

KRYSTYNA KOWALIK-BAŃCZYK

Problematyka ochrony praw podstawowych w unijnych postępowaniach w sprawach z zakresu ochrony konkurencji



The issues of the protection
of fundamental rights
in EU competition proceedings



Problematyka ochrony praw podstawowych w unijnych postępowaniach w sprawach z zakresu ochrony konkurencji

The issues of the protection of fundamental rights in EU competition proceedings

*„Wszelkie współczesne dyskusje dotyczące wykonywania prawa oraz ochrony prawnej szybko przenoszą nas z szerokiego oceanu polityki konkurencji na coraz głębsze wody egzekwowania regulacji, po których w równej mierze żeglować muszą adwokaci specjalizujący się w sprawach karnych, prawnicy zajmujący się kwestiami praw człowieka jak i prawnicy specjalizujący się w kwestiach konkurencji”**

* C. HARDING, *Effectiveness of Enforcement and Legal Protection* [w:] C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu (red.), *European Competition Law Annual: 2006. Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford and Portland, Oregon 2007, s. 644.

© CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN

redakcja w języku polskim

ELŻBIETA NOWICKA-ROŻEK

redakcja w języku angielskim

JAROSŁAW BRZEZIŃSKI

tłumaczenie na język angielski

AGENCJA TŁUMACZY ZAWODOWYCH LETTERMAN SP. Z O.O.

skład i druk

HOBODRUK, UL. LUTOSŁAWSKIEGO 18, 05-080 IZABELIN

projekt graficzny

WOJCIECH SOBOLEWSKI

wydawca / published by

CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN,

UL. NOWOURSYNOWSKA 84 · 02-797 WARSZAWA

TEL. 022 545 98 00 · FAX 022 649 12 99

FUNDACJA@NATOLIN.EDU.PL · WWW.NATOLIN.EDU.PL

ISSN 1732-0445

ISBN 978-83-918811-7-0

WARSZAWA 2010

KRYSTYNA KOWALIK-BAŃCZYK

Problematyka ochrony praw podstawowych
w unijnych postępowaniach w sprawach
z zakresu ochrony konkurencji



The issues of the protection of fundamental
rights in EU competition proceedings



CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN

Spis treści

1. Wprowadzenie.....	7
2. Przedsiębiorstwo jako podmiot praw podstawowych.....	16
3. Charakter unijnych postępowań o ochronę konkurencji	21
3.1. Charakter postępowań antymonopolowych	24
3.1.1. Ocena charakteru analogicznych krajowych postępowań w świetle EKPC	25
3.1.2. Stanowisko sądów unijnych.....	34
3.2. Charakter postępowań w sprawie kontroli koncentracji.....	37
4. Źródła praw podstawowych w unijnych postępowaniach o ochronę konkurencji	39
4.1. Zasady ogólne prawa.....	41
4.2. Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności	43
4.3. Karta Praw Podstawowych UE	46
4.4. Prawa podstawowe w orzecznictwie dotyczącym prawa konkurencji – zarys	49
4.5. Uprawnienia „skodyfikowane” w aktach prawa wtórnego	55
5. Konsekwencje decentralizacji wykonywania unijnego prawa ochrony konkurencji dla ochrony prawnej przedsiębiorstw	57
5.1. Podział spraw między KE a organy krajowe	62
5.2. Współpraca między organami ochrony konkurencji	65
5.2.1. Żądanie udzielenia informacji	65
5.2.2. Kontrola	67
5.3. Zasada „ne bis in idem” a równoległe postępowania.....	68
5.4. Równoległe kompetencje a programy „leniency”.....	71
6. Konkluzje.....	73
O Autorce.....	77

Table of contents

1. Introduction.....	81
2. Undertaking as an entity enjoying fundamental rights	90
3. The character of EU competition proceedings	95
3.1. The nature of antimonopoly proceedings.....	98
3.1.1. The assessment of the character of similar national proceedings in the light of the European Convention on Human Rights	99
3.1.2. The position of EU courts.....	108
3.2. The character of proceedings concerning the control of concentration	112
4. The sources of fundamental rights in EU competition proceedings	114
4.1. General principles of law	116
4.2. The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms	118
4.3. The Charter of Fundamental Rights of the EU.....	121
4.4. Fundamental rights in case-law concerning competition law – an outline.....	124
4.5. Rights ”codified” in secondary legislation in force	130
5. Consequences of decentralisation of enforcement of EU competition law for legal protection of undertakings.....	132
5.1. Distribution of cases between the Commission and national authorities	137
5.2. Cooperation between competition authorities	139
5.2.1. Request for information	140
5.2.2. Inspection.....	142
5.3. The ”ne bis in idem” principle and concurrent proceedings.....	143
5.4. Parallel competences and leniency programmes.....	145
6. Conclusions	147
About the Author.....	151

1. Wprowadzenie

Od początku istnienia Wspólnoty Europejskiej¹ (dalej jako WE, obecnie Unii Europejskiej, dalej jako UE) ochrona niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku stanowiła jeden z jej głównych celów². Cel ten realizowany jest głównie przez Komisję Europejską (dalej jako KE lub Komisja), działającą na podstawie artykułów 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako TFUE)³ oraz uzupełniających te przepisy aktów prawa wtórnego⁴.

¹ Początkowo chodziło o Europejską Wspólnotę Gospodarczą, jednak nazwa ta została zmieniona w Traktacie z Maastricht, Dz.U. C 224 z 31.08.1992 r. Od 1.12.2009 r. sukcesorem Wspólnoty Europejskiej jest Unia Europejska.

² Były art. 3 lit. g Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (dalej jako TWE), w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako TFUE) i Traktacie o Unii Europejskiej (dalej jako TUE) brak obecnie odpowiednika tego przepisu. Artykuł 3 ust. 3 TUE przewiduje jedynie, że „Unia ustanawia rynek wewnętrzny”, a Protokół nr 27 w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji definiuje, że rynek ten „obejmuje system zapewniający niezakłóconą konkurencję”, Dz. Urz. UE z 30.03.2010, C 83, s. 309.

³ Przepisy te nie są tu szerzej omawiane, por. jednak: A. JURKOWSKA, D. MIĄSIK, M. SKOWROŃSKA, *Komentarz do art. 81 i 82 TWE* [w:] A. Wróbel, K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Tom II*, Warszawa 2009, s. 311-458 i podaną tam obszerną literaturę polską i zagraniczną.

⁴ Obecnie: rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.U. WE L 1 z 4.1.2003, s. 1, PL.ES Rozdz. 8, t. 2, s. 205, (dalej jako rozp. 1/2003); uzupełniające je rozporządzenie Komisji (WE) nr 773/2004 z 7 kwietnia 2004 r. odnoszące się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE, Dz.U. UE L 123 z 27.4.2004, s. 18, PL.ES Rozdz. 8, t. 3, s. 81 (dalej jako rozp. 773/2004) oraz rozporządzenie Rady nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw), Dz.U. UE L 24 z 29.1.2004, s. 1; PL.ES Rozdz. 8, t. 3, s. 40, (dalej jako rozp. 139/2004).

Wspomniane akty prawne okazały się bardzo skutecznym narzędziem realizacji przywołanego na wstępie celu, głównie dzięki temu, że wyposażyły Komisję w instrumenty pozwalające jej na silną ingerencję w zachowania przedsiębiorstw na rynku oraz na nakładanie surowych kar pieniężnych. W celu dalszego zwiększenia efektywności zwalczania karteli wprowadzane są surowsze metody kontroli, podwyższane są kary. Zachęca się też podmioty pokrzywdzone działaniami antykonkurencyjnymi do dochodzenia naprawienia szkody wyrządzonej na skutek naruszenia prawa konkurencji na drodze powództwa cywilnego⁵.

Warto jednak podkreślić, że – jak zauważa Giannakopoulos – naruszenie prawa konkurencji niekoniecznie jest bardzo widoczne czy oczywiste⁶. Trudności w kwalifikowaniu poszczególnych zachowań przedsiębiorstw jako naruszeń norm prawa konkurencji rodzą istotne problemy w opracowaniu w pełni sku-

⁵ A.P. KOMNINOS, *New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Rights to Damages*, CMLRev. 39/2002, s. 452; M. WAELBROECK, D. SLATER, G. EVEN-SHOSHAN, *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules (Ashurst Study)*, Brussels 2004, dostępne na: www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/comparative_report_clean_en.pdf; W.P.J. WILS, *Should Private Antitrust Enforcement be Encouraged?*, World Competition nr 26/2003, s. 157-186; J.S. VENIT, *Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement Under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, CMLRev. 40/2003, s. 545-580; C.A. JONES, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford 1999 oraz tenże: *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, World Competition nr 27/2004, s. 14; E. CLAUDEL, *Les propositions du Livre blanc – Faciliter l'établissement des conditions de la responsabilité*, Concurrences nr 4/2008, s. 1; A. KOMNINOS, *The EU White Paper for damages actions: A first appraisal*, Concurrences nr 2/2008, s. 84-92; A. JURKOWSKA, *Prywatnoprawne wdrażanie wspólnotowego prawa konkurencji*, Zeszyty CEN, Zeszyt nr 19/2005, dostępny na: www.natolin.pl; M. SZPUNAR, *Odpowiedzialność podmiotu prywatnego z tytułu naruszenia prawa wspólnotowego*, Warszawa 2008, zwłaszcza s. 290-334.

⁶ T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights in Competition and Anti-dumping/Anti-subsidies Proceedings*, The Hague London New York 2004, s. 6.

tecznego systemu przestrzegania prawa konkurencji⁷. Organy chroniące konkurencję muszą zatem dysponować szerokimi uprawnieniami dochodzeniowymi. Z definicji muszą też dysponować pewną swobodą uznania przy ocenie, jakie zachowania o charakterze ekonomicznym są niewłaściwe i niekorzystne dla rynku (dla konkurencji na rynku).

Ze względu na to, że Komisja Europejska jest organem dysponującym niezwykle szerokimi kompetencjami, łącząc funkcje dochodzeniowe, wykonawcze oraz orzecznicze, (sądowe)⁸ od zarania powstania wspólnotowego prawa konkurencji toczy się debata nad wpływem tego stanu rzeczy na standard ochrony prawnej przedsiębiorstw⁹.

⁷ B. VESTENDORF, *Are fines the final answer to cartels in Europe?*, Concurrences nr 2/2009, s. 1-2; W.P.J. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, World Competition nr 29/2006, s. 183; D. WILSHER, *Achieving Better Decision-making in Competition Enforcement Cases: A Public Law Perspective on the Role of the Executive and the Courts*, World Competition nr 30/2007, s. 263.

⁸ W.P.J. WILS, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, World Competition nr 27/2004, s. 201; L. ORTIZ BLANCO, *EC Competition Procedure*, 2nd ed., Oxford 2006; A. ANDREANGELI, *Toward an EU Competition Court: Article 6-Proofing Antitrust Proceedings before the Commission*, World Competition nr 30/2007, s. 595.

⁹ P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford 1999, s. 44; A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Cheltenham, Northampton 2008, s. 23 i cytowana tam literatura; W. WILS, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis*, World Competition nr 27/2004, s. 209, tenże: *Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between European and National Legislation and Case-law*, World Competition nr 29/2006, s. 3; O.J. EINARSSON, *EC Competition Law and the Right to a Fair Trial* [w:] P. Eeckhout, T. Tridimas (red.), *Yearbook of European Law*, nr 25/2006, s. 600; D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELEBROECK, *Competition Law Proceedings before the European Commission and the Right to Fair Trial: No Need for Reform?*, European Competition Journal nr 4/2009, s. 97; L. PARRET, *Judicial Protection after Modernisation of Competition Law*, Legal Issues of Economic Integration nr 4/2005, s. 339-368.

Szeroki zakres uprawnień dochodzeniowych, decyzyjnych i wykonawczych Komisji w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji może bowiem rodzić obawy co do stopnia ochrony praw podmiotów prywatnych w nich uczestniczących, czyli przedsiębiorstw¹⁰. Przywołane na wstępie akty prawa wtórnego przewidują konkretne uprawnienia stron postępowania i statuuja określone gwarancje procesowe. Pojawia się jednak pytanie o to, czy i w jakim zakresie w postępowaniach tych chronione są prawa podstawowe podmiotów w nich uczestniczących. Chodzi przede wszystkim o ustalenie, czy zawarte w Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹¹ (dalej jako EKPC) oraz w Karcie Praw Podstawowych UE¹² (dalej jako KPP) gwarancje zarezerwowane tradycyjnie na użytek procesu karnego, takie jak na przykład zasada domniemania niewinności czy zasada *ne bis in idem*, powinny znajdować zastosowanie w unijnych postępowaniach w sprawie ochrony konkurencji. Zagadnienie to jest tym bardziej istotne, że po wejściu w życie Traktatu z Lizbony¹³ Unia

¹⁰ Oficjalne tłumaczenie TFUE posługuje się pojęciem „przedsiębiorstwa” (ang. *undertaking*, fr. *une entreprise*, niem. *Unternehmen*), dlatego w niniejszym opracowaniu zdecydowano się wykorzystywać jedynie to sformułowanie. „Przedsiębiorstwo” jest rozumiane w prawie unijnym tak, jak przyjęte w polskim języku prawnym i prawniczym pojęcie „przedsiębiorcy”, zob. szerzej o obu pojęciach: G. MATERNA, *Pojęcie „przedsiębiorca” a relacje między wspólnotowym i krajowym prawem ochrony konkurencji* [w:] C. Banasiński, M. Kępiński, B. Popowska, T. Rabska (red.), *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, Warszawa 2006, s. 47 oraz tenże, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009.

¹¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. ze zmianami wprowadzonymi przez Protokół nr 11, który wszedł w życie 1 listopada 1998 r.; tekst Konwencji opublikowany w Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 oraz tekst Protokołu nr 11 opublikowany w Dz. U. z 1998 r. Nr 147, poz. 962.

¹² Dz. Urz. UE z 30.03.2010 r., C 83, s. 389.

¹³ Dz. Urz. UE z 30.03.2010 r., C 83, s. 1.

Europejska powinna przystąpić do EKPC¹⁴, a KPP stała się wiążącym prawnie aktem prawa pierwotnego, stosowanym do postępowań przed organami UE oraz przed organami krajowymi stosującymi prawo UE.

Problem ochrony praw podstawowych przedsiębiorstw może się pojawić na wszystkich etapach postępowania w sprawie ochrony konkurencji: na etapie dochodzenia (głównie przy zbieraniu dowodów)¹⁵; przy wymianie informacji między Komisją a krajowymi organami ochrony konkurencji; przy rozstrzygnięciu o odpowiedzialności przedsiębiorstwa za naruszenie¹⁶

¹⁴ Przygotowania negocjacji umowy o przystąpieniu już się rozpoczęły, zob. Komunikat prasowy Komisji Europejskiej z 17.03.2010 r. *European Commission acts to bolster the EU's system of protecting fundamental rights*, IP/10/291 oraz R.J. ATONDO, *Draft Report on the institutional aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (2009/2241(INI)) Committee on Constitutional Affairs*, 2.02.2010 r., dostępny na stronie: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afco/pr/803/803011/803011en.pdf.

¹⁵ Może chodzić o gromadzenie dokumentów w wyniku tzw. *dawn raids*, zwłaszcza w domach prywatnych dyrektorów i innych pracowników przedsiębiorstwa, o przejmowanie dokumentów zawierających porady prawne czy też o wykorzystywanie formy śledztwa ingerujących w prywatność badanego podmiotu. Problematyczne może być również żądanie informacji od przedsiębiorstw i zatrudnionych w nich osób fizycznych, z uwagi na możliwość dokonania samooskarżenia oraz na kierowanie tzw. pytań sugerujących. Zob. krytycznie o *dawn raids*: H. ANDERSON, E. LEGNERFALT, *Dawn Raids in Sector Inquiries – Fishing Expeditions in Disguise*, E.C.L.R. nr 29/2008, s. 439-445. Zob. też o odmowie udzielenia informacji: B. TURNO, *Prawo odmowy przekazania informacji służącej wykryciu naruszenia reguł konkurencji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* z. 3/2009, s. 31.

¹⁶ Zwłaszcza chodzi o możliwość korzystania z praw do obrony, w tym dostęp do akt Komisji, oraz o kwestie związane z możliwością prowadzenia równoległych postępowań krajowych i wspólnotowych. O naruszaniu przez Komisję Europejską standardów proceduralnych w ramach takich działań może świadczyć pierwsza decyzja Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich z 30.09.2008 r. w sprawie *02 v. Komisja*, wydana na podstawie skargi 1881/2006/JF, w której rzecznik skrytykował sposób, w jaki Komisja zapewniała dostęp do akt sprawy oraz niedostateczną możliwość obrony. Zob. B.E. AMORY, Y.N. DESMEDT, *The European Ombudsman's First Scrutiny of The EC Commission in Antitrust Matters*, E.C.L.R. nr 30/2009, s. 205-211, por. też decyzją Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich z 14.07.2009 r. w sprawie *Intel v. Komisja*, 1935/2008/FOR.

oraz wreszcie na etapie sądowej kontroli działania Komisji¹⁷. Długość okresu trwania wszystkich wyżej wymienionych etapów postępowania również może w niekorzystny sposób wpływać na sytuację prawną przedsiębiorstw podlegających kontroli¹⁸, a tym samym godzić w ich prawa¹⁹.

W powyższym kontekście pojawia się idea sprawiedliwego postępowania przed organem ochrony konkurencji, to jest takiego, w którym zapewniona jest należyta ochrona praw podstawowych strony postępowania. Przedmiotem zainteresowania w niniejszym opracowaniu jest wobec tego zagadnienie, czy przy ochronie uzasadnionego interesu, jakim jest ochrona skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym²⁰, respektowane

¹⁷ Kontrola *de facto* sprowadza się do zbadania, czy nie doszło do rażących błędów Komisji w wykonywaniu przez nią powierzonych jej przez Traktat kompetencji. Sądy wspólnotowe mają pełną jurysdykcję jedynie w odniesieniu do kontroli zasadności i wymiaru kar pieniężnych.

¹⁸ P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness of Enforcement Does Not Prejudice Legal Protection. Rights of Defence. Fundamental Rights Concerns* [w:] C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu (red.), *European Competition Law Annual: 2006. Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford and Portland, Oregon 2007, s. 627-628.

¹⁹ W wyroku ETS z 17.12.1998 r. w sprawie C-185/95 P *Baustahlgewerbe GmbH v KE*, [1998] ECR I-8417 ETS uznał np., że termin, w jakim SPI rozstrzygał, był nadmiernie opóźniony i stanowiło to naruszenie art. 6 ust. 1 EKPC (pkt 26 do 47). Zagadnienie przewlekłości postępowania pojawiło się też w następujących orzeczeniach: w wyroku ETS z 21.09.2006 r. w sprawie C-105/04 P *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. KE*, [2006] ECR I-8725, pkt 47, 49 i 50; wyrok SPI z 8.07.2008 r. w sprawie T-99/04 *AC Treuhand v. KE*, [2008] ECR II-1501.

²⁰ Zwykle podkreśla się, że prawo konkurencji chroni przede wszystkim interes publiczny polegający na utrzymaniu konkurencji na rynku wewnętrznym – zob. wyrok w sprawie T-110/95 *IECC I v. KE*, [1998] ECR II-3605, pkt 57, w którym SPI stwierdził, że prowadzenie postępowania antymonopolowego ma na celu ochronę interesu publicznego i jeżeli zachowanie przedsiębiorstwa wskazuje na to, że interes ten jest zachowany, to ewentualny interes podmiotu skarżącego nie będzie wystarczający dla kontynuowania postępowania; T. K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 12. Należy jednak pamiętać, że jego celem jest również ochrona interesów podmiotów gospodarczych działających na rynku (m.in. konkurentów podmiotów, które decydują się naruszać owo prawo) oraz konsumentów, zob.: J. TEMPLE LANG, *The Position of Third Parties in EEC Competition Cases*, *ELRev.* 1978, s. 177.

są zasady sprawiedliwego postępowania wobec przedsiębiorstw i na jakiej podstawie są one ustalane.

Ocena stopnia respektowania zasad sprawiedliwego postępowania względem przedsiębiorstw w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji może być dokonywana poprzez odwołanie do dwóch znanych wzorców. Po pierwsze, można się odwołać do pojęcia „rzetelnego” bądź „sprawiedliwego procesu” (zagwarantowanego w art. 6 EKPC²¹ oraz w art. 47 KPP), które w kontekście postępowań administracyjnych (sądowo-administracyjnych) w literaturze zastępuje się niekiedy pojęciem „sprawiedliwości proceduralnej” czy „sprawiedliwego procedowania” (ang. *procedural fairness* lub *procedural justice*)²².

Ponieważ jednak pojęcie „rzetelnego procesu” w art. 6 EKPC dotyczy z definicji „procesu sądowego”, do oceny postępowań przed niesądowymi organami ochrony konkurencji może być stosowane jedynie *per analogiam*. Przy tym ma ono zastosowanie do oceny spraw „karnych” bądź spraw wpływających na cywilne prawa podmiotów uczestniczących w postępowaniu, co też powoduje wątpliwości co do dopuszczalności jego wykorzystania w odniesieniu do spraw z zakresu prawa konkurencji (chyba że uzna się – co ma miejsce coraz częściej – że postępowania antymonopolowe mają charakter quasi-karny, zob. niżej). Natomiast

²¹ A. PAGIELA, *Zasada „Fair Trial” w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny z. 2/2003, s. 139; M.A. NOWICKI, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do EKPC*, Kraków 2002, s. 163 i n.

²² W literaturze najczęściej można się spotkać z pojęciem „*procedural fairness*” – zob. R. NAZZINI, *Concurrent proceedings in Competition Law. Procedure, Evidence and Remedies*, Oxford 2004, s. 108; P. CRAIG, *Administrative Law*, Oxford 1994, s. 281 bądź „*procedural justice*”, P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, s. 20. W literaturze polskiej zob.: Z. KMIĘCIAK, *Postępowanie w sprawach ochrony konkurencji a koncepcja procedury hybrydowej*, Państwo i Prawo nr 4/2002, s. 38 oraz tenże, *Postępowanie administracyjne w świetle standardów europejskich*, Warszawa 1997, s. 42 i n.; T.T. KONCEWICZ, *Poszukując modelu sprawiedliwości proceduralnej w prawie wspólnotowym. Mit czy rzeczywistość?*, Zeszyty CEN, Zeszyt nr 30/2009, dostępne na: www.natolin.pl.

pojęcie sprawiedliwego procesu w rozumieniu art. 47 KPP powinno mieć zastosowanie do wszystkich spraw, w których stosowane jest prawo Unii Europejskiej²³.

