

Warszawa, 16 marca 2021 r.
KL/123/89/AZ/2021

Pan

Mikołaj J. Kruczyński

Przewodniczący Zespołu Roboczego ds. Konkurencji

Rada Przedsiębiorców przy Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców

Szanowny Panie Przewodniczący,

W związku z pracami Zespołu Roboczego ds. Konkurencji funkcjonującego w ramach Rady Przedsiębiorców przy Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców dotyczącymi propozycji zmian do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Konfederacja Lewiatan pragnie wyrazić swój głos odrębny w zakresie wskazanej propozycji zmian przepisów.

Uprzejmie proszę o zapoznanie się ze stanowiskiem, rozważenie uwag w nim przedstawionych oraz o dołączenie go w charakterze głosu odrębnego do wskazanej wyżej propozycji zmian do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Z poważaniem,



Maciej Witucki

Prezydent Konfederacji Lewiatan

W załączeniu:

Stanowisko Konfederacji Lewiatan w formie głosu odrębnego dotyczące propozycji zmian do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity 8.03.2021 r.) opracowanej w ramach Zespołu Roboczego ds. Konkurencji funkcjonującego w ramach Rady Przedsiębiorców przy Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców.



Stanowisko Konfederacji Lewiatan w formie głosu odrębnego dotyczące propozycji zmian do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity 8.03.2021 r.) opracowanej w ramach Zespołu Roboczego ds. Konkurencji funkcjonującego w ramach Rady Przedsiębiorców przy Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców

Wykaz skrótów i pojęć używanych w niniejszym Stanowisku:

- **Rozporządzenie** - [Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie "Zasad techniki prawodawczej"](#)
- **Ustawa** - [Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów](#)
- **TFUE** - [Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej](#)

I. UWAGI OGÓLNE

1. Wstęp

Propozycje zmian do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity 8.03.2021 r.) opracowanej w ramach Zespołu Roboczego ds. Konkurencji funkcjonującego w ramach Rady Przedsiębiorców przy Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców należy ocenić **negatywnie**.

Proponowane rozwiązania prowadzą z jednej strony do utrudnień dla organu ochrony konkurencji i konsumentów w efektywnym wykonywaniu jego zadań, z drugiej prowadzą do ograniczenia racjonalności postępowań przed UOKiK, czy do skrajnej radykalizacji rozwiązań, wypaczającej sens obowiązujących instytucji. Inne z negatywnych konsekwencji proponowanych rozwiązań dotyczyłyby też zagadnień sensu stricte ekonomicznych m.in. ograniczenia korzyści gospodarczych dla konsumentów. Część ze wskazanych i analizowanych poniżej rozwiązań jest również sprzeczna z prawem UE.

Ponadto część z proponowanych rozwiązań byłaby zmianą fundamentalnych funkcji systemu ochrony konkurencji lub wprowadzałaby wadliwe mechanizmy, wcześniej już eliminowane z systemu. Celem Ustawy jest przede wszystkim ochrona interesu publicznego (tzw. public enforcement), co oznacza, że działania Prezesa UOKiK muszą być podejmowane w interesie ogólnym – powinny one chronić konkurencję jako pożądane zjawisko ekonomiczne, a tym samym zapewniać ochronę interesów konsumentów. Konkretny przedsiębiorca może poszukiwać ochrony w sytuacji naruszenia lub zagrożenia jego indywidualnych interesów działaniami konkurenta przede wszystkim przed sądami powszechnymi, na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji (tzw. private enforcement). Tymczasem część z zaproponowanych rozwiązań doprowadza do zmiany obecnego mechanizmu



tj. w ramach systemu public enforcement dany przedsiębiorca mógłby realizować swoją interes objęty private enforcement. Stanowiłoby to niczym nieuzasadnioną zmianę systemową, pozostającą w sprzeczności z zasadami leżącymi u podstaw systemu Ustawy.

Reasumując, propozycje zmian do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity 8.03.2021 r.) opracowanej w ramach Zespołu Roboczego ds. Konkurencji funkcjonującego w ramach Rady Przedsiębiorców przy Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców w efekcie zmierzają do osłabienia mechanizmów ochrony konkurencji i konsumenta oraz mogą wywoływać negatywne skutki ekonomiczne (w tym dla konsumentów, związane z pewnością prawa itp.). Szczegółowa analiza została przedstawiona w pkt. II niniejszego Stanowiska.

2. Naruszenie zasad techniki prawodawczej

Część proponowanych zmian jest powtórzeniem regulacji już zawartych w przepisach ustawy. Cel wprowadzenia takich zmian jest tym samym niejasny, tym bardziej, że dotychczasowe doświadczenia związane ze stosowaniem ustawy w żaden sposób nie uzasadniają wprowadzenia proponowanych zmian. Co więcej, zmiany te mogą prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych. Treść zmian jest przy tym niejednokrotnie sprzeczna z zasadami techniki prawodawczej ujętymi w Rozporządzeniu, w szczególności z regułą, zgodnie z którą do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. Przykładowo, proponuje się zmianę art. 1 ust. 2 Ustawy poprzez określenie zakresu terytorialnego jej stosowania. Ustawa miałaby zastosowanie nawet, jeżeli praktyki lub koncentracje mają miejsce na geograficznych rynkach właściwych nieobejmujących Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z obecnym brzmieniem tego przepisu, ustawa ma zastosowanie, jeżeli praktyki lub koncentracje wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Powstaje w związku z tym wątpliwość, czy proponowana zmiana stanowi zmianę prawa i jej celem jest przyznanie Prezesowi UOKiK prawa do prowadzenia postępowań w sprawach naruszeń, do których doszło w innych krajach, choćby te naruszenia nie wywołały żadnych skutków na terytorium Polski (co byłoby koncepcją zaskakującą), czy jedynie zmianę treści przepisu, który (po zmianie) powinien być nadal rozumiany tak samo. W tym ostatnim przypadku zmiana byłaby przecież bezcelowa.

