

Warszawa, 3 marca 2023 r.  
KL/103/42/AZ/2023

**Pan**  
**Krzysztof Tchórzewski**  
Przewodniczący Komisji Gospodarki i Rozwoju  
Sejm RP

*Szanowny Panie Przewodniczący,*

W związku ze skierowaniem rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (druk nr 2990) do Komisji Gospodarki i Rozwoju, Konfederacja Lewiatan przedstawia swoje stanowisko w przedmiocie projektu ustawy.

Uprzejmie proszę o zapoznanie się ze stanowiskiem oraz o rozważenie jego uwzględnienia w toku prac nad wyżej wskazanymi rozwiązaniami legislacyjnymi.

Z poważaniem



Maciej Witucki  
Prezydent Konfederacji Lewiatan

W załączeniu: Stanowisko Konfederacji Lewiatan dotyczące rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (druk nr 2990)

## Stanowisko Konfederacji Lewiatan dotyczące rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (druk nr 2990)

### Wyjaśnienia:

- *projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (druk nr 2990) – w dalszej części niniejszego stanowiska określany jest jako „Projekt”*
- *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 – w dalszej części niniejszego stanowiska określana jest jako „Dyrektywa”*
- *Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów - w dalszej części niniejszego stanowiska określana jest jako „Ustawa”*

### Uwagi Konfederacji Lewiatan dotyczące Projektu

- I. **Uwagi dotyczące projektowanego art. 6b Ustawy oraz art. 9a Ustawy (art. 1 pkt 4 Projektu oraz art. 1 pkt 5 Projektu)**

**Projektowana regulacja** wprowadza zasadę automatycznego naruszenia prawa przez przedsiębiorcę wywierającego decydujący wpływ na jednostkę, która dopuściła się naruszenia prawa.

Odpowiedzialność ta nie powinna odbywać się na zasadzie automatyzmu – przeczy to istocie prawa konkurencji (tj. powinno być ono uruchamiane wz. z czynem, a nie „z zasady”). Dodatkowo ujęcie „wywierania decydującego wpływu” w projektowanym art. 6b ust. 2 Ustawy de facto nie rozstrzyga czy „wykonywanie lub dostosowywanie się” ma być jednorazowe, wielorazowe (jeśli tak to w jakim stopniu) czy ciągłe i trwałe. Nie jest jasnym zatem stopień uzależnienia jednego podmiotu od drugiego (co szczególnie istotne biorąc pod uwagę, że projektodawca kreuje zasadę automatyzmu). Projektowana regulacja pozostaje zatem niejasna.

W efekcie wskazana jest rewizja projektowanych przepisów, oparcie konstruowanej odpowiedzialności o zasadę winy lub chociażby wskazanie okoliczności wyłączającej odpowiedzialność. Dodatkowo konieczne jest wprowadzenie zasady odpowiedzialności cywilnej przedsiębiorcy, który dopuścił się naruszeń wobec przedsiębiorcy ukaranego z tego tytułu.

## II. Uwagi dotyczące projektowanego art. 49 ust. 3 i 4 Ustawy (art. 1 pkt 12 Projektu)

Zgodnie z uzasadnieniem Projektu: „*Dyrektywa stanowi, że Państwa członkowskie zapewniają, aby przed podjęciem decyzji na podstawie art. 10 niniejszej dyrektywy krajowe organy ochrony konkurencji przyjmowały szczegółowe uzasadnienie zarzutów (art. 3 ust. 3 zd. 2)*”. Projekt proponuje aby przedstawienie uzasadnienia zarzutów odbywało się już na etapie wszczęcia postępowania, nie zaś tak jak dotychczas w jego końcowej fazie (co nie zostało jednak dotąd uregulowane w ustawie).

