

Warszawa, 5 lutego 2020 r.

### **Stanowisko ZPP ws. nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów**

Nowelizacja ustawy UOKiK jest obciążona poważnymi wadami prawnymi, które zagrażają poprawnej implementacji Dyrektywy 2019/1. Po pierwsze, w ramach transpozycji unijnych przepisów, polski ustawodawca decyduje się utrzymać obecnie brzmienie ustawy w zakresie stosowania pojęcia przedsiębiorcy i wszędzie gdzie przepisy Dyrektywy mówią o przedsiębiorstwie, nowelizacja ustawy UOKiK mówi o przedsiębiorcy. Z tej pozornie nieszkodliwej zmiany wynikają poważne konsekwencje. Stosowany w Dyrektywie 2019/1 termin związek przedsiębiorstw został, zgodnie z powyższą regułą, zmieniony na związek przedsiębiorców. Tymczasem taka zmiana jest sprzeczna z prawem unijnym, w którym pojęcie związku przedsiębiorstw stosuje się znacznie szerszej niż do samych ciał reprezentacyjnych. Wąską interpretację związku przedsiębiorców nakazują również same przepisy ustawy UOKiK. Ta wadliwa implementacja unijnych przepisów doprowadzi do zawężenia zakresu stosowania reguł konkurencji i zmniejszenia efektywności systemu ochrony konkurencji w Polsce.

Po drugie, w obecnym brzmieniu Dyrektywa 2019/1 może doprowadzić do absolutnej odpowiedzialności spółek dominujących bez względu na działania czy zaniechania spółek zależnych. Jest to wynik oparcia definicji koncepcji jednostki gospodarczej o kryterium decydującego wpływu, co ignoruje bogate orzecznictwo TSUE w tym zakresie. Naturalnie, absolutna odpowiedzialność spółek dominujących jest sprzeczna z orzecznictwem unijnego Trybunału, a co za tym idzie przepisami Dyrektywy 2019/1, oraz doprowadziłoby do poważnych, niepożądanych efektów.

Po trzecie, implementacja przepisów dotyczących przekazania informacji jest wadliwa. Nowelizacja ustawy UOKiK rozszerza kompetencje Prezesa UOKiK, jednocześnie zapominając o wprowadzeniu odpowiednich praw i zabezpieczeń dla przedsiębiorców. Ta częściowa implementacja stanowi znaczące ograniczenie praw przedsiębiorców i jest niezgodna z przepisami Dyrektywy. Co więcej, prawa, które przyznaje przedsiębiorcom art. 8 Dyrektywy 2019/1, są wyrazem prawa do sprawiedliwego procesu, których nowelizacja ustawy UOKiK w obecnym brzmieniu nie respektuje.

Po czwarte, celem Dyrektywy 2019/1 jest wzmocnienie i harmonizacja systemu ochrony konkurencji we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej. Dlatego też należy stwierdzić, iż utrzymywanie równoległego reżimu prawnego dla pewnych branż jest nieuzasadnione i sprzeczne z duchem Dyrektywy. Mając to na uwadze, niezrozumiałe wydaje się wyłączenie rynku aptecznego z kompetencji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji w zakresie m.in. koncentracji.

Nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów („ustawy UOKiK”) stanowi implementację Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r. mającej na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego do polskiego porządku prawnego. Celem dyrektywy jest wzmocnienie Europejskiej Sieci Konkurencji poprzez harmonizację różnych uprawnień i aspektów funkcjonowania krajowych organów ochrony konkurencji.

### **Związek Przedsiębiorców i Pracodawców**

Zarząd: Cezary Kaźmierczak – Prezes, Marcin Nowacki - Wiceprezes

Europejska Sieć Konkurencji została ustanowiona na mocy Rozporządzenia Rady 1/2003, które upoważnia właściwe organy krajowe do stosowania art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”) wraz z krajowymi przepisami dotyczącymi konkurencji podczas badania działań, które mogły ograniczać konkurencję na wspólnym rynku. Mimo stworzenia systemu równoległych kompetencji, istnieją liczne rozbieżności między uprawnieniami krajowych organów ochrony konkurencji, a co za tym idzie efektywnością systemów ochrony konkurencji w różnych państwach członkowskich. Dyrektywa 2019/1 ma na celu je zaadresować poprzez wzmocnienie i harmonizację kompetencji krajowych organów ochrony konkurencji.

