

Zasada *legal professional privilege* w projekcie zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Spis treści

- I. Zagadnienia wprowadzające
- II. Pierwotne propozycje odnośnie do zasady LPP i ich ocena
- III. Ocena projektu przepisów nowelizujących ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów
- IV. Postulowany kształt zasady LPP w znowelizowanej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów
- V. Zakończenie

Streszczenie

Niniejszy artykuł stanowi próbę krytycznej oceny rozwiązań w zakresie *legal professional privilege*, które zostały zaproponowane w toku procesu legislacyjnego oraz ostatecznie przyjęte przez twórców projektowanej nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Oprócz wskazania na liczne interpretacyjnie praktyczne trudności wiążące się z przyjętymi przez twórców tej nowelizacji rozwiązaniami, niniejszy artykuł proponuje również treść przepisów regulujących zasadę LPP, które mogłyby znaleźć się w znowelizowanej ustawie. W ocenie autorów rozwiązania te powinny być co do zasady zbieżne z rozwiązaniami przyjętymi w unijnym prawie konkurencji.

Słowa kluczowe: *Legal Professional Privilege*; zasada LPP; kontrola; przeszukiwanie; prawo do obrony; postępowanie antymonopolowe.

I. Zagadnienia wprowadzające

Legal professional privilege (dalej „zasada LPP”) określane w języku polskim jako zasada ochrony poufności komunikacji pomiędzy wykwalifikowanym prawnikiem a klientem¹ lub również jako ochrona tajemnicy porady prawnej², zarówno na gruncie unijnego, jak i polskiego prawa konkurencji, jest źródłem wielu kontrowersji³. Dotyczą one głównie jej zakresu, a w prawie polskim również podstawy prawnej obowiązywania. W ocenie autorów niniejszego artykułu, zasada LPP obowiązuje (i powinna być stosowana) w polskim systemie prawa ochrony konkurencji⁴. W postępowaniu

* Dr nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW; członek zwyczajny i koordynator w Centrum Studiów Antymonopolowych UW.

** Dr nauk prawnych, LL.M. (King's College London); *senior associate* w dziale prawa konkurencji WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr.

¹ Tak B. Turno [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 984–985, 1080 i n.

² Tak M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011, s. 229.

³ Na temat obecnego kształtu, zakresu i procedury związanej z zasadą LPP w unijnym prawie konkurencji zob. *DG Competition Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU*, pkt 47, dostępne na http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_articles.pdf i wskazane tam orzecznictwo.

⁴ Odmiennie *Prawo konkurencji. Podstawowe pojęcia*, UOKiK 2007, s. 15.

przed Prezesem UOKiK ma ona swoje źródło w art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁵ (dalej „Konwencja”) i orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej „ETPCz”)⁶ oraz w odpowiednim stosowaniu art. 225 k.p.k.⁷. Z kolei w sprawach, w których równoległe z prawem polskim stosowane są art. 101 lub art. 102 TFUE⁸ jej źródłem jest także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE oraz art. 48 ust. 2 Karty Praw Podstawowych UE⁹. Obecne rozwiązania na gruncie prawa polskiego, szczególnie ze względu na konieczność odpowiedniego stosowania przepisów procedury karnej, są jednak przyczyną licznych problemów interpretacyjnych i praktycznych. Istnieje więc pilna potrzeba kompleksowego, ustawowego uregulowania tego podstawowego uprawnienia przedsiębiorców¹⁰. Wspiera ono przecież prawo przedsiębiorców do obrony ich interesu prawnego, które to prawo w demokratycznym państwie prawnym ma znaczenie fundamentalne. Nie może zatem dziwić, że propozycję kompleksowego uregulowania w przepisach ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹¹ (dalej „uokik”) zasady LPP, zaproponowaną przez Prezesa UOKiK w *Projekcie założeń projektu o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* z 15.05.2012 r., przyjęto z uznaniem¹².

Niestety po przeprowadzeniu publicznych konsultacji pierwotnej wersji *założeń projektu o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* z 15.05.2012 r.¹³ i słusznej krytyce, przez wielu uczestników publicznych konsultacji¹⁴, niektórych podstawowych założeń projektowanej zasady LPP, kolejne projekty *założeń projektu o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* (z dnia: 16.07.2012 r., 30.08.2012 r., 24.09.2012 r., 19.10.2012 r.) oraz ostatecznie przyjęte w 20.11.2012 r. przez Radę Ministrów *założenia do projektu o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* przyniosły duże rozczarowanie. Twórcy projektu założeń wskazali bowiem, że „Jeżeli chodzi o kwestie związane z *Legal Professional Privilege* uznano, iż wystarczającą w tym zakresie regulacją jest obecne odesłanie do art. 225 § 3 k.p.k., który odnośnie do przewidzianej w nim „tajemnicy obrończej” może być interpretowany również w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, w szczególności wyroku Trybunału (Wielkiej Izby) z dnia 14.09.2010 w sprawie C-550/07 P, Akzo [...], który dotyczył ochrony informacji objętych tzw. *Legal Professional Privilege* w toku przeszukania prowadzonego przez Komisję Europejską

⁵ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

⁶ Zob. np. wyroki ETPCz: z 28.11.1991 r. w sprawie *S v Switzerland*, nr 12629/87, pkt 48; z 25.03.1992 r. w sprawie *Campbell*, nr 13590/88, pkt 46; z 29.01.2002 r. w sprawie *AB v The Netherlands*, nr 37328/97, pkt 86.

⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. Nr 89, poz. 555 ze zm.

⁸ Wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE z 26.10.2012, nr C 326/47.

⁹ Dz. Urz. UE z 26.10.2012, nr C 326/391. Szerzej: B. Turno, *Zagadnienie tajemnicy adwokackiej na gruncie prawa konkurencji*, [w:] C. Banasiński, M. Kępiński, B. Popowska, T. Rabska (red.), *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, UOKiK, Warszawa 2006, s. 172–189; B. Turno, *Ciąg dalszy sporu o zakres zasady legal professional privilege – glosa do wyroku SPI z 17.09.2007 r. w połączonych sprawach T-125/03 i T-253/03 Akzo Nobel Chemicals Ltd i Akros Chemicals Ltd przeciwko Komisji WE*, Europejski Przegląd Sądowy 2008, nr 6, s. 46–47; B. Turno, *Prawnik prawnikowi nierówny?*, „Rzeczpospolita”, nr 274 (8785) z 24.11.2010 r.; M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 229–235. Na temat zasady LPP w prawie unijnym zob. np. K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych. W kierunku unifikacji i standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 389–395 oraz szeroko wskazana tam literatura i orzecznictwo.

¹⁰ B. Turno, *Zagadnienie tajemnicy...*, s. 188; M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 232–235; K. Rózewicz-Ładoń, *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*, Warszawa 2011, s. 281–293.

¹¹ Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.

¹² B. Turno, *Zasada legal professional privilege w u.o.k.k. – ocena propozycji UOKiK*, <http://www.antitrust.pl/2012/05/zasada-legal-professional-privilege-w-u-o-k-k-ocena-propozycji-uokik/>. Również Rada Legislacyjna przy Prezesie RM określiła zamiar ustawowego uregulowania zasady LPP jako propozycję jednoznacznie słuszną, która usuwałaby wątpliwości prawne odnośnie do odpowiedniego stosowania przepisów art. 225 i 226 k.p.k. – opinia Rady Legislacyjnej z 16.08.2012 r. o projekcie założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (sygn. RL-0303-12/12).

¹³ <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs/1/43452/43453/43454/dokument34627.pdf?lastUpdateDay=23.01.13&lastUpdateHour=4%3A26&userLogged=false&date=%C5%9Broda%2C+23+stycze%C5%84+2013>.

