

UNIVERSITY OF BIALYSTOK
FACULTY OF LAW

BIALYSTOK LEGAL STUDIES

BIAŁOSTOCKIE STUDIA
PRAWNICZE

BIAŁYSTOK 2023

VOLUME 28 no. 4

BIALYSTOK LEGAL STUDIES

BIAŁOSTOCKIE STUDIA
PRAWNICZE



VOLUME 28 no. 4

Editor-in-Chief of the Publisher Wydawnictwo Temida 2: Dariusz Kijowski

Chair of the Advisory Board of the Publisher Wydawnictwo Temida 2: Rafał Dowgier

Advisory Board:

Representatives of the University of Białystok: Leonard Etel, Ewa M. Guzik-Makaruk, Dariusz Kijowski, Cezary Kulesza, Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Maciej Perkowski, Joanna Sieńczyło-Chlabicz, Mieczysława Zdanowicz

Representatives of other Polish Universities: Marek Bojarski (University of Law in Wrocław), Dorota Malec (Jagiellonian University in Kraków), Tomasz Nieborak (Adam Mickiewicz University in Poznań), Maciej Szpunar (University of Silesia in Katowice; Advocate General at the Court of Justice of the European Union), Stanisław Waltoś (University of Information, Technology and Management in Rzeszów), Zbigniew Witkowski (Nicolaus Copernicus University in Toruń)

Representatives of Foreign Universities and Institutions: Lilia Abramczyk (Janek Kupała State University in Grodno, Belarus), Vladimir Babčák (University of Kosice, Slovakia), Renata Almeida da Costa (University of La Salle, Brazil), Jose Luis Iriarte Angél (University of Navarra, Spain), Andrew S. Horsfall (Syracuse University, USA), Jolanta Kren Kostkiewicz (University of Bern, Switzerland), Martin Krygier (University of New South Wales, Australia), Anthony Minnaar (University of South Africa, South Africa), Antonello Miranda (University of Palermo, Italy), Petr Mrkyvka (University of Masaryk, Czech Republic), Marcel Alexander Niggli (University of Fribourg, Switzerland), Lehte Roots (Tallinn University of Technology, Estonia), Jerzy Sarnecki (University of Stockholm, Sweden), Rick Sarre (University of South Australia, Australia), Kevin Saunders (Michigan State University, USA), Bernd Schünemann (University of Munich, Germany), Liqun Cao (Ontario Tech University, Canada)

Editors:

Editor-in-Chief: Elżbieta Kuźelewska

Editorial Secretary: Ewa Lotko, Paweł Czaplicki

Other Editors: Tanel Kerikmäe, Christopher Kulander, Andrzej Sakowicz, Urszula K. Zawadzka-Pąk, Bruna Žuber

© Copyright by Author(s) under the Creative Commons CC BY NC ND 4.0 license

No part of this work may be reproduced and distributed in any form or by any means (electronic, mechanical), including photocopying – without the written permission of the Publisher.

The original version of the journal is a print one.

ISSN 1689–7404

e-ISSN 2719–9452

Volume Theme Editor: Anna Piszcz

Language Editors: Urszula Andrejewicz, Claire Taylor-Jay

Statistical Editor: Ewa Glińska

Graphic and Typographic Development: Jerzy Banasiuk

Cover Design: Bogusława Guenther

Publisher: Faculty of Law, University of Białystok; Temida 2

All volumes can be purchased from Wydawnictwo Temida 2. Address: ul. A. Mickiewicza 1, 15-213 Białystok, Poland. E-mail: temida2@uwb.edu.pl, Tel. +48 85 745 71 68

Spis treści

ARTYKUŁY

Adam Wiśniewski

The Protection of Entrepreneurs and the European Convention of Human Rights..... 11

Dawid Miąsik, Kamil Kapica

The Duty of National Administrative Authorities to Respect the EU's Fundamental Rights in Fining Proceedings and the Consequences Thereof 35

Monika Szwarc

Enforcement of EU Law: Effectiveness and Fundamental Rights as Limits to the Ius Puniendi Exercised by Member States in Fiscal (Criminal) Proceedings.... 53

Maciej Etel

Sprzeciw od czynności kontrolnych jako szczególny środek ochrony przedsiębiorcy... 69

Karolina Zapolska

Dyrektywa DAC7 2021/514/UE – przegląd niektórych polskich rozwiązań w kontekście praw podstawowych przedsiębiorców..... 91

Elżbieta Karska, Vita Czepek

Prawa korporacji transnarodowych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego..... 105

Pieter Van Cleynenbreugel

The Privilege against Self-Incrimination in EU Competition Law: Time for a Case Law Update?..... 117

Kati Cseres, Karolina Hwija

Sped-Pro: The Impact of Rule-of-Law Backsliding on the Enforcement of (EU) Competition Law 131

Sofia Oliveira Pais, Marta Prata Domingos

The Principle of Equal Treatment in the Google Shopping Case..... 145

Anna Piszcz, Magdalena Knapp

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 a gwarancje ochrony praw podstawowych strony postępowania antymonopolowego w Polsce – wybrane zagadnienia 165

Paulina Korycińska-Rządca

Uprawnienia dochodzeniowe Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów a Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 – wybrane zagadnienia 181

Lourdes Mella Mendez, Małgorzata Kurzynoga

The Presumption of the Employment Relationship of Platform Workers as an Opportunity to Eliminate Obstacles Arising from Competition Law in the Conclusion of a Collective Agreement: The Example of Spain..... 197

Marzena Szablowska-Juckiewicz, Aneta Giedrewicz-Niewińska

Wewnątrzzakładowa procedura zgłaszania naruszeń prawa a ochrona interesu przedsiębiorcy 217

Maciej Oksztulski

Między ideałem a realiami – zakłady aktywności zawodowej a zatrudnienie osób ze spektrum autyzmu 235

Arsen Tavadyan

The Development of Armenian Legislation on Pledge..... 253

GŁOSA

Konrad Zacharzewski

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2022 roku, III CZP 78/22, OSNC 2022, nr 9, poz. 81 265

Lista recenzentów w 2023 r. 277

Contents

ARTICLES

Adam Wiśniewski

The Protection of Entrepreneurs and the European Convention of Human Rights..... 11

Dawid Miąsik, Kamil Kapica

The Duty of National Administrative Authorities to Respect the EU's Fundamental Rights in Fining Proceedings and the Consequences Thereof 35

Monika Szwarc

Enforcement of EU Law: Effectiveness and Fundamental Rights as Limits to the Ius Puniendi Exercised by Member States in Fiscal (Criminal) Proceedings.... 53

Maciej Etel

Objection to Inspection Activities as a Special Legal Instrument for Protection of the Entrepreneur..... 69

Karolina Zapolska

DAC7 Directive 2021/514/EU: Review of Some Solutions in the Context of the Fundamental Rights of Entrepreneurs..... 91

Elżbieta Karska, Vita Czepek

The Rights of Transnational Corporations under International Humanitarian Law 105

Pieter Van Cleynenbreugel

The Privilege against Self-Incrimination in EU Competition Law: Time for a Case Law Update?..... 131

Contents

Kati Cseres, Karolina Hwija

Sped-Pro: The Impact of Rule-of-Law Backsliding on the Enforcement of (EU) Competition Law 131

Sofia Oliveira Pais, Marta Prata Domingos

The Principle of Equal Treatment in the Google Shopping Case..... 145

Anna Piszcz, Magdalena Knapp

Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council and Guarantees for the Protection of the Fundamental Rights of a Party to Anti-Monopoly Proceedings in Poland: Selected Issues 165

Paulina Korycińska-Rządca

The Investigative Powers of the President of the Office of Competition and Consumer Protection and Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council: Selected Issues..... 181

Lourdes Mella Mendez, Małgorzata Kurzynoga

The Presumption of the Employment Relationship of Platform Workers as an Opportunity to Eliminate Obstacles Arising from Competition Law in the Conclusion of a Collective Agreement: The Example of Spain..... 197

Marzena Szablowska-Juckiewicz, Aneta Giedrewicz-Niewińska

The Internal Reporting Procedure for Breaches of Law and the Protection of the Entrepreneur's Interest 217

Maciej Oksztulski

Between Ideal and Reality: Professional Activation Facilities and the Employment of People on the Autism Spectrum..... 235

Arsen Tavadyan

The Development of Armenian Legislation on Pledge..... 253

COMMENTARY

Konrad Zacharzewski

Gloss to the Judgment of the Supreme Court of 12 January 2022, III CZP 78/22 265

List of the Reviewers in 2023. 277

ARTYKUŁY

Received: 8.05.2023

Accepted: 10.12.2023

Robert Lizak

Institute of Legal Sciences of the Polish Academy of Sciences, Poland

robertpol25@wp.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7980-2409>

Sebastian Skuza

University of Warsaw, Poland

sskuza@wz.uw.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9357-6791>

The Inflation Reduction Act as an Element of Shaping the US Grand Strategy and the UN Strategy of Global Goals

Abstract: The purpose of this article is to present the US Inflation Reduction Act (IRA), signed by the US president on 16 August 2022, which provides the legal basis for the largest nationwide public investment in the economic, social and environmental spheres since the 1930s. The Act is an offshoot of the 2020–2021 legislative effort known as the Build Back Better Plan, which aims to create synergies between the US Grand Strategy to maintain the ‘exorbitant privilege’ of being the economic hegemon (resulting from the balance of power in the global economy and international politics, the status of the US dollar as an international currency and the oversight of the global reserve currency that has protected US sovereignty, security and prosperity to date) and the Agenda 2030 for Sustainable Development, adopted in 2015 by 193 UN Member States. The assessment of the US IRA is relevant not only because of the attempt made to holistically assess US strategic policy goals, including in the area of sustainable finance, but also to isolate global development trends in economic, social and environmental areas.

Keywords: Environmental Social Governance (ESG), national security law, renewable energy, strategic management, sustainable finance

Introduction

On 16 August 2022, the US president signed the Inflation Reduction Act (Inflation Reduction Act of 2022, IRA) into law, a goal which aims to enable the American political vision to achieve global leadership in confronting the existential threat of

the climate crisis, thus making the United States a global leader in clean energy technology, production and innovation and to drive the US and global economy with it (The White House, 2023). A review of the IRA regulations shows that it includes a number of ambitious national-level strategic goals in economic, social and environmental areas. For example, in the economic area, these goals include reducing inflation through a budget deficit reduction that is unprecedented in the history of the United States, investments in clean energy, and tax reform. In the social area, the strategic objectives focus especially on lowering the cost of health insurance by reducing the price of prescription drugs, introducing a mechanism to negotiate prices with drug manufacturers, and extending the temporary extension of health insurance subsidies for an additional two years under the provisions of the Affordable Care Act (Patient Protection and Affordable Care Act 2010). The final strategic goals also included environmental protection, such as reducing US carbon emissions by 40% by 2030, introducing a system of tax credits and subsidies for technology, production, investment and innovation in clean energy, and conservation of natural resources.

We suggest that, the IRA also fulfils the obligations of Agenda 2030, adopted on 25 September 2015 by all 193 UN Member States (United Nations, 2015a)¹. The Agenda sets out 17 Sustainable Development Goals (SDGs) to be achieved by Member States by 2030, also referred to as Global Goals, and the status of their achievement is monitored by relevant indicators (United Nations, 2015a), the shaping of which the United States has played a key role in (Pipa et al., 2022).

We also view the IRA as part of the foundation of the so-called US Grand Strategy. While there are many definitions of the US Grand Strategy in the literature (Art, 1991, p. 7; Layne, 1998, p. 8; Luttwak, 1987, p. 179), our attention was drawn to a study by R. D. Hooker Jr, according to which it is a strategy that exists above and beyond strategies aimed at securing specific objectives, such as the National Security Strategy (The White House, 2022), and beyond the use of military force to achieve political objectives (Hooker, 2014, p. 1). Is the author Hooker noted that one way to understand the Grand Strategy is to look for the long-term actions of the state defined by enduring core security interests and how the state secures and develops them over time. Hooker view, it is relevant and more

meaningful to indicate which specific initiatives the state has taken, rather than what it has pledged to take. Finally, Hooker came to the conundrum that the US Grand Strategy is a strategy that shows great persistence over time, focusing on the things considered most important, that is, the ‘interests in the protection’ of which any administration is likely to be willing to expend public resources, establish legal norms, apply sanctions and even take military action (Hooker, 2014, p. 1).

With the above in mind, we decided to review the IRA and its legal environment. We then extracted the strategic objectives from it that, in our view, allow the United States not only to meet the SDGs of Agenda 2030 and the US Grand Strategy but also to address several domestic issues, such as maintaining stable public finances after the COVID-19 pandemic, protecting the US economy from the spectre of recession, reducing inflation and energy prices, and, finally, transitioning to a low-carbon economy. We believe that the IRA is an important element of the US legal system, enabling synergies between strategic initiatives which are ultimately designed to enable the United States to maintain the ‘exorbitant privilege’ of being the economic hegemon, which results from the balance of power in the world economy and international politics, the status of the US dollar as an international currency and the oversight of the global reserve currency that has protected US sovereignty, security and prosperity to date (Eichengreen, 2011).

In order to validate such a hypothesis, we conducted a holistic review of the US legal norms that make up the Build Back Better Plan initiative, then outlined the essence of the IRA, extracted and evaluated the strategic objectives in it, and finally compared these objectives with the 17 goals and 169 targets set out in the Agenda 2030 for Sustainable Development. Furthermore, we examined several strategic documents of the federal government and other official documents and scientific studies produced by or for representatives of the federal administration. The above, we argue, is intended to make it possible not only to assess IRA on their own but to identify global trends that can serve as a basis for models or possible implementation in national law or as a contribution to an appropriate response at the national level in political, legal and management terms.

Political and legal conditions for the enactment of the Inflation Reduction Act

The inauguration day for new presidents of the United States falls on the 20 January.¹ This day also marks the 2021 inauguration of Joe Biden, who took office during the trade war with China (Fajgelbaum & Khandelwal, 2021) and the energy war with Russia (Morningstar & Webster, 2022), during the ongoing COVID-19 pandemic and at the beginning of an upward trend in inflation, which a year and a half later reached the highest level in the United States in 40 years. This was also the year before Russia's aggression against Ukraine. The US administration also faced a number of problems and challenges in domestic policy, which included high unemployment rates, rising prices for energy, food and building materials, a growing budget deficit and realistic forecasts of the onset of a recession (Doherty et al., 2021). It is also impossible to ignore the fact that on 25 September 2018, during the 73rd session of the UN General Assembly, President Donald Trump denounced Agenda 2030, which virtually determined that US energy policy would still be based on fossil fuels, especially shale gas, rather than the clean energy promoted in Agenda 2030 which is supposed to reduce greenhouse gas emissions and overcome the long-term threat of the climate crisis (Department of Defense 2021; The White House 2021a; The White House 2021b).²

We believe that the US economy at the end of the COVID-19 pandemic faced the spectre of weakening in the long term and, consequently, the risk of not retaining the 'exorbitant privilege' of being the economic hegemon resulting from the balance of power in the world economy and international politics. Accordingly, the US administration has taken a number of legislative measures to prevent the identified problems, risks and challenges from materialising in the short and long term.

On his very first day in office, President Joe Biden signed the United States up to once again become a party to Agenda 2030 (Blinken 2021), which means that the country is still obliged to meet the 17 SDGs by 2030, despite a gap of almost two and a half

1 Congress had originally established 4 March as Inauguration Day. The date was moved to 20 January with the passage of the Twentieth Amendment in 1933.

2 The Department of Defense treats climate change as a national security priority.

years in their progress towards that obligation. It cannot be ruled out that this action was one of the reasons for the development of the IRA. Since the adoption of Agenda 2030 in the United States, it has not been possible to identify any legislative initiative that fulfils the SDGs on a national level. A review of US legislation shows that such a legislative initiative was launched in 2020 by the political base of the then presidential candidate Joe Biden. The initiative was referred to as the Build Back Better Plan and was the most ambitious nationwide public investment in social, infrastructure and environmental programmes since the Great Depression of the 1930s (^{The White House, 2023, a}).

The Build Back Better Plan initiative consisted of three parts: the American Rescue Plan, enabling the mitigation of the COVID-19 pandemic crisis (^{American Rescue Plan Act of 2021}), the American Jobs Plan, leading to a range of infrastructure investments and reducing the US contribution to climate destruction (^{American Jobs Plan 2021}) and the American Families Plan, providing funding for various social policy initiatives (The White House, 2021c). The first part was adopted in the American Rescue Plan Act of 2021, and the solutions from the next two were ultimately regulated in the Infrastructure Investment and Jobs Act of 2021 (The White House, 2021c) and the IRA of 2022,³ which President Joe Biden signed on 16 August 2022. Significantly, a few days before signing the IRA, on 9 August 2022, the president also signed into law the CHIPS and Science Act of 2022, which seeks to provide incentives for the construction, upgrade or expansion of semiconductor manufacturing facilities and equipment, to implement a programme of high-tech semiconductor research and development and semiconductor-related human resource development in the United States, and to undertake several initiatives to protect US supply chains, national security and international cooperation. This fact is important insofar as the above acts have partially overlapping priorities; citing them is necessary to clarify the essence of the United States' strategic objectives and will help us to come to a conclusion.

2. Strategic objectives of the IRA and comparison with the SDGs

3 The Inflation Reduction Act was adopted under the lawmaking procedure known as reconciliation. See ² US Code § 641 – Reconciliation.

Based on the review of the IRA above, we identified eight strategic objectives and assigned them to one of three areas, i.e. economic, social and environmental. The three strategic objectives identified in the economic area are reform of the tax system, investments in clean energy and reduction of inflation by reducing the budget deficit. The tax system reform consists of introducing a selective minimum corporate tax rate of 15% for corporations with annual revenues above USD 1 billion, with an estimated revenue of USD 222 billion from this tax within ten years of the law coming into force.⁴ In addition, a 1% excise tax on share buybacks has been introduced, with revenue expected to reach USD 74 billion. Another solution that makes up the tax reform is the extension of the provision of Section 461(l) of the Internal Revenue Code for two years, according to which a taxpayer who is not a corporation may benefit from a tax credit or deduction that reduces their tax liability for the current and future tax years if an excess business loss arises.⁵ We argue that the most significant element of tax reform in the United States is the allocation of USD 79.6 billion to the agencies that operate the tax system to modernise and increase the efficiency of the Internal Revenue Service (IRS) tax enforcement system (Department of Treasury, 2022),⁶ including reducing opportunities for tax optimisation, particularly in corporate income tax. These funds are to be spent by the end of the fiscal year 2031 on 1) IRS enforcement (USD 45.6 billion), including USD 153 million for the Tax Court; 2) operational support (USD 25.3 billion); 3) taxpayer services (USD 3.2 billion); and 4) business systems upgrades (USD 4.7 billion) (McDermott²⁰²²).

The first of the two strategic objectives identified in the social area is the generation of savings in the health system totalling USD 281 billion. These savings are to be generated through the repeal of the drug rebate rules introduced under President Donald Trump (USD 122 billion), the introduction of a mechanism for negotiating

4 According to the Joint Committee on Taxation, a minimum corporate income tax would affect around 150 US corporations (Congressional Research Service, 2022).

5 26 US Code § 461 – General rule for taxable year of deduction.

6 According to the IRS 2021 Data Book, the IRS had 78,661 full-time employees in the fiscal year 2021, of whom 44.6% had tax law enforcement as part of their responsibilities. The IRS budget for the 2021 fiscal year was approximately USD 13.7 billion, of which approximately USD 5 billion was allocated to tax law enforcement.

certain drug prices with their manufacturers (USD 96 billion) and the establishment of a price cap on certain drugs (USD 63 billion). The second strategic objective is to reduce citizens' costs in healthcare to the tune of USD 108 billion. In this case, the target is to be achieved by prolonging the temporary extension of health insurance subsidies, which were established under the Affordable Care Act, for an additional two years (USD 64 billion). Another example of reducing patients' healthcare costs is the establishment of a maximum limit on the cost of medicines to USD 2,000 per year per person who benefits from Medicare, as well as providing subsidies to people on low incomes, covering the cost of certain vaccinations and the partial cost of insulin (USD 44 billion), including limiting the cost of insulin to USD 35 per month per patient.

Finally, the three strategic objectives identified in the environmental area include reducing US carbon emissions by 40% by 2030, introducing a system of tax credits and subsidies to facilitate the energy transition to clean energy, and conserving natural resources. These goals are to be achieved through the implementation of eight tasks at a total cost of USD 391 billion (Wall Street Journal, 2023). In this case, a task systematisation developed by the Congressional Budget Office was used, according to which these strategic goals will achieve: 1) tax credits for clean electricity (USD 161 billion); 2) funding to reduce carbon emissions generated by air pollution from hazardous materials, transportation and infrastructure (USD 40 billion); 3) clean energy financial incentives for individuals (USD 37 billion); 4) clean energy production tax credits (USD 37 billion); 5) tax credits for clean fuel and electric vehicles (USD 36 billion); 6) funding for rural and forest conservation and development (USD 35 billion); 7) funding for building efficiency, electrification, the energy transmission and distribution grid, industry, and grants and loans from the US Department of Energy (USD 27 billion); and 8) other energy and climate spending (USD 18 billion).

While in some UN Member States the principle of sustainable development is a fundamental principle of law, as exemplified by Poland and the regulation of this principle in Article 5 of its Constitution, an initiative was taken at the UN to develop a universal template for sustainable development. This template was adopted in the

UN General Assembly Resolution known as Agenda 2030. Although Agenda 2030 is not legally binding and therefore only contains general recommendations for specific actions, it can be recycled in virtually any way at the national level. For example, in Poland, Agenda 2030 was recycled in the Resolution of the Council of Ministers on the Adoption of the Strategy for Responsible Development until 2020 (with an Outlook until 2030) (Council of Ministers, 2017, item 260); in the United States, the IRA has been passed into law.

The strategic goals of Agenda 2030 make it possible to solve problems and overcome challenges, particularly in the economic, social and environmental areas, that cannot be solved by a single individual, organisation or country. Based on its Article 21, UN Member States are responsible for its implementation at national, regional and international levels, taking into account their realities, opportunities and degrees of development, based on respect for national development policies and priorities. In addition, UN Member States are required to set SDG-compatible targets at the national level, to monitor the progress of their implementation, including the selection of indicators and reporting, and finally to strengthen the partnership of the public and private sectors. Agenda 2030 thus represents a global sustainable development strategy.

Agenda 2030 distinguishes between the following SDGs: 1) eradicating poverty; 2) eradicating hunger, achieving food security and promoting sustainable agriculture; 3) ensuring healthy lives and promoting prosperity; 4) ensuring access to education; 5) achieving gender equality; 6) ensuring access to water and sanitation; 7) ensuring access to affordable energy; 8) promoting economic growth and access to decent work; 9) building stable infrastructure and sustainable industries and fostering innovation; 10) reducing inequality; 11) making cities safe and inclusive; 12) ensuring a pattern of sustainable consumption and production; 13) addressing climate change and its impacts; 14) protecting oceans, seas and marine resources; 15) protecting terrestrial ecosystems and forests, combating desertification and halting land degradation and biodiversity loss; 16) promoting peace, ensuring access to jus-

tice and building effective and accountable institutions; 17) strengthening the Global Partnership for Sustainable Development.

A comparative analysis of the IRA and Agenda 2030 shows that while the temporal scope of Agenda 2030 is precisely defined from many perspectives, in contrast to the IRA, the IRA is presented in ten-year terms. For example, the time frame of the US Congressional Research Service report on the impact of the IRA on climate change (Congressional Research Service, 2021) and the time frame of the Congressional Budget Office report on the estimated impact of the IRA on public finances (Congressional Budget Office, 2022) are both 2022–2031. In addition, the realisation of one of the key targets to be achieved under the IRA, to aim to reduce US greenhouse gas emissions to 50–52% below 2005 levels, was set for 2030 (The White House, 2023).

What is undisputed is the geographical scope of Agenda 2030, which is global in nature, with 193 UN Member States being party to it. In the case of the IRA, the situation is not so clear-cut. Although the IRA is a law adopted by the US Congress and its geographical scope is not in dispute, as it covers the territory of the United States, one cannot fail to interpret that its range of influence is much broader than the external borders of a state. This is not only due to the political manifesto of the US administration, according to which the United States seeks to achieve international leadership in climate protection and clean energy, but also to the ability of the US economy to influence and be influenced by the global economy. For example, virtually as soon as the IRA was enacted, accusations were made against it in terms of its protectionist nature, and after a few months of it being in force, initial symptoms of its impact on the economy of the European Union were seen (European Parliament, 2022; European Commission, 2023).

The Regulatory Impact Assessment of the IRA shows that the legislation provides the basis for new spending and tax relief to the tune of USD 499 billion, which is expected to reduce the budget deficit by USD 238 billion over a decade, including more than USD 61 billion, before interest, in 2031. This means that the total costs, revenues and savings settled in the IRA come to USD 738 billion (Committee for

a Responsible Federal Budget, 2022). The issue of how to finance the implementation of Agenda 2030 goals was admittedly not as detailed as in the IRA, but it was nevertheless not omitted. On 13–16 July 2015, the Third International Conference on Financing for Development adopted the so-called Addis Ababa Action Agenda, a financing framework for Agenda 2030 that was enacted two months later, which identified possible sources of funding, including domestic resources, private sources of funding and official development assistance (United Nations, 2015b). It is evident from both UN agendas that the primary source of funding for Agenda 2030 is an integrated national financing framework, particularly from improvements in national taxation and other revenue collection capacity.

A comparison of the IRA and Agenda 2030 also shows that the strategic objectives of both cover three areas, i.e. economic, social and environmental. In turn, a comparison of the eight strategic goals of the IRA with the 17 goals of the SDGs leads to the conclusion that, for the most part, they coincide with each other and are aligned with the realities, problems and challenges existing in US domestic and foreign policy. We suggest that the IRA pays the least attention to the SDGs about ensuring access to education (Goal 4) and achieving gender equality (Goal 5). On the other hand, the strategic goals identified in the IRA that most fully implement the strategic goals of the SDGs include ensuring access to affordable energy (Goal 7), building stable infrastructure, creating sustainable industry and fostering innovation, (Goal 9) and addressing climate change and its impacts (Goal 13).

3. Opportunities of and threats to the implementation of the IRA

While in the United States the enactment of laws does not generally deviate from the standard established in democratic countries, a characteristic feature of the process has become the conferring of ‘catchy’ titles to laws. Based on statements by Owen and Ritchie, it is possible to conclude that in the enactment of certain laws in the United States and their subsequent application, it is desirable to generate interest among the media and the public in order to gain public support and, consequently, to lead the public to believe that a particular law is a means of satisfying their needs or solving their problems (cited in Long, 2005). Arguably, this type of social engineering

is precisely what we are dealing with in the case of the IRA, as it was based on changes in the economy and subsequent changes in the mood of the US public.

A review of data from the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) shows that the change in the annual inflation rate in the United States between the third quarter of 2019 and the third quarter of 2021 was almost 3.6 percentage points, which determined that the annual inflation rate, as measured by the Consumer Price Index, reached 6.2% in October 2021, the highest in more than three decades. It consequently represented the third highest inflation rate in the study group, behind Brazil and Turkey (OECD, 2019–2021). Gallup's Economic Confidence Index, on the other hand, stood at -45 points in May 2022, up from -39 points in March and before, marking the lowest score since the COVID-19 pandemic began and possibly the lowest level of confidence since the end of the Great Recession in early 2009 (Gallup, 2022; Jones, 2022).⁷

Finally, a Pew Research Center survey conducted in May 2022 found that 70% of the American public considered inflation to be the biggest problem facing the United States; the next biggest, recognised by 55% of the public, was access to healthcare. As can be seen, the title of the IRA is therefore unlikely to be coincidental, as it seeks to alleviate public concerns about rising inflation levels and the increasing cost of living for American families. However, this begs the question of whether this bill can reduce inflation and what other problems it can solve.

A study by the Penn Wharton Budget Model (PWBM) of the IRA's estimated budgetary and macroeconomic effects suggests that it will reduce the annual rate of inflation by about 0.1 percentage points within about five years of its implementation, but will have no measurable impact on inflation beyond 2028 (Arnon & Smetters,

7 Gallup's Economic Confidence Index is a summary measure of Americans' perceptions of the current economic situation and their outlook for the economy. The index has a range from +100 (if all respondents say the economy is excellent or good and getting better) to -100 (if all say it is weak and getting worse). The results are based on a Gallup poll from 2–22 May 2022, conducted at a time of record high gas prices, elevated inflation, government reports of declining economic growth in the first quarter and stock market crashes.

2022). According to PWBM estimates, the planned additional tax revenues will be higher relative to expenditure, leading to a reduction in public debt of 4.1% in 2040 and 8% in 2050, with a consequent positive impact on economic growth. In addition, the increase in business taxes will reduce the after-tax return on investment, which will offset the positive effects on investment resulting from the lower level of public debt. After accounting for these two effects, private-sector output will fall by 0.2% in 2031, remain unchanged in 2040 and increase by 0.3% in 2050. The PWBM also assumes that productivity gains from climate and energy effects are expected in 2050, which will be reflected in wage growth of 0.1% and GDP growth of 0.1%. Finally, in the PWBM's assessment, 75% of the corporate tax burden will be borne by capital owners and the remainder by employees, while in the case of the share buyback tax, the tax burden will be borne exclusively by shareholders. A distributional analysis of the newly introduced taxes shows that the majority of the burden will affect households with higher incomes (Arnon & Smetters, 2022).

On the basis of the PWBM's assessment, it can be concluded that, in the short term, the IRA will not lower inflation, but neither will it cause it to rise further. In our opinion, in the long term, the Act offers the potential to fulfil the expectations placed in it, although this depends on the appropriate management of the risks and opportunities that are directly or indirectly associated with it. Firstly, on the one hand, the purpose of the IRA is to bring about a reduction in healthcare-related costs for individuals (Cubanski et al., 2023; Larsen et al., 2022)⁸ and, on the other, to encourage them, as it were, through a system of subsidies, to spend the money they have saved on the energy transition, with the ultimate aim of lowering energy prices and increasing the availability of energy, with a consequent increase in the liquidity of supply. The key question here is whether and to what extent it will be possible to influence

8 The Rhodium Group estimates that by 2030, the provisions of the IRA will save households up to USD 112 per year on average, as a result of falling gas and electricity prices. In contrast, a Kaiser Family Foundation study shows that in 2019, 1.2 million Medicare payers spent an average of USD 3,216 on prescription drugs, with payers taking the most expensive drugs spending an average of USD 10,000 to 15,000 per year.

consumer decisions and redirect the flow of funds saved and 'freed' from subsidies to the energy transition.

Secondly, one could say that the purpose of the IRA is to reduce the budget deficit, which only affects the reduction of inflation. Deficit reduction can be achieved by reducing expenditure or increasing revenue. The IRA can increase budget revenues if tax revenues are increased, which will reduce demand in the economy, reducing the direct pressure on excessively high prices. Reducing the budget deficit has a positive impact on the dynamics of investment growth and net exports, enabling the stimulation of economic growth in the short and long term and consequently achieving stability for the American economy (Stiglitz et al., 2022).

Thirdly, deficit reduction through increased tax revenues is possible, as the IRA introduced two new taxes: a minimum corporate income tax of 15% and a share buy-back tax of 1%. The implementation of the corporate income tax, including tackling complex holding structures, which often use aggressive tax optimisation, will not be a simple matter. Even if there are legal instruments in US tax law to counteract aggressive optimisation, the adequate preparation of IRS revenue officers and the availability of tax data and IT tools is under question. It cannot be ruled out that technology based on artificial intelligence, which is already being used in the United States to audit public finances, will be used to achieve this strategic objective (Lizak & Skuza, 2023).

We should also mention two ways of lowering inflation which can complement the provisions of the IRA and the measures taken on its basis, although they do not derive from them. The first is to raise effective federal funds rate (EFFR) by an appropriate amount when inflation rises (Board of Governors, 2022). In January 2022, there was a change to the Fed's previous 'loose' monetary policy by the funds rate being raised to 4.38%; it had been unchanged from 0.12% since the start of the COVID-19 pandemic in March 2020. The current March 2023 rate of 4.9% was last seen in October 2007 (Federal Open Market Committee, 2023). The Fed's monetary tightening policy has yielded positive results, as the inflation rate stood at 5.4% in

January 2021, reached 9.06% in June 2022 and fell to 6% in February 2023 (statista.com, 2023).

The second way is to avoid the risk of rising inflation by ensuring the stability of global supply chains, whose disruption during the COVID-19 pandemic caused shortages of certain components, especially semiconductors, resulting in price increases for some commodities, intermediates and materials. The IRA, correlating with the CHIPS and Science Act of 2022, is intended to minimise the risk of disruption to global supply chains and, in the long term, to not only ensure price stability but even exert downward pressure on prices, especially in the areas of electric cars and rare-earth elements (Ferreira & Critelli, 2022; Kennedy, 2022).⁹

Conclusions

Firstly, it should be noted that the US economy entered the third decade of the 21st century in what has been referred to as a 'polycrisis' (Tooze, 2022). This is because the return to the economic reality before the COVID-19 pandemic was complicated by Russia's aggression against Ukraine, which set off a series of overlapping national, regional and international crises in the economic, environmental, geopolitical, social and technological areas (World Economic Forum, 2023). In order to protect its own economy, the United States has adopted the extremely ambitious and bold IRA, which, in our view, provides the basis for the federal government to use the greatest amount of leverage over the domestic economy since the Great Depression of the 1930s. A review of the provisions of the IRA leads to a number of multidimensional and interdisciplinary conclusions.

Firstly, the IRA is a good example of solving current problems and crises, but also minimising risks in the long term. The impact assessment leaves no doubt that the Act provides a basis for aggressive and non-fragmentary interference in the US

9 As M. R. Kennedy (2022) aptly points out, the IRA provides funding and extends authority under the Defense Production Act of 1950 (Public Law 81-774, 81st Congress, 8 September 1950, [p. 798]) to conduct research into the exploration of sources of critical raw materials, including rare-earth elements necessary for renewable energy production such as solar panels and wind turbines, which are now largely controlled by China.

economy in order to minimise known risks, such as inflation, rising living costs, social unrest, geopolitical confrontation and global strategic rivalry, but also new risks, which may include disruption of global supply chains, failure to mitigate and adapt to climate change, or global competition for the rare-earth elements market. As can be seen, virtually all of these risks could be acute in the long term. This is all the more important because in an era of polycrisis, a 'firefighting' approach to solving a problem may prevail, which is short-sighted and often perpetuates a vicious circle. In our view, the IRA creates a readiness to respond to long-term risks across multiple domains, which can help policymakers make decisions that enable them to minimise risks, not only domestically and in global strategic competition but also in the short- and long-term.

Secondly, the IRA can have a positive impact on reducing inflation by decreasing the budget deficit, lowering energy prices and increasing energy availability (making it more difficult to disrupt domestic and global supply chains), and changing the Fed's monetary policy in terms of adjusting the level of the Fed funds rate on an ongoing basis (The White House, 2023b).

However, the attainment of this objective depends at least on the following factors: 1) reform of the corporate tax enforcement system; 2) the absence of circumstances that would make it impossible to use the proceeds of new taxes, i.e. the corporate tax and the tax on share buybacks, for deficit reduction; 3) the influence on consumer decisions regarding the redirection of money saved from reduced costs of healthcare and money 'freed' from subsidies for the energy transition; 4) a lack of circumstances that would make it impossible to adjust the Fed's monetary policy to current needs; and 5) the implementation of the provisions of the CHIPS and Science Act of 2022, in particular regarding the construction of self-sufficient production of semiconductors and ensuring the protection of US supply chains. While the above projection of lower inflation in the United States is reasonably consistent with the current projection of lower inflation worldwide, according to which inflation will decline as demand dynamics in the global economy slow down, global trade imbalances subside and energy prices fall, the lack of the above factors could result in the contin-

uation of stubborn inflationary pressures, in individual economies and worldwide, economic slowdowns and excessive debt problems. Based on this, we conclude that the IRA is a kind of anti-inflation shield that seeks to provide security and stability for the US economy for at least the next decade.

Thirdly, the IRA is the most significant piece of US federal climate-protection legislation. It lays the foundation for the US energy transition from its previous fossil fuel-based energy policy to clean energy. This is supported by the fact that it is difficult to name any element of the US energy infrastructure system or renewable and non-renewable energy sources that would not be covered by the IRA. Another important issue is that of the so-called Internet of Energy (Rifkin, 2015). Although the wording of the IRA does not explicitly address this issue, we believe that the Act lays the foundations for the construction of the world's first smart-state energy system, i.e. the Internet of Energy, which would be managed using quantum computers and artificial intelligence (Schmidt et al., 2021, pp. 253–269). Thus, the actions to be taken under the Act and the extent to which they are funded are likely to lead to: 1) a 5.2–6.7% reduction in retail energy costs over a ten-year period, which would result in savings of USD 170–220 per year for the average US household (Roy et al., 2022); 2) ensured energy price stability; 3) a reduction in US carbon emissions by 50–52% by 2030. Moreover, a comparison of the IRA and Agenda 2030 shows that synergies can be achieved between the strategic goals extracted from both pieces of legislation. It is also reasonable to believe that, despite the two-and-a-half-year gap in the United States' failure to meet the SDGs, the scope and momentum of action taken under the IRA could soon lead the country to a position of global leadership in achieving them.

Fourthly and finally, the IRA enables the US economy to prepare for any potential new problems, crises and risks that may arise and makes it easier to steer the economy in an era of existing polycrisis by providing it with qualities such as stability, resilience, predictability and self-sustainability. In addition, the IRA enables the United States to become a world leader in clean energy technology, production and innovation, with its supply, availability and flows, employing a dominant share of its own workforce; consequently, the United States will drive its own economy, and

the global economy with it. We argue that the goal of the US Grand Strategy which emerges from a review of the strategic objectives extracted from the legislation that makes up the Build Back Better Plan, particularly the IRA, is to achieve US global leadership in the areas of the economy, energy and the climate, which ultimately will enable the maintenance of the 'exorbitant privilege' of being the economic hegemon that results from the balance of power in the world economy and international politics, the status of the US dollar as an international currency and oversight of the global reserve currency that has protected US sovereignty, security and prosperity to date.

REFERENCES

American Rescue Plan Act of 2021, Public Law 117–2, 117th Congress, 11 March 2021.

Arnon, A. & Smetters, K. (2022, 12 August). *Senate-Passed Inflation Reduction Act: Estimates of budgetary and macroeconomic effects*. Wharton School of the University of Pennsylvania. <https://budgetmodel.wharton.upenn.edu/issues/2022/8/12/senate-passed-inflation-reduction-act>

Art, R. J. (1991). A defensible defense, *International Security*, 15(4), 5–53.

Blinken, A. J. (2021, 19 February). ^{The United States officially rejoins the Paris} *a*greement. ^{US Department of State.} <https://www.state.gov/the-united-states-officially-rejoins-the-paris-agreement/>

Board of Governors of the Federal Reserve System. (2022). Monetary policy report, Washington, DC. https://www.federalreserve.gov/monetarypolicy/files/20220617_mprfullreport.pdf

CHIPS and Science Act of 2022, Public Law 117–167, 117th Congress, 9 August 2022.

Committee for a Responsible Federal Budget. (2022). *CBO scores IRA with \$238 billion of deficit reduction*. <https://www.crfb.org/blogs/cbo-scores-ira-238-billion-deficit-reduction>

Congressional Budget Office. (2022). *Estimated budgetary effects of Public Law 117–169, to provide for reconciliation pursuant to Title II of S. Con. Res. 14, cost estimate*. https://www.cbo.gov/system/files/2022-09/PL117-169_9-7-22.pdf

Congressional Research Service. (2021). *US climate change policy*. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46947>

Congressional Research Service. (2022, 10 August). The corporate minimum tax proposal.

Council of Ministers. (2017, 14 February). Resolution 8 of the Council of Ministers on the Adoption of the Strategy for Responsible Development until 2020 (with an Outlook until 2030), M. P. 2017.

Cubanski, J., Neuman, T., & Freed, M. (2023). *Explaining the prescription drug provisions in the Inflation Reduction Act*. Kaiser Family Foundation. <https://www.kff.org/medicare/issue-brief/explaining-the-prescription-drug-provisions-in-the-inflation-reduction-act/>

Department of Defense. (2021, 1 September). Department of Defense climate adaptation plan. *Report submitted to National Climate Task Force and Federal Chief Sustainability Officer*. <https://www.sustainability.gov/pdfs/dod-2021-cap.pdf>

Department of Treasury. (2022). Internal Revenue Service data book 2021 (2022): October 1, 2020 to 30 September 2021, Washington, DC. <https://www.irs.gov/pub/irs-prior/p55b--2022.pdf>

Doherty, C., Kiley, J., Asheer, N., & Jordan, C. (2021). *Biden nears 100-day mark with strong approval, positive rating for vaccine rollout*. Pew Research Center. https://www.pewresearch.org/politics/wp-content/uploads/sites/4/2021/04/PP_2021.04.15_biden-100-days_REPORT.pdf

Eichengreen, B. (2011). *Exorbitant privilege: The rise and the fall of the dollar and the future of the international monetary system*. Oxford University Press.

European Commission. (2023). *A green deal industrial plan for the net-zero age*. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, COM(2023) 62 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52023DC0062>

European Parliament. (2022). *EU response to the US Inflation Reduction Act (debate)*, Strasbourg. <https://www.europarl.europa.eu/doce>

Fact Sheet: The American Jobs Plan (March 31, 2021). The White House. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/03/31/fact-sheet-the-american-jobs-plan/>

Fajgelbaum, P., & Khandelwal, A. (2021). *The economic impacts of the US-China trade war* [Working paper 29315] National Bureau of Economic Research. https://www.nber.org/system/files/working_papers/w29315/w29315.pdf

Federal Open Market Committee. (2023). *Decisions regarding monetary policy implementation. Implementation note issued March 22, 2023*. <https://www.federalreserve.gov/newsevents/pressreleases/monetary20230322a1.htm>

Ferreira, G., & Critelli, J. (2022). China's global monopoly on rare-earth elements. *The US Army War College Quarterly*, 52(1), 57–72. <https://press.armywarcollege.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3129&context=parameters>

Gallup. (2022). *Gallup poll social series: Values and beliefs. Final topline*.

Hooker Jr., R. D. (2014). *The Grand Strategy of the United States*. [INSS Strategic Monograph]. National Defense University Press, 1–44. <https://ndupress.ndu.edu/portals/68/documents/books/grand-strategy-us.pdf>.

Inflation Reduction Act of 2022, Public Law 117–169, 117th Congress, 16 August 2022.

Infrastructure Investment and Jobs Act of 2021, Public Law 117–58, 117th Congress, 15 November 2021.

Jones, J. (2022). *Economic pessimism growing in US*. Gallup. <https://news.gallup.com/poll/393176/economic-pessimism-growing.aspx>

Kennedy, M. R. (2022). Geopolitics, competition, and the Inflation Reduction Act. In *Wilson Center Expert Analysis of the Inflation Reduction Act*, Washington, DC. Wilson Center. <https://www.wilsoncenter.org/article/wilson-center-expert-analysis-inflation-reduction-act>

Larsen, J., King, B., Kolus, H., Dasari, N., Hiltbrand, G., & Herndon, W. (2022). *A turning point for US climate progress: Assessing the climate and clean energy provi-*

sions in the Inflation Reduction Act. Rhodium Group. https://rhg.com/wp-content/uploads/2022/08/A-Turning-Point-for-US-Climate-Progress_Inflation-Reduction-Act.pdf

Layne, C. (1998). Rethinking American Grand Strategy: Hegemony or balance of power in the 21st century. *World Policy Journal*, 15(2), 8–28.

Lizak, R., & Skuza, S. (2023). AI enables the control of public finances – the US federal government initiatives, *Białostockie Studia Prawnicze*, 28(2), 175–195. <https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/handle/11320/15061>

Long, C. (2005). *Lawmakers turn to catchy names for bills*. The Hill. <https://thehill.com/homenews/news/8710-lawmakers-turn-to-catchy-names-for-bills/>

Luttwak, E. (1987). *Strategy: The logic of war and peace*. Harvard University Press.

McDermott, B. (2022, 20 October). IRS-related funding in the Inflation Reduction Act. Congressional Research Service. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IN/IN11977>

Morningstar, R. L., & Webster, J. (2022). *Putin's energy war against Europe also targets the US. Here's how Washington can fight back*. Atlantic Council. <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/putins-energy-war-against-europe-also-targets-the-us-heres-how-washington-can-fight-back/>

OECD. (2019–2021). *OECD economic outlook, vols. 2019–2021*. https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-outlook_16097408

Patient Protection and Affordable Care Act, Public Law 111–148, 111th Congress, 23 March 2010.

Pipa, T., Rasmussen, K., & Pendrak, K. (2022). *The state of the Sustainable Development Goals in the United States*. Center for Sustainable Development at the Global Economy and Development Program at the Brookings Institution, United Nations Foundation. <https://www.brookings.edu/articles/the-state-of-the-sustainable-development-goals-in-the-united-states/>

Rifkin, J. (2015). *The third industrial revolution: How lateral power is transforming energy, the economy, and the world*. Palgrave Macmillan.

Roy, N., Burtraw, D., & Rennert, K. (2022). *Retail electricity rates under the Inflation Reduction Act of 2022* [Resources for the Future issue brief]. https://media.rff.org/documents/IB_22-07_HcKDycO.pdf

Schmidt, E., et al. (2021, 5 March). *Final Report*. National Security Commission on Artificial Intelligence.

statista.com. (2023). *Monthly 12-month inflation rate in the United States from February 2020 to February 2023*. <https://www.statista.com/statistics/273418/unadjusted-monthly-inflation-rate-in-the-us/>

Stiglitz, J., et al. (2022, 2 August). *Letter from economists to congressional leadership*. <https://www.documentcloud.org/documents/22124998-letter-from-economists-to-congressional-leadership>

The White House. (2021a, 27 January). Executive Order 14008: On tackling the climate crisis at home and abroad. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/01/27/executive-order-on-tackling-the-climate-crisis-at-home-and-abroad/>

The White House. (2021b, 8 December). Executive Order 14057: Catalyzing clean energy industries and jobs through federal sustainability. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/12/08/executive-order-on-catalyzing-clean-energy-industries-and-jobs-through-federal-sustainability/>

The White House. (2021c). *Fact Sheet: The American Families Plan*. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/03/31/fact-sheet-the-american-jobs-plan/>

The White House. (2022). National Security Strategy, Washington, DC. <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/10/Biden-Harris-Administrations-National-Security-Strategy-10.2022.pdf>

The White House. (2023). *Building a clean energy economy: A guidebook to the Inflation Reduction Act's investments in clean energy and climate*. Version 2.

The White House. (2023a). *The Build Back Better Framework, President Biden's plan to rebuild the middle class*. <https://www.whitehouse.gov/build-back-better/>

The White House. (2023b). *The president's budget cuts the deficit by nearly \$3 trillion over 10 years*. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-re->

leases/2023/03/09/fact-sheet-the-presidents-budget-cuts-the-deficit-by-nearly-3-trillion-over-10-years/

Tooze, A. (2022). Welcome to the world of the polycrisis. *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/498398e7-11b1-494b-9cd3-6d669dc3de33>

United Nations. (2015a). Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development. https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2051AAAA_Outcome.pdf

United Nations. (2015b). General Assembly resolution 70/1, Transforming our world: 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1 (25 September 2015). https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf

US Department of Treasury. (2021.) *The American Families Plan Tax Compliance Agenda*.

Wall Street Journal. (2023). *The real cost of the Inflation Reduction Act subsidies: \$1.2 trillion*. <https://www.wsj.com/articles/inflation-reduction-act-subsidies-cost-goldman-sachs-report-5623cd29>

World Economic Forum. (2023). *The global risks report* (2nd ed.). https://www3.weforum.org/docs/WEF_Global_Risks_Report_2023.pdf

Dawid Miąsik

Polish Academy of Science, Poland

dawidmiasik@yahoo.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5974-9233>

Kamil Kapica

Polish Academy of Science, Poland

kapica.kamil@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5932-4953>

The Duty of National Administrative Authorities to Respect the EU's Fundamental Rights in Fining Proceedings and the Consequences Thereof

Abstract: Fines levied on individuals, including entrepreneurs, are measures of vital importance for securing the effectiveness of EU law. They are primarily imposed by national administrative authorities who apply national laws. Those authorities must respect the EU's fundamental rights during national fining proceedings following the *Fransson* and *Pfleger* formulas. They must also respect the general principles of EU law. These rights and principles shield individual entrepreneurs against arbitrary and unlawful activities by national authorities. They determine whether an individual can be fined, how high a fine is legitimate and how the fining proceedings should be conducted.

Keywords: Charter of Fundamental Rights, implementing EU law, general principles of EU law, national administrative authorities, national fining proceedings, sanctions

Introduction

Member States are under a general duty stemming from Article 4, Paragraph 3, Treaty on European Union (TEU) to secure the effectiveness of EU law.¹ One such

1 This article was prepared as part of a grant from the National Science Centre, 'The Impact of Principles of EU Law on the Imposition of Fines by National Public Administration Bodies', No. 2021/43/B/HS5/01252. Treaty on European Union (consolidated version OJ 2012 C 326/15).

duty is the adoption and enforcement of various penalties against those who infringe EU law.² In principle, Member States have the freedom to choose the sanctions which seem to them to be appropriate. However, they must respect the general principles of EU law, including the fundamental rights now guaranteed by the Charter of Fundamental Rights (CFR or the Charter) while exercising this power.³ This obligation also covers various measures undertaken by national administrative authorities (NAAs) towards entrepreneurs.⁴ The concept of fundamental rights as EU general principles was initially developed in cases concerning undertakings, beginning with the *Nold* ruling.⁵ In subsequent judgments concerning EU competition rules, a catalogue of fundamental rights (as general principles of EU law) addressed to undertakings was gradually developed and finally recognized in the Charter.

While it is obvious that EU fundamental rights encompass entrepreneurs (undertakings),⁶ this article examines various aspects of the duty of NAAs to respect these rights during proceedings leading to the imposition of a financial penalty. Such proceedings fall within the scope of EU law when fines are to be imposed for infringements of national legislation implementing EU law or legislation interfering with the working of the internal market. EU fundamental rights impact these proceedings at different stages. They influence the decisions of NAAs to open proceedings, to close them, to impose a fine and to set the level of a fine. NAAs are also obliged to disapply provisions of national law incompatible with EU fundamental rights. This may lead to the setting of lower fines or even the prevention of the NAA from fining an undertaking altogether.

2 K.E. Sørensen, Member States' Implementation of Penalties to Enforce EU Law: Balancing the Avoidance of Enforcement Deficits and the Protection of Individuals, 'European Law Review' 2015, vol. 40, no. 6, p. 811; J. Łacny, Korekty finansowe nakładane przez Komisję Europejską na państwa członkowskie za niezgodne z prawem wydatkowanie funduszy UE, Warsaw 2017, p. 342; C. Miik, Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki. Tom I, Warsaw 2000, p. 679.

3 Judgments of the Court of Justice of 1 October 2020 on the case of *Criminal proceedings against TG and UF*, C-603/19, para. 49; of 6 October 2021 on the case of *ECOTEX BULGARIA*, C-544/19, para. 84; of 24 February 2022 on the case of *PJ*, C-452/20, para. 36; of 16 July 2015 on the case of *Chmielewski*, C-255/14, para. 21.

4 J.T. Lang, The Duties of National Authorities under Community Constitutional Law, 'European Law Review' 1998, vol. 23, no. 2, pp. 109–131, here pp. 119–20; R. Kral, National Normative Implementation of EC Regulations: An Exceptional or Rather Common Matter? 'European Law Review' 2008, vol. 33, no. 2, pp. 243–256, here p. 244; C.-D. Ehlermann, The European Administration and the Public Administration of Member States with Regard to Competition Law, 'European Competition Law Review' 1996, vol. 16, no. 8, pp. 454–460, here p. 458.

5 Judgment of the CJ of 14 May 1974 on the case of *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung*, C-4/73.

6 E. Gill-Pedro, Whose Freedom Is It Anyway? The Fundamental Rights of Companies in EU Law, 'European Constitutional Law Review' 2022, vol. 18, no. 2, pp. 183–206.

1. National administrative authorities and the duty to apply EU law

NAAs, as emanations of the Member States, are obliged to apply EU law as such and to respect all its structural principles, such as direct effect and primacy (the *Costanzo* formula).⁷ Although established in the late 80s, this formula can still be an issue, requiring the Court of Justice (CJ) to repeat that NAAs – and not only courts – are bound by EU law.⁸ This reluctance of NAAs to respect the principles of EU law is not unfamiliar to Polish practice. For example, administrative courts lately regularly revoke the fining decisions of Polish tax authorities who apply Article 112(b) of the VAT Act, despite the judgment of the CJ in C935/19 *Grupa Warzywna*, in which the CJ ruled that this provision of Polish law is incompatible with the European principle of proportionality.⁹ This shows persistent problems with respecting both the principle of the primacy of EU law and general principles of EU law at the administrative level.

The duty of NAAs to respect the principles of EU law stems from the binding effect of EU primary and secondary law within national legal orders. This means that NAAs must always consider sources of EU law whenever they act within the scope of its application.¹⁰ Under the principle of uniform interpretation and application of EU law, NAAs are bound by the interpretation of EU law adopted by the CJ.¹¹ They must ascertain in all proceedings whether EU law is applicable, how the CJ has interpreted it and what the consequences are for the interpretation and application of national law. NAAs must respect the principle of consistent (conforming) interpretation of

7 Judgment of the CJ of 22 June 1989 on the case of *Fratelli Costanzo SpA*, C-103/88, para. 31; M. J.M. Verhoeven, 'The *Costanzo* Obligation' and the Principle of National Institutional Autonomy: Supervision as a Bridge to Close the Gap?' *Review of European and Administrative Law* 2010, vol. 3, no. 1, pp. 23–64.

8 Judgments of the CJ of 10 March 2022 on the case of '*Grossmania*' *Mezőgazdasági Termelő és Szolgáltató Kft*, C-177/20, para. 46; of 4 December 2018 on the case of *Minister for Justice and Equality and Commissioner of An Garda Síochána*, C378/17, para. 38.

9 Judgment of the District Administrative Court in Białystok of 24 February 2023, I SA/Bk 1/23 9, Lex No. 3503544 and judgments of other courts cited therein. See also judgment of the District Administrative Court in Gliwice of 21 January 2022, I SA/Gl 540/20, Lex No. 3120676, judgment of the District Administrative Court in Wrocław of 21 July 2023, I SA/Wr 557/22, Legalis No. 2893752, and judgment of the District Administrative Court in Bydgoszcz of 22 June 2022, I SA/Bd 308/22, Legalis No. 2706722; Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Journal of Laws 2022, item 931, with amendments); judgment of the CJ of 15 April 2021 on the case of *Grupa Warzywna Sp. z o.o.*, C-935/19.

10 See e.g. 'The authorities of the Member States are subject to that obligation when they take decisions which come within the scope of European Union law'; judgment of the CJ of 3 July 2014 on the case of *Kamino International Logistics BV and Others*, joined cases C129/13 and C130/13, para. 31.

11 Judgment of the CJ of 4 June 2009 on the case of *T-Mobile*, C-8/08, para. 50.

national law.¹² If such an interpretation is not possible, NAAs may not apply national provisions incompatible with directly effective provisions of EU law.¹³

2. National administrative authorities and the duty to apply EU fundamental rights and general principles

The duty of NAAs to respect fundamental rights and general principles of law is a consequence of their obligation to apply EU law. Both these sources of basic rights constitute an integral part of the EU's legal order, as confirmed by Article 6 TEU.¹⁴ This implies that NAAs are bound to respect European fundamental rights whenever they act within the scope of EU law,¹⁵ since European fundamental rights and general principles are not applicable on their own (Article 51(1) CFR).¹⁶

Hence a link between national fining proceedings and substantive or procedural EU law is necessary. The leading case on this issue is C-617/10 *Fransson*, which was decided following a preliminary reference made in the context of national fining proceedings.¹⁷ In this case, it was established that national tax penalties and criminal proceedings for tax evasion secured the effectiveness of EU tax law. The result of the case was that national fining proceedings fall within the scope of EU law whenever

12 Judgment of the CJ of 24 June 2019 on the case of *Popławski*, C573/17, para. 94; J.T. Lang, The Duties of Cooperation of National Authorities and Courts under Article 10 EC: Two More Reflections, 'European Law Review' 2001, vol. 26, no. 1, pp. 84–93, here p. 88. For extensive analysis, see A. Sołtys, Obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym jako instrument zapewniania efektywności prawa Unii Europejskiej, Warsaw 2015, pp. 213–221.

13 Judgments of the CJ of 5 March 2019 on the case of *Eesti Pagar*, C349/17, para. 90; of 7 April 2022 on the case of *KW and SG*, C-102/21 and C-103/21, para. 46; *Minister for Justice...*, *op. cit.*, paras 38–39; of 21 January 2020 on the case of *Banco de Santander*, C274/14, para. 78; of 12 January 2010 on the case of *Petersen*, C341/08, para. 80; of 14 September 2017 on the case of *The Trustees of the BT Pension Scheme*, C628/15, para. 54.

14 M. Domańska, Swobody rynku wewnętrznego a prawa podstawowe – refleksje na tle orzecznictwa TS, 'EPS' 2012, no. 1, p. 8.

15 R. Grzeszczak, A. Szmigielski, Sądowe stosowanie Karty Praw Podstawowych UE w odniesieniu do państw członkowskich – refleksje na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości i praktyki sądów krajowych, 'EPS' 2015, no. 10, p. 1. On the rights of the defence, see e.g. *Kamino...*, *op. cit.*, para. 31. On the right to an effective judicial remedy, see e.g. judgment of the CJ of 8 May 2019 on the case of *PI v. Landespolizeidirektion Tirol*, C230/18, ECLI:EU:C:2019:383, para. 91. On the principle of legitimate expectations, see e.g. judgment of the CJ of 16 March 2006 on the case of *Emsland-Stärke GmbH*, C-94/05, paras 30–32.

16 P. Mádr, Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights from the Perspective of the National Judge, 'Review of European Administrative Law' 2020, vol. 13, no. 4, pp. 53–85.

17 Judgment of the CJ of 26 February 2013 on the case of *Hans Åkerberg Fransson*, C617/10.

they are carried out to penalize an individual for failure to perform a duty stemming from a source of EU law – even indirectly, as in the case of directives.¹⁸

Another link between EU law and national fining proceedings takes the form of the interference of national provisions sanctioned by fines with the freedoms of the internal market. In *C-390/12 Pflieger*, the CJ, elaborating on the formula of the *ERT* case, ruled that the use by a Member State of exceptions provided for by EU law to justify an obstruction of a fundamental freedom guaranteed by the Treaty must be regarded as ‘implementing Union law’ within the meaning of Article 51(1) CFR.¹⁹ Hence NAAs must verify in fining proceedings whether national legislation prohibiting undertakings from specific activity or imposing an obligation under the penalty of a fine is compatible with the EU’s fundamental rights.²⁰

It follows from *C-617/10 Fransson* and *C-390/12 Pflieger* that Article 51 of the Charter covers both ‘derogation’ and ‘acting as an agent’ situations.²¹ The NAAs are bound by EU fundamental rights when they take measures addressed to individuals that affect their legal situations regulated directly or indirectly by EU law, both primary and secondary. General principles of law also apply to national proceedings that fall within the scope of EU law and supplement the rights enshrined in the Charter (see Section 3 below). There is therefore no need for provisions such as Article 3

18 D. Düsterhaus, M. Safjan, Stosowanie prawa UE przez państwa członkowskie z perspektywy Trybunału Sprawiedliwości – od pełnej zgodności między Kartą i prawem UE do barier proceduralnych ją niweczących, ‘EPS’ 2016, no. 8, pp. 14–15; M. Szpunar, Kilka uwag systematyzujących na temat zakresu zastosowania Karty Praw Podstawowych UE, ‘EPS’ 2015, no. 10, p. 9; F. Fontanelli, Implementation of EU Law through Domestic Measures after Fransson: The Court of Justice Buys Time and ‘Non-Preclusion’ Troubles Loom Large, ‘European Law Review’ 2014, vol. 39, no. 5, pp. 682–700, here pp. 683 and 691; B. van Bockel, P. Wattel, New Wine into Old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Akerberg Fransson, ‘European Law Review’ 2013, vol. 38, no. 6, pp. 866–883, here p. 871; K.E. Sørensen, Member States..., *op. cit.*, p. 811; M. Brkan, The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to Its Core, ‘European Constitutional Law Review’ 2018, vol. 14, no. 2, pp. 332–368, here p. 351. On the general principles of EU law, see J.T. Lang, The Duties of National..., *op. cit.*, pp. 119–20; see also judgments of the CJ of 16 October 2019 on the case of *Glencore Agriculture Hungary Kft.*, C-189/18, para. 59; and of 16 May 2017 on the case of *Berlioz Investment Fund*, C682/15, para. 41: ‘National legislation, such as that at issue in the main proceedings, which provides for a penalty for failure to respond to a request from the national tax authority that is intended to enable that authority to comply with the obligations laid down by Directive 2011/16 must, therefore, be regarded as implementing that directive.’

19 Judgment of the CJ of 30 April 2014 on the case of *Pflieger and Others*, C390/12, ECLI:EU:C:2014:281, para. 36; judgment of the CJ of 18 June 1991 on the case of *Elliniki Radiofonia Tileorassi AE (ERT)*, C-260/89, para. 41.

20 *ECOTEX*..., *op. cit.*, para. 89.

21 M. Szpunar, Kilka uwag..., *op. cit.*, pp. 6–7; M. Domańska, Swobody..., *op. cit.*, pp. 9–10; R. Grzeszczak, A. Szmigielski, Sądowe..., *op. cit.*, p. 13; N. Półtorak, Zakres związania państw członkowskich Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej, ‘EPS’ 2014, no. 9, p. 19; B. van Bockel, P. Wattel, New Wine..., *op. cit.*, p. 877; F. Fontanelli, Implementation..., *op. cit.*, p. 684.

of Directive 2019/1, which expressly provides that national competition authorities must respect EU fundamental rights and general principles of law in fining proceedings where Articles 101 and 102 TFEU are applied.²²

2.1. National fining proceedings and implementation of EU secondary law

Following the reasoning expressed in C-617/10 *Fransson*, the NAAs are bound by principles of EU law whenever they apply national implementing provisions which fine for a failure to perform specific duties envisaged originally in EU secondary law, because in such cases, the finding of a breach of national law is dependent upon the interpretation of EU law mandating specific behaviour by an individual.²³ Such provisions of EU law are substantial for adjudicating whether an individual entrepreneur has infringed the law. They determine whether national fining proceedings have substance, since a fine may not be imposed if a specific behaviour does not violate EU law. They do not influence the interpretation and application of national sanctioning or procedural provisions, as this is the role of the EU's fundamental rights and general principles. However, nowadays, EU secondary law tends to regulate various issues directly concerning fines on the national level.²⁴ This makes it much easier to establish a link between national fining proceedings and EU law and its fundamental rights. The direct impact of EU law on national sanctions and fining proceedings may take different forms.

First, sources of EU secondary law usually contain a special provision on Member States' duty to provide fines applicable to infringements of the national provisions adopted under a specific directive or to 'take all measures necessary to ensure that these penalties are enforced'.²⁵ This is often supplemented by an obligation to provide for penalties that are 'effective, proportionate, and dissuasive'.²⁶ Such a clause

22 Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market (O.J. L 11, 14.01.2019, pp. 3–330).

23 Judgment of the CJ of 24 March 2021 on the case of A, C-950/19, paras 31–33; N. Półtorak, *Zakres związania...*, *op. cit.*, p. 22.

24 See A. De Moor-van-Vugt, *Administrative Sanctions in EU Law*, 'Review of European Administrative Law' 2012, vol. 5, no. 1, pp. 5–41.

25 Article 8 of Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers (O.J. L 080, 18.03.1998, p. 27, with amendments); Article 31(1) of Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution (O.J. L 26, 02.02.2016, pp. 19–59, with amendments); Article 23(3) of Directive 2014/40/EU of 3 April 2014 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products (O.J. L 127, 29.04.2014, with amendments).

26 *Ibidem*; Article 19 of Regulation (EC) No. 561/2006 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the harmonization of certain social legislation relating to road transport (O.J. L 102, 11.04.2006, pp. 1–14, with amendments).

directly forces NAAs to respect the general principle of proportionality. Regarding regulations, EU law tends to be even more precise: Member States may be required to introduce fines for failure to perform specific obligations. For instance, Article 14 of Regulation No. 2018/1672 provides for the obligation to introduce sanctions for failing to perform the obligation stipulated in Article 3 thereof.²⁷ While directives leave a wide margin of discretion to the national legislator regarding the spectrum of behaviours subject to a fine, regulations may do the opposite; they may narrow this margin only to infringements indicated expressly by the regulation.²⁸ In both instances, there can be no doubt that national fining proceedings based on national provisions adopted to fulfil the sanctioning duties stipulated in EU regulations fall within the scope of EU law.²⁹

Second, EU law may be more specific regarding the type, form and level of sanctions that the Member States should provide for in their legal systems.³⁰ For example, Article 23(3) of Directive 2014/40/EU names the 'financial administrative penalty' as one of the sanctions that the Member States may apply. Moreover, this directive also deals with the level of sanctions and the premise of guilt. It provides that in the case of intentional infringement of provisions implementing this directive, the fines imposed may be of such an amount as to 'offset the economic advantage sought through the infringement'.³¹ Such a provision is a clear sign that a fine imposed by an NAA will be dissuasive yet proportionate if its level deprives the offender of all the identified benefits resulting from the breach of EU law, albeit only if it has been proved that the infringement was intentional. In a similar fashion, Article 89 of Regulation No. 1224/2009 on one hand requires national authorities to impose sanctions that would 'effectively deprive those responsible of the economic benefit derived from their infringement'³², without 'prejudice to the legitimate right to exercise their profession'

27 Failure to submit a declaration on the transport of cash from or to the EU worth equal to or greater than EUR 10,000 – art. 14 of regulation (EU) 2018/1672 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on controls on cash entering or leaving the Union (O.J. L 284, 12.11.2018, pp. 6–21). See *Chmielewski...*, *op. cit.*, paras 5–7 and the judgment of the CJ of 31 May 2018 on the case of *Lu Zheng*, C-190/17.

28 E.g. judgment of the CJ of 9 September 2021 on the case of *Criminal proceedings against FO*, C-906/19, paras 45–46.

29 See, amongst others, the judgments of the CJ of 26 September 2013 on the case of *Texdata Software*, C-418/11, paras 74–75; and A, C-950/19..., *op. cit.*, para. 28.

30 See for example Article 31(1) of Directive (EU) 2016/97..., *op. cit.*, which obliges Member States to implement administrative sanctions and other applicable measures, but foresees no such duty in the case of criminal sanctions. (However, the obligations remain, without prejudice, for 'the right of Member States to provide for and impose criminal sanctions'.)

31 Directive 2014/40..., *op. cit.*, Article 23(3).

32 Regulation (EC) No. 1224/2009 of 20 November 2009 establishing a community control system for ensuring compliance with the rules of the common fisheries policy (O.J. L 343, 22.12.2009).

of the fined undertaking in the future.³³ By providing this, such provisions add specific criteria to testing the proportionality of fines imposed by an NAA: all the profits from the infringement may be consumed by the fine, while a fine exceeding the 'benefits' must be calculated in such a manner that would not drive the fined entrepreneur from the market. EU secondary law may also define who will be fined under national legislation (e.g. a driver, a company or both), thus determining the personal scope of national fining proceedings.³⁴ It may also determine the degree of seriousness of breaches of EU legislation which directly impacts the severity of fines that may be imposed on an individual.³⁵

Third, EU law may provide for a procedure that delays the power of the NAA to impose fines. In such instances, EU law calls for the empowerment of the NAA to fine undertakings not for failure to fulfil the obligation resulting from EU directives and implementing legislation but only for the failure to execute administrative decisions establishing such a violation and requiring the undertaking concerned to bring its behaviour in line with EU law.³⁶ Here the fining decisions of NAAs are considered the measure of last resort designed to discipline only refractory infringers.

The requirement of 'implementing EU law' is also met in all proceedings where the domestic NAAs aid the fining authorities of another Member State, e.g. in the execution of fines imposed on individuals under their jurisdiction, as established by Directive 2010/24.³⁷ A fine imposed in one Member State may not be executed in another country if the right to an effective remedy had not been provided to the individual penalized in the fining state.³⁸ This shows that EU law influences not only national fining proceedings but also proceedings designed to execute a fine that had been previously imposed.

2.2. National fining proceedings and implementation of EU primary law

National fining proceedings may also fall within the scope of EU law even in the absence of EU secondary legislation imposing obligations on individuals. Under established case law, national sanctions should not have the effect of jeopardizing the

33 Order of the CJ of 1 March 2022, *K.M. v. Director of Public Prosecutions*, C493/21.

34 Article 19(2) of Regulation (EC) No. 561/2006..., *op. cit.*; judgment of the CJ of 9 June 2016 on the case of *Eurospeed Ltd*, C-287/14, para. 32.

35 Judgment of the CJ of 9 February 2012 on the case of *Márton Urbán*, C210/10, paras 33 and 41.

36 See as an example Article 155(3–5) of Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of insurance and reinsurance (Solvency II), OJ L 335, 17.12.2009, pp. 1–155). See also the judgment of the Polish Supreme Court of 7 July 2011, III SK 52/10, Lex No. 1001322.

37 Council Directive 2010/24/EU of 16 March 2010 concerning mutual assistance for the recovery of claims relating to taxes, duties, and other measures (O.J. L 84, 31.03.2010, pp. 1–12).

38 Judgment of the CJ of 26 April 2018 on the case of *Eamonn Donnellan*, C34/17, paras 61–62.

internal market.³⁹ The CJ considers national sanctions as restrictions on fundamental freedoms since they render the exercise of these freedoms less attractive, even when they are not discriminatory.⁴⁰ So in cases falling within the scope of the TFEU, NAAs may legitimately apply national sanctioning provisions and impose fines only if they are compatible with EU fundamental rights and general principles.⁴¹

3. The EU's fundamental rights and general principles of law applicable to national fining proceedings

Depending on the substance of the fining proceedings, virtually all the EU's fundamental rights and general principles may be potentially applied in national fining proceedings by directing the interpretation of substantive provisions of EU law regulating the duties of individuals (directly or indirectly).⁴² From the point of view of national fining proceedings, those of the most significant importance are fundamental rights enshrined in Articles 48–50 CFR:

1. The presumption of innocence and the right of defence (Article 48 CFR),
2. The principle of the legality of criminal offences and penalties (Article 49, Paragraphs 1 and 2),
3. The right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence (Article 50 CFR).

These directly regulate the rights of all individuals subject to fining proceedings and impose various substantive and procedural obligations upon NAAs. However, the fundamental rights listed apply only to criminal proceedings.⁴³ Therefore it is always necessary to verify whether a given fining proceeding falls into the category of criminal character.⁴⁴ The test developed by the CJ consists of three criteria:

39 Judgment of the CJ of 3 March 2020 on the case of *Google Ireland Limited*, C-482/18, paras 37 and 44.

40 Judgments of the CJ of 12 September 2019 on the case of *Maksimovic and Others*, C64/18, C140/18, C146/18 and C148/18, paras 30, 33 and 34; and of 14 November 2021 on the case of *MT v. Landespolizeidirektion Steiermark*, C-231/20, paras 38–39. Discriminatory fines clearly violate the TFEU; K.E. Sorensen, Member States..., *op. cit.*, p. 824. See judgment of the CJ of 27 January 2022 on the case of *European Commission v. Kingdom of Spain*, C-788/19, concerning fines, the imposition of which resulted in differentiated treatment between Spanish residents on the basis of the location of their assets, which will serve as an adequate reference.

41 *MT...*, *op. cit.*, para. 45.

42 E.g. the Customs Code; see *Kamino...*, *op. cit.*, paras 31 and 69.

43 See M. Szpyrka, *Europejskie standardy stosowania kar pieniężnych na przykładzie polskiego prawa telekomunikacyjnego*, Warsaw 2020, pp. 60–64.

44 Judgments of the CJ of 10 November 2022 on the case of *DELTA STROY 2003*, C-203/21, paras 51–52; of 13 September 2018 on the case of *UBS Europe*, C-358/16, para. 60; *Texdata...*, *op. cit.*, paras 79 and 83.

1. The legal classification of the offence under national law,
2. The nature of the offence,
3. The nature and degree of severity of the penalty the person concerned is liable to incur.⁴⁵

The third factor is decisive since the most crucial consideration is whether a fine to be imposed by an NAA has a punitive purpose.⁴⁶ It follows from the CJ jurisprudence that several sanctions classified under national law as administrative sanctions were nevertheless classified as criminal ones under this test, i.e. the confiscation of the product or the profit gained as a result of the offence and the goods used for the commission thereof;⁴⁷ an administrative fine of between EUR 20,000 and 5 million, which may be increased by up to three times its amount or up to an amount ten times greater than the proceeds or profit obtained from the offence;⁴⁸ or a fine of 30% of the VAT due which is added to the payment of that tax.⁴⁹ We maintain that practically any fine above EUR 500 should be qualified as a criminal sanction under the CFR.⁵⁰

The classification of a fine as a criminal sanction is irrelevant to other EU fundamental rights and general principles of EU law, which apply to any sanctions provided for under national law. Article 47 CFR and the principle of proportionality provide the best examples. The former protects the individual against arbitrary and unlawful activities by the authorities.⁵¹ As a result, addressees of EU law have the right to challenge before the court the legality of any decision issued by any national authority aiming at the implementation of EU law.⁵² As for the principle of proportionality, it has a twofold nature: as a fundamental right enshrined in Article 49, Paragraph 3, CFR, it applies to criminal sanctions only; as a general principle of EU law it applies to all national fining proceedings.⁵³ It also has a broader scope of application than Article 49, Paragraph 3, CFR, and is used to examine not only the severity of a fine imposed. Proportionality entails the assessment of all factors that may be

45 See e.g. judgments of the CJ of 6 June 2012 on the case of *Prosecutor General v. Łukasz Marcin Bonda*, C-489/10, para. 37; *Fransson...*, *op. cit.*, para. 35; of 20 March 2018 on the case of *Garlsson Real Estate SA and Others*, C-537/16, para. 28.

46 Judgment of the CJ of 20 March 2018 on the case of *Criminal proceedings against Luca Menci*, C-524/15, paras 31–32.

47 Judgment of the CJ of 11 February 2021 on the case of *K.M.*, C77/20, para. 31.

48 *Garlsson...*, *op. cit.*, para. 34.

49 *Luca Menci...*, *op. cit.*, para. 33.

50 Judgment of the CJ of 4 October 2018 on the case of *Dooel Uvoz-Izvoz Skopje Link Logistic NešN*, C-384/17, para. 22 in conjunction with paras 45–46.

51 M. Safjan, Rządy prawa a przyszłość Europy, 'Europejski Przegląd Sądowy' 2019, vol. 8, p. 6; M. Górski, Prawo do skutecznego środka prawnego w Article 47 Karty Praw Podstawowych UE – znaczenie i deficyty, 'Europejski Przegląd Sądowy' 2016, vol. 8, p. 37.

52 *Berlioz...*, *op. cit.*, para. 51.

53 *Chmielewski...*, *op. cit.*, paras 21 and 22.

considered when fixing such a fine, as well as factors constituting an infringement.⁵⁴ Other general principles important for fining proceedings include the principle of legal certainty and rights of defence.⁵⁵

This shows that general principles of EU law may supplement EU fundamental rights acknowledged in the CFR if the personal or material scope of the application of a fundamental right is narrower than the general principle of EU law on which this fundamental right was based. The principle of good administration is another fundamental right that operates in such a manner. While the CFR contains a fundamental right (Article 41), it binds European institutions only. However, as a general principle of EU law, the principle of good administration is also applicable to NAAs as a source of their duty to reason decisions imposing sanctions upon the individual.⁵⁶

4. The impact of the EU's fundamental rights and general principles of law on national fining proceedings

The fundamental rights enshrined in Articles 47–50 CFR and the general principles of EU law provide entrepreneurs who are parties to fining proceedings with guarantees that NAAs must observe. These guarantees are activated at various stages of the proceedings. Limiting the analysis of their operation to the purpose of this article, it is worth recalling that Article 50 CFR impacts the legality of initiating subsequent fining proceedings when another NAA has already fined an individual for the same behaviour or they have been subjected to criminal proceedings *sensu stricto*.⁵⁷ This right must be considered at the initial stage of the proceedings (the decision to initiate fining proceedings) or at a later stage (the decision not to fine). On the other hand, since this fundamental right is not absolute, an NAA may impose a second fine (collateral/parallel) for the same behaviour in certain circumstances after having carried out the test envisaged in Article 52, Paragraph 1, CFR (the decision to fine).⁵⁸

While national fining proceedings are conducted under domestic procedural rules covered by the principle of national procedural autonomy, the EU fundamental rights limit this autonomy. For example, during the whole course of fining proceedings falling within the scope of EU law, NAAs must observe the European standard

54 *Lu Zheng...*, *op. cit.*, para. 40, and *Márton Urbán...*, *op. cit.*, paras 53–54.

55 E.g. *Emsland-Stärke...*, *op. cit.*, paras 43–44, and *Kamino...*, *op. cit.*, paras 30–31.

56 *MT...*, *op. cit.*

57 See M. Szpyrka, *Europejskie standardy...*, *op. cit.*, pp. 254–281.

58 Judgment of the CJ of 5 May 2022 on the case of *Criminal proceedings against BV*, C-570/20; see also M. Vetzo, *The Past, Present and Future of the Ne Bis In Idem*. Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of *Menci*, *Garlsson* and *Di Puma*, 'Review of European Administrative Law' 2018, vol. 11, no. 2, p. 68.

concerning the rights of defence.⁵⁹ This standard may influence different aspects of the national procedure, such as access to files or burden of proof.⁶⁰ The presumption of innocence resulting from Article 48 CFR also prohibits fining individual entrepreneurs unless their responsibility has been established.⁶¹

While Article 48 CFR provides individuals with procedural safeguards, Article 49 CFR impacts the interpretation and application of substantive law and fining provisions. As an umbrella provision, it encompasses several fundamental rights, such as *nullum crimen sine lege* (Article 49, Paragraph 1, Sentence 1, CFR), *nulla poena sine lege* (Article 49, Paragraph 1, Sentence 2, CFR) and proportionality of sanctions.⁶² Legal certainty and specific principles resulting from it operate in favour of individuals by limiting the scope of application of fining proceedings through restrictive interpretation.⁶³ The impact of the principle of proportionality of sanctions (Article 49, Paragraph 3, CFR) has already been mentioned. Here it should be pointed out that this principle affects not only the decisions of the NAA as to the level of a fine but also the decision of an NAA to fine an individual (e.g. proportionality interferes with national rules demanding NAAs impose sanctions in each case of a violation of a national rule, irrespective of specific circumstances).⁶⁴

The right to an effective remedy against the fining decision is worth a separate remark. Under Article 47 CFR, Member States must provide a right to judicial proceedings against measures adopted by NAAs.⁶⁵ However, this right has always been interpreted as obliging the NAAs to justify their decisions adequately.⁶⁶ Consequently,

59 *DELTA STROY...*, *op. cit.*, paras 51–55; *UBS Europe...*, *op. cit.*, para. 60; *Texdata...*, *op. cit.*, paras 79 and 83. Also see K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych*, Warsaw 2012, pp. 80–103; M. Szpyrka, *Europejskie standardy...*, *op. cit.*, pp. 313–318.

60 *UBS Europe...*, *op. cit.*, para. 61; Judgment of the CJ of 28 February 2018 on the case of *Sporting Odds Limited*, C-3/17, para. 56.

61 *DELTA STROY...*, *op. cit.*, paras 45–46.

62 See the analysis by M. Szpyrka, *Europejskie standardy...*, *op. cit.*, pp. 158–195 and pp. 226–253.

63 See for example *FO...*, *op. cit.*, paras 45–46 and the judgment of the CJ of 20 December 2017 on the case of *Vaditrans BVBA*, C-102/16, para. 51.

64 Judgments of the CJ of 14 May 2020 on the case of *T-Systems*, C-263/19, paras 74–75; *PJ...*, *op. cit.*, para. 54; *Chmielewski...*, *op. cit.*, para. 29; of 28 February 2018 on the case of *M.A.T.I. SUD SpA*, C523/16 and C536/16; *Doael...*, *op. cit.*

65 Judgment of the CJ of 13 December 2017 on the case of *Soufiane El Hassani v. Minister Spraw Zagranicznych*, C-403/16, paras 41–42. For more details, see R. Puchta, *Warunki dopuszczalności powołania się na ochronę wynikającą z Article 47 KPP – uwagi na tle wyroku TSUE z 13.12.2017 r. w sprawie El Hassani*, *Państwo i Prawo* 2019, no. 4, pp. 35–52; R. Puchta, *Kognicja sądów administracyjnych w zakresie kontroli decyzji wydanych w sprawach wizowych przez konsulów. Glosa do postanowienia NSA z dnia 19 lutego 2018 r.*, II OSK 1346/16, *Państwo i Prawo* 2019, no. 8, pp. 146–156; M. Szpyrka, *Europejskie standardy...*, *op. cit.*, pp. 282–303.

66 Judgments of the CJ of 15 May 1986 on the case of *Marguerite Johnston*, C-222/84; of 24 November 2020 on the case of *R.N.N.S. and K.A.*, C-225/19; *PI...*, *op. cit.*, para. 91; of 4 June 2013 on the case of *ZZ*, C-300/11, para. 53; *Berlioz...*, *op. cit.*, para. 84.

it is unacceptable to issue a decision without justification and shift a burden of proof to the addressee of the decision in terms of challenging the ruling contained therein.⁶⁷ Therefore Article 47 CFR imposes some positive obligations on the NAAs at the stage of administrative proceedings.

5. The effects of the EU's fundamental rights and general principles on national fining proceedings

The EU fundamental rights and general principles on national fining proceedings impact the interpretation and application of substantive and procedural provisions of national law applicable to fining proceedings. In most cases, a simple change of the NAAs' routine in which fining proceedings are carried out will suffice to respect the rights and principles under consideration. For example, the NAA should always allow the addressee of the fining decision to submit their observations before the decision is adopted (thus respecting the rights of defence) or should take all circumstances of the case into account when setting the amount of the fine (to respect the principle of proportionality). Take, for example, C-564/15 *Farkas*; under Hungarian law, the amount of the penalty was set, by default, at 50% of the amount of the VAT that the taxable person was required to pay to the tax authority.⁶⁸ The law also stipulated that the amount of the fine may in exceptional circumstances be reduced, or even remitted, after all the circumstances of the case in question are weighed up, particularly the circumstances in which the tax liability arose and the seriousness and frequency of the taxable person's unlawful conduct. This legislation, as such, was compatible with the principle of proportionality.⁶⁹ However, the NAA levied the default sanction without considering any mitigating circumstances. This resulted in a disproportionate application of national provisions that otherwise were proportionate. A sanction of 50% of the VAT amount that the taxable person was required to pay to the tax authority could be levied in other circumstances, e.g. in a case concerning tax fraud.

NAAs must also interpret national provisions in conformity with the standards resulting from such rights and principles. If such an interpretation is not possible, the NAAs are bound to disapply such national provisions insofar as their application would lead to a result contrary to the EU's fundamental rights or general principles. These rights and principles operate as directly effective sources of EU law.⁷⁰ They are covered by the Simmenthal rule even in the absence of a specific CJ ruling confirming

67 *Pl...*, *op. cit.*, para. 77.

68 Judgment of the CJ of 26 April 2017 on the case of *Farkas*, C564/15.

69 *Ibidem*, para. 64.

70 E.g. *Kamino...*, *op. cit.*, para. 39.

their direct applicability.⁷¹ Provisions of national law incompatible with EU fundamental rights or general principles may not constitute a legitimate legal base for a fining decision. Taking the principle of proportionality as an example, if a sanction in the form of a custodial sentence instead of a fine is disproportionate, such a sanction may not be imposed.⁷² Other sanctions provided for in national law may be levied instead (e.g. an additional fine, prohibition on engaging in certain activities). And what happens when national fining legislation specifies the amount of a fine strictly, without providing NAAs with the possibility of reducing it after considering the gravity of the infringement or the circumstances in which it was committed? Such legislation would be incompatible with the principle of proportionality. This incompatibility is, however, contextual: it depends on the circumstances of a specific case and the importance of the goals of the fining legislation for the EU. The provisions providing a similarly calculated fine, which will be considered disproportionate in one case, may be compatible with EU law in other fining proceedings.⁷³

However, in cases of such 'contextual' incompatibility of national fining provisions with EU fundamental rights, there is a problem with the remedy of the disapplication of national law, demonstrated by C-384/17 *Link Logistic*. The responsible Hungarian authority imposed an administrative fine of approximately EUR 532 on the vehicle owner, who entered a toll road without a valid ticket. Hungarian law did not allow the fining NAA to reduce the fine, violating the principle of proportionality. As a result, national provisions could not be applied; hence the vehicle owner could not be fined at all. However, a lower fine would be legitimate under EU law to secure the effectiveness of EU legislation concerning road tolls. Such a working of the remedy of disapplication of national provisions incompatible with EU fundamental rights or general principles (absolution from any sanctions) could be considered detrimental to the effectiveness of EU law. Infringements of EU law (implementing national legislation) would often go unpunished because of the failure of a Member State to implement EU law correctly. Concern for the effectiveness of EU law has recently led the CJ to depart from its longstanding position regarding the disapplication of national provisions as a whole.⁷⁴ In C-205/20 *NE vs. Bezirkshauptmannschaft*

71 Judgment of the CJ of 9 March 1978 on the case of *Simmenthal*, C-106/77. So far the CJ has confirmed the direct effect of Article 47 of the CFR in their judgments of 14 May 2022 on the case of *FMS and Others*, C-924/19 PPU and C-925/19 PPU, para. 140; of 17 April 2018 on the case of *Egenberger*, C414/16, para. 78; and of 29 July 2019 on the case of *Torubarov*, C556/17, para. 56; whilst a direct effect of Article 50 CFR was confirmed in the judgment on *Garlsson...*, *op. cit.*, para. 68.

72 *Maksimovic...*, *op. cit.*, paras 45–46.

73 Compare *Farkas...*, *op. cit.*, and *Grupa Warzywna...*, *op. cit.*, para. 37.

74 A. Sagan, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 8.3.2022 – C-205/20 – *NE vs. Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld II*, 'Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union' 2022, vol. 19, no. 6, pp. 283–286.

