

Marcin Kulesza*

Zakres obowiązków i uprawnień przeszukującego i przeszukiwanego w toku przeszukania przez Prezesa UOKiK – omówienie postanowienia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 22 listopada 2022 r. w sprawie XVII Amz 92/22

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Zarzuty przeszukiwanego
 1. Zarzut pierwszy
 2. Zarzut drugi
 3. Zarzut trzeci
- III. Stan faktyczny
- IV. Oddalenie zażalenia i argumentacja Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
 1. Informacje i dowody a zakres przedmiotowy przeszukania
 2. Zakłócenie działalności przeszukiwanego
 3. Prawo do obrony i rejestracja czynności przeszukania
- V. Krótki komentarz

Streszczenie

Artykuł przedstawia omówienie postanowienia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 22 listopada 2022 r. w sprawie XVII Amz 92/22 oddalającego zażalenie przeszukiwanego na czynności przeszukania, dotyczącego zgodności pozyskiwanego materiału dowodowego z zakresem przedmiotowym przeszukania, możliwości utrwalania czynności przeszukania przez przeszukiwanego (w tym z punktu widzenia ochrony osób trzecich po stronie przeszukujących) oraz zakłócenia funkcjonowania przeszukiwanego przez zabezpieczenie niezbędnego sprzętu i dostępu do poczty elektronicznej. Postanowienie może być istotne z punktu widzenia prawa przeszukiwanych do obrony w postępowaniach przez Prezesem UOKiK.

Słowa kluczowe: egzekwowanie prawa; konkurencja; obowiązki i uprawnienia; postępowanie wyjaśniające; praktyki ograniczające konkurencję; prawa człowieka; prawo administracyjne; prawo do obrony; procedura; przeszukiwanie; zakres przedmiotowy przeszukania.

JEL: K21, K23, K38, K40, K41, K42

* Doktor nauk prawnych; prawnik w praktyce ochrony konkurencji i konsumentów kancelarii Wardyński i Wspólnicy. ORCID: 0000-0002-1569-2244; e-mail: marcin.kulesza@wardynski.com.pl. Niniejszy artykuł wyraża wyłącznie własne poglądy autora.

I. Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest omówienie postanowienia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) z 22 listopada 2022 r. w sprawie XVII Amz 92/22¹. Postanowienie zostało wydane na skutek zażalenia przeszukiwanego (spółki jawnej) na czynności przeszukania przez Prezesa UOKiK na podstawie postanowienia SOKiK z 29 września 2022 r., XVII Amo 77/22. Żalący skarżył następujące czynności przeszukujących (szczegółowe przytoczenie zarzutów poniżej):

- 1) pozyskanie z informatycznych nośników danych i wyselekcjonowanie do pozyskania jako materiał dowodowy korespondencji z poczty elektronicznej, dokumentów i innych materiałów przeszukiwanego (w tym mających charakter prywatny lub osobisty) o zakresie przedmiotowym nieobjętym zakresem przedmiotowym przeszukania;
- 2) utrudnianie przeszukiwanemu utrwalania obrazu i dźwięku czynności przeszukania; przeszukujący stwierdzili, że takie działanie może utrudniać przeszukiwanie oraz budzi wątpliwości ze względu na ochronę biorącej udział w przeszukaniu po stronie przeszukujących osoby trzeciej niebędącej pracownikiem UOKiK;
- 3) prowadzenie czynności przeszukania w sposób zakłócający funkcjonowanie przeszukiwanego poprzez zabezpieczenie w jedynym pomieszczeniu biurowym w siedzibie przeszukiwanego niezbędnego do funkcjonowania sprzętu elektronicznego i zablokowania dostępu do służbowej poczty elektronicznej, nieuzasadnione potrzebami przeszukania.

Zażalenie zostało oddalone w całości (ustalenia SOKiK i uzasadnienie poniżej).

Analiza uzasadnienia postanowienia wskazuje, że choć co do zasady jest ono słuszne, a wiele stwierdzeń SOKiK zasługuje wprost na aprobatę, to można mieć wątpliwości co do niektórych argumentów SOKiK.

Z tego względu oraz mając na uwadze doniosłość w zakresie sprecyzowania obowiązków i uprawnień przeszukiwanego w kontekście jego prawa do obrony warto zwrócić uwagę na to postanowienie.

Jak wspomniano powyżej, artykuł przedstawia treść zarzutów przeszukiwanego wobec czynności objętych zażaleniem, ustalenia faktyczne dokonane przez SOKiK oraz jego argumentację prawną, a także – choć tekst ten nie rości sobie praw do statusu glosy – krótki komentarz.

II. Zarzuty przeszukiwanego

Jak wynika z treści uzasadnienia postanowienia, żalący przedstawił trzy zarzuty wobec czynności przeszukania.

