

Warszawa, 15 marca 2021 r.

Tomasz Chróstny
Prezes
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów

Stanowisko IAB Polska do projektu nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 14.01.2021 r. (projekt UC 69)

Szanowny Panie Prezesie,

I. Wstęp

Opublikowany 15.01.2021 r. projekt nowelizacji (dalej **Projekt**) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej „**uokik**”), który służyć ma m.in. implementacji 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 (dalej jako **Dyrektywa ECN+** lub **Dyrektywa**), przewiduje w szczególności wprowadzenie nowych przepisów dotyczących odpowiedzialności związków przedsiębiorców za naruszenia prawa konkurencji.

Projekt przewiduje dodanie do art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ust. 1a-1d w brzmieniu:

„1a. W przypadku gdy naruszenie, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 lub 2, którego dopuścił się związek przedsiębiorców, jest związane z działalnością jego członków, 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.

1b. W przypadku nałożenia kary na związek przedsiębiorców, o której mowa w ust. 1 pkt 1 lub 2, uwzględniającej obrót członków tego związku, w sytuacji niewypłacalności tego związku, związek wzywa swoich członków do wniesienia wkładów w celu pokrycia kwoty kary.

1c. W przypadku gdy wkłady, o których mowa w ust. 1b, nie zostały wniesione w terminie wyznaczonym przez Prezesa Urzędu w kwocie pokrywającej w całości wysokość kary, Prezes Urzędu może żądać uiszczenia kary od każdego z przedsiębiorców, którego przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych tego związku. Art. 366 Kodeksu cywilnego stosuje się odpowiednio.

1d. Prezes Urzędu nie może żądać uiszczenia kary, na podstawie ust. 1b i ust. 1c od przedsiębiorców, którzy wykażą, że nie wdrożyli decyzji związku przedsiębiorców powodującej naruszenie, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 lub 2 albo nie wiedzieli o istnieniu takiej decyzji albo aktywnie zdystansowali się od niej przed wszczęciem postępowania.”

Przeprowadzona przez nas analiza Projektu uzasadnia jednak obawę, iż niektóre kwestie związane z odpowiedzialnością antymonopolową związków przedsiębiorców i ich członków zostały ujęte w Projekcie w sposób nie do końca odpowiadający zamysłowi unijnego prawodawcy. W szczególności stoimy na stanowisku, że dalszej dyskusji i pewnej korekcie powinny podlegać następujące zagadnienia:

1. Zasadność rozciągnięcia zastosowania instrumentów z Dyrektywy ECN+ na przypadki stosowania wyłącznie krajowych przepisów prawa konkurencji bez uwzględnienia niższego stopnia negatywnego wpływu ewentualnych naruszeń tego typu na stan konkurencji na rynku wewnętrznym UE i krajowym;
2. Nieostre określenie sytuacji, gdy kara dla związku przedsiębiorców ma być obliczana w relacji do obrotu członków związku – „naruszenie związane z działalnością członków” jest pojęciem zbyt szerokim, obejmującym *de facto* wszelkie działania związku;
3. Uczynienie wyliczenia kary dla związku w oparciu o obrót członków zasadą, a nie opcją;
4. Brak implementacji wynikającej z Dyrektywy zasady, iż w razie ukarania związku przedsiębiorców oraz samych przedsiębiorców, obrót tych ostatnich nie powinien być wliczany do podstawy wyliczenia kary dla związku przedsiębiorców;
5. Brak implementacji art. 15 ust. 2 zd. 2 Dyrektywy, czego konsekwencją jest brak ustanowienia górnej granicy odpowiedzialności finansowej poszczególnych członków związku przedsiębiorców za karę nałożoną na ten związek na poziomie 10% obrotów danego przedsiębiorcy;
6. Brak uwzględnienia wynikającej z Dyrektywy potrzeby brania pod uwagę przez Prezesa UOKiK w przypadku żądania zapłaty kary nałożonej na związek przedsiębiorców od niektórych członków ich względnej wielkości, a szczególnie zaś sytuacji małych i średnich przedsiębiorstw;
7. Niejasność odwołania do art. 366 KC w kontekście odpowiedzialności przedsiębiorców, których przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych tego związku, za zapłatę kary nałożonej na związek przedsiębiorców.

Poniżej przedstawiamy zwięzłe uzasadnienie dla naszej oceny. Opiera się ona na analizie treści Dyrektywy ECN+ oraz brzmienia projektowanych przepisów.