Po drugie, ocena stopnia respektowania zasad sprawiedliwego postępowania względem przedsiębiorstw może być dokonana poprzez odwołanie do zagwarantowanego w art. 41 KPP prawa do „dobrej administracji”²⁴, jako prawa „do bezstronnego i sprawiedliwego rozpatrzenia (...) sprawy w rozsądnym terminie przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii”²⁵. Jest to uzasadnione tym, że chodzi w tym przypadku o postępowanie przed instytucją UE, które to jest uznawane przez sądy

²³ Akapit drugi tego artykułu stanowi odpowiednik art. 6 ust. 1 EKPC. Zgodnie z informacją zawartą w wyjaśnieniach do KPP (Dz. Urz. UE z 14.12.2007 r. C 303/17), „w prawie Unii prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy nie jest ograniczone do spraw odnoszących się do praw i obowiązków o charakterze cywilnym”. Jak dotychczas stronom postępowań antymonopolowych nie udało się skłonić sądów wspólnotowych do sięgnięcia po art. 47 KPP – zob. wyrok ETS z 25.01.2007 r. w sprawie C-411/04 P *Salzgitter Mannesmann GmbH, dawniej Mannesmannröhren-Werke AG v. KE*, [2007] ECR I-959, pkt 40-44.

²⁴ Przed wydaniem KPP, P.H. Nehl opisywał prawo do dobrej administracji jako: rozwijające się wymogi proceduralne i materialne, zgodnie z którymi musi działać współczesna administracja – zob. P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, s. 15, 17. O tym pojęciu w orzecznictwie sądów wspólnotowych – tenże, s. 27 i n. Szerzej o samym prawie: T. FORTSAKIS, *Principles Governing Good Administration*, European Public Law nr 2/2005, s. 215; A. JACKIEWICZ, *Prawo do dobrej administracji w świetle Karty Praw Podstawowych*, Państwo i Prawo nr 7/2003, s. 67. Zob. wyrok SPI z 16.12.2004 r. w sprawie T-410/03 *Hoechst GmbH v. KE*, [2008] ECR II-4451, pkt 582.

²⁵ Jak dotychczas sądy wspólnotowe nie przyjęły argumentów podnoszonych przez strony, dotyczących naruszania art. 41 KPP – w wyroku ETS z 10.07.2008 r. w sprawie C-413/06 P *Bertelsmann AG i Sony Corporation of America v. Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), Sony BMG Music Entertainment BV i KE*, [2008] ECR I-4951, pkt 174-183, ETS odwołał się w tym zakresie do zasad ogólnych prawa wspólnotowego. Natomiast rzecznik generalna Kokott w swojej opinii do tej sprawy uznała, że doszło do naruszenia art. 41 KPP – Opinia RG Kokott z 13.12.2007 r. w sprawie C-413/06 P *Bertelsmann AG i Sony Corporation of America v. Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), Sony BMG Music Entertainment BV i KE*.

unijne za postępowanie administracyjne²⁶. Wspomniane już skupienie w gestii Komisji wielu funkcji oraz prawa do nakładania sankcji o charakterze quasi-karnym powoduje, że coraz częściej strony postępowań przed Komisją odwołują się jednak nie tyle do prawa do dobrej administracji, co do gwarancji mających, co do zasady, zastosowanie wobec postępowań „sądowych”, czyli artykułów 47-50 KPP²⁷.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest przedstawienie szczególnych problemów, jakie pojawiają się przy próbie zdefiniowania pojęcia sprawiedliwego postępowania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, przy zastosowaniu kryterium stopnia ochrony praw podstawowych podmiotów tego postępowania. Do najważniejszych należą: problem stosowania w odniesieniu do przedsiębiorstw norm statuujących prawa podstawowe jednostek, problem charakteru unijnych postępowań o ochronę konkurencji – jako ewentualnych postępowań o charakterze „quasi-karnym”, problem źródeł praw podstawowych w postępowaniach o ochronę konkurencji (w kontekście charakteru tego postępowania) oraz

²⁶ Por. też w odniesieniu do kontroli decyzji KE M. JAŚKOWSKI, *Sądy wspólnotowe jako sądy administracyjne*, Kwartalnik Prawa Publicznego nr 1/2001, s. 81.

²⁷ Art. 47 KPP – prawo do rzetelnego procesu; zostało podniesione przez strony postępowania w nast. orzeczeniach: wyrok ETS z 25 stycznia 2007 r. w sprawie C-411/04 P *Salzgitter Mannesmann GmbH, dawniej Mannesmannröhren-Werke AG v. KE*, [2007] ECR I-959, pkt 40-44; wyrok SPI z 5.04.2006 r. w sprawie T-279/02 *Degussa AG v. KE* (kartel metioniny), [2006] ECR II-897; art. 48 KPP – zasada domniemania niewinności, powołana przez strony w nast. orzeczeniach: wyrok SPI z 12.10.2007 r. w sprawie T-474/04 *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH v. KE* (sprawa nadtlenuków organicznych), [2007] ECR II-4225; art. 49 KPP – zasada pewności prawa, powołana przez strony w nast. orzeczeniach: wyrok SPI z 29.11.2005 r. w sprawie T-33/02 *Britannia Alloys & Chemicals v. KE*, [2005] ECR II-4973; wyrok ETS z 7.06.2007 r. w sprawie C-76/06 *Britannia Alloys & Chemicals Ltd v. KE*, [2007] ECR I-4405; wyrok SPI z 14.12.2006 r. w sprawach połączonych T-259/02 do T-264/02 i T-271/02 *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG i in. v. KE* (tzw. Klub Lombard), [2006] ECR II-5169; wyrok SPI z 8.07.2008 r. w sprawie T-99/04 *AC Treuband v. KE*, [2008] ECR II-1501, pkt 82, 83, 84; art. 50 KPP- zasada *ne bis in idem*, powołana przez strony w nast. orzeczeniach: wyrok SPI z 29.04.2004 r. w sprawach połączonych T-236/01, T-239/01, T-244/01 to T-246/01, T-251/01 i T-252/01 *Tokai Carbon, SGL Carbon i in. v. KE*, [2004] ECR II-1181.

problem wpływu decentralizacji wykonywania unijnego prawa ochrony konkurencji na ochronę praw podstawowych.

2. Przedsiębiorstwo jako podmiot praw podstawowych

Wykorzystywane w orzecznictwie wspólnotowym oraz w KPP pojęcie „praw podstawowych” odpowiada, co do zasady, pojęciu praw człowieka, którym posługuje się Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności²⁸. Podmiotem postępowania z zakresu ochrony konkurencji jest tymczasem nie jednostka ludzka, ale przedsiębiorstwo, najczęściej zresztą mające status osoby prawnej.

Pojęcie przedsiębiorstwa występuje w rozporządzeniach 1/2003 i 139/2004, ale nie jest tam definiowane. Nie ma wątpliwości, że należy je wyklądać w taki sam sposób, jak interpretują je sądy unijne na gruncie artykułów 101 i 102 TFUE²⁹. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, przedsiębiorstwem jest „każda jednostka zaangażowana w działalność gospodarczą, niezależnie od jej statusu prawnego i sposobu finansowa-

²⁸ Nie sposób w tym opracowaniu omówić dokładnie rozwój pojęcia praw podstawowych w prawie wspólnotowym oraz jego relacji z tradycyjnym pojęciem ochrony praw człowieka, zob. jednak szerzej: F. SUDRE, H. LABAYLE (red.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, 2000; S. Leclerc, J.-F. Akandji-Kombe, M.-J. Redor (red.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, 1999; C. BLUMANN, *Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme*, R.A.E. nr 1/2006, s. 11; J. COPPEL, A. O'NEILL, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, CMLRev. nr 29/1992, s. 669; R.W. DAVIS, *A Brake? The Union's New „Bill Of Rights”*, E.H.R.L.R. nr 5/2005, s. 449-460.

²⁹ Nawet jeśli pojęcie to na gruncie tych przepisów wcale nie jest jednoznaczne, zob. G. MATERNA, *Pojęcie „przedsiębiorca”...*, s. 47 oraz tenże, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, s. 113-147.

nia³⁰. Stąd niewątpliwie przedsiębiorstwem w rozumieniu powyższych aktów prawnych jest również osoba fizyczna.

W praktyce w ramach omawianych postępowań antymonopolowych Komisja Europejska nakłada kary jedynie na przedsiębiorstwa mające osobowość prawną, zwykle na spółki³¹. W odniesieniu do związków przedsiębiorstw (gdy przedsiębiorstwami są osoby fizyczne) kary są też raczej nakładane na związki, jako osoby prawne, a nie na ich członków³².

Z uwagi na fakt, iż podmiotem postępowania z zakresu ochrony konkurencji nie jest jednostka ludzka, ale przedsiębiorstwo, niektórzy autorzy odmawiają stronom tego postępowania prawa powoływania się na prawa podstawowe³³. Kwestia ta stała się przedmiotem zasadniczych wątpliwości w odniesieniu do postępowań z zakresu ochrony konkurencji zarówno w orzecznictwie sądów wspólnotowych, jak też w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Na gruncie EKPC omawiany problem wystąpił w sprawie *Sténuit*

³⁰ Wyrok ETS z 23.04.1991 r. w sprawie C-41/90 *Höfner v. Macroton*, [1991] ECR I-1979; por. wcześniej np. wyrok ETS z 12.07.1984 r. w sprawie 170/83 *Hydrotherm v. Compact*, [1984] ECR 2999, pkt 11.

³¹ W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford-Portland, Oregon 2008, s. 164; zob.: wyrok SPI z 20.04.1999 r. w sprawie T-305/94 *Limburgse Vinyl Maatschappij i in. v. KE*, [1999] ECR II-945, pkt 978. Wils zwraca uwagę na to, że mimo iż teoretycznie KE mogłaby nałożyć karę na przedsiębiorstwo będące osobą fizyczną, tego rodzaju sytuacja nigdy, jak dotychczas, nie miała miejsca, s. 164, zwłaszcza: wyrok SPI z 20.03.2002 r. w sprawie T-9/99 *HFB i in. v. KE*, [2002] ECR II-1530, pkt 105, w którym SPI stwierdził, że Komisja „umyślnie” nie nałożyła kary na przedsiębiorcę, który był osobą fizyczną. Identycznie: P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, s. 631.

³² P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, s. 631, podając przykład decyzji KE: *Belgian Architects Association*, OJ 1 4 [2005].

³³ W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 22. Autor ten jest w tym stanowisku jednak raczej odosobniony, zob. szeroko: M. EMBERLAND, *The Human rights of Companies. Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford 2005; A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement...*, s. 15-17; E.M. AMEYE, *The Interplay between Human Rights and Competition Law*, E.C.L.R. nr 6/2004, s. 336.

v. *Francja*³⁴, gdzie pojawiła się wątpliwość, czy również osoby prawne mają prawo do sprawiedliwego procesu w rozumieniu art. 6 EKPC. Przepis ten obejmuje ochroną „każdego” (fr. *toute personne*, ang. *everyone*). W sprawie *Sténuít v. Francja* Europejska Komisja Praw Człowieka opowiedziała się za rozszerzeniem podmiotowego zakresu ochrony wynikającej z art. 6 EKPC na osoby prawne, ofiary naruszenia Konwencji, w przypadku gdy stoją przed oskarżeniem o charakterze karnym (przy czym francuskie postępowanie w sprawie ochrony konkurencji zostało w tym przypadku uznane za mające taki właśnie charakter, por. dokładniej niżej). Komisja ta uznała, że jest to dopuszczalne ze względu na to, że Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej ETPC) już uznał prawa osób prawnych na gruncie artykułów 9 i 10 EKPC³⁵. Przy tym jednak Europejska Komisja Praw Człowieka w sprawie *Sténuít* przyznała, że mimo iż art. 6 EKPC znajduje zastosowanie do osób prawnych i nie może być interpretowany w sposób zawężający uprawnienia, to jednak nie jest oczywiste, że całość gwarancji, jakie przepis ten zawiera, przysługuje w identyczny sposób osobom prawnym i fizycznym³⁶.

Mimo iż sam ETPC nie wypowiedział się wprost o stosowaniu art. 6 EKPC do osób prawnych, w kilku swoich późniejszych orzeczeniach w dorozumiany sposób zaakceptował stosowanie tego przepisu w odniesieniu do szeroko rozumianych spraw karnych, w których „oskarżone”

³⁴ Opinia Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 30.05.1991 r. w sprawie *Sténuít v. France*. Zob. o tej sprawie: C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence et les droits fondamentaux* [w:] *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles 2006, s. 138; O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 572; T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 421-422. W odniesieniu do spraw innych niż antymonopolowe zob. też: wyrok ETPC z 20.11.1989 r., *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Bermann v. RFN*, nr skargi 10572/83, wyrok ETPC z 24.02.1994 r., *Casado Coca v. Hiszpania*, nr skargi 15450/89.

³⁵ Pkt 66 ww. opinii. Zob. też wyrok ETPC z 22.05.1990 r. *Autronic AG v. Szwajcaria*, nr skargi 12726/87, pkt 47; O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 581.

³⁶ Zob. C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 142.

były osoby prawne. ETPC przyznał nawet osobie prawnej odszkodowanie za straty moralne spowodowane naruszeniem Konwencji³⁷.

W orzecznictwie sądów wspólnotowych problem pojawił się po raz pierwszy już w latach 80. XX wieku. W sprawie *National Panasonic* ETS przyjął początkowo, że osoby prawne dysponują prawem do ochrony prywatności w zakresie identycznym, w jakim korzystają z niego osoby fizyczne³⁸. Następnie jednak w sprawach połączonych 46/87 i 227/88 *Hoechst v. Komisja*³⁹ ETS odmówił przedsiębiorstwu możliwości powoływania się na uprawnienia przysługujące podmiotom zgodnie z instrumentami ochrony praw człowieka. Stanowisko to później definitywnie się zmieniło. W punkcie 29 wyroku w sprawie *Roquette*⁴⁰, wypowiadając się o wymogu ochrony prywatności osoby, fizycznej lub prawnej, ETS wskazał, że przy ustalaniu zakresu tej zasady w odniesieniu do ochrony handlowych pomieszczeń spółki należy uwzględnić orzecznictwo ETPC wydane już po wyroku ETS w sprawie *Hoechst v. Komisja*. Z tego orzecznictwa wynika, że, z jednej strony, istnieje możliwość rozszerzenia ochrony domicylu w pewnych okolicznościach na takie lokale⁴¹ oraz, z drugiej

³⁷ Wyrok ETPC z 6.04.2001 r., *Comingersoll v. Portugal*, nr skargi 35382/97, pkt 32-36, podane za: O.J. EINARSSON, *EC Competition Law ...*, s. 582. Zob też wyrok ETS z 8.07.1999 r. w sprawie C-199/92 P *Hüls v. KE*, [1999] ECR I-4287, pkt 150, w którym ETS przyznaje, że osoby prawne mogą się powoływać na gwarancje z art. 6 EKPC, za: C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 138.

³⁸ Wyrok ETS z 26.06.1980 r. w sprawie 136/79 *National Panasonic v. KE*, [1980] E.C.R. 2033.

³⁹ Wyrok ETS z 21.09.1989 w sprawach połączonych 46/87 i 227/88 *Hoechst v. KE*, [1989] ECR 2859, pkt 17. Identycznie w wyroku ETS z 17.10.1989 r. w sprawie 85/87 *Dow Benelux v. KE*, [1989] E.C.R. 3137, pkt 28-30. Zob. T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 69 i n.

⁴⁰ Wyrok ETS z 22.10.2002 r. w sprawie C-94/00 *Roquette Frères*, [2002] E.C.R. I-9011; O tym wyroku: T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 69 i n.

⁴¹ Zob. zwłaszcza wyrok ETPC z 16.04.2002 r. *Colas Est e.a. v. Francja*, nr skargi 37971/97, pkt 41 – O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 560 – dotyczyło dawnego raidu prowadzonego przez francuski organ ochrony konkurencji. ETPC uznał to za naruszenie art. 8 ETPC, ze względu na brak wcześniejszej zgody sądu oraz nieobecność przy kontroli przedstawiciela policji.

strony, że prawo do uzasadnionej ingerencji wynikające z art. 8 ust. 2 EKPC jest szersze dla pomieszczeń gospodarczych niż w innych przypadkach⁴².

Z kolei Sąd Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich (dalej SPI)⁴³ w sprawie *Archer Daniels Midland*⁴⁴ opowiedział się za możliwością korzystania przez przedsiębiorstwa z ochrony życia prywatnego zagwarantowanej w art. 8 EKPC (dokładniej, SPI stwierdził, że ochrona prywatności dotyczy osób fizycznych i prawnych, bez precyzowania, czy zakres tej ochrony jest identyczny)⁴⁵.

W świetle przywołanych judykatów stwierdzić należy, że nawet jeśli poziom ochrony podmiotów innych niż osoby fizyczne na gruncie EKPC nie jest identyczny z poziomem ochrony osób fizycznych, to jednak, co do zasady, ETS i SPI dopuściły możliwość powoływania się na „prawa podstawowe” przez przedsiębiorstwa. Można zatem stwierdzić w świetle orzeczeń sądów wspólnotowych, iż prawa podstawowe „dotyczą” osób prawnych (w tym przedsiębiorstw).

Karta Praw Podstawowych UE (dalej KPP) w przepisach, które mogłyby znaleźć zastosowanie w postępowaniach w sprawie ochrony konkurencji (art. 41 i artykuły 47-50 KPP), posługuje się, podobnie jak EKPC, pojęciem „każdy” (ang. *everyone*). Jak wynika z art. 52 ust. 3 KPP, prawa zawarte w KPP, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w EKPC, powinny mieć to samo znaczenie i zakres, jak prawa przyznane

⁴² Wyrok ETPC z 16.12.1992 r. *Niemietz v. RFN*, nr skargi 13710/88, pkt 31. C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 142-143. O tych wyrokach: O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 560.

⁴³ Od 1.12.2009 r. dotychczasowy Sąd Pierwszej Instancji WE zmienił nazwę na „Sąd”, por. art. 19 TUE, Dz. Urz. UE z 30.03.2010 r., C 83, s. 27. Ponieważ jednak przedstawiane w tym opracowaniu orzeczenia zostały wydane przed zmianą nazwy tego organu, posługuję się w tekście skrótem SPI.

⁴⁴ Wyrok SPI z 9.07.2003 r. w sprawie T-224/00 *Archer Daniel Midlands v. KE*, [2003] ECR II-2597, pkt 340-341.

⁴⁵ W podobny sposób wypowiedział się ETS w postanowieniu z 30.03.2006 r. w sprawie C-110/04 P *Strintzis Lines Shipping v. KE*, [2006] ECR I-44, pkt 32-33.

przez EKPC⁴⁶. Jeżeli interpretacja KPP powinna być dokonywana – tam, gdzie to możliwe – w taki sam sposób jak interpretacja EKPC, to oznacza to, że zdefiniowane w Karcie prawa przysługują zarówno osobom fizycznym, jak i prawnym, w tym przedsiębiorstwom⁴⁷. W konsekwencji klasyczne prawa „obywatelskie” zawarte w KPP będą miały w pełni zastosowanie również wobec przedsiębiorstw.

3. Charakter unijnych postępowań o ochronę konkurencji

Wyróżnić można dwa różne postępowania z zakresu ochrony konkurencji: 1) postępowania antymonopolowe (o naruszenie art. 101 lub art. 102 TFUE) i 2) postępowanie w sprawie kontroli koncentracji (na gruncie rozporządzenia 139/2004). Zachodzą między nimi istotne różnice.

Postępowanie antymonopolowe zostaje wszczęte, gdy zaistnieje podejrzenie naruszenia art. 101 lub art. 102 TFUE. Jego celem jest ustalenie istnienia takiego naruszenia oraz – w miarę możliwości – doprowadzenie do jego usunięcia. Tymczasem postępowania w sprawie kontroli koncentracji mają miejsce z inicjatywy samych przedsiębiorstw zainteresowanych połączeniem, które jeszcze przed koncentracją zgłaszają KE swój zamiar połączenia się⁴⁸. Oba rodzaje postępowań toczą się przed organem ochrony

⁴⁶ D. CURTIN, R. VAN OOIK, *The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, MJ nr 1/2001, s. 102.

⁴⁷ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement...*, s. 15-17 i powoływana tam literatura oraz orzecznictwo, zwłaszcza M. EMBERLAND, *The Human rights of Companies*, Oxford 2005.

⁴⁸ Celem postępowania w sprawach koncentracji jest ocena, czy planowana koncentracja może w niekorzystny sposób wpłynąć na konkurencję na wspólnym rynku, w szczególności przez umocnienie lub stworzenie pozycji dominującej, a sama transakcja jest zawieszona do czasu wydania decyzji przez Komisję – art. 7 rozporządzenia nr 139/2004.

konkurencji, jakim jest Komisja Europejska. O ile jednak w odniesieniu do koncentracji o wymiarze unijnym Komisja ma kompetencję wyłączną do działania⁴⁹, o tyle w postępowaniach antymonopolowych dopuszczalne jest zdecentralizowane czuwanie nad przestrzeganiem art. 101 lub art. 102 TFUE. W tym ostatnim przypadku postępowanie toczy się przed krajowym lub krajowymi organami ochrony konkurencji państw członkowskich UE. Ponadto w postępowaniach antymonopolowych przedsiębiorstwo jest traktowane przez Komisję jako oponent⁵⁰ i jego ewentualna współpraca z Komisją w trakcie tego postępowania ma miejsce jedynie w sytuacji oczekiwania na łagodniejszą decyzję KE. Natomiast w postępowaniach dotyczących kontroli koncentracji zachowanie przedsiębiorstw nie jest nielegalne *per se*. Nawet w przypadku zakazania koncentracji przedsiębiorstwom nie grożą kary pieniężne, pod warunkiem że dopełniają warunku notyfikacji i zawieszają zobowiązania wynikające z koncentracji do czasu wydania pozytywnej decyzji przez KE⁵¹. W postępowaniu dotyczącym kontroli koncentracji Komisja nie występuje jako organ dochodzeniowy, ale tylko jako organ decyzyjny⁵² (może jednak przeprowadzić dochodzenie w związku z niezgłoszeniem koncentracji, mimo takiego obowiązku, bądź w razie niedostosowania się stron koncentracji do decyzji zezwalającej na koncentrację, zawierającej dodatkowe warunki).