Hartberg-Fürstenfeld, when challenged with a repeated preliminary reference and the reasoning of C-384/17 *Link Logistic*, the CJ ruled that the principle of primacy imposes on national authorities the duty to disapply national legislation which is only partially incompatible with the principle of proportionality, namely exclusively to the extent 'necessary to enable the imposition of proportionate penalties'.⁷⁵ Hence since C-205/20 *NE vs. Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, it is possible to disapply (omit) not only a whole provision of national law (an individual article, paragraph, point or section of an article) but also a more minor part of it, not distinguished as a separate editorial unit of provision – a word, set of words, a number, a sum, etc. – only to the extent that they prevent the imposition of proportionate penalties. As a result, the infringer does not go unpunished (as in C-384/17 *Link Logistic*) but is punished with a lower fine than provided for in national law. The CJ expects NAAs to omit only that particular part of a national provision that regulates the 'rigid' or 'minimal' character of a fine; this means that if a provision of national law under which a specific behaviour 'will be fined with a fine of PLN 5000' is considered to be incompatible with the principle of proportionality, the NAA will have to omit the final part of that provision concerning the amount of the fine (as only the penalty of PLN 5000 is disproportionate). Then the NAA, being left with a provision worded as 'will be fined with a fine' that is not specified, can impose a penalty below the threshold provided for originally in national law.

The examples discussed above show the effects of the EU's fundamental rights on the application of national substantive fining provisions. They work in the same manner towards national procedural rules. However, the failure of an NAA to observe the EU's procedural fundamental rights (e.g. the right to be heard) does not mean that its decision will always be incompatible with EU law. The decision taken at the end of the administrative procedure conducted without due respect to the Charter is defective only insofar as the procedure's outcome might have been different if a fundamental right was duly observed.⁷⁶

Conclusions

While EU secondary law impacts national fining proceedings in several ways and to various extents, the EU's fundamental rights and general principles of law tend to provide a uniform standard of protection for individuals that applies to all types of national fining proceedings falling within the scope of EU law. The EU's fundamental rights and general principles of law create specific legal norms of a binding char-

75 Judgment of the CJ of 8 March 2022 on the case of *NE v. Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, C-205/20; judgment of the CJ of 19 December 2019 on the case of *NE v. Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, C-654/18.

76 *Kamino...*, *op. cit.*, paras 79–80.

acter which NAAs must observe in the course of national fining proceedings. The main objective of those norms is to protect individuals, providing them with legally enforceable rights already at the administrative proceedings stage. The EU's fundamental rights and general principles provide entrepreneurs party to fining proceedings with an additional European 'shield' against national fining provisions and their exaggerated (or even wrongful) application by NAAs. As a result, depending on the type of fundamental right or general principle and the circumstances of the case, the individual concerned may not be found responsible for the infringement and fined at all, or they may be found guilty of infringement. They still may not be fined, or they could be only fined with a significantly lower fine than provided for in the national legislation or envisaged in the practice of the NAA. From the practical point of view, European procedural fundamental rights offer a lesser degree of protection to individuals. To constitute a viable claim before a higher instance or court, their violations by NAAs must impact the outcome of the fining procedure.

REFERENCES

- Bockel van B., Wattel P., *New Wine into Old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Akerberg Fransson*, 'European Law Review' 2013, vol. 38, no. 6.
- Brkan M., *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to Its Core*, *European Constitutional Law Review* 2018, vol. 14, no. 2.
- De Moor-van-Vugt A., *Administrative Sanctions in EU Law*, 'Review of European Administrative Law' 2012, vol. 5, no. 1.
- Domańska M., *Swobody rynku wewnętrznego a prawa podstawowe – refleksje na tle orzecznictwa TS*, 'EPS' 2012, no. 1.
- Düsterhaus D., Safjan M., *Stosowanie prawa UE przez państwa członkowskie z perspektywy Trybunału Sprawiedliwości – od pełnej zgodności między Kartą i prawem UE do barier proceduralnych ją niweczających*, 'EPS' 2016, no. 8.
- Ehlermann C.-D., *The European Administration and the Public Administration of Member States with Regard to Competition Law*, 'European Competition Law Review' 1996, vol. 16, no. 8.
- Fontanelli F., *Implementation of EU Law through Domestic Measures after Fransson: The Court of Justice Buys Time and 'Non-Preclusion' Troubles Loom Large*, *European Law Review* 2014, vol. 39, no. 5.
- Gill-Pedro E., *Whose Freedom Is It Anyway? The Fundamental Rights of Companies in EU Law*, 'European Constitutional Law Review' 2022, vol. 18, no. 2.
- Górski M., *Prawo do skutecznego środka prawnego w Article 47 Karty Praw Podstawowych UE – znaczenie i deficyt*, 'Europejski Przegląd Sądowy' 2016, vol. 8.
- Grzeszczak R., Szmigielski A., *Sądowe stosowanie Karty Praw Podstawowych UE w odniesieniu do państw członkowskich – refleksje na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości i praktyki sądów krajowych*, 'EPS' 2015, no. 10.
- Kowalik-Bańczyk K., *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych*, Warsaw 2012.

- Kral R., National Normative Implementation of EC Regulations: An Exceptional or Rather Common Matter? 'European Law Review' 2008, vol. 33, no. 2.
- Łacny J., Korekty finansowe nakładane przez Komisję Europejską na państwa członkowskie za niezgodne z prawem wydatkowanie funduszy UE, Warsaw 2017.
- Lang J.T., The Duties of Cooperation of National Authorities and Courts under Article 10 EC: Two More Reflections, 'European Law Review' 2001, vol. 26, no. 1.
- Lang J.T., The Duties of National Authorities under Community Constitutional Law, 'European Law Review' 1998, vol. 23, no. 2.
- Mádr P., Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights from the Perspective of National Judge, 'Review of European Administrative Law' 2020, vol. 13, no. 4.
- Mik C., Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki. Tom I, Warsaw 2000.
- Półtorak N., Zakres związania państw członkowskich Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej, 'EPS' 2014, no. 9.
- Puchta R., Kognicja sądów administracyjnych w zakresie kontroli decyzji wydanych w sprawach wizowych przez konsulów. Glosa do postanowienia NSA z dnia 19 lutego 2018 r., II OSK 1346/16, 'Państwo i Prawo' 2019, vol. 8.
- Puchta R., Warunki dopuszczalności powołania się na ochronę wynikającą z Article 47 KPP – uwagi na tle wyroku TSUE z 13.12.2017 r. w sprawie El Hassani, 'Państwo i Prawo' 2019, vol. 4.
- Safjan M., Rządy prawa a przyszłość Europy, 'Europejski Przegląd Sądowy' 2019, vol. 8.
- Sagan A., Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 8.3.2022 – C-205/20 – NE vs. Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld II, 'Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union' 2022, vol. 19, no. 6.
- Sołtys A., Obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym jako instrument zapewnienia efektywności prawa Unii Europejskiej, Warsaw 2015.
- Sørensen K.E., Member States' Implementation of Penalties to Enforce EU Law: Balancing the Avoidance of Enforcement Deficits and the Protection of Individuals, 'European Law Review' 2015, vol. 40, no. 6.
- Szpunar M., Kilka uwag systematyzujących na temat zakresu zastosowania Karty Praw Podstawowych UE, 'EPS' 2015, no. 10.
- Szpyrka M., Europejskie standardy stosowania kar pieniężnych na przykładzie polskiego prawa telekomunikacyjnego, Warsaw 2020.
- Verhoeven M.J.M., The 'Costanzo Obligation' and the Principle of National Institutional Autonomy: Supervision as a Bridge to Close the Gap? 'Review of European and Administrative Law' 2010, vol. 3, no. 1.
- Vetzo M., The Past, Present and Future of the Ne Bis in Idem. Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma, Review of European Administrative Law 2018, vol. 11, no. 2.

Monika Szwarc

Polish Academy of Sciences, Poland

monika.szwarc@inp.pan.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7885-8021>

Enforcement of EU Law: Effectiveness and Fundamental Rights as Limits to the *Ius Puniendi* Exercised by Member States in Fiscal (Criminal) Proceedings

Abstract: This article analyses the limits to Member States' powers in the field of enforcing (criminal) penalties for infringements of EU law, with particular focus on the protection of the EU's financial interests. The article addresses the issue of the broad interpretation of the concept of 'fraud' within the meaning of Article 1(1) of the PFI Convention, which resulted in imposing an obligation on Member States to establish criminal penalties for certain serious VAT fraud. Next, the article analyses the requirements of effectiveness and equivalence of penalties established in domestic law for infringements of EU law, which may affect not only the severity of penalties, but also the rules of criminal procedure (limitation periods in pre-trial and judicial proceedings). Finally, the article presents the main developments in the context of limitations of *ius puniendi*, which stem from the obligation to protect fundamental rights under the Charter of Fundamental Rights.

Keywords: enforcement of EU law, EU criminal law, effectiveness of EU law, protection of fundamental rights, PFI Convention, PFI Directive, protection of financial interests of the EU

Introduction

The enforcement of EU law is a topic which has been discussed for many years and is always very important and relevant for the EU.¹ The notion of 'enforcement'

1 See in particular C. Harding, B. Swart (eds.), *Enforcing European Community Rules*, Dartmouth 1996; J.A.E. Vervaele (ed.), *Compliance and Enforcement of European Community Law*, The Hague/London/Boston 1999.

adopted in this article means a 'process that requires action from either the State or the Commission in order to force other actions to fulfill the obligations imposed on them by Community law'.² Generally, two models of enforcement are distinguished, direct and indirect, where enforcement based on the actions of Member States is also called decentralised or delegated enforcement.³ In many fields of EU law and policies, the effectiveness of EU law depends on the actions of Member States. Gradual development of the EU law in this field has resulted in Member States' obligation to introduce penalties in their national law for infringements of the EU rules regarding the single market and accompanying EU policies (such as labour, environmental protection, etc.) in order to ensure that they are effectively applied and observed by its addressees. The evolution began with the *Greek Maize* judgment of the Court of Justice of the EU (CJEU, Court of Justice), in which the requirements for such penalties were formulated.⁴ Next, the Court of Justice reconstructed the implied powers of the EU to impose criminal penalties for infringements of environmental protection law in the cases C-173/03 *Commission v. Council* and C-440/05 *Commission v. Council*.⁵ Finally, the Treaty of Lisbon incorporated the above line of reasoning, confirming the competence of the EU to require Member States to introduce minimum rules with regard to criminal offences and penalties, '[i]f the approximation of criminal laws and regulations of the Member States proves essential to ensure the effective implementation of a Union policy in an area which has been subject to harmonisation measures'.⁶

There is one specific field of EU policy which combines administrative and criminal law methods; this is the protection of the EU's financial interests. The evolution of EU law in this area was marked by the adoption of the Convention on the Protec-

2 A.J. Gil Ibanez, *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits*, Oxford/Portland 1999, p. 15; as the author explains, the terms 'application' and 'compliance' imply the active behaviour of addressees, while 'enforcement' steps down when non-compliance exists. In a similar vein, see M. Scholten's recent *EU (Shared) Law Enforcement: Who Does What and How?* (in:) S. Montaldo, F. Costamagna, A. Miglio (eds.) *EU Law Enforcement: The Evolution of Sanctioning Powers*, London/New York 2021, pp. 7–23.

3 For the typology and general outline see C. Harding, *Models of Enforcement: Direct and Delegated Enforcement and the Emergence of a 'Joint Action' Model*, (in:) C. Harding, B. Swart (eds.), *Enforcing...*, *op. cit.*, pp. 22–42; K. Mortelmans, *General Aspects of Europeanization and Horizontalization of Enforcement*, (in:) J.A.E. Vervaele (ed.), *Compliance and Enforcement...*, *op. cit.*, pp. 51–69.

4 Judgment of the CJEU of 21 September 1988, *Commission v. Greece*, 68/88, EU:C:1989:399.

5 Judgment of the CJEU of 13 September 2003, *Commission v. Council*, C-176/03, EU:C:2005:542; judgment of the CJEU of 23 October 2007, *Commission v. Council*, C-440/05, EU:C:2007:625.

6 Article 83(2) TFEU. For further discussion of this evolution, see in particular M. Dougan, *From Velvet Glove to the Iron Fist: Criminal Sanctions for the Enforcement of Union Law*, (in:) M. Cremona (ed.), *Compliance and Enforcement of EU Law*, Oxford 2012, pp. 74–131; and in the Polish literature, M. Szwarc-Kuczer, *Kompetencje Unii Europejskiej w dziedzinie harmonizacji prawa karnego materialnego* [EU Competence to Harmonise Substantive Criminal Law], Warsaw 2011.

tion of the European Communities' Financial Interests (PFI Convention) in 1995.⁷ The Convention determined the scope of 'fraud affecting the European Communities' financial interests' (Article 1(1)). Additionally, Member States were obliged to take necessary measures to ensure that such fraud is punishable by criminal penalties, in particular in cases of serious fraud, by penalties involving deprivation of liberty, which can give rise to extradition.⁸ The PFI Convention was replaced with Directive 2017/1371 (for the Member States bound by it) from 6 July 2019.⁹ Still, the case law scrutinised in this article concentrates on the provisions of the Treaty on functioning of the EU (TFEU) and the PFI Convention. Therefore, the PFI Directive will be invoked only to present legal developments and its effect on the interpretations made by the CJEU.

The direct legal grounds for the protection of the EU's financial interests can also be found in primary law. The Union and the Member States are obliged 'to counter fraud and any other illegal activities affecting financial interests of the Union through measures to be taken in accordance with this Article, which shall act as a deterrent and be such as to afford effective protection in the Member States, and in all the Union institutions, bodies, offices and agencies' (Article 325(1) TFEU), and Member States 'shall take the same measures to counter fraud affecting the financial interests of the Union as they take to counter fraud affecting their own financial interests' (Article 325(2) TFEU). Still, it must be underlined that nothing in Article 325(1) or (2) could lead to the conclusion that the Member States must necessarily introduce penalties of a criminal nature.

The most interesting and challenging rulings of the CJEU in the field of the enforcement of EU law have been delivered in the context of interpretation of rules concerning harmonised VAT and the protection of the EU's financial interests. The developments commenced in 2013 with the judgment of the Court of Justice in the case of *Fransson*, which concerned the possibility (under EU law) of the duplication of criminal and administrative proceedings in order to make a punishment for VAT fraud.¹⁰ The ruling must be considered as an important step in the evolution of the repressive EU law. Firstly, it clarified the scope of application of the Charter of Fundamental Rights to actions initiated by Member States, in particular in the field of estab-

7 Convention drawn up on the basis of Article K.3 TEU, on the protection of the European Communities' financial interests, signed in Luxembourg on 26 July 1995, O.J. C 316, 27.11.1995, pp. 49–57.

8 Article 2(1) of the PFI Convention.

9 Article 16 of Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law (O.J. L 198, 28.07.2017, pp. 29–41); the PIF PFI Directive has been adopted on the basis of Article 83(2) TFEU.

10 Judgment of the CJEU of 26 February 2013, *Fransson*, C 617/10, EU:C:2013:105.

lishing penalties (including criminal ones) for infringements of EU law.¹¹ Secondly, it clarified the meaning of the *ne bis in idem* principle by establishing the interpretation of notions important for the application of the principle (such as ‘criminal penalty’). Thirdly, the Court of Justice admitted that in general, Member States have discretion to choose the most appropriate penalties for infringements of EU law (in cases where EU law does not harmonise this aspect). The case law that followed has developed all the above aspects of the reasoning adopted in the *Fransson* ruling.

This article focuses on the third aspect, namely on the question of to what extent the declared discretion of Member States to choose the most appropriate penalties, in terms of their nature and scope, has been restricted by the Court of Justice since the *Fransson* ruling.

The gradual limitation of Member States’ discretion in the exercise of *ius puniendi* as regards establishing penalties for infringements of EU law is particularly visible in the combatting of offences committed in breach of VAT regulations and offences against the financial interests of the EU. In the cases of *Taricco* and *M.A.S.*, the Court of Justice answered questions referred by the Italian courts concerning the possibility of applying national provisions on limitation periods in criminal proceedings, which, if applied, would result in the impunity of persons accused of conspiracy to commit various offences in relation to VAT.¹² These two rulings, resulting from the questions of the Tribunale of Cuneo and of the Italian Constitutional Court of Italy respectively and often called the ‘*Taricco* saga’,¹³ brought about important new developments on the issue of mutual relations between EU law and Member States’ *ius puniendi*, in particular in the context of the effectiveness of EU law.¹⁴ This line of case law found its continuation in *Scialdone*, in which the Court of Justice again

11 See in particular E. Hancox, The Meaning of ‘Implementing’ EU Law under Article 51(1) of the Charter: *Åkerberg Fransson*, ‘Common Market Law Review’ 2013, vol. 50, no. 5, pp. 1411–1431.

12 Judgment of the CJEU of 8 September 2015, *Taricco*, C-105/14, EU:C:2015:555; judgment of the CJEU of 5 December 2017, *M.A.S.*, C-42/17, EU:C:2017:936.

13 For extensive commentaries, see in particular S. Manacorda, The *Taricco* Saga: A Risk or Opportunity for European Criminal Law, ‘New Journal of European Criminal Law’ 2018, no. 1, pp. 4–11; V. Manes, Some Lessons from the *Taricco* Saga, ‘New Journal of European Criminal Law’ 2018, no. 1, pp. 12–17; V. Mitsilegas, Judicial Dialogue in Three Silences: Unpacking *Taricco*, ‘New Journal of European Criminal Law’ 2018, no. 1, pp. 38–42.

14 Note that these two rulings were discussed mostly for their constitutional implications, including the principle of the primacy of EU law and mutual relations between EU law and national (constitutional) laws of the Member States; M. Timmerman, Balancing Effective Criminal Sanctions with Effective Fundamental Rights Protection in Cases of VAT Fraud: *Taricco*, ‘Common Market Law Review’ 2016, pp. 792–795; M. Bonelli, The *Taricco* Saga and the Consolidation of Judicial Dialogue in the European Union, ‘Maastricht Journal of European and Comparative Law’ 2018, no. 3, pp. 357–373; G. Piccirilli, The ‘*Taricco* Saga’: The Italian Constitutional Court Continues Its European Journey, ‘European Constitutional Law Review’ 2018, no. 4, pp. 814–833; C. Rauegger, National Constitutional Rights and the Primacy of EU Law: *M.A.S.*, ‘Common Market Law Review’ 2018, no. 5, pp. 1521–1548.

interpreted EU law in the context of Italian provisions establishing criminal and non-criminal tax penalties in the field of direct taxation, value added tax and tax collection, from the perspective of effectiveness and non-discrimination principles.¹⁵ In *Kolev*, the CJEU was asked to interpret EU law in the context of criminal proceedings against persons accused of having committed various offences as customs officers, where the national provisions setting time limits on the pre-trial stage of criminal proceedings were adequate to ensure the full effectiveness of EU law.¹⁶

Another group of cases before the CJEU concerned the interpretation of EU law in the context of the duplication of administrative and criminal proceedings. In *Menci*, the questions referred by the national court were addressed in proceedings concerning VAT fraud, and in *Garlsson* were in the context of combatting insider dealing and market manipulation.¹⁷ Here, the considerations touched upon the admissibility of duplication of criminal and administrative proceedings, which, due to the nature and severity of administrative penalties, were to be recognised as criminal.

This specific field of the judicial dialogue between the CJEU and national courts in the fields of EU economic law and penalties established by Member States for infringement is important for businesses across the European Union. The general rule is that when no harmonised rules on definitions of offences and penalties have been adopted, Member States enjoy a wide margin of discretion as regards the nature, scope and severity of such penalties, yet the limitations of these powers must be noticed and explained. This article focuses on the limitations of Member States' *ius puniendi*, as shown in the recent case law of the Member States, resulting from the extensive definition of fraud adopted by the CJEU and then to some extent codified in the PFI Directive (Section 1), and from the EU standard for penalties, in particular requirement of effectiveness of penalties (Section 2), as well as from the obligation to protect the fundamental rights of individuals, as long as their situation falls within EU law (Section 3).

1. Interpretation of 'fraud' in the context of the protection of the EU's financial interests resulting in the obligation to impose criminal sanctions

The extensive interpretation of the concept of 'fraud' within the meaning of Article 1 of the PFI Convention was the first important development resulting from the case law of the CJEU. In turn, such interpretation resulted in the obligation for Mem-

15 Judgment of the CJEU of 2 May 2018, *Scialdone*, C-574/15, EU:C:2018:295.

16 Judgment of the CJEU of 6 June 2018, *Kolev*, C-612/15, EU:C:2018:392.

17 Judgment of the CJEU of 20 March 2018, *Menci*, C-524/15, EU:C:2018:197; judgment of the CJEU of 20 March 2018, *Garlsson*, C-537/16, EU:C:2018:193. The national provisions, which were the ground for national proceedings, implemented provisions of Directive 2003/6/EC on insider dealing and market manipulation (market abuse) (O.J. L 96, 12.4.2003, pp. 16–25).

ber States to introduce into their national laws criminal offences accompanied by criminal penalties. The Court of Justice already ruled in *Fransson*, and later upheld in *Taricco* and *M.A.S.*, that Article 325 TFEU required Member States to counter illegal activities affecting the financial interests of the European Union through effective deterrent measures and, in particular, obliged them to take the same measures to counter fraud affecting the EU's financial interests as they take in respect of frauds affecting their own interests.¹⁸

In the following step, the CJEU recognised the existence of the direct link between the collection of the EU's own resources¹⁹ and revenues from the application of a uniform rate to the harmonised VAT assessment bases determined according to European Union rules and decided that collection of VAT revenue is directly linked with the availability of VAT resources for the EU budget.²⁰ The existence of such a link was also confirmed in the context of revenues from the Common Customs Duties, as the any failure in their collection may potentially cause a reduction in the EU budget.²¹

Such a standpoint allowed the CJEU to recognise the wide scope of the concept of 'fraud' within the meaning of the PFI Convention. In *Taricco*, it was decided that under Article 1(1) of the PFI Convention, the notion of 'fraud' covers revenue derived from applying a uniform rate to the harmonised VAT assessment bases determined according to the EU rules.²² As a consequence, 'conspiracy to commit offences in relation to VAT and VAT evasion amounting to several million euros' was considered as serious fraud affecting the EU's financial interests. Therefore, the Member States must ensure that such fraud is punishable by criminal penalties, which in particular are effective and dissuasive.²³ Thus, including such offences concerning VAT into the scope of application of Article 1(1) of the PFI Convention resulted in the imposition of an obligation on the Member States to criminalise them. It is also contended that the most important result of such a ruling was that the Court created an obligation to criminalise not only VAT fraud, but also the instigation and attempt thereof, as well as the participation therein.²⁴ For the sake of completeness of the reasoning, it is worth mentioning that the PFI Directive applies only in cases of serious

18 *Fransson...*, *op. cit.*, para. 26; *Taricco...*, *op. cit.*, para. 37; *M.A.S...*, *op. cit.*, para. 30; confirmed also in *Kolev...*, *op. cit.*, para. 50.

19 Within the meaning of Article 2(1) of Council Decision 2007/436/EC, Euratom of 7 June 2007 on the system of the European Communities' own resources (O.J. L 163, 23.6.2007, pp. 17–21).

20 *Fransson...*, *op. cit.*, para. 26; *M.A.S...*, *op. cit.*, paras 30–31; *Menci...*, *op. cit.*, para. 19.

21 *Kolev...*, *op. cit.*, para. 51.

22 *Taricco...*, *op. cit.*, para. 41.

23 *Ibidem*, paras 42–43; *M.A.S...*, *op. cit.*, para. 35; *Scialdone...*, *op. cit.*, para. 35; *Kolev...*, *op. cit.*, para. 54.

24 M. Timmerman, *Balancing...*, *op. cit.*, p. 789; this author also brings attention to the fact that the negotiations concerning the new PFI Directive took place in parallel to the proceedings before the CJEU, where the Member States wished to exclude VAT fraud from the scope of this directive, pp. 789–790.

offences against the common VAT system, where their 'seriousness' is explicitly defined in terms of the amount of total damage and any cross-border dimension.

Still, not all offences in relation to VAT are to be classified as 'fraud' within the above meaning. This is a case of a plain failure to pay a declared VAT. In *Scialdone* it was decided that such an act did not amount to 'fraud' within the meaning of the PFI Convention, but it was classified as 'illegal activities' liable to affect the financial interests of the EU, within the meaning of Article 325 (1) TFEU.²⁵ Nonetheless, in *Kolev*, the Court did not distinguish between fraud (requiring introduction of criminal penalties) and other illegal activities (requiring non-criminal penalties), and ruled that 'participation in a criminal undertaking for more than a year by demanding bribes from those crossing the border between Bulgaria and Turkey in order not to carry out customs inspections and not to document any irregularities identified', which under national law constituted offences punishable by custodial sentences to of six or to ten years' imprisonment, could be categorised as serious fraud or any other serious illegal activity affecting the financial interests of the EU within the meaning of Article 325(1) TFEU.²⁶

Admittedly, the classification of actions as 'fraud' within the meaning of the PFI Convention or the PFI Directive (depending on which act was in force at the moment of the offences being committed) will result in the obligation of the Member States to introduce criminal penalties, thus limiting their discretion as to the nature of the legal reaction for a particular infringement. However, this discretion may be affected also in terms of the severity of penalties, as well as in terms of procedural aspects of their enforcement.

2. The EU standard for (criminal) penalties

As already explained, when the matter of choice has not been harmonised under Article 83 TFEU, such as in the field of VAT, Member States retain discretion in choosing applicable penalties: administrative, criminal or a combination of both.²⁷ Still, notwithstanding their nature, penalties for infringements of EU law must fulfil the requirements that stem from the so-called *Greek Maize* case. The CJEU then ruled that Member States were bound to ensure 'that infringements of Community law are penalised under conditions, both procedural and substantive, which are anal-

25 *Scialdone...*, *op. cit.*, paras 39 and 44; judgment of the CJEU of 15 September 2022, on the case of *UAB 'HA.EN'*, C-227/21, EU:C:2022:687, para. 32.

26 *Kolev...*, *op. cit.*, para. 57.

27 *Fransson...*, *op. cit.*, para. 34. This was in the context of declaring that Article 50 of the Charter, the *ne bis in idem* principle, does not preclude such a combination of administrative and criminal sanctions; this discretion was confirmed also in *M.A.S...*, *op. cit.*, para. 33; *Menci...*, *op. cit.*, para. 20; and *Scialdone...*, *op. cit.*, para. 34.

ogous to those applicable to infringements of national law of a similar nature and importance and which, in any event, make the penalty effective, proportionate and dissuasive' and that 'national authorities must proceed, with respect to infringements of Community law, with the same diligence as that which they bring to bear in implementing corresponding national laws'.²⁸ These requirements, also referred to as the principles of effectiveness and equivalence (assimilation, or non-discrimination), were later codified in Article 325 (1) and (2) TFEU. In *Scialdone*, the Court of Justice upheld, that they are still valid, in the context of infringements of the VAT Directive, for all penalties for infringements of EU law, notwithstanding their nature (administrative or criminal).²⁹

In *Taricco* and *M.A.S.*, the CJEU interpreted the above EU requirements for penalties in the context of national provisions on limitations in criminal proceedings, which raised concerns of referring courts as to their impact on the effectiveness of the EU law. These limitation periods, amounting to seven years and six months and or, in the case of conspiracy, eight years and nine months, had the effect that the proceedings would be time-barred and persons accused of such crimes (which were to be regarded as 'fraud' affecting the financial interests of the EU) would not be punished, which in turn would render the EU law ineffective, because their application would result in the impunity of the accused.³⁰ Answering these doubts, the CJEU decided that:

[I]f the national court concludes that the application of the national provisions in relation to the interruption of the limitation period has the effect that, in a considerable number of cases, the commission of serious fraud will escape criminal punishment, since the offences will usually be time-barred before the criminal penalty laid down by law can be imposed by a final judicial decision, it would be necessary to find that the measures laid down by national law to combat fraud and any other illegal activity affecting the financial interests of the European Union could not be regarded as being effective and dissuasive, which would be incompatible with Article 325(1) TFEU, Article 2(1) of the PFI Convention as well as Directive 2006/112, read in conjunction with Article 4(3) TEU.³¹

The ruling of the CJEU in *Taricco* provoked a vivid reaction among academics, but more importantly in the Italian courts. The Court's declaration that national rules on limitation periods in criminal proceedings would be contrary to the EU requirement of effective and dissuasive penalties, could result in the necessity to disapply

28 *Commission v. Greece*, *op. cit.*, paras 23, 24, 26.

29 *Scialdone...*, *op. cit.*, paras 28–29; judgment of the CJEU of 17 January 2019, *Dzivev*, C-310/16, EU:C:2019:30, para. 30.

30 As has been clarified in *Taricco*, the referring court explained that 'the duration of the entire proceedings is such that in Italy, in that type of case, de facto impunity is normal rather than [an] exceptional occurrence', para. 24.

31 *Taricco...*, *op. cit.*, para. 47.

such national rules. Such a standpoint amounted to a considerable interference with the criminal procedural law. Furthermore, as the Italian rules on limitation periods were classified as substantive criminal law (and not of criminal procedure), the ruling provoked serious doubts from the perspective of the Italian constitutional principle of legality. Therefore, in *M.A.S.*, in response to questions referred by the Italian Constitutional Court, the CJEU had the opportunity, firstly, to uphold the decision it made in *Taricco*,³² and secondly, to admit that it is primarily for the national legislature to lay down rules on limitation that enable compliance with the obligation under Article 325 TFEU.³³ At this point of reasoning, it seems important to underline that the EU requirements for effective and dissuasive penalties may reach as far as the criminal law and procedure affecting the enforcement of repression. The implications of the declaration that national criminal law provision is incompatible with the EU requirement of effectiveness are explored below.

In *Kolev*, the Court of Justice went even further when it declared that the obligation to ensure the protection of the EU's financial interests requires the Member States to adopt such measures which guarantee the effective and comprehensive collection of customs duties, and, further, which guarantee the proper execution of customs inspections.³⁴ According to the CJEU, the Member States must also ensure that 'the rules of criminal procedure permit effective investigation and prosecution of offences linked to such conduct.'³⁵ After the analysis of the provisions of the national criminal procedure on the limitation period in respect of the pre-trial proceedings, the Court declared that 'they are liable to impede the effectiveness of criminal prosecution and the punishment of acts' classified as serious fraud, or other illegal activities within the meaning of Article 325 (1) TFEU. In *Dzivev* it was upheld that 'in criminal law, those rights and those principles must be respected not only during the criminal proceedings, but also during the stage of the preliminary investigation, from the moment when the person concerned becomes an accused.'³⁶

The requirement of equivalence has not been such a controversy as that of effectiveness. In *Taricco*, the CJEU ordered that criminal penalties 'must be the same as those which the Member States adopt in order to combat equally serious cases of fraud affecting their own financial interests.'³⁷ The dissuasiveness of the penalties was not at issue. The requirement of equivalence is explicitly stated in Article 325 (2) TFEU and was also upheld by the Court of Justice.³⁸ The question whether penalties

32 'The Member States must also ensure that the limitation rules laid down by national law allow effective punishment of infringements linked to such fraud', *M.A.S.*..., *op. cit.*, para. 36.

33 *Ibidem*, para. 41.

34 *Kolev*..., *op. cit.*, paras 52–53.

35 *Ibidem*, para. 55.

36 *Dzivev*..., *op. cit.*, para. 33.

37 *Taricco*..., *op. cit.*, para. 43.

38 *M.A.S.*..., *op. cit.*, para. 37.

established in national law are non-discriminatory was analysed in *Scialdone*, and the CJEU decided that the non-discrimination principle was not infringed.³⁹

3. Fundamental rights as a restriction to the exercise of *ius puniendi*

Following the *Fransson* ruling, it is clear that when establishing and enforcing penalties for infringements of EU law, the Member States 'are implementing European Union law' within the meaning of Article 51(1) of the Charter of Fundamental Rights.⁴⁰ It was also confirmed that use of national administrative procedures in order to apply national provisions transposing Directive 2003/6 on insider dealing and market manipulation 'amounts to an implementation of EU law within the meaning of Article 51(1) of the Charter'.⁴¹

Nevertheless, the *Taricco* saga exemplifies a situation where the requirement of effectiveness of penalties enforced due to the EU law infringements clashes with the fundamental rights of an individual. The Court of Justice declared Article 325(1) and (2) TFEU to be directly effective and imposed the obligation on national courts to give full effect to these Treaty provisions, 'if need be by disapplying the provisions of national law the effect of which would be to prevent the Member State concerned from fulfilling its obligation under Article 325(1) and (2) TFEU'.⁴² The issue in this particular procedural configuration before the Italian court where the main proceedings took place was that disapplication of national rules on limitation periods would result in the possibility of continuing proceedings up to the imposition of a criminal penalty, which would not otherwise be imposed under the Italian law. This would allow ensuring the full effectiveness of rules on the protection of the financial interests of the EU, but at the same time, would raise considerations based on the protection of the fundamental rights of individuals.

It must be underlined that such a standpoint will lead to the situation that Article 325(1) TFEU, requiring disapplication of a national rule on the limitation of criminal pre-trial proceedings or court proceedings, would possibly result in determining the criminal liability of the accused. Such a result would be contrary to the well-established case law of the CJEU, in which the direct effect of a directive's provision must be excluded if it could lead to establishing criminal liability or aggravation.

39 *Scialdone...*, *op. cit.*, paras 53–60.

40 *Fransson...*, *op. cit.*, para. 27, confirmed in *Menci...*, *op. cit.*, para. 21; *Kolev...*, *op. cit.*, para. 68.

41 *Garlsson...*, *op. cit.*, para. 23.

42 *Taricco...*, *op. cit.*, paras 52 and 58; *M.A.S...*, *op. cit.*, para. 39; *Kolev...*, *op. cit.*, paras 64 and 76; *Dzivev...*, *op. cit.*, para. 32; criticised in regard of Article 325(1) TFEU, which was assessed as lacking the traditional requirements for the direct effect; F. Viganò, *Melloni Overruled? Considerations on the 'Taricco II' Judgment of the Court of Justice*, 'New Journal of European Criminal Law' 2018, vol. 9, no. 1, p. 19.

tion of such liability.⁴³ However, R. Sicurella argues that such exclusion of detrimental consequences for an individual refers only to secondary legislation and is the consequence of the lack of the EU competence in criminal law (at the time these rulings were delivered). In contrast, in the case of treaty provisions, such detrimental effects could not be precluded, because they are adopted via national law.⁴⁴

The CJEU upheld in *Taricco* that when a national court decides to disapply national provisions on the limitation period in criminal proceedings, it is under an obligation to ensure that the fundamental rights of the person concerned are respected.⁴⁵ This is an important conclusion, as it imposes an obligation on the national court to balance the effectiveness of EU law and the protection of the fundamental rights of the interested person. In response to parties in the proceedings, the Court considered Article 49 of the Charter of Fundamental Rights, guaranteeing the principles of legality and proportionality of criminal offences and penalties, and concluded that disapplication of national law would not infringe the rights of the accused.⁴⁶

The exercise of balancing between effectiveness and fundamental rights appeared to be more sophisticated. The Italian Constitutional Court explained in questions referred to the CJEU in *M.A.S.* that the requirement to disapply national rules on limitation periods in criminal proceedings is substantive in nature and as a consequence falls within the scope of the principle of legality (Article 25 of the Italian Constitution). This may be considered incompatible with the 'overriding principles of the Italian constitutional order and with observance of the inalienable rights of the individual' and in particular with 'the principle that offences and penalties must be defined by law, which requires that rules of criminal law are precisely determined and cannot be retroactive'.⁴⁷

The response of the CJEU expressed in the *M.A.S.* judgment has been extensively commented on and interpreted in the academic literature, in particular from the perspective of the constitutional implications for the EU and the Member States. For the purposes of this article, it seems important to note that the Court confirmed that it is for the national legislature to amend national legislation when necessary, in order to ensure that procedural rules conform with the requirements of effectiveness on the one hand and of fundamental rights protection on the other.⁴⁸ Nevertheless,

43 Judgment of the CJEU of 8 October 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, C-80/86, EU:C:1987:431, in the context of EU directives; judgment of the CJEU of 7 January 2004, X, C-60/02, EU:C:2004:10, in the context of EU regulation.

44 R. Sicurella, *Effectiveness of EU Law and Protection of Fundamental Rights: The Questions Settled and the New Challenges after the ECJ Decision in the M.A.S. and M.B. Case (C-42/17)*, 'New Journal of European Criminal Law' 2018, vol. 9, no. 1, p. 26.

45 *Taricco...*, *op. cit.*, para. 53.

46 *Ibidem*, para. 55.

47 *M.A.S...*, *op. cit.*, para. 13.

48 *Ibidem*, para. 41; *Kolev...*, *op. cit.*, para. 65; *Dzivev...*, *op. cit.*, para. 31.

the Court did not abandon the duty of national courts to disapply national provisions and strived to allow the Italian court to apply the relevant constitutional domestic standard. While confirming that disapplication of national rules on limitation periods does not, in principle, infringe the principle that offences and penalties must be defined by law, the Court admitted that the protection of the EU's financial interests by the imposition of criminal penalties falls within the shared competence of the EU and the Member States.⁴⁹ Moreover, the Court reasoned that limitation rules at the time were not harmonised under EU law.⁵⁰ It was also recalled that as long as the rules were not harmonised, 'the national authorities and courts remain free to apply national standards of protection of fundamental rights, provided that the level of protection provided for by the Charter [...] and the primacy, unity and effectiveness of EU law are not thereby compromised.'⁵¹ It seems that balancing EU law effectiveness (the imposition of penalties for infringements of EU law) and the fundamental rights of the interested persons (the accused) will follow exactly the reasoning of both the *Fransson* and the *Melloni* rulings. Member States enjoy more discretion to apply their own constitutional standard of protection when the harmonisation of EU law has not been put into effect (as in *Fransson*, *Taricco* and *M.A.S.*). Such discretion is more and more restricted when EU law establishes common standards of protection, such as the non-execution of the European arrest warrant in *Melloni* and, now, rules on limitation periods established in the PFI Directive. Still, it is worth noticing that the Court of Justice in *M.A.S.* delivered elaborate reasoning to persuade the national court that the domestic (constitutional), conventional (ECHR) and EU (Charter) standards are in fact complementary and not in competition.⁵²

The legal reasoning was not so controversial in the *Kolev* case, where the CJEU confirmed that in the course of criminal proceedings, it is necessary to ensure respect for the right of defence, as guaranteed by Article 48(2) of the Charter. In particular, the Court invoked 'the right of an individual to be informed of the charges against him and to have access to the case materials.'⁵³ Similarly to the reasoning applied in *Taricco* and *M.A.S.*, the CJEU required the national court to balance the full effectiveness of Article 325(1) TFEU (by disapplication of national rules on the limitation periods of pre-trial proceedings) and the protection of the right of the accused person to have their case heard within a reasonable time.⁵⁴

The rulings in the cases of *Menci* and *Garlsson* exemplify a different procedural configuration, where the effectiveness of EU law may clash with the protection of

49 *M.A.S.*..., *op. cit.*, para. 42.

50 *Ibidem*, paras 43–44.

51 *Ibidem*, para. 47, referring to the standpoint in *Fransson*..., *op. cit.*, para. 29.

52 *M.A.S.*..., *op. cit.*, paras 49–61.

53 *Kolev*..., *op. cit.*, para. 69.

54 *Ibidem*, para. 70.

fundamental rights. Whereas in *Taricco*, *M.A.S.* and *Kolev* the protection of fundamental rights had to be ensured when national law was disapplied, in *Menci* and *Garlsson* this protection had to be ensured during the application of national rules, which envisaged a duplication of criminal and administrative proceedings triggering the enforcement of a criminal penalty. Despite being explained and discussed elsewhere, for the completeness of this reasoning it is important to recall that the CJEU considered the duplication of proceedings (a criminal proceedings and an administrative proceedings leading to the imposition of a criminal penalty) as a limitation of the fundamental right guaranteed under Article 50 of the Charter.⁵⁵ Next, the Court analysed whether the requirements of such a limitation, as enshrined in Article 52(1) of the Charter, were met. It also ruled that under certain conditions, such duplication of proceedings and penalties was compliant with the Charter.⁵⁶ This leads to the conclusion that in certain situations, the effectiveness of EU law, i.e. effective combatting of VAT fraud, prevails over the fundamental rights of individuals. Such reasoning was repeated and upheld in the *Garlsson* judgment, in the context of the duplication of proceedings with the view to enforcing national provisions implementing Directive 2003/6.⁵⁷

Conclusions

The case law of the CJEU of the last ten years in the field of broadly understood EU criminal law brings about several important conclusions concerning Member States' competence to introduce criminal law and procedure, both as regards the legislature and the national courts. Whereas it is consistently contended that Member States enjoy a certain margin of discretion as regards the choice of penalties to be established in national law for infringements of EU law (when such a choice of the nature of penalties, and their scope or severity, has not been harmonised at Union level), it is also visible that this sphere is subject to gradual limitation.

Firstly, the evolution and extensive interpretation of the concept of 'fraud' within the meaning of Article 1(1) of the PFI Convention brought under its scope certain offences in relation to VAT and VAT evasion (*Taricco*, *M.A.S.*, *Kolev*). Nevertheless, this

55 *Menci...*, *op. cit.*, para. 39; K. Baranowski, Ograniczenie stosowania zasady *ne bis in idem* na podstawie art. 52 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. Głosa do wyroku TS z dnia 20 marca 2018 r., C-524/15, 'Europejski Przegląd Sądowy' 2020, no. 2, pp. 33–46.

56 *Ibidem*, para. 63.

57 *Garlsson...*, *op. cit.*, para. 41 (on the existence of the limitation of rights guaranteed by Article 50 of the Charter), paras 55–56 (on requirements). For further reading, see G. Lo Schiavo, The Principle of *Ne Bis in Idem* and the Application of Criminal Sanctions: Of Scope and Restrictions, 'European Constitutional Law Review' 2018, vol. 14, no. 3, pp. 644–663; M. Szwarc, Effectiveness of EU Law and Protection of Fundamental Rights: In Search of Balance in the Context of the *Ne Bis in Idem* Principle, 'Studia Prawnicze' 2019, no. 4, pp. 37–58.

judicial evolution took place in parallel with the discussion concerning the proposal for the PFI Directive, which to some extent harmonised the definition of 'fraud' in relation to VAT.

Secondly, and even more importantly, it is justified to conclude that EU law may affect not only the choice of penalties (administrative, criminal or both), but also national criminal procedure, such as time limits before the court (*Taricco, M.A.S.*) or pre-trial proceedings (*Kolev*). The impact stems from the requirements that the enforcement of EU rules is effective, and so must be the penalties and the procedure for their imposition. Such an impact has been upheld by the CJEU in the field of the protection of the financial interests of the EU. Still, the spillover effect, in terms of other EU policies or other aspects of criminal procedure, cannot be excluded.

Thirdly, the CJEU confirmed that in the case of conflict between the EU requirement of effective and dissuasive penalties and the national rules of criminal law or procedure, the national court is under an obligation to disapply such national rules. As a consequence, this provoked doubts about whether such disapplication would not amount to disregarding the fundamental rights of the accused, such as the principle of legality (*Taricco, M.A.S.*) or respect of their rights of defence (*Kolev*). In general, it is clear that a national court adjudicating in a particular case must, while deciding on the disapplication of national provision(s), also respect the fundamental rights of the accused. This is an exercise in balancing the effectiveness of EU law (which requires disapplication of national rules which restrict such effectiveness) and the fundamental rights of an individual (which require the national court to apply national rules, otherwise these rights will not be protected). The search for balance is perfectly visible in cases such as *Menci* and *Garlsson*. The *Taricco* and *M.A.S.* cases confirm that EU law imposes the obligation on national courts to balance these two aspects. What is still discussed is the issue of which sources could inspire a national court to reconstruct the standard of protection. In *M.A.S.* and *Kolev*, the CJEU strived to reconstruct this standard from the EU and ECHR acquis, while leaving the national court some margin of discretion in order to apply its national standard. The discussion seems to be directed to making the possibility of applying a national standard of protection dependent on the degree of harmonisation of the protection under EU law.

REFERENCES

- Baranowski K., Ograniczenie stosowania zasady *ne bis in idem* na podstawie art. 52 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. Glosa do wyroku TS z dnia 20 marca 2018 r., C-524/15, 'Europejski Przegląd Sądowy' 2020, no. 2, pp. 33–46.
- Bonelli M., The *Taricco* Saga and the Consolidation of Judicial Dialogue in the European Union, 'Maas-tricht Journal of European and Comparative Law' 2018, no. 3, pp. 357–373.
- Dougan M., From Velvet Glove to the Iron Fist: Criminal Sanctions for the Enforcement of Union Law, (in:) M. Cremona (ed.), *Compliance and Enforcement of EU Law*, Oxford 2012, pp. 74–131.
- Gil Ibanez A.J., *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits*, Oxford/Portland 1999.
- Hancox E., The Meaning of 'Implementing' EU Law under Article 51(1) of the Charter: *Åkerberg Fransson*, 'Common Market Law Review' 2013, vol. 50, no. 5, pp. 1411–1431.
- Harding C., Models of Enforcement: Direct and Delegated Enforcement and the Emergence of a 'Joint Action' Model, (in:) C. Harding, B. Swart (eds.), *Enforcing European Community Rules*, Dartmouth 1996, pp. 22–42.
- Harding C., Swart B. (eds.), *Enforcing European Community Rules*, Dartmouth 1996.
- Lo Schiavo G., The Principle of *Ne Bis in Idem* and the Application of Criminal Sanctions: Of Scope and Restrictions, 'European Constitutional Law Review' 2018, vol. 14, no. 3, pp. 644–663.
- Manacorda S., The *Taricco* Saga: A Risk or Opportunity for European Criminal Law, 'New Journal of European Criminal Law' 2018, no. 1, pp. 4–11.
- Manes V., Some Lessons from the *Taricco* Saga, 'New Journal of European Criminal Law' 2018, no. 1, pp. 12–17.
- Mitsilegas V., Judicial Dialogue in Three Silences: Unpacking *Taricco*, 'New Journal of European Criminal Law' 2018, no. 1, pp. 38–42.
- Mortelmans K., General Aspects of Europeanization and Horizontalization of Enforcement, (in:) J.A.E. Vervaele (ed.), *Compliance and Enforcement of European Community Law*, The Hague/London/Boston 1999, pp. 51–69.
- Piccirilli G., The '*Taricco* Saga': The Italian Constitutional Court Continues Its European Journey, 'European Constitutional Law Review' 2018, vol. 14, no. 4, pp. 814–833.
- Rauchegger C., National Constitutional Rights and the Primacy of EU Law: *M.A.S.*, 'Common Market Law Review' 2018, vol. 55, no. 5, pp. 1521–1547.
- Scholten M., EU (Shared) Law Enforcement: Who Does What and How? (in:) S. Montaldo, F. Costamagna, A. Miglio (eds.) *EU Law Enforcement: The Evolution of Sanctioning Powers*, London/New York 2021, pp. 7–23.
- Sicurella R., Effectiveness of EU Law and Protection of Fundamental Rights: The Questions Settled and the New Challenges after the ECJ Decision in the *M.A.S. and M.B.* Case (C-42/17), 'New Journal of European Criminal Law' 2018, vol. 9, no. 1, pp. 24–30.
- Szwarc M., Effectiveness of EU Law and Protection of Fundamental Rights: In Search of Balance in the Context of the *Ne Bis in Idem* Principle, 'Studia Prawnicze' 2019, no. 4, pp. 37–58.

Szwarc-Kuczer M., *Kompetencje Unii Europejskiej w dziedzinie harmonizacji prawa karnego materialnego*, Warsaw 2011.

Timmerman M., *Balancing Effective Criminal Sanctions with Effective Fundamental Rights Protection in Cases of VAT Fraud: Taricco*, 'Common Market Law Review' 2016, pp. 779–796.

Vervaele J.A.E., *Compliance and Enforcement of European Community Law*, The Hague/London/Boston 1999.

Viganò F., *Melloni Overruled? Considerations on the 'Taricco II' Judgment of the Court of Justice*, 'New Journal of European Criminal Law' 2018, vol. 9, no. 1, pp. 18–23.

Maciej Etel

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

etel.m@uwb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1740-4688>

Sprzeciw od czynności kontrolnych jako szczególny środek ochrony przedsiębiorcy

Objection to Inspection Activities as a Special Legal Instrument for Protection of the Entrepreneur

Abstract: Objection to inspection activities is a special legal instrument that allows an entrepreneur to react in a situation where inspection activities have been undertaken and conducted in violation of the regulations governing the rules and procedures for such inspections of business activities. This study analyses this instrument, in particular the possibility of filing an objection and exclusions in this regard, authorized entities, the issue of quasi-objections, the effects that the objection causes or may cause, the rules of procedure for the filing and resolution of the objection, as well as the issues of complaints against the decision to continue controlling activities and complaints to the administrative court. In addition to the analysis of legal provisions creating the normative construction of objection to inspection activities, the study includes related assessments, conclusions and findings of doctrine and jurisprudence. The study answers the question of whether an objection to inspection activities is an effective and available instrument to protect the entrepreneur in a situation where inspection activities are conducted in violation of regulations.

Keywords: entrepreneurs, entrepreneur law, inspections, inspection authority, objections

Słowa kluczowe: przedsiębiorca, prawo przedsiębiorców, kontrola, organ kontroli, sprzeciw

Wprowadzenie

Sprzeciw od czynności kontrolnych jest szczególnym środkiem prawnym pozwalającym przedsiębiorcy reagować w sytuacji podjęcia i prowadzenia czynności

kontrolnych z naruszeniem przepisów regulujących zasady i tryb kontroli działalności gospodarczej¹.

Jest to środek prawny ukierunkowany na ochronę przedsiębiorcy poprzez zapewnienie możliwości weryfikowania działań organów kontroli, ograniczenia uznaniowości i dowolności ich zachowań, wymagający prowadzenia kontroli w sposób rzetelny i profesjonalny, a jednocześnie dostrzegający interes przedsiębiorcy jako podmiotu kontrolowanego². Szczególny charakter sprzeciwu od czynności kontrolnych przejawia się zaś w tym, iż jest on jedynym bezpośrednim i samodzielnym instrumentem prawnym służącym zaskarżaniu czynności kontrolnych ukierunkowanym na ochronę prawną przedsiębiorcy przed ingerencją w sferę jego praw i wolności na etapie kontroli³.

Sprzeciw od czynności kontrolnych funkcjonuje w systemie prawa krajowego od 2009 r. – został wprowadzony na podstawie art. 1 pkt 20 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw⁴. W aktualnym stanie prawnym znajduje umocowanie w art. 59 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców⁵.

Niniejsze opracowanie poświęcone jest analizie tego szczególnego środka ochrony przedsiębiorcy, uwzględniającej możliwość wniesienia sprzeciwu i wyłączenia w tym zakresie, krąg podmiotów uprawnionych, problematykę quasi-sprzeciwów, skutki, jakie wywołuje bądź może wywoływać sprzeciw, reguły postępowania w sprawie złożenia i rozstrzygnięcia sprzeciwu, a także kwestię zażaleń na postanowienie o kontynuowaniu czynności kontrolnych oraz skarg do sądu administracyjnego.

Poza przepisami prawnymi kreującymi konstrukcję normatywną sprzeciwu od czynności kontrolnych analiza uwzględni również oceny, wnioski i ustalenia doktryny oraz judykatury.

Opracowanie zmierza do odpowiedzi na pytanie: czy sprzeciw od czynności kontrolnych w konstrukcji przyjętej w art. 59 u.p.p. stanowi wystarczająco efektywny i dostępny środek ochrony przedsiębiorcy w sytuacji podjęcia i prowadzenia czynności kontrolnych z naruszeniem przepisów?

1 Por. wyrok NSA w Warszawie z dnia 6 czerwca 2012 r., I GSK 698/11, LEX nr 1215510.

2 O funkcji ochronnej, kontrolnej i porządkującej sprzeciwu od czynności kontrolnych jako środka prawnego zob. D. Zalewski, *Ochrona praw podatnika w kontroli podatkowej*, Warszawa 2021, s. 249–254.

3 *Ibidem*, s. 238–241; D. Szafranski, *Standardy kontroli*, „*Studia Iuridica*” 2011, nr 53, s. 273–275; A. Hołda-Wydrzyńska, *Kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy*, (w:) R. Blicharz (red.), *Przedsiębiorca. Zagadnienia wybrane*, Katowice 2017, s. 230–231; zob. wyrok NSA z dnia 28 czerwca 2016 r., II OSK 2633/14, LEX nr 2106706; uchwała (7) NSA z dnia 13 stycznia 2014 r., II GPS 3/13, LEX nr 1408525; wyrok TK z dnia 20 grudnia 2017 r., SK 37/15, LEX nr 2410628.

4 Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r., Nr 18, poz. 97).

5 Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 221 ze zm.) – dalej u.p.p.

1. Możliwość wniesienia sprzeciwu i podmiot uprawniony do wniesienia sprzeciwu

1.1. Możliwość wniesienia sprzeciwu

Już na wstępie należy podkreślić, iż możliwość przedsiębiorcy do skorzystania z analizowanego środka ochrony jest ograniczona.

Art. 59 ust. 1 u.p.p. stanowi wprost, iż przedsiębiorca może wnieść sprzeciw wyłącznie wobec podjęcia i wykonywania przez organ kontroli czynności z naruszeniem:

- 1) zasady zawiadomienia o zamiarze wszczęcia kontroli, o której mowa w art. 48 u.p.p.,
- 2) zasady profesjonalnego wszczęcia i prowadzenia kontroli, o której mowa w art. 49 u.p.p.,
- 3) zasady prowadzenia czynności kontrolnych w obecności przedsiębiorcy, osoby przez niego upoważnionej lub pracownika przedsiębiorcy, o której mowa w art. 50 ust. 1 i 5 u.p.p.,
- 4) zasady przeprowadzania kontroli w siedzibie przedsiębiorcy lub w miejscu wykonywania działalności gospodarczej oraz w godzinach pracy lub w czasie faktycznego wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę, o której mowa w art. 51 ust. 1 u.p.p.,
- 5) zakazu równoczesnego podejmowania i prowadzenia więcej niż jednej kontroli działalności przedsiębiorcy, o którym mowa w art. 54 ust. 1 u.p.p.,
- 6) zasady ograniczonego czasu trwania kontroli, o której mowa w art. 55 ust. 1–2 u.p.p.,
- 7) zasady wyłączenia możliwości przeprowadzenia ponownej kontroli przez ten sam organ kontroli, o której mowa w art. 58 u.p.p.

Ponadto art. 59 ust. 2 u.p.p. *expressis verbis* wyłącza możliwość wniesienia przez przedsiębiorcę sprzeciwu od czynności kontrolnych. Zgodnie z tym przepisem wniesienie sprzeciwu nie jest dopuszczalne, gdy:

- 1) organ przeprowadza kontrolę, uznając, że jej przeprowadzenie jest niezbędne dla przeciwdziałania popełnieniu przestępstwa lub wykroczenia, przeciwdziałania popełnieniu przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego lub zabezpieczenia dowodów jego popełnienia i z tego względu odstąpił od (dopuszczenia naruszenia):
 - a) zasady zawiadomienia o zamiarze wszczęcia kontroli – na podstawie art. 48 ust. 11 pkt 2 u.p.p.,

- b) zasady prowadzenia czynności kontrolnych w obecności przedsiębiorcy, osoby przez niego upoważnionej lub pracownika przedsiębiorcy – na podstawie art. 50 ust 2 pkt 2 u.p.p.,
 - c) zakazu równoczesnego podejmowania i prowadzenia więcej niż jednej kontroli działalności przedsiębiorcy – na podstawie art. 54 ust. 1 pkt 2 u.p.p.,
 - d) zasady ograniczonego czasu trwania kontroli – na podstawie art. 55 ust. 2 pkt 2 u.p.p.;
- 2) organ przeprowadza kontrolę przedsiębiorców wykonujących konkretny rodzaj działalności gospodarczej lub w zakresie konkretnego jej obszaru i podejmowanych w jego obrębie działań uregulowanych w odrębnych ustawach szczególnych⁶, do których na mocy art. 62 u.p.p. nie stosuje się zasad kontroli przedsiębiorcy określonych w u.p.p., tj. działalności gospodarczej przedsiębiorców w zakresie:
- a) objętym kontrolą związaną z obejmowaniem towarów procedurą celną i powrotnym wywozem, dokonywaną w urzędzie celno-skarbowym albo miejscu wyznaczonym lub uznanym przez organ celny albo graniczną kontrolą fitosanitarną,
 - b) objętym kontrolą środków ochrony roślin wprowadzanych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
 - c) objętym kontrolą przemieszczających się środków transportu, osób z nich korzystających oraz towarów nimi przewożonych,
 - d) obejmującym zakup produktów lub usług sprawdzającym rzetelność usługi,
 - e) obejmującym sprzedaż dokonywaną poza punktem stałej lokalizacji (sprzedaż obwoźna i obnośna na targowiskach),
 - f) w zakresie objętym nadzorem weterynaryjnym⁷.

Obwarowanie sprzeciwu materialnymi przesłankami pozytywnymi (art. 59 ust. 1 u.p.p.) przy jednoczesnym braku materialnych przesłanek negatywnych (art. 59 ust. 2 u.p.p.) trudno ocenić pozytywnie.

Zawężenie możliwości wystąpienia ze sprzeciwem wyłącznie do okoliczności wskazanych w art. 59 ust. 1 u.p.p. z pewnością nie wyczerpuje przypadków, w których przedsiębiorcy potrzebują i oczekują ochrony przed działaniami organu kon-

6 A. Żywicka, Komentarz do art. 59, (w:) L. Bielecki, J. Gola, K. Horubski, K. Kokocińska, E. Komierzyńska-Orlińska, A. Żywicka, Komentarz do ustawy – Prawo przedsiębiorców, (w:) Konstytucja biznesu. Komentarz, Warszawa 2019, s. 234.

7 Art. 59 ust. 2 w zw. z art. 62 u.p.p.; zob. D. Zalewski, Ochrona..., *op. cit.*, s. 278–279.

troli negatywnie wpływającymi na kontrolowanego⁸. Jest to ważne, gdyż w rezultacie inne okoliczności niż przewidziane w art. 59 ust. 1 u.p.p., nawet zasadnie podnoszone przez przedsiębiorcę jako naruszenia i nieprawidłowości kontroli, nie będą identyfikowane jako sprzeciw, a więc nie będą wywoływały skutków właściwych dla sprzeciwu i nie będą miały wpływu na bieżący przebieg postępowania kontrolnego⁹.

Dodatkowo, zastrzeżenie w art. 59 ust. 2 u.p.p. materialnych przesłanek negatywnych wyłączających dopuszczalność wniesienia sprzeciwu, nawet jeżeli wydaje się racjonalne i znajdujące uzasadnienie w ważnym interesie publicznym¹⁰, z perspektywy przedsiębiorcy może czynić sprzeciw środkiem niedostępnym, pozornym, niepewnym i niezrozumiałym, którego zastosowanie uzależnione jest od uznania i subiektywnej opinii organu – a więc skrajnie różnym od pierwotnej potrzeby ukonstytuowania sprzeciwu jako podstawowego i dostępnego środka ochrony przedsiębiorcy¹¹.

Niestety, kwestii zasadności bądź celowości ograniczenia możliwości przedsiębiorcy do skutecznego wystąpienia ze sprzeciwem oraz wątpliwości wynikających z tego rozwiązania nie wyjaśnia legislator.

1.2. Podmiot uprawniony do wniesienia sprzeciwu

Sprzeciw od czynności kontrolnych stanowi środek ochrony przedsiębiorcy gwarantowany przepisami u.p.p. W konsekwencji oznacza to, iż sprzeciw może wnieść przedsiębiorca w rozumieniu art. 4 ust. 1 tego aktu – a więc osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą¹². Twierdzenie to jest powszechne i aprobowane – znajduje potwierdzenie w brzmieniu art. 59 ust. 1 u.p.p., a także poglądach doktryny i judykatury.

Warto jednak zauważyć, że nie ma przeszkód formalnych, aby w imieniu przedsiębiorcy sprzeciw wnosił także jego pełnomocnik lub osoba upoważniona do repre-

8 Zob. D. Zalewski, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 277–278; A. Hołda-Wydrzyńska, *Środki ochrony prawnej*, (w:) R. Blicharz (red.), *Kontrola przedsiębiorcy*, Warszawa 2013, s. 140–142.

9 Zob. D. Zalewski, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 277–278; A. Mariański, D. Strzelec, *Aspekty prawne kontroli podatkowej przedsiębiorców*, Warszawa 2012, s. 96.

10 W opinii Autora można przyjąć, iż negatywne przesłanki materialne dopuszczalności sprzeciwu wynikają z potrzeby ochrony ważnego interesu publicznego przed działalnością gospodarczą przedsiębiorcy. Jako ważny interes publiczny można bowiem rozumieć przeprowadzenie kontroli niezbędnej dla przeciwdziałania popełnieniu przestępstwa lub wykroczenia, przeciwdziałania popełnieniu przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego lub zabezpieczenia dowodów jego popełnienia. Analogicznie w przypadku okoliczności wynikających z wyłączeń na mocy art. 62 u.p.p., które związane są z szeroko rozumianą ochroną środowiska.

11 Zob. C. Banasiński, M. Bychowska, *Kontrola przedsiębiorcy w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 1, s. 48.

12 Zgodnie z art. 3 u.p.p. działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły.

zentowania przedsiębiorcy w toku kontroli, jeżeli pełnomocnictwo lub upoważnienie nie stanowią inaczej¹³. Sprzeciw nie może być natomiast wniesiony przez tzw. podmiot trzeci działający bez stosownego upoważnienia lub pełnomocnictwa ani przez innego przedsiębiorcę nawet w przypadku działania podjętego w interesie kontrolowanego przedsiębiorcy¹⁴.

Ważne jest też ustalenie wypracowane w judykaturze, iż sprzeciw może wnieść wyłącznie przedsiębiorca, wobec którego podjęto czynności kontrolne – sprzeciw można wnieść bowiem tylko w czasie trwania postępowania kontrolnego, gdyż tylko wtedy można orzec o odstąpieniu od czynności kontrolnych bądź o kontynuowaniu tych czynności, a tym samym nie jest możliwe wniesienie sprzeciwu ani przed podjęciem kontroli, ani po jej zakończeniu¹⁵.

Konkludując, ustalenie, że sprzeciw może wnieść wyłącznie przedsiębiorca w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.p.p., wobec którego podjęto czynności kontrolne, jest konkretne i precyzyjne. Niemniej jednak warto mieć na uwadze, że definicja legalna pojęcia przedsiębiorca z art. 4 u.p.p.¹⁶ nie jest niezawodna i powoduje trudności interpretacyjne. Ponadto nadal nieuregulowana (nierozstrzygnięta) pozostaje możliwość wystąpienia ze sprzeciwem wobec czynności kontrolnych m.in. przez podmioty wykonujące działalność formalnie niegospodarczą, o której mowa w art. 5 u.p.p., przez przedsiębiorców wykonujących działalność gospodarczą, do której na mocy art. 6 u.p.p. nie stosuje się przepisów tego aktu, przez podmioty wykonujące we własnym imieniu działalność gospodarczą, lecz nielegitymujące się w tym zakresie wpisem legalizacyjnym, a także innych podmiotów bądź rodzajów działalności gospodarczej, wobec których wyłączono właściwość u.p.p. na podstawie przepisów ustaw odrębnych¹⁷.

13 Zob. D. Zalewski, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 271; A. Żywicka, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 235; A. Matan, *Komentarz do art. 30, (w:) G. Łaszczyca, C. Martysz, A. Matan, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, t. 1, Komentarz do art. 1–103, Warszawa 2010, s. 341–344.*

14 Por. D. Zalewski, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 271; zob. wyrok WSA w Olsztynie z dnia 6 sierpnia 2013 r., II SA/Ol 534/13, LEX nr 1361785.

15 G. Lubeńczuk, *Komentarz do art. 59, (w:) G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichocka, M. Zdyb, Prawo przedsiębiorców. Komentarz, Warszawa 2019, Legalis*; zob. wyrok NSA z dnia 16 stycznia 2018 r., II OSK 771/16, Legalis nr 1727967, wyrok NSA z dnia 28 czerwca 2016 r., II OSK 2633/14, Legalis nr 1537327, wyrok NSA z dnia 16 stycznia 2018 r., II OSK 771/16, Legalis nr 1727967, wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 września 2010 r., VI SA/Wa 2018/09, Legalis nr 390388.

16 W związku z definicją legalną pojęcia działalności gospodarczej z art. 3 tego aktu.

17 Zob. szerzej M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie sądowym, Warszawa 2012, s. 171 i n.; idem, Nowy przedsiębiorca w ustawie z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, „Acta Scientifica Academiae Ostroviensis”, Sectio A: Nauki humanistyczne, społeczne i techniczne 2018, nr 2 (12), s. 56–70, idem, Działalność formalnie niegospodarcza, (w:) A. Powałowski, H. Wolska (red.), *Przedsiębiorcy i ich działalność, Warszawa 2019, s. 69–83, idem, Prawo przedsiębiorców – nowa jakość i stare problemy, „Prawo” 2019, t. 329, s. 65–77 oraz wskazana tam literatura i orzecznictwo.**

1.3. Quasi-sprzeciw

Ograniczona materialnie i podmiotowo możliwość wniesienia sprzeciwu stanowi kwestię równie istotną co skomplikowaną i niezrozumiałą. Świadczy o tym m.in. fakt, iż w nauce wypracowano i powszechnie wskazuje się swoistą kategorię „quasi-sprzeciwów”¹⁸ jako uniwersalne i uproszczone określenie sprzeciwów wnoszonych bez właściwej podstawy prawnej.

Quasi-sprzeciwu można dywersyfikować jako:

- 1) „sprzeciw niedopuszczalne” ze względu na zaistnienie materialnej przesłanki negatywnej, czyli sprzeciw wnoszone ze wskazaniem podstawy prawnej z art. 59 ust 1 u.p.p. (materialnej przesłanki pozytywnej), ale nieuwzględniające wyłączenia ich złożenia w konkretnym stanie faktycznym i prawnym, z uwagi na unormowania zawarte w art. 59 ust. 2 u.p.p. (materialnej przesłanki negatywnej);
- 2) „sprzeciw nieskuteczne”, do których wniesienia nie zaistniała przesłanka pozytywna, czyli sprzeciw powołujące się na naruszenie przepisu niewymienione w katalogu z art. 59 ust. 1 u.p.p. będącym podstawą do ich wniesienia albo na przepis właściwy (wymieniony w art. 59 ust. 1 u.p.p.), ale popełniające tzw. błąd subsumcji, czyli wadliwie uznające, że ustalony w sprawie stan faktyczny odpowiada hipotezie określonej normy prawnej¹⁹.

Uwzględniając powyższe, należy podkreślić, że quasi-sprzeciwu (zarówno sprzeciwu niedopuszczalne jak i sprzeciwu nieskuteczne) nie są i nie mogą być efektywnym środkiem prawnym wstrzymującym czynności kontrolne oraz bieg czasu kontroli, tak jak sprzeciw od czynności kontrolnych wniesione prawidłowo²⁰.

2. Skutki wniesienia sprzeciwu

2.1. Skutki wobec czynności kontrolnych

Istotę ochrony przedsiębiorcy przed podejmowaniem i prowadzeniem czynności kontrolnych z naruszeniem przepisów, realizowaną analizowanym środkiem prawnym, oddają skutki skutecznego wniesienia sprzeciwu określone w art. 59 ust. 5 u.p.p.

Zgodnie z tym przepisem wniesienie sprzeciwu od czynności kontrolnych wywołuje skutki w postaci:

18 D. Zalewski, A. Melezini, *Kontrola podatkowa przedsiębiorców*, Warszawa 2010, s. 102.

19 D. Zalewski, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 280–281.

20 *Ibidem*, s. 280; zob. A. Hołda-Wydrzyńska, *Środki...*, *op. cit.*, s. 143; A. Żywicka, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 234; K. Krzał, *Komentarz do art. 59, (w:) A. Pietrzak (red.), Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 425–427. O rozstrzygnięciach organów w zakresie quasi-sprzeciwów zob. D. Zalewski, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 290–305.

- 1) wstrzymania czynności kontrolnych przez organ kontroli, którego czynności sprzeciw dotyczy, a także
- 2) wstrzymania biegu czasu trwania kontroli²¹.

Skutki te następują w tym samym czasie automatycznie z mocy prawa (*ex lege*) od dnia wniesienia sprzeciwu z chwilą doręczenia kontrolującemu zawiadomienia o wniesieniu sprzeciwu²². Trwają natomiast do dnia zakończenia postępowania wywołanego jego wniesieniem, a więc wydania postanowienia o odstąpieniu od czynności kontrolnych, zaś w przypadku wniesienia zażalenia na wydane postanowienie o kontynuacji czynności kontrolnych – do czasu jego rozpatrzenia²³.

2.2. Zabezpieczenie dowodów

Stosownie do art. 59 ust. 6 u.p.p. w przypadku wniesienia sprzeciwu organ kontroli może dokonać zabezpieczenia dowodów mających związek z przedmiotem i zakresem kontroli na czas rozpatrzenia sprzeciwu. Zabezpieczeniu podlegają dokumenty, informacje, próbki wyrobów oraz inne nośniki informacji, jeżeli stanowią lub mogą stanowić dowód w toku kontroli.

Przepis ten konstytuuje fakultatywne uprawnienie organu kontroli, z którego wedle uznania organ może, ale nie musi korzystać.

Upewnienie to jest wprost związane z podstawową konsekwencją wniesienia sprzeciwu: automatycznym wstrzymaniem czynności kontrolnych, czyli obligatoryjnym zaniechaniem przez organ kontroli dalszego podejmowania operacji związanych z pozyskiwaniem dowodów w czasie trwania kontroli. W założeniu zabezpieczenie dowodów na mocy art. 59 ust. 6 u.p.p. jest środkiem prewencyjnym chroniącym efektywność i skuteczność kontroli – ma zapobiegać ewentualnym przypadkom, w których przedsiębiorca wykorzystywałby instytucję sprzeciwu w złej wierze, np. w celu utrudnienia przeprowadzenia czynności kontrolnych lub niszczenia dowodów świadczących o prowadzeniu działalności z naruszeniem prawa²⁴. Jednocześnie warto mieć na uwadze, że zabezpieczenie dokumentów, nośników danych i innych przedmiotów wykorzystywanych przy wykonywaniu działalności gospodarczej może prowadzić do utrudnienia funkcjonowania przedsiębiorcy z uwagi na pozbawienie możliwości korzystania z nich – zabezpieczenie dowodów wiąże się bowiem z niemożnością dokonywania przez kontrolowanego przedsiębiorcę jakich-

21 Okresu od dnia wniesienia sprzeciwu do dnia zakończenia postępowania wywołanego jego wniesieniem nie wlicza się do czasu trwania kontroli, o którym mowa w art. 55 u.p.p.

22 A. Żywicka, Komentarz..., *op. cit.*, s. 236; A. Hołda-Wydrzyńska, Środki ochrony..., *op. cit.*, s. 154; T. Długosz, Komentarz do art. 59, (w:) G. Kozieł (red.), Prawo przedsiębiorców. Przepisy wprowadzające do Konstytucji Biznesu. Komentarz, Warszawa 2019, s. 310.

23 Zob. art. 59 ust. 9 u.p.p.

24 Por. K. Krzał, Komentarz..., *op. cit.*, s. 434.

kolwiek zmian w zabezpieczonych przedmiotach²⁵. Z tego względu zabezpieczenie dowodów powinno być stosowane przez organ kontroli z zachowaniem racjonalności i nie powinno prowadzić do całkowitego paraliżu działalności przedsiębiorcy²⁶.

Zgodnie z art. 59 ust. 6 u.p.p. zabezpieczenie dowodów następuje w formie postanowienia organu kontroli. Postanowienie o zabezpieczeniu dowodów wygasa z mocy prawa:

- w dniu następującym po dniu doręczenia przedsiębiorcy postanowienia o odstąpieniu od czynności kontrolnych albo o kontynuowaniu czynności kontrolnych²⁷;
- w przypadku wniesienia przez przedsiębiorcę w dniu następującym po dniu doręczenia przedsiębiorcy postanowienia sądu administracyjnego o utrzymaniu w mocy zaskarżonego postanowienia albo o uchyleniu zaskarżonego postanowienia i odstąpieniu od czynności kontrolnych²⁸.

Warto pamiętać, iż w związku z automatycznym wygaśnięciem postanowienia o zabezpieczeniu dowodów po stronie organu kontroli istnieje konieczność wydania nowego postanowienia o zabezpieczeniu dowodów na etapie wnoszenia zażalenia pomimo wydania postanowienia o zabezpieczeniu dowodów na etapie wniesienia sprzeciwu od czynności kontrolnych²⁹.

Ważna jest również podnoszona w literaturze trudność w odróżnieniu przypadków zabezpieczenia dowodu od jego przeprowadzenia³⁰. Mając to na uwadze, należy pamiętać o art. 46 ust. 3 u.p.p., zgodnie z którym dowody przeprowadzone w toku kontroli przez organ kontroli z naruszeniem przepisów prawa w zakresie kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy, jeżeli miały istotny wpływ na wyniki kontroli, nie mogą stanowić dowodu w żadnym postępowaniu administracyjnym, podatkowym, karnym lub karnym skarbowym dotyczącym kontrolowanego przedsiębiorcy³¹.

3. Postępowanie w sprawie wniesienia sprzeciwu

3.1. Forma i termin wniesienia sprzeciwu

Artykuł 59 u.p.p. precyzuje wymogi formalne sprzeciwu od czynności kontrolnych.

25 *Ibidem*, s. 434–435; C. Banasiński, M. Bychowska, *Kontrola...*, *op. cit.*, s. 48–58.

26 K. Krzał, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 435; D. Zalewski, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 287.

27 Art. 59 ust. 12 u.p.p.

28 Art. 59 ust. 13 u.p.p.

29 T. Długosz, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 312 i wskazany tam C. Banasiński, M. Bychowska, *Kontrola...*, *op. cit.*, s. 57.

30 Zob. szerzej D. Zalewski, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 287.

31 *Ibidem*, s. 286–287.

Ciążar ich dopełnienia spoczywa na przedsiębiorcy jako podmiocie kontrolowanym. Są istotne, gdyż decydują o skuteczności sprzeciwu, tj. o wystąpieniu przewidzianych prawem skutków w postaci wstrzymania czynności kontrolnych przez organ kontroli, którego czynności sprzeciw dotyczy, oraz wstrzymania biegu czasu trwania kontroli – wadliwie sporządzony sprzeciw tych skutków nie wywoła.

W myśl art. 59 ust. 3 u.p.p. sprzeciw przedsiębiorca wnosi na piśmie do organu kontroli, którego czynności sprzeciw dotyczy.

Co do zasady forma pisemna jest rozumiana jako sporządzenie tekstu odręcznie, maszynowo czy za pomocą jeszcze innej techniki na kartce papieru³². Przez wniesienie podania na piśmie można rozumieć także jego wniesienie w formie dokumentu elektronicznego bądź za pośrednictwem innych środków transmisji danych, np. komunikacji elektronicznej, w postaci pism opatrzonych bezpiecznym podpisem elektronicznym³³. Odpowiada to stanowisku judykatury, gdzie można spotkać twierdzenie, iż „każde w istocie podanie, poza wniesionym ustnie, ma pisemny charakter”³⁴. Natomiast niezachowanie formy pisemnej, tj. ustne złożenie sprzeciwu, nie będzie traktowane jako brak formalny, lecz jako faktyczne niezłożenie tego środka prawnego³⁵.

Stosownie do art. 59 ust. 1 u.p.p. sprzeciw od czynności kontrolnych wymaga uzasadnienia.

Przepisy u.p.p. nie precyzują treści uzasadnienia sprzeciwu, lecz powszechnie przyjmuje się, iż powinno być tam zawarte oznaczenie przedsiębiorcy i rodzaj naruszenia z podaniem podstawy prawnej³⁶. Wskazuje się również, iż przedsiębiorca w charakterze zarzutu o nieprawidłowym działaniu organu kontroli powinien wskazać okoliczności faktyczne, które jego zdaniem świadczą o zasadności wniesienia sprzeciwu – organ kontroli jest bowiem związany podniesionymi w uzasadnieniu zarzutami i tylko w ich zakresie może rozpoznawać sprzeciw³⁷. O skuteczności sprzeciwu nie waży natomiast zawarcie w nim wniosku o wstrzymanie czynności kontrolnych i biegu czasu trwania kontroli, gdyż skutki te następują *ex lege*³⁸.

Sprzeciw musi być wniesiony w określonym czasie – art. 59 ust. 4 stanowi, że sprzeciw wnosi się w terminie 3 dni roboczych:

- 1) od dnia wszczęcia kontroli przez organ kontroli lub
- 2) wystąpienia przesłanki do wniesienia sprzeciwu.

32 A. Żywicka, Komentarz..., *op. cit.*, s. 234–235 i wskazany tam A. Matan, Komentarz..., *op. cit.*, s. 506.

33 *Ibidem*, s. 234–235.

34 Wyrok NSA z dnia 11 kwietnia 2007 r., IOSK 715/06, LEX nr 319409.

35 Zob. D. Zalewski, Ochrona..., *op. cit.*, s. 272.

36 A. Żywicka, Komentarz..., *op. cit.*, s. 235.

37 D. Zalewski, Ochrona..., *op. cit.*, s. 273.

38 Na mocy art. 59 ust. 5 pkt 1–2 u.p.p.

Do terminu na wniesienie sprzeciwu nie wlicza się dnia, w którym kontrola została wszczęta³⁹, a więc bieg tego terminu rozpoczyna się dnia następnego po dniu wszczęcia kontroli⁴⁰.

Należy przyjąć, że termin na wniesienie sprzeciwu nie podlega przywróceniu – NSA wskazał bowiem, że przepis art. 58 k.p.a. nie ma zastosowania w przypadku postępowania dotyczącego przywrócenia terminu do wniesienia sprzeciwu⁴¹.

Warto przy tym zauważyć, iż za datę wniesienia sprzeciwu uznaje się datę wpływu do organu kontroli⁴². Oznacza to, że nadanie sprzeciwu drogą pocztową bądź doręczenie sprzeciwu kontrolującemu nie jest równoznaczne z wniesieniem sprzeciwu⁴³.

Ważne jest również to, że przedsiębiorca może wnieść sprzeciw tylko w toku kontroli, gdyż tylko wtedy można orzec o odstąpieniu od czynności kontrolnych bądź o kontynuowaniu tych czynności, co oznacza, że nie jest możliwe wniesienie sprzeciwu ani przed podjęciem kontroli, ani po jej zakończeniu⁴⁴.

Kolejny formalny warunek skutecznego wniesienia sprzeciwu stanowi zawiadomienie na piśmie pracownika organu kontroli prowadzącego czynności kontrolne – art. 59 ust. 3 u.p.p. stanowi bowiem wprost, że o wniesieniu sprzeciwu przedsiębiorca zawiadamia kontrolującego na piśmie.

Poza formą pisemną u.p.p. nie wskazuje innych wymogów zawiadomienia. Tak też, poza informacją na piśmie o fakcie wniesienia sprzeciwu przedsiębiorca nie jest zobowiązany do przedłożenia kontrolującemu odpisu bądź kopii sprzeciwu⁴⁵. Warto jeszcze podkreślić, że przedsiębiorca informuje kontrolującego o wniesieniu sprzeciwu, co oznacza, że kontrolujący dopiero po takim zawiadomieniu powinien

39 Art. 57 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 2000 ze zm.) – dalej k.p.a.

40 Zob. D. Zalewski, Terminy w procedurze rozpatrywania sprzeciwów przez organy skarbowe, „Przegląd Podatkowy” 2010, nr 10, s. 35.

41 Wyrok NSA w Warszawie z dnia 24 lutego 2017 r., II OSK 1574/15, LEX nr 2283258; zob. A. Żywicka, Komentarz..., *op. cit.*, s. 235; K. Krzał, Komentarz..., *op. cit.*, s. 429. Odmiennie D. Zalewski, Ochrona..., *op. cit.*, s. 285. Na temat przywrócenia terminu, w tym o rozbieżnościach i wątpliwościach w tym zakresie zob. szerzej D. Zalewski, Ochrona..., *op. cit.*, s. 281–286 oraz A. Hołda-Wydrzyńska, Środki..., *op. cit.*, s. 150–152.

42 C. Banasiński, M. Bychowska, Kontrola..., *op. cit.*, s. 48–58; A. Żywicka, Komentarz..., *op. cit.*, s. 235; K. Krzał, Komentarz..., *op. cit.*, s. 428.

43 K. Krzał, Komentarz..., *op. cit.*, s. 428.

44 G. Lubeńczuk, Komentarz do art. 59..., *op. cit.*; zob. wyrok NSA z dnia 16 stycznia 2018 r., II OSK 771/16, Legalis nr 1727967, wyrok NSA z dnia 28 czerwca 2016 r., II OSK 2633/14, Legalis nr 1537327, wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 września 2010 r., VI SA/Wa 2018/09, Legalis nr 390388.

45 K. Krzał, Komentarz..., *op. cit.*, s. 429–430; D. Zalewski, Sprzeciw na czynności kontrolne w orzecznictwie sądów administracyjnych, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2011, nr 1, s. 49–66.

wstrzymać czynności kontrolne. Nie jest natomiast do tego zobowiązany w przypadku zawiadomienia przedsiębiorcy o planowanym złożeniu sprzeciwu⁴⁶.

3.2. Forma i termin rozpatrzenia sprzeciwu

Zgodnie z art. 59 ust. 7 u.p.p. organ kontroli rozpatruje sprzeciw w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania sprzeciwu.

W tym terminie zobligowany jest rozpatrzyć sprzeciw i wydać rozstrzygnięcie:

- 1) o odstąpieniu od czynności kontrolnych – rozstrzygnięcie w formie postanowienia organu kontroli, gdy sprzeciw jest zasadny lub
- 2) o kontynuowaniu czynności kontrolnych – rozstrzygnięcie w formie postanowienia organu kontroli, gdy sprzeciw jest niezasadny albo
- 3) stwierdzające niedopuszczalność wniesionego sprzeciwu – gdy wniesienie sprzeciwu w ogóle nie jest dopuszczalne⁴⁷.

Trzeba zauważyć, że przepisy u.p.p. nie regulują postępowania w sprawie quasi-sprzeciwów i nie wskazują właściwej w tym zakresie formy rozstrzygnięcia organu kontroli. W konsekwencji praktyka organów kontroli i poglądy doktryny są bardzo zróżnicowane⁴⁸. Kwestia jest natomiast niezwykle istotna, gdyż znaczna część (a nawet większość) wnoszonych przez przedsiębiorców sprzeciwów to właśnie sprzeciwy niedopuszczalne lub nieskuteczne⁴⁹.

Istotne jest, że termin 3 dni roboczych na rozpatrzenie sprzeciwu i wydanie rozstrzygnięcia na rozpatrzenie sprzeciwu ma charakter zawity⁵⁰, zaś art. 59 ust. 8 u.p.p. chroni przedsiębiorcę przed bezczynnością organu kontroli, stanowiąc, że nierozpatrzenie sprzeciwu w terminie jest równoznaczne w skutkach z wydaniem przez organ właściwy postanowienia o odstąpieniu od czynności kontrolnych⁵¹.

Wobec powyższego wart odnotowania jest też fakt, iż termin, o którym mowa w art. 59 ust. 7 u.p.p., nie obejmuje doręczenia kontrolowanemu przedsiębiorcy postanowienia o jego rozpatrzeniu bądź rozstrzygnięcia o niedopuszczalności⁵².

46 K. Krzał, Komentarz..., *op. cit.*, s. 430.

47 Wyrok NSA z dnia 27 kwietnia 2016 r., II FSK 56/14, LEX nr 2111084.

48 Zob. D. Zalewski, Ochrona..., *op. cit.*, s. 290–291.

49 Szerzej o rozstrzygnięciach organów w zakresie quasi-sprzeciwów zob. D. Zalewski, Ochrona..., *op. cit.*, s. 290–306.

50 G. Lubeńczuk, Komentarz..., *op. cit.*, Legalis; C. Banasiński, M. Bychowska, Kontrola..., *op. cit.*, s. 54.

51 G. Lubeńczuk, Komentarz do art. 59..., *op. cit.*, Legalis.

52 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 marca 2010 r., III SA/Wa 1494/09, Legalis nr 222731; zob. T. Długosz, Komentarz do art. 59..., *op. cit.*, s. 310–311 i wskazany tam W. Stachurski, Nowe zasady kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorców, „Przegląd. Ustawodawstwa Gospodarczego” 2009, nr 11, s. 27.

4. Zażalenie na postanowienie o kontynuowaniu czynności kontrolnych

Artykuł 59 ust. 9 u.p.p. konstytuuje środek weryfikacyjny, który zmierza do wzruszenia postanowienia o kontynuowaniu czynności kontrolnych wydanego przez organ kontroli w wyniku złożenia sprzeciwu⁵³. Na mocy tego przepisu przedsiębiorcy przysługuje bowiem prawo do złożenia zażalenia na postanowienie organu kontroli o kontynuowaniu czynności kontrolnych, o którym mowa w art. 59 ust. 7 pkt 2 u.p.p.

Zażalenie powinno być wniesione w formie pisemnej z zachowaniem wymagań formalnych przewidzianych dla pism procesowych⁵⁴. Przedsiębiorca jest uprawniony do wniesienia zażalenia w terminie 3 dni od dnia doręczenia postanowienia. Termin ten jest terminem zawitym, który zaczyna biec od dnia następnego po dniu doręczenia postanowienia przedsiębiorcy⁵⁵.

Zażalenie wnosi się do odpowiedniego organu odwoławczego⁵⁶ za pośrednictwem organu I instancji. W doktrynie przyjmuje się, że w tym postępowaniu nie ma przeciwwskazań do dokonania autokontroli, w ramach której organ kontroli, który wydał zaskarżone postanowienie, mógł ponownie wydać nowe rozstrzygnięcie uwzględniające w całości żądanie przedsiębiorcy zawarte w zażaleniu⁵⁷.

Organ odwoławczy rozpatruje zażalenie w terminie 7 dni od dnia jego wniesienia oraz wydaje postanowienie o:

- 1) utrzymaniu w mocy zaskarżonego postanowienia lub
- 2) uchyleniu zaskarżonego postanowienia i odstąpieniu od czynności kontrolnych⁵⁸.

Siedmiodniowy termin na rozpatrzenie i rozstrzygnięcie zażalenia na postanowienie o kontynuowaniu czynności kontrolnych, o którym mowa w art. 59 ust. 9 u.p.p., zaczyna bieg w dacie wpływu zażalenia do organu odwoławczego (nie do or-

53 A. Żywicka, Komentarz..., *op. cit.*, s. 237.

54 Art. 59 ust.9 u.p.p. w zw. z art. 59 ust. 16 tej ustawy, zgodnie z którym do postępowań, o których mowa w art. 59 ust. 6, 7 i 9, w zakresie nieuregulowanym stosuje się przepisy k.p.a.

55 Art. 59 ust. 9 u.p.p., zob. A. Żywicka, Komentarz..., *op. cit.*, s. 237.

56 Organem właściwym do rozpatrzenia zażalenia na postanowienie o rozstrzygnięciu sprzeciwu jest organ wyższego stopnia wobec organu przeprowadzającego kontrolę; D. Zalewski, Ochrona..., *op. cit.*, s. 306–307.

57 A. Żywicka, Komentarz..., *op. cit.*, s. 237.

58 Art. 59 ust. 9 u.p.p.

ganu kontroli jako organu I instancji)⁵⁹ – wówczas bowiem organ ten może przystąpić do rozpatrywania zażalenia⁶⁰. Termin ten nie może być przedłużony⁶¹.

