

Uprzednia 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*

I. Wstęp

W dniu 2 października 2014 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: Trybunał lub ETPC) wydał wyrok w sprawie ze skargi złożonej przez spółkę *Delta Pekárny a.s.* (dalej: także Spółka) przeciwko Republice Czeskiej¹. Sprawa dotyczyła niezapowiedzianej kontroli, jaką czeski organ antymonopolowy (*Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*) w 2003 r. przeprowadził w siedzibie *Delta Pekárny*. Trybunał uznał, że przeprowadzenie kontroli bez uprzedniego upoważnienia sądu oraz wobec braku skutecznej następczej kontroli sądowej stanowiło naruszenie prawa Spółki do prywatności, gwarantowanego przez przepisy Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności² (dalej: EKPC).

Wyrok w sprawie *Delta Pekárny* dotyczy więc stosowania zasad konieczności i proporcjonalności do oceny niezapowiedzianych kontroli czy inspekcji przeprowadzanych przez organy antymonopolowe (tzw. *dawn raid-ów*). Trybunał stwierdził, że przedsiębiorca poddany takiej kontroli musi mieć zapewnioną efektywną kontrolę sądową (uprzednią lub następczą), w ramach której sąd oceni przyczyny, zakres, czas trwania kontroli oraz ustali czy była ona konieczna i proporcjonalna.

Pomimo iż wyroki Trybunału są wiążące tylko między stronami, wyznaczają one standard konwencyjny, do którego państwa – strony EKPC powinny się stosować, a nawet mogą ten wyznaczony, minimalny standard podnosić³. Orzeczenie w sprawie czeskiej spółki najpewniej będzie miało więc dużo szersze skutki. Tylko bowiem w 14 państwach członkowskich UE prawo przewiduje uprzednią zgodę sądu na przeprowadzenie inspekcji⁴. W tym kontekście warto zastanowić się czy przepisy uokik z 2007 r. regulujące kontrolę i przeszukanie spełniają standardy konwencyjne wyznaczone tym orzeczeniem. Analiza okoliczności sprawy *Delta Pekárny*, przepisów uokik z 2007 r. oraz praktyki działania Prezesa UOKiK i zwłaszcza SOKiK pozwala postawić tezę, że również przeciwko Polsce mogłoby zapaść podobne, jeśli nie identyczne, rozstrzygnięcie.

¹ Pełny tekst wyroku w j. francuskim jest dostępny w bazie orzecznictwa ETPC (HUDOC) pod adresem: <http://hudoc.echr.coe.int>.

² W stosunku do Polski weszła w życie 19.01.1993 r. (Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284 ze zm.).

³ Zob. np. P. Grzegorzczak (2006). Skutki wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w krajowym porządku prawnym. *Przegląd Sądowy*, 6, s. 3–42; J. Callewaert (2009). The European Convention on Human Rights and European Union: a long way to harmony. *European Human Rights Law Review*, 6, s. 768–783 oraz M. Bernatt (2011). *Sprawiedliwość proceduralna przed organem ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, s. 64–65.

⁴ A. Braun (2014). *No More Dawn Raids in the Czech Republic*. Pobrano z: <http://kluwercompetitionlawblog.com/2014/11/18/no-more-dawn-raids-in-the-czech-republic/>.

II. Okoliczności faktyczne sprawy

Niezapowiedziana kontrola⁵ w biurach Delta Pekárny w Pradze i w Brnie została przeprowadzona 19 listopada 2003 r., w toku wszczętego tego samego dnia postępowania administracyjnego przeciwko Spółce i jej dwóm konkurentom w sprawie rzekomego kartelu polegającego na ustalaniu cen wyrobów piekarskich. W momencie stawienia się w siedzibie Spółki pracownicy organu antymonopolowego przekazali pracownikom Delta Pekárny zawiadomienie o wszczęciu postępowania podpisane przez dyrektora generalnego organu oraz upoważnienie do przeprowadzenia kontroli wydane przez organ⁶ (bez zatwierdzania go przez sąd)⁷. Zawiadomienie wskazywało przepisy, o naruszenie których Spółka była podejrzana, na czym to naruszenie polegało oraz powiadomienie o prawach i obowiązkach przysługujących kontrolowanemu. Natomiast upoważnienie do przeprowadzenia kontroli, jak ustalił Trybunał, zawierało jedynie imiona i nazwiska pracowników organu upoważnionych do jej przeprowadzenia. Z przebiegu przeprowadzonych czynności został sporządzony protokół, w którym jako motywy i cel kontroli wskazano zbadanie⁸ dokumentów Spółki na potrzeby wszczętego postępowania administracyjnego.

W toku czynności kontrolnych pracownicy urzędu zażądali udostępnienia korespondencji elektronicznej pracowników Spółki. Z niektórych dokumentów wykonano kopie (organ nie miał prawa zajęcia dokumentów), natomiast co do części korespondencji przedstawiciele Delta Pekárny w ogóle odmówili jej przekazania, tłumacząc, że stanowiła ich korespondencję prywatną. Odmówili ponadto wglądu do trzech wewnętrznych wiadomości e-mail. Uznali też, że kopie siedmiu dokumentów zostały wykonane w sposób niezgodny z prawem (bez zgody Spółki i adresatów wiadomości). Dwa ze skopiowanych dokumentów zostały następnie odebrane urzędnikom przez jednego z pracowników Spółki, z uwagi na fakt, że stanowiły jego korespondencję prywatną.

Za odmowę udostępnienia części danych elektronicznych o charakterze handlowym oraz utrudnianie kontroli (poprzez odebranie osobom prowadzącym kontrolę kopii dokumentów) organ antymonopolowy w drodze decyzji nałożył na Delta Pekárny karę w maksymalnej wysokości 300 000 koron czeskich (ok. 11 500 euro).

