

# Antitrust Alert



## W NUMERZE:

- Błędy w grze wideo a uprawnienia konsumentów
- Projekt nowelizacji ustawy o prawach konsumenta
- Projekt nowelizacji uokik – przegląd najważniejszych zmian
- Spółka matka odpowie za naruszenie prawa konkurencji przez spółkę córkę

# BŁĘDY W GRZE WIDEO A UPRAWNIENIA KONSUMENTÓW W ŚWIETLE OBECNYCH I PROJEKTOWANYCH PRZEPISÓW PRAWA KONSUMENCKIEGO

#konsument #grywideo #zgodnośćzumą

*apl. adw. Maciej Majewski*

## Wprowadzenie

W grudniu ubiegłego roku odbyła się długo wyczekiwana premiera gry wideo pt. *Cyberpunk 2077* na komputery i konsole stacjonarne. Pomimo pozytywnych recenzji gry w wersji na komputery osobiste (PC) stosunkowo szybko okazało się, że w ramach rozgrywki gracze doświadczają szeregu problemów technicznych (bugów). W przypadku wersji gry przeznaczonych na konsole tzw. starej generacji, tj. konsol PlayStation 4 (w tym Pro) oraz Xbox One (w tym X), problemy te znacząco utrudniały, a według niektórych wręcz uniemożliwiały korzystanie z gry. Inne błędy, o różnym stopniu uciążliwości, sprawiały z kolei, że gra nie spełniała swojej zasadniczej funkcji, tj. nie dawała nabywcom szansy na przyjemne spędzenie czasu. Według powszechnie dostępnych informacji problemy były różne – od wywołujących niezadowolenie lub konsternację bugów graficznych oraz programistycznych, takich jak tzw. T-posing[1] czy lewitujące przedmioty, po wywołujące frustrację błędy wpływające na postęp w grze (m.in. brak możliwości ukończenia zadania skutkujący koniecznością powtarzania fragmentów rozgrywki i niekontrolowane wyłączanie się gry w różnych momentach, czyli tzw. crashe).

## Uprawnienia nabywców gier wideo zawierających błędy w obecnym stanie prawnym – stanowisko producenta i dystrybutorów w sprawie *Cyberpunk 2077*

W przedstawionych wyżej okolicznościach część graczy postanowiła zwrócić nabytą grę. Początkowo napotkali oni jednak istotne problemy. Nabywcy gier w tzw. wersji tradycyjnej, czy też pudełkowej, którzy otrzymali fizyczne egzemplarze, spotkali się z odmową przyjęcia reklamacji. Pracownicy sklepów informowali ich m.in., że skoro gry zostały rozpakowane, to przystąpili oni do użytkowania produktu, co – zależnie od sposobu zawarcia umowy sprzedaży (na odległość lub w sklepie stacjonarnym) – pozbawia ich konsumenckiego prawa do odstąpienia od niej lub możliwości zwrotu produktu (jeśli

takowa była w ogóle przewidziana w polityce sklepu). W podobnej sytuacji znaleźli się nabywcy cyfrowej wersji gry. Od właścicieli platform cyfrowej dystrybucji gier uzyskiwali oni albo informację, że ich prawo do odstąpienia od umowy zawartej na odległość wygasa z momentem rozpoczęcia pobierania cyfrowej treści[2], albo że regulamin platformy przewiduje możliwość zwrotu wyłącznie wtedy, gdy gracz nie spędził na rozgrywce więcej niż dwóch godzin[3]. Należy przy tym zaznaczyć, że prasa internetowa donosiła o pojedynczych przypadkach uwzględniania indywidualnych reklamacji konsumentów pomimo niespełnienia przez nich wskazanych wymogów.



Producent początkowo ograniczył się do wydania oświadczenia, że niezadowoleni gracze powinni dokonać zwrotów według stosownych procedur obowiązujących u poszczególnych sprzedawców. Dopiero w razie problemów w tym zakresie nabywcy mieli kontaktować się bezpośrednio z nim, przy czym mogli to zrobić wyłącznie przez tydzień od dnia publikacji oświadczenia (oświadczenie zostało wydane 14 grudnia 2020 r.). Z powodów opisanych wyżej szybko okazało się, że tego rodzaju reakcja nie zadowoliła graczy. Nagłośnienie całej sprawy w mediach, zwłaszcza w Internecie, doprowadziło jednak do zmiany polityki większych dystrybutorów, i to na bezprecedensową dotychczas skalę. Wybrani sprzedawcy

[1] T-posing oznacza błąd polegający na wyświetlaniu się postaci w grze w pozycji wyjściowej, według kodu gry, tj. z rozłożonymi na bok ramionami, przez co jej sylwetka przypomina literę T.

[2] Tak np. regulamin platformy PlayStation Store.

[3] Tak np. regulamin platformy Steam.

fizycznych egzemplarzy gry zaczęli np. oferować możliwość ich zwrotu obejmującą produkty używane (rozpakowane), jeżeli zostały one zakupione i odebrane przed 14 grudnia lub do 14 grudnia – przy czym także oni wyznaczyli końcowy termin składania wniosków w tym zakresie. Istotna zmiana stanowiska nastąpiła także u dystrybutorów cyfrowej wersji gry. Platformy dystrybucji PlayStation Store i Microsoft Store zaczęły oferować nabywcom gry możliwość jej zwrotu za pełną kwotę zakupu (29 stycznia 2021 r. możliwość ta wciąż obowiązywała do odwołania). Abstrahując od tego, czy poszczególne inicjatywy zostały zrealizowane w porozumieniu z producentem gry, czy też nie, z całości przedstawionego wyżej opisu wynika jedna zasadnicza konkluzja: z perspektywy sprzedawców konsumenci nabywający grę obarczoną błędami nie mieli w istocie żadnych podstaw do dochodzenia zwrotu pieniędzy (o ile oczywiście sami sprzedawcy im tego nie umożliwili). Podobnie należy ocenić perspektywę producenta gry, który samodzielnie ustalił, w jakim terminie konsumenci mogą zwrócić się do niego z prośbą (żądaniem) o udzielenie pomocy w związku ze zwrotem i jaką postacią pomoc ta ma przyjąć. W odniesieniu do pudełkowych gier konsolowych producent ostatecznie umożliwił zainteresowanym otrzymanie zwrotu pieniędzy albo wymianę gry na wersję cyfrową, przeznaczoną na komputery osobiste.

Z punktu widzenia regulacji prawnych opisane wyżej stanowiska można sprowadzić do następujących tez:

- błędy w grze nie są jednoznaczne z wadami towaru – nabywcy nie przysługują więc uprawnienia z tytułu rękojmi lub gwarancji wobec sprzedawcy jej nieuszkodzonego fizycznego egzemplarza;
- sprzedaż cyfrowej wersji gry jest świadczeniem usługi, a nie sprzedażą towaru – nie mają więc do niej zastosowania przepisy o rękojmi lub gwarancji;
- rozpoczęcie pobierania gry jest przystąpieniem do korzystania z usługi, skutkującym utratą prawa do odstąpienia od umowy zawartej na odległość[4].