Warto przy tym zaznaczyć, że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów kwestia ta nie budzi wątpliwości. Przyjmuje się powszechnie, że ustawa dotyczy praktyk lub koncentracji podejmowanych zarówno przez polskich, jak i zagranicznych przedsiębiorców, jeżeli ich działania (zaniechania) wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium RP, nawet jeżeli zostały one podjęte poza granicami państwa (np. *A. Stawicki, E. Stawicki, art. 1 [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, 2016 Lex/el.*).



II. UWAGI SZCZEGÓŁOWE

1. Propozycja dotycząca art. 1 ust. 2 Ustawy, określona jako „Uszczegółowienie kryterium skutku”.

Uwagę w tymże zakresie poczyniono wstępnie w pkt. I.2 niniejszego Stanowiska.

Propozycja legislacyjna stanowi powtórzenie tego, co jest w art. 1 ust. 1 (Ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów). Przytoczony przepis określa wyraźnie, że przedmiotem ochrony prawa konkurencji są interesy konsumentów oraz przedsiębiorców (przede wszystkim konkurentów). Wskazane doprecyzowanie może prowadzić do wątpliwości w stosowaniu przepisów ustawy, bowiem nie jest jasne, czy cel określony w ust. 1 jest tożsamy z treścią wyrażoną w ust. 2 (przede wszystkim nie jest jasne, czy doprecyzowanie w ust. 2 obejmuje innych przedsiębiorców niż pozostających w stosunku konkurencji, np. przedsiębiorców pozostających na niższych szczeblach dystrybucji). Powyższe pozostaje również w sprzeczności z zasadą wyrażoną w § 4 Zasad Techniki Prawodawczej (załącznik do Rozporządzenia), która nakazuje unikanie powtórzeń z innych przepisów, a także §10, zgodnie z którym do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. Przyjęcie proponowanych treści prowadziłoby do wątpliwości, czy treść ust. 1 oraz ust. 2 jest zgodna.

Doprecyzowanie w drugiej części przepisu zakresu terytorialnego stosowania przepisów ustawy jest zbędne, bowiem wyrażona w nim treść jest już powszechnie akceptowana w nauce prawa i orzecznictwie, przykładowo: „*Ustawa ma więc zastosowanie do antykonkurencyjnych praktyk oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, a także koncentracji podlegających zakazom Ustawy podejmowanych zarówno przez polskich, jak i zagranicznych przedsiębiorców, jeżeli ich działania (zaniechania) wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium RP, nawet jeżeli zostały one podjęte poza granicami państwa* (A. Stawicki, E. Stawicki, art. 1 [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, 2016 Lex/el).

2. Propozycja dotycząca art. 4 pkt. 9 Ustawy, określona jako „Uszczegółowienie definicji rynku właściwego”

Powyższa propozycja jest zbędna - nie dodaje, w sensie pozytywnym, do przepisu treści, która już by z niego nie wynikała. Tym samym proponowane rozwiązanie jest niezgodne z § 5 Zasad Techniki Prawodawczej (załącznik do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie "Zasad techniki prawodawczej"), który wskazuje, że przepisy ustawy redaguje się zwięźle i syntetycznie, unikając nadmiernej szczegółowości (...). Powyższe rozwiązanie tworzy natomiast wątpliwości, m.in. czy podane uszczegółowienie ma charakter wartościujący, tj. czy wskazane sposoby oferowania towarów mają wpływ na identyfikację rynku właściwego, co w niektórych przypadkach mogłoby utrudnić stosowanie przepisów ustawy (np. uzależnienie zakresu rynku właściwego od sposobu oferowania towarów).

3. Propozycja dotycząca art. 4 pkt 10 Ustawy, określana jako „Doprecyzowanie kryteriów decydujących o posiadaniu przez przedsiębiorcę pozycji dominującej”

Propozycja jest zbędna - zgodnie z art. 4 pkt 10 Ustawy pod pojęciem pozycji dominującej rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%. Ustanowiona w przytoczonym przepisie definicja legalna nadaje przepisom Ustawy niezbędnej elastyczności, umożliwiając ocenę, czy dany przedsiębiorca posiada pozycję dominującą uwzględniając wszelkie relewantne czynniki (uzależnione od specyfiki danego rynku). Propozycja tymczasem pozbawia organ w pewnym stopniu wskazanej elastyczności.

Również proponowane doprecyzowanie, zgodnie z którym brak posiadania udziału powyżej 40% w rynku właściwym nie oznacza, że przedsiębiorca pozycji dominującej nie ma jest zbędne. Powyższy przepis wyraźnie wskazuje, że ma charakter domniemania, a więc stanowi jedynie dyrektywę ułatwiającą dowiedzenie wskazanego w nim twierdzenia (posiadanie pozycji dominującej). Na gruncie podstawowych zasad prawoznawstwa i logiki nie pozostawia wątpliwości, że z powyższego domniemania wynika, że brak posiadania udziału powyżej 40% w rynku właściwym nie oznacza, że przedsiębiorca pozycji dominującej nie ma.

