



Marta Michalska
ZASTĘPCA DYREKTORA

CIR.WOAIP.1510.972.2022.AK

Warszawa, 29 września 2022 r.

Pan

Piotr Oliński

Szanowny Panie,

w odpowiedzi na wniosek z 22 września br. przesłany do Kancelarii Prezesa Rady Ministrów na skrzynkę ePUAP uprzejmie informuję, że pomimo ustaleń Rady Ministrów z dnia 19 października 2021 r., Minister ds. Unii Europejskiej nie otrzymał zaproszenia na spotkanie uzgodnieniowe, które miało zostać zorganizowane przez UOKiK. Do Ministra ds. Unii Europejskiej nie wpłynęły też żadne dokumenty, które dotyczyłyby wskazanych uzgodnień.

Z wyrazami szacunku

Marta Michalska
*/-podpisano kwalifikowanym
podpisem elektronicznie-/*



MINISTER
SPRAWIEDLIWOŚCI

19.11.2021.
Warszawa, r.

DLPK-V.454.30.2021

Pan
Tomasz Chróstny
Prezes
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów

Szanowny Panie Prezesie,

w odpowiedzi na pisma z dnia 5 sierpnia 2021 r. (znak: DPR.0230.7.2021) i z dnia 22 września 2021 r. (znak: DPR.0230.9.2021), dotyczące m.in. proponowanych zmian w Kodeksie karnym zawartych w dotychczasowej wersji *projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (UC69)*, uprzejmie przedstawiam stanowisko Ministra Sprawiedliwości w tym zakresie, w celu jego przesłania za pośrednictwem Rządowego Centrum Legislacyjnego do Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów.

W pierwszej kolejności odnosząc się do stanowiska przedstawionego w powołanym piśmie z dnia 5 sierpnia 2021 r., a dotyczącego m.in. wdrożenia art. 23 ust. 2 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 (Dz.Urz. UE z 14.1.2019 L 11/3), dalej – *dyrektywa*), uznać należy, że jest nieprzekonywające, oparte na subiektywnej, wybiórczej i ukierunkowanej na poparcie ujętych w projekcie zmian w zakresie unormowań Kodeksu karnego interpretacji zarówno przepisów implementowanej dyrektywy, jak i przywoływanych regulacji państw członkowskich UE, przy równoczesnej bagatelizacji instytucji prawa karnego i obowiązujących w nim zasad.

Ujęta w art. 4 projektu zmiana w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444, z późn. zm., dalej – k.k.), polegająca na dodaniu przepisów art. 305a i art. 305b k.k., które miałyby stanowić podstawę niepodlegania karze sprawców

przestępstw z art. 305 § 1 i 2 k.k. lub nadzwyczajnego złagodzenia kary za te przestępstwa, jest w żaden sposób nie do zaakceptowania, gdyż rozwiązania te:

- 1) wiążąc spełnienie przesłanek zastosowania tych instytucji ze złożeniem przez „przedsiębiorcę” (czyli inną osobę) wniosku w „programie łagodzenia kar” przewidzianym w postępowaniu administracyjnym prowadzonym przez Prezesa UOKiK, konstrukcyjnie zasadniczo odbiegają od rozwiązań tego rodzaju stosowanych w polskim systemie prawa, naruszając zasadę indywidualizacji odpowiedzialności karnej, a przy tym niosą wysokie ryzyko negatywnych skutków kryminalnopolitycznych, w tym zwłaszcza zagrażają realizacji celów postępowania karnego określonych w art. 2 § 1 k.p.k.;
- 2) narzucając prokuratorowi ocenę zachowań osób uczestniczących w „tajnym kartelu” dokonaną przez organ administracyjny – Prezesa UOKiK, a nadto wiążąc z nią określone skutki dla biegu postępowania karnego (umorzenie), prowadzą do przemieszania regulacji administracyjno i karnoprawnych, nadania prymatu postępowaniu administracyjnemu nad postępowaniem karnym oraz naruszenia autonomii prokuratora, niezależności jego działań i fundamentalnych zasad postępowania karnego (działania z urzędu i legalizmu);
- 3) posługując się nieznanymi na gruncie prawa karnego, niejasnymi pojęciami, jak np. „aktywna współpraca” czy „tajny kartel”, kolidują z zasadą określoności przepisów prawa karnego, *nullem crimen sine lege certa*;
- 4) utożsamiają zakres regulacji art. 305 § 1 i 2 k.k. wyłącznie z będącym w przedmiocie zainteresowania UOKiK, niezdefiniowanym na gruncie prawa karnego „udziałem w tajnym kartelu” w sytuacji, gdy czyny zabronione określone w tych przepisach obejmują także szereg innych przestępczych zachowań;
- 5) „zachęcają” do wchodzenia w porozumienie przy popełnianiu przestępstw z art. 305 § 1 i 2 k.k., skoro od odpowiedzialności za nie miałby „wybawiać” sprawców „przedsiębiorca”, na rzecz którego działali, co w skrajnych sytuacjach może prowadzić do tego, że denuncjacja do organu administracyjnego przez kierującego zorganizowaną grupą, będzie uwalniać zarówno od kar administracyjnych, jak i odpowiedzialności karnej nie tylko jego, ale i wszystkich członków grupy, o ile następnie „opowiedzą” o popełnionych przestępstwach.

Co więcej transpozycję *dyrektywy* w zakresie przepisów karnych oparto na rozwiązaniach sprzecznych z zasadami krajowego porządku prawnego poprzez zastosowanie art. 23 ust. 2 *dyrektywy*, zamiast na odstępstwie od tej regulacji przewidzianym w ust. 3 mającym na celu „zapewnienie zgodności z obowiązującymi podstawowymi zasadami własnych systemów prawnych”, ustanawiającym „swobodę nienakładania sankcji lub jedynie

złagodzenia sankcji" w postępowaniu karnym oraz kładącym nacisk na potrzebę indywidualnego podejścia w postępowaniu karnym do przedsiębiorcy i jego pracowników poprzez wartościowanie ich roli w wykrywaniu „tajnego kartelu” oraz ważenie korzyści dla tego postępowania. Wobec funkcjonujących już na gruncie prawa karnego instytucji pozwalających na wyłączenie karalności czy nadzwyczajne złagodzenie kary, wystarczających dla realizacji celów dyrektywy w obszarze wyznaczonym przez motywy 12 i 65 oraz art. 23 ust. 3 *dyrektywy „zasady regulujące kwestie wzajemnych powiązań między programami łagodzenia kar a nakładaniem sankcji na osoby fizyczne”*, które powinny zostać określone w krajowych porządkach prawnych, ograniczyć należałoby do ustanowienia normy zobowiązującej Prezesa UOKiK do poinformowania prokuratora o złożeniu przez uczestnika postępowania administracyjnego określonego wniosku w „programie łagodzenia kar”, jego postawie w tym postępowaniu i jej konsekwencjach, co mógłby realizować odpowiednio preredagowany art. 1 pkt 47 *projektu (art. 1131 uokik)*.

Nie może również umknąć uwadze, że dla zwiększenia efektywności postępowań, za które projektodawca jako organ je prowadzący ponosi odpowiedzialność, usiłuje on poświęcić skuteczność postępowań karnych, za którą odpowiada prokurator, na co nie może być w żadnym razie zgody. Proponowane rozwiązania gwarantujące dobrodziejstwa wynikające ze złożenia wniosku w programie łagodzenia kar paradoksalnie bowiem mają mieć szerszy zasięg podmiotowy w postępowaniu karnym niż w postępowaniu administracyjnym. W tym drugim bowiem kary miałyby unikać w zasadzie przedsiębiorca, a w tym pierwszym miałiby jej unikać wszyscy zaangażowani w przestępczy proceder jego pracownicy, oczywiście, jeżeli podjęliby bliżej nieokreśloną i jak już wspomniano nieznaną polskiemu prawu karnemu „aktywną współpracę” z organami ścigania. Zastanawiające jednak, jak prokurator miałby oceniać tę współpracę przy założeniu, że wniosek pochodzi od osoby trzeciej, która równocześnie ujawnia wszystkie okoliczności zмовы przetargowej, łącznie z rolą tej osoby, której owa ocena współpracy miałyby być dokonywana. Czy projektodawca utożsamia w takich przypadkach ze współpracą przyznanie się sprawcy do zarzucanego mu czynu w obliczu zgromadzenia przeciwko niemu dowodów pozwalających na jego skazanie? Zaprojektowane przepisy karne oraz prezentowane ich uzasadnienie zdają się na to wskazywać. Co więcej, wbrew motywowi 65 *dyrektywy* projektowane przepisy art. 305a i art. 305b k.k. odrywają się od indywidualnej oceny zachowania sprawcy współdziałającego w popełnieniu przestępstwa.