### Gry wideo zawierające błędy a uprawnienia konsumentów – kontekst historyczno-porównawczy

Warto podkreślić, że sytuacja, z jaką mieliśmy do czynienia przy premierze obarczonej błędami gry *Cyberpunk 2077*, nie jest niestety w branży gier czymś niespotykanym. Żeby się o tym przekonać, wystarczy sięgnąć pamięcią do roku 2018 i premiery gry pt. *Fallout 76*. Także w jej przypadku niezadowoleni z licznych błędów gracze domagali się od producenta i dystrybutorów możliwości nieprzewidzianego regulaminami sprzedaży anulowania zakupu. Wówczas jednak branżowi giganci nie byli tak skorzy do dobrowolnego oferowania zwrotu pieniędzy. Mimo to w niektórych regionach zostali oni zmuszeni do uwzględnienia żądań konsumentów. Tak było m.in. w Australii, gdzie odpowiednik polskiego Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta (dalej: **UOKiK**), tj. Australijska Komisja Konkurencji i Konsumenta (dalej: **Komisja**), w postępowaniu z dnia 31 października 2019 r., zakończonym decyzją zobowiązującą, stwierdził, że działania producenta i jednocześnie sprzedawcy uniemożliwiające konsumentom zwracanie gier wideo zawierających błędy naruszają australijskie regulacje. Organ uznał, że przepisy dają konsumentom w takich sytuacjach prawo reklamacji i domagania się zwrotu pieniędzy, a udzielanie nabywcom odmiennych informacji w ramach ogólnych warunków umów lub przez pracowników pomocy technicznej sprzedawcy wyczerpuje znamiona wprowadzania w błąd[5]. Co interesujące, nie była to pierwsza decyzja Komisji piętnująca tego rodzaju praktyki. Walkę na rzecz prawa nabywców do zwrotu gier zawierających błędy Komisja toczyła już wcześniej (od roku 2014) z innym podmiotem – operatorem platformy dystrybucji gier cyfrowych Steam.

[4] W prawie unijnym stanowisko to opiera się na treści obecnego art. 16 lit. m dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 304 z 22.11.2011 r.). W polskim prawie ma on stosowny odpowiednik w art. 38 pkt 13 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 287).

[5] Treść decyzji dostępna do pobrania na stronie <https://www.accc.gov.au/public-registers/undertakings-registers/zenimax-media-inc-zenimax-europe-limited-and-zenimax-australia-pty-ltd>.



Postępowanie w tej sprawie zakończył ostatecznie wyrok Federalnego Sądu Australii (dalej: **FSA**) z dnia 22 grudnia 2017 r.[6] Przesądzone w nim m.in., że:

- w myśl australijskich regulacji sprzedaż cyfrowej wersji gry przez dystrybutora stanowiła sprzedaż towaru (co do tej okoliczności ustalenia sądu I instancji nie zostały zaskarżone – argumentację w tym zakresie można znaleźć w pkt 126–157 wyroku FSA z dnia 24 marca 2016 r.[7]);
- sprzedaż towaru w postaci cyfrowej wersji gry jest objęta gwarancją konsumencką, w tym m.in. gwarancją zadowalającej jakości (*acceptable quality*);
- oświadczenia zawarte w ogólnych warunkach umów lub składane przez pracowników dystrybutora, według których uprawnienia z gwarancji konsumenckiej nie przysługują w przypadku zakupu cyfrowej wersji gry, mają charakter wprowadzających w błąd.

Powyższa linia argumentacji została podtrzymana przez FSA m.in. w sprawie przeciwko prowadzącemu platformę PlayStation Store dystrybutorowi cyfrowych wersji gier Sony Interactive Entertainment Network Europe Ltd, zakończonej wyrokiem FSA z dnia 5 czerwca 2020 r.[8]

W tym kontekście warto poczynić kilka dodatkowych obserwacji. Po pierwsze, zgodnie z prawem australijskim jakość towarów jest zadowalająca, jeśli są one w takim stopniu (i) użyteczne do wszystkich celów, do jakich towary tego rodzaju są powszechnie wykorzystywane, (ii) zadowalające pod względem wyglądu i wykończenia, (iii) wolne od usterek, (iv) bezpieczne i (v) trwałe, że rozsądny konsument w pełni zaznajomiony z ich stanem (w tym z ukrytymi usterekami) uznałby je za zadowalające, mając na względzie m.in. ich naturę, cenę (jeśli ma to znaczenie), twierdzenia prezentowane na ich opakowaniu lub metce, oświadczenia złożone przez dostawcę lub wytwórcę oraz wszelkie inne istotne okoliczności. Po drugie, w przypadku sprzedaży towaru niezadawalającej jakości australijskie regulacje przyznają konsumentom określone uprawnienia, zarówno wobec sprzedawcy, jak i wobec producenta. Komisja miała więc prawo stwierdzić, że odmiennie zapewnienia podmiotów z branży gier wprowadzały australijskich nabywców w błąd, oraz nałożyć na nie stosowne kary lub obowiązki.



Tymczasem na gruncie polskich przepisów UOKiK formalnie nie może ukarać sprzedawców lub producenta z takiej przyczyny. Potwierdzają to poniekąd wypowiedzi pracowników urzędu w sprawie gry *Cyberpunk 2077*. Według doniesień prasowych UOKiK bada, czy producent gry nie dopuścił się nieuczciwej praktyki rynkowej poprzez inne zachowania i czy podjął następnie stosowne kroki „naprawcze”. O ile zagadnienie to wymagałoby odrębnej analizy[9], o tyle ewentualne działania UOKiK nie mają bezpośredniego wpływu na problemy np. na linii konsument–dystrybutor. Ponadto błędem w grze nie zawsze będzie towarzyszyć wystąpienie nieuczciwej praktyki. Jeśli więc efektem działań UOKiK ma/miało być umożliwienie konsumentom zwrotu gier, to posługiwanie się w tym celu konstrukcją nieuczciwej praktyki rynkowej wydaje się mieć charakter rozwiązania doraźnego.

## Perspektywa zmian – prace nad wdrożeniem nowych dyrektyw unijnych

16 września 2020 r. Ministerstwo Sprawiedliwości przyjęło projekt ustawy o zmianie ustawy o prawach konsumenta oraz ustawy – Kodeks cywilny. Projektowany akt ma implementować do prawa polskiego dyrektywy 2019/770[10] oraz 2019/771[11], stanowiące element tzw. strategii jednolitego rynku cyfrowego Komisji Europejskiej. Wśród licznych postanowień projektowanej regulacji na szczególną uwagę zasługuje art. 1 pkt 5. Przewiduje on dodanie do ustawy o prawach konsumenta rozdziałów 5a i 5b, normujących obowiązek zapewnienia przez kontrahenta konsumenta „zgodności z umową” zakupionego towaru oraz treści lub usług cyfrowych (tzw. rękojmia i gwarancja konsumencka).

