

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; przeszukiwanie; 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 konsumentów¹ zostały istotnie zmienione w wyniku ostatniej nowelizacji tej ustawy². 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 wzmocnieniem 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 – karteli³. 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 Konsumentów⁴ 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 interpretacyjnych⁵.

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 UOKiK⁶. Według znowelizowanej uokik przeszukiwanie 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 przeszukiwanie jest przeprowadzane⁷. Obecnie Prezes UOKiK będzie mógł prowadzić przeszukiwanie 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 sprawie⁸. Ponadto, wyjątkowo, przeszukanie będzie mogło być również prowadzone bez wszczynania postępowania⁹ – 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 1/2003¹⁰ oraz art. 12 rozporządzenia nr 139/2004¹¹. 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 postulatowi zgłaszanym w doktrynie, aby „dochodzeniowe” instrumenty pozyskiwania informacji szczególnie mocno ingerujące w prawa przedsiębiorcy, a w konsekwencji stanowiące ograniczenie konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej¹², były stosowane tylko w przypadku potencjalnie najpoważniejszych przypadków naruszeń¹³.

W zmienionych przepisach prawnych odmienną charakteru kontroli i przeszukania uchwyciono 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 informacji¹⁴, jednak nie mogą, bez zgody kontrolowanego, samodzielnie sporządzać kopii lub wydruków z takich nośników, do czego są z kolei uprawnieni przeszukujący¹⁵.

Nowelizacja wprowadziła też istotne doprecyzowanie uprawnień kontrolujących i przeszukujących. Dotyczy to w szczególności listy nośników informacji, których udostępnienia można żądać w trakcie kontroli¹⁶ oraz w trakcie przeszukania¹⁷. 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 szczególności sposoby 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 elektronicznej¹⁹, a także w szczególności obowiązek poddanego inspekcji podmiotu do przekazywania poczty elektronicznej do dyspozycji inspektorów²⁰. 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 sprawie²².

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 kontrolą²³. 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 ogólne, tak by nie umożliwiać kontroli obszarów spoza właściwości organu kontroli²⁴. 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 zarzuty²⁵. 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 gospodarczej²⁶ –

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 zakresie²⁸) 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 kontroli²⁹).

Inną wartością 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 kpk³⁰. 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 karny³¹. 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. 479²⁸ 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 przysługuje³².

III. Odpowiedzialność osób zarządzających przedsiębiorstwem

Inną istotą zmianą w znowelizowanej uokik jest wprowadzenie odpowiedzialności administracyjnej³³ oraz administracyjno-karnej³⁴ niebędących przedsiębiorcami osób fizycznych, które mają wpływ na podejmowane przez przedsiębiorcę decyzje biznesowe (tzw. osoby zarządzające³⁵). 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 zł³⁷. 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 przedsiębiorców³⁸.

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 osiągnięcie 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 zarządzających⁴⁰.

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.

konkurencję⁴¹. 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 personelu⁴²), 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 ściśle 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 pieniężna⁴³.

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 fizycznymi⁴⁴, intencja ustawodawcy objęcia zakresem tej nowej regulacji wyłącznie osób fizycznych jednoznacznie wynika z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej uokik⁴⁵. 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.

telekomunikacyjne⁴⁶ dotyczącego kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa UKE, na którym art. 4 pkt 3a uokik jest wyraźnie wzorowany⁴⁷. 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 przedmiotowym⁴⁹. W literaturze przedmiotu podkreślono, że osobą zarządzającą nie jest każda osoba, która u przedsiębiorcy zajmuje jakiegokolwiek 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 przedsiębiorstwa⁵¹, a będącą jedynie jego częścią⁵². Jeżeli jednak zakład lub oddział przedsiębiorcy stanowi odrębne przedsiębiorstwo w rozumieniu przedmiotowym⁵³, 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 na 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 jakiegokolwiek funkcje kierownicze, tylko osoby zarządzające pewnym (relewantnym w danej sprawie) aspektem działalności przedsiębiorcy, podejmujące decyzje, których realizacja może istotnie przekładać się na naruszenie przepisów prawa⁵⁵.

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. 55¹ 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). Przeciwno 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. 55¹ 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 równoległe 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. 55¹ 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 państwowego⁵⁶); 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 zarządzającą⁵⁷;
- 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 wspólnicy⁵⁸; status osoby zarządzającej może mieć także osoba trzecia, której powierzono prowadzenie spraw spółki osobowej⁵⁹; pełnienie funkcji kierowniczej może wynikać z powierzenia danej osobie stanowiska, które wiąże się z zarządzaniem przedsiębiorstwem⁶⁰ (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 przedsiębiorcy⁶¹.

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 karną⁶² (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 „osobą 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 konkurencji⁶³ 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 celu⁶⁴.

Drugi rodzaj środków zaradczych to tzw. środki strukturalne⁶⁵. 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/ecnr/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. Józwiak, *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 rozdzielania 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 ograniczona⁶⁶. 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 wydajnością⁶⁷. 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 literaturze⁶⁸ 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 konstytucyjnym jest wpływ na strukturę rynku czy na strukturę przedsiębiorcy – szerzej na ten temat: M.K. Kolański, 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. Józwiak, *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 University 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. Kolański, 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 konkurencji⁷⁰, 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 odstraszenia 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 postępowania⁷¹. 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 bargaining*, 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 najbliższy 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 karze⁷². 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 faktów⁷⁴, 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 administracyjnego⁷⁵.

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 instytucji⁷⁶. 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 pokusą⁷⁷. 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 czekali na to co organ sam zgromadzi i ewentualnie tylko potwierdzali jego samodzielne ustalenia, otrzymując za to istotną obniżkę kary⁷⁸. 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 europejskich⁷⁹.

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 trudności⁸⁰. 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 interpretacyjnych⁸¹.

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 podałyby 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 unijnych⁸² 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 sformułowań 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.

zewnątrznym prawnikiem a przedsiębiorcą. Przypomnieć należy, że jeszcze w przedstawionym do konsultacji społecznych projekcie z 15 czerwca 2012 r. założeń do projektu ustawy o zmianie uokik⁸³ 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 LPP⁸⁴ w wersji zmodyfikowanej w stosunku do unijnej⁸⁵ 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 doktryny⁸⁶ 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.