

Grzegorz 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 ETPCz

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w aspekcie kontroli i przeszukań u przedsiębiorców
- III. Standardy wynikające z rozstrzygnięć ETPCz dot. art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka
 1. Wprowadzenie
 2. Sprawa nr 56715/09 *Heino* przeciwko *Finlandii* oraz sprawa nr 56716/09 *Harju* przeciwko *Finlandii*
 3. Sprawa nr 97/11 *Delta Pekárny* przeciwko *Republice Czeskiej*
- IV. Wnioski – czy na tle art. 8 ETPCz potrzebne są zmiany warunków podejmowania kontroli i przeszukań w sprawach antymonopolowych prowadzonych na podstawie uokik?
 1. Uregulowania dotyczące kontroli u przedsiębiorców
 2. Uregulowania dotyczące przeszukań u przedsiębiorców
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł przedstawia warunki podejmowania kontroli i przeszukań w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji prowadzonych na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w świetle wymogów art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Na podstawie najnowszego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w szczególności na podstawie orzeczenia w sprawie nr 97/11 *Delta Pekárny* przeciwko *Republice Czeskiej* autor przedstawia warunki zgodności kontroli i przeszukań służących uzyskiwaniu dowodów możliwych praktyk ograniczających konkurencję z prawem do poszanowania życia prywatnego i mieszkania. Na tej podstawie formułowane są wnioski co do potrzeby nowelizacji polskich przepisów o warunkach podejmowania kontroli i przeszukań.

Słowa kluczowe: kontrola; przeszukiwanie; UOKiK; Europejska Konwencja Praw Człowieka; prawo do poszanowania życia prywatnego i mieszkania.

JEL: K21

* Grzegorz Materna - doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN; e-mail: g_materna@wp.pl.

I. Wprowadzenie

Przedmiotem artykułu są warunki podejmowania kontroli i przeszukań w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji prowadzonych na podstawie ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹ (dalej: uokik) w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) na tle art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: Konwencja). Jest to wycinek szerszej problematyki zgodności procedur w prawie ochrony konkurencji ze standardami wynikającymi z systemu konwencyjnego Rady Europy.

Zagadnienie podejmowane w artykule wydaje się szczególnie aktualne z jednej strony, z uwagi na daleko idące zmiany w procedurze kontroli i przeszukań wprowadzone nowelizacjami uokik z 10 czerwca 2014 r.² (dalej: nowelizacja z 2014 r.) oraz z 5 sierpnia 2015 r.³, z drugiej zaś – z uwagi na obecność problematyki kontroli i przeszukań w wielu w ostatnim czasie wydanych orzeczeniach ETPCz⁴. W dalszym ciągu trwa proces wypracowywania standardów oceny w świetle art. 8 Konwencji reguł podejmowania kontroli i przeszukań. Widoczny proces ustalania tych standardów jest tym bardziej interesujący, że przebiega nie bez rozbieżności wśród sędziów ETPCz. Warto w tym kontekście odnotować sprawę nr 97/11 *Delta Pekárny przeciwko Republice Czeskiej*, w której zdanie odrębne złożyło trzech sędziów ze składu rozstrzygającego.

Standardy wypracowywane przez ETPCz na gruncie art. 8 Konwencji odnoszą do znowelizowanych przepisów uokik, które wprowadziły zmiany w zakresie zasad nadzoru sądowego nad procedurami dochodzeniowymi UOKiK. Moim celem jest ustalenie czy przewidziane w znowelizowanej uokik procedury podejmowania (inicjowania) kontroli i przeszukań w sprawach antymonopolowych odpowiadają tym standardom. W tym celu poniżej omawiam art. 8 Konwencji z punktu widzenia uprawnień organu antymonopolowego do prowadzenia kontroli i przeszukań u przedsiębiorców, a następnie odnoszę ustalone w ten sposób aktualne standardy konwencyjne do uregulowań z zakresu kontroli i przeszukań w znowelizowanej uokik.

II. Art. 8 Konwencji w aspekcie kontroli i przeszukań u przedsiębiorców

Art. 8 Konwencji stanowi gwarancję **poszanowania życia prywatnego** i rodzinnego. W ust. 1 przewiduje, że „każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji”. Zarazem w ust. 2 przewiduje, że zasadniczo „niedopuszczalna ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa” możliwa jest w przypadkach „**przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie**” z uwagi m.in. na ochronę „bezpieczeństwa państwowego, bezpieczeństwa publicznego lub dobrobytu gospodarczego kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom”.

¹ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2015 Nr 184 ze zm.).

² Ustawa z 10.06.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2014, poz. 945). Ustawa weszła w życie 18.01.2015 r.

³ Ustawa z 5.08.2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015, poz. 1634). Ustawa wejdzie w życie 17.04.2016 r. Nowelizacja wprowadza zmiany zasad prowadzenia kontroli w odniesieniu do spraw z zakresu ochrony konsumentów, pozostając tym samym poza zakresem niniejszego artykułu.

⁴ Wyr. z 3.09.2015 r. w sprawie *Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL przeciwko Portugalii*, sprawa nr 27013/10; wyr. ETPCz z 2.04.2015 r. w sprawie *Vinci Construction et GMT génie civil et services przeciwko Francji*, sprawa nr 63629/10 i 60567/10; wyr. ETPCz z dnia 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*, nr 97/11; postanowienie ETPCz z 20.11.2012 r. w sprawie *Debut zrt i inni przeciwko Węgrom*, sprawa nr 24851/10, pkt 3; wyr. ETPCz z 15.02.2011 r. w sprawie *Heino przeciwko Finlandii*, sprawa nr 56715/09, pkt 40; wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Harju przeciwko Finlandii*, sprawa nr 56716/09; wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie *Primagaz przeciwko Francji*, sprawa nr 29613/08; wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie *Grøpe Canal Plus i Sport Plus przeciwko Francji*, sprawa nr 29408/08.

Obecnie nie budzi też wątpliwości, że pojęcie „mieszkanie” obejmuje nie tylko prywatne miejsca zamieszkania, lecz także **pomieszczenia służące prowadzeniu działalności zawodowej i handlowej**, również należące do osoby prawnej. Jako „mieszkanie” w rozumieniu Konwencji ETPCz sklasyfikował m.in. biuro i gabinet osoby wykonującej wolny zawód⁵, siedzibę przedsiębiorstwa prowadzonego przez osobę fizyczną⁶, siedzibę osoby prawnej⁷ oraz oddziały lub inne miejsca prowadzenia działalności gospodarczej⁸. Co więcej, w przypadku lokali służących prowadzeniu działalności zawodowej i handlowej **dopuszcza się szerszą ingerencję władzy publicznej** w prawa chronione na podstawie art. 8 Konwencji niż ma to miejsce w przypadku lokali prywatnych⁹ **pod warunkiem**, że przepisy i praktyka ich stosowania zapewnia adekwatne, skuteczne **zabezpieczenie przed nadużyciami**¹⁰.

III. Standardy wynikające z rozstrzygnięć ETPCz dot. art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

1. Wprowadzenie

Warunki podejmowania (inicjowania) kontroli i przeszukań w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji są analizowane w kontekście konwencyjnych gwarancji poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. W świetle orzecznictwa kryteriami dopuszczalności takiej ingerencji jest uregulowanie jej w „ustawie” (w przepisach prawa krajowego) oraz niezbędność do ochrony wymienionych w art. 8 ust. 2 Konwencji wartości w demokratycznym społeczeństwie.

W świetle ustalonej linii orzeczniczej ETPCz przeprowadzanie przeszukań w celu wykrycia **naruszeń konkurencji zasadniczo jest uznawane za uzasadnione** ochroną wymienionymi w art. 8 ust. 2 Konwencji: dobrobytem gospodarczym kraju oraz zapobieganiem przestępstwom¹¹. Niezależnie jednak od tej generalnej oceny, niezbędność ingerencji jest oceniana *ad casum*, w szczególności analizowana jest **proporcjonalność** nakładanych na jednostkę obowiązków i ograniczeń do realizowanego celu¹². Nawet szeroka ingerencja władzy publicznej w prawa jednostki może być uznana za uzasadnioną, jeżeli została zrekompensovana zapewnieniem tej

⁵ Wyr. ETPCz z 16.12.1992 r. w sprawie *Niemietz przeciwko Niemcom*, nr 13710/88, pkt 30–31; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 77.