[6] Sygn. [2017] FCAFC 224. Producent zwrócił się wprawdzie do Wysokiego Sądu Australii z wnioskiem o umożliwienie mu złożenia w sprawie nadzwyczajnego środka zaskarżenia, ale sąd nie wyraził na to zgody.

[7] Sygn. [2016] FCA 196.

[8] Sygn. [2020] FCA 787. Obecnie podmiot ten podkreśla w regulaminie swojej platformy (PlayStation Store), że ograniczenia w zakresie zwrotu środków nie dotyczą „treści wadliwych”.

[9] Pewne wątpliwości w tym zakresie zdaje się wywoływać nieudostępnienie recenzentom w okresie przedpremierowym konsolowych wersji gry oraz zakaz publikowania przez nich w tym okresie własnych nagrań z rozgrywki (także z wersji na PC).

[10] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (Dz. Urz. UE L 136 z 22.05.2019 r.).

[11] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/771 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów, zmieniająca rozporządzenie (UE) 2017/2394 oraz dyrektywę 2009/22/WE i uchylająca dyrektywę 1999/44/WE (Dz. Urz. UE L 136 z 22.05.2019 r.).

Wejście w życie wskazanej wyżej regulacji skutkować będzie istotną zmianą sytuacji prawnej sprzedawców gier. W myśl projektowanych norm ocena zgodności towaru z umową powinna bowiem uwzględniać m.in. to, czy: towar nadaje się do celów, dla których zazwyczaj korzysta się z towarów tego rodzaju; ma cechy typowe dla towarów tego rodzaju i takie, których konsument może zasadnie oczekiwać, biorąc pod uwagę charakter towaru oraz publiczne zapewnienia złożone przez przedsiębiorcę; jest takiej samej jakości jak próbka lub wzór, które przedsiębiorca udostępnił konsumentowi przed zawarciem umowy, i odpowiada opisowi takiej próbki lub takiego wzoru. Nie analizując głębiej poszczególnych sformułowań projektu, trudno oprzeć się wrażeniu, że w przytoczonym zakresie oczekująca na dalsze prace legislacyjne regulacja wykazuje istotne podobieństwo do obecnie obowiązującego prawa australijskiego. Zgodnie z kierunkiem zmian unijnych[12] na gruncie projektowanej ustawy istotnie na znaczeniu traci m.in. obecne rozróżnienie umów umożliwiających dostęp do gry na te, których przedmiotem jest sprzedaż towarów (wersje pudełkowe), i te, których przedmiot stanowi świadczenie usług (wersje cyfrowe). Zgodnie z projektem do wszelkich umów o dostarczanie treści cyfrowej lub usługi cyfrowej należy bowiem stosować odpowiednio postanowienia określające wymogi zgodności towarów z umową. W tym kontekście uzasadniony wydaje się wniosek, że podmioty z branży gier działające w Unii Europejskiej czeka w najbliższym czasie odczuwalna zmiana, jeśli chodzi o zakres ich odpowiedzialności wobec konsumentów.

## Konkluzje

Obecnie polscy konsumenci, którzy zakupili zawierającą błędy grę wideo, znajdują się w niełatwej sytuacji. Nie dysponują skutecznymi narzędziami do wyegzekwowania od dystrybutora lub producenta zwrotu pieniędzy za kupiony produkt i tak jak np. nabywcy gry *Cyberpunk 2077* mogą korzystać wyłącznie z możliwości zaoferowanych im przez te podmioty dobrowolnie. Nowe przepisy regulujące tego rodzaju sytuacje prawdopodobnie wejdą jednak w życie 1 stycznia 2022 r. (taki termin narzucają dyrektywy) i z tą chwilą zasady odpowiedzialności za zawierającą błędy grę wideo ulegną znaczącej zmianie. Czas pokaże, czy dystrybutorzy gier będą podejmować kroki zmierzające do ograniczenia wpływu tych zmian na prowadzoną przez nich działalność. Być może w ogólnych warunkach umów zamieszczą oni własną interpretację użytych w ustawie pojęć opisujących zgodność produktu z umową. To właśnie kwestia szczegółowej wykładni ustawowych sformułowań będzie przecież kluczowa w poszczególnych sporach. Projektowane zmiany nie udzielają natomiast odpowiedzi na wiele istotnych pytań i należy się spodziewać, że wątpliwości te zostaną rozstrzygnięte dopiero przez sądy.

Jedno pozostaje pewne – przygotowanie się do nowej sytuacji prawnej będzie wymagać od wielu podmiotów istotnej pracy w ramach analiz, audytów, ocen ryzyka, a także zmian wewnętrznych regulaminów, polityk czy wzorów umów. Próby zapewnienia zgodności w tym zakresie (*compliance*) mogą jednak przynieść wiele korzyści. Warto zauważyć, że w przywoływanych sprawach rozstrzygniętych przez FSA niepodjęcie przez dystrybutora działań mających zapewnić poszanowanie norm prawnych chroniących konsumentów (np. niezasięgnięcie w tym zakresie stosownej opinii) skutkowało nałożeniem na niego wyższej kary administracyjnej.

[12] Por. w szczególności motywy 19 i 20 dyrektywy 2019/770.



# PROJEKT NOWELIZACJI USTAWY O PRAWACH KONSUMENTA W ZWIĄZKU Z WDROŻENIEM DYREKTYWY O TREŚCIACH CYFROWYCH I USŁUGACH CYFROWYCH

#prawakonsumenta #treścicyfrowe #usługicyfrowe #konsumenci

*dr Iga Małobęcka-Szwast*

## Wstęp

Trwają prace nad projektem ustawy o zmianie ustawy o prawach konsumenta (dalej: **upk**) oraz Kodeksu cywilnego (dalej: **kc**) – dalej: **projekt**. Projekt ma na celu wdrożenie do porządku prawa krajowego dwóch dyrektyw:

- Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych[1] (dalej: **dyrektywa 2019/770**)

oraz

- Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/771 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów, zmieniającej rozporządzenie (UE) 2017/2394 oraz dyrektywę 2009/22/WE oraz uchylającą dyrektywę 1999/44/WE[2] (dalej: **dyrektywa 2019/771**).

Obie dyrektywy weszły w życie 11 czerwca 2019 r. Państwa członkowskie zobowiązane są do przyjęcia wdrażających je przepisów do 1 lipca 2021 r. i stosowania ich od 1 stycznia 2022 r.