4. Propozycja dotycząca art. 9 ust. 2 pkt 5 Ustawy, określana jako „Doprecyzowanie przepisu dotyczącego drapieżnictwa cenowego”

Proponowane rozwiązanie sprowadza się do rozszerzenia katalogu praktyk polegających na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji o tzw. drapieżnictwo cenowe (art. 9 ust. 2 pkt 5 Ustawy). Należy zauważyć, że art. 9 ust. 2 pkt 1 Ustawy przewiduje obecnie, że nadużycie pozycji dominującej polega m.in. na bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów. Propozycja legislacyjna zmierza więc do „rozciągnięcia” zjawiska tzw. drapieżnictwa cenowego także na przypadki, w których stosowane ceny nie mogą być uznane za „rażąco niskie”, lecz poprzez poświęcenie przez danego przedsiębiorcę krótkoterminowych zysków (w celu wykluczenia z rynku konkurentów) będą mogły zostać uznane za nadużycie pozycji dominującej poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Przyjęcie powyższego rozwiązania doprowadziłoby do sprzeczności krajowego prawa konkurencji z prawem europejskim. Warto zauważyć, że nowelizowany przepis stanowi odzwierciedlenie art. 102 TFUE. W nauce prawa wskazuje się, że „*Pojęcie "niesłuszne ceny" w przywołanym przepisie obejmuje świadczenia pieniężne o wartości zarówno nazbyt wygórowanej, jak i sztucznie zaniżanej. Praktyka zakazana przez art. 102 lit. a może przyjąć formę narzucania cen nadmiernie wygórowanych (ang. excessive pricing), tj. takich, które nie mają związku z wartością ekonomiczną produktu lub usługi,*

co stwierdza się choćby, porównując koszty produkcji i ceny sprzedaży towaru lub usługi (27/76 United Brands; 26/75 General Motors; 395/87 Tournier). Działania wymienione w art. 102 lit. a mogą polegać również na sprzedaży ze stratą, czyli pobieraniu cen zbyt niskich, "drapieżnych" (ang. predatory pricing), prowadzących do eliminacji z rynku konkurentów, którzy nie są w stanie zaoferować konsumentom cen jeszcze niższych (pkt 63-74 wytycznych w sprawie art. 82; H. Hovenkamp, The Law of Exclusionary Pricing, Competition Policy International 2006, vol. 1, s. 21-39). W konsekwencji, po usunięciu konkurentów z rynku, ceny wzrosną, gdyż przedsiębiorstwo dominujące będzie dysponować pełną dowolnością w ich ustalaniu. Za "niesłuszne" (nieuczciwe) uznane zostały przez TS - w każdym przypadku - ceny poniżej średnich kosztów zmiennych (62/86 AKZO), podczas gdy ceny powyżej średnich kosztów zmiennych, ale poniżej średnich kosztów całkowitych, mogą być uznane za nadużycie, o ile zostanie wykazane, iż przedsiębiorstwo działało w celu eliminacji konkurenta (C-333/94 P Tetra Pak II). Ceny zbyt niskie, generujące przychody pokrywające koszty zmienne i w części koszty stałe, mogą być stosowane jedynie w krótkim okresie, "jednakże każde przedsiębiorstwo w normalnych warunkach rynkowych musi zaprzestać prowadzenia działalności, z której zyski w sposób permanentny nie pokrywają kosztów zmiennych" (C-333/94 P Tetra Pak; B. Pęczalska, omówienie wyroku w sprawie Tetra Pak II (w:) A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), Orzecznictwo sądów wspólnotowych..., s. 643). Nie we wszystkich wyrokach TS, wskazując negatywny charakter praktyk cenowych, odwoływał się do teorii średnich kosztów całkowitych, poprzestając niekiedy na stwierdzeniu, że o zakazie danych działań cenowych przesądza intencja wyeliminowania konkurentów z rynku" (A. Jurkowska-Gomułka, art. 102 [w:] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II (art. 90-222), red. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, A. Wróbel, 2012 Lex/el.).

Proponowane rozwiązanie doprowadziłoby więc do sytuacji, w której polityki cenowe akceptowane przez prawo europejskie (zgodnie ze stanowiskiem TSUE samo poświęcenie krótkoterminowych zysków nie stanowi naruszenia przepisów TFUE) byłyby zarazem niezgodne z polskim prawem krajowym. Tym samym, prawo polskie pozostawałoby w rozbieżności z art. 102 TFUE. Wprowadzenie powyższego rozwiązania doprowadziłoby również do nieracjonalnych skutków na gruncie konkurencji. Warto zwrócić uwagę, że proponowanie rozmaitych rodzajów rabatów, promocji czy też upustów stanowi normalny przejaw walki konkurencyjnej. Wprowadzenie tego rodzaju rozwiązań w każdym przypadku jest nastawione na *poświęcanie krótkoterminowych zysków*, jednakże nie w każdym przypadku celem tych działań jest *wykluczenie z rynku konkurentów*. Przyjęcie propozycji legislacyjnej doprowadziłoby do osłabienia konkurencji i pogorszenia sytuacji konsumentów, którzy nie mogliby liczyć na optymalne (uwzględniające stosowane rabaty) ceny towarów. Powyższe w szczególności odbiłyby się na rynkach oligopolistycznych (np. na rynku usług telekomunikacyjnych), zniechęcając działających na nich przedsiębiorców do aktywnego konkurowania z rywalami. Istnieje również ryzyko, że proponowany przepis wprowadziłby niejako domniemanie tego, że *poświęcenie krótkoterminowych zysków* zmierza do celu w postaci *wykluczenia z rynku konkurentów*, niezależnie od tego, że faktyczną (rynkową) przyczyną tego typu działań może być np. wprowadzenie na rynek zaawansowanego towaru, a także chęć przekonania odbiorców (konsumentów) do zakupu nowych lub zmodyfikowanych towarów. W praktyce to na zainteresowanym przedsiębiorcy może spoczywać ciężar wykazania, że podejmowane przez niego działania nie zmierzają do *wykluczenia z rynku konkurentów*.