Wbrew wyrażonemu przez Prezesa UOKiK, w przekazanym piśmie z dnia 5 sierpnia 2021 r., twierdzeniu, art. 23 *dyrektywy* nie nakazuje państwom członkowskim UE

bezwzględno wprowadzenia regulacji zapewniających ochronę „osobom fizycznym (...) wnioskodawców ubiegających się o zwolnienie z kar przed organami ochrony konkurencji państw członkowskich” w postępowaniu karnym. Wprawdzie zasada taka wynika z ust. 2 przywołanego artykułu, niemniej jednak racjonalny ustawodawca europejski przewidział w ust. 3 odstępstwo od niej w sytuacji, gdyby wprowadzenie takiej zasady kolidowało z obowiązującymi podstawowymi zasadami własnych systemów prawnych państw członkowskich. Skoro zaś – jak już wykazywano – wprowadzenie projektowanych regulacji karnych opartych na art. 23 ust. 2 *dyrektywy* koliduje z elementarnymi zasadami polskiego prawa karnego, to zgodnie z art. 23 ust. 3 *dyrektywy* dla jej implementacji w tym zakresie wystarczające jest ustanowienie przepisów, zgodnie z którymi „właściwe organy dysponują swobodą nienakładania sankcji lub jedynie złagodzenia sankcji, które mają zostać nałożone w postępowaniu karnym, w zakresie, w jakim rola poszczególnych osób, o których mowa w art. 23 ust. 2 *dyrektywy*” – a to „obecnych i byłych dyrektorów, obecnej i byłej kadry zarządzającej oraz obecnych i byłych innych pracowników wnioskodawcy ubiegającego się w organach ochrony konkurencji o zwolnienie z kar” – „w wykrywaniu tajnego kartelu i odnośnym postępowaniu jest większa niż korzyść ze ścigania tych osób lub wymierzenia im kary”. Takie regulacje w polskim porządku prawnym już jednak istnieją, na co Minister Sprawiedliwości wskazywał w przedstawianych opiniach o projekcie – a zatem dla implementacji *dyrektywy* w tym zakresie wystarczające jest odwołanie się do nich, podobnie jak to uczyniły inne państwa członkowskie UE. Ewentualnie, dla podkreślenia zrównania w skutkach w zakresie odpowiedzialności karnej poinformowania o zмовie przetargowej organów ścigania oraz organu ochrony konkurencji można rozważyć wprowadzenie – na co już uprzednio wskazywano – dodatkowego unormowania w art. 305 k.k. w brzmieniu:

„§ 4. Nie podlega karze sprawca przestępstwa określonego w § 1 lub § 2, który zawiadomił o fakcie jego popełnienia organ powołany do ścigania przestępstw lub organ ochrony konkurencji państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub Komisję Europejską i ujawnił wszystkie istotne okoliczności tego przestępstwa, zanim organ powołany do ścigania przestępstw o nim się dowiedział.”;

względnie, alternatywnie przepis ten mógłby brzmieć:

„§ 4. Nie podlega karze sprawca przestępstwa określonego w § 1 lub § 2, który zawiadomił o tym fakcie organ powołany do ścigania przestępstw i ujawnił wszystkie istotne okoliczności przestępstwa, zanim organ ten o nim się dowiedział.”.

Propozycja w takim kształcie odpowiadałaby bowiem konstrukcji funkcjonujących już na gruncie prawa karnego przepisów wyłączających odpowiedzialność karną za niektóre typy przestępstw w przypadkach w nich określonych. Bynajmniej zaś nie ma wśród nich przepisu art. 299 § 6 k.k., do którego Prezes UOKiK się odwołał (str. 4 pisma z dnia 5 sierpnia 2021 r.), a który wręcz przeciwnie, przewiduje zaostrenie odpowiedzialności karnej. Co więcej, nie można również podzielić wyrażonego poglądu, że konstrukcja tych przepisów funkcjonujących już na gruncie prawa karnego jest „analogiczna” do tych ujętych w *projekcie*. Wszak żaden z nich nie uzależnia wyłączenia odpowiedzialności karnej od zachowania innej aniżeli sprawca osoby.

Nie można się przy tym zgodzić z twierdzeniem wyrażonym przez Prezesa UOKiK, że skoro *dyrektywa* przewiduje jednocześnie zasadę i odstępstwo od niej, to dla jej prawidłowej implementacji konieczne jest wprowadzenie do polskiego porządku prawnego tej zasady. Interpretacja taka jest bowiem wprost sprzeczna z brzmieniem przywoływanych już przepisów przewidujących odstępstwo od tej wyrażonej w art. 23 ust. 2 *dyrektywy* zasady, w tym zwłaszcza art. 23 ust. 3 *dyrektywy* oraz jej motywu 65.

Ponadto zgodnie z motywami 12, 40, 41 oraz 42, a także art. 13 ust. 1 i 2 oraz art. 23 *dyrektywy*, kwestia łagodzenia kar pieniężnych powinna dotyczyć postępowań administracyjnych i sądowych innych niż postępowania karne.

Natomiast nie zasługuje na uwzględnienie przekonywanie do przedstawionego rozwiązania poprzez wyrażenie „oczekiwania”, że w razie wdrożenia *dyrektywy* zgodnie z ust. 3 jej art. 23, a nie ust. 2, Komisja Europejska przedstawi stanowisko „w ramach ewentualnych postępowań formalnych prowadzonych w związku z nieprawidłowym wdrożeniem przez Polskę ww. *dyrektywy*”.

Zauważyć także należy, że w motywie 11 *dyrektywy*, do którego się odwołano, mowa jest ogólnie o systemie łagodzenia kar, a nie o łagodzeniu sankcji karnych za popełnienie przestępstwa, które pojawiają się tylko w kontekście art. 101 TFUE. Mając zaś na względzie charakter aktu prawnego oraz okoliczność, iż dotyczy on prawa konkurencji, czyli *de facto* prawa administracyjnego, oraz mowa w nim o „przedsiębiorstwach”, to ta „*pewność i harmonizacja w zakresie łagodzenia kar*” odnosi się do postępowania prowadzonego przez organy ochrony konkurencji względem członków tajnych karteli pojmowanych jako określone podmioty gospodarcze, a nie do postępowania karnego. Nieracjonalne byłoby bowiem rozumienie tych unormowań, jako mających gwarantować sprawcom przestępstw pewność ich bezkarności lub łagodnego traktowania w postępowaniu karnym. Unormowania tego typu nie służyłyby bowiem walce z przestępczymi znowami

przetargowymi, lecz rozzuchwalałyby potencjalnych sprawców tego typu przestępstw. Stąd też zdumiewające jest zawarte w przywoływanym piśmie stwierdzenie, że „zagrożenie odpowiedzialnością karną osób, które działały na rzecz przedsiębiorcy uczestniczącego w kartelu i w związku z tym osobiście angażowały się w ten kartel, przekłada się na brak pewności prawnej tych osób. Osoby te (...) obawiają się, że złożenie przez przedsiębiorcę, na rzecz którego pracują, wniosku w programie *leniency* (...) doprowadzi w rezultacie do nałożenia na te osoby sankcji w postępowaniach administracyjnych i karnych” (str. 2). W związku z tym według projektodawcy osoby takie powinny być chronione przed karami w postępowaniu karnym. Jest to swoisty paradoks, aby poprzez wprowadzanie rozwiązań, które mają eliminować u sprawcy obawy negatywnych następstw ewentualnej denuncjacji o jego przestępczych działaniach przez osobę, z którą współdziała, zmierzać do wywołania u niego potrzeby respektowania prawa.

Z drugiej strony, nie może umknąć uwadze, że rozwiązania takie utrudniają prowadzenie postępowania karnych w sprawach zmów przetargowych i rozbijanie solidarności współdziałających w popełnianiu tych przestępstw osób. Odwracając bowiem sytuację, sprawca, który zawiadomiłby organy ścigania o popełnieniu przestępstwa z art. 305 § 1 lub 2 k.k., i ujawnił wszystkie okoliczności tego przestępstwa, zanim organ ten o przestępstwie się dowiedział, nie mógłby liczyć na profity z tego tytułu, o ile przedsiębiorca na rzecz którego działał uprzednio nie złożył stosownego wniosku do organu ochrony konkurencji.

Nijak ma się tu też odwołanie do motywu 64 *dyrektywy*, gdyż ten, co umknęło projektodawcy, wiąże ochronę takich osób przed sankcjami wprost z „*ich rolą w wykrywaniu tajnych karteli i odnośnych postępowaniach*”, nie zaś z działaniem osoby trzeciej. Co więcej, wskazuje, iż osoby takie winny być chronione tylko „co do zasady”, a zatem, przewiduje w tym zakresie odstępstwa. O tych zaś mowa w motywie 65 *dyrektywy*, który jakoś projektodawca mniej lub bardziej celowo pomija. Zgodnie z nim mianowicie „*w drodze odstępstwa i w celu zapewnienia zgodności ochrony osób przed sankcjami nakładanymi w postępowaniu karnym z obowiązującymi podstawowymi zasadami własnych systemów prawnych państwa członkowskie mogą przewidzieć, że właściwe organy mają możliwość wyboru między ochroną danej osoby przed sankcjami lub jedynie łagodzeniem tych sankcji, zależnie od tego czy korzystniejsze jest ściganie tych osób lub wymierzenie tym osobom kary czy też wkład tych osób w działania mające na celu wykrycie kartelu i w prowadzenie odnośnego postępowania. Oceniając korzyści wynikające ze ścigania tych osób lub wymierzania im kary, można brać pod uwagę, obok innych czynników, ich osobistą*

odpowiedzialność za dane naruszenie lub ich rolę w tym naruszeniu". Motyw ten wskazuje zatem na potrzebę indywidualizacji odpowiedzialności karnej, a nie grupowej nieodpowiedzialności, do której zmierzają projektodawcy, nie bacząc przy tym także na motyw 66 *dyrektywy*, który przewiduje jedynie możliwość, a nie obowiązek ochrony przed sankcjami obecnych i byłych dyrektorów, obecnej i byłej kadry zarządzającej oraz obecnych i byłych innych pracowników przedsiębiorstw wnoszących o obniżenie kar lub łagodzenia takich sankcji.