Cechą wspólną obu postępowań z zakresu ochrony konkurencji jest to, że prowadzone są przed organem administracji, co przemawia za uznaniem ich za postępowania administracyjne⁵³. Można wobec tego

⁴⁹ Z zastrzeżeniem, że art. 9 rozporządzenia nr 139/2004 przewiduje możliwość przekazania sprawy przez Komisję Europejską krajowemu organowi ochrony konkurencji.

⁵⁰ T. K. GIANNAKOPOULOS w: *Safeguarding Companies' rights...* używa nawet słowa „wróg”.

⁵¹ T. K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 398-399.

⁵² T. K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 399.

⁵³ Tak m.in.: E. BARBIER DE LA SERRE, *Procedural Justice in the European Community Case-law Concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, *European Public Law* nr 2/2006, tom 12, s. 230.

twierdzić, że nie znajdują do nich zastosowania gwarancje rzetelnego procesu wynikające z art. 6 EKPC, ponieważ przepis ten ma zastosowanie do postępowań karnych i cywilnych⁵⁴. Stanowisko to nie jest jednak w pełni uzasadnione, co zostanie wykazane poniżej.

Początkowo nie dopuszczano możliwości traktowania wspomnianych postępowań inaczej niż jako administracyjnych. We wcześniejszym etapie funkcjonowania Wspólnoty Europejskiej wykluczano bowiem, by miała ona jakiegokolwiek kompetencje w sferze prawa karnego⁵⁵. Przeciw stanowisku, iż postępowania antymonopolowe mogą mieć charakter inny niż administracyjny, przemawia zastrzeżenie w treści art. 23 ust. 5 rozp. 1/2003, zgodnie z którym „decyzje (...) [o nałożeniu kar pieniężnych] nie mają charakteru sankcji karnych”⁵⁶. W rozporządzeniu 139/2004 analogiczne zastrzeżenie znajduje się w art. 14 ust. 4.

Prowadzone przed Komisją postępowanie z zakresu ochrony konkurencji, mimo iż jest z zasady postępowaniem o charakterze administracyjnym, ma jednak również pewne cechy postępowania karnego⁵⁷ oraz wpływa na prawa i obowiązki o charakterze cywilnym⁵⁸.

⁵⁴ A. WARD, *National and EC Remedies under the EU Treaty: Limits and the Role of ECHR* [w:] C. Barnard, O. Odudu (red.), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, s. 333 i powoływane tam orzecznictwo.

⁵⁵ Zob. szerzej o kwestiach kompetencyjnych: A. DAWES, O. LYNKEY, *The Ever-Longer Arm of EC Law: The Extension of Community Competence Into The Field of Criminal Law*, CMLRev. Nr 45/2008, zwłaszcza s. 151 i nast.; zob. też S. WHITE, *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, ELRev nr 31/2006, s. 84.

⁵⁶ Przepis ten zawiera określenie negujące charakter kryminalnoprawny, należy jednak uwzględnić rzeczywisty charakter kar pieniężnych, jako kar quasi-karnych – zob. M. KRÓL-BOGOMILSKA, *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2001, rozdział IV.

⁵⁷ Por. szerzej niżej o charakterze postępowań antymonopolowych przed Komisją – głównie przyjmuje się, że kary pieniężne nakładane przez Komisję mają charakter sankcji karnej (czy też quasi-karnej) – zob. wyrok SPI z 8.07.2008 r. w sprawie T-99/04 *AC-Treuhand AG v. KE*, [2008] ECR II-1501; wyrok ETS z 8.02.2007 r. w sprawie C-3/06 P *Groupe Danone v. KE*, [2007] ECR I-1331.

⁵⁸ Np. w sprawach dotyczących kontroli koncentracji zob. dobitne potwierdzenie w wyroku z 16.07.2009 r. w sprawie C-440/07 P *KE v. Schneider Electric*, dostępny na stronie: www.curia.eu.

Wydaje się logiczne, że im większe podobieństwo postępowania z zakresu ochrony konkurencji do postępowania karnego, tym bardziej usprawiedliwione jest przyznanie podmiotom tego postępowania takiego poziomu uprawnień i ochrony praw podstawowych, jak przewidziane dla strony postępowania karnego.

3.1. Charakter postępowań antymonopolowych

W doktrynie prawa europejskiego istnieją stanowiska kwestionujące kwalifikację wspólnotowych postępowań antymonopolowych jako postępowań „czysto” administracyjnych. Przyjmuje się, że postępowanie przed Komisją ma charakter postępowania karnego czy też quasi-karnego. Jak zwraca uwagę C. Harding, przez ostatnie dziesięć lat w europejskim prawie konkurencji pojawiły się instrumenty charakterystyczne dla prawa karnego: od programów łagodzenia kar, czyli tzw. *leniency* (w ramach których wobec podmiotów zgłaszających się w dalszej kolejności stosuje się instytucję przypominającą tzw. dobrowolne poddanie się karze w postępowaniu karnym) po rozbudowane uzasadnienie wysokości wymierzanej kary (wg zasad przypominających zasady wymierzania kar w prawie karnym). Ponadto w wielu państwach członkowskich pojawiły się inicjatywy penalizacji czynów polegających na naruszeniu prawa konkurencji ⁵⁹.

Kwalifikowanie postępowania antymonopolowego jako postępowania o charakterze karnym (lub quasi-karnym) nie ma bezpośredniego oparcia w judykaturze sądów wspólnotowych. Nawet jeśli sięgają one często do gwarancji czy zasad tradycyjnie zastrzeżonych dla postępowań karnych

⁵⁹ C. HARDING, *Effectiveness of Enforcement...*, s. 644. Jak podaje Wils, wiele państw członkowskich przewiduje w tej chwili sankcje karne za naruszenie prawa konkurencji, należą do nich: Irlandia, Estonia, Wielka Brytania, Francja, Słowacja, Cypr, Dania, Malta, Grecja, Niemcy, Austria, podane za: W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 168-169, 193.

(np. domniemania niewinności⁶⁰), to jednak nie uzasadniają tego szerzej charakterem postępowania prowadzonego przed Komisją. Oparcie się sądów na takich zasadach może jednak świadczyć o uwzględnieniu przez nie karnoprawnego charakteru tych postępowań.

3.1.1. Ocena charakteru analogicznych krajowych postępowań w świetle EKPC

Większość doktryny prawa europejskiego, która przypisuje postępowaniu przed Komisją charakter karny, powołuje się na stanowisko ETPC w ocenie krajowych postępowań w sprawie ochrony konkurencji⁶¹.

Należy podkreślić, że ETPC w odniesieniu do art. 6 EKPC ukształtował własne pojęcie „sprawy karnej”, które obejmuje również postępowania o charakterze administracyjnym, które spełniają następujące kryteria: 1) naruszenia są określane przez przepisy o charakterze ogólnym, mające zastosowanie do wszystkich obywateli, a nie tylko do określonej grupy; 2) przepisy te przewidują kary w przypadku niedostosowania się do nich; 3) sankcje nie mają na celu zapewnienia odszkodowania, ale zasadniczo ukaranie sprawcy i prewencję przez następnymi naruszeniami; 4) sankcje

⁶⁰ Wyrok ETS z 8.07.1999 r. w sprawie C-235/92 P *Montecatini v. KE*, [1999] ECR I-4539, pkt 176 – potwierdza, że zasada ta znajduje zastosowanie w postępowaniu antymonopolowym przed KE, tak samo: wyrok SPI z 12.10.2007 r. w sprawie T-474/04 *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse v. KE*, [2007] ECR II-4225, pkt 75-78 (odwołując się do art. 48 KPP); wyrok SPI z 27.09.2006 r. w sprawach połączonych T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP i T-61/02 OP *Dresdner Bank v. KE*, [2006] ECR II-3567, pkt 60-63, 65; wyrok ETS z 21.09.2006 r. w sprawie C-167/04 P *JCB Service v. KE*, [2006] ECR I-8935, pkt 90, 99; wyrok SPI z 6.10.2005 r. w sprawach połączonych T-22/02 i T-23/02 *Sumitomo Chemical v. KE*, [2005] ECR II-4065, pkt 104-107. W art. 48 ust. 1 KPP, który stanowi: „Każdego oskarżonego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona zgodnie z prawem”, nie ma wprawdzie zastrzeżenia, iż chodzi o postępowanie o charakterze karnym, jednak posłużenie się określeniem „oskarżony” przemawiałoby za taką tezą.

⁶¹ P. H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, s. 56 i cyt. tam literatura (zapis 65, 67); zob. Opinia Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie *Stenuit v. France*. Zob. jednak inaczej: W. P. J. WILS, *Efficiency and Justice ...*, s. 159.

są surowe⁶². Postępowania antymonopolowe prowadzone na poziomie Unii lub w poszczególnych państwach członkowskich, które zgodnie z prawem unijnym lub krajowym mają charakter administracyjny lub cywilny, mogą w związku z tym zostać uznane za objęte pojęciem „sprawy karnej” w rozumieniu art. 6 EKPC.

Nie można wykluczyć, że postępowania unijne, określone w rozp. 1/2003 (a wcześniej w rozp. 17/62), nie mają charakteru karnego w rozumieniu art. 6 EKPC. Inkryminowane zachowanie, w tym przypadku naruszenie art. 101 lub 102 TFUE, objęte jest przepisami o charakterze ogólnym, dotyczącymi ogółu podmiotów działających na rynku UE, a nie tylko określonej grupy mającej szczególny status. Reguły te zakazują określonego zachowania i przewidują sankcje za to zachowanie.

Sankcje, których wysokość zależy od powagi i czasu trwania naruszenia, mają nie tylko funkcję represyjną, ale również odstraszającą⁶³, jak o tym świadczy ich wymiar⁶⁴. Rozstrzygając o tym,

⁶² W. P. J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 159; Por. szerzej: K. DEKEYSER, C. GAUER, *The New Enforcement System For Articles 81 and 82 EC and the Rights of Defence* [w:] B. E. Hawk (red.), *2004 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law and Policy*, Huntington New York 2005, s. 540-542. Wyrok ETPC z 8.06.1976 r. *Engel i in. v. Holandia*, nr skarg 5100/71 i n., pkt 82; wyrok ETPC z 21.02.1984 r. *Öztürk v. Niemcy*, nr skargi 8544/79, pkt 50; wyrok ETPC z 24.02.1994 r. *Bendenoun v. Francja*, nr skargi 12547/86, pkt 47.

⁶³ ETS odwołał się do tych dwóch celów kary, np. w: wyroku ETS z 15.07.1970 r. w sprawie 41/69 *ACF Chemiefarma v. KE*, [1970] ECR 661, pkt 173; wyroku ETS z 8.07.1999 r. w sprawie C-199/92 P *Hüls v. KE*, [1999] ECR I-4287, pkt 149 i 150; wyroku ETS z 8.07.1999 r. w sprawie C-235/92 P *Montecatini v. KE*, [1999] ECR I-4539, pkt 175, 176; wyroku SPI z 14.05.1998 r. w sprawie T-354/94 *Stora Kopparbergs Bergslags v. KE*, [1998] ECR II-2111, pkt 167. Zob.: O. J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 568; P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, s. 632; C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 141.

⁶⁴ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Cheltenham, Northampton 2008, s. 23 i cytowana tam literatura. Jednak EKPC nigdy nie przyjął skargi dotyczącej naruszenia art. 6 ust. 1 EKPC w postępowaniach dotyczących prawa konkurencji. ETS także nie chciał badać postępowania przed KE w świetle art. 6 ust. 1 EKPC, uznając, że nie jest to organ niezależny, lecz pełniący tylko funkcję administracyjną.

czy dana sankcja ma charakter karny w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC, ETPC zwykle posługuje się trzema kryteriami: 1) krajową klasyfikacją sankcji; 2) charakterem naruszenia; oraz 3) surowością potencjalnej kary⁶⁵, które to kryteria nie muszą występować kumulatywnie.

Przekładając owe kryteria na kary pieniężne przewidziane w rozporządzeniu 1/2003, można stwierdzić, że mimo iż art. 23 ust. 5 wyklucza, by kary pieniężne miały charakter karnoprawnny, takie zastrzeżenie nie jest rozstrzygające dla ustalenia charakteru sankcji. Art. 23 ust. 5 rozp. 1/2003 odpowiada art. 15 ust. 4 wcześniej obowiązującego rozp. 17/62. Powody przyjęcia art. 15 ust. 4 nie były w żaden sposób związane z klasyfikacją na użytek EKPC. Został on prawdopodobnie dodany w celu usunięcia zastrzeżeń ze strony państw członkowskich, że naruszona jest ich suwerenność w zakresie spraw karnych⁶⁶. Natomiast preambuła do rozp. 1/2003 nie podaje żadnego uzasadnienia zachowania art. 23 ust. 5 rozp. 1/2003 w treści tego aktu. Można spekulować, iż jedynym powodem jego zachowania było proste powtórzenie przepisów rozp. 17/62. Zdaniem W. Wilsa, możliwe byłoby nawet zmodyfikowanie rozp. 1/2003 w taki sposób, by wprowadzić do niego kary o charakterze *stricte* karnym, nakładane na osoby fizyczne inne niż przedsiębiorcy⁶⁷. Charakter naruszenia, polegający na złamaniu traktatowego zakazu określonego zachowania, nie wyklucza karnoprawnego charakteru sankcji. Natomiast surowość kar nakładanych przez Komisję systematycznie wzrasta. Przy zastosowaniu kryteriów wypracowanych przez ETPC nie ma przeciwwskazań, by uznać kary

⁶⁵ O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 567; wyrok ETPC z 8.06.1976 r. *Engel i in. v. Holandia*, nr skargi 5100/71, pkt 82.

⁶⁶ O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 567-68.

⁶⁷ Uważa on, że świadczy o tym wyrok ETS z 13.09.2005 r. w sprawie C-176/03 *KE v. Rada* [2005] ECR I-7879 – W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 119.

określone w art. 23 rozp. 1/2003 za sankcje stosowane w sprawach karnych⁶⁸. Sądy unijne w swoim orzecznictwie zdają się potwierdzać karny charakter kar nakładanych przez KE w postępowaniach antymonopolowych poprzez odwołania do zasad właściwych dla procesu karnego⁶⁹.

Trzeba przy tym wskazać, że w orzecznictwie ETPC dotyczącym zgodności poszczególnych postępowań z art. 6 EKPC, ETPC czyni rozróżnienie między postępowaniami o charakterze karnym w tradycyjnym rozumieniu tego słowa (w węższym rozumieniu) a postępowaniami, które mają charakter karny w rozumieniu szerokiej wykładni art. 6 EKPC⁷⁰. Rozróżnienie to jest szczególnie widoczne w orzecznictwie ETPC dotyczącym rozdzielenia funkcji decyzyjnych od funkcji dochodzeniowych. ETPC stwierdził, że w celu zachowania skuteczności postępowania określanie cywilnych praw i obowiązków lub wymierzanie i egzekwowanie kar, które mają charakter karny w szerokim rozumieniu art. 6 EKPC, może zostać powierzone organom administracji, przy założeniu że zainteresowane podmioty mogą zaskarżyć każdą decyzję przed sądem, który ma pełną jurysdykcję i który odpowiada standardom z art. 6 ust. 1 EKPC⁷¹.

⁶⁸ O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 568-69.

⁶⁹ O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 572-74, 612. Wyrok SPI z 8.07.2008 r. w sprawie T-99/04 *AC-Treuhand AG v. KE*, [2008] ECR II-1501; wyrok ETS z 8.02.2007 r. w sprawie C-3/06 P *Groupe Danone v. KE*, [2007] ECR I-1331.

⁷⁰ W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 160.

⁷¹ Wyrok ETPC z 23.06.1981 r. *Le Compte, Van Leuven i De Meyere v. Belgia*, nr skarg 6878/75 i 7238/75, pkt 51; wyrok ETPC z 10.02.1983 r. *Albert i Le Compte v. Belgia*, nr skarg 7299/75 i 7496/76, pkt 29; wyrok ETPC z 21.02.1984 r. *Öztürk v. Niemcy*, nr skargi 8544/79, pkt 56; wyrok ETPC z 24.02.1994 r. *Bendenoun v. Francja*, nr skargi 12547/86, pkt 46. Za: W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 160-161. Natomiast, jak wynika z wyroku ETPC z 26.10.1984 r. *De Cubber v. Belgia*, nr skargi 9186/80, pkt 31-32; oraz wyroku ETPC z 25.02.1997 r. *Findlay v. Zjednoczone Królestwo*, nr skargi 22107/93, pkt 79, w dziedzinach tradycyjnie należących do prawa karnego ETPC nie dopuszcza takiego łączenia funkcji, nawet w razie możliwości dalszej kontroli sądowej.

Pojawia się wobec tego pytanie, czy kontrola sprawowana przez sądy unijne wobec legalności decyzji KE na mocy art. 263 TFUE (dawny 230 TWE) odpowiada wymogowi „pełnej jurysdykcji”. Stawiając warunek pełnej jurysdykcji sądu, ETPC nie oczekuje, by kontrola sądowa odbywała się przez sąd, który zastępuje własną ocenę ocenę dokonaną przez organ administracji⁷². Sądy unijne mają w tym znaczeniu „pełną jurysdykcję” jedynie w odniesieniu do decyzji o nałożeniu kary pieniężnej. W pozostałym zakresie oceniają jedynie „prawidłowość” wydania decyzji oraz zgodność jej treści z prawem unijnym.

W doktrynie podzielone są stanowiska co do tego, czy postępowanie przed sądami unijnymi wypełnia wymogi art. 6 EKPC w tym kontekście. Zdaniem Wilsa, postępowania prowadzone przed KE nie są niezgodne z art. 6 EKPC⁷³ (nawet jeśli Komisja łączy funkcje dochodzeniowe i decyzyjne) ze względu na to, że adresaci decyzji KE, w których wymierzane są kary, mogą wnieść skargę o stwierdzenie nieważności takiej decyzji do SPI, który zapewnia gwarancje określone w art. 6 ust. 1 EKPC i dokonuje kontroli decyzji Komisji⁷⁴. Natomiast, zdaniem Einarssona, odwołanie od decyzji KE nie spełnia kryteriów zbadania przez sąd sprawujący pełną jurysdykcję⁷⁵, ponieważ sądy często „unikają” rzeczywistej kontroli treści decyzji Komisji, odwołując się

⁷² Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 8.03.1994 r. *ISKCON e.a. v. Zjednoczone Królestwo*, sprawa nr 20490/92. Za: C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 146. Zob. też: B. VESTERDORF, *The Court of Justice and Unlimited Jurisdiction: What Does it Mean in Practice?*, GCP The Online Magazine for Competition Policy nr 2/2009, s. 2, dostępne na: www.globalcompetitionpolicy.org

⁷³ Autor ten posługuje się podwójnym przeczeniem, W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 160.

⁷⁴ W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 160 oraz wyrok SPI z 15.03.2000 r. w sprawie T-25/95 *Cimenteries CBR i in. v. KE*, [2000] ECR II-700, pkt 719.

⁷⁵ O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 584.

do jej szerokiego marginesu uznania⁷⁶. Podobnie uważają Smits i Waelbroeck⁷⁷.

W 1989 r. nieistniejąca już Europejska Komisja Praw Człowieka wydała decyzję w sprawie dotyczącej postępowania w sprawie ochrony konkurencji przed francuskim organem ochrony konkurencji⁷⁸. Komisja uznała, że sankcje nałożone przez francuski organ ochrony konkurencji mają charakter karny w rozumieniu art. 6 EKPC. Spółka nie złożyła odwołania do ETPC⁷⁹, z uwagi na zmianę przepisów prawa francuskiego, i wycofała skargę⁸⁰. Z kolei w 2004 r. ETPC rozstrzygał sprawę dotyczącą postępowania w trybie rosyjskiej ustawy o konkurencji i ograniczania monopoli, które to postępowanie doprowadziło do konfiskaty zysków uzyskanych przez grupę spółek w wyniku naruszenia tej ustawy⁸¹. ETPC uznał skargę za niedopuszczalną, stwierdzając, że nie dotyczyła ona sprawy karnej w rozumieniu art. 6 EKPC – należy jednak podkreślić, że rozstrzygająca była specyfika rosyjskiej ustawy antymonopolowej, nieprzewidującej typowych dla postępowania antymonopolowego kar pieniężnych.

Na poparcie tezy, iż postępowanie przed KE mogłoby zostać uznane za postępowanie karne w szerokim rozumieniu art. 6 EKPC, warto przywołać niedawny wyrok ETPC z 11 czerwca 2009 r. w sprawie *Dubus*

⁷⁶ Wyrok SPI z 15.07.1994 r. w sprawie T-17/93 *Matra Hachette v. KE*, [1994] ECR II-595, pkt 104.

⁷⁷ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 146. W wyroku SPI z 11.03.1999 r. w sprawie T-156/94 *Aristrain v. KE*, [1999] ECR II-645, pkt 101-102, 105-107, 115 SPI, wypowiadając się o analogicznym do art. 81 TWE przepisie TEWWiS, stwierdził, że sądy wspólnotowe zapewniają „efektywną” kontrolę decyzji Komisji Europejskiej, co odpowiada wymogowi posiadania „pełnej jurysdykcji”.

⁷⁸ Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 11.07.1989 r. *Sténuit v. Francja*.

⁷⁹ W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 159.

⁸⁰ T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 418.

⁸¹ Decyzja ETPC z 3.06.2004 r. *OOO Nesté St Petersburg i in. v. Rosja*, nr skarg 69042/01, 69050/01, 69054/01-69056/01, 69058/01. O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 571; W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 159-160.

