

Aleksander Stawicki*

Prawa przedsiębiorców jako warunek skutecznego egzekwowania przepisów prawa konkurencji – rozważania wokół implementacji dyrektywy ECN+

Spis treści

- I. Wprowadzenie – dlaczego ważne są prawa przedsiębiorców?
- II. Ochrona poufności komunikacji między przedsiębiorcą a jego prawnikiem (*legal professional privilege*)
- III. Zmiany w zakresie wezwań do przekazania dokumentów i informacji
- IV. Pozorna wolność od samooskarżenia
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Implementacja dyrektywy ECN+ będzie z pewnością jednym z przełomowych momentów dla egzekwowania norm prawa konkurencji w Polsce. Znacząco zwiększą się uprawnienia dochodzeniowe Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Zaostrzeniu ulegną zasady odpowiedzialności przedsiębiorców za naruszenia przepisów ustawy. Otwarte jest natomiast pytanie, czy tym zmianom towarzyszyć będzie adekwatne wzmocnienie praw stron postępowań antymonopolowych. Jest to pytanie o tyle istotne, że w tym obszarze już dziś polskie rozwiązania nie nadążają za standardami wypracowanymi w prawie unijnym oraz w prawie innych państw Unii Europejskiej. Nowelizację należy tym samym postrzegać jako unikalną okazję do nadrobienia istniejących w tym zakresie zaległości. Niestety, jej aktualny kształt wskazuje, że szansa ta nie zostanie wykorzystana. Co gorsza, jeżeli nie zmieni się podejście ustawodawcy do kluczowych, z tego punktu widzenia, zmian przepisów, grozi nam wręcz zrobienie kroku wstecz. Tymczasem gwarancje praw przedsiębiorcy są – w ocenie autora – jednym z warunków koniecznych dla prawdziwie skutecznego egzekwowania przepisów prawa konkurencji. Bez gwarancji tych praw ryzyko błędnych rozstrzygnięć (zarówno *false negatives*, jak i *false positives*) jest bowiem znacząco wyższe. Praca wykonywana w toku postępowania zarówno przez przedstawicieli Urzędu, jak i przez strony postępowania (i ich przedstawicieli) służy temu samemu celowi, jakim jest wydanie poprawnego merytorycznie rozstrzygnięcia, w sposób zgodny z prawem (w jego aspekcie proceduralnym).

Słowa kluczowe: dyrektywa ECN+; Legal Professional Privilege; wolność od samooskarżenia; kara pieniężna; żądanie udzielenia informacji; odpowiedzialność osób fizycznych, kontrola i przeszukiwanie.

JEL: K 21, K 42, L 40, L49

* LL.M.; radca prawny, partner w kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr, kierujący praktyką prawa konkurencji i prawa konsumenckiego; adres e-mail: aleksander.stawicki@wkb.pl; ORCID <https://orcid.org/0000-0003-2686-4723>.

I. Wprowadzenie – dlaczego ważne są prawa przedsiębiorców?

Na początku 2021 roku, na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji, pojawiła się informacja o przygotowanej przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) obszernej nowelizacji ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów¹ (dalej: uokik). W ślad za tym, w dniu 14 stycznia 2021 roku, opublikowana została pierwsza wersja projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw², a 9 sierpnia 2021 roku opublikowano tekst projektu w najnowszym brzmieniu (dalej – w odniesieniu do projektu z dnia 9 sierpnia 2021 roku, do którego odnosi się niniejszy tekst – Projekt Nowelizacji). Według przedstawionego harmonogramu prac, przyjęcie Projektu Nowelizacji przez Radę Ministrów zapowiadane było na I kwartał bieżącego roku, wiadomo dziś już jednak, że w tym terminie to nie nastąpi. Ponieważ jednak termin implementacji dyrektywy ECN+ upłynął w lutym 2021 roku, należy się liczyć z tym, że przepisy Nowelizacji zostaną przyjęte w dającej się przewidzieć perspektywie czasowej.

Celem Nowelizacji jest implementacja do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r., mającej na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień, w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego³ (dalej: dyrektywa ECN+). Dyrektywa zmierza do zapewnienia wszystkim krajowym organom ochrony konkurencji (w tym Prezesowi UOKiK) uprawnień odpowiadających zasadniczo uprawnieniom Komisji Europejskiej (dalej: KE) w zakresie egzekwowania przepisów prawa konkurencji (Jurkowska-Gomułka, 2018, s. 127 i n.).

Wbrew utartym przekonaniom, wzmocnienie pozycji krajowych organów ochrony konkurencji nie jest jedynym celem dyrektywy. Nowe przepisy mają równocześnie gwarantować poszanowanie praw przedsiębiorców w relacjach z organem krajowym. Końcowym efektem implementacji dyrektywy ECN+ powinna być zatem sytuacja, w której przedsiębiorcy, we wszystkich krajach UE, będą mogli liczyć na przestrzeganie ich praw i gwarancji proceduralnych w oparciu o takie same standardy, wypracowane w tym względzie przez instytucje i sądy unijne (zob. pkt 14 preambuły dyrektywy ECN+).