Co więcej, projektodawca w nieuprawniony sposób utożsamia „poinformowanie osób przez właściwe organy o postępowaniu mogącym prowadzić do nałożenia sankcji” z przedstawieniem zarzutów w postępowaniu karnym, nie dostrzegając, że przedstawienie zarzutów na gruncie polskiego prawa karnego, to konglomerat czynności od wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, poprzez ich ogłoszenie podejrzanemu, aż do jego przesłuchania w charakterze podejrzanego. Czynności te zatem mogą być rozciągnięte w czasie, a co więcej, najczęściej poprzedza je wezwanie do stawienia wystosowane do podejrzanego przez organ procesowy. Jeżeli zatem po otrzymaniu takiego wezwania, wystosowanego w sytuacji gdy zgromadzony materiał dowodowy dostatecznie uzasadnia popełnienie przestępstwa z art. 305 § 1 lub 2 k.k., a przed wykonaniem pozostałych czynności z opisanego „konglomeratu”, a zwłaszcza przed ogłoszeniem zarzutu, ten potencjalny podejrzany zdąży złożyć wniosek do organu ochrony konkurencji, a następnie stawi się przed prokuratorem i podejmie ową „aktywną współpracę”, to w zamierzeniu projektodawcy nie będzie podlegał karze. Zamiast więc, pomimo zgromadzenia przeciwko niemu dowodów, ponieść karę, pozostanie bezkarny tak w sferze prawnokarnej, jak i administracyjnoprawnej.

Projektodawca zdaje się również nie dostrzegać, że czyn zabroniony ujęty w art. 305 § 1 lub 2 k.k. obejmuje znacznie szerszy zakres przestępczych zachowań, aniżeli będący w przedmiocie zainteresowania UOKiK niezdefiniowany na gruncie prawa karnego „udział w tajnym kartelu”. W tym zaś kontekście proponowany art. 305a k.k. niweczyłby działania prokuratury w odniesieniu do wszystkich zachowań wyczerpujących znamiona czynu zabronionego z art. 305 § 1 lub 2 k.k.

Zauważyć należy, że wbrew przekonaniu Prezesa UOKiK załączone przezeń zestawienie informacji przekazanych przez organy antymonopolowe państw członkowskich UE, a dotyczące wdrażania *dyrektywy* w spornym zakresie, wcale nie wskazują na „podobieństwo” przyjętych lub projektowanych w tych państwach uregulowań do tych ujętych w *projekcie* opracowanym przez Prezesa UOKiK. Jeśli już, to jest ono w niektórych przypadkach bardzo nikłe. Natomiast w większości systemów prawnych

przyjęto lub planuje się przyjąć wdrożenie *dyrektywy* w tym spornym zakresie poprzez odwołanie do funkcjonujących już w tych systemach rozwiązań, częstokroć analogicznych do tych obowiązujących w polskim porządku prawnym.

Przede wszystkim podkreślić należy, że żadne z przedstawionych rozwiązań legislacyjnych poszczególnych krajów nie potwierdza forsowanej przez UOKiK wersji przepisów, w której to o odpowiedzialność za popełnienie czynu z art. 305 k.k. miałyby być warunkowana aktywnością i wnioskiem pochodzącym od osoby trzeciej. Nie sposób przy tym zgodzić się z twierdzeniem, by Węgry, Czechy, Słowacja, Francja, Chorwacja i Malta wprowadziły w swych porządkach prawnych tożsame rozwiązania prawne, jak przedstawione propozycje UOKiK-u. To stwierdzenie ma charakter generalizujący, a szczegółowa analiza tych przepisów prowadzi do wniosku, że w porządkach prawnych tych państw zdecydowano się na złagodzenie odpowiedzialności karnej sprawców tzw. *zmów przetargowych*, jeśli to oni sami, a nie osoby trzecie, spełniają warunki złagodzenia tej odpowiedzialności.

Analiza przedstawionych rozwiązań prawnych prowadzi też do słusznego wniosku, że większość państw członkowskich UE, zmierzając do implementacji *dyrektywy*, odwołuje się do zasad ogólnych „programu łagodzenia kar”, zawartych w porządkach prawnych tych państw. Przykładowo w Austrii uznano, że dotychczasowe uregulowania w zakresie kształtowania wymiaru kary są wystarczające w kontekście wdrożenia *dyrektywy*.

Godne podkreślenia jest również wyraźne rozgraniczenie odpowiedzialności administracyjnej od odpowiedzialności karnej, prezentowane w przedstawionych rozwiązaniach prawnych poszczególnych państw. To skłania do wniosku o potrzebie podobnego wyraźnego rozgraniczenia polityki łagodzenia odpowiedzialności administracyjnej od odpowiedzialności karnej także w polskim porządku prawnym.

Mając też na uwadze fakt, że często postępowania administracyjne, prowadzone w przedmiocie tzw. *zmów przetargowych* przez UOKiK, wyprzedzają czynności postępowania przygotowawczego, tak jak już zaznaczono to poprzednio, rozważyć też można rozszerzenie kręgu podmiotowego, do którego najpierw trafiają istotne informacje dotyczące przestępstwa z art. 305 § 1 lub 2 k.k., poprzez dodanie ww. § 4, wskutek czego Prezes UOKiK, składając do organów ścigania zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k., przekazywałby wszelkie niezbędne materiały i informacje w tym zakresie.

Wprowadzenie proponowanej instytucji służyłoby rozbiciu solidarności grup biorących udział w tzw. *zmowach przetargowych*, mieściło się w terminologii i systematyce Kodeksu karnego. Niepodleganie karze, obligatoryjnie stosowane, dotyczyłoby jednakże sprawcy,

który pierwszy poinformował o istotnych okolicznościach przestępstwa i przekazał wiedzę o nim właściwym organom. Nie wykluczałoby to jednak możliwości zastosowania instytucji prawnych części ogólnej Kodeksu karnego w zakresie nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia, już na zasadach fakultatywności i uznania organu procesowego, w odniesieniu do tych pozostałych sprawców, którzy spełniliby przesłanki kodeksowe ich zastosowania. Model taki, spójny systemowo, pozwoliłby z jednej strony przełamywać tzw. zminy przetargowe, z drugiej nie miał negatywnego wpływu na działania prokuratury w zakresie planowania i prowadzenia śledztw o przestępstwo z art. 305 k.k.

Propozycja taka byłaby zgodna z założeniami *dyrektywy*, a jak pokazuje przykład rozwiązań poszczególnych państw, byłaby także zbieżna z rozwiązaniami legislacyjnymi przyjmowanymi w tych krajach. Wprowadzenie zasady, że każda osoba zaangażowana w popełnienie czynu z art. 305 k.k., nie ponosiłaby żadnej odpowiedzialności karnej, na zasadzie odstąpienia od wymierzania kary, w przypadku złożenia odpowiedniego wniosku, czyniłoby ściganie karne tzw. zmów przetargowych iluzorycznym. Jak pokazuje też przykład przekazanych przepisów, nie czyni się w porządkach prawnych poszczególnych państw odstąpienia od ścigania karnego na zasadzie automatyzmu, a zachowane są ogólne zasady łagodzenia kar.

Reasumując, dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r., zarówno w motywach, jak i w jej przepisach normatywnych, w żaden sposób nie wspomina, że dla jej skutecznej implementacji należałoby dokonać jakiegokolwiek ingerencji w przepisy materialnego i procesowego prawa karnego Państwa członkowskiego.

Z poważaniem

z upoważnienia Ministra Sprawiedliwości

z upoważnienia
MINISTRA SPRAWIEDLIWOŚCI

Marcin Warchoń
SEKRETARZ STANU
/podpisano elektronicznie/

Do wiadomości:

- 1) Prezes Rządowego Centrum Legislacji;
- 2) Dyrektor Biura Prezydialnego Prokuratury Krajowej.



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
TOMASZ CHRÓSTNY

Warszawa, 18 września 2022 r.

DPR.0230.11.2021

Pan
Marcin Warchoł
Sekretarz Stanu
w Ministerstwie
Sprawiedliwości

Szanowny Panie Ministrze,

w nawiązaniu do wcześniejszej korespondencji pomiędzy Ministrem Sprawiedliwości a Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w toku prac legislacyjnych nad projektem ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (UC69)*, w szczególności do pisma przekazującego, skierowane do Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów, stanowisko Ministra Sprawiedliwości do projektu ustawy (sygn. DLPK-V.454.30.2021), w załączeniu przesyłam opinię Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów do powyższego projektu wraz z zaproponowanym zmienionym brzmieniem projektu ustawy i projektowanych przepisów wdrażających art. 23 ust. 2 i 3 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.