Spółka odwoływała się od powyższej decyzji, najpierw przed organem antymonopolowym, a następnie przed sądami krajowymi, w tym Trybunałem Konstytucyjnym⁹. Delta Pekárny wniosła również odwołanie od decyzji stwierdzającej zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję i nakładającej karę pieniężną w wysokości 55 milionów koron czeskich (ok. 2,1 miliona euro), w którym kwestionowała legalność pozyskania dowodów podczas kontroli oraz zasadność jej przeprowadzenia¹⁰. Zdaniem Delta Pekárny przeprowadzenie kontroli bez uprzedniego upoważnienia sądu oraz skutecznej kontroli ze strony niezależnego organu naruszało jej prawo do posza-

⁵ Trybunał posługuje się terminem *inspection*, który należy tłumaczyć jako „kontrola, inspekcja”.

⁶ Z orzeczenia nie wynika, kto podpisał upoważnienie.

⁷ Podstawą do przeprowadzenia kontroli był przepis art. 21 § 4 czeskiej ustawy antymonopolowej, zgodnie z którym: *W postępowaniach prowadzonych przez Urząd na podstawie niniejszej ustawy, podmioty gospodarcze są zobowiązane poddać się kontroli prowadzonej przez Urząd. Urząd jest uprawniony żądać, na potrzeby kontroli, (...) dokumentów i informacji niezbędnych do wykonywania swojej misji, jak również do zweryfikowania ich kompletności, prawdziwości i dokładności. W tym celu, pracownicy Urzędu są uprawnieni do wchodzenia na grunt, do wszystkich miejsc, pomieszczeń oraz pojazdów objętych kontrolą, do sprawdzania ksiąg handlowych i innych dokumentów handlowych, do sporządzania z nich kopii/notatek oraz do żądania ustnych wyjaśnień na miejscu* [tłumaczenie własne z j. francuskiego].

⁸ Trybunał posługuje się terminem *examen*, który oznacza „zbadanie, przegląd”.

⁹ Szerzej na temat przebiegu tych postępowań zob. R. Barinka (2010). The Czech Constitutional Court rules that inspection at business premises of a company does not require a prior judicial authorization (Delta Pekarny). *e-Competitions*, August, N° 33217. Pobrano z: www.concurrences.com.

¹⁰ W czasie wydania głosowanego orzeczenia procedura odwoławcza była jeszcze w toku.

nowania siedziby oraz korespondencji i było sprzeczne z czeską konstytucją oraz art. 8 EKPC¹¹. W szczególności Spółka powoływała się w postępowaniach przed sądami na wyrok ETPC w sprawie *Société Colas Est i inni przeciwko Francji*¹², w którym Trybunał uznał, że przeprowadzenie niezapowiedzianej kontroli bez upředniej autoryzacji sądowej naruszało prawo spółki do prywatności. Powyższych argumentów nie podzielił jednak ani organ antymonopolowy, ani następnie sądy krajowe. Sądy uznały, że przeprowadzenie kontroli było zgodne z prawem, a prawo czeskie zapewniało odpowiednie gwarancje kontrolowanym przedsiębiorcom przeciwko nadużyciom ze strony organu prowadzącego kontrolę¹³.

III. Stanowisko Trybunału

Trybunał rozpoczął swoje rozważania od ustalenia czy przepis art. 8 EKPC ma w ogóle zastosowanie do Delta Pekárny. Wskazał, że znaczenie terminu „mieszkanie” (fr. *domicile*), użytego w art. 8 ust. 1 EKPC, jest szersze niż pojęcie „domu” i – w pewnych przypadkach – może obejmować także prawo spółki do poszanowania swojej siedziby, oddziału (agencji) czy innych pomieszczeń biurowych. Jednakże ingerencja państwa w odniesieniu do tych miejsc może być dużo dalej idąca niż w przypadku miejsca zamieszkania osób fizycznych. W ocenie Trybunału niezapowiedziana kontrola przeprowadzona przez organ antymonopolowy niewątpliwie stanowiła ingerencję w prawo Spółki do poszanowania „mieszkania” (siedziby) w rozumieniu przepisu art. 8 ust. 1 EKPC. Prawo to obejmuje również ochronę korespondencji, w pewnym zakresie również tej o charakterze prywatnym należącej do pracowników przedsiębiorcy. W tych okolicznościach należało ustalić czy ingerencja ze strony organu była usprawiedliwiona w świetle przesłanek określonych w przepisie art. 8 ust. 2 EKPC, tzn. czy przeprowadzenie niezapowiedzianej kontroli: i) miało oparcie w przepisach prawa (Trybunał uznał, że tak); ii) czy kontrola była przeprowadzona w uzasadnionym celu (Trybunał uznał, że taki cel stanowił „dobrobyt gospodarczy kraju”) oraz iii) czy była konieczna?

Rozważania Trybunału skoncentrowały się więc na ustaleniu czy przeprowadzenie kontroli było konieczne oraz proporcjonalne. Przesłanka „konieczności w demokratycznym społeczeństwie” oznacza, że ingerencja w prawa chronione przez przepis art. 8 ust. 1 EKPC musi odpowiadać nadrzędnym potrzebom społecznym oraz być proporcjonalna do uzasadnionego celu, który podlega realizacji. Państwu – stronom EKPC przysługuje pewien margines swobody w ocenie czy ingerencja w „społeczeństwie demokratycznym” jest konieczna. Swoboda ta jest jeszcze większa w przypadku osób prawnych. Jeśli jednak państwo jest zmuszone stosować środki tak dotkliwe, jak przeszukiwanie¹⁴ czy zajęcie rzeczy w celu uzyskania dowodów na niezgodne z prawem zachowanie, to musi zapewnić odpowiednie i wystarczające gwarancje przeciwko ewentualnym nadużyciom, w szczególności ochronę przed arbitralnością zmierzającą do naruszenia prawa do prywatności. Trybunał wyróżnił kilka elementów, na podstawie których doszedł do wniosku, że

¹¹ Art. 8 EKPC [Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego] stanowi, że: 1. *Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji.* 2. *Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób.*

¹² Wyr. ETPC z 16.04.2002 r. w sprawie *Société Colas Est i inni przeciwko Francji*, nr skargi 37971/97, dostępny w bazie orzecznictwa ETPC (HUDOC) pod adresem: <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹³ Sądy krajowe argumentowały m.in., że czeska procedura przeprowadzania niezapowiedzianych kontroli była podobna do tej, jaką stosowała KE na podstawie art. 20 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 (i która nie wymagała upředniej zgody krajowego organu sądowego).