¹⁴ *Konsultacje społeczne nad projektem założeń do ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – Część I – kontrola koncentracji, kontrola i przeszukiwanie*, <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs/1/43452/43453/43456/dokument46708.pdf?lastUpdateDay=23.01.13&lastUpdateHour=4%3A26&userLogged=false&date=%C5%9Broda%2C+23+stycze%C5%84+2013>.

w ramach postępowania antymonopolowego”. Jako powody rezygnacji z wprowadzenia odrębnych uregulowań w ustawie i zaproponowania (a w zasadzie pozostawienia) odesłania do przepisów k.p.k., tj. między innymi do art. 179, 180 oraz 225 k.p.k. wskazano liczne zgłaszane wątpliwości odnośnie do zaproponowanej, pierwotnej regulacji¹⁵. Tak więc przygotowany przez UOKiK projekt z 21.11.2012 r. *ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw*¹⁶ nie reguluje kompleksowo w ustawie zasady LPP. Projekt z 21.11.2012 r. Uzasadnienia do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw powiela uzasadnienie tej decyzji wyrażone już w *projektach założeń projektu o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* (zob. s. 9 projektu uzasadnienia)¹⁷. Ograniczono się więc jedynie do doprecyzowania w art. 105n ust. 3, które dokładnie przepisy k.p.k. znajdą odpowiednie zastosowanie do przeszukania (a w konsekwencji do zasady LPP) oraz do zmiany właściwości sądu w sprawach stosowania tych przepisów k.p.k. Dodano również nowy art. 105p uokik, który reguluje postępowanie odnośnie do dokumentów mogących korzystać z ochrony wynikającej z zasady LPP w przypadku skopiowania w czasie przeszukania np. zawartości całego serwera przedsiębiorcy.

Celem niniejszego artykułu jest podsumowane dotychczasowego przebiegu procesu legislacyjnego odnośnie do zasady LPP oraz szczegółowa ocena i przedstawienie uwag do proponowanych w jego toku oraz ostatecznie rozwiązań przyjętych w projekcie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Podniesione w niniejszym artykule argumenty i uwagi krytyczne mogą być wykorzystane w toku dalszych prac legislacyjnych nad tą ustawą.

II. Pierwotne propozycje odnośnie do zasady LPP i ich ocena

Pomimo istotnych niedoskonałości (które jednak mogły być bez trudu wyeliminowane w toku dalszych prac legislacyjnych) pierwotne propozycje uregulowania zasady LPP zawarte w *założeniach projektu o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* z 15.05.2012 r. w wielu aspektach zasługiwały na aprobatę. I tak, zasada LPP miała mieć szerszy zakres niż unijna wersja zasady LPP. Przewidywano bowiem, że **ochroną miałyby być objęta nie tylko komunikacja z adwokatem i zewnętrznym radcą prawnym** (a więc wykwalifikowanymi prawnikami niezwiązanymi stosunkiem pracy z przedsiębiorcą), **lecz także z wewnętrznym radcą prawnym, który jest związany z przedsiębiorcą stosunkiem pracy**. Twórcy ustawy słusznie zdawali się nie podzielać (nieuzasadnionych jak się wydaje) wątpliwości TSUE, Komisji Europejskiej oraz rzecznik generalnej Kokott dotyczących braku wymaganej niezależności po stronie tzw. *in-house lawyers*. Prawidłowo więc UOKiK zakładał, że ustawa z 6.07.1982 r. o radcach prawnych¹⁸ i Kodeks Etyki Radcy Prawnego¹⁹ stanowią wystarczającą barierę przed naruszeniem (przez pracodawców) gwarancji niezależności wewnętrznych radców prawnych²⁰. Na tym tle pojawiają się jednak istotne

¹⁵ *Projekt założeń projektu o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 24 września 2012 r.*, s. 33. Trudno jednak uznać takie wytłumaczenie za przekonujące. Należało bowiem nie tyle w ogóle rezygnować z kompleksowego uregulowania w ustawie zasady LPP, co po prostu poprawić zaproponowane rozwiązania. Ku temu zmierzały przecież w zasadzie wszystkie propozycje zgłaszane przez uczestników publicznych konsultacji.

¹⁶ <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/85314/85318/85319/dokument59324.pdf?lastUpdateDay=23.01.13&lastUpdateHour=4%3A26&userLogged=false&date=%C5%9Broda%2C+23+stycze%C5%84+2013>.

¹⁷ <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/85314/85318/85319/dokument59335.pdf?lastUpdateDay=23.01.13&lastUpdateHour=4%3A26&userLogged=false&date=%C5%9Broda%2C+23+stycze%C5%84+2013>.

¹⁸ Dz.U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 ze zm.

¹⁹ Dostępny na <http://www.kirp.pl/Akty-Prawne/Kodeks-Etyki-Radcy-Prawnego>.

²⁰ Trudno sobie zresztą wyobrazić, aby samorząd zawodowy radców prawnych zaakceptował ewentualne ustawowe zróżnicowanie odnośnie do zasady LPP w zależności od tego czy opinia prawna pochodzi od radcy prawnego zatrudnionego w ramach stosunku pracy w przedsiębiorstwie czy też od radcy

pytania. Czy w takiej sytuacji szersza krajowa wersja (obejmująca także *in-house lawyers*) byłaby stosowana tylko w postępowaniach przed Prezesem UOKiK w sprawach naruszenia przepisów krajowych, natomiast „węższa”, unijna wersja zasady LPP (nie obejmująca ochrony komunikacji z wewnętrznymi radcami prawnymi) byłaby stosowana przez Prezesa UOKiK w sprawach postępowań prowadzonych równolegle w oparciu o prawo polskie i prawo unijne? Względnie czy szersza krajowa wersja zasady LPP byłaby jednak stosowana również wtedy, gdy Prezes UOKiK równolegle z prawem krajowym stosowałby prawo unijne (tak jak ma to miejsce w Wielkiej Brytanii)²¹?

Prawidłowo również UOKiK proponował, aby to przedsiębiorca (a nie np. tylko adwokat czy radca prawny) mógł podnieść zarzut objęcia określonej komunikacji ochroną wynikającą z zasady LPP. Zasada LPP jest przecież uprawnieniem (a nie obowiązkiem) klienta (przedsiębiorstwa), który może samodzielnie (bez pośrednictwa prawnika) żądać ochrony wynikającej z zasady LPP. Przedsiębiorca może również zrzec się tej ochrony. Natomiast każdy prawnik obecny podczas kontroli, w tym przeszukania (nie tylko autor opinii lub porady) ma zawsze obowiązek żądać (chyba że klient tego sobie nie życzy) dla swojego klienta ochrony wynikającej z zasady LPP. Brak żądania przez prawnika na rzecz swojego klienta ochrony wynikającej z zasady LPP, w sytuacji gdy były ku temu zasadne przesłanki, powinien stanowić podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej radcy prawnego lub adwokata²².

Słuszna była także propozycja, aby „procedura” w zakresie postępowania w sytuacji podniesienia przez przedsiębiorcę lub jego prawnika zarzutu związanego z zasadą LPP była wzorowana na zasadach unijnych. Pracownicy UOKiK w sytuacjach wątpliwych powinni mieć bowiem prawo do pobieżnego wglądu (ang. *cursory look*) do pisma, tj. na nagłówki dokumentu, jego adresatów czy tematu opinii (bez zapoznawania się oczywiście z fragmentami pisma, a tym bardziej jego całością). Sugestię odnośnie do zasadności gwarantowania dokumentowi ochrony wynikającej z zasady LPP może stanowić także sposób w jaki dokument jest przechowywany u przedsiębiorcy i gdzie być znaleziony w toku kontroli. Pobieżny wgląd ma niewątpliwie na celu upewnienie się, że przedsiębiorca nie nadużywa przysługujących mu praw. Zadaniem prawników jest natomiast wypracowanie takiego sposobu przygotowywania opinii prawnych (w tym układu dokumentu), aby ten pobieżny wgląd nie prowadził do naruszenia przez kontrolujących zasady LPP.