5. Propozycja dotycząca art. 48 ust. 1a Ustawy, określana jako „Kompetencja Ministra właściwego ds. Gospodarki”.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego „w celu zagwarantowania niezależności krajowych organów ochrony konkurencji podczas stosowania art. 101 i 102 TFUE, państwa członkowskie zapewniają, aby takie organy wykonywały swoje obowiązki i uprawnienia w sposób bezstronny i z myślą o skutecznym i jednolitym stosowaniu tych przepisów, z zastrzeżeniem proporcjonalnych wymogów w zakresie rozliczalności i bez uszczerbku dla ścisłej współpracy między organami ochrony konkurencji w ramach europejskiej sieci konkurencji”.

Art. 4 ust. 2 lit. b) powyższej dyrektywy wskazuje, że „w szczególności państwa członkowskie co najmniej zapewniają, aby pracownicy i osoby, które podejmują decyzje, wykonując uprawnienia przewidziane w art. 10-13 i art. 16 niniejszej dyrektywy w krajowych administracyjnych organach ochrony konkurencji (...) nie zwracali się o instrukcje do rządu ani innego podmiotu publicznego lub prywatnego ani nie przyjmowali od nich żadnych instrukcji podczas wykonywania obowiązków i uprawnień związanych ze stosowaniem art. 101 i 102 TFUE [podkreślenie własne], bez uszczerbku dla prawa przysługującego rządowi państw członkowskich, w stosownych przypadkach, do ustalania zasad polityki ogólnej, które nie będą powiązane z badaniami sektorowymi ani konkretnymi postępowaniami w sprawie stosowania prawa (...)”.

Propozycja wprowadzenia obowiązku Prezesa Urzędu do wszczęcia postępowania wyjaśniającego na wniosek ministra właściwego do spraw gospodarki oznaczałaby, że *de facto* rząd (poprzez osobę jednego z ministrów) uzyskałby możliwość wydawania instrukcji Prezesowi Urzędu, co byłoby niezgodne ze wskazanymi powyżej przepisami dyrektywy. Możliwość wszczęcia postępowania wyjaśniającego otwiera zarazem możliwość przeprowadzenia licznych czynności dowodowych istotnie ingerujących w działalność przedsiębiorcy (np. przeprowadzenie przeszukania), co istotnie rzutowałoby na możliwość zastosowania art. 101 i 102 TFUE, bowiem ustalenia dokonane w toku tych postępowań zwykle stanowią zarazem podstawę do wszczęcia postępowania przeciwko oznaczonemu przedsiębiorcy w związku z zarzucanym naruszeniem art. 101 lub 102 TFUE.

W efekcie zaproponowana propozycja jest niezgodna z prawem UE.

6. Propozycja dotycząca art. 49 Ustawy, określana jako „Wszczywanie postępowania na wniosek” oraz propozycja dotycząca art. 86 Ustawy, określana jako „Strona postępowania”.

Proponowany tryb wszczęcia postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję zmierza do przywrócenia stanu prawnego obowiązującego na gruncie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Tryb ten był wielokrotnie krytykowany jako nieefektywny w ochronie konkurencji i konsumentów, nieekonomiczny, a w dzisiejszych realiach mógłby

prowadzić do ograniczenia skuteczności UOKiK poprzez paraliż prac urzędu. Należy tu przytoczyć wcześniej wyrażaną i przykładową krytykę.

„Artykuł 49 ust. 1 Ustawy przesądza o tym, że wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję następuje wyłącznie z urzędu. W aktualnym stanie prawnym nie ma zatem możliwości, tak jak to miało miejsce na podstawie przepisów u.o.k.k. 2000, zainicjowania postępowania antymonopolowego przez złożenie wniosku o wszczęcie takiego postępowania. W to miejsce art. 86 wprowadza zawiadomienie o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Podstawowym mankamentem wnioskowego trybu wszczynania postępowań antymonopolowych było związanie Prezesa Urzędu zakresem wniosku. Oznaczało to obowiązek wydania decyzji rozstrzygającej o wszystkich zarzutach stosowania praktyk wskazanych we wniosku, również w przypadku, gdy w sposób oczywisty z zawartych we wniosku oraz posiadanych przez Prezesa Urzędu informacji wynikało, że nie doszło do naruszenia reguł konkurencji. W dalszej kolejności zaskarżenie decyzji niestwierdzającej stosowania praktyk lub decyzji odmawiającej wszczęcia postępowania, w razie wniesienia przez wnioskodawcę odwołania do SOKiK, wymagało angażowania znacznej części potencjału Prezesa Urzędu wyłącznie w celu udowodnienia, że naruszenie prawa konkurencji nie miało miejsca. Z drugiej strony, w przypadku, gdy stan faktyczny podany we wniosku wskazywał na możliwość stosowania praktyk nieobjętych żądaniem wszczęcia postępowania, konieczne było wszczęcie odrębnego postępowania z urzędu. Powyższe mankamenty eliminuje zawiadomienie, które skonstruowane zostało jako środek o charakterze sygnalizacyjnym, a więc stanowiący przede wszystkim źródło informacji, które mogą posłużyć do wszczęcia postępowania”

[J. Krüger [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, red. A. Stawicki, E. Stawicki, 2016 Lex/el.]