1. Zarzut pierwszy

Przeszukiwany stwierdził, że przeszukujący pozyskali z nośników danych i selekcjonowali do pozyskania jako materiał dowodowy korespondencję z poczty elektronicznej przeszukiwanego, dokumenty i inne materiały (w tym o charakterze prywatnym lub osobistym) o zakresie przedmiotowym wykraczającym poza zakres przedmiotowy przeszukania wskazany w postanowieniu SOKiK z 29 września 2022 r. o zgodzie na przeszukiwanie. Zdaniem żalącego naruszyło to:

¹ LEX nr 3445886; Legalis nr 2848681. Pozyskano z: [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/154505000005127_XVII_Amz_000092_2022_Uz_2022-12-01_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/154505000005127_XVII_Amz_000092_2022_Uz_2022-12-01_001).

- 1) art. 105p uokik poprzez prowadzenie czynności przeszukania wykraczających poza zakres przedmiotowy przeszukania określony w postanowieniu SOKiK z 29 września 2022 r., XVII Amo 77/22, jako pozyskanie dowodów „na okoliczność ustalania cen odsprzedaży produktów będących w ofercie (...) Sp. z o.o. przez (...) Sp. z o.o. oraz przedsiębiorców prowadzących sprzedaż tej spółki”;
- 2) art. 105a ust. 4 pkt 6 w zw. z art. 105q pkt 1 uokik poprzez prowadzenie przez przeszukujących czynności przeszukania wykraczających poza zakres udzielonego im upoważnienia, które na s. 5 postanowienia SOKiK z 29.09.2022 r. jako „zakres przedmiotowy przeszukania” wskazywało pozyskanie dowodów „na okoliczność ustalania cen odsprzedaży produktów będących w ofercie (...) Sp. z o.o. przez (...) Sp. z o.o. oraz przedsiębiorców prowadzących sprzedaż tej spółki”;
- 3) art. 105b ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 105q pkt 1 uokik poprzez pozyskanie z nośników informatycznych danych bez uwzględnienia, że przeszukujący żądać mogą udostępnienia tylko danych związanych z przedmiotem przeszukania;
- 4) art. 7 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej² oraz art. 8 EKPC poprzez naruszenie wynikającego z tych przepisów prawa do nienaruszalności mieszkania (lokalu) wskutek pozyskania w trakcie przeszukania informacji, na których pozyskanie Prezes UOKiK nie miał zgody SOKiK;
- 5) art. 47 KPP i art. 6 EKPC poprzez naruszenie wynikającego z tych przepisów prawa do skutecznej ochrony sądowej wymagającej prowadzenia przeszukania w granicach zgody uzyskanej od właściwego sądu.

2. Zarzut drugi

Zdaniem żalącego przeszukujący utrudniali przeszukiwanemu utrwalanie w formie obrazu i dźwięku czynności przeszukania. Przeszukujący stwierdzili, że takie działanie przeszukiwanego utrudnia przeszukanie. Ich zdaniem nie było ponadto możliwe ze względu na ochronę biorącej udział w przeszukaniu po stronie przeszukujących osoby niebędącej pracownikiem UOKiK, a firmy zewnętrznej. Miało to naruszyć:

- 1) art. 105d ust. 1 i art. 105b ust. 1 w zw. z art. 105q pkt 1 uokik „poprzez ich błędną wykładnię na skutek uznania, że uprawnienia przeszukującego i odpowiadające im obowiązki przeszukiwanego wykluczają korzystanie przez przeszukiwanego z przysługującego mu prawa do obrony poprzez dokumentowanie czynności przeszukania”;
- 2) art. 6 k.p.a. „poprzez utrudnianie – pomimo braku ku temu podstawy prawnej – właścicielowi przeszukiwanego przedsiębiorcy działań będących realizacją przez Powoda [przeszukiwanego – przyp. aut.] jej prawa do obrony a polegających na dokumentowaniu czynności przeszukania”;
- 3) art. 8 ustawy – Prawo przedsiębiorców³ „poprzez utrudnianie właścicielowi przeszukiwanego przedsiębiorcy działań będących realizacją przez Powoda [żalącego – przyp. aut.] (...) prawa do obrony a polegających na dokumentowaniu czynności przeszukania – co naruszało wyrażoną w tym przepisie zasadę, że przedsiębiorca może podejmować wszelkie działania,

² Dz. Urz. UE 2007 C 303/1; dalej: KPP.

³ Ustawa z dn. 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. 2023, poz. 221, ze zm.).

z wyjątkiem tych, których zakazują przepisy prawa oraz, że przedsiębiorca może być obowiązany do określonego zachowania tylko na podstawie przepisów prawa”;

- 4) art. 8 k.p.a. i art. 12 ustawy – Prawo przedsiębiorców „poprzez prowadzenie przeszukania w sposób naruszający zaufanie do władzy publicznej i zasadę proporcjonalności wskutek utrudniania właścicielowi przeszukiwanego przedsiębiorcy działań będących realizacją prawa do obrony a polegających na dokumentowaniu czynności przeszukania”;
- 5) art. 47 KPP i art. 6 EKPC „poprzez naruszenie wynikającego z tych przepisów (...) prawa do skutecznej środka prawnego przed sądem oraz do umożliwienia przygotowania obrony, czego realizacja wymaga umożliwienia Powodowi [przeszukiwanemu – przyp. aut.] dokumentowania czynności podejmowanych przez przeszukujących”;
- 6) art. 3 dyrektywy 2019/1⁴ „poprzez prowadzenie przeszukania w ramach postępowania wyjaśniającego dotyczącego możliwości naruszenia art. 101 TFUE w sposób niezgodny z ogólnymi zasadami prawa Unii oraz KPP”.

