



Warszawa, dnia 5 lutego 2021 r.

Izba Gospodarki Elektronicznej
ul. Pańska 96 lok. 4
00-837 Warszawa

Sz.P.
Tomasz Chróstny
Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

**Uwagi Członków
Izby Gospodarki Elektronicznej
do projektu
ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów**

Szanowny Panie Prezesie,

w związku z pismem z dnia 15 stycznia 2021 r. (doręczonym w dniu 18 stycznia 2021 r.) z zaproszeniem do udziału w konsultacjach społecznych projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (numer w wykazie prac legislacyjnych UC69), zwanego dalej „**Projektem**”, Izba Gospodarki Elektronicznej, zwana dalej „**e-Izbą**”, prezentuje swoje uwagi Członów e-Izby dotyczące Projektu.

I. Uwaga ogólna

Projekt w przeważającej części stanowi implementację 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 wewnętrznego (zwana dalej „**Dyrektywą**”).

Dyrektywa ma realizować dwa podstawowe cele: wzmacniać krajowe organy ochrony konkurencji, tak by mogły one skutecznie egzekwować reguły konkurencji oraz zapewniać ochronę praw podstawowych przedsiębiorców w toku prowadzonych postępowań. Świadczy o tym umieszczenie w artykule 3 Dyrektywy odesłań do gwarancji praw podstawowych przedsiębiorców („*Postępowania dotyczące naruszeń art. 101 lub 102 TFUE, w tym wykonywanie uprawnień, o których*





mowa w niniejszej dyrektywie, przez krajowe organy ochrony konkurencji muszą być zgodne z ogólnymi zasadami prawa Unii oraz Kartą praw podstawowych Unii Europejskiej.” I dalej „Państwa członkowskie zapewniają, aby wykonywanie uprawnień, o których mowa w ust. 1, podlegało odpowiednim gwarancjom w odniesieniu do poszanowania praw przedsiębiorstw do obrony, w tym prawa do bycia wysłuchanym oraz prawa do skutecznego środka odwoławczego przed sądem”).

Oznacza to, że wszystkie przepisy Projektu powinny uwzględniać powyższe gwarancje, tak by w pełni odzwierciedlać cel Dyrektywy i w efekcie być z nią zgodnymi. Dotyczy to także zagadnień wykraczających poza materię regulowaną Dyrektywą.

Szczegółowe uwagi e-Izba przedstawia poniżej.

II. Uwagi szczegółowe

1. Art. 1 pkt 37 Projektu - kara za działanie związku przedsiębiorców

Art. 106 ust. 1a Projektowane przepisy posługują się mało precyzyjnym terminem „*naruszenie związane z działalnością członków*”, które zostało przeniesione do Projektu z polskiej wersji językowej Dyrektywy. Tymczasem każda decyzja związku przedsiębiorców dotyczy w pewien sposób działalności jego członków i jest w efekcie związana z ich działalnością. Tymczasem intencja prawodawcy unijnego była inna. Nie chodzi o możliwość nałożenia tak surowych kar za każde naruszenie prawa, ale o to, by można to było zrobić tam, gdzie związek przedsiębiorców staje się jedynie „przykrywką” dla nielegalnej zmywy jego członków. Mamy bowiem wtedy do czynienia z dwoma odrębnymi sytuacjami: (1) naruszeniami związanymi ze statutową działalnością organizacji branżowej, gdzie kara powinna być obliczana w tradycyjny sposób, tj. w relacji do przychodów tejże organizacji (2) naruszeniami, które *de facto* są naruszeniami członków (dokonanymi przy wykorzystaniu organizacji branżowej) – tu kara obliczana jest w oparciu o obroty tychże członków, bowiem to oni powinni ponieść karę. Z tego względu wskazana część projektowanego przepisu nie oddaje celu Dyrektywy.