II. Zakres zastosowania nowych przepisów

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Dyrektywa ECN+ zgodnie z jej art. 1 obejmuje stosowanie art. 101 i 102 TFUE oraz stosowanie równoległe w tej samej sprawie krajowych przepisów prawa konkurencji. Wynika z tego jednoznacznie, że przewidziane w niej instrumenty winny znaleźć zastosowanie do tych przypadków naruszeń prawa konkurencji, w których zachodzi przesłanka wpływu na handel między państwami członkowskimi. W takim bowiem przypadku możliwe jest stosowanie przez krajowe organy ochrony konkurencji równoległe przepisów Traktatu oraz krajowego prawa konkurencji. Zrozumiałym jest, że dążąc do konwergencji oraz spójności uokik, projektodawca nie zdecydował się na prowadzenie równoległych do obowiązujących już przepisów, które miałyby zastosowanie jedynie w takich sprawach, o których mowa w Dyrektywie ECN+. Równocześnie należy jednak stwierdzić, że przewidziane w Dyrektywie ECN+ instrumenty mogą nie być adekwatne w zakresie swojej surowości i ingerencyjnego charakteru do spraw czysto krajowych naruszeń, w których zakres negatywnego oddziaływania jest zdecydowanie niższy, a wpływ na rynek wewnętrzny UE w ogóle nie zachodzi.

Stoimy stąd na stanowisku, że implementacja przepisów Dyrektywy ECN+ wymaga wzięcia pod uwagę ww. okoliczności i zapewnienie mechanizmów zapewniających adekwatność reakcji organu w relacji do spraw rozstrzyganych wyłącznie w oparciu o przepisy krajowe. W szczególności mogłoby to polegać na zapewnieniu opcjonalności zastosowania bardziej surowych instrumentów.

III. Rozszerzenie zakresu odpowiedzialność finansowej związku przedsiębiorców

Projekt zakłada dodanie do art. 106 uokik nowych ust. 1a-1d, które regulować będą zasady nakładania kary na związki przedsiębiorców za naruszenie prawa konkurencji (art. 6 oraz 9 uokik oraz art. 101 i 102 TFUE) i zasady odpowiedzialności członków tych związków za zapłatę takich kar w przypadku niewypłacalności samego związku.

Projektowany art. 106 ust. 1a uokik stanowi:

W przypadku gdy naruszenie, (...) którego dopuścił się związek przedsiębiorców, jest związane z działalnością jego członków, kara, (...) 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.

Sposób wyrażenia przesłanki zastosowania ww. zasady wyliczenia kary za naruszenie jest w naszej ocenie wadliwy z tej przyczyny, iż nie niesie on ze sobą żadnej normatywnej treści – **związki przedsiębiorców ze swej istoty zajmują się takimi zagadnieniami, które związane są z działalnością ich członków** – taka jest ich rola. Każde więc naruszenie

dokonane przez związek przedsiębiorców będzie związane z działalnością jego członków, co będzie prowadziło do podwyższenia maksymalnego progu kary, a także – o czym szerzej dalej – do przeniesienia odpowiedzialności finansowej za zapłatę kary na niektórych członków związku. Przesłanka pozostawiania „w związku z działalnością” członków jest więc zbyt niedookreślona.

W naszej ocenie przy implementacji art. 15 ust. 2 zd. 1 Dyrektywy niezbędne jest szersze **uwzględnienie jej celu** i odpowiednia korekta projektowanego przepisu. Z motywu 48 Dyrektywy ECN+ wynika, że unijny prawodawca, wprowadzając surowsze zasady naliczania kar dla związków przedsiębiorców, kierował się **potrzebą zaadresowania problemu przyczyniania się przez związki przedsiębiorców do naruszeń prawa konkurencji**. Tu należy więc szukać podstawy dla prawidłowej interpretacji Dyrektywy ECN+. Problemem, do którego rozwiązania się dąży, jest **zjawisko wykorzystywania związku przedsiębiorców jako forum umożliwiającego realizację antykonkurencyjnych celów samych członków**. Uważamy, że jedynie w takich przypadkach, a nie *de facto* w przypadku każdego naruszenia, którego dopuściłby się związek przedsiębiorców, powinny znajdować zastosowanie analizowane tu przepisy. Przykładowo można wskazać, iż dyskryminacyjne zasady przyjmowania członków do związku jest zapewne związane z działalnością członków związku, ale trudno byłoby uznać, że stanowi to przykłady „przyczyniania się” do naruszenia prawa konkurencji. Odmiennie natomiast oceniać należałoby przypadek, w którym związek przedsiębiorców podjąłby uchwałę o minimalnej cenie sprzedaży danego towaru. Te sytuacje wymagają rozróżnienia na gruncie projektowanych przepisów. Surowsze zasady odpowiedzialności związku przedsiębiorców **powinny być stosowane tam, gdzie struktury związku wykorzystywane są dla realizacji antykonkurencyjnych praktyk członków związku**.