Dlatego też ważne jest, aby oceniać Projekt Nowelizacji właśnie przez pryzmat wyważenia interesów zarówno Prezesa UOKiK, jak i przedsiębiorców, będących stronami prowadzonych postępowań.

Niestety, analiza rozwiązań proponowanych przez ustawodawcę wskazuje na istnienie realnego ryzyka, iż zmiany będą jednokierunkowe. Nowelizacja znacząco wzmocni pozycję Prezesa UOKiK, dając temu organowi nowe kompetencje „dochodzeniowe”⁴ oraz uprawnienie do nakładania jeszcze surowszych kar pieniężnych⁵. Zmianom tym nie towarzyszy adekwatne

¹ Ustawa z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2020, poz. 1076 i 1086).

² Projekt z dnia 14.01.2021 r.

³ 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 (Dz.U.UE.L.2019.11.3).

⁴ Przykładowo, kontrolujący będzie uprawniony do żądania ustnych wyjaśnień dotyczących przedmiotu kontroli od pracownika lub osoby wykonującej czynności na rzecz kontrolowanego na podstawie innej umowy (art. 105b ust. 1 pkt 1a).

⁵ W przypadku gdy naruszenia dopuścił się związek przedsiębiorców, kara pieniężna może zostać wymierzona w wysokości aż do 10% sumy obrotów członków tego związku osiągniętych w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Patrz więcej: propozycja zmiany art. 106 poprzez dodanie ust. 1a–1f.

wzmocnienie praw przedsiębiorców. Przeciwnie, nawet jeżeli Projekt Nowelizacji przewiduje w tym zakresie jakieś nowe rozwiązania, to są one proponowane w takim kształcie, by zmiany były możliwie jak najbardziej ograniczone, a w części wypadków – pozorne. Prowadzi to wręcz do sytuacji, w której pozycja przedsiębiorcy ulega pogorszeniu, a nie polepszeniu w relacji do tego, z czym mierzymy się aktualnie.

Tendencja taka wydaje się mieć swoje źródło m.in. w błędnym przekonaniu, iż skuteczność egzekwowania przepisów prawa konkurencji jest wprost zależna od zakresu kompetencji organu i że im większym arsenałem uprawnień on dysponuje, tym lepszą pracę jest w stanie wykonać. Przekłada się to wprost na dążenie – przy każdej nowelizacji przepisów ustawy – do rozszerzania uprawnień Prezesa UOKiK, zwłaszcza tych „dochodzeniowych” czy służących represji⁶. Równocześnie prawa przedsiębiorcy postrzegane są jako „problem”, a w części wypadków wręcz jako narzędzie obstrukcji, co z kolei rodzi dążenie do ich ograniczania do niezbędnego minimum.

Przed podjęciem polemiki z takim myśleniem czuję się zobowiązany podkreślić, iż zawsze opowiadałem się (i będę się opowiadał) za istnieniem silnego i skutecznego organu ochrony konkurencji jako jednego z kluczowych gwarantów dobrego funkcjonowania gospodarki (co jest w interesie nas wszystkich jako konsumentów). Prezes UOKiK wykonuje zadania o doniosłej randze, a tym samym musi dysponować skutecznym aparatem i odpowiednim budżetem. Samo w sobie nie oznacza to jednak, iż ma to być Urząd w relacji z przedsiębiorcą wszechmocny, a jego działania mają być pozbawione realnej kontroli. Będzie to bowiem prowadzić – w krótkim czasie – do pogorszenia, a nie do polepszenia jakości wydawanych decyzji. Poczucie wszechmocy i bezkarności nie robi dobrze nikomu, także organom administracji.

Uzasadniając tak postawioną tezę, należy zacząć od relatywnie trywialnego powrotu do korzeni, czyli do odpowiedzi na pytanie, dlaczego – poza koniecznością ochrony praw obywateli przed bezprawnymi działaniami państwa – przynajmniej się określić uprawnienia podmiotom prowadzonych postępowań? Otóż dzieje się tak również dlatego, że nie ma nieomylnych organów, które wydają wyłącznie słuszne rozstrzygnięcia. Przedsiębiorcy (i ich pełnomocnicy), korzystając w toku postępowania ze swoich praw, w tym przedstawiając stanowiska merytoryczne i podejmując polemikę ze stawianymi im zarzutami, przyczyniają się w istocie rzeczy (o ile tylko organ zechce ich wysłuchać) do tego, że wydane finalnie rozstrzygnięcie jest merytorycznie lepsze. Innymi słowy, praca wykonywana w toku postępowania zarówno przez przedstawicieli Urzędu, jak i przez strony postępowania (i ich przedstawicieli) służy temu samemu celowi, jakim jest wydanie poprawnego rozstrzygnięcia, w sposób zgodny z prawem (w jego aspekcie proceduralnym). Lekceważenie argumentów podnoszonych przez strony postępowania, zamykanie na nie oczu, często jest weryfikowane w postępowaniu odwoławczym, gdzie wybrzmiewają one ponownie, prowadząc często do zmiany wydanego rozstrzygnięcia.

