

Anna Piszcz*

Kilka uwag do projektu założeń ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Kontrola w toku postępowania przed Prezesem UOKiK
- III. Środki zaradcze
- IV. Dobrowolne poddanie się karze
- V. Odpowiedzialność osób fizycznych
- VI. Kary pieniężne

Streszczenie:

Artykuł poświęcony jest wybranym zagadnieniom i propozycjom zmian przedstawionym w projekcie założeń ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik). Projekt został opublikowany przez Prezesa UOKiK i przekazany do konsultacji społecznych w maju 2012 r. W pierwszej kolejności autorka zwraca uwagę na znaczenie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej dla projektowania zmian przepisów uokik o kontroli w toku postępowania przed Prezesem UOKiK. Po drugie, artykuł porusza niektóre kwestie dotyczące środków zaradczych oraz tzw. dobrowolnego poddania się karze. W ostatnim części autorka skupia uwagę na pewnych problemach związanych z karami pieniężnymi oraz odpowiedzialnością osób fizycznych.

Słowa kluczowe: konsultacje społeczne; kontrola; nakaz zaniechania praktyki; ugoda; kary pieniężne

I. Wprowadzenie

W maju 2012 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) przekazał do konsultacji społecznych oraz uzgodnień międzyresortowych „Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów” opatrzony datą 15 maja 2012 r. („Projekt założeń”). Projekt założeń w poszczególnych częściach prezentuje potrzebę i cel uchwalenia projektowanej nowelizacji ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik z 2007 r.)¹, zakres projektowanej regulacji, opis proponowanych rozwiązań (część III) oraz zamykającą dokument informację o oczekiwanych wynikach konsultacji społecznych (część IV).

* Adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; radca prawny.

¹ Dz.U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.

II. Kontrola w toku postępowania przed Prezesem UOKiK

W pierwszej kolejności zwracam uwagę na proponowane rozwiązania dotyczące **kontroli w toku postępowania przed Prezesem UOKiK** (obecnie art. 105a-105l uokik z 2007 r.). Projektując je, nie należy zapominać o przepisach o kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy zawartych w rozdziale piątym ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (u.s.d.g.)². Stosownie do art. 77 ust. 1 u.s.d.g., kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorców przeprowadzana jest na zasadach określonych w u.s.d.g., chyba że zasady i tryb kontroli wynikają z bezpośrednio stosowanych przepisów powszechnie obowiązującego prawa wspólnotowego albo z ratyfikowanych umów międzynarodowych. Ponadto w świetle art. 77 ust. 2 u.s.d.g., **jedynie w zakresie nieuregulowanym w rozdziale piątym u.s.d.g. do kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy stosuje się przepisy ustaw szczególnych**. Tło ustanowienia tej „nadregulacji”³ było następujące. Ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej⁴ regulowała kompetencje kontrolne tylko organów udzielających koncesji i zezwoleń oraz incydentalnie organów wykonawczych gminy, podczas gdy zakres kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorców był znacznie szerszy. Dlatego też wolą ustawodawcy było ustanowienie ogólnych norm w tym zakresie w rozdziale piątym u.s.d.g.⁵

Ustawą z dnia 19 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw⁶, z dniem 7 marca 2009 r. zmieniono m.in. przepisy uokik z 2007 r. w zakresie kontroli w toku postępowania przed Prezesem UOKiK. To wówczas w dziale VI uokik z 2007 r. („Postępowanie przed Prezesem Urzędu”) dodano rozdział piąty („Kontrola w toku postępowania przed Prezesem Urzędu”) obejmujący art. 105a-105l, uchylając jednocześnie art. 62-68 uokik z 2007 r. Z uzasadnienia projektu ustawy wynikało, że zmiany uokik z 2007 r. związane były z dostosowaniem jej przepisów do przepisów u.s.d.g. w zakresie wykonywania kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy⁷. Już wówczas można było odnieść wrażenie, że ustawodawca „zapomniał” o założeniu związanym z rozdziałem piątym u.s.d.g. Wykładnia art. 77 u.s.d.g. może bowiem prowadzić do wniosku, że **ustawy szczególne (*verba legis*) nie powinny ani powtarzać przepisów u.s.d.g., ani zawierać przepisów sprzecznych z przepisami rozdziału piątego u.s.d.g.**⁸ Z pewnością służyłoby to unikaniu legislacyjnego nieładu oraz braku pewności i spójności prawa. Tymczasem w uokik z 2007 r. odnajdujemy pewne powtórzenia przepisów rozdziału piątego u.s.d.g. (zob. art. 105a ust. 7, art. 105a ust. 4 uokik z 2007 r.). Co więcej, cały art. 105l uokik z 2007 r. jest kuriozalny, gdyż stanowi, że do kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy, stosuje się przepisy rozdziału piątego u.s.d.g., jak gdyby bez tego odesłania przepisy u.s.d.g. nie miały zastosowania do kontroli w toku postępowania przed Prezesem UOKiK (a przecież gdyby nie miały one zastosowania, to w art. 79 ust. 2 pkt 4, art. 80 ust. 2 pkt 3, art. 82 ust. 1 pkt 3 i art. 83 ust. 2 pkt 3 u.s.d.g. nie wprowadzono by wyłączeń zastosowania wybranych zasad prowadzenia kontroli działalności

² Tekst jednolity Dz.U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.