IV. Podstawa wyliczenia kary dla związku przedsiębiorców

Projektowany art. 106 ust. 1a uokik przewiduje, że maksymalny próg (10%) kary nakładanej na związek przedsiębiorców będzie wyliczany w relacji do *sumy całkowitej obrotu każdego z członków tego związku przedsiębiorców prowadzącego działalność na rynku, którego dotyczyło to naruszenie, w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary*.

Generalnie przepis oddaje w tym zakresie brzmienie art. 15 ust. 2 zd. 1 Dyrektywy ECN+. Bliższa analiza całej Dyrektywy ECN+ prowadzi jednak do wniosku, iż w istocie kilka kwestii zostało tu pominiętych na niekorzyść związków przedsiębiorców i ich członków.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z motywem 48 Dyrektywy ECN+ „w **postępowaniu wszczętym przeciwko związkowi przedsiębiorstw – w przypadku gdy naruszenie dotyczy działalności jego członków – można uwzględnić sumę sprzedaży towarów i usług, której bezpośrednio lub pośrednio dotyczy naruszenie i którą osiągnęły przedsiębiorstwa będące członkami tego związku**.” Z powyższego wynika, że uwzględnienie w

kalkulacji przez organ ochrony konkurencji obrotów wszystkich członków związku przedsiębiorców **winno być jedynie opcją**, a nie zasadą.

Po drugie, ten sam motyw 48 Dyrektywy ECN+ wskazuje jednoznacznie, że „w przypadku gdy kara zostaje nałożona **nie tylko na związek, ale także na jego członków, obrót osiągnięty przez członków, na których nałożono karę, nie powinien być uwzględniany podczas obliczania kwoty kary nakładanej na związek.**” Projektowane przepisy nie przewidują natomiast w ogóle takiego przypadku. Może to doprowadzić do sytuacji, w której obrót przedsiębiorców będzie najpierw wliczany do podstawy wyliczenia kary dla związku przedsiębiorców, a następnie będzie on także uwzględniany na potrzeby wyliczenia kar dla poszczególnych przedsiębiorców za to samo naruszenie. Jasnym jest natomiast, że intencją unijnego prawodawcy było obciążanie realnej wysokości karą antymonopolową związku przedsiębiorców (i pośrednio jego członków), a nie równocześnie tak związku jak i jego członków, którzy dopuściliby się naruszenia.

Projektowane przepisy wymagają stąd w naszej ocenie uzupełnienia o dodatkowy ustęp, zgodnie z którym wprowadzone w art. 106 ust. 1a-1d uokik zasady wyliczania kar dla związków przedsiębiorców mają zastosowanie **o tyle, o ile obrót ich członków nie został już uwzględniony przy wyliczaniu kar dla poszczególnych członków związku przedsiębiorców.** W takim bowiem przypadku nie powinno się wliczać ich obrotu do obrotu będącego podstawą wyliczenia kary dla związku przedsiębiorców. W odmiennym wypadku przedsiębiorcy i związek przedsiębiorców będą karani dwukrotnie za to samo naruszenie. W takim wypadku dojdzie nie tylko do wadliwej implementacji Dyrektywy, ale pojawi się nadto ryzyko naruszenia zasady proporcjonalności kar do naruszenia.

V. Odpowiedzialność niektórych członków za zapłatę kary nałożonej na związek przedsiębiorców

Projektowane przepisy, zakładają, zapewne trafnie, że związek przedsiębiorców najpewniej nie będzie w stanie samodzielnie pokryć kary nałożonej przez Prezesa UOKiK w wysokości odnoszącej się do obrotów generowanych przez jego członków. W związku z tym projektowany art. 106 ust. 1b uokik przewiduje, że w przypadku nałożenia kary na związek przedsiębiorców, uwzględniającej obrót członków tego związku, w sytuacji niewypłacalności tego związku, związek wzywa swoich członków do wniesienia wkładów w celu pokrycia kwoty kary. Odpowiada to brzmieniu dyrektywy ECN+. Dostrzec należy, że możliwość wyegzekwowania przez związek takich wkładów nie wydaje się jednak realna, szczególnie jeżeli wysokość kary byłaby wysoka. Ta okoliczność została jednak także przewidziana przez unijnego i odpowiednio krajowego prawodawcę – zgodnie z projektowanym art. 106 ust. 1c uokik w przypadku, gdy wkłady nie zostały wniesione w terminie wyznaczonym przez Prezesa Urzędu w kwocie pokrywającej w całości wysokość kary, **Prezes Urzędu może żądać uiszczenia kary od każdego z przedsiębiorców, którego przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych tego związku.**

Innymi słowy, w przypadku nałożenia kary na związek przedsiębiorców, uwzględniającej obrót jego członków, odpowiedzialność finansowa za jej zapłatę w pełnej wysokości spocznie w całości na tych członkach, których przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych związku.