Nowelizacja ustawy UOKiK stanowi implementację Dyrektywy 2019/1. Niewątpliwie, zawarte w niej przepisy stanowią duże wyzwanie i zagrożenie dla wielu przedsiębiorstw. Potencjalnym, negatywnym skutkiem wprowadzenia nowelizacji jest wywołanie efektu mrożącego wśród firm, które w obawie o wysokie kary nie będzie w stanie prowadzić normalnej działalności. Należy jednak zauważyć, że w pewnych kwestiach przepisy nowelizacji nie wychodzą poza minimalny próg implementacji dyrektywy i mowa tutaj m.in. definicji kartelu czy ochronie komunikacji z prawnikiem (*legal professional privilege*). Co za tym idzie, obawy związane z tego rodzaju zapisami powinny być kierowane do ustawodawcy europejskiego, a nie polskiego.

Jednocześnie, należy zauważyć, że projekt ustawy nowelizującej ustawę UOKiK jest obciążony poważnymi wadami prawnymi, które zagrażają poprawnej implementacji Dyrektywy 2019/1. Należy tutaj wymienić: transpozycję definicji przedsiębiorstwa i związku przedsiębiorstw, Wprowadzenie pojęcia jednostki gospodarczej do polskiego porządku prawnego, przepisy dotyczące przekazania informacji.

### **1. Transpozycja definicji przedsiębiorstwa i związku przedsiębiorstw**

W uzasadnieniu do nowelizacji ustawy UOKiK jak również w czterdziestym szóstym punkcie preambuły do Dyrektywy 2019/1 czytamy, że „aby zapewnić skuteczne i jednolite stosowanie art. 101 i 102 TFUE, pojęcie przedsiębiorstwa zawarte w art. 101 i 102 TFUE, które należy stosować zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) oznacza jednostkę gospodarczą, nawet jeśli składa się ona z kilku osób fizycznych lub prawnych.” Oznacza to, że Dyrektywa 2019/1 wprowadza do porządków prawnych państw członkowskich wytykającą z orzecznictwa TSUE doktrynę jednostki gospodarczej (ang. *single economic entity*), zgodnie z którą zakaz porozumień ustanowiony na mocy Art. 101 ust. 1 TFUE nie ma zastosowania do porozumień między dwiema lub więcej osobami prawnymi, które tworzą jeden podmiot gospodarczy. Co istotne, z doktryny wynika wiele ważnych konsekwencji, włączając fakt, że spółka dominująca może zostać pociągnięta do odpowiedzialności za naruszenie reguł konkurencji przez spółkę zależną. Ma to na celu zapobieganie unikaniu odpowiedzialności za naruszanie prawa konkurencji pomiędzy zmiany w strukturze organizacyjnej firm.

Następnie w uzasadnieniu do nowelizacji ustawy UOKiK przedstawiony zostaje obecny porządek prawny. Art. 4 ust. 1 ustawy UOKiK definiuje pojęcie przedsiębiorcy jako przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2019 r. poz. 1292 i 1495 oraz z 2020 r. poz. 424 i 1086), a także:

- a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców,
- b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu,
- c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13,
- d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2, z wyłączeniem przepisów dotyczących koncentracji.

Jak widać, ustawa UOKiK obecnym brzmieniu nie posługuje się pojęciem przedsiębiorstwa, ale przedsiębiorcy. Z tabeli zgodności dołączonej do projektu ustawy nowelizującej ustawę UOKiK wynika, że ustawodawca polski zdecydował iż nie ma potrzeby zmieniania obecnie stosowanego terminu przedsiębiorcy na pojęcie przedsiębiorstwa.<sup>1</sup>