3. Zarzut trzeci

Prowadzenie czynności przeszukania, zdaniem żalącego, zakłócało funkcjonowanie przeszukiwanego poprzez zabezpieczenie w jednym pomieszczeniu biurowym w siedzibie przeszukiwanego niezbędnego do jego bieżącego funkcjonowania sprzętu elektronicznego i zablokowanie dostępu do firmowej poczty elektronicznej „trzech osób na okres do czwartego dnia przeszukania, co nie było uzasadnione potrzebami przeszukania i zwrócenie tego sprzętu dopiero po wielokrotnej interwencji (...)”. Według przeszukiwanego naruszyło to:

- 1) art. 52 ustawy – Prawo przedsiębiorców w zw. z art. 105q pkt 2 uokik „poprzez niewykonywanie czynności przeszukania w sposób sprawny i możliwie niezakłócający funkcjonowania przedsiębiorcy”;
- 2) art. 51 ustawy – Prawo przedsiębiorców w zw. z art 105q pkt 2 uokik „poprzez nieuwzględnienie, że przeszukania przeprowadza się ‘w godzinach pracy lub w czasie faktycznego wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę’”;
- 3) art. 12 ustawy – Prawo przedsiębiorców oraz art. 8 k.p.a. „poprzez nieprowadzenie przeszukania w sposób budzący zaufanie przedsiębiorców do władzy publicznej w poszanowaniu zasady proporcjonalności”.

III. Stan faktyczny

Poza przytoczoną powyżej treścią zarzutów żalącego nie znamy stanu faktycznego przedstawionego przez niego w zażaleniu. W tym zakresie musimy polegać wyłącznie na ustaleniach faktycznych dokonanych przez SOKiK. Poniżej przytaczam jedynie najistotniejsze okoliczności. Są one konieczne dla oceny rozumowania SOKiK w dalszej części.

Jak stwierdził SOKiK, jego postanowienie z 29 września 2022 r., XVII Amo 77/22, w sprawie zgody na przedmiotowe przeszukanie w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Prezesa UOKiK wyznaczyło jako zakres przedmiotowy przeszukania znalezienie i uzyskanie informacji „z akt, ksiąg, pism, wszelkiego rodzaju dokumentów lub informatycznych nośników danych,

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z 11.12.2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego (Dz. Urz. UE 2019 L 11/3).

urządzeń oraz systemów informatycznych oraz innych przedmiotów, za okres od 31 stycznia 2002 r. mogących stanowić dowód **na okoliczność ustalania cen odsprzedaży** [podkr. SOKiK – przyp. aut.], produktów będących w ofercie (...) Sp. z o.o., przez A. S. Sp. z o.o. oraz przedsiębiorców prowadzących sprzedaż produktów tej spółki, co może naruszać art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej”.

Na podstawie tej zgody Prezes UOKiK podjął przeszukanie trwające sześć dni (z pominięciem przypadającego w trakcie weekendu i świąta), w godzinach pracy przeszukiwanego.

Przeszukujący zabezpieczyli 21 urządzeń elektronicznych. Żalący wskazał, że chodziło o „11 komputerów, tablety oraz 4 telefony komórkowe, które upoważnieni pracownicy powoda przeszukiwali i z których kopiowali pliki związane z zakresem przeszukania”. Przeszukiwanie tych nośników odbywało się w gabinecie prezesa i właściciela przeszukiwanego, w którym poza godzinami pracy przeszukiwanego wspomniany sprzęt przechowywano. Nie było innego pomieszczenia, które mogło pełnić taką funkcję. Drugie pomieszczenie w siedzibie przeszukiwanego to sklep stacjonarny przeznaczony do obsługi klientów.

SOKiK ustalił, że sprzęt „był sukcesywnie zwracany pracownikom spółki”. Pierwszy komputer zwrócono już pierwszego dnia przeszukania; pracownik, którego było to narzędzie pracy, mógł powrócić do czynności. Kolejnego dnia zwrócono komputer (laptop) właściciela przeszukiwanego oraz komputer z salonu sprzedaży. „Większość przeszukiwanych urządzeń zwrócono 4 dnia przeszukania”. Komputer stacjonarny prezesa (właściciela) przeszukiwanego zwrócono piątego dnia przeszukania (po weekendzie). Zgodnie z ustaleniami SOKiK „teoretycznie istniała możliwość zwrotu tego komputera już 28 października, jednak wiązałoby się to z późniejszym zwrotem pozostałego sprzętu, wobec czego R. B. [właściciel przeszukiwanego – przyp. aut.] wyraził zgodę na jego zatrzymanie jeszcze na kolejny dzień przeszukania”.