Równie ważną rolę odgrywają prawa przedsiębiorcy w ich wymiarze formalnym, proceduralnym. Korzystając ze swoich praw, strony postępowania podnoszą poprzeczkę i zmuszają organ

⁶ Powszechnie obecne poglądy doktryny, zawarte w szeregu stanowisk dotyczących Projektu Nowelizacji, jednoznacznie wykazują, iż zaproponowane zmiany powinny się oceniać negatywnie. Są one bowiem znacznie dalej idące niż wymaga tego dyrektywa ECN+. Przykładem takiej opinii może być komentarz (zawarty w *Stanowisku Stowarzyszenia Prawa Konkurencji w sprawie Projektu z 14 stycznia 2021 r. Ustawa z dnia ... o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw*) do zmian w zakresie brzmienia art. 50. SPK wyraźnie ocenia projektowane rozwiązania jako daleko idącą ingerencję w sferę praw i wolności jednostki, jednocześnie rodzące szereg wątpliwości natury konstytucyjnej, m.in. w zakresie proporcjonalności ograniczenia praw i wolności, a także zasad demokratycznego państwa. Ponadto, chociażby w kontekście wspomnianego art. 50 należy zaznaczyć, iż nawet w jego poprzednim brzmieniu doktryna oceniała płynące z jego egzekwowania wobec przedsiębiorców konsekwencje jako dotkliwie (zob. Bernatt, 2011, s. 184).

do wysiłku, a nie do chodzenia na skróty (na przykład w zakresie zebrania i oceny materiału dowodowego). Tym samym, także i te działania w finalnym rozrachunku służą poprawie, a nie osłabieniu jakości orzecznictwa.

Dlaczego jest to takie ważne? Nie od dziś wiadomo, że nie tylko sprzeczne z prawem działania przedsiębiorców mogą szkodzić konkurencji. Analogiczny skutek wywołać mogą błędne rozstrzygnięcia organów ochrony konkurencji (zarówno tzw. *false positives*, a więc rozstrzygnięcia błędnie kwalifikujące działania przedsiębiorców jako praktyki ograniczające konkurencję, jak i *false negatives*, a więc rozstrzygnięcia prowadzące do niepoprawnego zaniechania ingerencji (błędne niestwierdzenie praktyki))⁷. Ryzyko takich błędów jest tym większe, im bardziej okrojone są prawa przedsiębiorcy. I przeciwnie, rozwiązania oparte na pewnej równowadze broni, szacunku i dialogu dają znacząco większe szanse na uniknięcie błędów (zarówno tych merytorycznych, jak i proceduralnych, które również mogą skutkować wadliwością decyzji).

Wysoce prawdopodobnym jest, iż to m.in. dlatego w preambule dyrektywy wskazano, że jej przepisy mają gwarantować poszanowanie praw przedsiębiorców w relacjach z organem krajowym, a końcowym efektem implementacji dyrektywy ECN+ powinna być sytuacja, w której przedsiębiorcy we wszystkich krajach UE będą mogli liczyć na przestrzeganie ich praw i gwarancji proceduralnych opartych na takich samych standardach wypracowanych przez instytucje i sądy unijne (zob. pkt 14 preambuły dyrektywy ECN+).

Mając w pamięci powyższe uwagi, przyjrzyjmy się wybranym przepisom Nowelizacji w zakresie, w jakim oddziałują one na prawa przedsiębiorców. Rozważania koncentrować się będą na regulacjach dotyczących kompetencji „dochodzeniowych” Prezesa UOKiK, a więc uprawnień organu do żądania określonych informacji i dokumentów. Ich analiza pozwala bowiem – niestety – dobrze zilustrować opisaną powyżej tendencję do poszerzania imperium Urzędu, przy jednoczesnym ograniczaniu praw przedsiębiorców.

II. Ochrona poufności komunikacji między przedsiębiorcą a jego prawnikiem (*legal professional privilege*)

Projekt Nowelizacji przewiduje uregulowanie kwestii ochrony poufności pisemnej komunikacji między przedsiębiorcą a jego prawnikiem, która zostanie ujawniona w toku kontroli (*Legal Professional Privilege*; dalej: LPP).