¹⁴ Trybunał posługuje się terminem *perquisition*, które oznacza „poszukiwanie, przeszukiwanie”.

uprawnienia czeskiego organu były bardzo szerokie oraz że nie były równoważone możliwością uzyskania odpowiedniej (upředniej bądź następczej) ochrony sądowej.

Po pierwsze, **nakaz przeprowadzenia niezapowiedzianej kontroli został wydany przez organ antymonopolowy i nie był zatwierdzony przez sąd** (jako niezależny organ, który zbadałby czy kontrola jest konieczna i proporcjonalna). Nie był on również wydany w formie decyzji czy postanowienia, na które przysługiwałby samoistny środek odwoławczy. Nakaz zawierał jedynie imiona i nazwiska upoważnionych pracowników organu, natomiast zawiadomienie o wszczęciu postępowania administracyjnego w sposób bardzo ogólny wskazywało jego przedmiot. W szczególności nie wymieniało okoliczności ani dowodów, na podstawie których organ powziął wiadomość o rzekomych, antykonkurencyjnych praktykach. Jedynym dokumentem, który zwięźle określał cel kontroli oraz przyczyny jej przeprowadzenia, był protokół sporządzony dopiero po przeprowadzeniu kontroli. Na tej podstawie Trybunał ustalił, że przepisy czeskiej ustawy przyznawały organowi ochrony konkurencji bardzo duży margines swobody w ocenie czy przeszukanie w danym przypadku jest konieczne i proporcjonalne, a ocena ta – na etapie przed przeprowadzeniem przeszukania – nie podlegała żadnej kontroli ze strony niezależnego organu.

Po drugie, **nawet w braku upředniego nakazu sądowego odpowiednia ochrona przed nadużyciem ze strony władzy państwowej może być zapewniona, jeśli istnieje system następczej kontroli sądowej (*ex post facto*), w ramach której sąd bada legalność oraz konieczność dotkliwego środka**. Kontrola ta musi być skuteczna w świetle okoliczności danej sprawy, tak aby podmioty, których dotyczy ingerencja, mogły uzyskać odpowiednią ochronę w odniesieniu do działań podjętych przez organ państwa i sposobu ich przeprowadzenia. Jeśli kwestionowane działanie miało już miejsce, powinny istnieć środki ochrony prawnej, które zapewnią zainteresowanemu odpowiednie zadośćuczynienie. W niniejszej sprawie zapewnienie skutecznego nadzoru sądowego nad legalnością i koniecznością przeprowadzenia kontroli było tym bardziej istotne, że przed przeprowadzeniem kontroli Delta Pekárny nie została poinformowana o tym, do jakich konkretnie dokumentów w ramach wszczętego postępowania organ zamierzał uzyskać dostęp. Trybunał uznał, że sądy krajowe (sąd w Brnie rozpatrujący odwołania od obu decyzji¹⁵ czeskiego organu oraz Najwyższy Sąd Administracyjny) ograniczyły się do ustalenia czy sam fakt podjęcia kontroli był zgodny z prawem. Sądy nie zbadały natomiast przyczyn kontroli, jej przebiegu, celu i zakresu oraz tego czy była konieczna i proporcjonalna¹⁶. Trybunał wskazał, że rozstrzygnięcia sądów krajowych były starannie uzasadnione i powoływały się na utrwalone orzecznictwo ETPC, jednakże zupełnie nie odnosiły się do okoliczności faktycznych (fr. *éléments de fait*), które skłoniły organ antymonopolowy do przeprowadzenia kontroli. W konsekwencji wykonywanie przez organ uprawnień odnośnie do podejmowania decyzji co do przeprowadzenia kontroli nie było poddane skutecznej kontroli sądowej nawet w trybie następczym (*ex post facto*). W szczególności Trybunał stwierdził, że nie można uznać za wystarczające stanowiska sądu w Brnie (wyrażonego w sprawie decyzji stwierdzającej stosowanie antykonkurencyjnej praktyki), zgodnie z którym ingerencja w prawa Spółki była uzasadniona od momentu, gdy organ antymonopolowy nabrał podejrzeń,

¹⁵ Tj. decyzji nakładającej karę za utrudnianie inspekcji oraz decyzji nakładającej karę za stosowanie antykonkurencyjnej praktyki.

¹⁶ Mimo iż w szczególności Najwyższy Sąd Administracyjny w swoim wyroku z maja 2009 r. odniósł się do kwestii związanych z podstawą prawną, uzasadnionym celem i proporcjonalnością kontroli, to jednak skoncentrował się zasadniczo na zakresie uprawnień przyznanym pracownikom organu antymonopolowego przeprowadzającym kontrolę oraz tym czy uprawnienia te były przestrzegane.

że jej zachowanie na rynku było efektem kontaktów z konkurentami, ponieważ kontakty te mogły być wykazane jedynie za pomocą dowodów zebranych podczas kontroli.

Po trzecie, bez wpływu na ocenę wyrażoną przez Trybunał pozostaje fakt, że przedstawiciele Spółki byli obecni podczas kontroli, organ nie miał prawa zajęcia dokumentów i zażądał przekazania jedynie ich kopii oraz że pracownicy urzędu dokonujący kontroli byli obowiązani do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

W tych okolicznościach Trybunał uznał, że w sytuacji braku upředniej autoryzacji sądowej oraz braku skutecznej następczej kontroli sądowej konieczności podjęcia kwestionowanego środka, a także braku przepisów odnoszących się do ewentualnego zniszczenia kopii dokumentów uzyskanych przez organ ochrony konkurencji, Delta Pekárny nie miała zapewnionych wystarczających gwarancji proceduralnych przed nadużyciem uprawnień przez organ antymonopolowy¹⁷.