³ Określeniem tym posłużyli się C. Banasiński i M. Bychowska; zob. C. Banasiński, M. Bychowska, *Kontrola przedsiębiorcy w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, Przegląd Prawa Handlowego 2010, nr 1, s. 48.

⁴ Dz.U. Nr 101, poz. 1178, z późn. zm.

⁵ Tak uzasadnienie projektu u.s.d.g., nr druku 2118. W literaturze przedmiotu uznano, że omawiane rozwiązanie nie tylko złamało utrwalone od czasów prawa rzymskiego zasady interpretacji prawa, ale też pozbawione było oparcia w normach konstytucyjnych, jako że u.s.d.g. i ustawy szczególne są aktami prawnymi o identycznej randze, co nie pozwala stwierdzić, że którykolwiek z nich stoi wyżej w hierarchii obowiązujących aktów prawnych. Tak C. Banasiński, M. Bychowska, *Kontrola przedsiębiorcy...*, s. 48.

⁶ Dz.U. z 2009 r. Nr 18, poz. 97, z późn. zm.

⁷ Nr druku 1204.

⁸ Tak też C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 917-918.

gospodarczej przedsiębiorcy do kontroli w toku postępowania prowadzonego na podstawie przepisów uokik z 2007 r.)⁹.

Omawiane rozbieżności w podejściu ustawodawcy do przepisów o kontroli spotkały się z różnymi odpowiedziami przedstawicieli doktryny. Niektórzy zdają się bez zastrzeżeń przyjmować tezę o pierwszeństwie u.s.d.g. przed ustawą szczególną¹⁰, inni bardziej¹¹ bądź mniej zdecydowanie¹² odrzucają pogląd o prymacie regulacji ogólnej odnoszącej się do kontroli przedsiębiorców nad unormowaniami szczegółowymi. Na uwagę zasługuje też propozycja, zgodnie z którą w razie sprzeczności ustawy szczególnej i u.s.d.g. należałoby zastosować normę korzystniejszą dla kontrolowanego¹³.

W „Projekcie założeń” (s. 5-7) zaproponowano doprecyzowanie procedury, o której mowa w art. 105a ust. 7 uokik z 2007 r., tj. wszczęcia kontroli w sytuacji nieobecności kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej w miejscu kontroli i w konsekwencji niemożności doręczenia tym osobom upoważnienia do przeprowadzenia kontroli i okazania legitymacji służbowej. Między innymi proponuje się, by pojęcie „pracownika kontrolowanego, który może być uznany za osobę, o której mowa w art. 97 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny” (tzw. osoby czynnej) zastąpić pojęciem „osoby obecnej w miejscu kontroli, będącej pracownikiem kontrolowanego lub wykonującej czynności na rzecz kontrolowanego”. Zapomniano natomiast, że art. 105a ust. 7 uokik z 2007 r. to przepis w znacznym stopniu powielający rozwiązanie z art. 79a ust. 9 u.s.d.g. (oraz z art. 79 ust. 1 zdania ostatniego u.s.d.g.), operującego właśnie pojęciem „osoby czynnej”. Wprowadzenie zmian do art. 105a ust. 7 uokik z 2007 r. przyniesie pożądaną przez projektodawcę efekt tylko, jeśli przyjmiemy tezę o pierwszeństwie projektowanej ustawy przed u.s.d.g. W innym razie należałoby raczej zastanowić się nad zmianą art. 79a ust. 9 u.s.d.g. przy okazji najbliższej nowelizacji u.s.d.g. albo pomyśleć o zmianach w art. 105a ust. 7 uokik z 2007 r. jednocześnie z ustanowieniem kolejnego wyłączenia w u.s.d.g. dotyczącego kontroli w toku postępowania prowadzonego na podstawie przepisów uokik z 2007 r. (bo może okazać się, że art. 105a ust. 7 uokik z 2007 r. będzie miał zastosowanie tylko do kontrolowanych nie w zakresie działalności gospodarczej, a do pozostałych konieczne będzie stosowanie wyłączenia u.s.d.g.). Zwłaszcza projektodawca będący organem, który będzie następnie stosował ustanowione rozwiązania, powinien mieć na uwadze groźbę późniejszej konieczności sprawdzania *in casu concreto*, który przepis jest korzystniejszy dla kontrolowanego.