Właściciel przeszukiwanego, początkowo nieobecny, wezwany telefonicznie przez przeszukujących (o 9:52) stawiał się w siedzibie przeszukiwanego (o 11:07) i przekazał telefon komórkowy używany do celów służbowych. Przeszukujący stwierdzili, że „nie ma w nim zapisanych żadnych danych (w tym kontaktów, wiadomości sms), za wyjątkiem 5 połączeń telefonicznych wykonanych tego samego dnia, po godzinie 10:36 (czyli ponad godzinę po rozpoczęciu przeszukania w siedzibie (...)). Na telefonie tym nie było także zarejestrowanego połączenia telefonicznego. podczas którego pracownicy UOKiK kontaktowali się z R. B. [właścicielem przeszukiwanego – przyp. aut.] po rozpoczęciu przeszukania”.

W toku składanych wyjaśnień właściciel przeszukiwanego poinformował, że „korzysta z 4 telefonów komórkowych, w ten sposób, że przekłada do nich kartę SIM, którą posiada w jednym egzemplarzu. Jednocześnie przyznał, że pierwszego dnia przeszukania przed przybyciem do siedziby (...) przełożył kartę SIM z telefonu (...) do telefonu (...), który to telefon przekazał przeszukującym. (...). (...) Wyjaśnił także, że nie ma zapisanych numerów w przekazanym przeszukującym telefonie, gdyż zna je na pamięć. Ostatecznie R. B. (1) [właściciel przeszukiwanego – przyp. aut.] przywiózł do siedziby spółki 26.10.2022 r. [drugiego dnia przeszukania – przyp. aut.] jeszcze 2 telefony komórkowe”. Przeszukujący pozyskali z tych telefonów dane o połączeniach telefonicznych, a z jednego z nich dane o komunikatach tekstowych. „Celem przeszukujących przy pozyskaniu tych danych było zweryfikowanie twierdzeń R. B. (1) dotyczących tego, którego z telefonów rzeczywiście używa do celów służbowych, a także udokumentowanie wszelkich

działań podejmowanych na tych urządzeniach przez przeszukiwanego, po powzięciu przez niego wiedzy o rozpoczęciu przeszukania”.

Przeszukujący skopiowali „dowody z nośników elektronicznych, wskazane szczegółowo w zażaleniu, a które dotyczą także zasad wykorzystania internetu w dystrybucji produktów S., w tym korzystania z witryn internetowych osób trzecich i porównywarek cenowych”. Jak podkreślił SOKiK, powyższa informacja pochodzi z notatek „z selekcji danych elektronicznych w toku przeszukania, z zastrzeżeniami powoda (...) wraz z wydrukami plików elektronicznych, do których powód zgłaszał zastrzeżenia”.

W toku przeszukania właściciel przeszukiwanego „zgłosił chęć dokumentowania przebiegu przeszukania poprzez nagrywanie obrazu i dźwięku”, na co przeszukujący, mimo wątpliwości co do dopuszczalności rejestracji obrazu i dźwięku przez przeszukiwanego, wyjaśnionych z „centralą”, wyrazili zgodę. Poinformowali jednocześnie przeszukiwanego, że „wśród członków zespołu przeszukujących znajduje się M. K., który nie jest pracownikiem Urzędu, a ponadto pouczyli przeszukiwanego o tym, że swoim działaniem nie może utrudniać przeszukania”. Właściciel przeszukiwanego rozpoczął nagrywanie czynności przeszukania trzeciego dnia przeszukania. Co istotne, początkowo nagrywał jedną kamerą, ale od czwartego dnia przeszukania korzystał z dwóch kamer, „z których jedna była umieszczona na statywie w pomieszczeniu, gdzie przeszukujący przeglądali dane z nośników elektronicznych, a druga kamera była wykorzystywana do nagrywania czynności” przeszukujących przez właściciela przeszukiwanego „z ręki”.

Dopiero w dalszej części uzasadnienia SOKiK dodał ponadto, że początkowo przeszukiwany odmawiał wydania przeszukującym hasła dostępu do poczty elektronicznej, oraz że „niektóre czynności przeszukujących zostały podjęte z opóźnieniem z tego powodu, że spółka, a zasadniczo jej prezes, z opóźnieniem dostarczyła niektóre sprzęty elektroniczne, które podlegały przeszukaniu”.

Również dopiero w dalszej części uzasadnienia wspomniano, że przeszukiwanego przy przeszukaniu wspierali profesjonalni pełnomocnicy.

SOKiK stwierdził, że stan faktyczny nie był przedmiotem sporu między żalącym i Prezesem UOKiK.

IV. Oddalenie zażalenia i argumentacja Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

SOKiK uznał, że zażalenie nie zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem Sądu „nie doszło w toku przeszukania do naruszenia prawa, które mogłyby skutkować uchYLENIEM w całości wszystkich czynności przeszukania dokonanych przez Prezesa UOKiK jako wykraczających poza zakres przedmiotowy przeszukania (...), ani też które mogłyby skutkować uznaniem, że dowody uzyskane w toku przeszukania nie mogą być wykorzystane w prowadzonym postępowaniu wyjaśniającym (...), ani w innych postępowaniach prowadzonych przez Prezesa UOKiK, nie w postępowaniach prowadzonych na podstawie innych przepisów”.