Zwracam się z uprzejmą prośbą o analizę powyższej opinii, w szczególności w kontekście stanowiska Rady Legislacyjnej dotyczącego prawidłowości wdrożenia art. 23 ww. dyrektywy do polskiego porządku prawnego oraz o odniesienie się do zaproponowanych w projekcie zmian mających na celu uwzględnienie uwag Rady Legislacyjnej dotyczących transpozycji ww. przepisu dyrektywy do polskiego systemu prawnego.



*Z poważaniem,
Z upoważnienia Prezesa UOKiK
Daniel Mańkowski
Dyrektor
Departamentu Prawnego
/podpisano elektronicznie/*

Załączniki:

- opinia Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów o projekcie ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (UC69),
- pismo Prezesa UOKiK do Przewodniczącego Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów przekazujące stanowisko do opinii Rady Legislacyjnej,
- projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (UC69) wraz z uzasadnieniem, po zmianach wynikających z uwzględnienia części uwag Rady Legislacyjnej,
- propozycja wdrożenia art. 23 ust. 3 dyrektywy 2019/1, uwzględniająca stanowisko Rady Legislacyjnej



przy
Prezesie Rady Ministrów

RL.461.8/2022

Opinia

**o projekcie ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów
oraz niektórych innych ustaw**

I. Uwagi ogólne

1. [Ogólna charakterystyka treści opiniowanego Projektu]

Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw¹ (dalej: „Projekt”) – przedłożony do zaopiniowania Radzie Legislacyjnej na wniosek Prezesa Rządowego Centrum Legislacji – ma na celu implementację dyrektywy 2019/1 mającej na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego² (dalej także jako: dyrektywa ECN+). Przewiduje zatem przede wszystkim zmianę ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów³ przez określenie m.in:

- pojęcia przedsiębiorstwa,
- kadencyjności Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zapewnienie bezstronności i przeciwdziałanie konfliktowi interesów,
- programu łagodzenia kar (*leniency*) oraz LPP (*Legal Professional Privilege*),
- uwzględnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 16 stycznia 2019 r. w sprawie P 19/17.

Zasadniczym celem dyrektywy ECN+, na co wskazuje tytuł tego aktu prawnego, jest wzmocnienie roli krajowych organów ochrony konkurencji, przez określenie ich minimalnych kompetencji, gdzie punktem odniesienia jest zakres kompetencyjny Komisji. Zarazem celem

¹ Przygotowany przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w wersji z dnia 14 października 2021 r., dostępny na stronie: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12342403>

² 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. Urz. UE L 11 z 14.01.2019, str. 3).

³ Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tekst jedn. z 2021 r., poz. 275 ze zm.

dyrektywy ECN+ jest uniezależnienie krajowych organów ochrony konkurencji od polityki rządu.

Zagadnienie niezależności organów ochrony konkurencji jest przedmiotem dyskursu w literaturze prawniczej i politologicznej. Do niektórych atrybutów niezależności należą m.in.:

- kadencyjność i nieusuwalność poza sytuacjami pozamerytorycznymi,
- minimalny zakres kompetencji umożliwiający prawidłowe wykonywanie funkcji ochrony konkurencji przez krajowy organ ochrony konkurencji.

Do innych aspektów ważnych dla określenia niezależności krajowego organu regulacyjnego należy niezależność pod względem:

- finansowym (np. przez pozostawanie dysponentem środków finansowych przyznanych w ustawie budżetowej niezależnie od dysponentów, jakimi są naczelne organy administracji rządowej lub np. posiadanie osobowości prawnej przy założeniu utrzymywania się ze składek pochodzących bezpośrednio od przedsiębiorców),
- decyzyjnym przez np. niepodleganie poleceniom organów administracji rządowej i brak kontroli decyzji przez organ administracji rządowej.

Ponieważ niezależność, tak ujęta jak powyżej, może podlegać stopniowaniu, to należy wskazać za Projektodawcą, że „już obecnie znaczna część rozwiązań przewidzianych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów jest zbieżna z unijnymi standardami określonymi w dyrektywie”⁴. W przypadku polskich rozwiązań podkreśla się zwłaszcza szeroki zakres kompetencji Prezesa UOKiK, odpowiedzialnego tak za ochronę konkurencji, jak również ochronę konsumentów. Ponadto, od wielu lat przewiduje się niemal wyłącznie sądową kontrolę decyzji Prezesa UOKiK przez sąd okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Postulatem natomiast budzącym w Polsce kontrowersje, przede wszystkim ze względów politycznych, jest kadencyjność Prezesa UOKiK, zwłaszcza widziana na tle kadencyjności innych organów administracji publicznej, tzw. regulatorów (Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki). Stopniowe wyłączenie spod wpływu rządu działań regulatorów budzi w świecie polityki zastrzeżenia, nie tylko zresztą w Polsce. Nie jest przecież oczywiste, że np. wpływ na wysokość cen za energię elektryczną, czy gaz, pozostaje w zakresie kompetencji organu niezależnego od polityki społecznej rządu. Argumentem przemawiającym za kadencyjnością organu ochrony konkurencji przy jednoczesnym wyposażeniu go w minimum kompetencji jest skuteczność w

⁴ Uzasadnienie do Projektu, s. 1.

działaniu w ochronie konkurencji niezależnie od grup nacisku, działających także przez świat polityki.

Ostatecznie jednak w niniejszej opinii nie rozstrzyga się o argumentach na rzecz niezależności lub przeciwko niej, lecz o prawie. Rada Legislacyjna nie zabiera zatem głosu w sprawach polemicznych, lecz wypowiada się w kwestiach na tyle, na ile to możliwe, *stricte* prawnych. Poniżej zostaną zatem przedstawione kryteria oceny Projektu.

2. [Kryteria oceny Projektu oraz ogólna ocena Projektu]

2.1. Najważniejsze kryteria oceny Projektu wskazuje metodologia pracy prawniczej. Chodzi więc o takie kryteria, które mają zastosowanie w odniesieniu do każdego nowego przedsięwzięcia legislacyjnego. Są nimi przede wszystkim zgodność z aktami wyższego rzędu a więc z Konstytucją, spójność z prawem już obowiązującym, spójność wewnętrzna, klarowność, zgodność z Zasadami techniki prawodawczej⁵, prawidłowe wyjaśnienie niekiedy wątpliwych konstrukcji w uzasadnieniu.

Ponadto, do szczególnych kryteriów wyłącznie odnoszących się do Projektu, należy dyrektywa 2019/1. Ponieważ Projekt jest aktem wdrażającym wspomnianą dyrektywę, stanowi ona probierz dla prawidłowości przyjętych w Projekcie rozwiązań. Rada Legislacyjna unika przy tym polemiki z rozwiązaniami przyjętymi w dyrektywie ECN+. Nie jest bowiem jej zadaniem ocena rozwiązań przyjętych w prawodawstwie europejskim, lecz jedynie porównanie czy rozwiązania przyjęte w Projekcie pozostają w zgodzie z dyrektywą ECN+.

2.2. Na szczególną uwagę zasługuje przy tym kwestia prawidłowości wdrożenia do Projektu postanowień art. 23 dyrektywy ECN+, w związku z wątpliwościami podniesionymi przez Ministra Sprawiedliwości w piśmie z dnia 19 listopada 2021 r. oraz pismem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 20 grudnia 2021 r. Z treści obu pism wynika, że istnieje poważna rozbieżność, co do rozumienia art. 23 dyrektywy ECN+ i sposobu jej wdrożenia.

2.3. Również szczególną uwagę w ocenie Projektu należy poświęcić ocenie wprowadzenia kadencyjności. Jakkolwiek do Rady Legislacyjnej nie przekazano pism, które mogłyby wskazywać na kontrowersje w Radzie Ministrów dotyczące kwestii niezależności i jednego z jej atrybutów czyli kadencyjności, to jednak waga zagadnienia wskazuje na to, by Rada Legislacyjna w szczególnie odpowiedzialny sposób zabrała głos w tej kwestii, dokonując oceny Projektu.

⁵ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, tekst jedn. Dz. U. z 2002 r., nr 100, poz. 908.

Ostatecznie zatem, oceniając Projekt, zostaną wzięte pod uwagę ogólne wskazane wyżej dyrektywy metodologii oceny projektów ustaw ze szczególnym zwróceniem uwagi na kwestię wdrożenia art. 23 dyrektywy ECN+ oraz zagadnienie kadencyjności.

II. Szczegółowe uwagi krytyczne i postulaty w odniesieniu do niektórych rozwiązań prawnych przewidzianych w Projekcie

1.[Definicje]. W Projekcie w art. 1 przewidziano zmianę art. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawierającego słowniczek podstawowych pojęć. Przewiduje się w nim dodanie definicji kartelu, programu łagodzenia kar, oświadczenia w ramach programu łagodzenia kar, oświadczenia w ramach wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub wniosku o jej obniżenie, propozycji ugodowej oraz organu wnioskującego.

W dużej mierze proponowane definicje pojęć odpowiadają treści słowniczka dyrektywy ECN+ z jej art. 2 i nie budzą wątpliwości.

Z tych jednakże wątpliwości, które wypada podnieść należy wskazać na definicję programu łagodzenia kar, gdzie następuje wskazanie tajnego kartelu, podczas gdy wcześniej zdefiniowano kartel, nie wyjaśniając na czym może polegać jego tajność. Od faktu, czy dany kartel zostanie uznany za tajny, zależy bowiem, zgodnie z dyrektywą ECN+ oraz Projektem możliwość skorzystania z programu łagodzenia kar. Należy zatem rozważyć zdefiniowanie tajnego kartelu a nie jedynie kartelu. Definicja tajnego kartelu została pomieszczona także w dyrektywie ECN+.

