

Sygn. akt VI ACa 1141/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 listopada 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Małgorzata Kuracka

Sędzia SA – Jacek Sadowski

Sędzia SO del. – Tomasz Szanciło (spr.)

Protokolant: – sekr.sądowy Paulina Czajka

po rozpoznaniu w dniu 22 listopada 2016 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa A. P.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 24 kwietnia 2015 r.

sygn. akt XVII AmA 52/13

I. zmienia zaskarżony wyrok w części w ten sposób, że:

a) *w punkcie pierwszym oddala odwołanie od decyzji w części dotyczącej nałożenia kary pieniężnej w wysokości 8 000 zł (osiem tysięcy złotych), co stanowi równowartość kwoty 1 811 euro (jeden tysiąc osiemset jedenaście euro);*

b) *w punkcie trzecim zasądza od A. P. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;*

II. oddala apelację powoda;

III. *zasądza od A. P. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;*

IV. *nakazuje pobrać od A. P. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w W. kwotę 1 000 zł (jeden tysiąc złotych) tytułem opłaty od apelacji, od uiszczenia której pozwany był zwolniony.*

Sygn. akt VI ACa 1141/15

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 19.12.2012 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu):

I. na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 184 ze zm., dalej: u.o.k.k.), po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej, nałożył na przedsiębiorcę A. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) Zakład Budowlany (...) w Ł., karę pieniężną w wysokości 10.000 zł, co stanowi równowartość 2.264 euro, za brak współdziałania w toku kontroli prowadzonej w postępowaniu w sprawie podejrzenia naruszenia zbiorowych interesów konsumentów o sygn. akt (...) na podstawie art. 105a ust. 1 i 3 u.o.k.k., poprzez odmowę i utrudnianie składania w toku kontroli wyjaśnień do protokołu oraz odmowę w dniach 15-16 oraz 18.05.2012 r. dostępu do zasobów korespondencji elektronicznej ww. przedsiębiorcy prowadzonej w ramach działalności gospodarczej;

II. na podstawie art. 77 ust. 1 w zw. z art. 80 u.o.k.k. oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k. postanowił obciążyć przedsiębiorcę kosztami postępowania w kwocie 16,95 zł oraz zobowiązał go do zwrotu Prezesowi UOKiK tych kosztów w terminie 7 dni od daty uprawomocnienia się decyzji.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł powód A. P., zaskarżając ją w całości i wnosząc o jej uchylenie i umorzenie postępowania, ewentualnie zmianę zaskarżonej decyzji w zakresie wysokości nałożonej kary pieniężnej oraz zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych. Zaskarżonej decyzji zarzucono naruszenie:

1) art. 106 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 105a w zw. z art. 50 u.o.k.k. poprzez niezasadne uznanie, że skarżący nie współdziałał w toku przeprowadzonej kontroli i zasadnym jest nałożenie na niego kary w wysokości 10.000 zł, gdy samo przeprowadzenie przedmiotowej kontroli uznać należy za nieuzasadnione;

2) art. 106 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 105d ust. 1 w zw. z art. 105b ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. poprzez niezasadne uznanie, że powód nie współdziałał w toku przeprowadzonej kontroli, co miało polegać na:

- wydaniu pracownikowi polecenia nie udzielania informacji, w sytuacji gdy pracownik kontrolowanego, w myśl art. 105b ust. 1 pkt 3 u.o.k.k., nie był obowiązany do udzielania wyjaśnień kontrolującemu,

- odmowie udostępnienia zawartości poczty e-mail prowadzonej przez powoda, gdy zgodnie z powołanymi przepisami pozwany w stanie prawnym na datę odwołania nie posiada uprawnień do przeglądania zawartości poczty e-mail, która – wbrew twierdzeniom wskazanym w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji – nie stanowi elektronicznego nośnika informacji i nie można skarżącemu przypisać winy za przedmiotowe działanie,

- odmowie udzielenie wyjaśnień w toku prowadzonej kontroli, w sytuacji gdy skarżący realizował w ten sposób przysługujące mu prawo obrony, w tym do pomocy ze strony adwokata;

3) art. 106 ust. 2 w zw. z art. 111 u.o.k.k. poprzez ustalenie wysokości nałożonej kary pieniężnej z pominięciem stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy;

4) art. 8 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niebudzący zaufania jego uczestników do władzy publicznej.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów procesu.

Wyrokiem z dnia 24.04.2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), w sprawie XVII AmA 52/13, zmienił zaskarżoną decyzję w punkcie I w ten sposób, że orzeczoną karę pieniężną zmniejszył do kwoty 2.000 zł, co stanowi równowartość kwoty 453 euro, oddalił odwołanie w pozostałej części oraz zniósł wzajemnie między stronami koszty procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że A. P. prowadzi działalność gospodarczą, w ramach której m.in. produkuje wyroby budowlane z betonu. W dniu 3.02.2012 r. Prezes UOKiK wszczął przeciwko niemu postępowanie ws. podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, polegających na stosowaniu we wzorcu umowy postanowień wpisanych do rejestru postanowień wzorców umów uznanych za niedozwolone. W ramach tego postępowania w dniach 15-21.05.2012 r. przeprowadzono w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej przez A. P. (...) gmina A.), kontrolę bezpośrednią. Kontrola obejmowała działalność przedsiębiorcy w okresie od początku 2011 r., a jej przedmiotem było stosowanie w obrocie z konsumentami wzorców umów dotyczących lokali mieszkalnych lub/i budynków jednorodzinnych (umowy przedwstępnej sprzedaży, sprzedaży, rezerwacji, wybudowania) oraz przychody przedsiębiorcy za 2011 r. Szczegółowy zakres kontroli obejmował m.in. oświadczenia A. P. oraz pracowników (lub osób działających na zlecenie przedsiębiorcy) w zakresie okresów stosowania i rodzajów wzorców umów, zakresu przeprowadzonych i aktualnie prowadzonych inwestycji deweloperskich oraz zakresu aktualnej oferty w zakresie lokali mieszkalnych i budynków jednorodzinnych, a także korespondencję pocztową i elektroniczną z konsumentami dotyczącą oferty sprzedaży/rezerwacji/budowy lokali mieszkalnych/budynków jednorodzinnych (zapytania ofertowe, oferty, wyjaśnienia, ustalanie spotkań z klientami). Po przybyciu w dniu 15.05.2012 r. na miejsce kontroli kontrolujący nie zastali powoda. Obecna była zaś pracownica kontrolowanego, zajmujący się obsługą administracyjną – E. G.. Kontrolujący okazali jej legitymacje służbowe oraz wręczyli upoważnienie do kontroli. E. G. oświadczyła, że jest pracownikiem A. P. zatrudnionym na podstawie umowy o pracę. Kontrolujący poinformowali ją, że ma możliwość dokładnego zapoznania się z treścią upoważnienia. E. G. skontaktowała się telefonicznie z powodem, informując go o rozpoczęciu kontroli i przekazała telefon kontrolującemu T. D.. W rozmowie telefonicznej kontrolujący poinformowali powoda o fakcie kontroli i jej celu. Kontrolowany miał przybyć na miejsce kontroli ok. godz. 13:00. Kontrolujący poinformowali E. G., że jako pracownik kontrolowanego ma obowiązek pod jego nieobecność współdziałać z kontrolującymi, w tym udzielać żądanych informacji, określonych w upoważnieniu do kontroli i co do których posiada wiedzę. Następnie przystąpiono do odbierania wyjaśnień od pracownika. Podczas składania wyjaśnień E. G. odebrała telefon od powoda, po którym oświadczyła, że otrzymała od niego polecenie, aby nie składać kontrolującym żadnych wyjaśnień. Kontrolujący poinformowali ją, że niezależnie od tego ma ona obowiązek współpracować z kontrolującymi i udzielać im niezbędnych informacji i związku z tym kontynuowano odbieranie wyjaśnień. E. G. oświadczyła, że poczta elektroniczna przedsiębiorcy prowadzona jest pod adresem (...), do której ma dostęp i którą obsługuje. Wobec tego kontrolujący zwrócili się do niej o udostępnienie zasobu tej poczty. E. G. miała obsługiwać komputer, udostępniając widok listy mailingowej, a kontrolujący mieli wskazywać interesujące pozycje z korespondencji w celu jej otwarcia i ewentualnego wydrukowania. Po rozpoczęciu przeglądu zasobów korespondencji elektronicznej, około godz. 11:25, E. G. wykonała telefon do powoda. Po zakończeniu rozmowy telefonicznej przekazała kontrolującym informację, że przedsiębiorca zakazał jej udostępniania zasobów jego poczty elektronicznej. W tym samym czasie na miejsce kontroli przybył syn A. P. – M. P., który przeprowadził rozmowę telefoniczną z ojcem, po czym oświadczył, że jest (...) spółka jawna E. P. M. P. w Ł. przy ul. (...), która jest właścicielem biura w (...) oraz wyposażenia, w tym komputera, który służył do przeglądu zasobów poczty elektronicznej kontrolowanego, po czym wyłączył monitor tego komputera. Około godz. 11:50 na miejsce kontroli przybył powód, któremu kontrolujący okazali swoje legitymacje służbowe i wręczyli upoważnienie, prosząc o zapoznanie się z jego treścią. Początkowo przedsiębiorca nie chciał odebrać upoważnienia i poświadczyć jego otrzymanie, jednak ostatecznie przyjął upoważnienie i poświadczył jego odbiór własnoręcznym podpisem. Kontrolujący zwrócili się o udzielenie wyjaśnień i złożenie oświadczeń w zakresie wskazanym w upoważnieniu oraz o umożliwienie wznowienia przeglądu zasobu korespondencji elektronicznej dotyczącej jego działalności gospodarczej. W odpowiedzi powód poinformował, że nie złoży tego dnia żadnego oświadczenia bez konsultacji z adwokatem i nie zezwolił na przegląd korespondencji elektronicznej. W tej sytuacji kontrolujący wskazali, że odmowa udzielania bądź udostępniania żądanych informacji może być uznana za naruszenie obowiązku współpracy kontrolowanego przedsiębiorcy z kontrolującymi w toku kontroli, co może rodzić konsekwencje. Powód podtrzymał swoje stanowisko i poprosił o kontynuowanie kontroli w obecności jego adwokata. Kontrolujący oświadczyli, że ma on prawo ustanowić pełnomocnika lub składać oświadczenia i wyjaśnienia w obecności adwokata, jednak fakt ten nie może wstrzymać bądź utrudniać kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu. Wobec podtrzymania przez przedsiębiorcę jego stanowiska kontrolujący opuścili miejsce prowadzenia kontroli. Kontrolujący kontynuowali czynności kontrolne w następnym dniu od godz. 14:25. W