## Cel nowej regulacji

Głównym celem obu dyrektyw jest przyczynianie się do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego i zapewnianie wysokiego poziomu ochrony konsumentów, w szczególności poprzez ustanowienie wspólnych dla wszystkich państw członkowskich przepisów dotyczących niektórych wymagań w odniesieniu do:

**(1) umów o dostarczanie treści cyfrowych lub usług cyfrowych zawartych między przedsiębiorcami a konsumentami, w szczególności przepisów mówiących o:**

- zgodności treści cyfrowej lub usługi cyfrowej z umową,
- środkach ochrony prawnej w przypadku braku zgodności treści cyfrowej lub usługi cyfrowej z umową bądź ich niedostarczenia oraz sposobach korzystania z tych środków,
- zmianie treści cyfrowej lub usługi cyfrowej,

oraz

**(2) umów sprzedaży zawartych między sprzedawcą a konsumentem, w tym przepisów dotyczących:**

- zgodności towarów z umową,
- środków ochrony prawnej przysługujących w przypadku braku takiej zgodności oraz sposobów korzystania z tych środków,
- gwarancji handlowych.



## Harmonizacja maksymalna i jej konsekwencje

Co istotne, powyższe dyrektywy opierają się (z pewnymi wyjątkami) na **harmonizacji maksymalnej** (zob. art. 4 obu dyrektyw). Oznacza to, że państwa członkowskie nie mogą utrzymywać w prawie krajowym ani wprowadzać do niego przepisów odbiegających od tych, które zostały ustanowione w dyrektywach – zarówno łagodniejszych, jak i surowszych. Polski ustawodawca zmuszony jest zatem zmienić również te przepisy prawa krajowego (w szczególności kc), które ustanawiają wyższy poziom ochrony konsumentów aniżeli przewidziany w dyrektywach.

## Zakres zastosowania dyrektywy 2019/770

Dyrektywa 2019/770 znajduje zastosowanie w przypadku **umów**, na podstawie których przedsiębiorca dostarcza lub zobowiązuje się dostarczyć konsumentowi **treści cyfrowe lub usługę cyfrową**, a konsument płaci cenę lub zobowiązuje się do jej zapłaty.

[1] Dz.U. L 136 z 22.05.2019, s. 1–27.



Kluczowe dla wdrożenia dyrektywy 2019/770 są pojęcia treści cyfrowych i usług cyfrowych. **Treści cyfrowe** to dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej, natomiast przez **usługę cyfrową** rozumie się:

- usługę pozwalającą konsumentowi na wytwarzanie, przetwarzanie i przechowywanie danych lub dostęp do nich w postaci cyfrowej

bądź

- usługę pozwalającą na wspólne korzystanie z danych w postaci cyfrowej, które zostały przesłane lub wytworzone przez konsumenta lub innych użytkowników tej usługi,

bądź

- inne formy interakcji za pomocą takich danych.

Co istotne, przepisami dyrektywy objęte są również umowy, w ramach których przedsiębiorca dostarcza lub zobowiązuje się dostarczyć konsumentowi treści cyfrowe bądź usługę cyfrową, a **konsument dostarcza lub zobowiązuje się dostarczyć przedsiębiorcy dane osobowe** – z wyjątkiem przypadków, gdy:

- dane osobowe udostępniane przez konsumenta są zbierane przez przedsiębiorcę wyłącznie w celu dostarczania treści cyfrowych lub usługi cyfrowej

lub

- dane osobowe są udostępniane przez konsumenta jedynie w celu umożliwienia przedsiębiorcy spełnienia wymogów prawnych, którym ten podlega (np. jeśli do rejestracji konsumenta obowiązują obowiązujące przepisy prawa ze względów bezpieczeństwa i na potrzeby identyfikacji), a przedsiębiorca nie przetwarza tych danych do żadnych innych celów.



Takie rozumienie **umowy o dostarczenie treści cyfrowej lub usługi cyfrowej** znajduje odzwierciedlenie również w projekcie ustawy. Zgodnie z nim jest to umowa, na podstawie której przedsiębiorca zobowiązuje się dostarczyć konsumentowi treść cyfrową lub usługę cyfrową, w tym również wykonaną według wskazówek konsumenta, a konsument zobowiązuje się zapłacić cenę lub dostarczyć dane osobowe, chyba że dane osobowe udostępnione przez konsumenta są przetwarzane przez przedsiębiorcę wyłącznie w celu:

- dostarczania treści cyfrowej lub usługi cyfrowej,
- poprawy bezpieczeństwa, kompatybilności lub interoperacyjności oprogramowania oferowanego na podstawie wolnej i otwartej licencji

lub

- wykonania obowiązku ustawowego.

Dyrektywa 2019/770, a w konsekwencji ustawa, która będzie ją wdrażać, nie ma zastosowania w przypadku następujących sytuacji:

- przedsiębiorca zbiera wyłącznie metadane (np. informacje dotyczące urządzenia należącego do konsumenta lub z historii przeglądania)

albo

- konsument, który nie zawarł umowy z przedsiębiorcą, musi obejrzeć reklamy wyłącznie w celu uzyskania dostępu do treści cyfrowych lub usługi cyfrowej (konieczność oglądania reklam nie stanowi rzeczywistego ekwiwalentu świadczenia polegającego na bezpłatnym korzystaniu z treści cyfrowych).



### Relacja między dyrektywą 2019/770 a dyrektywą 2019/771

Obie dyrektywy w założeniu mają się wzajemnie uzupełniać. Dyrektywa 2019/770 ustanawia przepisy regulujące niektóre wymogi dotyczące umów o dostarczanie treści cyfrowych lub usług cyfrowych, natomiast dyrektywa 2019/771 ustanawia przepisy regulujące niektóre wymogi dotyczące umów, których przedmiotem jest sprzedaż towarów. Dyrektywa 2019/771 ma zastosowanie w przypadku **umów sprzedaży towarów, w tym towarów z elementami cyfrowymi**.

Pojęcie **towarów z elementami cyfrowymi** odnosi się do towarów, które zawierają treści cyfrowe lub usługę cyfrową bądź są z nimi wzajemnie połączone w taki sposób, że ich brak uniemożliwiłby tym towarom pełnienie swojej funkcji. Treści cyfrowe lub usługa cyfrowa, które w taki sposób są zawarte w towarach lub wzajemnie z nimi połączone, powinny być objęte zakresem dyrektywy 2019/771 (a nie dyrektywy 2019/770), jeżeli są dostarczane wraz z towarami na podstawie umowy sprzedaży dotyczącej tych towarów.