S.A. v. Francja, w którym ETPC uznał, że Francja naruszyła art. 6 ust. 1 EKPC ze względu na to, że francuska Komisja Bankowa prowadziła postępowanie przeciwko spółce Dubus w sposób niezapewniający bezstronności i niezależności. ETPC stwierdził, że nie istniało rozróżnienie między funkcjami dochodzeniowymi, wykonawczymi i orzeczniczymi owej Komisji. Wprawdzie łączenie funkcji dochodzeniowej i orzeczniczej nie było naganne samo w sobie, ale w opinii ETPC Komisja była od początku „uprzedzona” wobec podmiotu, którego dotyczyło postępowanie (nie była bezstronna). ETPC dodał również, *obiter dicta*, że kary pieniężne nakładane przez francuską Komisję Bankową mają – ze względu na swoją surowość – charakter karny.

Z uwagi na podobny charakter postępowania przed KE w sprawach antymonopolowych można przypuszczać, że ocena ETPC w odniesieniu do tych postępowań byłaby podobna⁸².

Osobnego wspomnienia wymagają podjęte próby poddania kontroli EKPC unijnego postępowania antymonopolowego poprzez kwestionowanie zachowań państw członkowskich UE. ETPC (ani wcześniej Europejska Komisja Praw Człowieka) nie miał nigdy jeszcze okazji rozstrzygać o charakterze postępowania antymonopolowego toczącego się przed samą Komisją Europejską. Europejska Komisja Praw Człowieka po raz pierwszy oceniała ewentualne naruszenie art. 6 EKPC przez wspólnotowe postępowanie antymonopolowe w sprawie *M & Co*⁸³, po tym jak ETS odrzucił możliwość zastosowania art. 6 EKPC w sprawie *Pioneer*⁸⁴. Po wyroku ETS skarżący, czyli spółka *M & Co* wniosła sprawę przeciwko RFN w sądach niemieckich, by zapobiec wydaniu tytułu

⁸² Zob. argumenty podnoszone w toczącej się przed SPI sprawie: T-56/09 *Saint Gobain Glass France v. KE*.

⁸³ Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 9.02.1990 r. *M & Co v. RFN*, nr skargi 13258/87; T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 420. O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 564.

⁸⁴ Wyrok ETS z 7.06.1983 r. w sprawach połączonych 100 do 103/80 *Pioneer v. KE*, [1983] ECR 1825.

wykonawczego. Po odrzuceniu tej skargi skarżący wnieśli nieskutecznie pozew o odszkodowanie od RFN, i w konsekwencji *M & Co* wniosło sprawę do Europejskiej Komisji Praw Człowieka. Komisja ta zaznaczyła, że nie jest właściwa *ratione personae*, by oceniać postępowanie lub decyzje podejmowane przez organy ówczesnej WE, ponieważ nie są one stronami konwencji. Nie oznaczało to jednak, zdaniem Europejskiej Komisji Praw Człowieka, że przez nadanie tytułu wykonalności wyrokowi ETS właściwe władze niemieckie działały jako organy Wspólnoty i w związku z tym nie były objęte kontrolą wykonywaną przez organy czuwające nad przestrzeganiem EKPC. Zgodnie z art. 1 EKPC państwa członkowskie są odpowiedzialne za wszystkie działania i zaniechania swych organów, które mogą naruszać Konwencję, niezależnie od tego, czy badane działanie lub zaniechanie jest konsekwencją regulacji krajowej, czy wynika z konieczności wdrożenia zobowiązań międzynarodowych⁸⁵. Europejska Komisja Praw Człowieka stwierdziła jednak, że organy niemieckie nie naruszyły Konwencji w badanym przypadku. Komisja ta wzięła pod uwagę fakt, że system prawny Wspólnot Europejskich zapewniał poszanowanie praw podstawowych i kontrolę ich przestrzegania. Jej zdaniem przeniesienie kompetencji przez państwa strony Konwencji na Wspólnotę nie było niezgodne z EKPC. Odnośnie do zastosowania art. 6 ust. 1 EKPC do wspólnotowego postępowania antymonopolowego, Europejska Komisja Praw Człowieka stwierdziła, że miałby on zastosowanie wtedy, gdyby to organy niemieckie, a nie wspólnotowe, prowadziły postępowanie⁸⁶.

W sprawie nr 56672/00 *Senator Lines v. 15 państw członkowskich UE*⁸⁷ ponownie pojawiła się możliwość skontrolowania zgodności

⁸⁵ T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 420-421.

⁸⁶ T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 421; zdaniem tego autora, Europejską Komisję Praw Człowieka zainspirował wyrok ETPC wyrok z 21.02.1984 r. *Öztürk v. Niemcy*, nr skargi 8544/79; zob. X.A. DE MELLO, *Droit de la Concurrence et Droits de l'Homme*, RTD eur. 1993, s. 624-628.

⁸⁷ Decyzja ETPC z 10.03.2004 r. *Senator Lines v. Austria i inne państwa członkowskie UE*, nr skargi 56672/2000. O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 565.

wspólnotowego postępowania antymonopolowego z art. 6 ust. 1 EKPC na tle następującego stanu faktycznego. KE nałożyła na spółkę *Senator Lines* karę pieniężną w wysokości 273 milionów euro. ETS odrzucił wniosek o zawieszenie wykonania decyzji nakładającej karę. Spółka zarzuciła naruszenie art. 6 EKPC (prawo dostępu do sądu), ze względu na to, że karę trzeba było zapłacić, zanim decyzja Komisji została skontrolowana przez sąd w postępowaniu przed sądami wspólnotowymi. Spółka twierdziła, że zapłata kary może doprowadzić do utraty płynności finansowej i w efekcie do upadłości, zanim decyzja Komisji zostanie poddana kontroli sądu. Skarga została uznana za niedopuszczalną, po tym, jak SPI uchylił karę nałożoną na *Senator Line*. W związku z tym nie doszło do kontroli tego postępowania w świetle art. 6 EKPC.

Orzecznictwo ETPC przemawia za uznaniem, że art. 6 EKPC ma zastosowanie do postępowań antymonopolowych prowadzonych przed Komisją⁸⁸. Zdaniem Giannakopoulosa unijne postępowanie antymonopolowe wypełnia kryteria postępowania karnego w rozumieniu spraw *Sténuit*, *Oztürk* i *Bendenoun*⁸⁹. Fakt, iż Komisja nie jest sądem, nie przesądza o niezgodności tego postępowania z EKPC ze względu na to, że istnieje możliwość odwołania się do niezależnego sądu⁹⁰. W związku z tym, że chodzi o postępowanie o charakterze karnym w szerokim rozumieniu EKPC, to na Komisji spoczywa ciężar dowodu wykazania naruszenia, uzasadniającego nałożenie sankcji ekonomicznych o charakterze kary i pełniących funkcję odstrasżającą.

⁸⁸ T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 418.

⁸⁹ T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 423, 456, zob. też W.WILS, *La Compatibilité des Procédures Communautaires en matière de Concurrence avec la Convention européenne des droits de l'Homme*, CDE 1996, s. 334.

⁹⁰ Przy tym, w świetle wyroku ETPC z 21.02.1975 r. *Golder v Zjednoczone Królestwo*, nr skargi 4451/70; sam fakt, że postępowanie nie toczy się przed sądem, nie wyklucza możliwości oceniania go w świetle standardów EKPC. T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 424-425.

3.1.2. Stanowisko sądów unijnych

W swym wczesnym orzecznictwie ETS konsekwentnie odmawiał kwalifikowania postępowań przez Komisją jako postępowań o charakterze karnym⁹¹. W odniesieniu do art. 6 EKPC, ETS negował, by połączenie w rękach Komisji funkcji prokuratora i organu orzeczniczego mogło naruszać ten przepis. W swoim orzecznictwie ograniczał się do podkreślania, że Komisja nie jest sądem i w związku z tym art. 6 EKPC nie ma wobec niej zastosowania⁹². Nie oceniał zatem, czy sam system, w którym Komisja jest *de facto* pierwszym organem „osądzającym” sprawę, jest zgodny z Konwencją. Zdaniem Smitsa i Walbroeka, takie rozumowanie było błędne, ponieważ nie chodzi o rozważenie, czy Komisja „jest” sądem, a raczej czy tego typu postępowania powinny być prowadzone przed organem sądowym⁹³.

W odniesieniu do tego problemu wyjaśnienia znaleźć można jedynie w orzecznictwie ETPC (a nie sądów wspólnotowych), przede wszystkim w wyroku w sprawie *Le Compte*⁹⁴. W orzeczeniu tym ETPC przyjął, że

⁹¹ Wyrok ETS z 29.10.1980 r. w sprawach połączonych 209 i 218/78 *Van Landewyck v. KE*, [1980] ECR 3125, pkt 81; wyrok SPI z 10.03.1992 r. w sprawie T-11/89 *Shell v. KE*, [1992] ECR II-757, pkt 39. Uznając to postępowanie za post. administracyjne: P.J. KUYPER, T.P.J.N. VAN RIJN, *Procedural Guarantees and Investigatory Methods in European Law, with Special Reference to Competition*, Yearbook of European Law 1982, s. 10-1; J.M. JOSHUA, *Attitudes to Antitrust Enforcement in the EU and the United States: Dodging the Traffic Warden or Respecting the Law?*, [w:] B.E. Hawk (red.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1996, s. 101. Natomiast rzecznicy generalni dość wcześnie przyjęli inne stanowisko, zob: RG Vesterdorf w sprawie T-1/89 *Rhône Poulenc v. KE*, [1991] ECR II-884; P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, s. 56; O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 572.

⁹² Wyrok ETS z 29.10.1980 r. w sprawach połączonych 209-215 i 218/78 *Fedetab v. KE*, [1980] ECR 3125, pkt 81; wyrok ETS z 7.06.1983 r. w sprawach połączonych 100 do 103/80 *Pioneer v. KE*, [1983] ECR 1825; pkt 7-11; wyrok SPI z 10.03.1992 r. w sprawie T-11/89 *Shell v. KE*, [1992] ECR II-757, pkt 39, zob.: C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 145 i n.

⁹³ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 145.

⁹⁴ Wyrok ETPC z 23.06.1981 r. *Le Compte, Van Leuven i De Meyere v. Belgia*, nr skarg 6878/75 i 7238/75, pkt 51.

choć art. 6 EKPC przyznaje prawo do niezależnego sądu, nie oznacza to, że strony Konwencji muszą zapewnić, by postępowanie na każdym etapie sporu odbywało się zgodnie z wymaganiami art. 6 EKPC. Wymogi elastyczności i skuteczności mogą uzasadniać wstępne skorzystanie z instancji administracyjnej i profesjonalnej, która nie odpowiada wszystkim wymogom tego przepisu⁹⁵. By uczynić zadość wymogom art. 6 EKPC, w takiej sytuacji powinno istnieć jedno z dwóch rozwiązań: albo instancja administracyjna odpowiada w pełni wymogom art. 6 EKPC; albo jeżeli ona tych wymogów nie spełnia, jej działania powinny stanowić przedmiot kontroli sądowej przez sąd, który ma pełną jurysdykcję i który zapewnia wszystkie gwarancje z art. 6 EKPC⁹⁶.

Nawet jeśli ETS nie opowiedział się nigdy wprost za karnym charakterem sankcji w postępowaniu unijnym ani w ogóle za uznaniem postępowania przed Komisją za postępowanie o charakterze karnym, to jednak wypowiedział się w sposób dający podstawę do uznania, że podziela taką kwalifikację tego postępowania i sankcji. W sprawie z 8 lipca 1999 r. *Hüls* opowiedział się, na przykład, za stosowaniem w postępowaniach w sprawie naruszenia art. 81 i art. 82 TWE (obecnie art. 101 i art. 102 TFUE) zasady domniemania niewinności, która jest fundamentalną zasadą postępowania karnego⁹⁷. Z kolei w sprawie C-266/06 P *Degussa v. Komisja* bez wahania przeprowadził rozważania pod kątem „odpowiedzialności karnej”,

⁹⁵ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 145-146.

⁹⁶ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 146; zob. wyrok ETPC z 10.02.1983 r. *Albert i Le Compte v. Belgia*, nr skarg 7299/75 i 7496/76, pkt 29.

⁹⁷ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 141; zob. Tak samo w wyrokach: wyrok ETS z 8.07.1999 r. w sprawie C-235/92 P *Montecatini SpA v. KE*, [1999] ECR I-4539, pkt 175 i 176; wyrok SPI z 8.07.2004 r. w sprawach połączonych T-67/00, T-68/00, T-71/00, T-78/00 *JFE Engineering Corp. v. KE*, [2004] ECR II-2501, pkt 178. W wyroku ETS z 8.07.1999 r. w sprawie C-199/92 P *Hüls v. KE*, [1999] ECR I-4287, zdaniem Wilsa, ETS opowiedział się również za tym, że kary nakładane przez KE mają charakter karny w rozumieniu art. 6 EKPC

odwołując się do wyroku C-266/06 P *Advocaten voor de wereld*, zgodnie z którym zasada legalności sankcji wymaga, by przepisy jasno definiowały naruszenie i karę⁹⁸.

Podobną „technikę” można dostrzec w orzecznictwie SPI. I tak, w wyrokach w sprawach połączonych *Soda Ash*⁹⁹ SPI położył większy nacisk na zasadę równości broni (ang. *equality of arms*) w postępowaniu przed Komisją Europejską, która w tym przypadku wyrażała się w postulacie, aby Komisja nie dysponowała szerszą znajomością akt sprawy niż strona oskarżona o naruszenie wspólnotowych reguł konkurencji. To podejście sugerowało, zdaniem Nehla, że SPI przyjmuje odmienne niż wcześniej stanowisko wobec charakteru postępowania przed Komisją, w konsekwencji czego w postępowaniu tym powinno się stosować wszystkie zasady procesu karnego¹⁰⁰. SPI podzielił wątpliwości skarżących co do obiektywności i bezstronności Komisji w badaniu spraw, odrzucając domniemanie dobrej wiary Komisji i zasadę niestosowania art. 6 EKPC do wspólnotowych postępowań

⁹⁸ Podczas gdy SPI wstrzymał się z udzieleniem odpowiedzi na pytanie, czy art. 7 EKPC powinien być stosowany do oceny sankcji/kar nakładanych przez Komisję na mocy art. 15 ust. 2 rozp. 17/62. W rozumieniu wyroku ETS z 22.05.2008 r. w sprawie C-266/06 P *Degussa v. KE*, [2008] ECR I-81 zasada legalności sankcji wymaga, by przepisy jasno definiowały naruszenie i karę. Warunek ten jest spełniony, zgodnie z wyrokiem ETS z 3.05.2007 r. w sprawie C-303/05 *Advocaten voor de wereld*, [2007] ECR I-3633, wówczas, gdy zainteresowana jednostka może, na podstawie sformułowań zawartych w odpowiednim przepisie i z pomocą udzieloną przez sądy, ustalić, jakie działania lub zaniechania mogą doprowadzić do odpowiedzialności karnej (pkt 50 wyroku), zob. A. MEIJ, *Scope of Judicial Review and Sanctions in Competition Cases* [w:] M. Bulterman, L. Hancher, A. McDonnell, H. Sevenster (red.), *Views of European Law from the Mountain. Liber Amicorum Piet Jan Slot*, The Netherlands 2009, s. 182. Zob. również: M. KRÓL-BOGOMILSKA, *Sposób określenia wysokości kar we wspólnotowym prawie ochrony konkurencji a zasada legalności z art. 7 EKPCz – glosa do wyroku SPI z 8.10.2008 r. (T-69/04) w sprawie Schunk GmbH oraz Schunk Koblentstoff-Technik GmbH przeciwko Komisji*, EPS nr 6/2009, s. 47.

⁹⁹ Wyroki SPI z 29.06.1995 r. w sprawach T-30 do 32/91 *Solvay v. KE*, T-36 do 37/91 *ICI v KE*, [1995] ECR II-1775, II-1775, II-1821, II-1825, II-1847, II-1901.

¹⁰⁰ P. H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, s. 57.

antymonopolowych¹⁰¹. Podobną technikę zastosował SPI w sprawie *Archer Daniels Midland*, gdzie uznał, że standardem w postępowaniu przed Komisją powinno być poszanowanie art. 7 EKPC, dotyczącego zasady legalności¹⁰².

3.2. Charakter postępowań w sprawie kontroli koncentracji

W odniesieniu do postępowania w sprawie koncentracji nie ma, jak dotychczas orzecznictwa, którego przedmiotem byłyby rozważania na temat jego charakteru. Ze względu na to, że toczą się one przed Komisją jako organem administracji unijnej, wydającym w tym przypadku decyzje zezwalające lub zakazujące koncentracji, mają one niewątpliwie charakter postępowania administracyjnego. Istniejąca w ramach takich postępowań możliwość nakładania przez Komisję Europejską kar pieniężnych na przedsiębiorstwa za niezgłoszenie koncentracji bądź niedostosowanie się do warunków koncentracji przedstawionych w decyzji Komisji stanowi raczej wyjątek niż regułę w praktyce KE. W tej tylko

¹⁰¹ P. H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, s. 57. Jak podaje ten autor stoi to w sprzeczności z ustalonym orzecznictwem ETS I SPI, które odrzuca możliwość sięgania po art. 6 EKPC wobec postępowań przed Komisją ze względu na to, że nie można tego organu uznać za sąd. Z drugiej strony, sam ETS narzucił Komisji ciężar dowodu w wyroku z 31.03.1993 r. w sprawie C-89/85 *Woodpulp II*, [1993] ECR I-1307, przyjmując za zasadne stosowanie zasady *in dubio pro reo*.

¹⁰² Wyrok SPI z 27.09.2006 r. w sprawie T-329/01 *Archer Daniels Midland v. KE*, [2006] ECR II-3255, pkt 38-46; podobnie także: wyrok SPI z 5.04.2006 r. w sprawie T-279/02 *Degussa v. KE*, [2006] ECR II-897, pkt 66-69, 71-73; wyrok SPI z 8.10.2008 r. w sprawie T-69/04 *Schunk et Schunk Kohlenstoff-Technik v. KE*, [2008] ECR II-, pkt 28-29, 32-34; wyrok SPI z 27.09.2006 r. w sprawie T-43/02 *Jungbunzlauer v. KE*, [2006] ECR II-3435, pkt 71-73, 75-81; a nawet w orzeczeniach ETS: wyrok ETS z 22.05.2008 r. w sprawie C-266/06 P *Evonik Degussa v. KE*, [2008] ECR I-81, pkt 38-40, 44-46; wyrok ETS z 28.06.2005 r. w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P *Dansk Rørindustri e.a. v. KE*, [2005] ECR I-5425, pkt 202, 216-219, 222-224, 227-231.

części postępowania, dotyczącej kar pieniężnych o charakterze odstraszającym, analogicznych do tych stosowanych w omówionych powyżej postępowaniach antymonopolowych, rozważania o charakterze sankcji nakładanych przez Komisję jako sankcji quasi-karnych mogą znaleźć zastosowanie¹⁰³.

Podsumowując rozważania na temat charakteru postępowań, nawet jeśli się przyjmie, że w obu przypadkach (postępowań o naruszenie art. 101 lub art. 102 TFUE oraz postępowań w sprawie koncentracji) chodzi o postępowania o charakterze administracyjnym, to należy pamiętać, że ETPC przyjął, iż wykonywanie uprawnień administracyjnych władzy publicznej może niekiedy zostać uznane za objęte zakresem art. 6 ust. 1 EKPC, tak by uniemożliwić ominięcie praw i gwarancji zawartych w EKPC jedynie z powodu „kwalifikacji”, jaką danemu postępowaniu przypisują przepisy prawa „krajowego”¹⁰⁴. Przez analogię do sytuacji na poziomie unijnym można stwierdzić, że sama kwalifikacja w aktach prawa unijnego (wyłączająca charakter karnoprawny postępowania) nie jest wystarczająca.

W świetle omówionego powyżej orzecznictwa oraz przytoczonych argumentów można postawić tezę, że postępowania przed Komisją

¹⁰³ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement...*, s. 29; W. WILS, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis*, World Competition nr 27/2004, s. 209; O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 600.

¹⁰⁴ Tłum. aut. za A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement...*, s. 24; Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 14.12.1978 r. w sprawie Kaplan v. Zjednoczone Królestwo, nr skargi 7598/76, pkt 150. W wyroku ETPC z 23.06.1981 r. w sprawie *Le Compte, Van Leuven i de Meyere v. Belgia*, nr skarg 6878/75 i 7238/75, pkt 45 ETPC stwierdził, że francuskie pojęcie „sporu” nie może być interpretowane zbyt technicznie i powinno mu być przypisywane znaczenie materialne, a nie formalne, w związku z czym art. 6 ust. 1 EKPC powinien mieć zastosowanie do wszystkich postępowań (sądowych czy administracyjnych), których skutkiem jest bezpośredni wpływ na istnienie lub korzystanie z praw.

Europejską muszą odpowiadać wymogom rzetelnego procesu sądowego, sformułowanym w orzecznictwie dotyczących art. 6 EKPC.

4. Źródła praw podstawowych w unijnych postępowaniach o ochronę konkurencji

Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, podobnie jak wcześniej Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, nie zawiera żadnych zasad ogólnych regulujących postępowanie przed organami Unii Europejskiej, z wyjątkiem sądów. Jedynym przepisem, który znajduje zastosowanie we wszystkich postępowaniach przed organami Unii Europejskiej, jest art. 296 TFUE (dawny art. 253 TWE)¹⁰⁵, zobowiązujący wszystkie organy Unii do uzasadniania wydawanych przez siebie aktów prawnych (w tym aktów konkretnych i indywidualnych)¹⁰⁶. Kwestie proceduralne regulowane są wprost w aktach prawa wtórnego dotyczących danej dziedziny działania Unii Europejskiej. Do postępowań przed organami Unii Europejskiej znajdują jednak również zastosowanie zasady ogólne prawa unijnego zaliczane do źródeł prawa pierwotnego. Ich formułowanie dokonywane jest głównie przez sądy unijne na podstawie wspólnych

¹⁰⁵ Warto wskazać, że ostatnio rzecznik generalna Kokott uznała, że Komisja ma obowiązek uzasadniania swoich decyzji nie tylko ze względu na wymogi art. 253 TWE, ale też art. 41 KPP wyrażającego prawo do dobrej administracji, por. Opinia RG Kokott z 13.12.2007 r. w sprawie C-413/06 P *Bertelsmann AG i Sony Corporation of America v. Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), Sony BMG Music Entertainment BV i KE*. W wyroku ETS nie odwołał się już do samej KPP, uznał jednak zasadność zarzutu dotyczącego niewystarczającego uzasadnienia decyzji jako naruszenia ogólnej zasady prawa wspólnotowego – wyrok ETS z 10.07.2008 r. w sprawie C-413/06 *Bertelsmann AG i Sony Corporation of America v. Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), Sony BMG Music Entertainment BV i KE*, [2008] ECR I-4951, pkt 174-183.