odpowiedzi na ich prośbę o złożenie wyjaśnień oraz umożliwienie dostępu do zasobów korespondencji elektronicznej prowadzonej w ramach działalności gospodarczej powód stwierdził, że otrzymał od swojego adwokata polecenie, aby nie rozmawiać z kontrolującymi bez obecności adwokata. Kontrolujący ponownie poinformowali przedsiębiorcę o prawie ustanowienia pełnomocnika lub składania oświadczeń i wyjaśnień w obecności adwokata, jednak fakt ten nie może wstrzymać bądź utrudniać kontroli prowadzonej z upoważnienia Prezesa Urzędu. Na prośbę kontrolujących powód złożył oświadczenie o treści: „Odmówiłem dostępu do poczty elektronicznej, ponieważ nie było to w mojej obecności”. W piśmie z dnia 17.05.2012 r. pełnomocnik powoda wystąpił o przeprowadzenie zaplanowanych czynności kontrolnych w dniu 23.05.2012 r. W odpowiedzi z dnia 21.05.2012 r. poinformowano pełnomocnika, że nie jest możliwe wstrzymanie prowadzonej kontroli, zaś fakt nieobecności kontrolowanego lub odmowy składania przez niego wyjaśnień do czasu ustanowienia pełnomocnika czy konsultacji z adwokatem, czy potrzeba zapoznania się przez ustanowionego pełnomocnika z przedmiotem sprawy, nie mogą być uzasadnieniem wstrzymania kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu. W piśmie z tego samego dnia powód stwierdził m.in. że żądanie dostępu do poczty elektronicznej przekracza aktualne uprawnienia Urzędu, ale mimo to wyraża zgodę na jej udostępnienie. Wobec tego kontrolujący udali się na miejsce prowadzonej przez kontrolowanego działalności gospodarczej, w którym E. G. - w obecności powoda – umożliwiła przegląd zasobów korespondencji elektronicznej (...) i jej wydruk.

Z przebiegu kontroli został sporządzony protokół, który doręczono powodowi w dniu 23.05.2012 r. Przedsiębiorca odmówił podpisania tego protokołu oraz zgłosił do niego zastrzeżenia, ale Prezes UOKiK ich nie uwzględnił. W dniu 19.07.2012 r. zostało wszczęte z urzędu postępowanie ws. nałożenia na powoda kary pieniężnej za brak współdziałania w toku kontroli prowadzonej w postępowaniu sygn. akt (...), zakończone wydaniem zaskarżonej decyzji. W 2011 r. powód osiągnął przychód w wysokości 3.629.218,39 zł.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie powoda było zasadne w części. Zgodnie z art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k., w brzmieniu obowiązującym do dnia 18.01.2015 r., Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 50.000.000 euro, jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie nie współdziałał w toku kontroli prowadzonej w ramach postępowania na podstawie art. 105a, z zastrzeżeniem art. 105d ust. 2. Celem tej kary jest zabezpieczenie prawidłowości i skuteczności postępowań prowadzonych przez Prezesa UOKiK. Kara ta pełni, co do zasady, funkcję represyjną i prewencyjną. Warunkiem wszczęcia postępowania kontrolnego jest wcześniejsze zaistnienie postępowania przed Prezesem UOKiK w stosunku do tego samego przedsiębiorcy (postępowania wyjaśniającego, postępowania antymonopolowego lub postępowania w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów). Pełni w stosunku do nich rolę służebną, gdyż podstawowym celem postępowania kontrolnego jest zebranie materiału dowodowego w głównej sprawie. Krąg osób, które mają obowiązek współpracy w związku z kontrolą określa art. 106d u.o.k.k. – są to m.in. kontrolowany i osoba przez niego upoważniona. W przypadku nieobecności tych osób, osobami, na których spoczywają wskazane obowiązki, są: pracownik kontrolowanego, osoba czynna w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności, którą zgodnie z art. 97 k.c. poczytuje się w razie wątpliwości za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa albo inna osoba czynna w miejscu przeprowadzania kontroli. Podmioty te są zobowiązane do udzielania żądanych informacji, umożliwienia wstępu na grunt oraz do budynków, lokali lub innych pomieszczeń oraz środków transportu, a także udostępnienia akt, ksiąg i wszelkiego rodzaju dokumentów lub innych nośników informacji. Według Sądu Okręgowego niewspółdziałanie w toku kontroli, o którym mowa w art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k., oznacza brak wykonywania w sposób bezzwłoczny swoich obowiązków po przedstawieniu określonego żądania przez osoby kontrolujące. Jako czynność rozpoczynającą kontrolę rozumieć należy okazanie legitymacji służbowej upoważniającej do przeprowadzania czynności kontrolnych oraz doręczenie upoważnienia do przeprowadzenia kontroli działalności przedsiębiorstwa, przy czym w przypadku nieobecności kontrolowanego legitymacja i upoważnienie mogą zostać okazane pracownikowi kontrolowanego, który może być uznany za osobę, o której mowa w art. 97 k.c. lub przywołanemu świadkowi, którym powinien być funkcjonariusz publiczny.