## Prawa i obowiązki stron umów o dostarczenie treści cyfrowej lub usługi cyfrowej

Wdrożenia dyrektywy 2019/770 dokonuje się w rozdziale 5b upk. Projektowane przepisy określają:

- sposób wykonania obowiązku dostarczenia treści cyfrowej lub usługi cyfrowej oraz uprawnienia konsumenta w razie jego niewykonania (art. 43h);
- zagadnienie zgodności treści cyfrowej lub usługi cyfrowej z umową (art. 43i–43l) oraz odpowiedzialności przedsiębiorcy w razie jej braku;
- termin, w którym ujawnienie się niezgodności treści lub usługi cyfrowej rodzi odpowiedzialność przedsiębiorcy. Zgodnie z projektowanym art. 43j przedsiębiorca odpowiada za brak zgodności treści cyfrowej lub usługi cyfrowej dostarczanej jednorazowo lub częściami z umową, który istniał w chwili jej dostarczenia i ujawnił się w ciągu dwóch lat od jej dostarczenia. Domniemywa się, że brak zgodności z umową, który ujawnił się przed upływem roku od dostarczenia treści cyfrowej lub usługi cyfrowej, istniał w chwili jej dostarczenia;
- zasady dokonywania zmiany treści cyfrowej lub usługi cyfrowej w trakcie jej dostarczania (art. 43m–43n).

## Rękojmia i gwarancja konsumencka

Dyrektywa 2019/771 wdrażana jest natomiast w rozdziale 5a upk. Nowe przepisy przewidują wyłączenie stosowania przepisów kc o rękojmi przy sprzedaży konsumenckiej (art. 43a) i odrębne uregulowanie tej materii.

Art. 43b w rozbudowany sposób definiuje zgodność towaru z umową, co jest efektem potrzeby dostosowania prawa polskiego do rozwiązań przyjętych w dyrektywie. Dyrektywa 2019/771 wymaga zdefiniowania zgodności z umową w sposób znacznie bardziej wyczerpujący niż ten, który obowiązywał w Polsce dotychczas, co w założeniu ma przyczynić się do poprawy ochrony konsumentów poprzez uniknięcie części sporów dotyczących zakresu obowiązków przedsiębiorcy.

Projekt określa czasowe granice odpowiedzialności przedsiębiorcy z tytułu rękojmi oraz zakres przeniesienia ciężaru dowodu, jak również doprecyzowuje, od kiedy przedsiębiorca odpowiada za brak zgodności towaru z umową istniejący w chwili jego dostarczenia, który ujawnił się w określonym czasie, tj. w ciągu dwóch lat od dostarczenia towaru (art. 43c).

Projektowane przepisy opisują **prawa konsumenta z tytułu rękojmi i skorelowane z nimi obowiązki przedsiębiorcy** (art. 43d–43f). W tym zakresie przewiduje się daleko idące zmiany obecnie obowiązujących przepisów kc. Jak podkreśla się w uzasadnieniu projektu, swoistym novum jest wprowadzenie **hierarchii środków ochrony konsumenta**, który w pierwszej kolejności będzie miał prawo domagać się przywrócenia zgodności towaru z umową poprzez jego naprawę lub wymianę, a dopiero w dalszej – o ile naprawa czy też wymiana okażą się np. nieopłacalne – skorzystać z kolejnych uprawnień, tj. żądać obniżenia ceny lub odstąpić od umowy.

Projektodawca zauważa, że nowe przepisy regulujące uprawnienia konsumenta z tytułu rękojmi są w niektórych aspektach mniej korzystne względem aktualnego stanu prawnego. Niemniej jednak ze względu na maksymalny charakter harmonizacji w tym zakresie polski ustawodawca jest zobowiązany przyjmując zaproponowane rozwiązania.

Projekt znajduje się obecnie na etapie opiniowania.

Link do projektu ustawy wraz z uzasadnieniem znajduje się pod adresem: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12341810>.





# SPÓŁKA MATKA ODPOWIE ZA NARUSZENIE PRAWA KONKURENCJI PRZEZ SPÓŁKĘ CÓRKĘ

#konkurencja #kary #ECN+ #uokik

*r.pr. dr Katarzyna Menszig-Wiese*

W połowie stycznia opublikowano projekt dużej nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik). Jest to wstęp do implementacji unijnej dyrektywy nr 2019/1, lepiej znanej jako dyrektywa ECN+. Jej celem jest skuteczniejsze egzekwowanie prawa konkurencji w całej Unii Europejskiej poprzez przyznanie szerszych uprawnień i nowych kompetencji właściwym w tej sprawie organom. Jednym z bardziej kontrowersyjnych zagadnień, które pojawiło się w projekcie nowelizacji uokik, jest rozszerzenie odpowiedzialności antymonopolowej (w tym finansowej) na specyficznie rozumiane spółki matki w przypadku naruszenia prawa konkurencji przez spółkę córkę. Jeżeli Prezes UOKiK stwierdzi, że jeden przedsiębiorca wywierał decydujący wpływ na drugiego przedsiębiorcę, będzie mógł obciążyć go odpowiedzialnością oraz karą wyliczoną na podstawie łącznego obrotu spółek.

Koncepcja przypisywania spółce matce odpowiedzialności za naruszenia spółki córki nie jest niczym nowym na gruncie unijnego prawa konkurencji. Pomysł ten, wypracowany przez orzecznictwo, jest jednak dość kontrowersyjny. Po pierwsze, pozostaje w sprzeczności z generalnym założeniem prawa spółek o rozdzielności osobowości prawnej podmiotów w grupie kapitałowej. Wspomniana koncepcja opiera się bowiem na założeniu, że tworzą one jeden organizm gospodarczy, bez względu na ich formalną kwalifikację. Po drugie, nie ma zgody co do tego, kiedy należy przyjmować, że naruszenie spółki córki winno być przypisane spółce matce. Podstawowe znaczenie ma tu okoliczność wywierania decydującego wpływu. Niejasne jest jednak, kiedy ta przesłanka zachodzi. Dyskusja oscyluje wokół kwestii czynników, jakie winny być brane pod uwagę przy ocenie – czy wystarczającą podstawą mogą być spostrzeżenia odnoszące się do udziału w kapitale spółki innego podmiotu, czy też konieczne jest jeszcze uwzględnienie dodatkowych czynników wskazujących na brak samodzielności spółki w określaniu kierunków działań rynkowych, w tym powiązań prawnych, organizacyjnych i ekonomicznych? Rozstrzygnięcie ma tu krytyczne znaczenie – w razie stwierdzenia wywierania decydującego wpływu otwiera się bowiem możliwość rozszerzenia odpowiedzialności i nałożenia wyższej kary, bez względu na to, czy spółka matka miała jakąkolwiek wiedzę na temat naruszenia. Decyduje charakter powiązania.



Koncepcja ta ma teraz zostać zaadaptowana na gruncie polskiej ustawy. Projektodawca przewiduje, że rozszerzona odpowiedzialność antymonopolowa mogłaby dotyczyć zarówno przypadków niedozwolonych porozumień, jak i przypadków nadużywania pozycji dominującej. Obecne brzmienie proponowanych przepisów należy uznać za co najmniej niepokojące. Przesłanka wywierania decydującego wpływu została sformułowana w projekcie w następujący sposób:

Wywieranie decydującego wpływu [...] zachodzi w sytuacji gdy pomiędzy przedsiębiorcami istnieją takie powiązania ekonomiczne, prawne i organizacyjne, 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.