SOKiK stwierdził, że kwestionowane przez żalącego czynności przeszukania nie naruszyły kluczowych dla rozstrzygnięcia przepisów art. art. 105b, 105d i 105e uokik oraz art. art. 12, 51 i 52 ustawy – Prawo przedsiębiorców.

1. Informacje i dowody a zakres przedmiotowy przeszukania

SOKiK zgodził się z żalącym, że Prezes UOKiK może prowadzić przeszukanie tylko w odniesieniu do „takich dowodów, które są związane przedmiotowo z zakresem przeszukania określonym w postanowieniu Sądu o wyrażeniu zgody na przeszukanie i tylko z takich dowodów sporządzać notatki, kopie i odpisy”, co stanowi „jedną z podstawowych gwarancji ochrony praw przedsiębiorcy w toku przeszukania”. Przy tym udostępnione do przeszukania, zgodnie z art. 105n i art. 105b ust. 1 pkt 2 uokik, akta, księgi, pisma, dokumenty oraz ich odpisy i wyciągi, korespondencja przesyłana pocztą elektroniczną, informatyczne nośniki danych, inne urządzenia zawierające dane informatyczne lub systemy informatyczne podlegają selekcji pod kątem przedmiotu przeszukania określonego w postanowieniu SOKiK w przedmiocie zgody na przeszukanie.

Na podstawie analizy zakwestionowanych w zażaleniu dowodów wyselekcjonowanych przez przeszukających SOKiK stwierdził, że informacje w nich zawarte mieszczą się w przedmiocie przeszukania. Sąd podkreślił przy tym, że zebrane przez przeszukających dowody nie muszą być dowodami bezpośrednio wskazującymi na praktyki objęte zakresem przedmiotowym postanowienia SOKiK w sprawie zgody na przeszukanie. Jak stwierdził Sąd, „w tym kontekście (...) nie można wykluczyć, że dowody wprost nie wskazujące na uzgadnianie cen i ich kontrolowanie (ale wskazujące na kontrolowanie li tylko ograniczeń wykorzystania internetu w dystrybucji produktów (...), w tym korzystania z witryn internetowych osób trzecich i porównywarek cenowych) – nie będą jednak ostatecznie stanowić także pośrednich dowodów na kontrolowanie cen odsprzedaży produktów (...) przez dystrybutorów w internecie, a co najmniej jak słusznie zauważył Prezes UOKiK stwarzania możliwości kontroli uzgodnionych cen odsprzedaży za pośrednictwem internetu”. SOKiK powołał się przy tym na „orzecznictwo, także TSUE” (nie określając go bliżej), zgodnie z którym „dla ustalenia niedozwolonej praktyki możliwe jest odwoływanie się do dowodów pośrednich, jeśli można z nich wywieść w sposób logiczny fakt zawarcia takiego porozumienia”. „Dlatego przy gromadzeniu dowodów na wstępnym etapie postępowania dotyczącego podejrzonej zмовы istnieje konieczność zachowania pewnego zakresu swobody uznania Prezesa UOKiK, bez której przepisy dotyczące poszukiwania dowodów naruszenia konkurencji w toku przeszukania byłyby pozbawione jakiegokolwiek skuteczności”.

Można zatem, zdaniem SOKiK, „zgromadzone dowody dotyczące m.in. kontrolowania cen produktów (...) w porównywarek internetowych, czy wzajemnej kontroli przez dealerów systemu sprzedaży produktów (...) w internecie traktować jako dowody pośrednio związane z zakresem przeszukania określonym w postanowieniu sądu o wyrażeniu zgody na przeszukanie, a tym samym Sąd stoi na stanowisku, że zbieranie tych dowodów przez organ, mieściło się w zakresie objętym przedmiotem przeszukania określonym w postanowieniu Sądu. Należy przy tym kategorycznie stwierdzić, że kwestionowane dowody nie są tego rodzaju, aby w sposób oczywisty nie pozostawały w związku z przedmiotem kontroli”. SOKiK podkreślił przy tym treść art. 105o uokik, w którym mowa o „informacjach mogących stanowić dowód w sprawie”.

SOKiK zauważył na marginesie zakaz *fishing expeditions* (wzmiankując przy tym powoływany przez obie strony wyrok Sądu z 6 września 2013 r. w sprawach połączonych T-289/11, T-290/11 i T-521/11⁵), stwierdzając jedynie, że zakaz ten „nie może być przedmiotem oceny w sprawie

⁵ Wyr. Sądu w sprawach połączonych T-289/11, T-290/11 i T-521/11 *Deutsche Bahn i inni* (ECLI:EU:T:2013:404).

niniejszej, skoro pozwany [Prezes UOKiK – przyp. aut.] w ramach postępowania wyjaśniającego prowadził postępowanie w kierunku li tylko podejrzenia zawarcia porozumienia cenowego”, a miałby zastosowanie, „gdyby Prezes UOKiK zdecydował się na postawienie przedsiębiorcy zarzutu zawarcia innego niż cenowe porozumienia”.