Uwzględniając powyższe, Sąd Okręgowy dokonał oceny ustalonych faktów, które miały miejsce w siedzibie powoda w dniach 15-16 i 18.05.2012 r., wskazując, że kontrola odbyła się w toku postępowania w sprawie podejrzenia

stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, polegających na stosowaniu we wzorcu umowy postanowień wpisanych do rejestru postanowień wzorców umów uznanych za niedozwolone. Kontrolujący dysponowali stosownymi upoważnieniami, nie posiadali natomiast zgody SOKiK na przeszukanie pomieszczeń powoda (art. 105c u.o.k.k.). Legitymacje służbowe okazali pracownikowi powoda – E. G., jej również wręczono upoważnienie do przeprowadzenia kontroli. Wówczas została w sposób skuteczny rozpoczęta kontrola, która ma służyć weryfikacji legalności działania przedsiębiorcy, a przeprowadzone w jej ramach czynności mają dostarczyć kontrolującemu materiałów, czy doszło do naruszenia przepisów ustawy czy też nie. Kontrola służy więc zbieraniu stosownych dowodów. W trybie art. 50 ust. 1 u.o.k.k. Prezes Urzędu uzyskuje informacje na określony temat, w drodze kontroli może zaś uzyskać dowody na okoliczność ewentualnego naruszenia przepisów ustawy. Jeżeli więc pozwany uznał, że istnieje podejrzenie naruszenia przez powoda art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k., mógł – co do zasady – wszcząć u powoda kontrolę, niezależnie od uprzedniego żądania od niego określonych informacji. Nadto przeciwko powodowi zostało uprzednio wszczęte postępowanie w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, wobec czego przeprowadzenie kontroli było zasadne. Ponieważ E. G. była pracownikiem powoda, pracowała w jego biurze, zatem stanowiła osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 97 k.c. Skoro w chwili rozpoczęcia kontroli powód był nieobecny, nie było też osoby przez niego upoważnionej, osobami, na których spoczywały obowiązki związane z kontrolą, byli: pracownik kontrolowanego i osoba czynna w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności. E. G. była więc zobowiązana do udzielania wyjaśnień w kwestiach objętych zakresem kontroli (art. 105b pkt 3 u.o.k.k.). Powód nie mógł zakazać jej składania wyjaśnień, a czyniąc to utrudnił kontrolę. Również nieuzasadnione jest żądanie wstrzymania czynności kontrolnych do czasu skontaktowania się z prawnikiem.

Odnosząc się do kwestii, czy w ówczesnym obowiązującym stanie prawnym żądanie udostępnienia przez przedsiębiorcę poczty elektronicznej było uzasadnione, Sąd Okręgowy wskazał na treść art. 105d ust. 1 pkt 3 u.o.k.k., w brzmieniu obowiązującym do dnia 18.01.2015 r., zgodnie z którym kontrolowany, osoba przez niego upoważniona, posiadacz lokalu mieszkalnego, pomieszczenia, nieruchomości lub środka transportu, o których mowa w art. 91 ust. 1, byli obowiązani do udostępnienia akt, ksiąg i wszelkiego rodzaju dokumentów lub innych nośników informacji. Aktualnie do art. 105d ust. 1 został dodany punkt 4, który nakłada na wymienione osoby obowiązek umożliwienia dostępu do informatycznych nośników danych, urządzeń lub systemów informatycznych, o których mowa w art. 105b ust. 1 pkt 2, w zakresie informacji zgromadzonych na tych nośnikach, w urządzeniach lub w systemach, w tym do korespondencji przesyłanej drogą elektroniczną. Analizując brzmienie tego przepisu przed i po nowelizacji, Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że ustawodawca uregulował katalog obowiązków osób poddanych kontroli w sposób zamknięty i brak jest możliwości dokonywania jego rozszerzenia w drodze interpretacji, zwłaszcza że poczta elektroniczna nie jest nośnikiem informacji. Obowiązek udostępnienia korespondencji przesyłanej drogą elektroniczną został dodany w 2015 r., co oznacza, że nie było go wcześniej. Zasady prawa karnego, które mają zastosowanie w sprawach dotyczących nakładania kar pieniężnych, wykluczają dowolną interpretację przepisów prawa, a przedsiębiorca może zostać ukarany jedynie za niedochowanie ściśle określonych obowiązków ustawowych. Powód, zabraniając okazania korespondencji przesyłanej drogą elektroniczną, nie naruszył więc art. 105d ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. i w tym zakresie nie można mu zarzucić utrudniania kontroli. W związku z tym, na podstawie art. 479^{31a} § 3 k.p.c., Sąd Okręgowy zmienił zaskarżoną decyzję i obniżył nałożoną na powoda karę pieniężną do kwoty 2.000 zł, stanowiącej równowartość kwoty 453 euro. Kara w takiej wysokości jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ustawy oraz spełni funkcję prewencyjną zarówno w stosunku do samego powoda, jak i innych przedsiębiorców.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód A. P., zaskarżając go w całości, zarzucając naruszenie:

1) art. 105a w zw. z art. 50 u.o.k.k., polegające na ich błędnej wykładni poprzez niezasadne przyjęcie, że Prezes UOKiK jest uprawniony do przeprowadzenia kontroli w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorcy niezależnie od uprzedniego żądania od przedsiębiorcy określonych informacji w trybie art. 50 ustawy,

2) art. 106 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 105b ust. 1 pkt 3 u.o.k.k., polegające na ich błędnej wykładni, poprzez niezasadne uznanie, że pracownik kontrolowanego, który nie został przez przedsiębiorcę ustanowiony osobą upoważnioną, był obowiązany do udzielania wyjaśnień kontrolującemu, a odmowa udzielenia wyjaśnień przez pracownika, wynikająca

z polecenia nieobecnego w miejscu prowadzenia kontroli przedsiębiorcy, stanowi przejaw niewspółdziałania w toku kontroli,

3) art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k., polegające na jego błędnej wykładni, poprzez uznanie, że czasowa i warunkowa odmowa udzielenia wyjaśnień w toku prowadzonej kontroli przez przedsiębiorcę do czasu ustanowienia pełnomocnika stanowi przejaw niewspółdziałania w toku kontroli,

4) art. 106 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 105d ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., polegające na ich błędnej wykładni i niewłaściwym zastosowaniu, poprzez uznanie, że do nałożenia kary pieniężnej przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorcę wystarczające jest jedynie wskazanie, iż odmówił on czasowo składania wyjaśnień pomimo, że prawidłowa wykładnia przepisów prowadzi do wniosku, iż pracownicy UOKiK w toku kontroli są uprawnieni do żądania udzielenia przez przedsiębiorcę konkretnych informacji, a nie żądania złożenia przez niego wyjaśnień,

5) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie dokonania przez Sąd I instancji wszechstronnej i swobodnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego, a zwłaszcza załączonych do akt niniejszej sprawy akt postępowania Prezesa UOKiK zakończonego decyzją nr (...), poprzez zaniechanie poczynienia ustaleń w zakresie zasadności stawianego przedsiębiorcy zarzutu utrudniania kontroli poprzez odmowę udzielenia wyjaśnień w toku kontroli, w tym zaniechanie ustalenia, jakie wyjaśnienia chciano uzyskać od przedsiębiorcy w toku kontroli, a nadto czy żądane od przedsiębiorcy w toku kontroli informacje nie zostały przez niego udzielone przed dokonaniem kontroli, w sytuacji gdy z zaliczonych w poczet materiału dowodowego dokumentów z akt ww. sprawy administracyjnej wynika, że przedsiębiorca zarówno przed rozpoczęciem kontroli, jak i po jej zakończeniu za każdym razem udzielał niezbędnych wyjaśnień i informacji na żądanie organu, natomiast nakładając na przedsiębiorcę karę pieniężną, pozwany nie wykazał, jakich wyjaśnień w toku kontroli odmówił udzielenia kontrolującym przedsiębiorca,

6) art. 479^{31a} § 3 k.p.c. w zw. z art. 8 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k. poprzez zaniechanie uchylenia przez Sąd I instancji zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK w całości, mimo przeprowadzenia postępowania administracyjnego przez pozwanego w sposób niebudzący zaufania jego uczestników do władzy publicznej,

7) art. 100 k.p.c. poprzez wzajemne zniesienie pomiędzy stronami kosztów procesu, mimo że wskutek złożonego odwołania Sąd I instancji zmienił decyzję na korzyść odwołującego, zmniejszając nałożoną na niego karę o 75%, co wobec braku innych okoliczności przemawiających za wzajemnym zniesieniem kosztów, winno skutkować przyjęciem stosunkowego rozdzielenia w takim samym stosunku między stronami kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Wskazując na te zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uchylenie decyzji w całości, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu, a także o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego kosztów procesu za obie instancje.