Pierwsze, co rzuca się w oczy, to nieostrość pojęć, na których ma się opierać ocena tak bardzo istotnej kwestii. Pojęcie powiązań ekonomicznych, prawnych i organizacyjnych jest zbyt szerokie – Prezes UOKiK będzie cieszył się znacznym zakresem swobody interpretacyjnej. Należy nadto zauważyć, że w definicji tej nie wspomina się w ogóle o powiązaniach kapitałowych. Jest to bardzo istotny brak, nie do pogodzenia z ideą leżącą u podstaw analizowanej koncepcji.

Prócz tego projekt przewiduje istotne ułatwienie dla organu ochrony konkurencji, mianowicie domniemanie wywierania decydującego wpływu w przypadku, w którym inny przedsiębiorca posiada cały lub prawie cały kapitał danej spółki. Konstrukcja ta oznacza, że gdy zostanie spełniony warunek posiadania odpowiednio wysokiego udziału w kapitale, Prezes UOKiK nie będzie już musiał w ogóle badać relacji między przedsiębiorcami. Będzie mógł założyć, że przesłanka wywierania decydującego wpływu została spełniona. To na przedsiębiorcę spadnie obowiązek wykazania tezy przeciwnej – skądinąd natomiast wiadomo, że przeprowadzenie takiego dowodu jest niemal niemożliwe.



Poważnym błędem projektowanego przepisu jest nadto odwołanie się do bardzo nieostrego pojęcia prawie całego kapitału. Zostało ono najpewniej zaczerpnięte z orzecznictwa TSUE. Projektodawca nie dostrzegł jednak, że nie niesie ono ze sobą

wystarczająco precyzyjnej treści – gdzie bowiem leży granica „prawie całego”? Czy 85% to już prawie cały udział? A może dopiero w przypadku 99% zaistnieje możliwość domniemania wywierania decydującego wpływu? Mając na względzie wagę i następstwa potwierdzenia spełnienia tej przesłanki, należałoby wymagać od prawodawcy większej precyzji.

Przypisanie spółce matce odpowiedzialności za naruszenia spółki córki to jednak nie wszystko. Największe ryzyko wiąże się z proponowaną metodą wyliczania kary za naruszenie. Dotychczas kara wyliczana była w wysokości nie większej niż 10% obrotu naruszydźciela w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Projektowane przepisy zakładają natomiast, że Prezes UOKiK w razie stwierdzenia wywierania decydującego wpływu będzie obligatoryjnie zliczał obroty przedsiębiorcy wywierającego taki wpływ oraz obroty naruszydźciela i wspomniany wyżej próg 10% odnosił do łącznej sumy obrotów obu spółek. Projektowane przepisy są przy tym dość niejasne, a nawet mogłyby być rozumiane jeszcze szerzej, dając podstawę do zliczania obrotu także innych przedsiębiorców pozostających pod decydującym wpływem spółki matki oraz przedsiębiorców znajdujących się wyżej w strukturze korporacyjnej. W takim wypadku wysokość maksymalnej kary osiągać będzie niewyobrazalny wręcz poziom. Co więcej, możliwe będzie nałożenie kary łącznie na przedsiębiorcę wywierającego wpływ oraz naruszydźciela i zobowiązanie ich do zapłaty na zasadzie solidarności.

Projekt nowelizacji zakłada nadto możliwość nakładania kar finansowych na managerów (osoby zarządzające) przedsiębiorcy wywierającego decydujący wpływ na innego przedsiębiorcę, gdy ten ostatni dopuści się naruszenia. Jest to bardzo niekorzystny kierunek zmian, de facto wprowadzający odpowiedzialność za zdarzenie niezależnie od osoby zarządzającej. Trudno obecnie przesądzić, w jaki sposób takim osobom miałyby być przypisywana odpowiedzialność – dotychczasowy przepis wymagał wykazania umyślności działania lub zaniechania prowadzącego do naruszenia prawa konkurencji przez zarządzanego przedsiębiorcę. W przypadku gdy naruszenia dokona inny przedsiębiorca, powiązanie jego bezprawnego działania z faktem pełnienia funkcji przez osobę zarządzającą przedsiębiorcą wywierającym na niego decydujący wpływ będzie więc jedynie pośrednie. Pożądane byłoby więc takie skorygowanie projektowanego przepisu, by odpowiedzialność osoby zarządzającej przedsiębiorcą wywierającym decydujący wpływ na naruszydźciela była ograniczona do przypadków, gdy taki przedsiębiorca sam bezpośrednio angażuje się w naruszenie lub przynajmniej „zlecił” jego realizację podległemu przedsiębiorcy.



Jak będzie to funkcjonować w praktyce? Poniżej dwa hipotetyczne przykłady:

- Załóżmy, że spółka A posiada 95% udziału w spółce B. Spółka B w tajemnicy przed „centralą” zaangażowała się w zmwę cenową z innymi przedsiębiorcami z branży. Antykonkurencyjne porozumienie zostaje wykryte przez Prezesa UOKiK. Organ, stwierdziwszy, że spółka A posiada „prawie cały” kapitał spółki B, uznaje, że także spółka A dopuściła się naruszenia. Nie musi nawet badać charakteru ich relacji, bo powołuje się na domniemanie. Spółka A podnosi, że nie wiedziała o naruszeniu, a spółka B celowo zataiła swoje działania sprzeczne z prawem. Okoliczności te nie wskazują jednak na brak wywierania decydującego wpływu, więc nie zmieniają oceny organu. Wyliczając karę, Prezes UOKiK bierze pod uwagę obrót nie tylko spółki B (bezpośredniego naruszydela), lecz także spółki A. W decyzji organ zobowiązuje spółkę A i spółkę B do zapłaty kary solidarnie.
- W przypadku gdy nie można mówić o posiadaniu „prawie całego” kapitału hipotetyczna sytuacja może kształtować się następująco: spółka Y posiada nieco ponad 50% udziałów w spółce X, a nadto ma prawo obsadzenia dwóch z czterech członków jej zarządu. Spółka Y i spółka X utrzymują stałe relacje kontraktowe. Choć spółka Y przekazuje spółce X rekomendacje co do działań rynkowych, to spółka X czasem decyduje się jednak pójść w odmiennym kierunku. Prezes UOKiK zarzucił spółce X uzgodnienie w relacjach z dystrybutorami podziału rynku, a spółce Y – odpowiedzialność za to naruszenie z uwagi na wywieranie decydującego wpływu na spółkę X. Czy zasadnie? Organ utrzymuje, że wyżej opisana relacja wskazuje na istnienie powiązań prawnych, organizacyjnych i ekonomicznych, a fakt, że spółka X czasem nie podąża za rekomendacjami, nie neguje tego, że co do zasady kieruje się wskazówkami spółki Y. Ten stan faktyczny pokazuje, jak niekorzystnie nieostrość przesłanek może wpływać na sytuację spółek tworzących struktury kapitałowe.