⁶ Wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Heino przeciwko Finlandii*, nr 56715/09, pkt 33.

⁷ Wyr. ETPCz z 16.4.2002 r. w sprawie *Set Colas Est i inni przeciwko Francji*, pkt 41; wyr. ETPCz z 15.02.2011 r. w sprawie *Heino przeciwko Finlandii*, req. 56715/09, pkt 33.

⁸ Wyr. ETPCz z 15.02.2011 r. w sprawie *Heino przeciwko Finlandii*, nr 56715/09, pkt 33; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*, nr 97/11, § 77. Na marginesie wskazać można, że szeroka interpretacja pojęcia „dom”, „mieszkanie” ma swoje granice i nie obejmuje np. fermy świńskiej (postanowienie ETPCz z 6.09.2005 r. w sprawie 63512/00 i 63513/00 *Leveau i Fillon przeciwko Francji*) ani młynu, piekarni i magazynu używanych wyłącznie do prowadzenia działalności przemysłowej, ani też gruntów, na których planowane jest dopiero wybudowanie domu (wyr. ETPCz z 15.11.2007 r. w sprawie nr 72118/01 *Khamidov przeciwko Rosji*, pkt 131).

⁹ Wyr. ETPCz z 16.12.1992 r. w sprawie *Niemietz przeciwko Niemcom*, nr 13710/88, pkt 30–31; wyr. ETPCz z 16.04.2002 r. w sprawie *Set Colas Est i inni przeciwko Francji*, pkt 41; wyr. ETPCz z 14.03.2013 r. *Bernh Larsen Holding AS i inni przeciwko Norwegii*, nr 24117/08, pkt 159; postanowienie ETPCz z 20.11.2012 r. w sprawie *Debut zrt i inni przeciwko Węgrom*, sprawa nr 24851/10, pkt 3; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 82.

¹⁰ Wyr. ETPCz z 16.04.2002 r. w sprawie *Set Colas Est i inni przeciwko Francji*, pkt 48–49; postanowienie ETPCz z 20.11.2012 r. w sprawie *Debut zrt i inni przeciwko Węgrom*, sprawa nr 24851/10, pkt 3.

¹¹ Wyr. ETPCz z 2.4.2015 r. w sprawie *Vinci Construction et GMT génie civil et services przeciwko Francji*, sprawa nr 63629/10 i 60567/10, pkt 74; postanowienie ETPCz z 20.11.2012 r. w sprawie *Debut zrt i inni przeciwko Węgrom*, sprawa nr 24851/10, pkt 3; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 81; wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie 29408/08 *Groupe Canal Plus i Sport Plus przeciwko Francji*, pkt 54–55.

¹² Wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie *Société Canal Plus i inni przeciwko Francji*, nr 29408/08, pkt 54; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 82.

jednostce **adekwatnych i skutecznych**, wystarczających w okolicznościach danej sprawy, **gwarancji ochrony przed arbitralnością i nadużyciem władzy**¹³.

ETPCz wypowiedział się w sprawie wymogów, jakim odpowiadać powinny reguły inicjowania kontroli i przeszukań. W tym zakresie do rangi podstawowej gwarancji zapewniającej zgodność danego środka kontrolnego z art. 8 EKPCz urasta **poddanie decyzji o zainicjowaniu kontroli weryfikacji organu sądowego**¹⁴. Jednak również brak wymogu uzyskania sądowej zgody na zastosowanie określonego środka kontrolnego może być **zrekompensowany skuteczną następczą kontrolą sądową**, o ile umożliwiała ona zbadanie wszystkich istotnych kwestii **faktycznych i prawnych**, zarówno **legalności**, jak i **zasadności** wydania aktu inicjującego kontrolę (przeszukanie)¹⁵. Trybunał bierze też pod uwagę **zakres uprawnień** posiadanych przez organ kontrolny i okoliczności zastosowania danego środka kontrolnego¹⁶. Za istotną gwarancję jednostki ETPCz uznaje dokładne (ściśle) określenie ram prawnych, w jakich przewidywana jest ingerencja organu kontrolnego oraz dokładnego sformułowanie zakresu interwencji¹⁷.

Dla zobrazowania wymagań ETPCz **warto przywołać przykłady**: bliźniacze wyroki ETPCz w sprawach nr 56715/09 *Heino przeciwko Finlandii* i nr 56716/09 *Harju przeciwko Finlandii* oraz wyrok w sprawie nr 97/11 *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*.

2. Sprawy *Heino przeciwko Finlandii* oraz *Harju przeciwko Finlandii*

Wymienione sprawy dotyczą przeszukań prowadzonych przez policję w kancelarii prawnej (sprawa *Heino przeciwko Finlandii*) i przez straż graniczną w mieszkaniu prywatnym pod nieobecność jego lokatora (sprawa *Harju przeciwko Finlandii*).

Do istotnych okoliczności obu spraw należało to, że nakaz przeszukania wydany został przez organ kontrolny, bez udziału sądu. Prawo fińskie przewidywało, że w sprawach pilnych przeszukanie może być przeprowadzone nawet bez nakazu przeszukania¹⁸, w konsekwencji czego w praktyce to oficer prowadzący dochodzenie mógł samodzielnie oceniać celowość przeszukania, wyznaczać jego zakres przedmiotowy i przeprowadzić czynności przeszukania¹⁹. Prawo nie gwarantowało więc „niezależnego lub sądowego” nadzoru nad wydawaniem nakazów przeszukania²⁰. Skarżący nie miał też efektywnego dostępu do środków zaskarżenia do sądu *a posteriori*, który mógłby zbadać legalność i zasadność nakazu przeszukania oraz sposób jej przeprowadzenia²¹. Z uwagi na to ETPCz uznał, że jednostce nie zapewniono wystarczających gwarancji sądowych zarówno przed wydaniem nakazu przeszukania, jak i po przeprowadzeniu

¹³ Wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie *Société Canal Plus i inni przeciwko Francji*, nr 29408/08, pkt 54; wyr. ETPCz z 15.02.2011 r. w sprawie *Heino przeciwko Finlandii*, nr 56715/09, pkt 36 i 39–40; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 83 i 84.

¹⁴ Wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 83.

¹⁵ Wyr. ETPCz z 7.6.2007 r. w sprawie *Smirnov przeciwko Rosji*, nr 71362/01, pkt 45; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 87.

¹⁶ Wyr. ETPCz z 16.4.2002 r. w sprawie *Set Colas Est i inni przeciwko Francji*; wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Harju przeciwko Finlandii*, nr 56716/09, pkt 40, 44; wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Heino przeciwko Finlandii*, nr 56715/09, pkt 44–45; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 83, 87, 92.

¹⁷ Wyr. ETPCz z 15.02.2011 r. w sprawie *Heino przeciwko Finlandii*, sprawa nr 56715/09, pkt 40; wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Harju przeciwko Finlandii*, sprawa nr 56716/09, pkt 39; wyr. ETPCz z 16.12.1997 r. w sprawie *Camenzind przeciwko Szwajcarii*, sprawa nr 21353/93, pkt 45; wyr. ETPCz z 1.4.2008 r. w sprawie *Varga przeciwko Rumunii*, sprawa nr 73957/01, pkt 70; wyrok ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie *Société Canal Plus i inni przeciwko Francji*, sprawa nr 29408/08, pkt 54.

¹⁸ Wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Heino przeciwko Finlandii*, sprawa nr 56715/09, pkt 42; wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Harju przeciwko Finlandii*, sprawa nr 56716/09, pkt 40.

¹⁹ Wyrok ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Heino przeciwko Finlandii*, sprawa nr 56715/09, pkt 42; wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Harju przeciwko Finlandii*, sprawa nr 56716/09, pkt 40–41.

²⁰ Wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Heino przeciwko Finlandii*, sprawa nr 56715/09, pkt 44.

²¹ *Ibidem*, pkt 45.

przeszukania. Istniejące procedury nie zapewniały minimalnego poziomu ochrony, wymaganego w praworządnym państwie demokratycznym²².

3. Sprawa *Delta Pekárny*

Sprawa *Delta Pekárny* dotyczyła kontroli, jaką jeszcze przed przystąpieniem Republiki Czeskiej do UE czeski organ ochrony konkurencji przeprowadził u przedsiębiorcy w związku z podejrzeniem zawarcia zakazanego porozumienia²³. Kontrola polegała przede wszystkim na przejrzeniu, z udziałem kontrolowanego, poczty elektronicznej wybranych pracowników.