¹⁰⁶ J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell 2006, s. 1186.

tradycji konstytucyjnych państw członkowskich oraz postanowień traktatów międzynarodowych wiążących państwa członkowskie¹⁰⁷. Niektóre (nieliczne) prawa i gwarancje ustalone w orzecznictwie sądów unijnych zostały skodyfikowane w aktach prawa wtórnego (zob. niżej)¹⁰⁸.

Jak wynika z udokumentowanych w orzecznictwie doświadczeń sądów unijnych, przedsiębiorstwa powołują się na prawa lub gwarancje oparte na następującej triadzie: zasadach ogólnych prawa unijnego, Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, oraz, od niedawna, Karcie Praw Podstawowych UE. Odwołanie do każdego z tych źródeł budzi wiele wątpliwości jurydycznych: w przypadku zasad ogólnych – z uwagi na ich „nieskodyfikowany” charakter, w przypadku EKPC – ze względu na to, że nie jest wprost źródłem prawa unijnego, a w przypadku KPP – ze względu na jej wcześniej niewiązący prawnie charakter (co uległo zmianie po wejściu w życie Traktatu z Lizbony). Niezależnie od tego, nie jest jasne, jaki jest zakres pojęciowy poszczególnych zasad i praw wynikających z tych różnych źródeł, w tym czy jest on w każdym przypadku taki sam. Sądy unijne mają tendencję do powtarzania w swoich orzeczeniach pewnych istotnych fragmentów swoich wcześniejszych orzeczeń, zawierających treści „konstytucyjne”. Odwołują się do pewnych zasad w sposób bardzo szeroki, nie definiując jednak ich znaczenia i zakresu pojęciowego. Ta technika, jak argumentuje Nehl, przyczynia się do „niepewności prawnej” bardziej niż do wykształcenia spójnych zasad unijnego postępowania administracyjnego¹⁰⁹. Zdarza się też często, iż, z uwagi

¹⁰⁷ T. K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 403.

¹⁰⁸ Por. dokładniej niżej w punkcie dot. katalogu gwarancji i praw. Na przykład art. 20 ust. 8 rozp. 1/2003, który określa rolę sądów krajowych w wydawaniu zezwoleń na kontrole zlecone przez KE, przeprowadzane przez organy krajowe, kodyfikuje wyrok ETS z 22.10.2002 r. w sprawie C-94/00 *Roquette*, [2002] ECR I-9011. Natomiast drugie zdanie motywu 23 preambuły do rozp. 1/2003 potwierdza orzecznictwo *Orkem* w odniesieniu do samooskarżenia.

¹⁰⁹ P. H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, s. 35, cytując M. P. CHITI, *The Role of the European Court of Justice in the Development of General Principles and their possible Codification*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1995, s. 664.

na wspomniany charakter EKPC i KPP, sądy unijne w odpowiedzi na powołanie się strony na konkretne prawo czy zasadę wyrażoną w KPP lub EKPC, dzieląc zaprezentowane stanowisko, nie odwoływały się do przywołanych aktów prawnych, ale do zasad ogólnych prawa unijnego, niejako „podmieniając” źródło zasady czy prawa.¹¹⁰

4.1. Zasady ogólne prawa

Art. 6 ust. 3 Traktatu ustanawiającego Unię Europejską (dalej jako TUE) przewiduje, że UE szanuje prawa podstawowe zagwarantowane w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich jako ogólne zasady prawa unijnego¹¹¹. Przepis ten stanowi kodyfikację utrwalonego poglądu wyrażonego w bogatym orzecznictwie ETS datującym się jeszcze z lat 70., zgodnie z którym zasady ogólne stanowiły część prawa pierwotnego Wspólnot Europejskich¹¹². Na te zasady ogólne składają się zasady zaliczane do kanonów praworzędnych

¹¹⁰ Zob. o tej tendencji w odniesieniu do powoływania KPP: K. KOWALIK-BAŃCZYK, *Karta Praw Podstawowych UE a wspólnotowe postępowanie antymonopolowe – w kierunku „sprawiedliwości administracyjnej”* [w:] J. Maliszewska-Nienartowicz (red.), *Organizacja i funkcjonowanie Unii Europejskiej. Zagadnienia wybrane*, Toruń 2009, s. 123 i n.

¹¹¹ J. GERKRATH, *Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne?*, R.A.E.-L.E.A. nr 1/2006, s. 31.

¹¹² O rozwoju ochrony praw człowieka we WE – N. FRANGAKIS, *Human Rights and European Integration. From the European Convention on Human Rights to the Charter of Fundamental Rights of the European Union* [w:] G. Vandersanden, A. De Walsche (red.), *Melanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Vol. I, Bruxelles 2003, s. 191, zob. np.: wyrok ETS z 12.11.1969 r. w sprawie 29/69 *Stauder v. Stadt Ulm*, [1969] ECR 419; wyrok ETS z 17.12.1970 r. w sprawie 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, [1970] ECR 1125; wyrok ETS z 14.05.1974 r. w sprawie 4/73 *Nold v. KE*, [1974] ECR 491; wyrok ETS z 28.10.1975 r. w sprawie 36/75 *Rutili v. Minister of the Interior*, [1975] ECR 1219 czy wyrok ETS z 13.12.1979 r. w sprawie 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, [1979] ECR 3727.

i demokratycznych państw, takie jak zasada pewności prawa, ochrony zaufania, zasada proporcjonalności, zasada równości oraz zasady o charakterze proceduralnym¹¹³. Z orzecznictwa sądów unijnych wynika, że również prawa podstawowe wchodzą w skład zasad ogólnych prawa unijnego¹¹⁴, nad których przestrzeganiem czuwają sądy unijne¹¹⁵. Fakt, iż zasady ogólne stanowią część prawa pierwotnego, powoduje, że ewentualna niezgodność z tymi zasadami przepisów aktów prawa wtórnego musi być rozstrzygana w ten sposób, że owe przepisy nie będą w określonych okolicznościach stosowane.

Zasady ogólne stanowią zatem prawo niepisane i składa się na nie „otwarty” katalog uprawnień. To sądy unijne „identyfikują”, jakie zasady (prawa) do nich należą, i zakres, w jakim powinny być one stosowane do oceny zachowań instytucji unijnych bądź zachowań państw członkowskich wykonujących prawo unijne¹¹⁶. Do czasu wejścia w życie Traktatu z Lizbon stanowiły one jedyne formalnie dopuszczalne źródło praw podstawowych (por. niżej). Ta „dowolność” i „otwartość” w formułowaniu zasad powodowało, że niejasne pozostawały kontury rzeczywistej

¹¹³ S. BIERNAT, *Źródła prawa Unii Europejskiej*, [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2003, s. 186. Autor ten zdaje się dokonywać rozłącznego podziału na dwie grupy zasad: kanonów państwa prawnego oraz praw podstawowych. Można uznać, że odpowiada to podziałowi na „zasady” i „prawa” funkcjonującemu w KPP, jednak rozróżnienie to wcale nie jest jednoznaczne i, moim zdaniem, podział ów na pewno nie może zostać uznany za podział rozłączny.

¹¹⁴ Wyrok SPI z 14.12.2005 r. w sprawie T-210/01 *General Electric v. KE*, [2005] ECR II-5575, pkt 725: fr. *les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont le juge communautaire assure le respect*.

¹¹⁵ Wyrok ETS z 6.03.2001 r. w sprawie C-274/99 P *Connolly v. KE*, [2001] ECR I-1611, pkt 37.

¹¹⁶ B. DE WITTE, *Le rôle passé et futur de la Cour de justice des Communautés européennes dans la protection des droits de l'homme* [w:] P. Alston (red.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles 2001, s. 895 i n.; J. PLANAVOVA-LATANOWICZ, *Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i ochrona praw podstawowych*, Warszawa 2000, s. 20.

ochrony prawnej, jaką można z tych zasad wywodzić¹¹⁷. Z drugiej jednak strony, taki charakter zasad ogólnych, wywodzonych z art. 6 TUE, powoduje, że nawet po wejściu w życie Traktatu z Lizbony i związanego z tym nadania KPP charakteru aktu prawa pierwotnego i umożliwienia UE przystąpienia do EKPC, możliwość sięgania po zasady ogólne prawa stanowi pewnego rodzaju „siatkę bezpieczeństwa”, którą będzie można wykorzystać do ochrony praw podstawowych, gdy żaden inny dostępny instrument nie okaże się wystarczający¹¹⁸.

4.2. Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹¹⁹

Pierwsze odwołania do EKPC w orzecznictwie ETS pojawiły się po tym, jak wszystkie ówczesne państwa członkowskie WE stały się stronami EKPC¹²⁰. Z jednej strony, ETS wyraźnie stwierdził, że w celu zagwarantowania praw podstawowych określonych w EKPC konieczne jest branie przez sądy wspólnotowe pod uwagę orzecznictwa ETPC, z drugiej zaś nigdy nie przyznał, by EKPC stanowiła bezpośrednie źródło prawa wspólnotowego. Sądy wspólnotowe nie mogły wprost oceniać legalności postępowania Komisji Europejskiej (bądź innych instytucji WE)

¹¹⁷ C. MIK, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, tom I, Warszawa 2000, s. 439.

¹¹⁸ Wyrażeniem „siatka bezpieczeństwa” (fr. *filet de sécurité*) posługuje się J. GERKRATH, *Les principes généraux du droit...*, s. 43.

¹¹⁹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. ze zmianami wprowadzonymi przez Protokół nr 11, który wszedł w życie 1 listopada 1998 r.; tekst Konwencji opublikowany w Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 oraz tekst Protokołu nr 11 opublikowany w Dz. U. z 1998 r. Nr 147, poz. 962.

¹²⁰ N. FRANGAKIS, *Human Rights and European Integration...*, s. 191, zob. wyrok ETS z 28.10.1975 r. w sprawie 36/75 *Rutili v. Minister of the Interior*, [1975] ECR 1219.

w świetle EKPC z uwagi na to, że postanowienia tej Konwencji nie należały do prawa wspólnotowego¹²¹. W konsekwencji konwencja i wydane na jej podstawie orzecznictwo ETPC stanowiły jedynie wskazówki dla sądów wspólnotowych, jak powinny być rozumiane prawa podstawowe należące do „zasad ogólnych prawa wspólnotowego” (obecnie zasad ogólnych prawa unijnego) i tym samym stanowiące integralną część prawa wspólnotowego (obecnie unijnego)¹²².

Dokonując kontroli legalności aktów wspólnotowych, sądy wspólnotowe nie stosowały zatem wprost zasad zawartych w EKPC. Orzecznictwo ETPC nie wiązało ani Komisji Europejskiej, ani SPI¹²³ czy ETS-u¹²⁴. Decyzje Komisji Europejskiej nie mogą stanowić przedmiotu odwołania przed ETPC¹²⁵. Jak już wyżej wskazano, próba „obejścia” tej sytuacji przez zaskarżenie przed ETPC wszystkich państw członkowskich za naruszenie przez instytucje wspólnotowe

¹²¹ Wyrok SPI z 20.02.2001 r. w sprawie T-112/98 *Mannesmannröhren-Werke v. KE*, ECR 2001, s. II-729, pkt 59; wyrok SPI z 14 maja 1998 r. w sprawie T-347/94 *Mayr-Melnhof v. KE*, ECR 1998, s. II-1751, pkt 311; wyrok SPI z 8.07.2008 r. w sprawie T-99/04 *AC Treuband v. KE*, [2008] ECR II-1501, pkt 45: „Sąd nie jest właściwy do oceny zgodności z prawem dochodzenia z zakresu prawa konkurencji w świetle postanowień EKPC, ponieważ nie stanowią one jako takie części prawa wspólnotowego”.

¹²² Opinia ETS z 28.03.1996 r. w sprawie 2/94, [1996] ECR I-1759, pkt 33, wyrok ETS z 29.05.1997 r. w sprawie C-299/95 *Kremzow*, [1995] ECR I-2629, pkt 14; wyrok ETS z 15.05.1986 r. w sprawie 222/84 *Johnston*, [1986] ECR 1651, pkt 18.

¹²³ SPI kilkakrotnie podkreślił, że EKPC nie znajduje bezpośredniego zastosowania: wyrok ETS z 15.10.2002 r. w sprawach połączonych C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. v. KE*, [2002] ECR I-8375, pkt 448; wyrok SPI z 14.05.1998 r. w sprawie T-347/94 *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft v. KE*, [1998] ECR II-1751, pkt 311-312; wyrok SPI z 20.02.2001 r. w sprawie T-112/98 *Mannesmannröhren-Werke v. KE*, [2001] ECR II-729, pkt 59-60.

¹²⁴ Wyrok ETS z 29.10.1980 r. w sprawach połączonych 209-215 i 218/78 *Fedetaf v. KE*, [1980] ECR 3125, pkt 79-81; wyrok ETS z 7.06.1983 r. w sprawach połączonych 100 do 103/80 *Pioneer v. KE*, [1983] ECR 1825, pkt 7-9.

¹²⁵ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 138.

postanowień Konwencji nie przyniosła rezultatów¹²⁶. Mimo to odwołania sądów unijnych do EKPC były bardzo częste. W sprawie *Hüls*¹²⁷ ETS odwołał się do dwóch orzeczeń ETPC dotyczących pojęcia sprawy „karnej” w rozumieniu EKPC, by stwierdzić, że domniemanie niewinności określone w art. 6 ust. 2 EKPC obowiązuje w postępowaniach dotyczących naruszenia art. 81 lub art. 82 TWE [obecnie art. 101 i art. 102 TFUE], które mogą prowadzić do nałożenia kar pieniężnych. W sprawie *LVM*¹²⁸, dotyczącej m.in. prawa do niezeznanawania przeciwko sobie, ETS potwierdził, że rozwój orzecznictwa ETPC od czasu sprawy *Orkem* musi zostać uwzględniony przez sądy wspólnotowe¹²⁹. Obowiązek przystąpienia Unii Europejskiej do EKPC przewidziany w ustępie 2 art. 6 TUE od 1 grudnia 2009 r. powoduje, że po jego spełnieniu Konwencja stanie się „pełnoprawnym” źródłem praw podstawowych dla przedsiębiorstw uczestniczących w postępowaniach przed Komisją Europejską. Nie można jednak przewidzieć, kiedy i na jakich zasadach Unia Europejska stanie się stroną Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹³⁰.

¹²⁶ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 139 – zob. sprawa przed ETPC – decyzja ETPC z 10.03.2004 r. *Senator Lines v Austria i inne państwa członkowskie UE*, nr skargi 56672/2000, w którym skarżąca zaskarżyła wszystkie państwa członkowskie za naruszenie popełnione przez Komisję Europejską. Sprawa została uznana za „bezprzedmiotową” przez ETPC, po tym, jak SPI uchylił zasądzoną przez Komisję karę pieniężną w wyroku w sprawie T-191/98, T-212/98 do 214/98 *Atlantic Container Line AB v. KE*, [2003] ECR II-3275.

¹²⁷ Wyrok ETS z 8.07.1999 r. w sprawie C-199/92 P *Hüls v. KE*, [1999] ECR I-4287, pkt 149-150. Por. decyzja ETPC z 3.06.2004 r. *OOO Nesté St Petersburg i in. v. Russia*, nr skarg 69042/01, 69050/01, 69054/01-69056/01, 69058/01. O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 572.

¹²⁸ Wyrok ETS z 15.10.2002 r. w sprawach połączonych C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. v. KE*, [2002] ECR I-8375, pkt 274.

¹²⁹ Wyrok ETS w z 18.10.1989 r. w sprawie 374/87 *Orkem v. KE*, [1989] ECR 3283; W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 17.

¹³⁰ Wydane dotychczas dokumenty dotyczące tych zagadnień są na bardzo wysokim poziomie ogólności, por. przypis 15.

4.3. Karta Praw Podstawowych UE

Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej została po raz pierwszy uroczystie proklamowana przez instytucje WE (Komisję, Radę i Parlament Europejski) 7 grudnia 2000 r. w Nicei i ponownie proklamowana w grudniu 2007 r.¹³¹ Do 1 grudnia 2009 r. Karta Praw Podstawowych nie wywoływała porównywalnych z prawem pierwotnym wiążących skutków prawnych, ponieważ stanowiła jedynie porozumienie międzyinstytucjonalne, wiążące Komisję Europejską, Radę UE oraz Parlament Europejski. Traktat z Lizbony włączył ją do katalogu aktów prawa pierwotnego UE i od momentu jego wejścia w życie stała się ona aktem wiążącym prawnie¹³². Wcześniej KPP stanowiła jedynie „źródło wiedzy” o prawach podstawowych zagwarantowanych przez wspólnotowy porządek prawny¹³³, wskazywała też na ich „znaczenie”¹³⁴.

KPP potwierdza przede wszystkim prawa istniejące we wspólnych tradycjach konstytucyjnych państw członkowskich oraz międzynarodowych zobowiązaniach państw członkowskich, w tym zwłaszcza EKPC. W myśl art. 52 ust. 3 KPP, prawa zawarte w KPP, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w EKPC, powinny mieć to samo znaczenie i taki sam zakres, jak prawa przyznane przez EKPC. Nie ma

¹³¹ Dz.Urz. WE z 18.12.2000 r., C 364, s. 1. Ponownie proklamowana w Dz. Urz. UE z 14.12.2007 r., C 303, s. 1. Zob. szerzej o KPP: R. ALONSO GARCIA, *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, European Law Journal nr 4/2002, t. 8, s. 492; K. KAŃSKA, *Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights*, European Law Journal nr 3/2004, tom 10, s. 296.

¹³² Dz. U. UE z 30.03.2010 r., C 83, s. 389.

¹³³ W ten sposób: wyrok ETS z 27.06.2006 r. w sprawie C-540/03 *Parlament v. Rada* („łączenie rodzin”), ECR 2006, s. I-5769, pkt 38; wyrok ETS z 13.03.2007 r. w sprawie C-432/05 *Unibet*, ECR, 2007, s. I-2271, pkt 37; por. też preambuła KPP.

¹³⁴ Wyrok SPI z 15.01.2003 r. w sprawach połączonych T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 i T-272/01 *Philip Morris International i in. v. KE*, ECR 2003, s. II-1, pkt 122.

jednak przeszkód, w myśl tego przepisu, by „prawo Unii przyznawało szerszą ochronę”, co należy rozumieć jako sformułowanie przewidujące, że EKPC i jej dotychczasowa wykładnia stanowią pewien standard minimum ochrony praw podstawowych w Unii Europejskiej¹³⁵. KPP zawiera nie tylko postanowienia, które odpowiadają tym zawartym w EKPC (i zgodnie z art. 52 ust. 3 KPP powinny być w podobny sposób interpretowane), ale również nowe, wykraczające poza zakres stosowania EKPC. Szczególnie istotne postanowienie zawarte jest w art. 41 ustanawiającym prawo do dobrej administracji. Jest ono odmienne od bardziej szczegółowych praw określonych w art. 47 i art. 48 KPP, które odpowiadają w treści art. 6 EKPC¹³⁶.

Co interesujące, zanim Traktat z Lizbony wszedł w życie, KPP była aktem prawnym znajdującym zastosowanie w ograniczonym zakresie. Komisja Europejska, prowadząc postępowania antymonopolowe, była bowiem zobowiązana do przestrzegania jej postanowień z dwóch powodów: po pierwsze, ze względu na to, że 7 grudnia 2000 r. zobowiązała się do przestrzegania KPP i do dotrzymywania określonych w niej standardów prawnych, oraz po drugie, ze względu na to, że w preambułach rozporządzeń regulujących postępowanie Komisji w sprawach z zakresu ochrony konkurencji znajdują się postanowienia nakazujące, by akty te były „interpretowane i stosowane zgodnie z zasadami i prawami” zawartymi w KPP¹³⁷. Nie było natomiast pewne, czy KPP mogła

¹³⁵ P. LEMMENS, *The Relation between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention of Human Rights – Substantive Aspects*, Maastricht Journal of European and Comparative Law nr 8/2001, s. 54. Zob. wyrok ETPC z 18.02.1999 r. *Matthews v. Zjednoczone Królestwo*, nr skargi 24833/94; wyrok ETPC z 30.06.2005 r. *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Irlandia*, nr skargi 45036/98; w odniesieniu do tego ostatniego por. szerzej A. HINAREJOS PARGA, *Bosphorus v. Ireland and the protection of fundamental rights in Europe*, European Law Review nr 2/2006, tom 31, s. 251.

¹³⁶ P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, s. 630.

¹³⁷ Zob. motyw 37 preambuły do rozporządzenia nr 1/2003 oraz motyw 36 preambuły do rozporządzenia nr 139/2004.

być bezpośrednio stosowana przeciwko krajowym organom ochrony konkurencji w postępowaniach krajowych, w których stosowany był art. 101 lub art. 102 TFUE, na podstawie rozp. 1/2003¹³⁸. Przemawiałby za tym art. 51 ust. 1 KPP, który przewiduje, że „postanowienia (KPP) (...) mają zastosowanie do (...) państw członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii”.