„Najistotniejszą zmianą wprowadzoną do projektu nowej ustawy jest rezygnacja z prowadzenia postępowań antymonopolowych oraz w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów na wniosek złożony przez uprawnione do tego podmioty, który to wniosek – zgodnie z przepisami obowiązującej ustawy – ma charakter wiążący dla organu. Zmiana ta podyktowana jest przede wszystkim koniecznością skoncentrowania się organu antymonopolowego na najpoważniejszych naruszeniach konkurencji.

W trybie publicznoprawnym (decyzje wydawane przez organ antymonopolowy) powinny być rozpatrywane jedynie najpoważniejsze naruszenia konkurencji, wywierające istotny, negatywny wpływ na konkurencję na rynku. Natomiast osoby indywidualne (przedsiębiorcy, konsumenci) poszkodowane w związku z zaistniałymi naruszeniami konkurencji, powinny dochodzić wynikających z tych naruszeń roszczeń (unieważnienia kontraktu, nakazu zaprzestania naruszeń, czy wreszcie odszkodowania) przed sądami cywilnymi. Koncepcja systemu dwubiegunowego, w której dwa tryby dochodzenia roszczeń wynikających z naruszeń prawa konkurencji, funkcjonując równoległe obok siebie, powinny pełnić wobec siebie rolę komplementarną. Chodzi zatem o to, aby Prezes UOKiK mógł w praktyce egzekwować przepisy prawa antymonopolowego w stosunku do przedsiębiorców zakłócających (samodzielnie bądź w porozumieniu z innymi) uczciwe reguły gry rynkowej wyłącznie w oparciu o interes publicznoprawny.



Prezes UOKiK nie realizuje bowiem z założenia zadań z zakresu ochrony interesów indywidualnych.

W związku z tym racjonalne jest wyeliminowanie z obecnej ustawy wiążącego żądania wszczęcia postępowania przez organ antymonopolowy, które obecnie przysługuje przedsiębiorcy. Zmiana taka pociąga za sobą korzyści dla ochrony konkurencji jako zjawiska instytucjonalnego, jak też dla samych żądających (wnioskodawców). Przede wszystkim przyjęte rozwiązanie w znaczący sposób skróci czas prowadzenia postępowań, ze względu na ograniczenie ich ilości (a więc obciążenie Prezesa UOKiK i sądów), a także na zmniejszeniu liczby odwołań od decyzji Prezesa UOKiK (stroną mającą możliwość wniesienia odwołania będzie wyłącznie przedsiębiorca, przeciwko któremu toczy się postępowanie). Czas trwania postępowania antymonopolowego, biorąc po uwagę również instancje odwoławcze od decyzji organu antymonopolowego, jest bowiem bardzo długi. Jak wynika z doświadczeń UOKiK, średnie terminy oczekiwania na rozpatrzenie spraw przez sądy w przypadku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wynoszą 16, a sądu apelacyjnego – 11 miesięcy. Aktualnie SOKiK – obarczony dużą ilością spraw, nie tylko antymonopolowych – rozpatruje odwołania od decyzji wydanych latem 2004 r.

W związku z tym nawet dla wnioskodawcy, w dużej części przypadków, prawomocne rozstrzygnięcie ma jedynie znaczenie historyczne. Droga prywatnoprawna, choć również czasochłonna, wydaje się być jednak bardziej korzystna z punktu widzenia ochrony interesów indywidualnych, np. z uwagi na możliwość uzyskania odszkodowania.

Przede wszystkim jednak należy mieć na uwadze ochronę konkurencji w interesie publicznoprawnym, czyli dążenie do takiego stanu, aby organ antymonopolowy był jak najbardziej efektywny i skuteczny przez przeciwdziałanie najpoważniejszym naruszeniom konkurencji. Z doświadczenia UOKiK wynika, że znaczna większość postępowań na wniosek przedsiębiorców kończy się decyzją niestwierdzającą praktyki lub odmową wszczęcia postępowania. Dużo czasu i wysiłku zabiera udowodnienie de facto wnioskodawcy, że praktyka nie jest stosowana. Decyzje często podlegają kontroli sądu. Skutek jest zatem taki, że organ antymonopolowy zajmuje się sprawami, które nie eliminują z rynku patologicznych zachowań przedsiębiorców stosujących praktyki i zakłócających konkurencję, które to postępowania wszczynane są z reguły z urzędu, lecz zajmuje się wydawaniem decyzji niestwierdzających lub odmawiających wszczęcia postępowania. Dodatkowo postępowania na wniosek muszą faktycznie być traktowane priorytetowo, ponieważ postępowania z urzędu nie są zagrożone skargą na bezczynność organu.

Ważnym aspektem postępowań na wniosek przedsiębiorcy, niekorzystnym z punktu widzenia ochrony konkurencji, jest wiązanie organu antymonopolowego zakresem wniosku. Oznacza to, że w przypadku stwierdzenia, że stan faktyczny wykracza poza wniosek – konieczne jest wszczęcie postępowania, co pociąga za sobą koszty i wydłuża czas wydania decyzji. W przypadku wiązania organu antymonopolowego wnioskiem nie ma możliwości, aby mógł on orzekać w szerszym albo węższym zakresie. Niejednokrotnie w trakcie postępowania dostrzega się naruszenie konkurencji, ale naruszenie to wykracza poza wniosek. W takiej sytuacji w zakresie postępowania na wniosek, np. nie stwierdza się praktyki, a w celu wyeliminowania dostrzeżonych naruszeń konieczne jest wszczęcie nowego postępowania. Problemy mogą pojawiać się szczególnie w postępowaniach w sprawach porozumień ograniczających konkurencję, kiedy wnioskodawca nie może stwierdzić, w jaki sposób wskazane przez



niego we wniosku porozumienie zostało zawarte. Jego wniosek jest zazwyczaj bardzo ogólny, wskazujący ewentualnie na skutki, jakie może nieść za sobą zawarcie takiego porozumienia dla danego przedsiębiorcy. Cały czas pojawiają się wątpliwości, czy doprecyzowanie sposobu zawarcia porozumienia samodzielnie przez organ antymonopolowy będzie już rozszerzeniem wniosku (wyjściem poza jego zakres) czy też nie. Z drugiej strony uznanie, że wskazanie sposobu zawarcia porozumienia jest „wyjściem” poza zakres wniosku, spowoduje konieczność, np. wydania decyzji niestwierdzającej stosowania praktyki, co z kolei naraża Urząd na zarzut wnioskodawcy dotyczący błędnego rozstrzygnięcia.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że rezygnacja z prowadzenia postępowań na wniosek jest w pełni uzasadniona. Organ antymonopolowy, działając w oparciu o swoje doświadczenie oraz zawiadomienia przedsiębiorców, pozbawione statusu formalnych wniosków, będzie decydował samodzielnie, czy wszczęcie postępowania antymonopolowego w konkretnych sprawach będzie uzasadnione i istotne z punktu widzenia konkurencji” (Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 26 października 2006 r., Druk nr 1110).

Ponadto wskazane rozwiązanie jest niezgodne z motywami i celami prawa UE:

„(23) Krajowe administracyjne organy ochrony konkurencji powinny mieć możliwość szeregowania pod względem ważności swoich postępowań dotyczących egzekwowania postanowień art. 101 i 102 TFUE w celu efektywnego wykorzystania swoich zasobów oraz skupienia się na zapobieganiu praktykom antykonkurencyjnym, które zakłócają konkurencję na rynku wewnętrznym, i kładzeniu kresu takich praktyk. W tym celu organy te powinny mieć możliwość odrzucania skarg ze względu na to, że nie są one priorytetowe, z wyjątkiem – w stosownych przypadkach – skarg składanych przez organy publiczne, które wykonują uprawnienia do stosowania postanowień art. 101 i 102 TFUE oraz krajowego prawa konkurencji wspólnie z krajowym administracyjnym organem ochrony konkurencji. Nie powinno to naruszać uprawnień krajowych administracyjnych organów ochrony konkurencji do odrzucania skarg z innych powodów, takich jak brak właściwości, lub brak podstaw do podjęcia działania z ich strony. W przypadku formalnie złożonych skarg takie odrzucenia powinny podlegać skutecznym środkom odwoławczym zgodnie z prawem krajowym. Uprawnienie krajowych administracyjnych organów ochrony konkurencji do szeregowania pod względem ważności postępowań dotyczących egzekwowania prawa jest bez uszczerbku dla prawa rządów państw członkowskich do ustalania zasad polityki ogólnej lub do wydawania krajowym administracyjnym organom ochrony konkurencji wytycznych w odniesieniu do priorytetów, które to zasady i wytyczne nie są powiązane z badaniami sektorowymi ani konkretnymi postępowaniami dotyczącymi egzekwowania postanowień art. 101 i 102 TFUE” (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego).

7. Propozycja dotycząca art. 87 Ustawy, określana jako „Odmowa wszczęcia postępowania”

Proponowany przepis nie precyzuje, jakiego wniosku (i składanego przez jaki podmiot) dotyczy wskazana zmiana. Jest on przy tym zbędny, ponieważ samo złożenie wniosku nie oznacza, że Komisja Europejska

prowodzi postępowanie w tej samej sprawie (a więc zdecydowała o uwzględnieniu wniosku). Tym samym, proponowana treść ust. 1a oraz dotychczasowa treść ust. 1 nie korelują ze sobą.