Apelację od wyroku wniósł również pozwany Prezes UOKiK, zaskarżając go w zakresie punktów 1 i 3, zarzucając naruszenie:

1) art. 105d ust. 1 u.o.k.k. poprzez błędną wykładnię punktu 3 tego artykułu w zakresie pojęć „udostępnianie wszelkiego rodzaju dokumentów” i „inne nośniki informacji”, co skutkowało niezasadnym obniżeniem kary nałożonej na powoda,

2) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozpoznania okoliczności sprawy, co doprowadziło do wysnucia nielogicznych, sprzecznych z doświadczeniem życiowym wniosków w zakresie pojęć „dokument” i „nośnik informacji”.

W związku z tymi zarzutami pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od powoda zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu, a nadto o zasądzenie od powoda zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

W odpowiedzi na apelację powoda pozwany wniósł o jej oddalenie w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda była niezasadna, zaś apelacja pozwanego była uzasadniona.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji i przyjmuje je za swoje. Ustalenia w tym zakresie nie naruszały zasady oceny materiału dowodowego wynikającej z art. 233 § 1 k.p.c. Sprawia to, że nie zachodzi potrzeba powtarzania szczegółowych ustaleń faktycznych oraz dokonanej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku interpretacji przepisów prawa mających zastosowanie w niniejszej sprawie (zob. np. postanowienie SN z dnia 22.04.1997 r., II UKN 61/97, OSNAP 1998 r. nr 3, poz. 104, wyrok SN z dnia 8.10.1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999, nr 3, poz. 60). Niemniej wnioski wyciągnięte na podstawie ustalonego stanu faktycznego nie do końca można było podzielić, o czym będzie mowa poniżej.

Zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ocena wiarygodności i mocy dowodów przeprowadzonych w danej sprawie wyraża istotę sądenia w części obejmującej ustalenie faktów. Dotyczy ona rozstrzygnięcia o przeciwstawnych twierdzeniach stron na podstawie własnego przekonania składu orzekającego powziętego w wyniku bezpośredniego zetknięcia się ze świadkami, dokumentami i innymi dowodami przeprowadzonymi w sprawie. Zarzut w tym przedmiocie, a więc sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału, może być skuteczny w sytuacji, gdy powstaje dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie a konkluzją, do jakiej dochodzi sąd na jego podstawie. Przytoczenie w apelacji odmiennej, własnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, na który powołuje się apelujący, nie może być uznane za skuteczne, przy jednoczesnym zaniechaniu wykazania, że ocena dokonana przez sąd przekracza granicę swobodnej oceny dowodów, którą wyznaczają czynniki logiczny i ustawowy, zasady doświadczenia życiowego, aktualny stan wiedzy, stan świadomości prawnej i dominujące poglądy na sądowe stosowanie prawa. Jeżeli więc wnioski wyprowadzone przez sąd orzekający z zebranego materiału dowodowego są logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena tego sądu nie narusza przepisu art. 233 § 1 k.p.c. i musi się ostać, choćby dawały się z niego wysnuć także wnioski odmienne. Innymi słowy, jedynie w sytuacji, gdy brak jest logiki w powiązaniu wniosków z zebranymi w sprawie dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo przeczy zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych związków przyczynowo-skutkowych, przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona.

Odnosząc powyższe do wywodów zawartych w apelacji powoda, bezzasadne było twierdzenie, jakoby Sąd Okręgowy ocenił materiał dowodowy sprzecznie z powyższymi wytycznymi, czym miałby naruszyć art. 233 § 1 k.p.c. Niezależnie od tego, że materiał sprawy nie obejmował akt postępowania Prezesa UOKiK zakończonego decyzją nr (...), ale akta spraw administracyjnych nr (...) i (...), to Sąd Okręgowy poczynił wszechstronne ustalenia w zakresie zasadności stawianego przedsiębiorcy zarzutu utrudniania kontroli. Ta kwestia była powiązana z art. 50 ust. 1 u.o.k.k., zgodnie z którym przedsiębiorcy są obowiązani do przekazywania wszelkich koniecznych informacji i dokumentów na żądanie Prezesa Urzędu, przy czym żądanie powinno zawierać: wskazanie zakresu informacji, wskazanie celu żądania, wskazanie terminu udzielenia informacji oraz pouczenie o sankcjach za nieudzielenie informacji lub za udzielenie informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd (ust. 2). Jest to o tyle istotne, że w dniu 3.02.2012 r. Prezes UOKiK wszczął przeciwko przedsiębiorcy (powodowi) postępowanie ws. podejrzenia stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, polegających na stosowaniu we wzorcu umowy pn. „Umowa zobowiązująca do wybudowania lokalu mieszkalnego oraz do ustanowienia odrębnej własności i sprzedaży tego lokalu Nr .../2011” postanowień wpisanych do rejestru postanowień wzorców umów uznanych za niedozwolone. Jak wynikało z pisma pozwanego z dnia 12.06.2012 r. (k. 40-43 akt adm.), w toku postępowania wyjaśniającego zdarzały się wypadki nieprzekazywania przez przedsiębiorcę informacji w pełnym zakresie lub wręcz odmowy przekazania żądanych informacji i materiałów, przekazywania informacji wzajemnie sprzecznych, brak precyzji wypowiedzi (w szczególności k. 41v-42v akt adm.). Należy zauważyć, że ani w toku postępowania administracyjnego, ani w toku

postępowania przed SOKiK powód nie kwestionował tego pisma ani wywodów w nim zawartych, a więc zastosowanie znajdował art. 229 k.p.c.

Nie może budzić wątpliwości, że instytucja kontroli, obok uprawnienia do żądania od przedsiębiorców przekazania wszelkich koniecznych informacji i dokumentów (art. 50 u.o.k.k.), jest najważniejszym i najbardziej skutecznym uprawnieniem dochodzeniowym przysługującym Prezesowi Urzędu i pozwala, zwłaszcza w połączeniu z instytucją przeszukania, na skuteczne wykonywanie przez Prezesa UOKiK jego ustawowych zadań (art. 31 u.o.k.k.) w celu ochrony konkurencji oraz ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów (art. 1 u.o.k.k.). Jednak z uwagi na to, że uprawnienie to bardzo mocno ingeruje w sferę wolności i praw przedsiębiorców, ten środek powinien być stosowany tylko wtedy, gdy jest to rzeczywiście konieczne i niezbędne, a w szczególności, gdy skorzystanie z instytucji wezwania w trybie art. 50 ustawy byłoby nieodpowiednie lub nieefektywne. Kontrola nie może być również przeprowadzana „na wyrost”. Korzystając z uprawnienia do przeprowadzenia kontroli, organ antymonopolowy powinien zatem kierować się zasadą proporcjonalności, a jego działanie nie powinno być arbitralne i nadmierne (zob. R. Janusz, T. Skoczny, Postępowanie antymonopolowe jako szczególne postępowanie administracyjne w: Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka, Kraków 2001, s. 271, R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, KPP 2001, nr 3, s. 203 i n.). Dodatkowo w art. 80b ustawy z dnia 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 584 ze zm., dalej: u.s.d.g.) wskazano *expressis verbis*, że czynności kontrolne powinny być przeprowadzone w sposób sprawny i możliwie niezakłócający funkcjonowania kontrolowanego przedsiębiorcy.