ETS, jak dotychczas, nie powołał się bezpośrednio na KPP, odmówił tego nawet wówczas, gdy stanowiło to wprost przedmiot pytania prejudycjalnego¹³⁹. Warto wskazać, że na KPP powoływał się ETPC, by unaocznic rozwój sytuacji prawnej od czasu przyjęcia EKPC¹⁴⁰. Robili to natomiast rzecznicy generalni (w swojej opinii w sprawie *FEG* rzecznik generalna Kokott stwierdziła, że „KPP musi być brana pod uwagę w postępowaniach kartelowych”)¹⁴¹ oraz niekiedy SPI¹⁴².

Sama Karta nie zawiera definitywnego katalogu praw, a wiele z tych w niej opisanych nie ma sprecyzowanego znaczenia¹⁴³. Podobnie jak

¹³⁸ Przemawiałby za tym art. 51 ust. 1 KPP; P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, s. 630.

¹³⁹ Wyrok ETS z 12.05.2005 r. w sprawie C-347/03 *ERSA v. Ministero Delle Politiche Agricole e Forestali*, [2005] ECRI-3785. Zob. P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, s. 629

¹⁴⁰ Wyrok ETPC z 11.07.2002 r. *Goodwin v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 28957/95, pkt 100. P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, s. 629.

¹⁴¹ Opinia RG w sprawie w sprawie C-105/04 P *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. KE*, [2006] ECR I-8725, pkt 59.

¹⁴² Wyrok SPI z 12.10.2007 r. w sprawie T-474/04 *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH v. KE* (sprawa nadtlenków organicznych), [2007] ECR II-4225, pkt 75-77; wyrok SPI z 5.04.2006 r. w sprawie T-279/02 *Degussa AG v. KE* (kartel metioniny), [2006] ECR 2006 II-897, pkt 115.

¹⁴³ A. YOUNG, *The Charter, Constitution and Human Rights: is this the Beginning or the End for Human Rights Protections by Community Law?*, European Public Law nr 2/2005, s. 233. Na różnorodność i odmienny charakter poszczególnych zawartych w KPP praw zwraca uwagę I. Kamiński, mówiąc nawet o swoistej „inflacji” praw człowieka w tym dokumencie: I. C. KAMIŃSKI, *Karta Praw Podstawowych jako połączenie praw i zasad – strukturalna wada czy szansa?*, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, Warszawa 2009, s. 39.

przy „zasadach ogólnych prawa unijnego”, pojawia się wątpliwość, co stanowi „prawo”, a co „zasadę”, co ma ogromne znaczenie dla możliwości egzekwowania przestrzegania odpowiednich postanowień Karty¹⁴⁴. Jak zauważa I.C. Kamiński, niektórym z postanowień KPP można przypisać charakter „hybrydalny” (podając tu m.in. przykład prawa do dobrej administracji)¹⁴⁵.

4.4. Prawa podstawowe w orzecznictwie dotyczącym prawa konkurencji – zarys

Przez długi czas głównym celem działań Komisji Europejskiej w dziedzinie prawa konkurencji było wprowadzenie wymiany handlowej i interpenetracji rynków poszczególnych państw członkowskich. Aktywność Komisji na tym polu nie tylko nie budziła kontrowersji, ale i znajdowała poparcie w orzecznictwie ETS. W latach 70. XX wieku pojawiły się jednak pierwsze sprawy, w których silna pozycja Komisji jako organu mającego pełną kontrolę nad egzekwowaniem prawa konkurencji została zakwestionowana przez sądownictwo wspólnotowe. Pierwszym orzeczeniem, w którym ETS zajmował się ogólnymi zasadami sprawiedliwego postępowania przed Komisją, jest sprawa z 1974 r. *Transocean Marine*¹⁴⁶, w której rzecznik generalny Warner postawił w swojej opinii tezę, że organ administracji musi umożliwić przedsiębiorstwu wysłuchanie go przed wydaniem niekorzystnej dla niego decyzji, nawet jeśli nie wynika to wprost z przepisów prawa. ETS zgodził się ze stanowiskiem rzecznika, przyjmując, że prawo do bycia wysłuchanym stanowi ogólną zasadę prawa

¹⁴⁴ C. HILSON, *Rights and Principles in EU Law: A Distinction Without Foundation?*, MJ nr 2/2008, s. 193.

¹⁴⁵ I.C. KAMIŃSKI, *Karta Praw Podstawowych jako połączenie ...*, s. 44.

¹⁴⁶ Wyrok ETS z 23.10.1974 r. w sprawie 17/74 *Transocean Marine Paint Association v. KE*, [1974] ECR 1063.

wspólnotowego¹⁴⁷. Podobnie w sprawie *AM&S*¹⁴⁸ ETS odrzucił stanowisko Komisji twierdzącej, że wyłączną podstawę prawną jej działania stanowią reguły zawarte w Traktacie i w wówczas obowiązującym rozporządzeniu 17/62 i stwierdził, że konieczne jest również uwzględnienie pewnych standardów działania przyjętych w państwach członkowskich.

Orzeczenia te zapoczątkowały serię skarg, w których przedsiębiorstwa kwestionowały rozwiązania proceduralne obowiązujące w postępowaniu przed Komisją. Doprowadziły one do wydania wielu wyroków dotyczących tzw. prawa do obrony¹⁴⁹. Pojęcie to wywodzi się z francuskiej koncepcji „praw do obrony” (fr. *droits de la défense*; ang. *rights of defence*)¹⁵⁰ i obejmuje ogół praw do udziału w postępowaniu administracyjnym i dostępu do informacji przysługujących podmiotowi, którego sytuacja prawna jest kształtowana pod wpływem działania administracji¹⁵¹. Prawa do obrony istnieją we wszystkich państwach członkowskich, przyjmują jednak różne formy¹⁵². Na gruncie postępowania sądowego analogiczne gwarancje daje prawo do sprawiedliwego procesu. Zarówno prawa do

¹⁴⁷ T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 403-404; zob. J. SCHWARZE, *European Administrative...*, s. 1192. ETS stwierdził w tym wyroku, że prawo do bycia wysłuchanym stanowi zasadę ogólną prawa wspólnotowego. Następnie podobnie: wyrok ETS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche v. KE*, [1979] ECR 461; wyrok ETS z 7.06.1983 r. w sprawach połączonych 100-103/80 *Musique Diffusion française*, [1983] ECR 1825, pkt 9-10; wyrok ETS z 9.11.1983 r. w sprawie 322/81 *Michelin v. KE*, [1983] ECR 3461, pkt 7; wyrok SPI z 10.03.1992 r. w sprawie T-11/89 *Shell v. KE*, [1992] ECR II-757, pkt 39-40

¹⁴⁸ 155/79 *AM&S v. KE*, [1982] ECR 1575.

¹⁴⁹ D. EDWARD, *Quality Control of Competition Decisions*, [w:] A. Butterman, L. Hancher, A. McDonnell, H. Sevenster, *Views of European Law from the Mountain. Liber Amicorum Piet Jan Slot*, Netherlands 2009, s. 145.

¹⁵⁰ Pełni ona podobną funkcję jak w systemach *common law* zasady *natural justice*, w Irlandii – *constitutional justice*, w Stanach Zjednoczonych *due process*, za: T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 404-405.

¹⁵¹ J. SCHWARZE, *European Administrative...*, s. 1197, 1243.

¹⁵² J. SCHWARZE, *European Administrative...*, s. 1244. Studium rozwiązań w poszczególnych państwach członkowskich – zob. s. 1245-1320.

obrony, jak i do sprawiedliwego procesu zaliczane są do katalogu podstawowych praw człowieka¹⁵³.

ETS, a potem również SPI rozwinęły doktrynę prawa do obrony, które musi być respektowane w każdym postępowaniu, którego skutkiem może być nałożenie sankcji na podmiot w nim uczestniczący¹⁵⁴, za takie uznając postępowania na gruncie art. 101 i art. 102 TFUE. Szczegółowe przedstawienie wszystkich zagadnień związanych z poszanowaniem tego prawa wykraczałoby poza zakres niniejszej pracy, należy jednak wskazać, iż prawo do obrony, obok (1) prawa do bycia wysłuchanym¹⁵⁵,

¹⁵³ Za podstawowe prawa człowieka uznają je: M. HILD, G. CIEŚLA, E. PACHE, *Rights vis-à-vis the Administration at the Community Level*, [w:] A. Cassesse, A. Clapham, J. Weiler (red.), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, vol. II, EUFI Florence 1991, s. 455-457; za: T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. lvi.

¹⁵⁴ Nawet wówczas, gdy chodzi o postępowanie o charakterze administracyjnym, zob.: wyrok SPI z 14.05.1998 r. w sprawie T-308/94 *Cascades v. KE*, [1998] ECR II-925, pkt 39; wyrok SPI z 14.05.1989 r. w sprawie T-348/94 *Enso Española*, [1998] ECR II-1875, pkt 80; wyrok SPI z 11.12.2003 r. w sprawie T-59/99 *Ventouris v. KE*, [2003] ECR II-5257, pkt 117-118; wyrok SPI z 11.12.2003 r. w sprawie T-65/99 *Strintzis Lines Shipping v. KE*, [2003] ECR II-5433, pkt 37-38; wyrok SPI z 11.12.2003 r. w sprawie T-66/99 *Minoan Lines v. KE*, [2003] ECR II-5515, pkt 47-48; wyrok ETS z 15.10.2002 r. w sprawach połączonych C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. v. KE*, [2002] ECR I-8375, pkt 85-87, 114, 118, 122, 126; wyrok ETS z 9.07.2009 r. w sprawie C-511/06 P *Archer Daniels Midland Co. v. KE*, dostępny na stronie: www.curia.eu; P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, s. 72-73; O rozwoju i doprecyzowaniu praw do obrony: C. HARDING, J.M. JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe: A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford 2003, rozdział 7.

¹⁵⁵ Wyrok ETS z 23.10.1974 r. w sprawie 17/74 *Transocean Marine Paint v. KE*, [1974] ECR 1063; wyrok ETS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche v. KE*, [1979] ECR 461; wyrok ETS z 26.06.1980 r. w sprawie 136/79 *National Panasonic v. KE*, [1980] ECR 2033, pkt 21, wyrok SPI z 14.05.1998 r. w sprawie T-352/94 *Mo och Domsjö v. KE*, [1998] ECR II-1989, pkt 63, 73-74; wyrok ETS z 14.07.2005 r. w sprawie C-65/02 P *ThyssenKrupp v. KE*, [2005] ECR I-6773, pkt 92; wyrok ETS z 25.01.2007 r. w sprawie C-407/04 P *Dalmine v. KE*, [2007] ECR I-829, pkt 44. zob. szerzej: J. SCHWARZE, *European Administrative...*, s. 1324 i cytowana tam literatura, też s. 1237; P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, s. 70-99; T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 114.

obejmuje też: (2) tzw. *legal professional privilege*, czyli ochronę uprzywilejowanego charakteru relacji między klientem a prawnikiem¹⁵⁶, (3) zw.

¹⁵⁶ Dyskusję nad tym zagadnieniem rozpoczął wyrok ETS z 4.02.1981 r. w sprawie 155/79 *AM & S Europe Limited v. KE*, [1982] ECR 1575, pkt 27; zob. też ostatnio: wyrok SPI z 17.09.2007 r. w sprawie T-125/03 *AKZO Nobel Chemicals Ltd and Ackros Chemicals Ltd v. KE*, [2007] ECR II-3523. C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 158; na ten temat zob. też wyrok ETPC z 25.03.1992 r. *Campbell v. Zjednoczone Królestwo*, nr skargi 13590/88; A. ANDREANGELI, *Joined Cases T-125/03 and 253/03, AKZO Nobel Chemicals Ltd v. Ackros Chemicals Ltd v. Commission, Judgment of 17 September 2007, not yet reported (under appeal)*, EBLR 2008, s. 1141; J. BUHART, *La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne*, JTDE nr 116/2005, s. 33–39, W.P.J. WILS, *Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, World Competition nr 26/2003, s. 567–588; J. FENNELLY, *Lawyers and Employed Lawyers: the Application of Legal Professional Privilege*, Irish Business Law nr 1/1998, s. 2; J. CARR, *Should In-House Lawyers have Lawyer-Client Privilege?*, International Business Lawyer nr 24/1996, s. 522; T. CHRISTOFOROU, *Protection of Legal Privilege in EEC Competition Law: The Imperfections of a Case*, Fordham International Law Journal nr 9/1985–86, s. 1; E. GIPPINI FOURNIER, *Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: beyond the cursory glance*, Fordham International Law Journal nr 28/2005, s. 967; B. VESTERDORF, *Legal Professional Privilege and the Privilege against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues*, [w:] B.E. Hawk (red.), *International Antitrust Law and Policy: Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York 2005, s. 701; G. MURPHY, *Is it Time to rebrand legal professional privilege in EC Competition Law*, E.C.L.R. nr 3/2009, s. 125–136. W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 19 mówi krytycznie o próbach rozszerzenia *legal privilege* na prawników wewnętrznych. Autor ten podaje, że Komisja Gospodarcza i Monetarna Parlamentu Europejskiego zgłosiła jako poprawkę do projektu rozporządzenia 1/2003 propozycję wpisania *legal privilege* dla prawników wewnętrznych, zostało to jednak odrzucone przez PE w porporcjach 404 przeciw, przy 69 za. Ten sam autor podaje, że jedynie w 4 państwach członkowskich *legal professional privilege* obejmuje prawników wewnętrznych: Belgii, Grecji, Irlandii i Wielkiej Brytanii, s. 20. Należy podkreślić, że w niektórych państwach członkowskich korespondencja z prawnikiem wewnętrznym została objęta ochroną: Wielka Brytania, Irlandia, Hiszpania i Niemcy, co powoduje, że przy kontroli wykonywanej na rzecz KE lub organu innego państwa członkowskiego mogą pojawić się problemy, co do zakresu możliwej kontroli w tych państwach i zakresu chronionej tajemnicy. Może się też pojawić problem odwrotny – czy organy wymienionych państw członkowskich mogą korzystać z materiału dowodowego uzyskanego z naruszeniem obowiązujących w nich reguł – zob. C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 158 ; G. TURNO, *Ciąg dalszy sporu o zakres zasady legal professional privilege – glosa do wyroku SPI z 17.09.2007 r. w połączonych sprawach T-125/03 oraz T-253/03 Akzo Nobel Chemicals Ltd i Akros Chemicals Ltd przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, EPS nr 6/2008, s. 43.

privilege against self-incrimination, czyli prawo do niezeznanawania przeciwko sobie¹⁵⁷, (4) prawo do ustanowienia profesjonalnego pełnomocnika/prawo do porady prawnej¹⁵⁸, (5) prawo do poszanowania tajnego charakteru niektórych informacji i dokumentów¹⁵⁹, (6) prawo do ochrony prywatności¹⁶⁰, (7) prawo dostępu do akt

¹⁵⁷ Głównie wyrok ETS w z 18.10.1989 r. w sprawie 374/87 *Orkem v. KE*, [1989] ECR 3283, pkt 28-31; wyrok SPI z 8.03.1995 r. w sprawie T-34/93 *Société Générale v. KE*, [1995] ECR II-545, pkt 73-74; wyrok SPI z 20.04.1999 r. w sprawach połączonych T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 i T-335/94 *LVM v. KE*, [1999] ECR II-931, pkt 445-447, 449; wyrok ETS z 25.01.2007 r. w sprawie C-407/04 P *Dalmine v. KE*, [2007] ECR I-829, pkt 34-35; wyrok z 7.01.2004 r. w sprawach połączonych C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P *Aalborg Portland e.a. v. KE*, [2004] ECR I-123, pkt 65, 207-208; por. też motyw 23 preambuły do rozp. 1/2003. Zob.: T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 100 i n. O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 562. K. DEKEYSER, C. GAUER, *The New Enforcement System for Articles 81 and 82 and the Rights of Defence*, [w:] B.E. Hawk (red.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York 2005, s. 558-559; P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, s. 639-640; G. TURNO, *Prawo odmowy przekazania...*, s. 34 mówi o "wolności od samooskarżania".

¹⁵⁸ Wyrok ETS z 21.09.1989 w sprawach połączonych 46/87 i 227/88 *Hoechst v. KE*, [1989] ECR 2859, pkt 16, wyrok ETS z 17.10.1989 r. w sprawie 85/87 *Dow Benelux v. KE*, [1989] E.C.R. 3137, pkt 27, a wobec osoby fizycznej – wyrok ETS z 17.12.1981 r. w sprawie 115/80 *Demont v. KE*, [1981] ECR 3147, pkt 11; T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 108 i n.

¹⁵⁹ Wyrok ETS z 25.01.2007 r. w sprawie C-407/04 P *Dalmine v. KE*, [2007] ECR I-829, pkt 46-48; wyrok ETS z 25.01.2007 r. w sprawie C-411/04 P *Salzgitter Mannesmann v. KE*, [2007] ECR I-959, pkt 40-44; wyrok SPI z 12.10.2007 r. w sprawie T-474/04 *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse v. KE*, [2007] ECR II-4225, pkt 78; T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 110; R. CARLTON, J. LAWRENCE, M. MCELWEE, *Confidentiality and Disclosure in European Commission Antitrust Proceedings—The Case For Clarity*, *European Competition Journal* nr 2/2008, s. 401.

¹⁶⁰ Giannakopoulos wyróżnia prawo do ochrony prywatności w odniesieniu do dokumentów oraz prawo do ochrony prywatności w odniesieniu do nieruchomości (nietykalność domu), zob. T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 94 i n.

prawy¹⁶¹ oraz (8) prawo do używania własnego języka przez podmiot oskarżony o naruszenie¹⁶². W odniesieniu do postępowań w sprawie kontroli koncentracji, proceduralne uprawnienia przedsiębiorstw uczestniczących w postępowaniu są praktycznie identyczne¹⁶³, przy czym sądy unijne też odwołują się najczęściej do ogólnego prawa do obrony¹⁶⁴.

Jak widać, w judykaturze wykształcony został pewien system ochrony praw przedsiębiorstw uczestniczących w postępowaniach przed Komisją, głównie o charakterze proceduralnym. Dorobek orzecznictwa został następnie częściowo przyjęty przez ustawodawcę europejskiego w aktach prawa wtórnego. Nadal jednak utrzymują się wątpliwości co do tego, jakie uprawnienia, w jakim zakresie oraz na jakiej podstawie prawnej powinny być chronione w unijnych postępowaniach w sprawach z zakresu ochrony konkurencji.

¹⁶¹ Wyrok ETS z 2.10.2003 r. w sprawie C-194/99 P *Thyssen Stahl v. KE*, [2003] ECR I-10821, pkt 30-31; wyrok SPI z 15.03.2000 r. w sprawie T-25/95 *Cimenteries CBR i in. v. KE*, [2000] ECR II-508, pkt 142. O historii, P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, s. 43-69..., traktując to prawo jako część praw do obrony. Zob. też: N. COUTRELIS, *La pratique de l'accès au dossier en droit communautaire de la concurrence : entre droits de la défense et confidentialité*, *Concurrences* nr 2/2006, s. 66-78; S. WHITE, *Rights of Defence in Administrative Investigations : Access to File in EC Investigation*, *Review of European Administrative Law* nr 1/2009, s. 57-69.

¹⁶² T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 186 i n.; J. SCHWARZE, *European Administrative...*, s. 1212 i n.

¹⁶³ Giannakopoulos formułuje wprawdzie odrębny katalog uprawnień przedsiębiorstw uczestniczących w takim postępowaniu, jednak sam stwierdza, iż prawa owe są podobne do tych istniejących w postępowaniach antymonopolowych, s. 191 i n. Zwraca jednak uwagę, że w post. antymonopolowych wszczynanych z powodu skargi podmiotu trzeciego w postępowaniu uczestniczą trzy strony (KE, przedsiębiorstwa podejrzewane o naruszenie art. 81 lub art. 82 TWE oraz skarżący). W postępowaniach dotyczących kontroli koncentracji postępowania są z definicji dwustronne (KE i notyfikujące przedsiębiorstwa) – T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s. 401.

¹⁶⁴ Zob. np.: wyrok SPI z 14.12.2005 r. w sprawie T-210/01 *General Electric v. KE*, [2005] ECR II-5575.

4.5. Uprawnienia „skodyfikowane” w aktach prawa wtórnego

W obowiązujących aktach prawa wtórnego w dziedzinie prawa konkurencji zostały skodyfikowane niektóre prawa przedsiębiorstw, określone wcześniej przez orzecznictwo ETS. I tak, w samej preambule do rozp. 1/2003 stwierdza się w punkcie 32, że „zainteresowanym przedsiębiorstwom powinno udzielić się prawa wysłuchania przez Komisję, strony trzecie, których interesów może dotyczyć decyzja, powinny mieć możliwość uprzedniego przedłożenia własnych uwag, zaś podjęte decyzje powinny zostać podane do wiadomości publicznej. W celu zapewnienia zainteresowanym przedsiębiorstwom prawa do obrony, w szczególności prawa dostępu do akt, istotne jest, aby tajemnica handlowa podlegała ochronie. Podobnie należy chronić poufność informacji wymienianych w obrębie sieci”. Założenia te zostają następnie zrealizowane w art. 27 rozporządzenia 1/2003. Przepis ten w ustępie 1 gwarantuje prawo do bycia wysłuchanym przedsiębiorstwom i związkom przedsiębiorstw, które są stronami postępowań przed Komisją, w zakresie objętym przedstawionymi zarzutami. Zastrzega przy tym, że podstawą decyzji wydawanej przez KE mogą być tylko te zarzuty, co do których strony mogły się wypowiedzieć. Następnie ust. 2 art. 27 przewiduje, że w toku postępowania szanowane jest prawo stron do obrony, co przekłada się na prawo wglądu do akt Komisji, z zastrzeżeniem że dostęp taki nie może stwarzać zagrożenia dla ochrony tajemnicy handlowej innych przedsiębiorstw. Dostęp do akt nie obejmuje dostępu do informacji poufnych i wewnętrznych dokumentów Komisji lub organów ochrony konkurencji państw członkowskich, korespondencji między KE a tymi organami. W odniesieniu do wymiany informacji między KE a krajowymi organami ochrony konkurencji, art. 12 rozporządzenia 1/2003 przewiduje w ust. 3, że informacje takie mogą być wykorzystane jako dowód w celu nałożenia sankcji na osoby

fizyczne jedynie wówczas, gdy „przepisy prawne organu przekazującego informacje przewidują sankcje podobnego rodzaju w odniesieniu do naruszenia art. 81 lub art. 82 Traktatu” (obecnie art. 101 lub art. 102 TFUE), a w razie ich braku – jedynie wówczas, gdy „informacja została zebrana w sposób, który odzwierciedla ten sam zakres ochrony prawa do obrony osób fizycznych, jaki przewidziano w krajowych przepisach organu otrzymującego”¹⁶⁵.