Jednocześnie Dyrektywa nie wskazuje aby przedstawienie uzasadnienia zarzutów musiało odbywać się na etapie wszczęcia postępowania jak wskazuje projektowany art. 49 ust. 3 zdanie pierwsze Ustawy: „*Postanowienie o wszczęciu postępowania, o którym mowa w ust. 1, wymaga uzasadnienia*”

Jest to o tyle działanie niezrozumiałe, że uzasadnienie zarzutów powinno stanowić dla przedsiębiorcy zbiór niezbędnych informacji i dowodów, które przesądzą o stanowisku organu ochrony konkurencji w zakresie działania konkretnego przedsiębiorcy (zbiór dowodów, które Prezes UOKiK uznał za obciążające przedsiębiorcę). Na wstępnym etapie postępowania zakres tych informacji może być ograniczony i tym samym przedsiębiorca nie będzie miał wiedzy z jaką oceną UOKiK spotkają się przedstawione przez niego informacje i dokumenty w dalszym toku postępowania. **Z tego też względu wydaje się, że tak uregulowane postępowanie Prezesa UOKiK w zakresie przedstawienia zarzutów może negatywnie wpłynąć na prawo do obrony przedsiębiorcy i stoi w sprzeczności z celem samej Dyrektywy.**

Obecnie funkcjonujące rozwiązanie, zgodnie z którym uzasadnienie zarzutów przekazywane jest w końcowej fazie postępowania, powinno być kontynuowane, przy jednoczesnym uregulowaniu tej kwestii w ustawie.

Dodatkowo zwracamy uwagę na konieczność uzupełnienia regulacji odnoszących się do szczegółowego uzasadnienia zarzutów o ustawowe uregulowanie możliwości zgłaszania Prezesowi UOKiK przez przedsiębiorców propozycji zobowiązań także po otrzymaniu szczegółowego uzasadnienia zarzutów. Obecnie brak jest możliwości zgłaszania przez Przedsiębiorcę Prezesowi UOKiK propozycji zobowiązań po otrzymaniu szczegółowego uzasadnienia zarzutów. Powoduje to, że po otrzymaniu SUZ przedsiębiorca (strona postępowania przed UOKiK) nie może efektywnie odnieść się do zarzutów popartych

uzasadnieniem i ewentualnie proponować modyfikacji swojego działania, a tym samym wejść w dialog z Prezesem UOKiK (przedsiębiorca nie może skutecznie odnieść się do uzasadnionych zarzutów w SUZ).

### III. Uwagi dotyczące projektowanego art. 50 ust. 1 Ustawy (art. 1 pkt 13 lit. a Projektu)

Projektowana regulacja została błędnie zaimplementowana z Dyrektywy przy czym uzasadnienie błędnie stwierdza, iż „*Takie brzmienie zapewni zgodność z dyrektywą*”.

W istocie, art. 8 zdanie czwarte Dyrektywy stanowi, iż: „*Krajowe organy ochrony konkurencji są także uprawnione do żądania od innych osób fizycznych lub prawnych dostarczenia w określonym i rozsądnym terminie informacji, **które mogą mieć znaczenie dla stosowania postanowień art. 101 i 102 TFUE***”.

Po pierwsze zatem, zakres żądania jest ograniczony do art. 101 oraz 102 TFUE co nie wynika z treści proponowanej zmiany w Projekcie.

Po drugie, w Projekcie nie przewidziano gwarancji wskazanych w art. 8 Dyrektywy tj. żądania ograniczonego rozsądnym terminem.

Po trzecie, Dyrektywa ogranicza w art. 8 zakres dokumentacji: „*Takie wnioski o informacje **muszą być proporcjonalne i nie mogą zmuszać adresata wniosku do przyznania się do naruszenia art. 101 i 102 TFUE**. Obowiązek dostarczenia wszelkich niezbędnych informacji **obejmuje informacje, do których dane przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw mają dostęp***”, co nie znalazło odzwierciedlenia w treści projektowanego art. 50 ust. 1 Ustawy.

Podobne wnioski płyną również z treści motywu 35 Dyrektywy.

Ponadto wskazać należy, iż regulacji nie powinno stosować się do osób obowiązanych do zachowania w tajemnicy informacji na okoliczności objęte tajemnicą, jeżeli nie zostały w trybie określonym obowiązującymi przepisami zwolnione od obowiązku zachowania tej tajemnicy. Również wskazać należy, iż określony w ust. 4 przepis ochronny powinien dotyczyć nie tylko odpowiedzialności karnej, ale i majątkowej jeśli ma stanowić rzeczywistą gwarancję procesową.

### IV. Uwagi dotyczące projektowanego art. 52 (art. 1 pkt 14 Projektu)

Projektowane zmiany oznaczają uprawnienie organu ochrony konkurencji do uzyskiwania od świadka, wykonującego zawód obligujący go do zachowania tajemnicy zawodowej, informacji dotyczących okoliczności objętych tą tajemnicą. Należy dodać, że bez żadnej kontroli sądowej.