Zasadniczym celem kontroli jest zgromadzenie materiału, który w toku postępowania antymonopolowego czy postępowania w przedmiocie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów może posłużyć za dowody, potwierdzi podejrzenia Prezesa Urzędu i pozwoli mu (samodzielnie bądź w powiązaniu z innymi dowodami) na stwierdzenie naruszenia przez przedsiębiorcę przepisów ustawy antymonopolowej. Przepis art. 105a u.o.k.k. wskazuje, że kontrola może być przeprowadzona jedynie w toku postępowania przed Prezesem Urzędu. A *contrario* niedopuszczalne jest, z jednym zastrzeżeniem wynikającym z art. 105i ustawy, przeprowadzenie kontroli poza czy bez związku z postępowaniem przed Prezesem Urzędu. Słusznie więc Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że kontrola, która dotyczyła tej sprawy, związana była z innym, już toczącym się wówczas postępowaniem, którego przedmiotem było podejrzenie stosowania przez powoda praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Kontrola nie wykraczała poza zakres tego postępowania, o czym świadczyła chociażby treść upoważnienia. Przedmiotem kontroli miały być okoliczności stosowania przez przedsiębiorcę w obrocie z konsumentami wzorców umów dotyczących lokali mieszkalnych lub/ i lub budynków jednorodzinnych, w tym w ww. wzorcu (przedwstępne sprzedaży, sprzedaży, rezerwacji i in.) – (k. 5-6v akt adm.). Jest to o tyle istotne, że aby możliwe było ustalenie chociażby okresu, w jakim przedsiębiorca stosował zakwestionowaną klauzulę, niezbędne jest ustalenie treści wzorców umów stosowanych zarówno przed przedmiotowym wzorcem, jak i po tym wzorcu, a więc ustalenie, czy i kiedy doszło do zmiany kwestionowanego wzorca co do treści lub zastąpienia go innym wzorcem. Związane z tym jest ustalenie stosowania (posługiwanie się) konkretnym wzorcem umowy w obrocie z konsumentami, czy na jego podstawie były oferowane określone produkty. Te okoliczności znalazły odzwierciedlenie w protokole kontroli z dnia 23.05.2012 r. (k. 7-12 akt adm.), a więc w kolejnym dokumencie, którego strona powodowa w żaden sposób nie kwestionowała: ani na etapie postępowania administracyjnego, ani w toku postępowania sądowego. Niewątpliwie więc ten dokument wraz z załącznikiem do niego w postaci wyjaśnień złożonych przez E. G. odzwierciedlał rzeczywisty przebieg kontroli. Protokół kontroli powód otrzymał, zaś protokół wyjaśnień został podpisany przez samą składającą te wyjaśnienia. Nie sposób więc mówić o braku podstawy prawnej dla przeprowadzenia kontroli.

Niezasadne były zarzuty pozwanego dotyczące statusu E. G., która była obecna podczas kontroli dokonywanej przez pracowników pozwanego. Bezsporne było, że w okresie kontroli była ona pracownikiem powoda, a więc była zatrudniona na podstawie umowy o pracę, a zajmowała się u powoda tzw. obsługą administracyjną. Wynikało to z powyższych dokumentów. Bezsporne, chociaż początkowo składała ona wyjaśnienia, jak również udostępniła kontrolującym zasoby poczty elektronicznej A. P., to w trakcie kontroli, z powodu jego wyraźnego nakazu, zaprzestała tych czynności.

Jak wynika z treści art. 105a i n. u.o.k.k., w tym z art. 105l tej ustawy w zw. z 80 ust. 1 i 2 pkt 3 u.s.d.g., podczas kontroli nie musi być obecny kontrolowany przedsiębiorca, czy nawet osoba przez niego upoważniona. Niemniej kontrolowany jest obowiązany do pisemnego wskazania osoby upoważnionej do reprezentowania go w trakcie kontroli, w szczególności w czasie jego nieobecności (art. 80 ust. 3 u.s.d.g.).

Warunkiem przeprowadzenia czynności kontrolnych także podczas nieobecności kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej jest okazanie przez kontrolującego upoważnienia do przeprowadzenia kontroli, legitymacji służbowej, dowodu osobistego, paszportu lub innego dokumentu potwierdzającego tożsamość jednej z następujących osób: pracownikowi kontrolowanego, osobie, o której mowa w art. 97 k.c. lub innej osobie czynnej w miejscu przeprowadzania kontroli. Status pracownika kontrolowanego ma osoba zatrudniona u kontrolowanego przedsiębiorcy na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę (art. 2 k.p.). Ten wymóg został spełniony, jeśli chodzi o E. G., a więc zostały spełnione formalne wymogi przeprowadzenia kontroli.

Natomiast zgodnie z art. 97 k.c. osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności poczytuje się w razie wątpliwości za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa. „Osoba, o której mowa w art. 97 k.c.”, jak i „osoba czynna w miejscu przeprowadzania kontroli” to pojęcia szersze niż „pracownik” jakkolwiek w wielu przypadkach pracownik będzie zarazem taką osobą, gdyż osoba ta w szczególności nie musi być związana z przedsiębiorcą stosunkiem pracy, a wystarczające jest istnienie określonego powiązania organizacyjnoprawnego między daną osobą a przedsiębiorcą. Powód, pomimo spoczywającego na nim ustawowego obowiązku i poinformowania go o czasie kontroli, ani nie ustanowił na piśmie osoby upoważnionej do jego reprezentowania w trakcie kontroli, ani nie stawił się od razu na termin kontroli, pomimo poinformowania go o wszczętej kontroli, co więcej, po stawieniu się nie chciał nawet odebrać przedstawionego przez kontrolujących upoważnienia, a uczynił to dopiero po rozmowie z kontrolującymi. Zgodnie z art. 80 ust. 5 u.s.d.g. w razie nieobecności kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej albo niewykonania przez kontrolowanego obowiązku, o którym mowa w ust. 3 (wskazania na piśmie osoby upoważnionej do reprezentowania przedsiębiorcy w trakcie kontroli), czynności kontrolne mogą być wykonywane w obecności m.in. innego pracownika kontrolowanego, który może być uznany za osobę, o której mowa w art. 97 k.c. Jak wskazano, taką osobę była pracownica powoda E. G..

Po pierwsze, zgodnie z art. 105b ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. kontrolujący ma prawo żądania od osób, o których mowa w art. 105d ust. 1 ustawy, ustnych wyjaśnień dotyczących przedmiotu kontroli. Osobami wskazanymi w tym ostatnim przepisie są kontrolowany, osoba przez niego upoważniona oraz posiadacz lokalu mieszkalnego, pomieszczenia, nieruchomości lub środka transportu, o których mowa w art. 91 ust. 1 ustawy. Skoro powód nie ustanowił na piśmie osoby upoważnionej, jak również sam nie składał wyjaśnień, odmawiając w ogóle współpracy z kontrolującymi, chcąc odwlec czynności kontrolne na okres po okresie, na jaki została wyznaczona kontrola (k. 5v akt adm.), wnosząc o przedłużenie kontroli do dnia 23.05.2012 r. (k. 16 akt adm.), to spełniona została przesłanka zarówno odmowy składania w toku kontroli wyjaśnień, jak i utrudniania składania takich wyjaśnień, o czym była mowa w sentencji zaskarżonej decyzji, albowiem nie przedsiębiorca nie wywiązał się z obowiązku wynikającego z art. 105b ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 105d ust. 1 u.o.k.k. w zw. z art. 80 ust. 3 u.s.d.g. To na przedsiębiorcy spoczywa obowiązek składania wyjaśnień, ewentualnie ustanowienia na piśmie osoby upoważnionej, która w jego imieniu takie wyjaśnienia złoży. Powód wprost odmówił składania wyjaśnień w okresie objętym kontrolą, mimo że taki okres doskonale znał, jak również utrudnił składanie wyjaśnień, gdyż nie ustanowił wprost na piśmie osoby upoważnionej, zaś jedynej osobie uprawnionej (o czym poniżej) wprost zakazał składania w pewnym momencie jakichkolwiek wyjaśnień.