Zmieniony przepis mógłby mieć następujące brzmienie:

„W przypadku, gdy naruszenia o którym mowa w ust. 1 pkt 1 lub 2, dopuszczają się członkowie związku za jego pośrednictwem i ma ono w istocie związek z ich działalnością, a nie działalnością związku kara, o której mowa w ust. 1, nie może przekroczyć 10% sumy całkowitej obrotu każdego z członków tego związku przedsiębiorców prowadzącego działalność na rynku, którego dotyczyło to naruszenie, w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary.”

Art. 106 ust. 1c e-Izba postuluje dodanie do art. 106 ust. 1c zdania, mówiącego o ograniczeniu możliwości żądania przez Prezesa UOKiK od przedsiębiorcy, którego przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych związku przedsiębiorców, zapłaty kary nałożonej na związek przedsiębiorców w wysokości przekraczającej 10% całkowitego światowego obrotu tego przedsiębiorcy. Obecnie w Projekcie nie ma takiego ograniczenia, co rozszerza odpowiedzialność finansową każdego z przedsiębiorstw ponad wskazaną w art. 15 ust. 1 oraz ust. 2 Dyrektywy kwotę (10% światowego





obrotu przedsiębiorcy). Brak takiego ograniczenia może skutkować obowiązkiem zapłaty przez przedsiębiorcę całej kary nałożonej na związek przedsiębiorców w wysokości (często znacznie) przekraczającej 10% światowego obrotu tego przedsiębiorcy.

2. Art. 1 pkt 37 oraz 39 Projektu - obrót grupy kapitałowej jako podstawa kary i kara za niewykonywanie decyzji

Art. 106 ust. 3a. oraz art. 106aa ust. 4 Przepis w proponowanym brzmieniu sugeruje, że przy obliczaniu wysokości obrotu będącego podstawą do nałożenia kary Prezes UOKiK powinien uwzględniać zarówno (i) obrót przedsiębiorstwa dopuszczającego się naruszenia („Naruszyciel”), (ii) obrót przedsiębiorców wywierających na Naruszcziela decydujący wpływ („Spółki Matki”), jak i (iii) obrót wszystkich spółek zależnych od Spółek Matek („Spółki Siostry”).

Biorąc pod uwagę, że zgodnie z postulowanymi zmianami kara może być nałożona tylko na Naruszcziela i Spółki Matki, to obliczanie jej wysokości biorąc pod uwagę również obrót Spółek Sióstr jest nieuzasadnione. Jeżeli jednak intencją Projektodawcy byłoby obliczanie wysokości kary biorąc pod uwagę obrót całej grupy kapitałowej, do której należy Naruszcziela, to należałoby odwołać się wprost do definicji *grupy kapitałowej* w rozumieniu art. 4 pkt 14 obecnie obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Art. 106 ust. 2 pkt 6 na mocy projektowanego przepisu możliwe będzie nałożenie na przedsiębiorcę takiej kary w przypadku, gdy przedsiębiorca choćby nieumyślnie nie wykonuje decyzji o których mowa w art. 10 ust. 4 i 5, art. 12 ust.1 i art. 89 ust. 1 ustawy. W ocenie e-Izby całkowicie niezasadne jest karanie za nieumyślne niewykonanie ww. decyzji, zwłaszcza, że Projektodawca nie przedstawił w uzasadnieniu projektu żadnych argumentów przemawiających za takim ujęciem przepisu. Mając to na uwadze należy wniesić o zmianę ww. przepisu polegającą na wyraźnym wskazaniu, że ewentualna kara może zostać nałożona tylko w przypadku umyślnego niewykonania decyzji Prezesa UOKiK.