SOKiK stwierdził ponadto, że dowody w postaci treści na telefonach komórkowych właściciela przeszukującego mogły być zgromadzone i selekcjonowane, także ze względu na konieczność oceny czy osoba ta nie utrudniała lub uniemożliwiała przeszukania. „Gdyby na tym etapie wyeliminować możliwość zgromadzenia informacji o przebiegu postępowania, to oznaczałoby to przyzwolenie dla przedsiębiorców do potencjalnych ingerencji w treść dowodów czy nawet ich niszczenia, bez możliwości nałożenia sankcji w przypadku braku lub wyzbycia się przez organ tych potencjalnych dowodów ingerencji”.

W podsumowaniu SOKiK stwierdził, że zgromadzenie dowodów kwestionowanych przez żalącego „było uzasadnione okolicznościami faktycznymi, w szczególności zachowaniem” właściciela przeszukiwanego.

2. Zakłócenie działalności przeszukiwanego

Oddalając zarzut żalącego w przedmiocie prowadzenia przeszukania w sposób zakłócający działalność przeszukiwanego, SOKiK podkreślił, że zgodnie z art. 105e ust 1 pkt 2 i 3 uokik przeszukiwany ma obowiązek udostępnić w miarę możliwości samodzielnie zamknięte pomieszczenie, jeżeli jest to niezbędne do przeprowadzenia przeszukania, oraz zapewnić wydzielone miejsce do przechowywania dokumentów i zabezpieczonych przedmiotów. Sąd zaznaczył, że przeszukujący zajęli jedno z dwóch pomieszczeń w siedzibie przeszukiwanego (gabinet właściciela), przy czym, zdaniem SOKiK, „nie sposób (...) przyjąć, że przeszukujący mogliby w inny sposób niż rzeczywiście zrealizowany przeprowadzić czynności przeszukania”. SOKiK uznał za niesporne, że przeszukiwany mógł w czasie przeszukania prowadzić działalność sklepu stacjonarnego.

Warte zauważenia jest następujące stwierdzenie SOKiK: „nie sposób (...) obarczać Prezesa UOKiK brakiem możliwości dokonywania przez spółkę realizacji internetowych zamówień czy dokonywania przez nią płatności z wykorzystaniem kluczowych dla spółki programów i aplikacji dostępnych z poziomu komputera stacjonarnego prezesa, który nie mógł być wydany po jego zabezpieczeniu aż do 4 dnia przeszukania. W tej kwestii należy wskazać także na pewną niefrasobliwość po stronie spółki, skoro tylko z poziomu jednego urzędnika możliwe było dokonywanie kluczowych dla firmy operacji (bez zabezpieczenia alternatywnej możliwości np. na wypadek awarii, kradzieży itp. tego sprzętu). Wątpliwym wydaje się również, że powód faktycznie nie mógł zrealizować zapłaty bez użycia komputera z gabinetu prezesa, skoro każdą operację bankową można wykonać w oddziale banku, ponosząc z tego tytułu niewielkie tylko dodatkowe opłaty”.

Przeszukanie trwało sześć dni. Zdaniem SOKiK ponadto taki czas przeszukania nie był nadmiernie długi, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że w postanowieniu wyrażającym zgodę na jego przeprowadzenie termin końcowy określono na aż sześć miesięcy (przeszukanie podjęte pod koniec października 2022 r. mogłoby się skończyć 28 kwietnia 2023 r.).

Ostatecznie SOKiK uznał, że uciążliwość przeszukania dla działalności przeszukiwanego nie wykroczyła „ponad przeciętną miarę, jaka wiąże się z przeszukiwaniem sprzętu elektronicznego w pomieszczeniu biurowym u przedsiębiorcy. W opisanym stanie faktycznym, przeszukanie,

zdaniem Sądu, przebiegało w sposób sprawny i maksymalny sposób niezakłócający funkcjonowania przedsiębiorcy, jak tego wymagał przepis art. 52 prawa przedsiębiorców”.

SOKiK uznał, że przeszukanie było zgodne z art. 8 EKPC, zgodnie z którego ust. 2 „przewidziano możliwość ingerencji władzy publicznej w korzystanie z tego prawa [do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (nienaruszalności lokalu) – przyp. aut.] w przypadkach przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi m.in. na ochronę bezpieczeństwa państwowego, bezpieczeństwa publicznego oraz dobrobytu gospodarczego kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom”. Ponadto, powołując orzecznictwo ETPC⁶, SOKiK podkreślił, że „nawet szeroka ingerencja władzy publicznej w prawa jednostki może być uznana za uzasadnioną, jeżeli została zrekompensowana zapewnieniem tej jednostce adekwatnych i skutecznych wystarczających w okolicznościach danej sprawy gwarancji ochrony przed arbitralnością i nadużyciem władzy”, przez co przyjąć należy, że uznał przedmiotowe przeszukanie tym sposobem za uzasadnione.