Stosownie do art. 59 ust. 10 u.p.p. nierozpatrzenie zażalenia w terminie jest równoznaczne w skutkach z wydaniem postanowienia o uchyleniu zaskarżonego postanowienia i odstąpieniu od czynności kontrolnych. Przy tym, analogicznie jak w przypadku rozstrzygnięć w sprawie sprzeciwu, termin na rozparzenie i rozstrzygnięcie zażalenia na postanowienie o kontynuowaniu czynności kontrolnych, o którym mowa w art. 59 ust. 9 u.p.p., nie obejmuje doręczenia tego postanowienia przedsiębiorcy⁶².

Artykuł 59 ust. 11 u.p.p. precyzuje termin, w którym organ może powrócić do wykonywania czynności kontrolnych – w przypadku nieuwzględnienia sprzeciwu przedsiębiorcy czynności kontrolne mogą zostać wznowione z dniem, gdy postanowienie o ich kontynuowaniu stało się ostateczne, tj. z upływem trzech dni roboczych od dnia doręczenia przedsiębiorcy, pod warunkiem, że kontrolowany nie zaskarżył postanowienia, jeżeli natomiast przedsiębiorca złożył zażalenie na przedmiotowe postanowienie, kontynuowanie czynności kontrolnych może nastąpić z dniem doręczenia przedsiębiorcy postanowienia o utrzymaniu w mocy zaskarżonego postanowienia⁶³.

5. Skarga do sądu administracyjnego

5.1. Skarga na postanowienie w przedmiocie utrzymania w mocy zaskarżonego postanowienia organu kontroli

Najdalej idącym skutkiem wniesienia sprzeciwu jest finalnie możliwość złożenia skargi do sądu administracyjnego na postanowienie w przedmiocie utrzymania w mocy zaskarżonego postanowienia organu kontroli, o którym mowa w art. 59 ust. 9 pkt 1 u.p.p. Oznacza to, że wniesienie sprzeciwu w trybie art. 59 ust. 1 u.p.p. skutkuje wszczęciem postępowania mającego na celu ochronę praw przedsiębiorcy, które powinno się zakończyć wydaniem aktu o władczym i jednostronnym charakterze.

59 Wyrok NSA z 9 sierpnia 2012 r., II FSK 75/11, LEX nr 1312292, zob. K. Krzał, Komentarz..., s. 431–432; Pismo Ministerstwo Finansów z 11 maja 2009 r., PK4/8012/46/AAN/09/274, Rozpoczęcie biegu terminu na rozpatrzenie zażalenia na postanowienie w sprawie sprzeciwu, LEX nr 27402.

60 T. Długosz, Komentarz..., *op. cit.*, s. 311 i wskazane tam wyrok WSA w Warszawie z 5 marca 2010 r., III SA/Wa 1494/09, Legalis nr 222731 oraz wyrok WSA w Warszawie z 5 maja 2010 r., V SA/Wa 188/10, Legalis nr 393315.

61 K. Krzał, Komentarz..., *op. cit.*, s. 432.

62 A. Żywicka, Komentarz..., *op. cit.*, s. 237 i wskazany tam D. Zalewski, Sprzeciw..., *op. cit.*, s. 49.

63 Art. 59 ust. 11 u.p.p. K. Krzał, Komentarz..., *op. cit.*, s. 432; D. Zalewski, Ochrona..., *op. cit.*, s. 307–308.

terze, podlegającym weryfikacji w administracyjnym toku instancji, a następnie kontroli sądownoadministracyjnej⁶⁴.

Konstatacja ta opiera się na wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 grudnia 2017 r.⁶⁵, w którym Trybunał Konstytucyjny stwierdził niezgodność z Konstytucją RP umocowanego w uchwale siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 stycznia 2014 r.⁶⁶ sposobu interpretacji przepisów wykluczających prawo przedsiębiorcy do wniesienia do sądu administracyjnego skargi na odmowę rozpatrzenia sprzeciwu od czynności kontrolnych ze względu na to, że rozstrzygnięcie nie jest podejmowane w postępowaniu administracyjnym i nie rozstrzyga o prawach i obowiązkach tego przedsiębiorcy⁶⁷.

Zakwestionowana przez Trybunał Konstytucyjny uchwała NSA i przyjęty tam sposób interpretacji przepisów stanowił natomiast odpowiedź na prezentowane w judykaturze zupełnie rozbieżne poglądy co do możliwości zaskarżenia do sądu administracyjnego postanowienia organu w przedmiocie sprzeciwu i zażalenia: – pierwszy, zgodnie z którym przedsiębiorcy przysługuje skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego na rozstrzygnięcie organu wyższego stopnia w przedmiocie kontynuowania kontroli⁶⁸ oraz – drugi, w myśl którego na postanowienia o kontynuowaniu czynności kontrolnych skarga do sądu administracyjnego nie przysługuje⁶⁹.

W tych okolicznościach Naczelny Sąd Administracyjny wydał wskazaną wyżej uchwałę w składzie siedmiu sędziów, gdzie odnosząc się do pytania, czy na odmowę rozpatrzenia sprzeciwu wniesionego na podstawie art. 84c ust. 1 u.s.d.g.⁷⁰ przysługuje skarga do sądu administracyjnego⁷¹, wywiódł, że przepisy rozdziału 5 u.s.d.g.⁷² regulują przedmiot, który nie odpowiada przedmiotowi postępowania administracyjnego. Uznał, że postępowanie, o którym mowa w art. 84c u.s.d.g., nie jest postępowaniem administracyjnym, gdyż z określenia formy rozpatrzenia sprzeciwu – postanowienia oraz z przyznania na to postanowienie prawa zażalenia nie wynika podstawa do za-

64 D. Zalewski, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 313; wyrok NSA z dnia 16 stycznia 2018 r., II OSK 771/16, LEX nr 2452199.

65 Wyrok TK z dnia 20 grudnia 2017 r., SK 37/15, LEX nr 2410628.

66 Uchwała (7) NSA z dnia 13 stycznia 2014 r., II GPS 3/13, LEX nr 1408525.

67 Wniesionego na podstawie wówczas obowiązującego art. 84c ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 2168 ze zm.); zob. T. Długosz, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 312–313.

68 Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 17 stycznia 2013 r., I SA/Wr 1352/12, LEX nr 1274174.

69 Postanowienie NSA z dnia 17 grudnia 2010 r., I OSK 1030/10, LEX nr 741496; postanowienie NSA z dnia 24 kwietnia 2012 r., II GSK 120/12, LEX nr 1244512; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 9 lipca 2013 r., IV SA/Gl 1082/12, LEX nr 1355852; K. Krzał, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 435; zob. szerzej D. Zalewski, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 313–316.

70 Obecnie art. 59 u.p.p.

71 Zakres pytania był ograniczony i nie dotyczył wszystkich postanowień wydanych w II instancji w sprawach dotyczących sprzeciwów; zob. K. Krzał, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 436.

72 Dotyczące kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy.

liczenia postępowania, którego przedmiotem jest rozpatrzenie sprzeciwu i wydanie postanowienia oraz rozstrzygnięcia na to postanowienie zażalenia, również w formie postanowienia, do postępowania administracyjnego, zaś postanowienia podjęte na podstawie art. 84c ust. 9 lub 10 u.s.d.g. wpływają jedynie na sytuację faktyczną, a nie prawną kontrolowanego przedsiębiorcy. Stwierdził też, iż odesłanie do przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego dotyczy wąskiego zakresu – odsyła tylko do rozpatrzenia sprzeciwu i zażalenia na postanowienie, tak więc użycia pojęć znanych Kodeksowi postępowania administracyjnego (postępowania, zażalenia) postępowanie to nie może być zaliczone do postępowania administracyjnego⁷³.

Prawidłowość podjętego rozstrzygnięcia NSA była jednak dyskutowana, a wątpliwości zgłaszali sędziowie składu wyrokującego oraz przedstawiciele doktryny⁷⁴.

We wskazanym wyroku z dnia 20 grudnia 2017 r. Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 3 § 2 pkt 2 i 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁷⁵, traktowany przez NSA jako wyłączający możliwość wniesienia skargi do sądu administracyjnego na postanowienie o stwierdzeniu niedopuszczalności sprzeciwu wniesionego na podstawie art. 84c ust. 1 u.s.d.g., jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP⁷⁶. Zakwestionował też argumentację wyrażoną w przywoływanej uchwale NSA, wskazując, że postanowienia w przedmiocie sprzeciwu przedsiębiorcy wobec wszczęcia i wykonywania wobec niego kontroli, jak i postanowienie w przedmiocie zażalenia na postanowienie o kontynuowaniu czynności kontrolnych mają bez wątpienia charakter władczy i wywołują bezpośrednie skutki prawne w zakresie praw podmiotu kontrolowanego, a pozbawienie przedsiębiorcy możliwości wniesienia skargi podważa konstytucyjne prawo do sądu i jest sprzeczne z konstytucyjnym zakazem zamykania drogi sądowej⁷⁷.

73 K. Krzał, Komentarz..., *op. cit.*, s. 436; zob. szerzej D. Zalewski, Ochrona..., *op. cit.*, s. 315–318.

74 D. Zalewski, Ochrona..., *op. cit.*, s. 318; zob. A. Krawczyk, Dopuszczalność drogi postępowania sądownoadministracyjnego w sprawie ze skargi na postanowienie o odmowie rozpatrzenia sprzeciwu przedsiębiorcy na podjęcie i wykonywanie czynności kontrolnych z naruszeniem prawa. Glosa do uchwały NSA z dnia 13 stycznia 2014 r., II GPS 3/13, „Państwo i Prawo” 2015, nr 11, s. 135–142; H. Knysiak-Molczyk, Swoboda działalności gospodarczej – odmowa rozpatrzenia sprzeciwu wobec czynności organu kontroli – skarga do sądu administracyjnego. Glosa do uchwały NSA z dnia 13 stycznia 2014 r., II GPS 3/13, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2014, nr 7–8, s. 69; W. Chróścielewski, Swoboda działalności gospodarczej – odmowa rozpatrzenia sprzeciwu wobec czynności organu kontroli – skarga do sądu administracyjnego. Glosa do uchwały NSA z dnia 13 stycznia 2014 r., II GPS 3/13, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2014, nr 7–8, s. 69; W. Piątek, A. Skoczylas, Glosa do uchwały NSA z dnia 13 stycznia 2014 r., II GPS 3/13, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2014, nr 5, s. 168–175.

75 Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1634 ze zm.) – dalej p.p.s.a.

76 Wyrok ten jest aktualny także na gruncie obecnie obowiązującego przepisu art. 59 u.p.p.; D. Zalewski, Ochrona..., *op. cit.*, s. 320.

77 Zob. szerzej D. Zalewski, Ochrona..., *op. cit.*, s. 320–321.

Wyrok ten jest wyrokiem interpretacyjnym – w jego sentencji Trybunał Konstytucyjny stwierdził bowiem niezgodność z Konstytucją RP przepisu w określonym jego rozumieniu. Zadaniem wyroku jest eliminacja spośród możliwych wariantów interpretacyjnych kontrolowanego przepisu interpretacji niezgodnej z Konstytucją RP. Powyższy wyrok Trybunału Konstytucyjnego otworzył przedsiębiorcom drogę do zaskarżania wszelkich postanowień organów nieuwzględniających zarzutów na czynności organów dokonywane w kontroli, a składane w trybie art. 84c u.s.d.g. (obecnie art. 59 u.p.p.)⁷⁸.

Po rozstrzygnięciu Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym przepis art. 3 § 2 pkt 2 p.p.s.a. utracił moc w zakresie, w jakim jest rozumiany jako wyłączający możliwość wniesienia skargi do sądu administracyjnego na ostateczne rozstrzygnięcie organu w sprawie sprzeciwu, uległa zmianie dotychczasowa linia orzecznicza sądów administracyjnych.

Jednocześnie trzeba nadmienić, że orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego i jego wykładnia wiążą sądy jedynie w sprawach sprzeciwów skutecznych, tj. prawidłowo wniesionych pod względem formalnym. Natomiast kiedy wniesiony sprzeciw jest w istocie quasi-sprzeciwem, a organ drugiej instancji nie wydał w sprawie postanowienia rozpatrującego sprzeciw⁷⁹, to skarga nie przysługuje – tak też tezy uchwały siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 stycznia 2014 r.⁸⁰ pozostają aktualne⁸¹.

5.2. Skarga na przewlekłe prowadzenie kontroli

Instytucja skargi na przewlekłe prowadzenie kontroli została wprowadzona jeszcze w poprzednim stanie prawnym, tj. 1 stycznia 2017 r. na mocy ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zmianie niektórych ustaw w celu poprawy otoczenia prawnego przedsiębiorców⁸².

Pozwoliło to na wyeliminowanie luki w przepisach, która powodowała, że przedsiębiorcy nie dysponowali skutecznym instrumentem dochodzenia swoich racji przed sądem po wyczerpaniu instancyjności postępowania w sprawie sprzeciwu i zażaleniowego, gdyż do momentu wprowadzenia przedmiotowej instytucji sądy administracyjne odrzucały tę skargę w trybie art. 58 § 1 p.p.s.a.⁸³.

78 D. Zalewski, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 321.

79 Postanowienia o utrzymaniu w mocy zaskarżonego postanowienia bądź o uchyleniu zaskarżonego postanowienie i odstąpieniu od czynności kontrolnych; D. Zalewski, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 322.

80 Uchwała (7) NSA z dnia 13 stycznia 2014 r., II GPS 3/13, LEX nr 1408525.

81 D. Zalewski, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 322. Wyrok NSA z dnia 17 maja 2018 r., II FSK 986/16, LEX nr 2502304.

82 Art. 15 pkt 16 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zmianie niektórych ustaw w celu poprawy otoczenia prawnego przedsiębiorców (Dz.U. z 2016 r. poz. 2255).

83 Zob. uzasadnienie projektu ustawy z 16 grudnia 2016 r. o zmianie niektórych ustaw w celu poprawy otoczenia prawnego przedsiębiorców, Druk sejmowy nr 994, s. 45, www.sejm.gov.pl

Instytucja została zachowana w u.p.p. – zgodnie z art. 59 ust. 14 tego aktu przedsiębiorca może wnieść do sądu administracyjnego skargę na przewlekłe prowadzenie kontroli w razie przewlekłości czynności kontrolnych po wydaniu przez organ odwoławczy postanowienia, o którym mowa w art. 59 ust. 9 pkt 1 u.p.p., tj. postanowienia o utrzymaniu w mocy zaskarżonego postanowienia w związku z rozpatrzeniem zażalenia⁸⁴.

Wniesienie skargi na przewlekłe prowadzenie kontroli nie powoduje wstrzymania czynności kontrolnych⁸⁵.

Do skargi na przewlekłe prowadzenie kontroli stosuje się odpowiednio przepisy p.p.s.a. dotyczące skargi na przewlekłe prowadzenie postępowania⁸⁶. W konsekwencji na mocy art. 57 p.p.s.a. skarga musi czynić zadość co do formy i treści wymaganiom pisma w postępowaniu sądowym, a ponadto zawierać: a) wskazanie zaskarżonego postanowienia, innego aktu lub czynności, b) oznaczenie organu, którego działania, bezczynności lub przewlekłego prowadzenia postępowania skarga dotyczy; c) określenie naruszenia prawa lub interesu prawnego⁸⁷. Natomiast w myśl art. 149 §1–1b tego aktu sąd administracyjny, w razie uwzględnienia skargi, zobowiąże organ kontroli do dokonania czynności kontrolnych w określonym terminie, stwierdzi, że organ kontroli dopuścił się przewlekłego prowadzenia kontroli, a także wskaże, czy miało to miejsce z rażącym naruszeniem prawa. Ponadto sąd administracyjny może orzec, z urzędu albo na wniosek strony, o wymierzeniu organowi kontroli grzywny lub może przyznać od organu na rzecz skarżącego przedsiębiorcy określoną sumę pieniężną⁸⁸.

Wnioski

Sprzeciw od czynności kontrolnych z pewnością jest środkiem prawnym korzystnym dla przedsiębiorcy i poprawiającym jego sytuację w relacji z organem kontroli. Jawi się wręcz jako konieczny dla rzetelnego, profesjonalnego i uwzględniającego interes przedsiębiorcy podejmowania i prowadzenia czynności kontrolnych.

Niemniej jednak trzeba podkreślić, iż konstrukcja normatywna przyjęta w art. 59 u.p.p. jest skomplikowana i uzależnia skuteczność tego szczególnego środka ochrony od wielu przesłanek. Są to:

Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=994 (26.08.2023); A. Żywicka, Komentarz..., *op. cit.*, s. 238.

84 Postanowienia rozstrzygającego zażalenie przedsiębiorcy, utrzymującego w mocy postanowienie organu kontroli o kontynuowaniu czynności kontrolnych, o którym mowa w art. 59 ust. 7 pkt 2 u.p.p.

85 Art. 59 ust. 14 u.p.p.

86 Art. 59 ust. 15 u.p.p.

87 Art. 57 p.p.s.a.

88 Art. 149 § 2 p.p.s.a.

- przesłanki materialne, tj. a) wniesienie w przypadkach naruszeń wskazanych art. 59 ust 1 u.p.p. oraz b) wniesienie w przypadkach naruszeń nieobjętych wyłączeniem wskazanym w art. 59 ust. 2 u.p.p., a także
- przesłanki formalne, tj. a) wniesienie przez podmiot uprawniony, b) sporządzenie w formie pisemnej, c) sporządzenie uzasadnienia, d) wniesienie w toku kontroli, e) zachowanie terminu do jego wniesienia, f) doręczenie organowi kontroli, g) zawiadomienie o sprzeciwie kontrolującego⁸⁹.

Charakterystyczną cechą analizowanej instytucji jest także to, że ciężar przygotowania i wniesienia sprzeciwu czyniącego zadość wyżej wskazanym wymaganiom spoczywa na przedsiębiorcy jako podmiocie kontrolowanym. Wymaga to od przedsiębiorcy nie tylko należytej staranności (niezbędnej do wniesienia sprzeciwu z zachowaniem przesłanek formalnych), ale również wiedzy i umiejętności z zakresu wykładni prawa (niezbędnej do wniesienia sprzeciwu z zachowaniem przesłanek materialnych). Są to wysokie wymagania, szczególnie w kontekście tego, iż jakiegokolwiek uchybienie w tym zakresie umożliwia organowi kontroli traktowanie danego sprzeciwu jako niedopuszczalnego lub nieskutecznego, a więc niewywołującego oczekiwanych przez przedsiębiorcę skutków w postaci wstrzymania czynności kontrolnych i wstrzymania biegu czasu trwania kontroli.

W konsekwencji trudno traktować sprzeciw jako powszechny i intuicyjny środek prawny, z którego skutecznie będzie mógł (umiał) skorzystać każdy przedsiębiorca potrzebujący ochrony przed czynnościami kontroli podejmowanymi i prowadzonymi z naruszeniem przepisów.

Tak też w odpowiedzi na postawione we wstępie pytanie należy stwierdzić, że sprzeciw od czynności kontrolnych w konstrukcji przyjętej w art. 59 u.p.p. w obecnej postaci nie stanowi wystarczająco efektywnego i dostępnego środka ochrony przedsiębiorcy w sytuacji podjęcia i prowadzenia czynności kontrolnych z naruszeniem przepisów.

BIBLIOGRAFIA

- Banasiński C., Bychowska M., Kontrola przedsiębiorcy w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 1.
- Chróścielewski W., Swoboda działalności gospodarczej – odmowa rozpatrzenia sprzeciwu wobec czynności organu kontroli – skarga do sądu administracyjnego. Glosa do uchwały NSA z dnia 13 stycznia 2014 r., II GPS 3/13, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2014, nr 7–8.
- Długosz T., Komentarz do art. 59, (w:) G. Koziół (red.), Prawo przedsiębiorców. Przepisy wprowadzające do Konstytucji Biznesu. Komentarz, Warszawa 2019.
- Etel M., Działalność formalnie niegospodarcza, (w:) A. Powałowski, H. Wolska (red.), Przedsiębiorcy i ich działalność, Warszawa 2019.

89 D. Zalewski, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 272–274.

- Etel M., Nowy przedsiębiorca w ustawie z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, „Acta Scientifica Academiae Ostroviensis”, Sectio A: Nauki humanistyczne, społeczne i techniczne 2018, nr 2 (12).
- Etel M., Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie sądowym, Warszawa 2012.
- Etel M., Prawo przedsiębiorców – nowa jakość i stare problemy, „Prawo” 2019, t. 329.
- Hołda-Wyrzyńska A., Kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy, (w:) R. Blicharz (red.), Przedsiębiorca. Zagadnienia wybrane, Katowice 2017.
- Hołda-Wyrzyńska A., Środki ochrony prawnej, (w:) R. Blicharz (red.), Kontrola przedsiębiorcy, Warszawa 2013.
- Knysiak-Molczyk H., Swoboda działalności gospodarczej – odmowa rozpatrzenia sprzeciwu wobec czynności organu kontroli – skarga do sądu administracyjnego. Glosa do uchwały NSA z dnia 13 stycznia 2014 r., II GPS 3/13, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2014, nr 7–8.
- Krawczyk A., Dopuszczalność drogi postępowania sądownoadministracyjnego w sprawie ze skargi na postanowienie o odmowie rozpatrzenia sprzeciwu przedsiębiorcy na podjęcie i wykonywanie czynności kontrolnych z naruszeniem prawa. Glosa do uchwały NSA z dnia 13 stycznia 2014 r., II GPS 3/13, „Państwo i Prawo” 2015, nr 11.
- Krzal K., Komentarz do art. 59, (w:) A. Pietrzak (red.), Prawo przedsiębiorców. Komentarz, Warszawa 2019.
- Lubeńczuk G., Komentarz do art. 59, (w:) G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichocka, M. Zdyb, Prawo przedsiębiorców. Komentarz, Warszawa 2019.
- Mariański A., Strzelec D., Aspekty prawne kontroli podatkowej przedsiębiorców, Warszawa 2012.
- Matan A., Komentarz do art. 30, (w:) G. Łaszczyca, C. Martysz, A. Matan, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, t. 1, Komentarz do art. 1–103, Warszawa 2010.
- Piątek W., Skoczylas A., Glosa do uchwały NSA z dnia 13 stycznia 2014 r., II GPS 3/13, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2014, nr 5.
- Pismo Ministerstwo Finansów z 11 maja 2009 r., PK4/8012/46/AAN/09/274, Rozpoczęcie biegu terminu na rozpatrzenie zażalenia na postanowienie w sprawie sprzeciwu, LEX nr 27402.
- Postanowienie NSA z dnia 17 grudnia 2010 r., I OSK 1030/10, LEX nr 741496.
- Postanowienie NSA z dnia 24 kwietnia 2012 r., II GSK 120/12, LEX nr 1244512.
- Stachurski W., Nowe zasady kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorców, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2009, nr 11.
- Szafrański D., Standardy kontroli, „Studia Iuridica” 2011, nr 53.
- Uchwała (7) NSA z dnia 13 stycznia 2014 r., II GPS 3/13, LEX nr 1408525.
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 2000 ze zm.).
- Ustawa z dnia 16 grudnia 2016 r. o zmianie niektórych ustaw w celu poprawy otoczenia prawnego przedsiębiorców (Dz.U. z 2016 r. poz. 2255).

- Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. Nr 18, poz. 97).
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1634 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 221 ze zm.).
- Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 2168 ze zm.).
- Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zmianie niektórych ustaw w celu poprawy otoczenia prawnego przedsiębiorców, Druk sejmowy nr 994, s. 45, www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=994 (26.08.2023 r.).
- Wyrok NSA z dnia 11 kwietnia 2007 r., IOSK 715/06, LEX nr 319409.
- Wyrok NSA z dnia 16 stycznia 2018 r., II OSK 771/16, Legalis nr 1727967.
- Wyrok NSA z dnia 17 maja 2018 r., II FSK 986/16, LEX nr 2502304.
- Wyrok NSA z dnia 24 lutego 2017 r., II OSK 1574/15, LEX nr 2283258.
- Wyrok NSA z dnia 27 kwietnia 2016 r., II FSK 56/14, LEX nr 2111084.
- Wyrok NSA z dnia 28 czerwca 2016 r., II OSK 2633/14, LEX nr 2106706.
- Wyrok NSA z dnia 6 czerwca 2012 r., I GSK 698/11, LEX nr 1215510.
- Wyrok NSA z dnia 9 sierpnia 2012 r., II FSK 75/11, LEX nr 1312292.
- Wyrok TK z dnia 20 grudnia 2017 r., SK 37/15, LEX nr 2410628.
- Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 9 lipca 2013 r., IV SA/Gl 1082/12, LEX nr 1355852.
- Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 6 sierpnia 2013 r., II SA/Ol 534/13, LEX nr 1361785.
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 września 2010 r., VI SA/Wa 2018/09, Legalis nr 390388.
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 października 2009 r., III SA/Wa 1081/09, LEX nr 558946.
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 maja 2010 r., V SA/Wa 188/10, Legalis nr 393315.
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 marca 2010 r., III SA/Wa 1494/09, Legalis nr 222731.
- Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 17 stycznia 2013 r., I SA/Wr 1352/12, LEX nr 1274174.
- Zalewski D., Melezini A., Kontrola podatkowa przedsiębiorców, Warszawa 2010.
- Zalewski D., Ochrona praw podatnika w kontroli podatkowej, Warszawa 2021.
- Zalewski D., Sprzeciw na czynności kontrolne w orzecznictwie sądów administracyjnych, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2011, nr 1.
- Zalewski D., Terminy w procedurze rozpatrywania sprzeciwów przez organy skarbowe, „Przegląd Podatkowy” 2010, nr 10.
- Żywicka A., Komentarz do art. 59, (w:) L. Bielecki, J. Gola, K. Horubski, K. Kokocińska, E. Komierzyńska-Orlińska, A. Żywicka, Komentarz do ustawy – Prawo przedsiębiorców, (w:) Konstytucja biznesu. Komentarz, Warszawa 2019.

Karolina Zapolska

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

k.zapolska@uwb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2859-6996>

Dyrektywa DAC7 2021/514/UE – przegląd niektórych polskich rozwiązań w kontekście praw podstawowych przedsiębiorców

DAC7 Directive 2021/514/EU: Review of Some Solutions in the Context of the Fundamental Rights of Entrepreneurs

Abstract: This article presents selected provisions of EU Council Directive 2021/514 of 22 March 2021 amending Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation, known as the DAC7 Directive. On 8 February 2023 a draft law amending the Act on the exchange of tax information with other countries and certain other acts was published by the Polish government. The draft law implements the provisions of the DAC7 Directive. The author attempts to make a concise description of the provisions of the DAC7 Directive, with particular emphasis on the new obligations of entrepreneurs in this respect. The issue of respecting the fundamental rights of entrepreneurs, especially in the context of the freedom to conduct business activity, is also discussed. At the same time, the author points to possible problems that the Polish legislature may encounter when transposing or implementing documents of such content to the Polish legal system. The study of the outlined problems is mainly based on the comparative, dogmatic and legal methods. Considering the range of issues discussed in the article, as well as the need to limit the work, it should be noted that the text will not be comprehensive and only highlights some selected problems.

Keywords: DAC7, economic freedom, entrepreneurs, fundamental rights

Słowa kluczowe: dyrektywa DAC7, wolność gospodarcza, przedsiębiorca, prawa podstawowe

Wprowadzenie

Dyrektywę Rady (UE) 2021/514 z dnia 22 marca 2021 r. zmieniającą dyrektywę 2011/16/UE w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie opodatkowania¹,

1 Dz. Urz. UE L 104/1 z 25 marca 2021 r., dalej jako dyrektywa DAC7.

najczęściej nazywana w skrócie dyrektywą DAC7, opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 marca 2021 r. Weszła w życie 4 kwietnia 2021 r. Dyrektywa DAC7 jest nowelizacją Dyrektywy Rady 2011/16/UE z dnia 15 lutego 2011 r. w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie opodatkowania i uchylającej dyrektywę 77/799/EWG² w zakresie wymiany informacji i współpracy administracyjnej w sprawach podatkowych. Transpozycja dyrektywy DAC7 do prawa krajowego powinna nastąpić do końca 2022 roku, a państwa powinny wdrożyć jej przepisy od 1 stycznia 2023 r.³ Dyrektywa odnosi się przede wszystkim do operatorów platform.

Na początku lutego 2023 r. na stronach Rządowego Centrum Legislacji Ministerstwo Finansów przedstawiło i przekazało do konsultacji projekt ustawy implementującej do polskiego porządku prawnego unijną dyrektywę DAC7⁴. Zgodnie z informacją przedstawioną przez Ministerstwo Finansów zagadnienia związane z dyrektywą DAC7 były już przedmiotem prekonsultacji społecznych oraz spotkań z przedstawicielami przedsiębiorców w lipcu i w sierpniu 2022 r.⁵ Ustawa ma wejść w życie z dniem 1 maja 2023 r. Pierwsze raportowanie ma być przeprowadzone w terminie od 1 stycznia 2024 r. do 31 stycznia 2024 r. i dotyczyć okresu sprawozdawczego, który zakończy się w 2023 r.

Platformy cyfrowe umożliwiające świadczenie usług elektronicznych pozwoliły obywatelom Unii Europejskiej na stosunkowo łatwą sprzedaż czy świadczenie usług na jednolitym rynku. Z możliwości tych korzystają nie tylko przedsiębiorcy, ale również podmioty nieprofesjonalne. Ilość dokonywanych w tym zakresie transakcji, a także często transgraniczny charakter opisywanej działalności utrudnia egzekwowanie przepisów podatkowych. Pojawił się zatem problem unikania opodatkowania w przestrzeni cyfrowej i uchylania się od niego.

Dyrektywa DAC7, chcąc rozwiązać tak zarysowany problem, nakłada na przedsiębiorców nowe obowiązki, zaś po stronie organów administracji publicznej (zwłaszcza organów podatkowych) przewiduje nowe uprawnienia i możliwości. Rozszerzające się kompetencje administracji publicznej mogą rodzić pytanie o gwarancje wolności gospodarczej. Ponadto powstaje wątpliwość, czy wprowadzenie nowych obowiązków po stronie przedsiębiorców jest zgodne z poszanowaniem ich praw podstawowych i czy może mieć niekorzystny wpływ na stopień gwarancji tych praw. Na ile też przedsiębiorcy będą mieli szansę dostosować się do nowych regula-

2 Dz. Urz. UE L 64 z 11 marca 2011 r., s. 1, z późn. zm.

3 Zgodnie z informacją ze strony EUR-Lex wśród państw członkowskich UE, które nie dokonały transpozycji w terminie, oprócz Polski jest m.in. Grecja, Hiszpania, Portugalia; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/NIM/?uri=CELEX:32021L0514> (20.03.2023 r.).

4 Projekt ustawy o zmianie ustawy o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami oraz niektórych innych ustaw (druk nr UC136), dalej jako projekt ustawy wdrażającej DAC7.

5 11 lipca 2022 r. Ministerstwo Finansów przedstawiło założenia krajowych regulacji implementujących postanowienia Dyrektywy DAC7.

cji i przygotować pierwsze sprawozdania w styczniu 2024 r., biorąc pod uwagę fakt, że polski ustawodawca jest już kilka miesięcy spóźniony z implementacją Dyrektywy DAC7 – czy jest to zgodne z zasadą pewności prawa? Powyższe pytania stały się inspiracją do przygotowania niniejszego artykułu. Odpowiedź na tak sformułowane wątpliwości umożliwi ocenę wprowadzanych przepisów oraz sformułowanie postulatów *de lege lata*. Mając na uwadze zakres zagadnień poruszanych w pracy, należy podkreślić, że artykuł nie będzie miał kompleksowego charakteru. W związku z tym zakres i szczegółowość przeprowadzonej przez autorkę analizy zostanie ograniczona do najważniejszych i wybranych zagadnień.

1. Podstawowe cele i założenia dyrektywy

Jak wskazuje K. Strzyczkowski, „skuteczna ochrona praw podstawowych na wszystkich stopniach władzy publicznej stanowi paradygmat tradycji konstytucyjnej. Aktualnie ta jedna — obok podziału władz — z kluczowych zasad konstytucjonalizmu nabiera szczególnego znaczenia również w wypadku gospodarczych praw podstawowych. Konstytucyjne prawa podstawowe gwarantują relewantne gospodarczo prawa podmiotowe, w tym do swobodnej działalności gospodarczej, równości, własności czy konkurencji. (...) Zwiążanie władz publicznych prawami podstawowymi potwierdza niepodważalność subiektywizacji porządku prawnego”⁶. Analiza rozwiązań dyrektywy DAC7 w kontekście praw podstawowych przedsiębiorców wskazuje na potrzebę rozważań nad katalogiem celów Dyrektywy DAC7 i przepisów mających służyć ich urzeczywistnieniu.

Obowiązująca do niedawna dyrektywa 2011/16/UE, pomimo relatywnie pozytywnej oceny przez UE co do jej roli porządkującej zasady wymiany informacji i współpracy administracyjnej w sprawach podatkowych, w opinii UE już się zdezaktualizowała. W ciągu ostatnich lat była również wielokrotnie zmieniana, ponieważ nie spełniała w wystarczającym stopniu współczesnych oczekiwań organów administracji publicznej ani nie rozwiązywała problemów związanych z nowymi formami oszustw podatkowych, uchylania się od opodatkowania i unikania opodatkowania. W związku z tym dyrektywa DAC7 ma być odpowiedzią unijnych legislatorów na współczesne tendencje w dziedzinie przejrzystości podatkowej.

Dodatkowo wyraźnie dostrzegalna jest szybka transformacja cyfrowa gospodarki w ostatnich latach. Proces ten niewątpliwie przyspieszyła pandemia COVID-19. W konsekwencji, jak wskazuje legislator unijny, powoduje to coraz większą liczbę złożonych sytuacji związanych z oszustwami podatkowymi, uchylaniem się od opodatkowania i unikaniem opodatkowania, w których transgraniczność jest dodatkowym wyzwaniem stojącym przed organami administracji publicznej. W konsekwencji or-

6 K. Strzyczkowski, Kilka uwag o obiektywizacji gospodarczych praw podstawowych, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2018, nr 3833, s. 637.

gany podatkowe poszczególnych państw członkowskich bardzo często nie mają wystarczających informacji, aby prawidłowo ocenić i kontrolować uzyskiwane w ich kraju dochody brutto z działalności komercyjnej wykonywanej za pośrednictwem platform cyfrowych. Co równie istotne, żądanie informacji od operatorów platform cyfrowych bardzo często jest związane ze znacznymi kosztami administracyjnymi. Ponadto różnorodne podejście państw członkowskich do kwestii sprawozdawczości platform wiąże się z dodatkowymi kosztami przestrzegania przepisów dla operatorów platform, którzy muszą spełnić różnorodne krajowe normy w zakresie sprawozdawczości⁷. Założone cele DAC7 planuje osiągnąć poprzez⁸:

- nałożenie na platformy obowiązku sprawozdawczego dotyczącego sprzedawców działających z pomocą tych platform,
- zbudowanie mechanizmu wymiany informacji o sprzedawcach między państwami członkowskimi oraz państwami trzecimi, m.in. sygnatariuszami wielostronnego porozumienia DPI MCAA,
- poprawę obecnych mechanizmów współpracy między organami administracji publicznej państw członkowskich UE.

Analizując zakres podmiotowy omawianej regulacji, należy wskazać, że adresatami tych przepisów są przede wszystkim operatorzy platform cyfrowych⁹, ale też organy administracji publicznej państw członkowskich.

2. Obowiązki przedsiębiorcy a wolność prowadzenia działalności gospodarczej

Nie budzi wątpliwości, że Unia Europejska wolność gospodarczą opiera przede wszystkim na swobodzie przedsiębiorczości i swobodzie świadczenia usług, z których wynikają zatem bezpośrednio uprawnienia umożliwiające przedsiębiorcom podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej na terenie UE¹⁰. Co istotne, wolność gospodarcza w UE nie ma jednak charakteru absolutnego, możliwe jest w związku z tym jej ograniczanie. Ponadto zgodnie z art. 16 KPP uznaje się wolność

7 Motyw 7 Dyrektywy DAC7.

8 Uzasadnienie do projektu ustawy wdrażającej DAC7, s. 1.

9 W Dyrektywie DAC7 wskazuje się, że obowiązek sprawozdawczy, poza operatorami platform cyfrowych z UE, „należy rozszerzyć także na tych operatorów platform, którzy prowadzą działalność komercyjną w Unii, ale nie są ani rezydentem do celów podatkowych, ani nie są zarejestrowani w państwie członkowskim, ani nie mają w państwie członkowskim swojego miejsca zarządu, ani nie posiadają w państwie członkowskim stałego zakładu (zwanym dalej »zagranicznymi operatorami platform«)».

10 C. Kosikowski, Wolność działalności gospodarczej i jej ograniczenia w praktyce stosowania Konstytucji RP, (w:) C. Kosikowski (red.), Zasady ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania Konstytucji, Warszawa 2005, s. 4.

prowadzenia działalności gospodarczej zgodnie z prawem Unii oraz ustawodawstwami i praktykami krajowymi¹¹. Co charakterystyczne, do wolności działalności gospodarczej jako prawa podstawowego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odwoływano się dotychczas zaledwie kilkadziesiąt razy, „co w świetle skali ingerencji prawa unijnego w obszarze reguł prowadzenia działalności przedsiębiorców jest liczbą znikomą”¹².

Rozpatrując, czym jest wolność działalności gospodarczej, warto wspomnieć, że zdaniem A. Walaszek-Pyziół wolność gospodarcza jest tzw. publicznym prawem podmiotowym o charakterze negatywnym, co wiąże się z generalnym zobowiązaniem państwa i organów władzy publicznej do nienaruszania swobody działania beneficjentów tego prawa w sferze działalności gospodarczej¹³. L. Kieres podkreśla, że wolność „jako prawo podmiotowe oznacza »uwolnienie« podmiotu tego prawa od ingerencji ze strony innych podmiotów – przede wszystkim władz publicznych. (...) Wartością szczególnie chronioną jest wola podmiotu. W tym ujęciu wolności gospodarczej jest ona przypisana do każdego podmiotu, który jest zainteresowany działalnością gospodarczą. Wolność gospodarcza oznacza zarazem wolność konkretnego podmiotu, który wyraża wolę (zamiar) podjęcia, wykonywania czy jej zakończenia”¹⁴. Jego zdaniem rozumienie wolności działalności gospodarczej jako prawa jest niezbędne i potrzebne do urzeczywistniania i ochrony wspomnianej wyżej samodzielności¹⁵. Wolność działalności gospodarczej można zatem łączyć z konstrukcją danego porządku prawnego, w którą wkomponowane są jej granice¹⁶. Próba zdefiniowania i klasyfikacji ograniczenia wolności gospodarczej od lat jest przedmiotem analizy doktryny prawa¹⁷. W tym zakresie można przywołać C. Kosikowskiego, który wskazuje, że nie każda regulacja prawna odnosząca się do działalności gospodarczej jest z automatu ograniczeniem wolności gospodarczej, a analiza wymaga usta-

11 Karta Praw Podstawowych została ogłoszona w Strasburgu 12 grudnia 2007 r. przez Parlament Europejski, Radę i Komisję (Dz. Urz. UE C 326 z 26 października 2012 r., s. 391), zwana dalej: KPP.

12 D. Miąsik, (w:) A. Wróbel, (red.), Karta praw podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz, Warszawa 2013, s. 612, (za:) K. Horubski, Wolność prowadzenia działalności gospodarczej w świetle art. 16 Karty praw podstawowych – wybrane problemy, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, nr 114, s. 499–500.

13 A. Walaszek-Pyziół, Swoboda działalności gospodarczej, Kraków 1994, s. 12.

14 L. Kieres, Wolność działalności gospodarczej, (w:) System Prawa Administracyjnego, t. 8a: J. Grabowski i in., Publiczne prawo gospodarcze, Warszawa 2013, s. 100.

15 L. Kieres, Kierunki rozwoju regulacji publicznego prawa gospodarczego, (w:) J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska (red.), 25 lat fundamentów wolności działalności gospodarczej: tendencje rozwojowe, Katowice 2013, s. 340.

16 S. Biernat, Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda, „Przegląd Prawa Handlowego” 1994, nr 9, s. 10.

17 M. Szydło, Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe, Bydgoszcz–Wrocław 2011, s. 53–54; M. Waliński, Nowe prawo działalności gospodarczej, Poznań 2001, s. 41–42.

lenia, czy mamy do czynienia z ograniczeniami faktycznymi¹⁸, czy ograniczeniami właściwymi¹⁹. D. Miąsik zauważa, że na podstawie „dotychczasowej praktyki nie jest możliwe zidentyfikowanie nienaruszalnego jądra uprawnień składających się na istotę wolności prowadzenia działalności gospodarczej. O skali jej ograniczenia decyduje bowiem waga chronionego interesu, a nie rodzaj uprawnienia, składającego się na wolność prowadzenia działalności gospodarczej, której przedsiębiorca został pozbawiony”²⁰. Państwo nie jest w związku z tym obojętne wobec przedsiębiorcy, czego wyrazem może być m.in. szereg obowiązków i uprawnień przedsiębiorców²¹. Mając powyższe na uwadze, warto przyrzeć się wybranym przepisom DAC7 oraz projektu ustawy wdrażającej DAC7 w zakresie, w jakim oddziałują one na prawa i obowiązki przedsiębiorców. K. Horubski słusznie zauważa, że przepisy prawne nie mogą „stanowić niedopuszczalnego ograniczenia tej wolności, lecz tworzą po prostu ramy prawne korzystania” z wolności działalności gospodarczej²². Istnieje bowiem potrzeba legitymacji przejawów ingerencji państwa „w sferę zagwarantowanej prawami podstawowymi wolności, ponieważ wszelka władza państwowa jest związana prawami podstawowymi”²³.

Analizując wpływ Dyrektywy DAC7 na wolność działalności gospodarczej, warto przyrzeć się projektowi ustawy wdrażającej DAC7. Planowana ustawa wprowadza zmiany w szeregu aktów prawnych²⁴. Oczywiście można zastanowić się, czy zasadne byłoby umieszczenie regulacji wdrażających postanowienia Dyrektywy DAC7

18 Ograniczenia faktyczne to zakazy i nakazy prawne posiadające charakter uniwersalny i powszechny; C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 61. Pogląd ten krytykuje C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, s. 49 i n.

19 Ograniczenia właściwe, a więc ograniczenia wolności gospodarczej, to przepisy wprowadzające bezwzględne i względne zakazy podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej; C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995, s. 44 i n.

20 D. Miąsik, *op. cit.*, s. 617.

21 C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 117–118; J. Grabowski, L. Kieres, A. Wałaszek-Pyziół (red.), *Publiczne prawo gospodarcze*, t. 8B, Warszawa 2013, s. 779 i n.; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, 155 i n.

22 K. Horubski, *Wolność...*, *op. cit.*, s. 504.

23 Co więcej, „ochronna funkcja praw podstawowych nie ma na celu całkowitego wykluczenia państwa z wpływu na życie gospodarcze, lecz jego formalizację, ograniczenie, a tym samym racjonalizację”; K. Strzyczkowski, *Kilka uwag...*, *op. cit.*, s. 641.

24 W tym zakresie zmiany są wprowadzane w: 1) ustawie z dnia 9 marca 2017 r. o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami (Dz.U. z 2021 r. poz. 626 ze zm.); 2) ustawie z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz.U. z 2022 r. poz. 813 ze zm.); 3) ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2021 r. poz. 1540 ze zm.); 4) ustawie z dnia 9 października 2015 r. o wykonywaniu Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki w sprawie poprawy wypełniania międzynarodowych obowiązków podatkowych oraz wdrożenia ustawodawstwa FATCA (Dz.U. 2015 poz. 1712); 5) ustawie z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.); oraz 6) ustawie z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2022 r. poz. 859 ze zm.).

w ramach jednej nowej ustawy. Z drugiej strony, mnożenie aktów prawnych w już i tak rozbudowanym systemie prawnym dotyczącym przedsiębiorców w celach związanych z transpozycją prawa unijnego wydaje się jednak co do zasady błędne i niepotrzebne. Założono, że zwiększenie przejrzystości podatkowej ma być zapewnione m.in. poprzez harmonizację zasad sprawozdawczości na platformach cyfrowych zlokalizowanych na obszarze UE²⁵. W konsekwencji adresatem zasadniczej części przepisów dyrektywy DAC7 są przedsiębiorcy przede wszystkim w zakresie ujednoczenia obowiązków sprawozdawczych w Unii Europejskiej. W związku z tym na operatorów platform²⁶ został nałożony obowiązek sprawozdawczy dotyczący sprzedawców wykorzystujących platformy cyfrowe.

W dyrektywie DAC7 wskazano na istniejące trudności w wykrywaniu zdarzeń podatkowych zachodzących podczas wykonywania działalności komercyjnej, która jest ułatwana przez platformy cyfrowe. Dotychczas organy podatkowe miały problemy, aby prawidłowo ocenić i kontrolować uzyskiwane przez użytkowników dochody z działalności wykonywanej za pośrednictwem platform cyfrowych. Właściciele platform cyfrowych zostali zatem zobowiązani do regularnego raportowania o sprzedawcach korzystających z tych platform. Warto również zaznaczyć, że przepisy odnoszą się zarówno do operatorów platform z obszaru Unii Europejskiej, jak i państw trzecich. W związku z tym ujednoczenie we wszystkich państwach członkowskich UE obowiązków sprawozdawczych po stronie przedsiębiorców ma umożliwić weryfikację przestrzegania przepisów oraz zobowiązań publicznoprawnych wobec państwa, a w dalszej perspektywie przyczynić się do wzrostu wpływu z podatków²⁷.

Sprawozdawczość będzie obejmować wykonywany za wynagrodzeniem m.in. najem nieruchomości lub ich części, pomieszczeń przynależnych²⁸, usługi świadczone osobiście obejmujące pracę w zadaniowym lub czasowym systemie czasu pracy przez osobę fizyczną działającą na rzecz lub w imieniu podmiotu wykonywaną za pośrednictwem platformy na żądanie użytkownika online lub fizycznie offline po umożliwieniu jej wykonania za pośrednictwem platformy²⁹, sprzedaż towarów i na-

25 W projekcie ustawy wdrażającej DAC7 wskazano, że platformą jest oprogramowanie, w tym strona internetowa lub jej część, oraz aplikacje, w tym aplikacje mobilne, które są dostępne dla użytkowników i które umożliwiają sprzedawcom łączność z innymi użytkownikami w celu wykonywania, bezpośrednio lub pośrednio, stosownej czynności na rzecz tych użytkowników, a także ustalenia dotyczące poboru i wypłaty wynagrodzenia z tytułu stosownej czynności.

26 Zgodnie z zaproponowaną w projekcie definicją przez operatora platformy rozumie się podmiot, który zawiera umowy ze sprzedawcami w celu udostępnienia im platformy lub jej części.

27 J. Adamczyk, Społeczna odpowiedzialność przedsiębiorstw, Warszawa 2009, s. 87–88; A. Paliwoda-Matiolańska, Odpowiedzialność społeczna w procesie zarządzania przedsiębiorstwem, Warszawa 2009, s. 61–62.

28 Przykładowo garaży, pól kempingowych, pokoi, parkingów.

29 W tym zakresie w uzasadnieniu projektowanej ustawy wdrożeniowej wskazano m.in. na usługi przewozu osób, transportowe i dostawcze, a także drobne usługi codzienne, takie jak hydrauliczne, roboty budowlane, usługi fryzjerskie itp.

jem wszelkich środków transportu. Wyjątkiem są czynności wykonywane przez sprzedawcę będącego pracownikiem raportującego operatora platform lub powiązanego podmiotu operatora platformy. Tym samym projektowana ustawa wdrożeniowa obejmuje obowiązkiem sprawozdawczym te czynności, które stanowią najczęstszy przedmiot ofert na platformach.

Twórcy dyrektywy uznali, że „operatorzy platform mają większe możliwości w zakresie gromadzenia i weryfikacji niezbędnych informacji na temat wszystkich sprzedawców działających na danej platformie cyfrowej oraz z niej korzystających”³⁰. Operatorzy platform będą w związku z tym zobowiązani do przekazania organowi podatkowemu (w Polsce – Szefowi Krajowej Administracji Skarbowej) zbiorczej informacji o sprzedawcach podlegających raportowaniu za okres sprawozdawczy, obejmujących m.in. dane identyfikujące sprzedawców – osoby fizyczne oraz podmioty (osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej) aż do informacji szczegółowych o sprzedawcach. Informacje powinny być sporządzone elektronicznie, zgodnie ze wzorem zamieszczonym w Biuletynie Informacji Publicznej, a operator platformy musi dopełnić procedur należytej staranności związanych z weryfikacją gromadzonych danych.

Państwo, reprezentowane przez organy administracji publicznej, organizuje życie społeczeństwa, pełni władze porządkującą i regulującą, a także gwarantuje „nadany społeczeństwu ramowy porządek prawny, zapewniający mu określone »wolnościowe« prawa podstawowe”³¹. Niewątpliwie, jak wskazują Bronisław W. Sitek i Joanna M. Sitek, „administracja publiczna jest ustawowo upoważniona do gromadzenia danych, w tym wrażliwych”³². W projektowanej ustawie wdrażającej przewidziano jednak, że zakres udzielanych informacji obejmuje wszystko, co może być istotne do celów stosowania lub egzekwowania krajowych przepisów państwa właściwego organu. Stwierdzenie: „co może być istotne”, jest nieostre i pozwala na bardzo różnorodną interpretację³³. Zobowiązuje się przy tym organ wnioskujący do wskazania celu wykorzystania żądanych informacji podatkowych, a także wskazania, że zakres żądanych informacji jest istotny dla celów stosowania i egzekwowania przepisów prawa podatkowego wnioskującego państwa członkowskiego. Powstaje jednak wątpliwość, jak dalece organy faktycznie będą uzasadniać żądanie informacji, a także czy

30 Motyw 9 dyrektywy DAC7.

31 K. Strzyczkowski, Kilka uwag..., *op. cit.*, s. 638.

32 B.W. Sitek, J.M. Sitek, Ograniczenia jawności działań administracji publicznej ze względu na prywatność jednostki, „Journal of Modern Science” 2022, vol. 48, nr 1, s. 325.

33 Wniosek o udzielenie informacji podatkowych zawiera poza danymi identyfikującymi podmiot, którego informacje podatkowe mają dotyczyć (m.in. imię i nazwisko lub nazwę [firmę], adres lub inne posiadane dane niezbędne do identyfikacji podmiotu, którego wniosek dotyczy), także informacje dotyczące wielkości sprzedaży, w przypadku niektórych platform informacje o posiadanych nieruchomościach, dane dotyczące wynagrodzenia uzyskanego za pomocą platformy oraz rachunków finansowych.

pomimo ujednoczenia niektórych zasad sprawozdawczości krajowe organy podatkowe finalnie nie będą dysponować informacjami i danymi o różnym zakresie.

Projekt ustawy wdrożeniowej Dyrektywę DAC7 rozróżnia sprzedawcę, sprzedawcę podlegającego raportowaniu, sprzedawcę wyłączonego i sprzedawcę aktywnego. W proponowanej definicji sprzedawcy nie ma znaczenia, czy objęte nią podmioty prowadzą zarejestrowaną działalność gospodarczą. Jak podkreślono w uzasadnieniu projektu, tak szerokie podejście do tego pojęcia ma utrudnić unikanie opodatkowania, a także ułatwić organom podatkowym walkę z tzw. szarą strefą na platformach cyfrowych.

Niewątpliwie po stronie operatorów platform nastąpi zwiększenie liczby dokumentów, a także zwiększenie liczby procedur. Ponadto konieczność gromadzenia danych użytkowników to też kwestie cyberbezpieczeństwa i ochrony zebranych danych. Rodzą one kolejne obowiązki związane z przeciwdziałaniem naruszeniom ochrony danych oraz ograniczaniem szkód, które mogą powstać na skutek tego rodzaju naruszeń.

Co charakterystyczne, projektowane polskie rozwiązania i związane z tym wymagania nałożone na operatorów platform wydają się szersze niż te przewidziane w Dyrektywie DAC7³⁴. Finalnie może to osłabić konkurencyjność polskich przedsiębiorców w porównaniu z operatorami platform z innych państw członkowskich. Jak słusznie zauważa Związek Przedsiębiorców i Pracodawców³⁵, projekt ustawy posługuje się również pojęciami nie do końca współgrającymi z dotychczasowym nazewnictwem stosowanym w polskim porządku prawnym. Jako przykład można wskazać na „adres zamieszkania dla celów podatkowych” – gdzie w polskim prawie podatkowym wskazujemy na „miejsca zamieszkania”³⁶, a w prawie gospodarczym na „stałe miejsce wykonywania działalności gospodarczej”³⁷. Powyższe podejście projektodawcy powoduje, że można mieć wątpliwość, czy wprowadzanie pojęć niezgodnych z już istniejącym prawem w zakresie i tak skomplikowanego systemu podatkowego jest potrzebne. Wydaje się więc, że potrzebną zmianę stanowi ujednoczenie siatki terminologicznej względem przepisów prawa podatkowego.

34 Między innymi w zakresie definicji sprzedawcy podlegającego raportowaniu, w zakresie ustalania rezydencji sprzedawców; Stanowisko ZPP w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami oraz niektórych innych ustaw (UC136), <https://zpp.net.pl/wp-content/uploads/2023/03/06.03.2023-Stanowisko-ZPP-w-sprawie-projektu-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-wymianie-informacji-podatkowych-z-innymi-panstwami-0-r-az-niektorych-innych-ustaw-UC136.pdf>, s. 2–3.

35 *Ibidem*, s. 2.

36 Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 2647, 2687, 2745, z 2023 r. poz. 28, 185, 326).

37 Art. 5 pkt. 6 Ustawy z dnia 6 marca 2018 r. o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy (Dz.U. z 2022 r. poz. 541).

W tym miejscu powstaje pytanie, jak duży będzie koszt dostosowania do wdrażanej dyrektywy dla platform³⁸, zwłaszcza że zmiany wchodzą w trakcie roku podatkowego. Nowe obowiązki administracyjno-podatkowe mogą zatem negatywnie wpłynąć na operatorów platform. W konsekwencji należy przemyśleć, czy w ten sposób nie wprowadza się obciążeń regulacyjnych. W tym kontekście warto przypomnieć wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 14 grudnia 2011 r., T-52/09, *Nycomed Danmark ApS przeciwko Europejskiej Agencji Leków (EMA)*, w którym zaznaczono, że „waga realizowanych celów może uzasadniać ograniczenia mające nawet znaczne negatywne konsekwencje dla niektórych podmiotów gospodarczych”³⁹.

3. Sankcje a zasada proporcjonalności

Oceniając sankcje przewidziane w projekcie ustawy wdrażającej, warto odnieść się do zasady proporcjonalności. Takie podejście jest nieprzypadkowe, ponieważ – jak słusznie zauważa K. Strzyczkowski – „z uwagi na to, że prawa podstawowe wniosły silną indywidualizację praw do porządku prawnego dzięki zorientowaniu na indywidualną sytuację ich podmiotów, pojawia się znaczenie zasady proporcjonalności w odniesieniu do ingerencji władzy publicznej w sferę wolnej działalności gospodarczej bądź to w formie działań ograniczających, bądź to w formie publicznej działalności gospodarczej. Zasada proporcjonalności, tak jak ją ukształtowała tradycja, znajduje zastosowanie, gdy państwo ogranicza prawa podstawowe jednostek”⁴⁰.

W Dyrektywie DAC7 przewidziano, że wybór sankcji jest w gestii państw członkowskich, z zaznaczeniem, że przewidziane sankcje powinny być skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające⁴¹. Polski projektodawca zaproponował karę pieniężną w wysokości od 100 tys. do 5 mln zł⁴². Ponadto w określonych przypadkach (m.in. gdy raportujący operator platformy nie zrealizuje obowiązku sprawozdawczego) możliwe będzie cofnięcie nadania indywidualnego numeru platformy, a ponowne nadanie takiego numeru będzie wymagało złożenia depozytu w wysokości 1 mln zł⁴³.

Rozwiązania te budzą pewne wątpliwości. Wprawdzie w uzasadnieniu wskazano, że tak wysokie kary są zasadne i adekwatne, ponieważ „gospodarka cyfrowa

38 Co ciekawe, ten wątek pojawiał się m.in. w Opinii Polski dotyczącej możliwego wpływu projektu dyrektywy COM (2020) 314 – DAC7 na Jednolity Rynek Cyfrowy; <https://www.gov.pl/web/finansanse/opinia-polski-ws-dac7>.

39 Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 14 grudnia 2011 r., T-52/09, *Nycomed Danmark ApS przeciwko Europejskiej Agencji Leków (EMA)*, Zbiór Orzeczeń 2011, s. II–08133, pkt 89.

40 K. Strzyczkowski, *Kilka uwag...*, *op. cit.*, s. 647; por. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 139.

41 Motyw 21 Dyrektywy DAC7.

42 Art. 91 ust. 1a uWIP w brzmieniu jak w Projekcie ustawy wdrażającej DAC7.

43 Art. 75 ust. 2 WIP w brzmieniu jak w Projekcie ustawy wdrażającej DAC7.

rozwijają się z roku na rok, a dużą część tej gospodarki stanowią właśnie platformy cyfrowe. Ich roczne dochody w większości przypadków są w wysokości milionów złotych (...). Tak wysoka kara dla operatorów platform wydaje się jednak niewspółmiernie wysoka.

Warto również brać pod uwagę, że teoretycznie operatorzy mogą być ukarani nawet wówczas, gdy podejmują działania i starają się wypełnić swoje ustawowe obowiązki, ale spotykają się z brakiem reakcji i współpracy ze strony sprzedawcy w przekazaniu informacji lub wyjaśnianiu i korygowaniu przez niego nieprawidłowych danych. Wprawdzie w projektowanym art. 75o uWIP uwzględniono konsekwencje braku przekazania przez sprzedawcę wymaganych informacji⁴⁴, ale operator platformy ma mimo wszystko ograniczone możliwości wyegzekwowania informacji lub stosownego zachowania od sprzedawcy⁴⁵. Nakładanie w takiej sytuacji kary na operatora byłoby nieracjonalne. Warto w związku z tym zastanowić się nad wprowadzeniem możliwości złożenia wyjaśnień i udowodnienia przez operatora platformy bezskutecznych prób wyegzekwowania informacji od sprzedawców jako przesłanki wyłączającej karę pieniężną.

Wnioski

W świetle powyższych uwag zainteresowanie ustawodawcy unijnego przedsiębiorcami nie powinno dziwić, bowiem z oczywistych względów osiągnięcie podstawowego celu DAC7, tj. uszczelnienie systemu podatkowego, wymaga ujednoczenia obowiązków platform cyfrowych w tym zakresie. Słusznie jednak zauważono, że tak szeroko zakrojone zmiany mogą mieć również skutki uboczne, jak np. negatywny wpływ na proces cyfryzacji gospodarki UE czy nadmierne ograniczanie wolności działalności gospodarczej, chociaż sama dyrektywa DAC7 w motywie 37 wskazuje, że nie narusza praw podstawowych i jest zgodna z zasadami uznanymi w szczególności w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej. Co więcej, jak podkreślono, w dyrektywie DAC7 dąży się do zapewnienia pełnego poszanowania prawa do ochrony danych osobowych oraz wolności prowadzenia działalności gospodarczej. Warto jednak brać pod uwagę, że finalnie bardzo dużo zależy od ustawodawców krajowych poszczególnych państw członkowskich. To dlatego w ocenie potencjalnych skutków dyrektywy na polskich przedsiębiorców warto przyjrzeć się podejściu polskiego usta-

44 Między innymi zablokowaniem możliwości wykonywania stosownej czynności przez tego sprzedawcę na platformie, dopóki nie przedstawi potrzebnych danych, oraz wstrzymaniem wypłaty wynagrodzenia.

45 Stanowisko ZPP w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami oraz niektórych innych ustaw (UC136), <https://zpp.net.pl/wp-content/uploads/2023/03/06.03.2023-Stanowisko-ZPP-w-sprawie-projektu-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-wymianie-informacji-podatkowych-z-innymi-panstwami-oraz-niektorych-innych-ustaw-UC136.pdf>, s. 7–8.

wodawcy. W tym zakresie niestety pojawiają się kolejne obowiązki przedsiębiorców, a dodatkowo przez niezachowanie konsekwencji terminologicznej przez polskiego ustawodawcę dochodzi do niepotrzebnego komplikowania prawa.

Niniejszy artykuł, z oczywistych względów, nie zawiera całościowego i wyczerpującego omówienia, jakie zmiany w polskim porządku prawnym wywoła Dyrektywa DAC7. Zwrócono w nim uwagę jedynie na wybrane zagadnienia, skupiając się przede wszystkim na wskazaniu najistotniejszych postanowień odnoszących się do operatorów platform, jakie wynikają z projektowanej ustawy wdrożeniowej.

Pozytywnie należy ocenić cele dyrektywy – uszczelnienie i przejrzystość podatkowa są niewątpliwie istotnym i potrzebnym kierunkiem zmian. Z pewnością jednak negatywnie należy ocenić zwiększenie obowiązków podatkowych podatników w trakcie roku podatkowego (obejmujące na dodatek informacje od początku tego roku podatkowego). Pewne wątpliwości może budzić również wysokość przewidzianych kar.

Wskazane powyżej dylematy, pojawiające się w kontekście projektowanej ustawy wdrożeniowej, nie wyczerpują zapewne ich katalogu. Sygnalizują jednak wyraźnie ich istnienie. Należy wyrazić oczekiwanie, że finalny tekst ustawy uwzględni te wątpliwości i w konsekwencji doprowadzi do osiągnięcia zakładanych przez Dyrektywę DAC7 celów.

BIBLIOGRAFIA

- Adamczyk J., Społeczna odpowiedzialność przedsiębiorstw, Warszawa 2009.
- Banasiński C., Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym, Warszawa 2015.
- Biernat S., Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda, „Przegląd Prawa Handlowego” 1994, nr 9.
- Dyrektywa Rady (UE) 2021/514 z dnia 22 marca 2021 r. zmieniająca dyrektywę 2011/16/UE w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie opodatkowania (Dz. Urz. UE L 64 z 11 marca 2011 r., s. 1).
- Dyrektywa Rady (UE) 2011/16 z dnia 15 lutego 2011 r. w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie opodatkowania i uchylająca dyrektywę 77/799/EWG (Dz. Urz. UE L 64 z 11 marca 2011 r., s. 1, z późn. zm.).
- Grabowski J., Kieres L., Walaszek-Pyziół A. (red.), Publiczne prawo gospodarcze, t. 8b, Warszawa 2013.
- Horubski K., Wolność prowadzenia działalności gospodarczej w świetle art. 16 Karty praw podstawowych – wybrane problemy, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, nr 114.
- Karta Praw Podstawowych (Dz. Urz. UE C 326 z 26 października 2012 r., s. 391).
- Kieres L., Kierunki rozwoju regulacji publicznego prawa gospodarczego, (w:) J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska (red.), 25 lat fundamentów wolności działalności gospodarczej: tendencje rozwojowe, Katowice 2013.
- Kieres L., Wolność działalności gospodarczej, (w:) System Prawa Administracyjnego, t. 8a: J. Grabowski i in., Publiczne prawo gospodarcze, Warszawa 2013.

- Kosikowski C., *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2010.
- Kosikowski C., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Kosikowski C., *Wolność działalności gospodarczej i jej ograniczenia w praktyce stosowania Konstytucji RP*, (w:) C. Kosikowski (red.), *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania Konstytucji*, Warszawa 2005.
- Kosikowski C., *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995.
- Krajowe środki transpozycji według państw członkowskich: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/NIM/?uri=CELEX:32021L0514>
- Miąsik D., (w:) A. Wróbel (red.), *Karta praw podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Opinia Polski dotycząca możliwego wpływu projektu dyrektywy COM (2020) 314 – DAC7 na Jednolity Rynek Cyfrowy, <https://www.gov.pl/web/finanse/opinia-polski-ws-dac7>.
- Paliwoda-Matiolańska A., *Odpowiedzialność społeczna w procesie zarządzania przedsiębiorstwem*, Warszawa 2009.
- Projekt ustawy o zmianie ustawy o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami oraz niektórych innych ustaw (druk nr UC136).
- Sitek B.W., Sitek J.M., *Ograniczenia jawności działań administracji publicznej ze względu na prywatność jednostki*, „Journal of Modern Science” 2022, vol. 48, nr 1.
- Stanowisko ZPP w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami oraz niektórych innych ustaw (UC136), <https://zpp.net.pl/wp-content/uploads/2023/03/06.03.2023-Stanowisko-ZPP-w-sprawie-projektu-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-wymianie-informacji-podatkowych-z-innymi-panstwami-oraz-niektorych-innych-ustaw-UC136.pdf>
- Strzyczkowski K., *Kilka uwag o obiektywizacji gospodarczych praw podstawowych*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2018, nr 3833.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009.
- Szydło M., *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz–Wrocław 2011.
- Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2022 r. poz. 859 ze zm.).
- Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz.U. z 2022 r. poz. 813 ze zm.).
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2021 r. poz. 1540 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy (Dz.U. z 2022 r. poz. 541).
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.).
- Ustawa z dnia 9 marca 2017 r. o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami (Dz. U. z 2021 r. poz. 626 ze zm.).
- Ustawa z dnia 9 października 2015 r. o wykonywaniu Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki w sprawie poprawy wypełniania międzynarodowych obowiązków podatkowych oraz wdrożenia ustawodawstwa FAT CA (Dz.U. z 2015 r. poz. 1712).

Walaszek-Pyziół A., Swoboda działalności gospodarczej, Kraków 1994.

Waligórski M., Nowe prawo działalności gospodarczej, Poznań 2001.

Wojtyczek K., Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP, Kraków 1999.

Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 14 grudnia 2011 r., T-52/09, *Nycomed Danmark ApS przeciwko Europejskiej Agencji Leków (EMA)*, Zbiór Orzeczeń 2011, s. II-08133.

Elżbieta Karska

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska

e.karska@uksw.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5263-9127>

Vita Czepek

Uniwersytet Warszawski, Polska

v.czepek@wpia.uw.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9372-1784>

Prawa korporacji transnarodowych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego

The Rights of Transnational Corporations under International Humanitarian Law

Abstract: For several decades, transnational (multinational) corporations have been considered significant actors in international relations. It is also an undeniable fact that transnational corporations are economically stronger than many states. They are also increasingly present in situations of armed conflict. On one hand, companies operating in unstable environments are exposed to the violence and consequences of armed conflicts. On the other hand, some of their actions during armed conflicts may lead to violations, particularly of international human rights law. In this paper, however, the authors would like to focus more on the status of the protection of transnational corporations under international humanitarian law. It is possible to put forward the thesis that transnational corporations, having met certain requirements, can enjoy protection under international humanitarian law. Verification of this research thesis requires analysis of issues such as the relationship between international human rights law and international humanitarian law. It also requires the analysis of the legal basis on which the rights of transnational corporations may be founded and their scope.

Keywords: armed conflicts, international humanitarian law, transnational corporations

Słowa kluczowe: konflikty zbrojne, międzynarodowe prawo humanitarne, korporacje transnarodowe

Wprowadzenie

Od kilku dziesięcioleci korporacje transnarodowe (przedsiębiorstwa wielonarodowe) są zaliczane do jednych z najbardziej znaczących podmiotów stosunków mię-

dzynarodowych. Niezaprzecalnym faktem jest także to, że korporacje transnarodowe pod względem ekonomicznym są silniejsze od gospodarek wielu państw. Są one również coraz częściej obecne w sytuacjach konfliktów zbrojnych. Z jednej strony spółki działające w niestabilnych środowiskach mogą być narażone na przemoc i konsekwencje konfliktów zbrojnych, z drugiej – niektóre z ich działań w konflikcie zbrojnym prowadzą do naruszenia prawa, w szczególności międzynarodowego prawa praw człowieka. Rzeczywiście, naruszenia te często mają charakter bardzo poważny i mogą dotyczyć m.in. prawa do życia, zakazu pracy przymusowej, eksploatacji ziemi tubylców bez ich zgody. Nie dziwi zatem, iż w większości przypadków dyskusje naukowe dotyczą tego drugiego problemu, czyli odpowiedzialności korporacji transnarodowych.

W niniejszych badaniach autorki w większym stopniu chciałyby się skupić na statusie i ochronie korporacji transnarodowych w świetle przepisów międzynarodowego prawa humanitarnego. Ostatnie lata pokazują, jak bardzo negatywnie konflikty zbrojne mogą wpływać na sytuację przedsiębiorstw. Najbardziej dotkliwą w skutkach zarówno dla przedsiębiorstw, jak i dla całej gospodarki światowej jest agresja Rosji wobec Ukrainy. Dla przykładu, w kwietniu 2023 r. straty wynikające z uszkodzeń infrastruktury i aktywów przedsiębiorstw szacowano odpowiednio na 36,2 mld USD i 11,4 mld USD¹.

Celem badań nie będzie ocena wpływu konfliktu zbrojnego na warunki funkcjonowania przedsiębiorstw pod względem ekonomicznym, a skupienie się na prawach tych przedsiębiorstw, które gwarantuje im prawo humanitarne. Na tym tle można postawić tezę, że korporacje transnarodowe, po spełnieniu określonych wymogów, mogą korzystać z ochrony w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego. Zweryfikowanie tego założenia badawczego wymaga analizy takich zagadnień, jak relacja prawa międzynarodowego praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego, w czym bardzo pomocna okazała się metoda komparatystyczna. Przeprowadzenie tych badań wymaga też analizy podstaw prawnych, z których mogą wynikać prawa dla korporacji transnarodowych oraz ich zakres. Zastosowanie znalazła tu zatem metoda dogmatyczno-prawna.

1. Korporacje transnarodowe, konflikty zbrojne i międzynarodowe prawo humanitarne

Na potrzeby badań należy wykorzystać szeroką definicję korporacji transnarodowych przyjętą w Wytycznych OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych dotyczą-

1 Zob. В. Голомб, В. Оглобліна, Підприємницька діяльність в Україні під час війни: особливості та проблеми, „Інфраструктура Ринку” 2023, Випуск 72, s. 66–71; E. Kuźelewska, A. Piekutowska, Economic Refugees: An Analysis of the Phenomenon in the Context of the EU Migration Crisis, (w:) E. Kuźelewska, A. Weatherburn, D. Kloza (red.), Irregular Migration as a Challenge for Democracy, „Intersentia” 2018, s. 125–137.

cych odpowiedzialnego prowadzenia działalności biznesowej. W świetle Wytycznych przez korporacje transnarodowe należy rozumieć „spółki lub inne podmioty mające siedzibę w więcej niż jednym kraju i powiązane ze sobą w sposób umożliwiający im koordynację działań. Chociaż jedna lub więcej jednostek może mieć istotny wpływ na działanie innych, stopień autonomii poszczególnych jednostek w obrębie przedsiębiorstwa może być różny dla różnych przedsiębiorstw wielonarodowych. Mogą one stanowić własność prywatną, państwową lub mieszaną²”.

Warto zaznaczyć, że pozycja korporacji transnarodowych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego będzie się różniła od tej w świetle międzynarodowego prawa praw człowieka³. Jak już zauważono we wcześniejszych badaniach: „W kontekście rozważań o korporacjach transnarodowych i ich pozycji w ramach międzynarodowych zobowiązań w dziedzinie praw człowieka tradycyjnie postrzega się te podmioty jako naruszające prawa człowieka, a w konsekwencji podmioty zobowiązane. Są jednak i takie sytuacje prawne, w których osoba prawna, w tym także korporacja, sama potrzebuje ochrony⁴. Oznacza to, że w normatywnej koncepcji ochrony praw człowieka opartej na pięcioelementowej konstrukcji, a mianowicie godności jako fundamencie oraz podmiocie uprawnionym, zobowiązanym, treści zobowiązania, a także roszczeniu, korporacje transnarodowe mogą występować zarówno w postaci podmiotu zobowiązanego, jak i podmiotu chronionego. Obecnie w doktrynie prawa międzynarodowego raczej nie ma wątpliwości, że korporacje transnarodowe jako osoby prawne są chronione w świetle prawa międzynarodowego praw człowieka. Przysługują im m.in. takie prawa, jak prawo do rzetelnego procesu sądowego, wolność wypowiedzi czy ochrona własności. Co więcej, w przypadku naruszenia tych praw korporacje są uprawnione do składania skarg do organów międzynarodowych. Najbardziej znaną w tym zakresie jest praktyka Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który już od dziesięcioleci zajmuje się skargami osób prawnych⁵.

2 OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, OECD Publishing, Paris 2023; zob. także: K. Karski, Korporacje transnarodowe, (w:) B. Hołyst, R. Hauser (red.), Wielka encyklopedia prawa, t. IV: J. Symonides, D. Pyć (red.), Międzynarodowe prawo publiczne, Warszawa 2014, s. 203–204. Na temat relacji między międzynarodowym prawem humanitarnym a prawem międzynarodowym praw człowieka zob. np. K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski, International Human Rights Law, Warszawa 2023, s. 263–276.

3 A. Mężykowska, Prawa i odpowiedzialność korporacji transnarodowych w świetle międzynarodowego prawa praw człowieka, (w:) J. Menkes, T. Gardocka (red.), Korporacje transnarodowe: Jeden temat, różne spojrzenia, Warszawa 2010, s. 233–249.

4 E. Karska, Prawa człowieka wobec biznesu i korporacji transnarodowych – wzajemne relacje a nowe tendencje w świetle prawa międzynarodowego, (w:) A. Kozłowski (red.), Rządy prawa jako wartość uniwersalna. Księga jubileuszowa Profesora Krzysztofa Wójtowicza, Wrocław 2022, s. 340.

5 K. Karski, B. Ziemblicki, Commercial Companies as Applicants before the European Court of Human Rights, „International Community Law Review” 2021, vol. 23, nr 5, s. 503–525.

Warto jednak pamiętać, że przysługujące osobom fizycznym i prawnym prawa wynikają z umów międzynarodowych zawieranych przez państwa⁶. Same korporacje transnarodowe nie są stronami takich umów, które gwarantowałyby im określone prawa lub nakładały na nie pewne obowiązki w zakresie ochrony praw człowieka⁷. Raczej mało prawdopodobne jest, aby ta sytuacja się zmieniła. Do tej pory działania podejmowane w ramach Międzynarodowej Organizacji Pracy, Rady Europy, Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie czy Rady Praw Człowieka ONZ skutkowały jedynie przyjęciem niewiążących instrumentów prawnych w zakresie odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka⁸.

Inaczej sytuacja wygląda w przypadku międzynarodowego prawa humanitarnego. W pewnych okolicznościach międzynarodowe prawo humanitarne będzie wiążące dla personelu prywatnych przedsiębiorstw, tak jak jest wiążące dla państw, zorganizowanych grup zbrojnych i żołnierzy. Międzynarodowe prawo humanitarne jest wiążące dla każdego, kogo działalność jest ściśle związana z konfliktem zbrojnym⁹.

Chociaż prawo międzynarodowe praw człowieka i międzynarodowe prawo humanitarne są uzupełniającymi się działami prawa międzynarodowego, które łączy wiele wspólnych podstawowych celów, takich jak ochrona życia, zdrowia i godności, to jednak mają też wiele różnic, o których warto pamiętać w przypadku oceny praw i obowiązków korporacji transnarodowych.

Przede wszystkim należy podkreślić, że międzynarodowe prawo humanitarne jest zbiorem przepisów mających zastosowanie podczas konfliktu zbrojnego i okupacji wojskowej, podczas gdy prawo praw człowieka ma zastosowanie zarówno w czasach pokoju, jak i konfliktu zbrojnego. W tym drugim przypadku prawo praw człowieka nadal powinno być stosowane w celu uzupełnienia i wzmocnienia ochrony przyznanej przez międzynarodowe prawo humanitarne. Niemniej jednak pozostaje ono zbiorem przepisów prawa specjalnie zaprojektowanym do stosowania w czasie

6 Zob. szerzej: J. Czepek, Zobowiązania pozytywne państwa w sferze praw człowieka pierwszej generacji na tle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Olsztyn 2014, s. 30–50.

7 Przykładem umowy międzynarodowej regulującej sytuację korporacji transnarodowych jest Konwencja o korporacjach transnarodowych z dnia 6 marca 1998 r., zawarta w ramach Wspólnoty Niepodległych Państw.

8 Zob. M. Tignino, Corporate human rights due diligence and liability in armed conflicts: The role of the ILC Draft Principles on the protection of the environment and the Draft Treaty on business and human rights: Questions of International Law (July 31, 2021), <https://ssrn.com/abstract=4083780> (31.03.2023); O. Blažo, M. Patakyová, International Responsibility of Business for Violation of Human Rights – Customers Perspective, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, z. 24, nr 2, s. 101–120.

9 J. Kolieb, F. Kurnadi, Doing Responsible Business in Armed Conflicts: Risks, Rights and Responsibilities (June 15, 2020), Australian Red Cross and RMIT University, s. 7, <https://www.redcross.org.au/globalassets/cms-assets/documents/ihl--no-ihl/doing-responsible-business-in-armed-conflict-final-publication-web.pdf> (31.03.2023).

konfliktu zbrojnego. Co więcej, w przypadkach, w których oba reżimy prawne regulują daną kwestię i występuje konflikt norm, pierwszeństwo ma międzynarodowe prawo humanitarne, a prawa człowieka będą interpretowane zgodnie ze standardami międzynarodowego prawa humanitarnego. Na przykład, podczas działań wojennych prawo do życia żołnierza musi być interpretowane w świetle zasad międzynarodowego prawa humanitarnego, zezwalających na ataki na kombatantów. Ponadto, o ile w pewnych sytuacjach prawo praw człowieka pozwala na derogację określonych praw, o tyle derogacja taka nie jest dozwolona w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego¹⁰.

Po drugie, jak już było wcześniej wspomniane, międzynarodowe prawo humanitarne ma zastosowanie podczas konfliktów zbrojnych, czyli zarówno o charakterze międzynarodowym, jak i niemiędzynarodowym. Nie odnosi się jednak do sytuacji wewnętrznych niepokojów i napięć. Te ostatnie są regulowane przepisami z zakresu prawa praw człowieka i prawa krajowego. Wzmianka o podziale na konflikty zbrojne międzynarodowe i niemiędzynarodowe jest istotna, gdyż pierwsza kategoria jest objęta szerokim zakresem zasad traktatowych międzynarodowego prawa humanitarnego, przede wszystkim wynikających z konwencji genewskich z 1949 r. oraz I Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r., dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (dalej: PD I)¹¹. Druga jest regulowana przez bardziej ograniczony zestaw zasad traktatowych, do których zalicza się głównie artykuł 3, wspólny dla czterech konwencji genewskich z 1949 r.¹², oraz II Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (dalej: PD II)¹³. W obu przypadkach przepisy prawa pozytywnego mogą być uzupełniane normami prawa zwyczajowego.

2. Ochrona korporacji transnarodowych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego

Jedną z podstawowych zasad międzynarodowego prawa humanitarnego stanowi zasada rozróżnienia, zgodnie z którą zawsze należy dokonywać rozróżnienia między celami wojskowymi a ludnością cywilną. Oznacza to rozróżnienie między kombatantami i legalnymi celami z jednej strony a cywilami oraz mieniem i obiektami cywilnymi z drugiej¹⁴. Warto jeszcze raz podkreślić, że międzynarodowe prawo hu-

10 Q&A: International Humanitarian Law and Business, „International Review of the Red Cross” 2012, vol. 94, nr 887, s. 1126.

11 1125 UNTS 3.

12 75 UNTS 31, 75 UNTS 85, 75 UNTS 135, 75 UNTS 287.

13 1125 UNTS 609.

14 Art. 48 i 52 pkt 2 I Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich.

manitarne ma zastosowanie do działań związanych z konfliktem zbrojnym, więc jeśli działania przedsiębiorstwa nie wiążą się z działaniami wojennymi, ale są prywatnymi działaniami gospodarczymi, międzynarodowe prawo humanitarne nie będzie miało do nich zastosowania. W takim przypadku właściwym pozostanie prawo międzynarodowe praw człowieka i prawo krajowe¹⁵. Międzynarodowe prawo humanitarne będzie natomiast wiążące dla każdego, kogo działalność jest ściśle związana z konfliktem zbrojnym¹⁶.

Jedno z najbardziej bezpośrednich zagrożeń dla przedsiębiorstw działających w strefach konfliktu stanowią działania wojskowe mające wpływ na ich pracowników lub aktywa. Międzynarodowe prawo humanitarne surowo zabrania celowych ataków na ludność cywilną i obiekty cywilne¹⁷, a także ataków masowych, tj. ataków, które nie odróżniają celów wojskowych od osób lub obiektów cywilnych¹⁸. Personel przedsiębiorstwa – niezależnie od tego, czy jest to personel lokalny lub zagraniczny, czy też kontrahenci – wykonujący swoje zwykłe czynności biznesowe, jest zasadniczo uważany za osoby cywilne, a zatem korzysta z ochrony przed umyślnymi i masowymi atakami. Niemniej jednak międzynarodowe prawo humanitarne stanowi, że osoby cywilne, które bezpośrednio uczestniczą w działaniach wojennych, tracą ochronę przed atakiem na czas wykonywania tych działań. Nie zawsze jednak łatwo jest określić, co oznacza „bezpośredni udział w działaniach wojennych”. Takiej definicji nie zawierają traktaty z zakresu międzynarodowego prawa humanitarne. Nie ma też jasnej interpretacji tego pojęcia w praktyce państw czy orzecznictwie międzynarodowym. Pojęcie bezpośredniego udziału w działaniach wojennych powinno się zatem interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście oraz w świetle przedmiotu i celu

15 Q&A: International..., *op. cit.*, s. 1127.

16 Klasycznym już przykładem podmiotów gospodarczych, które mogą wprost uczestniczyć w prowadzeniu działań wojskowych, są prywatne przedsiębiorstwa wojskowe i ochrony (PMSCs) oraz prywatne przedsiębiorstwa wojskowe (PMCs). Na temat takich podmiotów zob. np. Monitoring the phenomenon of mercenaries, mercenary-related activities and the activities of private military and security companies and their impact on human rights, Report of the United Nations Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination (Patricia Arias, Elżbieta Karska, Anton Katz, Saeed Mokbil, Gabor Rona) to the 72nd Session of the United Nations General Assembly. UN Doc. A/72/286 (2017); zob. także: E. Karska, Gaps in International Human Rights and Humanitarian Law in Relation to Accountability Involving Private Military and Security Companies, Polish „Review of International and European Law” 2013, vol. 2, nr 2, s. 61–79; E. Karska, Prywatne przedsiębiorstwa wojskowe i ochrony, (w:) B. Hołyst, R. Hauser (red.), Wielka encyklopedia prawa, t. IV: J. Symonides, D. Pyć (red.), Międzynarodowe prawo publiczne, Warszawa 2014, s. 404–405; E. Karska, K. Karski, Introduction: The Use of Private Military and Security Companies by the United Nations, „International Community Law Review” 2014, vol. 16, nr 4, s. 399–404.

17 Art. 48 I Protokołu dodatkowego, art. 13 II Protokołu dodatkowego.

18 Art. 51 pkt 4–5 I Protokołu dodatkowego.

międzynarodowego prawa humanitarnego¹⁹. Zasady te zastosował MKCK, przyjmując „Wytyczne dotyczące interpretacji pojęcia bezpośredniego udziału w działaniach wojennych” (dalej: Wytyczne MKCK). Co prawda, Wytyczne MKCK, zaliczane do kategorii *soft law*, były krytykowane w doktrynie prawa międzynarodowego²⁰, niemniej jednak, chociażby ze względu na rolę MKCK, nie sposób nie wspomnieć o tym dokumencie. W świetle Wytycznych MKCK pojęcie bezpośredniego udziału w działaniach wojennych zostało zdefiniowane jako konkretne działania podejmowane przez jednostki w ramach prowadzenia działań wojennych między stronami konfliktu zbrojnego. W dalszej ich części podkreślono, że poza zakresem czasowym należy uwzględniać aspekt materialny. Chodzi o trzy przesłanki, które powinny zaistnieć jednocześnie, a mianowicie: 1) osoba musi zaangażować się w działanie, które osiąga pewien próg szkody; 2) musi istnieć bezpośredni związek przyczynowy między działaniem a wyrządzoną szkodą; oraz 3) działanie musi być precyzyjnie zaplanowane, aby bezpośrednio wyrządzić szkodę poprzez wspieranie strony konfliktu albo poprzez działanie na szkodę i principle nnej strony²¹.

Obiekty i aktywa przedsiębiorstw są również chronione przed celowymi i masowymi atakami, chyba że własność firmy jest wykorzystywana do celów wojskowych. W takim przypadku mogą stać się one celem wojskowym, który może zostać legalnie zaatakowany w strefie konfliktu przez jego strony. Na przykład zakłady produkcyjne firmy, wytwarzające broń lub amunicję używaną przez lokalną grupę zbrojną podczas konfliktu, pojazdy przewożące paliwo do strony konfliktu w celu wykorzystania go w operacjach wojskowych, będą stanowiły legalne cele. Aby aktywa przedsiębiorstwa mogły stać się celami wojskowymi, zasoby te muszą być wykorzystywane w sposób, który skutecznie przyczynia się do prowadzenia działań wojskowych²².

W razie wątpliwości w międzynarodowym prawie humanitarnym istnieje domniemanie, zgodnie z którym dobra normalnie przeznaczone do użytku cywilnego, takie jak miejsce kultu religijnego, dom, inne pomieszczenia mieszkalne lub szkoła, nie są używane w celu wniesienia rzeczywistego wkładu do działania wojskowego²³. Można go zastosować do własności korporacji transnarodowych, takich jak fabryki,

19 Art. 31 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z dnia 23 maja 1969 r. (1155 UNTS 331).

20 Zob. R. Mignot-Mahdavi, Rethinking direct participation in hostilities and continuous combat function in light of targeting members of terrorist non-State armed groups, „International Review of the Red Cross” 2023, nr 923, s. 1028–1046; W. J. Fenrick, ICRC interpretive guidance on direct participation in hostilities, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2009, vol. 12, s. 287–288; Report of the United Nations Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston: Addendum: Study on targeted killings, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6 (2010), par. 65–66.

21 ICRC, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, Nils Melzer (opr.), Geneva, May 2009, s. 16–17, <https://www.refworld.org/docid/4a670dec2.html> (31.03.2023).

22 J. Kolieb, F. Kurnadi, Doing..., *op. cit.*, s. 27–28.

23 Art. 52 pkt 2 I Protokołu dodatkowego.

biura, pojazdy lub ziemia, pod warunkiem że nie są one wykorzystywane do działań wojskowych.

Warto też zaznaczyć, że strony konfliktu powinny przestrzegać zasady proporcjonalności, zgodnie z którą cele wojskowe nie mogą być atakowane, gdy prawdopodobne konsekwencje dla ludności cywilnej i obiektów cywilnych są nadmierne. Na przykład, użycie pocisku w celu zabicia jednego żołnierza w zatłoczonym centrum handlowym byłoby prawdopodobnie zabronione²⁴.