Takie rozwiązanie nie jest już zgodne z brzmieniem dyrektywy ECN+. W art. 15 ust. 2 Dyrektywy ECN+ wskazano mianowicie, że *„W przypadku gdy naruszenie popełnione przez związek przedsiębiorstw ma związek z działalnością jego członków, maksymalna kwota kary wynosi co najmniej 10% sumy całkowitych globalnych obrotów każdego z członków prowadzących działalność na rynku, którego dotyczyło naruszenie popełnione przez związek. **Odpowiedzialność finansowa każdego przedsiębiorstwa za zapłatę kary nie może jednak przekraczać maksymalnej kwoty ustalonej zgodnie z ust. 1.**”* Art. 15 ust. 1 Dyrektywy ECN+ mówi natomiast o maksymalnej karze wyliczanej w relacji do obrotu danego przedsiębiorcy. Oznacza to więc, że w żadnym wypadku odpowiedzialność przedsiębiorcy (członka związku przedsiębiorców) nie może przekroczyć 10% obrotu tego przedsiębiorcy osiągniętego w roku poprzedzającym rok nałożenia kary. Jeżeli więc ukarany związek przedsiębiorców okaże się być niewypłacalny, to **od przedsiębiorców, których przedstawiciele zasiadali w organach decyzyjnych związku, krajowy organ ochrony konkurencji będzie mógł żądać zapłaty najwyżej takiej kwoty, która nie będzie przekraczała 10% obrotu** każdego z tych przedsiębiorców, a nie całej nałożonej na związek przedsiębiorców kary. Inna interpretacja byłaby sprzeczna z Dyrektywą.

Należy nadto zauważyć, że brzmienie art. 106 ust. 1c uokik nie jest jednoznaczne w zakresie wskazania, **którzy przedsiębiorcy mieliby odpowiadać za zapłatę kary w razie niewypłacalności związku**. Pojęcie „przedsiębiorcy, których przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych tego związku” nie pozwala na jednoznaczne rozstrzygnięcie, czy chodzi tu o tych przedsiębiorców, **których przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych tego związku w chwili naruszenia, czy może w chwili nałożenia kary, a może wszystkich, których przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych tego związku kiedykolwiek**. Wykładnia celowościowa prowadzi do wniosku, że chodzi o pierwszą z wymienionych opcji. Logicznie rozumując, to przedstawiciele tych przedsiębiorców dopuścili, zasiadając w organach związku, do zaistnienia naruszenia. Dla uniknięcia niejasności i sporów w tym zakresie celowym byłoby jednak **jednoznaczne przesądzenie tej kwestii, poprzez dopisanie do projektowanego art. 106 ust. 1c zd. 1 in fine uokik słów „w chwili dopuszczenia się przez związek naruszenia”**.

Należy w końcu wskazać, że polski projektodawca nie uwzględnił w projekcie jeszcze jednej kwestii, a to wynikającej z motywu 48 Dyrektywy dyspozycji, by w przypadku żądania przez organ ochrony konkurencji zapłaty kary nałożonej na niewypłacalny związek przedsiębiorców, organ brał pod uwagę *„względną wielkość przedsiębiorstw należących do związku, a szczególnie sytuację małych i średnich przedsiębiorstw”*. W każdym przypadku żądania zapłaty bezpośrednio od członków związku, których przedstawiciele zasiadają w organach związku, krajowy organ ochrony konkurencji winien więc – zgodnie z Dyrektywą – kierować

się ww. kryteriami. Wykluczone jest stąd proste żądania zapłaty całej kwoty od wszystkich potencjalnie zobowiązanych.