Dalsza analiza tabeli zgodności pokazuje, że użyty w Dyrektywie 2019/1 termin przedsiębiorstwa został w projekcie nowelizacji ustawy UOKiK zamieniony na termin przedsiębiorcy. Dla przykładu, Art. 2 ust. 1 pkt 18 Dyrektywy 2019/1 definiuje propozycję ugodową jako „oświadczenie dobrowolnie złożone organowi ochrony konkurencji przez **przedsiębiorstwo** lub w jego imieniu, opisujące przyznanie się **przedsiębiorstwa** do udziału w naruszeniu art. 101 lub 102 TFUE lub krajowego prawa konkurencji i zakres jego odpowiedzialności za to naruszenie lub opisujące rezygnację tego **przedsiębiorstwa** z kwestionowania tego udziału, sporządzone specjalnie w celu umożliwienia organowi ochrony konkurencji zastosowania procedury uproszczonej”. Natomiast, transpozycja tego przepisu do polskiego porządku prawnego brzmi „[propozycję ugodową] - rozumie się przez to oświadczenie dobrowolnie złożone organowi ochrony konkurencji przez **przedsiębiorcę** lub w jego imieniu, opisujące przyznanie się **przedsiębiorcy** do udziału w naruszeniu art. 101 lub 102 TFUE lub krajowego prawa konkurencji i zakres jego odpowiedzialności za to naruszenie lub opisujące rezygnację tego **przedsiębiorcy** z kwestionowania tego udziału, sporządzone specjalnie w celu umożliwienia organowi ochrony konkurencji zastosowania procedury uproszczonej lub przyspieszonej”.

Niestety, z tą pozornie nieszkodliwą zmianą wiążą się bardzo poważne konsekwencje. W europejskim prawie konkurencji oprócz pojęcia przedsiębiorstwa występuje pojęcie **związku przedsiębiorstw**. Jedną z podstawowych definicji tego terminu podał Rzecznik Generalny TSUE Léger w sprawie C-309/99 *Wouter*, stwierdzając iż odnosi się on do organu reprezentacyjnego, zwykle złożonego z członków, który zazwyczaj podejmuje decyzje, zgodnie z którymi postępują (z obowiązku lub w praktyce) jego członkowie lub reprezentowane osoby. Niemniej, z orzecznictwa TSUE wiemy, iż związek przedsiębiorstw jest pojęciem znacznie szerszym, które obejmuje nie tylko stowarzyszenia branżowe, ale również podmioty takie jak

<sup>1</sup> Art. 2 ust. 1 pkt 10 tabeli zgodności, dostępna pod adresem:

<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12342403/12757012/12757013/dokument484704.doc>

organizacje zawodowe jak choćby naczelne rady adwokackie.<sup>2</sup> Prawno-publiczny status danego podmiotu nie ma wpływu na stosowanie art. 101 ust. 1 TFUE.

Co ciekawe, pojęcie związku przedsiębiorstw ma zastosowanie do podmiotów innych niż organy reprezentacyjne. W sprawach zadecydowanych przed TSUE bezsporne było, że projekt komercyjne były związkami przedsiębiorstw. W ocenie TSUE przedsiębiorstwo, które było kiedyś własnością innych przedsiębiorstw, pozostawało „zinstytucjonalizowaną formą koordynacji postępowania” przedsiębiorstw, a fakt zachowania przez te przedsiębiorstwa szczątkowych uprawnień decyzyjnych oraz pewnej „wspólności interesów” pomiędzy nimi były wystarczające, by stwierdzić istnienie związku przedsiębiorstw.

**Z powyższych rozważań jasno wynika, iż pojęcie związku przedsiębiorstw jest stosowane przez TSUE szeroko i znajduje zastosowanie w wielu sytuacjach wykraczających poza organizacje reprezentujące swoich członków. Tymczasem, projekt nowelizacji ustawy UOKiK transponuje użyty w Dyrektywie 2019/1 termin związek przedsiębiorstw na znacznie węższe określenie związek przedsiębiorców.**

Zmiana ta jest widoczna na przykładzie art. 14 ust. 3 Dyrektywy 2019/1, zgodnie z którym „Państwa członkowskie zapewniają, aby w sytuacji gdy na **związek przedsiębiorstw** zostaje nałożona kara za naruszenie art. 101 lub 102 TFUE uwzględniająca obrót jego członków, a związek ten nie jest wypłacalny, był on zobowiązany do wezwania swoich członków do wniesienia wkładów w celu pokrycia kwoty kary.” Natomiast, polska transpozycja tego przepisu otrzymała brzmienie „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.”