Urząd ochrony konkurencji ocenił, że kontrolowany przedsiębiorca naruszył ciężące na nim obowiązki, uniemożliwiając kontrolującemu skontrolowanie wszystkich danych elektronicznych oraz odbierając im kilka dokumentów pozyskanych w miejscu kontroli. W związku z tym Urząd wydał decyzję nakładającą na przedsiębiorcę karę pieniężną za **utrudnianie kontroli**²⁴, utrzymaną w mocy przez sądy²⁵. Na podstawie zebranych w kontroli informacji Urząd wydał również decyzję stwierdzającą **praktykę ograniczającą konkurencję**²⁶, która po pierwotnym uchyleniu przez sąd w Brnie została następnie utrzymana w mocy w części²⁷.

Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji. Zdaniem ETPCz czeskie prawo uprawniało organ antymonopolowy do podjęcia kontroli w toku postępowania bez uprzedniej zgody sądu, a dostępne środki odwoławcze nie pozwalały jednostce poddanej tej ingerencji na pełną weryfikację i ocenę aktu inicjującego kontrolę w ramach sądowej kontroli ani *ex ante*, ani *ex post*²⁸. W przypadku braku uprzedniej zgody organu sądowego na przeprowadzenie kontroli, sądowa kontrola *ex post* powinna oferować zainteresowanemu gwarancje chroniące przed arbitralną ingerencją w jego prawa (zainicjowaniem kontroli) w sposób nieproporcjonalny i uzasadniony celem²⁹.

Wydając takie rozstrzygnięcie, ETPCz wziął też pod uwagę ogólnikowość upoważnienia do kontroli doręczzonego kontrolowanemu: zawierało tylko nazwiska kontrolujących, nie wskazywało faktów i dokumentów, na których opierają się zarzuty³⁰. Cel kontroli i podstawy, które skłoniły urząd do jej przeprowadzenia, przedstawione zostały kontrolowanej spółce dopiero w protokole z kontroli³¹.

ETPCz dostrzegł, że czeska procedura kontrolna zawierała również elementy ograniczające ryzyko nadużycia uprawnień: prowadzenie kontroli w obecności przedstawicieli spółki skarżącej, prawo Urzędu do sporządzenia kopii dokumentów, a nie do ich zajęcia, zobowiązanie pracowników Urzędu do zachowania poufności. Przy braku jednak skutecznej kontroli *ex post* elementy te nie zostały uznane za wystarczające gwarancje proceduralne³².

²² Ibidem, pkt 46.

²³ Wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 6.

²⁴ Ibidem, pkt 10–12.

²⁵ Ibidem, pkt 15–23. W toku postępowania przed sądami krajowymi i w skardze konstytucyjnej ukarany przedsiębiorca kwestionował przepis umożliwiający urzędowi przeprowadzenie kontroli bez uzyskania zgody sądu (pkt 14, 18 i 22) – uznawał, że taka ochrona jest niezbędna z uwagi na szeroki zakres uprawnień dochodzeniowych urzędu (pkt 22).

²⁶ Wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 25.

²⁷ Ibidem, pkt 26–30.

²⁸ Ibidem, pkt 86–91.

²⁹ Ibidem, pkt 93.

³⁰ Ibidem, pkt 85.

³¹ Ibidem, pkt 86.

³² Ibidem, pkt 92.

W omawianym rozstrzygnięciu interesujące jest to, że **stwierdzenie przez ETPCz braku skutecznej kontroli ex post nastąpiło w warunkach, gdy prawo czeskie przewidywało szereg prawnych instrumentów umożliwiających kwestionowanie kontroli**, zarówno samego faktu jej przeprowadzenia, jak i sposobu prowadzenia.

Art. 65 czeskiego kodeksu postępowania administracyjnego przewidywał prawo do złożenia odwołania od decyzji przez każdego, którego prawa zostały ograniczone bezpośrednio przez tę decyzję lub w postępowaniu ją poprzedzającym³³. W tym trybie możliwe było podnoszenie zażądań dotyczących legalności i proporcjonalności kontroli w odwołaniu: **(i)** od decyzji w sprawie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o ile takowa została wydana po postępowaniu, w którym przeprowadzono kontrolę; **(ii)** od decyzji stwierdzającej uchybienia kontrolowanego w toku kontroli³⁴.

Art. 82 czeskiego kodeksu postępowania administracyjnego przewidywał możliwość złożenia do sądu przez każdego, kto uważa, że organ administracyjny naruszył jego prawa przez określone działania (czynności faktyczne) niestanowiące decyzji, **pozwu w sprawie uzyskania ochrony przed taką nielegalną ingerencją**³⁵. W świetle praktyki sądów czeskich, ten środek prawny był dostępny dopiero, gdy niemożliwe było ubieganie się o ochronę na innych podstawach prawnych, np. na podstawie art. 65 kpa³⁶.

Dodatkowo w 1998 r. w prawie czeskim zapewniono możliwość ubiegania się o **odszkodowanie** z tytułu szkód materialnych i zadośćuczynienie z racji niewłaściwie prowadzonego postępowania³⁷.

Powyższe uregulowania prawne nie zostały przez ETPCz uznane za wystarczające. Według ETPCz dostępne środki odwoławcze **nie pozwalały na pełną weryfikację i ocenę aktu inicjującego kontrolę**. Formułując taką tezę, ETPCz podkreślił, że pozew z art. 82 kpa był niedostępny z uwagi na (wykorzystaną) możliwość podnoszenia zastrzeżeń co do zainicjowania kontroli w odwołaniach od decyzji, zgodnie z art. 65 kpa³⁸. Na podstawie analizy wyroków w dwóch sprawach, jakie były rozpatrywane po przeprowadzonej kontroli [decyzji w sprawie kary za utrudnianie kontroli oraz decyzji w sprawie praktyki ograniczającej konkurencję] ETPCz doszedł do przekonania, że sądy nie poddawały ocenie elementów stanu faktycznego, z uwagi na które Urząd zainicjował kontrolę³⁹ – nie badano celowości kontroli.

Z punktu widzenia analizy zgodności polskich rozwiązań ze standardami konwencyjnymi istotne jest to, że z powyższymi konkluzjami nie zgodziła się trójka sędziów ze składu orzekającego, którzy przedstawili **wspólnie zdanie odrębne**. Sędziowie zakwestionowali krytyczną ocenę przez większość składu orzekającego przewidzianej w prawie czeskim kontroli ex post, uznając, że „niesprawiedliwie ocenia rozstrzygnięcia sądów”⁴⁰. Według sędziów skuteczna kontrola zgodności z prawem oraz celowości i proporcjonalności przeprowadzenia kontroli została zapewniona w postępowaniu odwoławczym od decyzji w sprawie nałożenia na przedsiębiorcę kary

³³ Ibidem, pkt 42.

³⁴ Ibidem, pkt 21.

³⁵ Ibidem, pkt 43.

³⁶ Wyr. NSA: z 17.04.2009 r. nr 8 Aps 6/2007, z 22.9.2011 r. nr 5 Aps 4/2011. z 13.2.2014 r. nr 7 Aps 4/2013, powołane w pkt 48–50 wyroku ETPCz.

³⁷ Pkt 50 wyr. ETPCz.

³⁸ Wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 89.

³⁹ Ibidem, pkt 91.

⁴⁰ Zdanie odrębne od wyroku ETPCz w sprawie *Delta Pekárny*, pkt 4.

za utrudnianie kontroli⁴¹. Sędziowie zwrócili uwagę na to, że w trakcie postępowania w sprawie stosowania praktyk antykonkurencyjnych, przedsiębiorca miał możliwość przedstawiania zarzutów uzyskania przez czeski organ antymonopolowy dowodów nielegalnie oraz wszczęcia kontroli bezpodstawnie⁴². W konsekwencji sędziowie uznali, że z uwagi na ramy sądowej kontroli *ex post* nie powinno być stwierdzone naruszenie art. 8 Konwencji⁴³.

IV. Wnioski – czy potrzebne są zmiany warunków podejmowania kontroli i przeszukań w sprawach antymonopolowych prowadzonych na podstawie uokik?