Tak samo tzw. procedura kopertowa, czyli reguły postępowania z dokumentami, gdy pracownicy UOKiK nie dzielą opinii przedsiębiorcy co do objęcia konkretnych dokumentów ochroną wynikającą z zasady LPP, nie odbiegała od dobrych wzorców unijnych. Jako prawidłowe można było również określić propozycje UOKiK dotyczące postępowania ze skopiowanymi w toku

prawnego niezwiązanego takim stosunkiem. Byłoby to bowiem usankcjonowanie podziału na „niezależnych” radców prawnych zewnętrznych i radców prawnych wewnętrznych, którym brak tej niezależności. Już obecnie negatywnym skutkiem uznania braku wymaganej niezależności tzw. *in-house lawyers* jest zarządzenie Sądu z 23.05.2011 r., w sprawie T-226/10 *Prezes UKE v. Komisja*, dostępny na <http://curia.europa.eu/>, utrzymane następnie wyrokiem TS z 6.09.2012 r., w połączonych sprawach C-422/11 P oraz C-423/11 P, *Prezes UKE oraz Rzeczpospolita Polska v. Komisja*, dostępny na <http://curia.europa.eu/>, w którym Sąd odrzucił skargę jako niedopuszczalną z powodu tego, że Prezes UKE był przed Sądem reprezentowany przez dwóch radców prawnych zatrudnionych w UKE (na podstawie umowy o pracę), przez co w opinii Sądu, radcowie ci nie byli niezależni. Szerzej zob. E. Morgan de Riverly, A. Noël-Baron, *L'arrêt PUKE: un manière inquiétante de concevoir et de dire le droit de l'Union?*, „La Semaine Juridique – Édition Générale”, nr 48 z 26.11.2012 r., s. 2156–2160.

²¹ Szerzej na ten temat zob. B. Turno, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...*, s. 985–987, 1083–1085; B. Turno, A. Zawłocka-Turno, *Legal professional privilege and the privilege against self-incrimination in EU Competition Law after the Lisbon Treaty – Is it time for a substantial change?*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2012, 5(6), s. 210; M. Bernatt, *Convergence of Procedural Standards in the European Competition Proceedings*, „Competition Law Review” 2013 (artykuł przyjęty do druku), pkt 6.2. i 7.2.; K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych...*, s. 530–546; K. Różiewicz-Ładoń, *Postępowanie przed Prezesem Urzędu...*, s. 287–289.

²² Tak J. Temple Lang, *Instytucja tajemnicy adwokackiej – poufność pewnych dokumentów w kontekście postępowań antymonopolowych*, wykład wygłoszony 19.11.2008 r. w Warszawie podczas konferencji zorganizowanej przez Europäische Rechtacademie (ERA) na temat „Najnowsze trendy rozwoju europejskiego i polskiego prawa ochrony konkurencji”.

kontroli dokumentami elektronicznymi, w ramach których mogłyby się znaleźć dokumenty objęte zasadą LPP²³.

W końcu, UOKiK w swoich założeniach zmian ustawy należycie rozróżniał sytuacje, w których mamy do czynienia z zasadą LPP (uprawnienie klienta do zachowania w poufności treści komunikacji z wykwalifikowanym prawnikiem) a tajemnicą zawodową adwokata lub radcy prawnego (obowiązkiem adwokata lub radcy prawnego do zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej)²⁴.

Niezależnie od generalnie pozytywnej oceny pierwotnej propozycji przedstawionej przez UOKiK, kilka zasadniczych kwestii wymagało poddania ich krytycznej ocenie i rewizji. Niepokój budził zwłaszcza fakt, że zasada LPP miała objąć jedynie **taką komunikację** (związaną z realizacją prawa przedsiębiorcy do obrony), **która pochodzi od adwokata lub radcy prawnego, który został przez przedsiębiorcę ustanowiony pełnomocnikiem w danym postępowaniu** wyjaśniającym lub postępowaniu antymonopolowym przed Prezesem UOKiK²⁵. Na tym tle zarysowały się następujące dwa problemy. Po pierwsze, projekt założeń był niejasny i zdawał się sugerować, że ochroną wynikającą z zasady LPP objęta będzie tylko komunikacja powstała **już po wszczęciu przez Prezesa UOKiK postępowania** wyjaśniającego lub antymonopolowego. Wynika to z zaproponowanego warunku, że komunikacja ma mieć miejsce z prawnikiem, który został ustanowiony pełnomocnikiem w postępowaniu. Trudno przecież ustanawiać „pełnomocnika w danym postępowaniu”, jeśli przedsiębiorca nie wie, że takie postępowanie zostało wszczęte przed Prezesem UOKiK. Ewentualnie projekt założeń można było interpretować w ten sposób, że opinia prawna powstaje co prawda przed wszczęciem jakiegokolwiek postępowania przed Prezesem UOKiK, ale jej autor (adwokat lub radca prawny) zostaje już po wszczęciu tego postępowania ustanowiony pełnomocnikiem przedsiębiorcy. Tylko taka komunikacja – zgodnie z propozycją – miała podlegać ochronie. Tymczasem, przepis nowelizowanej **ustawy powinien jasno wskazywać, że ochroną wynikającą z zasady LPP jest objęta komunikacja powstała po wszczęciu postępowania przed Prezesem UOKiK lub też przed jego wszczęciem, pod warunkiem jednak, że związana jest z przedmiotem prowadzonego przez Prezesa UOKiK postępowania** (a więc odnosi się do tego samego zachowania, działania przedsiębiorcy objętego podejrzeniami lub już zarzutem). Należy bowiem pamiętać, że większość korespondencji, która powinna korzystać z ochrony w oparciu o zasadę LPP, powstaje właśnie przed wszczęciem jakiegokolwiek postępowania (kiedy przedsiębiorcy potrzebują prawnej oceny ich zachowania, np. na potrzeby ewentualnego wniosku

²³ UOKiK proponował bowiem przyznanie przedsiębiorcy prawa do złożenia w terminie 14 dni (od zakończenia przeszukania – w toku publicznych konsultacji proponowano przedłużenie tego terminu do 21 dni) pisemnego zastrzeżenia, że określone, skopiowane dokumenty zawierają informacje prawnie chronione, w tym przez zasadę LPP.

²⁴ Niemniej jednak sytuacje, w których adwokat lub radca prawny byłby zmuszony powoływać się na tajemnicę zawodową byłyby w praktyce bardzo rzadkie i w toku postępowania przed Prezesem UOKiK miałyby miejsce tylko wtedy, gdyby Prezes UOKiK zdecydował się na kontrolę lub przeszukiwanie w kancelarii adwokackiej lub radcy prawnego albo gdyby wezwał adwokata lub radcę prawnego w trybie art. 50 ustawy do przedstawienia określonych informacji lub dokumentów. Jeśli bowiem kontrola lub przeszukiwanie byłaby przeprowadzana u przedsiębiorcy to przy zbiegu zasady LPP i tajemnicy zawodowej, tj. wtedy, gdyby np. opinia prawna przytaczała informacje na temat stanu faktycznego, o którym adwokat lub radca dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej (co z reguły w opiniach prawnych czy memorandumach ma przeciwieństwo) w pierwszym rzędzie zastosowanie powinna znaleźć zasada LPP (to przecież u przedsiębiorcy prowadzona jest kontrola lub przeszukiwanie) i raczej nie powinno być potrzeby żądania zastosowania zakazu dowodowego związanego z tajemnicą zawodową radcy prawnego lub adwokata.

