



Warszawa, 8 października 2020 r.

WPL.653.2020.GG

Pan
Tomasz Chróstny
Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów
plac Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa

Szanowny Panie Prezesie

na podstawie art. 8 pkt 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców¹ i w związku z pracami nad Projektem ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów², zwracam się z uprzejmą prośbą o przyjęcie poniższych uwag:

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów³ powinien występować o zgodę sądu przed wydaniem decyzji o nakazaniu przedsiębiorcy:

- 1) zamieszczenia ostrzeżenia dla konsumentów wchodzących na interfejs internetowy,
- 2) usunięcia treści, ograniczenia dostępu lub wyłączenia interfejsu internetowego,
- 3) usunięcia domeny internetowej (projektowany art. 101b ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁴).

Dopuszczalność powyższego uregulowania wynika z art. 10 ust. 1 lit. b Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/2394 z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów i uchylające rozporządzenie (WE)

¹ Dz. U. z 2018 r. poz. 648, dalej: „Rzecznik MŚP”.

² Nr wykazu: UC15, dalej: „Projekt”.

³ Dalej: „Prezes UOKiK”.

⁴ Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 ze zm., dalej: „ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów”.



nr 2006/2004⁵, który stanowi, że: „*Uprawnienia określone w art. 9 są wykonywane w odpowiednich przypadkach po zwróceniu się do innych właściwych organów lub innych organów publicznych*”.

Uprawnienia właściwych organów, określone jako minimalne, w art. 9 Rozporządzenia, do których to uprawnień nawiązuje się w treści Projektu, nie oznaczają zezwolenia na wprowadzenie nadmiernie szerokich uprawnień prowadzących do możliwości naruszenia **wolności działalności gospodarczej**. Ww. unijne uregulowanie nie może stać się również pretekstem do wprowadzenia takiej legislacji. Tym bardziej, że w ust. 2 ww. przepisu, zezwolono państwom członkowskim na nieprzyznawanie wszystkich uprawnień właściwemu organowi, pod warunkiem, że każde z tych uprawnień będzie mogło być skutecznie wykonywane stosownie do potrzeb w odniesieniu do naruszeń objętych Rozporządzeniem zgodnie z jego art. 10.

Wolność działalności gospodarczej wynikająca przede wszystkim z art. 20, a także z art. 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.⁶ stanowi prawo człowieka o randze konstytucyjnej, a nie tylko i wyłącznie normę prawa w znaczeniu przedmiotowym i zasadę ustroju państwa⁷. Znaczenie tej wolności Ustawodawca podkreślił także w Preambule do ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (jedna z ustaw składająca się na Konstytucję Biznesu)⁸ stwierdzając, że: „*ochrona i wspieranie wolności działalności gospodarczej przyczyniają się do rozwoju gospodarki oraz do wzrostu dobrobytu społecznego*”. Wolność działalności gospodarczej została potwierdzona w art. 16 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej⁹.

Ponadto projektowane przepisy powinny uwzględniać to, że przyznanie ww. uprawnień Prezesowi UOKiK powinno zostać poprzedzone zastrzeżeniem, że przysługują one jedynie „*w przypadku braku innych skutecznych środków, które mogą doprowadzić do zaprzestania lub zakazania naruszenia objętego niniejszym rozporządzeniem oraz w celu zapobieżenia ryzyku wyrządzenia poważnych szkód zbiorowym interesom konsumentów*”.

⁵ Dz. Urz. UE. L z 2017 r. Nr 345, str. 1 ze zm., dalej: „Rozporządzenie”.

⁶ Dz.U. 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁷ L. Garlicki, M. Zubik [w:] M. Derlatka, K. Działocha, P. Sarnecki, W. Sokolewicz, J. Trzeciński, M. Wiącek, L. Garlicki, M. Zubik, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2016, art. 20.

⁸ Dz. U. z 2019 r. poz. 1292 ze zm., dalej: „Prawo przedsiębiorców”.

⁹ Dz. U. UE. C. z 2007 r. Nr 303, str. 1 ze zm.



Powyższe zawarto w art. 9 ust. 4 lit g Rozporządzenia i brak jest uzasadnienia dla nieuwzględnienia tego zapisu w Projekcie. Zastrzeżenie zawarte w Rozporządzeniu nawiązuje do treści art. 67 Prawa przedsiębiorców, który stanowi, że opracowując projekt aktu normatywnego określającego zasady podejmowania, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej, należy kierować się **zasadami proporcjonalności i adekwatności**. Podobnie stanowi art. 10 ust. 2 Rozporządzenia: *„Realizacja i wykonywanie uprawnień określonych w art. 9 w związku ze stosowaniem niniejszego rozporządzenia powinno być proporcjonalne i zgodne z prawem Unii oraz prawem krajowym, w tym z mającymi zastosowanie gwarancjami proceduralnymi i zasadami Karty praw podstawowych Unii Europejskiej”*.

Istnieje realne zagrożenie, że skorzystanie z projektowanych uprawnień, zwłaszcza do: „nakazania przedsiębiorcy usunięcia domeny internetowej”, ale też do „usunięcia treści i ograniczenia dostępu lub wyłączenia interfejsu internetowego” w obecnych uwarunkowaniach rynkowych, niejednokrotnie zmierzałoby do spowodowania zakończenia prowadzenia działalności gospodarczej, zwłaszcza przez niewielkie firmy, których podstawowym kanałem sprzedaży i dystrybucji usług jest Internet.