3. Art. 1 pkt 6 Projektu – środki o charakterze strukturalnym

Art. 10 ust. 5 Przepis przewiduje uprawnienie do nakazania zastosowania środka ingerującego w strukturę przedsiębiorcy lub przedsiębiorców. Przy czym, projektowane rozwiązanie nie zawiera, żadnego katalogu takich środków. Nieprzekonujące są przy tym argumenty znajdujące się w uzasadnieniu Projektu, zgodnie z którymi „*Wobec różnorodności niedozwolonych praktyk stosowanych przez przedsiębiorców nie jest możliwym ani wskazanym stworzenie zamkniętej listy środków zaradczych, jakie Prezes UOKiK mógłby zastosować. Otwarty katalog pozwala na elastyczny dobór narzędzi pozwalających na skuteczne usunięcie naruszenia i jego skutków*” (str. 10 uzasadnienia Projektu). Mając na uwadze stopień ingerencji Organu w strukturę przedsiębiorcy, w tym daleko idący charakter takich środków, konieczne jest zastosowanie w ich przypadku zamkniętego katalogu. Organ będzie mógł zatem zastosować tylko i wyłącznie środki wymienione w ustawie. Jest to też rozwiązanie proporcjonalne i odpowiednio wyważające ingerencję w wolność prowadzenia działalności gospodarczej, która jest wartością chronioną konstytucyjnie, a ingerencje w nią muszą być uzasadnione i jasno sprecyzowane w przepisach rangi ustawowej. Aktualne ujęcie przepisu może spowodować zbyt daleko idącą dowolność w stosowaniu ww. środków, zwłaszcza wobec lakonicznego ujęcia hipotezy przepisu (możliwe jest ich stosowanie, gdy środki z ust. 4 mogłyby okazać się





nieskuteczne albo skuteczne, lecz bardziej uciążliwe dla przedsiębiorcy). W ocenie e-Izby przepis ten nie gwarantuje, iż Prezes UOKiK będzie używał środków o charakterze strukturalnym w ostateczności. Z tych względów należy wprowadzić w Projekcie zamknięty katalog środków strukturalnych oraz sprecyzować warunki uprawniające Organ do ich zastosowania.

4. Art. 1 pkt 4 oraz 5 Projektu – wywieranie decydującego wpływu

Art. 6aa oraz art. 9a Opowiadamy się przeciwko rozwiązaniom przyjętym w projektowanych przepisach. Zgodnie z nimi – w przypadku uznania, że dany podmiot naruszył określony zakaz, automatycznie uważa się, że rzeczony zakaz został naruszony także przez przedsiębiorcę wywierającego wpływ. Takie ujęcie jest o tyle niewłaściwe, że może prowadzić do nałożenia kary na określony podmiot, który chociaż mógłby ewentualnie zostać uznany za podmiot wywierający wpływ, to nie miał przy tym żadnej wiedzy o danym naruszeniu. Należy przy tym pamiętać, iż projektowane przepisy zakładają również w takich przypadkach nowe zasady obliczania podstawy wymiaru kary – poprzez wliczanie do obrotu nie tylko obrotu przedsiębiorcy, który naruszył określone przepisy, lecz również obrotu przedsiębiorcy wywierającego wpływ. Z tego względu projektowane rozwiązania powinny zostać usunięte z Projektu.

Mając na uwadze powyższe, należy wniesić o wykreślenie z Projektu przepisów przewidujących automatyczną odpowiedzialność podmiotów „wywierających wpływ” na przedsiębiorcę, który naruszył określone przepisy.

5. Art. 1 pkt 34 Projektu - ochrona komunikacji z prawnikiem zewnętrznym

Art. 105nc ust. 1 Ochrona przed ujawnieniem Prezesowi UOKiK pisemnej komunikacji między przeszukiwanym, a niezależnym od niego prawnikiem nie powinna być ograniczona wyłącznie do tej powstałej w celu realizacji prawa przeszukiwanego do ochrony prawnej w związku z przedmiotem prowadzonego postępowania. Zdaniem e-Izby ochroną przed ujawnieniem Prezesowi UOKiK powinna być objęta każda pisemna komunikacja przeszukiwanego z prawnikiem zewnętrznym, niezależnie od jej przedmiotu czy celu. e-Izba postuluje również rozszerzenie wspomnianej ochrony o wszystkie inne czynności Prezesa UOKiK poza przeszukiwaniem, takie jak kontrola czy wezwanie do przekazania informacji. Odmienne uregulowanie tego zagadnienia będzie stanowiło naruszenie praw podstawowych przedsiębiorcy, w tym prawa do obrony, co może narazić Polskę na zarzut nieprawidłowej implementacji Dyrektywy względnie naruszenia zasad ogólnych prawa Unii i Karty praw podstawowych UE.