Druga wątpliwość dotyczy definicji oświadczenia w ramach programu łagodzenia kar, zgodnie z którą oświadczenie przedsiębiorcy lub osoby fizycznej przedkładane jest właściwemu organowi. Powinno ono zawierać „dowody i informacje”, „niestanowiące dowodów, które istnieją niezależnie od postępowania w sprawie naruszenia zakazu określonego w art. 101 TFUE, bez względu na to, czy znajdują się one w aktach takiego postępowania”. Jakkolwiek przepis jest odwzorowaniem art. 2 ust. 1 pkt 17 dyrektywy ECN+, to niestety nie jest łatwy w zrozumieniu, o jakie dowody, niebędące dowodami w opisywanym przez Projektodawcę przypadku chodzi. Dobrze byłoby zatem rozważyć taką redakcję przepisu, by w zrozumiały sposób informowała, jakie dowody powinno zawierać oświadczenie. Brak prawidłowej redakcji po części dotyczy samego prawodawcy europejskiego. Niejasność ostatecznie w przypadku akceptacji Projektu, obciąży jednak polskiego ustawodawcę.

Podobne uwagi należy odnieść do definicji wniosku oświadczenia w ramach wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej z proponowanego ustępu 5d. Tu można dodatkowo zastanowić się, czemu w definicji mowa jest o porozumieniu, a nie o kartelu. Być może chodzi

w tym przypadku o oświadczenie spoza programu *leniency*, ale dla ostrożności wypada podnieść tę wątpliwość w tym miejscu.

Wskazanych powyżej wątpliwości nie rozwiewa uzasadnienie do Projektu, gdyż nie odnosi się ono do treści przywołanych definicji.

Wreszcie warto zwrócić uwagę na potrzebę spójności między pojęciami nowymi zawartymi w Projekcie a pojęciami zastanymi w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Przykładowo pojęcie kartel stanowi *novum*, podczas gdy już obecnie istnieje pojęcie porozumień, w tym porozumień między konkurentami zwanych powszechnie horyzontalnymi (z art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Odwołanie zatem wewnątrzsystemowe mogłoby prowadzić do uspoźnienia prawa.

Także spójności mogłoby służyć wprost określenie w definicji kartelu, że uchwały związku przedsiębiorców mogą stanowić kartel lub tajny kartel, o ile tak rzeczywiście Projektodawca uważa.

Spójności mogłyby służyć odniesienia w *definiens* pojęć zawartych w Projekcie do przepisów art. 113a-113k ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Projektodawca określając w słowniczku, czym jest program łagodzenia kar i kolejno oświadczenia w ramach programu łagodzenia kar oraz w ramach wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej powinien zatem przewidzieć odesłania do przepisów już istniejących w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ostatnią uwagę z tych, które dotyczą spójności, należy odnieść do definicji propozycji ugodowej. W obecnie obowiązujących przepisach ugoda została uregulowana w art. 114 i n. k.p.a. Lektura Projektu skłania do wniosku, że dobrze byłoby określić w Projekcie, jak ma się propozycja ugodowa i ugoda do ugody już uregulowanej w polskim prawie.

Pozostałe definicje wskazane w Projekcie nie budzą zastrzeżeń, poza tym że byłoby dobrze, aby w uzasadnieniu Projektodawca wyjaśnił taki a nie inny sposób implementacji. Dla przykładu założenie, że propozycja ugodowa lub oświadczenie w ramach programu łagodzenia kar są składane wyłącznie organom konkurencji innych państw członkowskich Unii Europejskiej lub Komisji Europejskiej wynika z założeń systemowych, o których byłoby dobrze wspomnieć w uzasadnieniu.

2. [Pojęcie przedsiębiorcy] Wiele miejsca w uzasadnieniu poświęcono pojęciu przedsiębiorcy, które o tyle się nie zmienia, że Projekt nie narusza treści obecnej definicji przedsiębiorcy, lecz przez dodanie przepisów 6a i 9a do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poszerza zakres odpowiedzialności na podstawie art. 6 i 9 ustawy o ochronie

konkurencji i konsumentów. Poszerzenie zakresu odpowiedzialności powinno prowadzić do uzgodnienia praktyki stosowania przepisów przez Komisję w związku ze stosowaniem doktryny jednego organizmu gospodarczego (*single economic unit*). W doktrynie tej chodzi o to, by złożone organizmy gospodarcze, składające się z wielu podmiotów, były traktowane jak jeden podmiot, a także by za podmiot ewentualnych naruszeń reguł konkurencji móc traktować podmiot dominujący, w grupie, nawet z pominięciem faktycznie stosującego praktyki ograniczające konkurencję i to niezależnie od państwa siedziby przedsiębiorstwa.

Zgodnie zatem z projektowanym art. 6a Projektu „w przypadku naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów określonych w art. 6 ust. 1 ustawy lub art. 101 TFUE naruszenia dopuszcza się również przedsiębiorca wywierający decydujący wpływ na tego przedsiębiorcę”. Wpływ ten domniemywa się, gdy udział „w kapitale przedsiębiorcy” przekracza 90%. Tak wysoki próg udziału kapitałowego wynika, zgodnie z uzasadnieniem, z praktyki decyzyjnej Komisji.

Choć samo poszerzenie zakresu odpowiedzialności w Projekcie zasługuje na aprobatę, to warto zwrócić uwagę na dwie kwestie.

Po pierwsze, można podnieść wątpliwość, czy „udział w kapitale” nie jest nazbyt ogólnikowy. W dookreśleniu dominującego wpływu w kodeksie spółek handlowych⁶ (dalej k.s.h.) lub w ustawie o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców⁷ (dalej jako ustawa o przejrzystości) jako jedno z kryteriów wskazuje się np. liczbę głosów w zgromadzeniu wspólników lub na walnym zgromadzeniu (art. 4 § 1 ust. 4 k.s.h) lub po prostu posiadanie większości głosów w organach przedsiębiorcy (art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy o przejrzystości). Można się spodziewać, że jakaś część sporów może dotyczyć „udziału kapitałowego”. Być może warto przemyśleć kryterium wyróżnienia dominującego wpływu. Ponieważ w kodeksie spółek handlowych określenie dominującego wpływu dotyczy spółek, być może pewnym punktem odniesienia dla określenia dominującego wpływu powinna być ustawa o przejrzystości.

Druga natomiast uwaga jest nieco odbiegająca od proponowanych zmian, a dotyczy pojęcia przedsiębiorcy. Otóż w obecnej redakcji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakres pojęcia przedsiębiorcy włącza się osoby fizyczne wykonujące zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzące działalność w ramach wykonywania takiego

⁶ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1526 ze zm.).

⁷ Ustawa z 29.10.2021 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 2205).

zawodu obok przedsiębiorcy, definiowanego w ustawie Prawo przedsiębiorców⁸. Otóż wydaje się, że treść obecnego art. 4 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi pokłosie dawnych, już nieobecnych w doktrynie i prawie, poglądów jakoby przedstawiciele wolnych zawodów, świadcząc swoje usługi za wynagrodzeniem, nie byli przedsiębiorcami. Obecna definicja przedsiębiorcy w ustawie Prawo przedsiębiorców nie pozostawia poza swoim zakresem definicyjnym przedstawicieli wolnych zawodów. Można zatem przy okazji projektowanej nowelizacji zastanowić się, czy nie wykreślić z definicji przedsiębiorcy w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów art. 4 pkt 1 lit. b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

3. [Kadencyjność]. Projektodawca proponuje nowelizację artykułów od 29 do 34 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tak by wzmocnić pozycję ustrojową Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Istotnym punktem odniesienia dla oceny tych przepisów jest dyrektywa ECN+. Jak wyjaśnia jej art. 1 ust. 1 ustanawia ona „pewne zasady mające zapewnić krajowym organom ochrony konkurencji niezbędne gwarancje niezależności [...], tak aby organy te były w stanie skutecznie stosować art. 101 i 102 TFUE w celu zapobiegania zakłóceniom konkurencji na rynku wewnętrznym oraz niekorzystnym sytuacjom, w jakich mogą znaleźć się konsumenci i przedsiębiorstwa z powodu krajowych przepisów i środków uniemożliwiających krajowym organom ochrony konkurencji skuteczne egzekwowanie prawa”. Dalej, w art. 4 dyrektywy ECN+ określone zostały wymogi dotyczące niezależności. Należą do nich wymogi dotyczące pracowników i osób, które podejmują decyzje w zakresie ochrony konkurencji. Są to zatem następujące wymogi:

- wykonywanie uprawnień niezależnie od wpływów politycznych i innych wpływów zewnętrznych;
- brak instrukcji od rządu lub innych podmiotów publicznych;
- zakaz zajmowania stanowisk lub podejmowania się działalności, które mogłyby prowokować konflikt interesów;
- stosowanie przejrzystej procedury wyboru krajowego organu ochrony konkurencji.