W myśl proponowanych rozwiązań dokonujący kontroli pracownicy UOKiK mają pozostawić na miejscu kontroli pisma lub dokumenty stanowiące pisemną komunikację między kontrolowanym a niezależnym od kontrolowanego adwokatem, radcą prawnym lub prawnikiem wykonyującym zawód w państwie Unii Europejskiej⁸. Chroniona komunikacja musi powstać w celu realizacji prawa kontrolowanego do uzyskania ochrony prawnej i to – co wydaje się istotne – w związku z przedmiotem postępowania, którego dotyczy kontrola. Ochrona opiera się na oświadczeniu złożonym w tym zakresie przez kontrolowanego przedsiębiorcę (lub osobę przez niego upoważnioną).

Jeżeli wszystkie te przesłanki są spełnione, kontrolujący pozostawiają chronione tajemnicą pisma lub dokumenty w miejscu kontroli bez zapoznania się z nimi. Jeżeli jednak pracownicy UOKiK

⁷ Jak wskazuje P. Semeniuk, genezy określenia *false positive*, jak i *false negative* należy doszukiwać się w prawie amerykańskim, gdzie na szczególną uwagę zasługuje orzeczenie w sprawie *Trinko* (*Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 2004) (Semeniuk, 2015).

⁸ Szczegółowe uregulowania opisywanych w tym punkcie kwestii zawarto w art. 105 da ust.1–5 Projektu Nowelizacji.

mają wątpliwości co do zasadności złożonego oświadczenia, mogą dokonać jego weryfikacji (bez zapoznania się z treścią porady prawnej). Jeżeli weryfikacja nie rozwiewa wątpliwości, możliwe jest wdrożenie tzw. procedury kopertowej. Polega ona na przesłaniu spornego dokumentu (w zamkniętej i zabezpieczonej kopercie) do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który – po zapoznaniu się z treścią pisma – postanowieniem, rozstrzyga spór między przedsiębiorcą a Prezesem UOKiK.

Pomysł odrębnego uregulowania w ustawie antymonopolowej kwestii respektowania zasad poufności, wynikających z relacji prawnik–klient jest rozwiązaniem od lat postulowanym przez praktyków prawa konkurencji w Polsce (Bernatt, 2011, s. 233 i n.) i jako taki zasługuje na pełną aprobatę. Brak tego typu regulacji (nawet jeżeli w praktyce prawa przedsiębiorcy były w tym zakresie w większości przypadków respektowane) stawiał Polskę raczej w roli niechlubnego wyjątku, na tle innych państw Unii Europejskiej.

Niestety na tym zakończyć należy pochwały, zakres proponowanych zmian budzi bowiem rozczarowanie. Proponowane przepisy są dobitnym przykładem podejścia, sprowadzającego się do tego, by prawa przedsiębiorcy przyznać w możliwie jak najwęższym zakresie (tak, by nie narazić się na zarzut zaniechania, ale jednocześnie by nawet w najmniejszym stopniu nie wyjść poza to, co jest konieczne).

Zaczynając od samej konstrukcji LPP należy po pierwsze zastanowić się, jakie względy przemawiają za tym, by tak rygorystycznie (a tym samym i zawężająco) określić katalog przesłanek umożliwiających przedsiębiorcy powołanie się na poufność korespondencji z prawnikiem. Czy reguła nie powinna być odwrotna, tak by tajemnica rozciągała się na wszelką komunikację z doradcą prawnym (z wyłączeniem przypadków, kiedy prawo to jest nadużywane, np. dla ukrycia dowodów nielegalnych działań czy odmowy udzielenia informacji?). Innymi słowy, czy – o ile przepisy zostaną przyjęte w aktualnym kształcie – rzeczywiście powinno się zakładać, że Prezes UOKiK będzie mógł (i będzie chciał) zapoznawać się z treścią opinii prawnych, tam, gdzie przesłanki ustawowe nie będą spełnione (o co będzie stosunkowo łatwo)? Czy – idąc dalej tym tropem – należy rzeczywiście wierzyć, iż taka wąska konstrukcja LPP, otwierająca drogę do zapoznawania się z opiniami doradców prawnych, przyczyni się (a może nawet jest konieczna) do skutecznego egzekwowania reguł konkurencji?

Chcę wierzyć, że są to pytania wyłącznie retoryczne i że przedstawiciele Urzędu nie myślą w ten sposób. To jednak oznacza, iż górę bierze u pracowników organu właśnie ów brak zaufania do sensu przyznawania praw przedsiębiorcom, owo myślenie zakładające, że w tym obszarze im mniej praw, tym – na wszelki wypadek – lepiej.

Tym samym, odnosząc się do tej regulacji w jej obecnym kształcie należy postulować, by ochroną została objęta wszelka korespondencja między prawnikiem i jego klientem. Korporacyjne zasady etyki – zarówno Naczelnej Rady Adwokackiej, jak i Krajowej Izby Radców Prawnych – są gwarancją, że przywilej ten zostanie wykorzystany właściwie. Dodatkowo, funkcjonować przecież będzie procedura „kopertowa”, a to oznacza, iż w sprawach spornych ostatecznie zdanie będzie należało do sądu, który będzie mógł zapobiec ewentualnym nadużyciom.