IV. Komentarz

Wyrok Trybunału w sprawie *Delta Pekárny* zasługuje w naszej ocenie na aprobatę. Trybunał po raz kolejny potwierdził, że prawa przewidziane w EKPC, w tym w przepisie art. 8, mogą przysługiwać także przedsiębiorcom w toku postępowań prowadzonych przez organy ochrony konkurencji¹⁸. Z orzeczenia jasno wynika, że jeśli organ w celu realizacji interesu publicznego może podjąć środki tak dotkliwe, jak kontrola czy przeszukiwanie, to przedsiębiorca poddany tym środkom musi mieć zapewnione **odpowiednie gwarancje proceduralne, które ochronią go przed arbitralnym i nieproporcjonalnym działaniem władz publicznych**. W tym kontekście kluczowe znaczenie ma zapewnienie zgodności działań organu z zasadą proporcjonalności¹⁹. Odpowiednie gwarancje proceduralne w toku przeprowadzania niezapowiedzianych kontroli (przeszukań) muszą więc polegać na przyznaniu kontrolowanemu przedsiębiorcy **skutecznej ochrony sądowej**. Trybunał przy tym nie przesądza, że ochrona ta wymaga zawsze uzyskania upředniego upoważnienia sądu do przeprowadzenia kontroli (przeszukania). Innymi słowy **przeprowadzenie kontroli (przeszukania) bez takiej upředniej zgody sądu nie oznacza (i słuszenie) automatycznie naruszenia przepisów EKPC. Brak upředniej zgody sądu musi natomiast być „skompensowany” poprzez zapewnienie skutecznej, następczej i pełnej**

¹⁷ Warto zaznaczyć, że rozstrzygnięcie zostało podjęte czterema głosami przeciwko trzem. Zdania odrębne dotyczyły kwestii czy rzeczywiście Delta Pekárny nie miała zapewnionej skutecznej kontroli sądowej *ex post facto*. Trzech sędziów uznało, że przynajmniej w przypadku postępowania dotyczącego kary za utrudnianie kontroli sądy przeprowadziły w pewnym zakresie analizę podstawy prawnej, uzasadnionego celu oraz proporcjonalności kwestionowanego środka (zob. przypis nr 16). Sądy krajowe powołały się również na orzecznictwo ETPC, by ocenić legalność środka w świetle przepisów EKPC. W konsekwencji w ocenie tych sędziów zarzuty Spółki o braku upředniej autoryzacji sądowej kontroli zostały dokładnie zbadane przez sądy, które odpowiedziały na nie, podając wystarczające argumenty i motywy. Delta Pekárny nigdy nie podniosła w postępowaniach krajowych konkretnych argumentów, które doprowadziłyby sądy do uznania, że podejrzenia organu ochrony konkurencji nie były zasadne/wiarygodne albo że kontrola nie była konieczna lub proporcjonalna. W tym kontekście zarzuty Spółki były zatem, w ocenie tych trzech sędziów, czysto teoretyczne. Ponadto sędziowie ci zauważyli również, że w ramach postępowania dotyczącego naruszenia reguł konkurencji Spółka mogła podnieść argumenty o rzekomym nielegalnym uzyskaniu dowodów oraz o braku uzasadnienia kontroli konkretnymi okolicznościami faktycznymi. Podkreślili, że z jednej strony procedura ta (w czasie wydania głosowanego orzeczenia) była cały czas w toku, a z drugiej – że wymogi nałożone na sądy w postępowaniach administracyjnych nie mogą być takie same, jak w przypadku procedury karnej. Tym samym w ich ocenie następczą kontrolę sądową przyznaną Delta Pekárny należy uznać za efektywną.

¹⁸ Warto odnotować, że w podobnym kierunku idzie wyr. ETPC z dnia 2.07.2015 r. w sprawie *Vinci Construction Et Gtm Génie Civil Et Services przeciwko Francji* (skargi nr 63629/10 oraz 60567/10), w którym ETPC stwierdził, że doszło do naruszenia prawa do sprawiedliwego, rzetelnego procesu, ponieważ procedura dotycząca niezapowiedzianych inspekcji nie przewidywała skutecznej, pełnej kontroli sądowej w celu oceny legalności i zasadności decyzji o przeprowadzeniu inspekcji.

¹⁹ Zasada ta stanowi, że ingerencja władz publicznych w prawa i wolności podmiotów prywatnych jest dopuszczalna tylko wtedy, gdy jest zgodna z prawem i konieczna w demokratycznym społeczeństwie dla ochrony podstawowych interesów, takich jak porządek publiczny lub prawa i wolności innych osób. Z tego powodu organy władzy publicznej w celu osiągnięcia prawnie uzasadnionych celów powinny stosować środki najmniej dotkliwe dla podmiotów poddanych tym środkom. Jeśli ten sam cel można osiągnąć w sposób mniej dotkliwy, to działania państwa należy uznać za nieproporcjonalne – cyt. za M. Bernatt (2011). Powers of Inspection of the Polish Competition Authority. Question of Proportionality. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 4(5), s. 48.

(a więc nieograniczającej się tylko do kwestii legalności) **kontroli sądowej**. W takiej sytuacji cały ciężar zapewnienia zgodności z EKPC spoczywa więc na instytucji następczej kontroli i sądzie dokonującym kontroli aktu administracyjnego upoważniającego organ do przeprowadzenia kontroli, inspekcji czy przeszukania, decyzji o ich przeprowadzeniu (w świetle posiadanych przez organ dowodów i czasu jej podejmowania) oraz samego przebiegu tych czynności.