Ponadto, w art. 4 ust. 3 wskazano, że osoby podejmujące określone decyzje (w polskich warunkach chodzi o Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) „mogą zostać odwołane ze stanowiska wyłącznie wówczas, gdy przestaną spełniać warunki wymagane do wykonywania swoich obowiązków lub gdy zostaną uznane za winne poważnego uchybienia w

⁸ Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 162).

świecie prawa krajowego. Przepis ten stanowi zatem, że odwołanie krajowego organu ochrony konkurencji i konsumentów nie może nastąpić z przyczyn merytorycznych a jedynie, nazwijmy je tak, formalnych.

W przepisach dyrektywy ECN+ nie ma wymogu, nakazującego państwu członkowskim wprowadzenie kadencji organów ochrony konkurencji i konsumentów. Jest to dość zastanawiające, biorąc pod uwagę cel dyrektywy wyrażony w jej art. 1 ust. 1, a także wyraźne dotychczas formułowanie tego typu wymogów w odniesieniu do krajowych organów regulacyjnych, jak choćby w przypadku krajowych organów regulacyjnych w energetyce⁹. Brak jasno sformułowanego wymogu mógłby prowadzić do wniosku, że z dyrektywy nie wynika obowiązek wprowadzenia kadencyjności organów ochrony konkurencji. W przeciwnym wypadku, europejski prawodawca wyraziłby tego typu wymóg wprost.

Z drugiej jednak strony, roszczenie nieusuwalności organu ochrony konkurencji poza wyjątkowymi przypadkami z art. 4 ust. 3 dyrektywy ECN+ prowadziłyby do wniosku, że osoba raz powołana na stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, mogłaby to stanowisko piastować przez długi czas, bez ograniczeń czasowych. Kadencyjność w takim przypadku stanowiłaby postulat ograniczenia czasowego sprawowania funkcji przez jedną osobę.

Wydaje się zatem, że chociaż kadencyjność nie jest nakazana dyrektywą ECN+, to stanowi racjonalne „dopowiedzenie” nieusuwalności. W tym miejscu warto dodać jedynie, że w art. 4 ust. 3 dyrektywy ECN+ mowa jest o możliwości odwołania krajowych organów „gdy przestaną spełniać warunki wymagane do wykonywania swoich obowiązków”. Wymogi te nie mogą być jednak określane arbitralnie, np. przez wskazanie wymogu politycznego powiązania z polityką rządu, gdyż wymóg ten stałby w sprzeczności z przepisami dyrektywy ECN+, choćby przepisem art. 4 ust. 2 lit. a) dyrektywy ECN+.

Podsumowując należy stwierdzić, że chociaż nakaz kadencyjności krajowych organów konkurencji nie został wypowiedziany w dyrektywie ECN+ *explicite*, to jednak nadaje wyraźną formę postulatowi niezależności od wpływów politycznych (art. 4 ust. 2 lit. a) dyrektywy ECN+) oraz stanowi racjonalne dopowiedzenie wymogu nieusuwalności, wypowiedzianemu w art. 4 ust. 3 dyrektywy ECN+.

⁹ Zgodnie z art. 57 ust. 5 lit. d) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 czerwca 2019 r. w sprawie wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej oraz zmieniająca dyrektywę (2012/27/UE, Dz. Urz. L 158, s. 125) krajowy organ regulacyjny powinien być powoływany „na ustaloną kadencję od pięciu do siedmiu lat”.

Dookreślenie w Projekcie niezależności Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest więc prawidłowym wdrożeniem dyrektywy ECN+. Jedyńie w celu usunięcia wątpliwości, należy podnieść kilka wątpliwości.

Po pierwsze, w proponowanym w Projekcie brzmieniu art. 29 ust. 3a Prezes Urzędu „nie może zajmować innego stanowiska” z wyjątkiem określonych w tym przepisie. Wydaje się, że sformułowanie „zajmować stanowisko” brzmi nieprawniczo. Dla porównania, w ustawie o Trybunale Konstytucyjnym¹⁰, stanowiąc o *incompatibilitas*, zakazano sędziom „podejmowania dodatkowego zatrudnienia, z wyjątkiem zatrudnienia w charakterze pracownika naukowo-dydaktycznego”, itd. Dobrze byłoby zatem skorzystać z tego wzorca i dokonać stosownej zmiany.

Po drugie, w proponowanym w Projekcie brzmieniu art. 29 ust. 4 Prezes Rady Ministrów może przed upływem kadencji odwołać Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyłącznie we wskazanych w Projekcie przypadkach. Przewidziano m.in., że powodem odwołania jest pozbawienie praw publicznych. Zastosowanie tego środka karnego, co wynika z jego natury, powoduje niemożliwość piastowania urzędów. Takim środkiem karnym jest również zakaz zajmowania kierowniczych stanowisk lub pełnienia funkcji związanych ze szczególną odpowiedzialnością w organach państwa. Taką przesłankę odwołania przewiduje prawo np. w odniesieniu do Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (art. 21 ust. 2m pkt 3 ustawy Prawo energetyczne). Warto zatem rozważyć poszerzenie katalogu przesłanek także i o ten środek karny, choćby także dla zachowania spójności różnych regulacji dotyczących organów państwa.

Po trzecie, w proponowanym w Projekcie brzmieniu art. 34a ust. 2 przewidziano, że Prezes Urzędu, wiceprezesa Urzędu, którzy brali udział w wydaniu decyzji, w okresie 3 lat od zakończenia pełnienia funkcji lub ustania zatrudnienia w Urzędzie nie mogą być zaangażowani w tę samą sprawę”. Przepis jest jak najbardziej słuszny, wynika także z dyrektywy ECN+. Dobrze byłoby jednak przemyśleć zmianę redakcji. Może warto po pierwsze bliżej określić, czy chodzi wyłącznie o sprawę toczącą się przed Urzędem, czy także przed sądem. Można przypuszczać, że pojęcie „tej samej sprawy” rozciąga się tak na postępowanie przed Prezesem UOKiK, jak i również przed sądem. Warto byłoby tę kwestię uściślić. Ponadto, ustanowienie reguły, zgodnie z którą ani Prezes ani Wiceprezes Urzędu nie może być zaangażowany w tę samą sprawę, pozostaje niesankcjonowane. Ostatecznie zatem zakaz ten może stać się iluzoryczny i stanowić wdrożenie dyrektywy ECN+ w sposób pobeżny.

¹⁰ Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1064 ze zm.).

4. [Legal Professional Privilege] W projektowanym przepisie art. 105da ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidziano ochronę komunikacji między kontrolowanym przedsiębiorcą a niezależnym prawnikiem. Gwarancję tej komunikacji sprecyzowano w ten sposób, że jeżeli w toku kontroli kontrolowany oświadczy, że ujawnione w toku kontroli pisma lub dokumenty zawierają pisemną komunikację między kontrolowanym a niezależnym od kontrolowanego adwokatem, radcą prawnym lub prawnikiem Unii Europejskiej, wytworzoną w celu realizacji prawa kontrolowanego do uzyskania ochrony prawnej od osób, w związku z przedmiotem postępowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w toku którego jest przeprowadzana kontrola, kontrolujący pozostawia te pisma lub dokumenty w miejscu kontroli.

Wprawdzie w uzasadnieniu Projektu nie wskazano celowości wprowadzenia instytucji *Legal Professional Privilege*, to nie ma wątpliwości, że jest ona postulowana przez orzecznictwo sądów europejskich (na co wskazuje uzasadnienie do Projektu). Można się domyślać, że celem LPP jest zapewnienie standardu poufności przy kształtowaniu stanowiska prawnego kontrolowanego wobec Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, co z natury rzeczy powinno być niedostępne dla organu, który jest stroną i zarazem rozstrzygającym. Kształtowanie takiego stanowiska nie powinno być objęte kontrolą. Wprowadzenie zatem przepisu art. 105da do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy przyjąć z aprobatą.

Można jedynie zauważyć, że w wielu przypadkach przedsiębiorcy korzystają zarówno ze wsparcia prawnego pochodzącego od prawników zewnętrznych wobec przedsiębiorcy (nazywanych w Projekcie „niezależnymi od kontrolowanego”) lub prawników pracujących u przedsiębiorcy (zwanych *in-house lawyers*). Tych drugich instytucja LPP nie obejmuje. W rezultacie, przyjęte zostanie zróżnicowanie prawników zależnie do tego, jaka jest ich relacja wobec przedsiębiorcy. Można zatem zastanowić się, czy nie byłoby dobrze objąć LPP także prawników „zależnych od kontrolowanego”. Postulat ten wyrażony jest także w literaturze dotyczącej Projektu¹¹.

5. [Implementacja art. 23 ust. 2 i 3 dyrektywy ECN+]

5. 1. Przedmiotem różnicy zdań między Projektodawcą a Ministrem Sprawiedliwości jest sposób wdrożenia dyrektywy ECN+ w odniesieniu do zwolnienia z odpowiedzialności

¹¹ Aleksander Stawicki, *Prawa przedsiębiorców jako warunek skutecznego egzekwowania przepisów prawa konkurencji – rozważania wokół implementacji dyrektywy ECN+*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny, 3/2021, s. 86.

administracyjnej w powiązaniu z zwolnieniem z odpowiedzialności karnej uczestników zмовы cenowej.