Jeżeli okaże się, iż tak daleko idący postulat nie jest możliwy do spełnienia, warto przynajmniej zadbać o kilka istotnych kwestii.

Po pierwsze, należy mieć świadomość, że ochrona wynikająca z zasady LPP przysługiwać ma – wbrew oczekiwaniom większości specjalistów – jedynie prawnikom niezależnym od przedsiębiorcy

(Bernatt i Turno, 2013, s. 19). W rezultacie spod „parasola ochronnego” wyłączeni zostali prawnicy pracujący w strukturach danej spółki (tzw. prawnicy wewnętrzni; *in-house lawyers*). Ten podział nie wydaje się zasadny, zwłaszcza w sytuacji, w której Prezes UOKiK prowadzi postępowanie na podstawie tylko prawa polskiego. W takim przypadku należy bowiem przypomnieć, że adwokaci oraz radcowie prawni działają w Polsce według tych samych reguł i obowiązują ich te same zasady etyki zawodowej. Nie ma zatem ani podstawy, ani potrzeby do tak drastycznego różnicowania uprawnień przysługującym wykwalifikowanym prawnikom, świadczącym usługi w ramach kancelarii oraz tym zatrudnionym w departamencie prawnym przedsiębiorcy, tym bardziej że nie czyni tego też prawo polskie (Bernatt i Turno, 2013, s. 26).

Ponadto LPP powinno być również zagwarantowane w sytuacji, w której Prezes UOKiK wzywa przedsiębiorcę do przekazania określonych dokumentów (tj. na podstawie art. 50 uokik). Trudno przecież zakładać, że wezwanie to może także obejmować uzyskane przez przedsiębiorcę opinie prawne.

III. Zmiany w zakresie wezwań do przekazania dokumentów i informacji

W obecnym stanie prawnym Prezes UOKiK ma możliwość żądania od przedsiębiorców (niemal) dowolnych informacji, dokumentów i danych. Odmowa spełnienia żądania, jak i wprowadzenie organu w błąd zagrożone są bardzo surowymi karami pieniężnymi, które mogą sięgać aż równowartości 50 milionów EUR. Jest w tym kontekście oczywiste, że żaden racjonalnie i zgodnie z prawem działający przedsiębiorca nie zdecyduje się nie przekazać danych czy dokumentów, których domaga się od niego Prezes UOKiK.

Jak się okazuje, tak szerokie uprawnienia dochodzeniowe nie są – w ocenie projektodawców – wystarczające i muszą zostać rozbudowane. Projekt Nowelizacji zakłada, że obok wymienianych dotychczas w art. 50 ustawy jedynie „przedsiębiorców”, obowiązkiem współpracy zostaną objęte również inne podmioty, w tym także osoby fizyczne.

Tak znaczące rozszerzenie zakresu podmiotowego art. 50 ust. 1 uokik (określenie, że zobowiązanie może dotyczyć nie tylko przedsiębiorców, lecz także innych osób fizycznych) może mieć bardzo daleko idące praktyczne konsekwencje. Rozciąga ona bowiem obowiązek współpracy z Prezesem UOKiK z przedsiębiorców na praktycznie nieograniczony krąg podmiotów. Oznacza to przykładowo możliwość kierowania wezwań bezpośrednio do pracowników czy współpracowników przedsiębiorcy, do członków jego organów itp., nawet bez jego wiedzy.

Jednocześnie Projekt Nowelizacji znacząco obniża gwarancje proceduralne przysługujące innym niż przedsiębiorcy czy związki przedsiębiorców podmiotom, które są adresatami wezwań. Proponowane przez Projekt Nowelizacji brzmienie art. 50 ust. 4 uokik pozwala osobom fizycznym na odmowę przekazania informacji lub dokumentów tylko z powodu narażenia na odpowiedzialność karną⁹. Tym samym sytuacje, w których odmowa będzie bezpieczna, zaliczać się będą do absolutnych wyjątków (szerzej omawiam to zagadnienie także w punkcie IV poniżej).

⁹ W Projekcie Nowelizacji zaproponowano dodanie do art. 50 ustępu 4 („Osoby fizyczne, do których zostało skierowane żądanie, o którym mowa w ust. 1, mogą odmówić przekazania informacji lub dokumentów tylko wtedy, gdy naraziłoby to je lub ich małżonka, wstępnych, zstępnych, rodzeństwo oraz powinowatych w tej samej linii lub stopniu, jak również osoby pozostające w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli, a także osobę pozostającą we wspólnym pożyciu, na odpowiedzialność karną. Prawo odmowy udzielenia informacji trwa po ustaniu małżeństwa lub rozwiązaniu stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli.”).