Inne ryzyko, na jakie narażone są przedsiębiorstwa w czasie konfliktu zbrojnego, stanowi sprzeniewierzenie lub grabież aktywów i inwestycji. W świetle międzynarodowego prawa humanitarnego własność prywatna jest chroniona. Majątek i inwestycje firm podlegają zatem ochronie, podobnie jak wszelkie prywatne mieszkania ich personelu. Zajęcie własności przedsiębiorstwa jest możliwe tylko w ograniczonych okolicznościach i pod warunkiem, że po zakończeniu konfliktu zbrojnego zostanie ona zwrócona, a odszkodowanie wypłacone. Poza tym ograniczeniem bezprawne zajęcie majątku przedsiębiorstwa podczas konfliktu zbrojnego stanowi grabież, która jest zbrodnią wojenną²⁵.

Bezpośredni atak nie jest bynajmniej jedynym zagrożeniem dla personelu przedsiębiorstw działających w strefach konfliktu. Osoby te, zarówno pracownicy lokalni, jak i zagraniczni, mogą być narażone na wiele innych poważnych zagrożeń dla ich integralności fizycznej w wyniku konfliktu zbrojnego. W świetle międzynarodowego prawa humanitarnego jako osoby cywilne pracownicy przedsiębiorstw korzystają z ochrony prawnej przed przemocą wobec ich życia, zdrowia oraz dobrostanu fizycznego lub psychicznego. W szczególności zabójstwo, tortury w formie psychicznej lub fizycznej, kary cielesne, gwałty i okaleczenia są surowo zabronione. Ani pracownicy zagraniczni, ani lokalni nie mogą być brani jako zakładnicy przez strony konfliktu zbrojnego²⁶.

Warto też zaznaczyć, że w przypadku naruszenia praw wynikających z międzynarodowego prawa humanitarnego, które kwalifikują się jako zbrodnie międzynarodowe, korporacjom transnarodowym przysługuje możliwość złożenia skargi (informacji) do Międzynarodowego Trybunału Karnego (dalej: MTK). Oczywiście to nie one będą formalnie inicjować postępowanie przed tym sądem międzynarodowym. Mają jednak prawo do zwrócenia w tym zakresie uwagi Prokuratora MTK na potencjalne naruszenie międzynarodowego prawa humanitarnego, które może być kwalifikowane jako zbrodnia podlegająca jurysdykcji MTK. W odróżnieniu od trybunałów *od hoc* w ramach MTK ofiarę zdefiniowano jako osobę fizyczną oraz organizację lub instytucję. Zgodnie z regułą 85 Reguł Procesowych i Dowodo-

24 J. Kolieb, F. Kurnadi, Doing..., *op. cit.*, s. 28.

25 *Ibidem*, s. 27.

26 Art. 3 wspólny dla czterech konwencji genewskich z 1949 r.; art. 34 IV konwencji genewskiej z 1949 r.; art. 75 pkt 2 lit. c I Protokołu dodatkowego; art. 4 pkt 2 lit. c II Protokołu dodatkowego.

wych MTK ofiarami mogą być „organizacje lub instytucje, które doznały bezpośredniego uszczerbku na swojej własności przeznaczonej na cele religijne, edukacyjne, artystyczne, naukowe lub charytatywne, a także na zabytkach, szpitalach oraz innych miejscach i obiektach służących celom humanitarnym”²⁷. Oznacza to, że pojęcie „ofiary”, oprócz osób fizycznych (pokrzywdzonych bezpośrednio i pośrednio)²⁸, obejmuje także osoby prawne (pokrzywdzone bezpośrednio)²⁹. Niezaprzeczalny jest fakt, że w postępowaniu przed MTK w postaci ofiary zdecydowanie częściej występują osoby fizyczne aniżeli prawne. Niemniej jednak w niektórych sprawach, jak chociażby w sprawie Al-Mahdiego, gdzie w fazie postępowania głównego z ośmiu ofiar sześć stanowiły organizacje, należy uznać, że udział osób prawnych jest bardzo istotny³⁰. Na podstawie decyzji MTK nie jest możliwe ustalenie, jakim konkretnym organizacjom lub instytucjom przyznano status ofiary. Nie wydaje się jednak, aby to były korporacje transnarodowe lub innego rodzaju przedsiębiorstwa. Ze względu na ograniczenia przedmiotowe, o których mowa w regule 85 lit. b Reguł Procesowych i Dowodowych MTK, nie każda szkoda poniesiona przez korporację transnarodową kwalifikowałaby ją do uzyskania statusu ofiary przed Trybunałem. Można jednak założyć, że również tego typu przypadki, biorąc m.in. pod uwagę aktywność takich podmiotów w sferze naukowo-badawczej oraz w ramach tzw. społecznej odpowiedzialności biznesu, mogą mieć miejsce³¹. Z całą pewnością dużej części społeczności międzynarodowej zależałoby bardziej na tym, aby korporacje transnarodowe mogły stać przed MTK w roli oskarżonego. Co prawda próby takie podjęto przy przyjmowaniu statutu MTK, ostatecznie jednak propozycja zapewnienia Trybunałowi jurysdykcji do sądenia także osób prawnych za przestępstwa wymienione w Statucie nie uzyskała wówczas wystarczającego poparcia³².

27 Reguła 85 lit. b Reguł Procesowych i Dowodowych MTK, <https://www.icc-cpi.int/resource-library/core-legal-texts> (31.03.2023).

28 *Ibidem*, Reguła 85 lit. a: „«Ofiary» oznaczają osoby fizyczne, które poniosły szkodę w wyniku popełnienia przestępstwa podlegającego jurysdykcji Trybunału”.

29 P. Gacka, Status ofiary zbrodni w międzynarodowym prawie karnym, Warszawa 2023, rozprawa doktorska napisana pod opieką naukową prof. dra hab. K. Karskiego i obroniona na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego 29 marca 2023 r. (praca niepublikowana, Repozytorium UW, poz. 4499, <https://depotuw.ceon.pl/handle/item/4499>).

30 The Case of the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Second Decision on Victim Participation at Trial ICC-01/12-01/15, Zob.: V. Czepek, E. Karska, The scope and importance of cooperation between UNESCO and the ICC for the protection of cultural property, „Studia Iuridica” 2022, t. 95, s. 74–95.

31 Na temat tzw. społecznej odpowiedzialności biznesu zob. R. Mullerat, International Corporate Social Responsibility: The Role of Corporations in the Economic Order of the 21st Century, *Alphen aan der Rijn-Frederick* 2010, s. 1–9 i 277–285.

32 Standard norymberski przewiduje jednak możliwość stawiania w stan oskarżenia instytucji i osób prawnych. Pokazuje to, iż także w przyszłości możliwe jest tworzenie takich trybunałów, np. o charakterze *ad hoc*; K. Karski, Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych na podstawie przepisów międzynarodowego prawa karnego (uwagi de lege lata i de lege ferenda), (w:) J. Menkes

Ponadto, zgodnie z art. 75 Rzymskiego Statutu MTK³³ ofiarom zbrodni międzynarodowych mogą zostać przyznane reparacje. Trybunał może wydać zarządzenie bezpośrednio wobec skazanego, w którym określa odpowiedni sposób naprawienia szkody pokrzywdzonym, lub w stosownych wypadkach zarządzić przekazanie świadczenia odszkodowawczego za pośrednictwem Funduszu Powierniczego, powołanego na mocy decyzji Zgromadzenia Państw-Stron. Jeżeli zatem w trakcie postępowania Trybunał uzna korporacje transnarodowe za ofiary, to również na późniejszym etapie postępowania będą one mogły skorzystać z prawa do reparacji³⁴.

Wnioski

W świetle międzynarodowego prawa humanitarnego korporacje transnarodowe mogą być chronione na zasadach podobnych jak ludność i obiekty cywilne. Będą one jednak korzystały z takiej ochrony pod jednym warunkiem – braku bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych. Korporacje transnarodowe powinny być świadome, że przez czas trwania takiego uczestnictwa personel firmy i jej nieruchomości będą traktowane jako legalne cele wojskowe. Podmioty te, jak wszystkie inne, utracą ochronę, gdy zaangażują się w działanie, które osiąga pewien próg szkody, zaistnieje bezpośredni związek przyczynowy między działaniem a wyrządzoną szkodą, a działanie to jest precyzyjnie zaplanowane, aby bezpośrednio wyrządzić szkodę poprzez wspieranie strony konfliktu albo poprzez działanie na szkodę innej strony.

W świetle przepisów międzynarodowego prawa humanitarnego majątek korporacji transnarodowych, podobnie jak inne obiekty cywilne, powinien być chroniony przed atakiem, grabieżą lub konfiskatą, a pracownicy takich firm, podobnie jako ludność cywilna, powinni być chronieni przed przemocą wobec ich życia lub zdrowia. Ochrona ta powinna być realizowana z poszanowaniem zasad rozróżnienia i proporcjonalności.

W przypadku naruszenia praw korporacji transnarodowych wynikających z międzynarodowego prawa humanitarnego, które kwalifikują się jako zbrodnie międzynarodowe, przedsiębiorstwa te mogą skorzystać z możliwości złożenia skargi (informacji) do MTK. Ponadto w razie wydania przez Trybunał wyroku skazującego danego sprawcę za zbrodnię powodującą uszczerbek dla ofiar mogą one skorzystać z prawa do reparacji.

(red.), Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa Profesor Renaty Szafarz, Warszawa 2007, s. 227–257.

33 2187 UNTS 3.

34 Osoba prawna, w tym przedsiębiorstwo międzynarodowe, może otrzymać przed międzynarodowym trybunałem karnym również status *amicus curiae*. W tej roli wyobrażamy sobie zasadniczo organizacje pozarządowe, zajmujące się ochroną praw człowieka. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie, by status ten był przyznany także korporacji transnarodowej; K. Karski, Osoba prawna prawa wewnętrznego jako podmiot prawa międzynarodowego, Warszawa 2009, s. 262–263.

BIBLIOGRAFIA

- Blažo O., Patakyová M., International Responsibility of Business for Violation of Human Rights – Customers Perspective, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, z. 24, nr 2.
- Czepek J., Zobowiązania pozytywne państwa w sferze praw człowieka pierwszej generacji na tle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Olsztyn 2014.
- Czepek V., Karska E., The scope and importance of cooperation between UNESCO and the ICC for the protection of cultural property, „Studia Iuridica” 2022, t. 95.
- Fenrick W.J., ICRC interpretive guidance on direct participation in hostilities, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2009, vol. 12.
- Gacka P., Status ofiary zbrodni w międzynarodowym prawie karnym, Warszawa 2023, rozprawa doktorska napisana pod opieką naukową prof. dra hab. K. Karskiego i obroniona na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego 29 marca 2023 r. (praca niepublikowana, Repozytorium UW, poz. 4499, <https://depotuw.ceon.pl/handle/item/4499>).
- Голомб В., Оглобліна В., Підприємницька діяльність в Україні під час війни: особливості та проблеми, „Інфраструктура Ринку” 2023, Випуск 72.
- Karska E., Gaps in International Human Rights and Humanitarian Law in Relation to Accountability Involving Private Military and Security Companies, „Polish Review of International and European Law” 2013, vol. 2, nr 2, s. 61–79.
- Karska E., Prawa człowieka wobec biznesu i korporacji transnarodowych – wzajemne relacje a nowe tendencje w świetle prawa międzynarodowego, (w:) A. Kozłowski (red.), Rządy prawa jako wartość uniwersalna. Księga jubileuszowa Profesora Krzysztofa Wójtowicza, Wrocław 2022.
- Karska E., Prywatne przedsiębiorstwa wojskowe i ochrony, (w:) B. Hołyst, R. Hauser (red.), Wielka encyklopedia prawa, t. IV: J. Symonides, D. Pyć (red.), Międzynarodowe prawo publiczne, Warszawa 2014.
- Karska E., Karski K., Introduction: The Use of Private Military and Security Companies by the United Nations, „International Community Law Review” 2014, vol. 16, nr 4, s. 399–404.
- Karski K., Korporacje transnarodowe, (w:) B. Hołyst, R. Hauser (red.), Wielka encyklopedia prawa, t. IV: J. Symonides, D. Pyć (red.), Międzynarodowe prawo publiczne, Warszawa 2014.
- Karski K., Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych na podstawie przepisów międzynarodowego prawa karnego (uwagi de lege lata i de lege ferenda), (w:) J. Menkes (red.), Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa Profesor Renaty Szafarz, Warszawa 2007.
- Karski K., Osoba prawna prawa wewnętrznego jako podmiot prawa międzynarodowego, Warszawa 2009.
- Karski K., Ziemblicki B., Commercial Companies as Applicants before the European Court of Human Rights, „International Community Law Review” 2021, vol. 23, nr 5.
- Kolieb J., Kurnadi F., Doing Responsible Business in Armed Conflicts: Risks, Rights and Responsibilities (June 15, 2020), Australian Red Cross and RMIT University, <https://www.redcross.org.au/globalassets/cms-assets/documents/ihl--no-ihl/doing-responsible-business-in-armed-conflict-final-publication-web.pdf>.

- E. Kuźelewska, A. Piekutowska, *Economic Refugees: An Analysis of the Phenomenon in the Context of the EU Migration Crisis*, (w:) E. Kuźelewska, A. Weatherburn, D. Kloza (red.), *Irregular Migration as a Challenge for Democracy*, Intersentia 2018.
- Mężykowska A., *Prawa i odpowiedzialność korporacji transnarodowych w świetle międzynarodowego prawa praw człowieka*, (w:) J. Menkes, T. Gardocka (red.), *Korporacje transnarodowe: Jeden temat, różne spojrzenia*, Warszawa 2010.
- Mignot-Mahdavi R., *Rethinking direct participation in hostilities and continuous combat function in light of targeting members of terrorist non-State armed groups*, „*International Review of the Red Cross*” 2023, nr 923.
- Mullerat R., *International Corporate Social Responsibility: The Role of Corporations in the Economic Order of the 21st Century*, Alphen aan der Rijn-Frederick 2010.
- Orzeszyna K., Skwarzyński M., Tabaszewski R., *International Human Rights Law*, Warszawa 2023.
- Tignino M., *Corporate human rights due diligence and liability in armed conflicts: The role of the ILC Draft Principles on the protection of the environment and the Draft Treaty on business and human rights: Questions of International Law* (July 31, 2021), <https://ssrn.com/abstract=4083780>.

Pieter Van Cleynenbreugel

University of Liege, Belgium

pieter.vancleynenbreugel@uliege.be

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7388-6883>

The Privilege against Self-Incrimination in EU Competition Law: Time for a Case Law Update?

Abstract: Since 1989, the Court of Justice of the European Union has recognised a privilege against self-incrimination for undertakings subject to public enforcement procedures on the basis of Articles 101 and 102 TFEU. That privilege forms part of the fundamental rights of the defence. Over time, the privilege has been read into Article 6 ECHR and has gained ground in other domains of EU law as well. Against that background, the question arises as to whether the CJEU's original case law in the field of EU competition law needs to be updated. This paper revisits that case law by comparing it with developments in the context of the ECHR and in other domains of EU law. It argues that, in light of those developments, a case law update may indeed prove necessary. However, such an update alone would not sufficiently address the practical difficulties currently surrounding the application of the privilege in practice. For that, more coordinated legislative action would be warranted.

Keywords: ECHR, EU competition law, fundamental rights, public enforcement, self-incrimination

Introduction

The privilege against self-incrimination implies that a suspect of a crime cannot be forced to make statements through which his/her guilt would be admitted. A fundamental right of the defence in national criminal proceedings, it has been recognised in international human rights law as well.¹ However, neither EU law nor the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Free-

1 S. Trechsel, *The Privilege against Self-Incrimination*, (in:) S. Trechsel, S. Summers (eds.), *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2006, p. 341; Article 14, § 3(g) of the International Cov-

doms (ECHR) explicitly mentions the existence of this privilege. The absence of a verbatim reference to it has not impeded its recognition as a defence right by the European Court of Human Rights (ECtHR).² In addition, Article 48, § 2 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union explicitly refers to the fact that respect for the rights of the defence of anyone who has been charged shall be guaranteed. The Court of Justice of the European Union (CJEU) has also confirmed that the privilege against self-incrimination ranks amongst those rights.³

Despite the explicit recognition of the privilege against self-incrimination, its scope of application remains fraught with uncertainty. Moreover, its scope seems to be different in EU competition law compared to other fields of EU law. This paper therefore questions whether the framework as established by the CJEU in 1989 can still be aligned with current requirements of the rights of the defence flowing from Article 48, § 2 of the Charter. To that extent, it first revisits the CJEU's case law on privilege in EU competition law (section 1), prior to questioning whether that case law can still hold (section 3). To answer that question, it is necessary first to analyse the case law on Article 6 ECHR and to determine to what extent it conditions the application of the privilege (section 2). Although a minor modification to the interpretative framework underlying the CJEU's case law appears preferable to make it fully aligned with human rights law, that change alone would not by itself address the many open questions affecting the privilege's scope in public enforcement of competition law. It is nevertheless submitted that even a minor judicially induced shift in the framework underlying the privilege's application could constitute a fruitful starting point for much-needed and more streamlined upgrades to the EU and Member States' public enforcement frameworks which are in place (section 4).

1. The CJEU's recognition of a privilege against self-incrimination in EU competition law

Although no explicit reference has been made to the privilege against self-incrimination, the Court of Justice has recognised it as a fundamental right of the defence. In the context of an investigation in the thermoplastics industry on the basis of Article 101 TFEU, the Orkem undertaking refused to transmit information to the European Commission, despite being forced to do so by means of a Decision.⁴ Some-

enant on Civil and Political Rights, https://treaties.un.org/doc/treaties/1976/03/19760323%2006-17%20am/ch_iv_04.pdf (5.10.23).

2 Judgment of the ECtHR of 25 February 1993 on the case of *Funke v. France*, application no. 10828/84.

3 Judgment of the CJEU of 18 October 1989 on the case of *Orkem v. Commission of the European Communities*, C-374/87.

4 On the basis of Article 11(5), Council Regulation No. 17/62 implementing Articles 85 and 86 of the Treaty (O.J. 13, 21.02.1962, p. 204).

what surprisingly, the CJEU recognised that undertakings are entitled to silence in situations where they are forced to answer questions that would establish their guilt.⁵ At the time, the ECtHR had not yet interpreted Article 6 ECHR as containing a right not to incriminate oneself in criminal proceedings. In addition, most Member States of the time also did not recognise this kind of privilege in punitive administrative procedures.⁶

The CJEU nevertheless also maintained that the Commission would remain entitled 'to compel an undertaking to provide all necessary information concerning such facts as may be known to it and to disclose to it, if necessary, such documents relating thereto as are in its possession, even if the latter may be used to establish, against it or another undertaking, the existence of anti-competitive conduct.'⁷ Far-reaching investigative powers are necessary in order for the Commission to effectively enforce Articles 101 and 102 TFEU.⁸ The Commission cannot, however, 'compel an undertaking to provide it with answers which might involve an admission on its part of the existence of an infringement which it is incumbent upon the Commission to prove.'⁹ Since 2011, the European Commission's Hearing Officer is called upon to oversee the respect of that procedure and may make a reasoned recommendation to the European Commission as to the privileged status of information.¹⁰

The privilege thus recognised has constituted the basic framework under which self-incriminating statements are dealt with in the framework of the public enforcement of Articles 101 and 102 TFEU. In that context, Recital 23 of Regulation 1/2003 confirms the Court of Justice's case law, consistently recognising that undertakings have a right not to provide incriminating information.¹¹ In the same way, it follows from the CJEU's case law that, when applying Articles 101 and 102 TFEU, Member States' competition authorities 'act within the scope of EU law' and hence need to respect the fundamental rights of the defence recognised in the Charter of Fundamental Rights.¹² As a result, the EU privilege against self-incrimination also applies in the

5 *Orkem...*, *op. cit.*, point 34.

6 Opinion of Advocate General Darmon of 18 May 1989, *ibidem*, points 99–125.

7 *Ibidem*, point 34.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*, point 35. The Court also confirmed the same reasoning in the judgment of the CJEU of 18 October 1989 on the case of *Solvay v. Commission*, C-27/88, point 74.

10 Article 4(b) of Decision of the President of the European Commission 2011/695 of 13 October 2011 on the function and terms of reference of the hearing officer in certain competition proceedings (O.J. L 275, 20.10.2011, p. 29).

11 Recital 23 of Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (O.J. L 1, 07.01.2003, p. 1); M. Veenbrink, *The Privilege against Self-Incrimination in EU Competition Law: A Deafening Silence?* 'Legal Issues of Economic Integration' 2015, vol. 42, no. 2, p. 132.

12 Judgment of the CJEU of 26 February 2013 on the case of *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10. ECLI:EU:C:2013:105, paras 20–21.

context of Member States' public enforcement procedures based on Articles 101 and 102 TFEU.

In accordance with consistent CJEU case law, the privilege against self-incrimination guaranteed in EU competition law only applies when the undertakings themselves do not wish to cooperate voluntarily.¹³ When an undertaking decides to hand over incriminating information in response to a request from the European Commission without being forced to do so, the privilege does not apply.¹⁴ In addition, the notion of information which admits guilt has been interpreted in a rather restrictive manner.¹⁵ The Court further added that it does not extend either to pre-existing documents or pre-existing factual information aggregated into a new document.¹⁶ Such pre-existing documents or information in the possession of the undertaking need to be handed over when obliged to do so, in order to ensure the effective enforcement of Articles 101 and/or 102 TFEU.¹⁷

2. The CJEU's case law in light of Article 6 ECHR

At the time when the CJEU recognised the privilege against self-incrimination in competition law, the ECtHR had not explicitly recognised this privilege, leaving its existence in limbo. Since 1993, however, the ECtHR has recognised it as forming part of Article 6, § 1 ECHR, guaranteeing the right to a fair trial.¹⁸ In subsequent case law,

13 Judgment of the CJEU of 7 January 2004 on the joined cases of *Aalborg Portland and Others v. Commission of the European Communities*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P, point 208.

14 See Article 18(2) of Regulation 1/2003; judgment of the CJEU of 25 January 2007 on the case of *Dalmine v. Commission*, C-407/04 P, point 35; judgment of the CJEU of 24 September 2009 on the joined cases of *Erste Group Bank and Others v. Commission*, C125/07 P, C133/07 P and C137/07 P, point 272; and judgment of the CJEU of 24 June 2015 on the joined cases of *Fresh Del Monte Produce and Others v. Commission*, joined cases C-293/13 P and C-294/13 P, points 195–197.

15 See judgment of the CJEU of 15 October 2002 on the joined cases of *Limburgse Vinylmaatschappij et al. v. Commission of the European Communities*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P and C-254/99 P, points 273 and 292; see also judgment of the General Court of 20 February 2001 on the case of *Mannesmannröhren-Werke AG v. Commission of the European Communities*, T-112/98, points 61–67; judgment of the CJEU of 29 June 2006 on the case of *Commission v. SGL Carbon*, C-301/04 P, point 41; and judgment of the CJEU of 28 January 2021 on the case of *Qualcomm, Inc. and Qualcomm Europe, Inc. v. European Commission*, C-466/19 P, point 143. For background, see P. Willis, 'You Have the Right to Remain Silent... or Do You? The Privilege against Self-Incrimination Following Mannesmannröhren-Werke and Other Recent Decisions', *European Competition Law Review* 2001, vol. 22, no. 3, pp. 313–321, and A. Riley, Saunders and the Power to Obtain Information in Community and United Kingdom Competition Law, *European Law Review* 2000, vol. 25, no. 3, p. 269.

16 See also *Qualcomm...*, *op. cit.*, point 147; M. Veenbrink, *The Privilege...*, *op. cit.*, pp. 132–133.

17 See also *Orkem...*, *op. cit.*, point 34.

18 *Funke...*, *op. cit.*, point 44.

it added that the privilege against self-incrimination – encompassing the right to remain silent as well as to not contribute to incriminating oneself¹⁹ – applies to all criminal proceedings.²⁰ It is to be remembered in that context that the ECtHR relies on an autonomous notion of what constitutes a criminal charge.²¹ Within the field of criminal charges, ECtHR case law distinguishes between ‘hardcore’ criminal charges and criminal charges not necessarily belonging to this hardcore. In the latter cases, which include competition law, the ECtHR accepted that criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency.²² However, the ECtHR also stated that the privilege against self-incrimination underlying Article 6, § 1 ECHR applies in respect of all types of criminal offences, from the most simple to the most complex.²³ As a result, punitive administrative competition law enforcement procedures engaged in by ECHR states’ competition authorities also have to recognise and respect that privilege. To the extent that those authorities are obliged, as a matter of EU law, to apply Articles 101 and/or 102 TFEU, that would mean that the protection offered by the privilege against self-incrimination also needs to apply in those circumstances.²⁴

The privilege does not protect against incriminating statements made per se, but rather against the improper use in criminal procedures of statements or information obtained from a suspect under compulsion.²⁵ Compulsion implies that, in order to obtain information, individuals are forced, under threat of criminal sanctions, to hand over information or to respond to certain allegations.²⁶ A violation of the right not to incriminate oneself will be found when the level of compulsion used is consid-

19 On that framework, as applied principally to individuals, see Y. Daly, A. Pivaty, D. Marchessi, P. ter Vugt, Human Rights Protections in Drawing Inferences from Criminal Suspects’ Silence, ‘Human Rights Law Review’ 2021, vol. 21, pp. 696–723.

20 Judgment of the ECtHR of 17 December 1996 on the case of *Saunders v. United Kingdom*, application no. 19187/91, point 68.

21 Judgment of the ECtHR of 8 June 1976 on the case of *Engel v. the Netherlands*, application nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, point 82.

22 Judgment of the ECtHR of 27 February 1992 on the case of *Stenuit v. France*, application no. 11895/85; judgment of the ECtHR of 27 September 2011 on the case of *Menarini Diagnostics v. Italy*, application no. 43509/08; and judgment of the ECtHR of 14 February 2019 on the case of *SA Capital Oy v. Finland*, application no. 5556/10. A. Weyembergh, N. Joncheray, Punitive Administrative Sanctions and Procedural Safeguards: A Blurred Picture That Needs to Be Addressed, ‘New Journal of European Criminal Law’ 2016, vol. 7, no. 2, pp. 190–209.

23 *Saunders...*, *op. cit.*, point 74.

24 Judgment of the ECtHR of 30 June 2005 on the case of *Bosphorus v. Ireland*, application no. 45036/98, points 155–158.

25 Judgment of the ECtHR of 13 September 2016 on the case of *Ibrahim et al. v. United Kingdom*, application nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, point 267.

26 Judgment of the ECtHR of 8 February 1996 on the case of *John Murray v. United Kingdom*, application no. 18731/91, point 45.

ered improper in the light of an individual's right to a fair trial.²⁷ In practice, ECtHR case law assesses the presence of improper compulsion on the basis of the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence.²⁸ Physical or psychological pressure as well as dishonest prosecution measures can be of this nature.²⁹

However, the mere fact of having obtained information under compulsion is not as such a violation of Article 6 ECHR. To arrive at that conclusion, the ECtHR requires a careful evaluation of the circumstances in which the information obtained under compulsion has been used. In that assessment, the ECtHR considers (1) the existence of any relevant safeguards in the procedure, (2) the use to which any material so obtained was put,³⁰ but also and more implicitly, (3) the presence of a general interest justifying compulsion in certain circumstances.³¹

At the outset, improper compulsion can only take place when information or documents are obtained that could not have been obtained 'independent from the will' of the person charged.³² Pre-existing documents containing potentially incriminating information would be considered to exist independently from the will of the suspect, and their handing over could therefore be forced without the privilege against self-incrimination being violated.³³ However, the ECtHR does not seem to have excluded those documents from the scope of the privilege *per se* and at all times. In subsequent case law, it more generally proceeded with an analysis of the degree of compulsion applied to determine whether the privilege was violated. To the extent that the compulsion destroys the very essence of the privilege against self-incrimination, it violates Article 6 ECHR.³⁴ The analysis as to whether the very essence of the privilege is being destroyed requires a contextual and case-by-case assessment.³⁵

As part of that assessment, an analysis of whether the forced transmission of pre-existing documents can be justified by an overriding public interest, rather than by the fact that those documents exist independent of the will of the suspect, could

27 By way of an example, judgment of the ECtHR of 21 December 2000 on the case of *Heaney and McGuinness v. Ireland*, application no. 34720/97, point 55.

28 *Ibidem*, points 54–55; judgment of the ECtHR of 29 June 2007 on the case of *O'Halloran and Francis v. United Kingdom*, application nos. 15809/02 and 25624/02, point 55; and judgment of the ECtHR of 10 March 2009 on the case of *Bykov v. Russia*, application no. 4378/02, point 92.

29 Judgment of the ECtHR of 1 June 2010 on the case of *Gäfgen v. Germany*, application no. 22978/05, point 163; judgment of the ECtHR of 5 November 2002 on the case of *Allan v. United Kingdom*, application no. 48539/99, point 50.

30 *Saunders...*, *op. cit.*, point 71.

31 M. Veenbrink, *The Privilege...*, *op. cit.*, p. 123.

32 *Saunders...*, *op. cit.*, point 69.

33 *Ibidem*, point 70. See also judgment of the ECtHR of 11 July 2006 on the case of *Jalloh v. Germany*, application no. 54810/00, point 101.

34 *Murray...*, *op. cit.*, point 49.

35 *O'Halloran and Francis...*, *op. cit.*, point 53.

justify the handing over of such documents.³⁶ In the context of punitive administrative procedures, the ECtHR thus accepted that individuals can still be asked to hand over pre-existing documents when the effectiveness of the application or enforcement of administrative rules would so require.³⁷ However, the case-by-case assessment may also conclude that pre-existing documents containing information admitting guilt do not need to be handed over, as individuals' right not to incriminate themselves would be destroyed in essence when forced to do so, given the use that is made of that information later in the procedure.³⁸

In light of the foregoing overview, questions need be raised as to whether the CJEU's case law in competition law is compatible with the ECHR. That question is of some practical relevance, as Article 52, § 3 of the Charter of Fundamental Rights determines that the ECHR standard of protection needs to be met by EU law as well. Although the Charter does not as such require the CJEU to implement identical case law tests to the ECtHR, the same overall level of protection needs to be ultimately guaranteed by the EU.³⁹

Just like in the context of Article 6 ECHR, the CJEU's competition law privilege against self-incrimination only applies whenever coercive action is taken by the European Commission or a national competition authority. Such coercion needs to be improper, although the CJEU does not refer to that notion explicitly. The CJEU case law allows us to conclude that coercion is improper when it takes the form of asking questions which would lead to the admission of guilt. However, the case law seems to assume that only such questions constitute improper coercion captured by the privilege. By contrast, requirements to hand over pre-existing documents that could contain information admitting guilt would not fall within the privilege. The obligation to hand over those documents is part of the undertakings' duty to cooperate with the Commission or Member State competition authority. According to the ECtHR's original case law on the matter, only information not existing independently from the will of the suspect would benefit from the privilege.⁴⁰ As a result, pre-existing documentary evidence could always be obtained by means of a warrant or other procedure.

The CJEU's approach would a priori appear to be in line with the ECtHR's original privilege against self-incrimination in case law. However, more recent ECtHR

36 Judgment of the ECtHR of 8 April 2004 on the case of *Weh v. Austria*, application no. 38544/97, point 52; *O'Halloran and Francis*..., *op. cit.*, point 56.

37 *Ibidem*, point 62.

38 *Saunders*..., *op. cit.*, point 71; *Jalloh*..., *op. cit.*, point 97; Judgment of the ECtHR of 19 March 2015 on the case of *Corbet et al. v. France*, application nos. 7494/11, 7493/11 and 7989/11, point 34.

39 In practice, this is difficult; see R. Tinière, *The Use of ECtHR Case Law by the CJEU: Instrumentalisation or Quest for Autonomy and Legitimacy?* 'European Papers' 2023, vol. 8, no. 1, p. 330.

40 *Saunders*..., *op. cit.*, point 69.

case law no longer refers to the ‘independent of the will’ condition.⁴¹ In contrast, the ECtHR has now even indicated that the use of pre-existing documents may violate the privilege in the particular circumstances of a case.⁴² To the extent that the ECtHR implicitly overruled its earlier ‘independent of the will’ case law, the CJEU’s general exclusion of all pre-existing documents from the scope of the privilege no longer appears fully compatible with Article 6 ECHR. The latter provision would therefore seem to require a contextual, case-by-case assessment which could result in extending the privilege to pre-existing documents when relying on them would destroy the essence of the privilege. It is submitted that such an assessment would not in practice necessarily result in a wider recognition of the privilege. Rather, it would principally change the way in which enforcement authorities have to deal with claims invoking the privilege. The latter would indeed no longer be free to exclude the reliance on that privilege in general terms, as the information contained features in pre-existing documents. Even for those pre-existing documents, authorities would have to determine, in a more developed, reasoned manner and in more specific terms, why they consider the privilege to not be applicable. As a result, enforcement authorities would have to be more careful when discarding privileged information claims.

3. Towards a modified CJEU reasoning framework on the privilege against self-incrimination in EU competition law

It follows from the previous section that Article 6 ECHR seems to require, or at the very least favour, more of a case-by-case assessment of the privileged nature of pre-existing documents. By contrast, the CJEU case law in competition law still allows for a general exclusion of pre-existing documents from the scope of application of the privilege. Questions can be raised as to whether this interpretation would still be compatible with the way in which the Charter of Fundamental Rights requires the rights of the defence to be protected in the EU legal order. Such questions are even more relevant given the fact that the privilege appears to be interpreted more extensively in other fields of EU law and the fact that the CJEU has started to apply the ECtHR’s reasoning framework accompanying fundamental procedural rights in the context of *ne bis in idem*.

Other fields of EU law maintain an interpretation of the privilege more aligned with Article 6 ECHR. In EU criminal law, a 2016 directive on strengthening the presumption of innocence of natural persons recognises the privilege against self-incrimination. According to the recitals of that directive, the ECHR interpretation given to that privilege serves as a starting point. The directive itself clarifies that the

41 *Ibrahim...*, *op. cit.*, point 269.

42 Judgment of the ECtHR of 10 June 2021 on the case of *Bajic v. North Macedonia*, application no. 2833/13, points 69–75.

privilege does not prevent the competent authorities from gathering evidence which may be lawfully obtained through legal powers of compulsion and which has an existence independent of the will of the suspects or accused persons, such as pre-existing documents.⁴³ However, the directive does not exclude the extension of the application of the privilege to pre-existing documents.

In the same way, in EU financial law, the CJEU, in its *Consob* judgment of 2021, directly referred to and itself conformed to the most recent ECtHR case law in the context of market-abuse regulation investigations targeting individuals. According to the CJEU, '[t]he right to silence cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which directly incriminate the person questioned, but rather also covers information on questions of fact which may subsequently be used in support of the prosecution and may thus have a bearing on the conviction or the penalty imposed on that person.'⁴⁴ On the other hand, questions can be raised as to whether EU competition law merits a separate interpretation of the privilege against self-incrimination. CJEU case law in those fields dating from 2021 appears to confirm that approach. In *Consob*, the CJEU effectively ruled that competition law would in this respect be different from other fields of EU law.⁴⁵ That difference would be justified because the legal subjects forced to cooperate with the Commission are undertakings and not individuals, who would be entitled to more stringent protection.⁴⁶ As a result, in competition law, the duty to hand over pre-existing documents, even those containing information admitting guilt, would still be tolerated because undertakings have to cooperate with the investigation. Individuals subject to sanctions would have a wider scope to invoke the right not to incriminate themselves. Competition law would thus be able to maintain an exceptional status in EU law.

It can nevertheless be submitted that the CJEU's reliance in *Consob* on the privilege being accorded a special status in competition law, in addition to it being difficult to square with Article 6 ECHR's case-by-case assessment, is also no longer fully in line with case law on other, yet related, fundamental procedural rights for three reasons. First, the CJEU in *Consob* considered that the procedural protection of natural persons is different from the one given to undertakings. However, in reasoning in this way, the Court apparently denied that the notion of an undertaking encompasses any

43 Article 7 and Recital 29 of Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings (O.J. L 65, 11.03.2016, p. 1).

44 Judgment of the CJEU of 2 February 2021 on the case of *DB v. Consob*, C-481/19, point 40.

45 *Ibidem*, point 47; for background to the case, see E. Hancox, 'The Right to Remain Silent in EU Law', *Cambridge Law Journal* 2021, vol. 80, pp. 228–231.

46 *DB...*, *op. cit.*, point 47.

entity engaged in economic activity, which can also be a single natural person.⁴⁷ In addition, although it is true that the ECtHR has never ruled on the privilege invoked by legal persons, it cannot be denied that such persons also enjoy the right to a fair trial under Article 6 ECHR.⁴⁸ As a result, that position remains open for contestation, and it is not certain that the ECtHR would be of the same opinion.

Second, the Court implicitly seems to argue – as the Advocate General did more explicitly – that competition law merits a different regime as it falls outside the hardcore of criminal charges in the meaning of Article 6 ECHR.⁴⁹ Although the CJEU took no decision on that point, this reason seems to linger in the background as well. At the same time, however, although it is true that Article 6 ECHR does not apply with full stringency to non-hardcore criminal charges, the ECtHR has also stated that the privilege against self-incrimination applies in all kinds of criminal procedures.⁵⁰ As a result, the privilege would seem to merit the same treatment across all fields of law covered by Article 6 ECHR. By virtue of Article 52, §3 of the Charter, the meaning and scope of rights corresponding with those of the ECHR is to be the same as in the latter. As Article 6 ECHR requires the same scope of the fundamental rights of the defence to be in place in all types of procedures deemed criminal under ECHR law, it is not impossible to argue that such a coherent scope would also have to be guaranteed as a matter of EU law.

Third, in its 2022 *BPost* and *Nordzucker* judgments, the CJEU favoured a case-by-case assessment of the *ne bis in idem* protection in competition law, in line with the reasoning standard used in other fields of EU law.⁵¹ In prior case law, the CJEU maintained that different enforcement procedures that concern the same persons and facts but protect different legal interests were not covered by *ne bis in idem*. In those judgments, however, the Court deemed such a general exclusion from the scope of *ne bis in idem* to be no longer warranted. In order to benefit from such an exclusion, enforcement authorities would have to justify more explicitly, and on the basis of specific elements of each case, why a second enforcement proceeding is justified in the case at hand. Although this is still somewhat hypothetical, it is not fundamentally impossible to imagine that this recent and more case-by-case approach towards fundamental procedural rights also foreshadows how the privilege could be interpreted

47 M. Veenbrink, The Freedom from Self-Incrimination: A Strasbourg-Proof Approach? Cases C-466/19 P *Qualcomm* and C-481/19 P *DB v Consob*, 'Journal of European Competition Law & Practice' 2021, vol. 12, no. 10, p. 752.

48 By way of example, see the judgment of the ECtHR of 14 February 2019 on the case of *SA-Capital-OY v. Finland*, application no. 556/10, points 66–75.

49 Opinion of Advocate General Pikamaä of 27 October 2020 on the case of *DB... op. cit.*, point 109.

50 *Saunders...*, *op. cit.*, point 74.

51 Judgment of the CJEU of 22 March 2022 on the case of *BPost v. Autorité de la concurrence*, C-117/20, point 35; judgment of the CJEU of 22 March 2022 on the case *Bundeswettbewerbshörde v. Nordzucker et al.*, C-151/20, point 40.

by the CJEU in the near future. Not unlike *ne bis in idem*, the CJEU established its protective standards in terms of the privilege long before it became a more developed procedural right in other fields of EU law. In the same way, the CJEU's competition law *ne bis in idem* approach has relied on general categories of dual enforcement situations which do not give rise to *ne bis in idem* protection. It cannot be excluded, therefore, that the CJEU, when confronted with a claim based on the privilege against a self-incrimination claim in the context of Articles 101 and 102 TFEU, would be inclined to favour a similar case-by-case assessment of the privileged nature of pre-existing documents.⁵²

4. A fresh start for much-needed and more structural streamlining of the privilege within the current public enforcement framework?

On the basis of the foregoing observations, it would not be impossible to argue that the CJEU's case law on the scope of the privilege against self-incrimination in competition law could benefit from a modified interpretative framework. In such a new framework, more akin to the interpretation currently underlying Article 6 ECHR, a more careful and case-by-case assessment would be required in determining whether information, including information featured in pre-existing documents, is privileged for the purposes of the public enforcement of EU competition law.

In practice, however, an interpretative framework updated in this way would not by itself fundamentally change the application of the privilege in competition law investigations. Pre-existing documents could still be excluded from its scope, yet only when the overriding reason, that the effective enforcement of Articles 101 and 102 TFEU requires undertakings to actively cooperate with enforcement authorities and to provide them with all relevant information, can successfully be invoked in the public interest in the case at hand. Enforcement authorities would no longer be able to simply assume this and would be required to justify their reliance on pre-existing documents more explicitly. In every case, they would have to clarify and justify why this overriding interest is at stake and why pre-existing documents have to be handed over. It is therefore to be expected that, with this approach, the privilege will at the very least give rise to more and fresh litigation with regard to the assessments carried out by authorities.

Despite the fact that the practical relevance of a case law update envisaged here would seem limited, we believe that it may constitute the much-needed starting point to address the fundamental uncertainties surrounding the application of the privilege. Those questions emerge in the particular context of enforcement powers for

52 P. Van Cleynenbreugel, *BPost and Nordzucker: Searching for the Essence of Ne Bis in Idem in European Union Law*, 'European Constitutional Law Review' 2023, vol. 18, no. 3, pp. 367–368.

EU competition law shared between the European Commission and Member States' competition authorities. Indeed, despite consistent case law on the privilege to avoid self-incrimination in the framework of Commission-led enforcement procedures, three remaining open questions surrounding the privilege remain. Those questions remain unaddressed in Regulation 1/2003 and the more recent Directive 2019/1.⁵³

First, in its current setup, the privilege under EU law applies only to undertakings. Individuals or workers employed by an undertaking cannot be coerced, by means of sanctions based on Articles 101 and 102 TFEU, into confessing infringements of those provisions. As a result, they are ineligible to benefit from the right to avoid self-incrimination and are therefore a priori obliged to provide statements admitting guilt to the enforcement authorities. By contrast, in national competition law cases where those individuals could be fined themselves, they would benefit from such a right. It remains at present uncertain whether and to what extent the privilege therefore also extends to individuals working for or in the undertaking concerned when a competition authority applies both EU and national competition laws in parallel.⁵⁴ A harmonised approach is missing in that respect.

Second, the CJEU has in the past only annulled parts of a decision requesting information and containing questions which may lead to an admittance of guilt.⁵⁵ It remains unclear, however, what the impact would be if a final decision finding an infringement of Articles 101 and/or 102 TFEU were to be adopted, in violation of the right to avoid self-incrimination. It cannot be excluded that the decision would be annulled (in part) for failure to comply with an essential procedural requirement. Annuling such a decision would not undo the harm done, which raises the question as to whether other compensation mechanisms should be envisaged in that situation. In practice, that question has been sidelined to some extent by the designation, at European Commission level, of a Hearing Officer responsible for evaluating breaches of procedural rights during the Commission enforcement procedure.⁵⁶ At Member State level, however, authorities often function differently, if only to already comply with the ECN+ Directive, leaving open the question of how privilege claims are to be assessed. So far, the CJEU's case law has seemingly not caught up with the changed public enforcement context triggered by Regulation 1/2003 and the ECN+ Directive.

53 Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market (O.J. L 11, 14.01.2019, p. 3).

54 B. Vesterdorf, Legal Professional Privilege and the Privilege against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues, 'Fordham International Law Journal' 2004, vol. 28, no. 4, pp. 1212–1214.

55 *Orkem...*, *op. cit.*, point 42.

56 W. Wils, The Role of the Hearing Officer in Competition Proceedings before the European Commission, 'World Competition' 2012, vol. 35, no. 3, pp. 431–456.

Third, the ECN+ Directive requires Member States to have leniency programmes in place, through which incriminating information is to be provided in return for immunity from or reduction of fines that may ultimately be imposed.⁵⁷ Although the Directive mentions the confidentiality and limited use of such incriminating information,⁵⁸ the link between the scope of the privilege and the obligation to provide for leniency applications remains underdeveloped. As a result, Member States risk continuing to rely on their national law standards and interpretations of the privilege against self-incrimination, which may result in diverging enforcement decisions being taken.

It could be imagined that, should the CJEU require enforcement authorities to adopt more reasoned decisions accepting or rejecting the privilege against self-incrimination, more litigation on those issues will follow. Such litigation could not only highlight the limits of the privilege outlined here but also serve as a trigger for much needed harmonised practices – through European Competition Network (ECN) guidelines or EU harmonising legislation. The open questions surrounding the privilege against self-incrimination summarised above show, moreover, that even without CJEU adaptations, the need for more clarity as to the scope and application of the privilege against self-incrimination requires streamlining amongst the different authorities tasked with the public enforcement of Articles 101 and 102 TFEU. At present, and without at least some nudging by the CJEU, the prospects of such coordination taking place spontaneously remain remote.

REFERENCES

- Daly Y., Pivaty A., Marchessi D., ter Vugt P., Human Rights Protections in Drawing Inferences from Criminal Suspects' Silence, 'Human Rights Law Review' 2021, vol. 21, pp. 696–723.
- Hancox E., The Right to Remain Silent in EU Law, 'Cambridge Law Journal' 2021, vol. 80, pp. 228–231.
- Riley A., Saunders and the Power to Obtain Information in Community and United Kingdom Competition Law, 'European Law Review' 2000, vol. 25, no. 3, pp. 264–281.
- Tinière R., The Use of ECtHR Case Law by the CJEU: Instrumentalisation or Quest for Autonomy and Legitimacy? 'European Papers' 2023, vol. 8, no. 1, pp. 323–330.
- Treschel S., The Privilege against Self-Incrimination, (in:) S. Trechsel, S. Summers (eds.), Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2006, pp. 340–359.
- Van Cleynebreugel P., *BPost* and *Nordzucker*: Searching for the Essence of *Ne Bis in Idem* in European Union Law, 'European Constitutional Law Review' 2023, vol. 18, no. 3, pp. 357–374.
- Veenbrink M., The Freedom from Self-Incrimination: A Strasbourg-Proof Approach? Cases C-466/19 P *Qualcomm* and C-481/19 P *DB v Consob*, 'Journal of European Competition Law & Practice' 2021, vol. 12, no. 10, pp. 750–752.

57 Article 17 of Directive 2019/1.

58 Recital 72 of Directive 2019/1.

- Veenbrink M., The Privilege against Self-Incrimination in EU Competition Law: A Deafening Silence? 'Legal Issues of Economic Integration' 2015, vol. 42, no. 2, pp. 119–142.
- Vesterdorf B., Legal Professional Privilege and the Privilege against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues, 'Fordham International Law Journal' 2004, vol. 28, no. 4, pp. 1179–1214.
- Weyembergh A., Joncheray N., Punitive Administrative Sanctions and Procedural Safeguards: A Blurred Picture That Needs to Be Addressed, 'New Journal of European Criminal Law' 2016, vol. 7, no. 2, pp. 190–209.
- Willis P., 'You Have the Right to Remain Silent...' or Do You? The Privilege against Self-Incrimination Following Mannesmannrohren-Werke and Other Recent Decisions, 'European Competition Law Review' 2001, vol. 22, no. 3, pp. 313–321.
- Wils W., The Role of the Hearing Officer in Competition Proceedings before the European Commission, 'World Competition' 2012, vol. 35, no. 3, pp. 431–456.

Kati Cseres

University of Amsterdam, Netherlands

k.j.cseres@uva.nl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6696-8215>

Karolina Hwija

University of Amsterdam, Netherlands

k.hwija@uva.nl

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0000-3123-2750>

***Sped-Pro*: The Impact of Rule-of-Law Backsliding on the Enforcement of (EU) Competition Law**

Abstract: The *Sped-Pro* judgment concerns an action for annulment of an EU Commission decision rejecting a complaint alleging the abuse of a dominant position by the Polish state-owned railway company PKP Cargo. In this judgment, the General Court for the first time established a direct link between systematic deficiencies in the legal order of a Member State and the ability of its competition authority to investigate and take enforcement action under EU law. The General Court addressed issues of the rule of law as an element of effective competition law enforcement and the case allocation principles between the Commission and National Competition Authorities (NCAs) under the decentralised enforcement system of Regulation 1/2003. The General Court now requires the Commission to examine, when handling complaints, whether an NCA can actually enforce EU law effectively.

Keywords: case allocation, decentralised enforcement, independence, mutual trust, rule of law

Introduction

Sped-Pro, a Polish transportation company, filed a complaint with the European Commission in 2016 alleging that a state-owned railway company, PKP Cargo, had abused its dominant position in the market for rail transport services in Poland by refusing to enter into a cooperation agreement with the applicant. In 2019, the Commission rejected *Sped-Pro*'s complaint, claiming that the Polish competition author-

ity was better placed to investigate it.¹ According to the Commission, the alleged infringement was limited to the Polish market and the Polish competition authority had acquired detailed knowledge of the rail freight services market in Poland and of PKP Cargo's practices, through various investigations it had already conducted and decisions it had taken concerning that sector since 2004.²

Subsequently, *Sped-Pro* brought an action for annulment of the Commission's decision before the General Court. In support of its action, it raised three pleas in law: (1) inadequate reasoning of the contested decision and breach of its right to have its case heard within a reasonable time; (2) breach of the principle of the rule of law in Poland; and (3) manifest errors in the assessment of the Union's interest in further investigation of the complaint.³

On 9 February 2022, the General Court annulled the Commission's decision in its entirety. Although the General Court rejected the first plea (reasonable time and failure to state reasons) and the third plea (assessment of the Union's interest), the applicant's second plea was successful. According to the General Court, for the purposes of determining which competition authority is best placed to examine a complaint, the Commission had to take into account Poland's compliance with the requirements of the rule of law as a relevant factor. In this commentary, we limit our assessment to the main considerations of the General Court related to the second and third pleas raised by *Sped-Pro*. Moreover, we outline the legal implications of the current judgment for the further development of competition law and enforcement and the rule of law in the EU.

1. Case allocation and the assessment of Union interest

With its third plea, *Sped-Pro* claimed that the Commission made manifest errors in the contested decision in assessing the Union's interest and declining to further investigate the complaint. Hence, the Court was called on to interpret the jurisdictional mechanisms of case allocation, which govern the enforcement of competition law between the Commission and the Member States. The division of labour between National Competition Authorities (NCAs) and the Commission with regard to cases where an investigation is deemed necessary takes place within a framework of clear allocation principles, determining which authority is best placed to investigate a case and thus enforce Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Such an allocation is based on a number of objective criteria, such as the direct, actual or likely effects of the agreement or conduct on competi-

1 Commission Decision No. 773/2004 on the case of AT.40459 (COM 12.08.2019), point 26.

2 Judgment of GC of 9 February 2022 on the case of *Sped-Pro S.A. v. European Commission*, T 791/19, point 42.

3 *Ibidem*, point 16.

tion and an authority's ability to gather factual evidence necessary to prove the infringement and to effectively bring the infringement to an end.⁴ Since *Automec II*, the EU courts have acknowledged that the Commission has broad discretion to reject complaints.⁵ The principles governing the Commission's discretion when it decides to pursue or disregard a case have been broadly construed and entitle the Commission to classify complaints according to different degrees of priority based on Union interest.

In the current case, the Commission argued that the Polish competition authority was more appropriate to investigate the complaint as the alleged infringement was limited to the Polish market and that authority had acquired detailed knowledge of the rail freight services market in Poland and of PKP Cargo's practices.⁶ In assessing the plea concerning the Union interest, the General Court conducted a detailed analysis of the Commission's administrative discretion in dealing with complaints, as defined by the EU courts' case law.⁷ According to this case law, Article 105(1) TFEU requires the Commission to oversee the application of Articles 101 and 102 TFEU and to define and implement the Union's competition policy. To perform this task properly, the Commission is allowed to prioritise the complaints brought before it.⁸ Not only can the Commission determine the order in which complaints are investigated, but it can also reject a complaint on the grounds of insufficient Union interest to pursue the investigation.⁹ However, the Commission's discretion is not unlimited, and it must carefully examine all factual and legal elements which complainants have informed it of.¹⁰ In the current case, the Court found that the Commission did not commit an error of assessment in finding that the Polish authority was more appropriate to investigate the complaint.¹¹

4 Commission Notice on Cooperation within the Network of Competition Authorities (O.J. C 101, 27.04.2004, p. 43) (Network Notice), point 8.

5 Judgment of GC of 18 September 1992 on the case of *Automec Srl v. Commission of the European Communities*, T 24/90 (*Automec II*), points 73–77.

6 Commission Decision..., *op. cit.*, point 26.

7 *Sped-Pro...*, *op. cit.*, points 38–41; *Automec II...*, *op. cit.*, points 73–77; judgment of GC of 16 May 2017 on the case of *Agria Polska sp. z o.o. and Others v. European Commission*, T 480/15, points 34–35; judgment of GC of 26 January 2005 on the case of *Laurent Piau v. Commission of the European Communities*, T 193/02, point 80.

8 Judgment of CJEU of 14 December 2000 on the case of *Masterfoods Ltd v. HB Ice Cream Ltd*, C 344/98, point 46; *Automec II...*, *op. cit.*, points 73–77.

9 *Agria Polska...*, *op. cit.*, points 61–65.

10 H.P. Nehl, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Portland 1999; judgment of GC of 17 December 2014 on the case of *Si.mobil telekomunikacijske storitve d.d. v. European Commission*, T 201/11, point 81; judgment of GC of 30 May 2013 on the case of *Omnis Group Srl v. European Commission*, T 74/11, points 43–44.

11 *Sped-Pro...*, *op. cit.*, points 51–53.

2. Respect for the principle of the rule of law

In its second plea, the applicant submitted that the Commission had infringed its right to effective judicial protection, as guaranteed by Article 2 Treaty on European Union (TEU), in conjunction with Article 19(1)(2) TEU and Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (Charter). The applicant claimed that the Commission was more appropriate to deal with its complaint, given the lack of independence of the Polish competition authority and of the national courts competent in the matter. In examining whether the Commission was indeed more appropriate to deal with the applicant's complaint and protect its rights as a complainant, the Court examined whether the Commission did consider deficiencies in the rule of law in Poland which could prevent it from rejecting the complaint. In its decision, the Commission applied by analogy the analysis of the *LM* judgment in the context of the implementation of European Arrest Warrant (EAW).¹²

The so-called *LM* test was originally developed by the Court of Justice in the context of the area of freedom, security and justice, and relates to the cooperation of national courts in criminal matters.¹³ The analysis is to ensure the right to a fair trial in the context of the execution of an EAW, and as a test, it consists of two stages.¹⁴ First, it should be examined whether there is a real risk of violating the right to a fair trial due to the lack of judicial independence in the Member State concerned as a result of structural or fundamental flaws in that state. Second, it must be assessed whether, in the light of the concrete circumstances of the case, the person concerned actually faces this real danger.¹⁵ In its decision, the Commission merely stated that the conditions of the second stage of the analysis in *LM* had not been satisfied in the present case, and did not take a position on whether the conditions of the first stage of the analysis had been satisfied.¹⁶

While recognising that there are clear differences between the circumstances of the above-mentioned jurisprudence in the area of freedom, security and justice and the circumstances underlying the present case, the Court found that a number of principled considerations justify the analogous application. In doing so, the Court

12 Judgment of CJEU of 25 July 2018 on the case of *LM*, C 216/18 PPU. The mutual recognition and execution of EAWs was always based on 'the high degree of trust and solidarity between the Member States' that national authorities would dutifully execute EU law. More simply put, the act of accession to the EU constitutes an act of recognition and acceptance of the values of the EU, and in equal measure a promise that these values will be respected whenever EU law is enforced; *ibidem*.

13 Presidency conclusions of the European Council of 15–16 October 1999 on the creation of an area of freedom, security and justice in the European Union (O.J. D/99, 15–16.10.1999, p. 14).

14 Judgment of CJEU of 5 April 2016 on the case of *Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v. Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, C 404/15 and C 659/15 PPU (*Aranyosi*); *LM*..., *op. cit.*, point 33; judgment of CJEU of 25 July 2018 on the case of *ML*, C 220/18 PPU, point 117.

15 *Aranyosi*..., *op. cit.*, point 88.

16 *Sped-Pro*..., *op. cit.*, point 93.

first cited the fundamental principle of mutual trust laid down in Article 2 TEU. Respecting this principle means that ‘each Member State shares with all the other Member States, and recognizes that they share with it, a set of common values on which the EU is founded, as stated in Article 2 TEU’.¹⁷ This principle implies and justifies the Member States’ mutual trust that the other Member States, and in particular their courts, recognise those values, including that of the rule of law, which underpins the Union. Thus, the courts are also obliged to comply with Union law implementing those values.¹⁸

The General Court confirmed that compliance with the fundamental values of Article 2 TEU applies to the enforcement mechanisms of Articles 101 and 102 TFEU. Consequently, cooperation between the Commission, NCAs and national courts for the purposes of applying Articles 101 and 102 TFEU is based on the principles of mutual trust and loyal cooperation. By virtue of those principles, each of those authorities and courts must presume that all other authorities and courts respect both Union law, unless in exceptional circumstances, and, more specifically, the fundamental rights recognised by that law.¹⁹

In *Sped-Pro*, the Court concluded that respect for the requirements of the rule of law was a relevant factor that the Commission had to take into account when determining which competition authority was best placed to investigate the complaint.²⁰ According to the Court, the protection of the complainant’s rights and the Commission’s decision-making power are closely linked. Hence, this judgment demands that the Commission investigate whether its decision to reject complaints puts complainants at risk of being subjected to investigations by national authorities compromised by rule-of-law backsliding.²¹ It further demands that the Commission must take account of the additional condition of rule-of-law concerns when deciding on the rejection of complaints and the allocation of cases.²²

Although in the Court’s view the Commission was right to apply the two-pronged analysis set out in the *LM* judgment in the context of a competition proce-

17 Opinion 2/13 of CJEU of 18 December 2014 (Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU), point 168.

18 Judgment of CJEU of 24 June 2019 on the case of *European Commission v. Republic of Poland*, C 619/18, points 42–43.

19 Exceptional circumstances, as defined by the Court of Justice, concern situations where an authority considers that there is a real risk that a data subject will receive treatment in another Member State which is contrary to his/her fundamental rights as protected by Union law.

20 *Sped-Pro...*, *op. cit.*, point 92.

21 Judgment of GC of 3 July 2007 on the case of *Au Lys de France SA v. Commission of the European Communities*, T 458/04, point 83.

22 The Commission had to take into account the rule of law in determining the most appropriate competition authority to investigate a complaint and before rejecting a complaint for lack of an EU interest, to ensure that the national authorities are in a position to adequately safeguard the complainant’s rights (*Sped-Pro...*, *op. cit.*, point 92).

ture, the Court considered that the manner in which the test was applied is contrary to Union law. During the administrative procedure, the applicant submitted a series of concrete indications which, taken as a whole, were capable of showing that there were serious and factual reasons to believe that it faced a real risk of its rights under Article 47 of the Charter being infringed if its case were investigated by the national authorities.²³

In the contested decision, the Commission did not further examine the applicant's evidence and essentially confined itself to finding that its arguments had not been proved. The Court thus concluded that the Commission did not examine the various indications put forward by the applicant in a concrete and precise manner and did not fulfil its duty to state reasons.²⁴

3. Implications

3.1. Mutual trust in competition law

The *Sped-Pro* judgment is of fundamental importance because it recognises that the principle of mutual trust is not absolute and that when there are fundamental rights at stake, this principle may be limited. Systemic deficiencies in the rule of law in a Member State can affect the capacity of its competition authority to enforce competition law effectively and thus properly protect a complainant's rights.²⁵ The judgment is significant because it openly questions whether a 'high degree of trust and solidarity' actually exists between the NCAs and the Commission and whether their cooperation can be based on mutual trust, mutual recognition and fair cooperation.²⁶ The answer might be that the 'high degree of trust and solidarity' does not and should not exist when there is a democratic deficit, more specifically considering the rule-of-law crisis in Poland or Hungary.²⁷ By referring to case law in the field of the Euro-

23 *Ibidem*, points 98–102. Those indications were based on (1) the state's control over PKP Cargo, (2) the executive's influence over the president of the Polish Competition Authority, (3) the fact that, according to the applicant, PKP Cargo's parent company was a member of an association whose aim was to defend and promote judicial reform in Poland, (4) the benevolent attitude of the Polish Competition Authority towards PKP Cargo, (5) the Prosecutor General's objections to that authority's decisions in relation to PKP Cargo, and (6) the fact that the national courts competent in the field of competition law cannot, because of their own lack of independence, conduct effective judicial review of the Polish Competition Authority's decisions.

24 *Ibidem*, point 104.

25 M. Malaga, Does the 'More Appropriate' Authority Need to Be Independent? Rule of Law Implications for Case Referrals with Respect of Concentrations, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 2022, vol. 15, no. 25, pp. 109 and 117.

26 Judgment of CJEU of 3 May 2007 on the case of *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, C 303/05, point 57.

27 R.D. Kelemen, Europe's Other Democratic Deficit: National Authoritarianism in Europe's Democratic Union, *'Government and Opposition'* 2017, vol. 52, no. 2, p. 211.

pean Arrest Warrant, the Court effectively created a new condition that ‘obliges the Commission, before rejecting a complaint for lack of EU interest, to satisfy itself that the national authorities are capable of adequately safeguarding the rights of the complainant.’²⁸ This means that the principle of mutual trust may be departed from in such ‘exceptional circumstances.’²⁹

The CJEU has since elaborated on the exceptional circumstances under which mutual trust can be suspended. The *LM* ruling cited in the present judgment was important, as it focused on the question of under what circumstances a judge’s lack of independence in issuing the EAW can empower the executing judge to suspend execution. In such a situation, the CJEU held that systemic or general deficiencies in judicial independence must be assessed as part of the right to a fair trial, with the Charter being the applicable standard of review. If such deficiencies can be sufficiently demonstrated, cooperation on EAW requests may be suspended.

As we have argued elsewhere, the protection of effective competition in EU law should be seen as an implementation of Article 2 TEU.³⁰ When states join the EU, they commit themselves to the EU’s legal order, which as a ‘constitutional charter’ explicitly includes undistorted competition as a part. Accordingly, accession countries commit themselves to the values of EU law as enshrined in Article 2 TEU and pledge to all other Member States to recognise and respect the values and objectives of the EU when enforcing competition law.³¹

But unlike the values of Article 2 TEU, which are seriously undermined by the EU’s limited powers to legislate and enforce those values (for example, the lack of enforcement of Article 7 TEU), competition law is an exclusive competence of the EU, with strong enforcement tools. This means, on the one hand, that EU competition law is a fundamental part of the EU legal order, implemented and enforced by all Member States, and that the protection of competitive markets is a shared value for all Member States. At the same time, competition law is equally threatened and

28 *Sped-Pro...*, *op. cit.*, point 90.

29 M. Kozak, J. Mainardi, Rights of Complainants before the European Commission: A Critical Analysis, *Journal of European Competition Law & Practice* 2023, vol. 14, no. 3, pp. 152 and 161.

30 K.J. Cseres, EU Competition Law and Democracy in the Shadow of Rule of Law Backsliding, (in:) C. Colombo, M. Eliantonio, K. Wright (eds.), *The Evolving Governance of EU Competition Law in a Time of Disruptions: A Constitutional Perspective*, forthcoming, <https://ssrn.com/abstract=4032499> (accessed 29.03.2023).

31 Such an interpretation is consistent with the Court of Justice’s interpretation of EU law as an autonomous legal order, in its Opinion 2/13 on the Draft Agreement on the Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). The nature of EU law, which is primarily based on norms formulated at EU level but implemented by Member States, means that membership of the Union presupposes that ‘each member state shares with all other member states a set of common values on which the EU is founded, and recognises that they share these values with it, as provided for in Article 2 TEU’ (Opinion 2/13..., *op. cit.*, points 166–174).

undermined by the systematic erosion of the rule of law and democracy by certain Member States. Thus, even though the principle of mutual trust is of a constitutional nature, mutual trust cannot be blind trust.³²

The creation of decentralised enforcement was an important part of the idea of giving competition policy more democratic support in Europe.³³ However, by bringing decision-making closer to citizens, there was also a risk that Member States would push their own national interests within the EU enforcement framework. These concerns seem to have been fully realised in Poland today. In fact, no provisions currently oblige Poland to have an independent NCA. While Regulation 1/2003 has not specified any requirements for the independence of NCAs, Article 4 of the ECN+ Directive requires that NCAs are independent.³⁴ As directives must be implemented into national law by Member States, institutions and private parties can rely on the directive only after its implementation.³⁵ Poland has still not implemented the ECN+ Directive even though the deadline was 4 February 2021, over two years ago.³⁶ Accordingly, there is no formal source in national law demanding the independence of the Polish NCA. One solution to this problem, besides Poland implementing the directive, could be that the Commission deals with cases from Poland after reallocation.

However, the judgment also raises the question of whether the Commission could examine the same issues in other jurisdictions facing similar rule-of-law problems and reconsider its cautious approach in handling complaints. A notable case is Hungary, where the lack of effective enforcement of competition law, for example tolerating collusion between companies, is widely seen as one of the main threats to the integrity of public procurement procedures.³⁷ Corruption is deeply rooted in the

32 M. Kozak, J. Mainardi, Rights..., *op. cit.*, p. 160.

33 White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty Decentralization (Commission Programme No. 99/027, 28.04.1999), point 46.

34 Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (O.J. L 1, 16.12.2002, p. 1) (Regulation 1/2003); judgment of CJEU of 31 May 2005 on the case of *Synetairismos Farmakopoion Aitolias and Akarnanias (Syfait) and Others v. GlaxoSmithKline plc and GlaxoSmithKline AEVE*, C 53/03, points 31–36; Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market (O.J. L 11, 11.12.2018, p. 3) (ECN+ Directive), Article 4.

35 Judgment of CJEU of 26 February 1986 on the case of *M.H. Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, 152/84, point 48.

36 M. Urbańska, K. Sikora, Important Changes to the Competition and Consumer Protection Act Are on the Way, <https://cms-lawnow.com/en/ealerts/2023/02/important-changes-to-the-competition-and-consumer-protection-act-are-on-the-way> (22.02.2023).

37 European Commission, Recommendation for Council Recommendation on the 2022 National Reform Programme of Hungary and delivering a Council opinion on the 2022 Convergence Programme of Hungary, <https://commission.europa.eu/system/files/2022-05/2022->

legal, political and economic governance of Hungary, making the application of the regulation on a conditionality regime for the protection of the Union budget, which expresses concerns about possible violations of rule-of-law principles, particularly clear.³⁸ At the same time, the competition authority is not sufficiently active in sectors with a high risk of collusion and has made few decisions. Could a complainant whose complaint has been rejected by the Hungarian competition authority turn to the Commission with his/her complaint and count on their investigation, which, before the complaint is rejected for lack of Union interest, must satisfy itself that the national authorities are able to properly protect the complainant's rights?

3.2. Case allocation and the protection of fundamental rights

As mentioned above, the principles of case allocation concerning the enforcement of Articles 101 and 102 TFEU are laid down in Regulation 1/2003, the Network Notice and the ECN+ Directive. A well-placed authority to deal with a case is one that is capable of gathering enough evidence and able to effectively end the infringement, and where the practice in question has effects on competition within its territory.³⁹ Several NCAs may take up a case unless the case concerns more than three Member States; then the Commission is the well-placed authority.⁴⁰ When an authority is not considered to be well placed, reallocation of cases is necessary for 'effective protection of competition and of Community interest'.⁴¹

The Commission is well placed to deal with a case where one or more agreements or practices, including networks of similar agreements or practices, affect competition in more than three Member States.⁴² Furthermore, the Commission is also best placed to deal with complaints where they are closely related to other Community provisions for which the Commission has exclusive competence or which can be more effectively applied by the Commission – hence, where the Union interest requires the Commission to adopt a decision in order to further develop EU competition policy to overcome emerging competition issues, or to ensure effective enforcement.⁴³ Accordingly, there are two grounds on which the Commission may choose

european-semester-csr-hungary_en.pdf (30.03.2023); K.J. Cseres, The Commission's Missed Opportunity to Reclaim Competition Law for the Rechtsstaat, <https://verfassungsblog.de/the-commissions-missed-opportunity-to-reclaim-competition-law-for-the-rechtsstaat/> (30.03.2023).

38 Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget (O.J. L 433 I, 22.12.2020, p. 1) (Conditionality Regulation). The Commission launched proceedings under the Conditionality Regulation against Hungary in April 2022; *op. cit.*, Article 1.

39 Network Notice..., *op. cit.*, point 8.

40 *Ibidem*, point 14.

41 *Ibidem*, points 6–7.

42 *Ibidem*, point 14.

43 *Ibidem*, point 15.

not to pursue a complaint: first, it may reject complaints for lack of Union interest; second, under Article 13 of Regulation 1/2003, it can also reject a complaint on the grounds that a Member State competition authority is dealing or has dealt with the case.⁴⁴

Since *Automec II*, the Commission has been granted broad discretion by the Court of Justice to prioritise and reject complaints. The Commission's discretion in deciding whether to pursue a case and the underlying principles are an important part of the effective enforcement of Articles 101 and 102 TFEU. Moreover, Article 4(5) Directive (EU) 2019/1 requires all Member States to grant their NCAs the power to set priorities when carrying out their duties for the purposes of Articles 101 and 102 TFEU. These authorities should also be able to reject complaints where they consider that they are not an enforcement priority. While the Directive fails to concretise the conditions for the prioritisation and rejection of complaints by NCAs, the latter do have (wide) discretionary freedom to determine which cases they pursue and which they reject. The criteria in Member States' national (administrative) law for NCAs to have the power to be able to reject complaints are not harmonised and remain very diverse. In Poland, for example, the NCA is not required to reject a complaint with a formal decision, and so complainants have no legal recourse to the courts that can review whether the NCA has correctly applied Articles 101 and 102 TFEU.⁴⁵

In the decentralised enforcement system, where the Commission and the NCAs share the enforcement of Articles 101 and 102 TFEU but act on the basis of different national procedural rules, the above situation is at odds with the objective of Regulation 1/2003, which seeks to achieve effective and uniform enforcement of those articles. However, can there be sufficiently effective and uniform enforcement of Articles 101 and 102, and can a sufficient level of protection of complainants' rights be ensured in an enforcement system where no minimum conditions exist to control the discretionary power of NCAs in rejecting complaints?

In a series of judgments in recent years, the EU courts have confirmed the Commission's wide discretion to prioritise and reject complaints in cases where another NCA is dealing or has already dealt with the same complaints.⁴⁶ However, the General Court adds a new condition in the present judgment: before rejecting a complaint for lack of Union interest, the Commission must guarantee that the national authorities are capable of adequately protecting the complainant's rights. Thus, the

44 B. Van Rompuy, *The European Commission's Handling of Non-Priority Antitrust Complaints: An Empirical Assessment*, 'World Competition' 2022, vol. 45, no. 2, pp. 265 and 268.

45 O. Brook, K.J. Cseres, *Policy Report: Priority Setting in EU and National Competition Law Enforcement*, p. 31, <https://ssrn.com/abstract=3930189> (30.03.2023).

46 *Automec II...*, *op. cit.*, points 73–77; *Agria Polska...*, *op. cit.*, points 34–35; *Laurent Piau...*, *op. cit.*, point 80.

decision of the General Court in the *Sped-Pro* judgment to take the complainant's rights into account limits not only the principle of mutual trust but also the Commission's discretionary powers.⁴⁷ Although the case law of the General Court has formulated this condition before,⁴⁸ this is the first time that the General Court has held that this case law referring broadly to 'national authorities' also applies to NCAs, in addition to the national courts competent in the matter.

With this ruling, the General Court appears to have updated its earlier ruling in *Si.Mobil* on whether the Commission must examine institutional shortcomings within an NCA when rejecting a complaint.⁴⁹ In this case, the General Court had to answer the question of whether the Commission could reject a complaint which another NCA had been dealing with and where institutional shortcomings at the NCA in question had been invoked as grounds for reallocating the case to the Commission.⁵⁰ The General Court rejected those arguments, holding that

the requirement to ensure the effective application of EU competition rules cannot, without calling into question the scope of Article 13 of Regulation No. 1/2003, have the effect of imposing an obligation on the Commission to verify [...] whether the competition authority concerned has the institutional, financial and technical means available to it to enable it to accomplish the task entrusted to it by that regulation⁵¹.

Indeed, as it has been a core EU matter for many years, the Commission has already pleaded for more independence for NCAs to improve the enforcement of EU competition law.⁵² In *Sped-Pro*, the Court formalised this obligation and seemed to suggest that the Commission should enforce its own demands by examining the status of NCAs more closely when allocating cases.

Current allocation principles in Regulation 1/2003 and the ECN+ Directive do not formulate obligations or guidelines for the Commission to examine the NCAs' independence and the status of the rule of law of Member States when allocating cases. The ECN+ Directive requires the independence of the Member States' competition authorities, and the Polish NCA lacks independence, as proven by the applicants in the *Sped-Pro* case; while Poland has not implemented this directive, the Commission is the only institution that can protect the right to a fair trial of Polish undertakings.

47 B. Van Rompuy, Independence as a Prerequisite for Mutual Trust between EU Competition Enforcers: Case T-791/19, *Sped-Pro v Commission*, 'Journal of European Competition Law & Practice' 2022, vol. 13, no. 6, pp. 413–414.

48 *LM...*, *op. cit.*, points 78–79.

49 *Si.mobil...*, *op. cit.*

50 *Ibidem*, point 46.

51 *Ibidem*, point 57.

52 Commission Staff Working Document, Enhancing Competition Enforcement by the Member States' Competition Authorities: Institutional and Procedural Issues, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014SC0231&from=EN> (22.02.2023).

Conclusions

The *Sped-Pro* judgment introduced the exceptional circumstances of mutual trust and recognition from EAW case law to competition law. Alongside the judicial independence in *LM*, it added a new condition of rule of law to the exceptional circumstances. Hence, it opened the way for the exceptions to mutual trust to expand to broader fields of law, thus protecting a broader group of private parties from legal and political deficiencies in Member States. The pace and scope of constitutional re-engineering in Hungary and Poland and in competition law enforcement raises questions beyond the context of the present judgment. One such question is the constitutional position and role of competition authorities. As public enforcers, the Commission and national competition authorities have a fundamental role to ensure the effective enforcement of (EU) competition law across Europe. Article 4(3)(2) TFEU requires Member States to take all appropriate measures, general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the treaties or resulting from the acts of the institutions of the Union. This also means that Member States must use their sovereign powers to enforce the Treaty's competition rules as effectively as possible.

However, with the present judgment, the General Court has also laid down an important new role for the Commission in the enforcement system of EU competition law. In future, the Commission will have to examine more thoroughly whether an NCA can act *de iure* and *de facto* independently from the executive in the Member State and whether there are independent courts that can review the competition authority's decision and adequately protect the rights of complainants.

REFERENCES

- Brook O., and Cseres K.J., Policy Report: Priority Setting in EU and National Competition Law Enforcement, <https://ssrn.com/abstract=3930189>.
- Commission Decision No. 773/2004 on the case of AT.40459 (COM 12.08.2019).
- Commission Notice on Cooperation within the Network of Competition Authorities (O.J. C 101, 27.04.2004, p. 43).
- Commission Staff Working Document, Enhancing Competition Enforcement by the Member States' Competition Authorities: Institutional and Procedural Issues, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014SC0231&from=EN>.
- Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (O.J. L 1, 16.12.2002, p. 1).
- Cseres K.J., The Commission's Missed Opportunity to Reclaim Competition Law for the Rechtsstaat, <https://verfassungsblog.de/the-commissions-missed-opportunity-to-reclaim-competition-law-for-the-rechtsstaat/>.
- Cseres K.J., EU Competition Law and Democracy in the Shadow of Rule of Law Backsliding, (in:) Colombo C., Eliantonio M., Wright K. (eds.), *The Evolving Governance of EU Competition Law*

in a Time of Disruptions: A Constitutional Perspective, forthcoming, <https://ssrn.com/abstract=4032499>.

Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market (O.J. L 11, 11.12.2018, p. 3).

European Commission, Recommendation for Council Recommendation on the 2022 National Reform Programme of Hungary and delivering a Council opinion on the 2022 Convergence Programme of Hungary, https://commission.europa.eu/system/files/2022-05/2022-european-semester-csr-hungary_en.pdf.

Judgment of CJEU of 26 February 1986 on the case of *M.H. Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, 152/84.

Judgment of CJEU of 14 December 2000 on the case of *Masterfoods Ltd v. HB Ice Cream Ltd*, C 344/98.

Judgment of CJEU of 25 July 2018 on the case of *ML*, C 220/18 PPU.

Judgment of GC of 18 September 1992 on the case of *Automec Srl v. Commission of the European Communities*, T 24/90.

Judgment of GC of 3 July 2007 on the case of *Au Lys de France SA v. Commission of the European Communities*, T 458/04.

Judgment of GC of 26 January 2005 on the case of *Laurent Piau v. Commission of the European Communities*, T 193/02.

Judgment of CJEU of 31 May 2005 on the case of *Synetairismos Farmakopoion Aitolias and Akarnanias (Syfait) and Others v. GlaxoSmithKline plc and GlaxoSmithKline AEVE*, C 53/03.

Judgment of CJEU of 3 May 2007 on the case of *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, C 303/05.

Judgment of CJEU of 5 April 2016 on the case of *Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v. Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, C 404/15 and C 659/15 PPU.

Judgment of CJEU of 25 July 2018 on the case of *LM*, C 216/18 PPU.

Judgment of CJEU of 24 June 2019 on the case of *European Commission v. Republic of Poland*, C 619/18.

Judgment of GC of 17 December 2014 on the case of *Si.mobil telekomunikacijske storitve d.d. v. European Commission*, T 201/11.

Judgment of GC of 16 May 2017 on the case of *Agria Polska sp. z o.o. and Others v. European Commission*, T 480/15.

Judgment of GC of 30 May 2013 on the case of *Omnis Group Srl v. European Commission*, T 74/11.

Judgment of GC of 9 February 2022 on the case of *Sped-Pro S.A. v. European Commission*, T 791/19.

Kelemen R.D., Europe's Other Democratic Deficit: National Authoritarianism in Europe's Democratic Union, 'Government and Opposition' 2017, vol. 52, no. 2.

Kozak M., Mainardi J., Rights of Complainants before the European Commission: A Critical Analysis, 'Journal of European Competition Law & Practice' 2023, vol. 14, no. 3.

- Malaga M., Does the 'More Appropriate' Authority Need to Be Independent? Rule of Law Implications for Case Referrals with Respect of Concentrations, 'Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies' 2022, vol. 15, no. 25.
- Nehl H.P., Principles of Administrative Procedure in EC Law, Portland 1999.
- Opinion 2/13 of CJEU of 18 December 2014 (Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU).
- Presidency conclusions of the European Council of 15–16 October 1999 on the creation of an area of freedom, security and justice in the European Union (O.J. D/99, 15–16.10.1999, p. 14).
- Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget (O.J. L 433 I, 22.12.2020, p. 1).
- Urbańska M., Sikora K., Important Changes to the Competition and Consumer Protection Act Are on the Way, <https://cms-lawnow.com/en/ealerts/2023/02/important-changes-to-the-competition-and-consumer-protection-act-are-on-the-way>.
- Van Rompuy B., The European Commission's Handling of Non-Priority Antitrust Complaints: An Empirical Assessment, 'World Competition' 2022, vol. 45, no. 2.
- Van Rompuy B., Independence as a Prerequisite for Mutual Trust between EU Competition Enforcers: Case T-791/19, *Sped-Pro v Commission*, 'Journal of European Competition Law & Practice' 2022, vol. 13, no. 6.
- White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty Decentralization (Commission Programme No. 99/027, 28.04.1999).

Sofia Oliveira Pais

Universidade Católica Portuguesa, Portugal

spais@ucp.pt

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3721-5799>

Marta Prata Domingos

Universidade Católica Portuguesa, Portugal

mardomingos@ucp.pt

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7557-2626>

The Principle of Equal Treatment in the *Google Shopping* Case

Abstract: This article reflects on the principle of equal treatment as a constant feature that pervades the European Union's legal order and its specific role in competition law. Throughout history, this principle has been a foundation stone for developing the characteristics, such as freedom of movement, that one would consensually recognise as distinctive features that make the European Union a *sui generis* political construction. After a brief analysis of the principle's development and ever-expanding contours, with new instruments emerging along the way and contributing to its importance, we will focus on the application of this principle to competition law. Paying particular attention to the *Google Shopping* case, we will demonstrate how the general principle of equal treatment remains relevant when confronted with new types of discriminatory abuses.

Keywords: Google Shopping, leveraging abuse, principle of equal treatment, self-favouring

Introduction

The *Google Shopping*, involving discriminatory abuses, is a landmark case for two reasons: the Court considered self-favouring as an independent category of abuse and, in addition, invoked for the first time the principle of equal treatment as a general principle to be applied to competition cases. The prohibition of discrimination was implicit in several types of abuse of dominant position, such as exclusivity clauses, refusal to deal and margin squeeze, and was mentioned explicitly in the pro-

hibition of discriminatory prices and conditions. The existence of a general principle of equal treatment in competition law and its scope in the specific context of Article 102 TFEU remains, however, a controversial issue. In this article, we will begin by analysing the principle of equal treatment enshrined in the Charter of Fundamental Rights to set the necessary framework to discuss its application to the *Google Shopping* case and beyond.

1. The principle of equal treatment

1.1. Preliminary remarks

In varietate concordia – United in Diversity – has been the official motto of the European Union since 2000. Used as a representation of the tumultuous past that served as the motivation to bring different countries and their peoples under one common organisation, it is also a promise and a compromise with both the present and the future. Enshrined in the European legal system since its foundation, the principle of non-discrimination has assumed different forms and has expanded its scope progressively; it can now be found in multiple legal instruments, ranging from non-discrimination towards persons to non-discrimination towards products. In fact, the distinctive concept of freedom of movement across Member States, be it of workers, capital, services or goods, is based on that idea of non-discrimination.¹

From the outset, the founding treaties made a point of incorporating this concern into their norms. The Treaty Establishing the European Economic Community (EEC Treaty) (1957) prohibited any sort of discrimination based on nationality in its Article 7. Among other provisions, Chapter 8 of the Treaty Establishing the European Coal and Steel Community (1951), dedicated to wages and labour movement, explicitly stated that Member States could not impose any restrictions on the workers of coal and steel industries based solely on their nationality. In fact, the elimination of distinctions between factors of production was ‘instrumental’ to the establishment of the freedom of movement and to the integration process as well.² This becomes clear if we imagine a scenario in which products from other Member States would have a less favourable treatment than domestic products. The same situation would apply *mutatis mutandis* to workers if nationals received better treatment than those originating from other Member States. Freedom of movement would be unattractive to any factor of production.

This was later demonstrated in 1980, in a case addressing the difference in the taxation of national and imported spirituous beverages in France. The Court con-

1 C. Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms* (6th ed.), Oxford 2019.

2 M. Bell, *The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening*, (in:) P. Craig, G. De Burca (eds.), *The Evolution of EU Law* (2nd ed.), Oxford 2011.

sidered that the differences between the products were not enough to legitimise tax differences and, consequently, the different handling was incompatible with the principle of equality of treatment of domestic and imported products.³

As such, ‘the principle of equal treatment – and its corollary of non-discrimination – have been the keys to the breaking down of protectionist barriers between Member State markets and to the creation of a unified market.’⁴ In fact, when speaking about the ‘market-unifying role’ of equal treatment, More describes its effect as restraining ‘Member State action impeding access to national markets, yet without at the same time creating uniformly regulated markets.’⁵

In 1977, the Court established that the prohibition of discrimination was a ‘specific enunciation of the general principle of equality’ and that it constituted one of the fundamental principles of the then Community.⁶ Acquiring such a status means that it is embedded in the normative core of the legal system and will permeate all areas of EU action, adopting different conformations in response to the specific challenges of each field.⁷ In Watson’s words, the general principles of EU law ‘add flesh to the bones of Union law, which being expressed in a framework treaty, would, in their absence, have remained a mere skeleton of rules falling short of a proper legal order.’⁸ Therefore, the general principles, and more specifically, the general principle of equality, act as the background melody that gives cohesion and meaning to all the different parts of EU music.

Although there has been a long discussion in legal doctrine about the distinction between the principle of equal treatment and the principle of non-discrimination, the Court and some parts of the literature have used both concepts interchangeably. As it has recently reaffirmed in its case law, ‘the general principle of equal treatment and non-discrimination requires that comparable situations are not treated differently unless differentiation is objectively justified.’⁹ This is a straightforward adaptation of the Aristotelian postulate of treating equivalent situations in the same manner, later elaborated by other authors and used as an end goal for socio-transformative moments such as the French Revolution.¹⁰

3 Judgment of the CJEU of 27 February 1980 on the case of *Commission of the European Communities v. French Republic*, C-168/78, EU:C:1980:51, paras 5 and 16.

4 G. More, *The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?* (in: P. Craig, G. De Burca (eds.), *The Evolution of EU Law* (1st ed.), Oxford 1999.

5 *Ibidem*.

6 Judgment of the CJEU of 19 October 1977 on the case of *Ruckdeschel and Others v. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, C-117/76 and 16/77, EU:C:1977:160, para. 7.

7 S. Prechal, *Non-Discrimination Does Not Fall Down from Heaven: The Context and Evolution of Non-Discrimination in EU Law*, ‘Eric Stein Working Paper’ 2009, no. 4.

8 P. Watson, *EU Social and Employment Law*, Oxford 2014.

9 Judgment of the CJEU of 26 October 2017 on the case of *Marine Harvest v. European Commission*, T-704/14, EU:T:2017:753, para. 207.

10 Aristotle, *Nicomachean Ethics*, ed. and trans. R. Crisp (rev. ed.), Cambridge 2019.

Prior to this, the EEC Treaty had already introduced an important milestone by referring to equal pay between men and women in its Article 119. Later, the iconic *Defrenne v. Sabena* case law trilogy served as the stage for the Court to affirm the importance of the equality of pay regardless of sex, but also to highlight the sometimes-camouflaged economic interest behind it. Article 117 was described by the Court as pursuing a double aim 'which is at once economic and social'.¹¹ As such, besides guaranteeing better working and living conditions for their workers irrespective of sex, there was also the underlying concern of avoiding a competitive disadvantage in relation to the Member States who had already included the elimination of difference of payment in their national legislations.

The Court has, indeed, been an important propeller in the development of the principle of non-discrimination, and its jurisprudence has been reflected in several normative changes.

Until the Treaty of Amsterdam (1997), the fight against discrimination was limited to the distinction between genders and nationalities in a work context, which translates the market integration-oriented mindset.¹² Nevertheless, it is relevant to acknowledge these two factors as driving forces for the modern EU anti-discrimination realm.