6. Art. 1 pkt 27 Projektu - przerwanie biegu przedawnienia

Art. 93 ust. 1a Bieg terminu przedawnienia w proponowanym przepisie powinien być przerywany nie przez każdą czynność dochodzeniową podjętą przez Prezesa UOKiK w sprawie danej praktyki ograniczającej konkurencję, lecz dopiero z dniem notyfikacji pierwszej formalnej czynności dochodzeniowej wobec co najmniej jednego przedsiębiorcy objętego prowadzonym postępowaniem. Dopiero takie brzmienie przepisu będzie zgodne z art. 29 Dyrektywy i spójne z proponowanymi zmianami dot. zawieszania biegu terminu przedawnienia w przypadku postępowań prowadzonych przez Komisję Europejską (art. 1 pkt 23 oraz 24 Projektu).





7. Art. 1 pkt 10 Projektu - szczegółowe uzasadnienie zarzutów

Art. 49 ust. 3 Przepis w proponowanym brzmieniu nie gwarantuje ochrony przedsiębiorcy, która miała mu zostać przyznana zgodnie z art. 3 ust. 3 Dyrektywy. Celem Dyrektywy (wyrażonym wprost w motywie 14) było wprowadzenie ustawowego obowiązku wydawania szczegółowego uzasadnienia zarzutów przed samym podjęciem decyzji tak, aby strony miały możliwość skutecznego przedstawienia swojego stanowiska w sprawie wniesionych zastrzeżeń i mogły skutecznie skorzystać z prawa do obrony. Obecna praktyka Prezesa UOKiK jest zgodna z tym celem i nie powinno się dążyć do jej zmiany na niekorzyść przedsiębiorcy. Proponowane w Projekcie szczegółowe uzasadnienia zarzutów wydane jednocześnie z postanowieniem o wszczęciu postępowania nie spełni swojej roli jako uzasadnienia i wyjaśnienia okoliczności i materiału dowodowego, który dopiero w znacznej części będzie zbierany w toku tego postępowania. Taka konstrukcja przepisu narazi Polskę na zarzut nieprawidłowej implementacji Dyrektywy.

8. Art. 1 pkt 11 Projektu - zobowiązanie do przekazywania informacji i dokumentów

Art. 50 Proponowane brzmienie przepisu wyznacza zbyt szeroki i otwarty katalog osób zobowiązanych do przekazywania na żądanie Prezesa UOKiKu wszelkich koniecznych informacji i dokumentów, a także wymienia tylko nieliczne i wąskie wyłączenia tego obowiązku, co w efekcie stanowi zbyt szeroką implementację art. 8 Dyrektywy. Zdaniem e-Izby uprawnienie do żądania informacji od osób fizycznych i innych osób prawnych niż przedsiębiorcy i związki przedsiębiorców powinno zostać ograniczone do sytuacji, w których Prezesowi UOKiKu nie udało się uzyskać potrzebnych informacji od samego przedsiębiorcy w toku postępowania i organ nie ma możliwości uzyskania tych informacji w inny sposób.

9. Art. 1 pkt 40 Projektu – okresowe kary pieniężne

Art. 107 ust. 1 Zdecydowanego podkreślenia wymaga fakt, że projektowany przepis jest kolejnym o charakterze sankcyjnym. Natomiast w uzasadnianiu Projektu nie znalazły się szczegółowe i przekonujące argumenty za wprowadzeniem również takiej sankcji. W szczególności, Projektodawca nie wskazał, że istnieje jakikolwiek problem z wykonywaniem przez przedsiębiorców nałożonych nań obowiązków. Z tego względu taka sankcja nie powinna być wprowadzana.

10. Art. 17 – vacatio legis

Wskazany przepis przewiduje 14 dniowy okres vacatio legis. Biorąc pod uwagę skalę zmian przewidzianą w Projekcie okres ten powinien być wydłużony do co najmniej 3 miesięcy.

Na tym uwagi zakończono.