Mamy tym samym do czynienia z przykładem sytuacji, w której następuje znaczące rozszerzenie kompetencji „dochodzeniowych” organu (które i tak są już bardzo daleko idące) przy jednoczesnym ograniczeniu praw przedsiębiorców (i innych podmiotów, do których skierowane zostanie wezwanie). Tworzy się w tym zakresie bardzo niebezpieczna nierównowaga (organowi wolno wszystko – przedsiębiorcy nic). Projektodawcy nie prezentują przy tym żadnego racjonalnego uzasadnienia dla tak daleko idących rozwiązań. W szczególności brakuje argumentów wskazujących, że aktualne brzmienie art. 50 ustawy nie było wystarczające i że Prezes UOKiK miał w związku z tym jakiegokolwiek problemy z zebraniem informacji czy dokumentów. Nie ma również spraw (wydanych decyzji), które wskazywałyby, że przedsiębiorcy nie spełniali oczekiwań Urzędu względnie, że spełniali owe żądania w sposób nieprawidłowy. Wydaje się zatem, że za zmianą stoi wyłącznie chęć skorzystania z okazji i poszerzenia swoich kompetencji do wyobraźalnego maksimum.

Jest to o tyle istotne, że projektowana zmiana niewątpliwie znacząco zwiększa ryzyko po stronie przedsiębiorcy. Pracownicy, zwłaszcza ci odpowiadający bez wsparcia prawników i bez znajomości przepisów, mogą napisać coś nie do końca przemyślanego, nie mając świadomości, że właśnie narażają swojego pracodawcę na poważne konsekwencje. Łatwiej może być także zadać pracownikowi jakieś podchwytliwe (np. sugerujące) pytanie, a jego odpowiedź stanowić będzie pełnoprawny materiał dowodowy, na którym Prezes UOKiK będzie mógł bazować, wydając decyzje w sprawie przedsiębiorcy.

Dodajmy jeszcze, że za odmowę przekazania informacji lub dokumentów (podkreślmy – „wszelkich informacji”) lub za wprowadzenie Prezesa UOKiK w błąd czekają surowe kary pieniężne. W przypadku przedsiębiorcy kara może wynieść do 3% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Ta zmiana (art. 106 ust. 2 uokik) jest akurat dla przedsiębiorców korzystna, wiąże bowiem wysokość kary z ich obrotem w miejsce pułapu kwotowego określonego na poziomie równowartości 50 milionów euro, który dla mniejszych firm był abstrakcją. W przypadku osób fizycznych – maksymalną wysokość kary określono na poziomie pięćdziesięciokrotności przeciętnego wynagrodzenia, a więc nawet i 250 tysięcy złotych.

Przeciwko omawianej zmianie należy tym samym zaprotestować. Prezes UOKiK ma już obecnie dostatecznie szerokie uprawnienia dochodzeniowe umożliwiające mu sprawne zbieranie informacji i dokumentów (podobnie: Kanton, 2020, s. 67 i n.). Brakuje dowodów (szczególnie w postaci konkretnych spraw) wskazujących na konieczność ich poszerzenia. Rozbudowanie kręgu podmiotów zobligowanych do współpracy z organem antymonopolowym jest w tym kontekście działaniem nieproporcjonalnym (zbyt daleko idącym) i zbyt głęboko ingerującym w prawa jednostki (w tym prawo do prywatności), zwłaszcza że Nowelizacja w bardzo ograniczonym zakresie chroni praw występujących przed organem osób fizycznych, grożąc im jednocześnie bardzo surowymi karami pieniężnymi.

IV. Pozorna wolność od samooskarżenia

Od lat w artykułach naukowych, komentarzach, ale także w pismach procesowych praktycy prawa konkurencji w Polsce apelowali, by przedsiębiorcy (a później także po kolejnych zmianach prawnych – osoby zarządzające/fizyczne) mieli w postępowaniu przed Prezesem UOKiK zagwarantowane prawo do nieoskarżania samych siebie (Bernatt, 2011, s. 189–191). Innymi słowy, aby mogli korzystać z prawa do nieobciążania się zeznaniami czy przekazywanymi informacjami

(tzw. wolność od samooskarżenia; *privilege against self-incrimination*). Jest to bowiem podstawowe prawo człowieka w prawie unijnym wyraźnie rozciągnięte także na przedsiębiorców w sprawach antymonopolowych (zob. także Bernatt i Turno, 2015, s. 76; Turno, 2009, s. 31–48)¹⁰.

Warto dodać, że wytworzone i istniejące już w momencie żądania przez organ antymonopolowy dokumenty (nawet prowadzące do samooskarżenia) muszą być do niego przekazane. Wolność od samooskarżania (tak jak jest rozumiana w prawie UE) stosuje się jedynie do przekazywanych informacji tzn. odpowiedzi (na wezwanie) na zadane pytania o fakty, w toku udzielania informacji w czasie kontroli czy przeszukania, czy w toku zeznań świadka albo strony (szerzej: Turno i Zawłocka-Turno, 2012).