W konsekwencji nowelizacji uokik z 2014 r. instytucja przeszukania i instytucja kontroli są rozdzielone⁴⁴. Przeszukanie pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorcy oraz kontrola to oddzielne instytucje służące pozyskiwaniu informacji i dokumentów u przedsiębiorców. Wspomniana nowelizacja uokik wprowadziła zarazem wiele znaczących zmian w warunkach prowadzenia na podstawie uokik kontroli i przeszukań u przedsiębiorców w sprawach antymonopolowych⁴⁵. Zmiany te dotyczyły również warunków podejmowania kontroli i przeszukań w tych sprawach⁴⁶. Uzasadnia to odrębną analizę w celu odpowiedzi na pytanie o zgodność z art. 8 Konwencji, uregulowań dotyczących „antymonopolowych” kontroli u przedsiębiorców oraz przepisów uokik dotyczących przeszukań u przedsiębiorców.

1. Uregulowania dotyczące kontroli u przedsiębiorców

W świetle przywołanego orzecznictwa ETPCz przeprowadzanie kontroli w sprawach antymonopolowych z uwagi na ich przedmiot może być zasadniczo uznane za uzasadnione dobrobytem gospodarczym kraju i zapobieganiem naruszeniom wymienionych w art. 8 ust. 2 Konwencji⁴⁷. Rozstrzygnięcia wymaga czy przepisy uprawniające Prezesa UOKiK do przeprowadzania kontroli zapewniają jednostce adekwatnych i skutecznych gwarancji ochrony przed arbitralnością i nadużywaniem uprawnień przez władzę publiczną⁴⁸.

Z tego punktu widzenia istotne znaczenie ma to, że aktem uprawniającym do zainicjowania kontroli jest upoważnienie Prezesa UOKiK, które nie wymaga akceptacji organu sądowego. Tak jak przed nowelizacją uokik z 2014 r., **nie uwarunkowano podjęcia kontroli u przedsiębiorcy w sprawie antymonopolowej uprzednią zgodą sądu**⁴⁹. Nie przewidziano też środków sądowej

⁴¹ Ibidem, pkt 5.

⁴² Ibidem, pkt 6.

⁴³ Ibidem, pkt 7.

⁴⁴ Dotychczas przeszukiwanie u przedsiębiorcy stanowiło formę inspekcji pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorcy w trakcie kontroli. Zgodnie z uchylonym art. 105c uokik Prezes UOKiK był uprawniony do podjęcia przeszukania w toku kontroli u przedsiębiorcy pod warunkiem dysponowania zgodą SOKiK.

⁴⁵ Szerzej zob. np. G. Materna, A. Zawłocka-Turno (2015). Materialne i procesowe zmiany w zakresie praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zbiorowe interesy konsumentów. iKAR, 2(4), s. 12–16.

⁴⁶ Wskazać należy również na istotne ograniczenie przedmiotowe możliwości prowadzenia przez Prezesa UOKiK przeszukań. Od wejścia w życie nowelizacji uokik przeszukiwanie nie mogą być przeprowadzane w prowadzonych przez Prezesa UOKiK postępowaniach w sprawach kontroli koncentracji, praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz badania rynku.

⁴⁷ Wyr. ETPCz z 2.04.2015 r. w sprawie *Vinci Construction et GMT génie civil et services* przeciwko *Francji*, sprawa nr 63629/10 i 60567/10, pkt 74; postanowienie ETPCz z 20.11.2012 r. w sprawie *Debut zrt i inni* przeciwko *Węgrom*, sprawa nr 24851/10, pkt 3; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 81; wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie *29408/08 Groupe Canal Plus i Sport Plus* przeciwko *Francji*, pkt 54–55.

⁴⁸ Wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie *Société Canal Plus i inni* przeciwko *Francji*, nr 29408/08, pkt 54; wyr. ETPCz z 15.2.2011 r. w sprawie *Heino* przeciwko *Finlandii*, nr 56715/09, pkt 36 i 39–40; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 83 i 84.

⁴⁹ Obowiązek uzyskania zgody SOKiK wymagany jest w przypadku szczególnego rodzaju kontroli w sprawach z zakresu ochrony konsumentów, wprowadzonego na podstawie ustawy z 5.08.2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015, poz. 1634), która wejdzie w życie 17.04.2016 r.

weryfikacji *ex post* aktu inicjującego kontrolę. W świetle art. 105a uokik aktem wymaganym do legalnego zainicjowania kontroli jest **samo upoważnienie** wystawionego przez Prezesa UOKiK (w niektórych, określonych w ustawie przypadkach także przez dyrektora delegatury UOKiK⁵⁰) pracownikom Urzędu lub innym osobom wskazanym w przepisach uokik. **Prezes UOKiK określa zakres podmiotowy** kontroli (przedsiębiorcę, u którego kontrola się odbywa) **i zakres przedmiotowy**, determinowany (ograniczony) zakresem przedmiotowym postępowania, w ramach którego kontrola ma miejsce.

Podkreślenia przy tym wymaga, że środków sądowej kontroli dopuszczalności samego podjęcia kontroli nie przewiduje ani uokik, ani też ustawa z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁵¹ (dalej: usdg), mająca charakter horyzontalnej regulacji zasad kontroli, stosowanej do kontroli prowadzonych przez różne organy administracji działające na podstawie przepisów ustaw szczególnych, w tym do kontroli prowadzonych na podstawie uokik. Zarazem należy przypomnieć, że w świetle przytoczonego wyżej orzecznictwa taka okoliczność **nie przesądza** jeszcze o naruszeniu art. 8 Konwencji. Jak już bowiem wskazano, brak uzależnienia kontroli od uprzedniej zgody organu sądowego może być zrekomensowany:

- skuteczną następczą kontrolą sądową umożliwiającą badanie kwestii faktycznych i prawnych, legalności i zasadności decyzji inicjującej kontrolę⁵²;
- zapewnieniem w przepisach i praktyce ich stosowania adekwatnych, skutecznych gwarancji ochrony przed arbitralnością i nadużyciem władzy⁵³.

Biorąc powyższe pod uwagę, w kontekście zgodności z art. 8 Konwencji należy zauważyć, że przepisy prawa zapewniają uzupełniające się instrumenty sądowej weryfikacji przebiegu kontroli prowadzonych przez Prezesa UOKiK oraz rozwiązania prawne mające zapewnić gwarancje praw kontrolowanego.

Wśród instrumentów sądowej weryfikacji przebiegu kontroli wymienić należy przede wszystkim uregulowaną w usdg instytucję **sprzeciwu** wobec podjęcia i wykonywania czynności kontroli: stwarza ona przedsiębiorcy, co do którego wszczęto kontrolę⁵⁴, możliwość kwestionowania niektórych aspektów związanych z wykonywaniem czynności kontroli w sytuacji jej podjęcia i prowadzenia z naruszeniem przepisów regulujących zasady i tryb kontroli⁵⁵. Jakkolwiek sprzeciw rozpatrywany jest przez organ kontrolny, to na postanowienie tego organu wydane w wyniku rozpatrzenia sprzeciwu przysługuje zażalenie⁵⁶, które wnosi się do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK)⁵⁷. Co istotne, sprzeciw stanowi instrument umożliwiający osobom zainteresowanym (poddanym kontroli przedsiębiorcom) w pewnym zakresie zapobieżenie kontroli – uznanie zasadności sprzeciwu wiąże się bowiem z odstąpieniem od czynności kontrolnych⁵⁸. Mankamentem tego instrumentu prawnego jest ograniczony zakres zastosowania, który w praktyce

⁵⁰ Art. 105a ust. 3 uokik.

⁵¹ T.j. Dz. 2015, poz. 584 ze zm.

⁵² Wyr. ETPCz z 7.06.2007 r. w sprawie *Smirnov* przeciwko *Rosji*, nr 71362/01, pkt 45; wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s.* przeciwko *Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 87; wyr. ETPCz z 15.02.2011 r. w sprawie *Heino* przeciwko *Finlandii*, sprawa nr 56715/09, pkt 45.

⁵³ Wyr. ETPCz z 16.04.2002 r. w sprawie *Set Colas Est* i inni przeciwko *Francji*, pkt 48–49; postanowienie ETPCz z 20.11.2012 r. w sprawie *Debut zrt* i inni przeciwko *Węgrom*, sprawa nr 24851/10, pkt 3.

⁵⁴ Wyr. WSA w Bydgoszczy z 21.9.2011 r. (II SA/BD 885/11), Legalis nr 395528.

