

Warszawa, dnia 4 lutego 2021 r.

Uwagi Polskiego Stowarzyszenia Sprzedaży Bezpośredniej (dalej: „PSSB” lub „Stowarzyszenie”) do projektu z dnia 14 stycznia 2021 r. ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw, dokonującego transpozycji Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 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 wewnętrznego (dalej: „Dyrektywa ECN+”).

W ocenie Stowarzyszenia całokształtu proponowanych zmian nie można ocenić jednoznacznie pozytywnie, mimo celów przyświecających Dyrektywie ECN+, a szczególnie niebezpieczne może być zagrożenie arbitralności po stronie organu ochrony konkurencji w zakresie nakładania kar.

PSSB prezentuje poniżej swoje uwagi w kolejności zmian przewidzianych w projekcie ustawy. Najpierw przedstawiony zostanie zatem komentarz do zmiany w zakresie pojęcia przedsiębiorstwa oraz stwierdzania i eliminowania naruszenia, kolejno ukształtowanie instytucji prawnej Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes UOKiK”), następnie zmiany w zakresie uzasadniania zarzutów, żądania informacji, wolności od samooskarżania, ochrony informacji uzyskiwanych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK, kontroli, pomocy Policji i *Legal professional privilege* (dalej: „LPP”), terminów przedawnień, kar oraz programu ich łagodzenia, wzajemnej pomocy, a następnie do zmian w innych ustawach oraz przepisów przejściowych i o wejściu w życie ustawy.

1. Pojęcie przedsiębiorstwa oraz stwierdzanie i eliminowanie naruszenia

W uzasadnieniu do projektu ustawy wskazano, że *krajowe organy ochrony konkurencji powinny mieć możliwość stosowania pojęcia przedsiębiorstwa w rozumieniu orzecznictwa TSUE w celu zidentyfikowania wszystkich podmiotów należących do odpowiedzialnej za naruszenie jednostki gospodarczej. W szczególności konieczne jest zapewnienie możliwości zidentyfikowania spółki dominującej i nałożenia na nią kar za praktykę stosowaną przez jedną z jej spółek zależnych, w przypadku gdy spółka dominująca i jej spółka zależna stanowią taką jednostkę gospodarczą. Dalej jednak słusznie zauważano, iż [u]stawa w obecnym brzmieniu nie posługuje się pojęciem przedsiębiorstwa lecz przedsiębiorcy, przez którego należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców. Zaznaczono również, że jeśli spółka dominująca i jej spółka zależna są częścią jednego organizmu gospodarczego (ang. single economic unit) tworzą one jedno przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 101 TFUE, co pozwala Komisji na skierowanie decyzji nakładającej grzywnę do spółki dominującej, bez konieczności ustalania jej bezpośredniego zaangażowania w naruszenie.* PSSB rozumie, iż potrzeba wprowadzenia wskazanych poniżej