The Amsterdam Treaty broadened the spectrum, encompassing racial and ethnic origin, religion, disability, age and sexual orientation. Since then, these norms have been used as bases for several European legal instruments that have materialised the principle of equality into specific measures. As such, Article 13 of the Treaty of Amsterdam (now Article 19 TFEU) is seen as a fundamental step which creates a 'new legislative competence' that allows the legislator to create specific measures tailored for each different area and challenge.¹³

In 2000, the EU gained a new legal instrument solely dedicated to the protection of fundamental rights. The Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter the Charter) appeared as a political compromise, a non-binding instrument firstly designed and enacted with the purpose of showcasing the protection of EU citizens' fundamental rights.¹⁴ For some, it was also a first step towards a desired federal constitution.¹⁵

11 Judgment of the CJEU of 8 April 1976 on the case of *Defrenne v. Sabena (II)*, C-43/75, EU:C:1976:56, paras 8 and 9.

12 D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, 2007.

13 E. Muir, The Essence of the Fundamental Right to Equal Treatment: Back to the Origins, 'German Law Journal' 2019, vol. 20, pp. 817–839.

14 Cologne Conclusion of the Presidency, Annex IV: European Council Decision on the Drawing up of a Charter of Fundamental Rights of the European Union, 3–4 June 1999.

15 D. Anderson, C.C. Murphy, The Charter of Fundamental Rights, (in:) A. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford 2012.

The Charter devotes an entire title (Title III) to the topic of equality, starting with Article 20, which opens the Title with the principle of equality before the law. With its very simple and straightforward formula ‘everyone is equal before the law’, the norm has more layers than what initially meets the eye, opening the door to the different components of the equality principle enlisted in the following articles. Article 21 of the Charter prohibits any kind of discrimination, irrespective of the grounds. In its second paragraph, it explicitly references the prohibition of any kind of discrimination based on nationality, within the scope of the treaties. By explicitly referring to the treaties’ framework, the Charter refuses to extend this prohibition’s scope beyond situations involving EU citizens in cross-border circumstances.¹⁶ The remaining five articles that make up the equality part of the Charter are devoted to cultural, religious and linguistic diversity (Article 22), equality between men and women (Article 23), the rights of children and the elderly (Articles 24 and 25) and the integration of persons with disabilities (Article 26).

1.2. The Post-Lisbon era

1.2.1 The binding legal status of the Charter

After the failure surrounding the Constitutional Treaty (2004), the Treaty of Lisbon appeared as a halfway response to conciliate the wills of different Member States.¹⁷ Nonetheless, despite being a middle-ground compromise, the Treaty of Lisbon introduced essential changes to the European legal landscape.

After much debate around it and about the appropriate method to do it, the Treaty of Lisbon finally recognised the full legal status of the Charter, which became legally binding and with the same legal value as the treaties. Despite not being absorbed by the treaties’ text, Article 6 of the Treaty on the European Union serves as the gateway for the Charter and, consequently, for the rights, freedom and principles established therein.

The elevation of the Charter’s legal status also appears as an answer to the challenge presented by the Court in some of its case law. In the *Schmidberger* case, when discussing the articulation of the fundamental freedoms guaranteed by the treaties and the protection of fundamental rights (*in casu*, those envisioned in the European Convention on Human Rights), the Court defended the need to reconcile both.¹⁸ As mentioned above, the European Union is only in a position to achieve complete freedom of movement for its citizens if it is also able to protect their fundamental rights

16 E. Muir, *The Essence...*, *op. cit.*

17 European Parliament Resolution of 20 February 2008 on the Treaty of Lisbon (2007/2286(INI)), points D–G.

18 Judgment of the CJEU of 12 June 2003 on the case of *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333, para. 77.

to the same degree.¹⁹ As such, by elevating the provisions of the Charter to the same level as those enshrined in the treaties, the legislator confirmed that the conciliatory approach is indeed the appropriate way forward in order to avoid a competition in which the rights and principles guaranteed by the Charter would lose due to the inferior legal status of the instrument.²⁰ The Court has since confirmed that the Charter is the leading standard for the protection of fundamental rights whenever the application of EU law is at stake.²¹

1.2.2. Horizontal clauses

The changes around the Charter were, however, not the only innovation arriving with the Lisbon Treaty. At the same time, it introduced a horizontal clause in the then new Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) establishing the need to fight discrimination in all Union policies and activities (Article 10 TFEU). Alongside Article 8, which promotes equality between men and women, Article 10 has been considered as a manifestation of the equality mainstreaming strategy. These two articles are part of a larger group of horizontal clauses inserted in the first part of the TFEU, and the fact that they are included in an initial part of the Treaty may not be an accident. They can be seen as lenses through which one should face the opportunities raised by the remaining legal text.²²

Nevertheless, at first sight, Article 10, which actually stems from the Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe (Article III-118), seems to introduce nothing new. It echoes the urge to ensure that the fight against discrimination is present in all Union activities and policies. The questions linked to the intention behind introducing these norms into the Treaty's text are thus legitimate, taking into consideration the existence of such a complex and complete equality framework. In fact, even before the insertion of these norms, one could already perceive the existence of non-discriminatory concerns in the EU's legislative process.²³

Despite their apparently meaningless manifestation in the Treaty, the horizontal equality clauses have been used as an extra tool in the European toolkit. When it comes to jurisprudential activity, and since they should penetrate all areas and act as

19 A. Torres Pérez, 'The Federalizing Force of the EU Charter of Fundamental Rights', *International Journal of Constitutional Law* 2017, vol. 15, no. 5, pp. 1080–1097.

20 C. Franklin, 'The Legal Status of the EU Charter of Fundamental Rights after the Treaty of Lisbon', *Tilburg Law Review* 2010, vol. 15, no. 2, pp. 137–162.

21 Judgment of the CJEU of 26 February 2013 on the case of *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, paras 56–58.

22 E. Psychogiopoulou, 'The Horizontal Clauses of Arts 8–13 TFEU Through the Lens of the Court of Justice', *European Papers* 2022, vol. 7, no. 3, pp. 1357–1380.

23 E.g. the Posted Workers Directive, Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.

a yardstick, these norms have been used by the Court as interpretative instruments.²⁴ However, we can infer from the Court's case law that the use of these clauses has not been consistent, at least so far, with the Court using these instruments only when in need of an extra building block for its argument.

In 2015, in a case surrounding the losses of private investors in Greek debt instruments, the parties invoked Article 10 TFEU in conjunction with Articles 20 and 21 of the Charter to affirm the principle of equal treatment for all creditors or savers. However, when replying to the plea, the General Court only considered the norms of the Charter, disregarding the horizontal clause of the Treaty.²⁵ Nevertheless, in a later judgment, the Court itself invoked one of the horizontal clauses. In a case opposing Hungary to the European Parliament, and which contested the legal basis chosen to adopt the directive designed to amend the Posting of Workers Directive,²⁶ the Court affirmed the need to accommodate the protection of the objectives enshrined in the horizontal clause of Article 9, even when the purpose of the legislative initiative is to ensure the freedom to provide services.²⁷ Besides reconciling the social and economic goals of the Union, the Court drew out of the apparently vague text of Article 9 the 'legal requirement' for the legislator to respect the aims enlisted in the horizontal clauses.²⁸ The same decision was replicated in the parallel case initiated by Poland against the European Parliament on exactly the same grounds.²⁹

Regardless of the fact that no new competences were introduced into the treaties, there is particular importance in the fact that the text of the horizontal clauses can be interpreted as generating a requirement for the legislator and for the European institutions to protect the core values of the Union in all their activities. Their capacity to be present in every single area of the European Union's action makes them a vital weapon to guarantee an effective and widespread fight against discrimination.

24 E. Muir, V. Davio, L. Van der Meulen, The Horizontal Equality Clauses (Arts 8 & 10 TFEU) and Their Contribution to the Course of EU Equality Law: Still and Empty Vessel? 'European Papers' 2022, vol. 7, no. 3, pp. 1381–1403.

25 Judgment of the CJEU of 19 June 2018 on the case of *Alessandro Accorinti v. European Central Bank*, T-79/13, EU:T:2015:756, paras 85–87.

26 Directive (EU) 2018/957 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (O.J. L 173/16, 09.07.2018).

27 Judgment of the CJEU of 8 December 2020 on the case of *Hungary v. European Parliament*, C-620/18, EU:C:2020:1001, paras 45 and 46.

28 P. Pandropolous, How Should Price Discrimination Be Dealt with by Competition Authorities? 'Concurrences' 2007, vol. 3, pp. 34–38

29 Judgment of the CJEU of 8 December 2020 on the case of *Republic of Poland v. European Parliament*, C-626/18 EU:C:2020:1000.

1.2.3. The principle of equal treatment in competition law

Article 102(c) TFEU prohibits dominant undertakings from applying ‘dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage’. Not all discriminatory conduct by a dominant undertaking are prohibited, but in certain circumstances, price and non-price discrimination can raise competition concerns.

There are several types of discrimination. Certain literature distinguishes between exploitative and exclusionary price discrimination. Price discrimination may be exploitative if it reduces consumer welfare by ‘extracting consumer surplus’,³⁰ and it may also discriminate according to the territory, this geographic discrimination being particularly relevant in the pharmaceutical field, where prices vary across countries; or it may be exclusionary, which can be primary or secondary line.

The European Commission has focused its attention on exclusionary abuses, despite the fact that it has been suggested that the initial objective of the European legislator was to condemn exploitative abuses (which directly harmed final consumers): the expression ‘trading partners’ in Article 102(c) should cover consumers who buy goods or services from the dominant company and who are at a competitive disadvantage when paying higher prices for certain products, when compared to other consumers.³¹ Furthermore, the Commission decision in the *Football World Cup* case also pointed in that way.³²

Recently, the Commission explained in a note entitled ‘Personalised Pricing in the Digital Era’ that Article 102(c) may also be used to address abusive personalised prices.³³ In digital markets, the use of personal data allows online sellers ‘the *perfect*’ price discrimination, that is to say, to segment consumers into much smaller groups, and charge different prices, reflecting their maximum willingness to pay. The use of Article 102(c) in these circumstances should be considered a possibility.

Concerning exclusionary abuses, the primary line (or first degree) exclusionary price discrimination intends to exclude competitors’ products and includes, predatory pricing, selective cutting prices or tying strategies, targeting costumers and foreclosing, therefore, competitors (discrimination can be a *plus* regarding other types of abuses). In *Hoffmann-La Roche*, for instance, a case involving fidelity rebates, the Court considered that price discrimination prevented competitors from selling to

30 E. Psychogiopoulou, *The Horizontal Clauses...*, *op. cit.*

31 P. Akman, *To Abuse, or Not to Abuse: Discrimination between Consumers*, ‘European Law Review’ 2007, vol. 32, pp. 492–512.

32 In the *Football World Cup* case, the spectators needed to have an address in France to purchase tickets for the World Cup; cf. Case IV/36.888 – 1998 Football World Cup COMP 36.888.

33 Note by the European Union, OECD, DAF/COMP/WD(2018)128, p. 9. Personalised pricing could also be considered under the category of ‘excessive prices’.

Hoffmann's clients.³⁴ Discrimination was an additional element considered by the Court in the assessment of fidelity rebates as an abuse of dominant position. Therefore, some literature advocates that the application of Article 102(c) to first-degree discrimination is not necessary, as the conduct can be framed as another type of abuse.³⁵

Secondary line (or second degree) price discrimination involves discrimination on downstream markets in which the firm is not active and which may, therefore, raise fewer competition concerns. The dominant firm discriminates against customers and suppliers, placing them at a disadvantage vis-à-vis other companies. An important element to consider in this context is whether the dominant undertaking is vertically integrated or not.³⁶ If it is, it may have an incentive to distort competition in other markets (namely, downstream or neighbouring markets). If it is not vertically integrated, Article 102(c) may still apply, even if, as Advocate General Nils Wahl argued in the *MEO* case, cases concerning pure second-degree discrimination are rare.³⁷ Nevertheless, the Court confirmed that Article 102(c) applies even if the dominant firm is not active in the market:

The commercial behaviour of the undertaking in a dominant position may not distort competition on an upstream or a downstream market, in other words, between suppliers or customers of that undertaking. Co-contractors of such undertakings must not be favoured or disfavoured in the area of the competition which they practise amongst themselves [...] Thus, it is not necessary that the abusive conduct affects the competitive position of the dominant undertaking itself on the same market in which it operates, compared with its own potential competitors.³⁸

34 Judgment of the CJEU of 13 February 1979 on the case of *Hoffmann-La Roche v. Commission*, C-85/76 EU:C:1979:36, para. 90. Some literature claims that rebates should be assessed under Article 102(b) as exclusionary abuses; cf. D. Geradin, N. Petit, Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles, 'Journal of Competition Law & Economics' 2006, vol. 2, pp. 479–531.

35 *Ibidem*.

36 As Geradin and Petit pointed out, a seller who is not integrated vertically has no practical incentive to distort competition in the downstream market 'since it benefits from a competitive downstream market for distributing its goods' (*ibidem*, p. 502). The majority of cases have involved discrimination on the ground of nationality, as in *Corsica Ferries II*, (Judgment of the Court of 17 May 1994, C-18/93). In other cases, the European institutions applied Article 102(c) to second-degree discriminatory abuses by vertically integrated operators, such in the *Clearstream* case, COMP/38.096, 2 June 2004.

37 Judgment of the CJEU of 19 April 2018 on the case of *MEO v. Autoridade da Concorrência*, C-525/16, EU:C:2017:1020, opinion of AG Nils Wahl, para. 80.

38 *Ibidem*, para. 24.

In the *MEO* case the dominant company, GDA, a national copyright collective company, discriminated against its customers, MEO and NOS, active in a market in which GDA did not operate.³⁹

Sometimes, the pricing policy enforced by the dominant undertaking, particularly when carried out by a vertically integrated company, can generate both first- and second-line discrimination. A good example is the *Deutsche Bahn* case.⁴⁰ Deutsche Bahn is the national railway undertaking operating in Germany. It applied different tariffs to container transporters operating on western journeys for equivalent services regarding the use of rail infrastructure, placing its active trading partners at a competitive disadvantage vis-à-vis itself and its subsidiary Transfracht.⁴¹

In order to apply Article 102(c) TFEU, four conditions must be met. First, the dominant company applies *discriminatory conditions*; this expression covers price discrimination, which refers not only to the application of different prices at the wholesale or retail level, but also to the reduction of selective prices or target discounts. The Court of Justice clarified in the *United Brands* judgment that to assess this element, the European Commission had to take into account ‘differences in transport costs, taxation, customs duties, wages of labour force, marketing conditions, the differences in the parity of currencies, [and] the density of competition’, because they may lead to different retail prices in different states.

Second, this case involves *equivalent transactions* which are substitutes, as the European Commission mentioned in the *Scandlines Sverige AB* decision.⁴² In this case the Commission concluded that it was not demonstrated that the dominant firm applied dissimilar conditions to equivalent transactions between ferry operators and cargo operators, when comparing all the services provided by the firm with the level of the total port charges paid respectively by the two categories of customers. Third, the dominant firm does not provide an *objective justification* for applying discriminatory conditions to equivalent transactions and, fourth, that conduct puts the customer at a *competitive disadvantage* vis-à-vis other costumers.⁴³

At the beginning, the Court presumed that a discriminatory practice placed the trading partner at a competitive disadvantage.⁴⁴ The competition authority did not

39 *Ibidem*. The Court did not presume the competitive disadvantage, however, and required exclusionary effects (even potential ones).

40 Judgment of the CJEU of 21 October 1997 on the case of *Deutsche Bahn v. Commission*, T-229/94, EU:T:1997:155.

41 *Ibidem*, para. 93.

42 Decision of the European Commission of 23 July 2004 on the case of *Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg*, COMP/A. 36.568/D3.

43 Communication from the Commission, Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Text with EEA relevance) (O.J. C 45, 24.02.2009, pp. 7–20).

44 Judgment of the CJEU of 15 March 2007 on the case of *British Airways v. Commission*, C-95/04 P, EU:C:2007:166.

have to show evidence of an ‘actual quantifiable deterioration in the competitive position of the business partners taken[,] individually considered’.⁴⁵ In the *MEO* case, the Court adopted a different approach, however, based on anti-competitive effects, emphasising that all the relevant circumstances of the case must be assessed. It brought the *Intel* case into the equation and held that ‘the undertaking’s dominant position, the negotiating power as regards the tariffs, the conditions and arrangements for charging those tariffs, their duration and their amount, and the possible existence of a strategy aiming to exclude from the downstream market one of its trade partners which is at least as efficient as its competitors’ must be assessed by the authorities.⁴⁶

The Court then concluded that the concept of ‘competitive disadvantage’ covers ‘a situation in which that behavior is capable of distorting competition between those trade partners’; it

does not require proof of actual quantifiable deterioration in the competitive situation, but must be based on an analysis of all the relevant circumstances of the case leading to the conclusion that that behavior has an effect on the costs, profits or any other relevant interest of one or more of those partners, so that that conduct is such as to affect that situation.⁴⁷

2. The Google Shopping case

2.1. The decision

The European Commission decided on 27 June 2017 that Google had abused its dominant position on the market for general search services by giving preference to its own comparison shopping site, Google Shopping, when positioning and displaying its general search results pages.⁴⁸ The Commission concluded a seven-year investigation, explaining that this case is a precedent and deciding that the dominant companies that favour their own services are infringing Article 102 TFEU, as this constitutes a new type of abuse.⁴⁹ Users usually only click on the ‘ten highest-ranking generic search results on the first Google general search results page’,⁵⁰ so preferential positioning of Google services is likely to increase traffic to Google services to the detriment of competitors. Google argued that it was entitled to refuse access to its general search page, but the Commission considered it a *leverage* abuse.⁵¹ In other words, the dominant firm sought to use its dominance as a lever to expand its power

45 *Ibidem*, para. 145 and *MEO...*, *op. cit.*, para. 27.

46 *Ibidem*, para. 31.

47 *Ibidem*, para. 37.

48 Commission Decision of 27 June 2017 on the case of *Google Search (Shopping)*, case AT.39740, C(2017) 4444.

49 *Ibidem*, para. 646.

50 *Ibidem*, para. 457.

51 *Ibidem*, paras 644–647 and 649.

in general internet searching into ancillary markets for specialised search services, namely comparison shopping.⁵² The remedy was to ensure that Google treated competing services no less favourably than its own within its general search results pages: all the competing services must be treated on equal terms.⁵³

The Commission decision has been criticised either for considering leverage as an independent category of abuse or for applying this type of remedy. The General Court explained in the *Microsoft* case that *leveraging infringement* is an umbrella expression that covers different forms of abuse, namely refusal to supply and tying, both discussed in the *Microsoft* case, but also margin squeeze and discriminatory rebates, decided in the *TeliaSonera* and *Irish Sugar* cases.⁵⁴ So the use of this expression without further clarification might raise legal uncertainty. In addition, following the effects approach to Article 102 TFEU namely since the *Intel* case, it was claimed that the Commission should have provided a counterfactual analysis.⁵⁵ The Court, however, rejected that claim, acknowledging that it is very hard for the Commission to carry out the analysis and, on the other hand, saying that it cannot be required to do such an analysis, because competition authorities do not have to prove actual effects.⁵⁶ *Ex parte* counterfactual analysis may be submitted to the Court, as occurred in the *Google* case, but the Commission was not required to do so.⁵⁷

Concerning the remedy applied by the Commission, some authors have argued that ‘it perpetuates the abuse by hiding comparison shopping services’ on a tab behind Google’s default comparison shopping page; it should ‘change the search default

52 *Ibidem*, para. 671. See also T. Hoppner, F. Schaper, P. Westerhoff, *Google Search (Shopping) as a Precedent for Disintermediation in Other Sectors: The Example of Google for Jobs*, ‘Journal of European Competition Law & Practice’ 2018, vol. 9, no. 10, pp. 627–644.

53 *Google Search (Shopping)*..., *op. cit.*, para. 699. In the American literature, several authors have considered that the anti-trust investigations of Google’s search practices by the European and American agencies were not grounded in consistent competition lessons: ‘Google’s ranking of specialized search results in general search pages is not an attempt to monopolize vertical searches. Rather it is product improvement that enhances value for consumers’; ‘punishing Google for being a successful competitor would stifle innovation and dynamic competition’, R.H. Bork, J.G. Sidak, What Does the Chicago School Teach about Internet Search and the Antitrust Treatment of Google? ‘Journal of Competition Law & Economics’ 2012, vol. 4, pp. 663–700.

54 Judgment of the CJEU of 17 September 2007 on the case of *Microsoft v. Commission*, T-201/04, EU:T:2007:289, para. 1344; judgment of the CJEU of 17 February 2011 on the case of *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, para. 85; judgment of the CJEU of 7 October 1999 on the case of *Irish Sugar v. Commission*, T-228/97, EU:T:1999: 246, para. 166. This would be confirmed in *Google Search (Shopping)*..., *op. cit.*, paras 162–163.

55 The claim was made by Google; *ibidem*.

56 *Google Search (Shopping)* paras. 377–378.

57 Certain literature argues that counterfactual analysis is an analytical tool used to show effect as a causation, but it is not the only way to make that proof, as the *Google* judgment seems to confirm. Cf. R. di Giovanni Bezzi, Anticompetitive Effects and Allocation of the Burden of Proof in Article 102 Cases: Lessons from the *Google Shopping* Case, ‘Journal of European Competition Law & Practice’ 2022, vol. 13, no. 2, pp. 112–125.

to make what is invisible, visible.⁵⁸ In other words, it was not enough to bring the infringement to an end; the remedy should also eliminate the distortive consequences resulting therefrom.⁵⁹ In the *Google* case, however, the measures adopted were apparently ineffective, according to certain literature, as there was no increase in traffic to competing services.⁶⁰

2.2. The judgment

Google brought an appeal against the decision, and the European General Court largely upheld the decision on 10 November 2021, although framing self-preferencing as a discriminatory abuse (which is interesting, as the Commission never used the term discrimination in its decision). The Court decided that by favouring its own comparison shopping service on its general results pages through more favourable display and positioning, while demoting the results from competing comparison services in those pages by means of ranking algorithms, Google departed from competition on the merits, taking into account specific circumstances:⁶¹ (1) the importance of the traffic generated by Google's general search engine for comparison shopping

58 P. Marsden, *Google Shopping for the Empress's New Clothes: When a Remedy Isn't a Remedy (and How to Fix It)*, 'Journal of European Competition Law & Practice' 2020, vol. 11, no. 10, pp. 553–559.

59 J. Laitenberger, *Competition Enforcement in Digital Markets: Using Our Tools Well and a Look at the Future*, 'GCLC Conference', 31 January 2019, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2019_03_en.pdf (15.05.2023).

60 On the description of Google's compliance obligations and the measures taken by the platform, the Product Listing Ads (PLA) and Comparison Listing Ads (CLA) remedies, see P. Marsden, *Google Shopping...*, *op. cit.*, pp. 555–557. Other authors have suggested that the problem was not only the remedy, but also the deficiencies within the substantive case. They have explained that the Commission's investigation was much broader, and, initially, competition concerns were addressed through commitments negotiations, which were abandoned in 2015. The European competition authority then issued a statement of objections limited to Google's alleged favourable treatment of its own service and imposed fines and a remedy, but did not require Google to send traffic to CSS's websites, nor did it include a restorative requirement. Cf. T. Graf, H. Mostyn, *Do We Need to Regulate Equal Treatment? The Google Shopping Case and the Implications of Its Equal Treatment Principle for New Legislative Initiatives*, 'Journal of European Competition Law & Practice' 2020, vol. 11, no. 10, pp. 561–574. Others have argued that remedies for self-preferencing abuses were 'likely to carry significant implementation risks', namely a dominant firm may apply 'the levelling down remedy', 'providing equal treatment but without procompetitive effects'. C. Ahlborn, G. Van Gerven, W. Leslie, *Bronner Revisited: Google Shopping and the Resurrection of Discrimination under Article 102 TFEU*, 'Journal of European Competition Law & Practice' 2022, vol. 13, no. 2, pp. 87–98.

61 *Google Search (Shopping)...*, *op. cit.*, para. 168: 'while results from competing comparison shopping services could appear only as generic results, that is to say, simple blue links that were also prone to being demoted by adjustment algorithms, results from Google's own comparison shopping service were prominently positioned at the top of Google's general results pages, displayed in rich format and incapable of being demoted by those algorithms, resulting in a difference in treatment in the form of Google's favouring of its own comparison shopping service.'

services; (2) users' behaviour when searching online, which usually concentrates on the first few results; and (3) the fact that the traffic diverted from Google's pages cannot be replaced.⁶²

The Court also noted that, given the universal vocation of Google's general search engine, its conduct involved a certain form of 'abnormality', for the following reasons:⁶³ search engines are open to results from third-party sources, which will increase its credibility; similarities between internet access providers and the obligation of non-discrimination mean that Google cannot distort competition in the downstream market, that is to say, a system of undistorted competition can be guaranteed 'only if equality of opportunity is secured as between the various economic operators',⁶⁴ and Google changed its behaviour on the market for general search services when it entered into the market for specialised search results.⁶⁵

Then the Court confirmed that the general results page appeared to be similar to an essential facility, as there was no economically viable available substitute on the market, but that the *Bronner* judgment was not applicable in the case. The Court distinguished between express refusal to supply, that is to say, practices that explicitly deny requested access to an input, in which case the indispensability test of *Bronner* should apply, and practices that result in an implicit refusal of access, including discriminatory practices such as self-preferencing, which should escape that test.⁶⁶ The Court moved away from traditional case law addressing disruption of supply (for instance the *Commercial Solvents* case) and refusal for the first time (the *Bronner* case) and established a new distinction between express and implicit refusal.⁶⁷ This solution has, however, been criticised, as the boundaries between these categories are difficult to draw. Some literature has therefore advocated either the demise of indispensability, which will increase the discretion of public authorities to decide competition cases, or the need to clarify the concept of indispensability: it should only be

62 *Ibidem*, paras 169–175.

63 *Ibidem*, para. 176.

64 *Ibidem*, para. 180.

65 *Ibidem*, para. 184.

66 *Ibidem*, paras 233 and 234–239. Certain literature suggests, however, that the determinant factor to decide whether indispensability should be required or not is the nature of the remedy, reactive or proactive. In other words, where positive obligations are imposed (such as the access price, amounts to be supplied or conditions of the dealing), indispensability must be required; on the contrary, it is not necessary if the remedy is reactive, that is to say, to bring the infringement to an end; cf. P. Ibáñez Colomo, *Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping*, 'Journal of European Competition Law & Practice' 2019, vol. 10, no. 9, p. 542.

67 Judgment of the CJEU of 6 March 1974 on the case of *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Communities*, joined cases C-6/73 and C-7/73, EU:C:1974:18; judgment of the CJEU of 26 November 1998 on the case of *Bronner*, C-7/97, EU:C:1998:569.

required as an element of the legal test if the case involves a vertically integrated firm and leads to the adoption of proactive remedies.⁶⁸

The Court concluded that Google favoured its own service over competing services. Even if the results from other comparison shopping services were better, they would not receive the same treatment as the results from Google's service in terms of positioning and displaying.

The Court brought the *GT-Link*, *Aéroports de Paris* and *Irish Sugar* cases into the equation, which concern discriminatory abuses that favour the downstream services of the dominant firm.⁶⁹ Yet it did not mention the *MEO* judgment, nor did it qualify self-preferencing as an infringement of Article 102(c), because, as argued by some, it would mean applying the higher standard of infringement established in that case law.⁷⁰ Instead, the Court invoked, for the first time, the principle of equal treatment as a general principle of EU law, which requires that comparable situations must not be treated differently, and different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified.⁷¹

In addition, the Court cited case law applicable to public undertakings and public bodies under Article 106 TFEU, suggesting that, in certain circumstances, common carrier obligations for super-dominant vertically integrated online platforms can be expected.⁷² This solution has been criticised by some, as it may allow other companies to freeride the online platform and turn 'a private, self-made platform into a public facility', functioning as 'a means to impose a neutrality regime on digital gatekeepers'.⁷³

Finally, regarding the argument that the Commission failed to show that competing services were as efficient as Google, the Court held that the Commission was

68 P. Ibáñez Colomo, *Indispensability...*, *op. cit.*

69 *GT-Link v. De Danske Statsbaner*, C-242/95, EU:C:1997:376; *Aéroports de Paris*, C-82/01P, EU:C:2002:617; *Irish Sugar...*, *op. cit.*

70 J. Lindeboom, *Rules, Discretion, and Reasoning According to Law: A Dynamic-Positivist Perspective on Google Shopping*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, vol. 13, no. 2, pp. 63–74. In the *MEO* judgment, the Court required exclusionary effects, even potential ones, in order to consider the second condition of discriminatory abuses fulfilled.

71 *Google Search (Shopping)...*, *op. cit.*, paras 155 and 622.

72 As explained by V.M.K. Reverdin, *Abuse of Dominance in Digital Markets: Can Amazon's Collection and Use of Third-Party Sellers' Data Constitute an Abuse of a Dominant Position under the Legal Standards Developed by the European Courts for Article 102 TFEU?* *Journal of European Competition Law & Practice* 2021, vol. 12, no. 3, p. 195. Today, 'the telecommunication sector is bound by common carrier obligations', like third-party non-discriminatory access. The new trend is to extend those obligations to dominant firms when the input is indispensable, as the Court ruled on the *Deutsche Telekom AG v. European Commission* case, C-280/08P, para. 183.

73 É. Bruc, *Google Shopping and Article 106 TFEU: A Legal Dystopia in the EU Constitutional Order*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2023, pp. 1–12; G. Colangelo, *The Case against Self-Preferencing as a New Antitrust Offense*, <https://truthonthemarket.com/2022/09/22/the-case-against-self-preferencing-as-a-new-antitrust-offense/> (1.06.2023).

not required to prove this: ‘That competitor is not therefore in principle an actual competitor whose actual efficiency would be assessed [...] [and the] use of that test, which involves comparing prices and costs, did not therefore make sense in the present case, since the competition issue identified was not one of pricing.’⁷⁴ The judgment reserved the ‘as-efficient-competitor test’ to price-based exclusionary abuses, although several authors maintain that there is still room for that test in non-price-based exclusionary abuses.⁷⁵

Lastly, the Court ruled out objective justifications for Google’s conduct, and concluded that the Commission did not prove the existence of (actual or potential) anti-competitive effects on the market for general search services, and annulled that part of the decision, confirming, however, the analysis in respect of the market for specialised search services for comparison shopping.

2.3. Should the Google Shopping test be applied to all discriminatory abuses?

Some literature suggests that the Court shifted the ‘paradigm’ with the *Google Shopping* case: ‘relying on the general principle of equal treatment in the context of Article 102 TFEU opens the door for a proper non-discrimination theory of harm.’⁷⁶ A historical perspective was therefore called into the equation, in order to show that European discriminatory abuses were supposed to play a much more significant role in the digital economy: ‘a non-discrimination theory of harm can at least maintain a gap-filling function alongside possible specific rules of the [...] Digital Markets Act.’⁷⁷

Some authors sustain, on the other hand, that, although the General Court’s judgment shapes self-preferencing as a new category of discriminatory abuse, it should be constructed in a narrow way.⁷⁸ The new test should only be applied if two conditions are met: self-preferencing concerns “open” products as opposed to those that are captive for the dominant firm [closed products], e.g. infrastructure which the dominant firm has reserved for its sole use;⁷⁹ and self-preferencing requires that the discriminatory practices ‘compromise the “open” nature of the relevant product’ (in other words, it degraded the quality of the search engine to favour its own service).⁸⁰ In this perspective, the new test is suitable for the platform economy but might not

74 *Deutsche Telekom...*, *op. cit.*, paras 538–539.

75 G. Gaudin, D. Mantzari, ‘*Google Shopping* and the As-Efficient-Competitor Test: Taking Stock and Looking Ahead’, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, vol. 13, no. 2, pp. 125–135.

76 L. Hornkohl, Article 102 TFEU, Equal Treatment Discrimination after *Google Shopping*, ‘*Journal of European Competition Law & Practice*’ 2022, vol. 13, no. 2, pp. 99–111.

77 *Ibidem*. The author suggests that this new category is relevant in other cases, for instance supermarkets or shopping malls that favour their own products.

78 C. Ahlborn, G. Van Gerven, W. Leslie, *Bronner Revisited: Google Shopping ... op. cit.*

79 *Ibidem*, p. 89. This is different from refusal of supply, as in that case the products are only at the dominant firm’s disposal.

80 *Ibidem*.

be very interesting outside that framework: if used broadly, there is a risk that it may capture pro-competitive vertical integration practices.

In the same line of reasoning, others suggest that the Court put forward several positive factors to consider self-favouring an independent abuse:⁸¹ natural monopoly, quasi-essential facility, closure of open infrastructure, and legislative choice for non-discrimination.⁸² The *Google Shopping* case is not a universal legal test for all discriminatory abuses regarding access but can only be applied if these positive factors are met.

Conclusion

The General Court held in the *Google Shopping* case that a company self-favouring its own service is, in certain circumstances, abusing its dominant position. The Court invoked, as a general principle of EU Law, the principle of equal treatment, and framed self-favouring as a new category of abuse, opening the door for national authorities to investigate new anti-competitive strategies. Some national cases, such as *Streetmap/Google* or *Funda*,⁸³ held before the European judgment, already discussed self-preferencing as a discriminatory conduct, although the firm's conducts, in those cases were not considered an exclusionary abuse.⁸⁴ This trend continued

81 F. Bostoen, 'The General Court's *Google Shopping* Judgment: Finetuning the Legal Qualifications and Tests for Platform Abuse', *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, vol. 13, no. 2, pp. 75–85. Although the Court only considers Google a quasi-monopoly, certain authors hold that the general search is a monopolistic market; cf. F. Ducci, *Natural Monopolies in Digital Platform Markets*, Cambridge 2020.

82 Paras 178, 180 and 224–226. In other words, the Net Neutrality Regulation (Regulation (EU) 2015/2120 of the European Parliament and of the Council laying down measures concerning open internet access (O.J. L 310/1 [2015])) applied 'on the upstream market cannot be disregarded when analysing the practices of an operator like Google on the downstream market'; para. 180.

83 In the *Streetmap/Google* case, concerning the favourable search results given to Google Maps, the England and Wales High Court (Chancery Division) held in 2016 that 'the introduction by Google in the UK in June 2007 of the new-style Maps OneBox was not reasonably likely appreciably to affect competition in the market for online maps; [and] if [...] it was likely to have such an effect, Google's conduct in that regard was objectively justified'. In the *Funda* case, the Amsterdam Court of Appeal found in 2020 that one of the largest national real-estate agencies did not abuse its dominant position; it explained that the preferential treatment of NVM agents' property listings on the platform was not similar to that in the *Google Search (Shopping)* decision, as the consumers were not guided by the ranking, and, relying on the *MEO* case, the Court dismissed the discriminatory conduct claim.

84 In the *Google AdX* case, however, the French competition authority sanctioned Google for favouring its own technologies on the online advertising market (cf. decision of 27.06.2021). In this case, Google requested the transaction procedure and proposed several commitments, which were declared binding for a period of three years by the French competition authority. At the European level, the Commission sent a statement of objection to Amazon on the 10 November 2020 for the use of non-public independent seller data to favour its own retail business.

after the *Google Shopping* judgment, and new investigations were opened by several national authorities. The German Competition Authority (BKA), for instance, has initiated a proceeding against Apple, concerning its tracking rules and the App Tracking Transparency Framework, which have raised the suspicion of self-preferencing.⁸⁵ Similarly, the Portuguese Competition Authority (AdC) has collected indicia of self-preferencing behaviour by Google; according to the national authority, the company ‘used information not accessible by competitors on online advertisement auctions in order to change the outcome of those auctions in Google’s favour.’⁸⁶ At the European level, the Commission also exercised its surveillance and sent on 14 June 2023 a Statement of Objections to Google over its abusive practice of favouring its own online display of advertising technology services, to the detriment of competing providers of advertising technology services, advertisers and online publishers.⁸⁷

These enforcement actions brought by national authorities and the European Commission show that self-preferencing as a stand-alone discriminatory abuse, under the principle of equal treatment, is needed to address the anti-competitive behaviours of online platforms. Thus, the general principle of equal treatment under Article 102 TFEU paved the way for new theories of harm. Self-favouring, as well as other new categories of abuse eventually created under the general principle of equal treatment, can be particularly relevant in digital markets, outside the enforcement of the Digital Markets Act, which can only be applied to gatekeepers that offer core platform services.

REFERENCES

- Ahlborn C., Van Gerven G., Leslie W., ‘Bronner Revisited: Google Shopping and the Resurrection of Discrimination under Article 102 TFEU’, *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, vol. 13, no. 2, pp. 87–98.
- Akman P., To Abuse, or Not to Abuse: Discrimination between Consumers, *European Law Review* 2007, vol. 32, pp. 492–512.
- Anderson D., Murphy C.C., *The Charter of Fundamental Rights*, (in:) Biondi A., Eeckhout P., Ripley S. (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford 2012.
- Aristotle, *Nicomachean Ethics*, ed. and trans. R. Crisp (rev. ed.), Cambridge 2019.
- Barnard C., *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms* (6th ed.), Oxford 2019.

85 BKA, 14.06.2022.

86 The investigation moved to the European Commission, which took over the case in view of the scope and impact of the issue at stake; the Portuguese Competition Authority closed the case in September 2022.

87 Cf. European Commission, Antitrust: Commission Sends Statement of Objections to Google Over Abusive Practices in Online Advertising Technology, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207 (13.10.2023).

- Bell M., The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening, (in:) P. Craig, G. De Burca (eds.), *The Evolution of EU Law* (2nd ed.), Oxford 2011.
- Bork R.H., Sidak J.G., What Does the Chicago School Teach about Internet Search and the Antitrust Treatment of Google? *Journal of Competition Law & Economics* 2012, vol. 4, pp. 663–700.
- Bostoen F., The General Court's *Google Shopping* Judgment: Finetuning the Legal Qualifications and Tests for Platform Abuse, *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, vol. 13, no. 2, pp. 75–85.
- Bruc É., Google Shopping and Article 106 TFEU: A Legal Dystopia in the EU Constitutional Order, *Journal of European Competition Law & Practice* 2023, pp. 1–12.
- Colangelo G., The Case against Self-Preferencing as a New Antitrust Offense, <https://truthonthemarket.com/2022/09/22/the-case-against-self-preferencing-as-a-new-antitrust-offense/>.
- di Giovanni Bezzi R., Anticompetitive Effects and Allocation of the Burden of Proof in Article 102 Cases: Lessons from the *Google Shopping* Case, *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, vol. 13, no. 2, pp. 112–125.
- Ducci F., *Natural Monopolies in Digital Platform Markets*, Cambridge 2020.
- European Commission, Antitrust: Commission Sends Statement of Objections to Google Over Abusive Practices in Online Advertising Technology, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207.
- Franklin C., The Legal Status of the EU Charter of Fundamental Rights after the Treaty of Lisbon, *Tilburg Law Review* 2010, vol. 15, no. 2, pp. 137–162.
- Gaudin G., Mantzari D., *Google Shopping* and the As-Efficient-Competitor Test: Taking Stock and Looking Ahead, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, vol. 13, no. 2, pp. 125–135.
- Geradin D., Petit N., Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles, *Journal of Competition Law & Economics* 2006, vol. 2, pp. 479–531.
- Graf T., Mostyn H., Do We Need to Regulate Equal Treatment? The *Google Shopping* Case and the Implications of Its Equal Treatment Principle for New Legislative Initiatives, *Journal of European Competition Law & Practice* 2020, vol. 11, no. 10, pp. 561–574.
- Hoppner T., Schaper F., Westerhoff P., *Google Search (Shopping)* as a Precedent for Disintermediation in Other Sectors: The Example of Google for Jobs, *Journal of European Competition Law & Practice* 2018, vol. 9, no. 10, pp. 627–644.
- Hornkohl L., Article 102 TFEU, Equal Treatment Discrimination after *Google Shopping*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, vol. 13, no. 2, pp. 99–111.
- Ibáñez Colomo P., Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping, *Journal of European Competition Law & Practice* 2019, vol. 10, no. 9, pp. 532–551.
- Laitenberger J., Competition Enforcement in Digital Markets: Using Our Tools Well and a Look at the Future, 'GCLC Conference', 31 January 2019, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2019_03_en.pdf.

- Lindeboom J., Rules, Discretion, and Reasoning According to Law: A Dynamic-Positivist Perspective on *Google Shopping*, 'Journal of European Competition Law & Practice' 2022, vol. 13, no. 2, pp. 63–74.
- Marsden P., Google Shopping for the Empress's New Clothes: When a Remedy Isn't a Remedy (and How to Fix It), 'Journal of European Competition Law & Practice' 2020, vol. 11, no. 10, pp. 553–559.
- More G., The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right? (in:) P. Craig, G. De Burca (eds.), *The Evolution of EU Law* (1st ed.), Oxford 1999.
- Muir E., The Essence of the Fundamental Right to Equal Treatment: Back to the Origins, 'German Law Journal' 2019, vol. 20, pp. 817–839.
- Muir E., Davio V., Van der Meulen L., The Horizontal Equality Clauses (Arts 8 & 10 TFEU) and Their Contribution to the Course of EU Equality Law: Still and Empty Vessel? 'European Papers' 2022, vol. 7, no. 3, pp. 1381–1403.
- Pandropolous P., How Should Price Discrimination Be Dealt with by Competition Authorities? 'Concurrences' 2007, vol. 3.
- Prechal S., Non-Discrimination Does Not Fall Down from Heaven: The Context and Evolution of Non-Discrimination in EU Law, 'Eric Stein Working Paper' 2009, no. 4.
- Psychogiopoulou E., The Horizontal Clauses of Arts 8–13 TFEU Through the Lens of the Court of Justice, 'European Papers' 2022, vol. 7, no. 3, pp. 1357–1380.
- Reverdin V.M.K., Abuse of Dominance in Digital Markets: Can Amazon's Collection and Use of Third-Party Sellers' Data Constitute an Abuse of a Dominant Position under the Legal Standards Developed by the European Courts for Article 102 TFEU? 'Journal of European Competition Law & Practice' 2021, vol. 12, no. 3, pp. 181–199.
- Schiek D., Waddington L., Bell M., *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing 2007.
- Torres Pérez A., The Federalizing Force of the EU Charter of Fundamental Rights, 'International Journal of Constitutional Law' 2017, vol. 15, no. 5, pp. 1080–1097.
- Watson P., *EU Social and Employment Law*, Oxford 2014.

Anna Piszcz

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

piszcz@uwb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7163-3292>

Magdalena Knapp

Uniwersytet Warszawski, Polska

mknapp@wz.uw.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0147-3056>

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 a gwarancje ochrony praw podstawowych strony postępowania antymonopolowego w Polsce – wybrane zagadnienia¹

Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council and Guarantees for the Protection of the Fundamental Rights of a Party to Anti-Monopoly Proceedings in Poland: Selected Issues

Abstract: This article presents how Chapter 2 of Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council (the ECN+ Directive) has been transposed into Polish law. This Chapter refers to the fundamental rights of undertakings in proceedings concerning infringements of Articles 101 and 102 TFEU. The article discusses selected issues related to the correctness of the transposing legislation. It formulates a critical assessment of the content of the Polish legislation and proposes how these provisions could be amended. The authors conclude that even in areas where Chapter 2 is quite self-explanatory, the legislation, being excessively restrained, needed a different approach from the legislature. Next, the scope of the transposing provisions related to the right to be heard, legal professional privilege and privilege against self-incrimination is too narrow, and in the case of the statement of objections, what was done is 'false' implementation.

1 Artykuł powstał w ramach projektu „Wzmacnianie egzekwowania prawa konkurencji przez organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich UE: Problemy proceduralne w Czechach i w Polsce” (PPN/BCZ/2019/1/00007), który jest współfinansowany przez Narodową Agencję Wymiany Akademickiej. Wprowadzenie oraz części 1–3 i 5 opracowała Anna Piszcz, część 4 opracowała Magdalena Knapp, a wnioski są wspólne.

Keywords: competition authority, Directive 2019/1, ECN+ Directive, fundamental rights, guarantees, President of the Office of Competition and Consumer Protection

Słowa kluczowe: organ ochrony konkurencji, dyrektywa 2019/1, dyrektywa ECN+, prawa podstawowe, gwarancje, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK)

Wprowadzenie

W Polsce implementacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r. mającej na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego (dalej: dyrektywa ECN+)² wymagała przede wszystkim zmiany przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.k.)³. Termin na wykonanie dyrektywy ECN+ upłynął 4 lutego 2021 r. Jednakże prace nad projektem ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (dalej: projekt noweli u.o.k.k.)⁴ istotnie się przedłużyły. Ustawa z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (dalej: nowela u.o.k.k.)⁵, która weszła w życie 20 maja 2023 r., m.in. dodała w u.o.k.k. przepisy implementujące rozdział II dyrektywy, który odnosi się do poszanowania praw podstawowych przedsiębiorstw⁶ w postępowaniach dotyczących naruszeń art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁷ (dalej: TFUE). W Polsce organem prowadzącym postępowania antymonopolowe dotyczące naruszeń art. 101 lub 102 TFUE (równoległe z – odpowiednio – art. 6 lub 9 u.o.k.k.) jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK).

Zanim Komisja Europejska rozpoczęła prace nad projektem dyrektywy ECN+, w literaturze przedmiotu powątpiewano w możliwość prawodawczej („twardej”) harmonizacji standardów proceduralnych dotyczących postępowania krajowych organów ochrony konkurencji (ang. *national competition authorities*, dalej też: NCA) w sprawach naruszeń art. 101 lub 102 TFUE⁸. Jednocześnie zwracano uwagę na niższe od unijnych standardy proceduralne obowiązujące w postępowaniach antymo-

2 Dz.Urz. UE L 11 z 14.01.2019, s. 3.

3 Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1689 ze zm.

4 Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw, <https://legislacja.gov.pl/projekt/12342403> (3.09.2023).

5 Dz.U. z 2023 r. poz. 852.

6 W kontekście unijnym będziemy posługiwać się określeniem „przedsiębiorstwo”, natomiast w kontekście krajowym – „przedsiębiorca”.

7 Tekst jedn. Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 47.

8 K. Kowalik-Bańczyk, Procedural Autonomy of Member States and the EU Rights of Defence in Antitrust Proceedings, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2012, nr 5(6), s. 229; R. Nazzini, Some Reflections on the Dynamics of the Due Process Discourse in EC Competition Law, „The Competition Law Review” 2005, nr 2(1), s. 30.

nopolowych prowadzonych przez Prezesa UOKiK⁹. Dyrektywa ECN+ co do zasady jest oparta na metodzie harmonizacji minimalnej, a nie harmonizacji zupełnej¹⁰, co oznacza, że polski ustawodawca przy redefiniowaniu owych standardów proceduralnych mógł poprzestać na minimum określonym dyrektywą ECN+ albo wprowadzić czy utrzymać standardy wyższe. Podstawowym rozwiązaniem wykraczającym poza wymagane minimum – ale jedynym rozsądnym z praktycznego punktu widzenia, a tym samym narzuconym państwom członkowskim przez prawodawcę unijnego niejako „tylnymi drzwiami” – było odniesienie nowych przepisów dotyczących standardów proceduralnych nie tylko do postępowań z elementem unijnym, ale również do postępowań dotyczących naruszeń o charakterze czysto wewnątrz krajowym. Celem artykułu jest ocena prawidłowości wybranych aspektów transpozycji do prawa polskiego przepisów dyrektywy ECN+ odnoszących się do poszanowania praw podstawowych przedsiębiorstw w postępowaniach dotyczących naruszeń art. 101 lub 102 TFUE. Ponadto artykuł zawiera krytyczną ocenę treści omawianych przepisów noweli u.o.k.k. oraz propozycję, w jaki sposób przepisy te mogłyby zostać zmodyfikowane.

Do realizacji powyższych zamierzeń jako metoda badawcza została obrana analiza językowo-logiczna tekstu dyrektywy ECN+ oraz tekstów krajowych, wpisana w szerszy, hermeneutyczny obraz interpretacji tekstów prawnych, w którym jest akcentowana rola wykładni systemowej oraz funkcjonalnej. W przypadku dyrektywy ECN+ analiza dotyczyła również preambuły – ze względu na jej użyteczność w wykładni funkcjonalnej aktu prawnego.

1. Gwarancje ochrony praw podstawowych strony postępowania według dyrektywy ECN+

Rozdział II dyrektywy ECN+ („Prawa podstawowe”) dotyczący poszanowania praw podstawowych przedsiębiorstw w postępowaniach dotyczących naruszeń art. 101 lub 102 TFUE składa się z jednego artykułu, tj. art. 3 zatytułowanego „Gwarancje”. Z art. 3 ust. 1 dyrektywy ECN+ wynika, że postępowania dotyczące naruszeń art. 101 lub 102 TFUE, w tym wykonywanie uprawnień, o których mowa w dyrektywie ECN+, przez NCA muszą być zgodne z ogólnymi zasadami prawa UE oraz Kartą praw podstawowych Unii Europejskiej (dalej: KPPUE). Motyw 14 preambuły dyrektywy ECN+ w dwóch pierwszych zdaniach rozwija ten przepis. Wskazuje, że wykonywanie uprawnień, w tym uprawnień dochodzeniowych, przyznanych NCA na mocy dyrektywy ECN+ powinno podlegać odpowiednim gwarancjom, które

9 M. Bernatt, *Convergence of Procedural Standards in the European Competition Proceedings*, „The Competition Law Review” 2012, nr 8(3), s. 260–267.

10 Zob. też K. Dobosz, M. Scheibe, *Pierwsze uwagi i wątpliwości po przedstawieniu projektu anty-monopolowej dyrektywy efektywnościowej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 6, s. 104.

będą spełniać co najmniej normy przewidziane w ogólnych zasadach prawa Unii i w KPPUE, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE), zwłaszcza w kontekście postępowań, które mogą doprowadzić do nałożenia kar pieniężnych. Ponadto wskazuje, że te gwarancje mają obejmować prawo do dobrej administracji (zob. art. 41 KPPUE) oraz poszanowanie prawa przedsiębiorstwa do obrony.

Artykuł 3 ust. 2 dyrektywy ECN+ wymaga od państw członkowskich zapewnienia, że wykonywanie przez NCA uprawnień, o których mowa w art. 3 ust. 1, będzie podlegało odpowiednim gwarancjom, ale odnosiło się już wyłącznie do poszanowania praw przedsiębiorstw do obrony, w tym:

- prawa do bycia wysłuchanym (zob. też motyw 14 zd. 2 preambuły i art. 41 ust. 2 lit. a KPPUE);
- prawa do skutecznego środka odwoławczego przed sądem – motyw 14 zd. 6 preambuły dyrektywy ECN+ stwierdza, że adresaci decyzji NCA, w szczególności decyzji o stwierdzeniu naruszenia art. 101 lub 102 TFUE oraz o nałożeniu środków zaradczych lub kar pieniężnych, powinni mieć to prawo, zgodnie z art. 47 KPPUE (zob. też motyw 14 zd. 7 preambuły i art. 41 ust. 2 lit. c KPPUE).

Z kolei art. 3 ust. 3 dyrektywy ECN+ nakazuje państwom członkowskim zapewnić, by NCA:

- prowadziły postępowania w sprawie stosowania prawa w rozsądnych ramach czasowych (zob. też motyw 14 zd. 2 i 8 preambuły i art. 41 ust. 1 KPPUE);
- przed wydaniem decyzji na podstawie art. 10 dyrektywy ECN+ przyjmowały szczegółowe uzasadnienie zarzutów (ang. *statement of objections*) – motyw 14 zd. 3 preambuły rozwija powyższy wymóg w ten sposób, że NCA powinny poinformować strony objęte postępowaniem o wstępnych zastrzeżeniach w formie szczegółowego uzasadnienia zarzutów lub podobnego środka, a strony postępowania powinny mieć możliwość skutecznego przedstawienia swoich opinii w sprawie wniesionych zastrzeżeń (zob. też motyw 14 zd. 4 i 5 preambuły oraz art. 41 ust. 2 lit. b KPPUE).

Artykuł 3 dyrektywy ECN+ jest wręcz oceniany jako nieprzedstawiający żadnej wartości dodanej w porównaniu do już istniejących i obowiązujących państwa członkowskie regulacji¹¹, jako że jedynie powtarza to, co już ma źródło w orzecznictwie TSUE i art. 51 ust. 1 KPPUE¹². Istotnie, z art. 51 ust. 1 KPPUE wynika, że posta-

11 M. Botta, The Right of Defense in the ECN + Directive. Florence Competition Programme Annual Training, Advanced Competition Seminar, 2018, http://fcp.eu.europa.eu/wp-content/uploads/sites/7/2019/02/2_BOTTA-seminar-ECN-13.8.2017.pdf (3.09.2023), s. 6.

12 W.P.J. Wils, Fundamental Procedural Rights and Effective Enforcement of Articles 101 and 102 TFEU in the European Competition Network, „World Competition” 2020, nr 43(1), cz. IV.A.

nowienia KPPUE mają zastosowanie do państw członkowskich w zakresie, w jakim stosują one prawo UE. Szanują one zatem prawa, przestrzegają zasad i popierają ich stosowanie zgodnie ze swymi odpowiednimi uprawnieniami i w poszanowaniu granic kompetencji Unii powierzonych jej w Traktatach.

Dodać należy, że poza rozdziałem II art. 8 dyrektywy ECN+ odnosi się w ograniczonym zakresie do gwarancji wolności od samooskarżania, podkreślonej w motywie 35 preambuły w kontekście uprawnień dochodzeniowych NCA. Żądanie informacji od przedsiębiorstw nie powinno stawiać ich w sytuacji, w której zmuszone są do przyznania się do popełnienia naruszenia. Ponadto art. 31 ust. 1 dyrektywy ECN+ przewiduje możliwość przyznania dodatkowych gwarancji proceduralnych osobom fizycznym w postaci niewykorzystywania informacji pozyskanych przez NCA w drodze kontroli, przeszukania lub wniosku o informacje w celu nałożenia sankcji na tę osobę.

Motyw 14 zd. 9 preambuły dyrektywy ECN+ podkreśla, że struktura gwarancji powinna zapewniać odpowiednią równowagę między poszanowaniem praw podstawowych przedsiębiorstw oraz obowiązkiem zagwarantowania skutecznego egzekwowania art. 101 i 102 TFUE. Niedostatki regulacji w zakresie poszanowania praw podstawowych przedsiębiorstw (w tym zbyt ni precyzyjność, nadmierna ogólnikowość) uznaje się jednak w literaturze za znaczące do takiego stopnia, że mogą one prowadzić do paradoksu wyrażającego się w istotnym zróżnicowaniu poziomu ochrony tych praw w poszczególnych państwach członkowskich przy jednoczesnych dość konwergentnych uprawnieniach NCA¹³. To zaś przesądza o braku równowagi podkreślanej w motywie 14 zd. 9.

Podzielamy wyrażony w piśmiennictwie pogląd, że omówiona regulacja jest zbyt lakoniczna i pomija pewne istotne kwestie, a tym samym instytucje unijne straciły doskonałą okazję do zunifikowania ochrony praw podstawowych przedsiębiorstw, których dotyczą dochodzenia lub postępowania w sprawach ochrony konkurencji¹⁴. Z perspektywy prawa do obrony istotne znaczenie mają: prawo do rzetelnego procesu (art. 47 KPPUE), domniemanie niewinności (art. 48 ust. 1 KPPUE), ochrona tajemnicy komunikacji pomiędzy prawnikiem a przedsiębiorstwem, tj. ang. *legal professional privilege*, dalej: LPP (na poziomie UE wywodzona w szczególności z art. 48 ust. 2 KPPUE), zasady proporcjonalności oraz legalności kar, w tym niedziałanie prawa wstecz (art. 49 KPPUE), zasada *ne bis in idem* (art. 50 KPPUE), prawo do prywatno-

13 M. Michałek-Gervais, Protection of the Fundamental Rights of Companies under the ECN+ Directive: A Milestone or a Missed Opportunity?, (w:) M. Błachucki (red.), International Cooperation of Competition Authorities in Europe: From Bilateral Agreements to Transgovernmental Networks, Warszawa 2021, s. 112; por. M. Rea, New Scenarios of the Right of Defence Following Directive 1/2019, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2019, nr 12(20), s. 115.

14 M. Michałek-Gervais, Protection..., *op. cit.*, s. 112.

ści (w kontekście przeszukań)¹⁵, wolność od samooskarżania. Ostatni wątek został wprowadzie uregulowany w art. 8 oraz 31 ust. 1 dyrektywy ECN+ oraz motywie 35 jej preambuły, dodanych w toku procesu legislacyjnego przez Parlament Europejski. Należy jednak zauważyć, że regulacja ta, umieszczona w rozdziale IV („Uprawnienia”) oraz rozdziale IX („Przepisy ogólne”), ma bardzo ograniczony zakres i rozciąga się jedynie na żądania przez NCA informacji w związku ze stosowaniem art. 101 i 102 TFUE, podczas gdy dyrektywa ECN+ powinna gwarantować wolność od samooskarżania w toku korzystania przez NCA ze wszystkich uprawnień dochodzeniowych i regulować ją w rozdziale II (art. 3).

2. LPP

W tabeli zgodności dotyczącej implementacji Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 (dalej: tabela zgodności)¹⁶ projektodawca wskazał na konieczność implementacji poszczególnych przepisów dyrektywy ECN+ (i sposób tej implementacji) bądź brak takiej konieczności (i uzasadnienie jej braku). W przypadku art. 3 ust. 1 dyrektywy ECN+ przyznano, że konieczna jest jego implementacja, natomiast zaskakujące jest to, że uznano, iż ma to nastąpić poprzez dodanie nowelą u.o.k.k. wyłącznie regulacji dotyczącej LPP (ochrony komunikacji z prawnikiem, ochrony tajemnicy porady prawnej¹⁷).

Co do samego LPP, należy zauważyć, że regulacja wprowadzona nowelą u.o.k.k. ma zbyt wąski zakres i to zarówno podmiotowy, przedmiotowy, jak i „czasowy”. Wymieniając ten ostatni aspekt, mamy na myśli pewne etapy czynności dochodzeniowych Prezesa UOKiK. Dodany art. 105da u.o.k.k. ma zastosowanie wyłącznie w toku kontroli oraz przeszukania (przez odesłanie z art. 105q pkt 1 u.o.k.k.). W pierwszej wersji projektu noweli u.o.k.k. ten zakres był jeszcze węższy, gdyż obejmował wyłącznie przeszukiwanie, natomiast nie obejmował kontroli. Na żadnym etapie prac nad nowelą u.o.k.k. nie włączono do niego żadnych innych etapów postępowania czy czynności dochodzeniowych Prezesa UOKiK.

Zakres podmiotowy LPP również jest nadmiernie ograniczony, gdyż obejmuje niezależnego – od kontrolowanego bądź przeszukiwanego – adwokata, radcę praw-

15 Zob. m.in. B. Targański, *Judicial Review of Decisions Relating to Inspections of the President of the Polish Office of Competition and Consumer Protection – Between the Judgment of the European Court of Human Rights in Case Delta Pekárny v. The Czech Republic and the Judgement of the Polish Constitutional Tribunal of 16 January 2019 in Case P 19/17*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, nr 24(2), s. 187 i n.

16 Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12342403/katalog/12757034#12757034> (3.09.2023).

17 Co do nazewnictwa w prawie polskim zob. P. Korycińska-Rządca, *Ochrona tajemnic strony postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2020, s. 250–251.

nego, prawnika z Unii Europejskiej w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej¹⁸ lub osobę, o której mowa w art. 2a tej ustawy. Na pierwszy rzut oka należy uznać, że tzw. prawnicy *in-house* zostali pozostawieni poza nawiasem projektowanej regulacji, nawet jeśli są to zatrudnieni przez przedsiębiorcę radcowie prawni. Tym samym nowela u.o.k.k. zawęży zakres podmiotowy LPP¹⁹.

Zbyt wąski zakres przedmiotowy dodanej regulacji sprowadza się do tego, że ochroną są objęte wyłącznie ujawnione w toku kontroli bądź przeszukania pisma lub dokumenty zawierające pisemną komunikację między kontrolowanym (przeszukiwanym) a prawnikiem, wytworzoną w celu realizacji prawa kontrolowanego (przeszukiwanego) do uzyskania ochrony prawnej w związku z przedmiotem postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK, w toku którego jest przeprowadzana kontrola bądź przeszukiwanie, lub sporządzoną wyłącznie w celu realizacji prawa kontrolowanego (przeszukiwanego) do uzyskania ochrony prawnej od prawnika, w związku z przedmiotem postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK, w toku którego jest przeprowadzana kontrola bądź przeszukiwanie. Stanowi to nadmierne ograniczenie zakresu ochrony, zwłaszcza że materiał dowodowy zebrany w toku jednego postępowania może być wykorzystywany do celów innego postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK. Dodana regulacja powinna obejmować całą komunikację pomiędzy kontrolowanym (przeszukiwanym) a prawnikiem, jeżeli jest ona prowadzona w celu realizacji prawa kontrolowanego (przeszukiwanego) do uzyskania ochrony prawnej. Po raz kolejny nowela u.o.k.k. zawęży zakres ochrony²⁰.

Zakres ochrony jest nadmiernie ograniczony również przez zakres dopuszczalnych czynności kontrolującego (przeszukującego). Zgodnie z art. 105da ust. 2 zd. 1 u.o.k.k. może on zapoznać się pobieżnie z pismem lub dokumentem, w sposób pozwalający na ustalenie autora, adresata, tytułu, daty sporządzenia i – co więcej – przedmiotu pisma lub dokumentu. Zapoznanie się z przedmiotem materiałów z pewnością wykracza poza ramy pobieżnego zapoznania się. Zastrzeżenia budzi też brak terminu na przekazanie pisma lub dokumentu sądowi ochrony konkurencji i konsumentów, gdy oświadczenie kontrolowanego (przeszukiwanego) o objęciu go LPP budzi wątpliwości. O ile sąd ma mieć termin miesiąca od dnia przekazania (otrzymania) pisma lub dokumentu na rozstrzygnięcie sprawy postanowieniem (art. 105da ust. 5), o tyle termin na ich przekazanie przez Prezesa UOKiK został określony w art. 105da ust. 3 jako „niezwłocznie, nie później niż po zakończeniu kontroli”.

18 Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 823.

19 Szerzej o ochronie tajemnicy porady prawnej udzielanej przez prawnika wewnętrznego P. Korycińska-Rządca, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 277–282; M. Bernatt, B. Turno, *Zasada legal professional privilege w projekcie zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny”* 2013, nr 2(1), s. 19 i n.

20 Zob. P. Korycińska-Rządca, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 282–285.

3. Prawo do bycia wysłuchanym i prawo do skutecznego środka odwoławczego przed sądem

W tabeli zgodności projektodawca zaznaczył, że art. 3 ust. 2 dyrektywy ECN+ dotyczący gwarancji odnośnie do poszanowania praw przedsiębiorstw do obrony, w tym prawa do bycia wysłuchanym oraz prawa do skutecznego środka odwoławczego przed sądem, nie wymaga implementacji. Uzasadniając powyższe, projektodawca przytoczył art. 74 u.o.k.k. („Prezes Urzędu, wydając decyzję kończącą postępowanie, uwzględnia tylko zarzuty, do których strony mogły się ustosunkować”), art. 81 ust. 1 u.o.k.k. dotyczący odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, art. 83 odsyłający w sprawach nieuregulowanych do Kodeksu postępowania administracyjnego (dalej: k.p.a.)²¹, a także art. 10 k.p.a. dotyczący zapewnienia stronom czynnego udziału w każdym stadium postępowania, a przed wydaniem decyzji – umożliwienia im wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Po pierwsze, z prawem przedsiębiorcy do obrony wiąże się wolność od samooskarżania i prawo do milczenia (zob. część 4 poniżej). Po drugie, z prawem przedsiębiorcy do obrony są związane wnioski NCA o informacje (żądania informacji). W u.o.k.k. żądania informacji są uregulowane w art. 50, do którego zostały wprowadzone zmiany w celu implementacji art. 8 dyrektywy ECN+. Adresat nie może żądania informacji zaskarżyć, natomiast jeśli nie uczyni mu zadość, Prezes UOKiK może nałożyć na niego karę pieniężną w drodze decyzji, od której przysługuje odwołanie. Podstawą wniosków o informacje mogą być również przepisy art. 49a u.o.k.k. Brak odpowiedzi na wniosek oparty na tej podstawie nie wiąże się jednak z możliwością nałożenia na adresata kary pieniężnej. W u.o.k.k. brakuje natomiast regulacji żądania informacji w drodze decyzji, który to typ żądania występuje w instrumentarium Komisji Europejskiej stosownie do art. 18 ust. 3 rozporządzenia (WE) nr 1/2003²². Artykuł 8 dyrektywy ECN+ nie zobowiązuje państw członkowskich do wprowadzenia przepisów wzorowanych na art. 18 rozporządzenia (WE) nr 1/2003. Należy jednak podkreślić, że z perspektywy gwarancji praw przedsiębiorstw do obrony, w szczególności prawa do skutecznego środka odwoławczego przed sądem, o którym mowa w art. 3 ust. 2 dyrektywy ECN+, należy postulować wprowadzenie do u.o.k.k. regulacji prawnej żądania informacji w drodze decyzji. Regulacja ta dawałaby przedsiębiorcy prawo do bycia wysłuchanym przed wydaniem decyzji oraz możliwość zainicjowania sądowej kontroli żądania przez Prezesa UOKiK określonych informa-

21 Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.

22 Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.Urz. L 1 z 4.01.2003, s. 1; zob. R. Moisejevas, J. Nasutavičienė, Guarantees of Human Rights in Competition Proceedings in the European Union and the Republic of Lithuania, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, nr 24(2), s. 167–168.

cji lub dokumentów poprzez wniesienie odwołania od decyzji nakazującej udzielenie informacji lub przekazanie dokumentów. W zakresie powyższej problematyki odsyłamy do aktualnych rozważań w literaturze przedmiotu²³.

4. Wolność od samooskarżania

Wolność od samooskarżania jest uprawnieniem wywodzącym się z prawa do obrony i jest standardem w prawie unijnym potwierdzonym w orzecznictwie TSUE, ma swoje podstawy w art. 48 ust. 2 KPPUE oraz art. 6 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka²⁴. Wolność od samooskarżania, często łączona z prawem do milczenia, równoważą uprawnienia dochodzeniowe NCA i ma zapobiegać sytuacjom, w którym przedsiębiorstwo zmuszone jest do dostarczenia informacji potwierdzających jego udział w naruszeniu²⁵.

W u.o.k.k. nie ma regulacji, która przyznawałaby przedsiębiorcy prawo do wolności od samooskarżania. Jedynie art. 105d ust. 2 u.o.k.k. daje możliwość odmowy udzielenia informacji lub współdziałania osobie fizycznej, jeżeli naraziłoby to ją lub jej bliskich na odpowiedzialność karną. W celu implementacji art. 8 dyrektywy ECN+ nowelą u.o.k.k. przyznano analogiczne uprawnienie osobom fizycznym w przypadku żądania informacji na podstawie art. 50 u.o.k.k. Ponadto w art. 50 ust. 5 oraz art. 105d ust. 3 u.o.k.k. dodano zakaz wykorzystania na niekorzyść tej osoby lub jej bliskich – odpowiednio – przekazanych informacji i dokumentów oraz odpowiedzi na pytania w postępowaniu prowadzonym przez Prezesa UOKiK w sprawie nałożenia kary pieniężnej z art. 106a bądź 106b u.o.k.k. (czyli dotyczącej osób zarządzających). Wprowadzenie powyższych regulacji uzupełniło lukę istniejącą w polskim prawie, ponieważ przed 20 maja 2023 r. u.o.k.k. nie przewidywała możliwości usprawiedliwionego nieudzielenia informacji żądanych przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 50 u.o.k.k. Nieprzekazanie informacji wiąże się z sankcjami w postaci kar pieniężnych, co przed nowelizacją stawiało pod znakiem zapytania równowagę między uprawnieniami dochodzeniowymi a prawem do obrony. Zmiana była niezbędna

23 P. Korycińska-Rządca, Uprawnienia dochodzeniowe Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów a Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 – wybrane zagadnienia, „Białostockie Studia Prawnicze” 2023, nr 28(4); P. Korycińska-Rządca, E. Zorková, Harmonisation of the Powers of NCAs in EU Member States. A Few Remarks on the Basis of the Experience of the Czech Republic and Poland After the Deadline for Transposition of the ECN+ Directive Has Passed, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2023, nr 1(12), s. 8–31.

24 M. Michałek, Right to Defence in EU Competition Law: The Case of Inspections, Warszawa 2015, s. 275–309; R. Nazzini, Some Reflections..., *op. cit.*, s. 21–23.

25 M. Bernatt, M. Botta, A. Svetlicinii, The Right of Defense in the Decentralized System of EU Competition Law Enforcement: A Call for Harmonization from Central and Eastern Europe, „World Competition: Law and Economics Review” 2018, nr 41(3), s. 6–10.

również z uwagi na rozszerzenie w art. 50 ust. 1 u.o.k.k. kręgu podmiotów zobowiązanych do udzielenia informacji na pisemne wezwanie Prezesa UOKiK.

Artykuł 8 dyrektywy ECN+ zobowiązuje państwa członkowskie do stosowania unijnych standardów gwarancji proceduralnych w przypadku postępowań z elementem unijnym. Wolność od samooskarżania wskazana w u.o.k.k. nie odpowiada minimalnemu poziomowi obecnemu w postępowaniach Komisji Europejskiej²⁶. W tabeli zgodności projektodawca uznał, że przyznanie gwarancji wolności od samooskarżania jedynie osobom fizycznym wystarcza do implementacji artykułu 8 dyrektywy ECN+. Takie ograniczenie jest niezasadne i powoduje, że przedsiębiorcy, niezależnie od formy organizacyjnoprawnej, nie mogą powoływać się na gwarancje przysługujące osobom fizycznym. Dotyczy to zarówno postępowań z elementem unijnym, jak i czysto wewnątrz krajowych. Prawo do wolności od samooskarżania nie musi mieć takiego samego zakresu wobec przedsiębiorców i osób fizycznych, ale całkowite pozbawienie przedsiębiorcy możliwości odmowy przekazania obciążających informacji nie odpowiada wymogom prawa unijnego. Przedsiębiorca nie może odmówić przekazania informacji, czy to na podstawie art. 50 u.o.k.k., czy w toku kontroli, nie ma również możliwości zakwestionowania zasadności żądania określonych informacji lub dokumentów przez Prezesa UOKiK, o czym mowa w części 3 powyżej.

Brak gwarancji proceduralnych w postaci wolności od samooskarżania był podnoszony w literaturze od lat²⁷. Postulat ten jest słuszny i wciąż aktualny, ponieważ nowela u.o.k.k. nie zmieniła w istotny sposób tego stanu rzeczy, przyznając ograniczone uprawnienia jedynie osobom fizycznym. Jest to kolejna niewykorzystana szansa na podniesienie niższych standardów gwarancji proceduralnych wynikających z u.o.k.k. do poziomu unijnego.

5. Czas prowadzenia postępowań oraz przyjmowanie szczegółowego uzasadnienia zarzutów

W tabeli zgodności stwierdzono, że przepis art. 3 ust. 3 zd. 1 dyrektywy ECN+ dotyczący rozsądnych ram czasowych prowadzenia postępowań w sprawie stosowania prawa nie wymaga implementacji z uwagi na treść art. 92 u.o.k.k. Ten ostatni przepis stanowi, że postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję powinno być zakończone nie później niż w terminie 5 miesięcy od dnia jego wszczęcia. Ponadto odsyła on do odpowiednio stosowanych przepisów art. 35–38 k.p.a.

26 Por. M. Bernatt, *Convergence...*, *op. cit.*, s. 264–265, 281.

27 *Ibidem*, s. 21; A. Młostoń-Olszewska, *Wolność od samooskarżania w postępowaniach w sprawach praktyk ograniczających konkurencję w świetle standardów ochrony praw podstawowych*, Warszawa 2022, s. 59–60.

Natomiast przepis art. 3 ust. 3 zd. 2 dyrektywy ECN+ dotyczący szczegółowego uzasadnienia zarzutów (dalej: SUZ) rzekomo został implementowany w przepisach art. 49 ust. 3 i 4 u.o.k.k. dotyczących obowiązku uzasadniania przez Prezesa UOKiK postanowień o wszczęciu szeregu wymienionych w art. 49 postępowań. Zgodnie z art. 49 ust. 3 zd. 2 uzasadnienie zawiera wyjaśnienie zarzutów stawianych przedsiębiorcy oraz informację o zasadach ustalania wysokości kary pieniężnej w przypadku stwierdzenia, że przedsiębiorca dopuścił się naruszenia przepisów ustawy. Artykuł 49 ust. 3 nie spełnia jednak wymagań art. 3 ust. 3 zd. 2 dyrektywy ECN+. W wielu sprawach postanowienie o wszczęciu postępowania ze swej natury nie zawiera SUZ, bo na początkowym etapie postępowania na takie uzasadnienie jest zbyt wcześnie. Uzasadnienie rządowego projektu noweli u.o.k.k.²⁸ przekonuje, że wprowadzone rozwiązanie „pozostaje spójne ze specyfiką polskiego postępowania administracyjnego oraz dotychczasową siatką instytucjonalną”, zwłaszcza że postępowanie antymonopolowe może być poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym, które „nie posiada stron, a jego charakter bardziej przypomina etap postępowania Komisji Europejskiej przed momentem wydania *statement of objections*”. Dzielenie postępowania przed Komisją na dwa etapy – przed i po *statement of objections* – oraz porównywanie ich do – odpowiednio – postępowania wyjaśniającego i właściwego postępowania antymonopolowego jest, mówiąc ogólnie, nieporozumieniem. *Statement of objections* w postępowaniu przed Komisją to dokument procesowy przygotowujący wydanie decyzji, ograniczający zakres zarzutów Komisji, tj. Komisja w decyzji kończącej postępowanie nie może opierać się na żadnych innych zarzutach, aczkolwiek może w części albo w całości wycofać się z zarzutów zawartych w *statement of objections*²⁹. Wydawane przez Prezesa UOKiK postanowienia o wszczęciu postępowania nie są podobne do *statement of objections*, o którym mowa w punkcie 3.1.1 zawiadomienia Komisji w sprawie najlepszych praktyk w zakresie prowadzenia postępowań w związku z art. 101 i 102 TFUE³⁰. *Statement of objections* w postępowaniu przed Komisją to akt bardzo podobny w formie i treści do decyzji kończącej postępowanie³¹, który zawiera wstępną kalkulację kary pieniężnej (a nie jedynie zasady ustalania wysokości kary pieniężnej) oraz konkretnie wskazuje podstawy dowodowe przygotowywanej decyzji kończącej postępowanie³². Natomiast postanowienie Prezesa UOKiK

28 Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw, <https://legislacja.gov.pl/projekt/12342403> (3.09.2023).

29 S. Durande, K. Williams, The practical impact of the exercise of the right to be heard: A special focus on the effect of Oral Hearings and the role of the Hearing Officers, „Competition Policy Newsletter” 2005, nr 2, s. 24.

30 Dz. Urz. C 308 z 20.10.2011 r., s. 6.

31 M. Kolański, Influence of the General Principles of Community Law on Polish Antitrust Procedure, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2010, nr 3(3), s. 37.

32 Zob. też M. Bernatt, Convergence..., *op. cit.*, s. 261–262.

o wszczęciu postępowania w znacznie mniejszym stopniu informuje i chroni strony postępowania³³.

W chwili wszczęcia postępowania właściwego przez Prezesa UOKiK na szczegółowe uzasadnienie zarzutów jest niejednokrotnie zbyt wcześnie nawet po przeprowadzonym postępowaniu wyjaśniającym, a warto też zauważyć, że Prezes UOKiK nie ma obowiązku poprzedzenia postępowania właściwego postępowaniem wyjaśniającym. Gdyby w chwili wszczęcia postępowania organ był niemal gotów do wydania decyzji i miał szczegółowe uzasadnienie zarzutów, od wszczęcia postępowania do wydania decyzji nie upływałyby miesiące pracy urzędników, a postanowienia o wszczęciu postępowania nie byłyby rażąco lakoniczne. Wreszcie, gdyby u.o.k.k. nie była obciążona luką w tym zakresie, nie podejmowano by prób jej uzupełnienia w drodze wyjaśnień Prezesa UOKiK. SUZ przed wydaniem decyzji jest już Prezesowi UOKiK doskonale znane z jego własnej praktyki opartej na jego Wyjaśnieniach z dnia 28 maja 2019 r., które zastąpiły wcześniejszy dokument z 2015 r. Odwrót od wcześniejszej praktyki jest co najmniej zaskakujący. To właśnie SUZ, o którym mowa w ww. dokumentach, ma charakter „szczegółowego uzasadnienia zarzutów lub podobnego środka” wymaganego dyrektywą ECN+. Uzasadnienie postanowienia o wszczęciu postępowania wydawanego jako pierwszy akt w postępowaniu, a nie przed wydaniem decyzji, z pewnością nie jest nawet środkiem podobnym do SUZ. Prawidłowa implementacja art. 3 ust. 3 zd. 2 dyrektywy ECN+ wymagałaby przeniesienia ustaleń pierwszego z ww. dokumentów do przepisów u.o.k.k.

W piśmiennictwie został wyrażony pogląd o zbędności szeregu odesłań zawartych w art. 3 dyrektywy ECN+, w tym wzmianki o szczegółowym uzasadnieniu zarzutów³⁴. W polskim przypadku okazuje się, że gdyby nie owa wzmianka ustawodawca w dalszym ciągu opierałby się przed wprowadzeniem ustawowej regulacji szczegółowego uzasadnienia zarzutów. Opór ten jest natomiast na tyle silny, że rozwiązanie wprowadzone nowelą u.o.k.k. stanowi jedynie „*pre-statement*” of objections, początek szczegółowego uzasadnienia zarzutów czy wręcz pozorne szczegółowe uzasadnienie zarzutów.

Wnioski

Niewątpliwie art. 3 ust. 1 dyrektywy ECN+ nie konkretyzuje na potrzeby stosowania art. 101 i 102 TFUE wymogów dotyczących ogólnych zasad prawa Unii oraz KPPUE. Należy natomiast podkreślić, że w piśmiennictwie od lat zgłaszano szereg postulatów zmian u.o.k.k. istotnych z perspektywy równowagi pomiędzy poszanowaniem praw podstawowych przedsiębiorstw a obowiązkiem zagwarantowania

33 K. Kowalik-Bańczyk, *Procedural Autonomy...*, *op. cit.*, s. 228–229.

34 M. Botta, *The Right...*, *op. cit.*, s. 10.

skutecznego egzekwowania prawa konkurencji³⁵. Jak słusznie podkreślono, proces implementacji dyrektywy ECN+ był dobrą okazją do dokonania zmian u.o.k.k. (wykraczających poza dyrektywę ECN+), ale jako że jej nie wykorzystano, istnieje znaczne ryzyko, że te pomysły zostaną na długo „pogrzebane”³⁶. Niestety, mimo postulatów doktryny przy okazji implementacji dyrektywy ECN+ nie dokonano kompleksowego przeglądu przepisów u.o.k.k. ani przez pryzmat unijnego standardu ochrony praw podstawowych, ani przez pryzmat Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i dotyczącego jej orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Między innymi z perspektywy prawa do prywatności należałoby art. 91 u.o.k.k. dostosować do art. 21 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003.

Analiza prowadzona powyżej wykazała, że nawet w przypadku tych zmian, których wprowadzenia dyrektywa ECN+ wymagała w sposób dość wyraźny, polski projektodawca zachował nadmierną powściągliwość. Regulacja prawna LPP ma skrajnie wąski zakres. Podobny zarzut można postawić implementacji dyrektywy ECN+ w zakresie prawa do bycia wysłuchanym. Tak samo jest w przypadku gwarancji wolności od samooskarżania, która odnosi się jedynie do osób fizycznych, nie przyznając przedsiębiorcom żadnych praw w tym zakresie. Najbardziej rażący przykład „pozornej” implementacji art. 3 dyrektywy ECN+ stanowi regulacja prawna dotycząca odpowiednika szczegółowego uzasadnienia zarzutów, który w u.o.k.k. został sprowadzony do wymogu uzasadnienia postanowienia o wszczęciu właściwego postępowania antymonopolowego. Zakres zmian wprowadzonych nowelą u.o.k.k. w odpowiedzi na wymogi określone przez art. 3 dyrektywy ECN+ budzi poważne wątpliwości co do zachowania równowagi pomiędzy poszanowaniem praw podstawowych przedsiębiorców a obowiązkiem zagwarantowania skutecznego egzekwowania prawa konkurencji i wymaga pilnej interwencji ustawodawcy.

35 Zob. G. Materna, Projekt dyrektywy ECN+ (omówienie w aspekcie potrzeby kolejnej nowelizacji polskiego prawa ochrony konkurencji), „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 2(7), s. 41 oraz cytowana tam literatura.

36 M. Błachucki, *Supervision over the International Activities of National Competition Authorities (the Polish Experience)*, (w:) M. Błachucki (red.), *International Cooperation of Competition Authorities in Europe: From Bilateral Agreements to Transgovernmental Networks*, Warszawa 2021, s. 66.

BIBLIOGRAFIA

- Bernatt M., Convergence of Procedural Standards in the European Competition Proceedings. „The Competition Law Review” 2012, nr 8(3).
- Bernatt M., Botta M., Svetlicinii A., The Right of Defense in the Decentralized System of EU Competition Law Enforcement: A Call for Harmonization from Central and Eastern Europe, „World Competition: Law and Economics Review” 2018, nr 41(3).
- Bernatt M., Turno B., Zasada *legal professional privilege* w projekcie zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 2(1).
- Błachucki M., Supervision over the International Activities of National Competition Authorities (the Polish Experience), (w:) M. Błachucki (red.), International Cooperation of Competition Authorities in Europe: From Bilateral Agreements to Transgovernmental Networks, Warszawa 2021.
- Botta M., The Right of Defense in the ECN + Directive. Florence Competition Programme Annual Training, Advanced Competition Seminar, 2018, http://fcp.eu.eu/wp-content/uploads/sites/7/2019/02/2_BOTTA-seminar-ECN-13.8.2017.pdf.
- Dobosz K., Scheibe M., Pierwsze uwagi i wątpliwości po przedstawieniu projektu antymonopolowej dyrektywy efektywnościowej, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 6.
- Durande S., Williams K., The practical impact of the exercise of the right to be heard: A special focus on the effect of Oral Hearings and the role of the Hearing Officers, „Competition Policy Newsletter” 2005, nr 2.
- Kolasiński M., Influence of the General Principles of Community Law on Polish Antitrust Procedure, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2010, nr 3(3).
- Korycińska-Rządca P., Ochrona tajemnic strony postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, Warszawa 2020.
- Korycińska-Rządca P., Uprawnienia dochodzeniowe Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów a Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 – wybrane zagadnienia, „Białostockie Studia Prawnicze” 2023, nr 28(4).
- Korycińska-Rządca P., Zorková E., Harmonisation of the Powers of NCAs in EU Member States. A Few Remarks on the Basis of the Experience of the Czech Republic and Poland After the Deadline for Transposition of the ECN+ Directive Has Passed, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2023, nr 1(12).
- Kowalik-Bańczyk K., Procedural Autonomy of Member States and the EU Rights of Defence in Antitrust Proceedings, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2012, nr 5(6).
- Materna G., Projekt dyrektywy ECN+ (omówienie w aspekcie potrzeby kolejnej nowelizacji polskiego prawa ochrony konkurencji), „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 2(7).
- Michałek M., Right to Defence in EU Competition Law: The Case of Inspections, Warszawa 2015.
- Michałek-Gervais M., Protection of the Fundamental Rights of Companies under the ECN+ Directive: A Milestone or a Missed Opportunity?, (w:) M. Błachucki (red.), International Cooperation of Competition Authorities in Europe: From Bilateral Agreements to Transgovernmental Networks, Warszawa 2021.

- Młostoń-Olszewska A., Wolność od samooskarżania w postępowaniach w sprawach praktyk ograniczających konkurencję w świetle standardów ochrony praw podstawowych, Warszawa 2022.
- Moisejevas R., Nasutavičienė J., Guarantees of Human Rights in Competition Proceedings in the European Union and the Republic of Lithuania, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, nr 24(2).
- Nazzini R., Some Reflections on the Dynamics of the Due Process Discourse in EC Competition Law, „The Competition Law Review” 2005, nr 2(1).
- Rea M., New Scenarios of the Right of Defence Following Directive 1/2019, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2019, nr 12(20).
- Targański B., Judicial Review of Decisions Relating to Inspections of the President of the Polish Office of Competition and Consumer Protection – Between the Judgment of the European Court of Human Rights in Case Delta Pekárny v. The Czech Republic and the Judgement of the Polish Constitutional Tribunal of 16 January 2019 in Case P 19/17, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, nr 24(2).
- Wils W.P.J., Fundamental Procedural Rights and Effective Enforcement of Articles 101 and 102 TFEU in the European Competition Network, „World Competition” 2020, nr 43(1).

Paulina Korycińska-Rządca

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

p.korycinska@uwb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6177-7409>

Uprawnienia dochodzeniowe Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów a Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 – wybrane zagadnienia¹

The Investigative Powers of the President of the Office of Competition and Consumer Protection and Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council: Selected Issues

Abstract: Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018, to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market, obliges Member States to harmonize the law governing, amongst others, the powers of national competition authorities, including investigative powers. The Act aimed at the transposition of this directive was passed in Poland with a significant delay. This article analyses the provisions of the Act of 16 February 2007 on competition and consumer protection, in force on 4 February 2021 (the deadline for the transposition of Directive 2019/1), regulating the investigative powers of the president of the Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK), and the changes in the relevant scope adopted by the Act of 9 March 2023 amending the Act on competition and consumer protection and some other acts. The research problem includes determining whether the regulations that were in force between 4 February 2021 and 20 May 2023 governing the investigative powers of the UOKiK president, in connection with proceedings for infringement of the prohibition of competition-restricting practices, were in line with the requirements of Directive 2019/1 and whether the abovementioned amendment act removed any existing discrepancies.

Keywords: Directive 2019/1, ECN+ Directive, inspections, investigative powers, searches, UOKiK president

1 Artykuł powstał w ramach projektu *Wzmacnianie egzekwowania prawa konkurencji przez organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich UE: Problemy proceduralne w Czechach i w Polsce* (PPN/BCZ/2019/1/00007), który jest współfinansowany przez Narodową Agencję Wymiany Akademickiej.

Słowa kluczowe: dyrektywa 2019/1, dyrektywa ECN+, przeszukiwanie, uprawnienia dochodzeniowe, kontrola, Prezes UOKiK

Wprowadzenie

Zgodnie z rozporządzeniem Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu² stosowaniem postanowień art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³ zajmują się krajowe organy państw członkowskich oraz krajowe sądy równoległe z Komisją Europejską⁴. W Polsce organem wyznaczonym do prowadzenia postępowań w sprawie naruszeń art. 101 lub 102 TFUE (z odpowiednio art. 6 lub 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁵) jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów⁶ (art. 31 pkt 6 u.o.k.k.).