Na wstępie rozważań dotyczących tej kwestii wypada przywołać treść przepisu dyrektywy ECN+, który ma być wdrożony do prawa polskiego. Zgodnie zatem z art. 23 ust. 1 dyrektywy ECN+ „państwa członkowskie zapewniają, aby obecni i byli dyrektorzy, obecna i była kadra zarządzająca oraz obecni i byli pracownicy wnioskodawców ubiegających się w organach ochrony konkurencji o zwolnienie z kar byli w pełni chronieni przed sankcjami nakładanymi w postępowaniu karnym, w związku z udziałem tych osób w tajnym kartelu, którego dotyczy wnioski o zwolnienie z kar za naruszenie przepisów krajowych, których cele są zasadniczo identyczne z celami art. 101 TFUE, jeżeli spełniają oni warunki [korzystania z programu *leniency*] i aktywnie współpracują z właściwym organem ścigania. Jeżeli warunek współpracy z właściwym organem ścigania nie jest spełniony, ten właściwy organ ścigania może wszcząć postępowanie”.

Przepis ten należy zatem rozumieć w ten sposób, że korzystający z programu *leniency* uczestnik tajnego kartelu powinien być chroniony przed sankcjami nakładanymi w postępowaniu karnym w związku z uczestnictwem w tajnym kartelu, o ile aktywnie współpracuje z organem ścigania.

Omawiany wymóg dyrektywy ECN+ nie został w Projekcie odzwierciedlony ze względu na wskazaną wyżej różnicę zdań. Radzie Legislacyjnej przekazano natomiast, odrębnie od Projektu, propozycję wdrożenia art. 23 ust. 2 i 3 dyrektywy ECN+, przyjętą przez Stały Komitet Rady Ministrów w dniu 1 lipca 2021 r.

5.2. Zgodnie z tą propozycją (art. 1 pkt 49 i art. 4 Projektu) przewiduje się dodanie do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów art. 113l, zgodnie z którym Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów będzie przekazywać informacje stanowiące podstawę do umorzenia postępowania karnego, ustalenia braku przesłanek dla wszczęcia tego postępowania, nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów będzie także występował o taką informację do Komisji Europejskiej lub organu ochrony konkurencji państwa członkowskiego w celu przekazania jej właściwemu organowi ścigania.

Po drugie, we wspomnianej propozycji przewiduje się nowelizację kodeksu karnego¹² przez dodanie do niego przepisu art. 305a oraz 305b. Zgodnie z tymi przepisami nie będzie podlegał karze sprawca przestępstwa określonego w art. 305 k.k. w przewidzianych przez te

¹² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 2345 ze zm.

przepisy przypadkach. Obecnie, zgodnie z art. 305 k.k. karze pozbawienia wolności do lat 3 podlega ten, kto jest uczestnikiem zmowy przetargowej. Przewidywane propozycją zmiany zakładają, że sprawca przestępstwa stypizowanego w art. 305 k.k. nie będzie podlegał karze w przypadku, gdy przedsiębiorca, na którego rzecz działa sprawca złożył do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniosek w ramach programu *leniency*. Zgodnie z dalszą częścią przepisu, karze nie będzie podlegał również sprawca przestępstwa określonego w art. 305 k.k., gdy przedsiębiorca, na rzecz którego działał sprawca, złoży wniosek o zwolnienie z kary w ramach programu łagodzenia kar do Komisji Europejskiej lub organu ochrony konkurencji w państwie członkowskim Unii Europejskiej. W art. 305b k.k. przewiduje się regulację, zgodnie z którą wobec sprawcy przestępstwa określonego w art. 305 k.k. sąd będzie mógł zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia, jeżeli przedsiębiorca, na rzecz którego działał sprawca złożył do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniosek w ramach programu łagodzenia kar.

By być bardziej przekonującym, Projektodawca przedstawił także informację o zagranicznych rozwiązaniach, analogicznych wobec rozwiązań proponowanych w Projekcie. Wyłącza się zatem karalność za przestępstwa zmowy przetargowej sprawców, gdy przedsiębiorcy na rzecz których działali złożą do stosownego organu wniosek w ramach programu łagodzenia kar na Węgrzech, w Republice Czeskiej, Słowacji, Francji, Chorwacji oraz na Malcie.

5.3. Propozycje przedstawione przez Projektodawcę spotkały się ze sprzeciwem ze strony Ministra Sprawiedliwości, który przekazał swoje zastrzeżenia w piśmie z dnia 19 listopada 2021 r. na ręce Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Chociaż Minister Sprawiedliwości przedstawił wiele zarzutów, bodaj najistotniejszy dotyczy indywidualizacji odpowiedzialności karnej. W przedstawionych w Projekcie przepisach sprawca będzie zwolniony z odpowiedzialności karnej lub zostanie wobec niego zastosowane nadzwyczajne złagodzenie kary w przypadku, gdy przedsiębiorca złoży wniosek w ramach programu *leniency*, a nie sam sprawca. Sprawca miałby być zatem potraktowany automatycznie łagodnie ze względu na działanie przedsiębiorcy, a więc niekoniecznie sprawcy. Ponadto, Minister Sprawiedliwości zwrócił uwagę, że dyrektywa ECN+ umożliwia odstępstwo od uwolnienia od odpowiedzialności karnej. Zgodnie z art. 23 ust. 3 dyrektywy ECN+ państwa członkowskie mogą w celu zapewnienia zgodności z obowiązującymi podstawowymi zasadami własnych systemów prawnych przewidzieć, że właściwe organy dysponują swobodą nienakładania sankcji lub jedynie złagodzenia sankcji, które mają zostać nałożone w postępowaniu karnym, w zakresie, w jakim rola poszczególnych osób, w wykrywaniu tajnego

kartelu i odnośnym postępowaniu jest większa niż korzyść ze ścigania tych osób lub wymierzenia im kary. Przepisy dyrektywy umożliwiają zatem brak automatyzmu i dają możliwość indywidualizacji odpowiedzialności karnej, zależnie od oceny stanu faktycznego przez organ ścigania. Ostatecznie Minister Sprawiedliwości dochodzi do wniosku, że Projekt powinien poprzestać jedynie na takiej normie, zgodnie z którą Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów będzie zobowiązany do przekazania informacji prokuratorowi bez ingerencji w kodeks karny. Obecnie funkcjonujące instytucje prawa karnego miałyby umożliwiać w dostateczny sposób ocenę stanu faktycznego, którego częścią była informacja pochodząca od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Ewentualnie Minister Sprawiedliwości przewiduje możliwość nowelizacji art. 305 k.k. przez dodanie paragrafu czwartego, w którym stwierdzano by wprost, że „karze nie podlega sprawca, który zawiadomił o fakcie jego popełnienia organ powołany do ścigania przestępstw lub organ ochrony konkurencji państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub Komisję Europejską”. Tym samym nastąpiłaby indywidualizacja odpowiedzialności karnej. Minister Sprawiedliwości wskazał ponadto, że rozwiązania zagraniczne nie są przekonujące i nie jest tak, jak twierdzi Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, że rozwiązania te są analogiczne do projektowanych.

5.4. Radzie Legislacyjnej przekazano również pismo Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów skierowane do Wiceprezesa Rządowego Centrum Legislacji z dnia 20 grudnia 2021 r., w którym zostało przedstawione stanowisko Prezesa, będące swego rodzaju podsumowaniem rozmów prowadzonych w różnych gremiach, w tym z przedstawicielami Ministerstwa Sprawiedliwości na temat prawidłowej implementacji art. 23 dyrektywy ECN+. Zdaniem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów niezbędnym jest dodanie do kodeksu karnego przepisów art. 305a i 305b w celu prawidłowego wdrożenia dyrektywy ECN+. Przedstawia przy tym szereg argumentów przemawiających na rzecz ich przyjęcia. Przede wszystkim, jego zdaniem, nie ma obecnie, jak twierdzi Minister Sprawiedliwości, możliwości odstąpienia od karania sprawców zmyślenia, zgodnie z wymogiem wypowiedzianym w art. 23 ust. 2 dyrektywy ECN+. Ponadto, wskazuje, że systemowo do pomyślenia jest włączenie do kodeksu karnego art. 305a i 305b. Zwraca również uwagę, że brak wprowadzenia tych przepisów spowoduje brak pewności prawnej po stronie wnioskodawców oraz brak jednolitego standardu prawnego w państwach Unii Europejskiej.

5.5. Ponieważ Radzie Legislacyjnej przedstawiono nie tylko Projekt, ale także wyżej wymienione pisma, to powinna zająć ona także stanowisko w sprawie będącej przedmiotem

różnicy zdań. Nie jest jednak rolą Rady przyjmowanie pozycji arbitra. Jej zadaniem jest określenie granic prawnych prawidłowej implementacji dyrektywy ECN+.

Analizę prawną należy rozpocząć ponownie od przywołania treści art. 23 ust. 2 dyrektywy ECN+. Zgodnie z tym przepisem państwa członkowskie zapewniają pewnej grupie osób ochronę przed sankcjami karnymi w postępowaniu karnym, w związku z udziałem tych osób w tajnym kartelu, o ile wnioskodawca (uczestnik tajnego kartelu) wystąpi do organu ochrony konkurencji w celu skorzystania z programu *leniency*.