Proponuje się zaznaczyć, iż ust. 1 nie stosuje się do **osób obowiązanych do zachowania w tajemnicy informacji na okoliczności objęte tajemnicą, jeżeli nie zostały w trybie określonym obowiązującymi przepisami zwolnione od obowiązku zachowania tej tajemnicy.**

Ponadto stosowanie „odpowiednie” (czyli tak samo, ze zmianą lub wcale) gwarancji procesowych świadka ujęte w ust. 4 „rozmywa” ich stosowanie i wprowadza niejasności interpretacyjne.

#### **V. Uwagi dotyczące projektowanego art. 60 Ustawy (art. 1 pkt 16 Projektu)**

Po pierwsze, podobnie jak poczyniono uwagę wcześniej, stosowanie „odpowiednie” (czyli tak samo, ze zmianą lub wcale) gwarancji procesowych świadka i strony ujęte w ust. 5 „rozmywa” ich stosowanie i wprowadza niejasności interpretacyjne. Podobnie aktualne są uwagi wyrażone we wcześniejszych punktach w zakresie tajemnicy zawodowej.

Zgodnie z projektowaną regulacją, chociaż za stronę, nie będącą osobą fizyczną, są przesłuchiwane osoby fizyczne, to jednak nie występują one tam we własnym imieniu, lecz w imieniu strony. Ograniczenie zakazu wykorzystania ich odpowiedzi, odnoszące się tylko do ich osobistej odpowiedzialności za delikty prawa konkurencji, budzi wątpliwości co do zgodności z zasadą wolności od samooskarżania (przez stronę).

Pełna ochrona praw stron i świadków powinna być wyrażona wprost w Projekcie.

#### **VI. Uwagi dotyczące projektowanego art. 91 Ustawy (art. 1 pkt 26 Projektu)**

Projektowane zmiany oznaczają uprawnienie organu ochrony konkurencji do uzyskiwania – poprzez przeszukanie lokali (w tym prywatnych) osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej, w szczególności radców prawnych, adwokatów, doradców podatkowych – dokumentów i informacji objętych tajemnicą zawodową.

Wobec powyższego projektodawca powinien rozwiązać wszelkie wątpliwości, a zwłaszcza upewnić się, iż sąd ochrony konkurencji i konsumentów – działając na podstawie procedury, uregulowanej w Ustawie, a nie (odpowiednio stosowanej) procedury karnej, będzie zobowiązany przy rozpoznawaniu wniosku organu ochrony konkurencji uwzględniać tajemnicę zawodową, skoro stosowana procedura nie przewiduje tej tajemnicy.

#### **VII. Uwagi dotyczące projektowanego art. 93 ust. 1a Ustawy (art. 1 pkt 27 Projektu)**

Po pierwsze, poszerzenie skutków zawieszenia w stosunku do wszystkich przedsiębiorców stosujących praktykę ograniczającą konkurencję podczas tylko jeden z nich został powiadomiony o przez Prezesa Urzędu o podjętych w stosunku do niego czynnościach wprowadza nieakceptowalny stan niewiedzy prawnej, a tym samym czyni instytucję przedawnienia fikcyjną (jej elementem jest pewność prawa).



Po drugie, przepisy nie wyznaczają jasnego maksymalnego terminu zakończenia postępowania wyjaśniającego. Tym samym wszczęcie samego postępowania wyjaśniającego zawiesi bieg przedawnienia na bliżej nieokreślony okres (przykładowo takie postępowania są często wszczynane przez UOKiK bez ich formalnego zakończenia), a okres 5 letniego przedawnienia stanie się przepisem pustym.

Z powyższych względów proponuje się wykreślić proponowany przepis z nowelizacji.

#### **VIII. Uwagi dotyczące projektowanego art. 105 ust. 4 Ustawy (art. 1 pkt 28 Projektu)**

W zakresie ust. 4 postuluje się aby prawo utrwalenia przebiegu kontroli w formie rejestracji audio/ video przyznać również podmiotowi kontrolowanemu na jego wniosek. Będzie sprzyjało to transparentności oraz ochronie praw kontrolowanego.

#### **IX. Uwagi dotyczące projektowanego art. 105n ust. 4 Ustawy (art. 1 pkt 36 Projektu)**

Niezrozumiałe jest wydłużenie terminu na orzeczenie przez SOKiK w przedmiocie uwzględnienia /oddalenia zażalenia w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 stycznia 2019 r. sygn. (P19/17).