Dzieje się tak prawdopodobnie ponieważ termin przedsiębiorstwo został zamieniony na termin przedsiębiorca, a co za tym idzie związek przedsiębiorstw stał się w polskiej ustawie związkiem przedsiębiorców. Zmiana ta znacząco zawęży zakres stosowania przepisów ochrony konkurencji, w szczególności, że art. 4 ust. 2 ustawy UOKiK definiuje związki przedsiębiorców wąsko jako „izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców, o których mowa w pkt 1, jak również związki tych organizacji”. **Taka transpozycja Dyrektywy 2019/1 jest zatem sprzeczna z prawem unijnym, ale również doprowadzi do osłabienia systemu ochrony konkurencji w Polsce.**

Również analiza porównawcza różnych wersji językowych Dyrektywy 2019/1 nakazuje stwierdzenie, że zaproponowane w projekcie nowelizacji ustawy UOKiK rozwiązania są błędne. W języku angielskim związek przedsiębiorstw jest tłumaczony na *association of undertakings*, tymczasem związek przedsiębiorców już na *union of entrepreneurs*. Natomiast w języku francuskim związek przedsiębiorstw to *l'association d'entreprises*, podczas gdy związek przedsiębiorców to *le syndicat*. Innymi słowy,

---

<sup>2</sup> Zob. Sprawa C-309/99 EU:C:2002:98, §§50–71 (Rada Generalna Holenderskiej Adwokatury), Decyzja Komisji z 8 grudnia 2010, §§ 589–95 (Stowarzyszenie farmaceutów francuskich); Sprawa C-1/12 OTOC [2013] EU:C:2013:127, §§ 39–59 (Stowarzyszenie portugalskich biegłych rewidentów); Sprawa C-136/12 Consiglio nazionale dei geologi EU:C:2013:489, §§ 41–45 (Krajowa Rada włoskich geologów).

transpozycja terminu związek przedsiębiorstw na związek przedsiębiorców w innych językach nie byłaby możliwa, zatem należy ją uznać za sprzeczną z zamysłem europejskiego ustawodawcy i wadliwą.

Podsumowując, aby dokonać poprawnej transpozycji Dyrektywy 2019/1, polski ustawodawca nie może odbiegać od oryginalnego brzmienia Dyrektywy w taki sposób, że zmienia się termin związek przedsiębiorstw na związek przedsiębiorców. Taka zmiana jest niezgodna z orzecznictwem TSUE, zgodnie z którym termin związku przedsiębiorstw stosowany jest znacznie szerzej niż do samych organów reprezentacyjnych. Tymczasem wąską interpretację pojęcia związek przedsiębiorców nakazują same przepisy ustawy UOKiK, które podają definicję związku przedsiębiorców jako izby zrzeszające przedsiębiorców. Transpozycja terminu związek przedsiębiorstw na związek przedsiębiorców jest zatem niezgodna z prawem unijnym i znacząco ograniczy zakres stosowania reguł konkurencji, a tym samym zmniejszy efektywność systemu ochrony konkurencji w Polsce. Co ciekawe, analiza porównawcza różnych wersji językowych Dyrektywy 2019/1 pokazuje, że wadliwa transpozycja w dużej mierze wynika z językowej bliskości dwóch terminów. Jednak różna pomiędzy angielskim *association of undertakings* oraz *union of entrepreneurs* oraz francuskim *l'association d'entreprises* oraz *le syndicat* nie pozostawia wątpliwości co do intencji europejskiego ustawodawcy w tym zakresie.

## 2. Wprowadzenie pojęcia jednostki gospodarczej do polskiego porządku prawnego

Art. 13 ust. 5 Dyrektywy 2019/1 ustanowi, że do celów nakładania kar na spółki dominujące oraz następców prawnych i gospodarczych przedsiębiorstw miało zastosowanie pojęcie przedsiębiorstwa. Punkt 46 preambuły do Dyrektywy 2019/1 uściśla, że zgodnie z orzecznictwem TSUE pojęcie przedsiębiorstwa oznacza jednostkę gospodarczą, której definicja została po krótko przedyskutowana powyżej.

Transponując doktrynę jednostki gospodarczej do polskiego porządku prawnego, projektodawca stwierdził iż, za naruszenie odpowiedzialny będzie również przedsiębiorca „wywierający decydujący wpływ na” przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszenia. Art. 4 ust. 4 ustawy UOKiK zawiera katalog otwarty przesłanek, które decydują o wywieraniu decydującego wpływu na przedsiębiorstwo. Co za tym idzie, definicja decydującego wpływu w rozumieniu polskiej ustawy o ochronie konkurencji cechuje nieostrość. Nie jest to jednak jedyna wada tak przyjętej definicji.