⁵⁵ Wyr. NSA z 6.6.2012 r. (I GSK 698/11), Legalis nr 778723.

⁵⁶ Art. 84c ust. 10 usdg.

⁵⁷ Art. 479²⁸ § 1 pkt 2a kpc, dodany w wyniku nowelizacji uokik, która weszła w życie 18.01.2015 r.

⁵⁸ Art. 84c ust. 9 usdg. Wniesienie sprzeciwu powoduje też obowiązek wstrzymania czynności kontrolnych przez organ podejmującego i wykonującego kontrolę (art. 84c ust. 5 usdg).

nie daje możliwości kwestionowania legalności podjęcia kontroli⁵⁹. Podstawą sprzeciwu nie jest też uzasadnienie i proporcjonalność podjęcia kontroli.

Wskazać ponadto należy na przewidzianą w uokik możliwość składania **zażalenia na czynności kontrolne** wykraczające poza zakres przedmiotowy kontroli lub inne czynności kontrolne podjęte z naruszeniem przepisów. W świetle art. 105m uokik krąg uprawnionych do jego wniesienia jest ograniczony – obejmuje podmioty, o których mowa w art. 105b ust. 1 pkt 2 uokik, tj. podmioty, których własność stanowią systemy informatyczne zawierające dane kontrolowanego związane z przedmiotem kontroli, do których dostępu kontrolujący może żądać na podstawie ww. przepisu. Ten środek prawny służy kwestionowaniu czynności podejmowanych już w trakcie kontroli, nie stwarza zaś możliwości kwestionowania podstaw do samego jej podjęcia.

Ustawa przewiduje ponadto możliwość składania **zażalenia na postanowienie o zajęciu nośników informacji** i przedmiotów mogących stanowić dowód w sprawie, przysługujące osobom, których prawa zostały naruszone (art. 105g ust. 3 uokik).

Sądowa weryfikacja przebiegu kontroli możliwa jest też poprzez podnoszenie zarzutów co do legalności podjęcia i prowadzenia kontroli **w odwołaniu od decyzji o karach pieniężnych** za uniemożliwianie lub utrudnianie rozpoczęcia lub przeprowadzenia kontroli (art. 106 ust. 2 pkt 3 uokik). Zgodnie z aktualną linią orzecniczą „w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu (...) w tym zakresie, powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej”⁶⁰. Sąd orzekający w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, w której podnoszone są zarzuty naruszenia przepisów proceduralnych, które dotyczą ochrony słuszych interesów przedsiębiorcy i jego prawa do obrony, może dokonywać merytorycznej oceny zarzutów odnoszących się do postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK⁶¹.

Wskazać też należy na możliwe podnoszenia przez przedsiębiorcę zarzutów co do legalności kontroli **w odwołaniu od decyzji stwierdzającej praktykę** ograniczającą konkurencję w oparciu o materiał zgromadzonych w trakcie kontroli. Podstawą takiej kontroli jest **art. 77 ust. 6 usdg** przewidujący, że „dowody przeprowadzone w toku kontroli (...) z naruszeniem przepisów prawa w zakresie kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy (...) nie mogą stanowić dowodu”, a tym samym służyć wykazaniu naruszenia⁶².

Wskazać też należy na uprawnienie przedsiębiorcy do **domagania się odszkodowania, gdy przedsiębiorca poniósł szkodę na skutek przeprowadzenia czynności kontrolnych** z naruszeniem przepisów prawa w zakresie kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy. Na możliwość dochodzenia takiego roszczenia na zasadach i w trybie określonych w odrębnych przepisach wskazuje wprost art. 77 ust. 4 i 5 usdg⁶³.

⁵⁹ Podstawą zarzutów w sprzeciwie może być: (i) naruszenie obowiązków dot. doręczania upoważnień i okazywania dokumentów uprawniających do przystąpienia do wykonywania czynności kontrolnych; (ii) dopuszczenie do czynności kontrolnych osób, których udział nie był dopuszczalny; (iii) prowadzenie kontroli przez osobę, która podlegała wyłączeniu; (iv) naruszenie obowiązku wydania odrębnego upoważnienia przy zmianie osób upoważnionych do wykonania kontroli, zakresu przedmiotowego kontroli lub miejsca wykonywania czynności kontrolnych; (v) niezachowanie wymogów dot. treści upoważnienia; (vi) prowadzenie czynności kontrolnych w sposób wykraczający poza zakres wskazany w upoważnieniu. Zob. G. Materna (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wydanie 2. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, s. 1284–1285, Nb 13.

⁶⁰ Wyr. SN z 14.4.2010 r. (III SK 1/10), Legalis nr 385429; wyr. SOKiK z 3.2.2014 r. (XVII AmA 32/12), Legalis nr 1315590; wyr. SOKiK z 18.6.2014 r. (XVII AmA 145/11), Legalis nr 1315675.

⁶¹ Wyr. SN z 3.10.2013 r. (III SK 67/12), OSNAPiUS 2014 nr 5, poz. 79, s. 271.

⁶² Wymóg pominięcia w toku sądowej oceny rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK dowodów, które zostały zebrane z naruszeniem prawa wynika też z orzecznictwa sądowego. Zob. wyr. SN z 19.9.2009 r. (III SK 5/09), OSNAPiUS 2011, Nr 9–10, poz. 144). Por. również: M. Bernatt (2011). *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania uw, s. 204.

⁶³ Uprawnienie to przysługuje przedsiębiorcy niezależnie od przywołanych przepisów usdg, na podstawie art. 417 i art. 417² kc.

Niezależnie od wielości przywołanych powyżej środków sądowej weryfikacji kontroli, podkreślić trzeba zarazem, że brak jest bezpośrednich podstaw prawnych, w oparciu o które sądy mogłyby dokonywać oceny, jak tego wymaga ETPCz⁶⁴, czy zainicjowanie kontroli uzasadniały elementy stanu faktycznego, tj. aby sądy badały celowość podjęcia kontroli. Wprawdzie zgodnie z ustaloną linią orzecniczą, zakresem sądowej kontroli w sprawach z zakresu ochrony konkurencji objęte są też zarzuty proceduralne odnoszące się do etapu postępowania administracyjnego⁶⁵, a dowody, które zostały przez Prezesa UOKiK zebrane z naruszeniem prawa, powinny być pomijane⁶⁶. Jednak ani przepisy uokik, ani przepisy usdg nie wymagają dla podjęcia kontroli ziszczenia się określonych, szczególnych warunków stanu faktycznego. Zatem **celowość podjęcia kontroli w trakcie postępowania w sprawie antymonopolowej, istnienie okoliczności faktycznych uzasadniających taką kontrolę, nie są elementami spisanej procedury (wymogiem formalnym), poddawanej weryfikacji sądowej**. Sądy mogłyby badać celowość podjęcia kontroli jedynie w oparciu o ogólną zasadę proporcjonalności działania władzy publicznej. Wątpliwe jest jednak, by mogło to przełożyć się na wynik sprawy.

Powyżej wskazano instrumenty sądowej weryfikacji przebiegu kontroli. Poza tym uokik zawiera również rozwiązania prawne mające zapewniać gwarancje ochrony kontrolowanego przed arbitralnością i nadużyciem władzy. Należy wymienić wśród nich w szczególności wprowadzenie ścisłych wymagań co do **treści upoważnienia** do przeprowadzenia kontroli. W szczególności wymagane jest określenie zakresu przedmiotowego kontroli, w tym okresu objętego kontrolą oraz daty rozpoczęcia kontroli i przewidywanej daty jej zakończenia⁶⁷. Wskazany w upoważnieniu zakres przedmiotowy kontroli wyznacza granice ingerencji kontrolujących w działalność kontrolowanego, poza którym nie mogą być podejmowane przez kontrolujących czynności kontrolne⁶⁸. Wymagany w treści upoważnienia zakres przedmiotowy kontroli należy rozumieć jako określenie sfery działalności kontrolowanego przedsiębiorcy, jakiej dotyczy kontrola, a więc rynków i produktów objętych czynnościami kontrolnymi oraz zachowania poddawane kontroli⁶⁹, a także wskazanie, w aspekcie jakich domniemyanych naruszeń kontrola jest prowadzona.