Przepis ten nie pozostawia wątpliwości, że uwolnienie od odpowiedzialności karnej uzależnione jest od działania wnioskodawcy, a nie sprawcy. W dyrektywie przewiduje się zatem nakaz ochrony przed sankcjami karnymi:

- byłych i obecnych dyrektorów wnioskodawcy,
- byłych i obecnych członków kadry zarządzającej wnioskodawcy,
- byłych i obecnych pracowników wnioskodawcy,

o ile wnioskodawca skorzysta z programu *leniency* i, co oczywiste, spełni warunki skorzystania z tego programu.

Podstawowy zatem problem w omawianej sprawie polega na tym, że tak określone zwolnienie z odpowiedzialności karnej nie jest znane systemowi prawa polskiego. Ostatecznie to od działania wnioskodawcy uzależnione jest zwolnienie od odpowiedzialności karnej zróżnicowanej grupy osób, zaangażowanej w przestępczy proceder. Przywoływane przepisy kodeksu karnego tak przez Ministra Sprawiedliwości (art. 60 § 3 k.k.), jak i przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (art. 299 § 8 k.k.) stanowią niedoskonałe analogie. W każdym bowiem przypadku przewiduje się „łagodniejsze” traktowanie sprawcy, ale w powiązaniu z jego wcześniejszym działaniem. W omawianym zaś przypadku chodzi o „łagodniejsze” potraktowanie sprawcy w związku z działaniem osoby trzeciej. Wprawdzie Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zwraca uwagę, że „osoba trzecia” to bardzo często osoba fizyczna (sprawca) pracujący na rzecz wnioskodawcy. Wiadomo jednak, że krąg sprawców może być szerszy niż osób podpisujących się pod wnioskiem.

Trzeba zatem mieć świadomość, że wymóg przewidziany w dyrektywie ECN+ jest bezprecedensowy. Domaga się tutaj uwolnienia od odpowiedzialności karnej sprawców w powiązaniu z działaniem wnioskodawcy. Wnioskodawca zaś nie musi być tożsamy ze sprawcą. Owa bezprecedensowość rozwiązań nie zmienia jednak oczywistego faktu, że tak właśnie sformułowano wymóg w art. 23 ust. 2 dyrektywy ECN+. Ta okoliczność jest dla Rady Legislacyjnej oczywista. Nie dziwi zatem, że powoduje ona opór w jej przyjęciu. System odpowiedzialności karnej jest bowiem oparty na indywidualizacji odpowiedzialności.

Prawodawca europejski, zapewne świadomy nietypowości przyjętych rozwiązań, przewidział w art. 23 ust. 3 dyrektywy ECN+ możliwość, na zasadzie odstępstwa od ust. 2, indywidualizacji odpowiedzialności karnej. Wskazuje na to treść przepisu, gdy mowa o swobodzie nienakładania sankcji w zależności od roli osób w wykrywaniu tajnego kartelu.

Odstępstwo to, nie tyle umożliwia rezygnację ze zwolnienia z odpowiedzialności byłych i obecnych pracowników, dyrektorów i członków kadry zarządzającej, co oznacza możliwość indywidualizacji zwolnienia w zależności od roli sprawców w wykrywaniu bezprawnego działania.

Minister Sprawiedliwości uznał, że zapewnienie zgodności z obowiązującymi w Polsce podstawowymi zasadami systemu prawa, nie wymaga szczególnych zmian w kodeksie karnym, poza ewentualną korektą obecnie obowiązującego art. 305 k.k. Jego propozycja zakłada jednakże, że uwolnienie od odpowiedzialności karnej jest możliwe wyłącznie, gdy sprawca zawiadomił o fakcie popełnienia przestępstwa zмовы przetargowej. Tym samym Minister chce zerwać z przewidzianym w art. 23 ust. 3 dyrektywy ECN+ powiązaniem działania wnioskodawcy ze zwolnieniem od odpowiedzialności karnej sprawców. Odstępstwo przewidziane w dyrektywie w art. 23 ust. 3 nie wydaje się iść tak daleko. Zakłada ono indywidualizację odpowiedzialności sprawców, w zależności od roli w wykrywaniu kartelu, ale nadal zakłada się działanie wnioskodawcy w ramach programu *leniency*, a następnie uwolnienie od odpowiedzialności karnej (zależnie od stopnia przyczynienia się do jego wykrycia).

Z dyrektywy ECN+ wynikałoby wymóg uwolnienia od odpowiedzialności karnej sprawców w wyniku działania wnioskodawcy (lub jej złagodzenia) w zależności od stopnia przyczynienia się wykrycia tajnego kartelu. Do oceny organu ścigania należałoby określić stopnia przyczynienia się do wykrycia kartelu, także na podstawie informacji pochodzących od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Przedstawione przez Projektodawcę w propozycji rozwiązania, o ile mają uwzględniać odstępstwo przewidziane w art. 23 ust. 3 dyrektywy ECN+, powinny zostać uzupełnione o jednostkę redakcyjną, która umożliwia uwolnienie sprawcy od odpowiedzialności karnej w zależności od stopnia przyczynienia się do wykrycia kartelu. Takie rozwiązanie nie odpowiada postulatowi Ministra Sprawiedliwości, jednakże prawidłowe odczytanie dyrektywy ECN+ i jej założeń wskazuje, że tylko takie rozwiązanie byłoby akceptowalne, o ile ma pozostać w zgodności z założeniami i odstępstwami przewidzianymi w dyrektywie ECN+.

By lepiej zrozumieć program łagodzenia kar, należy podkreślić, że jest on także na gruncie prawa administracyjnego nietypowy. Ta nietypowość związana jest z nową instytucją

leniency, która by pozostać skuteczną, powinna dawać gwarancje nie tylko uwolnienia od odpowiedzialności administracyjnej, ale także karnej. Ponieważ niektóre kartele są ponadnarodowe, istotnym jest także ujednolicenie standardu korzystania z programu *leniency* we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Podsumowując, wydaje się, że najlepiej wdraża dyrektywę ECN+ przepis zawarty w propozycji Projektodawcy – Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów po odpowiednim uzupełnieniu, dotyczącym możliwości wyłączenia „automatyzmu” w uwolnieniu od odpowiedzialności karnej.

5.6. Przy okazji warto wskazać, że dla oceny stopnia przyczynienia się do wykrycia kartelu istotna jest niewątpliwie kolejna przesłanka wskazana w art. 23 ust. 2 dyrektywy ECN+, a więc „warunek współpracy z właściwym organem ścigania”. W zależności od stopnia współpracy a więc przyczynienia się do wykrywania kartelu, uzależniona jest ocena sprawcy przestępstwa. Minister Sprawiedliwości zarzuca niedookreśloność pojęcia „aktywnej współpracy”, na co Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odpowiada możliwością podania przykładowych sposobów współpracy. Tu warto wspomnieć, że sytuacja, gdy sprawca (o statusie podejrzanego) współpracuje z organami ścigania, przypomina instytucję znaną w prawie i postępowaniu karnym – świadka koronnego. W ustawie o świadku koronnym¹³ przewidziano w art. 10, że warunkiem skorzystania z ochrony świadka koronnego jest współpraca z organem ścigania. Jej brakiem jest zeznawanie nieprawdy, zatajenie prawdy co do istotnych okoliczności sprawy lub odmowa zeznań przed sądem. Można zastanowić się, czy przez analogię nie doprecyzować przepisów art. 305a i 305b k.k. Ponadto warto rozważyć rezygnację z określenia „aktywna” współpraca. Współpraca zakłada już w sobie pewną aktywność po obu stronach.

5.7. Pozostałe uwagi i opinie Ministra Sprawiedliwości oraz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Rada Legislacyjna pozostawia bez komentarza, uznając że kwestia indywidualizacji odpowiedzialności karnej i jej rozumienia na gruncie dyrektywy ECN+ jest kluczowa. Na marginesie można wspomnieć, że rację ma Minister Sprawiedliwości, wskazując, że brak definicji tajnego kartelu jest mankamentem Projektu, który warto poprawić, do czego zresztą zobowiązał się Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

III. Podsumowanie

¹³ Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym, tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1197.

Przedstawiony do zaopiniowania Projekt stanowi w znacznej części prawidłowe wdrożenie dyrektywy ECN+ do systemu prawa polskiego.

Projekt przedłożony Radzie charakteryzuje się wysokim poziomem legislacyjnym, stąd też uwagi nie mają charakteru zasadniczego. Rada pozytywnie oceniając konstrukcję Projektu, przyjęte rozwiązania merytoryczne i legislacyjno-techniczne postuluje, po rozważeniu uwag przede wszystkim odnoszących się do spójności systemowej, przekazanie Projektu do dalszych etapów legislacyjnych.

W szczególności należy wskazać, że kadencyjność Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stanowi racjonalny wniosek, wynikający z dyrektywy ECN+, a zasady skorzystania z programu *leniency*, zawarte w propozycji Projektodawcy wymagają jedynie niewielkiej korekty, umożliwiającej skorzystanie z odstępstwa z art. 23 ust. 3 dyrektywy ECN+.

Na podstawie projektu opinii przygotowanego przez dra hab. Adama Szafrńskiego Rada Legislacyjna przyjęła na posiedzeniu w dniu 18 lutego 2022 r.

prof. dr hab. Marek Szydło
Przewodniczący Rady Legislacyjnej
/-podpisano bezpiecznym podpisem elektronicznym
weryfikowanym przy pomocy ważnego
kwalifikowanego certyfikatu/