prawa cywilnego) stanowią synonimy[47]. Po zmianie nie będzie budziło wątpliwości, że odpowiedzialność za niewykonanie w terminie orzeczeń jest odpowiedzialnością obiektywną. Natomiast całkowicie pominięto problem terminu wykonania tych decyzji Prezesa UOKiK, w przypadku których brak jest możliwości umieszczenia w nich składnika w postaci terminu. W poprzednim stanie prawnym art. 107 uokik, posługując się słowem „zwłoka", pozwalał uznać, że takie decyzje mogą być wykonane później niż w dacie ich uprawomocnienia się (o ile nie został im nadany rygor natychmiastowej wykonalności), tj. niezwłocznie, „bez nieuzasadnionej zwłoki"[48].

[47] Wyr. SA w Warszawie z 17.05.2012 r. (VI ACa 1428/11). Pobrano z: http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/154500000003003_VI_ACa_001428_2011_Uz_2012-05-17_001 (20.01.2015).

[48] Zob. np. wyr. SA w Warszawie z 3.04.2012 r., VI ACa 998/11, Lex nr 1163321.

Warto też dodać, że w poprzednim stanie prawnym ustawa nie stanowiła wprost czy można było nałożyć karę pieniężną na związek przedsiębiorców niewykonujący w terminie dotyczącej go decyzji. Zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. d przedsiębiorcą był również związek przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 2, ale wyłącznie na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Wątpliwości, czy art. 107 jest takim przepisem, nie były całkowicie pozbawione zasadności. Obecnie, choć niezbyt „zgrabnie", w art. 4 pkt 1 lit. d zapisano, że związek przedsiębiorców jest przedsiębiorcą na potrzeby wszystkich przepisów uokik, z wyłączeniem przepisów dotyczących koncentracji[49].

3. Zmiany dotyczące wykonania decyzji nakładającej karę pieniężną

Ustawą nowelizującą doprecyzowano pewne kwestie związane z **wykonaniem decyzji nakładającej karę pieniężną**. W art. 112 uchylono ustęp 1, który stanowił, że „[k]ary pieniężne, o których mowa w art. 106–108, są płatne z dochodu po opodatkowaniu lub innej formy nadwyżki dochodów nad wydatkami zmniejszonej o podatki". Ponadto w art. 112 dodano ust. 6 dotyczący zwrotu uiszczonej kary pieniężnej. Istotny walor porządkujący mają również zmiany art. 113, dotyczącego rozłożenia na raty kary pieniężnej oraz odroczenia jej uiszczenia. Dodano w nim ustępy 3–5 dotyczące odsetek od nieuiszczonej kwoty kary pieniężnej. Ponadto obecny ust. 2 podkreśla obowiązek zawarcia we wniosku uzasadnienia wskazującego ważny interes wnioskodawcy.

VII. Uwagi końcowe

Podsumowując, wyrażam pogląd, że można oczekiwać, iż niektóre z nowych rozwiązań doprowadzą do większej skuteczności egzekwowania zakazów wynikających z przepisów uokik, jeśli tylko będą one prawidłowo stosowane. Ustawa nowelizująca usuwa pewne luki w przepisach uokik i naprawia niektóre z błędów obarczających dotychczas uokik. Czyniąc to, ustawodawca posłużył się jednak kilkoma sformułowaniami, które mogą generować nowe problemy interpretacyjne. Co więcej, nowelizacja nie jest wyczerpująca. Niektóre problemy całkowicie pominięto w toku prac nad ustawą nowelizującą. Nie zwrócono uwagi m.in. na to, że na podstawie art. 106 i 107 uokik Prezes UOKiK może nałożyć karę pieniężną – odpowiednio – „na przedsiębiorcę" i „na przedsiębiorców" (dlaczego w jednym artykule liczba pojedyncza, a w drugim – liczba mnoga?). Zatem aby było możliwe pociągnięcie do odpowiedzialności przez Prezesa UOKiK podmiotu, który dopuścił się naruszenia, podmiot ten musi posiadać status przedsiębiorcy nie tylko w dacie naruszenia, ale również w dacie nałożenia na niego kary pieniężnej w drodze decyzji. W praktyce problem ten ujawniał się w postępowaniach z udziałem będących przedsiębiorcami osób fizycznych. W stosunku do tych stron postępowań, które zaprzestały prowadzenia działalności gospodarczej i zostały wykreślone z właściwej ewidencji bądź to przed wszczęciem postępowania przez Prezesa UOKiK, bądź też w czasie jego trwania, Prezes UOKiK na podstawie art. 105 § 1 KPA w zw. z art. 83 uokik umarzał postępowanie jako bezprzedmiotowe[50]. Stanowi to dowód istnienia ograniczenia skuteczności sankcji adresowanych do przedsiębiorców. Pominięto również fakt, że w przepisach uokik istnieją dwie różne podstawy prawne do nałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorcę, który dokonuje koncentracji pomimo zakazu jej dokonania – art. 106 ust. 1 pkt

[49] Zob. też M. Król-Bogomilska [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 1352, 1334.

[50] Zob. decyzje Prezesa UOKiK z 19.12.2008 r. (RKT-88/2008), z 8.12.2009 r. (RKT-35/2009) oraz z 27.09.2010 r. (RLU-16/2010).

3 oraz art. 107. Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie[51], przemyślenia wymagałoby (a nie pokuszono się o to w toku prac nad nowelizacją) czy właściwe jest określanie w przepisach uokik górnej granicy kar pieniężnych za pomocą tylu różnych określeń – przez odesłanie do określonej części obrotu przedsiębiorcy (rocznego, średniego rocznego z okresu trzech lat), do konkretnej kwoty, określonej za pomocą różnych walut (euro bądź złotych), do wielokrotności przeciętnego wynagrodzenia. To wszystko skłania do wniosku, że kolejna nowelizacja uokik powinna być poprzedzona systemową analizą regulacji prawnej kar pieniężnych[52]. Powinna ona prowadzić do gruntownego uporządkowania tej regulacji. Praktyka pokazuje, że usuwanie z niej pojedynczych rozwiązań, które się nie sprawdziły i dodawanie rozwiązań nowych skutkuje niestety powstawaniem ustawowego „patchworku", nowych luk i niespójności, a to z pewnością nie służy skuteczności regulacji prawnej kar pieniężnych.

[51] Zob. artykuł M. Modzelewskiej de Raad w niniejszym numerze iKAR.

[52] Podzielam w tym zakresie pogląd M. Modzelewskiej de Raad wyrażony podczas Konferencji „Znowelizowana ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – najważniejsze zmiany i kierunki dalszej modernizacji" 19.01.2015 r. w Warszawie. Zob. też A. Piszcz, *Sankcje*…, s. 18–19.

Konrad Kohutek*

Materialnoprawne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: postulaty modyfikacji oraz uwagi *de lege ferenda*

Spis treści

I. Uwagi wprowadzające
II. Definicja przedsiębiorcy a odesłanie do usług użyteczności publicznej
III. Porozumienia antykonkurencyjne
  1. Ustalanie minimalnych cen odsprzedaży (RPM)
  2. Skrócenie treści klauzuli generalnej zakazu porozumień antykonkurencyjnych oraz katalogu przykładów takich porozumień
IV. Nadużywanie pozycji dominującej
  1. Postulat rekonstrukcji domniemania posiadania pozycji dominującej
  2. Czy zwrot „skuteczna" konkurencja jest potrzebny w art. 4 pkt 10 zd. 1 uokik?
  3. Modyfikacja art. 9 ust. 2 zd. 1 uokik
  4. Czy zasadnym jest nadanie ustawowego charakteru przesłance obiektywnego uzasadnienia dla zachowania dominanta?
  5. Przeredagowanie art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik
  6. Czy należy zrezygnować z przesłanki uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści?
V. Zbiorowe interesy konsumentów
VI. Kontrola koncentracji przedsiębiorców
VII. Uwagi końcowe

Streszczenie

Niniejsze opracowanie zawiera ocenę wybranych unormowań materialnego prawa konkurencji pod kątem zasadności ich modyfikacji *de lege ferenda*. Zawarte w artykule propozycje mają charakter zmian zarówno o charakterze językowym lub konstrukcyjnym, jak i postulujące wprowadzenie nowych rozwiązań prawnych (np. w odniesieniu do antymonopolowej kwalifikacji wertykalnego ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży). Zasadniczy nacisk położony został na instytucję nadużywania pozycji dominującej oraz zakaz porozumień antykonkurencyjnych.

Słowa kluczowe: pojęcie przedsiębiorcy; minimalne ceny odsprzedaży; klauzula generalna zakazu porozumień antykonkurencyjnych; definicja pozycji dominującej; obiektywne uzasadnienie.

* Doktor hab. Profesor Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego; e-mail: kohutek@gmx.net.

I. Uwagi wprowadzające

Wprowadzanie zmian w materialnoprawnych unormowaniach prawa antymonopolowego (tzw. reguł konkurencji) jest bardziej problematyczne niż w przypadku modyfikacji reguł proceduralnych. Dzieje tak w szczególności z dwóch powodów natury faktycznej oraz prawnej. Po pierwsze, reguły materialne bezpośrednio oddziałują na zachowania rynkowe przedsiębiorców; dlatego też ich zmiany nierzadko mogą wymagać od ich adresatów modyfikacji codziennych praktyk biznesowych (w tym strategii), treści zawartych kontraktów itp. Dostosowanie się do nowych rozwiązań materialnych może być więc procesem bardziej wymagającym i skomplikowanym niż „adaptacja" znowelizowanych procedur. Po drugie, swoboda krajowych ustawodawców w zakresie możliwości zmian ich narodowych reguł konkurencji jest ograniczona przez przepisy prawa unijnego (co odnosi się zwłaszcza do zakazu porozumień antykonkurencyjnych[1]). Przede wszystkim ten drugi powód stanowi zasadniczą przeszkodę w możliwości wprowadzania obszernych – w tym daleko idących – zmian krajowych przepisów w obszarze materialnego prawa konkurencji. W związku z tym nie może dziwić fakt, iż nowelizacja polskiej ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. wprowadziła zmiany w zasadzie[2] wyłącznie w wymiarze proceduralnym (w tym obejmującym reguły nakładania oraz wymiaru kar). Na ustanawianie nawet istotnych zmian w krajowych przepisach dotyczących postępowań antymonopolowych oraz sądowej kontroli rozstrzygnięć Prezesa UOKiK dozwala nadto – wyraźnie potwierdzona w unijnej judykaturze – zasada autonomii proceduralnej[3]. Z kolei system oraz konstrukcja normatywna reguł konkurencji, jakie obowiązują w krajowych porządkach prawa konkurencji, opiera się na treści art. 101 i 102 TFUE (nierzadko stanowiąc jego wierne odwzorowanie).

Istnienie swego rodzaju **unijnego gorsetu normatywnego** ogranicza możliwości istotnych (systemowych) modyfikacji w zakresie zakazów ustanowionych w art. 6–9 uokik. Oczywiście nie wyklucza to możliwości wprowadzenia zmian o charakterze uzupełniającym, precyzującym (w tym usuwającym niespójności) czy też eliminującym wadliwe (w tym zweryfikowane przez praktykę) rozwiązania zawarte w krajowej ustawie. W każdym zaś przypadku – zatem niezależnie od „unijnych limitów" – możliwa (a nawet pożądana) jest dyskusja oraz refleksja nad efektywnością materialnych reguł prawa konkurencji, czyli także tych, których treść jest już od prawie 60 lat niezmienna (tj. obecny art. 101 i 102 TFUE). W końcu żaden przepis, nawet ten długowieczny i niejako zakorzeniony w tradycji normatywnej nie jest „nietykalny" (w szczególności w razie istnienia merytorycznych powodów przemawiających za jego jakościową korektą).

II. Definicja przedsiębiorcy a odesłanie do usług użyteczności publicznej

Refleksji wymaga konstrukcja definicji legalnej przedsiębiorcy w zakresie, w jakim odnosi się do podmiotów nieprowadzących działalności gospodarczej (art. 4 pkt 1 lit. a uokik). Przepis ten

[1] Krajowe reguły w tej materii nie mogą być bardziej restrykcyjne niż rozwiązanie przewidziane w art. 101 TFUE (zob. art. 3 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Rady UE nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu). Państwa członkowskie mają możliwość przyjmowania i stosowania na swoim terytorium bardziej restrykcyjnych krajowych przepisów prawnych dotyczących unilateralnych zachowań przedsiębiorców (w tym zwłaszcza tych posiadających pozycję dominującą); art. 3 ust. 2 zd. 2 rozporządzenia nr 1/2003.

[2] Do nielicznych wyjątków w tej materii należy choćby nadanie nowej treści art. 7 ust. 2 uokik poprzez wprowadzenie tzw. czasowych granic tolerancji obowiązywania przywileju *de minimis* w przypadku nieznacznego przekroczenia przez udział rynkowy stron porozumienia ustawowych progów; szerzej o wspomnianej regule czasowej tolerancji, zob. np. K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 2, Lex Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 305–307.

[3] Zob. np. pkt 64 wyr. Trybunału z dnia 7 grudnia 2010 r. w sprawie C-439/08 *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkers (VEBIC)*, Zb. Orz. 2010 I–12471.

obejmuje takie jednostki, które „organizują lub świadczą usługi o charakterze użyteczności publicznej". Tym samym dla uznania danego podmiotu jako przedsiębiorcy konieczne jest stwierdzenie, iż świadczone (organizowane) przezeń usługi (niebędące zarazem działalnością gospodarczą) są usługami użyteczności publicznej. Ustawa antymonopolowa nie definiuje tego pojęcia. Judykatura stosunkowo często się do niego odnosiła, nadając mu szerokie znaczenie[4], jakkolwiek nie ma w tej materii ujednoliconej (spójnej) linii orzeczniczej (zob. też niżej).

Wątpliwości natury „legislacyjnej" mogą – w związku z treścią art. 4 pkt 1 lit. a uokik – rodzić się w szczególności na tle interpretacji tego przepisu, jaka przyjęta została przez Sąd Najwyższy w jednym z nowszych wyroków. Sąd ów poszedł w kierunku zawężającego rozumienia pojęcia usługi użyteczności publicznej, nakazując przedmiotowe usługi ograniczać do tych wiążących się „z zaspokajaniem takich potrzeb ludności, które powinny być zaspokojone we współczesnym państwie, ponieważ są to potrzeby elementarne w dzisiejszych warunkach cywilizacyjno-kulturowych oraz społeczno-gospodarczych"[5]. W konkluzji sąd ów wywiódł, iż – w związku z art. 4 pkt 1 lit. a uokik – ustawa antymonopolowa swym zakresem nie obejmuje każdej działalności Skarbu Państwa oraz jednostek budżetowych, nawet jeśli działalność ta jest „relewantna rynkowo". Choć zwrot ów nie jest jednoznaczny, to jednak jego brzmienie świadczy, a co najmniej sugeruje, iż chodzi o taką działalność danej jednostki, która może mieć wpływ na funkcjonowanie określonego rynku (i z tego względu jest „rynkowo relewantna"); w związku z tym dana działalność może zarazem (choćby pośrednio) oddziaływać na panujące na danym rynku warunki konkurencji. Jednakże – jak to wynika z interpretacji SN – mimo odznaczania się taką cechą, dana działalność nie jest objęta kontrolą antymonopolową[6] (z tego powodu, iż działalność ta nie będzie się mieścić w ramach pojęciowych działalności/usługi użyteczności publicznej). Z językowego punktu widzenia taka wykładnia art. 4 pkt 1 lit a uokik jest zarazem dopuszczalna, gdyż treść tego przepisu wyraźnie odnosi się usług użyteczności publicznej; tym samym konstatacja, iż określona działalność danego podmiotu nie mieści się w pojęciu takiej usługi (nie będąc zarazem działalnością gospodarczą w rozumieniu art. 2 usdg) uprawnia przyjęcie, iż podmiot ją wykonujący nie jest przedsiębiorcą. W takim jednak wypadku dyskusyjne staje się czy wskazana wykładnia jest funkcjonalnie spójna z zasadniczym celem ustawy antymonopolowej, tj. zapobieganiem (zwalczaniem) zakłóceń konkurencji niezależnie od statusu formalno-organizacyjne i/lub majakowego podmiotu, którego zachowania takie zakłócenia wywołują lub mogą wywoływać[7]. W doktrynie nie ma wątpliwości, iż intencją ustawodawcy, konstruującego szeroką definicję przedsiębiorcy było objęcie reżimem antymonopolowym działalności wszystkich podmiotów, o ile tylko działalność ma (lub może mieć) wpływ na rynek i tym samym konkurencję[8]. Z punktu widzenia legislacyjnego można by się więc zastanowić czy konieczne jest odwoływanie się do pojęcia „usługi użyteczności publicznej" w art. 4 pkt 1 lit. a uokik. Tym bardziej, że interpretacja tego pojęcia – zwłaszcza po wydaniu powoła-

[4] Zob. np. wyr. SOKiK z 1 grudnia 2004 r., XVII Ama 70/03, Wokanda 2005, Nr 11, s. 53; wyr. SOKiK z 20 marca 2008 r., XVII Ama 78/07 (niepubl.), wyr. SN z dnia 9 marca 2006 r., I CSK 135/05, OSNC 2006, nr 12, poz. 205; wyr. SN z dnia 3 września 2009 r. III SK 9/09.

[5] Wyr. SN z dnia 15 października 2014 r. III SK 61/13.

[6] Zob. K. Kohutek, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2014 r. III SK 61/13*, Lex 2014.

[7] Zob. też dyskusję nad zasadnością stosowania reżimu antymonopolowego (w tym jego niewyłączania) w stosunku do NFZ i ZUS zawartą w artykule autorstwa M. Kolasińskiego, *Stosowanie prawa konkurencji w odniesieniu do działalności podmiotów wykonujących zadania publiczne w oparciu o zasady solidaryzmu społecznego – różnice w polskim i unijnym podejściu*, iKAR 2014, nr 6(3), s. 38–51.

[8] Zob. G. Materna [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 73 oraz cyt. tam literatura; E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 79; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa…*, s. 121.

nego wyroku przez SN – nie jest jednolita[9], co może utrudniać ustalenie czy dany podmiot jest, czy też nie jest przedsiębiorcą.

Warto w tym kontekście dodać, iż w niektórych innych krajowych ustawach antymonopolowych zawarto bardziej ogólne („pojemne") konstrukcje definicyjne dotyczące ich podmiotowego zakresu zastosowania[10], gdyż nie odwołujące się do pojęcia „usługi użyteczności publicznej" (lub podobnej).

III. Porozumienia antykonkurencyjne

1. Ustalanie minimalnych cen odsprzedaży (RPM)

Przemyślenia wymaga prawo porozumień wertykalnych, w szczególności rozwiązania dotyczące ustalania cen odsprzedaży towarów i/lub usług: RPM (*Resale Price Maintenance*). Nie ma, a przynajmniej nie powinny zachodzić wątpliwości, iż tego rodzaju praktyki mogą (w zależności od okoliczności rynkowych) wywoływać na rynku różne skutki, tj. antykonkurencyjne lub prokonkurencyjne lub też mające znikomy (negatywny czy pozytywny) wpływ na konkurencję, jaka ma być chroniona w interesie publicznym. W tym zakresie (zwłaszcza zagraniczna, ale także krajowa) doktryna prawa i ekonomii konkurencji zawiera liczne opracowania potwierdzające zasadność (prawdziwość) powyższej tezy[11].

W związku z tym nie można aprobować prawidłowości analogicznego klasyfikowania wszystkich wertykalnych porozumień ustalających minimalne (sztywne) ceny odsprzedaży. Porozumienia te – tak jak horyzontalne porozumienia cenowe, podziałowe czy też zmowy przetargowe – kwalifikowane są jako mające na celu ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 6 ust. 1 uokik. Takiej kwalifikacji dokonał Sąd Najwyższy[12]. Również w doktrynie można się spotkać ze stanowiskiem opowiadającym się za zaliczeniem RPM do katalogu porozumień zakazanych ze względu na cel[13]; jakkolwiek prezentowane są także poglądy odmienne[14].

Przyjęcie, że dane porozumienie jest zakazane ze względu na cel w praktyce oznacza podleganie zakazowi *per se*[15]. Taka reguła nie jest prawidłowa, generuje bowiem wysokie ryzyko

[9] Zdaniem SN, usługi użyteczności publicznej to usługi, „które związane są z zaspokajaniem takich potrzeb ludności, które powinny być zaspokojone we współczesnym państwie, ponieważ są to potrzeby elementarne w dzisiejszych warunkach cywilizacyjno-kulturowych oraz społeczno-gospodarczych". Można mieć wątpliwości czy status tego rodzaju „elementarnej usługi" w społeczeństwie ma np. udostępnianie urządzeń obsługi żeglugi rzecznej, a tym bardziej organizacja i realizacja współzawodnictwa sportowego i nadawania klubom sportowym licencji. Takie usługi zostały zaś w dotychczasowym orzecznictwie uznane za mające status „usługi użyteczności publicznej" w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a uokik; zob. wyr. SOKIK z dnia 16 listopada 2005 r. XVII Ama 97/04, Dz. Urz. UOKiK z 2006 r. nr 1, poz. 106 oraz wyr. SA w W-wie z dnia 4 grudnia 2007 r. VI ACa 848/07, Legalis.

[10] Zob. np. art. 2 czeskiej ustawy z dnia 4 kwietnia 2001 r. o ochronie konkurencji, który przez pojęcie „przedsiębiorców" rozumie osoby fizyczne lub osoby prawne (…), o ile uczestniczą w konkurencji lub też ich działalność może mieć wpływ na konkurencję, nawet jeśli nie prowadzą działalności gospodarczej; zob. też np. §2 ust. 2 estońskiej ustawy z dnia 5 czerwca 2001 r dotyczącej konkurencji, który stanowi, iż jej przepisy odnoszące się do przedsiębiorców znajdują także zastosowanie do jednostek rządowych lub lokalnych, osób prawnych prawa publicznego oraz innych osób wykonujących zadania publiczne (administracyjne), pod warunkiem, iż uczestniczą w rynku.

[11] Zob. G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, University of Oxford, Oxford 2011, s. 314–318; *Resale Price Maintenance* 2008, DAF/COMP(2008)37, publikacja OECD, s. 10–11. Pobrano z: www.oecd.org; B.Y. Orbach, *Antitrust vertical myopia: the allure of high prices*, „Arizona Law Review" 2008, No. (50), s. 267–287; T.A. Lambert, *Dr. Miles is Dead. Now What?: Structuring a Rule of Reason for Evaluating Minimum Resale Price Maintenance*, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 2008-25, s. 4–18; A. Zawłocka-Turno, B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży jako porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel (przedmiot) w prawie unijnym*, RPEiS 2011, z. 4, s. 72–74; D. Aziewicz, *Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji*, iKAR 2013, nr 3, s. 15–18.

[12] Zob. zwłaszcza wyr. SN z dnia 23 listopada 2011 r., III SK 21/11, OSNP 2012, nr 21–22, poz. 276 (sprawa *Röben Ceramika Budowlana*).

[13] Tak np. A. Stawicki, *Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek*, iKAR 2012, nr 1(1), s. 15.

[14] Zob. np. Ł. Grzejdziak, *Zakaz ustalania cen odsprzedaży towarów. Warunek sine qua non efektywnej konkurencji czy nieproporcjonalne ograniczanie wolności gospodarczej?*, [w:] W. Szwajdler, H. Nowicki (red.), *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, Wydawnictwo „Dom Organizatora", Toruń 2009, s. 133; J. Fidała, *Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych*, iKAR 2012, nr 3, s. 42.

[15] W szczególności z uwagi na wysokie trudności dowodowe w wykazaniu (przez przedsiębiorcę – zob. art. 8 ust. 2 uokik) przesłanek zastosowania indywidualnego wyłączenia RPM z zakazu (art. 8 ust. 1 uokik). Jak dotychczas ani w polskiej, ani w unijnej praktyce nie odnotowano przypadku skutecznego zastosowania art. 8 ust. 1 uokik/art. 101 ust. 3 TFUE w odniesieniu do „legalizacji" wertykalnego ustalania minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży.

fałszywych pozytywów, czyli antymonopolowych ingerencji w porozumienia, które nie ograniczają konkurencji za szkodą dla konsumentów (zatem nie naruszają interesu publicznego, o jakim mowa w art. 1 ust. 1 uokik[16]). Uznanie, że porozumienie jest zakazane ze względu na cel zwalnia organ antymonopolowy z obowiązku udowadniania antykonkurencyjnych skutków danego porozumienia; te zaś w (wystarczająco licznych) przypadkach nie występują w przypadku RPM (jak np. w odniesieniu do RPM stosowanych w ramach systemu franczyzy usługowej[17]). W odniesieniu do aktualnych rozwiązań dotyczących RPM nie jest spełniona swego rodzaju meta-reguła uzasadniająca prawidłowość obowiązywania reguły zakazu *per se*, czyli założenie, iż dana praktyka zawsze (tj. w każdych okolicznościach rynkowych) lub prawie zawsze powoduje antykonkurencyjne skutki[18]. Przede wszystkim z tego powodu – tj. występowania (ekonomicznego potencjału występowania) także prokonkurencyjnych skutków RPM – kilka lat temu w amerykańskim prawie antytrustowym zmieniono podejście do oceny takich praktyk z reguły zakazu *per se* na regułę rozsądku[19].

Wprawdzie obowiązywanie w prawie polskim (także unijnym) wskazanej wyższej (zbyt) restrykcyjnej reguły w stosunku do RPM nie wynika z treści określonego przepisu prawa, lecz przede wszystkim z (nieprawidłowej) interpretacji art. 6 ust. 1 uokik; ta zaś mogłaby zostać zmieniona, czyniąc interwencję ustawodawczą niekonieczną[20]. Niezależnie od tego **rekomendować należy – co najmniej podjęcie dyskusji – nad złagodzeniem antymonopolowego reżimu dotyczącego RPM**.

Do rozważenia są w szczególności dwie (alternatywne lub koniunktywne) rozwiązania, tj. po pierwsze, objęcie RPM jako całej kategorii zakresem zastosowania reguły *de minimis*[21] i/lub po drugie, skonstruowanie przesłanek pozwalających na odróżnienie RPM antykonkurencyjnych od tych nieograniczających konkurencji (zrestrukturyzowana reguła rozsądku), a ściślej przesłanek pozwalających na ustalanie jakie RPM należy prawidłowo klasyfikować jako te zakazane ze względu na cel, a jakie ze względu na skutek (w tym drugim wypadku konieczne więc będzie dokonanie analizy *ad casum*).

W kontekście poszerzenia zakresu zastosowania reguły *de minimis* warto wskazać, iż w nowym zawiadomieniu *de minimis*[22] Komisja wprost wskazuje, że (m.in.) w razie braku przekroczenia progu 5% przez łączny udział stron porozumienia[23], porozumienia te „zwykle nie wchodzą w zakres zastosowania art. 101 ust. 1 Traktatu, nawet jeśli mają na celu zapobieganie, ograniczanie lub

[16] Zob. też wyr. SN z dnia 14 maja 2014 r., III SK 44/13; z wyr. tego wynika, iż nie wszystkie przypadki wertykalnego ustalania cen odsprzedaży naruszają interes publiczny; zob. szerzej, K. Kohutek, *RPM nie zawsze godzą w interes publiczny: bliżej zindywidualizowanego podejścia do wertykalnego ustalania cen odsprzedaży? Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2014 r. III SK 44/13*, iKAR 2014, nr 6(3), s. 118–122.

[17] Czemu wszak przeczy decyzja Prezesa UOKiK z dnia 25 czerwca 2013 r. Nr DOK-1/2013 w sprawie Sfinks; zawarte w niej argumenty oraz wysoce formalistyczna metodyka antymonopolowej oceny ujednolicania cen posiłków oferowanych w restauracjach prowadzonych (także w ramach franczyzy) pod marką Sphinx budzi poważne zastrzeżenia; szerzej o krytyce tej decyzji, zob. K Kohutek, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2014 r. III SK 44/13*, Lex 2014.

[18] Szerzej na temat tej meta reguły – jej systemowym uzasadnieniu oraz przykładach prawidłowego zastosowania, zob. np. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012, s. 197–202.

[19] Wyr. Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych (*Supreme Court of the United States*) z dnia 28 czerwca 2007 r. w sprawie *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007).

[20] W szczególności w drodze podważających ją wyroków Sądu Najwyższego kreujących nową – linię orzeczniczą wyznaczającą ramy analityczne, prawidłowego – tj. bardziej zindywidualizowanego (zob. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa*…, s. 272) – podejścia w stosowaniu zakazu z art. 6 ust. 1 uokik do RPM.

[21] Taki postulat *de lege ferenda* został już wyrażony w polskim piśmiennictwie; zob. np. A. Zawłocka-Turno, B. Turno, *Ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży*…, s. 86–87.

[22] Zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*) (2014/C 291/01).

[23] Zob. zwłaszcza pkt 53 wytycznych Komisji dotyczących pojęcia wpływu w rozumieniu art. 81 i 82 Traktatu (2004/C 101/07).

zakłócanie konkurencji”[24]. Z kolei w odniesieniu do wspomnianego wyżej postulatu konstruowania przesłanek ewaluacji RPM pomocne mogą być okoliczności, jakie wypracowano w sprawie *Leegin* (tzw. *Leegin factors*)[25]. Chodzi tu o takie przypadki (przesłanki), jak po pierwsze, brak stosowania RPM przez dostawców na znaczącej części rynku; po drugie, brak inicjowania RPM przez dystrybutorów (antykonkurencyjny charakter RPM jest bardziej prawdopodobny, gdy jest ono inicjowane przez detalistów-dystrybutorów – podobne stanowisko prezentuje także Komisja[26] – oraz po trzecie, brak posiadania przez dostawcę lub dystrybutora pozycji dominującej. Udowodnienie (także przez przedsiębiorcę[27]), iż przypadki te wystąpiły łącznie mogłoby (powinno?) determinować brak naruszenia przez RPM zakazu z art. 6 ust. 1 uokik lub przynajmniej brak zasadności klasyfikacji RPM jako zakazanego ze względu na cel w rozumieniu tego przepisu[28]. W ramach oceny RPM istotne znaczenie może mieć także bardziej generalne ustalenie, a mianowicie czy przedmiotem porozumienia są markowe produkty (*branded goods*); w takim bowiem wypadku obiektywnie występuje (z pewnością może występować) potrzeba ochrony marki dostawcy za pomocą RPM[29].

2. Skrócenie treści klauzuli generalnej zakazu porozumień antykonkurencyjnych oraz katalogu przykładów takich porozumień

Przedmiotem dyskusji można uczynić skrócenie treści przepisu ustanawiającego zakaz porozumień antykonkurencyjnych, przy czym chodziłoby tu zarówno o samą klauzulę generalną[30], jak i o katalog przykładów porozumień mogących naruszać ów zakaz[31].

Ze wspomnianej klauzuli wynika, iż porozumienie antykonkurencyjne – stąd *ex lege* zakazane – to takie, którego celem lub skutkiem jest „wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym”. Do rozważania jest usunięcie z jej treści takich zwrotów, jak „wyeliminowanie” oraz „naruszenie w inny sposób” jako mających określać negatywny wpływ porozumienia na konkurencję. Za taką modyfikacją przemawiać mogą następujące względy.

Po pierwsze – z zastrzeżeniem przypadku z art. 8 ust. 1 pkt 4 uokik[32] – w pozostałych przepisach ustawy mowa jest tylko o ograniczaniu konkurencji. Ponadto także w doktrynie i orzecznictwie powszechnie używa się takiego terminu – jak choćby na określenie wynikającej z art. 6 ust. 1 uokik dystynkcji – na porozumienia zakazane ze względu na cel oraz te zakazane ze względu na skutek – „tylko” – ograniczający konkurencję[33]. Po drugie, pojęcie ograniczenia konkurencji swym zakresem przedmiotowym obejmuje również stan „wyeliminowania” konkurencji stanowiący

[24] Zob. pkt 4 *in fine* zawiadomienia Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*) (2014/C 291/01).

[25] Zob. też; T.A. Lambert, *Dr. Miles is Dead. Now What?*…, s. 29–30; zob. też S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurements*, Sweet & Maxwell, London 2010, s. 203.

[26] Komisja, stwierdzając, iż RPM „może jednak nie tylko ograniczać konkurencję, ale także, w szczególności gdy jego motorem jest dostawca, może prowadzić do wzrostu efektywności”; pkt 225 *in principio* wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych (2010/C 130/01); Dz. Urz. UE C 130 z 19.05.2010, s. 1.

[27] Co wydaje się w praktyce łatwiejsze – w ogóle realne – niż wykazanie przez przedsiębiorcę łącznego spełnienia przesłanek wyłączenia indywidualnego z art. 8 ust. 1 uokik.

[28] Wówczas uznanie, że RPM objęty jest reżimem z art. 6 ust. 1 uokik wymagałoby od prezesa UOKiK udowodnienia, że praktyka ta wywołuje antykonkurencyjne (tj. negatywne dla konsumentów) skutki.

[29] W doktrynie antytrustowej podkreśla się, że cechą wspólną wszelkich argumentów – „legitymowanych wyjaśnień” (*legitimate explanations*) dla stosowania RPM jest to, iż dotyczą one tylko produktów markowych; B.Y. Orbach, *Antitrust vertical myopia*…, s. 287. Autor ów zauważa, zarazem, iż na rynkach niemarkowych produktów (*non-branded goods*), zazwyczaj najbardziej prawdopodobnym uzasadnieniem dla stosowania RPM jest zmowa na poziomie dostawców lub detalistów.

[30] Art. 6 ust. 1 zd. 1 uokik.

[31] Art. 6 ust. 1 pkt 1–7 uokik.

[32] Przepis ten jako czwartą przesłankę tzw. indywidualnego wyłączenia spod zakazu z art. 6 ust. 1 uokik wymaga, aby dane porozumienie nie stwarzało przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

[33] Zatem już bez dodawania, iż chodzi także o skutek eliminujący czy też w inny sposób naruszający konkurencję.

przejaw najdalej idącej ingerencji w konkurencję przez dane porozumienie[34]; trudno jednoznacznie stwierdzić, czy jest ono pojęciem szerszym czy też węższym od terminu „naruszenie" konkurencji, jakkolwiek znaczenie tego drugiego jest niejasne, bądź też definiowane w sposób dyskusyjny[35]. Po trzecie wreszcie, z praktycznego punktu widzenia – tj. na potrzeby ustalenia, że w danym wypadku doszło do naruszenia zakazu z art. 6 ust. 1 uokik – nie ma znaczenia czy stwierdzi się, że dane porozumienie eliminuje, ogranicza, czy też w inny sposób narusza konkurencję na rynku[36]. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK (jak i orzecznictwo) powszechnie używa zaś terminu „ograniczenie" konkurencji – który w doktrynie postrzega się jako „pojęcie podstawowe" w art. 6 ust. 1 uokik[37].

Art. 6 ust. 1 pkt 1–7 uokik przewiduje listę przykładów zachowań stanowiących (mogących stanowić) przejaw zawarcia porozumienia antykonkurencyjnego. Celem zamieszczenia przez ustawę określonego katalogu zachowań jest przede wszystkim zwiększenie pewności prawnej po stronie adresatów danego przepisu (tym bardziej gdy przewiduje on określony zakaz[38]) poprzez ułatwienie przedsiębiorcom identyfikacji zachowań (w danym wypadku porozumień), których zawarcie może stanowić naruszenie danego zakazu. Powyższego nie podważa fakt jedynie otwartego katalogu przykładów zachowań. Aby jednak dany katalog jak najlepiej pełnił swoją „informacyjną" funkcję, powinien on odpowiadać rzeczywistości, w tym sensie, iż powinien zawierać takie zachowania, które w obrocie gospodarczym faktycznie stanowią przejaw typowego naruszenia danego zakazu[39]. W odniesieniu do naruszeń zakazu z art. 6 ust. 1 uokik (ale także art. 101 ust. 1 TFUE) znajduje to swe pełne potwierdzenie w odniesieniu do takich zachowań, jak kartele cenowe lub kontyngentowe[40], kartele podziałowe[41], ograniczanie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom[42], zmowy przetargowe[43]. Takiego charakteru – typowego porozumienia antykonkurencyjnego[44] – nie ma ani porozumienia określone w art. 6 ust. 1 pkt 4 uokik (tzw. porozumienia dyskryminacyjne), ani w art. 6 ust. 1 pkt 5 uokik (tzw. porozumienia wiązane). Owszem przypadki dyskryminacyjnego traktowania kontrahentów przez co najmniej dwóch przedsiębiorców występowały w praktyce (i to relatywnie nie tak rzadko);, jednak w takich wypadkach najczęściej powoływanym przepisem („szczególnym") był art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik, czyli ten opisujący porozumienia, które utrudniają dostęp do rynku. Odnośnie do porozumienia o sprzedaży wiązanej nie jest znany mi ani jeden przypadek, w jakim Prezes UOKiK kwestionowałby naruszenie art. 6 ust. 1

34 Zob. np. A Jurkowska-Gomułka [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 262 K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa*…, s. 245.

35 Tj. jako podejmowanie takich środków, które wprawdzie nie skutkują bezpośrednim ograniczeniem swobody działań rynkowych przedsiębiorstw, lecz prowadzą do sztucznej zmiany warunków konkurencji, w sposób kolidujący z chronionym przez prawo systemem niezakłóconej konkurencji na rynku; tak np. V. Emmerich [w:] U. Immenga, E.-J. Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1, Kommentar zur Europäischen Kartellrecht*, C.H. Beck, München 2007, s. 185. Ograniczenia konkurencji nie można postrzegać (definiować) przez pryzmat ograniczenia swobody działania stron porozumienia (zob. też pkt 97 wyroku Trybunału z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie C-309/99 *J.C.J. Wouters i in.* v *Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Zb.Orz. 2002, s. I–1577).

36 Przepisy te mają bowiem zastosowanie bez względu na sposób, w jaki dana praktyka oddziałuje na konkurencję; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa*…, s. 246.

37 Ibidem.

38 Oraz gdy mogą występować przypadki, w których niejednoznaczne (problematyczne) jest ustalenie czy określone zachowanie (tu: porozumienie) stanowi naruszenie danego zakazu. Tak jest w odniesieniu do zakazu z art. 6 ust. 1 uokik.

39 W przeciwnym razie nie tylko realizacja tej funkcji będzie ograniczona, co wręcz przepis ów (konkretny – powołany w ramach danego przepisu – przykład określonego zachowania) może wprowadzać w błąd adresatów tego przepisu (zakazu) w przedmiocie zachowań, które obejmuje (zob. niżej).

40 Art. 6 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik.

41 Art. 6 ust. 1 pkt 3 uokik.

42 Art. 6 ust. 1 pkt 5 uokik.

43 Art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik.

44 Zob. np. A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 249 wskazujący, iż katalog ów jest otwarty obejmując wszak, „najbardziej typowe przykłady zakaźnych zachowań" oraz cyt. tam decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2007 r. DOK-99/2007.

pkt 5 uokik. Także w komentarzach do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie pojawia się jakikolwiek przykład decyzji tego organu powołującego się na takie naruszenie[45]. Pomijam zarazem zaczerpnięte z obrotu (orzecznictwa) przykłady sprzedaży wiązanej, które dotyczyły praktyk unilateralnych (jakkolwiek przytaczane w ramach komentarza do art. 6), czyli przypadki „wiązania" stosowanego przez dominanta (np. gminę)[46]. Jest to więc przejaw naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 4 uokik, a nie art. 6 ust. 1 pkt 5 uokk.

Dotychczasowa praktyka (zarówno krajowa, jak i unijna) potwierdza, iż dyskryminacja partnerów handlowych, a zatem ograniczanie konkurencji na rynku niższego szczebla (*downstream*), jak również sprzedaż wiązana (w tym pakietowanie produktów) były „domeną" przedsiębiorców dominujących, stanowiąc przejaw zachowań jednostronnych. Na gruncie art. 6 uokik nie ma wątpliwości, iż chodzi w nim wyłącznie o takie praktyki, które stanowią przedmiot porozumienia (z konkurentem względnie dystrybutorem) – jakkolwiek nie z klientem/konsumentem – co zatem dotyczy także zachowań z art. 6 ust. 1 pkt 4 i 5 uokik.[47]. Te dwa ostatnio powołane przepisy (a zwłaszcza art. 6 pkt 1 pkt 5 uokik) nie tylko więc nie oddają rzeczywistości rynkowej, lecz także mogą wprowadzać przedsiębiorców w błąd, sugerując, iż porozumieniem antykonkurencyjnym jest umowa, której zawarcie **każdy przedsiębiorca** uzależnia od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy (tzw. indywidualna sprzedaż wiązana[48]); tego rodzaju praktyka – o ile tylko nie jest stosowana przez dominanta – nie narusza ustawy antymonopolowej, a z zakazem porozumień antykonkurencyjnych z art. 6 ust. 1 zd.1 uokik objęta jest tylko wówczas, gdy stanowić będzie przedmiot uzgodnienia z innym przedsiębiorcą (jakkolwiek nie tym, który jest zainteresowany zawarciem umowy „wiążącej"), czyli zazwyczaj z konkurentem względnie z dystrybutorem.

Powyższe uwagi skłaniać mogą do rozważania wykreślenia z katalogu zawartego w art. 6 ust. 1 pkt 1–7 uokik zachowań określonych w art. 6 ust. 1 pkt 4 i 5 uokik, stanowiąc przejaw swego rodzaju dostosowywania treści przepisów prawa antymonopolowego do rzeczywistości rynkowej[49]. Warto dodać, iż taka zmiana w żadnym wypadku nie oznaczałaby legalizacji przypadków stosowania „kolektywnej" sprzedaży wiązanej czy też dyskryminacji; zachowanie te nadal podlegałyby zakazowi jakkolwiek na gruncie klauzuli generalnej z art. 6 ust. 1 zd.1 uokik. Zamieszczenie wskazanych w art. 6 ust. 1 pkt 4 i 5 uokk praktyk w katalogu zachowań mających stanowić przejaw typowych naruszeń zakazu porozumień antykonkurencyjnych – w konfrontacji z rzeczywistością rynkową – nie tylko nie spełnia swej informacyjnej („wyjaśniającej") funkcji, lecz także może jego

[45] Komentarz pod red. A. Stawickiego i E. Stawickiego (zob. pozycja cyt. w przyp. wyżej) w ogóle pomija skomentowanie porozumienia określonego w art. 6 ust. 1 pkt 4 uokik, co wobec znikomej doniosłości praktycznej tego przepisu niekoniecznie zasługuje na negatywną ocenę.

[46] Zob. np. C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 211–212; A. Jurkowska-Gomułka [w:] T Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 291.

[47] Zob. np. A. Jurkowska-Gomułka [w:] T Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 291; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa*…, s. 211–212; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa*…, s. 280–282.

[48] Literalna wykładnia art. 6 ust. 1 pkt 5 uokik potwierdza zasadność takiego zakresu zastosowania zakazu, jaki wynika z tego przepisu. Odczytując ów przepis łącznie z klauzulą generalną, dowiadujemy się, iż zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji, polegające na uzależnianiu zawarcia umowy (a zatem – zgodnie z art. 4 pkt 5a uokik – określonej formy porozumienia) od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy.

[49] W dacie uchwalania określonego aktu prawnego problematyczne może być przewidzenie jakie zachowania – niejako empirycznie – okażą się być najczęstszymi zachowaniami kolidującymi z danym przepisem (zakazem). Może to usprawiedliwiać – w istocie pracodawcę unijnego – który zdecydował się zamieścić w ówczesnym art. 85 EWG zachowania wskazanych w ust. 1 lit „d" i „e" tego przepisu („odpowiedniki art. 6 ust. 1 pkt 4 i 5 uokik). Przed blisko 60 laty można było nie przewidzieć, iż w praktyce rynkowej przypadki naruszeń zakazu porozumień antykonkurencyjnych poprzez dopuszczanie się zachowań opisanych w tych przepisach będą sporadycznie odnotowywane; to zaś pozbawia je statusu typowych naruszeń tego zakazu i tym samym zasadności ich „normatywnego wyróżnienia".

adresatów wprowadzać w błąd (zwłaszcza tych mniej zorientowanych w prawie antymonopolowym) co do zakresu przedmiotowego ich legalnych zachowań (porozumień).

IV. Nadużywanie pozycji dominującej

1. Postulat rekonstrukcji domniemania posiadania pozycji dominującej

W ostatnich latach stosunkowo często przedmiotem dyskusji objęta jest kwestia prawidłowości przypisywania pozycji dominującej przedsiębiorcy. W szczególności w kontekście bardziej ekonomicznego podejścia w stosowaniu reguł konkurencji wątpliwości może budzić traktowanie przedsiębiorcy jako dominanta wyłącznie w oparciu o kryterium wielkości udziału w rynku. Tymczasem bywało tak, iż Prezes UOKiK ograniczał swą ocenę tylko do analizy tego kryterium oraz wyłącznie na jego podstawie uznawał, że dany przedsiębiorca taką pozycję posiada[50]; w związku z tym nie było potrzeby sięgnięcia także do innych dowodów – okoliczności potwierdzających (wykluczających), iż dany przedsiębiorca może działać w istotnym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów[51]. Może bowiem zdarzać się tak, iż mimo posiadania wysokiego (a nawet bardzo wysokiego) udziału w rynku przez danego przedsiębiorcę nie należy przypisywać mu pozycji dominującej, gdyż (obiektywnie) nie dysponuje on wspomnianą (ekonomiczną) niezależnością[52].

W związku z powyższym, rozważenia wymaga nie tyle usunięcie odniesienia się do progu udziału rynkowego[53] w art. 4 pkt 10 zd.2 uokik[54], ile **chociażby przekształcenie zawartego w przepisie tym domniemania z „pozytywnego" na „negatywne"**[55]. To drugie oznacza domniemanie braku dominacji rynkowej w razie nieprzekroczenia przez udział w rynku progu 40%. Takie rozwiązanie deklaruje Komisja Europejska[56]. Można się z nim spotkać także w niektórych przepisach prawa krajowego[57]. W przypadku dokonania tego rodzaju rekonstrukcji omawianego domniemania, Prezes UOKiK – dla udowodnienia posiadania pozycji rynkowej przez przedsiębiorcę – nie mógłby już swej oceny ograniczyć do wskazania, że udział w rynku tego przedsiębiorcy przekracza próg 40%[58],

[50] Zob. np. a decyzję Prezesa UOKiK z dnia 31 stycznia 2014 r. nr DKK - 4/2014; decyzję Prezesa UOKiK z dnia 31 marca 2009 r. Nr RKR - 4/2009, decyzję Prezesa UOKiK z dnia 4 lipca 2012 r. nr DOK-4/2012.

[51] Czego wyraźnie wymaga definicja legalna pozycji dominującej (art. 4 pkt 10 zd. 1 uokik).

[52] Dobrze ilustruje to przypadek spółki Google, które nie tylko dysponuje (nie tylko w Polsce czy w UE) bardzo wysokim udziałem w rynku (wyszukiwarek internetowych), również lecz także na rynku tym występują bariery wejścia; mimo to nie należy temu przedsiębiorcy przypisywać pozycji dominującej (w rozumieniu prawa antymonopolowego) właśnie z uwagi na brak możliwości działania przezeń niezależnie od konsumentów i/lub konkurentów (a tym bardziej w znacznym stopniu niezależnie); szerzej o tym, zob. K. Kohutek, *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, EPS 2014, nr 10, s. 33–36; zob. też wyr. Sądu Apelacyjnego z 20.11.2008 r., VI ACa 704/08 (Dz. Urz. UOKiK 2009/2/16).

[53] Z racji braku determinującego (a tym bardziej wyłącznego) charakteru wielkości udziału rynkowego przy ocenie czy dany przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, niecelowe wydaje się zmienianie (w tym podwyższanie) progu, o jakim mowa w art. 4 pkt 10 zd. 2 uokik (mimo że np. w orzecznictwie unijnym próg ów wskazano na poziomie 50%). Jakkolwiek – przykładowo w prawie niemieckim (zatem obowiązującym na rynku krajowym, którego obszar jest o zbliżonej wielkości co Polska) – próg dominacji jest na jeszcze niższym poziomie, wynosząc 33,33%; zob. §19 pkt 3 niemieckiej ustawy o zwalczaniu ograniczeń konkurencji, który ustanawia domniemanie, iż przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku wynosi przynajmniej jedną trzecią.

[54] Przepis ten zwiększa bowiem pewność prawną. Uchylenie odniesienia się do udziału rynkowego mogłoby wywołać skutki odwrotne od zamierzonych, stwarzając po stronie przedsiębiorców obawę, że nawet mimo braku przekroczenia przez ich udział w rynku określonego poziomu, mogą zostać uznani za dominantów.

[55] Taka terminologia jest używana w doktrynie; zob. np. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa*…, s. 209.

[56] Zob. pkt 14 Komunikatu Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wykluczającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz. Urz. UE C 45 z 24.02.2009, s. 7).

[57] Zob. np. art. 10 ust. 3 czeskiej ustawy o ochronie konkurencji, zgodnie z którym – o ile nie zostanie dowiedzione inaczej, przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa o zbiorowej dominacji (*joint dominance*) powinny być uznawane ze nieposiadające pozycji dominującej, jeżeli jego/ich udział w rynku właściwym osiągnięty w badanym okresie nie przekracza 40%.

[58] Wykazanie bowiem tej okoliczności oznaczałoby jedynie brak zastosowania swego rodzaju „bezpiecznego portu" (*safe harbour*), wedle którego nieprzekroczenie przez udział rynkowy przedsiębiorcy co do zasady „chronić" go będzie przed ingerencją antymonopolową na gruncie art. 9 uokik bez względu na to jakie zachowania rynkowe (unilateralnie) podejmuje na rynku.

a bezwzględnie powinien sięgnąć także do innych jakościowych dowodów (argumentów[59]) świadczących o posiadaniu (lub o nieposiadaniu) takiej pozycji.

2. Czy zwrot „skuteczna" konkurencja jest potrzebny w art. 4 pkt 10 zd. 1 uokik?

Wątpliwości – zwłaszcza w kontekście spójności z innymi przepisami ustawy – może budzić użycie w definicji pozycji dominującej zwrotu „skuteczna" konkurencja[60]. Jest to zarazem jedyny przepis ustawy, w którym takie sformułowanie się pojawia. We wszystkich innych unormowaniach ustawa odnosi się już wyłącznie do samej „konkurencji", stanowiąc – najczęściej (zwłaszcza w przepisach materialno-prawnych) – o jej ograniczaniu, ale także o jej ochronie, eliminowaniu, rozwoju, przywracaniu. W przypadku zarówno zakazu porozumień antykonkurencyjnych, jak i kontroli koncentracji mowa jest wyłączenie o ograniczeniu konkurencji. Jednocześnie na gruncie tychże zakazów oraz zakazu nadużywania pozycji dominującej (której immanentną częścią jest ustawowa definicja tej pozycji) tożsama jest wartość podlegająca ochronie w interesie publicznym. Posłużenie się jedynie w art. 4 pkt 10 uokik określeniem, iż chodzić ma o konkurencję „skuteczną" może sugerować, że jest inaczej.

Punkt odniesienia powinien w tym wypadku stanowić przepis **art. 1 ust. 1 uokik** – nie tylko dlatego, że ma charakter ogólny, lecz także z tego powodu, iż determinuje on cele (aksjologię) ustawy antymonopolowej (w tym sposób interpretowania istoty konkurencji, jaką ma ona chronić[61]). Artykuł 1 ust. 1 uokik stanowi, iż ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji, mając to czynić w interesie publicznym, bez odnoszenia się czy chodzić ma o konkurencję skuteczną (czy w jakikolwiek inny sposób „dookreśloną"). Co więcej, także w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik mowa jest o przeciwdziałaniu warunków niezbędnych do wstania bądź rozwoju konkurencji.

Genezy dyskutowanego zwrotu należy doszukiwać się we wzorowaniu się przez polskiego prawodawcę na konstrukcjach z prawa unijnego – jakkolwiek w danym przypadku – prawotwórczego orzecznictwa sądów unijnych. W wyroku w sprawie *United Brands*[62] Trybunał wyjaśnił, jak należy rozumieć pojęcie pozycji dominującej w rozumieniu (obecnego) art. 102 TFUE, używając sformułowania „skuteczna konkurencja" (*effective competition*)[63]. W danym wypadku takie „automatyczne przekalkowanie" treści rozwiązań unijnych nie jest jednak właściwe – tym bardziej że w przypadku prawa polskiego – chodzi o zamieszczenie danego zwrotu w samej ustawie, zatem akcie prawnym, który powinien odznaczać się wewnętrzną spójnością oraz językową konsekwencją w zakresie używanych sformułowań[64].

Z tego powodu – ale także przez wzgląd na zachowanie „pełnej spójności aksjologicznej" przepisów ustawy antymonopolowej – rozważyć należałoby usunięcie terminu „skuteczna" z art. 4 pkt 10 uokik. Warto dodać, iż polskie orzecznictwo bliżej nie zajmowało się interpretacją

[59] Zob. też J. Matuszczak-Piasta, *Argumenty jakościowe stosowane przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK*, iKAR 2013, nr 5, s. 68–80.

[60] Zob. art. 4 pkt 10 *in principio* uokik. Zgodnie z tym przepisem pod pojęciem pozycji dominującej rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym (…).

[61] Zob. np. D. Miąsik, T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 34–41; K. Kohutek, *Naruszenie interesu publicznego a naruszenie konkurencji (na tle praktyk rynkowych dominantów)*, PiP 2010, z. 7, s. 48–56.

[62] Zob. pkt 65 wyr. Trybunału z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV* v *Komisja*, Zb. Orz. 1978, s. 207.

[63] *The dominant position referred to in this article relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition (…)*; pkt 65 wyr. cyt. w przypisie powyżej.

[64] Takie ścisłe rygory (jak w przypadku standardów legislacyjnych) nie odnoszą się zaś do orzecznictwa sądowego, którego język może korzystać z „przywileju większej swobody" w formułowaniu wypowiedzi.

tego zwrotu jako swego rodzaju „szczególnego przypadku/rodzaju konkurencji", w kontekście zarówno kwalifikowania danego przedsiębiorcy jako dominanta, jak i oceny jego zachowań jako nadużywania pozycji dominującej; dyskutowanemu zwrotowi nie można więc przypisywać określonego znaczenia analitycznego.

Prezentowany tu postulat nie podważa tezy, zgodnie z którą konkurencja, jaka powinna podlegać ochronie w interesie publicznym, jest to konkurencja skuteczna[65], czyli prowadząca do pożądanych skutków z punktu widzenia ekonomicznych interesów konsumentów. Z takiego założenia wychodzą także instytucje unijne (wskazując, iż celem także art. 101 TFUE jest ochrona „skutecznej konkurencji"[66]), jakkolwiek już nie dając temu wyrazu w treści powołanego przepisu rangi traktatu (podobnie w art. 102 TFUE). Co prawda o „skutecznej konkurencji" (*effective competition*) stanowią przepisy rozporządzenia Rady WE nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Czy miałoby to oznaczać, że na gruncie kontroli koncentracji przedmiotem ochrony ma być inny aspekt konkurencji (np. jej struktura podmiotowa) niż w przypadku zakazu nadużywania pozycji dominującej?[67].

3. Modyfikacja art. 9 ust. 2 zd. 1 uokik

Postulować należy zmianę treści art. 9 ust. 2 zd. 1 uokik. **Przepis ten stwierdza, iż „nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na (…)"**. Zawiera zatem kategoryczne sformułowanie, które wskazuje (a z pewnością sugeruje), iż każdy z przykładów zachowań wymienionych w art. 9 ust. 2 pkt 1–7 uokik narusza ustawę antymonopolową, o ile tylko spełnione zostały przedmiotowe przesłanki danego zachowania („typu nadużycia"), czyli np. dominant dopuścił się zachowania określonego w art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik (stosowanie cen rażąco niskich) albo w art. 9 ust. 2 6 uokk (narzucanie uciążliwych warunków umów, przynoszących dominantowi nieuzasadnione korzyści).

Jak to wynika z orzecznictwa, nie zawsze spełnienie przesłanek przedmiotowych danego typu zachowania determinuje jego kwalifikację jako nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 uokik z uwagi na brak naruszenia interesu publicznego[68]. W niektórych przypadkach ingerencja tego organu jest zbędna, a nawet niedopuszczalna, gdyż zachowanie dominanta nie narusza tego interesu[69] (zob. art. 1 ust. 1 uokik). Tym samym nieprawidłowe jest postrzeganie

[65] Zob. też D. Miąsik, T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 29, 30 (oraz cyt. tam literaturę), którzy wskazują, iż „generalnie przyjmuje się, że przedmiotem „ochrony konkurencji" na podstawie polskich ustawy antymonopolowych jest „skuteczna konkurencja".

[66] Zob. pkt 47 obwieszczenia Komisji – wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 TWE (Dz. Urz. UE C 101 z 27.04.2004, s. 97), w którym Komisja wskazuje, iż „celem art. 81 [obecnie art. 101] jest ochrona skutecznej konkurencji…" (*The purpose of Article 81 is to protect effective competition*…).

[67] W tym kontekście warto wskazać, iż za przejaw koncentracji, która nie tylko ogranicza konkurencję, lecz także ogranicza ją „istotnie" zarówno przepisy unijne, jak i krajowe (art. 18–20 uokik) uznają taką transakcję, której skutkiem jest powstanie lub wzmocnienie pozycji dominującej na rynku. Tymczasem na gruncie zakazu z art. 9 uokik (art. 102 TFUE) samo posiadanie takiej pozycji nie jest zakazane, gdyż w ogóle konkurencji nie ogranicza (a tym bardziej istotnie). Być może więc w świetle tego zakazu, który – podobnie jak zakaz z art. 6 ust. 1 uokik/art. 101 ust. 1 TFUE – nie przewiduje przesłanki „istotności" ograniczenia konkurencji, należałoby uznawać, iż chodzi w nim o inny aspekt konkurencji, czyli tej mającej stanowić finalny przedmiot ochrony antymonopolowej (jako mechanizm funkcjonowania rynku przynoszącego pozytywne skutki dla konsumentów w wymiarze ekonomicznym) – tzw. konkurencja skutkowa (zob. np. D. Miąsik, T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 31; E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa*…, s. 27; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa*…, s. 46–47). Interes publiczny (art. 1 ust. 1 uokik) będzie bowiem naruszony już tylko w razie „zwykłego" (a tym bardziej istotnego) ograniczenia konkurencji skutkowej przez praktyki dominanta (art. 9 uokik), podczas gdy – w przypadku koncentracji przedsiębiorców – o takim naruszeniu można by mówić już w razie samego naruszenia samej konkurencji podmiotowej/strukturalnej, jakkolwiek pod warunkiem, iż chodzić będzie wyłącznie o naruszenie „istotne". Propozycję takiej wykładni (zasadności) przesłanki „istotności" (ograniczenia konkurencji) z art. 18–20 uokik pozostawiam do dyskusji, jakkolwiek wydaje się ona tłumaczyć dlaczego w art. 9 uokik (ale także 6 uokik) ustawodawca nie używa już zwrotu „istotnego" ograniczenia konkurencji.

[68] Zob. np. wyr. Sądu Antymonopolowego z 20 V 2002, XVII Ama 91/01, Lex nr 55941, 29 Zob. wyr. Sądu Antymonopolowego z 22 V 2002, XVII Ama 55/01 cyt. za K. Kohutek, *Naruszenie interesu publicznego a naruszenie konkurencji*…, s. 51–54, a także zawarte tam uwagi na temat interpretacji interesu publicznego oraz selekcyjnej funkcji tej klauzuli (z art 1 ust 1 uokik) w kontekście zakazu nadużywania pozycji dominującej.

[69] Z nowszego orzecznictwa wynika wprost, iż naruszenie interesu publicznego stanowi jedną z koniecznych przesłanek stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej; zob. wyr. SN z dnia 12 kwietnia 2013 r., III SK 28/12, OSNP 2014, nr 4, poz. 63 („ogólnymi przesłankami zastosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w aspekcie przedmiotowym są: występowanie pozycji dominującej na rynku właściwym; nadużycie tej pozycji na rynku właściwym; interes publiczny w interwencji Prezesa Urzędu [podkreślenie K.K.] oraz brak uzasadnienia dla zakwestionowanego zachowania").

danego zachowania jako wspomnianego nadużycia (mimo że „przedmiotowo" spełnia przesłanki którejś z praktyk stypizowanych w art. 9 ust. 2 pkt 1–7 uokik, co w szczególności odnosi się do praktyk eksploatacyjnych, ale nie tylko[70]).

Mając to na uwadze *de lege ferenda* wskazane jest – literalnie nieznaczne, lecz merytorycznie istotne – przeformułowanie zwrotu zawartego w art. 9 ust. 2 zd. 1 uokik na stwierdzenie, iż „Nadużywanie pozycji dominującej może polegać w szczególności na…" (warto dodać, iż taką konstrukcję językową ma również art. 102 zd. 2 TFUE[71]). Postulat ów koresponduje także z – prawidłowym – podejściem w stosowaniu (także unijnego) zakazu nadużywania pozycji dominującej, zgodnie z którym na gruncie tego zakazu nie ma w zasadzie zachowań, które zawsze i w każdych okolicznościach rynkowych oznaczać będą jego naruszenie, tzw. nadużycia *per se* (*per se abuses*)[72].

4. Czy zasadnym jest nadanie ustawowego charakteru przesłance obiektywnego uzasadnienia dla zachowania dominanta?

Kontynuując wątek „poprawy normatywnej jakości" przepisów dotyczących zakazu nadużywania pozycji dominującej rozważania wymaga wprowadzenie w samej ustawie **ogólnej przesłanki egzoneracyjnej w postaci np. klauzuli „obiektywnego uzasadnienia"** praktyk dominanta. Dopiero w razie braku istnienia (udowodnienia) takiego uzasadnienia dla kwestionowanego zachowania tego przedsiębiorcy, uprawnione będzie stwierdzenie naruszenia zakazu z art. 9 uokik. Mimo że formalnie zakaz ów jest bezwzględny, gdyż przepisy prawa nie przewidują jego wyłączenia (niestosowania) – jak ma to miejsce w przypadku zakazu porozumień antykonkurencyjnych[73] – to jednak w orzecznictwie Sądu Najwyższego powszechnie aprobuje się stanowisko, zgodnie z którym nie ma podstaw do przyjmowania naruszenia tego zakazu w razie wykazania (przez dominanta[74]), że jego zachowanie jest (obiektywnie) uzasadnione[75]. Uwzględnienie przesłanki obiektywnego uzasadnienia dla zachowania dominanta, które w przeciwnym razie – tj. w braku takiego uzasadnienia – stanowiłyby nadużycie pozycji dominującej nie powinno budzić wątpliwości, będąc przesłanką (aksjologicznie oraz funkcjonalnie) prawidłowego stosowania zakazu z art. 9 uokik. Należy jednak zauważyć, iż zarówno tę okoliczność, jak i fakt dość powszechnej akceptacji tej przesłanki w judykaturze Sądu Najwyższego[76] można odczytywać dwojako – albo jako argument *de lege ferenda*, przemawiający za nadaniem tej przesłance charakteru normatywnego przez zamieszczenie jej w samej treści ww. przepisu (jak to ma miejsce np. w prawie niemie-

[70] Przykładem może tu być np. praktyka tzw. *margin squeeze*, czyli jednego z przejawów stosowania ceny nieuczciwej (*unfair price*), zob. np. pkt 167 wyroku SPI z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie T-271/03 w sprawie Deutsche Telekom. *Margin squueze* to wszak praktyka wykluczająca. Jak to wynika ze stanowiska Prezesa UOKiK, dla uznania ww. praktyki za nadużycie pozycji dokonującej konieczne jest nie tylko spełnienie niejako stricte przedmiotowych przesłanek tej praktyki, ale także wykazanie, że dominant praktykę tę stosuje w sposób trwały przez okres przynajmniej jednego roku; zob. Pismo UOKiK z dnia 26 czerwca 2012 r. (niepubl.) zamykające postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy zasady hurtowej sprzedaży paliw w Polsce naruszają przepisy uokik (odpowiedź na zawiadomienie Polskiej Izby Paliw Płynnych).

[71] Zgodnie z tym przepisem „nadużywanie takie może polegać w szczególności na…." (*such abuse may, in particular, consist in*…).

[72] Zob. np. R. Whish, który trafnie zauważa, iż na gruncie zakazu nadużywania pozycji dominującej (w tym wypadku unijnego z art. 102 TFUE), nie powinny występować reguły nadużycia *per se* (*no per se rules under Article 82*); R. Whish, *Competition Law*, 6th ed., Oxford University Press, Oxford 2009, s. 197; zob. też K. Kohutek. *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących*…, s. 216–218 oraz cyt. tam literatura.

[73] Zob. art. 7 i 8 uokik.

[74] Zob. wyr. SN z dnia 12 kwietnia 2013 r., III SK 28/12, w którym SN uznał, iż w zakresie przesłanki uzasadnienia dla kwestionowanego przez Prezesa UOKiK zachowania dominanta „ciężar dowodu spoczywa na przedsiębiorcy, któremu zarzuca się naruszenie art. 8 tej ustawy" (obecnie art. 9 uokik).

[75] Zob. wyr. SN z dnia 12 kwietnia 2013 r., III SK 28/12, w którym **SN wyraźnie inkorporował w ramy stosowania zakazu z art. 9 uokik przesłankę „braku uzasadnienia** dla zakwestionowanego zachowania" dominanta; z wcześniejszych orzeczeń, zob. np. wyr. SN z dnia 14 listopada 2008 r., III SK 9/08, Lex nr 479321; wyr. SN z dnia 13 maja 2008 r., III SK 30/07.

[76] Zob. wyroki cyt. w przypisie wyżej.

ckim[77]), albo wręcz przeciwnie, tj. jako argument przemawiający za utrzymaniem stanu jaki jest *de lege lata*[78].

5. Przeredagowanie art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik

Brzmienie **art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik** nie pozostawia wątpliwości, iż za normatywne przykłady ceny nieuczciwej ustawodawca uznał cenę „nadmiernie wygórowaną" oraz cenę „rażąco niską". Jednocześnie każdy z przejawów danego rodzaju ceny nieuczciwej zamieszczony został w tym samym przepisie, który **jako warunek jego naruszenia przewiduje przesłankę „narzucenia" przez dominanta takiej ceny**. O ile w kontekście zapobiegania (lub zwalczania) nadużyć eksploatacyjnych (czyli w relacji wertykalnej – w stosunku do klientów/kontrahentów dominanta) konstrukcja tej przesłanki nie budzi zastrzeżeń[79], o tyle staje się ona problematyczna w odniesieniu do stosowania art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik jako podstawy do interwencji antymonopolowej w tzw. drapieżnictwo cenowe (*predatory pricing*). To zaś jest przejaw praktyki wykluczającej (tj. wywołującej bezpośrednie skutki w płaszczyźnie horyzontalnej – w stosunku do konkurentów dominanta).

Kierując się czysto gramatyczną interpretacją art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik, podzielić należy stanowisko Sądu Najwyższego, który wskazał, iż „narzucanie cen nieuczciwych może mieć miejsce jedynie w odniesieniu do kontrahentów, a więc partnerów handlowych przedsiębiorcy dominującego lub konsumentów". Następnie sąd ów skonkludował, iż „nie można narzucić nieuczciwej ceny konkurentowi (nie będącemu jednocześnie nabywcą towarów dominanta), w ten sposób, że stosując określoną cenę zmusza się go do wprowadzenia innej ceny na własne towary, tak by móc sprostać konkurencji ze strony dominanta"[80]. Oznacza to, że w przypadku gdy o nieuczciwości ceny przesądzać ma jej rażąco niski poziom, bardziej prawidłowe byłoby użycie innego niż „narzucanie" – neutralnego – sformułowania, jakim jest np. „stosowanie" takiej ceny. Jak się wydaje, termin ów można byłoby odnosić zarówno do relacji horyzontalnych (w kontekście cen nadmiernie wygórowanych lub innego rodzaju cen nieuczciwych), jak i wertykalnych (na potrzeby ewaluacji drapieżnictwa cenowego), względnie – w szczególności z uwagi na fakt wypracowania już w orzecznictwie kierunków interpretacji przesłanki „narzucania" – termin „stosowanie" mógłby poprzedzać tylko zwrot „cen rażąco niskich" (jakkolwiek w takim wypadku należałoby przemyśleć całość brzmienia art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik pod kątem jego stylistyki oraz językowej poprawności). Oczywiście także *de lege lata* Prezes UOKiK dysponuje podstawą prawną do interwencji w ceny nieuczciwe w postaci cen rażąco niskich[81].

[77] Zob. §19 niemieckiej ustawy przeciwko ograniczeniom konkurencji, który to przepis, wymieniając przypadki zachowań unilateralnych stanowiących nadużywanie pozycji dominującej (*missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung*), wskazuje zarazem, iż jego naruszenie zachodzi jedynie gdy kwestionowane zachowanie dominanta podejmowane jest „bez rzeczowo uzasadnionego powodu" (*ohne sachlich gerechtfertigten Grund*), czy też zachowanie to nie jest „rzeczowo uzasadnione" (*sachlich gerechtferigt ist*).

[78] Gdyż wymóg uwzględnienia tej przesłanki wynika z utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, które sądy niższej instancji oraz Prezes UOKiK powinny respektować w swych wyrokach/decyzjach.

[79] Analogiczna przesłanka występuje w innej „szczególnej" podstawie prawnej ingerencji w praktyki eksploatacyjne dominanta, tj. w art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik.

[80] Wyr. SN z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011, nr 9–10, poz. 144.

[81] Taką podstawą może być w szczególności art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik (który zazwyczaj był powoływany przez organ antymonopolowy w związku z drapieżnictwem cenowym dominanta). Przepis ów dotyczy praktyk wykluczających, zakazując dominantowi takich zachowań, w drodze których przeciwdziała on ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

6. Czy należy zrezygnować z przesłanki uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści?

Jednym z przejawów nadużycia pozycji dominującej jest narzucanie przez dominanta uciążliwych warunków umownych przynoszących mu nieuzasadnione korzyści, o czym mowa w **art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik**. Z punktu widzenia aksjologiczno-funkcjonalnego pewne wątpliwości może budzić trzecia z przesłanek zawartych w tym przepisie, czyli wymóg uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści. O ile jednym z celów zakazu nadużyć eksploatacyjnych jest ochrona innych przedsiębiorców (kontrahentów, klientów) dominanta przed ich wyzyskiwaniem przez tego drugiego[82], o tyle przecież stan ów niejako materializuje się już w momencie spełnienia dwóch pierwszych z przesłanek z art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik, czyli przesłanki „narzucenia" oraz przesłanki „uciążliwości" warunków umownych. Jednocześnie brzmienie tego przepisu nie pozostawia wątpliwości, iż dla uznania, że dominant dopuścił się nadużycia pozycji dominującej konieczne jest łączne spełnienie wszystkich trzech zawartych w nim przesłanek, zatem także przesłanki uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści.

W związku z powyższym, rozważyć można by usunięcie z art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik przesłanki uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści. Zasadności tej propozycji nie powinien podważać fakt, iż w większości przypadków skutkiem narzucenia przez dominanta warunków uciążliwych danej umowy (jej wykonywania) jest zarazem uzyskiwanie przezeń nieuzasadnionych korzyści (tj. takich, jakich nie osiągnąłby na rynku konkurencyjnym). Mogą bowiem występować przypadki, w których przesłanka uzyskania przez dominanta takich korzyści nie wystąpi (nie zostanie udowodniona przez Prezesa UOKiK), co podważać będzie zasadność postrzegania zachowania dominanta za przejaw nadużycia pozycji dominującej – w oparciu o art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik – mimo że doszło (a z pewnością mogło dojść) do eksploatacji/wyzysku innych przedsiębiorców (zazwyczaj klientów/kontrahentów dominanta). Co prawda w takim wypadku ingerencja w zachowanie dominanta mogłaby nastąpić także w oparciu o ogólną podstawę, tj. klauzulę generalną z art. 9 ust. 1 uokik, nie pozbawia to jednak merytorycznej zasadności proponowanej tu modyfikacji art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik.

Warto na koniec zauważyć, iż – być może właśnie z racji konieczności udowodnienia przez Prezesa UOKiK faktu uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści – w ostatnich latach organ ów coraz częściej powoływał się na art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik jako podstawę prawną ingerencji w eksploatacyjne praktyki dominanta. Przepis ten – analogicznie jak art. 9 ust. 2 pkt 6 uokk – przewiduje przesłankę „narzucenia" (nieuczciwych cen lub innych warunków umownych), jednakże nie wymaga już warunku uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści. Możliwość „normatywnego omijania" przez Prezesa UOKiK wspomnianego warunku nie uzasadnia wszak utrzymywania w mocy przepisów, które wymagają korekty (a co najmniej wymagają jej rozważenia).

V. Zbiorowe interesy konsumentów

W odniesieniu do materialno-prawnych przepisów dotyczących zbiorowych interesów konsumentów, zasadne wydaje się **nieznaczne zmodyfikowanie definicji legalnej tej praktyki**. Zgodnie z art. 24 ust. 2 uokik przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy. Treść tego przepisu jednoznacznie wskazuje,

[82] T. Skoczny, I. Szwedziak-Bork [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 438, 439; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa*…, s. 430.

iż odnosić się on ma do „działania" przedsiębiorcy, które – o ile spełnia pozostałe przesłanki z tego przepisu – staje się praktyką *ex lege* zakazaną[83]. Literalna interpretacja tego przepisu nie pozostawia wątpliwości, iż status praktyki antykonsumenckiej może mieć tylko takie zachowanie przedsiębiorcy, które polega na działaniu. Tymczasem w obrocie przedsiębiorcy często stosują praktyki, które naruszają/mogą naruszać interesy konsumentów, mając wszak postać zaniechania. Typowym przykładem jest choćby niedopełnienie przez przedsiębiorców ciążących na nich obowiązków informacyjnych[84] (co także wprost wynika z przepisów uokik[85]). Co prawda również tego rodzaju zachowania – słusznie – były jak dotychczas przedmiotem ingerencji Prezesa UOKiK (mimo że art. 24 ust. 2 uokik stanowi tylko o „działaniu"[86]). Taka praktyka usankcjonowana została także przez orzecznictwo sądowe[87], które uwzględnia funkcjonalną wykładnię tego przepisu, jaka prezentowana jest w doktrynie[88].

Niezależnie od powyższego postulować należy literalne poszerzenie zakresu pojęciowego definicji praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów poprzez zastąpienie zwrotu „działanie" szerszym sformułowaniem, jak zwłaszcza „zachowanie" albo też zamieszczenie w treści art. 24 ust. 2 uokik również słowa „zaniechanie"[89]. Prezentowana (prawidłowo) w doktrynie interpretacja art. 24 ust. 2 uokik ma postać wykładni nie tyle funkcjonalnej, ile wręcz korekcyjnej, gdyż w istocie zmieniającej znaczenie zwrotu, który został użyty w ustawie, co do którego znaczenia nie ma większych wątpliwości na gruncie języka zarówno prawniczego, jak i nieprawniczego[90]. Uznawanie, że zwrot „działanie" obejmuje także zaniechanie jest – przynajmniej z czysto językowego punktu widzenia – interpretacją ewidentnie kolidującą z treścią tego przepisu.

VI. Kontrola koncentracji przedsiębiorców

Przepisy dotyczące kontroli koncentracji stanowią obszar, który został poddany dość istotnym modyfikacjom w drodze czerwcowej nowelizacji. Jakkolwiek także w tej dziedzinie zmiany dotyczyły przede wszystkim kwestii proceduralnych, a także związanych z zasadami kalkulacji obrotu. W obszarze materialnego prawa koncentracji – przez co rozumiem przede wszystkim przepisy określające co stanowi koncentrację[91] oraz determinujące, kiedy operacja ta jest (lub nie jest) antykonkurencyjna[92] – wspomniana nowela nie wprowadziła (w zasadzie[93]) żadnych zmian.

[83] Zob. art. 24 ust. 1 uokik.

[84] Zob. np. C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa*…, s. 400; D. Miąsik [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 753.

[85] Ustawowym przykładem zachowania stanowiącego przejaw praktyki naruszającej zbiorowy interes konsumentów jest naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji. W licznych przypadkach ten rodzaj praktyki materializować będzie się właśnie w powstrzymaniu się przez przedsiębiorcę od zaniechania (w tym przemilczenia) udzielania określonych informacji, które mogą być istotne dla konsumenta (w tym zwłaszcza na potrzeby podejmowania świadomej decyzji nabywczej).

[86] Zob. np. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 31 stycznia 2007 r., nr DDK -5/2007; decyzję Prezesa UOKiK z dnia 29 września 2006 r nr RLU-28/2006.

[87] Zob. np. wyr. SOKiK z dnia 18 kwietnia 2011 r. XVII Ama 162/09 niepubl; wyr. SOKiK z dnia 14 stycznia 2013 r. XVII Ama 85/11; niepubl.; cyt. za: D. Miąsik [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 753.

[88] Zob. np. D. Miąsik, *Ustawa*…, s. 753; M. Sieradzka [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa*…, s. 578, która konstatuje, iż „za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów może zostać uznane nie tylko działanie, lecz także jego zaniechanie"; tak również A. Wędrychowska-Karpińska, A. Wiercińska-Krużewska [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa*…, s. 537.

[89] Wówczas art. 24 ust. 2 uokik stanowiłby, iż przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy.

[90] Zgodnie z definicją słownikową (zob. M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, T. III, PWN, Warszawa 1981, s. 933) przez zaniechanie rozumie się „brak działania" zatem zachowanie, które stanowi zaprzeczenie „działania"; w tym kontekście (co najmniej) językowo niepoprawne jest przyjmowanie, iż działanie to także zaniechanie.

[91] Art. 13 ust. 2 uokik.

[92] Art. 18–20 uokik.

[93] Z wyjątkiem – w istocie proceduralnego rozwiązania – polegającego na możliwości utajnienia informacji dotyczących nałożenia na przedsiębiorcę wykonania warunków modyfikujących w decyzji zawierającej warunkową zgodę na koncentrację; zob. art. 19 ust. 4–6 uokik – które to ustępy dodano w drodze noweli.

Jeszcze przed wejściem w życie nowelizacji z 2014 r. w doktrynie postulowano wprowadzenie kilku zmian dotyczących przepisów materialnego prawa koncentracji przedsiębiorców (przy czym także po wejściu w życie tej noweli zmiany te są nadal proponowane *de lege ferenda*). Po pierwsze, podnosi się potrzebę zmiany tytułu działu ustawy dotyczącego koncentracji na „Nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców”[94]. Po drugie, negatywnie ocenia się brak definicji legalnej koncentracji na gruncie polskiej ustawy[95] (co przynajmniej sugeruje postulat wprowadzenia takiej definicji do przepisów krajowych, jak to ma choćby miejsce w przepisach unijnych). Po trzecie wreszcie, wprost proponuje się konieczność zawężenia zakresu przedmiotowego koncentracji mającej postać joint venture, postulując *de lege ferenda*, aby „obowiązek zgłoszenia utworzenia wspólnego przedsiębiorcy dotyczył tylko utworzenia wspólnego przedsiębiorcy o charakterze koncentracyjnym w pełny zakresie funkcji (…)”[96].

VII. Uwagi końcowe

Większość postulatów *de lege ferenda*, jakie zawarto w niniejszym opracowaniu, nie jest daleko idąca (systemowa), stanowiąc zazwyczaj propozycję modyfikacji (przeredagowania, skrócenia lub uzupełnienia) treści już istniejących unormowań. Bynajmniej nie oznacza to braku merytorycznego charakteru zmian, jakie poddano tu do dyskusji. Pewien wyjątek stanowią rozwiązania zmierzające do zmniejszenia restrykcji antymonopolowego reżimu dotyczącego minimalnych (sztywnych) cen odsprzedaży w relacjach wertykalnych, w odniesieniu do których proponuje się całkiem nowe (w porównaniu do stanu aktualnego) unormowania. Ramy niniejszej publikacji nie oznaczają zarazem braku istnienia, a w szczególności pojawienia się z biegiem czasu potrzeby dokonania bardziej „rewolucyjnych” zmian (w tym ustanowienia nowych instytucji) także w obszarze materialnego prawa konkurencji.

[94] T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 578 oraz cyt. tam literatura.

[95] Zdaniem T. Skocznego „niestety, tak jak OKiKU 2000, tak i OKiKU nie zawiera – ani w komentowanym rozdziale, ani w słowniczku ustawowym (art. 4) – legalnej definicji «koncentracji»”; T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 580.

[96] T. Skoczny, W. Podlasin [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 615.

Maciej Bernatt*, Bartosz Turno**

O potrzebie doskonalenia rozwiązań procesowych w znowelizowanej z dniem 18 stycznia 2015 r. ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Postulaty odnośnie do instytucji prawnych, które nie zostały wprowadzone lub znowelizowane w ustawie, a być powinny
  1. Zmiany odnoszące się do prawa do wysłuchania
    1.1. Uzasadnienie stawianych zarzutów
    1.2. Odpowiednie stosowanie przepisów kpc w postępowaniu przed Prezesem UOKiK
    1.3. Ograniczenie dostępu do uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK
  2. Rozprawa
  3. *Legal Professional Privilege*
III. Postulaty odnośnie do instytucji prawnych, które zostały w ustawie znowelizowane, ale wymagają dalszych udoskonaleń lub zmian
  1. Dobrowolne poddanie się karze pieniężnej – na wzór i podobieństwo unijnego *settlement*? Niekoniecznie
  2. Odpowiedzialność finansowa osób zarządzających – przystanek na drodze ku kryminalizacji karteli?
IV. Zakończenie

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest wskazanie niedostatków związanych z nowelizacją ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która weszła w życie w dniu 18 stycznia 2015 r. W pierwszej kolejności wskazane są instytucje prawne, które nie zostały uwzględnione (a powinny) w nowelizacji, takie jak: należyte zagwarantowanie stronie prawa do wysłuchania, zmiany w zakresie rozprawy administracyjnej oraz kwestia poufności komunikacji pomiędzy adwokatem/radca prawnym a klientem. Dodatkowo we wprowadzeniu wymienione zostały inne konieczne zmiany ustawowe. W drugiej części artykułu analizie poddane zostały instytucje wprowadzone do uokik na skutek nowelizacji (procedura dobrowolnego poddania się karze pieniężnej oraz odpowiedzialność finansowa osób zarządzających). Wskazując na wady w tym zakresie, autorzy starają się jednocześnie

* Doktor nauk prawnych; adiunkt w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW; sekretarz naukowy w Centrum Studiów Antymonopolowych UW; e-mail: mbernatt@wz.uw.edu.pl.
** Doktor nauk prawnych; LL.M. (King's College London); *Counsel* w dziale prawa konkurencji kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr; e-mail: Bartosz.Turno@wkb.com.pl.

przedstawić sposoby udoskonalenia tych instytucji poprzez zaprezentowanie postulatów *de lege lata* oraz *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe: prawo do wysłuchania; rozprawa administracyjna; poufność komunikacji pomiędzy wykwalifikowanym prawnikiem a klientem (Legal Professional Privilege); dobrowolne poddanie się karze; odpowiedzialność osób fizycznych.

I. Wprowadzenie

Nowelizacji ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik), która weszła w życie z dniem 18 stycznia 2015 r., przyświecało nie tylko podniesienie skuteczności Prezesa UOKiK w zakresie powierzonej mu misji, lecz także podniesienie poziomu gwarancji proceduralnych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK[1]. W istocie jednak – poza obszarem postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji – nowelizacja służy realizacji tylko tego pierwszego celu[2]. Stało się tak pomimo formułowanych zarówno przez doktrynę, jak i praktykę postulatów zmian uokik. W szczególności w trakcie prac nad nowelizacją Prezes UOKiK nie zdecydował się na rozszerzenie zakresu przedmiotowego nowelizacji, co mogłoby przyczynić się do zapewnienia wyższego poziomu respektowania sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu przed Prezesem UOKiK. Ponadto zmienione albo dodane nowelizacją przepisy, ze względu na przyjęte rozwiązania albo niedoskonałą treść, skutkować będą możliwością dalszego niesłusznego ograniczania gwarancji procesowych.

Niniejszy artykuł odnosi się do tych dwóch zagadnień. Po pierwsze wskazuje na dalsze konieczne zmiany uokik. Po drugie formułuje postulaty odnośnie do instytucji prawnych, które zostały w ustawie znowelizowane, ale wymagają dalszych udoskonaleń lub zmian.

Jeżeli chodzi o pierwszą część artykułu, to wskazane zmiany nie mają charakteru pełnego. Poza omawianymi zmianami w obszarze realizacji prawa do wysłuchania, instytucji rozprawy i *Legal Professional Privilege* rozważać też należy wprowadzenie innych zmian, które służyć będą sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu przed Prezesem UOKiK[3]. Chodzi tu m.in. o ustawowe zagwarantowanie wolności od samooskarżania się[4] i wprowadzenie w art. 50 uokik prawa do milczenia osoby zarządzającej, której stawiany jest zarzut naruszenia art. 6a uokik, rozszerzenie zakresu podmiotowego postępowania przed Prezesem UOKiK[5] oraz zmianę, martwego zresztą dziś, art. 91 uokik regulującego przeszukanie u osoby fizycznej[6]. Do rozważenia pozosta-

[1] Zob. uzasadnienie do projektu zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego z 30 sierpnia 2013 r., s. 42. Pobrano z: http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9F27C3A04DCCA6E8C1257BE3003730DF/%24File/1703.pdf. Stwierdzono tam, że „projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kładzie w szczególny sposób nacisk na wzmocnienie gwarancji praw przedsiębiorcy". Jedyną ważną zmianą służącą lepszej ochronie praw procesowych – poza obszarem kontroli koncentracji – jest wydłużenie terminu na złożenie odwołania od decyzji Prezesa UOKiK.

[2] W doktrynie wskazuje się, że podniesienie skuteczności Prezesa UOKiK w związku z wprowadzonymi zmianami nie jest pewne, zob. M. Martyniszyn, M. Bernatt, *On Convergence with Hiccups. Recent Amendments to Poland's Competition Law*, „European Competition Law Review" 2015, No. 1, s. 8–14.

[3] Odnośnie do innych postulowanych zmian o charakterze *de lege ferenda* i *de lege lata* zob. M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011, s. 324–330.

[4] Zob. szerzej na ten temat B. Turno, *Prawo odmowy przekazania informacji służącej wykryciu naruszenia reguł konkurencji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, RPEiS 2009, nr 3, s. 31–48.

[5] M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna*…, s. 153–167.

[6] Ibidem, s. 214–223.

ją także zmiany o charakterze instytucjonalnym służące większej niezależności i bezstronności Prezesa UOKiK[7].

Jeżeli chodzi o drugą część artykułu, to koncentruje się ona na instytucji dobrowolnego poddania się karze i procesowych aspektach odpowiedzialności osób zarządzających za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W doktrynie krytyczne poglądy są jednak również formułowane, jeżeli chodzi o nową instytucję *leniency plus* oraz zmiany ustawowe dotyczące kontroli i przeszukania[8].

II. Postulaty odnośnie do instytucji prawnych, które nie zostały wprowadzone lub znowelizowane w ustawie, a być powinny

1. Zmiany odnoszące się do prawa do wysłuchania

1.1. Uzasadnienie stawianych zarzutów[9]

Kluczowe znaczenie dla prawa do wysłuchania uczestników postępowania przed organem ochrony konkurencji ma dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu i innych czynnościach podejmowanych przez ten organ[10]. Informacja na temat stawianych stronom zarzutów od samego początku postępowania jest szczególnie ważna. Przekazanie takich informacji stwarza bowiem realną możliwość wypowiedzenia się oraz wpływa na zakres korzystania z innych uprawnień procesowych (np. dostępu do materiału dowodowego zawartego w aktach sprawy)[11].

Postępowanie wyjaśniające jest tym etapem postępowania przed Prezesem UOKiK, w trakcie którego zbierany jest materiał dowodowy. Wszczęcie merytorycznego postępowania, takiego jak postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję oznacza, że Prezes UOKiK dokonał wstępnego ustalenia naruszenia przepisów uokik[12]. Zatem w momencie wszczęcia takiego postępowania Prezes UOKiK posiada informacje, które świadczyć mogą o naruszeniu reguł konkurencji przez danego przedsiębiorcę. W związku z tym uzasadnione jest twierdzenie, że przedsiębiorcy, wobec których wszczynane jest postępowanie powinni uzyskiwać od Prezesa UOKiK postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego[13] nie tylko ze wskazaniem przepisów uokik, które są podstawą prawną stawianych zarzutów, lecz także z wyczerpującym (choć oczywiście wstępnym) uzasadnieniem podstaw prawnych i faktycznych stawianych zarzutów oraz z informacją o wysokości kary, grożącej przedsiębiorcy za to naruszenie[14].

[7] Zob. M. Bernatt, T. Skoczny, *Publicznoprawne wdrażanie reguł konkurencji w Polsce. Czas na zmiany?*, [w:] H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński (red.), *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 1–14.

[8] M. Martyniszyn, M. Bernatt, *On Convergence with Hiccups*…, s. 10–13.

[9] Niniejszy punkt artykułu stanowi powtórzenie tez formułowanych wcześniej przez M. Bernatta, które ze względu na brak nowelizacji uokik w tym zakresie, nie straciły na aktualności. Niniejszy punkt stanowi powtórzenie treści następujących publikacji: M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna*…, s. 106–114; M. Bernatt, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – potrzeba nowelizacji. Perspektywa sprawiedliwości proceduralnej*, iKAR 2012, nr 1, s. 92. Por. też M. Bernatt, Komentarz do art. 88, [w]: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, C.H. Beck, Wyd. II, Warszawa 2014 oraz M. Bernatt, *Can the right to be heard be respected without access to information about the proceedings? Deficiencies of national competition procedure*, YARS 2012, nr 5, s. 91–110.

[10] M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna*…, s. 102.

[11] M. Bernatt, A. Jurkiewicz-Wciślak, Komentarz do art. 74, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, Nb 7; B. Turno, *Termin na wniesienie odwołania od decyzji Prezesa UOKiK*, PPH 2008, nr 6, s. 21.

[12] Zob. art. 48 ust. 2 pkt 1 uokik.

[13] Art. 88 ust. 2 uokik.

[14] Postulaty w tym zakresie są już od kilku lat formułowane w doktrynie, zob. B. Turno, *Termin na wniesienie odwołania*…, s. 21–22; M. Kolasiński, *Influence of the General Principles of Community Law on Polish Antitrust Procedure*, YARS 2010, nr 3, s. 38; M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna*…, s. 106 i n.; R. Gago, P. 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*), iKAR 2013, nr 7, s. 45–50.

W uzasadnieniu powinna być również wskazana ta część materiału dowodowego w sprawie, która zawiera dowody ewentualnego naruszenia[15].

Dotychczasowa praktyka stosowania art. 88 ust. 2 uokik nie gwarantuje przedsiębiorcy uzyskania pełnej informacji o toczącym się przeciwko niemu postępowaniu (w momencie jego wszczęcia). Zdarza się bowiem, że postanowienie o wszczęciu postępowania zawiera tylko ogólne określenie zarzutu (poprzez powołanie podstawy prawnej) bez uzasadnienia w zakresie stanu faktycznego i prawnego. W decyzji z 8 grudnia 2009 r. Prezes UOKiK nie zgodził się z twierdzeniami dwóch stron postępowania zarzucającymi mu, że niewystarczająco precyzyjnie sformułował zarzuty w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego w przedmiotowej sprawie, co w ocenie przedsiębiorców miało ograniczyć ich prawo do obrony[16]. W ocenie Prezesa UOKiK było to stanowisko nietrafne, ponieważ w sprawie przedmiotem postępowania były praktyki nazwane, a „zarzut został sformułowany przez Prezesa Urzędu w sposób, który dokładnie odwzorowuje brzmienie przepisów obowiązującego prawa”[17]. Choć wydawane od pewnego czasu postanowienia zawierają szersze uzasadnienie stawianych zarzutów, to przekazywana informacja nie jest wciąż wystarczająca. Z całą pewnością nie przypomina zawartości ang. *statement of objection* (dalej: SO), które uzyskują przedsiębiorcy w postępowaniu przed Komisją. W tym świetle zasadne byłoby uzupełnienie treści art. 88 ust. 2 uokik o wyliczenie tych informacji, które powinno zawierać uzasadnienie o wszczęciu postępowania. Ciekawą propozycję nowelizacji art. 88 ust. 2 uokik zgłosili R. Gago i P. Rosiak[18]. Przyjąć należy również, że nowelizacja art. 88 uokik jest także konieczna w świetle potrzeby zapewnienia pełnego prawa do wysłuchania osobom fizycznym, wobec których na podstawie znowelizowanej uokik również wszczynane może być postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję.

Za koniecznością udostępniania przez Prezesa UOKiK pełniejszej informacji, nt. stawianych zarzutów w postanowieniu wydawanym na podstawie art. 88 ust. 2 uokik, przemawiają następujące argumenty. Po pierwsze, wskazuje na to wykładnia przepisów znajdujących zastosowanie w postępowaniu przed Prezesem UOKiK. Skoro bowiem na Prezesie UOKiK spoczywa obowiązek poinformowania o wszczęciu postępowania antymonopolowego[19], które kończy się decyzją wydaną na podstawie zarzutów, do których strony miały możliwość się ustosunkować[20] (art. 74 uokik), to – w świetle sformułowanej w art. 9 kpa ogólnej zasady informowania w postępowaniu administracyjnym – w doręczanym postanowieniu o wszczęciu postępowania konieczne jest wskazanie zarzutów wraz z ich uzasadnieniem faktycznym i prawnym[21]. Po drugie, wniosek taki płynie z orzecznictwa SOKiK, które, choć wydane na podstawie uokik z 2000 r., wciąż pozostaje aktualne: „postanowienie takie, dla zapewnienia stronom aktywnego udziału w postępowaniu, musi zawierać określenie jego zakresu, a więc wskazywać jakie działanie strony może

[15] Z perspektywy prawa do wysłuchania chodzi nie tylko o dostęp do akt sprawy jako takich, lecz także o dostęp do tej części akt, która stanowić może dowód w sprawie.

[16] Decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2009 r., DOK-7/2009. Pobrano z: www.uokik.gov.pl.

[17] Ibidem.

[18] R. Gago, P. Rosiak, *Uwagi dotyczące zakresu postanowienia o wszczęciu postępowania*…, s. 49.

[19] Art. 88 ust. 2 uokik.

[20] Art. 74 uokik.

[21] M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna*…, s. 107; odnośnie do obowiązków wynikających z art. 9 kpa por. G. Łaszczyca, Cz. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, T. I, komentarz do art. 1–103, Lex 2007, komentarz do art. 9 kpa, Nb 7 oraz J. Borkowski [w:] J. Borkowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 1989, s. 72–73.

naruszać normę oraz normę, która mogła być przez to działanie naruszona[22]". Podobne wnioski wyciągnąć można także z nowszego orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Warszawie[23]. Co istotne, sądy te podkreślają także – trafnie – że wymaga tego art. 6 ust. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPC)[24]. Po trzecie wzgląd na potrzebę zapewnienia podobnych standardów proceduralnych w postępowaniu przed Komisją i krajowymi organami ochrony konkurencji oznacza, że punktem odniesienia w zakresie uzasadniania postanowień o wszczęciu postępowania powinna być praktyka Komisji odnośnie do stosowania art. 27 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 i art. 10 rozporządzenia 773/2004 oraz orzecznictwo sądów UE. W orzecznictwie tym wskazano, że SO powinno określać podstawowe fakty (np. określenie sektora i rynku, którego naruszenie ma dotyczyć) i argumenty prawne oraz wyjaśniać, jakie wnioski Komisja zamierza z nich wyciągnąć[25]. Ma to pozwolić przedsiębiorcy na zidentyfikowanie zachowania, które Komisja wstępnie ocenia negatywnie[26].

1.2. Odpowiednie stosowanie przepisów kpc w postępowaniu przed Prezesem UOKiK[27]

W obecnie obowiązującej uokik przyjęto w pełni model postępowania inkwizycyjnego. To na Prezesie UOKiK, jako na organie administracji państwowej wszczynającym postępowanie, prowadzącym je i wydającym ostatecznie decyzję, spoczywa – w świetle art. 7 kpa[28] – ciężar dowiedzenia, że doszło do naruszenia reguł konkurencji. Stąd wątpliwości wzbudza brak nowelizacji art. 84 uokik, który przewiduje odesłanie w sprawach dotyczących dowodów art. 227–315 kodeksu postępowania cywilnego (dalej: kpc)[29] w zakresie nieuregulowanym w uokik[30]. Przepisy te zostały bowiem zbudowane na potrzeby procesu kontradyktoryjnego, a nie inkwizycyjnego. Najlepszym dowodem na ograniczoną możliwość stosowania wskazanych przepisów kpc w postępowaniu antymonopolowym jest art. 232 zd. 1 kpc, zgodnie z którym to strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. To tymczasem na Prezesie UOKiK – który nie jest przecież stroną postępowania – spoczywa obowiązek wskazywania dowodów, potwierdzających fakt naruszenia uokik. Przedsiębiorcy zaś mogą (ale nie muszą) wskazywać na okoliczności świadczące o niewystąpieniu naruszenia. Stosowanie kpc w postępowaniu dowodowym przed Prezesem UOKiK wywołuje również wątpliwości co do zakresu stosowania w tym postępowaniu art. 75–81 kpa (regulują one postępowanie dowodowe w kpa). Tymczasem przepisy te odgrywają rolę gwarancyjną w stosunku do zasad ogólnych kpa (w pełni stosowanych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK), szczególnie wobec zasady prawdy obiektywnej i zasady czynnego udziału strony w postępowaniu administracyjnym sformułowane

[22] Wyr. SOKiK 7.01.2004 r., XVII Ama 24/03, Wokanda 2005, nr 2, poz. 50. Zob. też wyr. SOKiK z 23.02.2004 r., XVII Ama 30/03, niepubl.; wyr. SOKiK z 23.07.2003 r., XVII Ama 94/02, Wokanda 2004, nr 7–8, poz. 89.

[23] Zob. wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4.07.2012 r., VI ACa 202/12. Pobrano z: http://orzeczenia.ms.gov.pl: „informacja 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".

[24] Wyr. SOKiK 7.01.2004 r., XVII Ama 24/03; wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4.07.2012 r. VI ACa 202/12.

[25] C-62/86 *AKZO* v *Komisja*, [1991] ECR I-3359, pkt 29; T-10/92 *Cimenteries CBR SA i inni* v *Komisja*, [1992] ECR II-571, pkt 33; T-191/98 *Atlantic Container Line AB i inni* v *Komisja*, [2003] ECR II-3275, pkt 113 i pkt 162; por. też C.S. Kerse, N. Khan, *EC Antitrust Procedure*, 5th Edition, Sweet & Maxwell, London 2005, Nb. 4–020.

[26] T-25/95 *Cimenteries CBR SA i inni przeciwko Komisji*, [2000] ECR II–491, pkt 476.

[27] Niniejszy punkt artykułu stanowi powtórzenie tez formułowanych wcześniej przez M. Bernatta, które ze względu na brak nowelizacji uokik w tym zakresie, nie straciły na aktualności. Niniejszy punkt jest w szczególności oparty na treści następujących publikacji: M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna*…, s. 125–131 oraz M. Bernatt, *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 93.

[28] Ustawa z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. Nr 30, poz. 168, ze zm.).

[29] Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296, ze zm.).

[30] Zob. art. 84 uokik.

w art. 7 i 10 kpa. Przy literalnej wykładni art. 84 uokik (którą należy odrzucić) można by dojść do wniosku, że art. 75–81 kpa nie znajdują zastosowania w tym postępowaniu przed Prezesem UOKiK. Tymczasem na przykład art. 81 kpa przewiduje fundamentalną zasadę, że okoliczność faktyczna może być uznana za udowodnioną, jeżeli strona miała możność wypowiedzenia się co do przeprowadzonych dowodów. Zatem, mając również na względzie zniesienie w uokik z 2007 r. możliwości wnioskowego wszczynania postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję[31], rozważyć należy albo uchylenie art. 84 uokik[32], albo wyraźne wyliczenie w nim tych przepisów kpc, których odpowiednie stosowanie jest przydatne w praktyce Prezesa UOKiK przy prowadzeniu postępowania dowodowego.

1.3. Ograniczenie dostępu do uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK

Analiza uzasadnień niektórych decyzji Prezesa UOKiK[33] prowadzi do wniosku, że istnieje potrzeba dodania do uokik przepisu, który regulowałby (na podobnej zasadzie, jak art. 69 ust. 1 uokik reguluje ograniczenie dostępu do akt sprawy) możliwość nieudostępnienia uzasadnienia decyzji stronom postępowania w całości, jeżeli w grę wchodzi konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa[34]. W obecnym stanie prawnym za podstawę do takiego ograniczenia trudno uznać art. 32 ust. 3 uokik (dotyczy on publicznej wersji decyzji) czy art. 71 uokik (dotyczy on faktycznego obowiązku chronienia i nieujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa przez pracowników UOKiK)[35]. Na podstawie zaś art. 69 uokik możliwe jest tylko ograniczenie dostępu do materiału dowodowego zawartego w aktach sprawy. Brak jest podstaw prawnych, by przepis ten stosować analogicznie do uzasadnień decyzji Prezesa UOKiK.

2. Rozprawa[36]

Możliwość bezpośredniego kontaktu pomiędzy osobami podejmującymi decyzję a podmiotami, których ta decyzja dotyczy gwarantuje ich pełne wysłuchanie oraz sprzyja lepszemu wyjaśnieniu sprawy. Pozwala także na sprawniejsze wyjaśnienie spornych okoliczności pomiędzy stronami postępowania. Przyczynić się może także do zaakceptowania przez strony ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy. Z tej perspektywy wątpliwości budzi brak nowelizacji art. 60 ust. 1 uokik, przewidującego, że Prezes UOKiK może w toku postępowania przeprowadzić rozprawę. Wśród komentatorów przeważa pogląd, że wyraźne uregulowanie w uokik instytucji rozprawy wyłącza możliwość zastosowania w postępowaniu przed Prezesem UOKiK art. 89 kpa[37]. Przyjmuje się zatem, że decyzja Prezesa UOKiK w zakresie zorganizowania rozprawy ma charakter uznaniowy, co jak się wydaje jest przyczyną jej rzadkiego organizowania. Rozprawa w postępowaniu przed

[31] Mogło to pierwotnie, ze względu na quasi-kontradyktoryjny charakter postępowania antymonopolowego, uzasadniać stosowanie przepisów kpc.

[32] W takiej sytuacji w zakresie nieuregulowanym w uokik znajdowałyby zastosowanie w sprawach dowodów wprost przepisy kpa (na podstawie art. 83 uokik).

[33] Zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 3.02.2011 r., DKK-12/2011. Pobrano z: www.uokik.gov.pl.

[34] M. Bernatt, *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 95.

[35] Ibidem.

[36] Niniejszy punkt artykułu stanowi powtórzenie tez formułowanych wcześniej przez M. Bernatta, które ze względu na brak nowelizacji uokik w tym zakresie, nie straciły na aktualności. Niniejszy punkt stanowi powtórzenie treści publikacji: M. Bernatt, *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 93–94; M. Bernatt, *Komentarz do art. 60*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 960–963. Zob. podobnie M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna*…, s. 134–144.

[37] Za brakiem możliwości zastosowania art. 89 kpa, ze względu na treść art. 83 uokik, opowiada się G. Łaszczyca, *Komentarz do art. 60*, [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck Warszawa 2009, Nb 4 oraz C. Banasiński i E. Piontek (red.), *Ustawa*, s. 659–660. Na odmiennym stanowisku stoi M. Sieradzka [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Lex, Warszawa 2006, s. 797. Na fakultatywny charakter rozprawy w uokik wskazuje także J. Krüger, *Komentarz do art. 60*, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 788–789. Podkreśla jednak, że w przypadku, gdy konieczne będzie przesłuchanie co najmniej dwóch świadków lub biegłych, Prezes UOKiK powinien decydować się na wyznaczenie rozprawy. Ich zdaniem przemawiają za tym praktyczne względy, przejawiające się w możliwości konfrontowania świadków, których zeznania sobie wzajemnie przeczą, czy też biegłych, którzy przedstawili rozbieżne opinie.

Prezesem UOKiK ma fakultatywny charakter nawet wówczas, gdy zachodzi potrzeba uzgodnienia interesów stron[38]. Potrzeba taka może mieć tymczasem miejsce na przykład w przypadku sprzeczności pomiędzy stanowiskami podmiotów objętych trybem darowania lub łagodzenia kar lub podmiotów, którzy tym trybem nie zostali objęci[39]. Obowiązek przeprowadzenia rozprawy w postępowaniu przed Prezesem UOKiK nie występuje również w przypadku przesłuchiwania świadków, w sytuacji gdy służyłoby to wyjaśnieniu sprawy. Uniemożliwić to może stronie bezpośrednie odniesienie się do zeznań świadka i zadawanie mu pytań zgodnie z art. 95 kpa. Mając to na uwadze, potrzebne jest doregulowanie instytucji rozprawy w uokik poprzez wskazanie przypadków, w których co do zasady powinna być ona zorganizowana. Oczywiście – nawet jeżeli do nowelizacji miałoby nie dojść – w pełni pozytywnie należy postrzegać zmianę praktyki Prezesa UOKiK w zakresie częstszego sięgania po rozprawę, np. w wypadku postępowania antymonopolowego dot. porozumień ograniczających konkurencję.

Częstsze organizowanie przez Prezesa UOKiK rozprawy odpowiadać będzie standardom przyjętym w postępowaniu przed Komisją. W postępowaniu przed KE analogiczną do rozprawy instytucją jest „wysłuchanie ustne" (*oral hearing*), uregulowane w art. 12 rozporządzenia 773/2004. W jego świetle obowiązek ustnego wysłuchania przez Komisję strony postępowania zachodzi, gdy zażąda tego strona. Wysłuchanie ustne nie ma więc charakteru fakultatywnego. W trakcie wysłuchania urzędnik ds. wysłuchania (*Hearing Officer*) może zezwolić na zadawanie pytań stronom, do których skierowano przedstawienie zarzutów, wnioskodawcom, innym osobom zaproszonym na przesłuchanie, służbom Komisji oraz organom państw członkowskich[40]. KE umożliwia także bezpośredni kontakt z urzędnikami prowadzącymi postępowanie, organizując nieformalne spotkania, tzw. *State of Play meetings*, w których mogą brać udział uczestnicy postępowania[41].

3. *Legal Professional Privilege*

Uznać należy, że w znowelizowanym uokik problemem pozostaje brak regulacji zasady *Legal professional privilege* (dalej: zasada LPP), określanej w języku polskim jako zasada ochrony poufności komunikacji pomiędzy wykwalifikowanym prawnikiem a klientem[42] lub również jako ochrona tajemnicy porady prawnej[43]. Nowelizacją dodano do uokik nowy art. 105q, który przewiduje odpowiednie stosowanie – w wypadku przeszukania w postępowaniu przed Prezesem UOKiK – art. 224 § 1, art. 225 i art. 226 kodeksu postępowania karnego (dalej: kpk)[44].

Rozwiązanie takie jest w istocie powtórzeniem rozwiązania przyjętego w uokik w wersji przed nowelizacją (przepisy uokik odsyłały wtedy ogólnie do przepisów kpk o przeszukaniu) i co najistotniejsze nie rozwiązuje dostrzeganych już przed nowelizacją problemów. Podkreślaliśmy już, że w nowelizacji nietrafnie zrezygnowano z próby pełnej regulacji LPP w uokik, co godzić będzie nie tylko w prawo do obrony przedsiębiorcy, lecz także w skuteczność czynności dochodzeniowych prowadzonych przez Prezesa UOKiK, a w konsekwencji w skuteczność egzekwowania

[38] Wystąpienie tej okoliczności przesądza, na gruncie przepisów kpa, o konieczności zorganizowania rozprawy.

[39] W wyr. z 19.12.1983 r., I SA 806/83 (pobrano z: http://orzeczenia.nsa.gov.pl), NSA podkreślił, że „wartość dowodowa oświadczeń obu stron o sprzecznych interesach jest jednakowo niepewna, wobec czego oświadczenie jednej strony nie może przemawiać za bezkrytycznym odrzuceniem przez organ oświadczenia strony przeciwnej". Dokonanie takiej oceny przez organ jest możliwe dzięki rozprawie.

[40] Art. 14 ust. 7 rozporządzenia 773/2004.

[41] Por. *DG Competition Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFUE*, pkt 2.11.

[42] Tak B. Turno [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o*…, s. 984–985, 1080 i n.

[43] Tak M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna*…, s. 229.

[44] Por. M. Bernatt, *Komentarz do art. 105q*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 1304–1306.

przestrzegania reguł konkurencji[45]. Po szczegółowej analizie wątpliwości interpretacyjnych, które wiązać się będą ze stosowaniem art. 105q uokik, sformułowaliśmy propozycję brzmienia nowego przepisu, która umożliwiłaby uniknięcie problemów, które będą występować na gruncie przyjętej przez ustawodawcę regulacji[46]. Podtrzymujemy w pełni nasze stanowisko. W tym miejscu należy tylko przypomnieć, że fundamentalnym problemem przyjętej regulacji jest to, że art. 105q ust. 3 uokik przewiduje odesłanie do stosowania art. 225 kpk tylko w przypadku przeszukania. Oznacza to, że w toku kontroli (która jest przez Prezesa UOKiK przeprowadzana znacznie częściej niż przeszukanie) dokumenty zawierające komunikację pomiędzy prawnikiem a klientem nie będą mogły podlegać ochronie w oparciu o art. 225 kpk. Drugą najbardziej wątpliwą kwestią jest zaś to, że odesłanie z art. 105q do art. 225 kpk w żaden sposób nie rozwiązuje problemu, jak interpretować i rozróżniać w postępowaniu przed Prezesem UOKiK pojęcia tajemnicy zawodowej (adwokackiej lub radcowskiej) i tajemnicy obrończej, a zatem czy w wypadku przeszukania prowadzonego przez Prezesa UOKiK odpowiednie zastosowanie miałby znaleźć tryb przewidziany w art. 225 § 1 czy w art. 225 § 3 kpk. Przyjęta regulacja powoduje, że w zależności od rodzaju oświadczenia złożonego przez przedsiębiorcę lub jego prawnika zastosowanie znajdzie albo tryb przewidziany w § 1 albo w § 3. Dodatkowo, w przypadku jednak stosowania art. 225 § 3 kpk SOKiK będzie miał możliwość dokonania oceny czy dane dokumenty na ochronę zasługują, tylko w wypadku złożenia oświadczenia przez samego przedsiębiorcę (nie zaś jego obrońcę).

III. Postulaty odnośnie do instytucji prawnych, które zostały w ustawie znowelizowane, ale wymagają dalszych udoskonaleń lub zmian

1. Dobrowolne poddanie się karze pieniężnej – na wzór i podobieństwo unijnego *settlement*? Niekoniecznie

Przede wszystkim należy sobie uświadomić, że instytucja dobrowolnego poddania się karze pieniężnej, przewidziana w przepisach art. 89a i 81 ust. 3a uokik, zasadniczo różni się od unijnej instytucji *settlement* uregulowanej w *Obwieszczeniu Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na mocy art. 7 i 23 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 w sprawach kartelowych*[47] oraz generalnie od anglosaskich *plea barging*[48], pomimo że instytucje te stanowiły inspirację dla „polskiego programu *settlement*"[49]. Ta zasadnicza różnica bierze się stąd, że zwłaszcza unijny *settlement* ma na celu uproszczenie oraz dzięki temu skrócenie i przyśpieszenie postępowania przed Komisją poprzez dobrowolne zrzeczenie się przez stronę części przysługujących jej praw procesowych (ustępstwa proceduralne), które stanowią swoisty „ciężar" dla organu i wydłużają oraz komplikują postępowanie. W modelu unijnym strona rezygnuje więc ze: szczegółowego SO i szczegółowej decyzji kończącej postępowanie, które to

[45] M. Bernatt, B. Turno, *Zasada legal professional privilege w projekcie zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 1, s. 17–30.

[46] Ibidem, s. 28–29.

[47] Dz. Urz. UE 2008/C 167/01. Na temat tego programu zob. np. W.P.J. Wils, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, „World Competition" 2008, nr 3, s. 335–352; A. Scordamaglia, *The new Commission settlement procedure for cartels: A critical assessment*, „Global Antitrust Review" 2009, nr 2, s. 61–91.

[48] Zob. np. A. O'Brien, *Cartel settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences and Remaining Questions*. Pobrano z: http://www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.htm.

[49] Szerzej na temat instytucji *settlement* w różnych systemach prawnych oraz korzyści i strat z nią związanych zob. E. Krajewska, *Settlement w świetle doświadczeń europejskich – w poszukiwaniu najlepszych rozwiązań*, iKAR 2012, nr 4, s. 57–76 oraz E. Krajewska, *Settlement w postępowaniu antymonopolowym – ekonomiczna analiza kosztów i korzyści z punktu widzenia przedsiębiorcy*, iKAR 2013, nr 1, s. 68–78.

dokumenty dodatkowo nie muszą być tłumaczone na inne języki niż uzgodniony oficjalny język; z ustnego wysłuchania; z pełnego dostępu do akt sprawy; zobowiązuje się nie kwestionować swojej odpowiedzialności w zakresie skrótowo opisanego naruszenia i jego celu/przedmiotu, głównych ustaleń faktycznych i ich prawnej kwalifikacji, w tym roli strony w naruszeniu oraz jego długości jej uczestnictwa w naruszeniu. Innymi słowy w stosunku do strony przystępującej do unijnego programu *settlement* wdrażana jest niejako procedura uproszczona w stosunku do normalnej procedury z pełnią przysługujących stronie praw procesowych. Tymczasem model przyjęty w Ustawie prowadzi do zwiększenia zakresu praw procesowych dla strony (za jej zgodą) z jednoczesnym założeniem, że przyczyni się to do uproszczenia i przyspieszenia postępowania (w tym przed Prezesem UOKiK), w sytuacji, w której i tak Prezes UOKiK musi przeprowadzić pełne postępowanie dowodowe. W polskim modelu Prezes UOKiK (i strona również) musi więc niejako wykonać więcej (zamiast mniej) i to ma w założeniu usprawnić i przyspieszyć postępowanie. Zatem podstawowe i niejako uproszczone postępowanie przed Prezesem UOKiK (z uwagi na niedostateczną nadal realizację wymogów sprawiedliwości proceduralnej), na skutek zastosowania programu dobrowolnego poddania się karze, staje się postępowaniem bardziej rozbudowanym, z większym zakresem praw procesowych przysługujących stronie.

Wydaje się, że kierunek zmian przyjętych w Ustawie powinien być jednak odwrotny. Ustawodawca najpierw powinien w drodze nowelizacji przyznać wszystkim stronom wszystkie podstawowe prawa procesowe (w szczególności wskazane w pkt. II.1–3 powyżej), a dopiero później wprowadzać procedurę *settlement*, w ramach której organ antymonopolowy przyznawałby stronom 10% redukcję kary pieniężnej w zamian za dobrowolne ustępstwa proceduralne stron, co skutkowałoby uproszczeniem i przyspieszeniem zwłaszcza postępowania antymonopolowego. Paradoksem jest więc, że program dobrowolnego poddania się karze wprowadza do postępowania przed Prezesem UOKiK wyższy (chociaż nadal niewystarczający) poziom gwarancji procesowych dla stron.

Po drugie, „polski *settlement*" charakteryzuje się bardzo szerokim zakresem przedmiotowym i podmiotowym. Ma on bowiem zastosowanie do wszelkich praktyk ograniczających konkurencję (naruszających przepis art. 6 lub 9 uokik lub przepis art. 101 ust. 1 lub 102 TFUE), a więc nie tylko do karteli (jak w prawie UE), lecz także wszelkich innych naruszeń horyzontalnych i wertykalnych, dopuszczonych przez przedsiębiorcę lub przez osobę zarządzającą oraz praktyk jednostronnych przedsiębiorcy w postaci nadużywania pozycji dominującej. Spod zakresu przedmiotowego wyłączone są sprawy naruszeń zbiorowych interesów konsumentów[50]. Tymczasem instytucja *settlement* ma największy sens (dla strony i zwłaszcza dla organu) w sprawach kartelowych w połączeniu z równoczesnym stosowaniem programu *leniency*, szczególnie wtedy, kiedy strona składa wniosek o obniżenie kary pieniężnej w ramach *leniency*[51]. W takiej sytuacji *settlement* daje stronie dodatkowe 10% obniżenia kary pieniężnej, a organowi (w połączeniu z dowodami uzyskanymi w ramach *leniency*) – szansę na jeszcze szybsze i łatwiejsze stwierdzenie kartelu. Warto również

[50] Tak również E. Krajewska, A. Piszcz, *Komentarz do art. 89a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 1102. Polska instytucja *settlement* nie znajduje zastosowania w sprawach antymonopolowych dotyczących kontroli koncentracji przedsiębiorców nie tylko dlatego, że nie nadaje się do zastosowania w tej kategorii spraw (tak słusznie E. Krajewska, A. Piszcz, *Komentarz do art. 89a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 1102) – co jest oczywiście prawdą – ale również dlatego, że przepis art. 89a ust. 1 jest zamieszczony w Ustawie w Dziale VI (Postępowanie przed Prezesem UOKiK), Rozdziale 2 (Postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję).

[51] Na gruncie uokik nie ma żadnych przeszkód, aby *settlement* i *leniency* stosować równocześnie w jednym postępowaniu w sprawach porozumień. Wręcz przeciwnie instytucja *settlement* oraz program *leniency* stanowią w sprawach kartelowych doskonałe wzajemne uzupełnienie (razem przyczyniając się do zwiększenia odstraszania) i tak też są stosowane przez Komisję (zob. pkt. 1 oraz 33 *Obwieszczeniu Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych*…). Innymi słowy *settlement* i *leniency* nie konkurują ze sobą, lecz uzupełniają się i harmonijnie ze sobą współgrają.

pamiętać, że nie każda sprawa (w tym kartelowa) nadaje się na stosowanie wobec niej procedury *settlement*[52], a do tego organ antymonopolowy musi przekonać wszystkie strony, aby przystąpiły do tej procedury. A więc również w przypadku „polskiego *settlement*" zdecydowanie zbyt szeroki zakres przedmiotowy (dodatkowo pokrywający się zakresem instytucji decyzji zobowiązującej[53]) może negatywnie wpłynąć na jego skuteczność. Dlatego też, z ww. powodów instytucja uregulowana w art. 89a i 81 uokik – pomimo pewnych analogii – nie powinna być utożsamiana z unijną instytucją *settlement*. *De facto* nie jest bowiem jej odpowiednikiem[54].

Zatem czy polski model *settlement* ma szansę osiągać swój ustawowy cel w postaci przyspieszenia postępowania (w tym postępowania antymonopolowego), a przez to ograniczenia kosztów regulacyjnych (szczególnych) zarówno po stronie Prezesa UOKiK, jak i strony i w konsekwencji zwiększenia poziomu odstraszania[55]? Można zasadnie w to wątpić[56]. Zastosowane procedury dobrowolnego poddania się karze będzie bowiem wymagało podjęcia przez Prezesa UOKiK dodatkowych czynności (niepodejmowanych w „zwyczajnym" postępowaniu antymonopolowym), tzn. poinformowania strony biorącej w niej udział o:

– wstępnych ustaleniach postępowania antymonopolowego dotyczących konkretnej strony (zatem informacja zawsze będzie musiała być zindywidualizowana na temat udziału tej strony w zarzucanej praktyce, a nie generalnie „o sprawie"),
– przewidywanej treści decyzji (również w odniesieniu do konkretnej strony postępowania);
– wysokości kary pieniężnej, która zostanie nałożona na stronę,
– skutkach wniesienia odwołania od decyzji (czyli o cofnięciu obniżenia kary pieniężnej przyznanego w ramach dobrowolnego poddania się karze).

Takie informacje będą musiały zostać przekazane stronie ponownie po zapoznaniu się przez Prezesa UOKiK z jej stanowiskiem[57], biorąc jednocześnie pod uwagę przedstawione przez stronę informacje i dowody. Dodatkowo po tym jak strona zapozna się z takimi ponownie przedstawionymi jej w trybie art. 89a ust. 6 uokik. informacjami, Prezes UOKiK jest zobowiązany do wezwania strony do zajęcia w wyznaczonym terminie (nie krótszym niż 14 dni) ostatecznego stanowiska w sprawie, w którym to stanowisku musi być zawarte oświadczenie strony o dobrowolnym poddaniu się karze pieniężnej oraz potwierdzenie: (i) wysokości kary pieniężnej zaakceptowanej przez stronę; (ii) poinformowania strony o zarzucanych jej naruszeniach i umożliwieniu zajęcia stanowiska, a także pouczenia o skutkach wniesienia odwołania wynikających z art. 81 ust. 3a uokik[58]. Ostateczne stanowisko strony jest uwzględniane w treści decyzji[59], z tym jednak zastrzeżeniem, że Prezes UOKiK może odstąpić od stosowania procedury w sprawie dobrowolnego poddania

[52] Decydujący wpływ na to czy sprawa nadaje się do *settlement* ma: ilość stron postępowania (im więcej stron, tym trudniej o przystąpienie wszystkich stron do *settlement*; jednocześnie nie ma sensu dla organu otwierania *settlement*, jeśli z góry wiadomo, że nie wszystkie strony do niego przystąpią; innymi słowy albo wszyscy, albo nikt); istniejące konflikty pomiędzy stronami (np. oskarżenia o to kto przymuszał innych do zawiązania lub wejścia do kartelu) lub konflikty w ramach jednego organizmu gospodarczego odnośnie do np. kwestii odpowiedzialności za nielegalne działania podmiotów zależnych.

[53] Na temat tej relacji zob. E. Krajewska, A. Piszcz, *Komentarz do art. 89a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 1102.

[54] Por. E. Krajewska, A. Piszcz, *Komentarz do art. 89a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 1101. Zob. także krytyczne uwagi Autorek na temat zapożyczenia z prawa karnego („dobrowolne poddanie się karze") nazwy instytucji uregulowanej w art. 89a i 81 uokik.

[55] Warto dodać, że zgodnie z deklaracjami twórców ustawy wyrażanymi w uzasadnieniu projektu jej nowelizacji, zasadniczym celem całej nowelizacji ustawy było uproszczenie, przyspieszenie i skrócenie procedur, w tym postępowania antymonopolowego, poprzez wprowadzenie instytucji dobrowolnego poddania się karze – zob. s. 1 oraz 22–24 uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej uokik. Pobrano z: http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9F27C3A04DCCA6E8C1257BE3003730DF/%24File/1703.pdf.

[56] Podobne wątpliwości wyraża również E. Krajewska, A. Piszcz, *Komentarz do art. 89a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 1104 oraz A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Wydawnictwo Temida 2, Białystok 2013, s. 197.

[57] Art. 89a ust. 6 uokik.

[58] Art. 89a ust. 8 pkt 1 i 2.

[59] Art. 89a ust. 9 uokik.

się karze pieniężnej na każdym etapie postępowania, jeśli uzna, że jej stosowanie nie przyczynia się do przyspieszenia postępowania[60].

Brak wiary w znaczące przyspieszenie postępowania przed Prezesem UOKiK znajduje również uzasadnienie w treści przepisu art. 89a ust. 1 uokik, zgodnie z którym inicjatywa rozpoczęcia procedury dobrowolnego poddania się karze ma miejsce przed zakończeniem postępowania antymonopolowego. Oczywiście na gruncie wykładni językowej można argumentować, że oznacza to również tyle, że z taką inicjatywą Prezes UOKiK (z urzędu lub na wniosek strony) może wystąpić również dzień po wszczęciu postępowania antymonopolowego. Niemniej jednak w ramach procedury dobrowolnego poddana się karze Prezes UOKiK przedstawia stronie (i to co najmniej dwukrotnie) wstępne ustalenia postępowania antymonopolowego dotyczące tej strony oraz przewidywaną treść decyzji, w tym wysokość kary pieniężnej[61]. Zatem oczywiste jest, że tego typu informacje będą mogły być rzetelnie przedstawione zasadniczo po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, a więc bliżej końca postępowania antymonopolowego niż jego początku[62]. Trudno bowiem zasadnie oczekiwać, że wszystkie dowody zawsze zostaną zebrane w toku postępowania wyjaśniającego. Zresztą na str. 27 Uzasadnienia do ustawy nowelizującej uokik wyraźnie stwierdza się, że „na etapie wszczęcia procedury Prezes UOKiK ma w posiadaniu w zasadzie kompletny materiał pozwalający mu na wydanie decyzji". Zatem w ramach postulatów *de lege ferenda* powinien znaleźć się postulat zmiany treści art. 89a ust. 1 tak, aby procedura dobrowolnego poddania się karze mogła być zainicjowana i zaproponowana wszystkim stronom po wszczęciu postępowania antymonopolowego albo najpóźniej po zebraniu wystarczającej ilości materiału dowodowego w toku tego postępowania. To wymagałoby jednak od Prezesa UOKiK znacznie bardziej intensywnej pracy na etapie postępowania wyjaśniającego[63] oraz wydawania i doręczania stronom postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, którego uzasadnienie w swojej treści i znaczeniu odpowiadałoby wydawanym przez Komisję SO.

W końcu, powstaje również pytanie, czy w ramach procedury dobrowolnego poddania się karze będzie realizowana główna korzyść dla strony, jaką jest formalny (a nawet także nieformalny – poprzez kontakty i spotkania z wyższymi przedstawicielami UOKiK i urzędnikiem prowadzącym postępowanie[64]) wpływ strony postępowania na treść decyzji stwierdzającej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję, w tym na wysokość kary pieniężnej (i jej podstawy), jaką Prezes UOKiK będzie chciał na nią nałożyć? Główną korzyścią dla strony z programu *settlement* nie jest przecież samo obniżenie kary o (zaledwie) 10%[65] zwłaszcza, że na etapie procedury odwoławczej możliwe jest niekiedy uzyskanie zmiany decyzji i znaczące obniżenie kary pieniężnej[66], a przypadki podwyższenia kary pieniężnej przez Sąd Apelacyjny w Warszawie (w stosunku do kary orzeczonej

[60] Art. 89a ust. 10 uokik.

[61] Art. 89a ust. 5 i 6 uokik.

[62] Tak również E. Krajewska, A. Piszcz, *Komentarz do art. 89a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 1104 oraz A. Maziarz, *Kilka uwag do projektu nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 7, s. 11. Przeciwnie jednak K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 885–886, który wydaje się jednak tutaj abstrahować od treści przepisu art. 89a ust. 5 i 6 uokik.

[63] Całość postępowania dowodowego musiałaby być przeprowadzona jeszcze przed wszczęciem postępowania antymonopolowego, co może jednak wzbudzać zasadne wątpliwości natury konstytucyjnej i konwencyjnej, jako że w toku postępowania wyjaśniającego nie ma przecież formalnie postawionych ani nawet sformułowanych zarzutów, przez co brak również w tym postępowaniu stron.

[64] Praktyka postępowań przed Komisją pokazuje, że prawo strony do obrony jest skuteczniej realizowane i argumenty strony znajduje lepsze zrozumienie w toku właśnie spotkań z *case-teamem* prowadzącym sprawę niż w toku formalnego publicznego wysłuchania.

[65] Obniżenie kary jedynie o 10% odzwierciedla i nawiązuje do skali oszczędności zasobów i czasu po stronie organu antymonopolowego związanych ze stosowaniem *settlement*. Poza tym większa redukcja kary pieniężnej w ramach *settlement* mogłaby negatywne wpływać na zachęty do korzystania z programu *leniency*.

[66] Szerzej K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji*…, s. 887.

przez SOKiK) są absolutnym wyjątkiem. Tymczasem wpływ na treść (uproszczonej) decyzji kończącej postępowanie, w tym na zakres odpowiedzialności, stwierdzony czas trwania porozumienia czy zakres domniemanych lub realnych szkód po stronie kontrahentów, czy finalnych konsumentów jest dla strony istotny choćby po to, aby uzyskać lepszą pozycję w ewentualnych procesach odszkodowawczych, w których treść decyzji i dowody przeciwko stronie wskazane w decyzji mają przecież kluczowe znaczenie. Procedura *settlement* jest więc *de facto* narzędziem utrudniania tzw. *follow-on action*, czyli wnoszeniu przez podmioty poszkodowane przez kartel pozwów o zasądzenie odszkodowania, mających oparcie w uprzedniej decyzji organu antymonopolowego stwierdzającej naruszenie prawa. Można mieć nadzieję, że przepisy art. 89a ust. 4, 6, 7 i 9 uokik, dające stronie prawo (kilkukrotnego) wyrażania stanowiska odnośnie do ustaleń poczynionych w postępowaniu przez Prezesa UOKiK, umożliwią właśnie taki wpływ na treści decyzji i przez to utrudnią wnoszenie pozwów odszkodowawczych. Prezes UOKiK uwzględnia bowiem w treści decyzji finalne stanowisko strony[67]. Ostatecznie jednak zakres wpływu strony na treść decyzji będzie zależał w dużej mierze od praktyki Prezesa UOKiK w zakresie stosowania przepisów art. 89a ust. 4, 6, 7 i 9 uokik[68].

Przepisy art. 89a ust. 1–12 uokik słusznie i prawidłowo zostały umiejscowione w Rozdziale 2 (Postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję) Działu VI (Postępowanie przed Prezesem UOKiK). Zarzuty, że powinny one się znaleźć w Dziale VII (Kary pieniężne) są nieuzasadnione. Przepisy art. 89a ust. 1–12 uokik nie dotyczą przecież wymierzania kar pieniężnych, lecz kwestii proceduralnych.

Przepisy art. 89a ust. 1–12 uokik są niestety źródłem wielu poważnych wątpliwości. Zawierają również luki. Praktyczne pytania powstające na tle ich stosowania sprowadzają się między innymi do skomplikowanych kwestii wynikających np. tzw. procedur mieszanych (hybrydowych), tj. wówczas, gdy ostatecznie tylko część stron postępowania bierze udział w procedurze dobrowolnego poddania się karze, ponieważ jedna ze stron zrezygnowała z udziału w tej procedurze (na skutek np. braku akceptacji poziomu kary pieniężnej). Czy w takiej sytuacji Prezes UOKiK powinien więc odstąpić od stosowania tej procedury (według zasady albo wszyscy, albo nikt)? Jeśli nie odstąpi, to jaki wpływ będzie miało uchylenie decyzji przez sąd na skutek odwołania wniesionego przez stronę nieuczestniczącą w procedurze dobrowolnego poddania się karze na decyzję wydaną wobec strony w niej uczestniczącą i już prawomocną? Dodatkowo problematyczna może okazać się zbyt duża, jak się wydaje, ochrona wszelkich informacji i dowodów uzyskanych przez Prezesa UOKiK w związku z zastosowaniem procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej, przewidywana w przepisie art. 70 uokik. Stopień tej ochrony rodzi bowiem pytanie, czy inne strony postępowania, które nie biorą udziału w tej procedurze, będą miały gwarancję realizacji ich prawa do obrony, w tym czasu potrzebnego do przygotowania tej obrony skoro dowody te i materiały będą im udostępnione (i to w bardzo ograniczonym zakresie[69]) dopiero przed wydaniem decyzji?[70] Wątpliwości te jeszcze mocniej skłaniają do przyjęcia tezy, że dobrowolne poddanie się karze pieniężnej przed Prezesem UOKiK ma sens (zwłaszcza dla tego organu) jedynie wtedy, kiedy wszystkie strony postępowania dobrowolnie podadzą się karze (co w praktyce niekoniecznie będzie częste).

[67] Art. 89a ust. 9 uokik.

[68] Por. E. Krajewska, A. Piszcz, *Komentarz do art. 89a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 1106.

[69] Zob. art. 70 ust. 4 i 5 uokik.

[70] Inaczej K. Kowalik-Bańczyk, *Reform of Polish Antitrust Law: Closer to or Further From, the European Model*, „Journal of European Competition Law & Practice" 2014, nr 10, s. 706.

Podsumowując, wydaje się więc, że jedyną realną korzyścią z faktu zastosowania w postępowaniu antymonopolowym instytucji dobrowolnego poddania się karze pieniężnej będzie dobrowolna rezygnacja strony z odwołania od decyzji[71], co pozwoli Prezesowi UOKiK uniknąć wieloletniego sporu sądowego i przyspieszyć uprawomocnienie się decyzji. Natomiast samo postępowanie antymonopolowe przed Prezesem UOKiK nie będzie dzięki temu krótsze ani też łatwiejsze[72]. Funkcją tej instytucji jest więc nie przyspieszenie postępowania przed Prezesem UOKiK, ale *de facto* wyłączenie (zniesienie) w konkretnej sprawie postępowania sądowego mającego na celu weryfikację decyzji Prezesa UOKiK[73]. Zatem chyba nie przez przypadek przepis art. 89a ust. 1 uokik nie precyzuje, że instytucja dobrowolnego poddania się karze ma przyczynić się do przyspieszenia postępowania antymonopolowego. Mowa jest tylko o przyspieszeniu postępowania[74], co mogłoby wskazywać, że ustawodawca traktuje postępowanie przed Prezesem UOKiK oraz postępowanie sądowe jako całość, chociaż z drugiej strony przepis ten znajduje się przecież w Dziale VI – Postępowanie przed Prezesem Urzędu. Jeżeli przyjąć, że rzeczywistym celem omawianej instytucji jest zniesienie w sprawie postępowania sądowego, to jaśniejsze staje się dlaczego w ramach dobrowolnego poddania się karze pieniężnej strona otrzyma więcej praw procesowych niż w standardowej procedurze, w której weryfikacja decyzji w postępowaniu sądowym nie jest wyłączona[75] (niestety odpowiedzi na pytanie nie daje Uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej). Ustawodawca być może wnioskował w ten sposób – skoro wyłączona będzie weryfikacja decyzji przez sąd, to konieczne jest podniesienie poziomu respektowania sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu przed Prezesem UOKiK, w którym stosowana jest instytucja dobrowolnego poddania się karze. Jednocześnie ustawodawca mógł zakładać, że tam, gdzie sąd będzie rozpatrywał odwołanie od decyzji (ponieważ zastosowania nie znajdzie instytucja dobrowolnego poddania się karze) poziom zagwarantowania sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu antymonopolowym może pozostać na dotychczasowym, niskim poziomie.

Podsumowując, przyjąć należy, że przyspieszenie postępowania antymonopolowego przed Prezesem UOKiK – na skutek wprowadzenia instytucji dobrowolnego poddania się karze pieniężnej – miałoby miejsce tylko pod warunkiem, że Ustawa przyznałaby wszystkim stronom postępowania szerokie, odpowiednie prawa procesowe, a Prezes UOKiK odbierałby te prawa procesowe stronom postępowania godzącym się na objęcie ich procedurą dobrowolnego poddania się karze. Obecny kształt rozwiązań ustawowych takiego postulatu nie realizuje. Ponadto, sama procedura musiałaby również rozpoczynać się wcześniej niż przed zakończeniem postępowania antymonopolowego, co z kolei wymagałoby znaczącej przebudowy modelu dochodzenia przed Prezesem

[71] Tak również M. Martyniszyn, M. Bernatt, *On convergence with Hiccups*…, s. 12.

[72] Warto w tym miejscu przypomnieć, że również program *leniency* (pomimo takich założeń i oczekiwań) generalnie nie przyczynił się do przyspieszenia postępowań przed Prezesem UOKiK. Jest wręcz przeciwnie. Sprawy, w których zastosowanie znajduje program *leniency* trwają tyle samo, a nawet nieco dłużej niż sprawy, w których program ten nie znalazł zastosowania. Wskazują na to rezultaty prostego badania porównawczego na próbie kilkunastu decyzji w sprawach, w których w latach 2004–2011 program *leniency* stosowano oraz w których nie znalazł on zastosowania – zob. B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Lex, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 637–641.

[73] Zgadzamy się z tezą, że faktyczne odebranie prawa do wniesienia odwołania od decyzji przez stronę biorącą udział w procedurze dobrowolnego poddania się karze pieniężnej może wywoływać wątpliwości natury konstytucyjnej i konwencyjnej – K. Kowalik-Bańczyk, *Reform of Polish*…, s. 706.

[74] W tym kontekście ujawnia się chyba brak precyzji ustawodawcy. Skoro nie chodzi o przyspieszenie postępowania antymonopolowego ani o przyspieszenie postępowania sądowego (chodzi bowiem o rezygnację z niego przez wszystkie strony) to przepis art. 89a ust. 1 *in fine* uokik powinien chyba brzmieć „(…) przyczyni się do przyspieszenia uprawomocnienia się decyzji kończącej postępowanie".

[75] Uzasadnione jest pytanie: czy zwyczajnie uczciwe jest, że strona, która kwestionuje w postępowaniu zarzuty Prezesa UOKiK ma mniejsze prawa i gwarancje procesowe niż strona, która ich nie kwestionuje i przystępuje do procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej. Ta druga strona ma bowiem szerszy dostęp do uzasadnienia zarzutów, tłumaczone są jej motywy organu i jeszcze na końcu obniżana jest kara pieniężna. Czy nie jest to wręcz ukryte przesłanie dla przedsiębiorców, że nie opłaca się bronić przed zarzutami Prezesa UOKIK? Do tego bardzo szeroka ochrona dokumentów uzyskanych w ramach dobrowolnego poddania się karze powoduje, że strony, które z różnych powodów nie zdecydowały się na przystąpienie do tej procedury będą w znacznie gorszej sytuacji procesowej niż te, które się to zdecydowały.

UOKiK (na wzór postępowania przed Komisją), tak aby na wczesnym etapie postępowania antymonopolowego zgromadzone były już wszystkie dowody w sprawie.

2. Odpowiedzialność finansowa osób zarządzających – przystanek na drodze ku kryminalizacji karteli?

Wprowadzenie do uokik odpowiedzialności finansowej (maksymalna kara do 2 mln zł) osób zarządzających[76] przedsiębiorstwem za umyślne dopuszczenie się poprzez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia przez tego przedsiębiorcę, w czasie sprawowania funkcji przez tę osobę zarządzającą, zakazu porozumień określonego w art. 6 ust. 1 pkt. 1–6 uokik lub art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE, spotkało się żywą reakcją ze strony przedsiębiorców oraz przedstawicieli nauki prawa. Przedmiotem krytyki był jednak zazwyczaj nie sam fakt wprowadzenia do polskiego systemu odpowiedzialności osób fizycznych za naruszenia zakazu porozumień, lecz istotne wady związane z treścią przepisów art. 6a, 88 ust. 3 i 4, 93 ust. 2, 106a, 113h uokik.

Bez wątpienia za uzasadnione należy uznać zarzuty odnoszące się do:

a) wprowadzania w przepisie art. 6a i 106a uokik *de facto* odpowiedzialności karnej (względnie co najmniej karno-administracyjnej), gdzie odpowiedzialność karna jest zakamuflowana poprzez przypisanie jej jedynie pozornie administracyjnoprawnego charakteru[77];

b) uregulowanie odpowiedzialności osób zarządzających w przepisach, które od samego początku ustanowione były z myślą o przedsiębiorcach, co skutkuje brakiem w Ustawie adekwatnych i wystarczających gwarancji procesowych dla osób zarządzających, wobec których wszczęte zostało postępowanie antymonopolowe (np. prawa do milczenia) w sytuacji, w której ich odpowiedzialność i grożąca sankcja ma w rzeczywistości charakter karny;

c) zdecydowanie zbyt szerokiego zakresu przedmiotowego odpowiedzialności osób zarządzających[78] (obejmującego nie tylko kartele – z wyjątkiem zmów przetargowych w przetargach publicznych i prywatnych – lecz także wszelkie inne porozumienia horyzontalne i wertykalne wskazane w art. 6 ust. 1 pkt 1-6 uokik oraz art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE zakazane tak z uwagi na cel/przedmiot, jak i skutek[79]);

d) naruszenia zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* poprzez:
   - brak precyzyjnego określenia znamion podmiotowych i przedmiotowych czynu określonego w art. 6a uokik, jak również podmiotu odpowiedzialności określonej w tym przepisie, poprzez użycie wyrażeń nieostrych typu „osoba zarządzająca”[80] czy „przyczynienie się” do naruszenia;
   - zastosowanie w zasadzie nieokreślonego, niejednoznacznego, nieprecyzyjnego i otwartego katalogu wielostronnych naruszeń i ograniczeń horyzontalnych, wertykalnych

[76] Na temat definicji ustawowej osoby zarządzającej zob. A. Piszcz, *Komentarz do art. 4 pkt 3a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 110–115.

[77] Bez wątpienia dolegliwość sankcji wynikającej z art. 106a w związku z naruszeniem art. 6a uokik jest dalece większa niż wielu sankcji czysto karnych przewidzianych w kodeksie karnym. Podobnie również M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2013, s. 466; A. Piszcz, *Osoba zarządzająca w rządowym projekcie ustawy zmieniającej ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 7, s. 29 oraz M. Martyniszyn, M. Bernatt, *On convergence with Hiccups*…, s. 9.

[78] Tak również Sz. Syp, *O odpowiedzialności osób fizycznych w polskim prawie konkurencji – de lege lata oraz de lege ferenda*, iKAR 2012, nr 4, s. 18.

[79] Na temat porozumień zakazanych przez cel lub skutek zob. np. B. Turno, *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji*, KPP 2012, z. 2, s. 33–51. Nawet jeśli Prezes UOKiK – tak jak deklaruje – będzie stosował sankcję z art. 106a w związku z naruszeniem art. 6a uokik tylko do najcięższych naruszeń – kartelowych i innych naruszeń wertykalnych typu *hard-core* – to już samo zagrożenie sankcją za wszelkiego rodzaju praktyki wielostronne i teoretyczna perspektywa tej odpowiedzialności rodzi daleko idące implikacje dla działalności przedsiębiorców, których to skutków twórcy uokik zdają się nie dostrzegać.

[80] Na temat definicji tego pojęcia zob. A. Piszcz, *Osoba zarządzająca w rządowym*…, s. 24–26.

i innych, za dopuszczenie się których osoba zarządzająca podlega odpowiedzialności *de facto* karnej[81];

e) stwierdzania odpowiedzialności osoby zarządzającej w tym samym postępowaniu antymonopolowym i tej samej decyzji, w której stwierdzono naruszenie zakazu porozumień przez przedsiębiorców (co rodzi uzasadnione wątpliwości odnośnie do obiektywizmu postępowania przeciwko osobie zarządzającej oraz ryzyko, że wobec osoby fizycznej będzie stosowany ten sam – co wobec przedsiębiorców – niski standard ochrony ich praw);

f) obligatoryjnego wszczynania jednego postępowania antymonopolowego („Prezes Urzędu *wszczyna* jedno postępowanie" – czyli ma obowiązek wszcząć jedno postępowanie) w sprawie naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu ustanowionego w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik oraz art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE oraz dopuszczenia przez osobę zarządzającą do naruszenia przez przedsiębiorcę tego zakazu[82];

g) braku (nadal) – w obecnym stanie prawnym – wystarczającej kontroli ze strony sądów rozpatrujących odwołania od decyzji Prezesa UOKiK w zakresie naruszeń proceduralnych popełnionych w toku postępowania przed Prezesem UOKiK (skoro od lat brakuje wystarczającej kontroli w sprawach dot. przedsiębiorców, to trudno oczekiwać, że w sprawach dot. osób fizycznych będzie inaczej; innymi słowy sądy cywilne raczej nie są przygotowane, aby z poszanowaniem wszystkich zasad prawa i postępowania karnego rozstrzygać odwołanie od decyzji administracyjnych organu administracji publicznej nakładających na osoby fizyczne kary pieniężne o funkcji karnej).

Jednocześnie można zaryzykować tezę, że począwszy od 18 stycznia 2015 r. znajdujemy się w „okresie przejściowym", gdzie kolejnym etapem (za jakiś czas) może być (chociaż nie musi) kryminalizacja zachowań (czynów) kartelowych osób fizycznych i wprowadzenie przestępstwa kartelu do kodeksu karnego (co paradoksalnie mogłoby, np. z perspektywy gwarancji procesowych, okazać się rozwiązaniem lepszym dla osób zarządzających). Odpowiedzialność osobista menedżerów jest bowiem jedynie niedoskonałym substytutem (namiastką) prawdziwej odpowiedzialności karnej. Jest ona, jak się wydaje, wprowadzana wtedy (niejako w zamian), gdy nie ma jeszcze dostatecznego konsensusu społecznego (w tym kultury antykartelowej w społeczeństwie) lub woli politycznej, aby wprowadzić do kodeksu karnego przestępstwo kartelu[83]. W kontekście odstraszania (prewencji generalnej negatywnej) odpowiedzialność finansowa menedżerów rów-

[81] Trudno uznać, że proste wskazanie w art. 6a porozumień określonych art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik oraz art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE wyczerpuje katalog naruszeń, za które osoba zarządzająca może podlegać odpowiedzialności, a przez to wyczerpuje wymóg określoności czynu, za popełnienie którego przewidziana jest sankcja. W ramach porozumień wskazanych w art. 6a istnieje przecież cała masa różnych, stypizowanych i niestypizowanych, a nawet nie do końca określonych (nie tyle ustawowo co nawet w obwieszczeniach czy wytycznych Komisji), a nawet poznanych, wielostronnych naruszeń i ograniczeń horyzontalnych (np. porozumienia w sprawie wymiany informacji, badań i rozwoju, transferu technologii, produkcyjne, zakupowe, komercjalizacyjne w tym specjalizacyjne, standaryzacyjne, umowy o horyzontalne podwykonawstwo i inne), wertykalnych (agencyjne, franczyzowe, pionowe ograniczenia cenowe lub pozacenowe, umowy o wertykalne podwykonawstwo) czy innych. Poza tym zdecydowane większość z tych naruszeń to naruszenia zakazane z uwagi na skutek, a nie cel (przedmiot). Tych typów i rodzajów wielostronnych naruszeń czy ograniczeń jest zapewne kilkadziesiąt. W końcu, to czy porozumienie jest ostatecznie zakazane zależy również od zastosowania reguły *de minimis* (art. 7 uokik) lub wyłączenia blokowego albo indywidulanego (art. 8 uokik), a ocena wyłączenia może zmieniać się w zależności od zmieniającej się sytuacji rynkowej. Tym samym nie sposób z góry (uprzednio) dokładnie określić, za jakie konkretnie czyny (porozumienia) osoba zarządzająca podlega odpowiedzialności na podstawie art. 6a i 106a uokik. Przepis art. 6a powinien enumeratywnie wyliczać wszystkie rodzaje i typy porozumień (ze wskazaniem czy chodzi o zakaz poprzez cel czy skutek), za dopuszczenie się których osoba zarządzająca podlega odpowiedzialności finansowej. Na temat obowiązku określoności przepisów ustawy, za naruszenie których grożą sankcje zob. szerzej A. Stawicki, W. Kulczyk, *Kwestia określoności przepisów za naruszenie których mogą zostać nałożone kary pieniężne na przedsiębiorców. Rozważania na kanwie wyroku Sądu Najwyższego z 6 października 2011 r. w sprawie o sygn. III SK-18/11*, iKAR 2013, nr 6, s. 56–64.

[82] Art. 6a oraz art. 88 ust. 3 i 4 uokik. Tak również A. Piszcz, *Komentarz do art. 6a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 314; *Komentarz do art. 12a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 574; *Komentarz do art. 106a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa*…, s. 1341 oraz M. Martyniszyn, M. Bernatt, *On convergence with Hiccups*…, s. 9. Oczywiście odrębną kwestią jest stwierdzenie w decyzji umyślnego dopuszczenia przez osobę zarządzającą przez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia przez przedsiębiorcę ww. zakazów.

[83] Por. jednak krytycznie na temat kryminalizacji w Wielkiej Brytanii i jej perspektyw w ogóle zob. A. Jones, R. Williams, *The UK Response To The Global Effort Against Cartels: Is Criminalisation Really The Solution?*, „Journal of Antitrust Enforcement" 2014, s. 1–26. Pobrano z: http://ssrn.com/abstract=2389632.

nież stanowi dla biznesu wyraźny sygnał (lecz słabszy niż kryminalizacja). Obecne rozwiązania ustawowe – w kontekście odstraszania – niejako zastępują więc kryminalizację.

Jednak nawet jeżeli faktycznie mielibyśmy do czynienia z takim okresem przejściowym[84], to konieczność gwarantowania w sprawach antymonopolowych przeciwko osobom zarządzającym, w tym zwłaszcza przy wymierzaniu im kary pieniężnej, wszystkich podstawowych praw procesowych, nie budzi w naszej ocenie wątpliwości. Innymi słowy, w postępowaniu antymonopolowym przeciwko osobom zarządzającym Prezes UOKiK powinien stosować wprost standardy prawno-karne, właściwe prawu i postępowaniu karnemu[85]. Konstatacja ta ma również niezwykle doniosłe znaczenie dla zakresu, trybu i standardów postępowania dowodowego, w tym do rozkładu ciężaru dowodu[86]. Konieczność stosowania standardów prawno-karnych (analogicznych do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej), w odniesieniu do przedsiębiorców – na etapie postępowania sądowego w toku rozpatrywania odwołania od decyzji organu regulacyjnego nakładającego karę pieniężną – została potwierdzona w szeregu wyroków SN[87]. W stosunku do postępowania przed Prezesem UOKiK pogląd został potwierdzony przez SN w wyroku z 21 kwietnia 2011 r.[88]. Wymagania te rozciągają się więc również na tę fazę postępowania administracyjnego, którą da się zakwalifikować jako obowiązkowe (przedsądowe) postępowanie wstępne[89]. Istnieje potrzeba, by takie standardy prawno-karne jeszcze w większym stopniu były zapewnione w postępowaniach antymonopolowych prowadzonych przeciwko osobom fizycznym.

Wyzwaniem jest jednak dokładne określenie standardów prawno-karnych właściwych prawu i postępowaniu karnemu, które należy stosować w postępowaniu antymonopolowym prowadzonym także przeciwko osobom zarządzającym, w którym dojść może do wymierzenia im kary pieniężnej. Wstępnie postulować można następujący katalog takich standardów:

a) zakaz retroaktywnego stosowania prawa ustanawiającego odpowiedzialność osób zarządzających (z czego wynika konieczność ścisłego przestrzegania reguł intertemporalnych);
b) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (co w zasadzie czyni niemożliwym stosowanie przepisów art. 6a i 106a uokik do spraw innych niż kartele oraz wertykalne naruszenia typu *hard-core*);
c) domniemanie niewinności, w tym braku konieczności dowodzenia przez osobę zarządzającą swojej niewinności czy dostarczania dowodów na swoją niekorzyść (z czego wynika więc prawo osoby zarządzającej do milczenia[90]);
d) prawo do posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony, co wiąże się także z przekazywaniem stronie informacji o istocie i przyczynie stawianych zarzutów;

[84] Brak bowiem dotychczas deklaracji ze strony Prezesa UOKiK, Ministerstwa Sprawiedliwości czy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego o konieczności wprowadzenia do kodeksu karnego przestępstwa kartelu.

[85] Wynika to choćby z Rekomendacji nr R(91)1 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie sankcji administracyjnych, przyjętej w dniu 13 lutego 1991 r., EKPCz, Karty Praw Podstawowych UE czy w końcu z orzecznictwa ETPCz. Warto dodać, że w wyroku w sprawie *Menarini Diagnostics S.R.L. przeciwko Włochom*, pkt 38–45, ETPCz orzekł, że wymierzanie kary za praktyki antykonkurencyjne powinno następować w postępowaniu gwarantującym oskarżonemu przedsiębiorcy prawa wynikające z art. 6 Konwencji. Ich zagwarantowanie jest więc tym bardziej konieczne w wypadku osób fizycznych. Podobnie również D. Wolski, *Uwagi dotyczące wybranych instytucji w projekcie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 7, s. 19–20.

[86] A. Wróbel, *Regulacyjna kara pieniężna – sankcja karna czy administracyjna?*, EPS 2010, nr 5, s. 1.

[87] Zob. np. wyr. SN z dnia 14.04.2010 r., sygn. III SK 1/10; Lex: 579549; wyr. SN z dnia 1.06.2010 r., sygn. III SK 5/10, Lex nr 622205; wyr. SN z dnia 21.09.2010 r., sygn. III SK 8/10, Lex nr 646358; wyr. SN z dnia 21.10.2010 r., sygn. III SK 7/10, Lex nr 686801; wyr. SN z dnia 10.11.2010 r., sygn. III SK 27/08, Lex nr 677766. Szerzej zob. także szerzej zob. M. Bernatt, *Gwarancje proceduralne w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i regulacji, mających charakter karny w świetle EKPCz – glosa do wyroku SN z 14.04.2010 r.*, EPS 2011, nr 6, s. 40–45.

[88] Sygn. III SK 45/10, Lex nr 902078.

[89] Z. Kmieciak, *Koncepcja zintegrowanego systemu odwoławczego w sprawach administracyjnych*, PiP 2010, nr 1, s. 29; M. Bernatt, *Gwarancje proceduralne w sprawach*…, s. 42–44.

[90] Zob. także K. Kowalik-Bańczyk, *Reform of Polish*…, s. 709.

e) prawdziwe postępowanie dowodowe z wydawaniem postanowień o przeprowadzeniu dowodu (z oznaczeniem faktów podlegających stwierdzeniu, środka dowodowego, terminu i miejsca przeprowadzenia dowodu ze świadków, biegłych czy ewentualnie również oględzin) albo odmowie jego przeprowadzenia (gdy strona złożyła stosowny wniosek dowodowy);
f) zakaz rozszerzającej wykładni przepisów (zwłaszcza art. 6a i 106a uokik), a więc innej niż językowa (np. systemowej czy celowościowej);
g) rozszerzająca wykładnia gwarancji procesowych osoby zarządzającej w oparciu o przepisy kpa, tak by zapewnić standardy w istocie karnoprocesowe, np. poprzez jak najpełniejszą realizację zasady pogłębiania zaufania (art. 8 kpa);
h) konieczność udowodnienia zawinienia w postaci umyślności (co wynika z przepisu art. 6a uokik) dla nałożenia kary pieniężnej określonej w art. 106a uokik;
i) konieczność przeprowadzenia w toku postępowania rozprawy administracyjnej celem zapewnienia karnoprocesowego standardu prawa do obrony, w tym zapewnienia możliwości wysłuchania[91];
j) ochrona poufności komunikacji pomiędzy adwokatem/radcą prawnym a klientem – osobą zarządzającą (*legal professional privilege*);
k) możliwość podnoszenia przesłanek ekskulpacyjnych (wyłączających nałożenie kary pieniężnej):
   – usprawiedliwiona nieznajomość co do prawa;
   – niemożność przypisania winy;
   – inne okoliczności typu stan wyższej konieczności[92].

W ramach postulatów *de lege ferenda* (pkt a, b, c poniżej) oraz *de lega lata* (pkt d, e poniżej) odnośnie do odpowiedzialności osób zarządzających, należy również wskazać na konieczność:

a) prowadzenia odrębnych postępowań antymonopolowych przeciwko przedsiębiorcom oraz przeciwko osobom zarządzającym (z pełnią praw procesowych właściwych osobie fizycznej zgodnie ze standardem karnym) z jednoczesnym zakazem zaliczania materiału dowodowego zebranego przeciwko przedsiębiorcom do materiału dowodowego w sprawie osób zarządzających; mogłyby być one uregulowane jako postępowania prowadzone symultanicznie, ale stwierdzenie porozumienia ograniczającego konkurencję wobec przedsiębiorcy musiałoby być warunkiem niezbędnym do stwierdzenia naruszenia art. 6a uokik przez osobę zarządzającą; postulować należy, aby te postępowania prowadziły bezwzględnie dwa różne zespoły urzędników UOKiK w ramach DOK czy Delegatury, a najlepiej gdyby w Centrali Urzędu (ze względu na specyfikę i trudność tych postępowań) został wydzielony specjalny wydział odpowiedzialny za prowadzenie postępowań przeciwko osobom zarządzającym; ponadto, można w tym miejscu postawić pytania: czy w obecnym stanie prawnym zasadne jest prowadzenie jednego postępowania przeciwko przedsiębiorcom i osobom fizycznym[93]?; czy mamy tutaj

[91] Słusznie wskazuje NSA w wyr. z dnia 17.07.2003 r., sygn. SA/Bd 1271/03, ONSA 2004, nr 2, poz. 83, że „*rozprawa administracyjna (…) stwarza dla strony postępowania najpełniejszą możliwość zajęcia stanowiska co do wyników postępowania dowodowego i to w sposób udokumentowany w aktach sprawy w protokole*" – za: A. Skoczylas, *Sankcje administracyjne jako środek nadzoru*…, s. 322. W tym kontekście zob. także M. Bernatt, *Right to Be Heard or Protection of the Confidential Information? Competing Guarantees of Procedural Fairness in the Proceedings Before the Competition Authority*, YARS 2010, vol. 3(3), s. 53–70.

[92] Powyższy katalog został oparty na propozycji A. Skoczylasa, *Sankcje administracyjne jako środek nadzoru nad rynkiem kapitałowym*, [w:] M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki (red.), *Sankcje administracyjne. Blaski i cienie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 315–322 oraz M. Wincenciaka, *Przesłanki wyłączające wymierzenie sankcji administracyjnej*, [w:] M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki (red.), *Sankcje administracyjne*…, s. 605–612. Nawiązuje również do projektu ustawy nowelizacyjnej – przepisy ogólne prawa administracyjnego w wersji z marca 2008 r. – szerzej M. Kasiński, *Sankcje administracyjne a patologie w działaniu administracji*, [w:] M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki (red.), *Sankcje administracyjne*…, s. 159–160.

[93] Zob. art. 88 ust. 3 uokik.

do czynienia z takim samym interesem prawnie chronionym (obowiązkiem), który czyni te podmioty stronami jednego postępowania administracyjnego?; czy zachodzi tutaj taki sam stan faktyczny i prawny?

b) doprecyzowania znamion przedmiotowych czynu z art. 6a i 106a uokik[94] oraz ograniczenie zakresu przedmiotowego odpowiedzialności osób zarządzających tylko do karteli, względnie również naruszeń wertykalnych typu *hard-core* z jednoczesnym rozważeniem podjęcia prac nad wprowadzeniem przestępstwa kartelu do kodeksu karnego[95] (z czym wiązałaby się uchylenie art. 6a i 106a uokik);

c) zmiany zasad określania wysokości kary pieniężnej, która powinna być ograniczona do określonego procenta przychodów osoby fizycznej, a nie do górnego poziomu kary określonej kwotowo, względnie wprowadzenie drugiego progu ograniczonego procentowo (np. do 2 mln zł, ale nie więcej niż 10% przychodów);

d) wydawania postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego przeciwko osobie fizycznej, które w swojej treści będzie odpowiadać SO, tzn. zawierać szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne, wskazanie dowodów, na których oparte są zarzuty, w tym dowodów uzyskanych w ramach programu *leniency*, wyjaśnienie roli poszczególnych przedsiębiorstw i osób zarządzających w zarzucanym naruszeniu (np. jako prowodyra albo podżegacza), określenie czasu trwania naruszenia, kwestię umyślności naruszenia przez osobę zarządzającą, opis sektora gospodarki, w którym działają podejrzewane przedsiębiorstwa i osoby zarządzające, określenie rynku właściwego (szczegółowe w sprawach innych niż kartelowe) oraz wskazanie wagi naruszenia prawa, informację o zamiarze nałożenia przez Prezesa UOKiK w decyzji kar pieniężnych na osoby zarządzające;

e) realnego zapewnienia pełnej sądowej kontroli (*full review*) (pod względem merytorycznym i formalnym) decyzji Prezesa UOKiK w sprawach przeciwko osobom zarządzającym.

IV. Zakończenie

Przedstawiona w niniejszym artykule analiza odnosząca się do zarówno braków nowelizacji, jak i wad instytucji wprowadzonych do uokik przez nowelizację wskazuje, że nie wykorzystano nadarzającej się szansy na stworzenie naprawdę dobrego prawa ochrony konkurencji i konsumentów. Nowelizacja nie wprowadziła bowiem wszystkich koniecznych zmian, a te przez nią wprowadzone wymagają znacznych modyfikacji lub przynajmniej udoskonaleń. O ile nowelizacja zwiększa (i tak już szerokie) uprawnienia Prezesa UOKiK w zakresie egzekwowania reguł ochrony konkurencji i konsumentów, o tyle zakres gwarancji procesowych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK nadal jest niewystarczający. Zatem kolejna nowelizacja uokik wydaje się niezbędna.

[94] Przykładowo, warto wskazać, że w prawie holenderskim odpowiedzialności podlega osoba fizyczna, która dawała instrukcje lub wywierała *de facto* rolę lidera w odniesieniu do uczestnictwa przedsiębiorstwa w kartelu. Z kolei w Wielkiej Brytanii odpowiedzialności podlega osoba fizyczna, która nieuczciwe zgadza się (lub powoduje), z jedną lub więcej innymi osobami aby zawiązać lub wprowadzić działalność kartelową w odniesieniu do co najmniej dwóch przedsiębiorców. W Irlandii jest mowa o „udzieleniu upoważnienia do zawarcia porozumienia" lub o „wyrażeniu na nie zgody".

[95] Na potrzebę kryminalizacji karteli i wprowadzenia przestępstwa kartelu do kodeksu karnego wskazują wprost M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli*…, s. 466; B. Turno, *Leniency*…, s. 699–703 oraz jak się wydaje również Sz. Syp, *O odpowiedzialności osób*…, s. 19.

Małgorzata Modzelewska de Raad*

System kar pieniężnych w polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów – potrzeba i kierunek dalszych zmian

Spis treści

I. Czy jest potrzeba poprawiać „poprawione”?
II. Co do poprawy?
III. Kary pieniężne w systemie sankcji za naruszenie praktyk ograniczających konkurencję
IV. Stosowanie przepisów o karach – wybrane zagadnienia na tle dotychczasowej praktyki oraz przewidywania co do stosowania zmienionej uokik
V. Jak wzmacniać rolę prewencyjną kar – co powinien przemyśleć (w przyszłości) ustawodawca, kształtując kary w uokik?
VI. Kara adekwatna i sprawiedliwa a polityka karania – uwagi na tle wybranych zagadnień
VII. Uwaga końcowa

Streszczenie

W pierwszej części, artykuł omawia wady i niekonsekwencje systemu sankcji w polskiej Ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów („uokik”). Kary w uokik są określone jako % obrotu, określona kwota pieniężna bądź jako wielokrotność przeciętnego wynagrodzenia; niektóre są wyrażone w PLN, a niektóre – w EUR. Efektem tego mogą być nieuzasadnione różnice w wysokościach kar nakładanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W dalszej części, artykuł wyjaśnia, że systemowo – kary pieniężne i ich egzekwowanie powinny być ostrożnie wyważone na tle innych możliwych konsekwencji naruszenia prawa antymonopolowego w danej jurysdykcji. Na tym tle autorka prezentuje możliwe i spodziewane zmiany w aktualnej polityce karania, ze szczególnym uwzględnieniem tych zmian, które mogą wynikać ze zmienionej obecnie uokik. Jedną z zasadniczych kwestii wpływających na wysokość sankcji jest ustalenie tzw. kwoty bazowej. Zasady adekwatności i proporcjonalności wskazują, że punktem referencyjnym w tym względzie powinny być przychody przedsiębiorcy osiągnięte ze sprzedaży dóbr lub usług, będących przedmiotem praktyki.

W drugiej części artykuł podejmuje próbę naświetlenia głównych problemów sankcjonowania praktyk ograniczających konkurencję w systemie zarówna prawa UE oraz praktyki amerykańskiej. Jak się okazuje, wiele jurysdykcji wciąż pracuje nad zapewnieniem najbardziej efektywnych rozwiązań, które skutecznie zniechęcą naruszycieli, którzy nierzadko wielokrotnie dopuszczają się zakazanych praktyk. Poza wspomnianą efektywnością, kara niewątpliwie powinna być sprawiedliwa

* Adwokat. Wspólnik w kancelarii Modzelewska i Paśnik Spółka jawna: e-mail: malgorzata.modzelewska@modzelewska.pasnik.pl.

i adekwatna i temu poświęcona jest dalsza część analizy. Na podstawie bowiem orzecznictwa krajowego i poruszonych tam dylematów, można zadać następujące pytania: czy kara za te same typy naruszenia powinna odnosić się do jednakowo ustalonej kwoty bazowej, czy dopuszczenie do pierwszego naruszenie danego rodzaju powinno być traktowane łagodniej albo czy należy zachować proporcje pomiędzy karą za naruszenie zakazu i karą za naruszenie proceduralne. Celem artykułu jednakże nie jest wyczerpująca analiza tych problemów, ale ich zasygnalizowanie w szerszym kontekście w celu uświadomienia polskiemu prawodawcy, że elementy „systemu" oddziałują na siebie i że priorytetem powinno być wykreowanie polityki karania, która będzie nie tylko efektywna, ale też – sprawiedliwa i adekwatna.

Słowa kluczowe: sankcje antymonopolowe; instrumenty egzekwowania reguł konkurencji; kary pieniężne; polityka karania; kara za praktyki ograniczające konkurencję; kara na osoby fizyczne za dopuszczenie do naruszenia prawa antymonopolowego; kara sprawiedliwa; kara optymalna.

I. Czy jest potrzeba poprawiać „poprawione"?

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, zmieniona ustawą z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z dnia 18 lipca 2014 r. poz. 945; dalej „uokik") weszła w życie 18 stycznia 2015 r. Zanim jednak to się stało, była już przedmiotem licznych kontrowersji, komentarzy i krytyki, oraz wywoływała pytania o to, czy zmiany wprowadzone nowelizacją są dobre i przyniosą spodziewany efekt[1].

W obszarze „sankcji" za dopuszczenie się praktyk ograniczających konkurencję znowelizowana uokik, m.in.: zmieniła zasadniczo sposób ustalenia maksymalnego wymiaru kary (jest to obecnie obrót, gdy poprzednio taką podstawę stanowił „przychód"), uszczegółowiła przesłanki wymiaru kary nakładanej na przedsiębiorców i osoby fizyczne[2], wprowadziła *expressis verbis* okoliczności obciążające i łagodzące[3] oraz wprowadziła nowy rodzaj odpowiedzialności – kary pieniężne na osoby zarządzające. Na wymiar nakładanych kar istotny wpływ mogą mieć również zmiany w obszarze *leniency*, czyli zasad odstępowania lub obniżania wymiaru kary na przedsiębiorcę, który zawiadomił organ o naruszeniu uokik.[4]

Celem tego artykułu nie jest komentowanie i ocena tych zmian[5], ale potraktowanie stanu „po zmianach" jako punktu wyjścia do oceny, czy w obszarze kar pieniężnych przewidzianych uokik potrzebne są jakieś konkretne dalsze zmiany, a jeśli tak – to jakie. Podjęcie zaś postulatów *de lege ferenda* jest pretekstem, aby szerzej zarysować potrzebne kierunki zmian i stosowania prawa,

[1] Por. m.in. T. Skoczny, *Wciąż niesatysfakcjonujący projekt zmian ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wciąż możliwe prawdziwe debaty nowelizacyjne*, iKAR 2013, nr 1(2), s. 6–8 oraz pozostałe artykuły tego numeru iKAR-a oraz Zestawienie uwag zgłoszonych w toku uzgodnień międzyresortowych do założeń do projektu nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 22.06.2012. Pobrano z: www.legislacja.rcl.gov.pl.

[2] Zob. nowe, rozszerzone brzemienni art. 111, ust. 1–5 uokik.

[3] Art. 111 ust. 6 uokik.

[4] Nowa ustawa wprowadza nowy sposób obniżania sankcji dla drugiego i kolejnego przedsiębiorcy podejmującego współpracę z Prezesem UOKiK, a także stwarza dalsze możliwości obniżenia kary na przedsiębiorcę w zamian za zawiadomienie o innym naruszeniu; Ustawa zawiera również możliwość niezależnego podjęcia takiej współpracy przez osobę zarządzającą.

[5] Taki cel miało wystąpienie dr hab. A. Piszcz w czasie pierwszego panelu konferencji z 19.01.2015 r. Por również A. Piszcz, *Zasady ustalania wysokości kar pieniężnych według projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 1(2). Pobrano z: www.ikar.wz.uw.edu.pl.

aby kary pieniężne nakładane na przedsiębiorców za naruszenia uokik były bardziej skuteczne, adekwatne i sprawiedliwe.

II. Co do poprawy?

Cechą systemową budzącą zasadnicze wątpliwości jest różnorodność sposobów określenia kar. Stosujący prawo chcieliby wierzyć, że taki zabieg ustawodawcy jest celowy, ale czy rzeczywiście?

Podstawową karą za naruszenie (praktykę ograniczającą konkurencję oraz praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów) jest kara pieniężna, której górny pułap został określony jako procent obrotu rocznego przedsiębiorcy. Taka koncepcja, jak się wydaje, ma służyć proporcjonalnemu zakreśleniu dolegliwości i odniesieniu sankcji do rzeczywistej skali oddziaływania przedsiębiorcy na rynek.

Doktryna podnosiła, że co prawda taki sposób określenia sankcji jest prawie całkowicie oderwany od wartości „szkody" spowodowanej praktyką, jednakże, przyjmując dyrektywę dążenia do proporcjonalnej represji i prewencji, jaka zasadniczo przyświeca karom, taki sposób odniesienia sankcji wydaje się słuszny. Niestety, nie jest stosowany konsekwentnie, a ostatnia nowelizacja wprowadziła w tej sferze jeszcze więcej „niekonsekwentnej różnorodności". I tak, wszechstronnie komentowana kara pieniężna, która może być nakładana na osoby zarządzające, została określona kwotowo, a jej górny pułap to 2 000 000 zł. Brakuje przy tym uzasadnienia, aby koncepcja określania wymiaru kary dla osób fizycznych była tak odmienna od karania samego przedsiębiorcy za dopuszczenie do popełnienia tożsamego naruszenia.

Uokik zawiera również sankcje za naruszenia procesowe, m.in. za uniemożliwienie lub utrudnienie rozpoczęcia lub prowadzenia kontroli i przeszukania, udzielanie nieprawdziwych informacji. Te sankcje kształtowane są w odniesieniu do maksymalnego pułapu określonego kwotowo (50 000 000), i to w walucie obcej – w euro. Inne naruszenia „procesowe" sankcjonowane są karą pieniężną, gdzie górny pułap określono w polskich złotych (kara do 20 000 zł za skopiowanie dokumentów objętych tajemnicą lub ich wykorzystanie).

Uokik posługuje się również stawką dzienną, której stosowna multiplikacja jest podstawą wymiaru kary służącej zasadniczo przymuszeniu przedsiębiorcy do wykonana decyzji Prezesa UOKiK. Kara taka może być nałożona na przedsiębiorcę w stawce do 10 000 EUR za każdy dzień opóźnienia.

Wreszcie, za niektóre naruszenia o charakterze procesowym (m.in. uniemożliwienie rozpoczęcia lub prowadzenia kontroli lub przeszukania, jak również udzielenie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji) osoby zarządzające, osoby upoważnione przez przedsiębiorcę, jak i posiadacz lokalu lub środka transportu, mogą zostać ukarani karą stanowiącą równowartość pięćdziesięciokrotności przeciętnego wynagrodzenia.

Różnorodny katalog i różne przeliczniki walutowe stawiają pod znakiem zapytania spójność, adekwatność, a przede wszystkim wdrażanie (już na etapie stanowienia prawa) zasady równego traktowania. Krajobraz zarysowujący się na tle kilkunastu typów kar razi brakiem spójności aksjologicznej. Ponadto, skoro organ krajowy karze przede wszystkim za praktyki, które odniosły skutek na terytorium RP i karze od wielu lat (niemal wyłącznie) podmioty, które działają i uzyskują przychody na terytorium RP, posłużenie się przelicznikiem walutowym w EUR dla kar

proceduralnych nie ma żadnego uzasadnienia. Powadzi za to do nierówności i zaskakujących różnic[6], gdyż kurs EUR w stosunku do złotówki ulega wahaniom i to nie tylko w burzliwych czasach kryzysu. Stąd, te same kwoty w EUR w różnym czasie mogą oznaczać zupełnie inne kary złotówkowe, a różnice te mogą być znaczne, tak jak to miało miejsce w przypadku PTC i Polkomtela[7].

Jeszcze bodaj poważniejszy problem powstaje na tle stosowania zupełnie odmiennej filozofii przyjmowanej do ustalania górnego pułapu kar. Jak wskazano wyżej, w niektórych przypadkach ustawodawca posługuje się odniesieniem do obrotu, a niekiedy – do określonej liczbowo kwoty. Podczas gdy koncepcja odniesienia do wartości obrotu ma jasny przekaz aksjologiczny: ustawodawca przede wszystkim dąży do wskazania relatywnego stopnia dolegliwości, koncepcja określenia kwotowego wydaje się stworzona spod „grubego palca". Taka sama kara kwotowa, powiedzmy 1 mln zł, za określone naruszenie procesowe będzie zasadniczo różną dolegliwością dla przedsiębiorców, którzy działają w różnej skali. Efekt takiej kary może zatem w ogóle nie zostać osiągnięty w przypadku przedsiębiorcy obracającego setkami milionów, natomiast dla przedsiębiorcy działającego lokalnie kara taka może być nieproporcjonalnie dolegliwa. Z tych względów, w wielu jurysdykcjach[8] również tego typu sankcje określane są w relacji do obrotu uzyskiwanego przez przedsiębiorcę. W UE – za naruszenia procesowe – ustalana jest grzywna, której maksymalny pułap może wynieść 1% obrotu[9].

Wobec kar nakładanych na osoby fizyczne, ustawodawca również posługuje się podwójnym standardem: w niektórych przypadkach górny pułap kary jest odzwierciedlony w określonej kwocie pieniężnej, w innych – w wielokrotności przeciętnego wynagrodzenia. Ponownie: bezwzględne kwoty nakładane w jednakowych wysokościach (za tożsame naruszenia) odniosą różny skutek wobec osób o różnej zamożności. Jak się wydaje, kryterium „przeciętnego wynagrodzenia" miało na celu stworzenie jakiegoś obiektywnego miernika, pomocnego w ustaleniu punktu wyjścia, oraz ocenie stopnia dolegliwości. Taka miara z trudem może być osiągnięta przy zastosowaniu wyłącznie kryterium kwotowego. Oba te sposoby (ustalenie w oparciu o maksymalna kwotę oraz wielokrotność przeciętnego wynagrodzenia) mogą zresztą rywalizować ze sposobem zapewniającym odniesienie do indywidualnej sytuacji ukaranego, tj. z określeniem w postaci procentu przychodu indywidualnego.

Nie budzi wątpliwości, że, poza koniecznością różnorodnych korekt, szeroko pojęty system kar przewidziany w Ustawie, w tym sposób ich określenia, powinien ulec gruntownemu przeglądowi. Bałagan istniejący na tle obecnej legislaty powoduje konfuzję i prowadzi do nieuzasadnionych różnic w nakładanych sankcjach. Te różnice mogą być co prawda korygowane do pewnego stopnia poprzez ustalenie konkretnego wymiaru przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji

[6] M.in. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 4 listopada 2010 r., nr DOK-9/2010 nakładająca na PTC karę w wysokości równowartości 30 mln EUR i decyzja Prezesa UOKiK z dnia 24 lutego 2011 r. nr DOK-1/2011 nakładająca na Polkomtel karę w wysokości równowartości 33 mln EUR. Obydwie kary zostały przeliczone według różnych kursów EUR: pierwsza wg kursu z dnia 31 grudnia 2009 r., druga wg kursu z dnia 31 grudnia 2010 r.; gdyby PTC zostało ukarane wg kursu z dnia 31 grudnia 2010 r. kara nałożona na przedsiębiorcę byłaby niższa o 4 200 000 zł; w obydwu sprawach złożone zostały odwołania; w wyniku rozpatrzenia odwołania, wyr. SOKiK z dnia 8 sierpnia 2014 r., XVII Ama 145/11, kara nałożona na Polkomtel została obniżona do 1 mln zł. Pobrano z http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/154505000005127_XVII_AmA_000145_2011_Uz_2014-08-08_001a.

[7] Por. przypis 4.

[8] Na przykład we Włoszech czy w Grecji.

[9] Por. art. 23 rozporządzenia 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzania w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. L 1 z 4.01.2003.

i Konsumentów[10] (dalej: Prezes UOKiK), nie zmienia to jednak faktu, że to litera prawa ma być w pierwszym rzędzie narzędziem gwarantującym sprawiedliwy i adekwatny wymiar kary.

Zmiany powinny przede wszystkim uwzględnić postulaty płynące z konieczności zapewnienia systemu spójnego aksjologicznie i zapewniającego przestrzeganie zasad równości i adekwatności. Jeśli ustawodawca decyduje, że funkcje prewencyjno-wychowawczą najlepiej spełnia kara odniesiona do obrotu, to nie ma przeszkód, żeby zasadę tę stosować do innych kar przewidzianych Ustawą. Zmiany powinny pójść również w kierunku określenia sankcji (jeśli zachowany zostanie ich wymiar kwotowy, np. dla sankcji stosowanych w celu przymuszenia) w walucie polskiej, skoro sankcje te są zasadniczo stosowane wobec przedsiębiorców uzyskujących przychód w złotych polskich i na terytorium RP.

III. Kary pieniężne w systemie sankcji za naruszenie praktyk ograniczających konkurencję

Kary pieniężne są tylko jedną z form sankcjonowania praktyk ograniczających konkurencję. W większości systemów UE, jak i systemów egzekwowania reguł konkurencji na świecie, kara pieniężna jest jednak centralną i zasadniczą konsekwencją naruszenia prawa konkurencji. Organ UE egzekwujący unijne reguły konkurencji ma do dyspozycji wyłącznie ten środek, dlatego w systemie prawa unijnego, kary pieniężne nakładane na przedsiębiorców są kluczowym środkiem egzekucji (prewencji i represji)[11]. Mając to na względzie, niewolnicze kopiowanie zasad i polityki karania z systemu UE może nie zawsze być adekwatne w systemie krajowym egzekwowania reguł konkurencji. W wielu jurysdykcjach bowiem, system ten może być uzupełniony, np. funkcją kompensacyjną, która osiągana jest poprzez uzyskiwanie odszkodowań w systemie sądownictwa cywilnego albo funkcją represyjną realizowaną poprzez sankcje karne nakładane na osoby zarządzające przedsiębiorcą.

Warto zauważyć, że poza UE, zasady i egzekwowanie innych sankcji wywiera bezpośredni wpływ na kształtowanie i praktykę orzekania w zakresie kar pieniężnych, co oznacza, że funkcjonowanie w obiegu prawnym owych innych sankcji może i często ma bezpośredni wpływ zarówno na stanowienie kar pieniężnych, jak i na ich aktualny wymiar. W jurysdykcjach, gdzie lepiej funkcjonuje prywatnoprawne egzekwowanie reguł konkurencji, wymiar kary może do pewnego stopnia ignorować skutek odstraszający, licząc, że taką rolę odegra konieczność naprawienia szkody[12]. W jurysdykcjach, gdzie tak jak w Polsce nie funkcjonuje w zasadzie system kompensacji szkód wyrządzonych praktyką, organ i sądy powinny dobrze „wyważyć" karę, aby spełniła ona pożądaną funkcję.

Sankcje antymonopolowe zwykle dzieli się na te spełniające funkcje restytucyjne (do tych zaliczamy: nieważność czynności, odpowiedzialność odszkodowawczą oraz środki zaradcze), represyjne (w tej grupie mieszczą się kary pieniężne nakładane na przedsiębiorców za naruszenia materialnoprawne i proceduralne oraz kary pieniężne nakładane na osoby zarządzające[13])

[10] Przykładowo: przychód uzyskany przez osobę zarządzającą u danego przedsiębiorcy jest na podstawie art. 111 ust. 1 pkt 2 uokik jedną z przesłanek określenia wymiaru kary, która może być nałożona na osobę fizyczną.

[11] D. Gerardin, D. Henri, *The fining policy for violation of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgments*, The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC working Paper 03/05. Pobrano z: www.gclc.coleurop.be.

[12] P. Wouter, J. Wils, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, "World Competition" 2006, Vol. 29, No 2, June, s. 9–10.

[13] Zob. art. 106 znowelizowanej uokik.

oraz kary w celu przymuszenia (do których zalicza się kary określane w stawce dziennej za każdy dzień niewykonania decyzji)[14].

Warto w tym miejscu podkreślić, że dotkliwe kary przewidziane w poszczególnych jurysdykcjach oraz UE, które mogą być (i w praktyce są) nakładane na przedsiębiorców oraz osoby fizyczne, sytuują omawiane sankcje wśród środków zbliżonych do sankcji karnych. Taki charakter kary pieniężnej nakładanej na przedsiębiorców potwierdziło orzecznictwo europejskie[15], oraz orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów powszechnych w Polsce[16].

Powszechnie uważa się, że system kar nakładanych na przedsiębiorców, bez sankcji dotykających osób fizycznych nie spełnia wystarczającej funkcji prewencyjnej, zarówno indywidulanej, jak i ogólnej. Dlatego wzorem amerykańskim, szereg jurysdykcji europejskich od ponad dekady wprowadza sankcje karne, typu karnego lub administracyjnego – na osoby fizyczne, bezpośrednio odpowiadające za dopuszczenie do praktyk ograniczających konkurencję. Dziewiętnaście państw wprowadziło dotychczas jakiś rodzaj odpowiedzialności osobistej, w tym w 14 państwach jest to wyraźnie określona odpowiedzialność karna lub typu karnego[17]. Stosując te przepisy, po około dekadzie ich obowiązywania, nie wszystkie jurysdykcje ogłaszają sukces[18]; nie wszędzie, jak się wydaje, odpowiedzialność osobista przynosi pożądany rezultat. Dlatego już w doktrynie podnoszą się głosy, że odpowiedzialność typu finansowego powinna być zastąpiona lub uzupełniona odpowiedzialnością osobistą, polegającą na utracie prawa do piastowania funkcji w zarządzie lub utracie prawa reprezentacji[19].

IV. Stosowanie przepisów o karach – wybrane zagadnienia na tle dotychczasowej praktyki oraz przewidywania co do stosowania zmienionej uokik

Ustawa wprowadza szereg modyfikacji, których efektywność będzie można ocenić po kilku latach stosowania. Niemniej, już teraz, wnioskując z charakteru niektórych zmian, można postulować dokonanie korekt w podejściu organu do stosowania i wymiaru sankcji. I tak, jako okoliczności łagodzące, Ustawa wprowadza szereg „znamion" podkreślających subiektywny stosunek oraz ogólną postawę przedsiębiorcy (w praktyce: osób reprezentujących przedsiębiorcę) już po naruszeniu. Niewątpliwie, ustawodawca podkreśla przez to znaczenie stosunku sprawcy do dokonanego naruszenia. Jak się wydaje, dotychczasowe brzmienie art. 106, który stanowi, że Prezes może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną „jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie…" również wymaga określenia relacji „psychicznej" osób działających w imieniu przedsiębiorcy do swojego działania, które może naruszać stosowny przepis uokik. Wskazania przesłanki „winy" wymagała uokik w dotychczasowym brzmieniu, choć nierzadko brakuje go w dotychczasowym

[14] Tak również A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Temida 2, Białystok 2013.

[15] Wyr. Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Menarini Diagnostics S.A.R.L.* v. *Włochy* z dnia 11 września 2011 r. nr sprawy 43509/08, por. również wyr. Sądu z dnia 5 października 2012 r. w sprawie *Romana Tabachi*, T-11/06.

[16] Wyr. SN z dnia 14 kwietnia 2010, III SK 1/10 oraz wyr. SN z dnia 21 września 2010 r., III SK 8/10 (dotyczące tożsamych sankcji nakładanych przez organ regulacyjny), transponowane do orzeczeń sądowych w sprawach antymonopolowych, m.in. w wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 lipca 2012 r. VI ACa 202/12.

[17] K. Daly, *New Competition Law Enforcement Tools in Poland. Comparison With Other Jurisdictions*, prezentacja na konferencji Rzeczpospolitej, 28 listopada 2014, slajd 11.

[18] W wielkiej Brytanii tylko w dwóch sprawach udało się jak dotąd ukarać sprawców naruszeń antymonopolowych, por. V. Pinotti, M. Sforza, *Interplay between Antitrust and Criminal Law in Europe*, Bloomberg Law Reports, Antitrust and Trade, Pobrano z: http://www.mwe.com/info/pubs/pinotti0611.pdf

[19] D.H. Ginsbourg, J.D. Wright, *Antitrust Sanctions, Maj 2010, ALEA2010-224(1)*.pdf, s. 6

orzecznictwie. I nie można odpowiedzialnością za ten istotny brak obarczyć wadliwości samego sformułowania ustawowego („choćby nieumyślnie), które było już krytykowane na gruncie odpowiednika ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r.[20].

Słusznie podkreśla się, że przesłanka „winy" na gruncie uokik warunkuje nałożenie sankcji, podczas gdy organ błędnie zalicza ją jedynie do okoliczności wpływających na wymiar kary pieniężnej[21]. Takie stanowisko zajmuje również Małgorzata Król-Bogomilska[22]. Śledząc odzwierciedlenie tej zasady w decyzjach Prezesa UOKiK, można tylko za A. Piszcz skrytykować podejście organu[23]: w wielu decyzjach Prezes nie wymienia w ogóle przesłanki winy, nie wspominając o „umyślności" czy „nieumyślności". W innych – ogranicza się do stwierdzenia, że naruszenie było „co najmniej nieumyślne" lub – co gorsza – było „ciężkie", co ma wyczerpywać przedstawienie „strony subiektywnej" sprawcy[24]. Takie podejście Prezesa UOKiK należy uznać za nieprawidłowe i wymagające pilnej korekty. Było ono również przedmiotem krytyki ze strony sądów[25].

Inną spodziewaną zmianą w praktyce sankcjonowania praktyk ograniczających konkurencję jest sposób ustalania sankcji przez Prezesa UOKiK. Uokik określa bowiem jedynie górny wymiar kary, a jej konkretny wymiar pozostaje w zakresie władzy dyskrecjonalnej organu, przy czym rozpiętość nakładanych kar może i jest w praktyce ogromna; stwarza to ryzyko dowolności, co pozostaje w sprzeczności z zasadami sprawiedliwości, proporcjonalności (adekwatności) i równego traktowania.

Dobrym krokiem w kierunku określenia zasad ustalania kary pieniężnej na przedsiębiorcę, aby odpowiadała konstytucyjnym i proceduralnym standardom było opublikowanie i wdrożenie *Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję*[26] (dalej: Wyjaśnienia). Nie wszystkie jednak propozycje stopniowego ustalenia kary, zawarte w Wyjaśnieniach, zasługują na aprobatę.

Zdecydowanie, najważniejszym czynnikiem, który wpływa ostatecznie na bezwzględną wysokość sankcji jest kwota, od której liczy się wymiar kary. Według organu, tym „punktem startowym" powinna być całkowita kwota (dotychczas) przychodu przedsiębiorcy. Takie podejście obarczone jest błędem. Uokik wyraźnie stanowi, jaki jest górny wymiar kary, którego nie może przekroczyć organ, i odnosi go (górny pułap) do 10% (obecnie) rocznego obrotu przedsiębiorcy. Uokik nie stanowi jednak, że ma to być punkt odniesienia dla ustalania wymiaru sankcji w ogóle. A takie stosowanie art. 106 uokik może prowadzić do istotnego naruszenia zasady proporcjonalności; nie realizuje też funkcji adekwatnej represji i narusza zasadę (swoiście pojętej w publicznym prawie antymonopolowym) kompensacji. Dlatego już od jakiegoś czasu, w dotychczasowym orzecznictwie podnosi się, że uwzględnienie w wymiarze kary przychodu (obrotu) uzyskanego z tytułu sprzedaży towarów lub usług, których dotyczyła zakazana praktyka nie stoi w sprzeczności z dyrektywami wymiaru kary wyrażonymi w Ustawie (w dotychczasowym brzmieniu)[27]. Co więcej, korygowanie kar na etapie sądowym przyniosło takie wskazówki, jak: skoro praktyka dotyczy określonego rynku

[20] M. Sachajko, *Istota i charakterystyka prawna antymonopolowych kar pieniężnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2002, Z. 1, s. 76–77.

[21] Por. A. Piszcz, *Sankcje w polskim*…, s. 278.

[22] Por. M. Król-Bogomilska [w]: T. Skoczny (red), *Komentarz do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 1334–1336.

[23] Ibidem, s. 332–333.

[24] Przykłady: za A. Piszcz, *Sankcje w polskim*…, s. 332–333.

[25] Por. wyr. Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., III SK 45/10.

[26] Dz. Urz. UOKiK z 2008 r, Nr 4, poz. 33.

[27] Por. wyr. Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2014 r., III SK 44/13.

„zdominowanego", to właśnie przychód ze sprzedaży tych dóbr powinien być wzięty pod uwagę[28] oraz że „zasada proporcjonalności sugeruje zrelatywizowanie wymierzonej kary pieniężnej do wysokości przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży P.S. skoro sprzedaż tej gazety jest źródłem pozycji dominującej…"[29]. Trzeba też sprecyzować, że wartość przychodu ze sprzedaży dóbr lub usług objętych zakazaną praktyką może, zdaniem Sądu Najwyższego, być wzięta pod uwagę; nie ma jednak orzeczenia, które potwierdzałoby obowiązek organu uwzględnienia tej wartości jako wyjściowej kwoty służącej organowi do dalszego obliczenia ostatecznego wymiaru kary. Ów status „kwoty bazowej" stanowiłby, moim zdaniem, „startowy" punkt odniesienia, który – jednolicie stosowany – gwarantowałby proporcjonalną sankcję, która oczywiście ulegałaby dalszym modyfikacjom w zależności od okoliczności sprawy oraz zaistnienia przesłanek obciążających lub łagodzących.

Przedstawiona argumentacja po nowelizacji uległa wzmocnieniu: ustawodawca w art. 111 ust. 1 pkt 1 uokik wprost stanowi, że ustalając wysokość kary, Prezes Urzędu bierze pod uwagę „…działalność przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia…". Od 18 stycznia 2015 r. organ powinien zatem wziąć pod uwagę ową działalność nie tylko w wymiarze rodzajowym, ale również – wolumenowym. Wartość sprzedaży osiągnięta z tej działalności będzie stosownym miernikiem dla wysokości sankcji, a uwzględnienie tego miernika mogłoby właśnie nastąpić poprzez ustalenie „kwoty bazowej" w oparciu o procent obrotu towarami/usługami z zakresu działalności stanowiącej przedmiot naruszenia.

Jest jeszcze jedna przyczyna, dla której należy określenie pułapu kary traktować ściśle: chodzi mianowicie o większą swobodę organu w ustalaniu wymiary, tak aby spełnił funkcję kary sprawiedliwej i adekwatnej. W praktyce, kara jest ustalana po kilku latach od zaprzestania praktyki, co oznacza, że jej wymiar ustalony w oparciu o bieżące obroty przedsiębiorcy odrywa się niejako od skutków praktyki. Jeśli przedsiębiorca odnosi konkretną korzyść z praktyki, a funkcją kary jest jej „odebranie", tak ustalona kara nie przynosi koniecznego „wyrównania", może nie być sprawiedliwa i adekwatna do naruszenia. Dlatego postulat **odniesienia wymiaru kary do wartości sprzedaży towarów lub usług, których dotyczy praktyka i w okresie, kiedy miała miejsce praktyka**, jest spójny z ideą zapewnienia kary stanowiącej sprawiedliwy i adekwatny „odwet" za naruszenie.

Zmiana dokonana w brzmieniu art. 111 uokik nie jest rewolucyjna. Faktycznie, Ustawa wymienia teraz przesłanki wpływające na wymiar kary, którymi już wcześniej operował Prezes Urzędu, na podstawie swoich Wytycznych. Z punktu widzenia przedsiębiorcy nastąpiła jednak inna istotna zmiana: od 18 stycznia 2015 r. to organ wymierzający karę musi **obowiązkowo** wziąć pod uwagę wymienione w przepisie elementy wartościujące karę, jak również – okoliczności łagodzące i obciążające. W związku z tym, że ciężar dowodu spoczywa na Prezesie UOKiK, braki w tym zakresie mogą prowadzić do uchylenia lub zmiany decyzji w zakresie kary, jeśli przedsiębiorca owe braki wskaże i udowodni w odwołaniu do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) od decyzji nakładającej karę.

[28] Tak Sąd Najwyższy w wyr. z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09.

[29] Wyr. SN z dnia 15 maja 2014 r., III SK 44/13.

V. Jak wzmacniać rolę prewencyjną kar – co powinien przemyśleć (w przyszłości) ustawodawca, kształtując kary w uokik?

Pytanie o „optymalną sankcję" za naruszenie prawa konkurencji wydaje się pytaniem z gatunku *science fiction*, aczkolwiek jest śmiało stawiane w Europie i USA[30], a próby odpowiedzi na nie, jak się wydaje, przybliżają do wypracowania modelu, który byłby najbardziej efektywny z punktu widzenia zapewnienia przestrzegania reguł konkurencji.

W polskim piśmiennictwie i orzecznictwie nie analizuje się „optymalnej" kary. Panuje inne podejście: mówi się o funkcji kary i ocenia czy funkcja (rola) została spełniona *in casu*.

Za podstawową funkcję kary uważa się w Polsce funkcję prewencyjną lub wychowawczo-prewencyjną; stanowi ona też wprost o efektywności sankcji, tj. o skuteczności w odstraszeniu innych przedsiębiorców od popełniania naruszeń. W polskim orzeczeniach podkreśla się również funkcję represyjną[31]. W projekcie ustawy nowelizującej uokik mówi się, że wymiar kary powinien mieć taki poziom, aby „spełnić funkcje represyjno-prewencyjne"[32].

Nawet jurysdykcje (jak np. USA), które mogą poszczycić się ogromnymi sukcesami w wykrywaniu i karaniu najcięższych naruszeń prawa konkurencji wciąż analizują i badają swoje systemy sankcji, aby doprowadzić do stanu, dzięki któremu przedsiębiorcy będą wystarczająco „odstraszeni" od popełniania naruszeń. Już dawno temu stwierdzono bowiem, że najwidoczniej system „odstraszania" nie jest wystarczająco skuteczny skoro przedsiębiorcy dopuszczają się naruszeń po wielokroć. Historyczna lista recydywistów (światowych) sporządzona na koniec 2005 r. przedstawia się imponująco (lewa kolumna podaje nazwy przedsiębiorstw, a prawa – liczbę wyroków w sprawach antymonopolowych na całym świecie (tab. 1).

Tabela 1. Lista światowych recydywistów

Company	Number of Judgments Worldwide 1990–2005
BASF	26
Total S.A. (TotalFinaElf, Atofina)	18
Hoffmann-La Roche	17
Akzo Nobel	14
Aventis	14
ENI	14
Shell	14
Degussa (Huels)	13
Bayer	11
Mitsubishi	10
Mitsui	10

Źródło: J. Connor, C. Helmers, *Statistic on Private International Cartels, 1990–2005*, Working Paper, [2007]; pobrano z : //http:/ssrn.com/abstract=1103610.

[30] Tytułem przykładu: I. Lianos, *Just and Optimal Fines for Competition Law Inforcement*, University College, London. Pobrano z: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Lianos.pdf; idem, *Competition Law Remedies in Europe: Which Limits for Remedial Discretion?*, CLES Research Paper Series, January 2013; D.J. Ginsbourg, J. Wright, *Antitrust Sanctions*. Pobrano z: http://www.astrid-online.it/Concorrenz1/Studi--ric/Douglas_Ginsburg_Wright_Antitrust-Sanctions.pdf.

[31] Por. wyr. Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2006, III SK 15/06.

[32] Biuletyn Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji, 21.11.2012.

Według W. Wilsa trzy zasadnicze czynniki mają wpływ na to, czy dane przedsiębiorstwo dopuści się naruszenia: (i) wystąpienie tzw. okazji, która powoduje, że zarządzający raczej mniej niż bardziej świadomie „wchodzą" w porozumienie czy zaczynają działać w sposób skoordynowany; (ii) funkcjonowanie w kulturze akceptującej naruszenia; (iii) przewidywanie, że korzyści gospodarcze osiągnięte z naruszenia przewyższą antycypowany „koszt", czyli sumę: kary pieniężnej i kosztów postępowania[33]. I jak w pierwszym przypadku, organy ochrony konkurencji mogą podejmować jedynie działania w sferze *advocacy*, tak w ostatnim – mogą i powinny mądrze „oddziaływać" karą, aby wynik „kalkulacji" wypadał na niekorzyść decyzji o podjęciu działań sprzecznych z regułami konkurencji. Dlatego, warto zadać pytanie, jak wysoka powinna być kara, aby osiągnąć tak zarysowany cel.

Wielu badaczy zasadnie podnosi, że kara sprawiedliwa powinna wprost odnosić się do wyrządzonej szkody, a wartość kary pieniężnej – do spowodowanego skutku tak, aby sankcja spełniła funkcję kompensacyjną. Według danych empirycznych[34], za lata 2005–2010 kary nakładane przez KE w 30 do 80% miały skutek represyjny, a w 50–80% skutek kompensacyjny. Obydwie funkcje, odzwierciedlone w wymiarze kary, pozornie rozłączne, mogą pomóc w ustaleniu kary „optymalnej", czyli takiej, która będzie efektywna i „społecznie akceptowalna"[35].

Na skuteczność karania ma wpływ wykrywalność. Lepszy bowiem skutek może odnieść kara mniej dolegliwa, lecz bardziej prawdopodobna, niż kara horrendalna w teorii, która nigdy nie ziściła się w praktyce.

Sędzia Ginsbourg i prof. J. Wright widzą to tak[36]: jeśli wykrywalność byłaby totalna, a koszty wykrycia i ukarania zerowe, to sankcja idealna powinna być równa wyrządzonej „szkodzie" (pełna kompensacja). Tak jednak jest w idealnym świecie. Realnie, wykrywalność szacowana jest znacznie poniżej 50%, a koszty „egzekwowania" są raczej wysokie. Dlatego kara pieniężna – aby odniosła skutek prewencyjny powinna „wypaść" powyżej wartości szkody, którą wyrządziło zakazane działanie. Jak się wydaje owa nadwyżka stanowi swoistą represje, karę za to, że system nie może wykrywać wszystkich naruszeń oraz że administrowanie tego rodzaju postępowaniami kosztuje. Wiadomo więc, że kara czysto kompensacyjna nie odniesie pożądanego skutku. Pozostaje zatem pytanie: o ile wyższa powinna być w praktyce kara pieniężna, aby represja nie była nadmierna?

Ponownie, wiele zależy od wykrywalności: niska wykrywalność przesuwa „suwak" kary w kierunku wyższych wartości, podczas gdy wysoka wykrywalność nie wymaga takich wartości dla osiągnięcia porównywalnego skutku. Badania prowadzone w USA wskazują[37], że pożądany poziom wykrywalności wynosi 33%, a w Stanach Zjednoczonych Ameryki z poziomu ok. 17% wzrósł on do 25%. W Europie (UE) wykrywalność była szacowana na 12,9–13,3%[38].

Podczas gdy organy ochrony konkurencji koncentrują się na koncepcji „kary efektywnej", przedsiębiorcy, jako podmioty ograniczeń ustawowych, niewątpliwie chcieliby widzieć sankcję jako „adekwatną i sprawiedliwą". „Kara adekwatna" oznacza dostosowanie jej poziomu do rodza-

33 W. Wils, *Optimal antitrust fines*…, s. 6.

34 Por. M.-L. Allain, M. Boyer, R. Kotchoni, J.-P. Ponssard, *Are cartel fines optimal? Theory and evidence from European Union*, 30 May, 2013. Pobrano z: http://ponssard.net/wp-content/uploads/2013/11/ABKP-2013-submission.pdf.

35 Ibidem, s. 22.

36 *Antitrust sanctions*, „Competition Policy International" 2010, Vol. 6, No. 2, pp. 3–39, Autumn; George Mason Law & Economics Research Paper, No. 10–60.

37 Ibidem, s. 8.

38 Za: E. Combe, C. Monnier, *Renaud Legal, Cartels: The probability of Getting Caught in the European Union*, Working paper, 2008. Pobrano z: http://papers.ssrn.com.

ju i cech naruszenia tak, aby jej wymiar spełnił kryterium proporcjonalności. „Kara sprawiedliwa" oznacza ostateczne dostosowanie jej poziomu tak, aby spełniła swoją funkcję „społeczną", przy zachowaniu wszelkich zasad sprawiedliwości proceduralnej (przy czym niniejsza wypowiedź nie dotyczy proceduralnych aspektów karania).

Kara adekwatna powinna przede wszystkim być powiązana z naruszeniem. W moim przekonaniu, ów związek może wynikać przykładowo z przyjęcia jako punktu odniesienia (kwoty bazowej) jakiejś części obrotu towarami lub usługami stanowiącymi przedmiot zakazanej praktyki. Zrozumiałe jest, że w przypadku różnych typów naruszeń (kartele, porozumienia wertykalne czy nadużywanie pozycji dominującej), egzekwujący reguły konkurencji organ mógłby za tę podstawę wziąć odpowiednie części tego obrotu (mniejsze – w przypadku naruszeń mniej dotkliwych, a większe – gdyby miał do czynienia z najgroźniejszymi dla konkurencji naruszeniami). Ten podstawowy wskaźnik określany jest w UE jako *gravity* – ciężar naruszenia. Standardowo, na kwalifikację naruszenia, która oddziałuje na wysokość kwoty bazowej, ma wpływ szereg innych czynników i wiele poświęcono na szczegółowe analizy orzecznictwa w tym zakresie[39].

„Adekwatność" odnosi się również do „strony podmiotowej", kara adekwatna bierze bowiem pod uwagę „przewinienie" sprawcy, jego stosunek do naruszenia i postępowanie po naruszeniu.

Istotą ingerencji w swobodę gospodarczą jest zapobieżenie wywołania skutku rynkowego, który długofalowo przynosi negatywny rezultat dla ostatecznych odbiorców. Dlatego skala, obszar czy wielkość grupy potencjalnych odbiorców powinny mieć zasadnicze znaczenie przy dokonywaniu korekt wymiaru kary „w górę" czy „w dół".

Niestety, w dotychczasowym orzecznictwie w Polsce, czynniki uwzględniane przy ustalaniu wymiaru kary, w tym – decydujące o ustaleniu podstawowego poziomu kary – stosowane były niekonsekwentnie[40]. Dlatego ich wskazanie (choć niewyczerpujące) w znowelizowanej Ustawie, może przyczynić się do ograniczenia dowolności organu w stosowaniu przepisów o karaniu przedsiębiorców za praktyki ograniczające konkurencję.

Władza dyskrecjonalna organu antymonopolowego jest w zakresie wymiarowania kary ogromna. Pewien zakres swobody jest niezbędny, aby zapewnić maksymalne dostosowanie kary do indywidualnego przypadku. Trudnym zadaniem jest ustalenie zakresu koniecznej swobody tegoż organu, by nie przekroczył on granic dowolności, gdzie kara nie mogłaby już uchodzić za „adekwatną i sprawiedliwą".

VI. Kara adekwatna i sprawiedliwa a polityka karania – uwagi na tle wybranych zagadnień

Powszechnym postulatem jest, aby wartości kar za podobne naruszenia były „podobne". Temu służą – miedzy innymi – wewnętrzne regulacje wprowadzone przez Komisję Europejską[41] i polskie *Wyjaśnienia w sprawie ustalania kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję*, opublikowane na stronach www.uokik.gov.pl w dniu 19 stycznia 2009 r. Poszukując przewidywalności konsekwencji podejmowanych działań, przedsiębiorcy będą obserwowali

[39] Por. przykładowo: D. Geradin, D. Henry, *The EC fining policy for violation of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts; judgments*, GCLC Working Paper, 03/05.

[40] Por. zestawienie opracowane przez A. Piszcz, *Zasady ustalania kar pieniężnych według projektu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 1(2), s. 36 i 41. Pobrano z: www.ikar.uw.edu.pl.

[41] Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003. Dz. Urzędowy C 210, 1.09.2006.

wysokość i czynniki uwzględnione przy sankcjonowaniu określonych typów naruszeń. Nie zawsze jednak raz zastosowane reguły zostaną powtórzone, a rzadko przełożą się na identyczną sankcję (skoro ma być ona odniesiona do korzyści osiągniętych ze sprzedaży towarów i usług przez danego przedsiębiorcę).

Zdaniem Komisji Europejskiej, przedsiębiorcy, którzy pierwszy raz dopuścili się określonego typu naruszenia zasługują na łagodniejszą karę, podczas gdy inni – już świadomi kwalifikacji prawnej analogicznych działań (a przynajmniej tacy, którzy powinni być świadomi) – mogą i powinni ponieść surowszą sankcję. Dobrym przykładem takiej eskalacji były sprawy z zakresu nadużycia pozycji dominującej przez operatorów telekomunikacyjnych dopuszczających się praktyki w postaci tzw. zawężania marży. Pierwszy z operatorów Deutsche Telekom został w 2003 r. ukarany grzywną w wysokości 12,6 mln EUR[42], podczas gdy kolejny – hiszpański operator narodowy – otrzymał w 2007 r. karę w wysokości 151 mln EUR[43]. W polskim orzecznictwie, jak dotąd, nie można doszukać się uwzględnienia przesłanki „pierwszego naruszyciela", która mogłaby być traktowana jako okoliczność łagodząca. Zanim też polski organ zaczął konsekwentnie stosować Wyjaśnienia, miały miejsce przypadki, gdzie Prezes Urzędu za identyczny typ naruszenia (ustalanie sztywnych lub minimalnych cen odsprzedaży) stosował różny procent przychodu jako kwotę wyjściową do ustalenia wymiaru kary.

Niezwykle trudno jest ostatecznie przewidzieć wymiar sankcji w konkretnej sprawie, nawet jeśli podobne naruszenia były już wykryte, a „sprawcy" ukarani. Jak dotąd zaliczenie do „typów" naruszenia odnoszone jest jedynie, w UE i w Polsce do „ciężaru" naruszenia, tj. ustalenia, czy naruszenie jest bardzo ciężkie, ciężkie, czy lżejsze. I już w tym miejscu ujawnia się kompetencja organu do dokonania takiej kwalifikacji, z którą czasami trudno polemizować. Jednym z niewielu czynników „twardych" przy wymiarowaniu jest długość trwania naruszenia i jego zasięg geograficzny; do czynników „mniej dyskrecjonalnych" przesłanek należy również czynnik w postaci roli przedsiębiorcy w zakazanym porozumieniu.

Sposób traktowania „wymiernych" przesłanek (a tym samym ich wpływ na sankcję), wymienionych wyżej jedynie przykładowo i sygnalizacyjnie, w moim przekonaniu, powinien być jednolity, a zakres swobody organu – i tak szeroki – powinien ograniczać się do tych elementów, które mają charakter czystej oceny.

Na aprobatę zasługuje również tendencja do konwergencji przepisów o karaniu przedsiębiorców w ramach UE. Swoboda przepływu towarów i usług powoduje, że przedsiębiorcy przekraczający granice własnych jurysdykcji, naruszający zasady konkurencji w innych państwach, są narażeni, oprócz grzywien nakładanych przez KE, na kary grożące za naruszenie przepisów krajowych[44]. Idealnym stanem byłoby bowiem, aby przedsiębiorca narażony na sankcje w innej jurysdykcji w ramach UE (gdzie zasady materialnoprawne są już w dużym stopniu zbliżone), ponosił konsekwencje swych działań na analogicznych zasadach do tych stosowanych przy nakładaniu sankcji „za to samo" w jego własnej jurysdykcji.

Wiele emocji budzi zawsze odstępstwo od „zwykłej" praktyki karania, znajdujące odzwierciedlenie albo w wyjątkowym złagodzeniu sankcji, albo w jej szczególnym zaostrzeniu. Dotychczasowe

[42] Kara nałożona przez KE decyzja z 2003 roku została ostatecznie potwierdzona przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, Sprawa C-280/08.

[43] Kara nałożona przez KE została ostatecznie potwierdzona wyrokiem ETS z 10 lipca 2014 r. Sprawa C-295/12.

[44] Por. ECA Working Group Sanctions, Pecuniary sanctions on undertakings for infringements of antitrust law. Principles for convergence. Pobrano z: www.europa.eu.

orzecznictwo Prezesa UOKiK wskazuje, że organ korzysta z uprawnienia „złagodzenia" regularnie, choć rzadko całkowicie odstępuje od wymierzenia kary[45]. Natomiast w praktyce orzeczniczej polskiego organu, często pojawia się szczególne zaostrzenie, które organ tłumaczy zwykle tym, że istnieje konieczność realizacji funkcji represji, dlatego też, nawet pomimo ustalenia kary z uwzględnieniem wszystkich czynników obciążających, podwyższa ostateczny wymiar sankcji[46]. Postulat kary adekwatnej i sprawiedliwej nakazywałby korzystanie z tego instrumentu niezwykle ostrożnie.

Społecznie niezrozumienie (nie zawsze zasadne) budzi zestawienie kary za naruszenie proceduralne z karą za naruszenie materialnoprawne. Czasami takie niezrozumienie wagi naruszenia proceduralnego dotyczy również sądu[47]. W jednym z ostatnich orzeczeń, Sąd Apelacyjny[48] stwierdził, że porównywanie kary proceduralnej z karą za naruszenie materialnoprawne nie powinno być czynione, gdyż te dwie sankcje mają różne pułapy. Takie uzasadnienie wydaje się niewystarczające. Te dwie kary dotyczą zupełnie odmiennych naruszeń, a nakładana za te odmienne naruszenia sankcja odgrywa też w obydwu przypadkach inna rolę. Dlatego, zasadniczo kary te umykają prostym porównaniom. Niemniej, nakładając kary proceduralne, organ powinien dbać o zachowanie ogólnej proporcji pomiędzy wartościami kar; trudno bowiem niekiedy uzasadnić sytuację, w której kara za bardzo poważne naruszenie będzie (dla tego samego przedsiębiorcy) znacznie (wielokrotnie) niższa niż kara za dopuszczenia się naruszenia proceduralnego.

VII. Uwaga końcowa

Niniejszy artykuł powstał z inspiracji do zbadania aspektów karania przedsiębiorców za praktyki ograniczające konkurencję w kontekście przyszłych zmian ustawodawczych. Jak zwykle w takim przypadku, źródłem uwag jest dotychczasowa praktyka i przemyślenia dokonane w tym obszarze przez przedstawicieli doktryny. Artykuł ten nie aspiruje do stworzenia wyczerpującej listy uwag czy też wskazania prawidłowego systemu, a stanowi jedynie – subiektywny zbiór wybranych uwag i przemyśleń, które staną się, być może, z kolei inspiracją do podjęcia szerszych prac zmierzających do stworzenia spójnego i efektywnego systemu sankcji antymonopolowych, który cechowałaby adekwatność i sprawiedliwość (w aspekcie materialnym i procesowym).

[45] A. Piszcz, *Sankcje*…, s. 335–336.

[46] Na przykład: decyzja w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów: z dnia 14 października 2014 r. RKT 30/2014.

[47] Por. sprawa opisana przez A. Jurkowską-Gomułke, 19.01.2014, Pobrano z: http://www.modzelewskapasnik.pl/pl/blog/36/25/kara-za-udzielenie-informacji-nieprawdziwych-i-wprowadzajacych-w-blad/.

[48] Wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 lipca 2014 r. VI ACa 1629/13.

Dawid Miąsik*

Przepisy przejściowe ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz k.p.c.

Spis treści

I. Wprowadzenie
II. Art. 3 ustawy nowelizującej
III. Art. 4 ustawy nowelizującej
IV. Art. 7 ustawy nowelizującej
V. Art. 10 ustawy nowelizującej
VI. Art. 11 ustawy nowelizującej
VII. Art. 5 ustawy nowelizującej
VIII. Art. 6 ustawy nowelizującej
IX. Art. 8 i art. 9 ustawy nowelizującej
X. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł poświęcony jest analizie zagadnień intertemporalnych związanych z wejściem w życie z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz k.p.c. Sformułowano w nim propozycję wykładni przepisów dotyczących aspektów prawa międzyczasowego odnoszących się do poszczególnych znowelizowanych instytucji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Regulacja intertemporalna ustawy nowelizującej została zestawiona z dotychczasowymi unormowaniami w tym zakresie w poprzednich ustawach antymonopolowych oraz ustawach nowelizujących.

Słowa kluczowe: przepisy przejściowe; reguły intertemporalne; odpowiedzialność osób zarządzających; przedawnienie antymonopolowe; program *leniency*.

I. Wprowadzenie

Okres przypadający bezpośrednio po wejściu w życie ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz k.p.c. (dalej jako ustawa nowelizująca) to dobry moment na krótką refleksję na temat przepisów intertemporalnych tego aktu prawnego. Zagadnienie to jest warte uwagi, ponieważ kwestie przepisów intertemporalnych w prawie

* Dr hab., profesor INP PAN. Zakład Prawa Europejskiego, INP PAN.

antymonopolowym kilkukrotnie już wywoływały pewne kontrowersje i istotne reperkusje dla praktyki prawa ochrony konkurencji.

Problematyka ta doczekała się już orzeczeń wydawanych zarówno w sprawach dotyczących skutków wejścia w życie kolejnych ustaw antymonopolowych jak i ich nowelizacji. W wyroku III SK 3/08[1] przyjęto, że z art. 6 ustawy z 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[2], zgodnie z którym „do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą", wynika, że jest to przepis proceduralny[3], dlatego przepis ten nie obejmuje kwestii dotyczących wysokości kar pieniężnych. Przy rozstrzyganiu, które przepisy należy stosować do wysokości wymierzanych kar, Sąd Najwyższy odwołał się do zasad prawa karnego, a w konsekwencji wprowadził do intertemporalnego prawa antymonopolowego w zakresie kar pieniężnych zasadę stosowania tych przepisów, które są dla karanego podmiotu względniejsze[4]. Z kolei w sprawie III SK 67/12[5] uwzględniono zarzut naruszenia art. 131 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej jako uokik) poprzez zastosowanie przepisów ustawy antymonopolowej z 2000 r. w postępowaniu wszczętym pod rządami tej ustawy do zachowania przedsiębiorcy, które zostało podjęte już po wejściu w życie uokik. Sąd Najwyższy uznał, że art. 131 ust. 1 uokik ten należy rozumieć w ten sposób, że ma ono jedynie wydźwięk proceduralny i oznacza wyłącznie możliwość dalszego stosowania przez organ administracji publicznej przepisów procesowych. Nie można zatem z przepisu tego wywodzić dla Prezesa Urzędu uprawnienia do orzekania pod rządami uokik na podstawie przepisów poprzedniej ustawy w odniesieniu do zachowań przedsiębiorców, które miały miejsce po dniu wejścia w życie uokik. Tymczasem w tej sprawie Prezes Urzędu objął zakresem decyzji, wydanej na podstawie poprzedniej ustawy, zachowanie przedsiębiorcy sprzed wejścia w życie uokik i nowe zachowanie po wejściu w życie tej ustawy.

Podstawowym przepisem intertemporalnym ustawy nowelizującej jest art. 3, zgodnie z którym „do spraw, w których postępowanie wszczęto" stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkami wynikającymi z art. 4, art. 7, art. 10 i art. 1 ustawy nowelizującej. Warto zauważyć, że art. 3 ustawy nowelizującej został sformułowany inaczej, niż przepisy przejściowe w dotychczasowych ustawach antymonopolowych (art. 113 uokik 2000[6] oraz art. 131 uokik[7]), a także regulacje intertemporalne we wcześniejszych ustawach nowelizujących ustawy antymonopolowe. W art. 3 ustawy nowelizującej na pierwsze miejsce wysunięto „sprawy wszczęte przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej" zamiast „postępowania wszczętego na podstawie uokik w pierwotnym brzmieniu".

[1] Wyrok SN z 2 października 2008 r., OSNP z 2010 r., nr 9–10, poz. 129.

[2] Dz.U. Nr 93, poz. 891.

[3] Z odwołaniem do wyroku z 9 marca 2004 r. III SK 19/04, Mon. Prawn. 2005 nr 7, s. 350, podobnie zob. wyrok SN z 1 kwietnia 2004 r., III SK 25/04, Dz.Urz.UOKiK z 2004 r., nr 4, poz. 327.

[4] Zob. uchwała SN z 6 listopada 2009 r., III SZP 2/09, OSNP z 2010 r., nr 7–8, poz. 105.

[5] Wyrok SN z 3 października 2013 r., LEX nr 1391295.

[6] „Postępowania wszczęte na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów prowadzi się na podstawie przepisów niniejszej ustawy".

[7] „Do postępowań wszczętych na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i niezakończonych do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe".

II. Art. 3 ustawy nowelizującej

Przepis art. 3 ustawy nowelizującej przewiduje klasyczną regułę intertemporalną, zgodnie z którą „stare" przepisy („dotychczasowe", czyli obowiązujące w dacie wejścia w życie noweli) stosuje się nadal, ale nie do zachowań przedsiębiorców, lecz „do spraw, w których wszczęto postępowanie". Rzeczywisty zakres zastosowania tego przepisu wyznacza z jednej strony pojęcie „sprawy wszczętej", a z drugiej przepisy art. 4, 7, 10 i 11. Przepisy te mogą wprowadzać odstępstwa od zasady dalszego stosowania przepisów dotychczasowych. Odstępstwa te dotyczą: 1) postępowań antymonopolowych w sprawach koncentracji niezakończonych do dnia wejścia w życie ustawy (art. 4); 2) wniosków złożonych w ramach *leniency* przed dniem wejścia w życie ustawy, do których w pewnym zakresie stosuje się przepisy dotychczasowe, a w pozostałym przepisy nowe (art. 7); 3) wysokości kary pieniężnej nakładanej na świadka za nieuzasadnioną odmowę zeznań (art. 10); 4) terminu do wniesienia odwołania (art. 11). Odnotować należy, że art. 3 nie wymienia wszystkich przepisów ustawy nowelizującej dotyczących kwestii intertemporalnych.

Dla cezury wyznaczającej zakres czasowy zastosowania nowych i starych przepisów kluczowe jest sformułowanie „wszczęcie postępowania", zaś dla zakresu przedmiotowego pojęcia „spraw".

Przepis art. 3 ustawy nowelizującej należy rozumieć w ten sposób, że wszczęcie postępowania w danej sprawie powoduje, że w zakresie uprawnień Prezesa UOKiK oraz praw przedsiębiorców w tym postępowaniu zastosowanie znajdują przepisy dotychczasowe. Ponieważ Prezes Urzędu może wszcząć przed postępowaniem właściwym postępowanie wyjaśniające, w takim przypadku do postępowania wyjaśniającego wszczętego przed wejściem w życie ustawy nowelizującej oraz podejmowanych w jego toku czynności zastosowanie znajdą przepisy dotychczasowe, zaś w przypadku postępowania właściwego wszczętego po postępowaniu wyjaśniającym już po wejściu w życie ustawy nowelizującej zastosowanie znajdą przepisy nowe. Natomiast do postępowań właściwych wszczętych przed wejściem w życie ustawy nowelizującej stosuje się przepisy dotychczasowe z wyjątkami wynikającymi z rozwiązań szczegółowych.

Art. 3 nie rozróżnia między postępowaniem administracyjnym i postępowaniem sądowym. Skoro przepis posługuje się pojęciem „sprawy, w której wszczęto postępowanie", znajduje zastosowanie zarówno do postępowania przed Prezesem UOKiK, jak i do postępowania sądowego.

III. Art. 4 ustawy nowelizującej

Regulacja art. 4 noweli wydaje się niekontrowersyjna: postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji, które nie zostało zakończone, podlega umorzeniu, jeżeli zamiar koncentracji nie podlega już zgłoszeniu w myśl nowych przepisów. Wątpliwości mogą dotyczyć tego, czy umarza się tylko takie postępowanie, które toczyło się w chwili wejścia w życie noweli przed Prezesem UOKiK, czy także postępowanie odwoławcze od decyzji Prezesa UOKiK wydanej w sprawach koncentracji, która została zaskarżona do sądu. W przepisie mowa o „postępowaniach antymonopolowych w sprawach koncentracji", co sugeruje, że chodzi tylko o postępowania administracyjne, a nie sądowe. W przypadku zaskarżenia decyzji wydanej w sprawie objętej zakresem regulacji art. 4 i uwzględnienia odwołania przez Sąd z tym skutkiem, że decyzja zostałaby uchylona,

art. 4 będzie znajdował zastosowanie i postępowanie powinno zostać przez Prezesa Urzędu umorzone.

IV. Art. 7 ustawy nowelizującej

Przepis art. 7 dotyczy wniosków o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenia złożonych przed wejściem w życie ustawy nowelizującej. Do wniosków takich stosuje się zgodnie z art. 7 ust. 1 „przepisy art. 109 i 110 ustawy zmienianej", co oznacza, że stosuje się przepisy dotychczasowe. Przepisy te stosuje się tylko do samych wniosków, które złożono pod rządami starej ustawy[8]. Wnioski złożone po dacie wejścia w życie nowelizacji (choćby były to kolejne wnioski w tej samej sprawie) ocenia się już według nowych przepisów. Dla zastosowania art. 7 ustawy nowelizującej istotna jest jedynie data złożenia wniosku. Data wszczęcia postępowania przez Prezesa Urzędu nie ma znaczenia.

Z kolei z art. 7 ust. 2 wynika, że w przypadku wszczęcia postępowania w sprawie, w której złożono wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary (jej obniżenia) przed wejściem w życie nowej ustawy, przepis art. 113d uokik – a zatem nowy przepis – stosuje się odpowiednio. Przedsiębiorca, który złożył wniosek przed wejściem w życie nowelizacji może zatem skorzystać z instytucji *leniency plus* w przypadku wszczęcia postępowania przez Prezesa Urzędu już pod rządami nowych przepisów.

W kontekście regulacji wynikającej z art. 6 ustawy nowelizującej i zasad temporalnych dotyczących odpowiedzialności osób zarządzających należy zwrócić uwagę na art. 7 ust. 3 i 4 ustawy nowelizującej. Przepis art. 7 został wymieniony w art. 3 wśród przepisów, które mogą wprowadzić odstępstwa od zasady dalszego stosowania przepisów dotychczasowych, i o takim odstępstwie można mówić w przypadku ust. 3 i 4. Otóż zgodnie z art. 7 ust. 3 w przypadku porozumień, które nie zostały zaniechane do dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej (a zatem porozumienie było nadal stosowane w dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej), w stosunku do których wszczęto postępowanie po wejściu w życie ustawy nowelizującej w związku z wniesieniem przed tą datą wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary, ustawodawca przyjął rozwiązanie zgodnie z którym wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary obejmuje także osobę zarządzającą. Tymczasem z art. 6 ustawy nowelizującej wynika, że w przypadku wszczęcia postępowania po dacie wejścia w życie nowelizacji w odniesieniu do naruszeń reguł konkurencji, które miały miejsce przed tą datą, osoby zarządzające nie mogą ponosić odpowiedzialności za zachowania, które miały miejsce przed wejściem w życie nowelizacji. Odpowiadają jedynie za zachowania, które miały miejsce po dacie wejścia w życie nowelizacji[9].

Przepis art. 7 ust. 3 należy wykładać z uwzględnieniem art. 6. Skoro art. 7 ust. 3 znajduje zastosowanie do „porozumień niezaniechanych", to wniosek o odstąpienie od nałożenia kary złożony przed datą wejścia w życie nowelizacji – na mocy fikcji prawnej – obejmuje także wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary dla osoby zarządzającej, jednakże z tym ograniczeniem, że może ona podlegać karze wyłącznie za zachowania mające miejsce po dacie wejścia w życie ustawy nowelizującej. Za wcześniejsze zachowania nie ponosi odpowiedzialności na podstawie art. 6a uokik.

[8] Tak E. Modzelewska-Wąchal [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1534, Nb 6.

[9] Ibidem, s. 1535, Nb 9.

Przepis art. 7 ust. 4 określa warunki, jakie muszą być spełnione, aby osoba zarządzająca objęta unormowaniem art. 7 ust. 3 mogła skorzystać z programu leniency. Ponadto przepis reguluje zasady obniżania kary – zastosowanie znajdują w tym zakresie nowe przepisy (art. 113c ust. 2), choć stare przepisy uwzględnia się w zakresie dotyczącym kolejności spełnienia warunków określonych w art. 109 uokik w brzmieniu dotychczasowym.

Z kolei art. 7 ust. 5 rozstrzyga, że spełnienie warunków z ust. 4 przez osobę zarządzającą zobowiązuje Prezesa Urzędu do odstąpienia od wymierzenia kary albo do jej obniżenia nawet wtedy, gdy Prezes nie odstąpił od nałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorcę, który złożył stosowny wniosek przed wejściem w życie ustawy nowelizującej. Z przepisu tego wynika, że jeżeli Prezes obniża karę przedsiębiorcy, to musi obniżyć ją także osobie zarządzającej, ale pod warunkiem, że osoba ta współpracowała w odpowiedni sposób (normalnie powinna współpracować w sposób określony w art. 113a ust. 5 – w okresie przejściowym warunki współpracy osoby zarządzającej z Prezesem określa art. 7 ust. 4 ustawy nowelizującej). Analogicznie powinno być w przypadku odstąpienia od nałożenia kary na przedsiębiorcę. Jeżeli natomiast okaże się, że osoba zarządzająca współpracowała z organem, ale przedsiębiorca tego nie czynił w stopniu upoważniającym do zastosowania instytucji *leniency*, Prezes Urzędu ma obowiązek (a nie prawo) odstąpić od nałożenia kary na osobę zarządzającą albo obniżyć taką karę. Ewentualne spory mogą zatem dotyczyć sposobu korzystania przez Prezesa Urzędu z tej kompetencji, gdy zamiast odstąpić od wymierzenia kary zdecyduje się tylko na jej obniżenie.

V. Art. 10 ustawy nowelizującej

Przepis art. 10 rozstrzyga ewentualne wątpliwości co do wysokości kary pieniężnej nakładanej na podstawie art. 108 ust. 6 pkt 1 uokik na świadka za nieuzasadnioną odmowę zeznań. Zakres tej regulacji nie obejmuje kary za niestawiennictwo, ponieważ pod rządami przepisów dotychczasowych nie można było nałożyć kary za takie uchybienie. Zgodnie z art. 10 ustawy nowelizującej wysokość kary determinowana jest przez nowe przepisy, które z uwagi na zmianę maksymalnej wysokości kary są dla karanego świadka korzystniejsze. Zasada ta znajduje zastosowanie do postępowań w sprawie nałożenia kary na świadka wszczętych przed wejściem w życie ustawy nowelizującej, jak i wszczętych po tej dacie. Dla zastosowania przepisu istotne jest jedynie, czy odmowa zeznań miała miejsce w postępowaniu wszczętym przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej. Ponieważ w przepisie mowa o „wysokości kary nakładanej na świadka", a karę nakłada Prezes Urzędu, może to sugerować, że przepis ten znajduje zastosowanie jedynie do postępowań w sprawie nałożenia kary pieniężnej toczących się przed organem antymonopolowym. Jednakże zestawiając art. 10 z art. 3 ustawy nowelizującej, który to przepis posługuje się pojęciem „sprawy" należy przyjąć, że także w ewentualnym postępowaniu sądowym w toku, w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu do nałożenia kary zastosowanie znajduje art. 108 ust. 6 pkt 1 w nowym brzmieniu.

VI. Art. 11 ustawy nowelizującej

Ustawa nowelizująca wydłużyła termin do wniesienia odwołania od decyzji. Wydłużenie obejmuje także decyzje wydane przed tą datą, o ile termin do wniesienia odwołania wynikający ze starych przepisów nie upłynął „w dniu wejścia w życie" noweli. Zwrot „w dniu wejścia

w życie ustawy nie upłynął termin do wniesienia odwołania" oznacza, że w dniu wejścia w życie ustawy, tj. 18 stycznia 2015 r. powinien przypadać ostatni dzień na wniesienie odwołania. Ponieważ termin dotychczasowy był terminem dwutygodniowym, liczony był zawsze od dnia tygodnia następującego po dniu doręczeniu decyzji i kończył się z końcem dnia odpowiadającego nazwą dniu, w którym termin rozpoczął bieg. Jeżeli zatem decyzja została doręczona w sobotę, to termin do wniesienia odwołania upływałby w niedzielę przypadającą w dwa tygodnie po doręczeniu decyzji. Zatem z wydłużenia terminu na wniesienie odwołania korzystają tylko ci przedsiębiorcy, którym decyzja Prezesa Urzędu została doręczona w dniu 3 stycznia 2015 r. lub później.

VII. Art. 5 ustawy nowelizującej

Zgodnie z art. 5 do praktyk ograniczających konkurencję zaniechanych przed dniem wejścia w życie noweli stosuje się art. 93 w brzmieniu dotychczasowym. Przepis ten zawiera regulację intertemporalną dla tzw. przedawnienia antymonopolowego, w związku z przedłużeniem terminu wygaśnięcia kompetencji do wszczęcia postępowania do 5 lat od końca roku, w którym zaniechano stosowania praktyki. Istotne jest, by praktyka została „zaniechana" przed dniem wejścia w życie noweli, a nie by termin wszczęcia postępowania przewidziany w art. 93 w dotychczasowym brzmieniu upłynął przed wejściem w życie ustawy. Przepis art. 5 nie dotyczy zagadnienia stosowania przepisów starej lub nowej ustawy do „spraw, w których wszczęto postępowanie". Wyjaśnia to pominięcie odesłania do tego przepisu w art. 3 ustawy nowelizującej. Art. 5 odnosi się do instytucji wygaśnięcia kompetencji Prezesa Urzędu do wszczęcia postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, a zatem ma zastosowanie jeszcze przed wszczęciem postępowania. Oczywiście w przypadku wszczęcia postępowania, pomimo wygaśnięcia terminu z art. 93 uokik, gdy okoliczność upływu tego terminu ujawniła się po wszczęciu postępowania, przed wejściem w życie nowelizacji, przepis art. 93 uokik w starym brzmieniu znajduje zastosowanie na podstawie art. 3 noweli.

Skoro ustawa nowelizująca wchodzi w życie w dniu 18 stycznia 2015 r., do praktyk zaniechanych najpóźniej 17 stycznia 2015 r. zastosowanie znajduje krótszy termin z art. 93 w dotychczasowym brzmieniu. W przypadku tego rodzaju praktyk kompetencja Prezesa Urzędu do wszczęcia postępowania wygaśnie z dniem 31 grudnia 2016 r., a nie 31 grudnia 2021 r., jak w przypadku praktyk zaniechanych w dniu 18 stycznia 2015 r. i później.

Termin przedawnienia wszczęcia postępowania i ogólne zasady jego obliczania jest taki sam dla praktyk ograniczających konkurencję oraz dla odpowiedzialności osób zarządzających. Termin ten może rozpocząć bieg wcześniej w przypadku osób zarządzających, skoro dla jego rozpoczęcia istotne jest ustalenie, kiedy dana osoba „zaprzestała zachowania określonego w art. 6a". O ile w przypadku działania można sobie wyobrazić, że fakt „zaprzestania" da się ustalić oraz dokonać sensownej kwalifikacji, co jest takim zaprzestaniem, bardziej problematyczne jest przeprowadzenie obu zbiegów w przypadku „zaprzestania zachowania określonego w art. 6a polegającego na umyślnym dopuszczeniu się do naruszenia zakazu praktyk porozumień ograniczających konkurencję przez zaniechanie". Nie ma jednak potrzeby wprowadzania do art. 5 analogicznego unormowania dla odpowiedzialności osób zarządzających jak w przypadku praktyk ograniczających konkurencję, ponieważ funkcję tą pełni art. 6 ustawy nowelizującej. Skoro odpowiedzialność

z art. 6a uokik osoby zarządzające ponoszą od wejścia w życie ustawy za zachowania mające miejsce od tego dnia, to analogicznie jak w przypadku art. 93 w nowym brzmieniu, zaniechanie zachowania pociągającego za sobą odpowiedzialność z art. 6a uokik po wejściu w życie ustawy nowelizującej powoduje, że termin wygaśnięcia kompetencji do wszczęcia postępowania rozpoczyna bieg z dniem 1 stycznia 2016 r., tak samo jak w przypadku praktyk ograniczających konkurencję, których stosowania zaniechano od 18 stycznia 2015 r. W przypadku zachowań osoby zarządzającej „zakończonych" przed 18 stycznia 2015 r. osoba fizyczna nie ponosi w ogóle odpowiedzialności na podstawie art. 6a uokik, zaś przedsiębiorca korzysta z krótszego terminu, z art. 93 uokik w dotychczasowym brzmieniu.

Kluczowe dla zastosowania art. 6 ustawy nowelizującej jest ustalenia znaczenia sformułowania „zaniechanie praktyki ograniczającej konkurencję", a konkretnie, czy sformułowanie to należy traktować tak samo jak zaprzestanie stosowania praktyki z art. 93. W przypadku twierdzącej odpowiedzi na to pytanie wystarczające jest odesłanie do dotychczasowego orzecznictwa i piśmiennictwa. W ostatnim czasie w orzecznictwie Sądu Najwyższego rozstrzygnięto i ugruntowano problem dotyczący sposobu rozumienia „zaprzestania stosowania praktyki" w przypadku porozumień ograniczających konkurencję. Najpierw w sprawie III SK 26/13[10] przyjęto, że zaprzestanie stosowania w przypadku porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel, które nie były wykonywane w praktyce, stosowania praktyki zaniechano z dniem zawarcia porozumienia. Następnie w sprawie III SK 44/13[11] przyjęto, że wystarczające do stwierdzenia, że dany przedsiębiorca uczestniczący w wertykalnym porozumieniu cenowym zaprzestał stosowania praktyki, jest ustalenie iż nie stosuje się on już do poczynionych uzgodnień cenowych.

Problem może się pojawić w przypadku próby węższej interpretacji art. 5 polegającej na przyjęciu założenia, zgodnie z którym zaprzestanie stosowania praktyki z art. 93 należy rozumieć węziej niż zaniechanie praktyki – w przypadku porozumień miałoby to takie znaczenie, że do zaniechania konieczny byłby upadek porozumienia, a nie tylko niestosowanie się do poczynionych uzgodnień. Skoro jednak art. 5 noweli odnosi się do art. 93 uokik i służy doprecyzowaniu zasad obliczania terminu z art. 93 uokik w dotychczasowym brzmieniu, to właściwsze jest wyłożenie art. 5 noweli w sposób systemowy i nadanie pojęciu „zaniechania" takiego samego znaczenia jakie nadaje się „zaprzestaniu stosowania" z art. 93 uokik.

VIII. Art. 6 ustawy nowelizującej

Przepis art. 6 ustawy nowelizującej określa, od kiedy osoba zarządzająca ponosi odpowiedzialność za zachowania, o których mowa w art. 6a znowelizowanej uokik. Zgodnie z art. 6 ustawy nowelizującej osoba zarządzająca ponosi odpowiedzialność na podstawie art. 6a uokik za działania i zaniechania mające miejsce od dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej. Skoro osoba taka ponosi odpowiedzialność za działania i zaniechania, które mają miejsce dopiero od dnia wejścia w życie art. 6a, to wszystkie działania i zaniechania sprzed tej daty nie mają – w myśl tego przepisu – znaczenia dla przypisania osobie zarządzającej tej odpowiedzialności, jej zakresu a także podjęcia samej decyzji o nałożeniu kary i jej wymiaru. Skoro zgodnie z art. 3 ustawy nowelizującej, do spraw wszczętych przed wejściem w życie tej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, na

[10] Wyrok SN z 20 lutego 2014 r., LEX nr 1448754.

[11] Wyrok SN z 15 maja 2014 r., LEX nr 1459203.

podstawie art. 6 ustawy nowelizującej w sprawach w toku nie jest możliwe pociągnięcie osoby zarządzającej do odpowiedzialności za jej działania lub zaniechania mające miejsce po wejściu w życie ustawy nowelizującej[12]. Stosowanie przepisów dotychczasowych, zgodnie z art. 3 ustawy nowelizującej, wyklucza takie zastosowanie art. 6 ustawy nowelizującej w związku z art. 6a uokik, w wyniku którego do prowadzonego postępowania antymonopolowego zostałby wprowadzony wątek dotyczący odpowiedzialności osoby fizycznej.

Niezależnie od tego, że osoba zarządzająca i tak może ponosić odpowiedzialność wyłącznie za zachowania, które miały miejsca po tej dacie, Prezes Urzędu nie będzie miał możliwości poszerzenia zakresu postępowania właściwego „w sprawach w toku" o kwestie dotyczące odpowiedzialności osoby zarządzającej. Co prawda kompetencję taką można wyprowadzić z art. 88 ust. 4 uokik w nowym brzmieniu, skoro pozwala on na objęcie osoby zarządzającej postępowaniem antymonopolowym wszczętym wobec przedsiębiorcy, jeżeli o okolicznościach wskazujących na naruszenie art. 6a uokik Prezes Urzędu poweźmie wiadomość już po wszczęciu postępowania antymonopolowego. Jednakże w odniesieniu do ewentualnego stosowania art. 6a uokik do postępowań w toku należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 106a ust. 2 „nałożenie na osobę zarządzającą kary pieniężnej, o której mowa w art. 106a ust. 1, może nastąpić wyłącznie w decyzji, nakładającej na przedsiębiorcę karę pieniężną, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2". Z przepisu tego wynika, że osoba zarządzająca może być ukarana nie tylko pod warunkiem jednoczesnego ukarania przedsiębiorcy, ale także, że kara taka może być nałożona tylko i wyłącznie w tej samej decyzji. Jedyną drogą dla podjęcia próby wypracowania praktyki karania osób zarządzających za działania lub zaniechania „w postępowaniach w toku" mogłoby być rozdzielenie postępowania w sprawie stwierdzenia naruszenia reguł konkurencji od postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej, tym razem na przedsiębiorcę i na osobę zarządzającą. To drugie postępowanie byłoby wszczynane po zakończeniu pierwszego postępowania, prowadziłoby do nałożenia kary na przedsiębiorcę za naruszenie stwierdzone we wcześniejszym postępowaniu, a na osobę zarządzającą za jej zachowania, które miały miejsce po wejściu w życie ustawy nowelizującej. Jednakże takiemu rozwiązaniu stoi na przeszkodzie art. 88 ust. 3 uokik, który wyraźnie przewiduje zasadę jednego postępowania antymonopolowego w sprawie naruszenia zakazu porozumień przez przedsiębiorcę oraz dopuszczenia się przez osobę zarządzającą do naruszenia przez przedsiębiorcę tego zakazu. Konieczne jest zatem objęcie jednym postępowaniem dwóch spraw, a to jest możliwe po wszczęciu postępowania przeciwko przedsiębiorcy wyłącznie na podstawie art. 88 ust. 4 uokik. Tymczasem zgodnie z art. 3 ustawy nowelizującej do spraw w toku stosuje się przepisy dotychczasowe, zatem zastosowanie art. 88 ust. 4 uokik do spraw w toku zostało wyraźnie wyłączone przez prawodawcę.

Odmienne rozwiązanie tego problemu wymagałoby przyjęcia założenia, zgodnie z którym z art. 6 ustawy nowelizującej wynika nie tylko regulacja intertemporalna delimitująca czasowy zakres (a w zasadzie początek) odpowiedzialności osób zarządzających, co jest zagadnieniem z zakresu prawa materialnego, ale także regulacja proceduralna pozwalająca na zastosowanie art. 88 ust. 4 uokik w związku z art. 6 ustawy nowelizującej, z pominięciem art. 3 ustawy nowelizującej. Wówczas art. 6 ustawy nowelizującej byłby traktowany jako *lex specialis* wobec art. 3 ustawy nowelizującej, gdyż wprowadzałby odstępstwo od zasady dalszego stosowania przepisów

[12] Tak również A. Piszcz [w:] T. Skoczny (red.), op. cit., s. 1532, Nb. 2.

dotychczasowych. Pominięcie art. 6 w zawartym w art. 3 wyliczeniu przepisów wprowadzających odstępstwa od zasady stosowania przepisów dotychczasowych przemawia jednak za odrzuceniem takiej koncepcji stosowania art. 6 ustawy nowelizującej.

IX. Art. 8 i art. 9 ustawy nowelizującej

Unormowanie wynikające z art. 8 jest konsekwencją rozdzielenia instytucji kontroli i przeszukania. Przeszukanie przeprowadza się na podstawie przepisów dotychczasowych w przypadku, gdy przed dniem wejścia w życie nowelizacji została udzielona zgoda Sądu na jego przeprowadzenie. Przedsiębiorca nie będzie mógł złożyć zażalenia na podstawie nowego art. 105p, pozostanie mu prawo do wniesienia sprzeciwy na podstawie SDGU i zażalenia na podstawie odpowiednio stosowanych przepisów k.p.k. Skoro regulacja zawarta w art. 8 rozstrzyga o zastosowaniu przepisów dotychczasowych tylko w przypadku przeprowadzania przeszukania po wejściu w życie nowelizacji na podstawie wcześniej wydanej zgody SOKiK, racjonalne jest przyjęcie założenia, zgodnie z którym gdy wniosek Prezesa Urzędu złożono pod rządami starych przepisów, ale postanowienie SOKiK zostało wydane pod rządami nowych, zastosowanie znajdą przepisy nowe. Skoro miarodajne dla zastosowania art. 8 jest wydanie postanowienia SOKiK, należałoby w konsekwencji przyjąć, że w sprawach w toku po wejściu w życie nowelizacji przeszukania należy przeprowadzać na podstawie nowych przepisów, jeżeli tylko SOKiK orzekał w tej kwestii po 18 stycznia[13]. Taka wykładnia art. 8 ustawy nowelizującej pozostaje jednak w kolizji z art. 3, który generalnie rozstrzyga, że w sprawach, w których postępowanie wszczęto stosuje się przepisy dotychczasowe, chyba że enumeratywnie wymienione przepisy stanowią inaczej. Art. 8 nie został zaś wymieniony w art. 3 ustawy nowelizującej.

W przypadku art. 9 ustawy nowelizującej, który dotyczy kontroli i przeszukań prowadzonych poza postępowaniem prowadzonym przez Prezesa UOKiK (art. 105i ust. 1 uokik w brzmieniu sprzed nowelizacji), art. 3 ustawy nowelizującej nie znajduje zastosowania, gdyż normuje zasady działania organu w sprawach, w których nie wszczęto postępowania[14]. Stąd potrzeba autonomicznej regulacji kwestii intertemporalnych w tym zakresie, która przybrała postać zasady dalszego stosowania przepisów dotychczasowych do kontroli i przeszukań „w toku" w dniu wejścia w życie znowelizowanych przepisów uokik.

X. Podsumowanie

Z przedstawionych powyżej wywodów wynika, że regulacja zagadnień intertemporalnych w ustawie nowelizującej jest wielowątkowa i może nasuwać pewne wątpliwości w praktyce. Należy docenić uwzględnienie zróżnicowania materii intertemporalnej i dostosowanie do niej treści poszczególnych przepisów, niezależnie od oceny poszczególnych rozwiązań. Do rozstrzygnięcia pozostaje, czy inna treść art. 3 ustawy nowelizującej względem dotychczas stosowanego sposobu formułowania przepisów intertemporalnych niesie ze sobą zmianę jakościową w postaci poszerzenia zakresu regulacji art. 3 ustawy poza kwestie proceduralne: czy z przepisu tego wynika zasada dalszego stosowania przepisów dotychczasowych w zakresie prawa materialnego do oceny zachowań przedsiębiorców podejmowanych w „toku prowadzonego postępowania" ale

[13] Tak M. Bernatt [w:] T. Skoczny (red.), op. cit., s. 1536-1537, Nb 3.

[14] A. Piszcz [w:] T. Skoczny (red.), op. cit., s. 1537, Nb 2.

już po wejściu w życie ustawy nowelizującej. W moim przekonaniu inne brzmienie art. 3 ustawy nowelizującej w porównaniu do wcześniejszych przepisów intertemporalnych należy odczytać właśnie w ten sposób, jako reakcję na poglądy wyrażone w sprawie III SK 67/12. Użycie w art. 3 sformułowania „w sprawie" oznacza dalsze stosowanie wszystkich przepisów do oceny tej „sprawy". Dotychczasowe przepisy, w obszarze prawa materialnego, mają zatem przedłużony żywot do czasu ostatecznego albo prawomocnego zakończenia spraw będących w toku w dacie wejścia w życie ustawy nowelizującej.

Tabela wyroków i postanowień Sądu Najwyższego w sprawach konkurencji w 2014 r.

Lp.	Sygnatura (rodzaj rozstrzygnięcia)	Data wydania wyroku	Strony	Wyrok, od którego wniesiono kasację	Praktyka, kara pieniężna	Przepisy uokik	Rozstrzygnięcie
1	2	3	4	5	6	7	8
1.	III SK 22/14 (postan.)	3.12.2014	Tow. Usług Transp. H. T. Sp. z o.o. w G. p. Prezesowi UOKiK	Wyr. SA w Warszawie z 16.01.2014	Pok[1], kara pieniężna	Art. 6 ust. 1 pkt 1; art. 4 ust. 5; art. 4 pkt 5	Odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
2.	III SK 21/14 (postan.)	27.11.2014	Gmina Miasto O. p. Prezesowi UOKiK	Wyr. SA w Warszawie z 19.09.2013	Npd[2], kara pieniężna	Art. 7; art. 2; art. 3; art. 1 ust. 1; art. 9 ust. 2 pkt 5	Odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
3.	III SK 89/13	25.11.2014	J. M. D. S.A. w K. p. Prezesowi UOKiK	Wyr. SA w Warszawie z 23.05.2013	Kara pieniężna	Art. 1 ust. 1; art. 106 ust. 2; art. 106 ust. 2 pkt 1; art. 106 ust. 2 pkt 2; art. 12 ust. 3; art. 19 ust. 3; art. 23; art. 50; art. 50 ust. 1; art. 50 ust. 2 pkt 4; art. 94 ust. 2; art. 95; art. 95 ust. 1; art. 95 ust. 1 pkt 3; art. 95 ust. 1 pkt 4; art. 95 ust. 2 pkt 3	Oddalenie skargi kasacyjnej
4.	III SK 15/14 (postan.)	19.11.2014	A. M. sp. z o.o. w Z. p. Prezesowi UOKiK	Wyr. SA w Warszawie z 5.11.2013	Kara pieniężna	Art. 1 ust. 1; art. 1; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 106 ust. 1 pkt 3; art. 106 ust. 1; art. 106; art. 111; art. 13 ust. 1 i 2 pkt 2; art. 13 ust. 1 i 2 pkt 3; art. 13; art. 94 ust. 1 i 2 pkt 2	Odmowa przyjęcia skargi do rozpoznania

[1] Porozumienie naruszające koncentrację
[2] Nadużywanie pozycji dominującej

1	2	3	4	5	6	7	8
5.	III SK 61/13	15.10.2014	Skarb Państwa – Krajowa Stacja Chem. - Rol. w W. p. Prezesowi UOKiK	Wyr. SA w Warszawie z 26.03.2013	Npd, kara pieniężna	Art. 3 pkt 1 uokik z 2000 r.; art. 3 uokik z 2000 r.; art. 4 pkt 1 uokik z 2000 r.; art. 4 pkt 1 lit. a) uokik z 2000 r.; art. 4 pkt 8 uokik z 2000 r.; art. 4 ust. 1 pkt a uokik z 2000 r.; art. 4 ust. 1 uokik z 2000 r.; art. 8 ust. 1 uokik z 2000 r.; art. 8 ust. 2 pkt 4 i 5 uokik z 2000 r.; art. 8 ust. 2 pkt 4 i 5 uokik z 2000 r.	Oddalenie skargi kasacyjnej
6.	III SK 3/14 (postan.)	30.09.2014	J.W. C. SA w Z. p. Prezesowi UOKiK	Wyr. SA z 19.06.2013	Kara pieniężna	–	Odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
7.	III SK 90/13 (postan.)	24.09.2014	P.-H. sp.j. Przeds. Handl. B. C., M. K. w W. p. Prezesowi UOKiK	Wyr. SA w Warszawie z 10.05.2013	Kara pieniężna	Art. 1 ust. 1; art. 1; art. 106 ust. 1; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 107; art. 108; art. 109; art. 109 ust. 1; art. 109 ust. 2; art. 109 ust. 3; art. 111; art. 6; art. 6 ust. 1 pkt 3; art. 106; art. 109 ust. 4	Odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
8.	III SK 83/13	27.08.2014	MPWiK S.A. w W. p. Prezesowi UOKiK	Wyr. SA w Warszawie z 7.05. 2013	Npd, kara pieniężna	Art. 10; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 106 ust. 1; art. 11 ust. 2; art. 11 ust. 3; art. 19; art. 84; art. 9 ust. 1; art. 9 ust. 2 pkt 6; art. 9 ust. 3; art. 111	Uchylenie wyroku i przekazanie sprawy SA w Warszawie do ponownego rozpoznania
9.	III SK 50/13	22.05.2014	I. W. p. Prezesowi UOKiK	Wyr. SA w Warszawie z 19.12.2012	Pok, kara pieniężna	Art. 6 ust. 1 pkt 1; art. 93; art. 1; art. 101a TFUE (poprzednio art. 81 TWE)	Oddalenie skargi kasacyjną
10.	III SK 71/13 (postan.)	27.03.2014	T. Dystrybucja S.A. w K. p. Prezesowi UOKiK	Wyr. SA w Warszawie z 31.01.2013	Npd, kara pieniężna	Art. 9 ust. 2 pkt 6; art. 9 ust. 1	Odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania

1	2	3	4	5	6	7	8
11.	III SK 63/13 (postan.)	20.02.2014	T. Sp. z o.o. w Ł. p. Prezesowi UOKiK	Wyr. SA w Warszawie z 18.03.2013	Npd	Art. 4 pkt 9 uokik z 2000 r.; art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 5 uokik z 2000 r.; art. 8 ust. 1 i 2 uokik z 2000 r.	Odmowa przyjęcia obu skarg kasacyjnych do rozpoznania
12.	III SK 26/13	20.02.2014	W. W. i inni p. Prezesowi UOKiK	Wyr. SA w Warszawie z 25.01.2012	Pok	Art. 1; art. 1 pkt 3 ustawy z 2004 r. o zmianie uokik z 2000 r.; art. 5 uokik z 2000 r.; art. 5 ust. 1 uokik z 2000 r.; art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik z 2000 r.; art. 5 ust. 1 pkt 2 uokik z 2000 r.; art. 5 ust. 1 pkt 3 uokik z 2000 r.; art. 6 ust. 1 pkt 1; art. 6 ust. 2; art. 93	Oddalenie skargi kasacyjnej
13.	III SK 36/13 (postan.)	27.01.2014	MPWiK Sp. z o.o. w R. p. Prezesowi UOKiK	Wyr. SA w Warszawie z Warszawie z 15.12.2011	Npd	Art. 9 uokik z 2000 r.; art. 8 ust. 1 uokik z 2000 r.; art. 8 ust. 2 pkt 1 uokik z 2000 r.	Odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania
14.	III SK 31/13 (postan.)	14.01.2014	MPWiK Sp. z o.o. w Ł. p. Prezesowi UOKiK	Wyr. SA z 13.12.2012	Npd	Art. 9 ust. 2 pkt 1; art. 9 ust. 1; art. 3	Odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania

Tabela wyroków Sądu Apelacyjnego w Warszawie w sprawach konkurencji w 2014 r.

Lp.	Sygnatura	Data wydania wyroku	Strony	Apelacja od wyroku SO w W-wie – SOKiK z..., sygnatura ...	Praktyka	Przepisy uokik	Rozstrzygnięcie
1	2	3	4	5	6	7	8
1.	VI ACa 1515/13	18.07.2014	W. J. i PH-U (...) A. D. i R. S. Sp. j. w S. p. Prezesowi UOKiK	29.11.2012, XVII AmA 60/11	Pok[1], kara pieniężna	Art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 11 ust. 2; art. 4 pkt 5; art. 4 pkt 5a; art. 4 pkt 6; art. 6; art. 6 ust. 1; art. 6 ust. 1 pkt 1; art. 6 ust. 1 pkt 2; art. 6 ust. 1 pkt 3; art. 6 ust. 1 pkt 7; art. 7; art. 7 ust. 1; art. 7 ust. 1 pkt 1; art. 7 ust. 1 pkt 2; art. 7 ust. 2; art. 8; art. 84; art. 9	Oddalenie apelacji
2.	VI ACa 1624/13	17.07.2014	J. Z. (1) p. Prezesowi UOKiK	16.04.2013, XVII AmA 113/11	Pok, kara pieniężna,	Art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 11 ust. 1; art. 11 ust. ust. 2; art. 6 ust. 1 pkt 1; art. 6 ust. 1; art. 84; art. 88 ust. 1	Uchylenie wyroku, zniesienie postępowania w zakresie rozprawy z 16.04.2013 i przekazanie sprawy SOKiK do ponownego rozpoznania
3.	VI A Ca 1386/13	26.05.2014	Zakład (...) Sp. z o.o. w W. p. Prezesowi UOKiK	20.05.2013, XVII AmA 131/11	Npd[2]	Art. 1; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 106 ust. 1; art. 33 ust. 6; art. 6; art. 75; art. 83; art. 9 ust. 1; art. 9 ust. 1; art. 9	Zmiana zaskarżonej decyzji w całości; umarzenie postępowanie antymonopolowego

[1] Porozumienie ograniczające konkurencję.
[2] Nadużywanie pozycji dominującej.

1	2	3	4	5	6	7	8
4.	VI A Ca 1260/13	15.05.2014	(…) sp z o.o. w K. p. Prezesowi UOKiK	18.12.2012, XVII AmA 172/10	Npd	Art. 9 uokik z 2000 r.; art. 131 ust. 1; art. 8 ust. 2 pkt 3 uokik z 2000 r.; art. 101 ust. 1 pkt 1 uokik z 2000 r.; art. 90 uokik z 2000 r.; art. 9 ust. 1; art. 9 ust. 2 pkt 3); art. 4 pkt 8 uokik z 2000 r.; art. 1 ust. 1; art. 3; art. 80; art. 4 pkt 9; art. 81; art. 49;	Oddalenie wszystkich apelacji
5.	VI ACa 1440/13	15.05.2014	(…) Spółdzielnia Mieszkaniowa w S. p. Prezesowi UOKiK	16.05.2013, XVII AmA 4/11	Npd, kara pieniężna	Art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 106 ust. 1; art. 111; art. 33 ust. 6; art. 4 pkt 1; art. 4 pkt 10; art. 4 pkt 9; art. 4 ust. 1 pkt 1; art. 4 ust. 10; art. 4 ust. 9; art. 9; art. 9 § 2 pkt 5; art. 9 ust. 1; art. 9 ust. 2 pkt 5	Oddalenie apelacji
6.	VI ACa 626/13	8.05.2014	(…) Sp. z o.o. Sp. kom. w P. p. Prezesowi UOKiK	25.05.2012, XVII AmA 185/10	Pok	Art. 1 ust. 2; art. 106 ust. 1; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 11 ust. 1 pkt 1; art. 33 ust. 5; art. 33 ust. 6; art. 4 pkt 5; art. 6; art. 6 ust. 1; art. 6 ust. 1 pkt 1; art. 8 ust. 1	Oddalenie apelacji;
7.	VI ACa 1306/13	16.04.2014	(…) S.A. w K. p. Prezesowi UOKiK	26.03.2013, XVII AmA 62/10	Npd	Art. 8 ust. 1; art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r.; art. 101 ust. 1 pkt 1; art. 28 ust. 6; art. 131 ust. 1; art. 8; art. 81; art. 5; art. 33; art. 24 uokik z 2000 r.; art. 28 uokik z 2000 r.; art. 33 ust. 6; art. 9; art. 8 ust. 2 pkt 1 uokik z 2000 r.; art. 8 ust. 2 pkt 6 uokik z 2000 r.	Oddalenie apelacji

1	2	3	4	5	6	7	8
8.	VI A Ca 1673/12	16.01.2014	Towarzystwo Usług (…) Sp. z o.o. w G. p. Prezesowi UOKiK	2.08.2012, XVII AmA 69/10	Pok, kara pieniężna	Art. 1 ust. 2; art. 10; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 106 ust. 6; art. 33 ust. 6; art. 4 pkt 2; art. 4 pkt 5; art. 4 pkt 5 lit b; art. 4 pkt 9; art. 4 ust. 5; art. 6 ust. 1; art. 6 ust. 1 pkt 1; art. 7	Oddalenie apelacji
9.	VI A Ca 830/13	16.01.2014	Gmina J. w J. p. Prezesowi UOKiK	1.02.2013, XVII AmA 10/11	Npd	Art. 1; art. 1 ust. 1; art. 10; art. 106 ust. 1; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 11; art. 11 ust. 1; art. 11 ust. 2; art. 111; art. 4 ust. 1; art. 4 ust. 1 pkt a); art. 9; art. 9 ust. 1; art. 9 ust. 2 pkt 6	Oddalenie apelacji
10.	VI ACa 427/13	8.11.2013	P(…) sp. j. w F. p. Prezesowi UOKiK	24.04.2012, XVII AmA 42/10	Pok, kara pieniężna	Art. 10; art. 6 ust. 1 pkt 1; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 6; art. 111	Uchylenie wyroku w całości, zniesienie postępowania w zakresie rozprawy poprzedzającej wydanie tego wyroku i przekazanie sprawy SOKiK do ponownego rozpoznania
11.	VI ACa 160/13	5.11.2013[3]	(…) Sp. z o.o. w Z. p. Prezesowi UOKiK	6.12.2012 XVII AmA 43/11	Pkk[4], kara pieniężna	Art. 106 ust. 1 pkt 3; art. 111; art. 13; art. 13 ust. 1; art. 13 ust. 1 pkt 1; art. 13 ust. 1 pkt 2; art. 13 ust. 2 pkt 2; art. 14; art. 14 pkt 1; art. 18; art. 21 ust. 2; art. 94 ust. 2 pkt 2	Oddalenie apelacji
12.	VI ACa 164/13	24.10.2013	Przeds. (…) (…) Sp. z o.o. w J. p. Prezesowi UOKiK	5.10.2012, XVII AmA 223/10	Npd	Art. 84; art. 9 ust. 1; art. 9 ust. 2 pkt 6; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 111; art. 9; art. 106	Oddalenie apelacji

[3] Dwa wyroki nie uwzględnione w tabeli wyroków Sądu Apelacyjnego w Warszawie, opublikowanej w nr 1/2014 iKAR.
[4] Prewencyjna kontrola koncentracji.

Tabela wyroków SOKiK w sprawach konkurencji w 2014 r.

Lp.	Sygnatura	Data wydania wyroku	Strony	Odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK z …	Praktyka	Przepisy uokik	Rozstrzygnięcie
1	2	3	4	5	6	7	8
1.	XVII AmA 153/13	17.12.2014	(…) sp. z o.o. w W., (…) sp. z o.o. w Ł., „A. – net" (…) sp. z o.o. S.K.A. w P. (dawniej „A. – net" M., R. sp.j. w P.), Zakład Usług (…) H. C., K. K. (1), O. K. sp.j. w P., Telewizja (…) E. R. i R. D. sp.j. w W., (…) S.A. w G., (…) S.A. w G., (…) S.A. w W., (…) S.A. w P., P. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (…) Zakład (…), (…) P. Z. w P., (…) S.A. w G., (…) sp. z o.o. w W. p. Prezesowi UOKiK	21.08.2013	Pok[1], kara pieniężna	Art. 1 ust. 1; art. 10; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 109; art. 109 ust. 1; art. 109 ust. 2; art. 109 ust. l pkt 4; art. 109 ust. l pkt l; art. 11 ust. 1; art. 11 ust. 2; art. 111; art. 4 pkt 5; art. 4 pkt 5 lit. a; art. 4 pkt 9; art. 4 pkt l; art. 48; art. 6 ust. 1; art. 6 ust. 1 pkt 1; art. 77 ust. 1; art. 8 ust. 1; art. 80; art. 83; art. 84; art. 9; art. 9 ust. 1; art. 9 ust. 2 pkt 5; art. 49 ust. 1; art. 6	Uchylenie decyzji
2.	XVII AmA 58/13	05.11.2014	Sp. z o.o. w K. p. Prezesowi UOKiK	27.11.2012	Pok, kara pieniężna	Art 11; art. 1; art. 10; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 11; art. 11 ust. 1; art. 11 ust. 2; art. 111; art. 12; art. 12 ust. 1; art. 12 ust. 2; art. 12 ust. 3; art. 12 ust. 4; art. 6; art. 6 ust. 1 pkt 1; art. 6 ust. 1 pkt 3; art. 6 ust. 3; art. 7 ust. 1; art. 77 ust. 1;	Zmiana decyzji

[1] Porozumienie ograniczające konkurencję.

1	2	3	4	5	6	7	8
						art. 8; art. 8 ust. 1; art. 8 ust. 1 pkt 1; art. 8 ust. 1 pkt 2; art. 8 ust. 1 pkt 3; art. 80; art. 83; art. 84	
3.	XVII AmA 123/13	20.10.2014	(…) S.A. w P. p. Prezesowi UOKiK	25.06.2013	Pok, kara pieniężna	Art. 10; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 6 ust. 1 pkt 1; art. 77 ust. 1; art. 80; art. 83; art. 6 ust. 1; art. 7	Odwołanie oddalono wobec braku podstaw do jego uwzględnienia
4.	XVII AmA 1/13	05.06.2014	S.A. z siedzibą w W. p. Prezesowi UOKiK	27.08.2012	Npd[2], kara pieniężna	Art. 1; art. 1 ust. 1; art. 10; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 11; art. 12 ust. 1; art. 12 ust. 2; art. 12 ust. 3; art. 33 ust. 4 i ust. 6; art. 9 ust. 1; art. 9 ust. 2 pkt 6	Oddalenie odwołania
5.	XVII AmA 148/13	04.04.2014	(…) S.A. w W. p. Prezesowi UOKiK	7.07.2009	Npd, kara pieniężna	Art. 101 ust. 1 pkt 1; art. 104; art. 4 pkt 10; art. 8 ust. 1; art. 80; art. 9; art. 90; art. 8 ust. 2 pkt 5; art. 49 ust. 1; art. 88 ust. 2; art. 10; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 9 ust. 1; art. 9 ust. 2 pkt 5; art. 111; art. 4 pkt 8; art. 8 ust. 2 pkt 3; art. 101 ust. 1 pkt 1; art. 84 ust. 1; art. 131 ust. 1; art. 44; art. 84; art. 44 ust. 1; art. 44 ust. 1 uokik z 2000 r.; art. 84 ust. 3 uokik z 2000; art. 9 uokik z 2000; art. 101 ust. 1 pkt 1 uokik z 2000 r.; art. 8 ust. 1 uokik z 2000; art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r.; art. 4 ust. 10 uokik z 2000 r.; art. 4 ust. 9 uokik z 2000 r.; art. 104 uokik z 2000 r.;	Uchylenie zaskarżonej decyzji

[2] Nadużywanie pozycji dominującej

1	2	3	4	5	6	7	8
						art. 4 pkt. 8 uokik z 2000 r.; art. 104 uokik z 2000 r.; art. 62 ust. 1 pkt 1 uokik z 2000; art. 62 uokik z 2000 r.; art. 8 uokik z 2000 r.; art. 101 uokik z 2000 r.; art. 101 ust. 2 pkt 1 uokik z 2000 r.; art. 84 ust. 1 uokik z 2000 r.; art. 86 uokik z 2000 r.; art. 44 uokik z 2000 r.; art. 84 uokik z 2000; art. 43 uokik z 2000 r.	
6.	XVII AmA 44/12	10.03.2014	przedsiębiorca (…) S.A. w G. p. Prezesowi UOKiK	30.12.2011	Npd, kara pieniężna	Art. 106; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 11 ust. 1; art. 11 ust. 2; art. 33 ust. 6; art. 77 ust. 1; art. 80; art. 83; art. 9 ust. 1	Oddalenie odwołania
7.	XVII AmA 26/10	28.02.2014	(…) S.A. w K. p. Prezesowi UOKiK	8.12.2009r	Pok, kara pieniężna	Art. 10; art. 106; art. 106 ust. l; art. 106 ust. l pkt l; art. 107; art. 108; art. 11 ust. 2; art. 11 ust. l; art. 111; art. 131 ust. 1; art. 4 pkt 5; art. 4 pkt 6; art. 6; art. 6 ust. 1; art. 6 ust. 1 pkt 1; art. 7; art. 7 ust. 1; art. 7 ust. 2; art. 77 ust. l; art. 8; art. 8 ust. 3; art. 80; art. 83	Oddalenie odwołania
8.	XVII AmA 4/12	18.02.2014	Spółdzielnia Mieszkaniowa w P. p. Prezesowi UOKiK	26.09.2011	Npd	–	Oddalenie odwołania
9.	XVII AmA 185/11	17.02.2014	(…) S. A. w L. p. Prezesowi UOKiK	10.10.2011	Npd, kara pieniężna	Art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 106 ust. 3; art. 11 ust. 1; art. 11 ust. 2; art. 11 ust. 3; art. 111; art. 33 ust. 6; art. 6; art. 77 ust. 1; art. 80; art. 83; art. 9; art. 9 ust. 1; art. 9 ust. 2 pkt 6	Oddalenie odwołania

1	2	3	4	5	6	7	8
10.	XVII AmA 1/12	07.01.2014	(…) S.A. w K. p. Prezesowi UOKiK	14.11.2011	Npd, Pkk, kara pieniężna	Art. 1 ust. 1; art. 10; art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 106 ust. 1; art. 20 ust. 4 pkt 1; art. 4 pkt 1; art. 4 pkt 9; art. 4 ust. 7; art. 77 ust. 1; art. 77; art. 80; art. 83; art. 9 ust. 1; art.111; art. 9 ust. 1 pkt 6; art. 4 pkt 10; art. 9 ust. 2 pkt 1; art. 9 ust. 2 pkt 6; art. 9 ust. 2	Oddalenie odwołania
11.	XVII AmA 64/11	03.12.2013	(…) Sp. z o.o. w L. oraz (…) A. Ż. sp.j. w S., (…) Sp. z o.o. w W., (…) S. S. i T. (…) sp.j. w C., (…) Sp. z o.o. w P., R. K. w B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (…) R. K. w B., (…) Sp. z o.o. we W., Przeds. Handl.-Usługowe (…) M. i K. J. sp.j. w B. p. Prezesowi UOKiK	27.12.2010	Pok, kara pieniężna	Art. 106 ust. 1 pkt 1; art. 11 ust. 2; art. 111; art. 111 ust. 1 pkt 1; art. 6 ust. 1; art. 6 ust. 1 pkt 1	Oddalenie odwołania

Skorowidz zagadnień podnoszonych w wyrokach SN, SA w Warszawie i SOKiK w sprawach konkurencji w 2014 r.[1]

Akty prawne (inne niż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów):

Kodeks postępowania administracyjnego (art. 126 i 110): XVII AmA 148/13

Ustawa o gospodarce nieruchomościami: VI ACa 830/13

Ustawa o nawożeniu: III SK 61/13

Ustawa o spółdzielniach: VI ACa 1440/13

Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych: VI ACa 1440/13

Ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zborowym odprowadzaniu ścieków: VI ACa 1386/13; VI ACa 164/13; XVII AmA 1/12

Ustawa – Prawo energetyczne: XVII AmA 44/12; XVII AmA 185/11

Ustawa – Prawo telekomunikacyjne: VI ACa 1440/13

Decyzje Prezesa UOKiK:

Decyzja o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzająca zaniechanie jej stosowania: XVII AmA 26/10

Decyzja zobowiązująca: XVII AmA 58/13

– granice uznania administracyjnego: XVII AmA 58/13

Uchylenie decyzji Prezesa UOKiK: VI ACa 1386/13

Zakres decyzji a zakres postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego: XVII AmA 153/13

Interes publiczny:

Brak naruszenia interesu publicznego: XVII AmA 1/13

„Formalny" charakter naruszenia interesu publicznego w przypadku niezgłoszenia zamiaru koncentracji: III SK 15/14; VI ACa 160/13

Funkcja korekcyjna przesłanki interesu publicznego: VI ACa 1386/13

Interes publiczny a realizacja innych wartości niż ochrona konkurencji: III SK 21/14

Pojęcie interesu publicznego: VI ACa 830/13

Kara pieniężna:

Cel (funkcja) kary: VI ACa 830/13

– cel prewencyjny: VI ACa 830/13

Kara za niezgłoszenie zamiaru koncentracji: III SK 15/14; VI ACa 160/13

– dostosowanie przez Sąd wysokości kary pieniężnej do poziomu odpowiadającego wysokości opłaty za złożenie wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji: III SK 15/14

Kara za podanie w zgłoszeniu koncentracji nieprawdziwych informacji: III SK 89/13

[1] Skorowidz uwzględnia te wyroki SA w Warszawie z 2013 r., które nie zostały uwzględnione w skorowidzu opublikowanym w nr 1/2013 iKAR.

– możliwość nałożenia kary za podanie nieprawdziwych informacji w uzupełnieniu wniosku: III SK 89/13
– obowiązek Prezesa UOKiK co do informacji o sankcjach za udzielenie nieprawdziwych informacji: III SK 89/13
– pojęcie informacji „nieprawdziwych": III SK 89/13

Okoliczność łagodzące wymiar kary za naruszenie:
– zakazu porozumień ograniczających konkurencję: XVII AmA 26/10
– nadużywania pozycji dominującej: XVII AmA 185/11

Odstąpienie od wymierzenia kary w sytuacji, gdy przedsiębiorcy nie spełniają warunków leniency: III SK 90/13

Przychód jako podstawa obliczania wysokości kary w przypadku połączenia przedsiębiorców: XVII AmA 185/11

Rola w porozumieniu (inicjator) a wysokość kary: VI ACa 1515/13

Umyślność naruszenia a wysokość kary: XVII AmA 58/13

Konkurencja

Definicja: III SK 61/13

Koncentracje:

Nieprawdziwe informacje we wniosku i jego uzupełnieniu (kara): III SK 89/13

Kara za niezgłoszenie zamiaru koncentracji: VI ACa 160/13

Uzupełnienie zgłoszenia: III SK 89/13
– możliwość wielokrotnego wzywania do uzupełnienia zgłoszenia: III SK 89/13
– procedura uzupełniania zgłoszenia: III SK 89/13

Nadużywanie pozycji dominującej:

Brak naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej: XVII AmA 1/13

Nadużywanie pozycji dominującej (pojęcie): XVII AmA 185/11

Narzucanie nieuczciwych cen:

Narzucanie uciążliwych warunków umów: III SK 83/13; VI ACa 164/13; XVII AmA 185/11
– pojęcie narzucania: XVII AmA 185/11
– pojęcie nieuzasadnionych korzyści: XVII AmA 185/11
– pojęcie uciążliwości warunków: III SK 83/13; XVII AmA 185/11
– ujawnianie się praktyki na etapie przedkontraktowym: III SK 83/13
– wyłączenie odpowiedzialności na zasadzie winy: III SK 83/13
– zaniechanie narzucania: XVII AmA 185/11

Obiektywne uzasadnienie zachowania: VI ACa 1386/13

Otwarty katalog praktyk nadużycia z art. 9 uokik: XVII AmA 185/11

Pozycja dominująca (pojęcie): VI ACa 1440/13; XVII AmA 185/11

Przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji: III SK 21/14; VI ACa 1440/13; VI ACa 1306/13
– brak ujawnienia się skutków nadużycia: VI ACa 1440/13
– odmowa udostępniania zasobów: VI ACa 1440/13
– przesłanki: III SK 21/14

Stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów: VI ACa 1260/13;

Umowy adhezyjne jako postać nadużycia: VI ACa 830/13

Wiązanie: XVII AmA 1/12

Zmiana przepisów rzutujących na kwalifikację zachowania przedsiębiorcy jako praktyki ograniczającej konkurencję: III SK 31/13

Porozumienia ograniczające konkurencję:

Cel porozumienia (pojęcie): VI ACa 626/13

- cel a skutek porozumienia: VI ACa 1515/13; XVII AmA 123/13; XVII AmA 64/11

Definicja porozumienia: VI ACa 1673/12

Działania paralelne (definicja): VI ACa 1673/12

Interpretacja oświadczenia woli: VI ACa 1515/13

Odstąpienie od wymierzenia kary w sytuacji, gdy przedsiębiorcy nie spełniają warunków leniency: III SK 90/13

Porozumienia cenowe:

- horyzontalne: VI ACa 1673/12
- wertykalne: III SK 26/13; VI ACa 1515/13; VI ACa 626/13; XVII AmA 123/13; XVII AmA 58/13; XVII AmA 26/10
  - ograniczenie konkurencji wewnątrzmarkowej: XVII AmA 26/10
  - cena minimalna: XVII AmA 26/10
    - brak możliwości zastosowania rozporządzenia wyłączającego: XVII AmA 26/10
  - cena sztywna, minimalna, maksymalna: VI ACa 626/13
    - pozornie niewiążące ustalenie cen maksymalnych: VI ACa 626/13

Porozumienie podziałowe (podział podmiotowy): XVII AmA 58/13

Przedawnienie: III SK 50/13

- początek biegu terminu przedawnienia: III SK 26/13
- przedawnienie a interes publiczny: III SK 50/13

Publiczne dystansowanie się od porozumienia: XVII AmA 64/11

Świadomość naruszenia jako przesłanka naruszenia zakazu z art. 6: III SK 26/13

Wyłączenie na podstawie art. 8 uokik: XVII AmA 58/13

- przesłanki wyłączenia: XVII AmA 58/13
- dowód spełnienia przesłanek: XVII AmA 58/13

Wymiana informacji (a działania paralelne): VI ACa 1673/12

Zaprzestanie stosowania porozumienia: III SK 50/13

- ograniczenie konkurencji a stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję: III SK 50/13
- zaniechanie zakupów jako zaprzestanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję: III SK 50/13
- zaprzestanie stosowania porozumienia zakazanego ze względu na cel: III SK 26/13; XVII AmA 123/13

Postępowanie przed Prezesem UOKiK:

Cel postępowania wyjaśniającego a cel postępowania antymonopolowego: XVII AmA 153/13

Właściwość Prezesa UOKiK: VI ACa 1306/13

– skutki braku właściwości: VI ACa 1306/13

Zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania: XVII AmA 153/13; XVII AmA 148/13

– stosowanie zasad KPA: XVII AmA 148/13

Postępowanie sądowe:

Brak kognicji SOKiK co do kontroli prawidłowości postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK: XVII AmA 26/10

Cel postępowania przed SOKiK: VI Aca 1454/12

Gwarancyjny i ochronny cel postępowania odwoławczego : III SK 28/12

Rola i kompetencje SOKiK: VI ACa 1440/13; XVII AmA 153/13

Strona postępowania: VI ACa 1624/13

Uchybienia proceduralne w postępowaniu antymonopolowym jako przedmiot postępowania sądowego: XVII AmA 44/12

Uchylenie decyzji Prezesa UOKiK: VI ACa 1386/13

– uchybienia w postępowaniu przed Prezesem UOKiK skutkujące uchyleniem decyzji lub nieskutkujące uchyleniem decyzji: XVII AmA 153/13; XVII AmA 148/13

– uchylenie decyzji w przypadku poważnego naruszenia prawa administracyjnego: XVII AmA 148/13

Przedsiębiorca:

Pojęcie: III SK 61/13

Spółdzielnia mieszkaniowa: VI ACa 1440/13

Rynek właściwy:

Definicja rynku właściwego: VI ACa 1260/13; VI ACa 1440/13

Prawidłowość wyznaczenia rynku właściwego: XVII AmA 1/12

Rynek (lokalny) dystrybucji energii elektrycznej: VI ACa 1306/13; XVII AmA 185/11

Rynek (krajowy) hurtowego obrotu suplementami diety: XVII AmA 58/13

Rynek (krajowy) hurtowej sprzedaży płytek ceramicznych i gresów: XVII AmA 26/10

Rynek (lokalny) infrastruktury oświetleniowej, służącej do oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gminy: XVII AmA 44/12

Rynek (krajowy) kolejowych przewozów towarowych: XVII AmA 148/13

Rynek (krajowy) obrotu prawami telewizyjnymi do meczów pierwszej reprezentacji Polski mężczyzn w piłce nożnej: XVII AmA 153/13

Rynek (lokalny) organizacji dystrybucji biletów komunikacji miejskiej: XVII AmA 1/13

Rynek (lokalny) organizowania usług wywozu i składowania odpadów: III SK 21/14

Rynek (lokalny) przewozów taksówkowych: VI ACa 1673/12

Rynek (lokalny) restauracji nieformalnych na terenie kraju: XVII AmA 123/13

Rynek hurtowej sprzedaży stolarki drzwiowej, półfabrykatów, materiałów i towarów towarzyszących: VI ACa 1515/13; XVII AmA 64/11

Rynek (krajowy) telewizji kablowej: VI ACa 1260/13
Rynek (lokalny) usług dostępu do płatnej telewizji: XVII AmA 153/13
Rynek (krajowy) usług dostępu do płatnych transmisji wydarzeń sportowych za pośrednictwem Internetu: XVII AmA 153/13
Rynek (lokalny) udostępniania zasobów mieszkaniowych spółdzielni w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych: VI ACa 1440/13
Rynek (lokalny) zaopatrzenia w wodę: VI ACa 1386/13
Rynek (lokalny) zbiorowego odprowadzania ścieków: VI ACa 830/13
Rynek (lokalny) zbiorowego zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków: III SK 89/13; VI ACa 164/13; XVII AmA 1/12

Sankcja nieważności:

Umowa nieważna jako praktyka ograniczająca konkurencję: III SK 83/13
– nieważność według prawa cywilnego a nieważność według prawa publicznego: III SK 83/13

Usługi użyteczności publicznej

Organizowanie świadczenia usług użyteczności publicznej: III SK 61/13
Podejście funkcjonalne do wykładni pojęcia usług użyteczności publicznej: III SK 61/13
Pojęcie III SK 61/13
Usługi użyteczności publicznej a interes publiczny: VI ACa 830/13

Opracowanie:
dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka, prof. WSIiZ w Rzeszowie
agathajur@o2.pl

Cezary Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2015, ss. 600

I.

Ukazanie się z początkiem 2015 r. książki Cezarego Banasińskiego pt. *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, plonu twórczego trudu i pasji poznawczej jej Autora, zasługuje w pełni na miano wydarzenia naukowego, które odbije się zapewne szerokim echem w środowisku teoretyków i praktyków prawa antymonopolowego. Oto bowiem otrzymaliśmy unikatowe na naszym rynku naukowym i wyjątkowo wartościowe dzieło, które w moim przekonaniu wejdzie do kanonu polskiego piśmiennictwa z zakresu prawa antymonopolowego. To praca wybitnie teoretyczna, a zarazem o niewątpliwych walorach praktycznych, podejmująca jeden z odwiecznych, a przy tym fundamentalnych problemów prawa antymonopolowego.

Zagadnienie dyskrecjonalności w prawie nie jest wprawdzie żadnym novum w dyskursie naukowym. Od lat debatują o nim przedstawiciele wielu dyscyplin prawniczych, jak choćby prawa cywilnego, karnego, administracyjnego, międzynarodowego czy ogólnej teorii prawa[1]. Także dyskrecjonalność przysługująca władzom antymonopolowym od dawna zajmuje poczesne miejsce w „alei sław" obejmującej najbardziej intrygujące i żywo dyskutowane zagadnienia prawa antymonopolowego. Literatura prawa i ekonomii obfituje zwłaszcza w prace podejmujące problem dyskrecjonalności władz antymonopolowych w zakresie merytorycznej oceny zachowań rynkowych przedsiębiorców. Jednakże organizacyjny, proceduralny oraz instytucjonalny wymiar dyskrecjonalności przysługującej tym władzom spotykał się już ze znacznie mniejszym zainteresowaniem[2]. Poza tym, problematyka dyskrecjonalności w prawie antymonopolowym była zazwyczaj przedmiotem ledwie cząstkowych (fragmentarycznych) badań, niepretendujących do całościowego ujęcia problemu[3]. Ich rezultatem były więc z reguły opracowania ledwie artykułowe bądź też stanowiące część publikacji książkowych o szerzej ujętej tematyce.

Z tym większym uznaniem należy odnieść się do nader ambitnego i w pewnym sensie pionierskiego zamysłu badawczego Cezarego Banasińskiego, aby zagadnienie to poddać kompleksowej i holistycznej analizie. Zwłaszcza, że zamysł ten został uwieńczony sukcesem, dzięki czemu dorobek polskiej doktryny prawa antymonopolowego wzbogacił się o pierwsze monograficzne

[1] O wkładzie polskiej doktryny prawa w tę debatę świadczą takie prace, jak np. W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie*, LexisNexis, Warszawa 2010; A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Kolonia Limited, Wrocław 2002; B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Adam Marszałek, Toruń 2004; A. Nałęcz, *Uznanie administracyjne a reglamentacja działalności gospodarczej*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010.

[2] Zob. N. Petit, How much discretion do, and should, competition authorities enjoy in the course of their enforcement activities? A multijurisdictional assessment, „Concurrences" 2010, nr 1, s. 44.

[3] Spośród opracowań obcojęzycznych wymienić można, tytułem przykładu (oprócz artykułu przywołanego wyżej), prace: W.P.J. Wils, *Discretion and Prioritisation in Public Antitrust Enforcement, in Particular EU Antitrust Enforcement*, „World Competition" 2011, t. 34, nr 3, s. 353–382; K. Voss, *The Principle of Equality: A Limit to the Commission's Discretion in EU Competition Law Enforcement?*, „Global Antitrust Review" 2013, nr 6, s. 149–166; I. Lianos, *Competition Law Remedies in Europe: Which Limits for Remedial Discretion?* (January 1, 2013), CLES Research Paper No. 2/2013. Pobrano z: http://ssrn.com/abstract=2235817 (22.02.2015); R. Rajabiu, *Private Enforcement and Judicial Discretion in the Evolution of Antitrust in the United States*, „Journal of Competition Law & Economics" 2012, t. 8, nr 1, s. 187–230; D.P. Majoras, *Recognizing the Significance of Prosecutorial Discretion in a Multi-Layered Antitrust Enforcement World*, „George Mason Law Review" 2003, t. 11, s. 121–134. W polskim piśmiennictwie zob. np. R. Molski, *Prawo antymonopolowe w obliczu globalizacji. Kierunki rozwoju*, Branta, Bydgoszcz-Szczecin 2007, s. 139–145.

opracowanie poświęcone w całości problematyce dyskrecjonalności w prawie antymonopolowym. Tym samym monografia Cezarego Banasińskiego wypełniła istotną lukę w polskim piśmiennictwie antymonopolowym.

II.

Niewątpliwym walorem monografii Cezarego Banasińskiego jest jej spójna, logiczna i podporządkowana celowi badawczemu konstrukcja, oparta na, opatrzonych słowem wstępnym, harmonijnie skomponowanych siedmiu rozdziałach uzupełnionych bibliografią. Niekonwencjonalnym rozwiązaniem konstrukcyjnym rozprawy jest natomiast brak wieńczącego ją klasycznego zakończenia, podsumowania czy też innej równoważnej jednostki redakcyjnej. W zamian jednak otrzymujemy syntetyczne podsumowania w każdym z sześciu pierwszych rozdziałów, a także ostatni rozdział w dużej mierze stanowiący rozbudowaną, swoistą kwintesencję wcześniejszych analiz. Taki zabieg redakcyjny wydatnie podnosi walory dydaktyczne monografii. Na uszanowanie zasługuje też usprawiedliwiona przywilejem *licentia poetica* oryginalna forma wprowadzenia do zasadniczej części pracy, choć przywiązani do tradycji mogą odczuwać tęsknotę za klasycznym formułą wstępu opartą na wyraźnym wskazaniu: przedmiotu pracy, jej celu oraz przyjętej metodologii. Przyznać jednak trzeba, że wprowadzenie czyni zadość oczekiwaniom czytelnika, gdy chodzi o wyjściowe objaśnienie podstawowej kwestii terminologicznej, jaką jest przyjęte w rozprawie znaczenie pojęcia dyskrecjonalności, a także wskazanie kluczowych problemów badawczych, które Autor zamierza rozwiązać.

Rozdział I odpowiada na szereg fundamentalnych pytań o podstawy konstytucyjne tej funkcji państwa, której treścią jest ochrona rynku przed zniekształcającą jego mechanizmy monopolizacją i kartelizacją gospodarki. W ciekawej konwencji odpowiedzi na pytania zawierające określone tezy odnoszące się do konstytucyjnej problematyki konkurencji i jej ochrony, a także koncepcji dyskrecjonalności w prawie, Autor poddaje owe tezy wnikliwej weryfikacji. Trafnie kwestionuje prezentowany czasem pogląd, że podstawę konstytucyjną konkurencji oraz jej ochrony stanowi art. 76 Konstytucji RP, słusznie doszukując się tych źródeł raczej w jej art. 20, konstytuującym model społecznej gospodarki rynkowej, oparty m.in. na wolności gospodarczej, która nieodłącznie wiąże się z konkurencją. Nie znajdując jednak podstaw do przypisania konkurencji statusu zasady w znaczeniu dyrektywalnym zasadnie dostrzega przydatność wyodrębnienia pozadyrektywalnej zasady konkurencji jako zasady-wzorca czy też idei przyświecającej twórcom regulacji gospodarczych. Zastrzega przy tym, z czym trudno się nie zgodzić, że Konstytucja RP nie zawiera gwarancji nieograniczonej konkurencji rynkowej, nawet jeżeli się uzna, że jest ona nieodłącznie związana z gospodarką rynkową i ma dla niej znaczenie pierwszoplanowe. Słuszność zdaje się też towarzyszyć Autorowi, gdy podejmuje polemikę z niekwestionowanym dotąd poglądem, przypisującym konkurencji nie tylko rolę konstytucyjnej zasady ustroju gospodarczego, lecz także status publicznego prawa podmiotowego. Osobną część rozważań zawartych w tym rozdziale Autor poświęca niewolnym od paradoksów relacjom konkurencji do wolności gospodarczej i majątkowej przedsiębiorców oraz konstytucyjnej zasady równości, a także ogólnie zarysowanej koncepcji dyskrecjonalności w prawie.

W rozdziale II Autor skupia się na analizie wywiedzionych z art. 1 art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik) trzech (wzajemnie powiązanych) fundamentalnych

z punktu widzenia granic wykonywania kompetencji przez organ antymonopolowy klauzul generalnych (zwanych metaklauzulami), tj. interesu publicznego, ochrony konkurencji i eksterytorialności. Stawia przy tym pytanie, w jakiej mierze odesłanie do wartości pozasystemowych kształtuje luz decyzyjny organu antymonopolowego w toku orzekania. Rozważania na temat konkurencji jako metakryterium aksjologii otwartej w stosowaniu ustawy antymonopolowej to w istocie klasyczny wykład na temat ekonomicznych teorii konkurencji (w ujęciu ewolucyjnym). Co może nieco zaskakiwać, oparto się tu niemal wyłącznie na poglądach formułowanych w doktrynie ekonomii, pomijając praktycznie zapatrywania doktryny prawa i judykatury na istotę konkurencji jako przedmiotu ochrony prawnej. Nie podważa to jednak trafności sformułowanej przez Autora konstatacji, że zasadniczy cel ustawy antymonopolowej, jakim jest ochrona konkurencji, umożliwia organowi antymonopolowemu wysoce dyskrecjonalną ocenę tej przesłanki (odwołując się do twierdzeń F.A. Hayeka Autor wyraża wręcz pogląd, że swoboda jej oceny jest w praktyce nieograniczona). Nie budzi też wątpliwości stwierdzenie, że przesłanka interesu publicznego, którego treści w prawie antymonopolowym nie da się zdefiniować, z istoty swej niedookreśloności zawsze będzie podlegała relatywizacji, a jej interpretacja będzie ewoluowała, co oczywiście ma wpływ na dyskrecjonalność organu antymonopolowego w procesie decyzyjnym. Interesujące są też rozważania Autora poświęcone klauzuli eksterytorialnego stosowania przepisów ustawy antymonopolowej, która to klauzula – jak wykazano – wyposaża organ antymonopolowy w szczególnego rodzaju postać władzy dyskrecjonalnej.

W rozdziale III, poświęconym definicjom legalnym rynku właściwego i pozycji dominującej, Autor przeprowadza wnikliwą analizę charakteru i przesłanek tych definicji, w szerokim zakresie sięgając do praktyki orzeczniczej w sprawach antymonopolowych. Czyni to z niezwykłą biegłością znamionującą nie tylko Jego wybitne kompetencje teoretyczne, lecz także bogate doświadczenie praktyczne (Cezary Banasiński piastował m.in. funkcję Prezesa UOKiK). Analiza ta skłania Autora do wniosku, że kryteria zarówno wyznaczania rynku właściwego, jak i uznania, że przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, zawarte w art. 4 pkt 9 i 10 uokik, są niedookreślone, a ponadto niepełne, co w konsekwencji powoduje konieczność poddawania ich każdorazowo indywidualnej interpretacji. Przesłanki te mają jedynie charakter kierunkowy i nie stanowią ustawowego zawężenia dyskrecjonalności oceny organu antymonopolowego, jakiej można by oczekiwać po definicjach normatywnych. Autor słusznie też podziela dominujący już pogląd, że prowadzenie analizy jakościowej, nie zaś ilościowej, w ramach kwalifikacji pozycji dominującej winno stanowić regułę w postępowaniach antymonopolowych, za czym przemawia zasada prawdy obiektywnej.

W rozdziale IV Autor tropi różne przejawy dyskrecjonalności w konstrukcji ustawowych zakazów praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyce stosowania tych zakazów. Dochodzi m.in. do wniosku, że dla prawa antymonopolowego luz interpretacyjny klauzul generalnych z art. 6 i 9 uokik ma o wiele większe znaczenie dla dyskrecjonalności jego działania, niż ograniczone ustawowo możliwości wyboru konsekwencji prawnych, tkwiące u podstaw uznania administracyjnego. Z kolei na podstawie skrupulatnej i precyzyjnej analizy orzecznictwa antymonopolowego w zakresie praktyk ograniczających konkurencję wykazuje, że swobodna ocena dowodów przez organ antymonopolowy niebezpiecznie zbliża się w niektórych decyzjach do arbitralnej oceny w miejsce rzetelnego, dążącego do prawdy materialnej wywodu uzasadniającego istnienie określonej antykonkurencyjnej praktyki. Prowadzi to w konsekwencji do zanegowania dyskrecjonalności

działania w jej pozytywnej funkcji elastycznego reagowania na niedające się przewidzieć i skatalogować zachowania przedsiębiorców.

W rozdziale V Autor kontynuuje rozważania na temat dyskrecjonalności, tym razem w ramach wykonywania nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców. Dochodzi m.in. do wniosku, że o ile kryteria zgłaszania zamiarów koncentracji oraz warunki wyłączenia spod obowiązku notyfikacji są względnie jednoznaczne i w niewielkim tylko stopniu przyznają organowi antymonopolowemu uprawnienia dyskrecjonalne, o tyle kryteria oceny zgłoszonego zamiaru koncentracji cechują się daleko idącym luzem interpretacyjnym. W szczególności dyskrecjonalności działania tego organu poddana jest ocena testu bilansującego ochrony konkurencji i innych wartości będących przedmiotem interesu publicznego i uzasadniających odstępstwo od zakazu koncentracji na mocy art. 20 uokik.

Rozdział VI zawiera analizę luzów normatywnych w stosowaniu kar w administracyjnym procesie antymonopolowym. Autor wykazuje w szczególności, że zasady nakładania kar pieniężnych, mimo uznaniowego charakteru decyzji o nałożeniu kary, charakteryzują się, co do zasady, znaczną transparentnością. Dostrzega jednak przejawy arbitralności rozstrzygnięć organu antymonopolowego w tym zakresie. Trafnie wskazuje też na daleko idącą niedookreśloność przesłanek warunkujących zastosowanie instytucji tzw. programu łagodzenia kar antymonopolowych (*leniency*), co jest źródłem znacznej dyskrecjonalności działań organu antymonopolowego.

Wieńczący monografię VII rozdział poświęcony jest specyfice dyskrecjonalności w prawie antymonopolowym. Podzielam w szczególności pogląd Autora, że tak zręcznie wykazana przez Niego specyfika dyskrecjonalności w stosowaniu prawa antymonopolowego nie daje podstaw do wyodrębnienia jej szczególnego typu, np. na wzór tzw. uznania regulacyjnego. Nader cenne są też doniosłe ustalenia w kwestii relacji między dyskrecjonalnością a skutecznością, jakością i określonością prawa antymonopolowego. Nie mniej wartościowe oraz inspirujące są rozważania w przedmiocie prawnych i ekonomicznych środków kontroli władzy dyskrecjonalnej organu antymonopolowego, ogniskujące się wokół problematyki proporcjonalności jako kryterium oceny legalności tej władzy, a także ekonomicznej analizy prawa antymonopolowego. Wszechstronną prezentację specyfiki dyskrecjonalności w prawie antymonopolowym dopełnia jej ogląd jako elementu tworzącego *differencia specifica* nadzoru nad rynkiem wykonywanego przez organ antymonopolowy.

III.

Jak każde wartościowe dzieło naukowe, monografia Cezarego Banasińskiego jest cennym źródłem wiedzy i wsparcia dla praktyki prawniczej, ale skłania też do refleksji i dyskusji naukowej. Z uwagi na ogromne bogactwo poruszanych w tym dziele zagadnień, a zarazem skromne ramy recenzji, odniosę się do kilku tylko kwestii. Pierwsza dotyczy pola badawczego rozprawy. Jej tytuł zdaje się sugerować powszechny (uniwersalny) wymiar podejmowanych w niej problemów, także pod względem jurysdykcyjnym (badanych systemów ochrony konkurencji), ale już pobieżny nawet ogląd spisu treści pozwala się zorientować, że w istocie odnosi się ona do polskiego prawa antymonopolowego. Inna sprawa, że nie brakuje w niej licznych odwołań do dorobku zagranicznej doktryny i judykatury antymonopolowej, co skądinąd podnosi jej walory naukowe. Zważywszy na rozmach i głębię podejmowanych przez Cezarego Banasińskiego analiz (co zwiastują już imponujące

rozmiary rozprawy, która liczy okrągłe 600 stron) z pewnością przesadne byłoby stwierdzenie, że Jego dzieło nieledwie dotyka „wierzchołka góry lodowej", do której można chyba porównać problematykę dyskrecjonalności w prawie antymonopolowym. Jednakże mimo przyjętego w rozprawie szerokiego rozumienia pojęcia dyskrecjonalności (nawiasem mówiąc wysoce polimorficznego), obejmującego „wynikające z zamierzonego przez ustawodawcę luzu normatywnego – wszelkie formy swobody orzeczniczej organu stosującego prawo w jej aspekcie decyzyjnym, jak i interpretacyjnym w odniesieniu do norm prawnych zawierających klauzule generalne, inne zwroty niedookreślone i zwroty szacunkowe; w granicach treściowych dyskrecjonalności znajduje się także swobodna ocena dowodów przez organ antymonopolowy" (s. 11), zasadniczo poza polem analiz znalazła się problematyka władzy dyskrecjonalnej w tworzeniu prawa przez organy administracji publicznej (nie mówiąc już o swobodzie władzy ustawodawczej)[4]. Władza dyskrecjonalna w tworzeniu prawa obejmuje trzy formy uprawnień dyskrecjonalnych, tj. uznanie prawotwórcze (tj. możliwość oceny celowości wydania nowej regulacji prawnej), uprawnienie do określenia terminu wydania aktu prawnego oraz uprawnienie do kształtowania jego treści. W kontekście tego aspektu dyskrecjonalności w prawie antymonopolowym interesującym przedmiotem analiz mogłyby być w szczególności rozporządzenia Rady Ministrów wprowadzające tzw. wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Godzi się tu jednak odnotować, że w podrozdziale poświęconym kwestii dostatecznej określoności prawa antymonopolowego (s. 519–523) uwzględniono wpływ unormowań typu *soft law* (niewiążących prawnie wyjaśnień czy też wytycznych organu antymonopolowego) na „oswajanie niepewności" immanentnie towarzyszącej dyskrecjonalnym działaniom władzy antymonopolowej. Z kolei na płaszczyźnie prawa ustrojowego szczególnie wdzięcznym polem dla dociekań inspirowanych tematem recenzowanej monografii mogłaby być problematyka niezależności (ustrojowej i orzeczniczej) organu antymonopolowego.

W pełni podzielam pogląd wyrażony w podrozdziale poświęconym elementom dyskrecjonalności w programie łagodzenia kar antymonopolowych (s. 456), że instytucja ta (*leniency*) ma służyć przywracaniu skutecznej konkurencji na rynku przy czynnym udziale przedsiębiorców. Zgodzić się też można z opinią, że „racjonalny poziom swobody organu antymonopolowego w zakresie przyznawania statusu *leniency* jest nieodzownym elementem optymalnego funkcjonowania systemu; w innym bowiem przypadku doprowadzić może jedynie do zniechęcenia przedsiębiorców do korzystania z instytucji *leniency* ze stratą dla instrumentarium ochrony mechanizmów skutecznej konkurencji" (s. 456–457). Przyjmuję przy tym, że ów racjonalny poziom swobody organu antymonopolowego w zakresie przyznawania statusu *leniency* oznacza poziom względnie minimalny. Nie zgodziłbym się natomiast ze stwierdzeniem poprzedzającym cytowaną wyżej opinię, iż „Niekwestionowane jest, że regulacje, które przewidują instytucję *leniency*, powinny charakteryzować się wysokim poziomem dyskrecjonalności działania organu antymonopolowego" (s. 456). Stanowisko to może zaskakiwać, zwłaszcza jeśli skonfrontuje się je z powszechnie wyrażanym przekonaniem, traktowanym nieomal jak aksjomat, że kluczowym warunkiem pozyskania współpracy uczestników antykonkurencyjnego porozumienia z władzami antymonopolowymi, a w konsekwencji warunkiem *sine qua non* efektywnego programu *leniency*, jest zagwaranto-

[4] Zob. S. Wronkowska, *Swoboda decyzji władzy ustawodawczej: wprowadzenie*, [w:] W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie*…, s. 191. W sprawie dyskrecjonalności organów administracji publicznej w zakresie stanowienia prawa zob. J. Zimmermann, *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 213.

wanie wysokiego poziomu pewności i przejrzystości w procesie jego stosowania[5]. Przekonanie to ma silne umocowanie w praktyce funkcjonowania programów *leniency*. Dane empiryczne dowodzą niezbicie, że jednym z głównych mankamentów prototypowych tego rodzaju programów (amerykańskiego i unijnego) była właśnie ich nikła przejrzystość i pewność (prawidłowość tę da się też zaobserwować w ewolucji polskiego programu łagodzenia kar antymonopolowyc[6]). Jak to sugestywnie wyraził Scott D. Hammond, w świetle doświadczeń amerykańskich wysoce dyskrecjonalne uprawnienia władz antymonopolowych oraz niepewność procedur jest zabójcza dla programów *leniency* i sprawia, że są one nieskuteczne[7]. Jeszcze barwniej myśl tę wyraża porównanie programu *leniency* (tym razem unijnego), krytykowanego m.in. z powodu jego nadmiernej uznaniowości, do „rosyjskiej ruletki"[8].

Zmierzając do końcowej refleksji chciałbym wyeksponować wielką zaletę monografii Cezarego Banasińskiego, polegającą na tym, że weryfikuje i koryguje ona wiele zastanych sądów o dyskrecjonalności w prawie antymonopolowym. W szczególności ten, który dostrzega w niej jedynie *l'enfant terrible* prawa antymonopolowego. Skrajnie posunięta krytyka dyskrecjonalności w prawie antymonopolowym (kojarzonej niejednokrotnie z arbitralnością) staje się wręcz czasem argumentem wykorzystywanym przez ortodoksyjnych oponentów prawa antymonopolowego (paradoksalnie wywodzą się oni w większości ze Stanów Zjednoczonych – kolebki współczesnego prawa antymonopolowego), opowiadających się za swoistą abolicją tego prawa (porzuceniem idei prawnej ochrony konkurencji)[9]. Jak wykazał Cezary Banasiński, oparcie prawa antymonopolowego na regulacjach kreujących często daleko posuniętą dyskrecjonalność działania organu antymonopolowego wpisane jest w generalną tendencję do upoważniania administracji publicznej do swobodnego, aczkolwiek związanego ustawą, działania wszędzie tam, gdzie materia normowana uzasadnia określone typy dyskrecjonalności, co w założeniu ma umożliwiać skuteczną realizację funkcji ochronnej norm tego prawa. Zatem, mimo że dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym wykazuje wiele swoistych dla niej cech, nie różni się ona fundamentalnie od dyskrecjonalności spotykanej w innych dziedzinach prawa (tytułem przykładu, niejednoznaczność pojęć: „istotne ograniczenie konkurencji" lub „nadużycie pozycji dominującej" nie różni się jakościowo od niejednoznaczności pojęć „równość wobec prawa" lub „dobra wiara"). Komplikacje, a nawet błędy w stosowaniu prawa z danej dziedziny, jakie mogą być konsekwencją niewłaściwego ukształtowania lub też wykonywania władzy dyskrecjonalnej nie przesądzają jeszcze *eo ipso*, że prawo to powinno być zniesione. Raczej należałoby dążyć do eliminacji takich błędów, co w przypadku prawa antymonopolowego odbywa się m.in. poprzez położenie większego nacisku na ekonomiczne podejście do interpretowania obowiązujących reguł prawa antymonopolowego. Cezary

[5] Zob. np. *Anti-cartel enforcement manual: Drafting and implementing an effective leniency policy*, „International Competition Network" 2014. Pobrano z: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf (22.2.2015), s. 6; *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, OECD 2002. Pobrano z: http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf (22.2.2015), s. 8; W.P.J. Wils, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*, „World Competition: Law and Economics Review" 2007, t. 30, nr 1. Pobrano z: http://ssrn.com/abstract=939399 (22.2.2015), s. 24; B. Turno, *Leniency: Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 429 i n.; M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, WN Scholar, Warszawa 2013, s. 204; P. Sitarek, *Programy łagodzenia kar w amerykańskim i europejskim prawie konkurencji*, Kraków 2014, niepublikowana rozprawa doktorska, s. 372, 631 i 637; R. Molski, *Programy łagodnego traktowania – panaceum na praktyki kartelowe?*, „Kwartalnik Prawa Publicznego" 2004, nr 1, s. 190 i 196.

[6] Zob. np. R. Molski, *Polish Antitrust Law in its Fight Against Cartels – Awaiting a Breakthrough*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies" 2009, nr 2, s. 66.

[7] S.D. Hammond, *Detecting and Deterring Cartel Activity Through an Effective Leniency Program*. Pobrano z: http://www.justice.gov/atr/public/speeches/9928.htm (22.2.2015).

[8] P. Billiet, How Lenient is the EC Leniency Policy? A Matter of Certainty and Predictability, „European Competition Law Review" 2009, t. 30, nr 1, s. 16.

[9] Zob. np. D.T. Armentano, *Polityka antymonopolowa. Ochrona konkurencji?*, przeł. Mikołaj Barczentewicz, Lublin 2007. Pobrano z: http://www.barczentewicz.com/; E.S. Rockefeller, *The Antitrust Religion*, Cato Institute, Washington 2007.

Banasiński, będąc w pełni świadom doniosłości tego stosunkowo nowego w Europie trendu w teorii i praktyce prawa antymonopolowego, poświęca mu należycie dużo uwagi (m.in. w nowatorski sposób ukazując koncepcję ekonomicznej analizy prawa antymonopolowego), co zasługuje na tym większe uznanie, że nie zajmuje On wobec tego trendu postawy bezkrytycznej, ale ukazuje zarówno jego blaski, jak i cienie[10]. Podkreślić przy tym należy, że czytelnik recenzowanej monografii w żadnym momencie nie traci poczucia obcowania z dziełem Autora w pełni świadomego, że – jak przekonywał Robert Bork – „porzucić teorię ekonomii, oznacza utracić szansę na racjonalne prawo antymonopolowe”[11].

Prof. USz dr hab. Rajmund Molski
Kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego WPiA USz
molski@mec.univ.szczecin.pl

10 Tytułem uzupełnienia zob. interesujący głos w dyskusji na ten temat: S. Bishop, Snake-Oil with Mathematics is Still Snake-Oil: Why Recent Trends in the Application of So-Called “Sophisticated” Economics is Hindering Good Competition Policy Enforcement, „European Competition Journal” 2013, t. 9, nr 1, s. 67 i n.

11 R. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, Basic Books Inc, New York 1978, s. 117.

Sprawozdanie ze orgaznizowanej przez CARS ogólnopolskiej konferencji pn. „Znowelizowana ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – najważniejsze zmiany i kierunki dalszej modernizacji”

(19 stycznia 2015 r., Centrum Konferencyjne UOKiK)

W dniu 19 stycznia 2015 roku w Centrum Konferencyjnym Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) odbyła się zorganizowana przez Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS) konferencja naukowa pn. „Znowelizowana ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – najważniejsze zmiany i kierunki dalszej modernizacji”.

Konferencję otworzył krótkim przemówieniem wprowadzającym Dyrektor CARS, Prof. dr hab. Tadeusz Skoczny, który przywitał licznie przybyłych uczestników, w szczególności sędziów Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, pracowników Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, praktyków z kancelarii prawnych, przedstawicieli organizacji pozarządowych, a także akademików. Dyrektor CARS zaprezentował trzy podstawowe elementy konferencji: podsumowanie zmian wprowadzonych nowelizacją ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 18 stycznia 2015 roku, wstępną ocenę tych zmian oraz zidentyfikowanie oczekiwań stawianych przed ustawodawcą w związku z wolą nieustannego doskonalenia prawa ochrony konkurencji. Prof. T. Skoczny przedstawił także nową formułę działania CARS – od niedawna samodzielnej jednostki organizacyjnej Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego – a także nową formułę wydawania czasopisma iKAR, które będzie odtąd ukazywać się w dwóch seriach: antymonopolowej oraz regulacyjnej. Ważną deklaracją wystąpienia Prof. Skocznego – również Przewodniczącego Rady Doradczej przy Prezesie UOKiK – była zapowiedź, że od momentu wprowadzenia omawianych na konferencji zmian w ustawie rozpocznie się proces usprawniania stosowania prawa antymonopolowego oraz droga ku kolejnej nowelizacji.

Przemówienie rozpoczynające konferencję wygłosiła Wiceprezes UOKiK Bernadeta Kasztelan-Świetlik, która w pierwszej kolejności podkreśliła wartość, jaką niesie ze sobą współpraca UOKiK ze środowiskiem akademickim, w tym w szczególności z organizatorem konferencji. Wiceprezes Kasztelan-Świetlik podkreśliła także, że nowelizacja ustawy związana jest z dążeniem do poprawy skuteczności stosowania prawa ochrony konkurencji, która prowadzić ma do umożliwienia przedsiębiorcom uczciwego konkurowania na wolnym rynku z korzyścią dla konsumentów. Wskazała jednocześnie, że nowelizacja ma za zadanie domknięcie dotychczasowych luk prawnych i wzmocnienie ochrony konkurencji. Omówiła też krótko nową instytucję odpowiedzialności osób zarządzających za udział przedsiębiorcy w porozumieniu ograniczającym konkurencję. Na koniec swojego wystąpienia Wiceprezes Kasztelan-Świetlik złożyła istotną deklarację, że Prezes UOKiK będzie monitorował efekty funkcjonowania nowego prawa, a także „wsłuchiwał się w opinie ekspertów i przedsiębiorców”. Zapowiedziała, że w ciągu dwóch lat, zakładając prowadzenie

dialogu społecznego, możliwy będzie przegląd przepisów oraz dokonanie ewentualnych kolejnych zmian w ustawie. Jednocześnie gorąco zachęciła wszystkich obecnych na sali do gromadzenia doświadczeń i spostrzeżeń, które mogą stać się przyczynkiem do przyszłej nowelizacji.

Pierwszy panel poświęcony zmianom w ustawie poprowadziła Małgorzata Szwaj, radca prawny i wspólnik odpowiedzialna za praktykę prawa konkurencji kancelarii Linklaters.

Pierwsze z trzech wystąpień tego panelu, zaprezentowane wspólnie przez dr. Grzegorza Maternę, Dyrektora Departamentu Ochrony Konkurencji UOKiK i Agatę Zawłocką-Turno, radcę prawnego i Dyrektora Departamentu Prawnego UOKiK, dotyczyło materialnych i procesowych zmian w zakresie praktyk ograniczających konkurencję oraz naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Prelegenci omówili podstawowe zmiany w ustawie nowelizacyjnej z 2014 r., w tym kwestie kontroli i przeszukań w toku postępowania przed Prezesem UOKiK, odpowiedzialności osób zarządzających przedsiębiorstwem, środków zaradczych (*remedies*), dobrowolnego poddania się karze (*settlement*) oraz ostrzeżeń publicznych.

Jako drugi referent wystąpił Prof. dr hab. Sławomir Dudzik z Katedry Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz partner kierujący zespołem prawa konkurencji w kancelarii Studnicki Płeszka Ćwiąkalski Górski sp. k. Przedstawił on referat na temat najważniejszych zmian w zakresie postępowania w sprawach koncentracji przedsiębiorców. W pierwszej kolejności referent wskazał na najważniejsze z aplikowanych zmian: wprowadzenie dwuetapowego postępowania w sprawie kontroli koncentracji, ulepszenie przepisów dotyczących nakładania warunków, wprowadzenie nowych wyłączeń spod obowiązku dokonania zgłoszenia zamiarów koncentracji oraz uszczegółowienie przepisów dotyczących obrotu. W dalszej części swojego wystąpienia Prof. Dudzik przeprowadził bardzo szczegółową ocenę nowelizacji ustawy w zakresie prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorców. Następnie przedstawił m.in. zmiany w zakresie nakładania warunków na przedsiębiorców w decyzjach kończących postępowania w sprawach koncentracji. Na końcu referent wskazał także inne obszary filaru ochrony konkurencji, jakim jest prewencyjna kontrola koncentracji przedsiębiorców, które powinny zostać poddane debacie. Są nimi: zakres kontroli koncentracji (pojęcie koncentracji, wspólni przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji, progi obrotów) współpraca z Komisją Europejską w ramach odesłań (*refferals*), ochrona uprawnień procesowych podmiotów uczestniczących w koncentracji oraz zainteresowanych osób trzecich, reforma procesu decyzyjnego (powołanie komitetu doradczego), reforma nadzwyczajnej zgody sanującej.

W ostatnim wystąpieniu tego panelu Anna Piszcz, dr hab. nauk prawnych, radca prawny, adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, przedstawiła referat na temat nowych elementów regulacji prawnej kar pieniężnych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. W referacie przedstawiła i omówiła wprowadzanie kategorii obrotu do art. 106 ust. 1 uokik, zastępującej kategorię przychodu, dokonała symulacji obliczania wysokości kar, biorąc pod uwagę zmiany w podstawie wymiaru kary w razie niskiego obrotu, oraz poddała analizie zmiany, jakie wprowadzone zostały dla uregulowania sytuacji braku danych do ustalenia obrotu. Referentka omówiła także nowe zasady odstąpienia od wymierzonej kary pieniężnej lub jej obniżenia oraz zmiany w programie *leniency* i nową instytucję *settlement*.

Po przedstawieniu referatów mecenas Małgorzata Szwaj otworzyła dyskusję, rozpoczynając od zadania referentom pytań o – ich zdaniem – trzy najważniejsze zmiany wprowadzone

nowelizacją ustawy. Poza aspektami przedstawionymi w referatach dr Materna wskazał także na przedłużony termin przedawnienia. Wszyscy referenci zgodzili się natomiast, że jedną z trzech najważniejszych zmian jest wprowadzenie odpowiedzialności osób fizycznych za naruszenie reguł konkurencji. Profesor Dudzik podkreślił ponadto ulepszenie sytemu *leniency*, a doktor Piszcz –środki zaradcze, jako usuwające skutki naruszenia. Przemysław Rosiak, partner w kancelarii KPMG D. Dobkowski sp. k., zadał pytanie o szeroki zakres pojęcia „osoba zarządzająca". Odpowiadając na to pytanie, dr Materna stwierdził, że Prezes UOKiK będzie za takie uważał tylko osoby rzeczywiście kierujące przedsiębiorstwem, a nie jakąkolwiek osobę w strukturze przedsiębiorcy. Dalsza wykładania tego pojęcia znajdzie się zapewne w praktyce decyzyjnej i orzeczniczej. Dyrektor Materna podkreślił jednocześnie, że pojęcie przedsiębiorstwa będzie wykładane w świetle definicji zawartej w c, a więc nie będzie nim np. departament spółki. Krzysztof Kanton, partner w kancelarii Sołtysiński Kawecki Szlęzak, zapytał natomiast o to, kto będzie oceniał zasadność zastosowania środków zaradczych w sprawach antymonopolowych. Dyrektor Zawłocka-Turno odpowiedziała, że w tym zakresie będzie możliwa dyskusja i negocjacje z Prezesem UOKiK. Dyrektorzy wskazali również na konieczność wydania przez Prezesa UOKiK wyjaśnień dotyczących aspektów, które nie są wystarczająco jasne, składając deklarację pracy nad takim dokumentem. Głos zabrał także mecenas Marcin Berger, wskazał na niejasną koncepcję umyślności oraz zwrócił uwagę na przykład przymusu wywieranego na osobę fizyczną, a także potrzebę sprecyzowania uprawnień organu i gwarancji procesowych dotyczących procedury pozyskiwania informacji.

Drugi panel konferencji zatytułowany został „Potrzeby i kierunki dalszej nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów". Moderatorem tej części spotkania był SSN prof. INP PAN dr hab. Dawid Miąsik, który przedstawiając prelegentów, podkreślił, iż ta sesja referatowa zmierzać będzie – co do zasady – do wskazania kierunków ewentualnych zmian oraz zidentyfikowania tych rozwiązań i instytucji, które takim zmianom mogą w przyszłości podlegać.

Pierwszym prelegentem drugiego panelu był prof. dr hab. Konrad Kohutek (Krakowska Akademia im. A.F. Modrzewskiego), który wygłosił referat pt. „Materialnoprawne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: postulaty modyfikacji oraz wnioski *de lege ferenda*". Profesor Kohutek dokonał analizy niezbędnych – w jego opinii – zmian, które winny zostać wprowadzone w wyniku przyszłego procesu nowelizacyjnego ustawy, skupił się na przepisach prawa materialnego, a także samej systematyce aktu. W tym względzie prof. Kohutek wskazał m.in. na możliwość rozszerzenia definicji przedsiębiorcy w kontekście wykładni pojęcia „użyteczności publicznej". W odniesieniu do praktyk ograniczających konkurencję, w pierwszej kolejności prof. Kohutek dokonał analizy praktyk antykonkurencyjnych dotyczących minimialnych cen odsprzedaży (RPM), formułując postulat *de lege ferenda* objęciem takich porozumień wertykalnych zakresem zastosowania reguły *de minimis*. W zakresie pozycji dominującej referent wskazał na konieczność podkreślenia znaczenia ilościowej przesłanki domniemania nadużycia pozycji dominującej. Prof. Kohutek odniósł się również do konieczności dokonania zmian w zakresie kontroli koncentracji – szczególnie poprzez wprowadzenie do ustawy legalnej definicji koncentracji.

Drugie wystąpienie – prezentowane przez dr. Macieja Bernatta (Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW) oraz dr. Bartosza Turno (Kancelaria WKB) poświęcone zostało standardom proceduralnym w świetle znowelizowanej z dniem 18 stycznia 2015 r. ustawy

o ochronie konkurencji i konsumentów. W pierwszej części – przedstawionej przez dr. Bernatta – zaprezentowana została konstruktywna krytyka przyjętych rozwiązań w ujęciu *sensu largo*, uwzględniających standardy konstytucyjne, Europejską Konwencję o Ochronie Praw Człowieka oraz wymogi sprawiedliwości proceduralnej. Analizując przyjęte w nowelizacji rozwiązania, dr Bernatt odniósł się do konieczności polepszenia jakości uzasadnień postanowień w zakresie przedstawianych zarzutów i potrzeby doprecyzowania w tym zakresie odpowiednich przepisów ustawy antymonopolowej. Choć, zdaniem prelegenta, praktyka Urzędu w tym zakresie się poprawia, daleko jej jednak do wzorcowego *statement of objections*. Dr Maciej Bernatt zwrócił również uwagę na kwestie związane z przyjętym w ustawie fakultatywnym charakterem rozprawy administracyjnej, a także na niekonsekwencję ustawodawcy odnośnie do stosowania kodeksu postępowania cywilnego w zakresie dowodów. W kontekście zasady *legal professional privilege* (LPP) ocenie zostało poddane wprowadzenie do ustawy art. 105q, odsyłającego do przepisów kodeksu postępowania karnego (art. 255 kpk), które powoduje szereg różnego typu problemów interpretacyjnych.

W drugiej części wystąpienia dr Bartosz Turno dokonał analizy wprowadzenia do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów instytucji *settlement* oraz regulacji dotyczącej odpowiedzialności osób fizycznych. Jak wskazał prelegent, przyjęty w Polsce model nie nawiązuje do regulacji unijnej, w której strona dobrowolnie rezygnuje z części uprawnień. Dodatkowo, nie w każdej sprawie istnieje możliwość zastosowania tej instytucji (w Polsce znajdzie ona zastosowanie również do nadużywania pozycji dominującej), samo zaś jej stosowanie w przyjętym kształcie może powodować różnego rodzaju problemy. Dr Turno poddał również w wątpliwość możliwość przyspieszenia procedury przed Prezesem UOKiK w związku z wprowadzeniem nowej instytucji. Prezentując wprowadzenie do ustawy odpowiedzialności osób fizycznych, dr Turno wskazał na szereg problemów związanych ze stosowaniem tej regulacji oraz samego wymiaru tej odpowiedzialności, wśród których znalazły się m.in. kwestie nieokreślonego katalogu czynów oraz nieostrości zapisów ustawy. Dr Turno zwrócił również uwagę na szereg problemów proceduralnych powodowanych rozwiązaniem przyjętym w polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ostatnim tematem sesji była zaprezentowana przez adw. Małgorzatę Modzelewską de Raad (Kancelaria Modzelewska & Paśnik) problematyka kar pieniężnych. W swoim wystąpieniu mec. Modzelewska de Raad w pierwszej kolejności wskazała na brak unifikacji (uzasadnienia i konsekwencji) w zakresie podstawy kar nakładanych na przedsiębiorców oraz w zakresie waluty, w której wymierzana jest kara pieniężna. Ocenie poddała też przesłanki wymiaru kary, takie jak wina czy okoliczności łagodzące/obciążające. W drugiej swego części wystąpienia mec. Modzelewska de Raad dokonała analizy roli kar pieniężnych, przede wszystkim mając na uwadze prewencyjny charakter kar pieniężnych przewidziany w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Podjęła też próbę odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób winny być kształtowane kary, aby spełniały standard proporcjonalności i sprawiedliwości.

Otwierając dyskusję, prof. Miąsik podsumował dotychczasowe rozważania referentów i podkreślił, iż nie tylko wskazywali oni na konieczność dokonania drobnych korekt legislacyjnych, lecz także postulowali szereg zasadniczych zmian. Następnie prof. Miąsik zaprosił do dyskusji uczestników konferencji.

Jako pierwszy pytanie zadał mec. Przemysław Rosiak, który odnosząc się do wystąpienia prof. Kohutka zapytał czy prelegent popiera usunięcie z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów art. 7 ust. 3, zwłaszcza w kontekście katalogu porozumień zawartego w art. 6 ust. 2 ustawy. Prof. Kohutek stwierdził, iż nie formułuje takiego postulatu, jest za to zwolennikiem objęcia zasadą *de minimis* porozumień wertykalnych RPM. Dr Turno dodał, iż w zakresie dokonywania tak istotnych zmian, jaką mogłoby być usunięcie z ustawy art. 7 ust. 3, należy mieć na względzie reguły konwergencji.

Zabierając głos w dyskusji, mec. Marcin Gerber wskazał na kwestie sprawiedliwości proceduralnej i skuteczności, i stwierdził, iż choć kierunki i cele nie są całkowicie rozbieżne, to jednak niektóre z nich wydają się trudne do pogodzenia, jak chociażby w zakresie zbierania dowodów. Tym samym, jak stwierdził mec. Gerber, przy niezbędnych zmianach mających na celu wzmocnienie sprawiedliwości proceduralnej, trzeba będzie – ważąc sprawiedliwość i skuteczność – zdecydować, jaki sposób zabezpieczenia interesów stron obrać.

Prof. Tadeusz Skoczny podkreślił, iż w pierwszej części konferencji przeciwstawione zostały dwie perspektywy: przedsiębiorcy oraz stosujących prawo i wskazał na obecność tego wątku również w drugim panelu. Wskazuje to na konieczność podejścia systemowego również do procedury. Przejawem takiego podejścia jest koncepcja (model) negocjacyjnego stosowania reguł konkurencji. Inaczej niż w przypadku stosowania reguł konkurencji, w którym organ administracji publicznej bazuje na swym władztwie proceduralnym (działa głównie z urzędu, dowody zbiera przede wszystkim za pomocą żądania informacji itp.) i sam określa treść podejmowanych władczych środków (głównie represyjnych ze swej natury nakazów i kar pieniężnych), w negocjacyjnym stosowaniu reguł konkurencji przeważa dialog publiczno-prawny (otwartość kontaktów z przedsiębiorcami i ich pełnomocnikami, w tym przed notyfikacją koncentracji, dostateczne wczesne informowanie o zarzutach i dowodach na ich poparcie, korzystanie z dowodów dostarczanych przez przedsiębiorców w ramach *leniency* czy *settlement* czy wreszcie wpływ przedsiębiorców na ostateczne rozstrzygniecie, zwłaszcza za pośrednictwem decyzji zobowiązujących, czy zgód warunków). W tym modelu organ ochrony konkurencji nie tyle „dominuje" nad uczestnikami postępowania, ile z nimi współpracuje. Zdaniem prof. Skocznego negocjacyjne stosowanie reguł konkurencji może prowadzić do wyższej skuteczności działań organu ochrony konkurencji. Prof. Skoczny dodał również, iż decyzje zobowiązujące, zgody warunkowe, *settlement* czy *leniency* są instytucjami wciąż bardzo młodymi, stąd o ich skuteczności przesądzi dopiero praktyka następnych lat. Ich istnienie ułatwia jednak przedsiębiorcom odpowiedź na dwa zasadnicze pytania: jak postępować, żeby nie naruszać ustawy, oraz co robić, żeby nie ponosić kary.

Dr Maciej Bernatt dodał, iż zgadza się z procedurami negocjacyjnymi, jednak nie oznacza to, że gwarancje procesowe tracą na znaczeniu, konieczna jest bowiem przejrzystość systemu prawnego.

Kończąc drugi panel konferencji, prof. Dawid Miąsik podziękował prelegentom panelu za wystąpienia oraz dokonał krótkiego podsumowania każdego z poruszonych w trakcie tej części konferencji zagadnień.

Konferencję podsumowali prof. Tadeusz Skoczny oraz Prezes UOKiK Adam Jasser. Prof. Skoczny podkreślił konieczność refleksji nad możliwymi w przyszłości kolejnymi zmianami legislacyjnymi, dążącymi do doskonalenia prawa przez jego stosowanie. Prezes UOKiK podziękował

wszystkim prelegentom, moderatorom oraz uczestniczącym w dyskusji i zadeklarował otwartość na wszelkie uwagi w zakresie możliwych w przyszłości zmian. Podkreślił również, iż rzetelna ocena funkcjonowania nowych przepisów możliwa będzie po pewnym czasie praktyki ich stosowania.

Dariusz Aziewicz
doktorant w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW
darek.aziewicz@gmail.com

Ilona Szwedziak-Bork
doktorantka w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW; adwokat
ilona.szwedziak@gmail.com

Starting to monitor the application of the newly amended Act on Competititon and Consumer Protection and the initial preparation of it further amandement (from the Volume Editor)

Amendment of the Polish Competition Act.
Speech by Bernadeta Kasztelan-Świetlik, Deputy President of the Office of Competition and Consumers Protection

Articles

Grzegorz Materna, Agata Zawłocka-Turno, **Changes in substantive and procedural provisions on practices restricting competition and practices infringing collective consumer interests**
Table of contents:
I. Introduction
II. Inspections and searches in the proceedings before the UOKiK President
III. Managers' liability
IV. Remedies
V. Settlement
VI. Public Warnings
VII. Conclusion

Summary: This article presents the most important changes in substantive and procedural provisions introduced as a result of the recent amendment of the *Act on Competition and Consumer Protection*. These changes concern, in the first place, inspections and searches carried out by the UOKiK President. The article considers also a number of new institutions in the field of anticompetitive practices, such as managers' liability, remedies and settlement. Discussed subsequently are changes in the provisions on practices infringing collective consumer interests, that is, the power of the UOKiK President to issue public warnings.
Key words: inspection; search; managers' liability; remedies; voluntary settlement; public warnings.

Sławomir Dudzik, **Control of concentrations in the light of latest legislative amendments**
Table of contents:
I. Objectives of the amendments to the Act on Competition and Consumers Protection with respect to concentration control
II. Most important amendments concerning concentration control
III. "Two-phase procedure"
IV. Objections towards concentrations
V. Introduction of conditions
VI. Final remarks

Summary: This article provides a critical analysis of the latest legislative amendments concerning Polish proceedings on the control of concentrations. The Author indicates that the latest amendments

to the Act on Competition and Consumers Protection did not, in fact, introduce a two-phase system of merger control proceedings (along the lines of those conducted before the European Commission and in several EU Member States). Subsequently, the Author critically evaluates the newly created institution of objections towards a concentration indicating, in particular, that it does not ensure proper protection of procedural rights of interested parties. The Author claims also that the procedure of introducing conditions, which allows the UOKiK President to clear a concentration, requires further amendments. In conclusion, the Author indicates five most important areas relating to concentration control which require urgent legislative amendments in Poland. These are: (i) the scope of concentration control (such as the exclusion of non-full-function joint ventures); (ii) cooperation with the European Commission in the scope of case referrals; (iii) protection of procedural rights of entities taking part in the concentration as well as of interested 3rd parties; (iv) the decision-making process within the competition authority (including the introduction of collective decision-making elements to the current process); (v) issues concerning extraordinary decisions stipulated in Article 20 point 2 of the Competition Act.

Key words: control of concentrations; proceedings before the President of the OCCP; objections towards concentration; conditional decision.

Anna Piszcz, **New Elements of the Legal Framework for Fines in the Act on Competition and Consumers Protection**

Table of contents:

I. Introduction
II. New base used to calculate fines for substantive infringements
    1. Turnover as a base used to calculate fines
    2. Calculation of fines in case of undertakings having “low” turnover
    3. Lack of data on the base used to calculate fines
III. New rules for immunity from fines and reduction of fines
    1. Procedure of a voluntary acceptance of a fine
    2. *Leniency*
    3. *Leniency plus*
IV. A new type of fine imposed on managers
V. New factors taken into account while calculating the amount of fines
VI. Other new elements of the legal framework for fines
    1. Amendments regarding fines for procedural infringements
    2. Amendments regarding fines for infringements of the obligation to enforce decisions
    3. Amendments regarding the execution of decisions imposing fines
VII. Concluding remarks

Summary: This article presents the most important changes in the legal framework concerning the imposition of fines contained in the Act on Competition and Consumers Protection which came into effect on 18 January 2015. The Author examines the amendments regarding, in particular: the base used to calculate fines for substantive infringements; rules for immunity from fines and fine reductions; a new type of fine which can now be imposed on managers; as well as factors taken into account while calculating the amount of the fine. At the same time, the Author outlines which

of the old problems seem to have been resolved now, and what new difficulties might emerge as a result of the new legal provisions.

Key words: fines; leniency; liability of managers.

Konrad Kohutek, **Substantive provisions of the Act on the Protection of Competition and Consumers: postulates *de lege ferenda***

Table of contents:

I. Introduction
II. Definition of an undertaking and reference to public utility services
III. Anti-competitive agreements
    1. Resale Price Maintenance
    2. Shortening of the contents of the general clause providing the prohibition of anti-competitive agreements and the exemplary list of such agreements
IV. Abuse of a dominant position
    1. Postulate to reconstruct the dominant position presumption
    2. Is necessary to use the phrase “effective” competition in Article 4 pt 10 of the Competition Act?
    3. Modification of Article 9 paragraph 2 of the Competition Act
    4. Is it appropriate to give a statutory nature to the premise of an “objective justification” of the behavior of a dominant undertaking?
    5. Rewording of Article 9 paragraph 2 pt 1 of the Competition Act
    6. Is it appropriate to remove the premise of “yielding unjustified profits” by the dominant undertaking?
V. Collective consumer interests
VI. Control of concentrations
VII Final remarks

Summaries: The article includes an assessment of selected norms of substantive competition law from the perspective of their *de lege ferenda* modifications. The paper postulates are merely linguistic or structural changes, but also the introduction of some far-reaching amendments (e.g. with respect to resale price maintenance). The paper focuses on the institution of the abuse of a dominant position and on the prohibition of anti-competitive agreements.

Key words: notion of undertaking; resale price maintenance; general clause of the prohibition of anti-competitive agreements; definition of the dominant position; objective justification.

Maciej Bernatt, Bartosz Turno, **The need for procedural improvements in the newly amended Act on Competition and Consumer Protection**

Table of contents:

I. Introduction
II. Changes that have not been introduced by the recent Amendment, and yet were both postulated and required
    1. Changes as to the right to be heard
    2. Oral hearings

3. Legal Professional Privilege
III. Required changes in newly introduced legal institutions
1. Settlements
2. Pecuniary liability of managing persons
IV. Conclusions

Summary: This article points out a series of shortcomings related to the recent amendment to the Act on Competition and Consumer Protection that came into effect on 18 January 2015. First and foremost, the article enumerates those legal mechanisms which were not (and yet should have been) included in the amendment. They include: proper guarantees of the right to be heard, amendments to administrative hearings, and legal professional privilege. The second part of the article takes a deeper look at new legal instruments introduced into the Competition Act by the amendment – the settlement procedure and financial liability of managers. The Authors list deficiencies within their scope, and make an attempt at suggesting ways to improve them by making *de lege lata* and *de lege ferenda* proposals.

Key words: right to be heard; oral hearing; *Legal Professional Privilege*; settlements; personal liability in competition law.

Małgorzata Modzelewska de Raad, **System of pecuniary sanctions in Polish competition law – the need and direction for further changes**

Table of contents:

I. Is there a need to amend what has already been amended?
II. What should be corrected?
III. Pecuniary sanctions in the system of antitrust sanctions
IV. Enforcement of pecuniary sanctions – selected issues on the basis of up-to-date practice and projections about the future application of the amended law
V. How to strengthen the preventive function of fines – what should the legislator consider when drafting future amendments
VI. Fair and proportional fines and the fining policy in general – a few observations
VII. Final remark

Summary: In its initial part, the article discusses the drawbacks and inconsistencies in the sanctioning system provided by the current Act on Competition and Consumers Protection (the “Act”). In the Act, pecuniary fines are expressed as a % of the turnover, as a lump-sum, or a multiplication of the average income; some are set out in PLN, others in EUR. Such an inconsistent approach may thus lead to unfair differences in the fines imposed by the UOKiK President (President of the Office for Competition and Consumer Protection). The paper explains also that pecuniary sanctions and their execution should be carefully balanced with other types of sanctions envisaged for antitrust violations in a given jurisdiction. In the following part of the paper, the Author anticipates possible (and required) changes in the actual execution of fines, in particular those that are promoted by the amended Act. One of the crucial issues here is the establishment of the base amount for the fine calculation. It is claimed that proportionality and fairness should make the sanctioning authority look at the income reached from the sales of the goods/services subject of the violation. The paper strives also to identify major problems surrounding sanctioning policy in antitrust

enforcement in the EU and the US. Many competition authorities and legislator continue to work on designing the most effective measures possible to discourage antitrust violations, which are often repeatedly committed by the same companies. Indeed, apart from effectiveness, the fine should be fair and proportional, a consideration to which the rest of the paper is devoted. Hence, several questions arise in light of Polish jurisprudence in this area: should the fine for the same type of violation have the same reference base; should the first violation of a given type be sanctioned more leniently, or should fines for procedural actions be kept in proportion to fines for substantive violation. The paper's purpose is not to answer these questions in an exhaustive manner but to make legislators aware of a broader context and interdependencies of their sanctioning policy in order to create effective, but also fair and proportional, enforcement of competition rules in Poland.
Key words: anti-trust; sanctions; enforcement instruments; pecuniary sanctions; sanctioning policy; anti-trust fines; fines on individuals; fair fine; optimal fine.

Dawid Miąsik, **Inter-temporal provisions of the 2014 Amending Act of the Competition and Consumer Protection Act**

Table of content:

I. Introduction
II. Article 3 of the Amending Act
III. Article 4 of the Amending Act
IV. Article 7 of the Amending Act
V. Article 10 of the Amending Act
VI. Article 11 of the Amending Act
VII. Article 5 of the Amending Act
VIII. Article 6 of the Amending Act
IX. Articles 8 and 9 of the Amending Act
V. Conclusions

Summary: This paper deals with the temporal aspects resulting from the Act of 10th June 2014 amending the Act on Competition and Consumer Protection and the Code of Civil Procedure ("Amending Act"), which influence the interpretation and application of various legal institutions of the Act on Competition and Consumer Protection.
Keywords: inter-temporal rules; application *rationae temporis*; responsibility of managers; leniency; limitation period; program leniency.

Legislation and Case Law Reviews

Table of judgments of the Supreme Court in competition cases in 2014

Table of judgments of the Court of Appeals in Warsaw in competition cases in 2014

Table of judgments of the Competition and Consumers Court in competition cases in 2014

Index of issues raised in judgments of the Supreme Court, Court of Appeals in Warsaw and Competition and Consumers Court in competition cases in 2014

Book Reviews

Cezary Banasiński, *Discretionary power in competition law*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015 (Rajmund Molski)

Event and Activity Reports

CARS Conference on „The Amended Competition Act – main changes and ways of its further modernization", Warsaw, 29 January 2015 (Dariusz Aziewicz, Ilona Szwedziak-Bork)

internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

Rekomendowany skrót cytowania iKAR

Podstawowe informacje dla Autorów

Teksty do opublikowania w iKAR winny być dostarczane na skrzynkę mailową redakcji (ikar@wz.uw.edu.pl) jako dokumenty elektroniczne w edytorach MS Word (2000/XP/2003) lub Open Office.

Artykuły powinny zawierać także spis treści, streszczenie i słowa kluczowe.

Artykuły powinny zawierać nie mniej niż 4500, a nie więcej niż 9000 słów.

Redakcja będzie dbać, żeby w iKAR nie miały miejsca przypadki ghostwriting czy guest authorship.

Zasady recenzowania

Wszystkie teksty każdego numeru iKAR są wstępnie recenzowane przez redaktora tematycznego.

Artykuły są oceniane przez dwóch niezależnych recenzentów spoza CARS. Autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości *(double blind peer review)*.

Recenzja jest sporządzana na formularzu w wersji dla tekstów prawniczych i ekonomicznych, dostępnym na stronie www.ikar.wz.uw.edu.pl. Recenzja kończy się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.

Zbiorcza lista recenzentów iKAR jest publikowana w ostatnim numerze iKAR w danym roku.

Prawa autorskie

iKAR jest dostępny dla każdego czytelnika na podstawie nieodpłatnej licencji Creative Commons 3.0 Polska (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/pl/).

Korzystanie z zawartości całego numeru oraz z każdego z jego tekstów jest zatem uzależnione wyłącznie od akceptowania przez użytkownika trzech zasad: uznania autorstwa, korzystania z tekstów tylko dla celów niekomercyjnych oraz nietworzenia na ich bazie utworów zależnych.

Udostępnianie

iKAR jest publikowany pierwotnie w wersji elektronicznej za pośrednictwem odrębnej strony internetowej www.ikar.wz.uw.edu.pl.

Jest udostępniany w wersji .pdf dostosowanej m.in. do e-booków.

Będzie także dostępny we wszystkich najważniejszych polskich bazach wolnego dostępu oraz – na zasadach niewyłącznych – w bazach największych polskich wydawców książek i czasopism z zakresu prawa, ekonomii i zarządzania.

CARS
Centre for Antitrust and Regulatory Studies
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

UNIWERSYTET WARSZAWSKI
WYDZIAŁ ZARZĄDZANIA

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

- prowadzi badania naukowe
- wydaje książki i periodyki, w tym YARS www.yars.wz.uw.edu.pl oraz iKAR www.ikar.wz.uw.edu.pl
- organizuje konferencje naukowe i warsztaty
- świadczy usługi doradcze i prowadzi szkolenia
- oferuje studia podyplomowe ARIS www.aris.wz.uw.edu.pl
- prowadzi Otwarte Seminarium Doktoranckie
- współpracuje z instytucjami naukowymi w kraju i zagranicą oraz z organami regulacyjnymi (UKE, URE, UTK)