²⁵ Projekt założeń stanowił „*Mając na względzie ww. orzeczenie Trybunału, jak również dążąc do zagwarantowania przedsiębiorcy ochrony jego prawa do uzyskania pomocy prawnej i zachowania jej treści w tajemnicy, proponuje się wprowadzenie do ustawy regulacji, zgodnie z którą w sytuacji, gdy przeszukiwany lub osoba przez niego upoważniona oświadczy, że znalezione w toku przeszukania konkretne dokumenty zawierają informacje związane z realizacją jego prawa do uzyskania ochrony prawnej (w związku z postępowaniem przed Prezesem Urzędu w danej sprawie, udzielanej przez adwokata lub radcę prawnego, który został przez przeszukiwanego ustanowiony pełnomocnikiem w danym postępowaniu wyjaśniającym lub postępowaniu antymonopolowym [pogrubił autorów]), przeszukujący będzie zobowiązany pozostawić te dokumenty przeszukiwanemu i nie włączy ich do materiału dowodowego w sprawie.*”

*leniency*²⁶). Po drugie, z projektu założeń wynikało, że dla objęcia komunikacji ochroną związaną z zasadą LPP musi być zachowana **tożsamość autora np. opinii prawnej i pełnomocnika w postępowaniu przed Prezesem UOKiK**. Trudno było uznać taki wymóg za racjonalny i uzasadniony. Nie ma bowiem absolutnie żadnych argumentów, aby ograniczać stosowanie zasady LPP tylko do takiej komunikacji, której autor jest adwokatem lub radcą prawnym i jednocześnie pełnomocnikiem w postępowaniu przed Prezesem UOKiK. Takie ograniczenie czyniłoby zasadę LPP dysfunkcyjną i iluzoryczną. Wiązałoby ono przedsiębiorcę odnośnie do wyboru pełnomocnika w postępowaniu przed Prezesem UOKiK (ich krąg byłby ograniczony tylko do autorów np. opinii prawnych czy kręgu osób biorących udział w wymianie e-maili podlegających ochronie w oparciu o zasadę LPP). Wystarczyłaby zatem np. śmierć pełnomocnika, cofnięcie mu (już po sporządzeniu opinii) pełnomocnictwa do reprezentowania przedsiębiorcy w postępowaniu przed Prezesem UOKiK albo zaprzestanie wykonywania zawodu przez autora opinii, aby taka opinia nie podlegała już ochronie w oparciu o zasadę LPP. Podstawowym prawem każdego przedsiębiorcy jest przecież prawo do uzyskania pomocy prawnej przez wybranego przez siebie prawnika (art. 6 ust. 3 c Konwencji) i prawo to nie może być ograniczane (wybór pełnomocnika w postępowaniu wyjaśniającym lub antymonopolowym nie może być determinowany) przez fakt, że określony prawnik wcześniej przygotował opinię prawną.

III. Ocena projektu przepisów nowelizujących ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów

Zaprezentowany przez UOKiK Projekt zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie przewiduje wprowadzenia do niej odrębnych i kompleksowych uregulowań w przedmiocie zasady LPP²⁷. Jest on w zasadzie powtórzeniem (z wyjątkiem wskazania wprost na kompetencję SOKiK i odesłania do konkretnych przepisów k.p.k., które znajdują analogiczne zastosowanie do przeszukania) już funkcjonujących (por. obecny art. 105c ust. 4 uokik) i niedoskonałych reguł²⁸. *Novum* stanowi jedynie ustanowienie wprost w art. 105p ust. 1 uokik upoważnienia do żądania objęcia określonych pism lub dokumentów w formie elektronicznej ochroną wynikającą z zasady LPP w przypadku ich skopiowania (co ważne „przez przeszukujących”) np. z serwera przedsiębiorcy. Z kolei przepis art. 105p ust. 2 uokik wskazuje, że na potrzeby procedury określonej w art. 225 i 226 k.p.k., przeszukujący sporządzi papierowe kopie pism lub dokumentów, co do których złożono takie żądanie, w celu ich przekazania w opieczętowanym opakowaniu SOKiK.

Jednak także to nowe rozwiązanie przewidziane w art. 105p ust. 1 uokik wymaga dwóch uwag krytycznych. Przede wszystkim, przepis ten stanowi tylko uzupełnienie reguł odnośnie do zasady LPP w zakresie postępowania jedynie z dokumentami elektronicznymi skopiowanymi w toku przeszukania. Z uwagi jednak na (co do zasady) olbrzymią ilość kopiowanych w toku przeszukania

²⁶ Na ten temat zob. B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

²⁷ Art. 105n ust. 3 „Do przeszukania stosuje się odpowiednio przepisy art. 224 § 1 i art. 225–227 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. Sądem właściwym na potrzeby stosowania tych przepisów jest sąd ochrony konkurencji i konsumentów.” Art. 105p ust. 1 „W przypadku pism lub dokumentów skopiowanych przez przeszukujących z informatycznych nośników danych, urządzeń i systemów informatycznych, przeszukiwanemu, osobie przez niego upoważnionej oraz innej osobie zobowiązanej do zachowania tajemnicy prawnie chronionej na podstawie odrębnych przepisów, przysługuje uprawnienie do złożenia pisemnego zastrzeżenia w terminie 21 dni od dnia zakończenia przeszukania, że określone skopiowane w toku przeszukania pisma lub dokumenty zawierają informacje, o których mowa odpowiednio w art. 225 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego.” Art. 105p ust. 2 „Na potrzeby procedury określonej w art. 225 i 226 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego przeszukujący sporządza papierowe kopie pism lub dokumentów, co do których złożono zastrzeżenie, w celu ich przekazania w opieczętowanym opakowaniu sądowi ochrony konkurencji i konsumentów.”

²⁸ Szerzej na temat tych obecnych niedoskonałości B. Turno, *Zagadnienie tajemnicy...*, s. 172–189; M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 232–235.

dokumentów tradycyjnych (drukowanym) należałoby również postulować, aby przedsiębiorca także odnośnie do takich dokumentów nieelektronicznych mógł w określonym czasie np. również w ciągu 21 dni od dnia zakończenia czynności przeszukania (bez ryzyka, że Prezes UOKiK rozpocznie już postępowanie dowodowe) uzupełnić swoje stanowisko odnośnie do skopiowanych dokumentów papierowych zasługujących na ochronę wynikającą z zasady LPP. Czasami bowiem dopiero po zakończeniu czynności przeszukania przedsiębiorcy mogą – we współpracy z ich doradcami prawnymi – ocenić jakie jeszcze skopiowane dokumenty w formie papierowej (oprócz tych już wskazanych w toku przeszukania) powinny korzystać z ochrony gwarantowanej przez zasadę LPP²⁹. Po drugie, przepis art. 105p ust. 1 uokik nie przewiduje, że w okresie do końca terminu do złożenia przez przedsiębiorcę pisemnego zastrzeżenia, że pracownicy UOKiK nie zapoznają się ze skopiowanymi pismami lub dokumentami zawierającymi informacje, o których mowa w art. 225 k.p.k. Może to skutkować tym, że zanim przedsiębiorca złoży pisemne zastrzeżenie, o którym mowa w tym przepisie, zasada LPP będzie złamana poprzez zapoznanie się przez pracowników UOKiK z tymi dokumentami.