Podobną funkcję ma ściśle **uregulowanie uprawnień kontrolującego**, które jakkolwiek są zakreślone szeroko, to zarazem mogą być wykorzystane wyłącznie „w celu uzyskania informacji mogących stanowić dowód w sprawie”⁷⁰. Taka regulacja, zakreślając proceduralne ramy ingerencji organu kontrolnego, ma charakter gwarancyjny z punktu widzenia ochrony praw i wolności przedsiębiorcy i stanowi tamę przed tzw. *fishing expeditions*.

Do rozwiązań prawnych zapewniających ochronę praw kontrolowanego zaliczyć należy również obowiązek sporządzania przez kontrolującego po zakończeniu czynności kontrolnych **protokołu przebiegu przeprowadzonej kontroli** (art. 105j ust. 1). Protokół powinien możliwie najwierniej przedstawiać przebieg kontroli, opisując czynności kontroli mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Odgrywa to rolę gwarancyjną, na co zwrócił uwagę SOKiK w jednym

⁶⁴ Wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 91.

⁶⁵ Np. wyr. SN z 3.10.2013 r. (III SK 67/12), OSNAPIUS 2014 nr 5, poz. 79, s. 271.

⁶⁶ Wyr. SN z 19.9.2009 r. (III SK 5/09) OSNAPIUS 2011, Nr 9–10, poz. 144.

⁶⁷ Art. 105a ust. 4 pkt 6 i 7 uokik.

⁶⁸ Por. art. 79a ust. 8 usdg.

⁶⁹ Np. polityka cenowa, stosowane zasady dystrybucji, reguły współpracy z kooperantami itp.

⁷⁰ Art. 105b uokik.

z orzeczeń⁷¹. Sąd wskazał w szczególności, że: (i) wymogi co do treści protokołu zabezpieczają przed ewentualnymi nadużyciami organu; (ii) po sporządzeniu protokołu organ nie może dokonywać dodatkowych ustaleń co do okoliczności kontroli, jeśli nie zostały one zawarte w protokole.

W tej samej kategorii rozwiązań prawnych mieści się przyjęta w uokik zasada, że **zainicjowanie kontroli możliwe jest co do zasady w obecności kontrolowanego** lub jego przedstawiciela (osoby przez niego upoważnionej); osobom tym powinno być doręczone upoważnienie do przeprowadzenia kontroli oraz okazane dokumenty identyfikujące kontrolujących lub osoby upoważnione do udziału w kontroli⁷². Od tej zasady przewidziano jednak wyjątki⁷³.

Za rozwiązania mające gwarantować ochronę praw kontrolowanego niewątpliwie uznać należy również wprowadzenie zasady sporządzania z dokumentów pozyskanych w trakcie kontroli **kopii**, a nie dokonywanie ich zajęcia⁷⁴, a także zobowiązanie pracowników Urzędu do zachowania **poufności**⁷⁵.

Pomimo istnienia wielu wskazanych powyżej instrumentów kontroli następczej działań UOKiK oraz gwarancji praw kontrolowanego, analiza orzecznictwa ETPCz, w szczególności stanowiska wyrażonego w wyroku w sprawie *Delta Pekárny*, **nie pozwala z całą pewnością stwierdzić zgodności z art. 8 Konwencji polskiej procedury kontroli u przedsiębiorcy w sprawach z zakresu ochrony konkurencji**. Wynika to z następujących okoliczności.

Przepisy o kontroli u przedsiębiorcy w postępowaniach przed Prezesem UOKiK, zawarte w uokik oraz w rozdziale usdg dotyczącym kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy, bezsprzecznie nie przewidują uprzedniej sądowej weryfikacji decyzji organu o inicjacji kontroli.

Ponadto przepisy dotyczące kontroli przewidują szereg uzupełniających się, przedstawionych powyżej, instrumentów następczej sądowej weryfikacji kontroli. Dotyczą one jednak wyłącznie przebiegu kontroli i obejmują badanie czynności podejmowanych w jej toku przez Prezesa UOKiK. Nie przewidują natomiast badania kwestii faktycznych i prawnych, legalności i zasadności samej decyzji o zainicjowaniu kontroli.

Wydaje się, że **ochrona prawna, jaką kontrolowanemu przedsiębiorcy zapewnia prawo polskie jest co najmniej porównywalna z tą, jaka obowiązywała w prawie czeskim i została uwzględnionym w sprawie *Delta Pekárny***. W szczególności dotyczy to możliwości podnoszenia przez kontrolowanego zarzutów dotyczących przebiegu kontroli zarówno w ewentualnych decyzjach wydanych przeciwko przedsiębiorcy w wyniku przeprowadzonej kontroli, jak i uprawnienia przedsiębiorcy do domagania się odszkodowania, gdy przedsiębiorca poniósł szkodę na skutek przeprowadzenia czynności kontrolnych. W prawie polskim przewidzianych jest również dodatkowo szereg instrumentów sądowej weryfikacji czynności podejmowanych w toku kontroli. Polskie prawo nie zapewnia jednak obecnie możliwości kwestionowania przed sądem działań organu administracji niestanowiących decyzji, jeżeli naruszyły jego prawa, co w analizowanym przez

⁷¹ Wyr. SOKiK z 18.6.2014 r. (XVII AmA 145/11), Legalis nr 1315675.

⁷² Art. 105a ust. 6 uokik.

⁷³ Wyjątek: w przypadku niemożności dokonania doręczenia – w obecności pracownika kontrolowanego, który może być uznany za osobę, o której mowa w art. 97 kc lub przywołanego świadka, którym powinien być funkcjonariusz publiczny, niebędący jednak pracownikiem organu przeprowadzającego kontrolę (art. 105a ust. 7 uokik). Ponadto dopuszczalne jest prowadzenie kontroli pod nieobecność kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej (art. 80 ust. 2 pkt 3 usdg), co wzbudza wątpliwości w doktrynie. Zob. M. Bernatt (2011). *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 200.

⁷⁴ Wyjątek: art. 105g-105h uokik, umożliwiające zajęcie pism i dokumentów lub informatycznych nośników danych oraz innych przedmiotów mogących stanowić dowód. Podkreślenia wymagają ograniczenia w zakresie zastosowania tego uprawnienia (czas niezbędny do przeprowadzenia kontroli, nie dłuższy niż 7 dni) oraz możliwość zażalenia się przez osoby, których prawa zostały naruszone, na postanowienie o zajęciu (art. 105g ust. 3 uokik).

⁷⁵ Art. 71 uokik.

ETPCz stanie prawnym przewidywał art. 82 czeskiego kodeksu postępowania administracyjnego. Wskazać zarazem należy, że w prawie polskim obowiązywało rozwiązanie mogące uchodzić za odpowiednik przywoływanego uprawnienia w prawie czeskim. Zgodnie z art. 52 § 3 w związku z art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. 2012, poz. 270) każdy, kto miał w tym interes prawny, miał prawo do wniesienia skargi na inne niż decyzje i postanowienia akty lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa, w stosunku do których nie przewidziano środków zaskarżenia. Na podstawie art. 146 tej ustawy, sąd mógł uchylić ten akt albo stwierdzić bezskuteczność czynności. Wydaje się, że za akt, o którym mowa w tym przepisie, mogło być uznane np. wydane na podstawie art. 105a uokik upoważnienie Prezesa UOKiK do kontroli u przedsiębiorcy. Jego bowiem treść decyduje o powstaniu określonych obowiązków po stronie kontrolowanego (obowiązek poddania się kontroli) i o zakresie tego obowiązku. Z uwagi na nowelizację art. 3 § 2 pkt 4 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, która weszła w życie 15 sierpnia 2015 r.⁷⁶, obecnie opisane uprawnienie do wzruszenia „innych niż decyzje i postanowienia aktów lub czynności z zakresu administracji publicznej”, do których – jak się wydaje – można byłoby zaliczyć upoważnienia Prezesa UOKiK do przeprowadzenia kontroli u przedsiębiorcy, nie wynika już z prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Ustawa ta nie odnosi się bowiem do tego rodzaju aktów lub czynności.

Należy zarazem podkreślić, że w uregulowanej w uokik i usdg polskiej procedurze prowadzenia kontroli u przedsiębiorcy znajduje się szereg wymienionych wyżej instrumentów o charakterze gwarancyjnym, ograniczających ryzyko nadużycia uprawnień przez organ kontrolny.