Z powyższych względów wybór techniki nowelizacji uokik z 2007 r. w zakresie przepisów o kontroli jest trudniejszy, niż na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać. W literaturze podkreśla się, że art. 77 ust. 1 u.s.d.g. stanowi wskazanie skierowane do ustawodawcy, który stoi na straży spójności systemu prawnego i nie powinien dopuszczać do sprzeczności przepisów u.s.d.g. i regulacji ustaw szczególnych¹⁴. Jeśli zatem ustawodawca popełnił błąd, „przepisując” w art. 105a ust. 7 uokik z 2007 r. przepisy u.s.d.g., to zamiast brnąć dalej w ten błąd, należałoby przy okazji projektowanej nowelizacji przeprowadzić „porządki” w tym zakresie. Jeśli pomyłką było zawarcie w art.

⁹ W doktrynie wyrażono pogląd, że kontrola prowadzona w toku postępowania przed Prezesem UOKiK, co do zasady, podlega reżimowi u.s.d.g. od 7.03.2009 r. na mocy nowelizacji uokk dokonanej ustawą z 19.12.2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw; zob. B. Turno, *Komentarz do art. 105(l) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, LEX 2011.

¹⁰ Np. M. Swora [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1593; M. Sieradzka, *Komentarz do art. 77 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, LEX/el. 2012; B. Turno, *Komentarz...*, op. cit.

¹¹ Por. S. Szuster, *Komentarz do art. 77 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, LEX/el. 2005.

¹² S. Koroluk, *Komentarz do art. 77 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, LEX 2007.

¹³ C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie...*, s. 916-917.

¹⁴ *Ibidem*.

105l uokik z 2007 r. odesłania do u.s.d.g.¹⁵, to jest okazja, by to skorygować, aczkolwiek w uzasadnieniu projektu ustawy należałoby objaśnić motywy zmiany tak, by nie została ona zrozumiana przez przedsiębiorców w ten sposób, że od chwili wejścia w życie ustawy nowelizującej uokik z 2007 r. przepisy u.s.d.g. o kontroli nie będą już miały zastosowania w ogóle do kontroli w toku postępowania prowadzonego na podstawie uokik.

Podobne rozważania można odnieść do propozycji dotyczącej **zażalenia na czynności przeszukania** wykraczające poza zakres przedmiotowy przeszukania lub inne czynności przeszukania podjęte z naruszeniem projektowanych przepisów o przeszukaniu, wraz z którą pojawia się zapowiedź rezygnacji z odesłania do u.s.d.g. w zakresie przysługującego przedsiębiorcy sprzeciwu wobec podjęcia i wykonywania przez organ kontroli czynności z naruszeniem określonych przepisów (s. 12 Projektu założeń). Powstaje pytanie, czy przedsiębiorcy nie zyskają przez tę „zamianę” (sprzeciwu na zażalenie) znacznie więcej, niż oczekiwali. Wszak sprzeciw może być wniesiony jedynie wobec podjęcia i wykonywania przez organy kontroli czynności z naruszeniem przepisów art. 79-79b, art. 80 ust. 1 i 2, art. 82 ust. 1 oraz art. 83 ust. 1 i 2 u.s.d.g., a spośród tych przepisów w przypadku kontroli w toku postępowania prowadzonego na podstawie przepisów uokik z 2007 r. *de facto* przedmiotem sprzeciwu może być jedynie podjęcie i wykonywanie czynności z naruszeniem przepisów art. 79a ust. 1 oraz 3-9 u.s.d.g.¹⁶ I znowu rodzi się pytanie o technikę nowelizacji. W mojej ocenie owa „rezygnacja” z odesłania do u.s.d.g. w zakresie przysługującego przedsiębiorcy sprzeciwu nie powinna polegać na dodaniu na końcu art. 105l uokik z 2007 r. frazy w stylu: „z wyłączeniem art. 84c w zakresie czynności przeszukania”. Rozważenia wymagałoby natomiast uzupełnienie art. 84d u.s.d.g. określającego, kiedy wniesienie sprzeciwu nie jest dopuszczalne. Skoro podstawowym argumentem za rezygnacją ze sprzeciwu w zakresie czynności przeszukania (zob. s. 7 Projektu założeń) jest fakt, że wniesienie sprzeciwu powoduje wstrzymanie czynności kontrolnych do czasu jego rozpatrzenia, rozważyć można jako jedno z możliwych rozwiązań wprowadzenie wyjątków od zasady z art. 84c ust. 5 u.s.d.g. w tym samym przepisie. Natomiast utrzymywanie stanu rzeczy, w którym część wyjątków od zasad kontroli określonych w 5 u.s.d.g. zawarto w tymże akcie prawnym, zaś dalsze wprowadza się ustawami szczególnymi, coraz bardziej komplikuje istniejący stan prawny.

III. Środki zaradcze

Projekt założeń przewiduje wprowadzenie do uokik z 2007 r. regulacji **tzw. środków zaradczych**, wzorowanej na rozwiązaniach wprowadzonych w rozporządzeniu Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu¹⁷. Sama idea tej zmiany zasługuje na aprobatę, natomiast osobną kwestią jest sposób, w jaki unijny wzór zostanie przeniesiony do polskiej ustawy.

Wydaje się, że najprostsze dla projektodawcy byłoby dodanie w dotychczasowym art. 10 uokik z 2007 r. („Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 6 lub 9 ustawy lub art. 81 lub 82 Traktatu WE”) regulacji analogicznej do przepisów art. 7 ust. 1 zd. 2-3 rozporządzenia nr 1/2003 („W tym celu Komisja może użyć wobec przedsiębiorstw środków zaradczych o charakterze

¹⁵ Dało to zresztą impuls do rozważań, czy chodzi o stosowanie u.s.d.g. wprost czy może odpowiednio; por. B. Turno, *Komentarz...*, op. cit.

¹⁶ B. Turno, *Komentarz...*, op. cit.

¹⁷ Dz. Urz. WE z 4.01.2003 r., L 001, s. 1.

behawioralnym lub strukturalnym, proporcjonalnych do popełnionego naruszenia i koniecznych do jego skutecznego zakończenia. Środki strukturalne zastosować można jedynie, gdy nie istnieją równie skuteczne środki behawioralne lub gdy równie skuteczne środki behawioralne byłyby bardziej uciążliwe dla zainteresowanych przedsiębiorstw niż środki strukturalne”). Nasuwa się tu jednak kilka uwag. Po pierwsze, skoro Projekt założeń (s. 13) motywuje proponowaną zmianę interesem przedsiębiorców, którzy „niejednokrotnie zgłaszali potrzebę szczegółowego wskazania przez Prezesa UOKiK sposobu wykonania decyzji, ponieważ mieli wątpliwości jak ją wykonać, a obawiali się kary za jej niewykonanie”, to nowa regulacja art. 10 uokik z 2007 r. powinna przewidywać obligatoryjne szczegółowe wskazywanie przez Prezesa UOKiK sposobu wykonania decyzji (a nie fakultatywne jak w regulacji unijnej, na co wskazuje użycie w niej frazy „Komisja może”). Można bowiem żywić obawę, że motywacja projektodawcy jest nieco przewrotna. W literaturze podkreśla się, że tzw. środki zaradcze, których obowiązek podjęcia jest nakładany na przedsiębiorców, to pewne nowe działania, które nie polegają na samym tylko prostym zaniechaniu dalszego stosowania antykonkurencyjnych praktyk¹⁸. Jeśli z nowej regulacji będzie wynikało, że Prezes UOKiK „może” zastosować tzw. środki zaradcze rozumiane tak jak w prawie unijnym, to zachodzi obawa, że opisane wyżej potrzeby przedsiębiorców nie będą zaspokojone. Prezes UOKiK i tak nie będzie miał obowiązku wyjaśnić sposobu zaniechania dalszego stosowania antykonkurencyjnych praktyk, ale będzie mógł nakładać na przedsiębiorcę obowiązek pewnych nowych działań, które nie polegają na samym tylko zaniechaniu praktyk (do czego obecnie nie ma podstawy prawnej). Oczywiście, poszerzenie kompetencji Prezesa UOKiK o możliwość stosowania tzw. środków zaradczych sprzyja skuteczności prawa ochrony konkurencji, dlatego zasługuje na poparcie. Jeśli jednak w Projekcie założeń stwierdza się, że „na wprowadzeniu tej instytucji najbardziej skorzystają strony postępowania”, to przygotowując następnie propozycje brzmienia konkretnych przepisów, projektodawca powinien mieć na uwadze te korzyści dla stron postępowania, zwłaszcza że drugą stroną „medalu” będą nowe sankcje pieniężne (zob. s. 15 Projektu założeń).