Projektowane przepisy są obecnie przedmiotem wczesnych prac legislacyjnych. Można więc zakładać, że wciąż istnieje szansa na ich doprecyzowanie i uwzględnienie w większym stopniu rozwiązań respektujących niezależność przedsiębiorców oraz ich interesy. Niemniej trzeba mieć świadomość coraz wyraźniejszej tendencji do zaostrzania przepisów prawa konkurencji oraz wynikających z tego dla przedsiębiorców konsekwencji i ryzyk.





# PROJEKT NOWELIZACJI USTAWY O OCHRONIE KONKURENCJI I KONSUMENTÓW – PRZEGLĄD NAJWAŻNIEJSZYCH ZMIAN

#ECN+ #konkurencja #konsumentci #uokik

r.pr. dr Katarzyna Menszig-Wiese

Gdy w połowie stycznia 2021 r. opublikowano projekt nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jasne stało się, że najbliższy rok będzie dla przedsiębiorców czasem zmian. W związku z implementacją dyrektywy 2019/1 do ustawy ma zostać wprowadzonych wiele zmian o fundamentalnym znaczeniu dla prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce. Część dotychczasowych analiz ryzyka antymonopolowego oraz wypracowanych procedur może w przyszłości okazać się nieaktualna. Poniżej prezentujemy przegląd najważniejszych proponowanych zmian wraz z krótkim wyjaśnieniem ich wagi.

## Poszerzenie odpowiedzialności związków przedsiębiorców



Związki przedsiębiorców już teraz mogą odpowiadać za naruszenie przepisów antymonopolowych, np. w przypadku pośredniczenia w wymianie informacji między członkami bądź w razie podjęcia uchwały prowadzącej do ograniczenia konkurencji na rynku. Dotąd jednak kara nakładana na związek była wyliczana tak jak w przypadku innych przedsiębiorców, tj. stanowiła kwotę nie większą niż 10% obrotu związku osiągniętego w roku poprzedzającym rok nałożenia kary.

Projektowane przepisy zakładają, że punktem odniesienia dla wyliczenia kary ma stać się obrót osiągany przez członków związku. Można się łatwo domyślić, że będzie to kwota wielokrotnie większa niż dotychczas, szczególnie w przypadku związków zrzeszających dużą liczbę istotnych graczy rynkowych. To jednak nie wszystko. W razie niewypłacalności związku i niewniesienia wystarczających wkładów na poczet pokrycia kary przez jego członków odpowiedzialność za zapłatę ma przechodzić na tych członków, których przedstawiciele zasiadali w organach decyzyjnych związku. Ich odpowiedzialność będzie solidarna. Wyłączenie odpowiedzialności za zapła-

tę przez członka związku będzie możliwe, gdy wykazana zostanie jedna z trzech przesłanek: brak wdrożenia decyzji związku stanowiącej naruszenie, brak wiedzy o takiej decyzji bądź aktywne zdystansowanie się od takiej decyzji. Skądinąd jednak wiadomo, że wykazanie faktu negatywnego (braku zaistnienia jakiejś okoliczności) jest bardzo trudne, o ile nie zupełnie niemożliwe.

## Rozszerzenie odpowiedzialności za naruszenia spółki córki na spółkę matkę



Projekt nowelizacji zakłada, że naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję (zakazu porozumień oraz zakazu nadużywania pozycji dominującej) może się dopuścić nie tylko bezpośredni naruszciciel, lecz także przedsiębiorca wywierający na niego decydujący wpływ. O tym, czy taka relacja zachodzi, Prezes UOKiK miałby rozstrzygać na podstawie domniemania: jeżeli przedsiębiorca posiada cały lub prawie cały kapitał innego przedsiębiorcy, to – jak zakłada projektowany przepis – domniemywa się, że wywiera on na niego decydujący wpływ. Posłużenie się wyrażeniem „prawie cały” musi być postrzegane jako błąd projektodawcy, gdyż jest ono zbyt nieostre, by opierać na nim tak istotną kwestię.

W przypadku gdy przesłanki domniemania nie zostaną spełnione, Prezes UOKiK będzie mógł stwierdzić, że zachodzi relacja wywierania decydującego wpływu, jeżeli pomiędzy przedsiębiorcami istnieją takie powiązania ekonomiczne, prawne i organizacyjne, 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. Wątpliwości budzi tu głównie brak

jednoznacznego wskazania, że badana relacja winna zachodzić między podmiotami powiązаныmi przede wszystkim kapitałowo. Nie do końca jasne jest również znaczenie poszczególnych elementów, które organ miałby brać pod uwagę.

Konsekwencją przyjęcia, że odpowiedzialność za naruszenie prawa konkurencji spoczywa także na przedsiębiorcy wywierającym decydujący wpływ, będzie uwzględnienie w podstawie wyliczenia kary za naruszenie obrotu obydwu przedsiębiorców. Innymi słowy – wyższa stanie się górna granica kary za naruszenie. Odpowiedzialność za jej zapłatę będzie mogła obciążać łącznie obydwa podmioty. Teoretycznie możliwe jest nadto wystąpienie sytuacji, w której w relacji wywierania decydującego wpływu będzie pozostawać ze sobą więcej przedsiębiorców. Wówczas powyższe zasady będą się stosować do nich wszystkich.

### **Poszerzenie obowiązku przekazania informacji i dokumentów na wszystkie osoby fizyczne**



Żądanie udzielenia informacji i dowodów stanowi już obecnie jeden z silniejszych i bardziej kontrowersyjnych narzędzi w instrumentarium Prezesa UOKiK. Przedsiębiorcy, pod groźbą bardzo surowej kary, zobowiązani są do udzielenia odpowiedzi na takie zapytanie w wyznaczonym terminie. Brak odpowiedzi lub przekazanie odpowiedzi wprowadzającej w błąd, nieprawdziwej bądź niepełnej może mieć opłakane skutki. Podobnie jak kwestionowanie zakresu żądania. Projektowane przepisy przewidują natomiast poszerzenie zakresu podmiotowego tego obowiązku, tj. rozszerzenie go na wszystkie osoby fizyczne, w tym także pracowników oraz osoby zarządzające (managerów) w danym przedsiębiorstwie. W przypadku osób zarządzających pozyskane w ten sposób informacje i dowody mają nie być wykorzystywane do nałożenia na nie (lub ich najbliższych) kary antymonopolowej.

