

Mariusz Swora

O aktualnych problemach prawa antymonopolowego i tajemnicy adwokackiej : sprawozdanie i refleksje pokonferencyjne

Palestra 50/11-12(575-576), 100-105

2005

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

WAŻNE DLA PRAKTYKI

Mariusz Swora

O aktualnych problemach prawa antymonopolowego i tajemnicy adwokackiej **Sprawozdanie i refleksje pokonferencyjne**

Jest kilka powodów, dla których konferencja poświęcona aktualnym problemom polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji, zorganizowana w dniu 28 października 2005 r. przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Katedry Prawa Europejskiego i Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji UAM w Poznaniu, jest warta uwagi. Już sam jej tytuł wskazuje na istotne dla nauki i praktyki problemy, które poruszane były przez przedstawicieli polskiego organu konkurencji, obchodzącego 15-lecie działalności oraz przez wybitnych przedstawicieli nauki z Polski i Niemiec. Zwrócił na to uwagę otwierając konferencję prodziekan WPiA prof. dr hab. Zbigniew Janku. Refleksja nad problematyką ochrony konkurencji zyskuje tym bardziej na znaczeniu w obliczu tego, że Polska od maja ubiegłego roku stała się częścią europejskiej sieci konkurencji. Jest również powód szczególny, który dotyka ważnego dla adwokatury problemu, a mianowicie kwestii tajemnicy zawodowej w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji.

Konferencja – jak już wspomniano – była wspólnym dziełem poznańskiego środowiska naukowego oraz UOKiKu, co znalazło wyraz w sprawnym kierownictwie prof. dr hab. Bożeny Popowskiej, prof. dr hab. Mariana Kępińskiego oraz dr. Edwarda Stawickiego, dbających o to, aby napięty plan konferencji został zrealizowany punktualnie i w całości. W ramach konferencji zostały przedstawione referaty przez niemieckich gości oraz polskich praktyków i teoretyków prawa ochrony konkurencji. Nie sposób w krótkim sprawozdaniu przedstawić szczegółowo wszystkich omawianych tematów i bogatej dyskusji przeplatającej kolejne punkty programu, której uczestnikami byli licznie zgromadzeni naukowcy oraz praktycy. Organizato-

rzy zapowiadają zresztą opublikowanie referatów, głosów w dyskusji oraz pisemnych stanowisk. Autor niniejszego sprawozdania skupi się jedynie na zarysowaniu omawianej na konferencji problematyki, ze szczególnym uwzględnieniem kwestii ochrony tajemnicy zawodowej adwokata. Ten szczególnie aktualny i ważny dla adwokatury temat z pewnością uzasadnia wyjście poza tradycyjną formułę sprawozdania z konferencji w ostatniej części niniejszego sprawozdania.

Pierwszy blok tematyczny przeprowadzony w ramach konferencji stanowiła problematyka regulacji. W jego ramach, doświadczeniami w zakresie relacji między prawem konkurencji a regulacją sektorową w kontekście transponowania prawa UE, podzielił się przedstawiciel niemieckiego Bundeskartellamtu, prof. dr Sigfried Klaue. W kolejnym wystąpieniu dr Piotr Lissoń (UAM) przedstawił problematykę relacji pomiędzy organami regulacyjnymi a organem ochrony konkurencji, zwracając uwagę na to, że obowiązujące przepisy prawa nie wprowadzają wyłączności organów regulacyjnych w żadnym z sektorów infrastrukturalnych, nie uchylają więc kompetencji organu ochrony konkurencji w tych sektorach. Następny z mówców – Grzegorz Materna (UOKiK), przedstawił na podstawie regulacji i orzecznictwa polskiego i wspólnotowego problematykę pojęcia przedsiębiorcy w europejskim i polskim prawie konkurencji. W jego ujęciu, w obliczu istotnych wątpliwości interpretacyjnych, istnieje konieczność wykładni pojęcia „przedsiębiorca” w duchu prawa wspólnotowego zarówno w sprawach dotyczących naruszenia przepisów art. 81 i 82 TWE, jak również w przypadku naruszeń krajowego prawa ochrony konkurencji. W kolejnym wystąpieniu dr Dieter Jalowietzki – były sędzia sądu apelacyjnego w Berlinie, poddał analizie działania rynkowe publicznych instytucji ochrony zdrowia. Problemy dotyczące zasad konkurencji na rynku świadczeń zdrowotnych nie są jeszcze szeroko obecne w polskiej praktyce, stąd też wystąpienie, oprócz niewątpliwego waloru teoretycznego, przybliżyło problemy, z którymi przyjdzie się pewnie szerzej zmierzyć w przyszłości. Z pewnością warta zaakcentowania jest prognoza referenta dotycząca tendencji do przesuwania punktu ciężkości w zakresie ubezpieczeń zdrowotnych na świadczenia dobrowolne, co oznacza również zwiększoną kontrolę przestrzegania zasad wolnej konkurencji. W wystąpieniu kończącym pierwszą część konferencji dr Eryk Kosiński (UAM) przedstawił interesującą analizę problematyki konkurencji w sektorze transportowym w Polsce. W obszernym wystąpieniu dr Kosiński odniósł się do kwestii szczególnych regulacji sektorowych w zakresie transportu kolejowego i lotniczego, zauważając i prognozując dalsze zbliżanie i harmonizację polskich regulacji sektorowych do przepisów wspólnotowych.

Drugi z przeprowadzonych paneli dotyczył orzecznictwa organów ochrony konkurencji. Swoje referaty wygłosili tutaj przedstawiciele polskiego i niemieckiego organu ochrony konkurencji oraz naukowcy z Katedry Prawa Europejskiego WPiA UAM w Poznaniu, kierowanej przez prof. dr. hab. Mariana Kępińskiego. Problematyka dostępu do sieci energetycznych została przedstawiona przez dr. Harald Piltza z niemieckiego Bundeskartellamtu oraz Jarosława Krügera z poznańskiej delega-

tury UOKiKu. Pierwszy z wymienionych mówców zwrócił uwagę na zwiększającą się rolę konkurencji w zakresie regulacji energetyki, przedstawiając punkt widzenia istotny również dla toczącej się w Polsce debaty na temat liberalizacji sektora energetycznego. Drugi z referentów omówił obszernie orzecznictwo w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję w sektorze energetycznym. Następnie głos zabrał dr Bartosz Kleban, którego referat dotyczył relacji pomiędzy działalnością organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawem konkurencji, zwracając m.in. uwagę na porządkującą rolę orzecznictwa ETS w zakresie relacji pomiędzy organizacjami zbiorowego zarządzania prawami autorskimi a prawem konkurencji. Z kolei dr Rafał Sikorski poddał analizie problematykę zwolnień grupowych dotyczących umów transferu technologii we wspólnotowym prawie konkurencji, zwracając uwagę na potencjalny – choć trudny jeszcze do jednoznacznej oceny – wpływ europejskich przepisów prawa konkurencji na rozwój nowych technologii. Wreszcie, dr Maciej Mataczyński przedstawił aktualną problematykę dotyczącą nadużywania pozycji dominującej na rynku szerokopasmowego dostępu do Internetu w świetle orzecznictwa Komisji Europejskiej. Problematyka prawnych aspektów stosowania nowoczesnych technologii jest coraz częściej obecna na polskich salach konferencyjnych (tydzień wcześniej odbyła się na przykład w Gdańsku międzynarodowa konferencja poświęcona prawu nowoczesnych technologii) oraz w dyskusji toczącej się w nauce i w praktyce, co dobrze sprzyja rozwijającemu się sektorowi przedsiębiorstw nowej gospodarki w Polsce.

W ostatnim z przeprowadzonych paneli referenci przedstawili problematykę procedur i sankcji w prawie konkurencji. Dr Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel (Departament prawny i orzecznictwa europejskiego UOKiK) przybliżyła problematykę wpływu reformy wspólnotowego prawa konkurencji na system prawa wewnętrznego państw UE. Referentka przedstawiła problematykę europeizacji polskiego prawa konkurencji, które po wejściu Polski do UE funkcjonuje w dwóch wymiarach: krajowym i europejskim. Dr Krasnodębska-Tomkiel zwróciła uwagę na praktyczne kwestie dotyczące na przykład stosowania aktów europejskiego *soft law* przez Prezesa UOKiK. Biorąc pod uwagę niską rangę tego typu aktów, referentka wskazała na ich ewentualne znaczenie w procesie wykładni prawa przez Prezesa UOKiK. W tej sekcji tematycznej wzięli udział również Marek Sachajko (SR w Poznaniu), Katarzyna Chachłowska (delegatura UOKiK w Krakowie) oraz Bartosz Turno (poznańska delegatura UOKiK). Sędzia Marek Sachajko, uznany specjalista w zakresie kar pieniężnych stosowanych przez organy ochrony konkurencji, w wystąpieniu udokumentowanym obszernie orzecznictwem i odwołaniami do literatury przedmiotu, przedstawił problematykę sankcjonowania naruszeń wspólnotowych i polskich zakazów praktyk ograniczających konkurencję. W wystąpieniu zwracały uwagę te elementy, które dotyczyły zasad i przesłanek wymierzania kar pieniężnych, szczególnie przydatne w argumentacji przed organem ochrony konkurencji. Z kolei Katarzyna Chachłowska omówiła obszernie kompetencje Prezesa UOKiK w zakresie zwalczania nieuczciwej reklamy.

Zapowiadaną już na wstępie kontrowersyjną problematykę dotyczącą tajemnicy adwokackiej i radcowskiej w prawie ochrony konkurencji przedstawił Bartosz Turno z UOKiKu. Z punktu widzenia zasad wykonywania zawodu adwokata, temu wystąpieniu należy poświęcić szczególną uwagę. Zwłaszcza że jest głosem w rozpoczynającej się dyskusji nad zakresem tajemnicy zawodowej adwokata w prawie konkurencji. I to głosem – jak się wydaje – wyważonym.

Tajemnicę zawodową adwokata w postępowaniu przed Prezesem UOKiK należy rozpatrywać zarówno na poziomie krajowym, jak też europejskim. Kompetencje Prezesa UOKiK w sprawach praktyk ograniczających konkurencję obejmują bowiem stosowanie zarówno prawa krajowego, jak też artykułów 81 i 82 TWE. Przepisy traktatowe mogą być również stosowane bezpośrednio przez Komisję Europejską, której kompetencje w tym zakresie reguluje rozporządzenie Rady 1/2003.

Omawiając przepisy prawa europejskiego, referent poddał analizie europejskie orzecznictwo dotyczące tajemnicy adwokackiej (*legal privilege*; Orzeczenia *Australian Milting & Smelting Europe Limited przeciwko Komisji* z 1982 r. oraz połączone sprawy *Akzo Nobel i Akcros Chemicals przeciwko Komisji* z 2003 r.). Referent słusznie wskazał na trudność w zastosowaniu reguł płynących z tego orzecznictwa dla sytuacji w Polsce, gdzie praktycznie nie ma wyraźnego podziału na *in-house lawyers* i *external lawyers*. Tym pierwszym odmawiano od początku pełnej ochrony (z tendencją jednakże do objęcia również tej grupy ochroną) w sytuacji, w której z przedsiębiorstwem, wobec którego toczyło się postępowanie prawnika łączyła umowa o pracę. Druga grupa – prawnicy zewnętrzni, korzystała z przywileju tajemnicy, jednakże pod określonymi warunkami. W zakresie prawa europejskiego problemem jest jednak to, że normy rozporządzenia 1/2003, które regulują postępowanie w sprawach naruszeń art. 81 i 82 TWE, nie normują kwestii tajemnicy zawodowej prawników, przyznając jednocześnie Komisji daleko idące uprawnienia śledcze. Jest jednak uzasadnione twierdzenie, że Komisja powinna w pełni respektować krajowe normy chroniące tajemnicę adwokacką. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* przepisów chroniących tajemnicę adwokacką, a próby sięgania do innych procedur – do czego upoważnia hybrydowy charakter procedury antymonopolowej (odesłania do procedury administracyjnej, cywilnej i karnej), przynoszą przynajmniej dyskusyjne efekty. Taka sytuacja – jak słusznie zauważył referent – powoduje istotne komplikacje w praktyce. Konkretnym przykładem podanym przez referenta jest sytuacja żądania przekazania informacji i dokumentów zawierających tajemnicę adwokacką, skierowanego przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 45 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*. Autor – powołując się na orzecznictwo ETS – podał tutaj gotową receptę interpretacyjną, zgodnie z którą przedsiębiorca może odwołać się do przepisów art. 248 § 2 w zw. z art. 261 § 2 k.p.c. Takie samo rozwiązanie referent zaproponował dla ochrony tajemnicy adwokackiej w przypadku kontroli prowadzonej na podstawie art. 57 *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*. *De lege lata*, zdaniem referenta, istnieją więc instru-

menty pozwalające na ochronę tajemnicy adwokackiej w krajowym postępowaniu antymonopolowym.

Nie sposób w krótkiej relacji przedstawić wszystkie aspekty związane z kwestią ochrony tajemnicy adwokackiej na gruncie postępowania antymonopolowego. Można jedynie odnotować, że w podsumowaniu referent zwrócił uwagę na konieczność zachowania przez Prezesa UOKiK szczególnej rozwagi i umiaru w korzystaniu ze swoich kompetencji dochodzeniowych, zastrzegając, iż szkoda wyrządzona uchYLENIEM tajemnicy adwokackiej może okazać się równie poważna jak szkoda wyrządzona stosowaniem praktyk ograniczających konkurencję. I właśnie w tym stwierdzeniu można upatrywać najistotniejszej kwestii związanej z dyskusją na temat tajemnicy adwokackiej w postępowaniu antymonopolowym. Praktycy zajmujący się ochroną konkurencji podnoszą, że istnieje zagrożenie dla prowadzonych przez Prezesa UOKiK dochodzeń wynikające z bezprawnego powoływania się na tajemnicę adwokacką w stosunku do dokumentów, które stanowiąc mają tylko rzekomo korespondencję przedsiębiorcy z adwokatem. Taka sytuacja może prowadzić do obstrukcji dochodzenia przez przedsiębiorcę. W referacie i w ożywionej dyskusji, w której wypowiedzieli się szczególnie praktycy, podnoszone było również to, że absolutyzacja obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej sprzyjać może sytuacji, w której zмова kartelowa jest przeprowadzana i dochodzi do skutku przy udziale prawników zewnętrznych. Z pewnością te aspekty będą brane pod uwagę w zapowiadanej szerszej dyskusji na temat zakresu tajemnicy adwokackiej i radcowskiej w postępowaniu antymonopolowym. Warto również podkreślić wątpliwości wynikające z ustaleń orzecznictwa i doktryny, które dotyczą normatywnego źródła tajemnicy adwokackiej, na co zwracano uwagę w dyskusji, oraz fakt, że podobne jak przedstawione przez referenta wątpliwości można odnosić do uprawnień dochodzeniowych innych organów administracji publicznej.

W prawie anglosaskim zakresem przywileju zachowania tajemnicy nie są objęte takie sytuacje, w których prawnik uczestniczy w przestępstwie albo oszustwie (*fraud*) bądź też wykonuje czynności pomocnicze prowadzące do popełnienia przestępstwa lub oszustwa (*fraud*). Takie sytuacje, biorąc pod uwagę ochronę interesu publicznego w relacjach prawnika z klientem, nie uzasadniają przyznania ochrony przed ujawnieniem przekazywanych między nimi informacji. Podkreśla się, że z zakresu tajemnicy wyłączone są sytuacje, w których komunikacja następuje w innym celu niż w zakresie relacji klient–prawnik (C. S. Kersee, N. Khan, *EC Antitrust Procedure*, Londyn 2005, s. 152). Akty komunikowania się nie powinny być więc chronione ze względu na to, że nadawca albo odbiorca jest prawnikiem, ale dlatego, że jako prawnik działa w ramach swojego powołania (*acting qua lawyer*). Gdyby przenieść tę koncepcję na grunt polskiego ustawodawstwa, podstawowe znaczenie powinna mieć prawidłowa interpretacja pojęcia pomocy prawnej, poza zakresem której znajduje się pomoc w popełnieniu przestępstwa. Problem jednak w tym, że zмова kartelowa, podobnie jak naruszenia szeregu innych przepisów *ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, nie jest w Polsce przestępstwem.

Odrębną kwestią jest wynikająca choćby z orzecznictwa kwalifikacja normatywna tajemnicy adwokackiej.

Nie jest jeszcze znane szczegółowe stanowisko Prezesa UOKiK w sprawie zakresu tajemnicy adwokackiej w postępowaniu antymonopolowym. Wszystko wskazuje jednak na to, że organ ten zmierza do wypracowania takiego stanowiska.

Podsumowując krótkie i z natury rzeczy ogólne przedstawienie problematyki tajemnicy adwokackiej w postępowaniu antymonopolowym, stwierdzić należy, że istnieje konieczność odniesienia się samorządu adwokackiego do tego problemu.

Dla autora niniejszego wystąpienia nie ulega wątpliwości, że tajemnica adwokacka ma podstawowe znaczenie nie tylko w przypadku powierzania adwokatowi poufnych wiadomości w postępowaniu karnym, ale również w szeroko rozumianym obrocie gospodarczym. Różne organy administracji publicznej, reprezentujące tak czy inaczej rozumiany interes publiczny domagają się uchylecia tej tajemnicy. Z głębokim zrozumieniem dla kategorii interesu publicznego, należy jednak chronić istotę tajemnicy adwokackiej. Nie można doprowadzić do sytuacji, w której tajemnica ta ulegnie podobnej erozji, jak tajemnica bankowa.

W podsumowaniu całej konferencji należy zauważyć, że zarówno od strony merytorycznej, jak też organizacyjnej, konferencja zakończyła się sukcesem. Bogactwo wątków poruszanych w ramach przeprowadzonego programu będzie z pewnością jeszcze przedmiotem dalszych badań i dyskusji. W dyskusji tej – zwłaszcza w zakresie wątków dotyczących zachowania tajemnicy adwokackiej – nie może zabraknąć głosu Adwokatury.