Po drugie, przestrzec należy przed pokusą powielania unijnej terminologii. Język regulacji unijnych, krytykowany jako urzędniczy ponadnarodowy żargon, z reguły nie pozwala w prosty sposób przekładać się na polski język prawny¹⁹. „Środki zaradcze” to dosłowne tłumaczenie na język polski angielskiego rzeczownika *remedies*. Określenie to nie funkcjonowało w polskim języku prawnym, dopóki nie pojawiło się w szeregu aktów prawnych (głównie rozporządzeń) wskutek jego bezrefleksyjnego powielania z umów międzynarodowych czy unijnych aktów prawnych. Nie ma potrzeby wprowadzania nowego terminu do polskiego języka prawa antymonopolowego. Określenie „środki zaradcze” może funkcjonować w języku prawniczym, ale nie musi trafić do polskiego języka prawnego (języka prawa antymonopolowego), zwłaszcza że ów wierny przekład słowa *remedies* nie oddaje istoty „środków zaradczych”. Sam projektodawca zdaje się dostrzegać ten problem, ponieważ wyjaśnia w Projekcie założeń (s. 14), że środki zaradcze mają służyć usunięciu skutków naruszenia i zapobieganiu naruszeniom prawa konkurencji w przyszłości, natomiast nie są rodzajem kary, gdyż kary mają przede wszystkim charakter prewencyjno-represyjny. Owe środki zaradcze to nic innego jak rodzaj sankcji **prawnej** (w ujęciu realnym²⁰). Faktycznie, zwykle nie będą one spełniały funkcji represyjnej. Nazwa „środki zaradcze” wskazywałaby jednak, że ich funkcją jest prewencja. „Zaradczy”

¹⁸ M. Szydło, *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Oficyna (LEX) 2010.

¹⁹ Por. K. Pawłowicz, *O niektórych skutkach „europeizacji” publicznego prawa gospodarczego*, *Studia Iuridica* 2008, tom XLVIII, s. 186; K. Koźmiński, *Ułomność języka prawnego a finistyczna skuteczność prawa*, [w:] T. Giaro (red.), *Skuteczność prawa*, Warszawa 2010, s. 73.

²⁰ Por. M. Lewicki, *Pojęcie sankcji prawnej w prawie administracyjnym*, *Państwo i Prawo* 2002, nr 8, s. 66.

to zgodnie ze słownikowym rozumieniem taki, który ma bądź może czemuś zaradzić, przeciwdziałać²¹, czyli prewencyjny. Jednak nie mniej istotną funkcją tzw. środków zaradczych jest restytucja, czyli przywrócenie stanu poprzedniego, czy też stanu zgodnego z prawem (tak samo jak w przypadku samego nakazu zaniechania stosowania praktyki). Gdyby ustawodawca zdecydował się – mimo wszystko – na wprowadzenie w ustawie odrębnej nazwy dla sankcji, o których tu mowa, to nazwa „środki zaradcze” będzie odzwierciedlać jedynie jedną z funkcji tych sankcji, pomijając ich funkcję pierwszorzędną. To tak, jak gdyby kary pieniężne nazwać karami zaradczymi, bo przecież jedną z ich funkcji jest prewencja. Oczywiście, w tym „przerysowanym” przykładzie nazwa „kary zaradcze” nie miałyby tego atutu, który posiada określenie „środki zaradcze”, mianowicie unijnej proveniencji.

W Projekcie założeń (s. 15) podkreślono, że „przedsiębiorca będzie zobowiązany do wykonania nałożonych na niego środków dopiero po uprawomocnieniu się decyzji, w której to Prezes UOKiK je nałożył”. W tym miejscu nasuwa się pytanie o relację tej deklaracji do art. 90 uokik z 2007 r., zgodnie z którym Prezes UOKiK może nadać rygor natychmiastowej wykonalności decyzji w całości lub w części, jeżeli wymaga tego ochrona konkurencji lub ważny interes konsumentów. Trudno wyobrazić sobie, aby projektodawca zamierzał proponować zmianę art. 90 uokik z 2007 r. w ten sposób, że z zakresu jego zastosowania wyłączone zostaną rozstrzygnięcia dotyczące tzw. środków zaradczych. Jeśli istotnie projektodawca nie ma takiego zamiaru, to kategoryczne twierdzenia Projektu założeń – aby odzwierciedlały faktyczne intencje projektodawcy – winny być złagodzone choćby krótką wzmianką o możliwości nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności na ogólnych zasadach.

IV. Dobrowolne poddanie się karze

Inna propozycja projektodawcy zakłada wprowadzenie do uokik z 2007 r. instytucji „**dobrowolnego poddania się karze**”. I znowu sam pomysł zasługuje na aprobatę. Nowa instytucja umożliwiłaby stosowanie sankcji pieniężnych w sposób, który może przyczynić się do większej skuteczności prawa ochrony konkurencji. Przedsiębiorca w zamian za przyznanie się do stosowania zakazanej praktyki uzyskiwałby obniżenie wysokości kary pieniężnej. Natomiast zastrzeżenia budzi konstrukcja. Projektodawca chce wzorować się do pewnego stopnia na rozwiązaniach z zakresu procedury karnej lub karno-skarbowej, o czym zresztą świadczy już sama nazwa proponowanej nowej instytucji. Dobrowolne poddanie się karze bądź odpowiedzialności występuje jedynie w postępowaniach karnych, karno-skarbowych oraz dyscyplinarnych, ale nie w postępowaniach administracyjnych. Antymonopolowe „dobrowolne poddanie się karze” byłoby w prawie administracyjnym „prototypem”. I tu rodzą się wątpliwości natury systemowej. Nie wydaje się prawidłowe recypowanie instytucji prawa karnego do prawa administracyjnego. Wskazane działy prawa posługują się różnymi metodami regulowania stosunków społecznych. Metoda kamistyczna polega na stosowaniu kary jako podstawowego środka oddziaływania²², zaś kary pieniężne nakładane przez Prezesa UOKiK – niezależnie od sporu o ich charakter²³ – nie są podstawowym środkiem kształtowania praw czy obowiązków przedsiębiorców i w myśl przepisów uokik z 2007 r. są jedynie fakultatywne.