Oparcie definicji jednostki gospodarczej o kryterium decydującego wpływu ignoruje bogate orzecznictwo TSUE w tym zakresie, a co za tym idzie jest sprzeczne z duchem i przepisami Dyrektywy 2019/1. Trybunał wydał wiele orzeczeń, w których określa w jaki sposób odpowiedzialność za naruszenia może zostać przypisana spółce dominującej. Podstawowym zagadnieniem jest tzw. test kontroli, który ma na celu określenie czy spółka dominująca faktycznie wywierała dominujący wpływ na przedsiębiorstwo, które dopuściło się naruszenia. Skutkiem wywierania takiego wpływu jest utrata „prawdziwej autonomii” przez spółkę zależną. Tekst kontroli jest jednak tylko punktem wyjścia dla określenia odpowiedzialności.

W sprawie *Akzo vs. Komisji* to spółka zależna była stroną faktycznie zaangażowaną w kartel. Wówczas Trybunał orzekł, że jeżeli spółka dominująca posiada 100% udziałów w spółce zależnej, to może wywierać na nią decydujący wpływ i istnieje wrzuszalne domniemanie, że spółka dominująca faktycznie wywiera

taki wpływ. Natomiast spółka dominująca może przedstawić dowody na to, że spółka zależna działała na rynku w sposób niezależny.

W innych sprawach decydowanych przez TSUE dotyczących udziałowców większościowych domniemanie wywierania decydującego wpływu nie ma zastosowania i ciężar dowodu wywierania decydującego wpływu leżał na Komisji. Ponadto, w przypadku udziałowców mniejszościowych ciężar dowodowy był znacznie wyższy.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że nowelizacja ustawy UOKiK w obecnym brzmieniu może doprowadzić do odpowiedzialności spółek dominujących bez względu na działania czy zaniechania spółek zależnych. Naturalnie, taki rezultat jest niezgodny z orzecznictwem TSUE oraz doprowadziłby do poważnych, niepożądanych efektów.

Dodatkowo, postrzeganie w projekcie pozycji dominującej jako *wywieranie decydującego wpływu* poprzez *powiązania ekonomiczne, prawne i organizacyjne* tego rodzaju, że *przedsiębiorca, na którego wywierany jest decydujący wpływ, nie określa samodzielnie swojego zachowania na rynku, lecz co do zasady stosuje się do wskazówek udzielanych mu przez przedsiębiorcę wywierającego decydujący wpływ*, również jest przykładem stosowania nieostrego kryterium i odejściem od wyraźnie wskazanego w Dyrektywie kryterium powiązania kapitałowego.

Z uwagi na niedostateczną precyzję tak ustanowionych kryteriów, w obecnym stanie prawnym omawiane rozwiązanie – przy zastosowaniu określonej interpretacji przepisów - może generować istotne ryzyko np. dla właścicieli sieci franczyzowych, którzy mogliby podlegać w zasadzie absolutnej odpowiedzialności. Odpowiedzialność ta byłaby bowiem niezależna od działań lub zaniechań tego podmiotu – jej przesłanką byłoby jedynie naruszenie zakazu przez franczyzobiorcę oraz stwierdzenie wywierania decydującego wpływu przez franczyzodawcę. Bez znaczenia, w myśl opiniowanej propozycji, pozostaje to czy franczyzobiorca działał za wiedzą i zgodą bądź na polecenie franczyzora czy też zupełnie wbrew standardom i zasadom obowiązującym uczestników sieci. Zwracając uwagę na ten niepokojący aspekt przedstawionej regulacji podkreślamy jednocześnie, że w dalszej części stanowiska znajduje się propozycja zmiany art. 4 pkt 4 ustawy w taki sposób, by wprost stanowił on, że zawarcie umowy franczyzy nie doprowadza do przejęcia przez franczyzodawcę kontroli nad franczyzobiorcą.

Ponadto, nie wydaje się zgodną z Dyrektywą konstrukcja, która przyjmuje obok odpowiedzialności sprawcy również samoistną, a nie subsydiarną czy wyłączną odpowiedzialność podmiotu dominującego, a więc w konsekwencji możliwość podwójnego ukarania. Zgodnie z projektowanym art. 6aa i 9a odpowiedzialność za naruszenie odpowiednio art. 6 i 9 UOKiK ponosi podmiot dominujący jako własną, a nie subsydiarną, czy solidarną odpowiedzialność.