Już w obecnym stanie prawnym nie ma ograniczeń w zakresie prowadzenia postępowania przez Prezesa Urzędu w sytuacji, gdy nie toczy się w tej sprawie postępowanie przed KE lub sprawa nie została wcześniej rozstrzygnięta przez KE. Samo złożenie skargi do KE nie stanowi takiego ograniczenia już w obowiązującym stanie prawnym. Wskazując na nowsze orzecznictwo, potwierdza to jednoznacznie wyrok Sądu UE z dnia 16 grudnia 2020, w sprawie nr T515/18: „Zgodnie z art. 11 ust. 6 rozporządzenia nr 1/2003, na który powołuje się Komisja, krajowe organy ochrony konkurencji zostają pozbawione kompetencji w zakresie stosowania art. 101 i 102 TFUE wyłącznie w przypadku, gdy Komisja wszczyna postępowanie w celu przyjęcia decyzji na podstawie rozdziału III tego rozporządzenia. Jak słusznie podkreśla Komisja, zważywszy, że nie wszczęła formalnego postępowania, przepis ten nie miał zastosowania w niniejszej sprawie”.

8. Propozycja dotycząca art. 88 ust.1 Ustawy, określana jako „Strona postępowania”.

Uwagi zbliżone jak do propozycji zmian w art. 49 oraz art. 86 Ustawy.

Ponadto uznanie przymiotu strony osoby występującej z wnioskiem o wszczęcie postępowania prowadziłyby do zagrożenia informacji handlowych (w tym chronionej prawnie tajemnicy przedsiębiorstwa) przedsiębiorcy, wobec którego prowadzone jest postępowanie. Proponowana zmiana może doprowadzić również do przeniesienia sporów pomiędzy konkurentami na forum postępowań prowadzonych przez Prezesa UOKiK. Wskazane działania mogą być bowiem podejmowane nie ze względu na istnienie poważnych podstaw do przypuszczenia, że doszło do naruszenia przepisów Ustawy, lecz np. ze względu na chęć zapoznania się z wrażliwymi informacjami handlowymi konkurenta (które nie podlegają ochronie ze względu na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, a które „oskarżony” przedsiębiorca może chcieć lub być zobowiązany przedstawić w toku trwającego postępowania).

9. Propozycja dotycząca art. 88a Ustawy, określana jako „Kompetencja Rzecznika MŚP”

Należy poprzeć kierunek zmian, umożliwiający Rzecznikowi MŚP ochronę praw przedsiębiorców, a także postulat monitorowania efektywności obowiązujących przepisów w tym zakresie. Jednakże proponowana zmiana ma wady, które nie spełniają tych założeń.

Proponowana zmiana obarczona jest wadami związanymi ze wszczęciem postępowania na wniosek, a więc możliwością przyjęcia, że w przypadku, gdy stwierdzone naruszenie przepisów Ustawy wykracza poza złożony wniosek, to konieczne będzie stwierdzenie braku naruszenia. Nie wydaje się również uzasadnione systemowo, aby w postępowaniu przed Prezesem Urzędu konieczny był udział podmiotu na prawach prokuratora, skoro administracyjny tryb procedowania w sprawach dotyczących konkurencji ma na celu maksymalne usprawnienie postępowania (w przeciwieństwie do przypadku, gdy np. sprawami tymi zajmowały się sądy powszechne). Aktualne są także uwagi w zakresie art. 49 i art. 86 Ustawy, jeśli komentowana propozycja miałaby być rozpatrywana łącznie z nimi.



Rzecznik MŚP w obecnym stanie prawnym dysponuje kompetencjami, w tym m.in. możliwością informowania właściwych organów o dostrzeżonych barierach i utrudnieniach w zakresie wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 9 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców). Ewentualne zmiany powinny prowadzić do przeglądu efektywności kompetencji Rzecznika MŚP w tym zakresie.

10. Propozycja dotycząca art. 93 ust. 1a Ustawy, określana jako „Bieg przedawnienia”

Brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że samo złożenie wniosku do Komisji Europejskiej mogłoby być połączone ze skutkiem w postaci zawieszenia biegu terminu przedawnienia. Proponowane rozwiązanie podważyłoby sens przedawnienia, skoro nawet w przypadku złożenia bezzasadnego wniosku przedsiębiorca, którego wniosek ten dotyczy nie miałby pewności, czy nawet w razie jego negatywnego rozpatrzenia może być w przyszłości pewien, że zarzucane mu czyny uległy przedawnieniu.

Nie bez znaczenia są tu rozwiązania przyjęte w prawie unijnym. Zgodnie z art. 25 ust. 3 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu:

„3. Wszelkie działania podjęte przez Komisję lub organ ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego w celu przeprowadzenia dochodzenia lub postępowania w odniesieniu do naruszeń przerywają bieg przedawnienia do nałożenia grzywien lub okresowych kar pieniężnych. Bieg przedawnienia uznaje się za przerwany w dniu, w którym co najmniej jedno przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw, które uczestniczyły w naruszeniu, zostanie powiadomione o podjętych działaniach [podkreślenie własne]. Działaniem, które przerywa bieg przedawnienia, jest w szczególności:

- a) pisemne żądanie informacji ze strony Komisji lub organu ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego;*
- b) pisemna zgoda na przeprowadzenie kontroli, wydana urzędnikom przez Komisję lub organ ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego*
- c) wszczęcie postępowania przez Komisję lub organ ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego;*
- d) przedstawienie zarzutów przez Komisję lub organ ochrony konkurencji Państwa Członkowskiego”*

Dodatkowo trudno również pogodzić zaproponowane rozwiązanie z rozwiązaniem (zbędne powtórzonym na gruncie obecnego prawa) określonym w propozycji dotyczącej art. 87 Ustawy (zawieszenie biegu przedawnienia i prowadzenie postępowania przez Prezesa UOKiK).