Co jednak w omawianej sprawie najważniejsze, zgodnie z przepisem art. 105n ust. 3 Projektu do przeszukania prowadzanego przez pracowników UOKiK odpowiednie zastosowanie mają mieć (nadal – tak jak obecnie) przepisy art. 224 § 1 i art. 225 -227 k.p.k. W naszej ocenie **praktyczne zastosowanie takiego odesłania budzić będzie następujące poważne problemy natury interpretacyjnej i praktycznej:**

- 1) Przede wszystkim przepis art. 225 k.p.k. reguluje kwestie związane z udostępnianiem dokumentów zawierających informacje niejawne lub wiadomości objęte tajemnicą państwową, służbową, zawodową lub inną chronioną ustawą albo mające charakter osobisty (art. 225 § 1) albo tajemnicą obrończą (art. 225 § 3). Co prawda funkcją tych przepisów jest ochrona interesów osób, które osobom wykonującym zawód adwokata/radcy prawnego lub funkcję obrońcy powierzyły swoje tajemnice³⁰. Zatem, w kontekście stosowania tych przepisów k.p.k. beneficjentami tajemnicy zawodowej/obrończej nie jest adwokat czy radca prawny, ale osoba, która przekazała tym osobom dyskrecjonalne informacje³¹ (a ostatecznie również społeczeństwo i wymiar sprawiedliwości). Niemniej jednak, żadna z tych kategorii nie oddaje w pełni istoty oraz szerokich uprawnień przedsiębiorców wynikających z zasady LPP. Są to inne instytucje³². Nie bez powodu w państwach *common law* funkcjonują równolegle zasada LPP oraz reguły odnoszące się do *professional secrecy*. Ponadto, powstaje zasadne pytanie o możliwość praktycznego stosowania reguł odnoszących się do tajemnicy obrończej (właściwej przecież dla postępowania karnego) w toku jednak administracyjnego postępowania przed Prezesem UOKiK. Zasada LPP jest prawem klienta (przedsiębiorcy, a nie adwokata czy radcy prawnego) do odmowy ujawnienia zarówno w toku kontroli (czego ww. przepisy k.p.k. nie przewidują), jak i przeszukania organowi antymonopolowemu dokumentów (i zawartych

²⁹ Oczywiście przedsiębiorca po zakończeniu kontroli lub przeszukania zawsze może uzupełnić swoje stanowisko wyrażone w toku kontroli czy przeszukania odnośnie LPP. Nie ma on jednak obecnie gwarancji, że takie uzupełnione czy dodatkowe zastrzeżenie zostanie wzięte przez Prezesa UOKiK pod uwagę.

³⁰ J. Skorupka, *Komentarz do art. 225 k.p.k.*, Legalis, pkt 1.1.

³¹ Ibidem i powołana tam literatura.

³² W tym kontekście warto zauważyć, że rzecznik generalna J. Kokott w swojej opinii z 29.04.2010 r. w sprawie C-550/07 P *Akzo Nobel Chemicals Ltd oraz Akros Chemicals Ltd v. Komisja*, w przypisie nr 88 do pkt. 103 tej opinii, stwierdziła, że „(...) w odniesieniu do Polski, należy wskazać, że polskie prawo przewiduje istnienie odrębnej korporacji prawniczej, tj. radców prawnych, której członkowie są związani podobnymi co adwokaci zasadami etyki zawodowej; jeśli radcowie prawni wykonują zawód w ramach stosunku pracy to są oni chronieni przez zasadę chroniącą poufność komunikacji podobną do zasady LPP (*professional privilege similar to legal professional privilege*)” (podkr. autorów).

w nich informacji) pochodzących od adwokata/radcy prawnego jak i pism, dokumentów, notatek przeznaczonych dla adwokata/radcy prawnego w celu przygotowania np. opinii prawnej i mających związek z przedmiotem kontroli/przeszukania (także tych, które fizycznie nie zostały im jednak ostatecznie przekazane). Zasada LPP przewiduje przy tym, że ochrona poufności komunikacji między przedsiębiorcą a współpracującym z nim adwokatem/radcą prawnym jest wyłącznym uprawnieniem (nie obowiązkiem) samego przedsiębiorcy, niezależnym od kroków podejmowanych przez współpracującego z nim prawnika (który ma zawsze obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej czy obrończej)³³. Nadal więc będziemy mieli do czynienia nie tyle z zasadą LPP, ile z jej krajową namiastką, czy też swoistym jej „odpowiednikiem”.

- 2) Fundamentalnym problemem planowanej regulacji jest również to, że art. 105n ust. 3 uokik przewiduje odesłanie do stosowania art. 225 k.p.k. **tylko w przypadku przeszukania**. Oznacza to, że w toku kontroli (która jest przecież przez Prezesa UOKiK przeprowadzana znacznie częściej niż przeszukiwanie³⁴) dokumenty zawierające komunikację pomiędzy prawnikiem a klientem nie będą mogły podlegać ochronie, w oparciu o art. 225 k.p.k. Tymczasem kontrolujący mogą przecież zażądać w toku kontroli udostępnienia przez przedsiębiorcę dokumentów, plików lub segregatorów, które zawierają w sobie memoranda lub opinie prawne sporządzone przez prawnika w celu realizacji prawa przedsiębiorcy do obrony związane z przedmiotem postępowaniem. Zatem planowana regulacja błędnie wyklucza odpowiednie stosowanie art. 225 k.p.k. w odniesieniu do kontroli, zwłaszcza, że Projekt ustawy przewiduje rozdzielnie przeszukiwanie od kontroli (przeszukiwanie będzie odrębnym uprawnieniem dochodzeniowym Prezesa UOKiK, które będzie przeprowadzane niezależnie od kontroli, a nie jak dotychczas zawsze w jej toku). Taka regulacja będzie zasadniczo różna od reguł przyjętych w postępowaniu przed Komisją, gdzie zasada LPP obowiązuje w toku inspekcji. Inspekcja ta jest tymczasem raczej kontrolą (nie jest przeszukianiem), albowiem Komisja nie ma uprawnień do stosowania środków przymusu³⁵. Konsekwencją tego przyjętego przez twórców nowelizacji rozwiązania będzie również to, że w przypadku skopiowania w toku kontroli (co – we współdziałaniu z kontrolowanym – może przecież mieć miejsce) pism lub dokumentów (w formie elektronicznej) zawierających komunikację pomiędzy adwokatem/radcą prawnym a przedsiębiorcą uprawnienie wynikające z przepisu art. 105 p ust. 1 nie będzie przysługiwało przedsiębiorcy.
- 3) Szereg problemów i wątpliwości będzie wiązać się z **odpowiednim stosowaniem** (w kontekście proponowanego art. 105n ust. 3) przepisu art. 225 k.p.k. w toku przeszukania. Projektodawcy uważają, że owo odpowiednie stosowanie miałoby być zgodne z wyrokiem TS w sprawie C-550/07 *Akzo i Akcros v. Komisja*. Tymczasem:
 - a) w sytuacji, w której przedstawiciel przedsiębiorcy lub adwokat/radca prawny oświadczyłby w toku przeszukania, że znalezione dokumenty zawierają informacje stanowiące tajemnicę zawodową (adwokacką lub radcowską) to przeprowadzający przeszukiwanie powinni niezwłocznie przekazać takie dokumenty bez ich odczytywania SOKiK w opieczętowanym opakowaniu; powstaje zatem zasadna wątpliwość czy przepis art. 225

³³ B. Turno, *Prawnik prawnikowi...*

³⁴ Przykładowo w 2010 r. Prezes UOKiK przeprowadził 28 kontroli i tylko 5 przeszukań (wszystkie przeszukiwania w postępowaniu wyjaśniającym). Dane te zostały uzyskane przez autorów w trybie dostępu do informacji publicznej.

³⁵ Szerzej B. Turno, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...*, s. 991–993 i wskazane tam orzecznictwo i poglądy doktryny.