Co ważne – zwłaszcza w kontekście polskiej praktyki – wydaje się, że ww. standardy sądowej kontroli muszą być zapewnione niezależnie od tego czy mamy do czynienia z kontrolą, czy z przeszukaniem. Z wyroku jasno nie wynika czy w siedzibie Delta Pekárny miała miejsce kontrola, czy też przeszukanie w rozumieniu przepisów uokik z 2007 r. W opisie stanu faktycznego Trybunał posługuje się terminem *inspection* i brak jest wyraźnej informacji, jakoby organ antymonopolowy poszukiwał dokumentów (urzędnicy jedynie zażądali dostępu do poczty elektronicznej). Również przepis art. 21 § 4 czeskiej ustawy, który był podstawą do przeprowadzenia kontroli, w swoim brzmieniu jest bardziej zbliżony do przepisu art. 105a uokik z 2007 r. (przepis dot. kontroli), aniżeli przepisu art. 105n uokik z 2007 r. (przeszukanie). Z kolei w uzasadnieniu prawnym wyroku obok pojęcia *inspection* pojawia się (nawet częściej) termin *perquisition* („poszukiwanie, przeszukanie”). Trybunał zdaje się więc nie rozróżniać tych dwóch pojęć, a nawet stosuje je wręcz zamiennie.

W praktyce głosowany wyrok oznacza z jednej strony, że np. polscy przedsiębiorcy, którzy w ogóle odmówiliby poddania się kontroli Prezesa UOKiK (uniemożliwili jej rozpoczęcie) czy nawet utrudniali jej przeprowadzenie, argumentując, że upoważnienie Prezesa UOKiK do przeprowadzenia kontroli nie podlegało upředniej kontroli sądowej (ponieważ kontrola zgodnie z przepisami uokik z 2007 r. nie wymaga zgody SOKiK), muszą liczyć się z karami pieniężnymi nakładanymi w trybie art. 106 ust. 2 pkt 3 oraz 108 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. b) uokik z 2007 r. Innymi słowy przedsiębiorcy ci tylko i wyłącznie na podstawie braku upředniej zgody SOKiK nie mogą wywodzić, że kontrola jest „automatycznie” niezgodna z prawem. Z drugiej zaś – przedsiębiorcy, u których Prezes UOKiK dokonał kontroli, ale decyzja w ich sprawie (stwierdzająca praktykę albo nakładająca karę pieniężną za utrudnianie kontroli) nie była jeszcze przedmiotem orzeczenia SOKiK, mogą żądać, aby ten dokonał teraz pełnej kontroli upoważnienia do przeprowadzenia kontroli oraz jej przebiegu z punktu widzenia proporcjonalności i z uwzględnieniem perspektywy dowodów posiadanych przez UOKiK w czasie decydowania o przeprowadzeniu kontroli. Tym samym mogłoby się okazać, że dowody zebrane w toku takiej kontroli zostałyby uznane za nielegalne, co z kolei mogłoby prowadzić do uchylecia albo zmiany decyzji stwierdzającej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję²⁰.

W naszej ocenie przepisy uokik z 2007 r. dotyczące inicjowania kontroli, a być może także przeszukania, oraz sądowej kontroli tych uprawnień dochodzeniowych (czyli przepisy art. 105a, 105i, 105l, 105m, 105n–105p) **nie spełniają standardów konwencyjnych wyrażonych w głosowanym wyroku** (stan prawny wynikający z tych przepisów jest zasadniczo bardzo zbliżony do tego, który był oceniany w głosowanym wyroku). Teza ta, w naszej ocenie, znajduje uzasadnienie w następujących argumentach:

a) **Przepisy uokik z 2007 r. nie przewidują upředniej sądowej kontroli upoważnienia do przeprowadzenia kontroli.** Upoważnienie to jest wydawane bez zgody sądu i jest

²⁰ Por. R. Neruda, J. Kmec i R. Barinka (2014). The ECHR ruled on the Czech Regulation of Dawn Raids. *Competition Flash*, October, s. 4–5.

podpisywane przez Prezesa UOKiK, względnie przez wojewódzkiego inspektora inspekcji handlowej (art. 105a ust. 5 uokik z 2007 r.) albo przez dyrektora delegatury UOKiK – w imieniu Prezesa UOKiK – w sprawach pozostających w jej właściwości oraz przekazanych do załatwienia delegaturze przez Prezesa UOKiK (art. 105a ust. 3 uokik z 2007 r.). Żaden inny organ nie dokonuje więc obecnie *ex ante* weryfikacji proporcjonalności, zasadności i celowości kontroli Prezesa UOKiK. Dlatego też – zgodnie z poglądem wyrażonym przez ETPC w głosowanym orzeczeniu – kluczowa pozostaje sądowa kontrola następcza.