3. Prawo do obrony i rejestracja czynności przeszukania

Odnośnie do realizacji przez przeszukiwanego prawa do obrony SOKiK stwierdził przede wszystkim, że następuje to m.in. przez dokumentowanie czynności przeszukania, a żalący nie był tej możliwości pozbawiony. SOKiK ustalił bowiem jako bezsporną okoliczność, że nie zabroniono mu nagrywania czynności i korzystał on z tej możliwości.

W kontekście pouczenia przeszukiwanego przez przeszukujących o nieutrudnianiu nagrywaniem czynności przeszukania oraz o tym, że wśród przeszukujących znajduje się osoba niebędąca pracownikiem UOKiK, co, zdaniem żalącego miało wywołać „efekt mrożący”, SOKiK stwierdził, że mimo to przeszukiwany te czynności podjął. Sąd zaznaczył jednak, że „wprawdzie zachowanie przeszukujących nie powinno prowadzić do tego typu wątpliwości u przeszukiwanych przedsiębiorców, w szczególności przeszukujący nie powinni wykorzystywać pouczenia jako groźby zastosowania potencjalnie sankcji w celu uzyskania ustępstw ze strony przedsiębiorcy”. To w tym kontekście SOKiK podkreślił, że presję przeszukujących i związane z nią wątpliwości przeszukiwanego co do możliwości rejestracji czynności wyeliminowali obecni jego profesjonalni pełnomocnicy.

Odnośnie do kwestii przeszukującego niebędącego pracownikiem UOKiK SOKiK stanął na stanowisku, że „osoba przybrana do czynności urzędowych powinna mieć w tej kwestii status funkcjonariusza publicznego”. Podkreślił jednak brak w tej kwestii jednoznacznych przepisów, czy choćby regulacji na poziomie wyjaśnień („instrukcji”) Prezesa UOKiK. Za kluczową uznał ochronę wizerunku na podstawie RODO⁷. Na tej podstawie podzielił stanowisko, że wątpliwości przeszukujących w tym zakresie i konsultacje z „centralą” „nie były nieuzasadnione”.

Podsumowując uwagi dotyczące tego zarzutu, SOKiK stwierdził, że prawo żalącego do obrony zostało zachowane przez umożliwienie mu rejestracji czynności przeszukania, a tym samym nie można uznać, że czynności te zostały podjęte z naruszeniem prawa, czy że dowody uzyskane w wyniku przeszukania nie mogą być wykorzystane.

⁶ Wymieniając „wyrok ETPCz z 21.12.2010 r. w sprawie (...) przeciwko Francji, wyrok ETPCz z 15.02.2011 r. w sprawie (...) przeciwko Finlandii, też powołany wyżej wyrok ETPCz z 2.10.2014 r. w sprawie (...) przeciwko Republice Czeskiej [wcześniej mowa o „sprawie nr 97/11 (...) przeciwko Republice Czeskiej” – przyp. aut.]”. Można zakładać, że chodzi o wyr. z 21.12.2010 r. w sprawie 29613/08 *Primagaz przeciwko Francji*, z 15.02.2011 r. w sprawie 56716/09 *Harju przeciwko Finlandii* lub w sprawie 56720/09 *Heino przeciwko Finlandii* oraz z 2.10.2014 r. w sprawie 97/11 *Delta Pekarny przeciwko Republice Czeskiej*.

⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE 2016 L 119/1).

V. Krótki komentarz

Omawiane postanowienie, choć niekorzystne dla żalącego, uznać należy za ogólnie słuszne, a przede wszystkim za istotne z punktu widzenia dookreślenia obowiązków i uprawnień w toku przeszukania na podstawie przepisów uokik po stronie tak przeszukiwanego, jak i przeszukujących.

Zauważyć należy pewne kwestie domagające się jednoznacznej aprobaty lub mogące budzić wątpliwości.

Po pierwsze, omawiane postanowienie jest szczególnie ciekawe ze względu na kwestię rejestracji obrazu i dźwięku czynności przeszukania przez przeszukiwanego. SOKiK poddał analizie zachowanie uczestników przeszukania w tym kontekście, jednak nie zakwestionował w żaden sposób prawa przeszukiwanego do tego sposobu dokumentowania czynności przeszukania. Stanowi to potwierdzenie obecnego w doktrynie stanowiska (Turno, 2016), zgodnie z którym nie ma przeszkód, aby przebieg całości kontroli lub poszczególnych czynności w jej toku był rejestrowany również przez kontrolowanego (przeszukiwanego).

W tej samej kwestii, po drugie, aprobaty wymaga jednoznaczne stwierdzenie SOKiK, że w zakresie przysługujących przeszukiwanym uprawnień związanych z ich prawem do obrony, jak prawo do dokumentowania, w tym rejestracji czynności przeszukania, „zachowanie przeszukujących nie powinno prowadzić do (...) wątpliwości u przeszukiwanych przedsiębiorców, w szczególności przeszukujący nie powinni wykorzystywać pouczenia jako groźby zastosowania potencjalnie sankcji w celu uzyskania ustępstw ze strony przedsiębiorcy”.