²¹ Por. *Słownik języka polskiego. Tom III R-Z*, Warszawa 1993, s. 951.

²² A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 25 i nast.

²³ Np. M. Król-Bogomiłska uważa, że mają one „ukryty”, „zamaskowany”, „zakamuflowany” kryminalnoprawny charakter; M. Król-Bogomiłska, *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2001, s. 235, 249, 257.

Zastanawiać może, dlaczego projektodawca w przypadku „dobrowolnego poddania się karze” zachowuje się inaczej niż w przypadku „środków zaradczych”. W Projekcie założeń operuje się angielskim określeniem *settlements*, którego nie tłumaczy się dosłownie, lecz szuka się odpowiednika wśród nazw funkcjonujących w polskim języku prawnym czy prawniczym oraz polskich instytucji, sięgając aż do działu prawa karnego. A przecież *settlement* to ugoda czy też umowa. Ale one są z natury instytucjami prawa prywatnego. Ugoda administracyjna uregulowana w Kodeksie postępowania administracyjnego²⁴ występuje tylko w jednym wariantcie – może być zawarta jedynie pomiędzy stronami postępowania, a nie pomiędzy stroną (stronami) postępowania a prowadzącym je organem administracji publicznej (choć w przepisach uokik z 2007 r. o postępowaniu w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, w którym to postępowaniu z natury występuje jedna strona postępowania, ustawodawca o tym zapomniał i w art. 102 zapisał, że w postępowaniu takim może być zawarta ugoda, jeżeli przemawia za tym charakter sprawy, a ugoda nie zmierza do obejścia prawa lub nie narusza interesu publicznego lub słusznego interesu konsumentów). Prace legislacyjne nad projektem ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego²⁵, która mogłaby rozwiązać omawiany problem za pomocą instytucji umowy administracyjnej, nie zostały zamknięte do końca VI kadencji Sejmu RP i projekt pozostał jedynie projektem historycznym wobec zastosowania zasady dyskontynuacji.

Skoro zatem polskie prawo administracyjne nie zna drugiego wariantu ugody (umowy) administracyjnej, to w polskim prawie pojawiają się różne rozwiązania, za pomocą których „obchodzi” się tę lukę. Tak jest, moim zdaniem, w przypadku decyzji zobowiązującej, o której mowa w art. 12 uokik z 2007 r., a przecież nie szukano dla tej instytucji żadnego odpowiednika w prawie karnym. Gdyby prawo polskie znało drugi wariant ugody (umowy) administracyjnej, to być może w tej formule uregulowano by decyzję z art. 12 uokik z 2007 r. W mojej ocenie, nawet przy braku takiej formuły, i tym razem możliwe jest wprowadzenie w uokik z 2007 r. kolejnej instytucji *sui generis* „porozumienia” pomiędzy przedsiębiorcą a Prezesem UOKiK co do sposobu załatwienia sprawy będącej przedmiotem postępowania, bez konieczności wprowadzania do uokik z 2007 r. terminologii karnistycznej rodzącej wątpliwości dotyczące zastosowanej metody regulacji stosunków społecznych.

Również szczegółowe rozwiązania w zakresie projektowanej instytucji wymagają kilku uwag. Analiza procedury (s. 17-18 Projektu założeń) nasuwa przypuszczenie, że projektowana instytucja może nie spotkać się z zainteresowaniem przedsiębiorców. Obniżenie kary pieniężnej w zamian za przyznanie się do zarzucanej praktyki sięgać miałyby jedynie 10%. Przedsiębiorcy, mając świadomość, jak często sądy uchylają bądź zmieniają decyzje Prezesa UOKiK, w tym także w zakresie samej wysokości kary pieniężnej nałożonej na stronę (strony), oraz wiedząc, że koszty procesowe w razie przegrania sprawy sądowej są niskie, a czas rozpatrywania spraw bardzo długi, mogą nie mieć motywacji do korzystania z projektowanej instytucji. Prosta kalkulacja doprowadzi przedsiębiorcę do wniosku, że jeśli w praktyce decyzja wydana wobec przedsiębiorcy, który korzysta z prawa do wniesienia odwołania od decyzji i apelacji od wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, uprawomocni się po ok. trzech latach, to bardziej będzie mu się opłacało przez te trzy lata obracać kwotą, którą musiałby w razie „porozumienia” z Prezesem UOKiK „wydać” od razu. A przy tym wciąż będzie miał szansę na sukces w sądzie. Wydaje się, że projektowana instytucja mogłaby zainteresować przedsiębiorców, którym zagrażać będzie niewysoka kara (tego rzędu, że poniesione honoraria

²⁴ Ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.