#### **X. Uwagi dotyczące projektowanego art. 105da ust.2 Ustawy (art. 1 pkt 31 Projektu)**

**Po pierwsze, proponuje się o usunięciu projektowanego art. 105da ust. 2 zdanie pierwsze Ustawy. Konstrukcja ta grozi fundamentom prawa do obrony i czyni cały regulowany mechanizm iluzorycznym.** Zwrot: „, [...] kontrolujący może zapoznać się pobieżnie z pismem lub dokumentem, w sposób pozwalający na ustalenie autora, adresata, tytułu oraz przedmiotu pisma lub dokumentu oraz daty jego sporządzenia” jednocześnie umożliwia de facto zapoznanie się z chronionym pismem lub dokumentem. Choćby pobieżne zapoznanie się z pismem umożliwia osobom niepowołanym zapoznanie się z jego treścią i przeczy instytucji tajemnicy radcy prawnego / adwokata.

Prawo weryfikacji materiałów pod kątem tajemnicy zawodowej powinien mieć wyłącznie sąd. Jeżeli organ ma wątpliwości w zakresie materiału powinien przekazać go do sądu zgodnie z procedurą. Utrudnienie kontroli naraża przeszukanego na wysokie kary administracyjne stąd zbędne jest wprowadzanie uprawnienia przeszukujących do weryfikacji pism lub dokumentów, w szczególności wobec braku gwarancji jakie informacje zostaną pozyskane.

**Wobec powyższego niezbędnym do zachowania podstawowego prawa do obrony oraz fundamentalnej tajemnicy radcy prawnego / adwokata jest usunięcie projektowanego art. 105da. ust. 2 zdanie pierwsze Ustawy.**

Po drugie, **usunięty powinien zostać również projektowany art. 105da ust. 4** – to organy państwa stoją na straży praworządności i przestrzegania procedur. **Wprowadzenie domniemania, iż żadna z informacji nie jest objęta tajemnicą porady prawnej ogranicza w sposób fundamentalny prawo tej osoby do obrony.**

**Podsumowując, obie wskazane wyżej projektowane regulacje czynią prawo do obrony oraz tajemnicę adwokacką/radcy prawnego instytucjami fasadowymi. Nie jest to do pogodzenia ze standardami ochrony uczestnika postępowania.**

Po trzecie, projektowana regulacja dotyczy tylko kontroli. Tymczasem powinna dotyczyć wszystkich instytucji służących uzyskiwaniu przez organ ochrony konkurencji dowodów (w tym prawa do żądania informacji, określonego w projektowany art. 50 Ustawy), a także przesłuchania świadków i stron (w zakresie, w jakim pytania dotyczą treści komunikacji z niezależnym prawnikiem). **Uregulowanie LPP tylko w odniesieniu do kontroli powoduje, że organ ochrony konkurencji może pominąć wynikający z LPP zakaz, korzystając z innych instytucji. Niezbędne jest zatem poszerzenie regulacji LPP w sposób wyżej wskazany.**

Po czwarte, niezrozumiały jest zakaz w odniesieniu do korespondencji z prawnikiem zewnętrznym (dodatkowe kryterium „niezależności” takiego prawnika od przedsiębiorcy). Ten podział nie wydaje się zasadny zwłaszcza w sytuacji, w której Prezes UOKiK stosuje tylko prawo polskie. Adwokatów/Radców prawnych obowiązują zasady etyki zawodowej niezależnie od formy świadczenia usług. Podstawa zatrudnienia nie może wpływać na tak drastyczne różnicowanie uprawnień prawników i ich klientów.

#### **XI. Uwagi dotyczące projektowanego art. 105q (art. 1 pkt 35 Projektu)**

Odesłania do regulacji Kodeksu postępowania karnego zastąpiono konstrukcją *Legal Professional Privilege*. Niezależnie od zastrzeżeń wobec tej konstrukcji ujętych w odniesieniu do projektowanego art. 105nc Ustawy należy zauważyć, że projektowana regulacja dotyczy wyłącznie komunikacji z prawnikiem i ignoruje pozostałe tajemnice zawodowe, które obecnie muszą być respektowane wskutek odesłania do KPK.