Po drugie, art. 97 k.c. zawiera domniemanie pełnomocnictwa, które ma zastosowanie do osób działających w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności (zob. np. wyrok SA w Łodzi z dnia 7.09.1993 r., I ACr 415/93, LexPolonica nr 305253). Co istotne, art. 97 k.c. odnosi się do wszystkich osób, które mają faktyczną możliwość dokonywania czynności prawnych w obiektach przedsiębiorstwa i ma zastosowanie zawsze, gdy przedsiębiorstwo nie poinformowało w sposób wyraźny swoich klientów o tym, że konkretne osoby czynne w jego lokalu nie są umocowane

do zawierania umów (zob. wyrok SN z dnia 5.12.2003 r., IV CK 286/02, LexPolonica nr 1632547). Umocowanie do dokonywania czynności może być również domniemane i wynikać z powierzonych osobie obowiązków służbowych (zob. wyrok SN z dnia 24.02.1998 r., I CKN 517/97, LexPolonica nr 346266). Celowościowa wykładnia art. 105b ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 105d ust. 1 u.o.k.k. pozwala wyciągnąć wniosek, że „osobą uprawnioną” może być również pracownik przedsiębiorcy, którego kontrolujący zastaną w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę, co wynika z uprawnień pracowniczych. Warto zauważyć, że powód poinformowany telefonicznie o prowadzonej kontroli nie wskazał, że E. G. nie jest osobą uprawnioną do jego reprezentowania podczas kontroli i dopiero po jakimś czasie zabronił jej udzielania jakichkolwiek wyjaśnień i współpracy z kontrolującymi. Gdyby przyjął wykładnię zaproponowaną przez powoda, że nie naruszył on obowiązku wynikającego z art. 105b ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 105d ust. 1 u.o.k.k., gdyż obowiązek składania wyjaśnień dotyczy tylko kontrolowanego i osoby przez niego upoważnionej (pomijając pozostałe osoby, które w niniejszej sprawie nie mogły być rozpatrywane), to wystarczyłoby, że podczas kontroli nie jest obecny kontrolowany, który dodatkowo nie ustanawia osoby upoważnionej i wskazany przepis byłby „martwy”, a pozwany nie mógłby wykonywać swoich ustawowych uprawnień. Jednocześnie oznaczałoby to, idąc tokiem wnioskowania strony powodowej, że w wyniku takiego zachowania przedsiębiorca byłby zwolniony od odpowiedzialności, gdyż nie naruszałby obowiązku nałożonego na niego przepisami prawa. Taka wykładnia jest nieuprawniona, gdyż prowadzi do wniosków sprzecznych z istotą i celem przepisów regulujących kontrolę. Niezależnie więc od powyższego, a więc gdyby nie utożsamiać odmowy składania wyjaśnień przez kontrolowanego i nieustanowienia przez niego na piśmie osoby upoważnionej z odmową/utrudnieniem składania wyjaśnień w toku kontroli (co nie znajduje uzasadnienia), to należałoby uznać, że prawidłowa wykładnia art. 105b ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 105d ust. 1 u.o.k.k. oznaczałaby, że osobą upoważnioną do reprezentowania przedsiębiorcy, w tym zobowiązaną do składania wyjaśnień byłby również pracownik przedsiębiorcy.

Niezasadne było też twierdzenie powoda, że pracownicy pozwanego nie wskazywali, jakich konkretnie danych od niego oczekują. Przeczy temu chociażby treść upoważnienia, które powód otrzymał już w pierwszym dniu kontroli, w którym w punkcie 2 „Zakresu kontroli” zostały dokładnie wymienione dokumenty, które miały podlegać badaniu. Powód wiedział również o czynnościach, jakie były dokonywane w miejscu, gdzie prowadził działalność gospodarczą, gdyż stawiał się na kontrolę pierwszego dnia, chociaż po kilku godzinach. Pomimo tego powód zwrócił się do kontrolujących o wyliczenie żądanych dokumentów, w wyniku czego w dniu 17.05.2012 r. kontrolujący wysłali do pełnomocnika powoda zestawienie żądanych dokumentów, z zastrzeżeniem, że może ono ulec zmianie oraz nie obejmuje wyjaśnień i oświadczeń, do złożenia których kontrolujący mogą wezwać w trakcie kontroli (zestawienie k. 13-13v akt adm.). Takie postępowanie świadczy o chęci przedłużenia postępowania, co wynika również z treści odpowiedzi na powołane pismo pozwanego, w której powód wystąpił z wnioskiem o przedłużenie kontroli do dnia 23.05.2012 r., bo musi zebrać komplet dokumentów (k. 16 akt adm.). Niezależnie od tego, o czym była mowa, że powód doskonale zdawał sobie sprawę, jakie dokumenty chcą od niego uzyskać pracownicy UOKiK, gdyż od kilku miesięcy toczyło się postępowanie w przedmiocie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów właśnie w związku z tymi dokumentami, jak również otrzymał upoważnienie, w którym te dokumenty były wymienione, to nadal nie przedstawił umów (ich wzorców) i dokumentów finansowych, powołując się np. na „wątpliwości” dotyczące ochrony danych osobowych, czy oddanie dokumentacji finansowej zewnętrznemu podmiotowi. To przedsiębiorca ma obowiązek zorganizowania swojej działalności w taki sposób, aby np. nie mieć problemu z natychmiastowym dostępem do dokumentacji finansowej. Co charakterystyczne, nawet w apelacji powód wskazał, że „przedmiotowy zakres kontroli, określony w treści upoważnienia nr (...) z dnia 15 maja 2012 roku, wskazuje, iż objęte są nim informacje i dokumenty, których udzielenia i przekazania Prezes Urzędu mógł i powinien był żądać w trybie art. 50 u.o.k.k.”. Pomijając kwestię kolejnego odwołania się do art. 50 ustawy, o czym była mowa, to widać wyraźnie, że najpóźniej w pierwszym dniu kontroli powód był całkowicie świadomy obowiązku, a więc dokładnie wiedział, jakich danych i dokumentów oczekuje od niego pozwany. Oczywistym jest jednak, że tę widzę posiadał znacznie wcześniej, gdyż jak była o tym mowa, jeszcze przed wszczęciem procedury kontroli był wzywany do składania stosownych dokumentów i podawania danych, z czego się nie wywiązywał, co skutkowało kontrolą. O ile przedsiębiorca jest uprawniony do ustanowienia pełnomocnika również w tego rodzaju postępowaniu, to nie wstrzymuje to czynności kontrolnych, a nadto na przedsiębiorcy spoczywa obowiązek takiego zorganizowania swojej działalności gospodarczej, aby wykonać ustawowy obowiązek współpracy z Prezesem UOKiK. Trzeba podkreślić, że przedmiotem niniejszego

postępowania nie jest rozstrzygnięcie, czy przedsiębiorca faktycznie naruszył zbiorowe interesy konsumentów, gdyż jest to przedmiotem innego postępowania, ale to, czy powód faktycznie współdziałał w trakcie kontroli.

Niezasadne było natomiast stanowisko Sądu Okręgowego odnośnie do możliwości przeglądania przez kontrolujących poczty elektronicznej przedsiębiorcy. Zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 105b ust. 1 pkt 2 u.o.k.k. w celu uzyskania informacji mogących stanowić dowód w sprawie kontrolujący ma prawo żądania udostępnienia związanych z przedmiotem kontroli m.in. korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną, informatycznych nośników danych w rozumieniu przepisów o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, innych urządzeń zawierających dane informatyczne lub systemów informatycznych, w tym także zapewnienia dostępu do systemów informatycznych będących własnością innego podmiotu zawierających dane kontrolowanego związane z przedmiotem kontroli, w zakresie, w jakim kontrolowany ma do nich dostęp. Do dnia 18.01.2015 r., a więc również w okresie kontroli, brzmienie tego przepisu było inne, a mianowicie kontrolujący miał prawo żądania udostępnienia m.in. nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli oraz ich odpisów i wyciągów, a także sporządzania z nich notatek. Z tego względu Sąd I instancji wywiódł, że skoro nie była tu wymieniona poczta elektroniczna, a została ona wprowadzona do przepisu w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 10.06.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. poz. 945), to pozwany nie miał wówczas prawa przeprowadzenia kontroli w zakresie poczty elektronicznej przedsiębiorcy.

Taka wykładnia (nota bene bardzo lakoniczna) nie była jednak prawidłowa, a w tym przedmiocie zgodzić się należało z wywodami zawartymi w apelacji pozwanego.