Zagadnienie wolności od samooskarżania nie jest regulowane w prawie polskim, co niewątpliwie jest poważnym mankamentem krajowych przepisów. Nowelizacja ma tym samym szansę, by stać się poważnym krokiem naprzód w zakresie ujednoczenia podejścia do praw przedsiębiorców (i innych „aktorów” postępowań antymonopolowych).

Niestety wbrew deklaracjom (wyrażonym np. w uzasadnieniu do Nowelizacji¹¹ – zob. s. 16–18), przyjęte rozwiązania (w art. 50 ust. 4 i 5 oraz 60 ust. 5 i 6 ustawy po nowelizacji) nie gwarantują przedsiębiorcom oraz osobom fizycznym wolności od samooskarżenia. Tym samym istnieje ryzyko, że dyrektywa ECN+ w tym zakresie nie będzie (wbrew treści jej art. 3 ust. 2) prawidłowo implementowana do ustawy.

Zastrzeżenia wynikają z przyjęcia przez twórców Nowelizacji rozwiązań, które także i tym razem zostały tak skrojone, by prawa przedsiębiorców i osób fizycznych ograniczyć do absolutnego minimum (niezależnie od wyrażanej publicznie odmiennej intencji).

Po pierwsze, w art. 50 ust. 4 po nowelizacji, który to przepis statuuje przesłanki odmowy udzielenia odpowiedzi na żądanie organu, mowa jest jedynie o osobach fizycznych (czyli zapewne o osobach zarządzających oraz innych osobach fizycznych, do których UOKiK skieruje wezwanie o przekazanie informacji w trybie art. 50). Tym samym przepis ten w ogóle nie uwzględnienia przedsiębiorców – stron postępowań antymonopolowych. Oznacza to pozbawienie przedsiębiorców prawa do odmowy samooskarżenia.

Po drugie, nawet w przypadku osób fizycznych prawo to zostało mocno ograniczone. Ponownie zatem górę wzięła filozofia, zgodnie z którą wprowadza się zmiany, ale w tak minimalnym zakresie, że nie mają one żadnego zasadniczego znaczenia (i z pewnością nie świadczą o wypełnieniu wymogów dyrektywy ECN+).

Dzieje się tak, ponieważ osoby fizyczne mogą odmówić przekazania informacji i dokumentów tylko wtedy, gdy naraziłoby je to lub bliskie im osoby na odpowiedzialność karną. Brakuje natomiast w przepisach Nowelizacji wskazania na możliwość odmowy przekazania informacji w razie zagrożenia stwierdzeniem praktyki ograniczającej konkurencji i nałożenia z tego tytułu kary pieniężnej. A przecież kara taka może być bardzo wysoka, a tym samym w wymiarze praktycznym odpowiedzialność osoby fizycznej na tej podstawie może być surowsza, niż to przewiduje część przepisów kodeksu karnego¹².

¹⁰ Wyr. ETS z 18 października 1989 r. w sprawie 374/87 *Orkem v. Komisja*, Zb. Orz. 1989 r., s. 3283. Wyr. ETPC z 21 kwietnia 2009 r. w sprawie *Martinen v. Finlandii*, nr skargi 19235/03.

¹¹ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw.

¹² Co powoduje, że prawo antymonopolowe nie zalicza się wprawdzie do zasadniczego obszaru prawa karnego, niemniej jednak przepisy takie mają charakter quasi-karny. Zob. Opinia rzecznika generalnego J. Kokott przedstawiona w dniu 28 lutego 2013 r. Bundeswettbewerbshörde i Bundeskartellamt przeciwko Schenker & Co. AG i in (Sprawa C-681/11), pkt 40 i przywołane tam orzecznictwo.

Co więcej, z proponowanego przepisu art. 50 ust. 5 jasno wynika, że informacje i dokumenty, nawet jeśli prowadzą do samooskarżenia, muszą być przez osobę fizyczną przekazane do UOKiK. Następnie (ewentualnie) UOKiK uzna (choć nie jest jasne w oparciu o jakie kryteria), że te informacje i dokumenty nie mogą być wykorzystane w postępowaniu prowadzonym przez Prezesa Urzędu na potrzeby nałożenia kary pieniężnej na niekorzyść tej osoby. Nadal jednak będzie tak, że znajdują się one w aktach postępowania, Prezes UOKiK będzie mógł z nich korzystać i to – jak się wydaje – nie tylko w relacji do innych podmiotów, lecz także w zakresie samego stwierdzenia naruszenia prawa przez tę osobę fizyczną. W praktyce zatem przekazane informacje i dokumenty nie będą jedynie mogły posłużyć organowi do podwyższenia kary pieniężnej (bo sama kara będzie mogła być nałożona na podstawie pozostałego materiału dowodowego).