#### **XII. Uwagi dotyczące projektowanego art. 106 ust. 2 pkt 5 Ustawy (art. 1 pkt 40 lit b i c Projektu)**

Należy zwrócić uwagę, iż art. 13 ust. 2 Dyrektywy wprowadza możliwość nakładania kar określanych proporcjonalnie do światowego całkowitego obrotu przedsiębiorstw, jednakże

jednocześnie limituje te kary wskazując, iż mają być one „skuteczne, proporcjonalne i odstraszające” i pozwala na ich różnicowanie.

Tymczasem Projekt zrównuje w wymiarze kary czyn niestawiennictwa bez usprawiedliwionej przyczyny na przesłuchaniu z uniemożliwieniem lub utrudnieniem kontroli lub udzieleniem nieprawdziwych informacji.

Wysokość kary jest niewspółmierna i nie realizuje zasady proporcjonalności oraz skuteczności, tym samym błędnie implementując Dyrektywę. Należy rozważyć takie zaimplementowanie Dyrektywy, aby możliwie odpowiadało przepisom o nakładaniu kar na świadków w przypadku braku stawiennictwa zgodnie z kodeksem postępowania administracyjnego.

### **XIII. Uwagi dotyczące projektowanego art. 106 ust. 3a Ustawy oraz art. 106c Ustawy (art. 1 pkt 40 lit d oraz art. 1 pkt 42 Projektu)**

Po pierwsze, stosowanie w sposób automatyczny kar maksymalnych w wysokości łącznego obrotu wszystkich przedsiębiorstw jest nieuzasadnione i stanowi przejaw radykalnego fiskalizmu. Wyższe kary powinny być stosowane tylko wówczas jeżeli zostanie udowodniona wina przedsiębiorcy wywierającego decydujący wpływ. Co więcej, maksymalnym limitem kary powinna być wysokość skonsolidowanego obrotu przedsiębiorcy wywierającego decydujący wpływ, a nie suma obrotów wszystkich przedsiębiorstw z danej grupy kapitałowej.

Po drugie, z projektowanego art. 106 ust. 3a Ustawy wynika, że dotyczy kary nakładanej na przedsiębiorcę, a nie związek przedsiębiorców w trybie art. 106 ust. 1a Ustawy. Jednak z uwagi na projektowaną treść art. 106 ust. 1a Ustawy i ryzyko rozszerzającej interpretacji projektowanego ust. 3a w zw. z ust. 1a art. 106 Ustawy, postulujemy wprowadzenie jednoznacznego przepisu, który wskaże, że projektowany art. 106 ust. 3a nie stosuje się do obliczania kar, o których mowa w ust. 1a. Brzmienie proponowanego przepisu:

„Art. 106 ust 3b. Przepisu ust. 3a nie stosuje się, do obliczania kar, o których mowa w ust. 1a.”

### **XIV. Uwagi dotyczące projektowanego art. 107 ust. 1 pkt. 3 oraz 108 ust. 3 pkt. 3 Ustawy (art. 1 pkt 43 oraz art. 1 pkt. 44 lit. a Projektu)**

Projektowany 107 ust. 1 pkt. 3 Ustawy obejmuje niewspółmierną wysokość kary i nie realizuje zasady proporcjonalności oraz skuteczności określonej w Dyrektywie i tym samym błędnie implementując Dyrektywę. Analogiczne uwagi należy poczynić względem projektowanego art. 108 ust. 3 pkt. 3 Ustawy.

### **XV. Uwagi dotyczące projektowanego art. 4 oraz art. 106 Ustawy (art. 1 pkt 1 oraz art. 1 pkt. 40 Projektu)**



Po pierwsze, należy wskazać, iż projektowany art. 106 ust. 1a Ustawy nie może pozostawać wyłącznie na poziomie literalnego odtworzenia art. 15 ust. 2 Dyrektywy.

Projektowany art. 106 ust. 1a Ustawy wskazuje:

„W przypadku gdy **naruszenie zakazu** określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, zakazu określonego w art. 9 ustawy lub w art. 101 lub art. 102 TFUE, **którego dopuścił się związek przedsiębiorców, jest związane z działalnością jego członków**, kara pieniężna, o której mowa w ust. 1, nie może przekroczyć 10% sumy obrotów członków tego związku przedsiębiorców prowadzących działalność na rynku, którego dotyczyło naruszenie, osiągniętych w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary”

Art. 15 ust. 2 Dyrektywy wskazuje:

„W przypadku **gdy naruszenie popełnione przez związek przedsiębiorstw ma związek z działalnością jego członków**, maksymalna kwota kary wynosi co najmniej 10 % sumy całkowitych globalnych obrotów każdego z członków prowadzących działalność na rynku, którego dotyczyło naruszenie popełnione przez związek. Odpowiedzialność finansowa każdego przedsiębiorstwa za zapłatę kary nie może jednak przekraczać maksymalnej kwoty ustalonej zgodnie z ust. 1”

Problematycznym pozostaje sformułowanie „*jest związane z działalnością jego członków*”. Jest ono niejasne i stwarza ryzyko do mylnego, niezgodnego z celem Dyrektywy rozumienia przepisów. Związki przedsiębiorców stanowią odrębne byty prawne od swoich członków, mają odrębne procesy decyzyjne, zatem mogą ponosić odpowiedzialność wyłącznie za czyny dokonane przez siebie. Cel Dyrektywy to sytuacja kiedy naruszenie dokonane przez związek przedsiębiorców ma za przedmiot konkretny obszar działalności gospodarczej na którym funkcjonują jego członkowie. Wskazuje na to chociażby dalsza część art. 15 ust. 2 Dyrektywy: „[...] **maksymalna kwota kary wynosi co najmniej 10 % sumy całkowitych globalnych obrotów każdego z członków prowadzących działalność na rynku, którego dotyczyło naruszenie popełnione przez związek**”.

Ponadto projektowane przepisy nie powinny posługiwać się niejasnym sformułowaniem „rynek”, tylko pojęciem „rynek właściwy”, którego definicja znajduje się w Ustawie. Niezbędna jest w tym przypadku precyzja by określić konkretny i adekwatny obszar którego dotyczyło naruszenie.

Proponuje się by projektowany art. 106 ust. 1a Ustawy przybrał w Projekcie treść:

„**W przypadku gdy naruszenie zakazu** określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, zakazu określonego w art. 9 ustawy lub art. 101 lub art. 102 TFUE, **którego dopuścił się związek przedsiębiorców dotyczy rynku właściwego na którym działalność prowadzą członkowie tego związku przedsiębiorców**, kara pieniężna, o której mowa w ust. 1, nie może przekroczyć 10% sumy obrotów członków tego związku



*przedsiębiorców prowadzących działalność na rynku właściwym, którego dotyczyło naruszenie, osiągniętych w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary”*

Po drugie, w związku z propozycją wprowadzenia znacznych kar finansowych istnieje ryzyko sparaliżowania działalności przez związki przedsiębiorców. Sprawne funkcjonowanie tych organizacji, do których zaliczają się samorządy zawodowe, związki pracodawców czy izby gospodarcze jest niezwykle istotnym czynnikiem wpływającym pozytywnie m.in. na kształt polskiej legislacji. W tym zakresie proponujemy wprowadzenie nowego przepisu, który wprowadzi domniemanie, że działania prowadzone na podstawie przepisów obowiązującego prawa i statutu związku przedsiębiorców nie stanowią naruszenia przepisów ustawy.

Uwzględnienie takiego przepisu jest istotne choćby z uwagi na konieczność implementacji definicji kartelu. Zgodnie z Projektem pod pojęciem „kartelu”. Związki przedsiębiorców, rozmawiając z decydentami często proponują rozwiązania mające za przedmiot określoną część rynku (np. przedsiębiorców krajowych, czy przedsiębiorców lokalnych). Z uwagi na szerokie znaczenie sformułowania „wpływania na istotne czynniki konkurencji” („*influencing the relevant parameters of competition*”) istnieje ryzyko, że legalne i praktykowane dotychczas sytuacje będą stanowić zagrożenie dla funkcjonowania związków, jak i ich firm członkowskich. Na tle definicji kartelu powstaje obawa o kilka niejasności: jak należy rozumieć „porozumienie” oraz przede wszystkim czym jest „wpływanie na istotne czynniki konkurencji”. Kategoria kartelu ma być wprost używana wobec programu łagodzenia kar, ale nie ma zupełnej pewności co do tego czy nie zostanie użyta z całym jej bagażem niejasności interpretacyjnych np.: przy wykładni zakazanych praktyk ograniczających konkurencję.

Proponuje się zatem następujące zmiany:

- „, po art. 5 dodaje się art. 5a w brzmieniu:

*Art. 5a. Domniemywa się, że działania związku przedsiębiorców prowadzone na podstawie przepisów obowiązującego prawa oraz statutu nie stanowią naruszenia przepisów ustawy.”*

- Zważywszy na praktykę funkcjonowania organizacji branżowych zwracamy się z postulatem modyfikacji sformułowania „wpływania na istotne czynniki konkurencji” użytego w definicji kartelu określonej w projektowanym art. 4 pkt. 5a Ustawy na rzecz **sformułowania „wpływania na istotne czynniki ograniczające konkurencję”**. Wyraża ono cel Dyrektywy - zawarta dalej w projektowanym art. 4 pkt. 5a Ustawy lista przykładowych naruszeń wskazuje właśnie na taki sens tego przepisu.

## XVI. Uwaga dotycząca art. 8 Projektu

Konieczna jest zmiana obecnego art. 8 Projektu – gdyby został wprowadzony w obecnym kształcie złamane zostałyby fundamentalne zasady państwa prawa, a podmioty ponosiłyby odpowiedzialność za swoje działania na zasadach, które nie istniały w chwili dokonania tych działań. Podmioty byłyby również karane za czyny, które nie podlegały karze w chwili ich popełnienia.

Niezależnie od powyższych uwag odnośnie do m.in. projektowanych art. 6b i 106 ust. 3a Ustawy, art. 106 ust. 1a-1f Ustawy, art. 106c Ustawy konieczne należy zwrócić uwagę na przepis przejściowy art. 8 Projektu, który brzmi:

*„Do spraw, w których postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszczęto przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe”*

**W związku z wyżej wymienionymi przykładowo projektowanymi przepisami art. 8 Projektu narusza chronione Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej zasady:**

- ***lex retro non agit / lex mitior agit*** (z łac. „prawo nie działa wstecz” i – odpowiednio – „ustawa względniejsza działa wstecz” – zasady ustanawiające zakaz retroaktywności prawa, chyba że – w przypadku przepisów prawa karnego i im pokrewnych, takich jak przepisy o nakładaniu administracyjnych kar pieniężnych – nowa ustawa jest względniejsza dla sprawcy)

oraz

- ***nullum crimen sine lege*** (z łac. „nie ma przestępstwa bez ustawy” – zasada oznaczająca, że nie może podlegać karze czyn, który nie był zabroniony w momencie jego popełnienia).

W związku z tym postulujemy:

- **Po pierwsze, aby dokonać rewizji Projektu w ujęciu przepisów kreujących nową odpowiedzialność. Są to przynajmniej wskazane wyżej projektowane art. 6b, 106 ust. 3a Ustawy, art. 106 ust. 1a-1f Ustawy, art. 106 ust. 2 Ustawy w zakresie zmienianym Projektem, art. 106c Ustawy;**
- **Po drugie, aby wobec nich zmodyfikować art. 8 Projektu o ust. 2 i wprowadzić w nim zasadę, iż te przepisy stosuje się do praktyk, które rozpoczęły się po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy;**



- **Po trzecie, istotna jest modyfikacja art. 8 o ust. 1 w treści: „Z zastrzeżeniem ustępu 2 tego artykułu, do spraw, w których postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszczęto przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe”.**

Jako przykład można wskazać, iż wejście w życie part. 8 Projektu w obecnym kształcie spowodowałoby nałożenie na osobę zarządzającą przedsiębiorcy, który wywierał decydujący wpływ na bezpośredniego naruszcyciela, karę za czyn, który nie podlegał karze w chwili jego dokonania (bo wówczas czyn osoby zarządzającej przedsiębiorcy, który wywierał decydujący wpływ na bezpośredniego naruszcyciela, nie podlegał karze w świetle Ustawy) – co naruszałoby zasadę *nullum crimen sine lege*. Innym skutkiem byłoby zastosowanie wobec przedsiębiorcy nowych, dużo mniej korzystnych przepisów o wysokości kar w odniesieniu do czynu, w czasie popełnienia którego obowiązywały przepisy względniejsze dla przedsiębiorcy – co naruszałoby zasady *lex retro non agit / lex mitior agit*. Podobne uwagi należy poczynić wobec nowych zasad odpowiedzialności w zakresie związków przedsiębiorców.