zmian wynika z konieczności zapewnienia skuteczności orzecznictwu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”). Niemniej, jak słusznie zauważono w uzasadnieniu, obecnie polskie prawo posługuje się pojęciem przedsiębiorcy – terminu przedsiębiorstwa nie używa się w znaczeniu podmiotowym, a jedynie przedmiotowym. Mimo to, regulacja zaproponowana w projekcie zakłada, że w przypadku naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ust. 1 lub art. 101 TFUE, naruszenia dopuszcza się również przedsiębiorca lub przedsiębiorcy wywierający decydujący wpływ na tego przedsiębiorcę, (który ma miejsce gdy pomiędzy przedsiębiorcami istnieją takie powiązania ekonomiczne, prawne i organizacyjne, że przedsiębiorca, na którego wywierany jest decydujący wpływ, nie określa samodzielnie swojego zachowania na rynku, lecz co do zasady stosuje się do wskazówek udzielanych mu przez przedsiębiorcę wywierającego decydujący wpływ). Dodatkowo, przewidziano również domniemanie, zgodnie z którym przyjmuje się, iż przedsiębiorca wywiera decydujący wpływ, jeżeli posiada cały lub prawie cały kapitał innego przedsiębiorcy. W ocenie Stowarzyszenia całokształt wskazanej regulacji należy ocenić negatywnie, ponieważ po pierwsze – w projekcie utożsamiono pojęcie przedsiębiorstwa z pojęciem przedsiębiorcy, co jest zabiegiem nieprawidłowym, a po drugie – mając powyższe na względzie, przewidziano niesprawiedliwe z perspektywy przedsiębiorców domniemanie. Zauważyć trzeba, iż samo posiadanie kapitału z góry definitywnie nie przesądza o braku samodzielności na rynku podmiotu powiązanego. Do innych wniosków można by dojść posługując się pojęciem przedsiębiorstwa, dlatego Stowarzyszenie stoi na stanowisku, iż zabiegiem najbardziej pożądanym byłaby zmiana przepisów polskiego systemu prawnego poprzez wprowadzenie do niego przedsiębiorstwa w znaczeniu podmiotowym. PSSB zdaje sobie sprawę, iż byłby to zabieg niezwykle skomplikowany, niemniej mając na względzie potrzebę zapewnienia skuteczności prawa europejskiego, przy jednoczesnym poszanowaniu interesów przedsiębiorców, celowy. Ukaranie spółki dominującej, bez ocenienia jej zaangażowania w naruszenie, należy ocenić negatywnie, szczególnie zważając na przepis wprowadzający odpowiedzialność osoby zarządzającej, z którego wynika, iż w przypadku stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-6 ustawy lub w art. 101 ust. 1 lit. a-e TFUE, odpowiedzialności podlega również osoba zarządzająca, która w ramach sprawowania swojej funkcji w czasie trwania stwierdzonego naruszenia tych zakazów umyślnie dopuściła przez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia przez tego przedsiębiorcę wymienionych zakazów. Analiza łączna tych przepisów pozwala na zauważenie, iż spółka dominująca może zostać niesprawiedliwie ukarana, nawet jeżeli wina leży po stronie osoby zarządzającej spółką zależną. Stowarzyszenie ma świadomość, że co prawda celem tych przepisów jest zapewnienie prawidłowości funkcjonowania rynku, niemniej bez jednoczesnego wykreowania odpowiednich gwarancji proceduralnych dla przedsiębiorców, by mogli należycie bronić swoich interesów, może *de facto* doprowadzić do uprzywilejowania pewnych przedsiębiorców, przykładowo reprezentujących kapitał krajowy. Warto dodać także, iż nie zostało sprecyzowane, jak

oceniane będzie zaistnienie umyślnego zaniechania, czego efektem może być przerzucanie ryzyka obciążającego pracodawcę (ponoszenie konsekwencji błędu pracownika) na pracownika zarządzającego.

W zakresie stwierdzenia i eliminowania naruszenia PSSB zaznacza jedynie, iż przewidziana regulacja grozi powstaniem nadmiernej arbitralności po stronie Prezesa UOKiK.

W motywie 37 Dyrektywy ECN+ podkreślono rolę proporcjonalności w przypadku posługiwania się środkami strukturalnymi, zaznaczając ich mocno ingerujący w strukturę przedsiębiorstwa charakter –*[k]rajowe organy ochrony konkurencji powinny mieć ponadto do dyspozycji skuteczne narzędzia umożliwiające przywrócenie konkurencji na rynku za pomocą proporcjonalnych środków zaradczych o charakterze strukturalnym lub behawioralnym, które będą proporcjonalne do popełnionego naruszenia i konieczne do zaprzestania naruszenia. Zasada proporcjonalności wymaga, by spośród dwóch równie skutecznych środków zaradczych krajowe organy ochrony konkurencji wybrały środek, który jest najmniej uciążliwy dla danego przedsiębiorstwa. Środki zaradcze o charakterze strukturalnym, takie jak obowiązek pozbycia się udziałów w konkurencyjnym podmiocie lub zamknięcie jednostki gospodarczej, wpływają na aktywa przedsiębiorstwa i mogą zostać uznane za bardziej obciążające dla niego niż środki o charakterze behawioralnym* [podkreślenie własne]. Z kolei z art. 10 Dyrektywy ECN+ bezpośrednio wynika, że co prawda w celu nakazania zaprzestania naruszenia krajowe organy ochrony mogą nałożyć dowolne środki zaradcze, które są proporcjonalne do popełnionego naruszenia i konieczne do jego skutecznego zaprzestania tego naruszenia, jednak zgodnie z zasadą proporcjonalności spośród dwóch równie skutecznych środków zaradczych krajowe organy ochrony konkurencji wybierają środek, najmniej uciążliwy dla danego przedsiębiorstwa. Tymczasem w Projekcie przewidziano zmianę brzmienia art. 10 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: „u.o.k.k.”), zgodnie z którą, gdy środki, o których mowa ust. 4 u.o.k.k., mogłyby okazać się nieskuteczne albo skuteczne, lecz bardziej uciążliwe dla przedsiębiorcy, Prezes Urzędu może w decyzji nakazać zastosowanie środka ingerującego w strukturę przedsiębiorcy lub przedsiębiorców. Mając na względzie takie ukształtowanie regulacji prawnej, Stowarzyszenie postuluje, aby dodano do przepisu obowiązek wyboru środka mniej uciążliwego, ponieważ obecnie proponowana treść przepisu jest niewystarczająco ostra („mogłoby okazać się”). Warto zwrócić uwagę także na brak konieczności skonsultowania z przedsiębiorcą wyboru takiego środka, jeszcze przed jego nałożeniem. Co prawda, w uzasadnieniu do projektu wskazano, iż *[z] uwagi na większą inwazyjność tego rozwiązania w wewnętrzną strukturę i strategię przedsiębiorcy, Prezes UOKiK mógłby skorzystać z tego narzędzia jedynie w wyjątkowych okolicznościach określonych w projektowanej ustawie, tzn. w przypadku gdy inne środki mogłyby okazać się nieskuteczne lub też gdy byłyby równie skuteczne lecz bardziej uciążliwe dla przedsiębiorcy, niemniej wymienione przesłanki wcale nie przesądzają bezpośrednio o rzeczywiście*