²⁵ Druk nr 3942.

na rzecz prawników byłyby zbyt wysokie w relacji do wysokości kary, co i tak nie dotyczy przedsiębiorców stale zatrudniających prawników), albo przedsiębiorców, w przypadku których szanse na obronę nie byłyby zbyt duże, np. w związku z dostarczeniem niezbitych dowodów zakazanego porozumienia przez jego uczestnika ubiegającego się o odstąpienie od nałożenia kary. Chociaż zauważyć należy, że w tym ostatnim przypadku to zapewne Prezes UOKiK nie będzie zainteresowany obniżeniem kary w zamian za przyznanie się do uczestnictwa w porozumieniu, a po drugie, również i w tego rodzaju sprawach zdarzają się „korekty” wysokości nałożonej kary pieniężnej w wyroku sądowym.

Reasumując, projektowana instytucja miałaby perspektywy szerszego zastosowania, gdyby Prezes UOKiK nie był związany 10%-owym limitem obniżenia kary pieniężnej, lecz mógł bardziej swobodnie „negocjować” wysokość kary z przedsiębiorcą (oczywiście, konieczne byłoby takie korzystanie z uznania, by projektowana instytucja nie umniejszała motywacji przedsiębiorców do ubiegania się o odstąpienie od nałożenia kary na podstawie art. 109 uokik z 2007 r.). Co więcej, projektowana regulacja powinna pozwalać Prezesowi UOKiK na większą swobodę w negocjowaniu treści „porozumienia” z przedsiębiorcą. Propozycje, o których mowa w Projekcie założeń, mogłyby obejmować pewne zobowiązania przedsiębiorcy (jak tzw. „środki zaradcze” czy jak zobowiązania z art. 12 uokik z 2007 r.), co z drugiej strony mogłoby wiązać się z dodatkową redukcją wysokości kary pieniężnej. Warto wskazać tu jako przykład do naśladowania możliwość czeskiego organu ochrony konkurencji, który w jednej z prowadzonych spraw wydał w rezultacie negocjacji z przedsiębiorcą decyzję i nałożył ją na przedsiębiorcę zredukowaną karę pieniężną oraz warunek naprawienia szkody dziesiętkom tysięcy poszkodowanych²⁶. Polskie przepisy nawet po planowanej nowelizacji nie pozwalałyby na tak elastyczne i korzystne dla poszkodowanych, w tym konsumentów, zakończenie postępowania.

V. Odpowiedzialność osób fizycznych

Bardzo ważna jest z perspektywy skuteczności prawa ochrony konkurencji propozycja, by wprowadzić w uokik z 2007 r. **odpowiedzialność osób fizycznych** za „dopuszczenie” do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk ograniczających konkurencję (s. 22 Projektu założeń). Maksymalna wysokość kary pieniężnej dla osób fizycznych miałaby wynosić 500.000 euro.

Przy obliczaniu wysokości kary pod uwagę miałyby być brana indywidualna sytuacja danej osoby, w tym również jej zarobki. Indywidualizowana w ten sposób kara miałaby zapewniać, że gorzej usytuowane materialnie osoby nie dostaną kary pieniężnej, której wykonanie mogłoby być dla nich zbyt dolegliwe lub wręcz niemożliwe. Powyższe zasady indywidualizacji kary pieniężnej budzą zastrzeżenia. I nie chodzi tu o sam fakt, że analogicznych zasad organ ochrony konkurencji nie powinien stosować przy nakładaniu kar pieniężnych na przedsiębiorców niebędących osobami fizycznymi, co potwierdza orzecznictwo²⁷. Sytuacja finansowa karanego przedsiębiorcy nie może stanowić podstawy przy ustalaniu wysokości nałożonej kary. Uwzględnienie gorszej sytuacji finansowej przedsiębiorcy jako okoliczności łagodzącej, byłoby bowiem równoznaczne z przyznaniem nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej przedsiębiorcom gorzej przystosowanym do warunków rynkowych. Ale chodzi również o to, że nawet w nauce prawa karnego przyjmuje się, że trudna sytuacja materialna sprawcy nie może przesądzać o wysokości nałożonej grzywny²⁸. Wreszcie, należy wziąć pod uwagę również

²⁶ *RWE Transgas will pay compensations for customers to settle the charges*
<http://www.compet.cz/en/competition/news-competition/rwe-transgas-will-pay-compensations-for-customers-to-settle-the-charges/> (ostatni dostęp 29.05.2012 r.).