Projektowane przepisy wymagają zatem uzupełnienia o trzy kwestie:

1. ustanowienie górnej granicy odpowiedzialności finansowej poszczególnych członków związku przedsiębiorców za karę nałożoną na ten związek na poziomie 10% obrotów danego przedsiębiorcy zgodnie z brzmieniem art. 15 ust. 2 zd. 2 Dyrektywy;
2. dopisanie do projektowanego art. 106 ust. 1c zd. 1 in fine uokik słów „w chwili dopuszczenia się przez związek naruszenia”.
3. uzupełnienie projektowanego art. 160 ust. 1c uokik o wskazanie, że w przypadku żądania przez Prezesa UOKiK zapłaty kary nałożonej na związek przedsiębiorców od przedsiębiorców, których przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych związku, bierze on pod uwagę ich względną wielkość, a szczególnie status małych i średnich przedsiębiorstw;

VI. Odesłanie do art. 366 kodeksu cywilnego

Należy w końcu wskazać, że całkowicie niezrozumiałe jest zastrzeżenie w projektowanym art. 106 ust. 1c zd. 2 uokik, że w przypadku żądania przez Prezesa UOKiK zapłaty kary nałożonej na związek przedsiębiorców od przedsiębiorców, których przedstawiciele wchodzili w skład organów decyzyjnych związku, odpowiednio stosuje się art. 366 KC.

Nie jest dla nas jasne, co projektodawca chciał w ten sposób wyrazić. Można by przyjąć, że chodzi o zastosowanie zasad odpowiedzialności solidarnej dłużników do tych przedsiębiorców, którzy odpowiadać będą obok związku za nałożoną na związek karę. Jest to jednak o tyle błędny trop, że – jak wskazano powyżej – Dyrektywa jasno wskazuje, że odpowiedzialność finansowa każdego przedsiębiorstwa za zapłatę kary w takim przypadku nie może przekraczać progu 10% obrotu tego przedsiębiorcy (art. 15 ust. 2 zd. 2 Dyrektywy ECN+). **Nie byłoby więc dopuszczalne, by Prezes UOKiK żądał zapłaty całej pozostałej do zapłaty kary od dowolnie wybranego przedsiębiorcy – taka byłaby natomiast konsekwencja zastosowania zasady solidarności dłużników.** Na gruncie Dyrektywy dopuszczalne byłoby żądanie zapłaty kwoty kary co najwyżej w takiej wysokości, jaka mieści się w granicach ww. progu. Jak już też powyżej wskazano, organ ochrony konkurencji winien jednak nadto brać pod uwagę względną wielkość przedsiębiorcy oraz jego status MŚP, kierując do niego żądanie zapłaty w takich okolicznościach. **Konstrukcja solidarności nie jest więc adekwatna.** Jej zastosowanie utrwali przedstawione powyżej deficyty implementacji.

Mając to na uwadze, wskazujemy, że z projektowanego art. 106 ust. 1c uokik należałoby usunąć zdanie drugie, zawierające odesłanie do art. 366 KC.

VII. Podsumowanie

Jeżeli proponowane obecnie brzmienie przepisów stanie się literą prawa, spowoduje ono realne szkody dla funkcjonowania w Polsce związków przedsiębiorców, a zatem izb gospodarczych, zrzeszeń zawodowych i innych stowarzyszeń, których rola w promocji pozytywnych działań rynkowych, *compliance* i najlepszych praktyk jest nie do przecenienia. Żaden przedsiębiorca nie będzie skłonny brać na siebie ryzyka zasiadania w organach związku przedsiębiorców, jako że potencjalnie będzie musiał ponosić odpowiedzialność finansową za działania związku i to bez górnego limitu tej odpowiedzialności. Teoretyczna możliwość uniknięcia kary w przypadkach określonych w projektowanym art. 106 ust. 1d uokik nie będzie tu wystarczającą ochroną. Ciężar dowodu ich spełnienia spoczywał będzie na przedsiębiorcy. Skądinąd natomiast wiadomo, że wykazanie okoliczności negatywnej (brak wiedzy, brak implementacji decyzji) jest bardzo trudne do wykazania, o ile w ogóle możliwe.

Należy dalej zauważyć, że wprowadzenie do ustawy przepisów w obecnie proponowanym brzmieniu nie będzie stanowiło ani pełnej, ani zgodnej z brzmieniem Dyrektywy ECN+ implementacji. Będzie to niechybnie prowadziło do nieuniknionych sporów na gruncie prawidłowej wykładni przepisów. Przedsiębiorcy i ich związki będą zmuszeni do żądania bezpośredniego stosowania dyrektywy w miejsce wadliwych polskich przepisów, a potencjalnie także dochodzenia swoich racji przed Trybunałem Sprawiedliwości UE.

Na koniec pragniemy zwrócić uwagę na szczególną naturę związków pracodawców, czy izb handlowych, których istotą jest prowadzenie dialogu między konkurentami. Obawiamy się zatem, że obecne brzmienie Projektu będzie mieć więc efekt mrozący.

Z poważaniem,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'W. Schmidt', written over a horizontal line.

Włodzimierz Schmidt
Prezes Zarządu