Analizując wyrok w sprawie *Delta Pekárny*, można zaryzykować twierdzenie, że **gwarancje te są częściowo porównywalne, a częściowo nawet sięgają dalej niż gwarancje zidentyfikowane przez ETPCz w prawie czeskim w orzeczeniu w sprawie *Delta Pekárny***. W szczególności wskazać można na wyższe wymagania w prawie polskim co do treści upoważnienia do przeprowadzenia kontroli. Z uzasadnienia wyroku ETPCz wynika, że w prawie czeskim upoważnienie do kontroli doręczane kontrolowanemu zawierało tylko nazwiska kontrolujących, nie wskazując faktów i dokumentów, na których opierają się zarzuty, a także nie określając celu kontroli i podstaw, które skłoniły urząd do jej przeprowadzenia⁷⁷. Poza tym, wspólne dla obu regulacji prawnych – obecnej polskiej i ówczesnej czeskiej – są: zasada prowadzenie kontroli w obecności przedstawicieli kontrolowanego przedsiębiorcy, zasada sporządzania kopii z dokumentów pozyskanych w trakcie kontroli, a nie dokonywanie ich zajęcia, a także zobowiązanie pracowników Urzędu do zachowania poufności. Należy jednocześnie zauważyć, że istnienie tych gwarancji w prawie czeskim zostało wzięte pod uwagę przez ETPCz w sprawie *Delta Pekárny*, ale nie wpłynęło na ostateczne rozstrzygnięcie. Wobec bowiem braku skutecznej kontroli *ex post* ETPCz uznał te elementy za niewystarczające gwarancje proceduralne⁷⁸.

Powyższa analiza może **prowadzić do wniosku, że w świetle wyroku ETPCz w sprawie *Delta Pekárny* polskie uregulowania dotyczące warunków inicjowania kontroli u przedsiębiorców mogą nie zapewniać zgodności z art. 8 Konwencji przez brak uprzedniej zgody sądu na**

⁷⁶ Art. 1 pkt 1 lit. 1 ustawy z 9.4.2015 r. o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2015, poz. 658).

⁷⁷ Wyr. ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie *Delta Pekárny a.s. przeciwko Republice Czeskiej*, nr 97/11, pkt 86.

⁷⁸ *Ibidem*, pkt 92.

podjęcie kontroli, który to brak nie jest rekompensowany środkami następczej sądowej kontroli umożliwiającymi zbadanie legalności i zasadności wydania aktu inicjującego kontrolę ani wymaganymi przez ETPCz gwarancjami ochrony przed arbitralnością i nadużyciem władzy.

W tym kontekście należałoby postulować **weryfikację i modyfikację obecnych warunków inicjowania kontroli u przedsiębiorców**. Wniosek ten dotyczy przy tym nie tyle (nie tylko) przepisów o ochronie konkurencji, ile przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, które w sposób horyzontalny regulują zasady inicjowania i prowadzenia kontroli działalności gospodarczej przez różne organy administracji, w tym przez Prezesa UOKiK.

Wskazać zarazem należy, że ewentualne zmiany powinny uwzględniać kierunek niezrealizowanych prac nad nowym prawem działalności gospodarczej, które były prowadzone przez rząd w poprzedniej kadencji sejmu. Projekt zmian zakładał w szczególności zasadę prowadzenia kontroli na podstawie „analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa przez przedsiębiorców” obejmującej „identyfikację obszarów, w których ryzyko naruszenia przepisów jest największe, lub przedsiębiorców, u których ryzyko naruszenia przepisów jest największe”⁷⁹. Wydaje się, że wprowadzenie takiego wymogu w połączeniu z możliwością choćby następczego weryfikowania tej analizy na drodze sądowej mogłoby przy spełnieniu określonych warunków odpowiadać konwencyjnemu wymogowi zapewnienia następczej kontroli sądowej umożliwiającej zbadanie istotnych kwestii faktycznych i prawnych, zarówno legalności, jak i zasadności wydania aktu inicjującego kontrolę.

Zarazem należy podkreślić, że wnioski co do zgodności polskich przepisów dotyczących kontroli z art. 8 Konwencji mogłyby być inne w przypadku, gdyby punktem odniesienia uczynić **stanowisko trójki sędziów, którzy podpisali się pod wspólnym zdaniem odrębnym od wyroku w sprawie Delta Pekárny**. Sędziowie uznali, że w analizowanym stanie prawnym zapewniona została wystarczająca sądowa weryfikacja podstaw prawnych podjęcia kontroli i jej proporcjonalności *ex post*, w decyzjach w sprawie kary za utrudnianie kontroli⁸⁰, a nadto możliwość przedstawiania przez przedsiębiorcę zarzutów uzyskania dowodów nielegalnie w toku postępowania administracyjnego prowadzącego do wydania decyzji w sprawie praktyk ograniczających konkurencję⁸¹.

Biorąc pod uwagę porównywalność w powyższym zakresie regulacji będącej podstawą analizy ETPCz i obecnych uregulowań w prawie polskim, przyjęcie optyki sędziów, którzy złożyli zdanie odrębne, mogłoby oznaczać zgodność polskich uregulowań dotyczących inicjowania antymonopolowej kontroli u przedsiębiorcy z art. 8 Konwencji.

2. Uregulowania dotyczące przeszukań u przedsiębiorców

Zastrzeżenia co do zgodności z art. 8 Konwencji uregulowań dotyczących kontroli u przedsiębiorcy nie przekładają się bezpośrednio na ocenę uregulowań uokik dotyczących przeszukania u przedsiębiorcy. Wydaje się, że uwzględniając zmiany wprowadzone w wyniku nowelizacji uokik z 2014 r. warunki inicjowania przeszukaniu mogą być uznane za zgodne z omówionym powyżej standardem konwencyjnym.

Przede wszystkim wskazać należy, że w odróżnieniu od przepisów o kontroli u przedsiębiorcy, przeszukanie pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorcy Prezes UOKiK może zainicjować pod

⁷⁹ Art. 89 ust. 6 projektu ustawy – Prawo działalności gospodarczej. Druk sejmowy 3807. Pobrano z: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3807>.

⁸⁰ Zdanie odrębne od wyroku ETPCz w sprawie *Delta Pekárny*, pkt 5.

⁸¹ *Ibidem*, pkt 6.

warunkiem uzyskania zgody na zastosowanie tego środka kontrolnego wydanej przez SOKiK⁸². Sąd rozpatruje wniosek Prezesa UOKiK w ciągu 48 godzin i w razie jego akceptacji wydaje postanowienie, na które nie przysługuje zażalenie⁸³. Analogiczny wymóg uzyskania przez Prezesa UOKiK sądowej akceptacji zastosowania procedur dochodzeniowych był sformułowany również przed nowelizacją uokik w odniesieniu do kontroli z przeszukaniem u przedsiębiorcy⁸⁴.

Zmianą, na którą warto zwrócić uwagę, jest **modyfikacja warunków**, pod jakimi zgoda sądu może być udzielana. Obecnie wnosząc o zgodę sądu przeszukanie pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorcy, Prezes UOKiK zobligowany jest: wskazać **cel przeszukania**, jakim może być „znalezienie i uzyskanie informacji (...) oraz (...) przedmiotów mogących stanowić dowód w sprawie”⁸⁵ (nowość w stosunku do regulacji sprzed nowelizacji); wykazać „istnienie **uzasadnionych podstaw do przypuszczenia**, że wymienione informacje lub przedmioty” znajdują się w pomieszczeniach i rzeczach przedsiębiorcy, którego dotyczy wniosek⁸⁶ (nowość w stosunku do regulacji sprzed nowelizacji); umotywić istnienie „uzasadnionego **podejrzania poważnego naruszenia przepisów ustawy**”, w szczególności możliwości **zatarcia dowodów** – jeżeli Prezes UOKiK występuje z wnioskiem o zgodę na przeprowadzenie przeszukania w toku postępowania wyjaśniającego⁸⁷.

Tym samym SOKiK, dokonując oceny wniosku Prezesa UOKiK o zgodę na przeszukanie, zobowiązany jest zbadać legalność celu przeszukania sformułowanego we wniosku, a także badać istnienie uzasadnienia do podjęcia przeszukania u przedsiębiorcy (Prezes UOKiK musi wykazać we wniosku istnienie uzasadnionych podstaw do przypuszczenia, że wymienione informacje lub przedmioty znajdują się w pomieszczeniach i rzeczach przedsiębiorcy, którego dotyczy wniosek).