W powołanym przepisie była mowa o udostępnianiu kontrolującym „wszelkiego rodzaju nośników informacji” związanych z przedmiotem kontroli. Sąd Okręgowy podkreślił, że poczta elektroniczna nie jest nośnikiem informacji, chociaż w przepisie nie było mowy o trwałym nośniku informacji. Definicję trwałego nośnika zawarto np. w art. 2 pkt 10 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2011/83/UE z dnia 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L nr 304, s. 64) – oznacza on każde urządzenie umożliwiające konsumentowi lub przedsiębiorcy przechowywanie informacji kierowanych do niego osobiście, w sposób umożliwiający dostęp do tych informacji w przyszłości przez okres odpowiedni do celów, jakim te informacje służą, i które pozwala na odtworzenie przechowywanych informacji w niezmienionej postaci. Cecha „trwałości” została pominięta w poprzednim brzmieniu art. 105b ust. 1 pkt 2 u.o.k.k., co oznacza, że nośnik informacji nie musiał jej spełniać. Istotne były więc cechy użytkowe, które pozwalały na odtworzenie konkretnej informacji (w tym przypadku związanej z przeprowadzaną kontrolą). Takim nośnikiem jest poczta elektroniczna, albowiem umożliwia ona przechowywanie informacji, dostęp do informacji oraz odtworzenie informacji w niezmienionej formie. Podobnie został zdefiniowany „trwały nośnik” np. w art. 5 pkt 17 ustawy z dnia 12.05.2011 r. o kredycie konsumenckim (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1528) – jako materiał lub urządzenie służące do przechowywania i odczytywania informacji przekazywanych konsumentowi w związku z umową o kredyt, przez czas odpowiedni do celów jakim informacje te służą oraz pozwalające na odtworzenie tych informacji w niezmienionej postaci. Analogiczna definicja została zawarta w art. 3 pkt 9 ustawy z dnia 16.09.2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 555 ze zm.). Cały czas mowa jest o trwałym nośniku informacji, a więc spełniającym dodatkową cechę w stosunku do nośnika informacji.

Także w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjęto, że strona internetowa może być uznany za „trwały” nośnik, o ile umożliwia konsumentowi przechowywanie informacji, które zostały do niego osobiście skierowane w taki sposób, aby mógł on mieć do nich dostęp i odtworzyć je w niezmienionej postaci w odpowiednio długim okresie czasu z wyłączeniem możliwości późniejszej, jednostronnej zmiany ich zawartości przez przedsiębiorcę (zob. wyrok TSUE z dnia 5.07.2012 r. w sprawie C-49/11 (...)). Innymi słowy, istotne jest zagwarantowanie braku zmian w zawartości strony internetowej, a także jej dostępność w odpowiednim okresie. Zatem strona internetowa może być uznana nie tylko za nośnik informacji, ale również – przy zachowaniu wskazanych warunków – za trwały nośnik informacji, chociaż zwykle jest umieszczona na serwerze nienależącym do przedsiębiorcy, który się nim posługuje w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Taki sam wniosek odnosi się do poczty elektronicznej.

Tak więc słusznie pozwany wskazał w apelacji, że nie forma prawna (przesądza o tym, czy urządzenie jest nośnikiem informacji, ale określona funkcjonalność urządzenia (dostępność i możliwość odtworzenia informacji przez nadawcę lub odbiorcę informacji). Nie chodzi tu więc jedynie o urządzenia typu płyty CD-ROM/DVD, pamięci zewnętrzne (w tym pamięci USB), dyski, karty pamięci, papier itp., ale również np. pocztę elektroniczną, która skoro może spełniać wymóg trwałości nośnika, może być tym bardziej uznana za „zwykły” nośnik informacji.

Powyższe znajduje uzasadnienie w uzasadnieniu powołanej ustawy nowelizującej: „Zmiany proponowane w zakresie przepisów dotyczących kontroli przeprowadzanej w toku postępowania przed Prezesem UOKiK mają głównie charakter doprecyzowujący, porządkujący i usuwający pojawiające się wątpliwości interpretacyjne, jak również są wprowadzane w celu usprawnienia przebiegu kontroli i zapewnienia jej większej skuteczności. Uzupełniono art. 105a ust. 4 pkt 6 dotyczący wymogów upoważnienia do przeprowadzenia kontroli o wskazanie okresu objętego kontrolą. Uznano także, iż konieczne jest doprecyzowanie przysługującego kontrolującym w ramach kontroli uprawnienia polegającego na żądaniu udostępnienia akt, ksiąg, wszelkiego rodzaju dokumentów i nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli poprzez uściślenie (co pozwoli na uniknięcie pojawiających się niekiedy wątpliwości interpretacyjnych), że uprawnienie to dotyczy również żądania udostępnienia innych urządzeń zawierających dane informatyczne lub systemów informatycznych, w tym także zapewnienia dostępu do systemów informatycznych będących własnością innego podmiotu zawierających dane kontrolowanego związane z przedmiotem kontroli (podmiotom tym, których prawa zostaną naruszone w toku kontroli, będzie przysługiwało na podstawie nowo projektowanego art. 105m zażalenie do sądu ochrony konkurencji i konsumentów), a także dostępu do korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną. Kontrolujący będą uprawnieni do sporządzania z tych materiałów notatek oraz będą uprawnieni do żądania sporządzenia przez kontrolowanego ich kopii (art. 105b). W związku z ww. doprecyzowaniem uprawnień kontrolujących zaproponowano również odpowiednie doprecyzowanie obowiązków kontrolowanego przedsiębiorcy. Dotychczasowy obowiązek kontrolowanego w postaci zapewnienia kontrolującym dostępu do wszelkiego rodzaju nośników informacji uszczegółowiono poprzez odniesienie do informatycznych nośników danych, w tym również będących własnością innego podmiotu oraz korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną (art. 105d ust. 1 pkt 4). Odpowiednio doprecyzowany został również art. 105e ust. 1 pkt 1, odnoszący się do obowiązku sporządzania przez kontrolowanego kopii dokumentów.” (Druk nr (...) Sejmu RP VII kadencji).

Tej kwestii Sąd Okręgowy w ogóle nie rozważył, a już tylko z powołanej treści uzasadnienia nowelizacji jednoznacznie wynikało, że nowelizacja w omawianym przedmiocie miała mieć charakter jedynie porządkujący i precyzujący, a nie stricte zmieniający. W wyniku tej nowelizacji Prezesowi UOKiK nie dodano w tym zakresie nowych uprawnień, a jedynie sprecyzowano te uprawnienia, które już mu przysługiwały z mocy ustawy. Dokonując procesu wykładni przepisów, nie sposób pominąć woli ustawodawcy. Jednocześnie nie sposób zgodzić się z powodem, że powinien on mieć wątpliwości, czy pozwanemu przysługiwało prawo do przeglądania w trakcie kontroli również poczty elektronicznej. Jeżeli faktycznie miał takie wątpliwości, to wystarczyło sięgnąć do powołanego uzasadnienia, jak również do zgodnych poglądów piśmiennictwa w tym przedmiocie, jako że przed tą nowelizacją nie było wątpliwości, że Prezesowi Urzędu omawiane uprawnienie przysługiwało, a jedynie zgłaszano wątpliwości co do tego, czy kontrolujący może żądać sporządzenia przez kontrolowanego kopii serwera. Wskazywano jednak, że przedsiębiorca powinien kopiować dla kontrolującego dokumenty wskazane przez kontrolujących, a także drukować dla kontrolującego wskazane przez kontrolujących wydruki z nośników informacji, jak również sporządzać wydruki z informatycznych nośników danych, takich jak dyski, dyski CD, dyski DVD, urządzenia USB, twarde dyski komputerów oraz serwery (zob. A. Stawicki, E. Stawicki (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Warszawa 2011, s. 1107).

Poza tym skoro celem uprawnień przyznanych Prezesowi Urzędu jest umożliwienie pozyskiwania wszelkich informacji w ramach przeprowadzanej kontroli, to wyłączenie możliwości sprawdzania poczty e-mail przedsiębiorcy byłoby całkowicie sprzeczne z istotą przeprowadzanej kontroli. Skoro w art. 50 ust. 1 u.o.k.k. przedsiębiorcy są obowiązani do przekazywania wszelkich koniecznych informacji i dokumentów na żądanie Prezesa Urzędu, a więc również danych zawartych w listach e-mail czy wydruków z tej poczty elektronicznej, bo niewątpliwie zawiera się to w pojęciu „wszelkich koniecznych informacji i dokumentów”, to wykładnia jakiej dokonał Sąd Okręgowy oznaczałaby, że w tym

słabszym (mniej ingerującym w działalność przedsiębiorcy) środkiem organ administracji jest uprawniony je pozyskać, zaś przy zastosowaniu silniejszego środka takie uprawnienie mu by nie przysługiwało. Innymi słowy, w czasie kontroli Prezes UOKiK nie mógłby pozyskiwać od przedsiębiorców dokumentów i informacji, jakie miałby prawo pozyskać w ramach wezwania wystosowanego w trybie powołanego przepisu. Taka wykładnia nie znajduje żadnego uzasadnienia, a wniosek przeciwny nie prowadzi do nałożenia na przedsiębiorcę obowiązku, który nie został nałożony przepisami prawa. O ile więc niezasadne były wywody pozwanego dotyczące traktowania listu e-mail jako „rodzaju dowodu z dokumentu”, w odwołaniu do art. 115 § 14 k.k., podczas gdy zgodnie z art. 84 u.o.k.k. w sprawach dotyczących dowodów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu stosuje się odpowiednio art. 227-315 k.p.c., a e-mail nie jest dokumentem w rozumieniu art. 244-245 k.p.c. (w brzmieniu sprzed dnia 8.09.2016 r.), to A. P. był zobowiązany w toku przeprowadzonej kontroli do udostępnienia pracownikom UOKiK zasobów poczty elektronicznej poprzez umożliwienie dostępu do jednostek komputerowych znajdujących się w miejscu, w którym prowadził działalność gospodarczą. Jak wynikało z treści przepisów, kontrolujący mogli żądać wykonania również wydruków wiadomości e-mail.

