

Warszawa, dnia 24 marca 2023 r.

Pani

Maria Koc

Przewodnicząca Senackiej Komisji Gospodarki Narodowej i Innowacyjności
Senator Rzeczypospolitej Polskiej

Szanowna Pani Przewodnicząca,

w imieniu Amerykańskiej Izby Handlowej w Polsce (AmCham) oraz jej firm członkowskich, pragniemy zwrócić się do Pani Przewodniczącej w związku z procedowaną obecnie w Parlamencie Ustawą o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2990), będącej projektem implementującym do polskiego systemu prawnego - *Dyrektywę 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 („Dyrektywa ECN+”)*.

AmCham jest organizacją zrzeszającą przedsiębiorców amerykańskich w naszym kraju, reprezentujących jednocześnie jedną z największych grup inwestorów zagranicznych, którzy stworzyli aktywa w Polsce o wartości 239 mld złotych i kreują 320 tysięcy miejsc pracy. Od ponad 30 lat działamy na rzecz rozwoju wzajemnych relacji gospodarczych, a naszą misją jest poprawa klimatu inwestycyjnego i promocji Polski na rynku amerykańskim. W tym celu tworzymy platformę do debaty o otoczeniu prawnym i biznesowym w Polsce, współpracujemy z sektorem publicznym i organizacjami biznesowymi, monitorujemy i analizujemy polskie oraz europejskie przepisy prawne, a także uczestniczymy w procesie legislacyjnym.

Zależy nam, aby powyższe liczby rosły, do czego niezbędne jest tworzenie takich warunków, by obecne w Polsce firmy zagraniczne chciały tu reinwestować, a nowe wybierały Polskę jako długoterminową destynację inwestycyjną. O tym czy inwestować – bądź nie – w danym państwie decyduje wiele elementów. Pod uwagę brane są różne czynniki, ale to ocena ryzyka biznesowego i politycznego są najważniejsze. Stabilność regulacyjna, zapewnienie możliwości uczestniczenia stronie społecznej udziału w konsultacjach projektów aktów prawnych, czy zapewnienie odpowiedniego czasu na wdrożenie nowych przepisów, są kluczowym elementem tej analizy.

Dlatego firmy amerykańskie działające w Polsce są zaniepokojone projektem ustawy implementującej Dyrektywę ECN+: procedowany obecnie w Parlamencie projekt wprowadza zmiany, które nie są wymagane przez Dyrektywę albo idą dalej niż przewiduje to Dyrektywa. W obecnych, trudnych czasach po pandemii COVID-19 oraz wojny w Ukrainie i wynikającego z niej kryzysu gospodarczego, ważne jest aby przedsiębiorcy mogli skupić się na prowadzonej działalności operacyjnej i zapewnieniu miejsc pracy, zamiast realizacji nakładanych na nich dodatkowych, szerokich zobowiązań. Ponadto, projekt polskiej ustawy zawiera regulacje mające obowiązywać z mocą wsteczną, co stanowi niepokojący sygnał dla inwestorów amerykańskich, mogących kwestionować stabilność regulacyjną w Polsce.

Mając na względzie ryzyko negatywnego wpływu na Polską gospodarkę oraz na otoczenie biznesowe naszych firm członkowskich, pragniemy poniżej przedstawić nasze stanowisko do procedowanego projektu oraz wyrażamy głęboką nadzieję, iż zaprezentowane uwagi spotkają się ze zrozumieniem i możemy liczyć na wsparcie Pani Przewodniczącej. Po stronie AmCham deklarujemy również naszą dalszą gotowość do dialogu oraz wsparcie w wypracowaniu jak najlepszych rozwiązań zarówno dla sektora publicznego, jak i biznesu.

I. Art. 13 Ustawy – przepis przejściowy

Na wstępie chcielibyśmy wyjaśnić, że konieczność zmiany aktualnego brzmienia art. 13 Ustawy wywodzi się m.in. z wyroku SN z 29 lipca 2020 r., sygn. akt I NSK 8/19. W tym orzeczeniu sąd co prawda potwierdził, że co do zasady w zakresie wymiaru kary do postępowań antymonopolowych dopuszczalne jest stosowanie zasady wyboru ustawy względniejszej w drodze analogii legis z art. 4 § 1 Kodeksu karnego. Jednakże jednocześnie wyraźnie zaznaczył, że dotyczy to wyłącznie sytuacji, w których ustawa nowelizująca nie zawiera relewantnych przepisów intertemporalnych. Dlatego dla uniknięcia sporów interpretacyjnych na przyszłość i ewentualnych skarg przedsiębiorców do Trybunału Konstytucyjnego konieczne jest **poprawienie przepisu przejściowego w Ustawie jeszcze przed jej uchwaleniem**.