### 3. Przepisy dotyczące przekazania informacji

Zgodnie z art. 8 Dyrektywy 2019/1 państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić krajowym organom ochrony konkurencji możliwość żądania od przedsiębiorstw i związków przedsiębiorstw wszelkich informacji niezbędnych do stosowania art. 101 i 102 TFUE. Niemniej, oprócz przyznania urzędom



szerokich kompetencji, Dyrektywa zapewnia również ważne prawa dla przedsiębiorców. Dalsza część tego samego przepisu uściśla, że zapytania o informacje muszą być proporcjonalne, a urzędy ochrony konkurencji nie mogą żądać informacji, które równałyby się z przyznaniem się do naruszenia reguł konkurencji. Ponadto, obowiązek dostarczenia wszelkich niezbędnych informacji obejmuje informacje, do których dane przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw mają dostęp. Krajowe organy ochrony konkurencji są także uprawnione do żądania od innych osób fizycznych lub prawnych dostarczenia w określonym i rozsądnym terminie informacji, które mogą mieć znaczenie dla stosowania postanowień art. 101 i 102 TFUE.

Transpozycja tego przepisu do polskiego porządku prawnego istotnie rozszerzenia kompetencje urzędu, stanowiąc iż „[k]ażdy jest obowiązany do przekazywania wszelkich koniecznych informacji i dokumentów na żądanie Prezesa Urzędu.” O ile samo sformułowanie tego przepisu może nie budzić wątpliwości, problematyczna okazuje się dalsza część transpozycji. Zgodnie z tekstem noweli, odmowa przekazania informacji jest możliwa tylko wtedy gdy naraziłoby to je lub najbliższych (małżonków, opiekunów etc.) na odpowiedzialność karną. Szczątkowe rozszerzenie praw przedsiębiorców znajdujemy w kolejnym ustępie, który stanowi że „informacje i dokumenty przekazane przez osobę fizyczną na podstawie ust. 1 nie mogą być wykorzystane na potrzeby nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106a.” Nie sposób nie zauważyć, że taka stanowi znaczące ograniczenie praw przedsiębiorców i jest niezgodna z przepisami Dyrektywy. Co więcej, prawa, które przyznaje przedsiębiorcom art. 8 Dyrektywy 2019/1, są wyrazem prawa do sprawiedliwego procesu. W obecnym brzmieniu, projekt nowelizacji ustawy UOKiK tego prawa nie respektuje.

#### **4. Promowanie konkurencji a bezzasadność utrzymywania równoległego reżimu dla określonych branż**

Celem Dyrektywy 2019/1 jest wzmocnienie i harmonizacja systemu ochrony konkurencji we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej. Wprowadzenie daleko idących kompetencji dla organów ochrony konkurencji wiąże się z poważnymi zagrożeniami i obciążeniami dla przedsiębiorstw, które będą musiały dostosować się do nowych zasad i ponosić poważne konsekwencje w postaci dokuczliwych postępowań oraz wysokich kar. Wszystkie te działania mają doprowadzić do wyrównania warunków konkurencji w Polsce oraz w całej Unii Europejskiej. Dlatego należy stwierdzić, iż utrzymywanie równoległego reżimu prawnego dla pewnych branż jest nieuzasadnione i sprzeczne z duchem Dyrektywy.

Mając to na uwadze, niezrozumiałe wydaje się tworzenie niejako osobnych, szczególnych regulacji dot. konkurencji i koncentracji, odnoszących się np. do rynku aptecznego.

Przykładem takiej regulacji może być np. przepis art. 99 ust. 3 ustawy Prawo farmaceutyczne, zgodnie z którym zezwolenia na prowadzenie apteki nie wydaje się, jeśli podmiot ubiegający się o zezwolenie (albo podmiot przez niego kontrolowany lub członkowie grupy kapitałowej, do której należy) prowadzi na terenie województwa więcej, niż 1% ogólnodostępnych aptek.

Trudno jest jasno wskazać interes pacjentów realizowany przez takie rozwiązanie, być może jeszcze większym problemem jest jednak szereg problemów, wprost uderzających w konkurencję na rynku aptecznym, które wskazany przepis generuje. W praktyce tworzy on bowiem sytuacje, w której inspekcja

farmaceutyczna dysponuje prawem do kontroli progu 1%, badając w tym celu szczegółowo powiązania kapitałowe między przedsiębiorcami, mimo że organem wprost powołanym do ochrony konkurencji na wszystkich rodzajach rynków w Polsce jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Tego rodzaju dualizm jest konstrukcyjnie nieuzasadniony, a co więcej – doprowadza do licznych problemów de facto uderzających w konkurencję na rynku aptecznym. Organy inspekcji farmaceutycznej dokonują bowiem w ostatnim czasie swoistej reinterpretacji wspomnianego przepisu. Mimo, że dotyczy on literalnie wydawania nowych zezwoleń na prowadzenie apteki, próbuje się go wykorzystywać do forsowania nieistniejącego w porządku prawnym zakazu posiadania więcej, niż 1% aptek ogólnodostępnych w województwie.