Z kolei rozporządzenie 139/2004 w preambule przewiduje w pkt 37, że „zainteresowane przedsiębiorstwa muszą mieć przyznane prawo do bycia wysłuchanymi przez Komisję po wszczęciu postępowania”, podobnie jak zainteresowane „strony trzecie”. Preambuła odwołuje się też do zakazu samooskarżania, przewidując w punkcie 41, że „realizując postanowienia decyzji Komisji, przedsiębiorstwa i osoby zainteresowane nie mogą być zmuszane do przyznania, że dopuściły się naruszenia, ale są zobowiązane, w każdym przypadku, do udzielenia odpowiedzi na pytania o stan faktyczny i dostarczenie dokumentów, nawet jeżeli informacje te mogą zostać użyte do ustalenia przeciwko nim samym lub przeciwko innym, że naruszenie takie miało miejsce”. Artykuł 18 ust. 1 rozp. 139/2004 przewiduje, że „przed podjęciem decyzji (...) Komisja umożliwi zainteresowanym osobom, przedsiębiorstwom i związkom przedsiębiorstw, na każdym etapie procedury aż do konsultacji Komitetu Doradczego, wyrażenia opinii w sprawie zastrzeżeń skierowanych przeciwko nim”, przy czym w ust. 3 tego artykułu zawarte jest zastrzeżenie, że „Komisja opiera swoją decyzję jedynie na zastrzeżeniach, co do których stronom umożliwiono przedstawienie uwag”. W odniesieniu do innych elementów prawa do obrony, ust. 3 art. 18 rozp. 139/2004 przewiduje, że „dostęp do

¹⁶⁵ Przy czym ust. 3 art. 12 rozp. 1/2003 *in fine* zastrzega, że „w takim wypadku udzielona informacja nie może być wykorzystana przez organ ją otrzymujący do nałożenia kary pozbawienia wolności”.

akt jest otwarty przynajmniej dla stron bezpośrednio zaangażowanych, przy uwzględnieniu uzasadnionego interesu przedsiębiorstw w odniesieniu do ochrony ich tajemnic handlowych”.

Zestawienie katalogu uprawnień wywiedzionych przez sądy unijne z „zasad ogólnych prawa unijnego” nadal daleko wykracza poza uprawnienia, które zostały skodyfikowane w aktach prawa wtórnego.

5. Konsekwencje decentralizacji wykonywania unijnego prawa ochrony konkurencji dla ochrony prawnej przedsiębiorstw

Jak to zostało zaprezentowane, w judykaturze wykształcony został pewien system ochrony praw przedsiębiorstw uczestniczących w postępowaniach przed Komisją, głównie o charakterze proceduralnym. Dorobek orzecznictwa został następnie częściowo przyjęty przez ustawodawcę europejskiego w aktach prawa wtórnego. Nie oznacza to jednak, że dzięki temu ostatecznie zniknęły wątpliwości co do zakresu i podstawy prawnej uprawnień, które powinny być chronione w unijnych postępowaniach w sprawach z zakresu ochrony konkurencji. Szczególne problemy rodzi decentralizacja wykonywania unijnego prawa konkurencji, wynikająca z konieczności stosowania przez krajowe organy ochrony konkurencji art. 101 lub art. 102 TFUE (art. 4 i 5 rozp. 1/2003)¹⁶⁶.

¹⁶⁶ C. LEMAIRE, J. GSTALTER, *The silent Revolution beyond Regulation 1/2003*, GCP The Online Magazine for Global Competition Policy, Oct/2008, s. 1, dostępne na stronie: www.globalcompetitionpolicy.org; T. VON DANWITZ, *La protection des droits fondamentaux lors de la mise en oeuvre décentralisée du droit communautaire de la concurrence*, *Concurrences* nr 4/2008, s. 31-38; F. RIZZUTO, *Parallel Competence and the Power of the EC Commission under Regulation 1/2003 according to the Court of First Instance*, *E.C.L.R.* nr 5/2008, s. 286-297.

Reforma prawa konkurencji wprowadziła możliwość równoległych postępowań krajowych i unijnych, w których krajowe organy ochrony konkurencji stosują te same normy unijnego prawa materialnego, posługują się jednak odmiennymi przepisami procesowymi, krajowymi katalogami kar i odmiennymi standardami ochrony prawnej¹⁶⁷. Aby zapewnić jednolitość stosowania prawa unijnego, należy jednak też przyjąć, że krajowe organy ochrony konkurencji powinny przestrzegać nie tylko wymogów prawa krajowego, ale również dostosować się do (ciągle nieprecyzyjnych) wymogów odnoszących się do ochrony prawnej przedsiębiorstw.

Rozporządzenie 1/2003 zmieniło sposób wykonywania unijnego prawa konkurencji o tyle, że uczyniło ze stosowania art. 101 lub art. 102 TFUE przedmiot wspólnej odpowiedzialności Komisji i krajowych organów ochrony konkurencji¹⁶⁸. Wejście w życie rozporządzenia 1/2003 spowodowało znaczną decentralizację sposobu stosowania unijnego prawa konkurencji. Upřednio Komisja odgrywała centralną rolę w stosowaniu art. 101 ust. 1 i art. 102 TFUE oraz miała wyłączną kompetencję do korzystania z art. 101 ust. 3 TFUE. Krajowe organy ochrony konkurencji rzadko sięgały do reguł unijnych.

Tymczasem rozporządzenie 1/2003 zakłada szersze stosowanie unijnych reguł przez organy krajowe – akt ten wyposaża te organy w kompetencję do stosowania art. 101 i art. 102 TFUE w całości w sprawach, które mogą mieć wpływ na handel między państwami członkowskimi UE. Tworzy zatem system „kompetencji równoległych”, w którym zarówno organy krajowe, jak i Komisja Europejska są właściwe, by stosować art. 101 i art. 102 TFUE¹⁶⁹.

¹⁶⁷ P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, s. 627.

¹⁶⁸ Odpowiednio art. 4 i art. 5 rozporządzenia nr 1/2003.

¹⁶⁹ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 147.

Sam fakt współuczestnictwa krajowych organów ochrony konkurencji w wykonywaniu przepisów unijnego prawa konkurencji nie jest zjawiskiem nowym¹⁷⁰. Również swego rodzaju „federalizacja” reguł postępowania administracyjnego przed krajowymi organami administracji, w zakresie, w jakim wykonują one prawo unijne, nie jest niczym nowym¹⁷¹. Rozporządzenie 1/2003 ma w najszerszym możliwym zakresie „odciążyć” Komisję Europejską i przenieść ciężar wykonywania unijnych reguł ochrony konkurencji na krajowe organy ochrony konkurencji. Wzmocniona współpraca między Komisją a krajowymi organami nie wiąże się jednak z harmonizacją sankcji antymonopolowych, procedur i zagadnień dowodowych, co może niekorzystnie wpływać na prawa do obrony przedsiębiorstw będących uczestnikami postępowań antymonopolowych¹⁷².

Rozporządzenie 1/2003 zawiera dwie grupy przepisów; po pierwsze, przepisy dotyczące stosowania art. 101 i art. 102 TFUE, po drugie, przepisy regulujące postępowanie administracyjne przed Komisją. Nie zawiera natomiast żadnych przepisów dotyczących przebiegu postępowań przed organami

¹⁷⁰ Art. 81 i art. 82 TWE zostały znacznie wcześniej uznane przez ETS za bezpośrednio skuteczne, zob.: wyrok ETS z 30.01.1974 r. w sprawie 127/73 *BRT v. SABAM*, [1974] ECR 51, pkt 16-17; wyrok ETS z 21.09.1989 r. w sprawach połączonych 46/87 i 227/88 *Hoechst v. KE*, [1989] ECR 2859, pkt 30.

¹⁷¹ O tym zjawisku: P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, s. 87 i cyt. tam literatura. Por. wyrok SPI z 19.06.1997 r. w sprawie T-260/94 *Air Intel v. KE*, [1997] ECR II-997, pkt 62; Zob. C. HARLOW, *Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot?*, *European Law Journal* nr 2/1996, s. 3.

¹⁷² A. ANDREANGELI, *The Impact of the Modernization Regulation on the Guarantees of Due Process in Competition Proceedings*, *European Law Review* nr 3/2006, vol. 31, s. 342; B. PERRIN, *Challenges Facing the EU Network of Competition Authorities: Insights from a Comparative Criminal Law Perspective*, *European Law Review* nr 4/2006, tom 31, s. 556 i n.

krajowymi¹⁷³. W takich okolicznościach, zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej, do tych ostatnich zastosowanie znajdują krajowe przepisy proceduralne, których treść z istoty rzeczy będzie różna w różnych państwach członkowskich. Skutkiem powyższego w poszczególnych państwach członkowskich odmiennie może się kształtować ochrona praw podstawowych (może to prowadzić do sytuacji, że przy równoległych postępowaniach w jednym z nich gwarancje procesowe będą niższe)¹⁷⁴.

System równoległych kompetencji, w którym brak jest harmonizacji

¹⁷³ Wprawdzie Wils stoi na stanowisku, że rozp. 1/2003, mimo iż nie harmonizuje procedur postępowania przed krajowymi organami ochrony konkurencji, to jednak pośrednio zobowiązuje państwa członkowskie do wyposażenia swoich organów np. w odpowiednie środki kontroli i w razie gdy państwo nie dostosuje w taki sposób swoich przepisów, by uprawnienia organu krajowego korespondowały z uprawnieniami KE w analogicznej sytuacji, to KE może wszcząć przeciwko państwu postępowanie w trybie art. 226 TWE – W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 11 – powołując się na zasadę efektywności, ale stanowisko takie wydaje się nieuzasadnione. Zob. również: Zob. P. OLIVER, *Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence*, Cahiers de droit européen nr 3-4/2005, s. 351

¹⁷⁴ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 155. Zob. szerzej: M. ARAUJO, *The Respect of Fundamental Rights Within the European Network of Competition Authorities*, [w:] B.E. Hawk (red.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute. International Antitrust Law & Policy*, Fordham Corporate Law Institute 2005, s. 511. Nie zgadzając się z tym stanowiskiem: W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 22, który uważa, że wymieniane w ramach ECN informacje mogą być wykorzystywane tylko przeciwko osobom prawnym, wszystkie państwa członkowskie muszą przestrzegać EKPC oraz orzecznictwa sądów wspólnotowych. C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 146, jeszcze przed akcesją Rumunii i Bułgarii, zob. też: D. WAELBROECK, *Twelve feet all dangling down and six necks exceeding long – the EU network of competition authorities and the European Convention on Fundamental Rights*, [w:] C.D. Ehlermann, I. Atanasiu (red.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Portland Oregon 2004, s. 465 i n.; E. DAVID, *Cooperation among national authorities in the European Competition Network*, *Concurrences* nr 4/2008, s. 1 i n. eksponuje przede wszystkim ogromne możliwości, jakie daje krajowym organom ochrony konkurencji art. 22 ust. 1 rozp. 1/2003, przez to że pozwala im na korzystanie z pomocy w zakresie kontroli na terytorium innych państw członkowskich.

procedury, rodzi wiele problemów w zakresie ochrony praw podstawowych, wymienionych przez Smitsa i Waelbroecka¹⁷⁵ i obejmujących:

1) Ryzyko niejednolitego stosowania prawa unijnego, które nie zostało zażegnane przyjęciem zasad współpracy w ramach sieci¹⁷⁶ organów ochrony konkurencji (KE i krajowych organów ochrony konkurencji). Istniejące mechanizmy współpracy nie mogą zapobiec odmiennym interpretacjom prawa unijnego, przyjmowaniu odmiennych (sprzecznych) decyzji oraz wielokrotnemu sankcjonowaniu przedsiębiorstw.

2) Brak wiążącego mechanizmu przydzielania spraw Komisji bądź krajowym organom ochrony konkurencji. Taki stan rzeczy może przede wszystkim powodować wątpliwości odnośnie do poszanowania zasady pewności prawa oraz ewentualnie innych podstawowych gwarancji, takich jak: zasada legalności kar, zasada *ne bis in idem* czy prawo do sądu. Ponadto gwarancje proceduralne, jakimi dysponują przedsiębiorstwa, są odmienne w różnych państwach członkowskich.

3) Brak harmonizacji zasad postępowania w sprawie ochrony unijnego prawa konkurencji na poziomie krajowym i unijnym. Brak ten był tym bardziej problematyczny, że Wspólnota [obecnie Unia], inaczej niż państwa członkowskie, nie jest stroną EKPC – a zatem Konwencja nie stanowi bezpośredniego źródła praw, na które mogą się powoływać zainteresowane podmioty, by skontrolować

¹⁷⁵ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 147-148.

¹⁷⁶ Powstanie sieci przewiduje pkt 15 preambuły rozp. 1/2003, stanowiąc, że „Komisja i organy ochrony konkurencji w Państwach Członkowskich powinny wspólnie stworzyć sieć organów władzy publicznej stosujących w ścisłej współpracy wspólnotowe reguły konkurencji. (...) formy współpracy w ramach tej sieci zostaną ustalone i skorygowane przez Komisję w ścisłej współpracy z Państwami Członkowskimi”. Zasady funkcjonowania sieci zostały doprecyzowane przez KE w obwieszczeniu o współpracy wewnątrz Sieci Organów Konkurencji (Dz.U. UE 2004 C 101, s. 43, brak polskiej wersji tego dokumentu) oraz we wspólnym oświadczeniu Rady i Komisji o funkcjonowaniu Sieci Organów Konkurencji (dokument nr 15435/02 ADD 1, dostępny na stronie: http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/joint_statement_en.pdf).

działania podejmowane przez Komisję i tak będzie do czasu przystąpienia Unii do Konwencji. W przypadku stosowania zarazem krajowego i unijnego prawa konkurencji krajowy organ ochrony konkurencji może stanąć przed dylematem: czy powinien się trzymać interpretacji określonej przez ETS, czy też przez ETPC. Wprawdzie w myśl zasady prymatu przeważać powinny reguły unijne nad regułami krajowymi, ale w braku harmonizacji procedury zastosowanie znajdują reguły krajowe i one niewątpliwie muszą pozostawać w zgodzie z EKPC. W przypadku sięgnięcia przez Komisję po możliwość przewidzianą w art. 11 ust. 6 rozp. 1/2003 i pozbawienia krajowego organu prowadzenia sprawy może się okazać, że przedsiębiorca będzie pozbawiony ochrony wynikającej z Konwencji, z jakiej korzystałby, gdyby sprawa toczyła się przed organami krajowymi.

5.1. Podział spraw między KE a organy krajowe

Rozporządzenie 1/2003 nie zawiera wskazówek dotyczących podziału kompetencji lub spraw między organy unijne i krajowe¹⁷⁷. Punkt 18 preambuły rozporządzenia 1/2003 mówi jedynie, że organem prowadzącym postępowanie powinien być „najbardziej właściwy organ należący do sieci”¹⁷⁸. Obwieszczenie dotyczące współpracy

¹⁷⁷ Niektóre z państw członkowskich mają surowe reguły konstytucyjne dotyczące prawa do sądu (niem. *gesetzlicher Richter*). Reguły te wykluczają arbitralne przydzielanie spraw. Zostały wprowadzone np. w Niemczech po nadużyciach systemu nazistowskiego (zob. art. 101 Ustawy zasadniczej Niemiec). Brak reguły dotyczącej przydzielania spraw w ramach rozp. 1/2003 może być sprzeczny z tymi przepisami – C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 155. Wprawdzie rozwiązania przyjęte w art. 11 ust. 6 i art. 13 rozp. 1/2003 mają wykluczyć lub ograniczyć ryzyko dublowania się spraw, przepisy te jednak nie wydają się wystarczające.

¹⁷⁸ Pkt 8 i n. ww. obwieszczenia; pkt 15-16 ww. wspólnego oświadczenia, gdzie mowa jest o *authority well placed to act*.

w ramach sieci organów ochrony konkurencji podaje jedynie kryteria podziału pracy¹⁷⁹. Mogą zaistnieć trzy sytuacje: 1) prowadzenie sprawy przez jeden organ ochrony konkurencji, czasem ze wsparciem ze strony innych krajowych organów; 2) prowadzenie sprawy przez kilka krajowych organów konkurencji oraz 3) prowadzenie sprawy przez Komisję. Obwieszczenie daje wskazówki co do tego, jaki organ jest „właściwy” do prowadzenia sprawy¹⁸⁰. Jeżeli sprawa nie może być skutecznie prowadzona przez jeden organ, równoległe rozpoznawanie sprawy przez kilka organów krajowych może się okazać konieczne¹⁸¹. Komisja przejmuje sprawę, gdy zachowanie wywołuje skutki wobec konkurencji na rynkach trzech lub większej liczby państw członkowskich albo jeżeli wymaga tego interes unijny¹⁸². Komisja jest najbardziej właściwym organem do prowadzenia postępowania w trzech przypadkach: 1) jeżeli jedno lub wiele porozumień bądź praktyk (w tym sieć podobnych porozumień) wywiera wpływ na konkurencję w więcej niż trzech państwach członkowskich; 2) jeżeli prowadzona sprawa wymaga stosowania innych przepisów TFUE, które mogą być wyłącznie albo bardziej skutecznie stosowane przez KE (zwłaszcza art. 106 TFUE); 3) jeżeli wymaga tego interes Unii (w celu rozwoju polityki konkurencji albo zapewnienia skutecznego wykonania

¹⁷⁹ D. SCHNICHELS, *The Network of Competition Authorities: How Will It Work in Practice?* [w:] D. Geradin (red.), *Modernisation and Enlargement: Two Major Challenges for EC Competition Law*, Antwerp 2004, s. 99.

¹⁸⁰ Przesłanki są kumulatywne, określone w pkt 8 obwieszczenia. Organ jest właściwy (ang. *well placed*), by zająć się określoną sprawą wówczas, gdy: 1) porozumienie lub praktyka ma istotny bezpośredni lub przewidywalny wpływ na konkurencję na terytorium państwa organu, jest tam wykonywane bądź z niego się wywodzi; 2) organ jest w stanie skutecznie doprowadzić do zakończenia naruszenia; 3) organ jest w stanie, ewentualnie z pomocą innych organów, zebrać materiał dowodowy konieczny do udowodnienia naruszenia.

¹⁸¹ Pkt 12 ww. obwieszczenia.

¹⁸² C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 149.

przepisów unijnego prawa konkurencji)¹⁸³. Przedsiębiorstwo, wobec którego prowadzone jest postępowanie, nie ma żadnego wpływu (ani tym bardziej wyboru) na to, który organ ochrony konkurencji (z którego z państw członkowskich UE) prowadzi postępowanie¹⁸⁴.

Brak wiążących reguł przydzielania spraw jednemu organowi ochrony konkurencji powoduje wątpliwości odnośnie do poszanowania zasady legalności kar¹⁸⁵, określonej w art. 7 EKPC¹⁸⁶. Przewidywalność prawa konkurencji, czyli założenie, na którym opiera się zasada legalności kar, oraz zakładana przez Komisję decentralizacja stosowania prawa konkurencji nie zostały osiągnięte. Poza najbardziej ewidentnymi kartelami wykonywanie prawa konkurencji z definicji zakłada dokonywanie złożonych analiz ekonomicznych, które mogą spowodować, że wynik postępowania jest niepewny. System zdecentralizowany pogłębia ten problem i może rzeczywiście prowadzić do niejednolitego stosowania unijnego prawa konkurencji¹⁸⁷. Istnieje realne ryzyko, że jeden organ ochrony konkurencji zakaze zachowania i zastosuje sankcje karne, podczas gdy to samo za-

¹⁸³ Pkt 14-15 obwieszczenia. A. JONES, B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford 2004, s. 1163.

¹⁸⁴ K. DEKEYSER, M. JASPERS, *A New Era of ECN Cooperation. Achievements and Challenges with Special Focus on Work in the Leniency Field*, World Competition nr 30/2007, s. 7.

¹⁸⁵ Zasada legalności kar wymaga, by stosowanie „przepisu prawa” było przewidywalne (wyrok ETPC z 25.05.1993 *Kokkinakis v. Grecja*, nr skargi 14307/88). Jest to możliwe wówczas, gdy podsądny zna z góry przepis, który znajduje zastosowanie, jak i sankcję, jaka wynika z naruszenia tego przepisu. Pod pojęciem „przepisu prawa” rozumie się nie tylko jednostkę redakcyjną danego tekstu prawnego, ale też interpretację, jaką stosuje wobec niej orzecznictwo – wyrok ETPC z 15.11.1996 r. *Cantoni v. Francja*, nr skargi 17862/91. Za: C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 152. A zatem, mimo że art. 3 rozp. 1/2003 przewiduje harmonizację prawa konkurencji, orzecznictwo i praktyki krajowych organów ochrony konkurencji pozostają nieprzewidywalne.

¹⁸⁶ O tej zasadzie: wyrok ETPC z 22.06.2000 r. *Coëme i in. v. Belgia*, nr skarg 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 i 33210/96; wyrok ETS z 3.05.2007 r. w sprawie C-303/05 *Advocaten voor de wereld*, [2007] ECR I-3633.

¹⁸⁷ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 150.

chowanie zostanie następnie uznane za dopuszczalne przez inny organ¹⁸⁸ bądź różne organy nałożą różne sankcje za to samo zachowanie. Może też dojść do wydania sprzecznych rozstrzygnięć organów ochrony konkurencji i sądów¹⁸⁹.

5.2. Współpraca między organami ochrony konkurencji

Aby unaocznić problemy związane z ochroną praw podstawowych wynikające z możliwości równoległego prowadzenia postępowań w różnych państwach członkowskich, można tytułem przykładu przedstawić zagadnienia związane z wymianą informacji między współpracującymi organami oraz z przeprowadzaniem kontroli u zainteresowanych przedsiębiorstw¹⁹⁰.