Ponadto, po trzecie, należy jednoznacznie zaaprobować i podzielić wyartykułowane również w kontekście rejestracji przebiegu przeszukania przez przeszukiwanego stanowisko SOKiK odnośnie do statusu osoby trzeciej niebędącej pracownikiem UOKiK, przybranej do czynności przeszukania jako ekspert. Niewątpliwie ekspert będący upoważnioną do udziału w przeszukaniu osobą trzecią ma bowiem taki sam, a co najmniej zbliżony, status jak pracownicy UOKiK prowadzący czynności przeszukania. Osoba ta jest upoważniona przez Prezesa UOKiK do działania w jego imieniu w toku przeszukania (art. 105 ust. 2 pkt 3 uokik), zatem nie powinno budzić wątpliwości, że z punktu widzenia przeszukiwanego, wykonując czynności przeszukania, ma co do zasady ten sam status, co prowadzący je pracownicy UOKiK. Zgodnie z art. 105 ust. 2 uokik osobie takiej, jak każdej osobie upoważnionej do udziału w kontroli, przysługują uprawnienia kontrolującego, można więc przyjąć, że funkcjonuje ona w takim samym, a co najmniej podobnym reżimie, jak przeszukujący (kontrolujący) pracownicy UOKiK (Bernatt i Materna, 2014; Turno, 2016). Nie podzielałam zatem stanowiska SOKiK, że istnienie wątpliwości przeszukujących w tym zakresie „nie może budzić zastrzeżeń”, a konsultacje z „centralą” „nie były nieuzasadnione”, szczególnie że należy doprecyzować tę kwestię w przepisach uokik lub ustawy – Prawo przedsiębiorców. Moim zdaniem brakuje podstaw, także prawnych, do tego rodzaju wątpliwości.

Po czwarte, w kontekście zakresu przedmiotowego dowodów w zestawieniu z zakresem oznaczonym w postanowieniu SOKiK w przedmiocie zgody na przeszukanie, przyznać należy, czego w szczegółach w omawianym postanowieniu zabrakło, że istotnie poza zakres przedmiotowy przeszukania nie wykracza pozyskiwanie informacji i dokumentów, które ostatecznie nie będą stanowiły dowodów naruszenia⁸ ani związanych z działaniami przeszukiwanego przedsiębiorcy

⁸ Wyr. SOKiK z 11.08.2003 r., XVII AmA 130/02, LEX nr 3390228, Legalis nr 2396095.

pośrednio, a także że kopiowanie zawartości dysków komputerów przedsiębiorcy i podobnych urzędzeń, w tym całych skrzynek poczty elektronicznej lub folderów, nawet gdy umożliwia to uzyskanie przez przeszukujących dostępu do informacji nieistotnych z punktu widzenia przedmiotu przeszukania, jest dopuszczalne pod warunkiem zachowania zasady proporcjonalności i zapewnienia ochrony poufności komunikacji między przeszukiwanym a wykwalifikowanym prawnikiem (Materna, 2014).

Wreszcie, po piąte, można mieć wątpliwości co do bezwzględności obowiązku zapewnienia przeszukującym przez przeszukiwanego odrębnego pomieszczenia do przeprowadzenia przeszukania, którą to bezwzględność – w przypadku samej niezbędności z punktu widzenia przeszukujących – SOKiK wydaje się sugerować. W odróżnieniu od obowiązku zapewnienia wydzielonego miejsca (ale już nie pomieszczenia; wystarczający jest sejf lub zamykana szafa; zob. Turno, 2016) do przechowywania dokumentów i zabezpieczonych przedmiotów, który ma charakter bezwzględny (art. 105e ust. 1 pkt 3 uokik), przeszukiwany (kontrolowany) jest zobowiązany zapewnić przeszukującym (kontrolującym) samodzielne, zamknięte pomieszczenia jedynie względnie. Warunkowane jest to niezbędnością takiego pomieszczenia do przeprowadzenia kontroli, a przede wszystkim możliwościami po stronie przeszukiwanego. SOKiK, zauważając te przesłanki, nie zbadał ich spełnienia, ograniczając się jedynie w kontekście przesłanki niezbędności do pozbawionego bliższego uzasadnienia stwierdzenia, że „nie sposób (...) przyjąć, że przeszukujący mogliby w inny sposób niż rzeczywiście zrealizowany przeprowadzić czynności przeszukania”. Uważam, że obie przesłanki tego obowiązku należało zbadać, zwłaszcza że w świetle stanu faktycznego sprawy spełnienie przesłanki możliwości po stronie przeszukiwanego mogło być wątpliwe.

Bibliografia

- Bernatt, M. i Materna, G. (2014). Komentarz do art. 105a. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Materna, G. (2014). Komentarz do art. 105e. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Turno, B. (2016). Komentarz do art. 105b i komentarz do art. 105e. W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.