W związku z powyższym zwracam się więc z prośbą o dokonanie pogłębionej analizy w uzasadnieniu Projektu, poprzez ocenę, w wypadku skorzystania przez Prezesa UOKiK z projektowanych uprawnień¹⁰ i wydania przedmiotowej decyzji Prezesa UOKiK, która w razie wniesienia odwołania przez przedsiębiorcę, miałyby nie podlegać wstrzymaniu, lecz następnie zostałyby uchylona, skali wpływu na faktyczną zdolność kontynuowania przez mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców dotychczasowej działalności gospodarczej (zakończanie działalności), także z wyodrębnieniem firm z tzw. sektora e-commerce oraz oszacowania skali ewentualnej utraty klientów w takim wypadku – a więc możliwość realizacji wolności działalności gospodarczej (przy uwzględnieniu kondycji finansowej firm z tego sektora). Zwracam się z prośbą o uwzględnienie przy tym art. 66 Prawa przedsiębiorców (Konstytucja Biznesu), który stanowi, że:

¹⁰ Przyznawanych w projektowanym art. 101b ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.



- „1. *Przed rozpoczęciem prac nad opracowaniem projektu aktu normatywnego określającego zasady podejmowania, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej dokonuje się:*
 - 1) *analizy możliwości osiągnięcia celu tego aktu normatywnego za pomocą innych środków;*
 - 2) *oceny przewidywanych skutków społeczno-gospodarczych, w tym oceny wpływu na mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców oraz analizy zgodności projektowanych regulacji z przepisami ustawy.*
2. *Wyniki oceny i analiz, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w uzasadnieniu do projektu aktu normatywnego lub w ocenie skutków regulacji, stanowiącej odrębną część uzasadnienia projektu aktu normatywnego”.*

Za zbyt daleko idące uznają także projektowane wyłączenie całego Rozdziału 5 „Ograniczenia kontroli działalności gospodarczej” Prawa przedsiębiorców do czynności, określonych w art. 105ia i projektowanym art. 105ib ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Czynności te mają charakter kontrolny. Prowadzone są jedynie w formie instytucji „tajemniczego klienta”, co nie powinno skutkować tak radykalnym wyłączeniem istotnych praw przedsiębiorców podczas kontroli prowadzonej w tym trybie. Cele nowych uregulowań można osiągnąć, również poprzez wyłączenie co najwyżej poszczególnych przepisów przedmiotowego rozdziału Prawa przedsiębiorców, np. art. 48 dotyczącego zawiadomienia o zamiarze wszczęcia kontroli oraz ewentualnie, co najwyżej, niewielkiej modyfikacji innych przepisów, ale jedynie w niezbędnym zakresie, bez podważania funkcji gwarancyjnej przepisów o zasadach przeprowadzania kontroli dla przedsiębiorców.

Projektowany art. 105ib ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów proponuję również zaopatrzyć w jednoznaczne wskazanie, na wzór obowiązującego art. 105ia ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, że podjęcie czynności wymaga zgody sądu ochrony konkurencji i konsumentów, udzielonej na wniosek Prezesa UOKiK lub rozważyć zintegrowanie obu ww. przepisów w jeden przepis.



Proponuję uzupełnienie projektowanego art. 49a ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów o wskazanie, że zastosowanie się do wystąpienia Prezesa UOKiK przez firmy hostingowe wyłącza ich odpowiedzialność względem usługobiorców za szkodę powstałą w związku z zastosowaniem się do niego. Obecnie nie jest jasne, ze względu na niewładczy charakter wystąpienia Prezesa UOKiK, czy zastosowanie się do wystąpienia Prezesa UOKiK pozwoli na uniknięcie ewentualnej odpowiedzialności za szkodę na zasadzie art. 14 ust. 2 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną¹¹, który stanowi, że: „Usługodawca, który otrzymał urzędowe zawiadomienie o bezprawnym charakterze przechowywanych danych dostarczonych przez usługobiorcę i uniemożliwił dostęp do tych danych, nie ponosi odpowiedzialności względem tego usługobiorcy za szkodę powstałą w wyniku uniemożliwienia dostępu do tych danych”.

Jednocześnie na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy o Rzeczniku MŚP, który stanowi, że Rzecznik MŚP może zwracać się do właściwych organów, organizacji lub instytucji publicznych z wnioskami o podjęcie działań zmierzających do zapewnienia skutecznej ochrony praw przedsiębiorców, pragnę zwrócić uwagę na to, że **Rzecznik MŚP, powinien być zawiadamiany**, o inicjatywach dotyczących projektowanych uregulowań odnoszących się do przedsiębiorców, ponieważ zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o Rzeczniku MŚP, stoi on na straży praw mikroprzedsiębiorców oraz małych i średnich przedsiębiorców, w szczególności poszanowania zasady wolności działalności gospodarczej, pogłębiania zaufania przedsiębiorców do władzy publicznej, bezstronności i równego traktowania, zrównoważonego rozwoju oraz zasady uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów przedsiębiorców. Na podstawie przepisu przywołanego na wstępie pisma, do zadań Rzecznika MŚP należy opiniowanie projektów aktów normatywnych dotyczących interesów przedsiębiorców oraz zasad podejmowania, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Załączniki:

Kopie pism dwóch organizacji przedsiębiorców z opinią do Projektu.


Z up. Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców
RADCA RZECZNIKA
Wydział Prawno-Legislacyjny

Dr. nr. pr. Marek Woch

¹¹ Dz. U. z 2020 r. poz. 344.