Jednocześnie szereg ujętych w Ustawie rozwiązań prowadzi do znaczącego zaostrzenia kar lub wprowadzenia nowego rodzaju odpowiedzialności. Dotyczy to w szczególności rozwiązań wynikających z artykułów: 6b i 9a, 106 ust. 1a-1f oraz 106 ust. 3a Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów („uokk”) w ich uchwalonym przez Sejm brzmieniu. Kary te stanowią sankcje o charakterze karnym w rozumieniu Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i Konstytucji. Dlatego należy do nich stosować chronione Konstytucją zasady *lex retro non agit / lex mitior agit* (z łac. „prawo nie działa wstecz” i – odpowiednio – „ustawa względniejsza działa wstecz”) i *nullum crimen, nulla poena sine lege* (z łac. „nie ma przestępstwa ani kary bez ustawy”).

Tymczasem przepis przejściowy w art. 13 Ustawy przewiduje, że do spraw, w których postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszczęto przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe. Gdyby zatem Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów („Urzędu”) wszczął postępowanie antymonopolowe już po wejściu w życie nowelizacji, ale w odniesieniu do czynu, który rozpoczął się np. na długo przed jej wejściem w życie, to w wyniku zastosowania np. znowelizowanych artykułów 6b i 106 ust. 3a uokk w związku z art. 13 Ustawy:

- nałożyłby karę za czyn, który nie podlegał karze w chwili jego dokonania oraz
- zastosowałby nowe, dużo mniej korzystne, przepisy o wysokości kar w odniesieniu do czynu, w czasie popełnienia którego obowiązywał przepis względniejszy dla przedsiębiorcy.

Należy zatem zapewnić, że wyżej wymienione znowelizowane przepisy będą miały zastosowanie tylko do naruszeń rozpoczętych po dacie wejścia w życie nowelizacji (a jeśli naruszenie rozpoczęło się przed wejściem w życie Ustawy, ale trwało po jej wejściu w życie – tylko do okresu naruszenia po dniu wejścia w życie Ustawy). Tak też Prezes Urzędu przyjął, wprowadzając do uokk przepisy o odpowiedzialności osób zarządzających. Wówczas ustawa nowelizująca zawierała szczególnie przepis intertemporalny, który brzmiał:

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

W związku z tym proponujemy modyfikacje art. 13 Ustawy poprzez nadanie niniejszemu art. następującego brzmienia:

„1. Z zastrzeżeniem ustępów 2 i 3, do spraw, w których postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszczęto przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe.

2. Artykułów 6b, 9a, 106 ust. 1a-1f oraz 3a ustawy zmienianej w art. 1 nie stosuje się do:

a) naruszeń rozpoczętych i zakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz

b) okresu naruszenia do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy w przypadku naruszeń rozpoczętych przed wejściem w życie i kontynuowanych po wejściu w życie niniejszej ustawy.

3. W przypadku naruszeń rozpoczętych przed wejściem w życie i kontynuowanych po wejściu w życie niniejszej ustawy całkowita kwota kary pieniężnej nakładanej na przedsiębiorcę w każdym razie nie może przekroczyć 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary przez przedsiębiorcę, który dokonał naruszenia, tj. wyłącza się w tym wypadku stosowanie art. 106 ust. 1a i 3a ustawy zmienianej w art. 1 w odniesieniu do całkowitej maksymalnej wysokości kary za cały okres naruszenia.”;

II. Szczegółowe uzasadnienie zarzutów

Chcemy zwrócić uwagę Pani Przewodniczącej także na sposób uregulowania tzw. szczegółowego uzasadnienia zarzutów („SUZ”) w Ustawie, które naszym zdaniem prowadzi do nieprawidłowej implementacji Dyrektywy.