W okresie od 1 maja 2004 r. (tj. od dnia wejścia w życie Rozporządzenia 1/2003) do 31 grudnia 2021 r. Europejska Sieć Konkurencji została poinformowana o 2944 sprawach, z czego 429 prowadzonych było przez KE (137 decyzji), zaś aż 2515 przez NCA (1336 decyzji)⁷. Z powyższego wynika, że po wejściu w życie Rozporządzenia 1/2003 liczba spraw prowadzonych i decyzji wydanych przez NCA jest istotnie wyższa niż liczba spraw prowadzonych przez KE i wydanych przez nią decyzji.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r., mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego⁸, zobowiązuje państwa członkowskie do harmonizacji przepisów regulujących między innymi uprawnienia krajowych organów konkurencji (ang. *national competition authorities*⁹), w tym uprawnienia dochodzeniowe (art. 6–9) oraz do ustanowienia odpowiednich gwarancji w odniesieniu do poszanowania praw podstawowych (art. 3). W zakresie uprawnień dochodzeniowych uznano, że NCA powinny dysponować co najmniej uprawnieniem do przeprowadzenia niezapowiedzianych kontroli lokali przedsiębiorstw i ich związków (art. 6) oraz innych lokali (art. 7), możliwością żądania informacji (art. 8) oraz uprawnieniem do wzywania na przesłuchanie (art. 9)¹⁰. Zastosowana metoda harmonizacji

2 Dz. Urz. UE L 1 z 4.01.2003, s. 1; dalej: Rozporządzenie 1/2003.

3 Tekst jedn. Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 47; dalej: TFUE.

4 Dalej: KE.

5 Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 275; dalej: u.o.k.k.

6 Dalej: UOKiK.

7 Dane na podstawie statystyk dostępnych na: https://competition-policy.ec.europa.eu/european-competition-network/statistics_en (29.12.2022).

8 Dz. Urz. UE L 11 z 14.01.2019, s. 3–33; dalej: Dyrektywa 2019/1.

9 Dalej: NCA.

10 Motyw 28 preambuły Dyrektywy 2019/1.

minimalnej powoduje, że państwa członkowskie są uprawnione do przyznania NCA uprawnień w zakresie szerszym niż określony w dyrektywie, a także do wyposażenia tych organów w inne uprawnienia dochodzeniowe, o ile nie naruszy to innych przepisów tego aktu, w tym art. 3¹¹.

Państwa członkowskie zostały zobowiązane do transpozycji Dyrektywy 2019/1 do 4 lutego 2021 r. (art. 34 ust. 1). Aktem prawnym, mającym na celu jej wdrożenie do prawa polskiego, jest ustawa z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw¹², która w istotnej części weszła w życie 20 maja 2023 r., czyli z ponad dwuletnim opóźnieniem w stosunku do określonego terminu na transpozycję. Jednakże okoliczność ta niekoniecznie musi oznaczać, że prawo polskie było w okresie pomiędzy 4 lutego 2021 r. a 20 maja 2023 r. niezgodne z Dyrektywą 2019/1.

Przedmiotem artykułu jest analiza przepisów u.o.k.k. regulujących uprawnienia dochodzeniowe Prezesa UOKiK w brzmieniu obowiązującym 4 lutego 2021 r. (termin transpozycji Dyrektywy 2019/1) oraz zmian w odnośnym zakresie wprowadzonych ustawą nowelizującą. Problem badawczy obejmuje ustalenie, czy przepisy regulujące uprawnienia dochodzeniowe Prezesa UOKiK w związku z postępowaniami w sprawie naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję obowiązujące w okresie od 4 lutego do 20 maja 2023 r. były zgodne z wymogami Dyrektywy 2019/1 oraz czy ustawa nowelizująca usunęła ewentualne niezgodności w tym zakresie.

Na potrzeby analizy jako metodę badawczą zastosowano metodę formalno-dogmatyczną.

1. Uprawnienia do kontroli

Dyrektywa 2019/1 zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia NCA możliwości przeprowadzenia niezapowiedzianych kontroli, różnicując wymogi w zależności od rodzaju miejsca, w którym ma ona zostać przeprowadzona. Sposób określenia przesłanek przeprowadzenia kontroli, warunków jej legalności oraz uprawnień przysługujących kontrolującemu jest przejawem uznania, że prawo do prywatności

11 Zob. A. Piszcz, M. Petr, (Dis)Respect for Fundamental Rights in EU Competition Law Enforcement Proceedings Before National Authorities: In What Way does Article 3 of the ECN+ Directive Prove To Be too Open-Ended?, „IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law” 2023, vol. 54, s. 1081–1104.

12 Dz.U. poz. 852; dalej: ustawa nowelizująca.

podmiotów niebędących przedsiębiorstwami i związkami przedsiębiorstw¹³ zasługuje na ochronę w wyższym stopniu niż przedsiębiorstw i ich związków¹⁴.

Przeprowadzenie kontroli przedsiębiorstw i związków przedsiębiorstw powinno być możliwe do celów stosowania art. 101 i 102 TFUE (art. 6 ust. 1 Dyrektywy 2019/1), zaś innych miejsc – w przypadku łącznego spełnienia dwóch przesłanek: istnienia uzasadnionego podejrzenia, że księgi lub inne rejestry dotyczące działalności przedsiębiorstwa oraz przedmiotu kontroli są przechowywane w miejscu, w którym kontrola ma być przeprowadzona, a także istnienia przypuszczenia, że wspomniane księgi lub rejestry mogą mieć znaczenie dla udowodnienia naruszenia art. 101 lub 102 TFUE (art. 7 ust. 1 Dyrektywy 2019/1). Państwa członkowskie zachowały swobodę w zakresie podjęcia decyzji, czy kontrola przedsiębiorstw i związków przedsiębiorstw wymaga uprzedniego zatwierdzenia przez krajowy organ sądowy (art. 6 ust. 3 Dyrektywy 2019/1), podczas gdy inne kontrole nie mogą być przeprowadzane bez takiej uprzedniej zgody (art. 7 ust. 2 Dyrektywy 2019/1). Dyrektywa określa także minimalny zestaw uprawnień, w jaki powinni zostać wyposażeni kontrolujący. W przypadku wszystkich kontroli urzędnicy i inne towarzyszące osoby upoważnione lub wyznaczone przez NCA do przeprowadzania takich kontroli powinni mieć prawo co najmniej do: wchodzenia do lokali, na teren i do środków transportu; sprawdzania ksiąg i innych rejestrów dotyczących działalności przedsiębiorstwa, niezależnie od nośnika, na jakim są one przechowywane, oraz prawo dostępu do informacji, które są dostępne dla podmiotu objętego kontrolą, a także pobierania lub uzyskiwania, w dowolnej formie, kopii lub wyciągów z tych ksiąg lub rejestrów, a w razie gdy uznają to za stosowne, do kontynuowania przeszukiwania w celu zdobycia informacji i wyboru tych kopii lub wyciągów w lokalu NCA lub innych wyznaczonych miejscach (art. 6 ust. 1 lit. a-c oraz art. 7 ust. 3 Dyrektywy 2019/1), a w przypadku kontroli przedsiębiorstw i związków przedsiębiorstw dodatkowo także – do opieczętowania wszelkich lokali przedsiębiorstwa oraz ksiąg lub rejestrów na czas i w zakresie koniecznym do przeprowadzenia kontroli oraz zadawania pytań przedstawicielom pracowników lub pracownikom przedsiębiorstwa lub związku przedsiębiorstw w celu

13 Unijne prawo konkurencji konsekwentnie posługuje się określeniami „przedsiębiorstwo” i „związek przedsiębiorstw”, podczas gdy w u.o.k.k. zastosowano określenia „przedsiębiorca” i „związek przedsiębiorców”. W artykule utrzymano to rozróżnienie terminologiczne.

14 Problematyka ingerencji kontroli w prawo do prywatności jest przedmiotem żywej dyskusji w literaturze; zob. m.in. M. Bernatt, Powers of Inspection of the Polish Competition Authority. Question of Proportionality, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2011, nr 4(5), s. 47–66; M. Michałek, Fishing expeditions and subsequent electronic searches in the light of the principle of proportionality of inspections in competition law cases in Europe, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2014, nr 7(10), s. 129–157; N. Lorjé, A. Stoffer, Judicial review and the protection of privacy rights in dawn raids, „Competition Law Journal”, 20(2), dostępny: https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/_25165771_-_competition_law_journal_judicial_review_and_the_protection_of_privacy_rights_in_dawn_raids.pdf?71959/46bab524c5b161510dd440f1ae52a6c8572f54cc0a34122f5750d92f68730e9e (30.08.2023), s. 55–64.

uzyskania wyjaśnień odnośnie do faktów lub dokumentów dotyczących przedmiotu i celu kontroli oraz do rejestrowania odpowiedzi (art. 6 ust. 1 lit. d-e Dyrektywy 2019/1). Dodatkowo państwa członkowskie powinny zapewnić, że kontrolowani będą zobowiązani poddać się kontroli, jak również, że NCA będzie mógł skorzystać z niezbędnej pomocy policji lub równorzędnego organu ścigania, aby móc przeprowadzić kontrolę, oraz zapewnić, że taka pomoc będzie mogła być udzielona tytułem środka zapobiegawczego (art. 6 ust. 2 oraz art. 7 ust. 3 Dyrektywy 2019/1). Państwa członkowskie powinny także zapewnić skuteczne środki kwestionowania zasadności i proporcjonalności przeprowadzanej kontroli¹⁵. Prezes UOKiK jest uprawniony do przeprowadzenia u przedsiębiorców kontroli i przeszukań. Pierwotnie przeszukiwanie było uprawnieniem przysługującym w ramach kontroli. Dopiero z dniem 15 stycznia 2015 r. formalnie je rozdzielono¹⁶. W literaturze kontrolę i przeszukiwanie uznaje się za dwa odrębne uprawnienia¹⁷. W założeniu kontrola jest narzędziem opierającym się na współpracy pomiędzy kontrolowanym i organem, a jej celem jest uzyskanie informacji mogących stanowić dowód w sprawie (art. 105b ust. 1 u.o.k.k.). Natomiast przeszukiwanie ma służyć znalezieniu i uzyskaniu informacji oraz dowodów (art. 105n ust. 1 u.o.k.k.). W literaturze zwraca się uwagę na wiele wątpliwości dotyczących wykładni przepisów regulujących kontrolę i przeszukiwanie oraz wskazuje, że ustawodawcy nie udało się wprowadzić jasnego rozgraniczenia pomiędzy kontrolą a przeszukianiem¹⁸.

15 B. Targański, *Judicial Review of Decisions Relating to Inspections of the President of the Polish Office of Competition and Consumer Protection – Between the Judgment of the European Court of Human Rights in Case Delta Pekárny v. The Czech Republic and the Judgement of the Polish Constitutional Tribunal of 16 January 2019 in Case P 19/17*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, vol. 24, nr 2, s. 196.

16 Zmiany te zostały wprowadzone ustawą z dnia 10 czerwca 2014 o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r. poz. 945).

17 M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011, s. 206 i n.; M. Bernatt, *Komentarz do art. 105a*, (w:) T. Skoczny (red.), *Komentarz do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014, Nb 4; G. Materna, *Warunki podejmowania kontroli i przeszukań w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji prowadzonych na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w aspekcie orzecznictwa na tle art. 8 EKPCz*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2015, nr 8(4), s. 8; I. Gajewska-Leite, M. Modzelewska de Raad, *Kontrola i przeszukiwanie Prezesa UOKiK. Pięć lat doświadczeń po rozdzieleniu instytucji – już osobno czy nadal razem?*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2020, nr 4(9), s. 33; odmiennie: B. Turno, E. Wardęga, *Uprzedzenia i następcza kontrola aktów upoważniających organ ochrony konkurencji do przeprowadzenia niezapowiedzianej kontroli (przeszukania) przedsiębiorcy. Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 2 października 2014 r. w sprawie Delta Pekárny przeciwko Republice Czeskiej*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2015, nr 8(4), s. 116.

18 I. Gajewska-Leite, M. Modzelewska de Raad, *Kontrola i przeszukiwanie...*, *op. cit.*, s. 58 oraz powoływana tam literatura.

Przepisy regulujące kontrolę i przeszukiwanie u przedsiębiorców obowiązujące 4 lutego 2021 r. nie w pełni odpowiadały wymogom Dyrektywy 2019/1. Konieczna była interwencja ustawodawcy¹⁹ w celu rozszerzenia katalogu uprawnień przysługujących kontrolującemu (przeszukującemu) oraz ustanowienia odpowiednich gwarancji prawa do obrony w toku korzystania z uprawnień dochodzeniowych²⁰.

W zakresie kontroli i przeszukiwania u przedsiębiorców ustawą nowelizującą z dnia 20 maja 2023 r. dodano regulacje uprawniające kontrolujących (przeszukujących) do opieczętowania lokali, pomieszczeń lub przedmiotów (art. 105b ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.), żądania ustnych wyjaśnień dotyczących przedmiotu kontroli od pracownika lub osoby wykonującej czynności w imieniu lub na rzecz kontrolowanego na podstawie innej niż umowa o pracę umowy (art. 105b ust. 1a u.o.k.k.), kontynuowania czynności kontrolnych w zakresie sporządzania, przeglądania lub analizowania notatek, kopii lub wydruków z materiałów i korespondencji lub informacji zgromadzonych na nośnikach, w urządzeniach lub w systemach w Centrali UOKiK lub w delegaturze UOKiK (art. 105b ust. 1b u.o.k.k.) oraz utrwalania przebiegu kontroli lub poszczególnych czynności w jej toku przy pomocy urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk (art. 105b ust. 4 u.o.k.k.).

Sposób uregulowania uprawnienia do opieczętowania lokali pomieszczeń lub przedmiotów może budzić zastrzeżenia w zakresie zgodności z art. 6 ust. 1 lit. d Dyrektywy 2019/1. Przepis ten nakazuje wyposażenie organu w prawo do opieczętowania „na czas i w zakresie koniecznym do przeprowadzenia kontroli”. Tymczasem dodany art. 105b ust. 1 pkt 7 zd. 1 u.o.k.k. przewiduje możliwość „opieczętowania wszelkich lokali, pomieszczeń lub przedmiotów w zakresie koniecznym do przeprowadzenia kontroli”. Nie określa on zatem ram czasowych opieczętowania tych rzeczy, jak to czyni art. 6 ust. 1 lit. d Dyrektywy 2019/1. Podczas konsultacji publicznych zgłoszono taki postulat, jednakże nie został on uwzględniony²¹.

Zastrzeżenia budzi także kierunek zmiany sposobu uregulowania uprawnienia do utrwalania przebiegu kontroli lub poszczególnych czynności w toku kontroli.

19 Potrzebę tę dostrzegał także projektodawca; zob. Tabela zgodności dotycząca implementacji Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12342403/katalog/12757018#12757018> (29.12.2022), dalej: Tabela zgodności. W dokumencie tym stwierdzono, że art. 6 ust. 1 i 2 Dyrektywy 2019/1 wymagają wdrożenia.

20 Zob. P. Korycińska-Rządca, *Ochrona tajemnic strony postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2020, s. 285–286 oraz 297–300 oraz powołana tam literatura, jak również A. Piszcz, M. Knapp, *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 a gwarancje ochrony praw podstawowych strony postępowania antymonopolowego w Polsce – wybrane zagadnienia*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2023, vol. 28, nr 4, s. 165–179.

21 Tabela uwag zgłaszanych do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (UC69) w ramach konsultacji publicznych, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12342403/katalog/12757018#12757018> (29.12.2022), w szczególności pkt 156; dalej: Tabela uwag.

Jak wskazano powyżej, art. 6 ust. 1 lit. 2 Dyrektywy 2019/1 zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia, że kontrolujący będą uprawnieni do rejestrowania odpowiedzi na pytania zadawane przedstawicielom pracowników lub pracownikom przedsiębiorstwa lub związku przedsiębiorstw. Przepis art. 105b ust. 4 u.o.k.k. w brzmieniu obowiązującym do 20 maja 2023 r. pozwalał kontrolującym na utrwalanie przebiegu kontroli lub poszczególnych czynności w jej toku w uzasadnionych przypadkach i tym samym był zgodny z Dyrektywą 2019/1. W toku konsultacji publicznych zgłoszono postulat w zakresie pozostawienia tego rozwiązania bez zmian, jednak nie został on uwzględniony²². Od 20 maja 2023 r. art. 105b ust. 4 u.o.k.k. stanowi, że przebieg kontroli lub poszczególne czynności w jej toku, po uprzednim poinformowaniu kontrolowanego, mogą być utrwalane przy pomocy urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk. Zrezygnowano zatem z zastrzeżenia, że utrwalanie tych czynności może następować w uzasadnionych przypadkach. Niewątpliwie poprzednie brzmienie przepisu w wyższym stopniu uwzględniało potrzebę poszanowania prawa do prywatności oraz ochrony wizerunku pracowników i przedstawicieli kontrolowanego. Mimo wprowadzonej zmiany, dokonując prounijnej wykładni przepisów, należałoby jednak nadal przyjmować, że utrwalanie przebiegu kontroli lub poszczególnych czynności może być dokonywane jedynie w uzasadnionych przypadkach.

Szereg zastrzeżeń budzą również zmiany w części odnoszącej się do gwarancji poszanowania prawa do obrony. W tym zakresie odsyłam do aktualnej literatury²³.

Z powyższego wynika, że ustawa nowelizująca nie zapewniła pełnej zgodności przepisów regulujących kontrolę i przeszukiwanie u przedsiębiorców z wymogami Dyrektywy 2019/1. Nie wykorzystano także okazji do wyraźniejszego niż obecnie rozdzielenia kontroli i przeszukiwania.

W zakresie zobowiązań dotyczących uprawnienia do przeprowadzania kontroli w innych lokalach przepisy obowiązujące w dniu 4 lutego 2021 r. przyznawały uprawnienie do przeszukiwania – za uprzednią zgodą sądu ochrony konkurencji i konsumentów – lokalu mieszkalnego, jakiegokolwiek innego pomieszczenia, nieruchomości lub środka transportu. Było ono dopuszczalne w postępowaniu antymonopolowym w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli łącznie spełnione zostały dwie przesłanki: istniały uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że były tam przechowywane przedmioty, akta, księgi, dokumenty i informatyczne nośniki danych oraz przedmioty te miały mieć wpływ na ustalenie stanu faktycznego istotnego dla

22 *Ibidem*, w szczególności pkt 159.

23 A. Piszcz, M. Knapp, Dyrektywa Parlamentu..., *op. cit.*; A. Piszcz, M. Petr, (Dis)Respect for Fundamental Rights..., *op. cit.*, s. 1081–1104; P. Korycińska-Rządca, E. Zorková, Harmonisation of the Powers of NCAs in EU Member States. A Few Remarks on the Basis of the Experience of the Czech Republic and Poland After the Deadline for Transposition of the ECN+ Directive Has Passed, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2023, nr 1(12), s. 17.

przewodzonego postępowania (art. 91 ust. 1 u.o.k.k. w brzmieniu obowiązującym do 20 maja 2023 r.). W toku postępowania wyjaśniającego przeszukanie na tej podstawie prawnej mogło mieć miejsce wyłącznie, gdy zachodziło uzasadnione podejrzenie poważnego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności gdy mogłoby dojść do zatarcia dowodów (art. 105n ust. 3 u.o.k.k.). Było ono zatem dopuszczalne jedynie w toku postępowania wyjaśniającego, którego celem było wstępne ustalenie, czy doszło do zawarcia zakazanego horyzontalnego porozumienia ograniczającego konkurencję²⁴. Przeszukanie przeprowadzali funkcjonariusze Policji przy udziale upoważnionego pracownika UOKiK, którego obecność była obligatoryjna i który jedynie asystował Policji²⁵, oraz ewentualnie pracownika innego organu ochrony konkurencji lub osoby posiadającej wiadomości specjalne (zob. art. 105a ust. 2 u.o.k.k.).

Regulacja zawarta w art. 91 u.o.k.k. była w literaturze przedmiotem krytyki z perspektywy wymogów skuteczności, poprawności i jasności konstrukcji normatywnej²⁶. Wyrażono także wątpliwości odnośnie do zgodności art. 91 u.o.k.k. z konstytucyjnie chronionym prawem do prywatności (art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) przynajmniej w zakresie, w jakim przepis ten umożliwia przeszukanie u osoby fizycznej w toku postępowania wyjaśniającego²⁷. Zwracano również uwagę na to, że art. 21 Rozporządzenia 1/2003, którego art. 91 u.o.k.k. jest odpowiednikiem, określa przesłanki kontroli w pomieszczeniach i rzeczach osób prywatnych znacznie bardziej rygorystycznie, dopuszczając kontrolę takich miejsc jedynie, gdy istnieje uzasadnione podejrzenie, że księgi i inne rejestry dotyczące spraw przedsiębiorstwa są tam przechowywane i mają one znaczenie dla udowodnienia poważnego naruszenia²⁸. Transpozycja Dyrektywy 2019/1 stanowiła szansę na usunięcie zgłaszanych w literaturze mankamentów obecnego rozwiązania. Nie została ona wykorzystana, ponieważ ustawa nowelizująca wprawdzie nadała przepisowi art. 91 u.o.k.k. nowe brzmienie, ale w rzeczywistości zmiany wprowadzono jedynie w dwóch aspektach. Po pierwsze, zmieniono zasady udziału Policji w przeszukaniu: do 20 maja 2023 r. przepisy przewidywały przeprowadzenie przeszukania w lokalu mieszkalnym lub w jakimkolwiek innym pomieszczeniu, nieruchomości lub środku transportu przez funkcjonariuszy Policji, co było niezgodne z art. 6 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 3 Dyrektywy 2019/1, który

24 M. Bernatt, Komentarz do art. 91, (w:) T. Skoczny (red.), Komentarz ..., *op. cit.*, Nb 13; por. też B. Turno, (w:) A. Stawicki, E. Stawicki (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, Warszawa 2016, s. 1055.

25 K. Różiewicz-Ładoń, Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2011, s. 250–251; B. Turno, (w:) A. Stawicki, E. Stawicki (red.), Ustawa..., *op. cit.*, s. 1058–1059.

26 *Ibidem*; C. Banasiński, E. Piontek, Komentarz do art. 91, (w:) C. Banasiński, E. Piontek (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2009; K. Różiewicz-Ładoń, Postępowanie przed Prezesem..., *op. cit.*, s. 245 i n.

27 M. Bernatt, Sprawiedliwość proceduralna..., *op. cit.*, s. 217–222.

28 *Ibidem*, s. 215–216; M. Bernatt, Komentarz do art. 91, (w:) T. Skoczny (red.), Komentarz..., *op. cit.*, Nb 7.

wymaga, aby kontrola w miejscach niebędącymi miejscami prowadzenia działalności była przeprowadzana przez organ ochrony konkurencji, a policja lub równorzędny organ ścigania winna pełnić jedynie rolę pomocniczą. Zgodność z Dyrektywą 2019/1 w tym zakresie zapewnia art. 91 ust. 5–8 u.o.k.k. Po drugie, w sposób wyraźny przewidziano możliwość wniesienia zażalenia na postanowienie sądu ochrony konkurencji i konsumentów o udzieleniu zgody na przeprowadzenie przeszukania (art. 91 ust. 3 u.o.k.k.).

2. Wnioski o informacje

Dyrektywa 2019/1 zobowiązuje państwa członkowskie do przyznania ich NCA uprawnienia do żądania informacji do celów stosowania art. 101 i 102 TFUE zarówno od przedsiębiorstw i ich związków, jak też i od innych osób. W przypadku przedsiębiorstw i ich związków organy konkurencji powinny mieć możliwość żądania dostarczenia w określonym i rozsądnym terminie wszelkich niezbędnych informacji do celów stosowania art. 101 i 102 TFUE, przy czym wnioski o informacje powinny być proporcjonalne i nie mogą zmuszać adresata do przyznania się do naruszenia zakazu z tych przepisów. Przedmiotem wniosku o informacje mogą być wyłącznie takie informacje, do których adresat żądania ma dostęp. Ponadto NCA powinny być uprawnione do żądania informacji mogących mieć znaczenie dla stosowania art. 101 i 102 TFUE także od innych osób fizycznych lub prawnych.

Według stanu prawnego obowiązującego na dzień 4 lutego 2021 r. Prezes UOKiK miał zapewnioną możliwość żądania od przedsiębiorców oraz związków przedsiębiorców²⁹ wszelkich koniecznych informacji i dokumentów (art. 50 ust. 1 u.o.k.k.), jednakże przepisy regulujące to uprawnienie nie były w pełni zgodne z wymogami Dyrektywy 2019/1. Najwięcej zastrzeżeń pojawiało się w zakresie wolności od samooskarżania (ang. *privilege against self-incrimination*). Niestety zmiany wprowadzone ustawą nowelizującą nie zapewniły pełnej zgodności z Dyrektywą 2019/1 głównie z uwagi na to, że art. 50 u.o.k.k. w zakresie wolności od samooskarżania ma bardzo ograniczony zakres podmiotowy i przedmiotowy. W tym zakresie odsyłam do aktualnej literatury³⁰. W odniesieniu do pozostałych wymogów dotyczących wniosków o udzielenie informacji przez przedsiębiorców oraz związki przedsiębiorców zarówno przepisy obowiązujące do 20 maja 2023 r., jak i zmiany wprowadzone ustawą nowelizującą od tej daty nie budzą tak istotnych zastrzeżeń, co nie oznacza, że nie mogłyby one zostać zmienione tak, żeby nie było wątpliwości, iż zapewniają realizację zobowiązań wynikających z Dyrektywy 2019/1. Po pierwsze, przepisy nie za-

29 Art. 50 ust. 1 u.o.k.k. *expressis verbis* wskazuje jedynie na przedsiębiorców. Jednakże zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. d u.o.k.k., ilekroć w ustawie jest mowa o przedsiębiorcy, rozumie się przez to także związek przedsiębiorców, z wyłączeniem przepisów dotyczących koncentracji.

30 A. Piszcz, M. Knapp, Dyrektywa Parlamentu..., *op. cit.*

wierają żadnych wytycznych dotyczących ustalania długości terminu wyznaczanego na dostarczenie informacji lub dokumentów. W literaturze wskazuje się, że termin ten powinien być odpowiedni i rozsądny³¹, co odpowiada standardowi wymaganemu przez Dyrektywę 2019/1, aczkolwiek warto byłoby, aby wymóg określenia rozsądnego terminu został wyraźnie uregulowany w przepisach³². Po drugie, wskazane byłoby, aby w przepisach zawarto zastrzeżenie, że żądanie powinno być proporcjonalne³³. Po trzecie, chociaż zostało to już potwierdzone w orzecznictwie³⁴, to jednak należałoby dodać wyraźne zastrzeżenie, że obowiązek dostarczenia informacji obejmuje wyłącznie takie, do których przedsiębiorca ma dostęp.

W zakresie uzyskiwania informacji od osób niebędących przedsiębiorstwami lub związkami przedsiębiorstw art. 8 Dyrektywy 2019/1 zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia, że NCA będzie uprawnione do żądania od takich osób informacji mogących mieć znaczenie dla stosowania art. 101 i 102 TFUE. Nie wymaga przy tym przyznania organowi uprawnienia do nałożenia kary pieniężnej na taką osobę w przypadku, gdyby nie uczyniła ona zadość wezwaniu czy dostarczyła informacje nieprawdziwe, niepełne lub wprowadzające w błąd (zob. art. 13 ust. 2 lit. d Dyrektywy 2019/1). Do 20 maja 2023 r. możliwość wystąpienia przez Prezesa UOKiK z żądaniem przekazania informacji na podstawie art. 50 ust. 1 u.o.k.k. była ograniczona wyłącznie do przedsiębiorców, co zresztą krytykowano w literaturze³⁵. Niemniej jednak Prezes UOKiK miał możliwość zwrócenia się do każdej osoby, w tym niebędącej przedsiębiorcą, z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących istotnych okoliczności sprawy (art. 50 ust. 3 u.o.k.k.). Współpraca w tym trybie odbywa się na zasadzie dobrowolności³⁶, co wydaje się wystarczające do wypełnienia zobowiązań nałożonych przez Dyrektywę 2019/1. Niezależnie od tego Prezes UOKiK posiadał uprawnienie do uzyskiwania dokumentów mających znaczenie dla sprawy od osób trzecich na podstawie art. 84 u.o.k.k. w zw. z art. 248 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego³⁷. Ustawa nowelizująca na mocy art. 1 pkt 14 lit. a zmieniła brzmienie

31 J. Krüger, (w:) A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa...*, *op. cit.*, s. 877; M. Bernatt, Komentarz do art. 50, (w:) T. Skoczny (red.), *Komentarz...*, *op. cit.*, Nb 14.

32 Postulat taki został zresztą zgłoszony w toku konsultacji publicznych; zob. Tabela uwag, pkt 85, 88.

33 Postulat taki został zresztą zgłoszony w toku konsultacji publicznych; Tabela uwag, pkt 82.

34 Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 6 września 1993 r., XVII AMR 22/93, Legalis.

35 M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, *op. cit.*, s. 154–167; R. Stankiewicz, O konieczności zwiększenia partycypacji podmiotów trzecich w postępowaniu antymonopolowym, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2012, nr 2(1), s. 46–56.

36 C. Banasiński, E. Piontek, Komentarz do art. 50, (w:) C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa...*, *op. cit.*; K. Różewicz-Ładoń, *Postępowanie przed Prezesem...*, *op. cit.*, s. 144; K. Kohutek, (w:) M. Sieradzka, K. Kohutek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 781; M. Bernatt, Komentarz do art. 50, (w:) T. Skoczny (red.), *Komentarz...*, *op. cit.*, Nb 29.

37 Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.

art. 50 ust. 1 u.o.k.k., rozszerzając krąg podmiotów, do których Prezes UOKiK może wystąpić z żądaniem udzielenia informacji i dokumentów także na osoby niebędące przedsiębiorcami. Przedmiotem takiego żądania – podobnie jak w przypadku przedsiębiorców – mogą być wszelkie konieczne informacje i dokumenty, a nie tylko, jak tego wymaga art. 8 Dyrektywy 2019/1, informacje, mogące mieć znaczenie dla stosowania postanowień art. 101 i 102 TFUE. Zmiany dotyczące uprawnień Prezesa UOKiK do żądania informacji i dokumentów od osób niebędących przedsiębiorcami budzą poważne zastrzeżenia w zakresie wolności od samooskarżania. W tym zakresie odsyłam do aktualnej literatury³⁸. Dodatkowo ustawą nowelizującą przyznano organowi uprawnienia do nałożenia kary pieniężnej na osobę fizyczną, która nie udzieliła informacji żądanych przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 50 albo udzieliła nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji (art. 108 ust. 3a u.o.k.k.), czego również ta dyrektywa nie wymaga. Wprawdzie zastosowana w Dyrektywie 2019/1 metoda harmonizacji pozwala państwu członkowskiemu na wyjście poza minimalny standard w niej określony, to jednak w toku konsultacji publicznych zgłoszono szereg uwag w tym zakresie, wnioskując o niewychodzenie poza ramy zobowiązań nałożonych dyrektywą. Jednakże uwagi te nie zostały zaakceptowane³⁹.

3. Przesłuchania

Artykuł 9 Dyrektywy 2019/1 zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia NCA uprawnień co najmniej do wzywania na przesłuchanie przedstawicieli przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw, przedstawicieli innych osób prawnych oraz osób fizycznych, jeżeli taki przedstawiciel lub osoba mogą mieć informacje mające znaczenie dla stosowania art. 101 i 102 TFUE. W Tabeli zgodności dotyczącej implementacji Dyrektywy 2019/1 wskazano, że przepis ten wymaga transpozycji⁴⁰. Wydaje się to zaskakujące, ponieważ obowiązujące przepisy przewidują możliwość wzywania na przesłuchanie zarówno osób fizycznych, jak i przedstawicieli innych osób. Zgodnie bowiem z art. 84 u.o.k.k. w sprawach dotyczących dowodów w postępowaniu przed Prezesem UOKiK w zakresie nieuregulowanym w rozdziale 1 działu VI u.o.k.k. należy odpowiednio stosować art. 227–315 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, regulujące postępowanie dowodowe, w tym zasady przeprowadzania dowodu z zeznań świadków i dowodu z przesłuchania stron. Z przepisów tych wynika powszechny obowiązek stawienia się świadka na wezwanie i złożenia zeznań, zaś prawo odmowy ich złożenia przysługuje wyłącznie małżonkom stron, ich wstępnym, zstępnym i rodzeństwu oraz powinowatym w tej samej linii lub stopniu, jak również osobom pozostającym ze stronami w sto-

38 A. Piszcz, M. Knapp, *Dyrektywa Parlamentu...*, *op. cit.*

39 Tabela uwag, w szczególności pkt 82, 86.

40 Dostępna: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12342403/katalog/12757018#12757018> (23.12.2022).

sunku przysposobienia (art. 261 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.k.). Osoba wezwana w charakterze świadka (inna niż wymieniona powyżej) może odmówić odpowiedzi na zadane pytanie wyłącznie, jeżeli zeznanie mogłoby narazić ją lub jej bliskich⁴¹ na odpowiedzialność karną, hańbę lub dotkliwą i bezpośrednią szkodę majątkową albo jeżeli zeznanie miałoby być połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej. Ponadto duchowny może odmówić zeznań co do faktów powierzonych mu na spowiedzi (art. 261 § 2 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.k.). Świadcami nie mogą być wprawdzie między innymi przedstawiciele ustawowi stron oraz osoby, które mogą być przesłuchane w charakterze strony jako organy osoby prawnej lub innej organizacji mającej zdolność sądową (art. 259 pkt 3 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.k.). Jednakże takie osoby mogą zostać przesłuchane w charakterze strony (art. 299 i 300 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.k.).

Dokonane ustawą nowelizującą zmiany przepisów dotyczących zasad przesłuchania świadków budzą poważne zastrzeżenia. Dodano do art. 52 u.o.k.k.⁴² ust. 1a, który stanowi, że każda osoba wezwana w charakterze świadka w toku postępowania przed Prezesem UOKiK ma obowiązek stawić się i złożyć zeznania. Ze względu na odesłanie zawarte w art. 84 u.o.k.k. dokonywanie takiej zmiany nie było potrzebne, a ust. 1a stanowi *superfluum* ustawowe. Zastrzeżenia budzi także dodanie art. 52 ust. 4, przewidującego odpowiednie stosowanie art. 50 ust. 4 i 5 do przesłuchania świadka. Taki zabieg należy ocenić negatywnie. Po pierwsze, zmiana doprowadziła do ograniczenia uprzednio obowiązujących gwarancji proceduralnych, jako że umożliwia odmowę odpowiedzi na pytania tylko wtedy, gdy odpowiedź taka naraziłaby świadka lub jego najbliższych na odpowiedzialność karną (art. 50 ust. 4 u.o.k.k. w zw. z art. 52 ust. 4 u.o.k.k.), oraz wyłącza możliwość wykorzystania na niekorzyść świadka i tych osób zeznań w postępowaniu w sprawie nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 106a i 106b u.o.k.k. (art. 50 ust. 5 u.o.k.k. w zw. z art. 52 ust. 5 u.o.k.k.). Rozwiązanie obowiązujące do 20 maja 2023 r. przewidujące odpowiednie stosowanie art. 261 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.k. uprawniało do odmowy składania zeznań w szerszym zakresie. Po drugie, wprowadzona zmiana skutkuje zwiększeniem niespójności pomiędzy postępowaniem przed Prezesem UOKiK a sądowym postępowaniem odwoławczym. W toku konsultacji publicznych podniesiono, że warto byłoby przyznać świadkowi prawo odmowy odpowiedzi na pytanie również w sytuacji, gdy odpowiedź naraziłaby go na odpowiedzialność na podstawie u.o.k.k., jednakże postulat ten nie został zaakceptowany⁴³.

41 Tj. małżonka, wstępnych, zstępnych i rodzeństwa oraz powinowatych w tej samej linii lub stopniu, jak również osób pozostających ze stronami w stosunku przysposobienia.

42 Przepis ten określa wymogi wniosku o przeprowadzenie dowodu ze świadków (ust. 1) oraz elementy wezwania świadka (ust. 2).

43 Tabela uwag, pkt 112.

Wnioski

Rozważania zawarte w niniejszym artykule prowadzą do wniosku, że przepisy regulujące uprawnienia dochodzeniowe Prezesa UOKiK obowiązujące w okresie od 4 lutego 2021 r. do 20 maja 2023 r. były w znacznym zakresie zgodne z wymogami Dyrektywy 2019/1. Krajowy organ antymonopolowy jeszcze przed upływem terminu transpozycji tej dyrektywy dysponował wszystkimi wymaganymi uprawnieniami dochodzeniowymi. Jednak szczegółowa analiza obowiązujących przepisów ujawniła, że sposób ich uregulowania w pewnym zakresie odbiegał od wzorca wskazanego w tej dyrektywie. Konieczna była interwencja ustawodawcy w celu dostosowania przepisów krajowych, w szczególności w zakresie rozszerzenia uprawnień przysługujących w toku kontroli i przeszukania, wniosków o informacje oraz ustanowienia odpowiednich gwarancji poszanowania prawa do obrony.

Zmiany wprowadzone ustawą nowelizującą nie zapewniły pełnej zgodności z Dyrektywą 2019/1. Zastrzeżenia budzą w szczególności: sposób uregulowania uprawnienia do opieczętowania lokali, pomieszczeń lub przedmiotów w zakresie, w jakim art. 105b ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. nie określa ram czasowych opieczętowania tych rzeczy; przyjęty kierunek zmiany zasad korzystania z uprawnienia do utrwalania przebiegu kontroli lub poszczególnych czynności kontrolnych w zakresie, w jakim zrezygnowano z zastrzeżenia, aby następowało to w uzasadnionych przypadkach; przyjęte rozwiązanie w zakresie żądania informacji od osób niebędących przedsiębiorcami w zakresie, w jakim ustawodawca postanowił wyjść poza minimalne ramy wyznaczone Dyrektywą 2019/1; przyjęty kierunek zmian regulacji dotyczącej przesłuchań oraz brak odpowiednich rozwiązań gwarantujących poszanowanie prawa do obrony stron postępowania i osób trzecich.

Oceniając skutki ustawy nowelizującej, należałoby zaznaczyć, że niektóre niespójności regulacji krajowej z Dyrektywą 2019/1 dają się usunąć na drodze pronijniej wykładni przepisów krajowych. Dotyczy to uprawnienia do opieczętowania lokali, pomieszczeń lub przedmiotów oraz zasad utrwalania przebiegu kontroli lub czynności kontrolnych. Zdecydowanie bardziej problematyczny wydaje się brak równowagi pomiędzy ochroną praw podstawowych (w szczególności prawem do obrony) przy korzystaniu z uprawnień dochodzeniowych a potrzebą zapewnienia skutecznego egzekwowania prawa konkurencji. Usunięcie niezgodności w tym zakresie wymaga interwencji ustawodawcy.

Na koniec wypada wyrazić żal, że ustawodawca nie skorzystał z okazji do uporządkowania dotychczasowej regulacji w zakresie kontroli i przeszukania oraz nie zaproponował zmian postulowanych w literaturze szczególnie w zakresie wyraźniejszego rozgraniczenia kontroli i przeszukania, usunięcia wątpliwości odnośnie do interpretacji obowiązujących przepisów, jak też ich konstytucyjności.

BIBLIOGRAFIA

- Banasiński C., Piontek E. (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Bernatt M., *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011.
- Bernatt M., Powers of Inspection of the Polish Competition Authority. Question of Proportionality, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2011, nr 4(5).
- Gajewska-Leite I., Modzelewska de Raad M., Kontrola i przeszukiwanie Prezesa UOKiK. Pięć lat doświadczeń po rozdzieleniu instytucji – już osobno czy nadal razem? „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2020, nr 4(9).
- Korycińska-Rządca P., *Ochrona tajemnic strony postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2020.
- Korycińska-Rządca P., Zorková E., Harmonisation of the Powers of NCAs in EU Member States. A Few Remarks on the Basis of the Experience of the Czech Republic and Poland After the Deadline for Transposition of the ECN+ Directive Has Passed, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2023, nr 1(12).
- Król-Bogomilska M., Kary pieniężne w prawie antymonopolowym, w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, w europejskim prawie wspólnotowym, Warszawa 2001.
- Lorjé N., Stoffer A., Judicial review and the protection of privacy rights in dawn raids. „Competition Law Journal” 2021 nr 20(2), dostępny na: https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/_25165771_-competition_law_journal_judicial_review_and_the_protection_of_privacy_rights_in_dawn_raids.pdf?71959/46bab524c5b161510dd440f1ae52a6c8572f54cc0a34122f5750d92f68730e9e.
- Materna G., Warunki podejmowania kontroli i przeszukań w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji prowadzonych na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w aspekcie orzecznictwa na tle art. 8 EKPCz, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2015, nr 8(4).
- Michalek M., Fishing expeditions and subsequent electronic searches in the light of the principle of proportionality of inspections in competition law cases in Europe, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies” 2014, nr 7(10).
- Piszc A., Knapp M., Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 a gwarancje ochrony praw podstawowych strony postępowania antymonopolowego w Polsce – wybrane zagadnienia, „Białostockie Studia Prawnicze” 2023, vol. 28, nr 4.
- Piszc A., Petr M., (Dis)Respect for Fundamental Rights in EU Competition Law Enforcement Proceedings Before National Authorities: In What Way does Article 3 of the ECN+ Directive Prove To Be too Open-Ended?, „IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law” 2023, vol. 54.
- Róziewicz-Ładoń K., *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Warszawa 2011.
- Sieradzka M., Kohutek K., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Skoczny T. (red.), *Komentarz do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014.

- Stankiewicz R., O konieczności zwiększenia partycypacji podmiotów trzecich w postępowaniu antymonopolowym, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2012, nr 2(1).
- Stawicki A., Stawicki E. (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, Warszawa 2016.
- Targański B., Judicial Review of Decisions Relating to Inspections of the President of the Polish Office of Competition and Consumer Protection – Between the Judgment of the European Court of Human Rights in Case Delta Pekárny v. The Czech Republic and the Judgement of the Polish Constitutional Tribunal of 16 January 2019 in Case P 19/17, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, vol. 24, nr 2.
- Turno B., Wardęga E., Uprzednia i następcza kontrola aktów upoważniających organ ochrony konkurencji do przeprowadzenia niezapowiedzianej kontroli (przeszukania) przedsiębiorcy. Głos do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 2 października 2014 r. w sprawie Delta Pekárny przeciwko Republice Czeskiej, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2015, nr 8(4).

Lourdes Mella Méndez

University of Santiago de Compostela, Spain

lourdes.mella@usc.es

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6486-5589>

Małgorzata Kurzynoga

University of Lodz, Poland

mkurzynoga@wpia.uni.lodz.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3927-4223>

The Presumption of the Employment Relationship of Platform Workers as an Opportunity to Eliminate Obstacles Arising from Competition Law in the Conclusion of a Collective Agreement: The Example of Spain

Abstract: Collective bargaining is the most appropriate tool to introduce detailed regulations specific to platform work. However, the status of platform workers (they are usually self-employed), combined with EU competition law, constitutes a significant restriction on their collective bargaining rights. Hence, the aim of this article is to prove the thesis that the presumption adopted in the Spanish regulation of recognising platform workers as workers in the strict sense would be a universal solution to the problem of ensuring proper labour protection for this group of workers.

Keywords: collective agreement, platform work, self-employed workers

Introduction

Working through digital platforms is a relatively new phenomenon, and a number of legal doubts are implied concerning the employment rights of people working through these platforms. While there are no relevant statistics, practice shows that platform workers are predominantly those who provide work outside of an employ-

ment relationship, although they are often actually in a situation comparable to that of employees.

The status of people working through digital platforms raises the question of ensuring a minimum level of rights for them.¹ There is a consensus in legal scholarship that collective bargaining is the most appropriate tool to introduce detailed regulations suitable for platform work. Collective bargaining can put in place appropriate measures to guard against an undue emphasis on employer-oriented flexibility and implies a more transparent and formal standard-setting process than individual bargaining.² In addition, certain issues, such as the regulation of algorithms, are specific to this sector. Thus, tailor-made solutions created by social partners for the digital platform market seem to be better than general regulations introduced by a legislature. However, the conclusion of a collective agreement regulating the working conditions of those employed through digital platforms faces obstacles under EU law.

1. Competition law as a restriction of collective agreements

Collective bargaining should be allowed and promoted in national legal systems so that its benefits can be enjoyed by the widest possible range of working people. The need to promote such a mechanism is highlighted by all international standards. However, European Union law is proving problematic. Although it emphasises the importance of collective bargaining, at the same time, due to competition law principles, it is an obstacle to its development. EU law promotes collective bargaining based on the concept of an employee. The Court of Justice, in its judgments in the *Albany* and *Laval* cases, emphasised the role of fundamental rights in the EU, such as freedom of assembly and the right to collective bargaining between employers and employees. The importance of collective bargaining is also indicated by EU primary law. According to Article 152 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the Union recognises and promotes the role of social partners and facilitates dialogue between them. Article 28 of the Charter of Fundamental Rights (CFR) provides for the right of workers and employers and their respective organisations to ‘negotiate and conclude collective agreements’. Furthermore, according to the European Pillar of Social Rights, social partners should be ‘encouraged to negotiate and conclude collective agreements on matters that concern them, while respecting their autonomy

1 J. Unterschütz, *Praca w ramach platform i aplikacji cyfrowych – wyzwania dla zbiorowego prawa pracy*, cz. 1 i 2, ‘Monitor Prawa Pracy’ 2017, no. 8, pp. 398–402 and no. 9, pp. 461–465; J. Unterschütz, *Come Together Now! New Technologies and Collective Representation of Platform Workers*, ‘Acta Universitatis Lodzianensis Folia Iuridica’ 2021, no. 95.

2 T. Gyulavá, G. Kártyás, *Dlaczego rokowania zbiorowe są dla pracowników platformowych koniecznością i jak do nich doprowadzić?* (in: Ł. Pisarczyk, E. Brameshuber, J. Maria Miranda Boto (eds.), *Rokowania Zbiorowe a rynek platform cyfrowych. Tradycyjne narzędzie dla nowych modeli biznesowych*, Warsaw 2022, p. 140.

of the right to take collective action'. All the legal acts mentioned refer to workers and their organisations. However, it does not follow from these provisions that the right to collective bargaining should be interpreted narrowly to cover only employees. Rather, it is accepted in EU labour law and the relevant case law of the Court of Justice that this right can extend beyond the national category of employees. However, it is unclear, and widely debated in EU labour law as well as in legal scholarship, where the boundary of the subjective scope of the right to collective bargaining lies. While the employment relationship has so far been defined in case law, a definition of the actual employer is lacking. Such a definition would lead to a clear demarcation of the limits of the right to conclude a collective agreement.

EU competition law, specifically Article 101 TFEU, prohibits agreements between undertakings which restrict competition on the internal market, in particular where those agreements consist in directly or indirectly fixing purchase or selling prices or other trading conditions. EU competition rules are based on Article 3(3) of the Treaty on European Union, which provides that the Union establishes an internal market, including a system ensuring that competition is not distorted. The cited Article 101 TFEU is based on a simplified subjective scope, divided into two groups: employees and entrepreneurs. The basis for such a distinction was to prevent genuine companies bearing financial risks from taking action that would have the object of preventing, restricting or distorting competition on the internal market. In recent years, however, the clear boundaries between hierarchical labour relations and the activities of economic entities (undertakings) supplying goods to meet consumer demand have become blurred. In light of this, whether it is permissible for trade unions to engage in collective bargaining to conclude an agreement on behalf of self-employed workers is questionable under EU law. As the following analysis shows, the case law in this area is evolving.

In the judgment of 21 September 1999 on the case of *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, the CJEU answered the question of whether a collective agreement concluded between representative employers' and workers' organisations, with a view to establishing a single pension fund responsible for the administration of a supplementary pension scheme, is subject to Article 85(1) of the EC Treaty (now Article 101 TFEU).³ The Court of Justice found that the nature and subject matter of the agreement justified its exclusion from the scope of Article 101, Paragraph 61, TFEU. The Court reiterated that the activities of the Community include not only 'a system ensuring that competition in the internal market is not distorted', but also 'a policy in the social sphere'. Accordingly, the EU authorities should

3 Judgment of the Court of Justice of 21 September 1999 on the case of *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* C-67/96, ECR 1999/8-9B/I-5751; L. Gyseleń, Glosa do wyroków TS z dnia 21 września 1999 r., C-67/96, C-115/97 C-117/97 i C-219/97, 'Common Market Law Review' 2000, no. 2, pp. 425-448.

promote close cooperation between Member States in social matters, in particular in the field of trade union law and collective agreements between workers and employees. These collective agreements support the achievement of social policy objectives such as, *inter alia*, the improvement of living and working conditions, adequate social protection, social dialogue, the development of human resources allowing for a high level of employment, and the fight against social exclusion. Consequently, the Court of Justice concluded that although certain effects in the form of a restriction of competition are inherent in collective agreements concluded between representative employers' and workers' organisations, the social policy objectives indicated would be jeopardised if the social partners were subject to Article 101 TFEU when concluding these agreements. It follows from the judgment in the *Albany* case that, in general, collective labour agreements are excluded from the scope of competition law if they are concluded by representatives of workers and employers.

In the judgment of 4 December 2014 on the case of *FNV Kunsten Informatie en Media v. Staat der Nederlanden*, the CJEU assessed the possibility of extending the right to collective bargaining to the self-employed from a competition law perspective. The ruling arose against the background of a case in which a collective agreement had been concluded setting minimum rates for substitute musicians in orchestras, dividing them into two categories: substitutes for employees and substitutes performing under a specific task contract (the minimum rates for substitutes for the self-employed were 16% higher, so that these persons would be able to contribute to pension insurance to make their future pension benefits comparable to those of employees). The Court assumed that the provision of a collective agreement, insofar as it was determined by a trade union acting on behalf of self-employed service providers, was not the result of collective bargaining between social partners and, by its nature, could not be excluded from the scope of Article 101(1) TFEU. The Court concluded that self-employed substitute musicians are, in principle, 'entrepreneurs' within the meaning of Article 101(1) and that the employees' organisation, when it enters into negotiations in the name of self-employed service providers, is not acting as a trade union and therefore as a social partner, but as an association of entrepreneurs (Paragraphs 27–28). The Court ruled that the provision of a collective agreement fixing minimum rates for self-employed service providers belonging to one of the trade unions which was a party to the collective agreement, who perform the same activities for an employer under a specific task contract as the employer's salaried employees, constitutes the outcome of a social dialogue and does not fall within the scope of Article 101(1) TFEU only if those service providers are 'false self-employed persons' and thus service providers in a situation comparable to that of employees. It is for the referring court to make that determination (Paragraphs 31 and 43). When considering the *FNV Kunsten* case, the CJEU referred to the concept of employee developed in its case law on individual labour law. The CJEU pointed out in Paragraph 36 of the judgment that an employee is a person who:

acts under the direction of his or her employer as regards, in particular, his freedom to choose the hours and place of work and to carry out the tasks of his or her work, provided that he or she does not bear the economic risk of that employer and that he or she is integrated into that employer's undertaking during the employment relationship and forms an economic unit with that undertaking.

In this way, the CJEU highlighted those elements that appear to be relevant when attempting to distinguish between employment and self-employment. These are: (a) acting under the direction of the employer, (b) sharing risks, and (c) integration into the employer's undertaking. The CJEU, in the *FNV Kunsten* case, thus reiterated the distinction adopted under individual labour law between dependent employees (including false self-employed persons, who are to be treated as employees) and independent self-employed persons. There is no 'third category' between employees and self-employed persons.⁴ However, the Court of Justice did not provide clear guidance on how to separate 'genuine self-employment' from 'false self-employment'.⁵ According to EU case law, the question of whether a relationship of dependency exists must be answered on a case-by-case basis, taking into account all the factors and circumstances characterising the relationship between the parties.⁶ It is noted in the literature that the casuistic approach of CJEU case law is insufficient to ensure legal certainty and may discourage collective bargaining by self-employed persons.⁷

With its decision in the *FNV Kunsten* case, the Court ruled out the possibility of exercising the right to collective bargaining and to conclude collective agreements by persons performing work that does not meet the 'test' used to establish the existence of an employment relationship for the purposes of EU law other than Article 28 CFR.⁸ As a result, 'economically dependent self-employed persons' were excluded from the personal scope of Article 28 CFR. This approach is questionable in the context of the existence of an intermediate sphere between traditional employment and the employment of an independent service provider. The right to collective bargaining should be seen as a fundamental right and, at the same time, the social objec-

4 B. Surdykowska, *Między samozatrudnieniem fałszywym a zależnym*, 'PiZS' 2016, no. 2, pp. 18–23.

5 A. Aloisi, *Negotiating the Digital Transformation of Work: Non-Standard Workers' Voice, Collective Rights and Mobilisation Practices in the Platform Economy*, 'European University Institute Working Papers' 2019, p. 9.

6 See the judgment of the Court of Justice of 12 January 2004 on the case of *Debra Allonby v. Acrcrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, Trading as Protocol Professional and Secretary of State for Education and Employment*, C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18.

7 N. Countouris, V. De Stefano, I. Lianos, *The EU, Competition and Workers' Rights*, 'CELS Research Paper Series' 2021, no. 2, p. 291.

8 P. Grzebyk, *Od rządów siły do rządów prawa. Polski model prawa do strajku na tle standardów unijnego i międzynarodowego prawa pracy*, Warsaw 2019, pp. 157–158; A. Aloisi, *Negotiating...*, *op. cit.*, p. 9.

tives indicated in the Treaty on European Union (Article 3(3) indicates, *inter alia*, social progress) should not only apply to those in subordinate employment.⁹

2. Agreements and decisions of professional associations as a point of reference

It follows from the CJEU's case law on professional association agreements that there is no breach of Article 101(1) TFEU if the objectives of the agreement are legal. It is worth pointing to the judgment of 19 February 2002 on the case of *J.C.J. Wouters et al. v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, in which attorneys-at-law listed in Amsterdam engaged in professional cooperation by forming an association with a tax consultancy company and a company of tax consultants and chartered accountants.¹⁰ The relevant bodies of the Dutch Council of Attorneys decided that this cooperation was in conflict with the 1993 Samenwerkingsverordening Act, concerning cooperation between attorneys and practitioners of other professions, passed by the College of Delegates of the Supreme Council of Attorneys. Specifically at issue was the rule laid down in this act prohibiting attorneys from forming partnerships with persons who are not attorneys. The decisions of the governing bodies of the Dutch Council of Attorneys were challenged because, it was argued, they were in conflict with the Treaty provisions on competition as well as the right of entrepreneurship and the unrestricted provision of services. The Court of Justice held that an act of cooperation between attorneys-at-law and members of other professions should be regarded as a decision of an association of undertakings within the meaning of Article 85(1) of the EC Treaty (now Article 101(1) TFEU). However, as noted by the Court of Justice, not every agreement or decision of an association of undertakings which restricts the freedom of action of the parties or of one of them falls within the prohibition laid down in Article 85(1). According to the Court of Justice, the legislation enacted by the Dutch Council of Attorneys does not infringe Article 85(1), since that legislation, despite entailing restrictive effects on competition, is necessary for the proper practice of the profession of attorney under the conditions under which it operates in the Member State concerned. The prohibition on any kind of integrated cooperation between attorneys and chartered accountants is objectively justified by the need to ensure that an attorney acts with complete independence, loyalty, profes-

9 B. Surdykowska, Między..., *op. cit.*, pp. 18, 20–22.

10 Judgment of the Court of Justice of 19 February 2002 on the case of *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, with the participation of Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, C-309/99, EC-LI:EU:C:2002:98; A.J. Vossestein, Gloss on the judgments of 19 February 2000, C-35/99 and of 19 February 2002, C-309/99, 'Common Market Law Review' 2002, no. 4, pp. 841–863.

sional secrecy and respect for the rules relating to the avoidance of conflicts of interest.

Similar reasoning was adopted in the judgment of 23 November 2017 on the joined cases C-427/16 and C-428/16, concerning the setting of minimum rates by the professional association of attorneys-at-law.¹¹ The Court of Justice ruled that national regulation prohibiting going below those minimum rates may affect competition in the internal market within the meaning of Article 101(1) TFEU (Paragraph 46 of the judgment), unless it can be ensured that the rates are fair and justified in accordance with the general interest (Paragraph 53 of the judgment). Therefore, an infringement of Article 101(1) does not necessarily occur, as the objectives pursued by such regulation must be taken into account and it must be verified whether the conditions restricting competition are necessarily linked to the pursuit of those objectives. On the other hand, the Court did not specify which objectives may be legal.

The CJEU also assessed the decision of a trade association from a competition law perspective in its judgment of 12 September 2000 on the case of *Pavel Pavlov et al. v. Stichting Pensioenfond Medische Specialisten*¹² The case concerned self-employed doctors in a hospital, covered by a compulsory supplementary occupational pension scheme introduced at the request of the representative body of the professions concerned following collective bargaining. The CJEU considered that the Treaty did not contain any provisions encouraging professionals to conclude collective agreements to improve their employment and working conditions (Paragraph 69). However, according to the CJEU, a decision taken by the representative body of a profession to introduce such a supplementary pension fund serves a specific social objective, namely to guarantee a certain level of old-age pension to all members of the profession. The payment of contributions to the supplementary occupational pension scheme is closely linked to the doctor's exercise of the profession. The Court of Justice held that the decision to establish a supplementary pension does not infringe competition law.

It follows from the judgments presented that agreements and decisions of professional associations that restrict competition can only be exempted from the application of Article 101(1) TFEU if they pursue a justified objective and do not go beyond what is necessary. The literature highlights that these conclusions may serve to advance theories in which additional restrictions on competition arising from the inclusion of self-employed persons in existing collective agreements may be considered justified if they are required to protect the ability to engage in collective barga-

11 Judgment of the Court of Justice of 23 November 2017 on the case "CHEZ Elektro Bulgaria" AD v. Yordan Kotsev i "FrontEx International" EAD v. Emil Yanakiev, C-427/16 and C-428/16, ECLI:EU:C:2017:890.

12 Judgment of the Court of Justice of 12 September 2000 on the case of *Pavel Pavlov et al. v. Stichting Pensioenfond Medische Specialisten*, C-180/98 to C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428.

ining, which is a fundamental right guaranteed by the EU Charter of Fundamental Rights.¹³

3. Guidelines of the Commission on collective bargaining for solo self-employed persons

Collective bargaining between platforms and those who perform work through them, at both the company and sector levels, faces legal restrictions at the EU level. Anti-trust legislation requires the exclusion of entrepreneurs from the right to conclude collective agreements and the coverage of such agreements. As the demarcation line between an employee and an entrepreneur is not clear, current practice in competition law is to exclude all non-employees from collective bargaining. As a result, self-employed workers working through platforms do not enjoy the right to collective bargaining.

As the dividing line between employees and the self-employed, as outlined by the CJEU, is still unclear, the issue undoubtedly requires further work, as recognised by EU bodies. In September 2022, a communication from the Commission entitled ‘Guidelines on the application of Union competition law to collective agreements regarding the working conditions of solo self-employed persons (2022/C-374/02)’ was published.¹⁴ These guidelines acknowledge that self-employed persons are categorised as entrepreneurs within the meaning of Article 101 TFEU, leading to a possible infringement of competition law when collective agreements are concluded for their benefit. At the same time, it was noted that some self-employed persons find it difficult to influence their working conditions. This is particularly the case for solo self-employed persons, who work on their own and make their living primarily from work carried out personally. Even if solo self-employed workers are not fully integrated into their principal employer’s business in the same way as employees, some of them may not be completely independent of their principal employer or may not have sufficient bargaining power. Recent changes in the labour market have contributed to this situation, especially the trend towards subcontracting and outsourcing of business and personal services, as well as the digitisation of production processes and the development of the online platform economy. Collective bargaining can be an important tool to improve the working conditions of those solo workers without employees (Points 1(6) and 1(8) of the Guidelines).

In light of the above, the aim of the Commission’s guidelines is to ensure that self-employed workers can bargain collectively without the risk of breaching EU com-

13 M.J. Schmidt-Kessen, C. Bergqvist, C. Jacqueson, Y. Lind, M. Huffman, ‘I’ll call my union’, *Said the Driver: Collective Bargaining of Gig Workers under EU Competition Rules*, ‘Copenhagen Business School Law Research Paper Series’ 2021, p. 17.

14 O.J. EU C-374/2, 30.09.2022.

petition law. The guidelines indicate that they refer to a 'collective labour agreement' as defined under letter (c) and all forms of collective bargaining conducted in accordance with national law and practice, ranging from bargaining conducted through social partners or other associations to direct bargaining by a group of solo self-employed workers or their representatives with their counterparties or associations of those counterparties.¹⁵ They also include cases where solo self-employed persons – either individually or as a group – wish to be covered by an existing collective agreement concluded between their counterparty and a group of workers/solo self-employed persons.

Collective labour agreements concluded for the benefit of the self-employed would be excluded from EU competition law. According to the guidelines, the exemption should apply to those collective agreements aimed at improving working conditions, including remuneration, and not to agreements concerning commercial conditions (e.g. applicable prices). The guidelines indicate that they apply to all forms of collective bargaining for the self-employed on issues such as 'remuneration, rewards and bonuses, working time and working patterns, leave, dismissal, place of work, health and safety at work, insurance and social security, and the conditions under which solo self-employed workers have the right to stop providing their services or under which the counterparty has the right to stop using their services' (Point 15 of the Guidelines).

The guidelines focus on the exemption from competition law of collective agreements for those self-employed persons who do not employ other persons (Point 1(1) of the Guidelines). The term 'solo self-employed persons' refers to persons who do not have an employment contract or who are not in an employment relationship, and who rely primarily on their own personal labour for the provision of the services concerned (Point 1(2a) of the Guidelines).

The guidelines clarify the subjective scope of collective bargaining, which is outside the scope of Article 101 TFEU. A key element is the similarity of situations. According to the guidelines, 'in instances where solo self-employed persons are in a situation comparable to that of workers, their collective agreements will be considered to fall outside the scope of Article 101, regardless of whether the persons would also fulfil the criteria for being false self-employed persons' (Point 20 of the Guidelines).

According to the Commission, the following solo self-employed persons are in a situation similar to employees:

15 According to Point 2(c) of the Commission's guidelines, 'collective labour agreement' means an agreement negotiated and concluded between the solo self-employed or their representatives and their counterparties insofar as, by its nature and purpose, it concerns the working conditions of such solo self-employed workers.

- Persons who provide work (services) exclusively or primarily to a single counterparty and who, as a result, are economically dependent on that counterparty. In general, such persons do not determine their conduct on the market independently and are highly dependent on their counterparty and are integrated into their business, forming an economic unit with that counterparty. In addition, such solo self-employed workers are more likely to receive instructions on how they should perform their work. The Commission believes that a solo self-employed worker is in a situation of economic dependence when he or she receives, on average, at least 50% of his or her total work-related income from a single counterparty, over a period of either one or two years.
- Persons who perform the same or similar tasks ‘side-by-side’ with workers for the same counterparty, who do not bear the economic risk of the undertaking and who are dependent in terms of their activity. It is for national courts to decide whether the contractual relationship of self-employed persons who perform the same or similar tasks as workers is to be classified as an employment relationship. However, solo self-employed workers should still be able to conclude collective agreements to improve their working conditions in cases where their status has not been changed to that of employees.
- Solo self-employed workers who provide work through digital platforms, who are often dependent on the platforms, especially as regards reaching clients, and who deal with job offers that are non-negotiable in terms of working conditions, including remuneration. Digital labour platforms are usually able to unilaterally impose working conditions, without informing or consulting solo self-employed workers in advance.

The criterion of ‘comparable situation’ contained in the guidelines draws on the previous case law of the Court of Justice. Although the proposal refers to the Court’s position, the guidelines explicitly mention a new criterion for determining the subordination of employees, i.e. the economic dependence of the person performing the work on the entity employing him or her. In addition, the Commission for the first time explicitly mentions the criterion according to which economic dependence is to be distinguished from independence – that is, the receipt of at least 50% of annual remuneration from a single counterparty. Hence, the Commission’s guidelines should be regarded as major progress.

At the same time, critical voices can be found in legal scholarship questioning whether the income criterion can (or should) replace all other criteria characterising the relationship in question. First, different criteria are used in internal legal systems. Second, these other criteria may also be relevant (indicative of the actual position of workers). In Germany, as an alternative to the income criterion, the criterion of working mainly for one recipient (counterparty) is used. In Italy, on the other hand, the

key point is that the worker does not organise the work process him- or herself but works within an organisational framework created by another entity.¹⁶

It is also argued that a detailed analysis of the guidelines shows a lack of clarity in the Commission's approach. On the one hand, the Commission argues that collective bargaining for economically dependent self-employed persons should be excluded from the scope of Article 101 TFEU. In this way, the Commission clarifies the position of the Court, as if expecting that the Court itself will also follow this path. On the other hand, the proposal reflects legal solutions adopted in internal legal systems or at the EU level. According to the Commission, at least some of these solutions do not fall within the permissible exemptions of Article 101 TFEU. Nevertheless, this too can be seen as leaving some room for social partners to act. The Commission does not intend to intervene against collective agreements concluded for economically dependent self-employed workers in order to alleviate a clear imbalance in bargaining power, or if the agreement has been concluded in pursuit of (other?) social objectives implemented by national legislation. However, a doubt arises as to how to define the social objectives to which the Commission refers.¹⁷

There is also criticism as to why the guidelines focus exclusively on solo self-employed persons – in other words, why the criterion of 'not employing another person' is decisive. In this context, it is argued that it follows from the Court's rulings in the *Albany* and *FNV Kunsten* cases that an approach that primarily takes into account the bargaining position as a consequence of economic dependence should rather have been considered. As is clear from the CJEU's case law, that dependence arises from the fact that the service provider does not bear any financial or commercial risk arising from the principal employer's activity and acts as an auxiliary entity within the latter's undertaking.¹⁸ While, indeed, the solutions of individual Member States show that other criteria can also be used, none of them is perfect either. In addition, the criterion of 'not employing workers' is easily applied in practice.

Despite the critical remarks which have been made, the Commission's guidelines are an important step to ensuring that EU competition law does not stand in the way of initiatives to improve working conditions through collective agreements for self-employed workers. The guidelines refer to market participants who perform work in a personal capacity.

16 E. Brameshuber, Prawo do rokowań zbiorowych ekonomicznie zależnych podobnych do pracowników (employee-like), (in:) Ł. Pisarczyk, E. Brameshuber, J. Maria Miranda Boto (eds.), Rokowania..., *op. cit.*, pp. 310–311.

17 *Ibidem*, p. 311.

18 *Ibidem*.

4. The recognition of platform workers as *sensu stricto* employees as a step to enhancing the role of collective bargaining: The example of Spain

Since the emergence of work through digital platforms, political and dogmatic positions have changed, from defence of the advantages of such a business model, to the need for a third status, to the recognition of platform workers as employees. Currently, the most progressive example in terms of the employment status of platform workers is a Spanish legal act called *Ley Rider*, under which the application of labour law is assumed to apply to supply and distribution activities organised through digital platforms. The *Ley Rider* is a first step towards including platform workers in the general framework of statutory labour regulation and represents great progress. The recognition of such persons as employees in the strict sense will certainly lead to an increased role for collective bargaining in the future.

4.1. The path towards the approval of a state protection standard

Work through digital platforms is a phenomenon related to the globalisation and digitalisation of the current labour market, which allows services to be provided in a very different way than the traditional one. As is known, the increase in this type of work has been accompanied by multiple social conflicts related to job insecurity in the provision of a service by platform workers. Indeed, throughout the world, from the moment of its appearance (in 2015), the legal nature of this work has been discussed and different positions have been considered to qualify it, either within labour law (as a common or special labour relationship) or in the field of self-employment (as ordinary or economically dependent self-employment). Of course, the digital platforms are characterised by the denial, for the most part, of their status as ‘entrepreneurs’ and, therefore, also the denial of the status of ‘workers’ for the subjects with whom they establish a professional relationship for the provision of services (they are called ‘partners’ or ‘collaborators’). For their part, the workers, together with traditional trade union organisations, have been demanding the recognition of their status as true workers within the meaning of labour law and, consequently, the application of the labour rights and guarantees inherent to this legal discipline.

In Spain, this social and legal conflict was at first (between 2017 and 2020) resolved by the Labour Inspectorate, which, in many cases, understood that the workers of the delivery platforms were true workers within the meaning of labour law. Therefore, when they provide services as a self-employed person, their contractual situation was that of ‘false self-employed’ persons. This situation determined infractions by the company and the imposition of corresponding fines, as well as claims for the payment of contributions of social security by the General Treasury.

At the same time, in the judicial field, most of the courts understood that, in the specific factual cases submitted to their consideration, this was a type of work activity that met all the typical requirements of work that is protected by labour law. Howe-

ver, some judgments ruled against this criterion, which forced the Supreme Court to make a final ruling. Thus, the Supreme Court judgment of 25 September 2020 put an end to the discussion, declaring the plaintiff who provided services for the Glovo platform to have the nature of a true worker.¹⁹

The social significance of this Supreme Court ruling promoted the social dialogue that the government had been maintaining with social partners (the UGT and COO unions and the CEOE and CEPYME employers' associations) on different labour matters. Thus, on 28 October 2020, the so-called 'Social Dialogue Committee for the Regulation of Digital Platforms' was established and on 10 March 2021 reached a pioneering agreement with the name 'Laborisation of Riders and Monitoring of Digital Platforms in the Workplace'. The content of this agreement was published, first as an emergency rule, as 'Royal Decree Law 9/2021, of May 11, which modifies the revised text of the Workers' Statute Law, approved by Legislative Royal Decree 2/2015, of October 23, to guarantee the labour rights of people dedicated to delivery in the field of digital platforms', and was later replaced by Law 12/2021 of 28 September, with the same name and content. This regulation is one of the measures committed by the Spanish government to the European Union, since it is part of the so-called 'Recovery, Transformation and Resilience Plan' (27 April 2021), and seeks to guarantee decent work for this type of worker, ending the job insecurity that characterised them up until then.

The two major measures reached in the aforementioned social agreement, later embodied in Royal Decree (RD) Law 9/2021 and the subsequent Law 12/2021, are the inclusion of a presumption of employment for workers who provide services for the platforms, and the recognition of the right of access by the workers' representatives to the information (parameters, rules and instructions) of the algorithms or artificial intelligence systems used by the company to exercise its managerial and organisational power in the production process. These two measures are of extraordinary importance, since they seek to end job insecurity for platform workers quickly, efficiently and definitively. In fact, the Spanish legislature resorted to the emergency legislative route – the RD Law – and justified the concurrence of 'the extraordinary and urgent need' (required by article 86.1 of the Constitution to use the aforementioned norm) in the previous serious conflict and the doctrine established by the Supreme Court, which imposes, *de lege ferenda*, 'the adoption of a legislative solution that seeks a necessary panorama of normalization and legal certainty for workers and companies.'²⁰

On the one hand, it is necessary to establish a balance between the organisation of this 'new economic reality' and the protection of workers, who, 'although they provide services in a way that deviates from the traditional one, are subject to control in

19 Cassation Appeal for Doctrine Unification, No. 4746/2019.

20 Statement of Reasons, III, para. 2.

its performance.²¹ So the protection of these people cannot be left to the fate of the decisions of the Labour Inspectorate and the judges; it is necessary to approve a general regulation for them. On the other hand, a guarantee of equal treatment between traditional companies and those that use digital control means based on algorithmic data management is urgent, to ensure transparent and fair competition between them.²² In fact, this equal treatment was a claim of the few platforms (such as Just Eat) that, respecting current labour regulations, already hired workers, since by assuming more labour costs, they were in a worse situation when competing with the platforms that did not observe those regulations.

Undoubtedly, the measures adopted by the Spanish legislature are interesting, positive and of the greatest interest to other countries. In fact, there are already regulatory initiatives in some of them that also favour its implementation. In addition, the draft EU Platforms Directive follows the solution given by the Spanish standard.

4.2. The presumption of employment of delivery riders

One article of the RD Law 9/2021 adds a new provision to the text of the main Spanish labour law: the Workers' Statute (WS) (Article 2(23)). The title of this provision is 'Presumption of Employment in the Field of Digital Delivery Platforms' and its content reads as follows:

By applying the provisions of article 8.1 (WS), it is presumed included in the scope of this law (the WS) the activity of people who provide paid services consisting of the delivery or distribution of any consumer product or merchandise, by employers who exercise the business powers of organization, management and control directly, indirectly or implicitly, through the algorithmic management of the service or working conditions, through a digital platform.

The legal solution adopted by the legislature consists of presuming that the provision of services for these delivery platform workers is of the nature of labour, protecting them through their inclusion within the scope of the WS, which is the simplest solution. Thus, the legislature is spared the risks and inconveniences of exploring other legislative possibilities, such as the creation of specific ad hoc regulations or even the recognition of a special employment relationship for these workers. Likewise, it rules out the option of regulating a new figure halfway between the subordinate worker and the self-employed worker, known as the economically dependent self-employed worker in the digital field, which would take as an example the regulation already existing in Spain of the economically dependent self-employed worker. The legislation's choice is clear: it is presumed that these delivery drivers are ordinary workers, with a common (not special) employment relationship, included in the field of labour law.

21 *Ibidem*, para. 3.

22 *Ibidem*, para. 7.

The current WS already contains a general presumption of employment (applicable to any worker) in Article 8.1, according to which an employment contract 'shall be presumed to exist between everyone who provides a service on behalf of and within the scope of organisation and direction of another person (the employer), who receives it in exchange for compensation' to the employee. The newly introduced additional provision of the WS begins by stating that 'by application of the provisions of article 8.1, it is presumed that the activity of delivery riders is included within the scope of this law'. As can be seen, the legislation wants to expressly link both presumptions, making it clear that it is based on the general presumption of Article 8.1, and a new presumption is thereby now created for this specific case ('by application' thereof). This is necessary and useful, and has its own meaning to resolve the conflict with the riders, which could not be resolved with the general presumption of Article 8.1.

The general presumption of Article 8.1 WS limits itself to referring to the provision of a service 'on behalf of and within the scope of [the] organisation and direction of another' person, without further ado, without going into qualifying how or in what way that organisational power is specified. However, the new presumption does dwell on the details of the exercise of the power of direction and organisation by the employing companies. Undoubtedly, it is at this level of specificity that the true usefulness of this presumption is found. The legislation starts from the classic characteristics of the employment relationship (voluntariness, remuneration, employment and dependency) and specifies them for the case of work on digital delivery platforms, paying special attention to the description of the parties to that relationship (workers and platforms), the object of the contract (activity to be carried out by the worker) and the way of working, which is determined by the specific exercise of the power of organisation, direction and control of the employing companies.

The base fact of the new additional provision of the WS is made up of three elements that must concur, cumulatively, in any real case so that the mandate of this provision can be applied. In the first place, it must be a work activity in which the person who performs it provides services of 'delivery or distribution of any consumer product or merchandise'. Therefore, only a very specific sector of platforms and workers is taken into consideration, excluding all those linked to other platforms. Second, the distribution activity must be carried out for another subject (the employer) voluntarily and in exchange for remuneration, since, as is known, without free consent and without salary, no work is subject to labour law. Third, the delivery activity must be carried out for a particular company, which exercises its typical labour powers in a specific way. Thus, it is specified that the provision of services is done for 'employers that exercise the business powers of organization, direction and control directly, indirectly or implicitly'.

As is easy to appreciate, the wording of the new additional provision could be improved, since, on the one hand, the faculties of organisation and management refer

to the same field of action, that is, the management of a business project (the production process and the workforce), for which orders and instructions are given (Article 20.2 WS). On the other hand, the control faculties are already different, being clearly focused on the supervision of production and surveillance of the staff, in order to be able to verify if the orders and instructions received are observed. The omission of any mention of disciplinary power (Article 58 WS), which is complementary to the other two powers (while making them truly effective), is striking, because if, after orders and instructions are given, it is verified that the workers do not comply with them properly, the company can exercise its disciplinary power to correct the situation. There is no doubt that if the platforms see conduct on the part of the riders that they wish to reprimand, they will do so without hesitation, and in the same way that they exercise the other two powers.

The wording of the provision could also be more exact with respect to the description of the exercise of the business faculties of organisation, direction and control, which, according to the legislation, can be 'direct, indirect or implicit'. A priori, it seems that there are three ways to develop these faculties, when there are in fact only two: the direct and the indirect (which admits, as a synonym, the implicit). The exercise of these powers indirectly occurs 'through the algorithmic management of the service or working conditions', the main element of the digital platform (mentioned in the new additional provision). It is worth insisting that this clarification on the indirect management of corporate powers is the real novelty and the real contribution of the new provision of the WS.

According to the new additional provision of the WS, when a person provides services according to the circumstances described in the base fact, 'it is presumed included in the scope of this law' (the WS), and this 'by application of what is established in article 8.1' of the same text. Following the dynamics of the ordinary presumption, a legal consequence is presumed from the base fact: the inclusion of the rider in the subjective scope of Article 1.1 WS – in other words, the consideration that a person who works in accordance with the indicated requirements is a typical worker who voluntarily provides his or her paid services 'for someone else and within the scope of organization and management of another person, physical or legal, called [the] employer'. Consequently, this implies that this worker must provide services for the employer through an employment contract, to which the labour regulations will be applied (the WS and other applicable labour regulations).

As a worker included in labour law, the delivery person works for someone else (the employer) and it is taken into account (1) in decision-making, since the price of the services provided, the form of payment and the remuneration of the delivery people is fixed, unilaterally, by the platform, and it is the latter that pays the fees to the riders, not the final client; (2) in the in the company profits, since the platform directly appropriates the work of the riders; and (3) in the tools and infrastructure, since the fundamental element to carry out the economic activity is the digital platform

and, more specifically, the intelligent computer program (algorithm) developed by it. Indeed, this algorithm is the nerve centre of the business, as it allows all the parties involved to be in contact (platform, customer businesses, delivery drivers and end consumers), as well as managing the different orders and operations of all kinds. In this way, since this tool is essential to the provision of the service, the infrastructure that the riders contribute to the job (for example, their mobile phone or vehicle) does not allow them to operate on their own or be autonomous (at least, not automatically).

Similarly, a delivery person is a worker subject to legal dependence on or subordination to the company, which is the fundamental requirement for the existence of an employment relationship to be appreciated. As can be seen, the legislation takes a further step in the process of making dependency more flexible, since a new dose of legal flexibility is now added to the previous flexible interpretation of this requisite made by the judges, by accepting the indirect or implicit exercise of the powers of the employer through new technologies (algorithms).

In short, whenever one is faced with the factual situation described in the new additional provision of the WS, the legal mandate of employment for platform riders plays a role. This mandate is equivalent to a *iuris et de iure* presumption, for which reason no proof to the contrary is admitted; that is, if the facts are as described, no proof can be provided against the presumed legal consequence (the employment of the delivery person). However, it may be that this person is not able to prove all the requirements indicated in the aforementioned situation of fact, even flexibly, and therefore it can be appreciated that the situation is a different one. Thus, although evidence to the contrary is not admitted in relation to the legal consequence, counterevidence is accepted by anyone interested in demonstrating that, despite the indications of employment, this is not a true provision of services of the nature of labour, but rather is autonomous (of a civil or commercial nature). The existence of a general labour rule with the possibility of counterproof, denying the assumption of fact, may favour those distributors or riders who, despite external indications, want to continue providing services as true self-employed workers.

In any case, the legal mandate favours the majority of precarious workers who wish to be protected by labour law and who, until now, were forced to accept the imposition of a self-employed contract (rather, the false self-employed). As a result of the legal reform mentioned above, their initial position has improved, since they are already protected as employees, and whoever has an interest in destroying this legal statement will have to provide the corresponding counterproof, denying the existence of the basic factual situation to which the legislation ties the legal consequence of employment.

4.3. The right to information on the composition of the algorithm as a subject of collective bargaining and protection of platform workers

The RD Law 9/2021 also introduces another important new idea in relation to the improvement of working conditions. Thus, a new clause is introduced to Article 64.4 WS to add that a works council has the right to ‘(d) be informed by the company of the parameters, rules and instructions on which algorithms or artificial intelligence systems are based, and which affect decision-making about working conditions, access to and maintenance of employment, including profiling’. This new right of representatives to information is a real novelty at the national and international level, and is characterised by the following features.

First, its purpose is to be able to know, in detail, the composition of the algorithm and, where appropriate, to avoid fraudulent or discriminatory business decisions (‘algorithmic discrimination’) based on sex, race, age, beliefs or any other personal or social condition. The mathematical formulas that make up the algorithm are made by people and can reproduce – even unintentionally – discriminatory biases when applied. The RD Law’s own explanatory statement points out that the incidence of new technologies in the workplace and the impact of algorithms cannot be ignored. In fact, the effectiveness of the new presumption of employment, that is, the assessment of the real nature of the relation between the parties, depends on verifiable information about the activity of the platform.

It should be noted that in Spain there is already a general duty of the employer to inform representatives about ‘those issues that may affect the workers, as well as about the situation of the company and the evolution of employment’ (Article 64.1 WS); the duty to report on the algorithms could already be understood as included here. However, the new specific mention reinforces the importance of this obligation, which is useful to promote compliance.

Second, the holders of the right to be informed are all unitary representatives (works council and personnel delegates) and trade union representatives (union delegates). Indeed, although the legislation only expressly recognises the right of the works council, by analogy, it is also applicable to other types of representatives, both unitary (by election in the company every four years) and unions, which mainly represent worker members. For their part, the entities obliged to provide this information are all companies (not only platforms) that use these technologies (from any functional sector), directly or indirectly, as happens when a main company subcontracts other companies specialising in algorithms to carry out certain functions, such as the selection of a candidate for a position.

Third, regarding the content of the information, it is evident that the Spanish legislation expresses itself in broad terms, since the company has to provide information about all kinds of technologies, both the algorithms (automated mathematical formula) and the other ‘systems of artificial intelligence’ that it uses (a wider

expression that includes all kinds of intelligent technology). This broad vision is very important. More specifically, the information content that must be detailed is related to the internal composition of the algorithm or intelligent system, indicating the 'parameters, rules and instructions' which the decisions that the employer makes are based on in the exercise of managerial, control and disciplinary powers. The business decisions which must be reported are those taken both during the term of the contract and in the phases prior to it, which frequently includes the preparation of job offers to hire candidates for a position.

Fourth, a company cannot claim an exception to the duty to provide information about these algorithms or intelligent systems based on the need to protect its commercial interests. Indeed, although Article 65.4 WS protects 'industrial, financial or commercial secrets', whose disclosure could, according to objective criteria, hinder 'the operation of the company or the workplace or cause serious damage to its economic stability', it is clear that the content of the new informative duty does not violate the industrial and commercial secrets of companies. These are not affected by information about the work elements of algorithms or other mathematical operations. Thus, a balance is established between the conflicting interests, as it is not necessary to report all aspects of the algorithm or intelligent system, but only the rules with labour significance.

Fifth, collective bargaining can specify and improve different aspects of this duty of information. Thus, for example, a collective agreement may require clear and transparent information, which is carried out at a time, in an appropriate manner and with an appropriate content, to allow the workers' representatives to proceed to its proper examination (Article 64.6 WS), or the agreement can improve the holders of this duty, extending the informative obligation to the affected workers themselves (not only to their representatives). Besides, the objective scope of the aforementioned duty can also be expanded, and the responsibility to report on the evaluations or results of the studies or statistics made by the company on the operation of the algorithms can be established. In the same way, the need to consult representatives prior to the composition of these systems can be foreseen, going beyond the duty to be informed about them.

In short, the use of algorithms and intelligent systems in a company has a lot of potential, and it will be necessary to pay attention to their results in order to protect workers from misuse of these technologies.

Conclusions

The non-employee status of those working through platforms constitutes one of the main obstacles to collective bargaining. The most progressive example of the employment status of platform workers is the Spanish *Ley Rider* legal act, under which

the application of labour law is assumed to apply to supply and distribution activities organised through digital platforms. The recognition of such persons as employees in the strict sense will certainly lead to an increased role for collective bargaining in the future.

REFERENCES

- Aloisi A., *Negotiating the Digital Transformation of Work: Non-Standard Workers' Voice, Collective Rights and Mobilisation Practices in the Platform Economy*, European University Institute 2019.
- Brameshuber E., *Prawo do rokowań zbiorowych ekonomicznie zależnych podobnych do pracowników (employee-like)*, (in:) Ł. Pisarczyk, E. Brameshuber, J. María Miranda Boto (eds.), *Rokowania Zbiorowe a rynek platform cyfrowych. Tradycyjne narzędzie dla nowych modeli biznesowych*, Warsaw 2022.
- Countouris N., De Stefano V., Lianos I., *The EU, Competition and Workers' Rights*, 'CELS Research Paper Series' 2021, no. 2.
- Grzebyk P., *Od rządów siły do rządów prawa. Polski model prawa do strajku na tle standardów unijnego i międzynarodowego prawa pracy*, Warsaw 2019.
- Gyselen L., *Glosa do wyroków TS z dnia 21 września 1999 r., C-67/96, C-115/97 C-117/97 i C-219/97*, 'Common Market Law Review' 2000, no. 2.
- Gyulavá T., Kártyás G., *Dlaczego rokowania zbiorowe są dla pracowników platformowych koniecznością i jak do nich doprowadzić?* (in:) Ł. Pisarczyk, E. Brameshuber, J. María Miranda Boto (eds.), *Rokowania Zbiorowe a rynek platform cyfrowych. Tradycyjne narzędzie dla nowych modeli biznesowych*, Warsaw 2022.
- Schmidt-Kessen J.M., Bergqvist C., Jacqueson C., Lind Y., Huffman M., *'I'll call my union,' Said the Driver: Collective Bargaining of Gig Workers under EU Competition Rules*, 'Copenhagen Business School Law Research Paper Series' 2021.
- Surdykowska B., *Między samozatrudnieniem fałszywym a zależnym*, 'PiZS' 2016, no. 2.
- Unterschütz J., *Come Together Now! New Technologies and Collective Representation of Platform Workers*, 'Acta Universitatis Lodziensis Folia Iuridica' 2021, no. 95.
- Unterschütz J., *Praca w ramach platform i aplikacji cyfrowych – wyzwania dla zbiorowego prawa pracy*, cz. 1 i 2, 'Monitor Prawa Pracy' 2017, nos. 8 and 9.
- Vossestein A.J., *Gloss on the judgments of 19 February 2000, C-35/99 and of 19 February 2002*, 'Common Market Law Review' 2002, no. 4.

Marzena Szablowska-Juckiewicz

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Polska

m_sz@umk.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1975-1309>

Aneta Giedrewicz-Niewińska

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

a.niewinska@uwb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0780-192X>

Wewnątrzzakładowa procedura zgłaszania naruszeń prawa a ochrona interesu przedsiębiorcy

The Internal Reporting Procedure for Breaches of Law and the Protection of the Entrepreneur's Interest

Abstract: Directive 2019/1937 comprehensively regulates the issue of reporting violations of the law and the protection of persons making such a report. The EU legislation formulates obligations regarding the establishment of channels and procedures for making internal reports, setting the framework for such a procedure and leaving it to national legislatures to specify it. The Polish legislature took action in this regard by preparing the draft Act of 5 January 2023 on the protection of persons reporting violations of the law. Due to the sensitivity of the matter, the implementation of formal mechanisms for reporting irregularities in the workplace is undoubtedly associated with many challenges. Most often in this context, challenges related to ensuring sufficient whistleblower protection are mentioned. Meanwhile, it also seems necessary when implementing such procedures to notice the challenge of the protection of entrepreneurs' interests. A number of solutions included in the Polish draft act raise doubts and objections as to the correct implementation of the EU directive.

Keywords: internal reporting, interests of entrepreneurs, whistleblowers

Słowa kluczowe: zgłoszenie wewnętrzne, interes przedsiębiorcy, sygnaliści

Wprowadzenie

Procedury wewnętrznego sygnalizowania nieprawidłowości są już dobrze znane, zwłaszcza w krajach anglosaskich (w szczególności w Wielkiej Brytanii, Stanach Zjed-

noczonych¹). Mają one wspomagać przedsiębiorców w uniknięciu szkodliwych dla danej organizacji konsekwencji nieprawidłowych i nieetycznych zachowań pracowników oraz kierownictwa². Nie ulega wątpliwości, że wprowadzenie wewnętrznych procedur zgłaszania naruszeń prawa służy ochronie interesu publicznego³. Ma ono także „pozytywny wpływ na samą organizację. Wewnętrzny *whistleblowing* chroni interes przedsiębiorstwa, zapobiega różnym stratom (np. w związku z wypuszczeniem na rynek wadliwych produktów). Sprzyja również doskonaleniu kultury organizacyjnej, ponieważ pracownicy w większym stopniu identyfikują się z organizacją, w której nieprawidłowości się nie zdarzają lub są szybko eliminowane”⁴.

O potrzebie zgłaszania nieprawidłowości coraz częściej dyskutuje się w ramach społecznej odpowiedzialności biznesu. Zgodnie z zasadami tej odpowiedzialności przedsiębiorca powinien dbać nie tylko o osiągnięcie zysku, ale również o interesy grup współpracujących z daną organizacją (m.in. pracowników, klientów, kontrahentów). Niewątpliwie, ze względu na wrażliwość materii, wdrożenie formalnych mechanizmów umożliwiających zgłaszanie nieprawidłowości w miejscu pracy łączy się z wieloma wyzwaniami. Najczęściej w tym kontekście mówi się o problemach związanych z zapewnieniem dostatecznej ochrony sygnaliście. Tymczasem konieczne wydaje się dostrzeżenie, iż podczas wdrażania tego rodzaju procedur istotna jest również ochrona interesu przedsiębiorcy. W literaturze przedmiotu trafnie się zauważa, że „przy konstruowaniu norm prawnych chroniących działania sygnalistów ko-

- 1 Szerzej zob. m.in. M. Kun-Buczko, *People Who Could Not Keep Silent: The Founding Fathers of Whistleblowing*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2022, z. 2, s. 367 i n. i podana tam literatura; zob. także E.S. Callahan, T.M. Dworkin, *The state of state whistleblower protection*, „American Business Law Journal” 2000, vol. 38, s. 99–175; T.M. Dworkin, M.S. Baucus, *Internal vs. external whistleblowers: A comparison of whistleblowing processes*, „Journal of Business Ethics” 1998, vol. 17, s. 1281–1298; *Estimating the Economic Benefits of Whistleblower Protection in Public Procurement. Final Report*, 2017, s. 87 i n., <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8d5955bd-9378-11e7-b92d-01aa75ed71> (8.09.2023); Tan Pei Meng, Ong Seng Fook, *Comparative analysis of whistleblower protection legislations in England, USA and Malaysia*, „African Journal of Business Management” 2011, vol. 5, s. 11246–11255; T. Olesen, *The birth of an action repertoire: on the origins of the concept of whistleblowing*, „Journal of Business Ethics” 2022, vol. 179, s. 13–24; H. Szewczyk, *Whistleblowing. Zgłaszanie nieprawidłowości w stosunkach zatrudnienia*, Warszawa 2020, s. 86 i n.; A.M. Świątkowski, *Sygnalizacja (whistleblowing) a prawo pracy*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 5, s. 10 i n.; W. Vandekerckhove, A. Phillips, *Whistleblowing as a protracted process. A study of UK whistleblower journeys*, „Journal of Business Ethics” 2019, vol. 159, s. 201–219; L. Paige Whitake, *The Whistleblower Protection Act: an overview*, „Law and Law Enforcement Issues” 2007, vol. 213, s. 213–226.
- 2 Por. M. Wujczyk, *Podstawy whistleblowingu w polskim prawie pracy*, „Przegląd Sądowy” 2014, nr 6, s. 114.
- 3 M. Ożóg, *Sygnalizacja naruszeń prawa a zasada praworządności w dziejach prawa polskiego – zarys problematyki*, (w:) B. Baran, M. Ożóg (red.), *Ochrona sygnalistów. Regulacje dotyczące zgłaszających nieprawidłowości*, Warszawa 2021, s. 241.
- 4 E. Milczarek, *Warunki skuteczności ochrony sygnalistów – uwagi na tle dyrektywy 2019/1937*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2022, z. 2, s. 108.

nieczne jest wyważenie całego systemu. Z jednej strony musi on tworzyć bezpieczne warunki do ujawnienia ważnych dla interesu publicznego informacji, z drugiej – nie może stwarzać pola do nadużyć np. przez nieuczciwych pracowników, których celem jest zaszkodzenie przedsiębiorstwu lub uzyskanie korzyści finansowych⁵.

Wychodząc z założenia, że regulacje prawne dotyczące zgłaszania naruszeń prawa z wykorzystaniem kanałów wewnętrznych organizacji ze swej istoty są korzystne dla przedsiębiorcy, podjęta zostanie próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, jakie rozwiązania szczegółowe są pożądane. Przedmiotem analizy będą postanowienia dyrektywy 2019/1937 w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii⁶ oraz projekt ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa, a także ocena, czy przedmiotowy projekt zapewnia prawidłową implementację dyrektywy. Jako podstawowe narzędzie badawcze zostanie wykorzystana metoda dogmatyczno-prawna.

1. Cel dyrektywy i ustawy wdrożeniowej

Jednym z celów dyrektywy 2019/1937 w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii jest stworzenie spójnych, obowiązujących we wszystkich państwach członkowskich, zasad i procedur ochrony osób fizycznych przed odwetem prawnym, ekonomicznym i innym będącym konsekwencją zgłoszenia przez te osoby informacji na temat naruszeń prawa.

Zakresem dyrektywy 2019/1937 objęte są zgłoszenia naruszeń przepisów w wielu różnych dziedzinach, jak na przykład zamówieniach publicznych, zapobieganiu praniu pieniędzy, zdrowiu publicznym⁷. Jako uzasadnienie takiego szerokiego zakresu przedmiotowego dyrektywy wskazuje się dotychczas zaobserwowaną konieczność poprawy egzekwowania prawa i polityk Unii w określonych dziedzinach, w których naruszenia mogą wyrządzić poważną szkodę interesowi publicznemu (pkt 84).

W Polsce implementacja dyrektywy 2019/1937 nastąpi nie w drodze nowelizacji obowiązujących ustaw, ale w odrębnej, kompleksowej ustawie. Przemawia za tym szeroki zakres koniecznych do wdrożenia rozwiązań oraz względy przejrzystości regulacji dotyczącej nowych instytucji prawnych. Od dłuższego czasu trwają prace nad projektem ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenie prawa⁸. Celem tych prac ma być z pewnością zapewnienie zgodności przepisów krajowych z wymogami dyrektywy 2019/1937 w kwestii zapewnienia ochrony praw osób zgłaszających naruszenia.

5 *Ibidem*, s. 4.

6 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1937 z dnia 23 października 2019 r. w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii (tzw. dyrektywa o ochronie sygnalistów; *whistleblowing* z ang. zgłaszanie nieprawidłowości).

7 Wskazuje na to lista aktów prawnych UE objętych dyrektywą, ujęta w załączniku.

8 Projekt z dnia 12 lipca 2023 r. ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenie prawa.

W rezultacie pojawienie się odpowiedniej, krajowej regulacji ma również prowadzić do poprawy egzekwowania prawa w obszarach objętych zgłoszeniami. Ustawa ma uzupełnić także przepisy odnoszące się do już istniejących krajowych środków zgłaszania naruszeń wynikających z sektorowych aktów prawnych Unii Europejskiej.

2. Zgłoszenia wewnętrzne oraz kanały na potrzeby zgłoszeń wewnętrznych

2.1. Pojęcie i rodzaje zgłoszeń

Na gruncie postanowień dyrektywy 2019/1937 pojęcie zgłoszenia jest definiowane jako ustne lub pisemne przekazanie informacji na temat naruszeń prawa. Prawodawca unijny wyróżnia zgłoszenia wewnętrzne oraz zewnętrzne. Pierwsze z nich polegają na przekazaniu informacji dotyczących naruszeń w obrębie podmiotu prywatnego w sektorze prywatnym lub publicznym, z kolei drugie – na przekazaniu tychże informacji właściwym organom⁹. Ponadto prawodawca unijny podkreśla, że „osobom dokonującym zgłoszenia zwykle przychodzi łatwiej dokonywanie zgłoszeń wewnętrznych”¹⁰, eksponując istotną rolę zgłoszeń wewnętrznych na drodze do zrealizowania celu dyrektywy 2019/1937.

W projekcie ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa przyjęto także podział zgłoszeń na wewnętrzne i zewnętrzne. W przypadku tych pierwszych informacja o naruszeniu prawa jest przekazywana podmiotowi prawnemu (podmiotowi prywatnemu albo podmiotowi publicznemu), z kolei przez zgłoszenie zewnętrzne rozumie się przekazanie tejże informacji organowi publicznemu¹¹. Sposób określenia zakresów znaczeniowych wyżej wymienionych pojęć nie budzi zastrzeżeń co do prawidłowego sposobu implementowania dyrektywy 2019/1937 w tym zakresie.

2.2. Podmioty oraz kontekst związany z pracą

W przypadku dokonywania zgłoszeń wewnętrznych istotna rola przypada następującym podmiotom: osobie dokonującej zgłoszenia, osobie pomagającej w zgłoszeniu¹², osobie, której zgłoszenie dotyczy, oraz organizacji, w ramach której dochodzi do naruszenia prawa i jest dokonywane zgłoszenie¹³.

9 Zob. art. 2 pkt 3–5 dyrektywy 2019/1937.

10 Zob. preambuła (33) dyrektywy 2019/1937.

11 Zob. art. 2 pkt 14–16 w zw. z pkt 10 projektu ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa.

12 W projekcie ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa wprowadza się także pojęcie osoby powiązanej ze zgłaszającym (art. 2 pkt 9).

13 Szerzej zob. A. Sobczyk, Postępowanie wewnętrzne w sprawie zgłoszonych naruszeń prawa na podstawie dyrektywy 2019/1937, (w:) K. Rączka, B. Godlewska-Bujok, E. Maniewska, W. Ostaszewski, M. Raczkowski, A. Ziętek-Capiga (red.), Między ideowością a pragmatyzmem –

W dyrektywie oraz projekcie ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa wskazuje się „na kontekst związany z pracą”, definiując przedmiotowe pojęcie¹⁴. Kontekst związany z pracą uwidacznia się na etapie naruszenia prawa, uzyskania informacji o naruszeniu, dokonywaniu zgłoszenia z wykorzystaniem kanałów i procedur wewnętrznych oraz zagrożenia działaniami odwetowymi. Z uwagi na to że w pełni uzasadnione należy uznać posługiwanie się pojęciami z zakresu prawa pracy oraz definicjami tychże pojęć, o ile przepisy regulujące problematykę zgłaszania naruszeń prawa nie wprowadzają odmiennych uregulowań. Dotyczy to w szczególności pojęć: pracownika, pracodawcy, stosunku pracy oraz zakładu pracy. Kluczowe jest jednak to, aby sięgać do uniwersalnych (sformułowanych na potrzeby całego systemu prawa pracy) definicji, nie zaś – do tych, które są przyjmowane na potrzeby określonego aktu prawnego. Uwypuklenia wymaga także kwestia, że zarówno na gruncie postanowień dyrektywy, jak i w projekcie ustawy procedowanym przez polskiego ustawodawcę kontekst związany z pracą jest rozumiany szeroko, nie ogranicza się on wyłącznie do wykonywania pracy w ramach stosunku pracy. Ponadto wykonywana praca nie musi być świadczona na rzecz określonego podmiotu zatrudniającego ani mieć charakteru zarobkowego¹⁵.

3. Obowiązki przedsiębiorcy

3.1. Obowiązki w zakresie opracowania i wdrażania wewnątrzzakładowej procedury zgłaszania naruszeń prawa oraz współdziałania z partnerami społecznymi

Przepis art. 8 ust. 1 dyrektywy 2019/1937 stanowi, że państwa członkowskie mają zapewniać, by podmioty prawne w sektorze prywatnym i publicznym ustanowiły kanały i procedury na potrzeby dokonywania zgłoszeń wewnętrznych i podejmowania działań następczych, po konsultacji i w porozumieniu z partnerami społecznymi, jeżeli tak przewiduje prawo krajowe. W kolejnych ustępach prawodawca unijny formułuje dość szczegółowe wytyczne w odniesieniu do kanałów i procedur na potrzeby zgłoszeń wewnętrznych i postępowania następczego oraz podmiotów, które na podstawie przepisów prawa krajowego powinny zostać zobowiązane do ustanawiania tychże kanałów i procedur. Za istotną wytyczną dla ustawodawcy krajowego podejmującego działania mające na celu wdrożenie dyrektywy 2019/1937 należy uznać dokonywanie odpowiedniej oceny ryzyka wystąpienia naruszeń prawa, uwzględniające charakter działalności podmiotów i wynikający z niej poziom ryzyka. Biorąc pod

tworzenie wykładni i stosowanie prawa. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Małgorzacie Gersdorf, Warszawa 2022, s. 651–653.

14 Art. 5 pkt 9 dyrektywy 2019/1937 oraz art. 2 pkt 5 w projekcie ustawy o zgłaszaniu naruszeń prawa.

15 Art. 4 ust. 1 dyrektywy 2019/1937 oraz art. 4 w projekcie ustawy o zgłaszaniu naruszeń prawa.

uwagę te okoliczności, ustawodawca krajowy może zobowiązać do ustanowienia kanałów i procedur na potrzeby dokonywania zgłoszeń wewnętrznych także podmioty, które zatrudniają mniej niż 50 pracowników¹⁶.

Zgodnie z art. 23 projektu ustawy z dnia 12 lipca 2023 r. przepisy rozdziału 3: Zgłoszenia wewnętrzne stosuje się do podmiotu prawnego, na rzecz którego wykonuje lub świadczy pracę co najmniej 50 osób (ust. 1). Próg 50 osób nie ma zastosowania do podmiotu prawnego wykonującego działalność w zakresie usług, produktów i rynków finansowych oraz przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, bezpieczeństwa transportu i ochrony środowiska, objętych zakresem stosowania aktów prawnych Unii Europejskiej wymienionych w części I B i II załącznika do dyrektywy 2019/1937. W projekcie ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa posłużono się pojęciem osoby wykonującej lub świadczącej pracę na rzecz podmiotu prawa. Nie ulega wątpliwości, że pojęcie to ma bardzo szeroki zakres znaczeniowy, szerszy niż pojęcie pracownika w art. 45 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, do którego odwołuje się prawodawca unijny w dyrektywie 2019/1937.

Próg osób wykonujących lub świadczących pracę na rzecz podmiotu prawnego, określony w projekcie ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa, jest zgodny z postanowieniami dyrektywy 2019/1937. Pozytywnie należy ocenić także brzmienie ust. 2 art. 23 projektu ustawy z dnia 12 lipca 2023 r., który nakłada obowiązki w zakresie ustalania wewnętrznej procedury zgłaszania naruszeń prawa i podejmowania działań następczych na podmioty prawne, na rzecz których wykonuje lub świadczy pracę mniej niż 50 osób, uwzględniając charakter działalności tych podmiotów i wynikający z niej poziom ryzyka naruszeń prawa.

W art. 24 i n. projektu ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa określono wymogi dotyczące ustalania, zakresu przedmiotowego, wejścia oraz wdrażania wewnętrznej procedury zgłaszania naruszeń prawa i podejmowania działań naprawczych. W sposób wyraźny został sformułowany obowiązek przeprowadzenia konsultacji z przedstawicielami pracowników, z zakładową organizacją związkową (zakładowymi organizacjami związkowymi) albo z przedstawicielami osób świadczących pracę na rzecz podmiotu prawnego, jeżeli w tym podmiocie nie działa zakładowa organizacja związkowa. Wydaje się, że uregulowania dotyczące konsultacji wewnętrznej procedury zgłaszania naruszeń prawa i podejmowania działań naprawczych mogłyby zostać uszczegółowione. Ponadto w art. 8 ust. 1 dyrektywy 2019/1937 wskazuje się, że do ustanowienia kanałów i procedury na potrzeby dokonywania zgłoszeń wewnętrznych i podejmowania działań następczych dochodzi „po konsultacji i w porozumieniu z partnerami społecznymi”. W projekcie ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa pominięto konieczność osiągnięcia porozumienia z partnerami społecznymi, umniejszając tym samym ich rolę w zakresie usta-

16 Zob. art. 8 ust. 7 dyrektywy 2019/1937.

lania procedury. Tego rodzaju rozwiązanie może budzić uzasadnione zastrzeżenia co do prawidłowej transpozycji postanowień dyrektywy do porządku prawa polskiego.

Do kategorii podmiotów prawa zobowiązanych do ustalania wewnętrznej procedury zgłaszania naruszeń prawa i podejmowania działań naprawczych należą przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców¹⁷, *de lege lata* – zatrudniający co najmniej 50 pracowników w rozumieniu art. 45 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a po wejściu w życie ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa – na rzecz którego wykonuje lub świadczy pracę co najmniej 50 osób.

3.2. Obowiązki w zakresie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa

W literaturze przedmiotu, wskazując na genezę przyjęcia 2019/1937, podkreśla się, że w państwach członkowskich Unii Europejskiej ochrona osób zgłaszających naruszenia prawa jest niespójna. Zauważa się ponadto, że kwestie kulturowe, społeczne i polityczne były przeszkodą dla większości tych krajów w przyjęciu kompleksowych uregulowań w przedmiocie zgłaszania naruszeń prawa¹⁸. Model ochrony przyjęty w dyrektywie 2019/1937 opiera się na dwóch zasadniczych modułach, tj. ochronie osoby dokonującej zgłoszenia naruszenia prawa przed działaniami odwetowymi oraz zapewnieniu jej środków wsparcia¹⁹. Możliwość skorzystania z instrumentów prawnej ochrony jest uzależniona od spełnienia określonych warunków, które powinny być konkretyzowane w przepisach prawa krajowego²⁰.

W projekcie ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa (w jej rozdziale 2) przewidziano środki ochrony prawnej przysługujące osobie zgłaszającej naruszenie prawa. Z kolei warunki skorzystania z tychże środków zostały określone w art. 6 tejże ustawy, w myśl którego: „Zgłaszający podlega ochronie prawnej określonej w przepisach rozdziału 2, pod warunkiem że miał uzasadnione podstawy sądzić, że będąca przedmiotem zgłoszenia lub ujawnienia informacja jest prawdziwa w momencie dokonywania zgłoszenia lub ujawnienia publicznego i że taka informacja stanowi informację o naruszeniu prawa”. Z uwagi na posłużenie się koniunkcją konieczne jest spełnienie dwóch warunków: po pierwsze – przekonanie o prawdziwości informacji w momencie dokonywania zgłoszenia lub ujawnienia publicznego,

17 Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 221.

18 Ł. Kobroń-Gąsiorowska, *Modele ochrony whistleblowerów (sygnalisty)*, Warszawa 2022, Legalis.

19 Szerzej zob. H. Szewczyk, *Whistleblowing w zakładzie pracy w świetle nowej dyrektywy 2019/1937 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2020, nr 2, s. 7 i n.*; M. Grzywaczewska-Łuczowska, (w:) B. Rodak (red.), *Ochrona sygnalistów i postępowanie w sprawach zgłaszania naruszeń prawa. Komentarz praktyczny, procedury, wzory, orzecznictwo*, Warszawa 2023, s. 84 i n.

20 Szerzej zob. H. Szewczyk, *Prawne pojęcie whistleblowingu w przedsiębiorstwie w świetle projektu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2021, nr 6, s. 36–38.*

po drugie – przekonanie, że jest to informacja o naruszeniu prawa w rozumieniu przepisów ustawy. Zaproponowane rozwiązanie jest krytycznie oceniane, w szczególności z uwagi na wprowadzenie elementu ocennego, trudnego do weryfikacji zarówno dla zgłaszającego, jak i dla podmiotu odbierającego zgłoszenie²¹.

Przedsiębiorca, który był zobowiązany do ustalania wewnętrznej procedury zgłaszania naruszeń prawa i podejmowania działań naprawczych, powinien zapewnić osobom zgłaszającym naruszenia prawa środki ochrony wynikające z przepisów powszechnie obowiązujących oraz z treści procedury, która weszła w życie.

3.3. Obowiązki w zakresie przeprowadzania postępowania wewnętrznego

Procedura postępowania wyjaśniającego, w tym podejmowania działań naprawczych, jest instytucją znaną pracodawcom w ramach systemu zarządzania zgodnością w organizacji (*compliance management system*)²². System ten ma na celu z jednej strony zmniejszenie ryzyka wystąpienia nieprawidłowości, a z drugiej strony rozwiązanie sytuacji kryzysowych. Oparty jest on przede wszystkim na praktykach wypracowanych w zakładzie pracy i ujętych w wewnętrznych aktach obowiązujących u danego pracodawcy.

Jak słusznie zauważono w literaturze, obowiązek ustanowienia kanałów przyjmowania zgłoszeń, o którym mowa w art. 8 dyrektywy 2019/1937, nakłada na podmiot obowiązek zapewnienia ich efektywnego działania²³. W ramach wewnętrznego postępowania wspomniany wyżej podmiot prawny powinien określić sposób, w jaki pozyskiwane są informacje o potencjalnych naruszeniach przepisów prawa, regulacji wewnętrznych lub zasad etycznych²⁴. W tym zakresie przewidziano w art. 26 projektu ustawy z dnia 12 lipca 2023 r. dosyć rozbudowaną regulację odnoszącą się do sposobów przekazywania zgłoszeń ustnie (telefonicznie lub podczas bezpośredniego spotkania) oraz pisemnie (zarówno w postaci papierowej, jak i elektronicznej). Obowiązkiem podmiotu prawnego jest również określenie samego trybu postępowania wewnętrznego.

Obowiązek podmiotu prawnego stanowi też określenie podmiotu upoważnionego do przyjęcia zgłoszenia i podejmowania działań następczych. Jak wynika z art. 25 ust. 1 i ust. 3 omawianego projektu ustawy, nie muszą to być te same podmioty.

21 P. Szewiola, Ograniczona ochrona sygnalistów, „Rzeczpospolita” z 12.01.2023 r., Legalis.

22 D. Tokarczyk, Whistleblowing i wewnętrzne postępowania wyjaśniające, Warszawa 2020, s. 11; K. Barszczewska, M. Kibil, P. Żyłka (red.), HR Compliance. Skuteczne wykrywanie nadużyć i zachowań niepożądanych, Warszawa 2022.

23 A. Sobczyk, Rozkład zadań i kompetencji w postępowaniach wewnętrznych uregulowanych w Dyrektywie 2019/1937, (w:) A. Górnicz-Mulcahy, M. Lewandowicz-Machnikowska, A. Tomanek (red.), Pro opere perfecto gratias agimus: księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Kuczyńskiemu, Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego 2022, s. 348.

24 D. Tokarczyk, Whistleblowing..., *op. cit.*, s. 26.

Poważne wątpliwości nasuwa określenie, czy podmiotem tym może być pracodawca. Kontrowersje w tym zakresie wywołuje treść projektowanej regulacji. Z brzmienia art. 25 ust. 3 wynika, że sam pracodawca nie może dokonywać działań następczych, ponieważ działania te podejmuje „bezpłatna wewnętrzna jednostka lub osoba”. Z kolei na etapie zgłaszania nieprawidłowości może działać wewnętrzna jednostka organizacyjna lub osoba, wobec których w projekcie nie przewiduje się wymogu bezstronności (art. 25 ust. 1). Mogłoby to sugerować, że zgłoszenie nieprawidłowości może być skierowane do samego pracodawcy. Tyle tylko, że projektowany art. 25 ust. 1 wskazuje jednak na „wewnętrzną jednostkę lub osobę w strukturze organizacyjnej podmiotu prawnego” jako uprawnione do przyjmowania zgłoszenia. Niejasne jest zatem, kto może być podmiotem przyjmującym zgłoszenie, skoro nie musi on spełniać warunku bezstronności. W literaturze prawa słusznie krytycznie oceniono tezę, w myśl której treść tych przepisów zdaje się sugerować, że podmiotem przyjmującym zgłoszenie mógłby być dyrektor danego podmiotu prawnego²⁵.

Na początku wyznaczony podmiot ma obowiązek przeprowadzić postępowanie sprawdzające, podczas którego dokonuje on pierwotnej weryfikacji zgłoszenia, ustala prawdopodobieństwo wystąpienia nieprawidłowości oraz decyduje, w jakiej formie i przez kogo powinno być przeprowadzone dalsze postępowanie. Celem tego wstępnego etapu postępowania jest ustalenie, czy nie występują przesłanki wskazujące na niecelowość albo niemożność prowadzenia kolejnych czynności następczych.

Podmiot ten prowadzi dalszą komunikację ze zgłaszającym. Kończące postępowanie sprawdzające potwierdzenie zgłaszającemu przyjęcia zgłoszenia powinno zasadniczo nastąpić w ciągu 7 dni od dnia jego otrzymania.

Następnie powinny zostać podjęte, z należytą starannością, kolejne działania następcze. W omawianym projekcie ustawy o sygnalistach wskazuje się, że działania następcze mają obejmować działania podjęte w celu oceny prawdziwości informacji zawartych w zgłoszeniu oraz w celu przeciwdziałania naruszeniu prawa będącemu przedmiotem zgłoszenia, takie jak np. postępowanie wyjaśniające, wszczęcie kontroli lub postępowania administracyjnego, wniesienie oskarżenia. Treść projektowanej regulacji odpowiada definicji „działań następczych” zawartej w dyrektywie 2019/1937 (art. 5 pkt 12, motyw 57). Z kolei z literatury wynika, że działania następcze polegają na obowiązkowym przeprowadzeniu szeregu czynności dowodowych i sporządzeniu raportu końcowego²⁶. Istotne dla prawidłowego przeprowadzenia tego postępowania jest przygotowanie już w jego fazie początkowej planu i harmonogramu podejmowania poszczególnych czynności.

Całe postępowanie powinno zamknąć się w ciągu 3 miesięcy, o czym również powinno poinformować się zgłaszającego, przekazując mu informację zwrotną.

25 A. Sobczyk, Rozkład..., *op. cit.*, s. 350.

26 D. Tokarczyk, Whistleblowing..., *op. cit.*, s. 53.

Podmiot prawny powinien również określić system zachęt do korzystania z procedury zgłoszeń wewnętrznych oraz podać zrozumiałe i łatwo dostępne informacje na temat dokonywania zgłoszeń zewnętrznych.

3.4. Obowiązki w zakresie udzielania informacji

Jednym z podstawowych obowiązków w ramach postępowania wewnętrznego jest ocena, czy informacje zawarte w zgłoszeniu powinny być przedmiotem tego postępowania.

W związku z tym, że w danym podmiocie prawnym możemy mieć wiele procedur z zakresu *compliance*, pojawia się pytanie, jak powinien postąpić organ lub osoba, jeżeli zgłaszane naruszenia dotyczą na przykład mobbingu. Podstawowa wątpliwość dotyczy tego, czy organ lub osoba mogą odmówić przyjęcia takiego zgłoszenia. Na podstawie analizy projektu z dnia 12 lipca 2023 r. ustawy o sygnalistach wydaje się, że nie można odmówić przyjęcia zgłoszenia. Może o tym na przykład świadczyć treść art. 8 ust. 4 tego projektu, w myśl którego podmiot prawny lub organ publiczny, po otrzymaniu zgłoszenia, przetwarza dane osobowe w zakresie niezbędnym do przyjęcia zgłoszenia lub podjęcia ewentualnego działania następczego. Po pierwsze, z projektowanej regulacji wynika, że przy każdym zgłoszeniu podstawowym obowiązkiem jest minimalizowanie zakresu przetwarzania danych osobowych, aby niepotrzebnie nie narażać osoby zgłaszającej. Po drugie, treść projektowanego przepisu wprowadza wyraźne oddzielenie etapu przyjmowania zgłoszeń od etapu działań następczych. Tylko w przypadku działań następczych przewiduje się ich „ewentualny charakter”, co sugeruje możliwość rezygnacji jedynie z tych działań.

Do podobnych wniosków prowadzi analiza treści dyrektywy 2019/1937. Dodatkowo prawodawca unijny w motywie 57 wskazuje, że „skierowanie sprawy do innych kanałów lub procedur w przypadku zgłoszeń dotyczących jedynie praw indywidualnych osoby dokonującej zgłoszenia zakończenie procedury z powodu wystarczających dowodów lub z innych powodów” mieści się dopiero w działaniach następczych. Zauważyć należy, że w omawianym projekcie brakuje wyraźnego przyznania kompetencji do skierowania sprawy do innych kanałów lub procedur. Nie odniesiono się również – co należy uznać za wadliwe – do konieczności wyrażenia zgody przez osobę zainteresowaną takim przekazaniem zgłoszenia.

4. Ochrona interesu przedsiębiorcy w postępowaniu w sprawie zgłoszenia naruszenia prawa (zgłoszenia wewnętrzne)

4.1. Ochrona informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa

Wśród przepisów Unii Europejskiej harmonizujących krajowe prawa dotyczące ochrony przed bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem tajemnic przedsiębiorstwa należy wskazać dyrektywę Parlamentu Europejskiego

i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych przed ich bezprawnym pozyskaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem²⁷. Dyrektywa zobowiązuje kraje członkowskie do wprowadzenia środków naprawienia szkody w drodze cywilnoprawnej w przypadku bezprawnego pozyskiwania, wykorzystywania lub ujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższą regulacją pojawia się kwestia relacji między dyrektywą 2016/943 a dyrektywą 2019/1937 dotyczącą ochrony sygnalistów. Pierwszy z wymienionych aktów koncentruje się bowiem na ochronie przedsiębiorstwa, drugi zaś na ochronie sygnalistów. Prawodawca unijny dostrzega potencjalne problemy, jakie mogą zaistnieć na gruncie stosowania obu aktów, i zmierza do tego, aby obie dyrektywy się uzupełniały.

W tym celu obie dyrektywy przyjmują prymat „interesu publicznego” oraz „interesu społecznego” nad indywidualnym interesem przedsiębiorcy (motyw 1 dyrektywy 2019/1937; art. 5 lit. b dyrektywy 2016/943). W konsekwencji prawo unijne dopuszcza objęcie ochroną osoby ujawniające tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają one warunki ustanowione w dyrektywie 2019/1937.

Warunki zwalniające od odpowiedzialności osoby ujawniające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wymienione zostały w kilku przepisach dyrektywy 2019/1937 (np. w motywach 91 i 98 dyrektywy). Z treści tych regulacji wynika, że według prawa unijnego istotnymi warunkami zwalniającymi z odpowiedzialności (między innymi cywilnej) za ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa są: a) pozyskanie informacji w kontekście związanym z pracą, b) dostarczenie takich informacji jako niezbędne w celu ujawnienia naruszenia objętego zakresem przedmiotowym dyrektywy 2019/1937.

W projekcie z dnia 12 lipca 2023 r. ustawy o sygnalistach znalazły się również przepisy dotyczące naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa i ujawniania informacji poufnych. Z art. 16 wskazanego projektu wynika, że dokonanie zgłoszenia lub ujawnienia publicznego nie może stanowić podstawy odpowiedzialności, w tym odpowiedzialności dyscyplinarnej lub odpowiedzialności za szkodę, z tytułu naruszenia praw innych osób lub obowiązków określonych w przepisach prawa, w szczególności w przedmiocie zniesławienia, naruszenia dóbr osobistych, praw autorskich, przepisów o ochronie danych osobowych oraz obowiązku zachowania tajemnicy, w tym tajemnicy przedsiębiorstwa, pod warunkiem że zgłaszający miał uzasadnione podstawy, by sądzić, że zgłoszenie lub ujawnienie publiczne jest niezbędne do ujawnienia naruszenia prawa zgodnie z ustawą. Zwolnienie od odpowiedzialności nie dotyczy jednak ujawnienia informacji wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę²⁸.

27 Dz. Urz. UE L 157 z 15.06.2016 r., s. 1.

28 W art. 5 projektu wskazano, że nie jest chronione ujawnienie informacji objętych: przepisami o ochronie informacji niejawnych, tajemnicą związaną z wykonywaniem zawodów prawniczych

Z treści cytowanego wyżej projektowanego przepisu wynika, że warunkiem objęcia zgłaszającego ochroną jest okoliczność posiadania uzasadnionych podstaw, aby sądzić, że zgłoszenie lub ujawnienie publiczne jest niezbędne do ujawnienia naruszenia prawa zgodnie z ustawą. Wydaje się, że objęcie ochroną sygnalisty w przypadkach ujawnienia wspomnianych informacji opiera się na nieco inaczej sformułowanym warunku niż w dyrektywie 2019/1937. Treść projektu zdaje się sugerować, że ochroną objęci są sygnaliści zasadnie uważający, że samo skorzystanie z trybu zgłoszenia lub ujawnienia publicznego było niezbędne do ujawnienia naruszenia prawa. W literaturze słusznie podkreśla się, że taki sposób uregulowania warunku objęcia ochroną jest niezgodny z postanowieniami dyrektywy 2019/1937²⁹. Z dyrektywy wynika bowiem, że ochroną objęci są sygnaliści, gdy zasadnie uważają, że ujawnienie konkretnych informacji (np. będących naruszeniem tajemnicy przedsiębiorcy) było konieczne do zgłoszenia.

W praktyce powyższe uregulowania prowadzą do wniosku, że według polskiego projektu sygnalista miałby wziąć pod uwagę to, czy w ogóle zgłaszać, ujawniać naruszenie, a nie to, czy przy zgłaszaniu nie powinien ograniczyć zgłoszenia do przekazania pewnych określonych informacji, a z przekazania innych informacji zrezygnować z uwagi na to, że są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i ich ujawnienie nie jest konieczne.

Drugą przesłanką zwolnienia z odpowiedzialności za ujawnienie naruszeń, która została wyraźnie ujęta w przepisach dyrektywy 2019/1937, jest pozyskanie określonych informacji w kontekście związanym z pracą. W myśl art. 5 pkt 9 tej dyrektywy kontekst związany z pracą oznacza obecne lub przyszłe działania związane z pracą w sektorze publicznym lub prywatnym, w ramach których – niezależnie od charakteru tych działań – osoby uzyskują informacje na temat naruszeń i mogłyby doświadczyć działań odwetowych w przypadku zgłoszenia takich informacji. Na gruncie dyrektywy pojęcie to pojmowane jest szeroko, o czym świadczy zakres podmiotowy stosowania środków ochrony osób. Systemem ochrony objęci są nie tylko pracownicy, ale także między innymi byli pracownicy, kandydaci do pracy, osoby prowadzące działalność na własny rachunek, akcjonariusze, wspólnicy, wolontariusze, stażyści. Projekt polskiej ustawy w tym zakresie wprowadza równie szerokie, jak się wydaje, rozumienie sformułowania „kontekst związany z pracą”, ponieważ rozumie się przez to również informacje uzyskane w związku z pełnieniem funkcji lub służby w podmiocie prawnym (art. 2 ust. 5).

i medycznych, tajemnicą narady sędziowskiej, postępowaniem karnym – w zakresie tajemnicy postępowania przygotowawczego i tajemnicy rozprawy sądowej prowadzonej z wyłączeniem jawności. Ustawy nie stosuje się także do naruszeń prawa w zakresie zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Podobne wyłączenia przewiduje art. 3 dyrektywy 2019/1937.

29 M. Modro, Sygnalista a ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa i informacji poufnych, <https://sygnalista.blog>.

Na tle regulacji zawartej zarówno w dyrektywie, jak i w projekcie ustawy pojawia się wątpliwość, czy ochroną przed odpowiedzialnością w związku z naruszeniem tajemnicy przedsiębiorstwa są objęte także osoby zgłaszające naruszenia poza kontekstem związanym z pracą. Wydaje się bowiem, że takie osoby powinny mieć możliwość powołania się, w razie zgłoszenia naruszenia, na przepisy dotyczące ochrony sygnalisty. Uniemożliwienie tym osobom powołania się na wyżej wskazane przepisy prawdopodobnie skutecznie zniechęcałoby je do ujawniania nieprawidłowości. W takim przypadku podstawą ochrony interesu przedsiębiorcy jest spełnienie dwóch warunków. Po pierwsze, informacje będące przedmiotem ujawnienia powinny być niezbędne do wskazania naruszenia. Po drugie, informacje te nie mogą dotyczyć zagadnień wyłączonych spod zakresu ochrony (między innymi tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodów prawnych, medycznych, tajemnicy narady sędziowskiej). Ostatni z warunków dobrze obrazuje postanowienie z dnia 21 maja 2019 r. Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, która uznała, że radcy prawnemu nie przystoi informować o nieprawidłowościach u swojego mocodawcy, bo jest to naruszenie godności zawodu³⁰. Stwierdzono, że obwiniona prawniczka nie działała w interesie publicznym, ale swoim własnym. Skopiowała bowiem ona niejawne dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, aby użyć ich w celach prywatnych, a nie publicznych. Mocodawca nie był bowiem podmiotem publicznym.

4.2. Ochrona dobrego imienia przedsiębiorcy

Sygnalizowanie nieprawidłowości jest ściśle związane z realizacją wolności wyrażania opinii. Wolność ta wynika zarówno z Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (art. 10), jak i z Konstytucji RP, w której mowa jest o wolności wypowiedzi (art. 54). Na gruncie art. 10 wspomnianej wyżej konwencji wypowiedział się wielokrotnie Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC), wspominając o wolności rozpowszechniania informacji. Zgodnie z orzecznictwem ETPC w wolności rozpowszechniania informacji mieści się także sygnalizowanie nieprawidłowości³¹. Artykuł 10 ust. 2 wspomnianej konwencji wskazuje, iż korzystanie z tej wolności może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę, a które są niezbędne w społeczeństwie demokratycznym, m.in. z uwagi na ochronę dobrego imienia i praw innych osób.

Wynika stąd, że prawo osób do sygnalizowania nieprawidłowości powinno być analizowane również w kontekście nienaruszania dobrego imienia przedsiębiorcy. Powstaje pytanie, czy w procedurze sygnalizowania zmienia się zakres ochrony dobrego imienia przedsiębiorcy.

30 II DSI 66/18.

31 Szerzej A. Pietruszka, Ochrona sygnalistów (whistleblowers) w kontekście wolności wypowiedzi, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2020, z. 1, s. 119.

Warto zauważyć, że sygnalista może odpowiadać za zniesławienie przedsiębiorcy (art. 212 k.k.³²) oraz naruszenie dóbr osobistych (art. 23 k.c., art. 24 k.c. w związku z art. 300 k.p.³³). Szczegółowa charakterystyka obu tych naruszeń nie wydaje się w tym miejscu pożądana.

Warto jednak w tym kontekście zwrócić uwagę na ograniczenie swobody wyrażania opinii w postaci niedozwolonej krytyki pracodawcy. Formy dozwolonej krytyki pracodawcy i jej granice określone zostały w bogatym orzecznictwie³⁴. Dla przykładu, w jednym z orzeczeń Sąd stwierdził, że przekonanie pracownika o uprawnieniu do uzasadnionej krytyki i związane z tym jego nieprawdziwe wypowiedzi, godzące w dobra osobiste pracodawcy, cechują się bezprawnością (SA we Wrocławiu w niepublikowanym wyroku z dnia 16 września 2010 r.³⁵). Wystosowanie pisma krytykującego pracodawcę do przedsiębiorstwa, od którego jest on zależny, zawierającego nieprawdziwe dane o negatywnych praktykach pracodawcy, a które to pismo spowodowało reakcję adresata polegającą na wdrożeniu procedury sprawdzającej i żądaniu od pracodawcy wyjaśnień – stanowi naruszenie dóbr osobistych pracodawcy, jego dobrego imienia i reputacji nawet wówczas, gdy pracownik działał w przekonaniu (wszak mylnym) o korzystaniu z prawa do krytyki. Nie będzie z kolei uzasadniać odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych pracodawcy krytyka wyrażona w skargach, jeżeli zawierają one konkretne i merytoryczne informacje świadczące o złej organizacji pracy, a ponadto nie są obraźliwe z uwagi na ich formę (tak Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 16 lutego 2011 r.³⁶).

Powyższe wskazuje, że odpowiedzialność sygnalisty za naruszenie dobrego imienia przedsiębiorcy może być wyłączona. Potwierdza to także treść art. 16 projektu ustawy o sygnalistach z dnia 12 lipca 2023 r. Jednak przy ocenie zakresu ochrony dobrego imienia przedsiębiorcy istotne są okoliczności, w których dochodzi do jego naruszenia i które należy wziąć pod uwagę przy ocenie działań sygnalisty. W każdym przypadku to sąd będzie dokonywał oceny, w jakim stopniu należy ograniczyć swobodę wypowiedzi sygnalisty w celu ochrony dobrego imienia przedsiębiorcy.

32 Z art. 212 k.k. wynika, że zniesławienie polega na pomawianiu o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności. Krytycznie o tej instytucji zob. M. Klinowski, Sygnaliści zewnętrzni a odpowiedzialność za zniesławienie, „Przegląd Prawa Publicznego” 2022, nr 6, s. 7 i n.

33 Na mocy art. 43 k.c. przepisy te stosuje się także odpowiednio do pracodawców będących osobami prawnymi.

34 Szerzej m.in. M. Bosak-Sójka, Granice dopuszczalnej krytyki pracodawcy, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2018, sectio G, vol. LXV, s. 59 i n.

35 III A Pa 38/10, niepubl.

36 I A Ca 21/11, niepubl.

4.3. Ochrona interesów i praw majątkowych przedsiębiorcy

W myśl art. 23 ust. 2 dyrektywy 2019/1937 państwa członkowskie wprowadzają przepisy przewidujące skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające sankcje dla osób dokonujących zgłoszenia, wobec których ustalono, że świadomie dokonały zgłoszenia lub ujawnienia publicznego nieprawdziwych informacji³⁷. Państwa członkowskie wprowadzają również przepisy przewidujące, zgodnie z prawem krajowym, środki odszkodowawcze za szkodę wynikającą z takiego zgłoszenia lub ujawnienia publicznego. Sankcje wprowadzone przez państwa członkowskie powinny zatem pełnić funkcje: prewencyjną, represyjną oraz kompensacyjną. Ponadto nie mogą one po przestać na wprowadzeniu sankcji karnych w stosunku do osób dokonujących zgłoszenia lub ujawnienia publicznego nieprawdziwych informacji. Prawodawca unijny wskazuje *expressis verbis* na potrzebę naprawienia szkody wyrządzonej tymże zachowaniem. Nie konkretyzuje on, czy w danym przypadku chodzi wyłącznie o naprawienie szkody w mieniu czy też zarówno szkody w mieniu, jak i na osobie, w tym szkody majątkowej i niemajątkowej.

W art. 58 projektu ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa przewidziano sankcje karne w stosunku do osoby, która wiedząc, że informacja o naruszeniu prawa jest nieprawdziwa, dokonuje zgłoszenia lub ujawnienia publicznego. Z kolei w art. 15 tegoż projektu znalazły się rozwiązania dotyczące środków odszkodowawczych. Przepis ten stanowi, że osoba, która poniosła szkodę z powodu świadomego zgłoszenia lub ujawnienia nieprawdziwych informacji przez zgłaszającego, ma prawo do odszkodowania od zgłaszającego, który dokonał świadomego zgłoszenia lub ujawnienia publicznego, w wysokości co najmniej przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw, obowiązującego w dniu dokonania zgłoszenia lub ujawnienia publicznego. Wydaje się, że przedmiotowy przepis powinien być postrzegany jako samodzielna podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej. Podmiotem zobowiązanym do naprawienia szkody jest zgłaszający, który dokonał świadomego zgłoszenia lub ujawnienia publicznego informacji nieprawdziwych, z kolei podmiotem uprawnionym do wystąpienia z roszczeniem – osoba, której dotyczy zgłoszenie, w tym osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną³⁸ i która poniosła szkodę. W art. 15 projektu ustawy określono minimalną wysokość odszkodowania: przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw, obowiązujące w dniu dokonania zgłoszenia lub ujawnienia publicznego. Odszkodowanie w tej wysokości będzie przysługiwało niezależnie od tego, jaki był rozmiar szkody poniesionej przez osobę, której dotyczyło zgłoszenie. Prowadzi to do wniosku, że od-

37 Szerzej zob. W. Jasiński, *Zgłaszanie naruszeń prawa w Polsce. Ujęcie praktyczne*, Warszawa 2022, s. 135 i n.

38 Zob. art. 15 w zw. z art. 2 pkt 7 w projekcie ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa.

szkodowanie przysługujące na podstawie art. 15 projektowanej ustawy będzie pełniło nie tylko funkcję kompensacyjną, ale również funkcję represyjną i prewencyjną. Wydaje się, że mankamentem projektowanego art. 15 jest brak w nim ogólnego odesłania, że w zakresie nieuregulowanym znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Wprowadzenie tego rodzaju postanowienia nie pozostawiałoby wątpliwości co do sposobu rozumienia pojęcia odszkodowania na gruncie tego przepisu, a ponadto ułatwiałoby prawidłowe odkodowanie przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej oraz ustalenie terminu przedawnienia roszczeń odszkodowawczych.

Na podstawie art. 15 projektowanej ustawy o ochronie osób zgłaszających naruszenia prawa z roszczeniem o odszkodowanie będzie mógł wystąpić w szczególności przedsiębiorca, którego dotyczyło zgłoszenie, jeżeli poniósł on szkodę z powodu świadomego zgłoszenia lub ujawnienia publicznego nieprawdziwych informacji przez zgłaszającego. W przypadku zgłoszenia wewnętrznego szkoda, którą poniesie przedsiębiorca, będzie z reguły obejmowała koszty związane z podjęciem działań następczych w związku z dokonaniem zgłoszeniem. Będą one zróżnicowane w zależności od tego, na jakim etapie i w jaki sposób ustalono, że zgłoszenie obejmowało nieprawdziwe informacje.

Wnioski

1. Regulacje prawne dotyczące procedury zgłaszania naruszeń prawa z wykorzystaniem kanałów wewnętrznych organizacji ze swej istoty mają służyć ochronie nie tylko interesu publicznego, ale również interesu przedsiębiorcy.

2. Prawodawca musi w wystarczającym stopniu dostrzegać interes przedsiębiorcy, wprowadzając rozwiązania prawne, które będą go w wystarczającym stopniu chroniły. Uregulowania dotyczące zgłaszania naruszeń prawa, w szczególności procedury zgłoszeń wewnętrznych, nie mogą się ograniczać wyłącznie do wprowadzania instrumentów ochrony prawnej sygnalisty.

3. Przedsiębiorca nie może być w sposób nadmierny obciążony obowiązkami natury organizacyjnej i finansowej w związku z wdrażaniem wewnętrznych procedur zgłaszania naruszeń prawa. Musi dostrzegać realne korzyści płynące z należytego realizowania ciążących na nim obowiązków. Ponadto należy zapewnić mu ochronę przed zgłoszeniami naruszającymi zasady współżycia społecznego czy też porządek prawny.

4. Regulacje prawne dotyczące zgłaszania naruszeń prawa, a w szczególności zgłoszeń wewnętrznych, powinny zapewniać ochronę zarówno sygnalście, jak i przedsiębiorcy. Wydaje się, że prawidłowe zbalansowanie interesów sygnalisty oraz przedsiębiorcy będzie intensyfikowało ich działania na rzecz interesu publicznego.

5. Proponowane w projekcie z dnia 12 lipca 2023 r. rozwiązania wywołują szereg wątpliwości dotyczących prawidłowej implementacji dyrektywy 2019/1937 oraz

należytej ochrony interesu przedsiębiorcy, który będzie zaangażowany w wewnątrz-zakładowe procedury zgłaszania naruszeń prawa.

6. Określając warunki objęcia ochroną prawną osób zgłaszających naruszenia prawa w projekcie ustawy z dnia 12 lipca 2023 r., wprowadzono element ocenny, który jest trudny do weryfikacji zarówno dla zgłaszającego, jak i dla podmiotu odbierającego zgłoszenie. Za taki element można uznać posiadanie rozeznania, czy informacja będąca przedmiotem zgłoszenia jest informacją o naruszeniu prawa w rozumieniu przepisów ustawy.

7. Udział partnerów społecznych w ustalaniu wewnętrznej procedury zgłaszania naruszeń prawa i podejmowania działań naprawczych w projekcie ustawy z dnia 12 lipca 2023 r. został ograniczony do konsultacji, gdy w dyrektywie 2019/1937 mowa jest o ustalaniu tejże procedury „po konsultacji i w porozumieniu z partnerami społecznymi”.

8. Treść projektu ustawy z dnia 12 lipca 2023 r. w zakresie odpowiedzialności za naruszenie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa wywołuje wątpliwości co do zgodności z dyrektywą 2019/1937. W projekcie polskiej ustawy nie podkreśla się obowiązku sygnalisty selekcji zgłaszanych informacji. Inaczej stanowi dyrektywa, według której sygnalista powinien ograniczyć się do przekazania tylko koniecznych informacji, a zrezygnować z tych, które dotyczą ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

9. Odpowiedzialność sygnalisty za naruszenie dobrego imienia przedsiębiorcy może być wyłączona. Przy ocenie zakresu ochrony dobrego imienia przedsiębiorcy sądy biorą pod uwagę okoliczności, w których dochodzi do jego naruszenia przez sygnalistę.

BIBLIOGRAFIA

- Barszczewska K., Kibil M., Żyłka P. (red.), HR Compliance. Skuteczne wykrywanie nadużyć i zachowań niepożądanych, Warszawa 2022.
- Bosak-Sójka M., Granice dopuszczalnej krytyki pracodawcy, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2018, sectio G, vol. LXV.
- Callahan E.S., Dworkin T.M., The state of state whistleblower protection, „American Business Law Journal” 2000, vol. 38.
- Dworkin T.M., Baucus M.S., Internal vs. external whistleblowers: A comparison of whistleblowing processes, „Journal of Business Ethics” 1998, vol. 17.
- Grzywaczewska-Łuczowska M., (w:) B. Rodak (red.), Ochrona sygnalistów i postępowanie w sprawach zgłaszania naruszeń prawa. Komentarz praktyczny, procedury, wzory, orzecznictwo, Warszawa 2023.
- Jasiński W., Zgłaszanie naruszeń prawa w Polsce. Ujęcie praktyczne, Warszawa 2022.
- Kobroń-Gąsiorowska Ł., Modele ochrony whistleblowera (sygnalisty), Warszawa 2022, Legalis.
- Kun-Buczko M., People Who Could Not Keep Silent: The Founding Fathers of Whistleblowing, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2022, z. 2.

- Meng Pei Tan, Ong Seng Fook, Comparative analysis of whistleblower protection legislations in England, USA and Malaysia, „African Journal of Business Management” 2011, vol. 5
- Milczarek E., Warunki skuteczności ochrony sygnalistów – uwagi na tle dyrektywy 2019/1937, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2022, z. 2.
- Modro M., Sygnalista, a ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa i informacji poufnych, <https://sygnalista.blog>.
- Olesen T., The birth of an action repertoire: on the origins of the concept of whistleblowing, „Journal of Business Ethics” 2022, vol. 179.
- Ożóg M., Sygnalizacja naruszeń prawa a zasada praworządności w dziejach prawa polskiego – zarys problematyki, (w:) B. Baran, M. Ożóg (red.), Ochrona sygnalistów. Regulacje dotyczące zgłaszających nieprawidłowości, Warszawa 2021.
- Pietruszka A., Ochrona sygnalistów (whistleblowers) w kontekście wolności wypowiedzi, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2020, z. 1.
- Sobczyk A., Rozkład zadań i kompetencji w postępowaniach wewnętrznych uregulowanych w Dyrektywie 2019/1937, (w:) A. Górnicz-Mulcahy, M. Lewandowicz-Machnikowska, A. Tomanek (red.), Pro opere perfecto gratias agimus: księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Kuczyńskiemu, Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego 2022.
- Sobczyk A., Postępowanie wewnętrzne w sprawie zgłoszonych naruszeń prawa na podstawie dyrektywy 2019/1937, (w:) K. Rączka, B. Godlewska-Bujok, E. Maniewska, W. Ostaszewski, M. Raczkowski, A. Ziętek-Capiga (red.), Między ideowością a pragmatyzmem – tworzenie wykładni i stosowanie prawa. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Małgorzacie Gersdorf, Warszawa 2022.
- Szewczyk H., Prawne pojęcie whistleblowingu w przedsiębiorstwie w świetle projektu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2021, z. 6.
- Szewczyk, Whistleblowing w zakładzie pracy w świetle nowej dyrektywy 2019/1937 Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2020, z. 2.
- Szewczyk H., *Whistleblowing*. Zgłaszanie nieprawidłowości w stosunkach zatrudnienia, Warszawa 2020.
- Szewioła P., Ograniczona ochrona sygnalistów, Rzeczpospolita z 12.01.2023 r., Legalis.
- Świątkowski A.M., Sygnalizacja (whistleblowing) a prawo pracy, „Przegląd Sądowy” 2015, z. 5.
- Tokarczyk D., Whistleblowing i wewnętrzne postępowania wyjaśniające, Warszawa 2020.
- Vandekerckhove W., Phillips A., Whistleblowing as a protracted process. A study of UK whistleblower journeys, „Journal of Business Ethics” 2019, vol. 159.
- Whitake L. Paige, The Whistleblower Protection Act: an overview, „Law and Law Enforcement Issues” 2007, vol. 213.
- Wujczyk M., Podstawy whistleblowingu w polskim prawie pracy, „Przegląd Sądowy” 2014, z. 6.

Maciej Oksztulski

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

m.oksztulski@uwb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7970-0231>

Między ideałem a realiami – zakłady aktywności zawodowej a zatrudnienie osób ze spektrum autyzmu¹

Between Ideal and Reality: Professional Activation Facilities and the Employment of People on the Autism Spectrum

Abstract: Profit maximization is a process that companies go through to determine the best production levels and prices to achieve their goals. It would seem that the market's 'no limit' applies, yet there are in fact impassable limits, set by law. Labour law and related human rights are undoubtedly well established among these limits. The balance in this area oscillates around an equilibrium, but time and again, niches of disproportionality are revealed on both sides. For example, although the right to work is effectively guaranteed by international law and domestic Polish law, only 2% of people on the autism spectrum are in work. This is all the more alarming because, due to the noticeable increase in the number of people diagnosed with autism in Poland and around the world, it is increasingly becoming a topic of public debate. A systemic way to include such people in the labour market is primarily through vocational development centres (ZAZs). This article presents the legal framework in question, in juxtaposition with the results of an empirical study conducted in 2022. Out of a total of 127 ZAZs operating in Poland, only four employ more than one person on the autism spectrum. The increase in the number of autistic people, along with the stagnation of the labour market supply aimed at them, prompts demands for remedial measures, such as incentive-based offers of financial support for ZAZs linked to employment quotas for autistic people.

Keywords: autism, employment, human rights, people with disabilities, right to work, vocational development centres

Słowa kluczowe: autyści, zatrudnienie, prawa człowieka, osoby z niepełnosprawnościami, prawo do pracy, zakład aktywności zawodowej

1 Opracowanie powstało w ramach badań realizowanych w ramach projektu pt. „Uprawnieni teoretycznie? Status prawny osób ze spektrum autyzmu na rynku pracy (w ujęciu krajowym, międzynarodowym i porównawczym)”, finansowanym przez Narodowe Centrum Nauki (w ramach konkursu Preludium 19), nr 2020/37/N/HS5/02224 – gdzie kierownikiem jest dr Maciej Oksztulski, a opiekunem prof. dr hab. Maciej Perkowski.

Wprowadzenie

Egzekwowanie prawa może być skomplikowane, gdy niedoskonałości i długo-trwałe zaniechania czynią praktykę mało klarowną. Tak właśnie jest w przypadku tytułowej problematyki, gdzie z jednej strony niedoskonałe jest egzekwowanie statutowych obowiązków ZAZ, a z drugiej strony – należnych im gwarancji wsparcia. Obraz dopełnia egzekwowanie prawa do pracy osób ze spektrum autyzmu jako specyficznej grupy spośród osób z niepełnosprawnościami.

Osoba z niepełnosprawnością to osoba, która z powodu urazu lub choroby ma szczególne trudności w radzeniu sobie z funkcjami normalnego stylu życia². Pracodawca, który zatrudni osobę z niepełnosprawnością bezrobotną lub poszukującą pracy, może ubiegać się o częściowy zwrot wynagrodzenia oraz składek na ubezpieczenie społeczne tego pracownika. Konieczne jest podpisanie umowy ze starostą. Dodatkowo osoba z niepełnosprawnością musi być zatrudniona przez co najmniej 12 miesięcy³. Pracodawca, zatrudniając osobę z niepełnosprawnością, może liczyć na refundację stanowiska pracy z Państwowego Funduszu Osób Niepełnosprawnych (PFRON) pracownika z niepełnosprawnością czy refundację częściową zatrudnienia – w zależności od stopnia niepełnosprawności⁴.

Bywa, że to właśnie spośród osób z niepełnosprawnościami rekrutują się najlepsi specjaliści. Osoby z niepełnosprawnościami podlegają takim samym zasadom w zakresie podejmowania pracy, jak każda inna osoba. Mogą mieć jeden z trzech stopni niepełnosprawności, tj. lekki, umiarkowany i znaczny⁵. Ustawa o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 17 grudnia 1998 r.⁶ za niezdolną do pracy uznaje osobę, która całkowicie lub częściowo utraciła zdolność do pracy zarobkowej z powodu naruszenia sprawności organizmu i nie rokuje odzyskania zdolności do pracy po przekwalifikowaniu; są to osoby całkowicie i częściowo niezdolne do pracy:

- „całkowicie niezdolną do pracy jest osoba, która utraciła zdolność do wykonywania jakiejkolwiek pracy”⁷,

2 Szerzej: M. Domańska, People with Disabilities as a Vulnerable Group. The Concept of Protection of Rights of Vulnerable Groupus, „Białostockie Studia Prawnicze” 2018, vol. 23, nr 4, s. 25–34.

3 Zob. więcej: Maksymalizowanie zysków w przedsiębiorstwie – jak to zrobić?, <https://poradnikprzedsiębiorcy.pl/-maksymalizowanie-zyskow-w-przedsiębiorstwie-jak-to-zrobic> (16.03.2023).

4 Zob. Pracodawcy, <https://www.pfron.org.pl/pracodawcy/> (17.03.2023).

5 Ustawa o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych z dnia 27 sierpnia 1997 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 573 ze zm.).

6 Ustawa o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 17 grudnia 1998 r. (Dz.U. z 1999 r. Nr 162, poz. 1118 ze zm.).

7 *Ibidem*.

- „częściowo niezdolną do pracy jest osoba, która utraciła zdolność do pracy zgodnej z poziomem posiadanych kwalifikacji”⁸.

Osoby ze spektrum autyzmu zazwyczaj mają znaczny bądź umiarkowany stopień niepełnosprawności – autyzm jest zaburzeniem neurorozwojowym, który wpływa na ogólny rozwój i funkcjonowanie osoby dotkniętej chorobą. Przyczyny spektrum autyzmu nie są w pełni znane. Obecnie rozróżnia się różne formy kliniczne, które łącznie określa się jako całościowe zaburzenie neurorozwojowe (12-C) lub zaburzenie ze spektrum autyzmu (ASD – ang. *autism spectrum disorder*). Orzeczenie o całkowitej niezdolności do pracy nie wyklucza osób z niepełnosprawnością z rynku pracy, część z nich pracuje w niepełnym wymiarze godzin. Definicja mówiąca o całkowitej niezdolności do pracy może wprowadzać w błąd mniej uświadomionych pracodawców, którzy często świadomie nie zatrudniają powyższych pracowników, by mieć „święty spokój”. Chcąc pomóc osobom niepełnosprawnym, należałoby zmienić Konstytucję. Art. 67 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁹ powinien zapewniać osobom niepełnosprawnym zabezpieczenie społeczne, które będzie gwarantować możliwość wsparcia na rynku pracy. Osoby ze znacznym jak i umiarkowanym stopniem niepełnosprawności powinny być zabezpieczone w jak najwyższym stopniu, w tym również osoby z wyróżnianym w orzecznictwie polskim orzeczeniem o niezdolności do pracy w gospodarstwie rolnym. Ze względu na swoją specyfikę – złożoność i zakres oddziaływania – autyzm stanowi poważne wyzwanie, szczególnie w wymiarze społecznym, a co za tym idzie – kreuje potrzeby związane z podnoszeniem świadomości społecznej i edukacji w obszarach z nim związanych. Interakcje społeczne jak i umiejętności społeczne, czy też samo funkcjonowanie w grupie rówieśniczej, mogą prowadzić do wysokiego poczucia samotności, co związane jest z występowaniem zaburzeń, jak i ich nasileniem¹⁰. Po ukończeniu edukacji dorosłe osoby ze spektrum autyzmu traktowane są na równi z osobami zaburzonymi psychicznie (z tą głównie różnicą, że osoby ze spektrum autyzmu uznawane są za bardziej przewidywalne). Zapotrzebowanie na wsparcie osoby z ASD jest bardzo zróżnicowane, istnieją duże różnice między poszczególnymi osobami, dlatego osoby z autyzmem określa się jako ze

8 *Ibidem*.

9 Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. art. 67 (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

10 Szerzej: T.G. Taylor, *Spektrum zaburzeń autystycznych. Przewodnik dla początkujących. Podstawowe wiadomości dla rodziców i pedagogów*, Warszawa 2011, s. 23–32; J. Bluestone, *Materia autyzmu. Łączenie wątków spójną teorię*, Warszawa 2012, s. 1–10; M. Perkowski, M. Oksztulski, *Wykształcony autysta na polskim rynku pracy a międzynarodowy standard traktowania*, (w:) P. Nowik, I. Sierocka, W. Witoszko, K. Żywolewska (red.), *Dorobek i rozwój nauki prawa pracy w świetle wyzwań XI wieku, Księga dedykowana pamięci Profesora Bogusława Cudowskiego*, Białystok 2022, s. 239–253; P. Tomaszewski, K. Bargiel-Mtusiewicz, E. Pisula, *Między patologią a kulturą: Społeczne ukierunkowania niepełnosprawności*, (w:) P. Tomaszewski, K. Bargiel-Matusiewicz, E. Pisula (red.), *Kulturowe i społeczne aspekty niepełnosprawności*, Warszawa 2015, s. 9–11.

spektrum autyzmu. Osoby ze spektrum autyzmu mogą mieć również inne schorzenia, takie jak niepełnosprawność intelektualną, epilepsję czy też inne rodzaje niepełnosprawności. Osoba z zespołem Aspergera, mająca pierwszy – najlżejszy – stopień autyzmu, może poradzić sobie bez wsparcia, jeśli wypracuje strategię radzenia sobie z oczekiwaniami społeczeństwa. Środowisko, w którym osoba z ASD się znajduje, ma duży wpływ na jej sytuację – jeśli otoczenie rozumie jej sposób bycia, funkcjonuje ona lepiej niż w sytuacji, gdy stawiane jej wymagania są zbyt wysokie¹¹.

Współcześnie odpowiedzialny przedsiębiorca prowadzi działalność biznesową w sposób uwzględniający interes społeczny, m.in. dba o pracowników, chroni środowisko, czy buduje pozytywne relacje z różnymi grupami interesariuszy, a nierzadko decyduje się na postawę altruistyczną. Niezmiennie jednak – przede wszystkim kieruje się rachunkiem ekonomicznym. Tu zaś wszelkie nakłady stanowią koszt, a korzyści – przychód. Ewentualna refundacja nakładów pozwala skupić się na wskazanych wyżej korzyściach. Przy zatrudnieniu pracownika z niepełnosprawnością pracodawca może liczyć w mniejszym bądź większym stopniu na wsparcie ze środków Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych¹². Zgodnie z art. 21 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych składki na PFRON są zobowiązani opłacać pracodawcy, którzy w danym roku zatrudnili co najmniej 25 osób w przeliczeniu na etaty. Po zatrudnieniu pracownika z niepełnosprawnością są zwolnieni z powyższej składki¹³. Przedsiębiorcy powinni zatem zapoznać się z omawianą ustawą i sprawdzić, czy obowiązują ich składki na PFRON. Jeżeli tak, warto również zweryfikować, w jaki sposób wylicza się jej wysokość oraz w jakich sytuacjach można skorzystać z ulgi¹⁴.

Niniejszy artykuł jest poświęcony omówieniu wyników badań własnych dotyczących zatrudnienia osób ze spektrum autyzmu w zakładach aktywności zawodowej. Wpisuje się on w szerszy problem podejmowany przez autora w dotychczasowych badaniach, skupiony wokół statusu prawnego osób ze spektrum autyzmu na rynku pracy, opracowywany poprzez identyfikację, weryfikację i charakterystykę rozproszonych rozwiązań prawnych w zakresie prawa międzynarodowego i krajowego. Ce-

11 Więcej: E. Pisula, *Autyzm. Przyczyny, symptomy, terapia*, Gdańsk 2014; E. Pisula, *Autyzm. Od badań mózgu do praktyki psychologicznej*, Sopot 2015; J. Wciórka, S. Puzyńki, J. Rybakowski, *Psychiatria*, t. 2: *Psychiatria kliniczna*, wyd. 2, Wrocław 2020, s. 591–597; M. Gajda, *Pracownik ze spektrum autyzmu*, „Integracja” 2017, nr 1.

12 Obecnie trwają prace rządu nad przygotowaniem projektu ustawy o aktywności zawodowej; zob. Projekt ustawy o aktywności zawodowej, UD399, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12364850/katalog/12917052>. (20.03.2023).

13 Więcej: Składki na PFRON – kto musi je opłacać oraz jak obliczyć wielkość składek?, <https://poradnikprzedsiębiorcy.pl/-skladki-na-pfron-kto-musi-je-oplacac-jak-obliczyc-wielkosc-skladek> (23.03.2023).

14 *Ibidem*.

lem przeprowadzonych badań¹⁵ było zdobycie nowej wiedzy na temat statusu osób ze spektrum autyzmu (ASD) na rynku pracy. Badania realizowane były w ramach projektu Narodowego Centrum Nauki (Preludium 19)¹⁶. Przedmiot niniejszego opracowania stanowi analiza problemu, w jaki sposób zakłady aktywności zawodowej zapewniają możliwość realizacji prawa do pracy osobom ze spektrum autyzmu. W artykule zostaną omówione wybrane międzynarodowe czynniki mające wpływ na kształt przepisów prawa pracy w zakresie zatrudnienia osób z niepełnosprawnościami, ze szczególnym uwzględnieniem osób z ASD, następnie zostanie przedstawiony status prawny osób z ASD w krajowym prawie pracy, rola zakładów aktywności zawodowej, wyniki badań własnych dotyczących zatrudnienia osób z ASD w zakładach aktywności zawodowej oraz analiza wyników tych badań i wnioski.

1. Międzynarodowe „prodostępciościowe” inspiracje polskiego prawa pracy

Problemy związane z rynkiem pracy, na którym liczba osób poszukujących pracy jest o wiele większa od liczby miejsc pracy, stają się szczególnie doniosłe w sytuacji osób niepełnosprawnych. Nadmiar rąk do pracy występuje praktycznie we wszystkich krajach wysoko rozwiniętych, jednak skala zatrudnienia jest zróżnicowana. Warunkowana jest ona stopniem rozwoju cywilizacyjnego społeczeństwa danego kraju, a zwłaszcza stosunkiem osób pełnosprawnych do niepełnosprawnych oraz stosunkami wzajemnymi w obrębie społeczności osób niepełnosprawnych¹⁷. Nie możemy zapominać też o kryzysie społeczno-gospodarczym związanym z COVID-19, jak i o wojnie na Ukrainie.

Zgodnie z artykułem 27 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych: „Państwa Strony uznają prawo osób niepełnosprawnych do pracy na zasadzie równości z innymi osobami”¹⁸. Natomiast zgodnie z artykułem 27 (a) należy: „zakazać dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność w odniesieniu do wszystkich kwestii dotyczących wszelkich form zatrudnienia, w tym warunków rekrutacji, zatrudnienia, kontynuacji zatrudnienia, awansu zawodowego i warunków pracy zgodnych z zasadami bezpieczeństwa i higieny pracy”. Mimo istnienia tych przepisów nie można mówić o w pełni równym traktowaniu pracowników niepełnosprawnych i pracow-

15 Doświadczenia w zakresie pracy zawodowej osób ze spektrum autyzmu z perspektywy zakładów aktywności zawodowej. Raport z badań, kwiecień 2022 – w zasobach autora.

16 Szerzej: przypis nr 1.

17 Więcej: J. Komendova, J. Horecky, The Notion of „Worker” for the Purpose of EU Social Policy and its Interpretation by the Court of Justice of the European Union, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021, vol. 26, nr 2, s. 51–60; K. Jaworska, The Concept and Entitlements of the Unemployed with Disabilities, „Białostockie Studia Prawnicze” 2018, vol. 23, nr 4, s. 135–144.

18 Zob. Art. 27 Konwencji praw osób niepełnosprawnych z dnia 13 grudnia 2006 r., <http://www.unic.un.org.pl/dokumenty/KonwencjaPrawOsobNiepełnosprawnych.txt> (18.02.2023).

ników pełnosprawnych. Widzimy również dysonans w grupie osób z niepełnosprawnościami, bowiem prawo do pracy osób ze spektrum autyzmu jest ograniczane, choć obecnie w coraz mniejszym stopniu¹⁹.

Należy podkreślić, że pierwszym dokumentem dotyczącym osób z ASD w Unii Europejskiej była Karta praw osób z autyzmem, podpisana przez Parlament Europejski 9 maja 1996 roku²⁰. W oparciu o nią można sformułować postulat, że pełny (to jest otwarty i chroniony) dostęp do rynku pracy osób ze spektrum autyzmu w Polsce wymaga skierowanych do nich rozwiązań prawnych, pozwalających na finansowanie i wdrażanie określonych form wsparcia i organizacyjnych ulepszeń²¹.

2. Osoba ze spektrum autyzmu na polskim rynku pracy

Prawo do pracy jest jednym z podstawowych praw człowieka, bowiem liczba osób poszukujących pracę jest zwykle większa od liczby miejsc pracy. Nakaz ochrony osób niepełnosprawnych przed społecznym wykluczeniem można odczytać z całości kształtu przepisów konstytucyjnych²²

Status prawny osób dorosłych z autyzmem jest pośrednio określony w szeregu polskich aktów prawnych, takich jak: Konstytucja RP z 1997 r.²³, Kodeks pracy z dnia 26 czerwca 1974 r.²⁴, ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym, ustawa z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych²⁵, ustawa o spółdzielniach socjalnych i zawodowych, rehabilitacja i zatrudnianie osób niepełnosprawnych z dnia 27 sierpnia 1997 r.²⁶, ustawa o ubezpieczeniu społecznym rolników z dnia

19 Konwencja praw osób..., *op. cit.*, art. 27(b): „Chronić prawa osób niepełnosprawnych, na równych zasadach z innymi obywatelami, do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy, w tym do równych szans i takiego samego wynagrodzenia za pracę tej samej wartości, do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (...)”.

20 Karta praw osób z autyzmem, Parlament UE z dnia 9 maja 1996 r., <http://autyzm.org.pl/strefa-rodzica/karta-praw-osob-z-autyzmem/> (16.02.2023). Parlament po raz pierwszy stwierdził, że osoby z autyzmem są wykluczone społecznie zarówno w stosunku do osób pełnosprawnych, jak i niepełnosprawnych.

21 *Ibidem*.

22 Szerzej: M. Perkowski, M. Oksztulski, Autism as a Disability (From the Lawyer's Perspective), „Białostockie Studia Prawnicze” 2018, vol. 23, nr 4, s. 48–49; M. Oksztulski, Prawo do pracy osób z niepełnosprawnością – autyzmem w prawie i praktyce (na przykładzie województwa podlaskiego), praca magisterska napisana pod kierunkiem prof. M. Perkowskiego, Białystok 2015, s. 85–87; M. Oksztulski, Bezdroża w krainie edukacji, czyli wybrane doświadczenia doktoranta ze spektrum autyzmu w drodze do celu, (w:) A. Drabarz (red.), Aksjologiczne i prawne aspekty niepełnosprawności, Białystok 2020, s. 87.

23 *Ibidem*, Konstytucja RP..., *op. cit.*

24 Kodeks pracy z dnia 26 czerwca 1974 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1510).

25 *Ibidem*, Ustawa z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych..., *op. cit.*

26 Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

20 grudnia 1990 r.²⁷ oraz ustawa o Rzeczniku Praw Obywatelskich z 1987 r.,²⁸ jak i ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta z dnia 6 listopada 2008²⁹. Są to najbardziej istotne regulacje prawne w prawie polskim.

Zatrudnianie osób z ASD (choć tylko częściowo) jest wymienione w aktach prawnych dotyczących działalności zakładów aktywności zawodowej³⁰ – 70% ogółu zatrudnionych w tej jednostce to osoby niepełnosprawne skierowane do pracy przez powiatowe urzędy pracy, zakwalifikowane jako osoby zarówno o znacznym stopniu niepełnosprawności jak i o niepełnosprawności umiarkowanej, u których zdiagnozowano autyzm, upośledzenie umysłowe lub chorobę psychiczną, zatwierdzone przez radę programową ZAZ i uzasadniające podjęcie pracy oraz kontynuowanie rehabilitacji zawodowej. Jednak zatrudnionych osób z umiarkowaną niepełnosprawnością nie może być więcej niż 35% wszystkich pracowników. Kolejne 35% powinny stanowić osoby ze znacznym stopniem niepełnosprawności³¹. Zakład aktywności zawodowej to typowe przedsiębiorstwo społeczne, którego celem jest tworzenie miejsc pracy dla osób z niepełnosprawnościami, a także budowanie szans na ich integrację społeczną i zawodową³². Przedsiębiorczość społeczna różni się od przedsiębiorczości profesjonalnej, jednak stanowi namiastkę działalności gospodarczej, realizuje wartość społeczną, zawiera w sobie element nowatorski oraz odbywa się przy udziale społeczeństwa obywatelskiego.

Aby zaspokajać potrzeby osób z ASD, tworzone są programy wsparcia, często są one złożone ze względu na specyfikę niepełnosprawności. Zwykle tak jest, że systemy pomocy społecznej i rehabilitacji społeczno-zawodowej osób z autyzmem nie są opłacalne. Należy podkreślić, że dyskryminacja osób z ASD w Polsce jest dwojakiego rodzaju: zarówno w stosunku do osób pełnosprawnych, jak i w stosunku do innych osób niepełnosprawnych, które – o ile to jest możliwe w kręgu osób z niepełnosprawnościami – dyskryminują osoby ze spektrum autyzmu. Tylko 2% osób ze spektrum autyzmu w Polsce pracuje i to z reguły w niepełnym wymiarze godzin³³.

27 Ustawa z dnia 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (Dz.U. z 1991 r. Nr 7, poz. 24)

28 Ustawa z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. z 2020 r. poz. 627).

29 Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2022 r. poz. 1876).

30 Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji..., *op. cit.*

31 *Ibidem.*

32 Więcej: B. Jachimczak, Społeczno-edukacyjne uwarunkowania startu zawodowego młodych osób niepełnosprawnych. Studium empiryczne z regionu łódzkiego, Kraków 2011; B. Łubianka, K. Mariańczyk, Aktywizacja zawodowa i społeczna osób niepełnosprawnych na współczesnym rynku pracy – zakłady aktywności zawodowej, „Przegląd Prawa Administracyjnego” 2019, t. 2, s. 95–111.

33 K. Kutwa, Droga do otwarcia..., *op. cit.* s. 4.

3. Zakłady aktywności zawodowej ukierunkowane na osoby z niepełnosprawnościami

W Polsce zatrudnienie osób z niepełnosprawnościami jest niskie, co wynika najczęściej z utartych w społeczeństwie stereotypów. Tymczasem osoby niepełnosprawne często nie tylko efektywniej pracują, lecz także z ich zatrudnienia właściciele firm mogą czerpać niepodważalne korzyści. Zamiast tracić tak cenny czas na kolejne bezowocne procesy rekrutacyjne, warto od razu przyjąć do pracy profesjonalistę, nawet jeśli jest nim osoba niepełnosprawna³⁴.

Pierwsze zakłady aktywności zawodowej powołane zostały na mocy rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 21 stycznia 2000 roku³⁵. Nie posiadają one osobowości prawnej, są wyodrębnionymi organizacyjnie i finansowo jednostkami organizacyjnymi, prowadzonymi przez jednostki samorządu terytorialnego (JST), jak i organizacje pozarządowe (NGO). Statutowy obowiązek ZAZ stanowi rehabilitacja zawodowa i społeczna osób niepełnosprawnych – przygotowanie osób niepełnosprawnych do życia w otwartym środowisku, w tym (w miarę możliwości) do podjęcia zatrudnienia na otwartym rynku pracy. ZAZ posiadają status przedsiębiorstwa o charakterze niekomercyjnym, a osoby niepełnosprawne w nich zatrudnione są pracownikami w rozumieniu Kodeksu pracy i nie są traktowane jako osoby bezrobotne, bowiem oferują one płatne zatrudnienie, a także rehabilitację zawodową, społeczną i leczniczą³⁶.

ZAZ postrzegane są jako miejsce, w którym osoby niepełnosprawne mogą się rozwijać, realizować się zarówno rehabilitacyjnie³⁷, społecznie, jak i zawodowo³⁸. Działalność ZAZ jest postrzegana pozytywnie zarówno przez ich otoczenie instytucjonalne jak i przez niepełnosprawnych pracowników. Zostały one ukierunkowane na osoby z niepełnosprawnościami w szerokim ujęciu³⁹. Warto przeanalizować, w jaki sposób założenia, w oparciu o które działają ZAZ, są realizowane wobec osób ze spektrum autyzmu.

34 A. Siedler, E. Idczak-Paceś, Difficulties in employment perceived by individuals with ASD in Poland, „Advances in Autism” 2021, Emerald, nr 7(1).

35 Obwieszczenie Ministra Rodziny i Polityki Społecznej z dnia 29 września 2021 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie zakładów aktywności zawodowej (Dz.U. z 2021 r. poz. 1934).

36 Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 17 lipca 2012 r. o ZAZ (Dz.U. z 2012 r. poz. 850).

37 Szerzej: A. Politałaj, Zakłady aktywności zawodowej i ich rola w procesie rehabilitacji zawodowej osób niepełnosprawnych, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego” 2010, nr 139, s. 171–183; K. Ziemen, Inklusion, http://www.inklusion-lexikon.de/Inklusion_Ziemen.pdf (12.03.2023); B. Nierodko-Iwanicka, J. Iwanicki, Zakłady aktywności zawodowej: rola w systemie rehabilitacji zawodowej osób niepełnosprawnych i perspektywy dalszego rozwoju, „Problemy Higieny i Epidemiologii” 2010, nr 9(2), s. 329–331.

38 Szerzej: Ł. Grochowski, Zakłady aktywności zawodowej w Polsce, (w:) A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szablowska-Juckiewicz (red.), *Zatrudnianie osób niepełnosprawnych*, Warszawa 2014, s. 176.

39 P. Broda-Wysocki, *Wykluczenie i inkluzja społeczna. Paradygmaty i próby definicji*, Warszawa 2012.

4. Czy zakłady aktywności zawodowej faktycznie zatrudniają osoby z autyzmem? – wyniki badań własnych

W okresie od lutego do marca 2022 roku autor przeprowadził badania empiryczne z udziałem zakładów aktywności zawodowej⁴⁰.

Na ogół osoby ze spektrum autyzmu są rzetelnymi pracownikami, wyspecjalizowanymi w wielu dziedzinach, skupionymi na zadanym temacie, chętnymi do wykonywania rutynowych prac. To może być zachęcające. Jednak jest tu także pułapka – te cechy mają rozwinięte głównie osoby najlepiej funkcjonujące. Natomiast osoby na niskim poziomie funkcjonowania potrzebują podmiotów takich jak warsztaty terapii zajęciowej, zakłady aktywności zawodowej czy też spółdzielnie socjalne. Trud ich organizacji ma głęboki sens, gdyż właśnie praca ma dla osób z niepełnosprawnościami znaczenie terapeutyczne, chroni je przed kryzysami psychicznymi i nadaje sens ich życiu. Należą one do grupy szczególnie narażonej na wykluczenie z aktywności zawodowej. W ich przypadku zaburzenie ze spektrum autyzmu działać może jako dodatkowy czynnik sprzyjający marginalizacji albo wykluczeniu z rynku pracy – pierwszym z nich jest sam fakt posiadania niepełnosprawności, zaś drugim – stereotypy, uprzedzenia społeczne, które tworzą zbiór negatywnych przekonań o osobach ze spektrum autyzmu wśród pracodawców i ZAZ bez odpowiednich zasobów organizacyjnych i świadomościowych nie będą w stanie zrealizować specyficznych potrzeb osób z ASD, które wymagają dostosowania miejsc pracy do każdego pracownika indywidualnie.

Analizując powyższe zagadnienia, przeprowadzono badania dotyczące doświadczeń w zakresie pracy zawodowej osób ze spektrum autyzmu z perspektywy ZAZ. Kontekstem natomiast było przedstawienie rekomendacji dla osób z ASD na rynku pracy z wykorzystaniem zebranych rozwiązań i doświadczeń zakładów aktywności zawodowej w Polsce. Badania koncentrowały się na praktyce zatrudniania osób ze spektrum autyzmu w kilku wskazanych wymiarach. Cel przeprowadzonych badań stanowiło zdobycie wiedzy na temat statusu osób z ASD na rynku pracy. Próba badawcza została dobrana w sposób celowy. Do udziału w badaniach zaproszono kierowników ZAZ oraz osoby realizujące bezpośrednio działania wspierające osoby z ASD. Do badania – przygotowanego i zaplanowanego w taki sposób, by możliwe było jego przeprowadzenie przez osobę niemówiącą ze spektrum autyzmu – użyto kwestionariusza ankiety internetowej⁴¹. W przypadku badań ZAZ do ankiety zaproszono osoby kierujące placówkami, większość pytań miała charakter zamknięty. Na-

40 Doświadczenia w zakresie pracy..., *op. cit.* s. 2–3.

41 Kierownik projektu (dr Maciej Oksztulski) jest osobą niemówiącą ze spektrum autyzmu ze znacznym stopniem niepełnosprawności, pierwszym i jedynym doktorem prawa w Polsce (tytuł doktora prawa uzyskał w 2021 r.).

tomiast w przypadku badań osób realizujących działania wspierające osoby z ASD w kwestionariuszu wywiadu przeważały pytania otwarte.

Według danych PFRON w Polsce w 2021 r. działało 127 ZAZ. Zgodnie z założeniami projektu w badaniu miało wziąć udział po jednym ZAZ z każdego województwa, ale wzięło udział tylko dziesięć ZAZ, które zatrudniają osoby ze spektrum autyzmu, i siedmiu pracowników ZAZ realizujących działania wspierające osoby z ASD, a także jednaście ZAZ z poszczególnych województw, które nie zatrudniają osób z ASD. Próba badawcza nie jest próbą reprezentatywną⁴², rekrutacja do badania odbywała się drogą mailową i telefoniczną (w przypadku komunikacji telefonicznej przy wsparciu asystenta wspomagającego⁴³). Na podstawie przeprowadzonej rekrutacji można przyjąć, że w 2022 r. w Polsce osoby ze spektrum autyzmu były zatrudnione przez ZAZ w ośmiu województwach: spośród wszystkich zakładów aktywności zawodowej, do których udało się zdobyć kontakt, osiem placówek w ośmiu województwach zadeklarowało, że zatrudnia osoby z ASD. Aby ustalić przyczyny zdiagnozowanych trudności z zatrudnieniem osób z ASD przez ZAZ, do badania zostały włączone również te jednostki, które nie zatrudniają osób z autyzmem, po jednej z każdego województwa, z których na zaproszenie odpowiedziało jednaście placówek. Tym samym liczba badanych jednostek zmniejszyła się. Przygotowany został oddzielny kwestionariusz, który pozwolił pogłębić informacje na temat dysfunkcji procesu zatrudnienia osób z ASD. Podczas rekrutacji do badania ujawniły się trudności organizacyjne,

-
- 42 Próba badawcza dotycząca zatrudnienia osób ze spektrum autyzmu w zakładach aktywności zawodowej miała w ramach wstępnych założeń obejmować wszystkie województwa w Polsce, tj.: po jednym ZAZ z każdego województwa zatrudniającego pracowników z ASD. Wstępne badania przyniosły wiedzę, która istotnie różni się od wiedzy dostępnej oficjalnie. Okazało się, że tylko co drugie województwo zatrudnia w swoich ZAZ osoby w spektrum autyzmu. Ze względu na zdiagnozowaną sytuację związaną z zatrudnieniem osób ze spektrum autyzmu przez ZAZ do badania zostały włączone również te jednostki, które nie zatrudniają autystów, po jednym z każdego województwa. Przygotowany został oddzielny kwestionariusz, który pozwolił pogłębić informacje na temat dysfunkcji procesu zatrudnienia osób z ASD. Kontakt z placówkami niejednokrotnie w okresie pandemii był utrudniony ze względu na brak lub niepełne informacje niezbędne do wysłania przygotowanego zaproszenia do badań oraz ze względu na trudności w bezpośrednim kontakcie z badanymi instytucjami (brak aktualnych numerów telefonów, brak odpowiedzi, a 20% zebranych danych kontaktowych do ZAZ dostępnych w Internecie okazało się być niepoprawnych). Kierownik projektu starał się zwiększyć efektywność odpowiedzi, poszukując kontaktu do różnych placówek ZAZ, także drogą nieformalną – mimo własnych dysfunkcji. Jednak mimo wielu trudności związanych z przeprowadzonymi badaniami niniejszy artykuł ma charakter empiryczny.
- 43 Asystentem wspomagającym badacza była matka Danuta Oksztulska – ze względu na dysfunkcję mowy czynnej realizatora projektu. Badania odbywały się w okresie pandemii COVID-19, kiedy bezpośredni kontakt był wykluczony. Najskuteczniejszym sposobem kontaktu okazał się telefon, na maile badanego raczej ZAZ nie odpowiadały (ZAZ pracowały zdalnie ze względu na Covid-19 jak i wojnę na Ukrainie).

które dotyczyły ZAZ. Kontakt z placówkami był niejednokrotnie utrudniony ze względu na niepełne informacje niezbędne do wysłania przygotowanego zaproszenia do badań lub ich całkowity brak, a także ze względu na trudności w bezpośrednim kontakcie z badanymi instytucjami⁴⁴. Badania zostały pogłębione dzięki wykorzystaniu trzech rodzajów ankiet:

- ZAZ zatrudniające osoby ze spektrum autyzmu (wypełniali kierownicy jednostek),
- ZAZ zatrudniające osoby ze spektrum autyzmu (wypełniali opiekunowie osób z ASD),
- ZAZ niezatrudniające osób ze spektrum autyzmu (wypełniali kierownicy jednostek).

Efektywność odpowiedzi została zwiększona poprzez kontakt z różnymi placówkami ZAZ, także drogą nieformalną. Kierownik projektu przy udziale asystenta na bieżąco współpracował z socjologiem w kwestii wyboru narzędzi badawczych i analiz wyników⁴⁵.

Analizując wyniki badań, należy stwierdzić, że nie wszystkie mają znaczenie dla tego opracowania⁴⁶. W pierwszej kolejności należy wskazać, że na około 127 ZAZ działających w Polsce tylko w czterech faktycznie są zatrudnione osoby ze spektrum autyzmu (ZAZ, które zatrudniają więcej niż jednego pracownika z ASD):

- Fundacja Synapsis, Wilcza Góra, woj. mazowieckie,
- Fundacja My dla innych, Białystok, woj. podlaskie,
- PERSONI, Biskupiec, woj. warmińsko-mazurskie,
- Samorządowy Zakład Budżetowy Gminy Wrocław, woj. dolnośląskie.

Należy zauważyć, że nie udało się zidentyfikować co najmniej 16 zakładów aktywności zawodowej (po jednym z każdego województwa), zatrudniających osoby ze spektrum autyzmu i stanowiących reprezentatywną terytorialnie i jakościowo próbę badawczą, na bazie których można byłoby zobiektywizować otrzymane wyniki. Podjęte działania dodatkowe pozwalają jednak wskazać problemy węzłowe.

44 Raport roczny z realizacji projektu badawczego (PRELUDIUM 19), obejmujący rok 2021, s. 5.

45 Doświadczenia w zakresie pracy zawodowej..., *op. cit.*

46 *Ibidem*; nie dotyczy zagadnienia: Charakterystyka działalności ZAZ niezatrudniających osób z zaburzeniem ze spektrum autyzmu; Osoby z ASD na otwartym rynku pracy; Problemy związane z podjęciem zatrudnienia na otwartym rynku pracy przez osoby z ASD; Wsparcie dla osób poszukujących zatrudnienia poza ZAZ.

5. Analiza wyników badań własnych dotyczących zatrudnienia osób ze spektrum autyzmu w zakładach aktywności zawodowej

5.1. Parytety pozytywnej dyskryminacji osób ze spektrum autyzmu

Zaburzenia ze spektrum autyzmu działają jako dodatkowy czynnik sprzyjający marginalizacji albo wykluczeniu z rynku pracy. Dochodzą też stereotypy i uprzedzenia społeczne, które tworzą zbiór negatywnych przekonań o osobach ze spektrum autyzmu wśród pracodawców. Należy pamiętać o specyficznych potrzebach osób z ASD, które wymagają dostosowania miejsc pracy do każdego pracownika indywidualnie. Do osiągnięcia zadowalających wyników w zatrudnieniu osoby z ASD konieczne jest indywidualne podejście do pracownika ze spektrum autyzmu, a także stworzenie indywidualnego planu rehabilitacji – *de facto* stworzenie parytetów. Podstawowym wyzwaniem dla pracowników realizujących działania z zakresu wspierania osób z zaburzeniem ze spektrum autyzmu jest konieczność kreatywnego dostosowania metod pracy do każdego z nich⁴⁷.

Chcąc osiągnąć zamierzony cel, należy problem badawczy ująć w czterech podstawowych parytetach, tj. prawnym, kadrowym, finansowym i społecznym⁴⁸.

Współpraca ZAZ z opiekunami prawnymi osób ze spektrum autyzmu opiera się przede wszystkim na stałym kontakcie telefonicznym oraz cyklicznie odbywających się spotkaniach. Nie jest wykluczone, że w czasie pandemii ZAZ miały częstszy kontakt z opiekunami ze względu na możliwości zdalnego kontaktu, spotkania online ułatwiające kontakt z rodzicami i opiekunami (w stałym kontakcie byli instruktorzy zawodu, psycholodzy)⁴⁹.

Kolejnym krokiem przy zatrudnieniu osoby z ASD było przygotowanie osoby do wejścia na kolejny etap zatrudnienia, którym jest spółdzielczy bądź otwarty rynek pracy. Najtrudniejsze w realizacji działanie stanowiło znalezienie pracy na otwartym rynku pracy oraz jej utrzymanie. Aby wspierać przełamywanie stereotypów dotyczących pracy osób niepełnosprawnych, w celu poznania przez lokalnych pracodawców możliwości tych osób i pozytywnych aspektów ich zatrudnienia, organizowane były praktyki zawodowe na otwartym rynku pracy oraz spotkania zarówno grupowe, jak i indywidualne z pracodawcami, przedstawiające korzyści z zatrudnienia osoby niepełnosprawnej. Należy zauważyć małą otwartość pracodawców na zatrudnianie osób niepełnosprawnych, a tym bardziej osób ze spektrum autyzmu. Brak systemowych rozwiązań dotyczących współpracy ZAZ z potencjalnymi pracodawcami niweczy wyuczone procedury związane z awansem w zatrudnieniu, niezbędne są usługi trenerów pracy, asystentów itp. Brakuje też tradycji współpracy biznesowej z zakładami aktywności zawodowej oraz zrozumienia przez potencjalnych klientów/partnerów

47 *Ibidem*.

48 Szerzej: K. Kutwa, Droga do..., *op. cit.*, s. 18.

49 Doświadczenia w zakresie pracy..., *op. cit.* s. 19.

biznesowych ich specyfiki pracy, a rytm pracy ZAZ jest niedostosowany do warunków konkurencji rynkowej.

5.1. Preferencje

Niezbędne są preferencje polegające na zmianach instytucjonalnych, w których działalność zakładów aktywności zawodowej będzie ewoluowała w oparciu o dodatkowe kryteria⁵⁰. Tego typu sytuacja wymaga nakładów finansowych oraz systematyczności pracy, by nie następował regres w rehabilitacji zawodowej i społecznej osób z ASD. Wiele badanych ZAZ wskazuje na niewystarczające środki finansowe, stąd też wsparcie, które przynosi pożądane efekty, może być ograniczane przez czynniki o charakterze ekonomiczno-organizacyjnym. Osoby z ASD są postrzegane jako grupa osób z niepełnosprawnościami stawiająca przed kadrą ZAZ szczególną formę wyzwań. Jak wskazują badani, do pracy z tymi osobami potrzebna jest determinacja i cierpliwość: „Praca z osobami ze spektrum autyzmu wymaga dużej determinacji i cierpliwości”. Konieczność regularnego i indywidualnego podejścia do pracownika z ASD wiąże się z objawami typowymi dla tych zaburzeń⁵¹.

Praca z osobą z ASD wymaga odpowiedniego przygotowania i przeszkolenia kadry ZAZ, co nie może być zrealizowane bez spełnienia podstawowych warunków:

- rozwiązań prawnych, które wspierają osoby z ASD i są możliwe do realizacji w praktyce;
- współpracy i wsparcia ze strony instytucji rządowych, zwłaszcza wsparcia finansowego i szkoleniowego;
- współpracy z otoczeniem zewnętrznym.

Chcąc ulepszyć system pracy w ZAZ, należy zwiększyć liczbę personelu opiekującego się pracownikami z niepełnosprawnościami, a to związane jest ze zmianą wskaźników decydujących o przyznaniu dotacji na prowadzenie zakładu aktywności zawodowej.

50 *Ibidem*, s. 18 – odpowiedź w ankiecie: „Podczas pracy staramy się aby wszyscy czuli się dobrze. Największym wsparciem jest bycie wśród nich, każdy z pracowników ze spektrum autyzmu jest inny. Staram się indywidualnie patrzeć na nich i zapewniać im komfort pracy”.

51 *Ibidem* – odpowiedź w ankiecie: „Moje doświadczenia w pracy z osobami ze spektrum autyzmu są wielorakie. Często doświadczam u Tych osób przejawianie sztywności w zachowaniu i trudności w akceptacji zmian, uporczywe wykonywanie rutynowych czynności, które niczemu nie służą, stereotypowe powtarzanie słów, ograniczone, powtarzające się zachowania i aktywność, problemy z koncentracją uwagi, brak koordynacji wzrokowo-ruchowej, zamykanie oczu, niereagowanie na prośby, brak dystansu do osób obcych, jak również nieśmiałość i nadwrażliwość”.

5.1. Otwartość i dostępność zakładów aktywności zawodowej a różnorodność schorzeń

Należy podkreślić, że wspieranie wszystkich osób z niepełnosprawnościami poprzez te same programy aktywności zawodowej nie sprawdza się. Na podstawie przeprowadzonych badań można postawić tezę, że w polskim systemie prawnym osoby ze spektrum autyzmu są traktowane bardzo podobnie do innych osób z niepełnosprawnościami.

Mimo że ZAZ postrzegane są jako miejsce, w którym osoby z niepełnosprawnością mogą się rozwijać, w którym realizują się społecznie jak i zawodowo, to znikoma liczba zatrudnionych osób z ASD w Polsce (stanowiąca 2% przy ogólnym zatrudnieniu 26,4% osób z niepełnosprawnościami)⁵² powoduje, że nie mogą wpisywać się w rozwiązania systemowe, a brak drożności we wprowadzaniu osób niepełnosprawnych na otwarty rynek pracy powoduje, iż mogą być postrzegane jako źródło pewnego rodzaju „niepełnosprawności społecznej”, ponieważ dotyczą niewielkiej grupy pracowników.

Osoby z ASD najczęściej wykluczane są na etapie realizowania programów przez ZAZ, czemu sprzyjają braki w dostosowaniu tych programów do indywidualnych potrzeb oraz brak wystarczająco licznej i odpowiednio wykwalifikowanej kadry do pracy z osobami ze spektrum autyzmu, co utrudnia osobom z ASD uspołecznienie oraz wejście na rynek pracy, w tym na chroniony rynek pracy.

Chcąc udroźnić system wprowadzania na rynek pracy osób z ASD, należy zapewnić dostępność stron internetowych zgodnie z ustawą z dnia 4 kwietnia 2019 r. o dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych podmiotów publicznych⁵³, jak i decyzją wykonawczą Komisji⁵⁴ w sprawie dostępności stron internetowych i mobilnych aplikacji organów sektora publicznego. Dzięki temu będzie można uniknąć przykrego doświadczenia, na jakie autor był narażony podczas rekrutacji do badań, gdy ujawniły się trudności organizacyjne związane z uzyskaniem kontaktu do ZAZ⁵⁵. Od momentu wejścia w życie ustawy o zapewnieniu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami wszystkie placówki publiczne zobowiązane są do podjęcia kroków, które pomogą osobom ze szczególnymi potrzebami funkcjonować bez przeszkód w życiu społecznym. Oznacza to zapewnienie dostępności architektonicznej, informacyjno-komunikacyjnej oraz cyfrowej. Istotą wprowadzenia

52 M. Oksztulski, *Uprawnieni teoretycznie? Status prawny osób ze spektrum autyzmu na rynku pracy (w ujęciu krajowym, międzynarodowym i porównawczym)*, materiał z prezentacji, 13 Kongres Międzynarodowy Autizm – Europa, Kraków 7–9 października 2022 r., <https://ae.autismcongres2022.org/pl/strefa-wydarzenia> (20.03.2023).

53 Ustawa o zapewnieniu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami z dnia 19 lipca 2019 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 2240).

54 Decyzja Wykonawcza Komisji UE, 2018/1523 z dnia 11 października 2018 r. ustanawiająca wzór oświadczenia w sprawie dostępności zgodnie z dyrektywą PE i Rady (UE) 2016/2102.

55 Szerzej: w rozdziale 4.

wszystkich modyfikacji oraz udogodnień jest stopniowa poprawa dostępności podmiotów publicznych przy jednoczesnym umożliwieniu osobom ze szczególnymi potrzebami na samodzielne korzystanie z tychże usług⁵⁶.

Działalność ZAZ leży w kompetencji samorządu wojewódzkiego, gdzie środki na działalność przekazywane są za pośrednictwem PFRON Wojewódzkiemu Urzędowi Pracy, realizującemu zadania dofinansowania kosztów tworzenia i działania ZAZ⁵⁷.

Wnioski

W prawie pozytywnym zasadniczo pomija się kwestię autyzmu (zarówno wprost, jak i pośrednio), co determinuje konieczność sięgania po rozwiązania ogólne na różnych poziomach, skierowane do osób z niepełnosprawnościami. Podejście to determinują przede wszystkim czynniki ekonomiczne.

Brak prawnych i systemowych rozwiązań dotyczących spektrum autyzmu w Polsce nie pomaga w pokonywaniu barier społecznych, w tym realizacji prawa do pracy.

Osoba ze spektrum autyzmu po zakończeniu edukacji nie ma zagwarantowanej kontynuacji wsparcia i pełnego dostępu do skutecznej rehabilitacji zawodowej i społecznej, umożliwiającej przygotowanie do pracy i samodzielnego życia. Powołane do tego zadania podmioty, jak zakłady aktywności zawodowej, nie wydają się efektywnie oddziaływać na poprawę sytuacji dorosłych osób ze spektrum autyzmu. W mojej ocenie osoba z ASD odnajdzie się na rynku pracy wówczas, gdy stworzy się jej specyficzne warunki pracy, które pomogą jej w miarę godnie funkcjonować w społeczeństwie. Bezwzględne narzucanie przedsiębiorcom i/lub podmiotom ekonomii społecznej zmian do końca nieprzemyślanych rzadko przynosi spodziewane efekty (bez rozwiązań systemowych). Mogą pomóc natomiast motywacje progresywne, np. im wyższy poziom zatrudnienia osób z autyzmem w ZAZ, tym dogodniejszy dostęp do wsparcia rozwojowego uruchamianego pod tym kątem. Myślę, że koszty te będą znacznie niższe niż koszty leczenia, terapii, rehabilitacji i utrzymania w domu pomocy społecznej czy też w zakładzie leczniczym. Co prawda rozwiązanie takie miałyby merkantylną genezę, ale jego efekty – poza realiami – przyniosłyby korzystny wpływ społeczny, więc ostatecznie wszystko się zbilansuje. Mądre podejście władz państwowych, samorządowych jak i organizacji pozarządowych ułatwi życie osobom ze spektrum autyzmu, a co za tym idzie – przyczyni się do rozwoju demokratycznego społeczeństwa.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Obwieszczenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 11 czerwca 2015 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Polityki Społecznej w sprawie określenia zadań samorządu województwa, które mogą być dofinansowane ze środków Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (Dz.U. z 2015 r. poz. 937).

BIBLIOGRAFIA

- Branger A., State of play of employment of people on the autism spectrum in Europe, Committee on Employment and Social Affairs of the European Parliament November 5th 2019.
- Bluestone J., Materia autyzmu. Łączenie wątków w spójną teorię, Warszawa 2012.
- Broda-Wysocki P., Wykluczenie i inkluzja społeczna. Paradygmaty i próby definicji, Warszawa 2012.
- Decyzja Wykonawcza Komisji UE, 2018/1523 z dnia 11 października 2018 r. ustanawiająca wzór oświadczenia w sprawie dostępności zgodnie z dyrektywą PE i Rady (UE) 2016/2102.
- Department of Work and Pensions The National Autistic Society (2011), Untapped Talent: A guide to employing people with Autism, The National Autistic Society, London.
- M. Domańska, People with Disabilities as a Vulnerable Group. The Concept of Protection of Rights of Vulnerable Groupus, „Białostockie Studia Prawnicze” 2018, vol. 23, nr 4, s. 25–34.
- Doświadczenia w zakresie pracy zawodowej osób ze spektrum autyzmu z perspektywy zakładów aktywności zawodowej. Raport z badań, kwiecień 2022 – w zasobach autora.
- Gajda M., Pracownik ze spektrum autyzmu, „Integracja” 2017, nr 1.
- Grochowski Ł., Zakłady aktywności zawodowej w Polsce, (w:) A. Giedrewicz-Niewińska, M. Szabłowska-Juckiewicz (red.), Zatrudnianie osób niepełnosprawnych, Warszawa 2014.
- Jachimczak B., Społeczno-edukacyjne uwarunkowania startu zawodowego młodych osób niepełnosprawnych. Studium empiryczne z regionu łódzkiego, Kraków 2011.
- Jaworska K., The Concept and Entitlements of the Unemployed with Disabilities, „Białostockie Studia Prawnicze” 2018, vol. 23, z. 4, s. 135–144.
- Karta praw osób z autyzmem, Parlament UE z dnia 9 maja 1996 r., <http://autyzm.org.pl/strefa-rodzica/karta-praw-osob-z-autyzmem/>.
- Kodeks pracy z dnia 26 czerwca 1974 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1510).
- Komendova J., Horecky J., The Notion of „Worker” for the Purpose of EU Social Policy and its Interpretation by the Court of Justice of the European Union, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021, vol. 26, nr 2.
- Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. art. 67 (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).
- Konwencja praw osób niepełnosprawnych z dnia 13 grudnia 2006 r., <http://www.unic.un.org.pl/dokumenty/KonwencjaPrawOsobNiepełnosprawnych.txt>.
- Kutwa K., Droga do otwarcia rynku pracy w Polsce dla osób autystycznych, Polski Instytut Ekonomiczny, Warszawa 2022 (aktualne dane dotyczące zatrudnienia i rynku pracy osób z ASD).
- Łubianka B., Mariańczyk K., Aktywizacja zawodowa i społeczna osób niepełnosprawnych na współczesnym rynku pracy – zakłady aktywności zawodowej, „Przegląd Prawa Administracyjnego” 2019, t. 2.
- Maksymalizowanie zysków w przedsiębiorstwie – jak to zrobić?, <https://poradnikprzedsiębiorcy.pl/-maksymalizowanie-zyskow-w-przedsiębiorstwie-jak-to-zrobic>.
- Nierodko-Iwanicka B., Iwanicki J., Zakłady aktywności zawodowej: rola w systemie rehabilitacji zawodowej osób niepełnosprawnych i perspektywy dalszego rozwoju, „Problemy Higieny i Epidemiologii” 2010, nr 9(2).

- Obwieszczenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 11 czerwca 2015 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Polityki Społecznej w sprawie określenia zadań samorządu województwa, które mogą być dofinansowane ze środków Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (Dz.U. z 2015 r. poz. 937).
- Obwieszczenie Ministra Rodziny i Polityki Społecznej z dnia 29 września 2021 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie zakładów aktywności zawodowej (Dz.U. z 2021 r. poz. 1934).
- Oksztulski M., Uprawnieni teoretycznie? Status prawny osób ze spektrum autyzmu na rynku pracy (w ujęciu krajowym, międzynarodowym i porównawczym), materiał z prezentacji, 13 Kongres Międzynarodowy Autism – Europa, Kraków 7–9 października 2022 r., <https://ae.autismcongres2022.org/pl/strefa-wydarzenia>.
- Oksztulski M., Prawo do pracy osób z niepełnosprawnością – autyzmem w prawie i praktyce (na przykładzie województwa podlaskiego), Białystok 2015, s. 85–87.
- Oksztulski M., Bezdroża w krainie edukacji, czyli wybrane doświadczenia doktoranta ze spektrum autyzmu w drodze do celu, (w:) A. Drabarz (red.), Aksjologiczne i prawne aspekty niepełnosprawności, Białystok 2020.
- Perkowski M., Oksztulski M., Autism as a Disability (From the Lawyer's Perspective), „Białostockie Studia Prawnicze” 2018, vol. 23, nr 4, s. 43–56.
- Perkowski M., Oksztulski M., Wykształcony autysta na polskim rynku pracy a międzynarodowy standard traktowania, (w:) P. Nowik, I. Sierocka, W. Witoszko, K. Żywolewska (red.), Dorobek i rozwój nauki prawa pracy w świetle wyzwań XI wieku, Księga dedykowana pamięci Profesora Bogusława Cudowskiego, Białystok 2022, s. 239–253.
- Pisula E., Autyzm. Od badań mózgu do praktyki psychologicznej, Sopot 2015.
- Pisula E., Autyzm. Przyczyny, symptomy, terapia, Gdańsk 2014.
- Politaj A., Zakłady aktywności zawodowej i ich rola w procesie rehabilitacji zawodowej osób niepełnosprawnych, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego” 2010, nr 139.
- Pracodawcy, <https://www.pfron.org.pl/pracodawcy/> (17.03.2023).
- Projekt ustawy o aktywności zawodowej, UD399, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12364850/katalog/12917052>.
- Raport roczny z realizacji projektu badawczego (PRELUDIUM 19), obejmujący rok 2021.
- Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 17 lipca 2012 r. o ZAZ (Dz.U. z 2012 r. poz. 850).
- Składki na PFRON – kto musi je opłacać oraz jak obliczyć wielkość składek?, <https://poradnikprzedsiębiorcy.pl/-skladki-na-pfron-kto-musi-je-oplacac-jak-obliczyc-wielkosc-skladek>.
- Siedler A., Idczak-Paceś E., (2021), Difficulties in employment perceived by individuals with ASD in Poland, „Advances in Autism”, Emerald, nr 7(1).
- Taylor T.G., Spektrum zaburzeń autystycznych. Przewodnik dla początkujących. Podstawowe wiadomości dla rodziców i pedagogów, Warszawa 2011.
- Tomaszewski P., Bargiel-Matusiewicz K., Pisula E., Między patologią a kulturą: Społeczne ukierunkowania niepełnosprawności, (w:) P. Tomaszewski, K. Bargiel-Matusiewicz, E. Pisula (red.), Kulturowe i społeczne aspekty niepełnosprawności, Warszawa 2015.

Ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz.U. z 1999 r. Nr 162, poz. 1118 ze zm.).

Ustawa z dnia 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (Dz.U. z 1991 r. Nr 7, poz. 24).

Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2022 r. poz. 1876).

Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 573 ze zm.).

Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zapewnieniu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 2240).

Ustawa z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. z 2020 r. poz. 627).

Wciórka J., Pużyński S., Rybakowski J., Psychiatria, t. 2: Psychiatria kliniczna, wyd. 2, Wrocław 2020.

Ziemen K., Inklusion, http://www.inklusion-lexikon.de/Inklusion_Ziemen.pdf.

Arsen Tavadyan

Yerevan State University, Armenia

arsentavadyan@ysu.am

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5074-0408>

The Development of Armenian Legislation on Pledge

Abstract: This article looks into the development of Armenian legislation related to pledge, specifically the non-judicial foreclosure process of collateral, as well as an analysis of the decisions made by the Constitutional Court and the Court of Cassation in Armenia. The article offers an overview of the legal framework for pledge in Armenia, examining the evolution of pledge legislation, and highlights the importance of the non-judicial foreclosure process of collateral and its significance in the context of Armenian legislation. It analyses the legal framework and the processes involved in non-judicial foreclosure, and also looks into the challenges that arise when applying this process in practice. Furthermore, the article analyses the decisions of the Constitutional Court and the Court of Cassation in Armenia that have dealt with issues related to pledge and non-judicial foreclosure. It provides an in-depth analysis of the reasoning for and implications of these decisions, as well as the impact they have had on Armenian legislation and practice. In conclusion, the article sheds light on the development of Armenian legislation on pledge and provides a critical analysis of the non-judicial foreclosure process and related court decisions.

Keywords: civil law, foreclosure, obligations, pledge

Introduction

One of the main regulations that ensures the constitutional right to engage in economic activity in Armenia is the mechanism for securing the performance of obligations. The purpose of these mechanisms is to protect the interests of both parties involved in a civil relationship. One of the most widely used means of securing the fulfilment of obligations is through a pledge, whereby the creditor (pledgee) is granted the right to the debtor's (pledgor's) property as security for the obligations owed to the creditor. It is crucial for entrepreneurs to clearly understand the guaran-

tees and consequences of their pledge agreements. However, it is important to find the right balance between private and public interests. Recent developments in Armenian law try to find this balance, but these attempts sometimes do not give the intended results and reduce the level of foreseeability in this area.

In the current article we will try to describe the development of the legislation, using the methods of comparative analysis and economic analysis of law to indicate the main problems of the new legal developments. We will show that when the regulation is not consistent, does not consider the whole legal environment and is not calculated correctly, the goal to protect the rights of the weaker side – in our case, the debtor – can bring the paralysis of the whole regulation, i.e. the institute of real security.

1. Overview

Armenia regained independence in 1991. Prior to that, the Armenian Soviet Socialist Republic was a part of the USSR. Being one of the member states, Armenia adopted all the principles of civil legislation that were formulated by the law ‘On the Adoption of the Fundamentals of Civil Legislation of the USSR and Union Republics’ that was passed on 8 December 1961.¹ Article 21 of this law indicated that the state had exclusive ownership of land. This law was adopted to develop the provisions of the USSR Constitution. The Soviet Constitution of 1977 as well as the Constitution of 1936 specified that the land, its natural deposits and its waters are the exclusive property of the state.²

The basis of the economic system of the USSR consisted of socialist ownership of the means of production in the form of state (belonging to all people) and collective farm/cooperative ownership.³ It was prohibited to use the land, its mineral wealth, forests and waters, the basic means of socialist organizations, and grain and fodder reserves, as well as other circulating funds which are necessary for the normal activity of pledge.⁴

Western scholars describe the contracts between Soviet state enterprises as ‘contracts in name only’.⁵ Starting from Roman law, real security (*fiducia*, *pignus* and

1 USSR Law, On the Adoption of the Fundamentals of Civil Legislation of the USSR and Union Republics, *Vedomosti VS USSR*, 1961, No. 50, p. 525, <https://docs.cntd.ru/document/901868109> (9.08.2023).

2 Soviet Constitution of 1977, <https://archive.org/details/constitutionussr1977/page/n17/mode/2up> (accessed 09.08.2023); Soviet Constitution of 1936, <http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/36cons01.html> (9.08.2023).

3 O.N. Sadikov (ed.), *Soviet Civil Law*, London 1988, p. 115.

4 *Ibidem*, p. 195.

5 V. Gsovski, *Soviet Civil Law: Private Rights and Their Background under the Soviet Regime*, vol. 2, Michigan 1949 p. 136.

hypotheca) was used as a means of securing the obligation or performance of an agreement.⁶ So we can see that real security in the USSR was ‘in name only’, as the main purpose of real security is to ensure the performance of obligations. The development of the Armenian legislation of pledge therefore only started after 1991. In 1995 the law ‘On Pledge’ was adopted, which directly allowed the pledge of real property.⁷ The Constitution of the Republic of Armenia was adopted in the same year, which provided the fundamental rights and freedoms for individuals and businesses operating in the country.⁸ The Constitution has since been amended twice, in 2005 and 2015, to reflect changing circumstances and societal needs.

Among the various articles of the Constitution, three in particular provide the basis for business regulation in Armenia. Article 11 sets out the economic order of the country and emphasizes that the social market economy should be the basis of the economic system. This system is based on private ownership, freedom of economic activities, free economic competition and state policy aimed at achieving general economic well-being and social justice. The concept of a social market economy is similar to that found in other countries, such as Poland.

Article 59, Clause 1, guarantees the right of everyone to engage in economic and entrepreneurial activities. However, the conditions and procedures for exercising this right are subject to the laws of the country. This means that individuals and businesses must comply with various legal requirements, such as registration, licensing and anti-trust legislation, to operate in Armenia.

Article 60 establishes the right of individuals to possess, use and dispose of legally acquired property at their discretion. This includes property that is used in the operation of a business. However, the right of ownership may be restricted by law if it is deemed necessary to protect public interests or the basic rights and freedoms of others. Additionally, the government cannot deprive anyone of their property without following proper judicial procedures, as set out by law.

Overall, the Constitution of the Republic of Armenia provides a framework that supports the rights and freedoms of businesses and entrepreneurs. By establishing a social market economy and protecting property rights, the Constitution encourages economic growth and development in the country. A social market economy is an economic model that combines elements of free-market capitalism with social policies aimed at ensuring a fair distribution of wealth and opportunities. Under a social market economy, the government of Armenia intends to play an active role in regulating the market to ensure that competition is fair and that businesses operate

6 G. Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, Berlin/Heidelberg 2012, pp. 176–182.

7 The Law of the Republic of Armenia of 28 June 1995 on Pledge (No. HO-142), <https://www.arlis.am/documentview.aspx?docid=219> (9.08.2023).

8 The Constitution of the Republic of Armenia, <https://www.president.am/en/constitution-2015> (9.08.2023).

in a socially responsible manner. By adopting social market economy principles, the country is trying to solve one of the major problems of new market economy countries – finding the right balance between private and public interests. This tension between the individual and the social function of private property ownership has increased during the course of privatization.⁹

The norms that have been mentioned in this context form the basis upon which other legal acts, such as laws concerning different types of legal entities, licensing and certification, have been adopted. Nevertheless, the primary source governing business activities in Armenia is the Civil Code, which was adopted in 1998 and has a pandect structure.¹⁰ The Civil Code sets out legal rules and principles that govern civil relationships and transactions in Armenia. It is divided into several parts, each dealing with specific areas of law. One of the most important parts of the Civil Legislation is the section that deals with obligations, fulfilment of obligations, and responsibility for breach of obligations. It outlines the legal framework for creating and enforcing obligations, as well as the consequences of failing to fulfil them. The law covers a wide range of obligations, including contracts, torts and other civil relationships.

2. What is a pledge under Armenian law

One of the key features of the Armenian Civil Code is the mechanisms for securing the performance of obligations. This is outlined in Chapter 24 of the Code, which provides various ways to ensure that parties fulfil their obligations. These mechanisms include financial guarantees, pledge and other types of security. The purpose of these mechanisms is to protect the interests of both parties involved in a civil relationship. By providing security for the performance of obligations, the Civil Code helps to reduce the risks associated with such relationships and ensures that parties can rely on each other to fulfil their commitments.

One of the most widely used means of securing the fulfilment of obligations is through a pledge. In a pledge, the creditor (pledgee) is granted the right to the property of the debtor (pledgor) as security for the obligations owed to the creditor. The pledgee holds a preferential right to receive satisfaction from the value of the pledged property, ahead of the owner of the property's (pledgor) other creditors, in cases where the debtor fails to fulfil their obligations. If the debtor fails to fulfil their obligations or performs them improperly, the pledged property may be seized to satisfy the claims of the pledgee (creditor).

9 K. Malfliet, *La propriété c'est le vol: Property Is Theft Revisited. Private and Civil Law in the Russian Federation*, Leiden 2009, p. 298.

10 The Civil Code of the Republic of Armenia of 5 May 1995 (No. HO-239), <https://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=172116> (9.08.2023).

The Armenian Civil Code provides two procedures for foreclosure of the pledge. The first is the general (judicial) procedure: in cases where there is no agreement between the pledgee and the pledgor, the claims of the creditor shall be satisfied by a court judgment at the expense of the pledged property. The second procedure is the non-judicial procedure: if the contract of pledge provides for it or if there is a written agreement between the pledgee and the pledgor, the pledgee may levy execution on the collateral without applying to a court. This means that the pledgee has the right to realize the pledged property, including transferring it to their ownership or to a third party for the corresponding amount of the principal obligation, without the need for a court judgment on the realization of the pledged property. Overall, the pledge is a valuable tool for creditors to secure the fulfilment of obligations owed to them by debtors. With the right to seize and realize the pledged property, the creditor can have greater confidence that they will receive satisfaction for their claims in the event that the debtor fails to fulfil their obligations.

Entrepreneurs typically prefer to use non-judicial procedures to levy execution on collateral, as this approach offers a faster and more efficient way to recover debt than going through the court system. In Armenia, the court backlog can be significant, which means that a case may take several years to be examined. For an entrepreneur, this delay can be costly and could negatively impact their business operations. Especially taking into the account the length of the court procedure and the backlog in Armenia, which results in the examination of cases taking a couple of years, it is natural for an entrepreneur to indicate clauses on non-judicial execution on the collateral in their agreements. By including clauses in their agreements that allow for this type of execution, they can ensure a more streamlined and efficient debt recovery process. This gives them the ability to recover their debt by seizing and selling the collateral without going to court.

Non-judicial execution procedures can vary depending on the nature of the collateral and the terms of the agreement, but they generally involve notifying the debtor of the intention to execute on the collateral and giving them a chance to repay the debt before the collateral is seized. In cases of non-judicial execution, the pledgee must inform the pledgor and the debtor (if they are different entities) in writing and in a proper manner about the execution that will be levied on the collateral without resorting to court. This notification is referred to as the 'notification of execution'. It is important to note that the pledgee must follow the legal requirements for notification and execution, and that the pledgor or debtor has legal rights to protect their interests. The pledgor or debtor has the right to challenge the lawfulness of the execution through judicial procedures. If they choose to do so, the court may suspend the process of execution on the collateral until the matter is resolved. However, if the pledgor or debtor does not challenge the execution within the prescribed time limit, the pledgee has the right to realize the collateral on behalf of the pledgor. This means that the pledgee may sell or dispose of the collateral in order to recover the amount owed to

them. In the case of immovable property, the pledgee submits the necessary documentation to the state cadastre to demonstrate that the pledgor was notified. Upon receipt of this application, the transfer of rights to the collateral is registered.

Within the last couple of decades, Armenian legislation on pledge has been actively reformed. This trend is seen in nearly all newly independent Central and Eastern European countries.¹¹ The purpose is obvious: to create clear, internally consistent law, which fits logically into the general legal system, is just and is ready for use along with a set of legal institutions that make it functional.¹²

3. Practice regarding the non-judicial procedure of foreclosure of collateral

The Constitutional Court of the Republic of Armenia discussed the conformity of a non-judicial procedure for confiscating pledged property with the country's constitution in 2016.¹³ The Court raised the question of whether the procedure aligns with the right to property protected by the Constitution. The Court determined that the procedure is consistent with the Constitution with regards to the expression of the owner's will and consent in legal relations related to non-judicial confiscation of pledged property. The Court's findings were based on the following:

- By signing the pledge agreement, the pledgor consents to the possible termination of their right of ownership of the pledged property in the case of non-fulfilment or improper fulfilment of the obligation secured by the pledge.
- The pledgor consents to the possibility of non-judicial confiscation of the property in the case of non-fulfilment or improper fulfilment of the obligation secured by the pledge.
- Before non-judicial confiscation, the pledgor has the opportunity to take measures to fulfil the obligation secured by the pledge and prevent the loss of ownership of the pledged property or to challenge the legality of the non-judicial confiscation.

The Court found that the will of the owner of the pledged property is expressed through active actions in the first two situations, by signing the appropriate contract or agreement, and that this is mandatory. In the third situation, the owner's will can be expressed through a passive action by not taking any action prescribed by law

11 E.A. Summers, Recent Secured Transactions Law Reform in the Newly Independent States and Central and Eastern Europe, 'Review of Central and East European Law' 1997, vol. 23, pp. 177–203.

12 *Ibidem*, p. 202.

13 Decision of the Constitutional Court of the Republic of Armenia of 19 July 2016, No. SDO-1294, <https://www.arlis.am/DocumentView.aspx?docid=107503> (9.08.2023).

to stop the non-judicial seizure upon learning about it. Based on these findings, the Court declared that the non-judicial procedure for levying execution on pledged property is in line with the Constitution. In addition to making the finding, the Constitutional Court also highlighted some flaws in the legislation and implementation procedures related to the notification process and the debtor's rights to challenge the lawfulness of the execution. These concerns were duly noted and, in response, corresponding amendments were made to the Civil Code in 2019 to address them.

Until the end of 2022, the non-judicial procedure for the execution of the pledge was a highly useful tool that was widely used by entrepreneurs. This procedure allowed them to effectively enforce the execution of obligations or to receive compensation for damages in the event of non-execution. The popularity of this procedure can be attributed to its efficiency, its ease of use and the benefits it offered to entrepreneurs. Overall, the amendments made to the Civil Code in response to the Constitutional Court's findings have helped to improve the efficiency and effectiveness of the non-judicial procedure for the execution of the pledge. This has been a positive development for entrepreneurs, who have continued to rely on this tool as a means of protecting their rights and interests.

As can be seen, the primary guarantee for the pledgor and debtor to defend their rights is notification of non-judicial execution of the pledge. The Civil Code of the Republic of Armenia indicates three procedures for notification that must be applied successively – the next one is applied if the prior procedure is not applicable:

1. If a corresponding law provides a mandatory notification procedure, the party must be notified only through the indicated procedure.
2. If no mandatory notification procedures and conditions are provided by law, parties may agree, in a contract, on a procedure for notifying each other.
3. If no mandatory notification procedures and conditions are prescribed by law or a contract, a notification shall be considered proper where it has been made through a registered letter accompanied by a delivery notice or by handing it over in person.

The Civil Code also prescribes the public notice procedure through electronic means of communication, using the public system of notifications. However, due to problems with the implementation of the e-governance system in Armenia, this procedure is not applied to notifications of execution of pledges.

In late 2022, the Constitutional Court reviewed the constitutionality of the notification procedure in a specific case. The background of the case is that the pledgee had the authority to execute the collateral without seeking court approval. The pledgee exercised this right, notified the pledgor and then requested the state cadastre to register the transfer of the rights to the collateral after a two-month period had elapsed. The pledgor filed a claim in the Administrative Court, arguing that the state

cadastre did not inform him about the transfer of the rights to the collateral. He contended that the state cadastre was obligated to initiate an administrative procedure and allow the pledgor to participate in this process. The Administrative Court, the Court of Administrative Appeals and the Court of Cassation all heard the case. The Court of Cassation ultimately ruled that the postal delivery receipt or the pledgor's signature on the delivery receipt serves as evidence of the notice's delivery to the pledgor, according to the law.¹⁴ The Court of Cassation emphasized that the cadastre, as an authorized entity, performs state registration of property rights and limitations as a result of administrative proceedings launched on the basis of the relevant application, and it registers the right if there are no barriers. The administrative agency has no legislative procedure for examining and evaluating the confiscation notice's content. Based on this finding, the Court of Cassation determined that the transfer of rights could be executed if the postal notification is presented to the state cadastre.

The pledgor then brought the case to the Constitutional Court of the Republic of Armenia, and in November 2022 the Court delivered its decision.¹⁵ The Court stated that in the context of notifying a mortgagor about non-judicial seizure of pledged property, protection of the right to ownership is closely linked to the right to judicial protection. This means that guaranteeing the right to judicial protection involves assessing the accessibility of justice and the legal conditions for appealing to the Court. The Constitutional Court emphasized that ensuring a person's right to appeal to the Court is a priority prerequisite for the judicial protection of constitutional rights and freedoms. The Constitutional Court noted that the legislature has provided certain guarantees for accessing information about the non-judicial foreclosure process, which are necessary for the effective exercise of rights. Although the possibility of non-judicial foreclosure has been established, the legislature has also ensured that the pledgee's clear voluntariness regarding the confiscation of the pledged property is expressed in the confiscation notification. As a result, the Constitutional Court stated that in order to register the transfer of ownership, a document confirming the delivery of the confiscation notification, expressing the pledgee's clear voluntariness regarding the non-judicial confiscation of the pledged property, must be submitted to the state cadastre.

This decision by the Constitutional Court mandated that the state cadastre examine not only the postal receipt but also the content of the notification. This decision has raised concerns about the ability of pledgees to prove that they have notified pledgors, especially given the limitations of the Armenian e-government system and postal service, which do not provide clear means to state the content of the sent letter.

14 Decision of the Court of Cassation of the Republic of Armenia of 24 June 2022, No. VD/7078/05/18, <https://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=170697> (9.08.2023).

15 Decision of the Constitutional Court of the Republic of Armenia of 15 November 2022, No. SDO-1668, <https://www.arlis.am/documentview.aspx?docid=170744> (9.08.2023).

As a result, pledgees may find it quite challenging to provide convincing evidence to the state cadastre that the pledgor was indeed notified. Furthermore, the criterion of 'clear voluntariness' is ambiguous and open to interpretation. This ambiguity creates a wide scope for the state cadastre to reject requests to register the transfer of the right to the property. The lack of clarity in the interpretation of this criterion puts the pledgees at risk of having their rights infringed upon.

Conclusions

After regaining its independence, the Republic of Armenia tried to develop its market economy; one of the hardest tasks here is to balance private and public interests. Armenia must solve the same issues as the other former republics of the USSR and the Eastern bloc, as these countries have confronted questions of how to implement a regulatory structure that enables the maximum amount of trading and the most economically efficient allocation of capital in the shortest time.¹⁶

At first the Constitutional Court had a very liberal approach, basically allowing non-judicial procedure for the execution of the pledge without any restriction. But the latest development shows that the Court is leaning more towards the protection of the debtor, trying to find the right balance between private and public interests. Although there is currently no statistical data to determine whether the Court's most recent decision has hindered the rights of pledgees, the absence of modern and efficient procedures of notification poses a significant obstacle to the implementation of the constitutional rights of entrepreneurs.

Many countries have directly or indirectly accepted the principle of freedom of contract as a constitutionally rebuttable presumption.¹⁷ But sometimes the state decides to narrow the freedom of contract to protect the weaker side. In cases where the regulation is not consistent, does not consider the whole legal environment and is not calculated correctly, the goal to protect the rights of the weaker side – the debtor – can bring the paralysis of the whole regulation, i.e. the institute of real security. In our case, the state should have reformed the notification system prior to implementing new requirements for the registration of the transfer of the right to the property.

16 C.R. Taylor, *Capital Market Development in the Emerging Markets: Time to Teach an Old Dog Some New Tricks*, *American Journal of Comparative Law* 1997, vol. 45, no. 1, p. 72.

17 A.G. Karapetov, *Economic Analysis of Law*, Moscow 2016, p. 290; J. Basedow, *Freedom of Contract in the European Union*, *European Review of Private Law* 2008, vol. 6, pp. 902–923.

REFERENCES

- Basedow J., Freedom of Contract in the European Union, 'European Review of Private Law' 2008, vol. 6, pp. 902–923.
- Gsovski V., Soviet Civil Law: Private Rights and Their Background under the Soviet Regime, vol. 2, Michigan 1949.
- Karapetov A.G., Economic Analysis of Law, Moscow 2016.
- Malfliet K., La propriété c'est le vol: Property Is Theft Revisited. Private and Civil Law in the Russian Federation, Leiden 2009.
- Mousourakis G., Fundamentals of Roman Private Law, Berlin/Heidelberg 2012.
- Sadikov O.N. (ed.), Soviet Civil Law, London 1988.
- Summers E.A., Recent Secured Transactions Law Reform in the Newly Independent States and Central and Eastern Europe, 'Review of Central and East European Law' 1997, vol. 23, pp. 177–203.
- Taylor C.R., Capital Market Development in the Emerging Markets: Time to Teach an Old Dog Some New Tricks, 'American Journal of Comparative Law' 1997, vol. 45, no. 1.

GLOSA

Konrad Zacharzewski

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie, Polska

kancelaria@zacharzewski.pl

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9850-6020>

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2022 roku, III CZP 78/22, OSNC 2022, nr 9, poz. 81

Gloss to the Judgment of the Supreme Court of 12 January 2022, III CZP 78/22

Abstract: The judgment of the Supreme Court commented on here was devoted to the limitation of claims. One of the members of the partnership (the general partner) violated the non-competition clause and caused damage to the partnership. Another member (the limited partner) sued him for compensation for this damage. The Supreme Court adopted a resolution specifying the beginning of the limitation period for a claim to redress the damage caused. The legal assessment of the Supreme Court is correct. If the violation of the prohibition of competition consists in repeated behaviour, the claims of a partner provided for shall expire after six months from the date when all other partners became aware of the violation, but not later than after three years, counted separately for each behaviour.

Keywords: breach of the non-competition clause, liability for damages of a limited partner, limitation of claims

Słowa kluczowe: naruszenie zakazu konkurencji, odpowiedzialność za szkody komandytariusza, przedawnienie roszczeń

Teza uchwały

Jeżeli naruszenie zakazu konkurencji, o którym mowa w art. 56 § 2 k.s.h., polega na podjęciu dających się zindywidualizować, powtarzających się zachowań, roszczenia współnika przewidziane w art. 57 § 1 k.s.h. przedawniają się z upływem sześciu miesięcy od dnia, gdy wszyscy pozostali współnicy dowiedzieli się o naruszeniu zakazu, nie później jednak niż z upływem trzech lat (art. 57 § 2 k.s.h.), liczonych odrębnie w stosunku do każdego zachowania.

I.

Na pierwszy rzut oka ocenę prawną przedawnienia roszczeń odszkodowawczych można uznać za rozłożoną na czynniki pierwsze. Trudno natrafić na problem zastanawiający. Relatywnie czytelne regulacje prawne kształtują porządek normatywny także w zakresie początku biegu terminu przedawnienia. Podstawowymi wyznacznikami są oczywiście przepisy art. 120 § 1 k.c.¹ o znaczeniu ogólnym oraz art. 442¹ § 1 k.c. w zakresie roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym. Literatura i orzecznictwo obfitują w opracowania i wypowiedzi poświęcone początkowi biegu terminu przedawnienia. Ta bogata spuścizna promieniuje też na obszar prawa spółek handlowych.

Regulacja przedawnienia roszczeń oraz początku biegu przedawnienia roszczeń w kodeksie spółek handlowych może być – w przeważającej mierze – uznawana za konwencjonalną, o ile poszczególne unormowania dublują ogólne rozwiązania przewidziane w kodeksie cywilnym. Do przepisów art. 120 § 1 k.c. oraz art. 442¹ § 1 k.c. nawiązują, między innymi, rozwiązania dotyczące przedawnienia roszczenia o spełnienie świadczenia należnego spółce (art. 186 § 2 k.s.h.²), przedawnienia roszczenia o zwrot nienależnej dywidendy (art. 198 § 4 k.s.h.; podobnie w art. 300²² § 4 k.s.h. oraz w art. 350 § 2 k.s.h.), przedawnienia roszczenia o naprawienie szkody wyrządzonej spółce (art. 297 k.s.h.; podobnie w art. 300¹³⁰ k.s.h. oraz w art. 488 k.s.h.), przedawnienia roszczenia o zwrot pokrytego niedoboru (art. 331² § 3 k.s.h.), przedawnienia roszczenia o naprawienie szkody przy połączeniu (art. 526 § 3 k.s.h.), przedawnienia roszczenia o naprawienie szkody przy podziale (art. 548 § 2 k.s.h.) czy też przedawnienia roszczenia o naprawienie szkody przy przekształceniu (art. 568 § 3 k.s.h.).

We wszystkich powyższych przypadkach liczenie początku biegu terminu przedawnienia jest stosunkowo proste – o rozpoczęciu biegu terminu decyduje bowiem zdarzenie jednorazowe. Jest nim, między innymi, zgłoszenie spółce zbycia udziału (art. 186 § 2 k.s.h.), wypłata nienależnego świadczenia (art. 198 § 4 k.s.h., art. 300²² § 4 k.s.h., art. 350 § 2 k.s.h.), powzięcie wiedzy o szkodzie i osobie obowiązanej do jej naprawienia (art. 297 k.s.h., art. 300¹³⁰ k.s.h., art. 488 k.s.h.), pokrycie niedoboru (art. 331² § 3 k.s.h.), ogłoszenie o połączeniu (art. 526 § 3 k.s.h.), ogłoszenie o podziale (art. 548 § 2 k.s.h.) czy też ogłoszenie o przekształceniu (art. 568 § 3 k.s.h.).

Natomiast niespotykane rozwiązanie zostało przewidziane dla określenia początku biegu terminu przedawnienia roszczenia o wydanie spółce jawnej korzyści, jakie osiągnął wspólnik naruszający zakaz konkurencji lub o naprawienie szkody wyrządzonej spółce. Bieg przedawnienia terminu *a scientiae* rozpoczyna się od powzięcia wiedzy przez ostatnią spośród kilku osób. Dlatego przepis art. 57 § 2 k.s.h. jest ciekawy sam w sobie z systemowego punktu widzenia. Jego wykładnia jest zaś donio-

1 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.).

2 Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 1467 ze zm.).

sła nie tylko z punktu widzenia systemowego, ale także praktycznego. Nie może więc budzić negatywnych skojarzeń wydanie przez Sąd Apelacyjny rozpoznający sprawę postanowienia w przedmiocie przedstawienia Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego na tle tego *par excellence* wyjątkowego unormowania.

Z tego powodu głosowaną uchwałę SN można bez cienia wątpliwości uznać za istotny wkład do wykładni przepisów o przedawnieniu roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej przez jednego ze współników spółki osobowej. Waga uchwały jest trudna do przecenienia bez względu na to, czy spółka osobowa została zawiązana na zasadach *stricte* komercyjnych, z zepchnięciem na plan dalszy wątku osobisto-osobowego (do czego przystosowana jest spółka komandytowa), czy też jest to spółka rodzinna. Dwadzieścia jeden lat obowiązywania przepisów kodeksu spółek handlowych nie wystarcza – jak się okazuje – do odcięcia kuponów i obwieszczenia, że w praktyce funkcjonowania spółek osobowych wydarzyło się już wszystko – wyłonił się każdy problem prawny i został on prawidłowo zinterpretowany oraz efektywnie rozwiązany.

II.

Kanwę uchwały podjętej przez Sąd Najwyższy stanowił relatywnie czytelny stan faktyczny. Oto bowiem spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – spółka komandytowa (spółka A) prowadziła działalność gospodarczą w zakresie organizacji imprez targowych. Organizowała targi w latach 2009–2011. Natomiast w latach 2012–2014 pomysł podchwycił i realizował komplementariusz tej spółki (spółka B). Komplementariusz dopuścił się tym samym naruszenia zakazu konkurencji, podejmując działalność sprzeczną z interesami spółki w rozumieniu art. 56 § 1 k.s.h. Komplementariusza (spółkę B) pozwał komandytariusz (spółka C). Na podstawie przepisu art. 57 § 1 k.s.h. został wytoczony proces. Komandytariusz (spółka C) pozwał komplementariusza (spółkę B) o zapłatę odszkodowania dla spółki macierzystej (spółki A).

Jak można przypuszczać, pozwana podniosła w procesie zarzut przedawnienia. Problem prawny skoncentrował się zaś na kwestii początku biegu terminu przedawnienia roszczenia. W świetle przepisu art. 57 § 2 k.s.h. roszczenia o wydanie spółce korzyści, jakie osiągnął współnik naruszający zakaz konkurencji, lub o naprawienie wyrządzonej jej szkody przedawniają się z upływem sześciu miesięcy od dnia, gdy wszyscy pozostali współnicy dowiedzieli się o naruszeniu zakazu, nie później jednak niż z upływem trzech lat.

Na tym tle Sąd Apelacyjny – Sąd II instancji – przedstawił Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia. Zostało ono sformułowane w brzmieniu następującym: „czy w przypadku, w którym naruszenie zakazu konkurencji, o którym jest mowa w art. 56 § 2 k.s.h., polega na podjęciu powtarzających się zachowań, roszczenia współnika przewidziane w art. 57 § 1 k.s.h. przedawniają się bezwzględnie z upływem sześciu miesięcy od dnia, gdy wszyscy pozostali współnicy dowiedzieli się

o naruszeniu zakazu konkurencji (art. 57 § 2 k.s.h.), także w odniesieniu do zachowań, które miały miejsce w okresie późniejszym?”

III.

Glosa jako forma wypowiedzi naukowej wymaga odniesienia się do trafności sądowego rozstrzygnięcia. Pozwala jednak nie tylko na jego konstruktywne skomentowanie (aprobatyczne albo krytyczne), ale także na jego rozwinięcie w zakresie sentencji oraz uzasadnienia. Idąc tym tropem, można zarysować konwencję wypowiedzi glosatorskiej, rozpoczynając od sformułowania tradycyjnie oczekiwanego od glosatora stanowiska na temat sentencji. Czyniąc zadość temu postulatowi, trzeba powiedzieć, że podjęta przez SN uchwała jest wartościowa z kilku punktów widzenia.

Po pierwsze, uchwała jest trafna. Sąd Najwyższy dokonał w istocie rozszerzającej wykładni przepisu art. 57 § 2 k.s.h. Podstawowe znaczenie prowadzące do tego rezultatu odegrała wykładnia językowo-logiczna, z posiłkowym wykorzystaniem argumentacji systemowej. Sąd Najwyższy dopowiedział to, czego nie wypowiedział ustawodawca. Sentencja uchwały wpisuje się w nurt dyskusji na temat przedawnienia roszczeń o naprawienie szkody wynikających z naruszeń podobnych pod względem *modus operandi* i z tego względu uprawniających do wykorzystania analogii. Dlatego argumentacja Sądu Najwyższego może zostać uznana za szczelną logicznie. Należy zgodzić się ze stwierdzeniem, że każde wyizolowane w konkretnym stanie faktycznym roszczenie o naprawienie szkody jest samodzielne pod względem prawnym i że każde tak wyizolowane roszczenie podlega odrębnemu reżimowi przedawnienia roszczeń. Początek biegu przedawnienia liczy się odrębnie w stosunku do każdego zachowania, jeżeli naruszenie zakazu konkurencji polega na podjęciu dających się zindywidualizować powtarzających się zachowań. Naruszenie zakazu konkurencji może bowiem polegać na zachowaniu jednorazowym (zorganizowanie jednej imprezy targowej) albo na sekwencji powtarzających się zachowań o jednakowej charakterystyce faktycznej (zorganizowanie kilku imprez targowych). Jeżeli każde jednostkowe zachowanie jest przejawem naruszenia zakazu konkurencji i jednocześnie stanowi źródło szkody, to roszczenie o naprawienie każdej jednostkowej szkody przedawnia się niezależnie od przedawnienia roszczenia o naprawienie innych szkód – wyrządzonych wcześniej albo później.

Po drugie, uchwała wyjaśnia wątpliwości – wątpliwości dotyczące przede wszystkim struktury zdarzenia bezprawnego pod względem faktycznym. Zdarzenie prawne jednorazowe (np. niewykonanie zobowiązania pieniężnego) na ogół wzbudza wymagalność roszczenia i uruchamia bieg przedawnienia roszczenia. Natomiast zdarzenia prawne rozciągnięte w czasie cechuje trudność uchwycenia momentu początkowego biegu przedawnienia ze względu na trudno uchwytnie ustalenie punktu czasowego nadejścia wymagalności. Jednoznacznie brzmiący przepis art. 120 § 1 k.c. przewiduje, że bieg przedawnienia rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stało się wymagalne, ale nie daje normatywnych podstaw do ustalenia początku biegu ter-

minu przedawnienia w sytuacji, gdy roszczenie może formować się jako rezultat więcej niż jednego elementu stanu faktycznego w postaci więcej niż jednego zachowania. Sąd Najwyższy podjął trud odróżnienia zdarzeń prawnych jednorazowych, czynów ciągłych (nawiązując do spuścizny prawa karnego) oraz serii identycznych zdarzeń powtarzających się dzień po dniu. I wywiódł z tego rozróżnienia prawidłowe konsekwencje *in concerto*. Wyjaśnione zostały dwie istotne wątpliwości, mianowicie jak struktura zdarzenia prawnego wpływa na początek biegu terminu przedawnienia oraz od którego momentu liczyć wymagalność roszczenia o naprawienie szkody wówczas, gdy zdarzenie prawne nie jest zdarzeniem jednorazowym.

Po trzecie, uchwała jest istotna dla praktyki. Trafność rozstrzygnięcia idąca w parze z wyjaśnieniem wątpliwości przekłada się na ugruntowanie przekonania na temat normatywnej struktury naruszenia zakazu konkurencji przez współników spółki osobowej. Takie zachowania częstokroć są rozciągnięte w czasie. Waga praktyczna podjętej uchwały polega głównie na tym, że Sąd Najwyższy jednoznacznie określił skutki takiego negatywnego zachowania w sytuacji, gdy nie ma ono charakteru jednorazowego. Działalność sprzeczna z interesami spółki została przez ustawodawcę uformowana jako delikt i jest źródłem negatywnych konsekwencji dla niełojalnego współnika, których nie może on uniknąć, podnosząc zarzut upływu najkrótszego w polskim prawie prywatnym sześciomiesięcznego terminu przedawnienia. Legitymowani czynnie pozostali współnicy mogą – dzięki uchwale – mieć pewność co do czasowych granic dochodzenia przysługujących spółce praw podmiotowych. Nie mogą jednak „hodować szkody”, odczekując na upływ czasu liczony od innego niż pierwsze zdarzenia bezprawnego i jednocześnie licząc się z tym, że późniejsze wystąpienie z roszczeniem odszkodowawczym przeciwko współnikowi naruszającemu zakaz konkurencji nie wpłynie negatywnie na możliwość dochodzenia roszczenia, które powstało wcześniej, ale już po upływie terminu przedawnienia. Skoro każde zdarzenie z cyklu zdarzeń jest źródłem samodzielnego roszczenia, to każde z nich przedawnia się sukcesywnie po upływie właściwego sobie terminu. Legitymowani czynnie współnicy nie mogą więc oczekiwać z korzystnym dla siebie skutkiem na skumulowanie roszczeń wynikających z więcej niż jednego zdarzenia cyklicznego. Pod tym względem znaczenie praktyczne podjętej przez Sąd Najwyższy uchwały wyjaśniają wywody – trafne – dotyczące znaczenia terminów przedawnienia roszczeń jako instytucji prawnej usuwającej niepewność stanów prawnych, a zatem przekładających się pozytywnie na zjawisko tzw. bezpieczeństwa obrotu ze względu na funkcję stabilizującą³.

Po czwarte, uchwała jest istotna dla teorii. Dzięki gruntownemu uzasadnieniu podjętego rozstrzygnięcia wywody zostały osadzone w szerszym kontekście normatywnym. Szerszym, ale nie nadmiernie szerokim, ponieważ regulacja prawna

3 Szerzej L. Jantowski, (w:) M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, WKP 2022, LEX.

przedawnienia przysługujących wspólnikowi spółki jawnej roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej spółce naruszeniem zakazu konkurencji przez jednego ze wspólników nie ma – jak się okazuje – wielu regulacji do siebie podobnych. Sąd Najwyższy zestawiał analizowaną instytucję prawną z innymi wypowiedziami judykatury i doktryny – trzeba dodać nielicznymi i w przewadze niedochodzącymi do istoty problemu prawnego poddanego temu konkretnemu rozstrzygnięciu. Dlatego uzasadnienie uchwały jest nie tylko gruntowne, ale także syntetyczne. Sąd Najwyższy nawiązał do najważniejszych wątków dyskursu prawniczego w sprawie początku biegu przedawnienia roszczeń wynikających z naruszenia zakazu konkurencji, które jako źródło szkody mają charakter zdarzeń niejednorazowych. Uzasadnienie uchwały jest więc w istocie sumarycznym zestawieniem argumentów w sprawie jednego z węższych zagadnień prawa prywatnego na styku regulacji kodeksu cywilnego oraz kodeksu spółek handlowych. Zamyka więc właściwie dyskusję i z pewnością będzie stanowiło na przyszłość trwałe punkt odniesienia dla judykatury nie tylko w sprawach na tle stosowania przepisu art. 57 § 2 k.s.h., ale także tam, gdzie pojawi się problem oceny zdarzenia niejednorazowego jako zdarzenia inicjującego bieg przedawnienia.

IV.

Libretto głosowanej uchwały jest źródłem inspiracji nie tylko ze względu na wagę oraz trafność rozstrzygnięcia, ale także dlatego, że SN pozostawił przestrzeń dla poszerzenia wyводу w kilku kierunkach. Wynika to z faktu związania postawionym pytaniem prawnym. Dlatego poza zakresem ujętych w formie uchwały wyjaśnień zagadnienia prawnego pozostały kwestie, do których SN się nie odniósł, ale do których można się odnieść, korzystając z przywilejów glosatora.

Należą do nich dwa wybrane zagadnienia (choć można byłoby wytypować ich więcej): wpływ struktury podmiotowej spółki na ustalenie początku biegu terminu przedawnienia, a także kwestia szkody i jej wysokości.

V.

Po pierwsze, Sąd Najwyższy – związany pytaniem postawionym przez Sąd II instancji – dokonał tylko częściowej wykładni przepisu art. 57 § 2 k.s.h. Odniósł się bowiem tylko do struktury działania sprawcy szkody, a w ramach tego do wpływu struktury działania bezprawnego na rozpoczęcie biegu terminu przedawnienia. Nie odniósł się zaś do podmiotowej struktury spółki komandytowej i wynikających stąd konsekwencji dla rozpoczęcia biegu terminu przedawnienia. W świetle przepisu art. 57 § 2 k.s.h. bieg sześciomiesięcznego terminu przedawnienia rozpoczyna się od dnia, „gdy wszyscy pozostali wspólnicy dowiedzieli się” o naruszeniu zakazu konkurencji.

Uzasadnienie głosowanej uchwały nie daje podstaw do ustalenia kompletnego składu osobowego pozwanej spółki komandytowej z udziałem sp. z o.o. jako kom-

plementariusza. Wiadomo tylko tyle, że komplementariusza (spółkę B) pozwał komandytariusz (spółka C), ale nie wiadomo, czy był to jedyny komandytariusz, czy też jeden spośród kilku komandytariuszy. Nie wiadomo też, czy pozwany komplementariusz był jedynym komplementariuszem, czy jednym spośród kilku komplementariuszy.

Ustalenie podmiotowej struktury spółki komandytowej ma istotny wpływ na stosowanie przepisu art. 57 § 2 k.s.h., skoro ustawodawca posłużył się techniką zasługującą na wielokierunkową interpretację. Podstawowy problem związany z zastosowaniem przepisu art. 57 § 2 k.s.h. ma w istocie naturę dowodową. Jeżeli *in concreto* w spółce komandytowej jest łącznie więcej niż dwóch wspólników, to termin przedawnienia roszczenia o wydanie korzyści albo o naprawienie szkody wg art. 57 § 1 k.c. rozpoczyna swój bieg od momentu powzięcia wiedzy o szkodzie i osobie obowiązanej do jej naprawienia przez ostatniego spośród wszystkich wspólników⁴ bez względu na status prawny tego ostatniego wspólnika jako komplementariusza albo komandytariusza.

W praktyce pozyskanie wiedzy o naruszeniu zakazu konkurencji może wiązać się z komplikacjami dowodowymi wówczas, gdy sprawca naruszenia nie ujawnia pozostałym wspólnikom faktu rozpoczęcia aktywności na szkodę macierzystej spółki, albo wówczas, gdy kilku wspólników spółki komandytowej nawiązuje bezprawne współdziałanie (w dowolnej konfiguracji podmiotowej) bez wiedzy pozostałych wspólników. Działanie w warunkach podstępny jest w praktyce zasadą przy rozwijaniu działalności konkurencyjnej ze szkodą dla innego. Dlatego decydujący dla oceny początku biegu przedawnienia roszczenia przeciwko sprawcy (sprawcom) naruszenia stan wiedzy ostatniego wspólnika jest niezwykle trudny do wykazania. Jeżeli wykazany nie zostanie, to sześciomiesięczny termin przedawnienia roszczenia – jako *terminus a tempore scientiae* – nie rozpoczyna swojego biegu. Wówczas reżim przedawnienia zostanie zdeterminowany przez upływ trzyletniego terminu liczonego *a tempore facti*.

Warto zwrócić uwagę na finezję tego splotu zagadnień. Jak wiadomo, na skutek upływu terminu przedawnienia dochodzi wyłącznie do przedawnienia roszczenia zapoczątkowanego indywidualnym naruszeniem, a kolejne naruszenia należy z punktu widzenia biegu przedawnienia oceniać osobno. Dlatego dywergencje, związane z przesłanką decydującą o rozpoczęciu biegu sześciomiesięcznego terminu przedawnienia – czyli z przesłanką powzięcia przez wszystkich wspólników wiedzy o naruszeniu zakazu konkurencji – można określić jako fundamentalne. Każdy ze wspólników może przecież tę wiedzę powziąć w różnym czasie, a sama struktura faktyczna naruszenia nie jest przecież – jak to wywodził Sąd Najwyższy – jednolita. Ponadto niektórzy wspólnicy mogą w ogóle nie powziąć wiedzy o wszystkich jed-

4 Por. K. Kopaczyńska-Pieczniak, (w:) A. Kidyba (red.), Kodeks spółek handlowych, tom I, Komentarz do art. 1–150, WKP 2017, LEX.

nostkowych naruszeniach. I wówczas krótszy termin sześciomiesięczny mógłby nie rozpocząć swojego biegu, a po upływie dłuższego terminu trzyletniego roszczenie uległoby przedawnieniu pomimo nieuformowania się zdarzenia prawnego inicjującego bieg terminu krótszego – który wymaga kumulatywnej egzystencji dwóch przesłanek: ostatecznego uformowania się zdarzenia bezprawnego oraz powzięcia wiedzy o zdarzeniu bezprawnym przez ostatniego współnika. Taki rozkład akcentów jest niekorzystny dla poszkodowanej spółki oraz legitymowanych czynnie współników, chociaż trzeba przyznać, że właśnie na tym polega porządkująca funkcja przedawnienia.

To z kolei jest podstawą sformułowania wniosków odnoszących się do konsekwencji praktycznych w zakresie postępowania dowodowego. Jeżeli bowiem założymy, że pozwany – czyli współnik dopuszczający się naruszenia zakazu konkurencji – będzie zainteresowany wpływem krótszego terminu przedawnienia, to właśnie jemu będzie zależało na tym, żeby w procesie – wobec wyjścia na jaw wątpliwości faktycznych decydujących o zastosowaniu przepisu art. 57 § 2 k.s.h. – udowodnić rozpoczęcie biegu krótszego terminu przedawnienia. Pozwany powinien zatem dążyć do udowodnienia stanu wiedzy wszystkich współników o naruszeniu, którego sam się dopuścił. W takiej sytuacji pozwany działa więc w procesie na swoją niekorzyść, skoro aby wykazać zdarzenie początkujące bieg terminu przedawnienia, musi przyznać się do wyrządzenia szkody.

Jest to w sumie sytuacja paradoksalna, ponieważ w procedurze cywilnej nie są znane środki dowodowe pozwalające na przeprowadzenie dowodu na fakt wiedzy określonej osoby o jakimś zdarzeniu (nie licząc złożenia zeznań po odebraniu przyrzeczenia wg art. 286 k.p.c.⁵), jeżeli osoba, która powinna dany zasób wiedzy posiadać, prosto zaprzecza, a nie zachowały się dokumenty świadczące o jej stanie wiedzy, a świadkowie faktu wiedzy nie potwierdzą.

Przedstawione zagadnienie nawiązuje więc do ciekawego problemu teoretycznego – dowodu na fakt stanu wiedzy oraz ciężaru dowodu stanu wiedzy. W procesie cywilnym dużo łatwiej udowodnić stan własnej wiedzy, niż udowodnić stan wiedzy innej osoby. Osiągnięcie tego pierwszego celu może opierać się na prostym oświadczeniu (*in concreto*: wiem, że pozwany zorganizował targi). Osiągnięcie tego drugiego celu musiałoby opierać się na dowodach z dokumentów, dowodach z zeznań świadków albo na przyznaniu faktu przez legitymowanego czynnie, który mógłby faktu nie przyznać, skoro nie ma obowiązku działania na swoją niekorzyść.

Cezurą krańcową wzbudzenia biegu sześciomiesięcznego terminu przedawnienia jest oczywiście upływ terminu dwóch i pół roku minus jeden dzień, liczonego od daty naruszenia przez współnika zakazu konkurencji – z zastrzeżeniem wyeksponowanym przez SN w tezie głosowanej uchwały, że dla każdego zindywidualizowanego naruszenia spośród kilku zindywidualizowanych naruszeń cyklicznych termin prze-

5 Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.).

dawnienia biegnie odrębnie, skoro każde zindywidualizowane naruszenie jest źródłem odrębnego roszczenia o naprawienie szkody wyrządzonej spółce.

Zupełnie osobnym problemem jest tutaj niedopowiedzenie – jak należy przyjąć – ustawodawcy, który nie wskazał początkowego zdarzenia inicjującego bieg trzyletniego terminu przedawnienia. Tylko dzięki życzliwej wykładni można przyjąć, że zdarzeniem tym jest naruszenie zakazu konkurencji przez jednego ze wspólników spółki jawnej, z którego wyniknęła szkoda, ponieważ wówczas powstaje dochodzone roszczenie o jej naprawienie⁶. Literalna wykładnia wskazuje na co innego – termin trzyletni rozpoczyna swój bieg, licząc „od dnia, gdy wszyscy pozostali wspólnicy dowiedzieli się o naruszeniu zakazu”. Ten niecodzienny wniosek wynika wprost z brzmienia przepisu, którego znaczenie normatywne jest odtwarzane za pomocą aparatury językowo-logicznej, a jak wiadomo, wykładnia przepisów o przedawnieniu roszczeń za pomocą bardziej zaawansowanych metod wykładni (np. funkcjonalnej, systemowej, teleologicznej) nie może wchodzić w rachubę jako zasada.

VI.

Po drugie, na tle glosowanego judykatu rodzi się pokusa nawiązania do pominiętego przez SN wątku szkody oraz jej wysokości. Nie chodzi tutaj bynajmniej wyłącznie o znany problem szkody pośredniej wspólnika, który także na tle niniejszej sprawy mógłby zostać rozwinięty ze względu na realia stanu faktycznego. Macierzysta spółka nie osiągnęła bowiem korzyści, a zatem wspólnikom przypadł do podziału zysk o mniejszej wysokości. Klasyczne pytanie, czy wspólnikom legitymowanym czynnie w zakresie dochodzenia roszczeń na naprawienie szkody wyrządzonej spółce przysługuje samodzielne roszczenie przeciwko sprawcy szkody, oczywiście można byłoby rozważyć – dochodząc do równie klasycznego dylematu zero-jedynkowego rozstrzygnięcia tej kwestii⁷. Osobiście przychyliam się do poglądu optującego

6 Tak również A. Kidyba, (w:) A. Kidyba, M. Dumkiewicz, Komentarz aktualizowany do art. 1–300 Kodeksu spółek handlowych, LEX/el.2022; M. Dumkiewicz, Kodeks spółek handlowych. Komentarz, WKP 2020, LEX; M. Rodzyńkiewicz, Kodeks spółek handlowych. Komentarz, wyd. VII, WKP 2018, LEX; D. Wajda, Glosa do wyroku SN z dnia 20 sierpnia 2015 r., II CSK 505/14, Glosa 2018 nr 1, s. 29.

7 Szerzej zob. E. Bagińska, Tendencje rozwojowe odpowiedzialności deliktowej w Europie w końcu XX i początkach XXI wieku, (w:) M. Nesterowicz (red.), Czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym. Materiały IV Ogólnopolskiego Zjazdu Cywiliściów, Toruń 24–25 czerwca 2011 r., Warszawa 2012, s. 70; A. Chłopecki, Szkoda poniesiona przez spółkę akcyjną a szkoda poniesiona przez akcjonariusza w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych i kodeksu cywilnego, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 5, s. 11; M. Hotel, Kierunek zmiany kursu instrumentów finansowych a definicja informacji poufnej w dyrektywie MAD, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 1, s. 17; M. Hotel, Naruszenie prawnie uzasadnionych interesów emitenta jako przesłanka opóźnienia podania do wiadomości publicznej informacji poufnych, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017 nr 3, s. 19; M. Kaliński, Szkoda poniesiona przez spółkę akcyjną a szkoda poniesiona przez akcjonariusza w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych i kodeksu cywilnego – polemika, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 9, s. 52; M. Olechow-

na korzyść lojalnych wspólników dotkniętych skutkami niełojalnej aktywności innego wspólnika. Szkada poniesiona przez spółkę jest szkodą w majątku wspólnika i ma postać *damnum emergens*, a po spełnieniu dodatkowych warunków faktycznych może mieć też dodatkowo postać *lucrum cessans* i sumuje się z *damnum emergens*. Ten wątek nie zostanie jednak bardziej rozwinięty⁸.

Rzecz bowiem w tym, że struktura uszczerbku w majątku poszkodowanej spółki może być inna niż struktura uszczerbku w majątku poszkodowanego wspólnika. Skoro każdemu poszkodowanemu przysługują samodzielne roszczenia – co potwierdził SN w skali jednostkowych roszczeń poszkodowanej spółki – to podlegają one odrębnemu reżimowi prawnemu.

Szkoda jednego ze wspólników, wynikająca z naruszenia przez innego wspólnika zakazu konkurencji, może opiewać na inną wysokość (np. większą) niż szkoda spółki, zwłaszcza w zakresie jednego z istotniejszych w obrocie gospodarczym komponentów szkody w postaci *lucrum cessans*. Przepisy k.s.h. nie wyłączają odpowiedzialności wspólnika naruszającego zakaz konkurencji na zasadach ogólnych. Komentowany przepis art. 57 § 1 k.s.h. jest podstawą stosunku obligacyjnego tylko na linii „poszkodowana spółka – wspólnik wyrządzający szkodę spółce”, a po uformowaniu się przesłanek powstania obowiązku naprawienia szkody staje się podstawą roszczenia.

Podjmując wątek struktury szkody, należy mieć na uwadze, że każde roszczenie ma swoje osobne źródło. Każda szkoda powstaje odrębnie od innej. Roszczenia są samodzielne. Mogą opiewać na różne wysokości. Szkoda może mieć różną strukturę. Poszczególne komponenty szkody sumują się. Każde roszczenie podlega odrębnemu reżimowi przedawnienia. Bieg terminu przedawnienia rozpoczyna się niezależnie dla każdego z roszczeń z osobna, a początek biegu terminu przedawnienia roszczenia wspólnika może być inny, niż to wynika z przepisu art. 57 § 2 k.s.h, ponieważ opiera się na zasadzie wynikającej z przepisu art. 442¹ § 1 k.c.

Optując na korzyść przyznania wspólnikowi poszkodowanej spółki samodzielnego roszczenia odszkodowawczego przeciwko sprawcy szkody, należy mieć na względzie także dodatkowe argumenty popierające. Jak wiadomo, wysokość szkody nie jest wartością stałą, ponieważ szkoda zmienia swoją wysokość wraz z upływem czasu. Sprawca szkody może „kreatywnie” wpływać na jej wysokość dzięki własnej aktywności. Obliczenie wysokości szkody za pomocą metody dyfe-

ski, O relacji między szkodą poniesioną przez spółkę akcyjną a szkodą poniesioną przez akcjonariusza – polemika, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 9, s. 55; M. Pełczyński, Kompensacja szkody udziałowej – szkody wspólnika uzależnionej od szkody spółki, cz. 1, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 18, s. 975 i n.; M. Pełczyński, Kompensacja szkody udziałowej – szkody wspólnika uzależnionej od szkody spółki, cz. 2, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 19, s. 1035 i n.; B. Skorek, Odpowiedzialność za szkodę pośrednią wyrządzoną wspólnikowi (akcjonariuszowi), „Przegląd Prawa Handlowego” 2017, nr 5, s. 29 i n.; D. Wycech, Prawna relewancja szkody akcjonariusza stanowiącej refleks szkody spółki akcyjnej, „Prawo Spółek” 2010, nr 5, s. 38 i n.

8 Szerzej zob. K. Zacharzewski, Szkada giełdowa i jej naprawienie, Warszawa 2021, s. 285 i n.

rencyjnej wymaga przecież m.in. obliczenia zysku. Zysk, czyli dochód, to różnica pomiędzy przychodami oraz kosztami. Dochód spółki komandytowej jest ustalany w ramach tzw. zamknięcia rocznego, czyli po zakończeniu roku obrotowego. To zaś oznacza, że przychód sprawcy szkody z bezprawnej aktywności polegającej na naruszeniu zakazu konkurencji wymaga pomniejszenia o poniesione koszty. W braku innych wskazówek bilansowaniu będą podlegały wartości z całego roku księgowego. Dla poszkodowanej spółki może okazać się to niekorzystne, ponieważ wysokość szkody będzie musiała uwzględniać koszty poniesione przez nielojalnego współnika. Natomiast dla lojalnych współników poszkodowanych przez nielojalnego współnika te wartości mogą być mniej istotne przy obliczeniach skali uszczerbku. Istotne może bowiem okazać się księgowanie kosztów, a dokładniej – na czyj rachunek zostaną zaliczone koszty uzyskania przychodów wywodzących się z zachowań stanowiących akt naruszenia zakazu konkurencji. Niektóre bezprawne przedsięwzięcia mogą bowiem okazać się zyskowe, inne mogą być źródłem straty. Glosowana uchwała pozostawia więc przestrzeń dla dalszej aktywności judykatury (tym razem w zakresie struktury szkody poniesionej przez spółkę osobową w wyniku naruszenia zakazu konkurencji przez jednego ze współników), a nie można tutaj czynić uwag krytycznych pod adresem Sądu Najwyższego, skoro nie był on zapytany o strukturę szkody, ale o wpływ struktury zdarzenia bezprawnego na określenie początku biegu terminu przedawnienia.

BIBLIOGRAFIA

- Bagińska E., Tendencje rozwojowe odpowiedzialności deliktowej w Europie w końcu XX i początkach XXI wieku, (w:) M. Nesterowicz (red.), Czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym. Materiały IV Ogólnopolskiego Zjazdu Cywiliściów, Toruń 24–25 czerwca 2011 r., Warszawa 2012.
- Chłopecki A., Szkada poniesiona przez spółkę akcyjną a szkoda poniesiona przez akcjonariusza w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych i kodeksu cywilnego, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 5.
- Dumkiewicz M., Kodeks spółek handlowych. Komentarz, WKP 2020, LEX.
- Hotel M., Kierunek zmiany kursu instrumentów finansowych a definicja informacji poufnej w dyrektywie MAD, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 1.
- Hotel M., Naruszenie prawnie uzasadnionych interesów emitenta jako przesłanka opóźnienia podania do wiadomości publicznej informacji poufnych, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 3.
- Jantowski L., (w:) M. Bałwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, WKP 2022, LEX.
- Kaliński M., Szkada poniesiona przez spółkę akcyjną a szkoda poniesiona przez akcjonariusza w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych i kodeksu cywilnego – polemika, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 9.

- Kidyba A., (w:) A. Kidyba, M. Dumkiewicz, Komentarz aktualizowany do art. 1–300 Kodeksu spółek handlowych, LEX/el.2022.
- Kopaczyńska-Pieczniak K., (w:) A. Kidyba (red.), Kodeks spółek handlowych, tom I, Komentarz do art. 1–150, WKP 2017, LEX.
- Olechowski M., O relacji między szkodą poniesioną przez spółkę akcyjną a szkodą poniesioną przez akcjonariusza – polemika, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 9.
- Pełczyński M., Kompensacja szkody udziałowej – szkody wspólnika uzależnionej od szkody spółki, cz. 1, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 18.
- Pełczyński M., Kompensacja szkody udziałowej – szkody wspólnika uzależnionej od szkody spółki, cz. 2, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 19.
- Rodzinkiewicz M., Kodeks spółek handlowych. Komentarz, wyd. VII, WKP 2018, LEX.
- Skorek B., Odpowiedzialność za szkodę pośrednią wyrządzoną wspólnikowi (akcjonariuszowi), „Przegląd Prawa Handlowego” 2017, nr 5.
- Wycech D., Prawna relewancja szkody akcjonariusza stanowiącej refleks szkody spółki akcyjnej, „Prawo Spółek” 2010, nr 5.
- Zacharzewski K., Szkada giełdowa i jej naprawienie, Warszawa 2021.

Lista recenzentów w 2023 r.

List of the Reviewers in 2023

Adamus Rafał, University of Opole, Poland
Amunategui Carlos, Pontificia Universidad Catolica de Chile, Chile
Ballesteross Pena Ana, Complutense University of Madrid, Spain
Baraggia Antonia, University of Milano, Italy
Bąbka Jarosław, University of Zielona Góra, Poland
Bączyk-Rozwadowska Kinga, Nicolaus Copernicus University in Toruń, Poland
Bilewska Katarzyna, University of Warsaw, Poland
Błachucki Mateusz, Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences, Poland
Bogdan Grzegorz, Jagiellonian University, Poland
Bogovac Jasna, University of Zagreb, Chorwacja
Boháč Radim, Charles University, Czech Republic
Bosak-Sojka Maria, University of Rzeszów, Poland
Bożek Michał, University of Silesia, Poland
Bożek Wojciech, University of Szczecin, Poland
Brandariz José A., University of A Coruna, Spain
Budyń-Kulik Magdalena, Maria Curie-Skłodowska University, Poland
Cesarz Maciej, University of Wrocław, Poland
Cyman Damian, University of Gdansk, Poland
Cyuńczyk Filip, SWPS University, Poland
Długosz Tomasz, Jagiellonian University, Poland
Dobaczewska Anna, University of Gdańsk, Poland

Dobrowolski Zbysław, Jagiellonian University, Poland
Dominik Mączyński, Adam Mickiewicz University Poznań, Poland
Drinoczi Timea, Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil
Drozdek Adam, Kracow University of Economics, Poland
Fernandez Bessa Cristina, University of A Coruna, Spain
Fiodorova Anna, University of Carlos III in Madrid, Spain
Franek Sławomir, University of Szczecin, Poland
Ganczar Małgorzata, The John Paul II Catholic University of Lublin, Poland
Giżyńska Monika, University of Warmia and Mazury, Poland
Godawa Grzegorz, The Pontifical University of John Paul II in Krakow, Poland
Golecki Mariusz, University of Lodz, Poland
Goździk Waldemar, Wrocław Medical University, Poland
Grabowska-Moroz Barbara, Central European University, Hungary
Grabowski Radosław, University of Rzeszów, Poland
Havu Katri, University of Helsinki, Finland
Hołda-Wydrzyńska Anna, University of Szczecin, Poland
Horubski Krzysztof, University of Wrocław, Poland
Jakubiak Łukasz, Jagiellonian University, Poland
Janik Ewa, University of Economics in Katowice, Poland
Juchnevicius Edvardas, University of Gdansk, Poland
Karski Karol, University of Warsaw, Poland
Kawka Inga, Jagiellonian University, Poland
Kohutek Konrad, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Poland
Kordela Marzena, Adam Mickiewicz University in Poznań, Poland
Kornobis-Romanowska Dagmara, University of Wrocław, Poland

Kosińska Anna Magdalena, University of Szczecin, Poland
Kostecka-Jurczyk Daria, University of Wrocław, Poland
Kotlińska-Lemieszek Aleksandra, Poznan University of Medical Sciences, Poland
Kozak Małgorzata, Utrecht University, Netherlands
Kruczalak-Jankowska Joanna, University of Gdańsk, Poland
Kuca Grzegorz, Jagiellonian University, Poland
Kulesza Jan, University of Lodz, Poland
Kulik Marek, Maria Curie-Skłodowska University, Poland
Kumor-Jezierska Ewelina, Jagiellonian University, Poland
Laidler Paweł, Jagiellonian University, Poland
Lemonnier Mariola, University of Lodz, Poland
Lenio Paweł, University of Wrocław, Poland
Leppert Wojciech, University of Zielona Góra, Poland
Łacny Justyna, Warsaw University of Technology, Poland
Łubianka Beata, Jan Kochanowski University of Kielce, Poland
Majka Paweł, University of Rzeszów, Poland
Mastalerz-Migas Agnieszka, Wrocław Medical University, Poland
Mazurkiewicz Jacek, University of Zielona Góra, Poland
Menabdishili Solomon, Batumi State University, Georgia
Michałowska Kinga, Krakow University of Economics, Poland
Mielczarek-Mikołajów Justyna, University of Wrocław, Poland
Mikołajczyk Barbara, University of Silesia, Poland
Morawski Wojciech, Nicolaus Copernicus University in Toruń, Poland
Münnich Monika, The John Paul II Catholic University of Lublin, Poland
Nagy Csongor István, University of Szeged, Hungarian

Nitszke Agnieszka Anna, Jagiellonian University, Poland
Nizioł Krystyna, University of Szczecin, Poland
Olszewski Jan, University of Rzeszów, Poland
Ostrowska Anna, Uniwersita of Lomza, Poland
Pachocka Marta, Warsaw School of Economics, Poland
Panfil Przemysław, University of Gdansk, Poland
Patyra Sławomir, Maria Curie-Skłodowska University, Poland
Pawlikowski Jakub, Cardinal Wyszyński University in Warsaw, Poland
Pest Przemysław, University of Wrocław, Poland
Popović Adrian, University of Kosice, Slovakia
Postuła Marta, University of Warsaw, Poland
Powałowski Andrzej, University of Gdańsk, Poland
Poździk Rafał, Maria Curie-Skłodowska University, Poland
Półtorak Magdalena, University of Silesia, Poland
Princ Marcin, Adam Mickiewicz University in Poznań, Poland
Prokop Krzysztof, University of Siedlce, Poland
Radvan Michal, Masaryk University in Brno, Czech Republic
Radvan Michał, Uniwersytet Masaryka, Czech Republic
Romejko Adam, University of Gdańsk, Poland
Rucińska Monika, University of Warmia and Mazury, Poland
Rutkowska-Tomaszewska Edyta, University of Wrocław, Poland
Rylski Piotr, University of Warsaw, Poland
Sachajko Marek, Mieszko I School of Applied Sciences in Poznań, Poland
Sadowski Mirosław, University of Wrocław, Poland
Salamonowicz Marek, University of Warmia and Mazury, Poland

- Sarre Rick, University of South Australia, Australia
- Sawuła Robert, WSPiA University of Rzeszów, Poland
- Sieradzka Małgorzata, Lazarski University, Poland
- Sitarz Olga, University of Silesia, Poland
- Skoczylas Andrzej, Adam Mickiewicz University in Poznań, Poland
- Skupień Dagmara, University of Lodz, Poland
- Smejkal Vaclav, Charles University, Czech Republic
- Smoleń Paweł, The John Paul II Catholic University of Lublin, Poland
- Smržová Petra, Západočeská univerzita, Czech Republic
- Solodov Denis, University of Warmia and Mazury, Poland
- Soniewicka Marta, Jagiellonian University, Poland
- Soto Díaz David José, University of A Coruna, Spain
- Sowiński Piotr, University of Rzeszów, Poland
- Stefanicki Robert, University of Wrocław, Poland
- Stefaniuk Małgorzata, Maria Curie-Skłodowska University, Poland
- Stefańska Ewa, University of Warsaw, Poland
- Stefański Krzysztof, University of Lodz, Poland
- Stefański Ryszard, Lazarski University, Poland
- Štrkolec Miroslav, University Safarika, Slovakia
- Svetlicinii Alexandr, University of Macau, China
- Targański Bartosz, Warsaw School of Economics, Poland
- Tatara Andrzej, University of Zielona Góra, Poland
- Trojanowska-Strzęboszewska Monika, Cardinal Wyszyński University in Warsaw, Poland
- Urbaniak Krzysztof, Adam Mickiewicz University in Poznań, Poland

Vybíral Roman, Univerzita Karlova, Czech Republic

Walczak Krzysztof, University of Warsaw, Poland

Wantoch-Rekowski Jacek, Nicolaus Copernicus University in Toruń, Poland

Wegner Joanna, University of Lodz, Poland

Werner Aleksander, Warsaw School of Economics, Poland

Wrzeczonek Rafał, University of Zielona Góra, Poland

Wyporska-Frankiewicz Joanna, University of Lodz, Poland

Załucki Mariusz, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Poland

Zgoliński Igor, Kujawy and Pomorze University in Bydgoszcz, Poland

Zielińska Eleonora, University of Warsaw, Poland

Zieliński Robert, Kozminski University, Poland

Żurawik Artur, Jagiellonian University, Poland