11. Propozycja dotycząca art. 4 pkt 4a i art. 106 ust. 8-10 Ustawy, określana jako „Odpowiedzialność w ramach jednego organizmu gospodarczego”

Przyjęcie zasady, zgodnie z którą w przypadku sprawowania bezwzględnej kontroli przedsiębiorca niejako automatycznie ponosi odpowiedzialność karną jest niedopuszczalnym rozszerzeniem odpowiedzialności quasi karnej. Nawet wprowadzenie proponowanego domniemania prowadzi do niedopuszczalnego odwrócenia ciężaru dowodu w sprawach antymonopolowych - to nie Prezes Urzędu, lecz dany przedsiębiorca będzie musiał wykazać, że poprzez sprawowaną kontrolę nie dopuścił do naruszenia przepisów ustawy. Co więcej proponowane rozwiązanie traktowałoby na równi naruszenie przepisów Ustawy (np. zawiązanie kartelu), jak również samo dopuszczenie do naruszenia przepisów Ustawy przez przedsiębiorcę w pewnym stopniu zależnego.

12. Propozycja dotycząca art. 6a i art. 106a ust. 1 Ustawy, określana jako „Odpowiedzialność zarządzających przedsiębiorstwem”

Wprowadzenie odpowiedzialności osobistej na gruncie Ustawy ma nadzwyczajny charakter – jego zakres przedmiotowy wynika ze specyfiki przedmiotowych czynów wskazanych w art. 6a Ustawy, jednakże i tak zakres przedmiotowy budzi kontrowersje np.: *„Ustawodawca ograniczył zakres przedmiotowy odpowiedzialności osób fizycznych jedynie do wypadków, gdy zostało zawarte porozumienie ograniczające konkurencję naruszające zakaz wyrażony w art. 6 ust. 1 pkt 1-6 Ustawy lub art. 101 ust. 1 lit. a-e TFUE. Można mieć wątpliwości, czy takie określenie zakresu odpowiedzialności nie jest zbyt szerokie* [podkreślenie własne]. *Co do zasady bowiem osoby fizyczne powinny ponosić odpowiedzialność jedynie w wypadku najcięższych naruszeń prawa konkurencji (tzw. hardcore restrictions), a więc głównie karteli oraz ewentualnie zakazanych praktyk cenowych w porozumieniach wertykalnych. To bowiem w tych wypadkach skutki ewentualnej praktyki dla konkurencji są najpoważniejsze, a jednocześnie wiedza o nielegalnym charakterze takich praktyk jest (a przynajmniej powinna być) najszerza. Kontrowersyjne jest natomiast rozciąganie odpowiedzialności osób fizycznych na wszelkie sprzeczne z prawem porozumienia, zwłaszcza że w przypadku części z nich trudno jest precyzyjnie wyznaczyć granicę między tym, co jest legalne, a tym, co jest sprzeczne z prawem (przykładem mogą być złożone porozumienia standaryzacyjne czy porozumienia o wspólnych badaniach i rozwoju)* [podkreślenie własne]” (A. Stawicki [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, red. E. Stawicki, Warszawa 2016, art. 6(a), lex/el). W literaturze wskazywano także: *„Uważam, że odpowiedzialność osób zarządzających za naruszenie przez przedsiębiorców zakazów zawierania porozumień ograniczających konkurencję (42) powinna zostać ograniczona wyłącznie do porozumień horyzontalnych zakazanych per se. Kary pieniężne powinny dotyczyć wyłącznie nagannych zachowań osoby zarządzającej, prowadzących do zawierania karteli cenowych i innych zmów rynkowych o charakterze hardcorowym. Niezasadne i szkodliwe dla obrotu gospodarczego jest rozciągnięcie tej odpowiedzialności w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów na wszystkie naruszenia określone w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 u.o.k.k (43)”* (J. Sroczyński, 8. Karanie osób zarządzających za naruszenia „wertykalne” [w:] Aktualne wyzwania prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Michałowi du Vallowi, red. D. Kasprzycki, J. Ożęgalska-Trybalska, Warszawa 2015, lex/el).



Tymczasem proponowane rozwiązanie idzie jeszcze dalej, proponując poszerzenie odpowiedzialności osobistej na wszelkie kategorie czynów tj. otwarty katalog czynów. Byłoby to rozwiązanie radykalne, czyniące z wyjątkowej instytucji prawnej nieprzewidywalny mechanizm, godzący wręcz w pewność obrotu gospodarczego. Odrywałoby to mechanizm określony w art. 6a od jego funkcji i założeń. Co więcej, częściowo rozwiązanie to prowadziłoby do podwójnej odpowiedzialności. Wskazać tu można podwójną odpowiedzialność z tytułu (proponowanego) art. 6a Ustawy w związku z art. 6 ust. 1 pkt. 7 Ustawy (odpowiedzialność administracyjnoprawna) oraz art. 305 kodeksu karnego (odpowiedzialność karna).

Z wyjątkowym charakterem art. 6a Ustawy koreluje sankcja określona w art. 106a ust. 1 Ustawy. Propozycja zakłada nie tylko brak spójności systemowej między proponowanym art. 6a Ustawy, a proponowanym art. 106a ust. 1 Ustawy, ale również brak uzasadnienia dla takiej zmiany sankcji przy skrajnej radykalizacji odpowiedzialności osobistej.

Konfederacja Lewiatan, KL/123/89/AZ/2021