Dyrektywa zapewnia, by organ antymonopolowy „przed podjęciem decyzji” przyjmował SUZ. Polski projekt proponuje, by Prezes Urzędu był zobowiązany do uzasadniania postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego i by to uzasadnienie zawierało elementy SUZ wymagane Dyrektywą, ale by na późniejszym etapie organ nie wydawał już SUZ w takiej postaci jak obecnie. Co przy tym istotne, aktualnie konieczność wydania SUZ nie wynika z ustawy, a jedynie z wytycznych Prezesa Urzędu.

Jednakże w chwili wszczęcia postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu w praktyce najczęściej nie ma jeszcze precyzyjnej „teorii szkody” (tj. rzeczywiście „szczegółowych” zarzutów) ani zebranej większości dowodów. SUZ wydawany na tym etapie nie spełni zatem swojej roli gwarancji prawa do obrony przedsiębiorcy.

Tymczasem SUZ jest bardzo ważną gwarancją prawa do obrony przedsiębiorcy. Dzięki niemu przedsiębiorca wie, przeciwko jakim zarzutom ma się bronić; bez niego realizacja „prawa do bycia wysłuchanym” i obrona jest niemożliwa. Może ono jednak pełnić swoją funkcję tylko, jeśli powstaje w momencie, gdy stanowisko Prezesa Urzędu jest już wystarczająco skryształizowane. SUZ przyjęty przedwcześnie opisywałby zarzuty ogólnikowo, bez precyzyjnej „teorii szkody”. Wówczas przedsiębiorca nie wiedziałby dokładnie, przeciwko jakim zarzutom się broni.

Ponadto umiejscowienie SUZ w uzasadnieniu postanowienia o wszczęciu postępowania spowoduje, że nie będzie narzędzia zobowiązującego organ do poinformowania przedsiębiorcy o późniejszej zmianie lub doprecyzowaniu zarzutów. Z natury rzeczy postanowienie o wszczęciu postępowania można bowiem wydać tylko raz – w chwili jego wszczęcia. W razie zmiany zarzutów po wszczęciu postępowania, wymogu przedstawienia stronie SUZ przed podjęciem decyzji nie wypełni przy tym umożliwienie stronie zapoznania się z materiałem dowodowym .

Czym innym bowiem są materiały dowodowe, a czym innym zarzuty na ich podstawie stawiane. Zarzuty to wnioski, które organ wysnuwa z dowodów. Czym innym zatem jest zapoznanie się z materiałem dowodowym, a czym innym poznanie wniosków, jakie organ z tego materiału wysnuwa. Dlatego umożliwienie stronie zapoznania się z materiałem dowodowym nie spełnia wymogu Dyrektywy, by organ przyjmował „szczegółowe uzasadnienie zarzutów” przed podjęciem decyzji. Gdyby było inaczej, niepotrzebna byłaby żadna zmiana uokk w tym zakresie, bo przepisy o zapoznaniu się z materiałem dowodowym zawiera ona już w tej chwili.

Co więcej, zmiana zarzutów może nastąpić nie tylko w wyniku dopuszczenia nowych dowodów, ale także w wyniku reewaluacji dowodów przedstawionych stronie już na etapie postanowienia o wszczęciu postępowania praktykowego. W tym drugim przypadku nieadekwatność instytucji umożliwienia stronie zapoznania się z materiałem dowodowym jako substytutu przedstawienia stronie (nowych) szczegółowych zarzutów po wszczęciu postępowania jest jeszcze jaśniejsza. Jeśli bowiem zmienione zarzuty nie wynikają z nowych dowodów, to zapoznanie się z materiałem dowodowym nie może zastąpić szczegółowego uzasadnienia (nowych/zmienionych) zarzutów.

Gdyby SUZ znajdował się w uzasadnieniu postanowienia o wszczęciu postępowania praktykowego, a po wydaniu tego postanowienia Prezes Urzędu zmienił lub doprecyzował zarzuty, to w ustawie nie byłoby trybu informowania przedsiębiorcy o tych nowych/zmienionych/doprecyzowanych szczegółowych zarzutach. Nie można bowiem jeszcze raz wydać postanowienia o wszczęciu postępowania. Oznaczałoby to, że w tym zakresie Polska nie implementowała Dyrektywy prawidłowo. Uchwalone przez Sejm rozwiązanie przewiduje bowiem obowiązek przedstawienia zarzutów wyłącznie w uzasadnieniu postanowienia o wszczęciu postępowania, podczas gdy zarzuty mogą się pojawiać i zmieniać w miarę trwania postępowania, a nie tylko z momentem jego wszczęcia.

Wobec wspomnianej wyżej praktyki postępowań przed Prezesem Urzędu, prawidłowa implementacja Dyrektywy wymaga zatem wprowadzenia instytucji SUZ do uokk.

W związku z tym proponujemy dodanie w art. 49 uokk (art. 1 pkt 13 Ustawy) ust. 5-7, których proponowaną treść przedstawiamy poniżej:

„13) w art. 49 dodaje się ust. 3 – 7 w brzmieniu:

„3. Postanowienie o wszczęciu postępowania, o którym mowa w ust. 1, wymaga uzasadnienia. Uzasadnienie zawiera wyjaśnienie zarzutów stawianych przedsiębiorcy oraz informację o zasadach ustalania wysokości kary pieniężnej w przypadku stwierdzenia, że przedsiębiorca dopuścił się naruszenia przepisów ustawy.

4. Przepis ust. 3 stosuje się odpowiednio w przypadku wszczęcia postępowania w sprawie:

1) dopuszczenia przez osobę zarządzającą do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 ustawy lub w art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE;

2) nakładania kar pieniężnych, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, ust. 2–3a oraz 5 i 6.

5. Niezależnie od ust. 3 i 4, po zakończeniu zbierania materiału dowodowego, a przed wydaniem decyzji, o której mowa w art. 10 ust. 1 lub art. 106 ust. 1 pkt 1-3, Prezes Urzędu przedstawia stronie wyczerpująco uzasadnienie faktyczne i prawne stawianych zarzutów.

6. Szczegółowe uzasadnienie zarzutów, o którym mowa w ust. 5, zawiera:

- 1) przedstawienie wszystkich istotnych faktów i dowodów, na podstawie których Prezes Urzędu zamierza oprzeć decyzję,
- 2) ocenę prawną ustalonych faktów,
- 3) informację, czy Prezes Urzędu zamierza nałożyć na stronę karę pieniężną zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1-3, oraz wskazanie okoliczności, które będą miały wpływ na wysokość nałożonej kary,
- 4) informację, czy i jakie Prezes Urzędu zamierza zastosować wobec strony środki zaradcze określone w art. 10 ust. 4,
- 5) informację o planowanym zastosowaniu art. 90,
- 6) termin na ustosunkowanie się przez stronę do szczegółowego uzasadnienia zarzutów.

7. Jeżeli po przedstawieniu stronie szczegółowego uzasadnienia zarzutów pojawią się nowe istotne okoliczności lub dowody, strona będzie miała możliwość wypowiedzenia się co do nich. W tym celu Prezes Urzędu przekaże jej uzupełnienie szczegółowego uzasadnienia zarzutów. Przepisy ust. 5 i 6 stosuje się odpowiednio.”

III. Zasada ochrony poufności komunikacji pomiędzy prawnikiem a klientem

Zgadzamy się z koniecznością umożliwienia Prezesowi Urzędu pobieżnej weryfikacji, czy dokument zidentyfikowany w trakcie przeszukania faktycznie podlega ochronie poufności komunikacji pomiędzy prawnikiem a klientem. Jest to praktyka znana także z innych jurysdykcji. Jednakże postulujemy, aby urzędnik dokonujący weryfikacji był wyłączony z udziału w dalszym postępowaniu. To zapewni, że informacje uzyskane podczas weryfikacji nie będą miały wpływu na dalszy tok sprawy.

W związku z tym proponujemy zmianę art. 1 pkt 32 Ustawy w ten sposób, że w dodawanym w tym przepisie Ustawy artykule 105da ust. 2 dodaje się zdanie:

„Osoba reprezentująca kontrolującego w toku tej czynności podlega wyłączeniu z udziału w dalszym postępowaniu w sprawie.”

W razie jakichkolwiek pytań, pozostajemy do dyspozycji Pani Przewodniczącej. Osobą do kontaktu jest Marta Pawlak, Dyrektor ds. Prawnych i Polityki Publicznej w AmCham, marta.pawlak@amcham.pl, tel. 660 492 526.

Z wyrazami szacunku



Tony Housh, Przewodniczący Rady Dyrektorów Amerykańskiej Izby Handlowej w Polsce