§ 1 k.p.k. – przy jego odpowiednim stosowaniu – pozwala dokonującemu przeszukiwanie na pobieżny wgląd do tych dokumentów (ang. *cursory look*), co z kolei przewiduje wyrok TS w sprawie C-550/07 *Akzo i Akcros v. Komisja*; jednak z drugiej strony uwagi ze względu na treść art. 225 § 3 k.p.k., który wyraźnie zakazuje zapoznawania się z treścią dokumentu oraz jego wyglądem (art. 225 § 1 k.p.k. stanowi tylko o jego niezwłocznym przekazaniu bez odczytania) można jednak argumentować, że pobieżny wgląd w trybie art. 225 § 1 k.p.k. (w związku z art. 105n ust. 3 projektowanej ustawy) nie byłby jednak wykluczony;

- b) nie jest jasne – inaczej niż na gruncie unijnych reguł dotyczących zasady LPP określonych w wyroku TS w sprawie C-550/07 *Akzo i Akcros v. Komisja* – jakie przesłanki miałyby brać pod uwagę SOKiK przy podejmowaniu decyzji odnośnie do uchylenia ochrony takich dokumentów, tj. odnośnie do wykorzystania dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę zawodową, jako dowodów w postępowaniu przed Prezesem UOKiK?; jeżeli poprzez odesłanie zawarte w art. 105n ust. 3 ustawy zastosowanie miałyby znaleźć art. 226 k.p.k., to w konsekwencji stosować odpowiednio należałoby przepis art. 180 § 2 k.p.k., w zakresie w jakim wskazuje on przesłanki dla uchylenia tajemnicy zawodowej; zatem, SOKiK byłby uprawniony do uchylenia tajemnicy adwokackiej lub radcowskiej, na którą powołał się przeszukiwany, nie wtedy, gdy spełnione byłyby przesłanki określone w wyroku TS w sprawie C-550/07 *Akzo i Akcros v. Komisja*, lecz wtedy, gdy byłoby to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a dana okoliczność nie mogłaby być ustalona na podstawie innego dowodu³⁶; wydaje się więc, że przypadki uchylenia ochrony takich dokumentów przez SOKiK mogłyby być dosyć rzadkie; z reguły okoliczności faktyczne (nie o ocenę prawną może tu przecież chodzić), o których mowa w opiniach prawnych mogą być przecież z powodzeniem ustalone w oparciu o inne dowody (np. inne materiały zebrane w toku przeszukania czy dostarczone organowi w ramach programu *leniency*);
- c) na gruncie przepisu art. 225 § 3 k.p.k., a więc w wypadku złożenia oświadczenia przez samego obrońcę lub osobę, u której dokonuje się przeszukania, że określone dokumenty zawierają informacje związane z wykonywaniem funkcji obrońcy³⁷ dokumenty nie mogłyby być w ogóle przekazywane do SOKiK; nie pozwala na to wyraźna regulacja tego przepisu, który nakazuje pozostawić takie dokumenty osobie składającej oświadczenie bez zapoznawania się z ich treścią lub wyglądem; dopuszczenie w takiej sytuacji przekazania tych dokumentów SOKiK (w tym wcześniejszy pobieżny wgląd do nich) nie byłoby odpowiednim stosowaniem przepisów k.p.k., ale stosowaniem ich *contra legem*. Zastosowanie więc w omawianym przypadku procedury kopertowej – takiej jak określona w wyroku TS w sprawie C-550/07 *Akzo i Akcros v. Komisja* – będzie możliwe tylko w wypadku, gdy to przedsiębiorca (a nie jego obrońca) powoła się na tajemnicę obrończą; tylko w takiej bowiem sytuacji przepis art. 225 § 3 *in fine* k.p.k. przewiduje przekazanie dokumentów sądowi (zgodnie z rygorami określonymi w przepisie art. 225 § 1 k.p.k.);

³⁶ Na marginesie warto dodać, że Projekt ustawy przyznając, w art. 105n ust. 3 SOKiK (a więc sądowi cywilnemu) uprawnienie do stosowania przepisów art. 178-181 k.p.k. stanowi wyłom od obecnie obowiązującej zasady, że jedynie sąd karny lub prokurator (z uwagi na istotne wartości chronione i realizowane w postępowaniu karnym, których brak w postępowaniu cywilnym) może uchylić tajemnicę zawodową adwokata lub radcy prawnego.

³⁷ Już na tym etapie może powstać pytanie czy art. 225 § 3 k.p.k. znajduje w ogóle zastosowanie w toku postępowania administracyjnego przed Prezesem UOKiK – wątpliwości takie wyraża B. Turno, *Zagadnienie tajemnicy...*, s. 185 oraz K. Różewicz-Ladoń, *Postępowanie przed Prezesem...*, s. 287-288.

- d) art. 225 k.p.k. nie ogranicza możliwości stosowania tego przepisu do pism lub innych dokumentów zawierających wiadomości objęte tajemnicą zawodową jedynie tzw. prawników zewnętrznych; oznacza to, że z ochrony przewidzianej w tym przepisie korzystają również pisma i inne dokumenty zawierające wiadomości objęte tajemnicą zawodową tzw. wewnętrznych radców prawnych, związanych z przedsiębiorcą stosunkiem pracy; należy więc uznać, że w tym zakresie odpowiednie stosowanie przepisu art. 225 k.p.k. pozostanie jednak nie w zgodzie, lecz w jawnej sprzeczności (słusznie) z wyrokiem TS w sprawie C-550/07 *Akzo i Akcros v. Komisja*;
- e) wątpliwości wywołuje odpowiednie stosowanie przepisu art. 225 § 2 k.p.k. w postępowaniu przed Prezesem UOKiK; przepis ten przewiduje, że tryb wskazany w art. 225 § 1 k.p.k. nie obowiązuje w stosunku do pism lub innych dokumentów dotyczących tajemnicy zawodowej lub innej tajemnicy prawnie chronionej, jeżeli ich posiadaczem jest osoba podejrzana o popełnienie przestępstwa, ani w stosunku do pism lub innych dokumentów o charakterze osobistym, których jest ona posiadaczem, autorem lub adresatem; można więc argumentować, że w obecnym stanie prawnym przepis art. 225 § 2 k.p.k. mógłby znaleźć zastosowanie w toku przeszukania dokonywanego przez Prezesa UOKiK jedynie w sprawie dotyczącej zмовы przetargowej w przetargu publicznym, a przeszukiwanie byłoby dokonywane u osoby fizycznej, która jest jednocześnie osobą podejrzaną o popełnienie przestępstwa z art. 305 § 1 kodeksu karnego;
- f) odesłanie z art. 105n uokik do art. 225 k.p.k. 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 miałyby znaleźć tryb przewidziany w art. 225 § 1 czy w art. 225 § 3 k.p.k.; proponowana regulacja powoduje, że w zależności od rodzaju oświadczenia złożonego przez przedsiębiorcę lub jego prawnika zastosowanie znajdzie albo tryb przewidziany w § 1, albo w § 3 (jeśli uznamy, że art. 225 § 3 k.p.k. znajduje w ogóle zastosowanie w sprawach przed Prezesem UOKiK); dodatkowo, w przypadku jednak stosowania art. 225 § 3 k.p.k. SOKiK będzie miał możliwość dokonania oceny, czy dane dokumenty na ochronę zasługują, czy też nie tylko w wypadku złożenia oświadczenia przez samego przedsiębiorcę (nie zaś jego obrońcę).