Należy zatem zapewnić, że – za pomocą postulowanej przez nas zmiany art. 8 Projektu, dodającej szczególny przepis przejściowy – **znowelizowane przepisy będą miały zastosowanie dopiero do naruszeń, które rozpoczną się po dacie wejścia w życie nowelizacji.**

Należy wskazać, że jest to spójne z dotychczasową praktyką. Gdy wprowadzano do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przepisy o odpowiedzialności osób zarządzających dodano wówczas w ustawie nowelizującej szczególny przepis intertemporalny, który brzmiał:

*osoba zarządzająca ponosi odpowiedzialność na podstawie art. 6a ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, **za działania i zaniechania mające miejsce od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy** [wyróżnienie dodane].*

**Zasada *nullum crimen sine lege* jest jedną z naczelných zasad prawa karnego, ale jej zasięg nie ogranicza się wyłącznie do prawa karnego sensu stricto, lecz ma wymiar uniwersalny, a w tym rozciąga się na administracyjne kary pieniężne – takie jak te, do nakładania których uprawniony jest Prezes UOKiK. Jest ona bowiem jednym z podstawowych praw człowieka i standardów państwa prawa, w związku z czym chroni ją art. 42 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Natomiast zakaz retroaktywności prawa, chyba że – w przypadku przepisów prawa karnego i im pokrewnych, takich jak przepisy o nakładaniu administracyjnych kar pieniężnych – nowa ustawa jest względniejsza dla sprawcy, znajduje oparcie w wynikającej z Konstytucji zasadzie demokratycznego państwa prawnego. Trybunał Konstytucyjny traktuje zasadę *lex retro non agit* także jako składnik zasady zaufania obywateli do państwa (patrz np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego 4/1/A/2009**



**z dnia 20 stycznia 2009 r., w sprawie o sygn. akt P 40/07). W związku z tym ten postulat jest w pełni uzasadniony.**

## **XVII. Postulaty i uwagi końcowe**

W związku z treścią Projektu proponuje się również uregulowanie w Ustawie:

- 1) **wyraźnego ujęcia uprawnienia do utrwalania także przez kontrolowanego/przeszukiwanego przebiegu kontroli i przeszukania za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk.** Rejestracja taka jest niezbędna w przypadku, gdy kontrolujący lub przeszukujący nie prowadzą rejestracji lub prowadzona przez nich rejestracja jest niepełna, a kontrolujący lub przeszukujący grożą przedsiębiorcy, że jego niezarejestrowane zachowania (będące w rzeczywistości jedynie wykonywaniem jego praw) zostaną uznane za utrudnianie kontroli lub przeszukania i są zagrożone wysoką karą;
- 2) **obowiązku ujawnienia, przed przystąpieniem do jakichkolwiek czynności, celu i charakteru czynności, podejmowanych przez Policję lub inny organ, z którego pomocy przy kontroli korzysta organ ochrony konkurencji.** Celem wprowadzenia takiego obowiązku jest wyeliminowanie nagannej praktyki wysyłania do kontrolowanego przedsiębiorcy najpierw funkcjonariusza Policji (bez ujawniania celu jego przybycia).

## **UWAGI KOŃCOWE**

- 1) **Projektowane regulacje w zakresie w jakim osłabiają prawo do obrony lub tajemnicę adwokacką/radcy prawnego nie są niezbędne do wykonania zobowiązań Polski w związku z członkostwem w Unii Europejskiej – należy z nich zrezygnować lub wyeliminować powstałe wątpliwości.** Brak bowiem przepisu prawa unijnego (traktatowego, rozporządzenia, dyrektywy), który zobowiązywałby Polskę do wprowadzenia regulacji, wyłączających tajemnicę zawodową w postępowaniach, dotyczących ochrony konkurencji i konsumentów. Warto zauważyć też, że rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003, regulujące m. in. uprawnienia dochodzeniowe Komisji Europejskiej, przewiduje przesłuchanie tylko za zgodą osoby przesłuchiwanej (art. 19 ust. 1).
- 2) Choć zastosowanie dowolnego środka ingerującego w strukturę przedsiębiorcy lub przedsiębiorców określone w Projekcie jest spójne z Dyrektywą, należy odkreślić, iż narzędzie to powinno zostać ostatecznością, stosowaną w wyjątkowych sytuacjach, w sposób niezwykle ostrożny i zrównoważony.

**Konfederacja Lewiatan, KL/103/42/AZ/2023**