- b) **Przewidziana w przepisie art. 105n ust. 2–4 uokik z 2007 r. upřednia sądowa kontrola przeszukania przez SOKiK ma w naszej ocenie charakter raczej nieco iluzoryczny.** Warto zadać retoryczne pytanie, w ilu sprawach zdarzyło się, że SOKiK nie wydał zgody na przeprowadzenie przeszukania wnioskowanego przez Prezesa UOKiK? Nie wydaje się, aby uzasadnieniem dla braku odmów była zawsze wysoka jakość wniosków składanych do SOKiK przez Prezesa UOKiK. Wątpliwość ta jest zasadna w kontekście choćby tego, że przeszukania są przeprowadzane również w sprawach porozumień wertykalnych (przykładowo, w sprawie zakończonej decyzją Prezesa UOKiK z dnia 30 czerwca 2015 r., nr RGD – 2/2015)²¹, w których dowody można przecież zazwyczaj uzyskać poprzez wezwanie w trybie art. 50 uokik z 2007 r. Zatem czy taka kontrola sądowa jest skuteczna i spełnia swój cel? Trudno na to pytanie odpowiedzieć. Kopie wniosków Prezesa UOKiK o wydanie przez SOKiK zgody na przeprowadzenie przeszukania nie są częścią akt administracyjnych postępowania. A powinny. Jest to przecież czynność organu w toku postępowania. Z kolei postanowienie SOKiK, nawet jeśli jest doręczane przeszukiwanemu, nie zawiera uzasadnienia. Jak zatem ma być realizowana (skutecznie) pełna kontrola następcza przeszukania (choćby w postępowaniu odwoławczym od decyzji stwierdzającej praktykę ograniczającą konkurencję), skoro ani strona postępowania, ani SOKiK (rozpatrując odwołanie od decyzji) nie ma dostępu do motywów i dowodów, jakie kierowały Prezesem UOKiK, gdy występował o zgodę na przeprowadzenie przeszukania oraz motywów i toku rozumowania SOKiK przy wydaniu zgody na przeprowadzenie przeszukania?
- c) **Przepisy uokik z 2007 r. nie przewidują następczej sądowej kontroli zarówno upoważnienia do przeprowadzenia kontroli wydawanego przez UOKiK²², jak i postanowienia SOKiK w sprawie zgody na przeprowadzenie przeszukania (tak *expressis verbis* art. 105n ust. 4 uokik z 2007 r.)²³.** Upoważnienie do przeprowadzenia kontroli lub postanowienie SOKiK wyrażające zgodę na przeprowadzenie przeszukania jest doręczane kontrolowanemu odpowiednio przy rozpoczęciu kontroli (art. 105a ust. 6 uokik z 2007 r.) lub przeszukania, ale nie podlega ono zaskarżeniu (odnośnie do postanowienia tak wyraźnie art. 105n ust. 4 *in fine* uokik z 2007 r.). Upoważnienie nie jest nawet postanowieniem Prezesa UOKiK wydawanym w toku postępowania. Ponadto, upoważnienie nie zawiera wskazania dowodów czy choćby podejrzeń organu, w związku z którymi Prezes UOKiK podjął decyzję o przeprowadzeniu

²¹ Cyt. za: M. Kozak, *Zasady przeprowadzania kontroli i przeszukań w postępowaniach antymonopolowych w świetle orzecznictwa ETPCz a wspólczesne kierunki orzecznictwa unijnego*. Praca niepublikowana. Konspekt wystąpienia podczas seminarium naukowego pn. Sporne problemy dotyczące kontroli i przeszukań w prawie antymonopolowym w świetle orzecznictwa strasburskiego i unijnego, INP PAN, Warszawa, 5.11.2015, s. 3.

²² Krytycznie na ten temat B. Turno. W: A. Stawicki i E. Stawicki (red.) (2011). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, s. 1038–1040.

²³ Dla porządku jedynie warto odnotować, że w prawie unijnym przedsiębiorca ma prawo zaskarżyć do TSUE decyzję KE nakazującą poddanie się inspekcji – szerzej zob. B. Turno. W: A. Stawicki i E. Stawicki (red.) (2011). *Ustawa o ochronie...*, s. 1040 i wskazana tam literatura.

kontroli (art. 105a ust. 4 uokik z 2007 r.). To samo dotyczy postanowienia SOKiK. Również postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego (bo to przecież w jego toku najczęściej mają miejsce kontrola i przeszukiwanie), które także jest doręczane kontrolowanemu czy przeszukiwanemu przedsiębiorcy, nie zawiera uzasadnienia.

- d) **Trudno uznać, że skuteczną, pełną, następczą sądową kontrolę gwarantuje odwołanie od decyzji stwierdzającej praktykę ograniczającą konkurencję czy też nakładającej karę pieniężną za utrudnianie kontroli czy przeszukiwania.** Po pierwsze, takie decyzje (zwłaszcza w sprawach antymonopolowych) są wydawane zazwyczaj po kilku czy kilkunastu miesiącach (a niekiedy latach) od przeprowadzonej kontroli czy przeszukiwania. Dowody znalezione w ich toku stanowią zazwyczaj istotną podstawę stwierdzenia zarzucanej praktyki. Po drugie, orzeczenie SOKiK wydawane na skutek wniesionego odwołania wydawane jest najczęściej po upływie (kolejnych) kilkunastu miesięcy. Po trzecie, SOKiK dopiero od niedawna²⁴ (po serii orzeczeń SN – przy czym nie ma gwarancji, że taka linia orzecznicza SOKiK się utrzyma) ponownie bierze pod uwagę istotne (mające wpływ na rozstrzygnięcie) naruszenia proceduralne jako podstawę uchylenia czy zmiany decyzji. Tak więc ewentualne uchylenie czy częściowa zmiana decyzji w związku z naruszeniami proceduralnymi w toku czynności kontroli lub przeszukiwania²⁵ (ale raczej już nie w związku z bezpodstawną czy nieproporcjonalną kontrolą czy przeszukiwaniem) następuje po bardzo długim czasie. Trudno więc przedsiębiorcy w pełni zrekompensować ewentualne szkody poczynione w związku z przeprowadzoną kontrolą czy przeszukiwaniem (przykładowo trudno cofnąć choćby „złą sławę i prasę” związaną z wydaniem decyzji stwierdzającej zakazaną praktykę). Jak się wydaje, takie „późne” orzeczenie SOKiK nie realizuje w sposób pełny pożądaną funkcję gwarancyjną.

Obecny model, w którym brak jest rzeczywistej, skutecznej następczej sądowej kontroli upoważnienia do przeprowadzenia kontroli oraz zgody SOKiK na przeprowadzenie przeszukiwania, można więc podsumować – ang. *justice delayed – justice denied*. Model ten nie stanowi rekompensaty za brak skutecznej upředniej kontroli sądowej upoważnienia do przeprowadzenia kontroli, jak i zgody SOKiK na przeprowadzenie przeszukiwania.