W konsekwencji, rozstrzygnięcie Sądu I instancji nie było trafne w zakresie uznania, że pracownicy pozwanego nie mogli żądać w trakcie kontroli okazania poczty elektronicznej, w wyniku czego doszło do obniżenia kary pieniężnej nałożonej zaskarżoną decyzją. Zgodnie z art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k., w brzmieniu obowiązującym w okresie wydawania decyzji, Prezes Urzędu mógł nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 50.000.000 euro, jeżeli przedsiębiorca, choćby nieumyślnie, nie współdziałał w toku kontroli prowadzonej w ramach postępowania na podstawie art. 105a, z zastrzeżeniem art. 105d ust. 2, przy czym wyłączenie wynikające z tego ostatniego przepisu nie miało zastosowania w niniejszej sprawie. Należy przy tym zwrócić uwagę, że chociaż kara pieniężna miała (i ma) charakter fakultatywny, to spełnia cele represyjne za niezastosowanie się do bezwzględnie obowiązujących wymagań, a ponadto prewencyjnie zmierza do wymuszenia na ukaranych przedsiębiorcach przestrzegania tych imperatywnych reguł w przyszłości. Funkcja kar pieniężnych nie polega więc na samym korygowaniu zachowań przedsiębiorców. Generalnie kary pieniężne pełnią funkcję odstraszającą i prewencyjną, a ryzyko ich nałożenia ma zniechęcać przedsiębiorców do naruszania obowiązków wynikających z ustawy lub decyzji regulatora (zob. np. wyrok SN z dnia 13.05.2010 r., III SK 42/09, Legalis nr 389795). Jednocześnie kara pieniężna nie może wpłynąć na pogorszenie sytuacji finansowej i płynność finansową przedsiębiorcy, gdyż z uwagi na represyjno-wychowawczy charakter winna pozostawać we właściwej proporcji do potencjału ekonomicznego sprawy. Jednak ten potencjał winien być utożsamiany z osiąganym przez przedsiębiorcę obrotem, a nie dochodem. Inaczej rzecz ujmując, fakt nieosiągnięcia przez przedsiębiorcę stosującego niedozwolone praktyki dochodu (zysku) jest irrelevantny dla wysokości kary pieniężnej, która ma stanowić realną, odczuwalną dolegliwość dla ukaranego podmiotu, ale stanowić także wyraźne ostrzeżenie na przyszłość. Zatem również w przypadku kary pieniężnej, której górna granica określona została w ustawie kwotowo, a nie jako procent od obrotu, nie można abstrahować od obrotu generowanego przez przedsiębiorcę jako jednego z wyznaczników poziomu tej kary.

Prezes Urzędu, wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej, działa w ramach uznania administracyjnego, co oczywiście nie jest równoznaczne z dowolnością. W tym zakresie powinien kierować się zasadą równości i proporcjonalności, jak również uwzględnić kryteria określone w art. 111 u.o.k.k., a więc w szczególności: okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Z brzmienia tego przepisu wynika, że są to podstawowe okoliczności, które powinny zostać wzięte pod uwagę, chociaż nie jedyne. Okoliczności sprawy, w tym: niewielki zakres naruszenia, krótki okres jego trwania, brak istotnego naruszenia konkurencji wskutek naruszenia przepisów ustawy, brak winy naruszcyciela, może przemawiać za nienakładaniem kary pieniężnej, jednak odstąpienie od nałożenia kary powinno dotyczyć tylko wyjątkowych sytuacji, gdy wymierzenie kary, nawet w symbolicznej wysokości, stanowiłoby dla przedsiębiorcy znaczącą dolegliwość, pozostającą w istotnej sprzeczności ze stopniem winy oraz szkodliwością praktyki dla sfery interesów konsumentów.

W tej konkretnej sytuacji Prezes Urzędu uznał, że zasadnym było nałożenie na powoda kary pieniężnej w stosunkowo niskiej wysokości – równowartości 10.000 zł, przy przychodach powoda za 2011 r. w wysokości 3.629.218,39 zł (oświadczenie k. 52 akt adm.). Tak więc kara pieniężna stanowiła zaledwie 0,276% przychodu przedsiębiorcy z

roku poprzedzającego wydanie zaskarżonej decyzji. Mając na względzie wszystkie wytyczne (kryteria) nałożenia kary pieniężnej, z takim stanowiskiem należało się zgodzić. Nie jest zasadne, jak to próbowała uczynić strona powodowa, odwoływanie się do kar pieniężnych w innych sprawach i ich porównywanie. W każdej sprawie organ administracji jest zobowiązany indywidualnie rozważyć powołane kryteria dla określenia właściwej wysokości kary pieniężnej. Kara w wysokości 2.264 euro (10.000 zł), wbrew zarzutom podniesionym w odwołaniu, była prawidłowa, zgodna z kryteriami określonymi w art. 111 u.o.k.k. Powód naruszył istotne obowiązki przedsiębiorcy w toku przeprowadzonej kontroli, nie współpracował we właściwy sposób z organem administracji, mimo że miał świadomość ustawowych obowiązków związanych z przeprowadzaną kontrolą, a jak wynika z materiału dowodowego – jego działania były nastawione na uniemożliwienie pozwanemu ustalenia okoliczności istotnych dla postępowania w przedmiocie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów. Na s. 14-15 zaskarżonej decyzji opisano dokładnie, jakie okoliczności pozwany wziął pod uwagę ustalając karę pieniężną na poziomie 10.000 zł i z tymi wywodami należało się zgodzić, a kary na tym poziomie nie można uznać za „dowolną”. Co prawda, w odwołaniu powód słusznie podniósł, że przychód nie jest równy dochodowi, a w przypadku dużych kosztów działalności przedsiębiorca mógłby nawet ponieść stratę (k. 22), jednak nie odniósł tego do realiów niniejszej sprawy, a w szczególności nie przedstawił dowodów na okoliczność, jaki osiągnął dochód z prowadzonej działalności gospodarczej. Zatem nie mogło ulegać wątpliwości, że kara pieniężna w kwocie 10.000 zł spełniała wszystkie funkcje i była zgodna z kryteriami jej nałożenia, co oznacza, że apelacja strony pozwanej był uzasadniona.

Zmiana wyroku w odniesieniu do żądania głównego (odwołania) na korzyść pozwanego oznaczała również konieczność zmiany rozstrzygnięcia w zakresie kosztów procesu za postępowanie pierwszoinstancyjne, zgodnie z art. 98 k.p.c. w zw. z § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 490 ze zm.). O ile więc zasadny był zarzut powoda dotyczący naruszenia przez Sąd I instancji zasad rozliczenia kosztów procesu, albowiem skoro według tego Sądu karę pieniężną należało obniżyć o 80%, to niezasadnie zostało zastosowane wzajemne zniesienie między stronami kosztów procesu, to z uwagi na zmianę wyroku, kwestia ta nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Mając powyższe na względzie, Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 386 § 1 i art. 385 k.p.c., orzekł jak w punktach I i II sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 14 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości. Jednocześnie na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 623) obciążono powoda, jako przegrywającego sprawę w całości, brakującymi kosztami w sprawie, tj. opłatą od apelacji, od uiszczenia której pozwany był zwolniony z mocy prawa.