Analogiczne zarzuty można podnieść odnośnie do przepisów dotyczących przesłuchania stron na rozprawie administracyjnej (art. 60 ust. 5 i 6 ustawy po nowelizacji). Strona (tutaj osoba zarządzająca lub przedsiębiorca) będzie mogła odmówić odpowiedzi jedynie, gdy odpowiedź naraziłaby ją lub jej bliskich na odpowiedzialność karną.

Omawiane rozwiązania nie zmieniają tym samym nic w sytuacji przedsiębiorców, jak i osób fizycznych. Nadal będą oni zmuszeni do wywodzenia wolności od samooskarżenia nie z przepisów ustawy, lecz z przepisów art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹³, z art. 48 Karty Praw Podstawowych UE¹⁴ oraz z orzecznictwa strasburskiego, luksemburskiego oraz coraz liczniejszych orzeczeń polskich sądów.

Należy tym samym postulować zmodyfikowanie projektowanych przepisów w taki sposób, by wolność od samooskarżenia w Polsce była realizowana w sposób faktyczny i pełny, a nie jedynie iluzoryczny. Prezes UOKiK ma wystarczającą ilość innych narzędzi do wykrycia naruszeń prawa i nie musi zmuszać ani przedsiębiorców, ani osób fizycznych do tego, by pod przymusem przedstawiali informacje ich obciążające.

V. Podsumowanie

Kontradyktoryjny charakter postępowań sądowych, których przedmiotem jest odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK, bardzo mocno przeciwstawia sobie organ i przedsiębiorcę. W moim odczuciu powoduje, że wraz z upływem lat Urząd w coraz mniejszym stopniu zachowuje się jak obiektywny organ administracji, a coraz bardziej jak strona sporu, która nastawiona jest przede wszystkim na wygraną sprawy. Trudno kogokolwiek winić za taki stan rzeczy, górę bierze natura ludzka i chęć postawienia na swoim.

W każdym jednak sporze prawnym warto jest zachować pewien balans, przejawiający się przynajmniej podstawową równością broni. Działania według zasady, że organowi wolno bardzo dużo (prawie wszystko), a przedsiębiorcy nic, będą nas jeszcze bardziej odsuwać od siebie i spychać na wrogie pozycje. Niewątpliwie ucierpi na tym jakość orzecznictwa, albowiem chodzenie na skrót, przy jednoczesnym poczuciu wszechmocy, nikomu – w dłuższej perspektywie czasowej – nie wychodzi na dobre. Potyczki będą się zresztą nadal odbywać, mniej natomiast będzie w nich merytoryki (zwłaszcza, jeżeli nikt nie będzie chciał argumentów podnoszonych przez przedsię-

¹³ Dz. U. 1993 Nr 61, poz. 284 ze zm.

¹⁴ Dz. Urz. UE z 26.10.2012, nr C 326/39.

biorców słuchać), a coraz więcej walki na argumenty formalne, bezwzględnie wykorzystującej każde potknięcie „wszechmocnego” Urzędu.

Może to skrajny idealizm, ale marzy mi się sytuacja zgoła inna, w której zamiast okopywania się na swoich pozycjach zaczynamy patrzeć na siebie z większym zaufaniem i szacunkiem. Słuchamy swoich argumentów, dążąc do tego, by w ostatecznym rozrachunku wydane rozstrzygnięcie nie tyle kończyło się wieloletnim sporem sądowym, ile przywróceniem konkurencji na rynku. Wbrew pozorom ten idealny świat nie jest bardzo od nas daleki i cały czas możemy go osiągnąć. Musimy jednak zacząć – wszyscy – inaczej myśleć o przepisach prawa i o tym, co naprawdę znaczy ich skuteczne egzekwowanie.

Bibliografia

- Bernatt, M. (2011). *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Bernatt, M. i Turno, B. (2013). Zasada legal professional privilege w projekcie zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(2), 17–30.
- Bernatt, M. i Turno, B. (2015). O potrzebie doskonalenia rozwiązań procesowych w znowelizowanej z dniem 18 stycznia 2015 r. ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(4), 76.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2018). Mind the Gap! ECN+ Directive Proposal on its Way to Eliminate Deficiencies of Regulation 1/2003: Polish Perspective. *Market and Competition Law Review*, II(2), 125–150.
- Kanton, K. (2020). Odpowiedzialność przedsiębiorcy za niedostarczanie informacji i dokumentów na żądanie Prezesa UOKiK – kilka refleksji po decyzji w sprawie Engie. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 3(9), 60–74.
- Semeniuk, P. (2015). *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Stawicki, A. i Stawicki, E. (red.). (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wyd. 2. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Turno, B. (2009). Prawo odmowy przekazania informacji służącej wykryciu naruszenia reguł konkurencji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 3, 31–48.
- Turno, B. i Zawłocka-Turno, A. (2012). Legal professional privilege and the privilege against self-incrimination in EU Competition Law after the Lisbon Treaty – Is it time for a substantial change? *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 5(6), 193–214.