²⁷ Por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21.04.2011 r., VI ACa 996/10.

²⁸ Por. V. Konarska-Wrzošek, *Projektowane zmiany w prawie karnym w zakresie kary grzywny i dyrektyw jej wymiaru*, Państwo i Prawo 2001, nr 5, s. 44 i nast.

doświadczenia praktyków, którzy niejednokrotnie obserwują zachowania np. dłużników alimentacyjnych pozorujących z powodzeniem swoją złą sytuację materialną. Rozwiązania ustawowe nie powinny do takich praktyk w najmniejszym stopniu zachęcać.

VI. Kary pieniężne

Projekt założeń przewiduje szereg zmian w przepisach dotyczących **kar pieniężnych**. W tym miejscu należy zaznaczyć, że niewłaściwe jest posługiwanie się w Projekcie założeń określeniem „przepisy karne” odnośnie do tych przepisów. Cała uokik z 2007 r. zawiera tylko jeden przepis karny – jest nim art. 114, wprowadzający wykroczenie, które polega na naruszeniu obowiązku udzielenia rzecznikowi konsumentów wyjaśnień i informacji będących przedmiotem wystąpienia rzecznika lub naruszeniu obowiązku ustosunkowania się do uwag i opinii rzecznika.

Większość z proponowanych zmian zasługuje na aprobatę. Mam natomiast wątpliwości co do proponowanej zmiany, zgodnie z którą w przypadku, jeżeli przedsiębiorca przed wydaniem decyzji nie dysponuje jeszcze danymi finansowymi niezbędnymi do ustalenia obrotu (obecnie przychodu) za rok obrotowy poprzedzający rok nałożenia kary, Prezes UOKiK miałby brać pod uwagę obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w roku ten rok poprzedzającym. Oczywiście, zrozumiała (choć nieujęta w Projekcie założeń) jest motywacja projektodawcy. Jako że przedsiębiorcy sporządzają swoje sprawozdania finansowe w okresie trzech miesięcy po zakończeniu danego roku obrotowego, Prezes UOKiK czasem nie jest w stanie zakończyć prowadzonego postępowania w ustawowym terminie, gdyż musi oczekiwać na dane finansowe niezbędne do określenia wymiaru kary pieniężnej. Wprowadzenie proponowanej zmiany rozwiązałoby omawianą trudność.

Zmiana taka wiązałaby się jednak z innymi problemami. Jeśli Prezes UOKiK byłby zobligowany oprzeć się o dane z przedostatniego zamkniętego roku obrotowego, przedsiębiorca mający świadomość wyższych obrotów w ostatnim zamkniętym roku obrotowym mógłby świadomie opóźnić opracowanie danych finansowych niezbędnych do ustalenia obrotu, byleby uzyskać wymiar kary w niższej wysokości. Dane te i tak w ustawowym terminie trafiają do organów podatkowych – jeśli nie od przedsiębiorcy, to od organu podatkowego mógłby je uzyskać Prezes UOKiK. Inna wątpliwość dotyczy kwestii równego traktowania przedsiębiorców w przypadku, gdy Prezes UOKiK prowadzi postępowanie przeciwko kilku przedsiębiorcom, spośród których niektórzy dysponują już danymi za poprzedni rok obrotowy, a inni jeszcze nie (a przy tym nie upłynął jeszcze termin na sporządzenie sprawozdania finansowego wynikający z przepisów o rachunkowości). Różna przychodowość stron w różnych latach może doprowadzić do wątpliwego zróżnicowania nałożonych na nie kar²⁹.

*

Krótki termin na zgłaszanie uwag³⁰ uniemożliwił mi szczegółowe odniesienie się do wszystkich propozycji zawartych w 30-stronicowym Projekcie założeń. Liczę jednak na to, że publikacja projektu ustawy nowelizującej da sposobność zgłaszania dalszych uwag – tym razem do samego projektu ustawy, a nie tylko do jego założeń.

²⁹ Por. rozważania Sądu Apelacyjnego w Warszawie odnośnie do różnicowania ułamek kary maksymalnej przypisanych poszczególnym uczestnikom zakazanego porozumienia czy kwestii związanych z uwzględnianiem przy wymiarze kary danych z innego roku obrotowego, niż gdyby Prezes UOKiK w ustawowym terminie kończył postępowanie w wyroku z 9.11.2010 r., VI ACa 383/10 i w wyroku z 12.05.2010 r., VI ACa 983/09. Zob. A. Piszcz, *Przegląd polskiego orzecznictwa antymonopolowego za lata 2010-2011 (cz. 1)*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 1, s. 134-135.

³⁰ Uwagi należało zgłaszać Prezesowi UOKiK do 5.06.2012 r.