- e) **Jednocześnie trudno uznać, że zażalenie na czynności kontroli (art. 105m ust. 1 w zw. z art. 105b ust. 1 pkt 2 uokik z 2007 r.) czy przeszukiwania (art. 105p uokik z 2007 r.) stanowi substytut skutecznej, pełnej następczej kontroli sądowej.** Po pierwsze, zakres przedmiotowy ww. zażaleń jest dosyć ograniczony. Mogą one dotyczyć tylko czynności kontrolnych lub przeszukiwania, jeśli wykraczają one poza zakres przedmiotowy kontroli/przeszukiwania lub innych czynności kontrolnych/przeszukiwania, które zostały podjęte z naruszeniem przepisów prawa. Zatem **nie można zażalić czynności kontrolnych czy przeszukiwania jako takich**. Po drugie, znacząco ograniczony jest zakres podmiotowy zażalenia (zwłaszcza na czynności kontrolne). Może je wnieść do sądu nie każdy kontrolowany przedsiębiorca, ale tylko taki, o którym mowa w art. 105b ust. 1 pkt 2 uokik z 2007 r. (czyli właściciel systemów

²⁴ Krytycznie o wcześniejszej praktyce zob. np. A. Stawicki (2012). Competence of Common Courts in Poland in Competition Matters. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 5(6), s. 57–71; B. Turno (2012). Model sądowej kontroli decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. *Państwo i Prawo*, 10, s. 35–38.

²⁵ Wyjątkiem jest tutaj wyr. SOKiK z dnia 18 czerwca 2014 r., XVII AmA 145/11, w którym SOKiK znacząco obniżył karę pieniężną nałożoną za stwierdzone antykonkurencyjne porozumienie (decyzja Prezesa UOKiK z 23.11.2011 r., nr DOK – 8/2011) z uwagi, między innymi, na naruszenia proceduralne zaistniałe w toku kontroli.

informatycznych zawierających dane kontrolowanego przedsiębiorcy²⁶). Dodatkowo, zażalenie może wnieść tylko taki kontrolowany, którego prawa zostały naruszone ww. czynnościami podjętymi w toku kontroli. To samo odnosi się do osoby innej niż przeszukiwany przedsiębiorca. Prawa tej osoby muszą być naruszone w toku przeszukiwania, aby przysługiwało jej prawo wniesienia zażalenia. Natomiast prawa przeszukiwanego przedsiębiorcy nie muszą być w toku przeszukiwania naruszone czynnościami przeszukiwania, aby przysługiwała mu legitymacja czynna do wniesienia zażalenia na te czynności. Jasno widać więc, że w praktyce legitymacja czynna do wniesienia zażalenia zwłaszcza na czynności kontroli jest bardzo mocno ograniczona.

- f) **Podobnie sprzeciw wnoszony w trybie art. 84c ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej²⁷ (dalej: usdg) nie może być uznany za skuteczny instrument następczej kontroli sądowej odnoszącej się do kontroli.** Pomimo że wniesienie przez kontrolowanego przedsiębiorcę sprzeciwu wiąże się z wstrzymaniem czynności kontrolnych przez organ kontroli (art. 84c ust. 5 usdg), to jednak ponownie zakres przedmiotowy sprzeciwu jest bardzo ograniczony. Przedmiotem sprzeciwu w przypadku kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK może być jedynie podjęcie i wykonywanie czynności z naruszeniem przepisów art. 79a ust. 1 i ust. 3–9 usdg²⁸. Także i inne wynikające z przepisów usdg pomniejsze gwarancje, takie jak: wymóg przeprowadzania czynności kontrolnych w sposób sprawny i możliwie niezakłócający funkcjonowania kontrolowanego przedsiębiorcy; wymóg prowadzenia kontroli w obecności kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej oraz tylko w dniach i godzinach pracy kontrolowanego lub w czasie faktycznego wykonywania działalności gospodarczej przez kontrolowanego; obowiązek przestrzegania standardów sprawy karnej (pytanie tylko których konkretnie?²⁹) również (z oczywistych powodów) nie mogą być uznane za substytut skutecznej i pełnej sądowej kontroli następczej.
- g) **Wreszcie, czym tak naprawdę istotnym – w aktualnym stanie prawnym – różni się w praktyce kontrola od przeszukiwania, aby zasadniczo różnicować stopień ochrony przedsiębiorców na etapie przed ich przeprowadzeniem³⁰?** Czy różnią się one na tyle, aby tylko przy przeszukaniu zasadna była upřednia sądowa kontrola? W ocenie Autorów zasadnicze różnice nie istnieją. W praktyce czynności kontroli i przeszukiwania wyglądają w zasadzie tak samo. Kontrolujący sprawdzają akta, księgi, pisma, dokumenty elektroniczne, nośniki danych dokładnie w taki sam sposób w toku kontroli i w toku przeszukiwania. W swoim zakresie niczym się te czynności nie różnią. Ustne wyjaśnienia od przedsiębiorcy mogą być odbierane i w toku kontroli, i w toku przeszukiwania. Generalnie większość przepisów dotyczących kontroli stosuje się odpowiednio do przeszukiwania (art. 105q pkt 1 uokik z 2007 r.). Zauważyć wypada, że dobrowolność współpracy przedsiębiorcy w toku kontroli (co formalnie odróżnia kontrolę od przeszukiwania, w toku którego przeszukiwany musi tylko

²⁶ G. Materna. W: T. Skoczny (red.) (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, s. 1288. W praktyce legitymację czynną do wniesienia zażalenia może więc posiadać podmiot inny niż kontrolowany przedsiębiorca. Najczęściej jednak kontrolowany przedsiębiorca jest właścicielem systemów informatycznych zawierających dane, o których mowa w przepisie art. 105b ust. 1 pkt 2 uokik z 2007 r.

²⁷ Dz.U. 2015, poz. 584 – tekst jednolity.

²⁸ B. Turno. W: A. Stawicki i E. Stawicki (red.) (2011). *Ustawa o ochronie...*, s. 1156 oraz G. Materna. W: T. Skoczny (red.) (2014). *Ustawa o ochronie...*, s. 1284–1285.

²⁹ M. Bernatt i B. Turno (2015). O potrzebie doskonalenia rozwiązań procesowych w znowelizowanej z dniem 18 stycznia 2015 r. ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2, s. 90–92.

³⁰ Podobne wątpliwości wyraża również M. Bernatt. W: T. Skoczny (red.) (2014). *Ustawa o ochronie...*, s. 1291–1292.