Propozycję tę należy ocenić krytycznie. Po pierwsze, możliwość pozyskiwania informacji od de facto każdego, w tym np. byłych pracowników, potencjalnie prowadziło będzie do pojawiania się istotnych wątpliwości co do ich wartości dowodowej. Można też spodziewać się, iż widmo wysokiej kary za brak udzielenia pełnej informacji będzie tak paraliżujące, że osoby fizyczne będą przekazywały wszelką wiedzę, znacznie wykraczającą poza granice pytań, w tym spekulacje i domysły (a także

informacje obciążające, ale odnoszące się do innych naruszeń niż te będące przedmiotem postępowania). Takie informacje, które nie są jasno oddzielone od faktów, stanowiące jedynie spekulacje, mogą zaszkodzić przedsiębiorcy.

Po drugie, należy zauważyć, że pomimo pozorów zapewnienia gwarancji ochrony praw osób zarządzających projekt istotnie ogranicza ich wolność od samooskarżania. Będą one de facto zmuszone do przyznawania się do naruszenia – w przeciwnym razie będzie im groziła kara pieniężna. Teoretycznie pozyskane od nich informacje mają nie być wykorzystywane do nałożenia na nich kary. W praktyce można jednak podejrzewać, że będą one miały wpływ na wynik postępowania. Organ otrzyma bowiem istotne dane, na podstawie których będzie mógł ukarać samego przedsiębiorcę (co jest warunkiem ukarania managera), a także uzyskać kolejne dowody – a te będą zapewne wykorzystywane również na niekorzyść osób zarządzających.

### **Uregulowanie tzw. legal professional privilege (LPP)**



Choć do pewnego stopnia należy pozytywnie ocenić projekt uregulowania tzw. przywileju poufności korespondencji z prawnikiem (ang. *legal professional privilege*), postulowanego przez lata w środowiskach prawniczych, to proponowane brzmienie przepisów pozostawia spory niedosyt. Chodzi tu o możliwość odmowy przez przedsiębiorcę przekazania podczas przeszukania dokumentów chronionych tajemnicą zawodową prawnika.

Zgodnie z projektem, jeżeli w toku przeszukania przedsiębiorca oświadczy, że znalezione przez urzędnika dokumenty zawierają pisemną komunikację między nim a niezależnym od niego adwokatem lub radcą prawnym powstałą w celu realizacji prawa przeszukiwanego do uzyskania ochrony prawnej w związku z przedmiotem postępowania, w ramach którego prowadzone jest przeszukiwanie, to urzędnik pozostawia te dokumenty w miejscu przeszukania. Może jednak „pobieżnie” zapoznać się z nimi, by ustalić ich autora, adresata, tytuł, przedmiot oraz datę sporządzenia. W razie wątpliwości niezwłocznie po zakończeniu przeszukania ma przekazać dokument Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sposób zapewniający jego należyte zabezpieczenie przed ujawnieniem treści. Sąd zdecyduje wówczas o zwrocie dokumentu (ewentualnie jego części) przedsiębiorcy lub przekazaniu go Prezesowi UOKiK.

Łatwo dostrzec, że zakres przywileju jest bardzo wąski. Po pierwsze, posłużenie się pojęciem niezależnego prawnika wyklucza z zakresu zastosowania przywileju prawników wewnętrznych. Jeżeli przedsiębiorca zasięgnął ich rady, zawierające ją dokumenty nie będą chronione. Pytanie też, czy o niezależności można mówić w sytuacji, gdy dany prawnik świadczy obsługę prawną na podstawie umowy o stałej współpracy. Po drugie, ochrona dotyczy tylko dokumentów powstałych w celu realizacji prawa przedsiębiorcy do ochrony w związku z przedmiotem postępowania. Można mieć więc wątpliwości, czy chodzi także o dokumenty powstałe wcześniej, przed wszczęciem postępowania, np. opinie dotyczące ryzyka antymonopolowego danego przedsięwzięcia.

Po trzecie, można też powątpiewać, czy urzędnicy będą ograniczać „pobieżne” zapoznanie się z dokumentem do ustalenia podstawowych danych, czy też będą ulegać pokusie, by jednak wyłapać coś, co pozwoli im albo zakwestionować ochronę przywilejem, albo uzyskać wskazówkę przydatną dla stwierdzenia naruszenia.

## Podsumowanie



Omówione powyżej zagadnienia są obecnie dopiero na wczesnym etapie prac legislacyjnych. Jednak ze względu na upływ terminu implementacji dyrektywy na początku lutego br. można spodziewać się, że prace nad projektem będą prowadzone bez nieuzasadnionej zwłoki. W ustawie nowelizującej przewidziano nadto relatywnie krótki okres *vacatio legis* – zmienione przepisy wejdą w życie w terminie 14 dni od ich ogłoszenia. Przedsiębiorcy będą więc mieli bardzo niewiele czasu, by zaznajomić się z ustawą i wypracować nowe procedury postępowania.

# NADCHODZĄCE WYDARZENIA

#warsztatonline



## Ochrona konsumenta - najnowsze zmiany prawne, trendy, kierunki rozwoju

Prof. INP PAN dr hab. Paweł Podrecki, Prof. UEK dr hab. Jan Byrski

Ochrona konsumenta a nowe technologie – szanse, ryzyka, wyzwania, czyli bezpieczna transformacja w sektorze produktów konsumenckich i handlu.

- Jak pandemia zmieniła wzorce konsumpcji, co z nami zostanie na stałe i jak zapewnić należyta ochronę
- Fin Tech
- Personalizowanie klienta
- Kampanie informacyjne i relacje z konsumentem

### dr Katarzyna Menszig-Wiese

Rozszerzenie ochrony konsumentckiej na niektórych przedsiębiorców – aspekty praktyczne

- Kiedy umowa ma dla przedsiębiorcy zawodowy charakter – koncepcje i przykłady;
- Klauzule abuzywne w umowach z przedsiębiorcami – identyfikacja, ocena ryzyka, działanie;
- Odstąpienie od umowy zawartej na odległość – sposób implementacji w działalności e-commerce;

[Rejestracja >>](#)



# Zapraszamy do kontaktu



**Prof. INP PAN dr hab. Paweł Podrecki**

Adwokat, Senior Partner

[pawel.podrecki@trapple.pl](mailto:pawel.podrecki@trapple.pl)



**dr Tomasz Targosz**

Adwokat, Partner

[tomasz.targosz@trapple.pl](mailto:tomasz.targosz@trapple.pl)



**dr Katarzyna Menszig-Wiese, LL.M.**

Radca prawny, Senior Associate

[katarzyna.wiese@trapple.pl](mailto:katarzyna.wiese@trapple.pl)

Artykuły zamieszczone w niniejszym materiale nie stanowią porady prawnej. Osoby zainteresowane uzyskaniem bardziej szczegółowych informacji dotyczących omawianych kwestii proszone są o bezpośredni kontakt z prawnikami kancelarii Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy.