

## O potrzebie doskonalenia rozwiązań procesowych w znowelizowanej z dniem 18 stycznia 2015 r. ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Postulaty odnośnie do instytucji prawnych, które nie zostały wprowadzone lub znowelizowane w ustawie, a być powinny
  1. Zmiany odnoszące się do prawa do wysłuchania
    - 1.1. Uzasadnienie stawianych zarzutów
    - 1.2. Odpowiednie stosowanie przepisów kpc w postępowaniu przed Prezesem UOKiK
    - 1.3. Ograniczenie dostępu do uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK
  2. Rozprawa
  3. *Legal Professional Privilege*
- III. Postulaty odnośnie do instytucji prawnych, które zostały w ustawie znowelizowane, ale wymagają dalszych udoskonaleń lub zmian
  1. Dobrowolne poddanie się karze pieniężnej – na wzór i podobieństwo unijnego *settlement*?  
Niekoniecznie
  2. Odpowiedzialność finansowa osób zarządzających – przystanek na drodze ku kryminalizacji karteli?
- IV. Zakończenie

### Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest wskazanie niedostatków związanych z nowelizacją ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która weszła w życie w dniu 18 stycznia 2015 r. W pierwszej kolejności wskazane są instytucje prawne, które nie zostały uwzględnione (a powinny) w nowelizacji, takie jak: należyte zagwarantowanie stronie prawa do wysłuchania, zmiany w zakresie rozprawy administracyjnej oraz kwestia poufności komunikacji pomiędzy adwokatem/radcą prawnym a klientem. Dodatkowo we wprowadzeniu wymienione zostały inne konieczne zmiany ustawowe. W drugiej części artykułu analizie poddane zostały instytucje wprowadzone do uokik na skutek nowelizacji (procedura dobrowolnego poddania się karze pieniężnej oraz odpowiedzialność finansowa osób zarządzających). Wskazując na wady w tym zakresie, autorzy starają się jednocześnie

\* Doktor nauk prawnych; adiunkt w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW; sekretarz naukowy w Centrum Studiów Antymonopolowych UW; e-mail: mbernatt@wz.uw.edu.pl.

\*\* Doktor nauk prawnych; LL.M. (King's College London); *Counsel* w dziale prawa konkurencji kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr; e-mail: Bartosz.Turno@wkb.com.pl.

przedstawić sposoby udoskonalenia tych instytucji poprzez zaprezentowanie postulatów *de lege lata* oraz *de lege ferenda*.

**Słowa kluczowe:** prawo do wysłuchania; rozprawa administracyjna; poufność komunikacji pomiędzy wykwalifikowanym prawnikiem a klientem (Legal Professional Privilege); dobrowolne poddanie się karze; odpowiedzialność osób fizycznych.

## I. Wprowadzenie

Nowelizacji ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik), która weszła w życie z dniem 18 stycznia 2015 r., przyświecało nie tylko podniesienie skuteczności Prezesa UOKiK w zakresie powierzonej mu misji, lecz także podniesienie poziomu gwarancji proceduralnych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK<sup>1</sup>. W istocie jednak – poza obszarem postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji – nowelizacja służy realizacji tylko tego pierwszego celu<sup>2</sup>. Stało się tak pomimo formułowanych zarówno przez doktrynę, jak i praktykę postulatów zmian uokik. W szczególności w trakcie prac nad nowelizacją Prezes UOKiK nie zdecydował się na rozszerzenie zakresu przedmiotowego nowelizacji, co mogłoby przyczynić się do zapewnienia wyższego poziomu respektowania sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu przed Prezesem UOKiK. Ponadto zmienione albo dodane nowelizacją przepisy, ze względu na przyjęte rozwiązania albo niedoskonałą treść, skutkować będą możliwością dalszego niesłusznego ograniczania gwarancji procesowych.

Niniejszy artykuł odnosi się do tych dwóch zagadnień. Po pierwsze wskazuje na dalsze konieczne zmiany uokik. Po drugie formułuje postulaty odnośnie do instytucji prawnych, które zostały w ustawie znowelizowane, ale wymagają dalszych udoskonaleń lub zmian.

Jeżeli chodzi o pierwszą część artykułu, to wskazane zmiany nie mają charakteru pełnego. Poza omawianymi zmianami w obszarze realizacji prawa do wysłuchania, instytucji rozprawy i *Legal Professional Privilege* rozważać też należy wprowadzenie innych zmian, które służyć będą sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu przed Prezesem UOKiK<sup>3</sup>. Chodzi tu m.in. o ustawowe zagwarantowanie wolności od samooskarżania się<sup>4</sup> i wprowadzenie w art. 50 uokik prawa do milczenia osoby zarządzającej, której stawiany jest zarzut naruszenia art. 6a uokik, rozszerzenie zakresu podmiotowego postępowania przed Prezesem UOKiK<sup>5</sup> oraz zmianę, martwego zresztą dziś, art. 91 uokik regulującego przeszukanie u osoby fizycznej<sup>6</sup>. Do rozważenia pozosta-

<sup>1</sup> Zob. uzasadnienie do projektu zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego z 30 sierpnia 2013 r., s. 42. Pobrano z: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9F27C3A04DCCA6E8C1257BE3003730DF/%24File/1703.pdf>. Stwierdzono tam, że „projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kładzie w szczególności nacisk na wzmocnienie gwarancji praw przedsiębiorcy”. Jedyną ważną zmianą służącą lepszej ochronie praw procesowych – poza obszarem kontroli koncentracji – jest wydłużenie terminu na złożenie odwołania od decyzji Prezesa UOKiK.

<sup>2</sup> W doktrynie wskazuje się, że podniesienie skuteczności Prezesa UOKiK w związku z wprowadzonymi zmianami nie jest pewne, zob. M. Martyniszyn, M. Bernatt, *On Convergence with Hiccups. Recent Amendments to Poland's Competition Law*, „European Competition Law Review” 2015, No. 1, s. 8–14.

<sup>3</sup> Odnośnie do innych postulowanych zmian o charakterze *de lege ferenda* i *de lege lata* zob. M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011, s. 324–330.

<sup>4</sup> Zob. szerzej na ten temat B. Turno, *Prawo odmowy przekazania informacji służącej wykryciu naruszenia reguł konkurencji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, RPEiS 2009, nr 3, s. 31–48.

<sup>5</sup> M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 153–167.

<sup>6</sup> Ibidem, s. 214–223.

ją także zmiany o charakterze instytucjonalnym służące większej niezależności i bezstronności Prezesa UOKiK<sup>7</sup>.

Jeżeli chodzi o drugą część artykułu, to koncentruje się ona na instytucji dobrowolnego podania się karze i procesowych aspektach odpowiedzialności osób zarządzających za dopuszczenie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W doktrynie krytyczne poglądy są jednak również formułowane, jeżeli chodzi o nową instytucję *leniency plus* oraz zmiany ustawowe dotyczące kontroli i przeszukania<sup>8</sup>.

## II. Postulaty odnośnie do instytucji prawnych, które nie zostały wprowadzone lub znowelizowane w ustawie, a być powinny

### 1. Zmiany odnoszące się do prawa do wysłuchania

#### 1.1. Uzasadnienie stawianych zarzutów<sup>9</sup>

Kluczowe znaczenie dla prawa do wysłuchania uczestników postępowania przed organem ochrony konkurencji ma dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu i innych czynnościach podejmowanych przez ten organ<sup>10</sup>. Informacja na temat stawianych stronom zarzutów od samego początku postępowania jest szczególnie ważna. Przekazanie takich informacji stwarza bowiem realną możliwość wypowiedzenia się oraz wpływa na zakres korzystania z innych uprawnień procesowych (np. dostępu do materiału dowodowego zawartego w aktach sprawy)<sup>11</sup>.

Postępowanie wyjaśniające jest tym etapem postępowania przed Prezesem UOKiK, w trakcie którego zbierany jest materiał dowodowy. Wszczęcie merytorycznego postępowania, takiego jak postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję oznacza, że Prezes UOKiK dokonał wstępnego ustalenia naruszenia przepisów uokik<sup>12</sup>. Zatem w momencie wszczęcia takiego postępowania Prezes UOKiK posiada informacje, które świadczyć mogą o naruszeniu reguł konkurencji przez danego przedsiębiorcę. W związku z tym uzasadnione jest twierdzenie, że przedsiębiorcy, wobec których wszczynane jest postępowanie powinni uzyskiwać od Prezesa UOKiK postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego<sup>13</sup> nie tylko ze wskazaniem przepisów uokik, które są podstawą prawną stawianych zarzutów, lecz także z wyczerpującym (choć oczywiście wstępnym) uzasadnieniem podstaw prawnych i faktycznych stawianych zarzutów oraz z informacją o wysokości kary, grożącej przedsiębiorcy za to naruszenie<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> Zob. M. Bernatt, T. Skoczny, *Publicznoprawne wdrażanie reguł konkurencji w Polsce. Czas na zmiany?*, [w:] H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński (red.), *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 1–14.

<sup>8</sup> M. Martyniszyn, M. Bernatt, *On Convergence with Hiccups...*, s. 10–13.

<sup>9</sup> Niniejszy punkt artykułu stanowi powtórzenie tez formułowanych wcześniej przez M. Bernatta, które ze względu na brak nowelizacji uokik w tym zakresie, nie straciły na aktualności. Niniejszy punkt stanowi powtórzenie treści następujących publikacji: M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 106–114; M. Bernatt, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – potrzeba nowelizacji. Perspektywa sprawiedliwości proceduralnej*, iKAR 2012, nr 1, s. 92. Por. też M. Bernatt, *Komentarz do art. 88*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, C.H. Beck, Wyd. II, Warszawa 2014 oraz M. Bernatt, *Can the right to be heard be respected without access to information about the proceedings? Deficiencies of national competition procedure*, YARS 2012, nr 5, s. 91–110.

<sup>10</sup> M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 102.

<sup>11</sup> M. Bernatt, A. Jurkiewicz-Wciślak, *Komentarz do art. 74*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, Nb 7; B. Turno, *Termin na wniesienie odwołania od decyzji Prezesa UOKiK*, PPH 2008, nr 6, s. 21.

<sup>12</sup> Zob. art. 48 ust. 2 pkt 1 uokik.

<sup>13</sup> Art. 88 ust. 2 uokik.

<sup>14</sup> Postulaty w tym zakresie są już od kilku lat formułowane w doktrynie, zob. B. Turno, *Termin na wniesienie odwołania...*, s. 21–22; M. Kolański, *Influence of the General Principles of Community Law on Polish Antitrust Procedure*, YARS 2010, nr 3, s. 38; M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 106 i n.; R. Gago, P. Rosiak, *Uwagi dotyczące zakresu postanowienia o wszczęciu postępowania w świetle wymogu zapewnienia realizacji prawa do obrony oraz w związku z zakresem unijnego postanowienia o przedstawieniu zarzutów (Statement of objections)*, iKAR 2013, nr 7, s. 45–50.

W uzasadnieniu powinna być również wskazana ta część materiału dowodowego w sprawie, która zawiera dowody ewentualnego naruszenia<sup>15</sup>.

Dotychczasowa praktyka stosowania art. 88 ust. 2 uokik nie gwarantuje przedsiębiorcy uzyskania pełnej informacji o toczącym się przeciwko niemu postępowaniu (w momencie jego wszczęcia). Zdarza się bowiem, że postanowienie o wszczęciu postępowania zawiera tylko ogólne określenie zarzutu (poprzez powołanie podstawy prawnej) bez uzasadnienia w zakresie stanu faktycznego i prawnego. W decyzji z 8 grudnia 2009 r. Prezes UOKiK nie zgodził się z twierdzeniami dwóch stron postępowania zarzucającymi mu, że niewystarczająco precyzyjnie sformułował zarzuty w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego w przedmiotowej sprawie, co w ocenie przedsiębiorców miało ograniczyć ich prawo do obrony<sup>16</sup>. W ocenie Prezesa UOKiK było to stanowisko nietrafne, ponieważ w sprawie przedmiotem postępowania były praktyki nazwane, a „zarzut został sformułowany przez Prezesa Urzędu w sposób, który dokładnie odwzorowuje brzmienie przepisów obowiązującego prawa”<sup>17</sup>. Choć wydawane od pewnego czasu postanowienia zawierają szersze uzasadnienie stawianych zarzutów, to przekazywana informacja nie jest wciąż wystarczająca. Z całą pewnością nie przypomina zawartości ang. *statement of objection* (dalej: SO), które uzyskują przedsiębiorcy w postępowaniu przed Komisją. W tym świetle zasadne byłoby uzupełnienie treści art. 88 ust. 2 uokik o wyliczenie tych informacji, które powinno zawierać uzasadnienie o wszczęciu postępowania. Ciekawą propozycję nowelizacji art. 88 ust. 2 uokik zgłosili R. Gago i P. Rosiak<sup>18</sup>. Przyjąć należy również, że nowelizacja art. 88 uokik jest także konieczna w świetle potrzeby zapewnienia pełnego prawa do wysłuchania osobom fizycznym, wobec których na podstawie znowelizowanej uokik również wszczynane może być postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję.

Za koniecznością udostępniania przez Prezesa UOKiK pełniejszej informacji, nt. stawianych zarzutów w postanowieniu wydawanym na podstawie art. 88 ust. 2 uokik, przemawiają następujące argumenty. Po pierwsze, wskazuje na to wykładnia przepisów znajdujących zastosowanie w postępowaniu przed Prezesem UOKiK. Skoro bowiem na Prezesie UOKiK spoczywa obowiązek poinformowania o wszczęciu postępowania antymonopolowego<sup>19</sup>, które kończy się decyzją wydaną na podstawie zarzutów, do których strony miały możliwość się ustosunkować<sup>20</sup> (art. 74 uokik), to – w świetle sformułowanej w art. 9 kpa ogólnej zasady informowania w postępowaniu administracyjnym – w doręczanym postanowieniu o wszczęciu postępowania konieczne jest wskazanie zarzutów wraz z ich uzasadnieniem faktycznym i prawnym<sup>21</sup>. Po drugie, wniosek taki płynie z orzecznictwa SOKiK, które, choć wydane na podstawie uokik z 2000 r., wciąż pozostaje aktualne: „postanowienie takie, dla zapewnienia stronom aktywnego udziału w postępowaniu, musi zawierać określenie jego zakresu, a więc wskazywać jakie działania strony może

<sup>15</sup> Z perspektywy prawa do wysłuchania chodzi nie tylko o dostęp do akt sprawy jako takich, lecz także o dostęp do tej części akt, która stanowić może dowód w sprawie.

<sup>16</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2009 r., DOK-7/2009. Pobrano z: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl).

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> R. Gago, P. Rosiak, *Uwagi dotyczące zakresu postanowienia o wszczęciu postępowania...*, s. 49.

<sup>19</sup> Art. 88 ust. 2 uokik.

<sup>20</sup> Art. 74 uokik.

<sup>21</sup> M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 107; odnośnie do obowiązków wynikających z art. 9 kpa por. G. Łaszczyca, Cz. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, T. I, komentarz do art. 1–103, Lex 2007, komentarz do art. 9 kpa, Nb 7 oraz J. Borkowski [w:] J. Borkowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 1989, s. 72–73.

naruszać normę oraz normę, która mogła być przez to działanie naruszona<sup>22</sup>. Podobne wnioski wyciągnąć można także z nowszego orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Warszawie<sup>23</sup>. Co istotne, sądy te podkreślają także – trafnie – że wymaga tego art. 6 ust. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPC)<sup>24</sup>. Po trzecie względ na potrzebę zapewnienia podobnych standardów proceduralnych w postępowaniu przed Komisją i krajowymi organami ochrony konkurencji oznacza, że punktem odniesienia w zakresie uzasadniania postanowień o wszczęciu postępowania powinna być praktyka Komisji odnośnie do stosowania art. 27 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 i art. 10 rozporządzenia 773/2004 oraz orzecznictwo sądów UE. W orzecznictwie tym wskazano, że SO powinno określać podstawowe fakty (np. określenie sektora i rynku, którego naruszenie ma dotyczyć) i argumenty prawne oraz wyjaśniać, jakie wnioski Komisja zamierza z nich wyciągnąć<sup>25</sup>. Ma to pozwolić przedsiębiorcy na zidentyfikowanie zachowania, które Komisja wstępnie ocenia negatywnie<sup>26</sup>.

## 1.2. Odpowiednie stosowanie przepisów kpc w postępowaniu przed Prezesem UOKiK<sup>27</sup>

W obecnie obowiązującej uokik przyjęto w pełni model postępowania inkwizycyjnego. To na Prezesie UOKiK, jako na organie administracji państwowej wszczynającym postępowanie, prowadzącym je i wydającym ostatecznie decyzję, spoczywa – w świetle art. 7 kpa<sup>28</sup> – ciężar dowiedzenia, że doszło do naruszenia reguł konkurencji. Stąd wątpliwości wzbudza brak nowelizacji art. 84 uokik, który przewiduje odesłanie w sprawach dotyczących dowodów art. 227–315 kodeksu postępowania cywilnego (dalej: kpc)<sup>29</sup> w zakresie nieuregulowanym w uokik<sup>30</sup>. Przepisy te zostały bowiem zbudowane na potrzeby procesu kontradyktoryjnego, a nie inkwizycyjnego. Najlepszym dowodem na ograniczoną możliwość stosowania wskazanych przepisów kpc w postępowaniu antymonopolowym jest art. 232 zd. 1 kpc, zgodnie z którym to strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. To tymczasem na Prezesie UOKiK – który nie jest przecież stroną postępowania – spoczywa obowiązek wskazywania dowodów, potwierdzających fakt naruszenia uokik. Przedsiębiorcy zaś mogą (ale nie muszą) wskazywać na okoliczności świadczące o niewystąpieniu naruszenia. Stosowanie kpc w postępowaniu dowodowym przed Prezesem UOKiK wywołuje również wątpliwości co do zakresu stosowania w tym postępowaniu art. 75–81 kpa (regulują one postępowanie dowodowe w kpa). Tymczasem przepisy te odgrywają rolę gwarancyjną w stosunku do zasad ogólnych kpa (w pełni stosowanych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK), szczególnie wobec zasady prawdy obiektywnej i zasady czynnego udziału strony w postępowaniu administracyjnym sformułowane

<sup>22</sup> Wyr. SOKiK 7.01.2004 r., XVII Ama 24/03, Wokanda 2005, nr 2, poz. 50. Zob. też wyr. SOKiK z 23.02.2004 r., XVII Ama 30/03, niepubl.; wyr. SOKiK z 23.07.2003 r., XVII Ama 94/02, Wokanda 2004, nr 7–8, poz. 89.

<sup>23</sup> Zob. wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4.07.2012 r., VI ACa 202/12. Pobrano z: <http://orzeczenia.ms.gov.pl>: „informacja o istocie i przyczynie stawianych zarzutów powinna zostać przekazana przedsiębiorcy najpóźniej w decyzji administracyjnej (a właściwie już na etapie wszczęcia postępowania w sprawie nałożenia kary), tak aby zapewnić realną możliwość obrony przed zarzutami stanowiącymi podstawę nałożenia kary”.

<sup>24</sup> Wyr. SOKiK 7.01.2004 r., XVII Ama 24/03; wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4.07.2012 r. VI ACa 202/12.

<sup>25</sup> C-62/86 AKZO v Komisja, [1991] ECR I-3359, pkt 29; T-10/92 Cimenteries CBR SA i inni v Komisja, [1992] ECR II-571, pkt 33; T-191/98 Atlantic Container Line AB i inni v Komisja, [2003] ECR II-3275, pkt 113 i pkt 162; por. też C.S. Kerse, N. Khan, *EC Antitrust Procedure*, 5th Edition, Sweet & Maxwell, London 2005, Nb. 4–020.

<sup>26</sup> T-25/95 Cimenteries CBR SA i inni przeciwko Komisji, [2000] ECR II-491, pkt 476.

<sup>27</sup> Niniejszy punkt artykułu stanowi powtórzenie tez sformułowanych wcześniej przez M. Bernatta, które ze względu na brak nowelizacji uokik w tym zakresie, nie straciły na aktualności. Niniejszy punkt jest w szczególności oparty na treści następujących publikacji: M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 125–131 oraz M. Bernatt, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 93.

<sup>28</sup> Ustawa z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. Nr 30, poz. 168, ze zm.).

<sup>29</sup> Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296, ze zm.).

<sup>30</sup> Zob. art. 84 uokik.

w art. 7 i 10 kpa. Przy literalnej wykładni art. 84 uokik (którą należy odrzucić) można by dojść do wniosku, że art. 75–81 kpa nie znajdują zastosowania w tym postępowaniu przed Prezesem UOKiK. Tymczasem na przykład art. 81 kpa przewiduje fundamentalną zasadę, że okoliczność faktyczna może być uznana za udowodnioną, jeżeli strona miała możliwość wypowiedzenia się co do przeprowadzonych dowodów. Zatem, mając również na względzie zniesienie w uokik z 2007 r. możliwości wnioskowego wszczynania postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję<sup>31</sup>, rozważyć należy albo uchylene art. 84 uokik<sup>32</sup>, albo wyraźne wyliczenie w nim tych przepisów kpc, których odpowiednie stosowanie jest przydatne w praktyce Prezesa UOKiK przy prowadzeniu postępowania dowodowego.

### 1.3. Ograniczenie dostępu do uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK

Analiza uzasadnień niektórych decyzji Prezesa UOKiK<sup>33</sup> prowadzi do wniosku, że istnieje potrzeba dodania do uokik przepisu, który regulowałby (na podobnej zasadzie, jak art. 69 ust. 1 uokik reguluje ograniczenie dostępu do akt sprawy) możliwość nieudostępnienia uzasadnienia decyzji stronom postępowania w całości, jeżeli w grę wchodzi konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa<sup>34</sup>. W obecnym stanie prawnym za podstawę do takiego ograniczenia trudno uznać art. 32 ust. 3 uokik (dotyczy on publicznej wersji decyzji) czy art. 71 uokik (dotyczy on faktycznego obowiązku chronienia i nieujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa przez pracowników UOKiK)<sup>35</sup>. Na podstawie zaś art. 69 uokik możliwe jest tylko ograniczenie dostępu do materiału dowodowego zawartego w aktach sprawy. Brak jest podstaw prawnych, by przepis ten stosować analogicznie do uzasadnień decyzji Prezesa UOKiK.

## 2. Rozprawa<sup>36</sup>

Możliwość bezpośredniego kontaktu pomiędzy osobami podejmującymi decyzję a podmiotami, których ta decyzja dotyczy gwarantuje ich pełne wysłuchanie oraz sprzyja lepszemu wyjaśnieniu sprawy. Pozwala także na sprawniejsze wyjaśnienie spornych okoliczności pomiędzy stronami postępowania. Przyczynić się może także do zaakceptowania przez strony ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy. Z tej perspektywy wątpliwości budzi brak nowelizacji art. 60 ust. 1 uokik, przewidującego, że Prezes UOKiK może w toku postępowania przeprowadzić rozprawę. Wśród komentatorów przeważa pogląd, że wyraźne uregulowanie w uokik instytucji rozprawy wyłącza możliwość zastosowania w postępowaniu przed Prezesem UOKiK art. 89 kpa<sup>37</sup>. Przyjmuje się zatem, że decyzja Prezesa UOKiK w zakresie zorganizowania rozprawy ma charakter uznaniowy, co jak się wydaje jest przyczyną jej rzadkiego organizowania. Rozprawa w postępowaniu przed

<sup>31</sup> Mogło to pierwotnie, ze względu na quasi-kontrydyczny charakter postępowania antymonopolowego, uzasadniać stosowanie przepisów kpc.

<sup>32</sup> W takiej sytuacji w zakresie nieuregulowanym w uokik znajdowałyby zastosowanie w sprawach dowodów wprost przepisy kpa (na podstawie art. 83 uokik).

<sup>33</sup> Zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 3.02.2011 r., DKK-12/2011. Pobrano z: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl).

<sup>34</sup> M. Bernatt, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 95.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> Niniejszy punkt artykułu stanowi powtórzenie tez sformułowanych wcześniej przez M. Bernatta, które ze względu na brak nowelizacji uokik w tym zakresie, nie straciły na aktualności. Niniejszy punkt stanowi powtórzenie treści publikacji: M. Bernatt, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 93–94; M. Bernatt, *Komentarz do art. 60*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 960–963. Zob. podobnie M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 134–144.

<sup>37</sup> Za brakiem możliwości zastosowania art. 89 kpa, ze względu na treść art. 83 uokik, opowiada się G. Łaszczycza, *Komentarz do art. 60*, [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck Warszawa 2009, Nb 4 oraz C. Banasiński i E. Piontek (red.), *Ustawa*, s. 659–660. Na odmiennym stanowisku stoi M. Sieradzka [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Lex, Warszawa 2006, s. 797. Na fakultatywny charakter rozprawy w uokik wskazuje także J. Krüger, *Komentarz do art. 60*, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 788–789. Podkreśla jednak, że w przypadku, gdy konieczne będzie przesłuchanie co najmniej dwóch świadków lub biegłych, Prezes UOKiK powinien decydować się na wyznaczenie rozprawy. Ich zdaniem przemawiają za tym praktyczne względy, przejawiające się w możliwości konfrontowania świadków, których zeznania sobie wzajemnie przeczą, czy też biegłych, którzy przedstawili rozbieżne opinie.

Prezesem UOKiK ma fakultatywny charakter nawet wówczas, gdy zachodzi potrzeba uzgodnienia interesów stron<sup>38</sup>. Potrzeba taka może mieć tymczasem miejsce na przykład w przypadku sprzeczności pomiędzy stanowiskami podmiotów objętych trybem darowania lub łagodzenia kar lub podmiotów, którzy tym trybem nie zostali objęci<sup>39</sup>. Obowiązek przeprowadzenia rozprawy w postępowaniu przed Prezesem UOKiK nie występuje również w przypadku przesłuchiwania świadków, w sytuacji gdy służyłoby to wyjaśnieniu sprawy. Uniemożliwić to może stronie bezpośrednio odniesienie się do zeznań świadka i zadawanie mu pytań zgodnie z art. 95 kpa. Mając to na uwadze, potrzebne jest doregulowanie instytucji rozprawy w uokik poprzez wskazanie przypadków, w których co do zasady powinna być ona zorganizowana. Oczywiście – nawet jeżeli do nowelizacji miałyby nie dojść – w pełni pozytywnie należy postrzegać zmianę praktyki Prezesa UOKiK w zakresie częstszego sięgania po rozprawę, np. w wypadku postępowania antymonopolowego dot. porozumień ograniczających konkurencję.

Częstsze organizowanie przez Prezesa UOKiK rozprawy odpowiadać będzie standardom przyjętym w postępowaniu przed Komisją. W postępowaniu przed KE analogiczną do rozprawy instytucją jest „wysłuchanie ustne” (*oral hearing*), uregulowane w art. 12 rozporządzenia 773/2004. W jego świetle obowiązek ustnego wysłuchania przez Komisję strony postępowania zachodzi, gdy zażąda tego strona. Wysłuchanie ustne nie ma więc charakteru fakultatywnego. W trakcie wysłuchania urzędnik ds. wysłuchania (*Hearing Officer*) może zezwolić na zadawanie pytań stronom, do których skierowano przedstawienie zarzutów, wnioskodawcom, innym osobom zaproszonym na przesłuchanie, służbom Komisji oraz organom państw członkowskich<sup>40</sup>. KE umożliwia także bezpośredni kontakt z urzędnikami prowadzącymi postępowanie, organizując nieformalne spotkania, tzw. *State of Play meetings*, w których mogą brać udział uczestnicy postępowania<sup>41</sup>.

### 3. *Legal Professional Privilege*

Uznać należy, że w znowelizowanym uokik problemem pozostaje brak regulacji zasady *Legal professional privilege* (dalej: zasada LPP), określanej w języku polskim jako zasada ochrony poufności komunikacji pomiędzy wykwalifikowanym prawnikiem a klientem<sup>42</sup> lub również jako ochrona tajemnicy porady prawnej<sup>43</sup>. Nowelizacją dodano do uokik nowy art. 105q, który przewiduje odpowiednie stosowanie – w wypadku przeszukania w postępowaniu przed Prezesem UOKiK – art. 224 § 1, art. 225 i art. 226 kodeksu postępowania karnego (dalej: kpk)<sup>44</sup>.

Rozwiązanie takie jest w istocie powtórzeniem rozwiązania przyjętego w uokik w wersji przed nowelizacją (przepisy uokik odsyłały wtedy ogólnie do przepisów kpk o przeszukaniu) i co najistotniejsze nie rozwiązuje dostrzeganych już przed nowelizacją problemów. Podkreślaliśmy już, że w nowelizacji nietrafnie zrezygnowano z próby pełnej regulacji LPP w uokik, co godzić będzie nie tylko w prawo do obrony przedsiębiorcy, lecz także w skuteczność czynności dochodzeniowych prowadzonych przez Prezesa UOKiK, a w konsekwencji w skuteczność egzekwowania

<sup>38</sup> Wystąpienie tej okoliczności przesądza, na gruncie przepisów kpa, o konieczności zorganizowania rozprawy.

<sup>39</sup> W wyr. z 19.12.1983 r., I SA 806/83 (pobrano z: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>), NSA podkreślił, że „wartość dowodowa oświadczeń obu stron o sprzecznych interesach jest jednakowo niepewna, wobec czego oświadczenie jednej strony nie może przemawiać za bezkrytycznym odrzuceniem przez organ oświadczenia strony przeciwnej”. Dokonanie takiej oceny przez organ jest możliwe dzięki rozprawie.

<sup>40</sup> Art. 14 ust. 7 rozporządzenia 773/2004.

<sup>41</sup> Por. *DG Competition Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFUE*, pkt 2.11.

<sup>42</sup> Tak B. Turno [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o...*, s. 984–985, 1080 i n.

<sup>43</sup> Tak M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 229.

<sup>44</sup> Por. M. Bernatt, *Komentarz do art. 105q*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 1304–1306.

przestrzegania reguł konkurencji<sup>45</sup>. Po szczegółowej analizie wątpliwości interpretacyjnych, które wiązać się będą ze stosowaniem art. 105q uokik, sformułowaliśmy propozycję brzmienia nowego przepisu, która umożliwiłaby uniknięcie problemów, które będą występować na gruncie przyjętej przez ustawodawcę regulacji<sup>46</sup>. Podtrzymujemy w pełni nasze stanowisko. W tym miejscu należy tylko przypomnieć, że fundamentalnym problemem przyjętej regulacji jest to, że art. 105q ust. 3 uokik przewiduje odesłanie do stosowania art. 225 kpk tylko w przypadku przeszukania. Oznacza to, że w toku kontroli (która jest przez Prezesa UOKiK przeprowadzana znacznie częściej niż przeszukiwanie) dokumenty zawierające komunikację pomiędzy prawnikiem a klientem nie będą mogły podlegać ochronie w oparciu o art. 225 kpk. Drugą najbardziej wątpliwą kwestią jest zaś to, że odesłanie z art. 105q do art. 225 kpk w żaden sposób nie rozwiązuje problemu, jak interpretować i rozróżniać w postępowaniu przed Prezesem UOKiK pojęcia tajemnicy zawodowej (adwokackiej lub radcowskiej) i tajemnicy obrończej, a zatem czy w wypadku przeszukania prowadzonego przez Prezesa UOKiK odpowiednie zastosowanie miałby znaleźć tryb przewidziany w art. 225 § 1 czy w art. 225 § 3 kpk. Przyjęta regulacja powoduje, że w zależności od rodzaju oświadczenia złożonego przez przedsiębiorcę lub jego prawnika zastosowanie znajdzie albo tryb przewidziany w § 1 albo w § 3. Dodatkowo, w przypadku jednak stosowania art. 225 § 3 kpk SOKiK będzie miał możliwość dokonania oceny czy dane dokumenty na ochronę zasługują, tylko w wypadku złożenia oświadczenia przez samego przedsiębiorcę (nie zaś jego obrońcę).

### III. Postulaty odnośnie do instytucji prawnych, które zostały w ustawie znowelizowane, ale wymagają dalszych udoskonalień lub zmian

#### 1. Dobrowolne poddanie się karze pieniężnej – na wzór i podobieństwo unijnego *settlement*? Niekoniecznie

Przede wszystkim należy sobie uświadomić, że instytucja dobrowolnego poddania się karze pieniężnej, przewidziana w przepisach art. 89a i 81 ust. 3a uokik, zasadniczo różni się od unijnej instytucji *settlement* uregulowanej w *Obwieszczeniu Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych w związku z przyjęciem decyzji na mocy art. 7 i 23 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 w sprawach kartelowych*<sup>47</sup> oraz generalnie od anglosaskich *plea bargaining*<sup>48</sup>, pomimo że instytucje te stanowiły inspirację dla „polskiego programu *settlement*”<sup>49</sup>. Ta zasadnicza różnica bierze się stąd, że zwłaszcza unijny *settlement* ma na celu uproszczenie oraz dzięki temu skrócenie i przyspieszenie postępowania przed Komisją poprzez dobrowolne zrzeczenie się przez stronę części przysługujących jej praw procesowych (ustępstwa proceduralne), które stanowią swoisty „ciężar” dla organu i wydłużają oraz komplikują postępowanie. W modelu unijnym strona rezygnuje więc ze: szczegółowego SO i szczegółowej decyzji kończącej postępowanie, które to

<sup>45</sup> M. Bernatt, B. Turno, *Zasada legal professional privilege w projekcie zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 1, s. 17–30.

<sup>46</sup> Ibidem, s. 28–29.

<sup>47</sup> Dz. Urz. UE 2008/C 167/01. Na temat tego programu zob. np. W.P.J. Wils, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, „World Competition” 2008, nr 3, s. 335–352; A. Scordamaglia, *The new Commission settlement procedure for cartels: A critical assessment*, „Global Antitrust Review” 2009, nr 2, s. 61–91.

<sup>48</sup> Zob. np. A. O'Brien, *Cartel settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences and Remaining Questions*. Pobrano z: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.htm>.

<sup>49</sup> Szerzej na temat instytucji *settlement* w różnych systemach prawnych oraz korzyści i strat z nią związanych zob. E. Krajewska, *Settlement w świetle doświadczeń europejskich – w poszukiwaniu najlepszych rozwiązań*, iKAR 2012, nr 4, s. 57–76 oraz E. Krajewska, *Settlement w postępowaniu antymonopolowym – ekonomiczna analiza kosztów i korzyści z punktu widzenia przedsiębiorcy*, iKAR 2013, nr 1, s. 68–78.



dokumenty dodatkowo nie muszą być tłumaczone na inne języki niż uzgodniony oficjalny język; z ustnego wysłuchania; z pełnego dostępu do akt sprawy; zobowiązuje się nie kwestionować swojej odpowiedzialności w zakresie skrótowo opisanego naruszenia i jego celu/przedmiotu, głównych ustaleń faktycznych i ich prawnej kwalifikacji, w tym roli strony w naruszeniu oraz jego długości jej uczestnictwa w naruszeniu. Innymi słowy w stosunku do strony przystępującej do unijnego programu *settlement* wdrażana jest niejako procedura uproszczona w stosunku do normalnej procedury z pełnią przysługujących stronie praw procesowych. Tymczasem model przyjęty w Ustawie prowadzi do zwiększenia zakresu praw procesowych dla strony (za jej zgodą) z jednoczesnym założeniem, że przyczyni się to do uproszczenia i przyspieszenia postępowania (w tym przed Prezesem UOKiK), w sytuacji, w której i tak Prezes UOKiK musi przeprowadzić pełne postępowanie dowodowe. W polskim modelu Prezes UOKiK (i strona również) musi więc niejako wykonać więcej (zamiast mniej) i to ma w założeniu usprawnić i przyspieszyć postępowanie. Zatem podstawowe i niejako uproszczone postępowanie przed Prezesem UOKiK (z uwagi na niedostateczną nadal realizację wymogów sprawiedliwości proceduralnej), na skutek zastosowania programu dobrowolnego poddania się karze, staje się postępowaniem bardziej rozbudowanym, z większym zakresem praw procesowych przysługujących stronie.

Wydaje się, że kierunek zmian przyjętych w Ustawie powinien być jednak odwrotny. Ustawodawca najpierw powinien w drodze nowelizacji przyznać wszystkim stronom wszystkie podstawowe prawa procesowe (w szczególności wskazane w pkt. II.1–3 powyżej), a dopiero później wprowadzać procedurę *settlement*, w ramach której organ antymonopolowy przyznawałby stronom 10% redukcję kary pieniężnej w zamian za dobrowolne ustępstwa proceduralne stron, co skutkowałoby uproszczeniem i przyspieszeniem zwłaszcza postępowania antymonopolowego. Paradoksem jest więc, że program dobrowolnego poddania się karze wprowadza do postępowania przed Prezesem UOKiK wyższy (choć nadal niewystarczający) poziom gwarancji procesowych dla stron.

Po drugie, „polski *settlement*” charakteryzuje się bardzo szerokim zakresem przedmiotowym i podmiotowym. Ma on bowiem zastosowanie do wszelkich praktyk ograniczających konkurencję (naruszających przepis art. 6 lub 9 uokik lub przepis art. 101 ust. 1 lub 102 TFUE), a więc nie tylko do karteli (jak w prawie UE), lecz także wszelkich innych naruszeń horyzontalnych i wertykalnych, dopuszczonych przez przedsiębiorcę lub przez osobę zarządzającą oraz praktyk jednostronnych przedsiębiorcy w postaci nadużywania pozycji dominującej. Spod zakresu przedmiotowego wyłączone są sprawy naruszeń zbiorowych interesów konsumentów<sup>50</sup>. Tymczasem instytucja *settlement* ma największy sens (dla strony i zwłaszcza dla organu) w sprawach kartelowych w połączeniu z równoczesnym stosowaniem programu *leniency*, szczególnie wtedy, kiedy strona składa wniosek o obniżenie kary pieniężnej w ramach *leniency*<sup>51</sup>. W takiej sytuacji *settlement* daje stronie dodatkowe 10% obniżenia kary pieniężnej, a organowi (w połączeniu z dowodami uzyskanymi w ramach *leniency*) – szansę na jeszcze szybsze i łatwiejsze stwierdzenie kartelu. Warto również

<sup>50</sup> Tak również E. Krajewska, A. Piszcz, *Komentarz do art. 89a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 1102. Polska instytucja *settlement* nie znajduje zastosowania w sprawach antymonopolowych dotyczących kontroli koncentracji przedsiębiorców nie tylko dlatego, że nie nadaje się do zastosowania w tej kategorii spraw (tak słusznie E. Krajewska, A. Piszcz, *Komentarz do art. 89a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 1102) – co jest oczywiście prawdą – ale również dlatego, że przepis art. 89a ust. 1 jest zamieszczony w Ustawie w Dziale VI (Postępowanie przed Prezesem UOKiK), Rozdziale 2 (Postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję).

<sup>51</sup> Na gruncie uokik nie ma żadnych przeszkód, aby *settlement* i *leniency* stosować równocześnie w jednym postępowaniu w sprawach porozumień. Wręcz przeciwnie instytucja *settlement* oraz program *leniency* stanowią w sprawach kartelowych doskonale wzajemne uzupełnienie (razem przyczyniając się do zwiększenia odstraszenia) i tak też są stosowane przez Komisję (zob. pkt. 1 oraz 33 *Obwieszczeniu Komisji w sprawie prowadzenia postępowań ugodowych...*). Innymi słowy *settlement* i *leniency* nie konkurują ze sobą, lecz uzupełniają się i harmonijnie ze sobą współgrają.

pamiętać, że nie każda sprawa (w tym kartelowa) nadaje się na stosowanie wobec niej procedury *settlement*<sup>52</sup>, a do tego organ antymonopolowy musi przekonać wszystkie strony, aby przystąpiły do tej procedury. A więc również w przypadku „polskiego *settlement*” zdecydowanie zbyt szeroki zakres przedmiotowy (dodatkowo pokrywający się zakresem instytucji decyzji zobowiązującej<sup>53</sup>) może negatywnie wpłynąć na jego skuteczność. Dlatego też, z ww. powodów instytucja uregulowana w art. 89a i 81 uokik – pomimo pewnych analogii – nie powinna być utożsamiana z unijną instytucją *settlement*. *De facto* nie jest bowiem jej odpowiednikiem<sup>54</sup>.

Zatem czy polski model *settlement* ma szansę osiągać swój ustawowy cel w postaci przyspieszenia postępowania (w tym postępowania antymonopolowego), a przez to ograniczenia kosztów regulacyjnych (szczególnych) zarówno po stronie Prezesa UOKiK, jak i strony i w konsekwencji zwiększenia poziomu odstraszania<sup>55</sup>? Można zasadnie w to wątpić<sup>56</sup>. Zastosowane procedury dobrowolnego poddania się karze będzie bowiem wymagało podjęcia przez Prezesa UOKiK dodatkowych czynności (niepodejmowanych w „zwyczajnym” postępowaniu antymonopolowym), tzn. poinformowania strony biorącej w niej udział o:

- wstępnych ustaleniach postępowania antymonopolowego dotyczących konkretnej strony (zatem informacja zawsze będzie musiała być zindywidualizowana na temat udziału tej strony w zarzucanej praktyce, a nie generalnie „o sprawie”),
- przewidywanej treści decyzji (również w odniesieniu do konkretnej strony postępowania);
- wysokości kary pieniężnej, która zostanie nałożona na stronę,
- skutkach wniesienia odwołania od decyzji (czyli o cofnięciu obniżenia kary pieniężnej przyznanego w ramach dobrowolnego poddania się karze).

Takie informacje będą musiały zostać przekazane stronie ponownie po zapoznaniu się przez Prezesa UOKiK z jej stanowiskiem<sup>57</sup>, biorąc jednocześnie pod uwagę przedstawione przez stronę informacje i dowody. Dodatkowo po tym jak strona zapozna się z takimi ponownie przedstawionymi jej w trybie art. 89a ust. 6 uokik. informacjami, Prezes UOKiK jest zobowiązany do wezwania strony do zajęcia w wyznaczonym terminie (nie krótszym niż 14 dni) ostatecznego stanowiska w sprawie, w którym to stanowisku musi być zawarte oświadczenie strony o dobrowolnym poddaniu się karze pieniężnej oraz potwierdzenie: (i) wysokości kary pieniężnej zaakceptowanej przez stronę; (ii) poinformowania strony o zarzucanych jej naruszeniach i umożliwieniu zajęcia stanowiska, a także pouczenia o skutkach wniesienia odwołania wynikających z art. 81 ust. 3a uokik<sup>58</sup>. Ostateczne stanowisko strony jest uwzględniane w treści decyzji<sup>59</sup>, z tym jednak zastrzeżeniem, że Prezes UOKiK może odstąpić od stosowania procedury w sprawie dobrowolnego poddania

<sup>52</sup> Decydujący wpływ na to czy sprawa nadaje się do *settlement* ma: ilość stron postępowania (im więcej stron, tym trudniej o przystąpienie wszystkich stron do *settlement*; jednocześnie nie ma sensu dla organu otwierania *settlement*, jeśli z góry wiadomo, że nie wszystkie strony do niego przystąpią; innymi słowami albo wszyscy, albo nikt); istniejące konflikty pomiędzy stronami (np. oskarżenia o to kto przymuszał innych do zawiązania lub wejścia do kartelu) lub konflikty w ramach jednego organizmu gospodarczego odnośnie do np. kwestii odpowiedzialności za nielegalne działania podmiotów zależnych.

<sup>53</sup> Na temat tej relacji zob. E. Krajewska, A. Piszcz, *Komentarz do art. 89a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 1102.

<sup>54</sup> Por. E. Krajewska, A. Piszcz, *Komentarz do art. 89a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 1101. Zob. także krytyczne uwagi Autorki na temat zapożyczenia z prawa karnego („dobrowolne poddanie się karze”) nazwy instytucji uregulowanej w art. 89a i 81 uokik.

<sup>55</sup> Warto dodać, że zgodnie z deklaracjami twórców ustawy wyrażanymi w uzasadnieniu projektu jej nowelizacji, zasadniczym celem całej nowelizacji ustawy było uproszczenie, przyspieszenie i skrócenie procedur, w tym postępowania antymonopolowego, poprzez wprowadzenie instytucji dobrowolnego poddania się karze – zob. s. 1 oraz 22–24 uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej uokik. Pobrano z: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9F27C3A04DCCA6E8C1257BE3003730DF/%24File/1703.pdf>.

<sup>56</sup> Podobne wątpliwości wyraża również E. Krajewska, A. Piszcz, *Komentarz do art. 89a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 1104 oraz A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Wydawnictwo Temida 2, Białystok 2013, s. 197.

<sup>57</sup> Art. 89a ust. 6 uokik.

<sup>58</sup> Art. 89a ust. 8 pkt 1 i 2.

<sup>59</sup> Art. 89a ust. 9 uokik.

się karze pieniężnej na każdym etapie postępowania, jeśli uzna, że jej stosowanie nie przyczynia się do przyspieszenia postępowania<sup>60</sup>.

Brak wiary w znaczące przyspieszenie postępowania przed Prezesem UOKiK znajduje również uzasadnienie w treści przepisu art. 89a ust. 1 uokik, zgodnie z którym inicjatywa rozpoczęcia procedury dobrowolnego poddania się karze ma miejsce przed zakończeniem postępowania antymonopolowego. Oczywiście na gruncie wykładni językowej można argumentować, że oznacza to również tyle, że z taką inicjatywą Prezes UOKiK (z urzędu lub na wniosek strony) może wystąpić również dzień po wszczęciu postępowania antymonopolowego. Niemniej jednak w ramach procedury dobrowolnego poddania się karze Prezes UOKiK przedstawia stronie (i to co najmniej dwukrotnie) wstępne ustalenia postępowania antymonopolowego dotyczące tej strony oraz przewidywaną treść decyzji, w tym wysokość kary pieniężnej<sup>61</sup>. Zatem oczywiste jest, że tego typu informacje będą mogły być rzetelnie przedstawione zasadniczo po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, a więc bliżej końca postępowania antymonopolowego niż jego początku<sup>62</sup>. Trudno bowiem zasadnie oczekiwać, że wszystkie dowody zawsze zostaną zebrane w toku postępowania wyjaśniającego. Zresztą na str. 27 Uzasadnienia do ustawy nowelizującej uokik wyraźnie stwierdza się, że „na etapie wszczęcia procedury Prezes UOKiK ma w posiadaniu w zasadzie kompletny materiał pozwalający mu na wydanie decyzji”. Zatem w ramach postulatów *de lege ferenda* powinien znaleźć się postulat zmiany treści art. 89a ust. 1 tak, aby procedura dobrowolnego poddania się karze mogła być zainicjowana i zaproponowana wszystkim stronom po wszczęciu postępowania antymonopolowego albo najpóźniej po zebraniu wystarczającej ilości materiału dowodowego w toku tego postępowania. To wymagałoby jednak od Prezesa UOKiK znacznie bardziej intensywnej pracy na etapie postępowania wyjaśniającego<sup>63</sup> oraz wydawania i doręczania stronom postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, którego uzasadnienie w swojej treści i znaczeniu odpowiadałoby wydawanym przez Komisję SO.

W końcu, powstaje również pytanie, czy w ramach procedury dobrowolnego poddania się karze będzie realizowana główna korzyść dla strony, jaką jest formalny (a nawet także nieformalny – poprzez kontakty i spotkania z wyższymi przedstawicielami UOKiK i urzędnikiem prowadzącym postępowanie<sup>64</sup>) wpływ strony postępowania na treść decyzji stwierdzającej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję, w tym na wysokość kary pieniężnej (i jej podstawy), jaką Prezes UOKiK będzie chciał na nią nałożyć? Główną korzyścią dla strony z programu *settlement* nie jest przecież samo obniżenie kary o (zaledwie) 10%<sup>65</sup> zwłaszcza, że na etapie procedury odwoławczej możliwe jest niekiedy uzyskanie zmiany decyzji i znaczące obniżenie kary pieniężnej<sup>66</sup>, a przypadki podwyższenia kary pieniężnej przez Sąd Apelacyjny w Warszawie (w stosunku do kary orzeczonej

<sup>60</sup> Art. 89a ust. 10 uokik.

<sup>61</sup> Art. 89a ust. 5 i 6 uokik.

<sup>62</sup> Tak również E. Krajewska, A. Piszcz, *Komentarz do art. 89a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 1104 oraz A. Maziarz, *Kilka uwag do projektu nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 7, s. 11. Przeciwnie jednak K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 885–886, który wydaje się jednak tutaj abstrahować od treści przepisu art. 89a ust. 5 i 6 uokik.

<sup>63</sup> Całość postępowania dowodowego musiałaby być przeprowadzona jeszcze przed wszczęciem postępowania antymonopolowego, co może jednak wzbudzać zasadne wątpliwości natury konstytucyjnej i konwencyjnej, jako że w toku postępowania wyjaśniającego nie ma przecież formalnie postawionych ani nawet sformułowanych zarzutów, przez co brak również w tym postępowaniu stron.

<sup>64</sup> Praktyka postępowań przed Komisją pokazuje, że prawo strony do obrony jest skuteczniej realizowane i argumenty strony znajduje lepsze zrozumienie w toku właśnie spotkań z *case-teamem* prowadzącym sprawę niż w toku formalnego publicznego wysłuchania.

<sup>65</sup> Obniżenie kary jedynie o 10% odzwierciedla i nawiązuje do skali oszczędności zasobów i czasu po stronie organu antymonopolowego związanych ze stosowaniem *settlement*. Poza tym większa redukcja kary pieniężnej w ramach *settlement* mogłaby negatywnie wpływać na zachęty do korzystania z programu *leniency*.

<sup>66</sup> Szerzej K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 887.

przez SOKiK) są absolutnym wyjątkiem. Tymczasem wpływ na treść (uproszczonej) decyzji kończącej postępowanie, w tym na zakres odpowiedzialności, stwierdzony czas trwania porozumienia czy zakres domniemanych lub realnych szkód po stronie kontrahentów, czy finalnych konsumentów jest dla strony istotny choćby po to, aby uzyskać lepszą pozycję w ewentualnych procesach odszkodowawczych, w których treść decyzji i dowody przeciwko stronie wskazane w decyzji mają przecież kluczowe znaczenie. Procedura *settlement* jest więc *de facto* narzędziem utrudniania tzw. *follow-on action*, czyli wnoszeniu przez podmioty poszkodowane przez kartel pozwów o zasądzenie odszkodowania, mających oparcie w uprzedniej decyzji organu antymonopolowego stwierdzającej naruszenie prawa. Można mieć nadzieję, że przepisy art. 89a ust. 4, 6, 7 i 9 uokik, dające stronie prawo (kilkukrotnego) wyrażania stanowiska odnośnie do ustaleń poczynionych w postępowaniu przez Prezesa UOKiK, umożliwią właśnie taki wpływ na treści decyzji i przez to utrudnią wnoszenie pozwów odszkodowawczych. Prezes UOKiK uwzględni bowiem w treści decyzji finalne stanowisko strony<sup>67</sup>. Ostatecznie jednak zakres wpływu strony na treść decyzji będzie zależał w dużej mierze od praktyki Prezesa UOKiK w zakresie stosowania przepisów art. 89a ust. 4, 6, 7 i 9 uokik<sup>68</sup>.

Przepisy art. 89a ust. 1–12 uokik słusznie i prawidłowo zostały umiejscowione w Rozdziale 2 (Postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję) Działu VI (Postępowanie przed Prezesem UOKiK). Zarzuty, że powinny one się znaleźć w Dziale VII (Kary pieniężne) są nieuzasadnione. Przepisy art. 89a ust. 1–12 uokik nie dotyczą przecież wymierzania kar pieniężnych, lecz kwestii proceduralnych.

Przepisy art. 89a ust. 1–12 uokik są niestety źródłem wielu poważnych wątpliwości. Zawierają również luki. Praktyczne pytania powstające na tle ich stosowania sprowadzają się między innymi do skomplikowanych kwestii wynikających np. tzw. procedur mieszanych (hybrydowych), tj. wówczas, gdy ostatecznie tylko część stron postępowania bierze udział w procedurze dobrowolnego poddania się karze, ponieważ jedna ze stron zrezygnowała z udziału w tej procedurze (na skutek np. braku akceptacji poziomu kary pieniężnej). Czy w takiej sytuacji Prezes UOKiK powinien więc odstąpić od stosowania tej procedury (według zasady albo wszyscy, albo nikt)? Jeśli nie odstąpi, to jaki wpływ będzie miało uchylene decyzji przez sąd na skutek odwołania wniesionego przez stronę nieuczestniczącą w procedurze dobrowolnego poddania się karze na decyzję wydaną wobec strony w niej uczestniczącą i już prawomocną? Dodatkowo problematyczna może okazać się zbyt duża, jak się wydaje, ochrona wszelkich informacji i dowodów uzyskanych przez Prezesa UOKiK w związku z zastosowaniem procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej, przewidywana w przepisie art. 70 uokik. Stopień tej ochrony rodzi bowiem pytanie, czy inne strony postępowania, które nie biorą udziału w tej procedurze, będą miały gwarancję realizacji ich prawa do obrony, w tym czasu potrzebnego do przygotowania tej obrony skoro dowody te i materiały będą im udostępnione (i to w bardzo ograniczonym zakresie<sup>69</sup>) dopiero przed wydaniem decyzji?<sup>70</sup> Wątpliwości te jeszcze mocniej skłaniają do przyjęcia tezy, że dobrowolne poddanie się karze pieniężnej przed Prezesem UOKiK ma sens (zwłaszcza dla tego organu) jedynie wtedy, kiedy wszystkie strony postępowania dobrowolnie podadzą się karze (co w praktyce niekoniecznie będzie częste).

<sup>67</sup> Art. 89a ust. 9 uokik.

<sup>68</sup> Por. E. Krajewska, A. Piszcz, *Komentarz do art. 89a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 1106.

<sup>69</sup> Zob. art. 70 ust. 4 i 5 uokik.

<sup>70</sup> Inaczej K. Kowalik-Bańczyk, *Reform of Polish Antitrust Law: Closer to or Further From, the European Model*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2014, nr 10, s. 706.

Podsumowując, wydaje się więc, że jedyną realną korzyścią z faktu zastosowania w postępowaniu antymonopolowym instytucji dobrowolnego poddania się karze pieniężnej będzie dobrowolna rezygnacja strony z odwołania od decyzji<sup>71</sup>, co pozwoli Prezesowi UOKiK uniknąć wieloletniego sporu sądowego i przyspieszyć uprawomocnienie się decyzji. Natomiast samo postępowanie antymonopolowe przed Prezesem UOKiK nie będzie dzięki temu krótsze ani też łatwiejsze<sup>72</sup>. Funkcją tej instytucji jest więc nie przyspieszenie postępowania przed Prezesem UOKiK, ale *de facto* wyłączenie (zniesienie) w konkretnej sprawie postępowania sądowego mającego na celu weryfikację decyzji Prezesa UOKiK<sup>73</sup>. Zatem chyba nie przez przypadek przepis art. 89a ust. 1 uokik nie precyzuje, że instytucja dobrowolnego poddania się karze ma przyczynić się do przyspieszenia postępowania antymonopolowego. Mowa jest tylko o przyspieszeniu postępowania<sup>74</sup>, co mogłoby wskazywać, że ustawodawca traktuje postępowanie przed Prezesem UOKiK oraz postępowanie sądowe jako całość, chociaż z drugiej strony przepis ten znajduje się przecież w Dziale VI – Postępowanie przed Prezesem Urzędu. Jeżeli przyjąć, że rzeczywistym celem omawianej instytucji jest zniesienie w sprawie postępowania sądowego, to jaśniejsze staje się dlaczego w ramach dobrowolnego poddania się karze pieniężnej strona otrzyma więcej praw procesowych niż w standardowej procedurze, w której weryfikacja decyzji w postępowaniu sądowym nie jest wyłączona<sup>75</sup> (niestety odpowiedzi na pytanie nie daje Uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej). Ustawodawca być może wnioskował w ten sposób – skoro wyłączona będzie weryfikacja decyzji przez sąd, to konieczne jest podniesienie poziomu respektowania sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu przed Prezesem UOKiK, w którym stosowana jest instytucja dobrowolnego poddania się karze. Jednocześnie ustawodawca mógł zakładać, że tam, gdzie sąd będzie rozpatrywał odwołanie od decyzji (ponieważ zastosowania nie znajdzie instytucja dobrowolnego poddania się karze) poziom zagwarantowania sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu antymonopolowym może pozostać na dotychczasowym, niskim poziomie.

Podsumowując, przyjąć należy, że przyspieszenie postępowania antymonopolowego przed Prezesem UOKiK – na skutek wprowadzenia instytucji dobrowolnego poddania się karze pieniężnej – miałyby miejsce tylko pod warunkiem, że Ustawa przyznałaby wszystkim stronom postępowania szerokie, odpowiednie prawa procesowe, a Prezes UOKiK odbierałby te prawa procesowe stronom postępowania godzącym się na objęcie ich procedurą dobrowolnego poddania się karze. Obecny kształt rozwiązań ustawowych takiego postulatu nie realizuje. Ponadto, sama procedura musiałaby również rozpoczynać się wcześniej niż przed zakończeniem postępowania antymonopolowego, co z kolei wymagałoby znaczącej przebudowy modelu dochodzenia przed Prezesem

<sup>71</sup> Tak również M. Martyniszyn, M. Bernatt, *On convergence with Hiccups...*, s. 12.

<sup>72</sup> Warto w tym miejscu przypomnieć, że również program *leniency* (pomimo takich założeń i oczekiwań) generalnie nie przyczynił się do przyspieszenia postępowań przed Prezesem UOKiK. Jest wręcz przeciwnie. Sprawy, w których zastosowanie znajduje program *leniency* trwają tyle samo, a nawet nieco dłużej niż sprawy, w których program ten nie znalazł zastosowania. Wskazują na to rezultaty prostego badania porównawczego na próbie kilkunastu decyzji w sprawach, w których w latach 2004–2011 program *leniency* stosowano oraz w których nie znalazł on zastosowania – zob. B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, Lex, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 637–641.

<sup>73</sup> Zgadamy się z tezą, że faktyczne odebranie prawa do wniesienia odwołania od decyzji przez stronę biorącą udział w procedurze dobrowolnego poddania się karze pieniężnej może wywoływać wątpliwości natury konstytucyjnej i konwencyjnej – K. Kowalik-Bańczyk, *Reform of Polish...*, s. 706.

<sup>74</sup> W tym kontekście ujawnia się chyba brak precyzji ustawodawcy. Skoro nie chodzi o przyspieszenie postępowania antymonopolowego ani o przyspieszenie postępowania sądowego (chodzi bowiem o rezygnację z niego przez wszystkie strony) to przepis art. 89a ust. 1 *in fine* uokik powinien chyba brzmieć „(...) przyczyni się do przyspieszenia uprawomocnienia się decyzji kończącej postępowanie”.

<sup>75</sup> Uzasadnione jest pytanie: czy zwyczajnie uczciwie jest, że strona, która kwestionuje w postępowaniu zarzuty Prezesa UOKiK ma mniejsze prawa i gwarancje procesowe niż strona, która ich nie kwestionuje i przystępuje do procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej. Ta druga strona ma bowiem szerszy dostęp do uzasadnienia zarzutów, tłumaczone są jej motywy organu i jeszcze na końcu obniżana jest kara pieniężna. Czy nie jest to wręcz ukryte przesłanie dla przedsiębiorców, że nie oplaca się bronić przed zarzutami Prezesa UOKiK? Do tego bardzo szeroka ochrona dokumentów uzyskanych w ramach dobrowolnego poddania się karze powoduje, że strony, które z różnych powodów nie zdecydowały się na przystąpienie do tej procedury będą w znacznie gorszej sytuacji procesowej niż te, które się to zdecydowały.

UOKiK (na wzór postępowania przed Komisją), tak aby na wczesnym etapie postępowania antymonopolowego zgromadzone były już wszystkie dowody w sprawie.

## 2. Odpowiedzialność finansowa osób zarządzających – przystanek na drodze ku kryminalizacji karteli?

Wprowadzenie do uokik odpowiedzialności finansowej (maksymalna kara do 2 mln zł) osób zarządzających<sup>76</sup> przedsiębiorstwem za umyślne dopuszczenie się poprzez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia przez tego przedsiębiorcę, w czasie sprawowania funkcji przez tę osobę zarządzającą, zakazu porozumień określonego w art. 6 ust. 1 pkt. 1–6 uokik lub art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE, spotkało się żywą reakcją ze strony przedsiębiorców oraz przedstawicieli nauki prawa. Przedmiotem krytyki był jednak zazwyczaj nie sam fakt wprowadzenia do polskiego systemu odpowiedzialności osób fizycznych za naruszenia zakazu porozumień, lecz istotne wady związane z treścią przepisów art. 6a, 88 ust. 3 i 4, 93 ust. 2, 106a, 113h uokik.

Bez wątplenia za uzasadnione należy uznać zarzuty odnoszące się do:

- a) wprowadzania w przepisie art. 6a i 106a uokik *de facto* odpowiedzialności karnej (względnie co najmniej karno-administracyjnej), gdzie odpowiedzialność karna jest zakamuflowana poprzez przypisanie jej jedynie pozornie administracyjnoprawnego charakteru<sup>77</sup>;
- b) uregulowanie odpowiedzialności osób zarządzających w przepisach, które od samego początku ustanowione były z myślą o przedsiębiorcach, co skutkuje brakiem w Ustawie adekwatnych i wystarczających gwarancji procesowych dla osób zarządzających, wobec których wszczęte zostało postępowanie antymonopolowe (np. prawa do milczenia) w sytuacji, w której ich odpowiedzialność i grożąca sankcja ma w rzeczywistości charakter karny;
- c) zdecydowanie zbyt szerokiego zakresu przedmiotowego odpowiedzialności osób zarządzających<sup>78</sup> (obejmującego nie tylko kartele – z wyjątkiem zmów przetargowych w przetargach publicznych i prywatnych – lecz także wszelkie inne porozumienia horyzontalne i wertykalne wskazane w art. 6 ust. 1 pkt 1-6 uokik oraz art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE zakazane tak z uwagi na cel/przedmiot, jak i skutek<sup>79</sup>);
- d) naruszenia zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* poprzez:
  - brak precyzyjnego określenia znamion podmiotowych i przedmiotowych czynu określonego w art. 6a uokik, jak również podmiotu odpowiedzialności określonej w tym przepisie, poprzez użycie wyrażeń nieostrych typu „osoba zarządzająca”<sup>80</sup> czy „przyczynienie się” do naruszenia;
  - zastosowanie w zasadzie nieokreślonego, niejednoznacznego, nieprecyzyjnego i otwartego katalogu wielostronnych naruszeń i ograniczeń horyzontalnych, wertykalnych

<sup>76</sup> Na temat definicji ustawowej osoby zarządzającej zob. A. Piszcz, *Komentarz do art. 4 pkt 3a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 110–115.

<sup>77</sup> Bez wątplenia dolegliwość sankcji wynikającej z art. 106a w związku z naruszeniem art. 6a uokik jest dalece większa niż wielu sankcji czysto karnych przewidzianych w kodeksie karnym. Podobnie również M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2013, s. 466; A. Piszcz, *Osoba zarządzająca w rządowym projekcie ustawy zmieniającej ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 7, s. 29 oraz M. Martyniszyn, M. Bernatt, *On convergence with Hiccups...*, s. 9.

<sup>78</sup> Tak również Sz. Syp, *O odpowiedzialności osób fizycznych w polskim prawie konkurencji – de lege lata oraz de lege ferenda*, iKAR 2012, nr 4, s. 18.

<sup>79</sup> Na temat porozumień zakazanych przez cel lub skutek zob. np. B. Turno, *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji*, KPP 2012, z. 2, s. 33–51. Nawet jeśli Prezes UOKiK – tak jak deklaruje – będzie stosował sankcję z art. 106a w związku z naruszeniem art. 6a uokik tylko do najcięższych naruszeń – kartelowych i innych naruszeń wertykalnych typu *hard-core* – to już samo zagrożenie sankcją za wszelkiego rodzaju praktyki wielostronne i teoretyczna perspektywa tej odpowiedzialności rodzi daleko idące implikacje dla działalności przedsiębiorców, których to skutków twórcy uokik zdają się nie dostrzegać.

<sup>80</sup> Na temat definicji tego pojęcia zob. A. Piszcz, *Osoba zarządzająca w rządowym...*, s. 24–26.

i innych, za dopuszczenie się których osoba zarządzająca podlega odpowiedzialności *de facto* karnej<sup>81</sup>;

- e) stwierdzenia odpowiedzialności osoby zarządzającej w tym samym postępowaniu antymonopolowym i tej samej decyzji, w której stwierdzono naruszenie zakazu porozumień przez przedsiębiorców (co rodzi uzasadnione wątpliwości odnośnie do obiektywizmu postępowania przeciwko osobie zarządzającej oraz ryzyko, że wobec osoby fizycznej będzie stosowany ten sam – co wobec przedsiębiorców – niski standard ochrony ich praw);
- f) obligatoryjnego wszczynania jednego postępowania antymonopolowego („Prezes Urzędu wszczyna jedno postępowanie” – czyli ma obowiązek wszcząć jedno postępowanie) w sprawie naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu ustanowionego w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik oraz art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE oraz dopuszczenia przez osobę zarządzającą do naruszenia przez przedsiębiorcę tego zakazu<sup>82</sup>;
- g) braku (nadal) – w obecnym stanie prawnym – wystarczającej kontroli ze strony sądów rozpatrujących odwołania od decyzji Prezesa UOKiK w zakresie naruszeń proceduralnych popełnionych w toku postępowania przed Prezesem UOKiK (skoro od lat brakuje wystarczającej kontroli w sprawach dot. przedsiębiorców, to trudno oczekiwać, że w sprawach dot. osób fizycznych będzie inaczej; innymi słowy sądy cywilne raczej nie są przygotowane, aby z poszanowaniem wszystkich zasad prawa i postępowania karnego rozstrzygać odwołanie od decyzji administracyjnych organu administracji publicznej nakładających na osoby fizyczne kary pieniężne o funkcji karnej).

Jednocześnie można zaryzykować tezę, że począwszy od 18 stycznia 2015 r. znajdujemy się w „okresie przejściowym”, gdzie kolejnym etapem (za jakiś czas) może być (choć nie musi) kryminalizacja zachowań (czynów) kartelowych osób fizycznych i wprowadzenie przestępstwa kartelu do kodeksu karnego (co paradoksalnie mogłoby, np. z perspektywy gwarancji procesowych, okazać się rozwiązaniem lepszym dla osób zarządzających). Odpowiedzialność osobista menedżerów jest bowiem jedynie niedoskonałym substytutem (namiastką) prawdziwej odpowiedzialności karnej. Jest ona, jak się wydaje, wprowadzana wtedy (niejako w zamian), gdy nie ma jeszcze dostatecznego konsensusu społecznego (w tym kultury antykartelowej w społeczeństwie) lub woli politycznej, aby wprowadzić do kodeksu karnego przestępstwo kartelu<sup>83</sup>. W kontekście odstraszenia (prewencji generalnej negatywnej) odpowiedzialność finansowa menedżerów rów-

<sup>81</sup> Trudno uznać, że proste wskazanie w art. 6a porozumień określonych art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik oraz art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE wyczerpuje katalog naruszeń, za które osoba zarządzająca może podlegać odpowiedzialności, a przez to wyczerpuje wymóg określoności czynu, za popełnienie którego przewidziana jest sankcja. W ramach porozumień wskazanych w art. 6a istnieje przecież cała masa różnych, stypizowanych i niestypizowanych, a nawet nie do końca określonych (nie tyle ustawowo co nawet w obwieszczeniach czy wytycznych Komisji), a nawet poznanych, wielostronnych naruszeń i ograniczeń horyzontalnych (np. porozumienia w sprawie wymiany informacji, badań i rozwoju, transferu technologii, produkcyjne, zakupowe, komercjalizacyjne w tym specjalizacyjne, standaryzacyjne, umowy o horyzontalne podwykonawstwo i inne), wertykalnych (agencyjne, franczyzowe, pionowe ograniczenia cenowe lub pozacenowe, umowy o wertykalne podwykonawstwo) czy innych. Poza tym zdecydowane większość z tych naruszeń to naruszenia zakazane z uwagi na skutek, a nie cel (przedmiot). Tych typów i rodzajów wielostronnych naruszeń czy ograniczeń jest zapewne kilkadziesiąt. W końcu, to czy porozumienie jest ostatecznie zakazane zależy również od zastosowania reguły *de minimis* (art. 7 uokik) lub wyłączenia blokowego albo indywidualnego (art. 8 uokik), a ocena wyłączenia może zmieniać się w zależności od zmieniającej się sytuacji rynkowej. Tym samym nie sposób z góry (uprzednio) dokładnie określić, za jakie konkretnie czyny (porozumienia) osoba zarządzająca podlega odpowiedzialności na podstawie art. 6a i 106a uokik. Przepis art. 6a powinien enumeratywnie wyliczać wszystkie rodzaje i typy porozumień (ze wskazaniem czy chodzi o zakaz poprzez cel czy skutek), za dopuszczenie się których osoba zarządzająca podlega odpowiedzialności finansowej. Na temat obowiązku określoności przepisów ustawy, za naruszenie których grożą sankcje zob. szerzej A. Stawicki, W. Kulczyk, *Kwestia określoności przepisów za naruszenie których mogą zostać nałożone kary pieniężne na przedsiębiorców. Rozważania na kanwie wyroku Sądu Najwyższego z 6 października 2011 r. w sprawie o sygn. III SK-18/11*, iKAR 2013, nr 6, s. 56–64.

<sup>82</sup> Art. 6a oraz art. 88 ust. 3 i 4 uokik. Tak również A. Piszcz, *Komentarz do art. 6a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 314; *Komentarz do art. 12a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 574; *Komentarz do art. 106a*, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 1341 oraz M. Martyniszyn, M. Bernatt, *On convergence with Hiccups...*, s. 9. Oczywiście odrębną kwestią jest stwierdzenie w decyzji umyślnego dopuszczenia przez osobę zarządzającą przez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia przez przedsiębiorcę ww. zakazów.

<sup>83</sup> Por. jednak krytycznie na temat kryminalizacji w Wielkiej Brytanii i jej perspektyw w ogóle zob. A. Jones, R. Williams, *The UK Response To The Global Effort Against Cartels: Is Criminalisation Really The Solution?*, „Journal of Antitrust Enforcement” 2014, s. 1–26. Pobrano z: <http://ssrn.com/abstract=2389632>.

niez stanowi dla biznesu wyraźny sygnał (lecz słabszy niż kryminalizacja). Obecne rozwiązania ustawowe – w kontekście odstraszania – niejako zastępują więc kryminalizację.

Jednak nawet jeżeli faktycznie mielibyśmy do czynienia z takim okresem przejściowym<sup>84</sup>, to konieczność gwarantowania w sprawach antymonopolowych przeciwko osobom zarządzającym, w tym zwłaszcza przy wymierzaniu im kary pieniężnej, wszystkich podstawowych praw procesowych, nie budzi w naszej ocenie wątpliwości. Innymi słowy, w postępowaniu antymonopolowym przeciwko osobom zarządzającym Prezes UOKiK powinien stosować wprost standardy prawno-karne, właściwe prawu i postępowaniu karnemu<sup>85</sup>. Konstatacja ta ma również niezwykle doniosłe znaczenie dla zakresu, trybu i standardów postępowania dowodowego, w tym do rozkładu ciężaru dowodu<sup>86</sup>. Konieczność stosowania standardów prawno-karnych (analogicznych do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej), w odniesieniu do przedsiębiorców – na etapie postępowania sądowego w toku rozpatrywania odwołania od decyzji organu regulacyjnego nakładającego karę pieniężną – została potwierdzona w szeregu wyroków SN<sup>87</sup>. W stosunku do postępowania przed Prezesem UOKiK pogląd został potwierdzony przez SN w wyroku z 21 kwietnia 2011 r.<sup>88</sup>. Wymagania te rozciągają się więc również na tę fazę postępowania administracyjnego, którą da się zakwalifikować jako obowiązkowe (przedsądowe) postępowanie wstępne<sup>89</sup>. Istnieje potrzeba, by takie standardy prawno-karne jeszcze w większym stopniu były zapewnione w postępowaniach antymonopolowych prowadzonych przeciwko osobom fizycznym.

Wyzwaniem jest jednak dokładne określenie standardów prawno-karnych właściwych prawu i postępowaniu karnemu, które należy stosować w postępowaniu antymonopolowym prowadzonym także przeciwko osobom zarządzającym, w którym dojść może do wymierzenia im kary pieniężnej. Wstępnie postulować można następujący katalog takich standardów:

- a) zakaz retroaktywnego stosowania prawa ustanawiającego odpowiedzialność osób zarządzających (z czego wynika konieczność ścisłego przestrzegania reguł intertemporalnych);
- b) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (co w zasadzie czyni niemożliwym stosowanie przepisów art. 6a i 106a uokik do spraw innych niż kartele oraz wertykalne naruszenia typu *hard-core*);
- c) domniemanie niewinności, w tym braku konieczności dowodzenia przez osobę zarządzającą swojej niewinności czy dostarczania dowodów na swoją niekorzyść (z czego wynika więc prawo osoby zarządzającej do milczenia<sup>90</sup>);
- d) prawo do posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony, co wiąże się także z przekazywaniem stronie informacji o istocie i przyczynie stawianych zarzutów;

<sup>84</sup> Brak bowiem dotychczas deklaracji ze strony Prezesa UOKiK, Ministerstwa Sprawiedliwości czy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego o konieczności wprowadzenia do kodeksu karnego przestępstwa kartelu.

<sup>85</sup> Wynika to choćby z Rekomendacji nr R(91)1 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie sankcji administracyjnych, przyjętej w dniu 13 lutego 1991 r., EKPCz, Karty Praw Podstawowych UE czy w końcu z orzecznictwa ETPCz. Warto dodać, że w wyroku w sprawie *Menarini Diagnostics S.R.L. przeciwko Wlochom*, pkt 38–45, ETPCz orzekł, że wymierzanie kary za praktyki antykonkurencyjne powinno następować w postępowaniu gwarantującym oskarżonemu przedsiębiorcy prawa wynikające z art. 6 Konwencji. Ich zagwarantowanie jest więc tym bardziej konieczne w wypadku osób fizycznych. Podobnie również D. Wolski, *Uwagi dotyczące wybranych instytucji w projekcie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 7, s. 19–20.

<sup>86</sup> A. Wróbel, *Regulacyjna kara pieniężna – sankcja karna czy administracyjna?*, EPS 2010, nr 5, s. 1.

<sup>87</sup> Zob. np. wyr. SN z dnia 14.04.2010 r., sygn. III SK 1/10; Lex: 579549; wyr. SN z dnia 1.06.2010 r., sygn. III SK 5/10, Lex nr 622205; wyr. SN z dnia 21.09.2010 r., sygn. III SK 8/10, Lex nr 646358; wyr. SN z dnia 21.10.2010 r., sygn. III SK 7/10, Lex nr 686801; wyr. SN z dnia 10.11.2010 r., sygn. III SK 27/08, Lex nr 677766. Szerzej zob. także szerzej zob. M. Bernatt, *Gwarancje proceduralne w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i regulacji, mających charakter karny w świetle EKPCz – glosa do wyroku SN z 14.04.2010 r.*, EPS 2011, nr 6, s. 40–45.

<sup>88</sup> Sygn. III SK 45/10, Lex nr 902078.

<sup>89</sup> Z. Kmiecik, *Koncepcja zintegrowanego systemu odwoławczego w sprawach administracyjnych*, PiP 2010, nr 1, s. 29; M. Bernatt, *Gwarancje proceduralne w sprawach...*, s. 42–44.

<sup>90</sup> Zob. także K. Kowalik-Bańczyk, *Reform of Polish...*, s. 709.



- e) prawdziwe postępowanie dowodowe z wydawaniem postanowień o przeprowadzeniu dowodu (z oznaczeniem faktów podlegających stwierdzeniu, środka dowodowego, terminu i miejsca przeprowadzenia dowodu ze świadków, biegłych czy ewentualnie również oględzin) albo odmowie jego przeprowadzenia (gdy strona złożyła stosowny wniosek dowodowy);
- f) zakaz rozszerzającej wykładni przepisów (zwłaszcza art. 6a i 106a uokik), a więc innej niż językowa (np. systemowej czy celowościowej);
- g) rozszerzająca wykładnia gwarancji procesowych osoby zarządzającej w oparciu o przepisy kpa, tak by zapewnić standardy w istocie karnoprosesowe, np. poprzez jak najpełniejszą realizację zasady pogłębiania zaufania (art. 8 kpa);
- h) konieczność udowodnienia zawinienia w postaci umyślności (co wynika z przepisu art. 6a uokik) dla nałożenia kary pieniężnej określonej w art. 106a uokik;
- i) konieczność przeprowadzenia w toku postępowania rozprawy administracyjnej celem zapewnienia karnoprosesowego standardu prawa do obrony, w tym zapewnienia możliwości wysłuchania<sup>91</sup>;
- j) ochrona poufności komunikacji pomiędzy adwokatem/radcą prawnym a klientem – osobą zarządzającą (*legal professional privilege*);
- k) możliwość podnoszenia przesłanek eksculpcyjnych (wyłączających nałożenie kary pieniężnej):
- usprawiedliwiona nieznajomość co do prawa;
  - niemożność przypisania winy;
  - inne okoliczności typu stan wyższej konieczności<sup>92</sup>.

W ramach postulatów *de lege ferenda* (pkt a, b, c poniżej) oraz *de lege lata* (pkt d, e poniżej) odnośnie do odpowiedzialności osób zarządzających, należy również wskazać na konieczność:

a) prowadzenia odrębnych postępowań antymonopolowych przeciwko przedsiębiorcom oraz przeciwko osobom zarządzającym (z pełnią praw procesowych właściwych osobie fizycznej zgodnie ze standardem karnym) z jednoczesnym zakazem zaliczania materiału dowodowego zebranego przeciwko przedsiębiorcom do materiału dowodowego w sprawie osób zarządzających; mogłyby być one uregulowane jako postępowania prowadzone symultanicznie, ale stwierdzenie porozumienia ograniczającego konkurencję wobec przedsiębiorcy musiałoby być warunkiem niezbędnym do stwierdzenia naruszenia art. 6a uokik przez osobę zarządzającą; postulować należy, aby te postępowania prowadziły bezwzględnie dwa różne zespoły urzędników UOKiK w ramach DOK czy Delegatury, a najlepiej gdyby w Centrali Urzędu (ze względu na specyfikę i trudność tych postępowań) został wydzielony specjalny wydział odpowiedzialny za prowadzenie postępowań przeciwko osobom zarządzającym; ponadto, można w tym miejscu postawić pytania: czy w obecnym stanie prawnym zasadne jest prowadzenie jednego postępowania przeciwko przedsiębiorcom i osobom fizycznym<sup>93</sup>?; czy mamy tutaj

<sup>91</sup> Słusznie wskazuje NSA w wyr. z dnia 17.07.2003 r., sygn. SA/Bd 1271/03, ONSA 2004, nr 2, poz. 83, że „rozprawa administracyjna (...) stwarza dla strony postępowania najpełniejszą możliwość zajęcia stanowiska co do wyników postępowania dowodowego i to w sposób udokumentowany w aktach sprawy w protokole” – za: A. Skoczylasa, *Sankcje administracyjne jako środek nadzoru...*, s. 322. W tym kontekście zob. także M. Bernatt, *Right to Be Heard or Protection of the Confidential Information? Competing Guarantees of Procedural Fairness in the Proceedings Before the Competition Authority*, YARS 2010, vol. 3(3), s. 53–70.

<sup>92</sup> Powyższy katalog został oparty na propozycji A. Skoczylasa, *Sankcje administracyjne jako środek nadzoru nad rynkiem kapitałowym*, [w:] M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki (red.), *Sankcje administracyjne. Blaski i cienie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 315–322 oraz M. Wincenciaka, *Przesłanki wyłączające wymierzenie sankcji administracyjnej*, [w:] M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki (red.), *Sankcje administracyjne...*, s. 605–612. Nawiązuje również do projektu ustawy nowelizacyjnej – przepisy ogólne prawa administracyjnego w wersji z marca 2008 r. – szerzej M. Kasiński, *Sankcje administracyjne a patologie w działaniu administracji*, [w:] M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki (red.), *Sankcje administracyjne...*, s. 159–160.

<sup>93</sup> Zob. art. 88 ust. 3 uokik.

do czynienia z takim samym interesem prawnie chronionym (obowiązkiem), który czyni te podmioty stronami jednego postępowania administracyjnego?; czy zachodzi tutaj taki sam stan faktyczny i prawny?

- b) doprecyzowania znamion przedmiotowych czynu z art. 6a i 106a uokik<sup>94</sup> oraz ograniczenie zakresu przedmiotowego odpowiedzialności osób zarządzających tylko do karteli, względnie również naruszeń wertykalnych typu *hard-core* z jednoczesnym rozważeniem podjęcia prac nad wprowadzeniem przestępstwa kartelu do kodeksu karnego<sup>95</sup> (z czym wiązałaby się uchylenie art. 6a i 106a uokik);
- c) zmiany zasad określania wysokości kary pieniężnej, która powinna być ograniczona do określonego procenta przychodów osoby fizycznej, a nie do górnego poziomu kary określonej kwotowo, względnie wprowadzenie drugiego progu ograniczonego procentowo (np. do 2 mln zł, ale nie więcej niż 10% przychodów);
- d) wydawania postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego przeciwko osobie fizycznej, które w swojej treści będzie odpowiadać SO, tzn. zawierać szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne, wskazanie dowodów, na których oparte są zarzuty, w tym dowodów uzyskanych w ramach programu *leniency*, wyjaśnienie roli poszczególnych przedsiębiorstw i osób zarządzających w zarzucanym naruszeniu (np. jako prowodyra albo podżegacza), określenie czasu trwania naruszenia, kwestię umyślności naruszenia przez osobę zarządzającą, opis sektora gospodarki, w którym działają podejrzanym przedsiębiorstwa i osoby zarządzające, określenie rynku właściwego (szczegółowe w sprawach innych niż kartelowe) oraz wskazanie wagi naruszenia prawa, informację o zamiarze nałożenia przez Prezesa UOKiK w decyzji kar pieniężnych na osoby zarządzające;
- e) realnego zapewnienia pełnej sądowej kontroli (*full review*) (pod względem merytorycznym i formalnym) decyzji Prezesa UOKiK w sprawach przeciwko osobom zarządzającym.

#### IV. Zakończenie

Przedstawiona w niniejszym artykule analiza odnosząca się do zarówno braków nowelizacji, jak i wad instytucji wprowadzonych do uokik przez nowelizację wskazuje, że nie wykorzystano nadarzającej się szansy na stworzenie naprawdę dobrego prawa ochrony konkurencji i konsumentów. Nowelizacja nie wprowadziła bowiem wszystkich koniecznych zmian, a te przez nią wprowadzone wymagają znacznych modyfikacji lub przynajmniej udoskonaleń. O ile nowelizacja zwiększa (i tak już szerokie) uprawnienia Prezesa UOKiK w zakresie egzekwowania reguł ochrony konkurencji i konsumentów, o tyle zakres gwarancji procesowych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK nadal jest niewystarczający. Zatem kolejna nowelizacja uokik wydaje się niezbędna.

<sup>94</sup> Przykładowo, warto wskazać, że w prawie holenderskim odpowiedzialności podlega osoba fizyczna, która dawała instrukcje lub wywierała *de facto* rolę lidera w odniesieniu do uczestnictwa przedsiębiorstwa w kartelu. Z kolei w Wielkiej Brytanii odpowiedzialności podlega osoba fizyczna, która nieuczciwie zgadza się (lub powoduje), z jedną lub więcej innymi osobami aby zawiązać lub wprowadzić działalność kartelową w odniesieniu do co najmniej dwóch przedsiębiorców. W Irlandii jest mowa o „udzieleniu upoważnienia do zawarcia porozumienia” lub o „wyrażeniu na nie zgody”.

<sup>95</sup> Na potrzebę kryminalizacji karteli i wprowadzenia przestępstwa kartelu do kodeksu karnego wskazują wprost M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, s. 466; B. Turno, *Leniency...*, s. 699–703 oraz jak się wydaje również Sz. Syp, *O odpowiedzialności osób...*, s. 19.