Mając na uwadze wskazane powyżej wątpliwości i argumenty uznajemy, że proponowane w Projekcie nowelizacji ustawy odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisu art. 225 k.p.k. jest dysfunkcyjne (zarówno dla przedsiębiorców, jak i dla organu antymonopolowego). Takie odesłanie będzie bowiem godzić nie tylko w prawo do obrony przedsiębiorcy, również lecz także w skuteczność czynności dochodzeniowych prowadzonych przez Prezesa UOKiK, a w konsekwencji w skuteczność egzekwowania przestrzegania reguł konkurencji. Możliwe stanie się np. nieujawnienie temu organowi dokumentów, nawet gdyby faktycznie nie miałyby one zawierać tajemnicy obrończej. Proponowane rozwiązania – wbrew twierdzeniom twórców ustawy – nie zwiększają gwarancji ochrony podstawowych praw przedsiębiorców, w tym prawa do obrony. Nie wnoszą one bowiem nic nowego do zagadnienia ochrony wynikającej z zasady LPP. Przeciwnie, proponowane rozwiązania, w naszej ocenie, utrwalają jedynie (a nawet pogłębiają) obecne wątpliwości interpretacyjne i praktyczne.

IV. Postulowany kształt zasady LPP w znowelizowanej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów

Ochrona poufności komunikacji pomiędzy prawnikiem a przedsiębiorcą ma na tyle kluczowy charakter z punktu widzenia zarówno ochrony praw podstawowych przedsiębiorców w postępowaniu przed Prezesem UOKiK, jak i transparentności całej procedury antymonopolowej, że zasługuje na jej kompleksowe uregulowanie (wyraźnie i wprost) w nowelizowanej ustawie. Wzorem w tym zakresie powinny być reguły obowiązujące w prawie UE, z tym, że ochroną powinna zostać objęta również komunikacja pomiędzy radcą prawnym związanym z przedsiębiorcą stosunkiem pracy a tym przedsiębiorcą (i odwrotnie). W prawie polskim radcowie prawni mają bowiem zagwarantowaną ustawowo poprzez Kodeks Etyki Radcy Prawnego daleko idącą niezależność.

W naszej ocenie regulacja odnosząca się do zasady LPP w ustawie powinna zatem zawierać następujące elementy:

- 1) ochronie podlega komunikacja, bez względu na jej formę, pomiędzy adwokatem/radcą prawnym a przedsiębiorcą albo odwrotnie tzn. pomiędzy przedsiębiorcą a adwokatem/radcą prawnym; obejmuje to nie tylko pisma, dokumenty wzajemnie przekazane pomiędzy adwokatem/radcą prawnym a przedsiębiorcą (np. rezultaty udzielonej porady prawnej w formie opinii prawnej, memorandum czy w formie informacji/komentarza, np. w drodze e-mailowej od prawnika, lecz także przekazane prawnikowi przez klienta/przedsiębiorcę „zapytania”, opisy problemu czy stanu faktycznego), ale również tzw. dokumenty przygotowawcze³⁸;
- 2) ochronie podlega komunikacja z adwokatem/radcą prawnym powstała zarówno po, jak i przed wszczęciem przez Prezesa UOKiK postępowania (wyjaśniającego oraz antymonopolowego)³⁹, przy założeniu, że ma ona związek z przedmiotem postępowania przed Prezesem UOKiK i powstała w celu realizacji prawa przedsiębiorcy do obrony jego interesu prawnego;
- 3) adwokat/radca prawny jest dopuszczony do wykonywania zawodu w jednym z państw członkowskich UE; docelowo – z uwagi na globalny charakter naruszeń prawa konkurencji oraz globalny charakter egzekwowania reguł prawa konkurencji – należy dążyć do objęcia ochroną także innych, wykwalifikowanych prawników zagranicznych o równoważnych kwalifikacjach (np. prawników amerykańskich, kanadyjskich, australijskich czy japońskich)⁴⁰;
- 4) ochrona ma miejsce zarówno w toku kontroli, jak i w toku przeszukania; dodatkowo zasada LPP winna znajdować odpowiednie zastosowanie w przypadku skierowania do przedsiębiorcy (oraz osoby fizycznej podlegającej odpowiedzialności w trybie planowanego przepisu art. 6a uokik) przez Prezesa UOKiK wezwania w trybie art. 50 (art. 50a) uokik;
- 5) procedurę rozpatrywania w toku kontroli lub przeszukania sporów co do tego, czy dany dokument faktycznie zasługuje na ochronę:

³⁸ W ten sposób ochroną byłyby objęta także wewnętrzna dokumentacja przedsiębiorcy np. pisma, dokumenty, które zostały przygotowane w celu uzyskania porady prawnej (np. dokładne opisanie stanu faktycznego), ale które nie zostały (z różnych powodów) wymienione z radcą prawnym/adwokatem albo które nie powstały w celu ich fizycznego przekazania radcy prawnemu/adwokatowi. Tak samo ochroną byłyby objęte dokumenty przedsiębiorcy ograniczające się do zrelacjonowania tekstu korespondencji albo treści komunikacji ustnej, obejmującej poradę prawną, pomiędzy adwokatem/radcą prawnym a przedsiębiorcą. Zakres taki byłby w pełni zgodny z zasadami wynikającymi z aktualnego orzecznictwa TSUE.

³⁹ Należy zagwarantować przedsiębiorcy respektowanie zasady LPP w odniesieniu do konkretnego dokumentu niezależnie od tego czy pełnomocnikiem przedsiębiorcy ustanowionym w toku postępowania przed Prezesem UOKiK jest autor takiego dokumentu (np. opinii prawnej czy innego rodzaju korespondencji np. mailowej z tym przedsiębiorcą).

⁴⁰ Ograniczenie krajowej zasady LPP tylko do prawników mających uprawnienia do wykonywania zawodu na terenie jednego z państw członkowskich UE stanowiłoby jawną i nieznaną racjonalnego wy tłumaczenia dyskryminację np. wykwalifikowanych prawników amerykańskich.

- kontrolujący/dokonujący przeszukania (na miejscu kontroli/przeszukania) nie powinien mieć możliwości zapoznania się z treścią samego dokumentu;
- kontrolujący/dokonujący przeszukania w celu rozstrzygnięcia (na miejscu kontroli/przeszukania), czy dany dokument ma charakter poufnej komunikacji między przedsiębiorcą a adwokatem/radcą prawnym powinien mieć prawo pobieżnego wglądu do (oglądu) danego dokumentu (np. poprzez spojrzenie na jego nagłówek, autora lub temat), celem upewnienia się czy dane dokumenty rzeczywiście są objęte ochroną wynikającą z zasady LPP;
- kontrolujący/dokonujący przeszukania powinien mieć (na miejscu kontroli/przeszukania) prawo do żądania od przedsiębiorcy dodatkowych wyjaśnień w sprawie statusu spornych dokumentów, a przedsiębiorca powinien mieć możliwość poinformowania kontrolujących, kto jest autorem spornych dokumentów, dla kogo były one przeznaczone (adresowane), przedstawić zakres obowiązków tych osób i obszary, za które one odpowiadają, a także wspomnieć o celu powstania dokumentów oraz okoliczności, w których powstały; kontrolujący/dokonujący przeszukania może również zażądać przedstawienia/przygotowania wersji dokumentu niezawierającej informacji objętych ochroną wynikającą z zasady LPP;
- w razie niemożności osiągnięcia (na miejscu kontroli/przeszukania) porozumienia pomiędzy kontrolującym/dokonującym przeszukania a przedsiębiorcą odnośnie do statusu spornych dokumentów zastosowanie powinna znaleźć tzw. procedura kopertowa na wzór unijny⁴¹;
- ostateczną decyzję w kwestii statusu spornych dokumentów powinien podjąć SOKiK, do którego sporne dokumenty powinny zostać niezwłocznie przekazane przez Prezesa UOKiK; w razie uznania przez SOKiK, w drodze zaskarżalnego postanowienia (wydanego w określonym przez ustawodawcę niedługim czasie), że dokumenty są objęte ochroną wynikającą z zasady LPP, powinny być one niezwłocznie zwrócone przedsiębiorcy, chyba że wniesiono zażalenie na postanowienie (w praktyce przez Prezesa UOKiK); natomiast w przypadku uznania przez SOKiK, że sporne dokumenty nie są objęte ochroną wynikającą z zasady LPP, powinny one być niezwłocznie przekazane Prezesowi UOKiK i włączone do materiału dowodowego sprawy, chyba że przedsiębiorca wniósł zażalenie na postanowienie⁴².