ostateczności wybieranego środka, a także nie gwarantują stosowania środków strukturalnych jedynie w wyjątkowych okolicznościach.

2. Regulacja prawna dotycząca Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Stowarzyszenie nie przedstawia uwag do ukształtowania regulacji prawnej dotyczącej Prezesa UOKiK w zakresie wprowadzenia kadencyjności tego organu, zamkniętego katalogu przesłanek umożliwiających odwołanie przed upływem kadencji, wprowadzenia możliwości powołania danej osoby na stanowisko Prezesa UOKiK jedynie jednokrotnie, wymogu niepełnienia uprzednio służby zawodowej ani niewykonywania pracy w wymienionych w ustawie organach bezpieczeństwa państwa, a także braku współpracy z nimi, zakazu sprawowania innych stanowisk (poza dydaktycznymi itd.), wykonywania funkcji niezależnie od jakichkolwiek podmiotów, uregulowania kwestii konfliktu interesów. Choć na marginesie szczególnie wykonywanie w przeszłości pracy na rzecz określonego podmiotu nie wydaje się bezpośrednio determinować przydatności określonego kandydata.

PSSB za pozytywne uznaje wprowadzenie przepisu, z którego wynika, iż nabór na stanowisko wiceprezesa Urzędu przeprowadza zespół, powołany przez Prezesa Urzędu, liczący co najmniej 3 osoby, których wiedza i doświadczenie dają rękojmię wyłonienia najlepszych kandydatów, a także, że dokonanie oceny kwalifikacji może zostać zlecone podmiotowi trzeciemu, niemniej Stowarzyszenie zauważa, iż wartościowe mogłoby być zagwarantowanie prawnie, iż przynajmniej jedna osoba w zespole będzie przedstawicielem organizacji przedsiębiorców.

3. Uzasadnianie zarzutów, żądanie informacji oraz wolność od samooskarżania się

W projekcie zaproponowano przepis, zgodnie z którym postanowienie o wszczęciu postępowania, o którym mowa w ust. 1 (postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, postępowanie w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, postępowanie w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone oraz w sprawach nakładania kar pieniężnych), wymaga uzasadnienia, które zawiera wyjaśnienie zarzutów stawianych przedsiębiorcy oraz informację o zasadach wymiaru kary pieniężnej w przypadku stwierdzenia, że przedsiębiorca dopuścił się naruszenia przepisów. Z kolei z Dyrektywy ECN+ wynika obowiązek zapewnienia przez państwa członkowskie nie tylko samego uzasadnienia, ale szczegółowego uzasadnienia zarzutów i prowadzenia postępowania w rozsądnych ramach czasowych – *państwa członkowskie zapewniają, aby krajowe organy ochrony konkurencji prowadziły postępowania w sprawie stosowania prawa w rozsądnych ramach czasowych. Państwa członkowskie zapewniają, aby*

przed podjęciem decyzji na podstawie art. 10 niniejszej dyrektywy krajowe organy ochrony konkurencji przyjmowały szczegółowe uzasadnienie zarzutów. Mając to na względzie Stowarzyszenie postuluje dodanie do przepisu słowa „szczeǳółowe” w odniesieniu do uzasadnienia, aby podnieść poziom ochrony przedsiębiorców, a takżę dodanie zakresu czasowego, który spełni standardy sprawiedliwosci proceduralnej.

W odniesieniu do żądania informacji od nieograniczonego kręgu podmiotów oraz wolności od samooskarżania się PSSB nie zgłasza uwag. Jedynie co do pierwszej ze wskazanych kwestii zaznacza, iż należałoby doprecyzować kwestię terminów, aby zadośćuczynić wynikającemu z dyrektywy wymogowi dostarczenia wiadomości w określonym i rozsądnym terminie, ponieważ obecnie w przepisie mowa tylko o dokonaniu tego „na żądanie”.

4. Ochrona informacji uzyskiwanych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK

Stowarzyszenie nie przedstawia zastrzeżeń odnośnie do przepisów o ochronie informacji uzyskiwanych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK.

5. Kontrola, pomoc Policji i LPP

Stowarzyszenie nie zgłasza uwag co do przepisów dotyczących przeszukania i pomocy Policji. W zakresie LPP PSSB zauważa, iż uregulowanie tej kwestii, chociaż wykracza poza zakres dyrektywy, jest zabiegiem pożądanym, niemniej negatywnie należy ocenić fakt, iż ochrona będzie przysługiwać jedynie w sytuacji przeszukania i dotyczyć opinii wyłącznie niezależnego od przeszukiwanego adwokata, radcy prawnego, czy prawników wskazanych w ustawie o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (niezrozumiałe jest z jakich przyczyn LPP nie miałyby objąć również prawników zatrudnionych na co dzień u przedsiębiorcy, a takżę odnosić się do innych etapów postępowania niż przeszukiwanie). Stowarzyszenie postuluje stworzenie bardziej kompleksowej regulacji LPP, która obejmie wszystkie podmioty świadczące pomoc prawną i każdy etap postępowania przed Prezesem UOKiK. Dodatkowo, PSSB wnosi również, aby skrócony został termin przysługujący sądowi ochrony konkurencji i konsumentów (dalej: „sokik”) na wydanie postanowienia o zwrocie przeszukiwanemu pism lub dokumentów zawierających pisemną komunikację z kwalifikowanym prawnikiem – z miesiąca do 14 dni.

6. Terminy przedawnień

PSSB nie przedstawia zastrzeżeń co do zmian w zakresie przerwania terminów przedawnienia.

7. Kary oraz program ich łagodzenia

Stowarzyszenie nie zgłasza uwag co do regulacji dotyczącej kar oraz programu ich łagodzenia, ponieważ zdaje sobie sprawę z faktu, że konieczność ich wprowadzenia wynika z prawa unijnego. Niemniej PSSB postuluje jednocześnie, aby wskazane zmiany zostały

dokonane z dużą dozą ostrożności, ponieważ mając na względzie zagrożenie arbitralności i brak realnych przesłanek ograniczających działania Prezesa UOKiK, mogą godzić w słusze interesy przedsiębiorców i powodować po ich stronie znaczne szkody – jeżeli kary nie zostaną nałożone w sposób wystarczająco przemyślany, przy szczególnie wnikliwym zbadaniu sprawy. Stowarzyszenie proponuje, aby zróżnicować wysokość kary w zależności od stopnia przewinienia w ustawie, aby uniknąć zarzutu uznaniowości po stronie Prezesa UOKiK.

8. Wzajemna pomoc

PSSB nie przedstawia zastrzeżeń w zakresie przepisów dotyczących wzajemnej pomocy w sprawach wniosków dotyczących powiadomień lub egzekwowania decyzji o nałożeniu kar lub okresowych kar pieniężnych w sprawach dotyczących naruszeń art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

9. Zmiany w innych ustawach

Zmiany w innych ustawach (kodeksie postępowania cywilnego, kodeksie karnym, ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji i ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi) mają na celu dostosowanie przepisów tych aktów do projektowanych zmian, wynikających z prawa unijnego - w związku z tym Stowarzyszenie nie przedstawia odrębnych zastrzeżeń co do opisywanej kwestii.

10. Przepisy przejściowe i o wejściu w życie ustawy

W ocenie Stowarzyszenia tak znaczne zmiany, w szczególności w zakresie kar oraz programu ich łagodzenia, winny wejść w życie w odpowiednim terminie, tak aby przedsiębiorcy mieli czas na optymalne dostosowanie się do nich. W związku z tym PSSB stoi na stanowisku, iż przewidziane czternastodniowe *vacatio legis* nie zapewnia przedsiębiorcom możliwości wdrożenia przepisów w sposób jak najbardziej prawidłowy, dlatego Stowarzyszenie postuluje wydłużenie okresu wejścia w życie do 30 dni.

Podsumowując, w ocenie PSSB całokształt proponowanych zmian, mimo że realizuje przepisy unijne, nie może zostać uznany za pozytywny. Po wejściu w życie ustawy Prezes UOKiK będzie dysponował licznymi uprawnieniami, które na przykład w zakresie nakładania kar, w dużej mierze będą zależały wyłącznie od uznaniowości. Mając to na względzie, niezależnie od tego, iż przepisy dyrektywy miały na celu zapewnienie prawidłowości obrotu, Stowarzyszenie zauważa, iż zamiar ten może nie zostać wcale zrealizowany.