Mając na uwadze powyższe uwarunkowania, za zasadne uznajemy albo całkowite zlikwidowanie tak opisanego dualizmu (czyli w praktyce usunięcie przepisów dot. koncentracji z ustawy Prawo farmaceutyczne i poddanie tej kwestii całkowicie pod ocenę Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) albo zmodyfikowanie go chociaż w taki sposób, by badaniem poziomu konkurencji i powiązań kapitałowych (w zw. z przepisem o 1%) zajmował się właśnie Prezes UOKiK, a nie organy inspekcji farmaceutycznej. Tym samym, w ramach postępowań o udzielenie zezwolenia, to nie WIF badałby kwestię nieprzekraczania przez wnioskodawcę progu 1%, lecz występował o wiążącą opinię w tym zakresie do Prezesa UOKiK.

Analogiczne zastrzeżenia można poczynić do wprowadzonej „apteką dla aptekarza” regulacji wprowadzającej zakaz wydawania zezwolenia dla podmiotów posiadających więcej, niż 4 apteki. Również i te przepisy organy inspekcji farmaceutycznej próbują interpretować rozszerzająco, co jedynie wzmacnia ich ewidentnie antykonkurencyjną rolę, ze szkodą dla pacjentów. Również i w tym przypadku zasadne byłoby albo uchylene tych przepisów, albo oddanie ich stosowania w zakres wyłącznej kompetencji Prezesa UOKiK.

Nawiązując w pewnym stopniu do poczynionych wcześniej uwag dot. franczyzy należy zauważyć, że w przypadku rynku aptecznego abstrahowanie od faktu, iż w istocie umowy franczyzy tkwi niezależność jej stron, może nieść wyjątkowo daleko idące konsekwencje, właśnie w zakresie stosowania wskazanych przepisów dot. koncentracji i limitu posiadanych aptek. Niezgodne z istotną franczyzy kwalifikowanie jej jako stosunku prawnego prowadzącego do przejęcia kontroli nad francyzobiorcą, czy wręcz polegającego na takim przejęciu kontroli, wykorzystywane jest w praktyce do uderzania w konkurentów rynkowych, poprzez niezgodne ze stanem faktycznym i prawnym zarzucanie im naruszeń w zakresie wspomnianych limitów. Narracja, zgodnie z którą nawiązanie współpracy w ramach umowy franczyzy wiąże się z przejęciem kontroli nad przedsiębiorstwem, promowana jest przez prominentną część środowiska aptekarskiego, co nie pozostaje bez znaczenia dla przedstawicieli inspekcji farmaceutycznej.

W celu przeciwdziałania tego rodzaju nieprawidłowościom i zaburzeniom w jednolitym stosowaniu przepisów dot. prawa konkurencji i dopuszczalnych progów koncentracji na rynku, rozważyć należałoby dwie zmiany legislacyjne.

Pierwsza z nich polegałaby na modyfikacji definicji „przejęcia kontroli” i „grupy kapitałowej” zawartych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Proponowalibyśmy wprowadzenie domniemania, że





umowa franczyzy nie tworzy uprawnień prowadzących do przejęcia kontroli w myśl ustawy, oraz że strony umowy franczyzy nie należą do jednej grupy kapitałowej.

W tym pierwszym przypadku zasadne byłoby również wskazanie katalogu klasycznych elementów umowy franczyzy, takich jak np. obowiązek przestrzegania określonych standardów w zakresie obsługi, wystroju i wyposażenia sklepu, czy określone postanowienia dot. polityki sprzedażowej, cenowej i zaopatrzeniowej, które w szczególności nie tworzyłyby uprawnień prowadzących do przejęcia kontroli w myśl ustawy.

Drugim rozwiązaniem, które zostało już na łamach niniejszego stanowiska zasygnalizowane, byłoby przyznanie kompetencji do stosowania przepisów Prawa farmaceutycznego odwołujących się do pojęć kontroli i grupy kapitałowej wyspecjalizowanemu organowi w postaci Prezesa UOKiK.