„znosić” czynności przeszukania i poddać się im) jest i tak fikcją. W każdym momencie kontroli urzędnicy mogą przecież zakończyć kontrolę i rozpocząć formalnie przeszukiwanie, a brak współpracy w toku kontroli (uniemożliwianie rozpoczęcia lub jej przeprowadzenia) zagrożony jest karą pieniężną w wysokości do 50 milionów euro. **Dlatego też, w naszej ocenie, gwarancje i standard ochrony praw przedsiębiorców w przypadku kontroli i przeszukania powinien być identyczny.**

Na bazie powyższych uwag można się więc pokusić o sformułowane kilku uwag *de lege ferenda*:

- a) Po pierwsze należałoby scalić kontrolę i przeszukiwanie w jedną instytucję – przeszukania. Nie ma obecnie uzasadnionych powodów, aby równolegle funkcjonowały obok siebie dwie – w zasadzie identyczne – instytucje. Obecnie w każdej poważniejszej kontroli UOKiK i tak jest wyposażony w zgodę SOKiK na dokonanie przeszukania. W razie trwałej obstrukcji ze strony przedsiębiorcy przeszukania prowadzonego przez UOKiK realnie przełamać może ją tylko policja (co należałoby odpowiednio doregulować w uokik z 2007 r.).
- b) Upřednie postanowienie SOKiK w sprawie zgody na dokonanie przeszukania powinno być zaskarżalne w terminie 7 dni od dnia rozpoczęcia czynności przeszukania u przedsiębiorcy, względnie od dnia doręczenia tego postanowienia przeszukiwanemu przedsiębiorcy³¹. Zaskarżenie zgody SOKiK na dokonanie przeszukania nie powinno wstrzymywać czynności przeszukania. Sąd powinien jednak rozpatrzyć zażalenie niezwłocznie, w rozsądnym terminie (choć należy założyć, że co do zasady nie nastąpi to jeszcze w toku przeszukania).
- c) Do rozstrzygnięcia pozostaje kwestia, do jakiego sądu powinno być wnoszone zażalenie na przeszukiwanie. SOKiK wydawał przecież zgodę na przeprowadzenie przeszukania. Można postulować, aby zażalenie na przeszukiwanie było rozpatrywane – pod kątem jego legalności, zasadności, celowości, konieczności i proporcjonalności – zawsze przez inny skład SOKiK (który nie brał udziału w wydawaniu zgody na przeprowadzenie przeszukania).

Takie rozwiązania zapewnią, że w zakresie przeszukania przedsiębiorców będzie miała miejsce pełna kontrola sądowa *ex ante* i *ex post*.

Względnie można przyjąć rozwiązanie alternatywne, w którym decyzję o przeszukaniu podejmuje Prezes UOKiK (bez zgody SOKiK), ale taka zgoda (w formie krótkiej decyzji z uzasadnieniem) podlega zaskarżeniu do SOKiK. Model taki byłby bardzo zbliżony do modelu funkcjonującego w prawie UE.

Bibliografia

- Barinka, R. (2010). The Czech Constitutional Court rules that inspection at business premises of a company does not require a prior judicial authorization (Delta Pekarny). *e-Competitions*, August 2010, N° 33217. Pobrano z: www.concurrences.com.
- Bernatt, M. (2011). Powers of Inspection of the Polish Competition Authority. Question of Proportionality. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 4(5), 48.

31 Z oczywistych względów termin ten nie może biec od dnia wydania postanowienia przez SOKiK. Przedsiębiorca, u którego ma być przeprowadzone przeszukiwanie, nie może być przecież stroną postępowania przed SOKiK w sprawie zgody na przeprowadzenie przeszukania. Jest to jedyne rozwiązanie, jeśli przedsiębiorca ma być zaskoczony przeszukiwaniem (co z punktu widzenia zwalczania najcięższych ograniczeń konkurencji jest słuszne).

- Bernatt, M. (2011a). *Sprawiedliwość proceduralna przed organem ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Bernatt, M. i Turno, B. (2015). O potrzebie doskonalenia rozwiązań procesowych w znowelizowanej z dnia 18 stycznia 2015 r. ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2.
- Braun, A. (2014). *No More Dawn Raids in the Czech Republic*. Pobrano z: <http://klugercompetitionlawblog.com/2014/11/18/no-more-dawn-raids-in-the-czech-republic/>.
- Callewaert, J. (2009). The European Convention on Human Rights and European Union: a long way to harmony. *European Human Rights Law Review*, 6, 768–783.
- Grzegorzczak, P. (2006). Skutki wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w krajowym porządku prawnym. *Przegląd Sądowy*, 6, 3–42.
- Kozak, M. (2015). *Zasady przeprowadzania kontroli i przeszukań w postępowaniach antymonopolowych w świetle orzecznictwa ETPCz a współczesne kierunki orzecznictwa unijnego*. Praca niepublikowana. Konspekt wystąpienia podczas seminarium naukowego pn. „Sporne problemy dotyczące kontroli i przeszukań w prawie antymonopolowym w świetle orzecznictwa strasburskiego i unijnego”, INP PAN, Warszawa, 5.11.2015.
- Neruda, R., Kmec, J. i Barinka, R. (2014). The ECHR ruled on the Czech Regulation of Dawn Raids. *Competition Flash*, October, 4–5.
- Skoczny, T. (red.) (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Stawicki, A. (2012). Competence of Common Courts in Poland in Competition Matters. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 5(6).
- Stawicki, A. i Stawicki, E. (red.) (2011). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Turno, B. (2012). Model sądowej kontroli decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. *Państwo i Prawo*, 10.

Dr Bartosz Turno, LL.M. (KCL)

radca prawny; *Counsel* w dziale prawa konkurencji kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr afiliowany przy CARS WZ UW
e-mail: bartosz.turno@wkb.com.pl

Emilia Wardęga, LL.M. (CoE)

aplikant adwokacki
Associate w dziale prawa konkurencji kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr
e-mail: emilia.wardega@wkb.com.pl