Mając na uwadze wskazane powyżej elementy można zaproponować wstępnie, celem otwarcia dyskusji, dodanie w art. 105b uokik ustępów 5–9 o następującej treści⁴³:

5. *Przepis art. 105b ust. 1 pkt. 2–3 nie dotyczy pism, dokumentów, informacji zawartych na informatycznych nośnikach danych, innych urządzeniach zawierających dane informatyczne lub w systemach informatycznych, ich odpisów lub wyciągów, jeżeli:*
- *zostały one sporządzone na żądanie kontrolowanego, w celu realizacji jego prawa do obrony, w ramach działalności prawniczej wykonywanej przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego o równoważnych kwalifikacjach i są związane z przedmiotem prowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania, lub;*

⁴¹ Na temat procedury kopertowej w prawie UE zob. *DG Competition Best Practices...*, pkt. 50.

⁴² Odnośnie innych elementów krajowej zasady LPP, o które to elementy można by uzupełnić krajową wersję zasady LPP na nieco późniejszym etapie (tj. po analizie jej praktycznego funkcjonowania w systemie prawnym), zob. B. Turno, *Zasada legal professional...*, <http://www.antitrust.pl/2012/05/zasada-legal-professional-privilege-w-u-o-k-k-ocena-propozycji-uokik/>.

⁴³ Proponowane przepisy, w związku z odesłaniem zawartym w art. 105n ust. 1 Projektu ustawy, znajdują odpowiednie zastosowanie do przeszukania.

- *sprawdają się do zrelacjonowania tekstu korespondencji lub treści komunikacji ustnej z adwokatem, radcą prawnym lub prawnikiem zagranicznym o równoważnych kwalifikacjach, zawierającej poradę prawną związaną z przedmiotem prowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania, lub;*
- *zostały przygotowane przez przedsiębiorcę wyłącznie w celu uzyskania porady prawnej w toku realizacji jego prawa do obrony, nawet jeśli nie zostały wymienione z adwokatem, radcą prawnym lub prawnikiem zagranicznym o równoważnych kwalifikacjach albo nie powstały w celu ich fizycznego przekazania adwokatowi, radcy prawnemu lub prawnikowi zagranicznemu o równoważnych kwalifikacjach;*

chyba że kontrolowany wyraził zgodę na udostępnienie dokumentów, o których mowa.

6. *W celu stwierdzenia, że przepis ust. 5 ma zastosowanie, kontrolujący może zażądać od kontrolowanego okazania spornych pism, dokumentów lub informacji zawartych na informatycznych nośnikach danych, innych urządzeniach zawierających dane informatyczne lub w systemach informatycznych, w zakresie ograniczonym wyłącznie do umożliwienia kontrolującemu stwierdzenia spełnienia warunków określonych w ust. 5, oraz może zażądać od kontrolowanego udzielenia dodatkowych ustnych wyjaśnień w tym zakresie, jak również okazania dodatkowych dokumentów potwierdzających zastosowanie w sprawie przepisu ust. 5.*
7. *Jeżeli w ocenie kontrolującego warunki, o których mowa w ust. 5 nie są spełnione, a kontrolowany nadal odmawia przekazania spornych pism, dokumentów lub informacji zawartych na informatycznych nośnikach danych, innych urządzeniach zawierających dane informatyczne lub w systemach informatycznych z powołaniem się na ust. 5, kontrolowany umieści te pisma, dokumenty lub wydruki, odpisy, wyciągi z informacji zawartych na informatycznych nośnikach danych, innych urządzeniach zawierających dane informatyczne lub w systemach informatycznych w opieczętowanym opakowaniu uniemożliwiającym kontrolującemu lub osobom trzecim zapoznanie się z ich treścią, a Prezes Urzędu niezwłocznie przekaże je Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów.*
8. *Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 30 dni od dnia dostarczenia przez Prezesa Urzędu, w drodze postanowienia, na które przysługuje zażalenie, zwraca kontrolowanemu, w całości lub w części, pisma, dokumenty lub wydruki, odpisy, wyciągi z informacji zawartych na informatycznych nośnikach danych, innych urządzeniach zawierających dane informatyczne lub w systemach informatycznych, jeśli spełniają one warunki określone w ust. 5, albo przekazuje je Prezesowi Urzędu dla celów prowadzonego postępowania, jeśli nie spełniają one warunków określonych w ust. 5.*
9. *Przepis ust. 5 stosuje się odpowiednio w przypadku wezwania Prezesa Urzędu skierowanego do przedsiębiorcy w trybie art. 50 ust. 1 niniejszej ustawy lub skierowanego do osoby zarządzającej, podlegającej odpowiedzialności na podstawie art. 6a, w trybie art. 50a ust. 1 niniejszej ustawy.*

Jednocześnie zdajemy sobie sprawę, że ww. przepisy dla pełnej funkcjonalności wymagają ich odpowiedniego stosowania przez Prezesa Urzędu oraz obudowania ich orzecznictwem sądowym. Dopiero ich stosowanie praktyce pozwoli na wyciągnięcie umotywowanych wniosków odnośnie do ich ewentualnej zmiany, w tym doprecyzowania i ulepszenia.

V. Zakończenie

Wprowadzenie kompleksowej regulacji zasady LPP w ustawie powinno przyczynić się do podniesienia poziomu respektowania w postępowaniu przed Prezesem UOKiK sprawiedliwości proceduralnej oraz stworzenia wyższych gwarancji prawa do obrony. W europejskim systemie ochrony konkurencji krajowe organy ochrony konkurencji są odpowiedzialne za wdrażanie traktatowych reguł konkurencji i z nimi tożsamych reguł prawa krajowego. Dlatego istnieje potrzeba jasnego określenia procedur krajowych, tak, aby w możliwie zbliżony sposób regulowały one wdrażanie reguł konkurencji. Dążenie to ujednolicania procedur nie powinno jednak dotyczyć tylko tych elementów, które są odpowiedzialne za jak najskuteczniejsze wdrażanie reguł konkurencji, ale także odnosić się do sfery praw procesowych stron postępowania przed organami ochrony konkurencji⁴⁴. Kompleksowa regulacja zasady LPP w polskiej procedurze byłaby dowodem na to, że w państwach członkowskich UE możliwy jest (pożądany) oddolny proces zbliżania standardów procesowych obowiązujących w procedurach krajowych do tych, obowiązujących w prawie UE. Poziom gwarancji sprawiedliwości proceduralnej w polskim postępowaniu antymonopolowym jest niski. Dlatego uregulowanie zasady LPP byłoby dobrym sygnałem otwartości ustawodawcy na dyskusję nad dalszymi potrzebnymi zmianami. Wyrażamy nadzieję, że zaproponowany sposób regulacji zasady LPP w polskim prawie konkurencji okaże się pomocny na dalszym etapie prac parlamentarnych nad nowelizacją ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

⁴⁴ Zob. szerzej M. Bernatt, *Convergence of Procedural Standards...*, pkt 7.1.