Ustawa ogranicza też, zgodnie z zasadą proporcjonalności, stosowanie przeszukania w postępowaniach wyjaśniających (postępowaniach w sprawie, prowadzonych przed postawieniem przedsiębiorcom zarzutów) tylko do przypadków najcięższych naruszeń oraz przypadków niecierpiących zwłoki (ryzyko zatarcia dowodów)⁸⁸.

W tym kontekście **możliwe jest stawianie tezy o zgodności z art. 8 Konwencji polskiej procedury inicjowania przeszukania u przedsiębiorcy** w sprawach antymonopolowych, już z uwagi na to, że procedury te warunkują przeprowadzenie przeszukania uprzednią weryfikacją sądu, pozwalającą na badanie zarówno legalności, jak i zasadności podjęcia przeszukania.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, że uregulowane w uokik instrumenty weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie przeszukania prowadzonego na podstawie uokik są szersze niż te przewidziane dla kontroli. Po nowelizacji uokik z 2014 r. legalność czynności podejmowanych w przeszukaniu prowadzonym na podstawie tej ustawy mogą kwestionować w drodze zażalenia nie tylko poddani przeszukaniu przedsiębiorcy, lecz także inne „osoby, których

⁸² Art. 105n ust. 2 uokik.

⁸³ Art. 105n ust. 4 uokik.

⁸⁴ Art. 105c ust. 1 uokik sprzed nowelizacji z 2014 r.

⁸⁵ Art. 105n ust. 1 uokik.

⁸⁶ Art. 105n ust. 1 uokik. Wprowadzenie tej przesłanki do uokik uznać można za inkorporację rozwiązania przyjętego w art. 219 § 1 kpk, w świetle którego przeszukania pomieszczeń i innych miejsc można dokonać pod warunkiem, że istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że osoba podejrzana lub wymienione rzeczy tam się znajdują – w celu wykrycia lub zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej, a także w celu znalezienia rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym.

⁸⁷ Art. 105n ust. 3 uokik.

⁸⁸ Art. 105n ust. 3 uokik.

prawa zostały naruszone w toku przeszukania⁸⁹. Zażalenie może dotyczyć wszelkich czynności przeszukania wykraczających poza zakres przedmiotowy przeszukania lub podjętych z naruszeniem przepisów.

Poza tym możliwe wydaje się, przynajmniej do pewnego stopnia, **podnoszenie zarzutów co do legalności podjęcia przeszukania w postępowaniu odwoławczym w sprawach ewentualnych decyzji o karach pieniężnych** za uniemożliwianie lub utrudnianie rozpoczęcia lub przeprowadzenia przeszukania⁹⁰ oraz **decyzji stwierdzającej praktyki** ograniczającej konkurencję – jeżeli w postępowaniu opierano się na materiale zgromadzonym w trakcie przeszukania. Zgodnie z przywoływaną już linią orzecniczą, zakresem sądowej kontroli w sprawach z zakresu ochrony konkurencji objęte są też zarzuty proceduralne odnoszące się do etapu postępowania administracyjnego⁹¹, a dowody, które zostały przez Prezesa UOKiK zebrane z naruszeniem prawa, powinny być pomijane⁹². Podstawy do tego, żeby na tych późniejszych etapach sprawy sąd badał istnienie podstaw do wszczęcia przeszukania wynikają z faktu wymienienia w uokik konkretnych przesłanek podjęcia przeszukania (art. 105n) – inaczej niż ma to miejsce w przypadku instytucji kontroli u przedsiębiorcy⁹³.

Powyższa analiza może prowadzić do wniosku, że w świetle orzecznictwa ETPCz, a przede wszystkim w świetle wyroku w sprawie *Delta Pekárny*, **z punktu widzenia art. 8 Konwencji nie istnieje potrzeba modyfikacji obecnych warunków inicjowania przeszukania u przedsiębiorców.**

V. Zakończenie

Przeprowadzona analiza prowadzi do wniosku, że w świetle orzecznictwa ETPCz, a przede wszystkim w świetle wyroku w sprawie *Delta Pekárny*, istnieje **potrzeba weryfikacji i modyfikacji uregulowań określających warunki inicjowania kontroli** u przedsiębiorców. Ponieważ uregulowania te w prawie polskim zawarte są w znacznym stopniu w przepisach usdg, to ustawa ta powinna być poddana modyfikacji. Punktem wyjścia mogłyby być propozycje zawarte w niezrealizowanym rządowym projekcie nowego prawa działalności gospodarczej z 2015 r., przewidujące poprzedzanie kontroli analizą prawdopodobieństwa naruszenia prawa⁹⁴, które należałoby uzupełnić o możliwość choćby następczej weryfikacji tej analizy na drodze sądowej.

Wydaje się zarazem, że zawarte w uokik **uregulowania dotyczące warunków inicjowania przeszukania u przedsiębiorców spełniają standardy zgodności z art. 8 Konwencji** wypracowane w orzecznictwie ETPCz. Na zakończenie należy podkreślić, że wyrok w sprawie *Delta Pekárny* nadal nie czyni jasną sprawy wymaganych standardów podejmowania kontroli i przeszukań. Po pierwsze z uwagi na widoczne rozbieżności wśród sędziów ETPCz co do tego, jak daleko mają sięgać gwarancje ochrony przed nadmierną ingerencją organów władzy. Po drugie, z uwagi na ściśle powiązanie oceny zgodności z art. 8 Konwencji tytułowych warunków podejmo-

⁸⁹ Art. 105p uokik.

⁹⁰ Art. 106 ust. 2 pkt 4 uokik.

⁹¹ Np. wyr. SN z 3.10.2013 r. (III SK 67/12), OSNAPIUS 2014 nr 5, poz. 79, s. 271.

⁹² Wyr. SN z 19.9.2009 r. (III SK 5/09) OSNAPIUS 2011, Nr 9–10, poz. 144.

⁹³ Zasadniczo trudno przyjąć, że w postępowaniu odwoławczym od decyzji antymonopolowych SOKiK badać będzie zasadność wydania postanowienia o zgodzie na przeszukanie przez ten sam sąd. Ocena spełnienia ustawowych przesłanek podjęcia przeszukania (zgody na przeszukanie) mogłaby jednak być analizowana w kolejnej instancji sądowej.

⁹⁴ Art. 89 ust. 6 projektu ustawy – Prawo działalności gospodarczej. Druk sejmowy 3807. Pobrano z: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3807>.

wania kontroli i przeszukań z zakresem gwarancji udzielonych jednostce w prawie krajowym do efektywnego zaskarżenia sposobu prowadzenia inspekcji. Wskazać bowiem należy, że zakres tych gwarancji jest systematycznie pogłębiany i konkretyzowany⁹⁵. Sposób, w jaki prawo krajowe uwzględnia te standardy i zapewnia adekwatne, skuteczne zabezpieczenie przed nadużyciami ze strony organu kontrolnego, może wpływać na ocenę dopuszczalności ingerencji władzy publicznej w prawa chronione na podstawie art. 8 Konwencji.

Zastrzec należy również, że przeprowadzona tu analiza nie przesądza o zgodności polskich uregulowań dotyczących warunków inicjowania kontroli i przeszukań z perspektywy innych niż art. 8 przepisów Konwencji⁹⁶.

⁹⁵ W ostatnim czasie warto wskazać np. na orzeczenie w sprawie nr 63629/10 i 60567/10 *Vinci Construction* dotyczące warunków, na jakich organ kontrolny może dokonywać zajęcia dokumentów w trakcie kontroli oraz warunków sądowej weryfikacji sposobu postępowania z dokumentami zawierającymi tajemnicę obrończą. Zob. wyr. ETPCz z 2.4.2015 r. w sprawie *Vinci Construction et GMT génie civil et services przeciwko Francji*, sprawa nr 63629/10 i 60567/10.

⁹⁶ Wskazać należy na wyr. ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie 29613/08 *Primagaz przeciwko Francji* i w sprawie 29408/08 *Groupe Canal Plus i Sport Plus przeciwko Francji*, w których zakwestionowano zgodność francuskich uregulowań dotyczących przeszukań prowadzonych przez organ antymonopolowy z art. 6 § 1 Konwencji z uwagi na brak skutecznej kontroli sądowej przeszukania prowadzonego przez organ antymonopolowy.