5.2.1. Żądanie udzielenia informacji

W myśl rozporządzenia 1/2003, jeden organ ochrony konkurencji może wystąpić do drugiego organu ochrony konkurencji o pomoc w uzyskaniu dowodów naruszenia prawa (art. 12 rozp. 1/2003)¹⁹¹. Jednak państwa członkowskie nie stosują tych samych reguł. W odniesieniu do żądania udzielenia informacji pojawia się przede wszystkim wątpliwość dotycząca zakresu obowiązku udzielenia odpowiedzi wobec konieczności

¹⁸⁸ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, podają przykład sprawy *Autodesk*, w której francuski organ ochrony konkurencji nałożył karę pieniężną na spółkę za system selektywnej dystrybucji, który następnie został zaakceptowany przez Komisję Europejską. W sprawie *Visa International* z kolei KE uznała, że zasada niedyskryminacji stosowana przez tę spółkę nie naruszała prawa konkurencji, podczas gdy uprzednio zakazały jej organy: szwedzki i holenderski; s. 151.

¹⁸⁹ Podane za: C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 151.

¹⁹⁰ Zob. szerzej: F. PUEL, L. FRANÇOIS-MARTIN, *Droits des entreprises et sort des documents saisis ou copiés dans les enquêtes de concurrences*, *Concurrences* nr 2/2008, s. 1.

¹⁹¹ O skali zjawiska wymiany informacji – E. DAVID, *Cooperation among national authorities...*, s. 9. Zob. też: K. DEKEYSER, M. JASPERS, *A New Era...*, s. 4.

poszanowania prawa do zachowania milczenia i znaczenia orzeczenia *Orkem*¹⁹² (dotyczącego tzw. prawa do niezeznanawania przeciwko sobie). W myśl tego orzeczenia „przedsiębiorstwa nie mogą być zmuszone do przyznania, że popełniły naruszenie”. Prawo to nie jest jednak nieograniczone, ponieważ muszą one „odpowiadać na pytania dotyczące faktów oraz przedstawić dokumenty, nawet jeśli te informacje mogą służyć do ustalenia istnienia naruszenia tego przedsiębiorstwa lub innego przedsiębiorcy”¹⁹³. Stanowisko sądów unijnych jest w tym względzie mniej korzystne dla przedsiębiorstw niż stanowisko ETPC¹⁹⁴. Według tego ostatniego sądu, na prawo do niezeznanawania przeciwko sobie można się powoływać również w reakcji na pytania dotyczące stanu faktycznego, podczas gdy w prawie unijnym przyznanie się do zaistniałych okoliczności faktycznych stanowi motyw obniżenia wysokości kary pieniężnej. Komisja Europejska wyjaśnia te różnice, podnosząc, że postępowanie unijne opiera się na współpracy z przedsiębiorstwem i gdyby umożliwić przedsiębiorstwu niezeznanawanie w sprawie faktów, to postępowanie stałoby się zupełnie nieefektywne¹⁹⁵. Ze względu na to, że wykorzystanie

¹⁹² Wyrok ETS w z 18.10.1989 r. w sprawie 374/87 *Orkem v. KE*, [1989] ECR 3283.

¹⁹³ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 156. SPI wypowiedział się na temat prawa do zachowania milczenia: wyrok SPI z 29.04.2004 r. w sprawie T-236/01, T-239/01, T-244/01 do T-246/01, T-251/01 i T-252/01 *Tokai Karbon Co Ltd i in. v. KE*, [2004] ECR II-1181, pkt 406. Tak samo: wyrok ETS z 25.01.2007 r. w sprawie C-411/04 P *Salzgitter Mannesmann GmbH, dawniej Mannesmannröhren-Werke AG v. KE*, [2007] ECR I-959, pkt 77 i 78.

¹⁹⁴ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 156, zwraca na to też uwagę: G. TURNO, *Prawo odmowy przekazania...*, s. 38 i n. Zob. wyrok ETPC z 25.02.1993 r. *Funke v. Francja*, nr skargi 10828/84; wyrok ETPC z 8.02.1996 r. *Murray v. Zjednoczone Królestwo*, nr skargi 18731/91; wyrok ETPC z 17.12.1996 r. *Saunders v. Zjednoczone Królestwo*, nr skargi 19187/91; wyrok z 20.10.1997 r. *Servès v. Francja*, nr skargi 20225/92. Zob. też: M. BERGER, *Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence*, E.H.R.L.R. nr 5/2007, s. 514-533.

¹⁹⁵ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 157-158. Podobnie: B. TURNO, *Prawo odmowy przekazania...*, s. 34.

uzyskanych informacji jako materiału dowodowego jest zagwarantowane w akcie prawa unijnego, jakiegokolwiek odmienne rozwiązania w prawie krajowym (np. dające szersze prawa do obrony) nie może zapobiec wykorzystaniu uzyskanych informacji¹⁹⁶.

W art. 12 rozporządzenia 1/2003, przewidującym, że „Komisja i organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich mają uprawnienia do „wzajemnego przekazywania i wykorzystywania jako dowodu wszelkiego rodzaju materiałów o charakterze faktycznym lub prawnym, w tym informacji poufnych”, zostały jednak przyjęte specjalne środki ochrony wobec osób fizycznych. Ustęp 3 art. 12 rozp. 1/2003¹⁹⁷ przewiduje, że informacja uzyskana w takim trybie może zostać wykorzystana jako dowód w celu nałożenia sankcji na osoby fizyczne tylko w dwóch przypadkach. Otóż jest to możliwe wówczas, gdy przepisy prawne organu przekazującego informacje przewidują sankcje podobnego rodzaju w odniesieniu do naruszenia art. 101 lub art. 102 TFUE, albo wówczas, gdy informacja została zebrana w sposób, który odzwierciedla ten sam zakres ochrony prawa do obrony osób fizycznych, jaki przewidziano w krajowych przepisach organu otrzymującego (w takim przypadku udzielona informacja nie może być wykorzystana przez organ ją otrzymujący do nałożenia kary pozbawienia wolności)¹⁹⁸.

5.2.2. *Kontrola*

Podobne problemy (jak przy żądaniu informacji) mogą się pojawić w sytuacji, gdy jeden organ krajowy występuje do drugiego organu z prośbą o przeprowadzenie kontroli na jego rzecz i w jego imieniu. Tutaj również reguły proceduralne poszczególnych państw członkowskich mogą się różnić. W niektórych państwach dopuszczalne są kontrole w miejscu zamieszkania pracowników przedsiębiorstwa, w innych

¹⁹⁶ W ten sposób: K. DEKEYSER, M. JASPERS, *A New Era...*, s. 6.

¹⁹⁷ Zob. też pkt 39 obwieszczenia dot. ECN.

¹⁹⁸ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 160.

nie. Podobnie kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych nie są dopuszczalne we wszystkich państwach. Wymóg uzyskania zezwolenia sądu na przeprowadzenie kontroli nie jest też konieczny we wszystkich państwach członkowskich UE. Wobec tych różnic można się zastanawiać: czy organ krajowy może się opierać na informacjach, które zostały zebrane w sposób nieodpowiadający standardom przewidzianym w jego państwie; czy przedsiębiorca może w takich okolicznościach odmówić prawa przeprowadzenia kontroli i czy organ krajowy może zakwestionować skuteczność przeprowadzonej kontroli¹⁹⁹.

Art. 20 ust. 7 rozp. 1/2003 przewiduje, że sądowe „zezwoenie” na kontrolę jest wymagane tylko wówczas, gdy wymaga tego prawo krajowe. Od czasu gdy w sprawie *Roquette* ETS przyjął, że do przeprowadzenia kontroli na użytek stosowania art. 81 lub art. 82 TWE (obecnie art. 101 lub art. 102 TFUE) konieczne jest uzyskanie zgody sądu, można uznać, że orzeczenie to jest również wiążące dla krajowych organów ochrony konkurencji, w przypadku gdy stosują one unijne przepisy o ochronie konkurencji²⁰⁰. Za takim wnioskiem przemawia fakt, że orzeczenie to zostało wydane w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne francuskiego sądu kasacyjnego i zgodnie z wykładnią art. 267 TFUE (dawny 234 TWE) jest wiążące dla wszystkich sądów państw członkowskich²⁰¹.

5.3. Zasada „ne bis in idem” a równoległe postępowania

Na równi z poprzednimi dwoma, jako przykład tego, jak się przekłada decentralizacja na prawa podstawowe, można powołać

¹⁹⁹ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 157.

²⁰⁰ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 158.

²⁰¹ Wyrok ten miał wpływ na sformułowania zawarte w art. 20 ust. 8 rozp. 1/2003, zob. O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, s. 561. ETS odwołał się w nim do orzeczeń ETPC (*Niemietz i Ste Colas*) (pkt 29, 54-94).

kwestie związane z poszanowaniem zasady *ne bis in idem*. Istnieje w tej chwili realna możliwość, że te same kartele oraz ich uczestnicy będą przedmiotem postępowań na poziomie krajowym i unijnym. Art. 3 rozporządzenia 1/2003 zobowiązuje organy krajowe do stosowania prawa unijnego wobec praktyk, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi. Trudności mogą w takich przypadkach pojawić się wówczas, gdy Komisja podejmuje działania już po wydaniu decyzji przez organ krajowy, i *vice versa*. Osoby prawne mogą być przedmiotem postępowań prawnych (kontroli, nałożenia kary, wykonywania kary, programów *leniency*) i podlegać karom pieniężnym w porządkach prawnych dwóch lub większej liczbie państw członkowskich²⁰². Istnieje też możliwość prowadzenia postępowania karnego (wobec osób kierujących osobą prawną) i postępowania cywilnego (o odszkodowanie) – w razie zamknięcia postępowania administracyjnego z wynikiem stwierdzającym naruszenie²⁰³. Ewentualne naruszenie przy okazji równoległych postępowań zasady *ne bis in idem* zależne jest od tego, czy rzeczywiście rozstrzygnięcia w badanych sprawach dotyczą dokładnie tego samego stanu faktycznego, tych samych sprawców oraz, co najistotniejsze, czy chroniony jest ten sam interes prawny²⁰⁴.

²⁰² Należy to odróżnić od sytuacji, w której dochodzi do postępowania antytrustowego zakończonego wymierzeniem kary w państwie trzecim, por.: wyrok z 29.06.2006 r. w sprawie C-289/04 P *Showa Denko KK v. KE*, [2006] ECR I-5859 czy wyrok z dnia 29.06.2006 r. w sprawie C-308/04 P *SGL Carbon AG v KE*, [2006] ECR I-5977, w których ETS wprawdzie zgodził się, że zasada *ne bis in idem* stanowi podstawową zasadę prawa wspólnotowego, ale nie uznał, by doszło w badanym przypadku do jej naruszenia i by Komisja była zobowiązana do zaliczenia kary nałożonej przez władze państwa trzeciego. E. PAULIS, *Le reglement no 1/2003 et le principe du ne bis in idem*, *Concurrences* nr 1/2005, s. 32-40.

²⁰³ C. HARDING, *Effectiveness of Enforcement...*, s. 657.

²⁰⁴ Wyrok ETS z 13.02.1969 r. w sprawie 14/68 *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, [1969] ECR 1; wyrok ETS z 15.07.1970 r. w sprawie 45/69 *Boehringer Mannheim v. KE*, [1970] ECR 769.

Zasada *ne bis in idem* została uznana za zasadę ogólną prawa unijnego w sprawach dotyczących prawa konkurencji²⁰⁵. Jednak art. 50 KPP przewiduje, że „nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w **postępowaniu karnym** za ten sam czyn zabroniony pod groźbą kary, w odniesieniu do którego zgodnie z ustawą został już uprzednio uniewinniony lub za który został już uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem na terytorium Unii”²⁰⁶. Powoływanie się zatem na ten przepis w postępowaniach antymonopolowych będzie wymagało udowodnienia, że postępowanie w sprawie ochrony konkurencji, nawet prowadzone przez organ administracji, prowadzi do wydania rozstrzygnięcia o charakterze karnym²⁰⁷. Jeżeli przyjmie się, że decyzje nakładające kary pieniężne stanowią rozstrzygnięcia karne (co wykazano powyżej), wówczas zasada *ne bis in idem* w zakresie zdefiniowanym w KPP będzie mogła być wykorzystywana

²⁰⁵ Wyrok z 29.06.2006 r. w sprawie C-289/04 P *Showa Denko KK v. KE*, [2006] ECR I-5859 czy wyrok z 29.06.2006 r. w sprawie C-308/04 P *SGL Carbon AG v. KE*, [2006] ECR I-5977.

²⁰⁶ Warto zaznaczyć, że o ile art. 4 Protokołu nr 7 do EKPC zakazuje podwójnego karania „przez sądy tego samego państwa”, art. 50 KPP jest bardziej problematyczny, bo zakazuje podwójnego karania „w Unii”. C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 154. W wyroku SPI z dnia 29.04.2004 r. w sprawach połączonych T-236/01, T-239/01, T-244/01 to T-246/01, T-251/01 i T-252/01 *Tokai Carbon, SGL Carbon i in. v. KE*, [2004] ECR II-1181, w którym podstawową rozważaną kwestią był zakres zastosowania zasady *ne bis in idem*. SPI doprecyzował zakres terytorialny zastosowania tej zasady w prawie UE, stwierdzając, że: „art. 50 Karty Praw Podstawowych stanowi, iż nikt nie może być ponownie sądzony ani ukarany w postępowaniu karnym za przestępstwo, w odniesieniu do którego został wcześniej prawomocnie uniewinniony lub skazany na obszarze Unii zgodnie z ustawą. Jednakże Karta (...) jest oczywiście przeznaczona do stosowania wyłącznie na terytorium Unii, a zakres prawa ustanowionego w art. 50 jest wyraźnie ograniczony do spraw, w których pierwsze uniewinnienie lub skazanie miało miejsce w obrębie Unii”. ETS, badając jedno z odwołań od tego wyroku w sprawie *SGL Carbon AG przeciwko Komisji* (wyrok ETS z 29.06.2006 r. w sprawie C-308/04 P *SGL Carbon AG v. KE*, [2006] ECR I-5977), zgodził się, że zasada *ne bis in idem* stanowi podstawową zasadę prawa wspólnotowego (pkt 50), nie uznał jednak, by doszło w badanym przypadku do jej naruszenia i by Komisja była zobowiązana do zaliczenia kary nałożonej przez władze państwa trzeciego (pkt 50 ww. wyroku ETS).

²⁰⁷ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 153.

w celu zapobieżenia podwójnemu karaniu przedsiębiorstw za to samo naruszenie na terytorium Unii Europejskiej. W przeciwnym razie przedsiębiorstwa będą mogły jedynie odwoływać się do mało precyzyjnej „zasady ogólnej prawa wspólnotowego”, tak jak została ona sformułowana już w latach 60. XX w., w orzeczeniu *Walt Wilhelm*²⁰⁸.

5.4. Równoległe kompetencje a programy „leniency”²⁰⁹

Nie wszystkie państwa członkowskie mają programy łagodzenia kar analogiczne do tego opracowanego przez Komisję Europejską²¹⁰. W związku z tym ochrona z nich wynikająca jest różna w różnych państwach członkowskich, co powoduje niepewność w zakresie ochrony praw chronionych przez EKPC. Do najistotniejszych trudności należy kwestia zgodności programów łagodzenia kar z art. 7 EKPC (ze względu na to, że programy te nie są określane w aktach powszechnie obowiązujących i wiążących prawnie, a tylko w wytycznych Komisji Europejskiej, których status prawny jest niejasny) oraz niejasna kwestia warunków zwolnienia z odpowiedzialności lub jej zakresu, jeżeli różne przedsiębiorstwa w tej

²⁰⁸ Wyrok ETS z 13.02.1969 r. w sprawie 14/68 *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, [1969] ECR 1.

²⁰⁹ *Leniency* rozumiana jest jako zwolnienie od kar lub zredukowanie kar za naruszenie prawa antymonopolowego w zamian za współpracę z organami ochrony konkurencji, Współpraca może polegać na dostarczaniu informacji i/lub dowodów naruszenia oraz/lub na przyznaniu się do naruszenia i „przyjęciu” niższej kary (to ostatnie tylko w USA, nie w WE). Może ewentualnie również dodatkowo polegać na podjęciu środków zaradczych wobec naruszenia – W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 113.

²¹⁰ Komisja Europejska wydała obwieszczenie w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych – Dz. U. UE C 298 z 8.12.2006 r., s. 17. Szeroko o obwieszczeniu: W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 118-121; zob. też: P. BILLIET, *How Lenient Is the EC Leniency Policy? A Matter of Certainty and Predictability*, E.C.L.R. nr 30(1)/2009, s. 14-21. W wyroku z 16.11.2000 r. w sprawie C-298/98 P *Metsä-Serla v. KE*, [2000] ECR I-10171, pkt 56 i 57 – ETS uznał, że KE ma kompetencję do wydawania obwieszczeń dotyczących *leniency*, W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 143.

samej sprawie korzystają z programów łagodzenia kar w różnych państwach²¹¹. Zdaniem Smitsa i Waelbroeck, konieczne byłoby wobec tego opracowanie jednolitego programu *leniency* znajdującego bezpośrednio zastosowanie w państwach członkowskich. Sformułowanie takiego programu byłoby możliwe na podstawie art. 33 rozp. 1/2003, który upoważnia Komisję Europejską do wydawania przepisów wykonawczych do stosowania tego rozporządzenia²¹².

Obecnie decyzja przedsiębiorstwa, by przystąpić do programu *leniency*, zależy przede wszystkim od prawdopodobieństwa wykrycia kartelu oraz obciążenia wysoką karą pieniężną. Jak zwraca uwagę Nazzini, z punktu widzenia przedsiębiorstwa jako sankcję bierze się pod uwagę nie tylko prawdopodobną karę pieniężną, ale też odszkodowanie, jakiego mogą się domagać podmioty prywatne²¹³. Z tego powodu prawdopodobne jest przyjęcie rozwiązania, zgodnie z którym dokumenty przedstawione przez przedsiębiorcę w ramach programu *leniency* nie będą mogły być wykorzystywane w postępowaniach cywilnych bez zgody tego przedsiębiorcy²¹⁴. Jak dotychczas jednak sądy unijne nie potwierdziły, iż obwieszczenie dotyczące programu łagodzenia kar mogłoby stwarzać jakiegokolwiek problemy związane z ochroną praw podstawowych przedsiębiorstw. Jak stwierdził ETS w odniesieniu do tego obwieszczenia KE: „przyznanie się do zarzucanego naruszenia jest sprawą w całości zależną od woli

²¹¹ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 161.

²¹² Przeciwnego zdania są C. Smits, D. Waelbroeck, którzy uważają, że konieczna była by modyfikacja tego rozporządzenia i nadanie Komisji wyraźnych kompetencji do formułowania programów łagodzenia kar obowiązujących na terytoriach państw członkowskich, zob. C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, s. 161, przypis 66.

²¹³ R. NAZZINI, *Potency and Act of the Principle of Effectiveness: The Development of Competition Law Remedies and Procedures in Community Law* [w:] C. Barnard, O. Odudu (red.), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, s. 429.

²¹⁴ White Paper on Damages Actions, s. 10 – COM (2008) 165; R. NAZZINI, *Potency and Act of the Principle...*, s. 431.

przedsiębiorstwa, którego sprawa dotyczy. To ostatnie nie jest w żaden sposób zmuszone do przyznania, że istnieje porozumienie. Należy zatem uznać, że fakt, iż Komisja wzięła pod uwagę stopień współpracy między nią a przedsiębiorstwem, w tym przyznanie się do naruszenia, dla celów nałożenia niższej kary, nie stanowi żadnego naruszenia praw do obrony tego przedsiębiorstwa”²¹⁵.

6. Konkluzje

Niniejsze opracowanie miało na celu unaocznic złożoność problemów związanych z ochroną praw podstawowych w unijnych postępowaniach w sprawie ochrony konkurencji, nie wyczerpując tej tematyki, która wymagałaby osobnej monografii. Zaprezentowane tutaj zagadnienia dają jednak podstawy do wyprowadzenia pewnych wniosków.

Po pierwsze, nie ulega wątpliwości, iż prawa podstawowe mają zastosowanie wobec przedsiębiorstw i że podmioty te mogą korzystać z uprawnień określanych zwykle jako „prawa człowieka”, zwłaszcza w zakresie prawa do dobrej administracji oraz praw gwarantujących właściwy przebieg postępowania sądowego. W świetle orzecznictwa należy uznać, że prawa podstawowe powinny się stosować do przedsiębiorstw, zwłaszcza w sytuacji, gdy kierowane są przeciwko nim postępowania o cechach podobnych do cech postępowania karnych, tj. takich, gdzie organy państwowe (ponadpaństwowe) ścigają określone naruszenie norm prawa materialnego statuujących zakaz określonego zachowania jednostek (w tym przypadku czynów naruszających unijne prawo konkurencji).

²¹⁵ Wyrok ETS z 14.07.2005 r. w sprawie C-65/02 P *Thyssen Krupp Stainless i in. v. KE*, [2005] ECR I-6773, pkt 52-53; w.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, s. 143. Zob. też wyrok SPI z 15.03.2006 r. w sprawie T-15/02 *BASF v. KE*, [2006] ECR II-497, pkt 58.

Po drugie, to, że prawa podstawowe powinny mieć zastosowanie do unijnych postępowań w sprawie ochrony konkurencji, napotyka jednak istotne problemy praktyczne. Wynikają one, z jednej strony, z charakteru norm statuujących prawa podstawowe, jako norm pomyślanych pierwotnie jako odnoszących się do jednostek ludzkich, a nie do podmiotów gospodarczych. Z drugiej strony, problematyczna jest ciągle identyfikacja dokładnych źródeł tych norm. Wreszcie, decentralizacja wykonywania unijnego prawa konkurencji może powodować wątpliwości, czy krajowe organy ochrony konkurencji powinny przy stosowaniu art. 101 i art. 102 TFUE posługiwać się standardami wypracowanymi dla Komisji Europejskiej, czy też opierać się na rozwiązaniach obowiązujących w prawie krajowym. Przyjęcie tej ostatniej hipotezy może powodować „nierówne” traktowanie przedsiębiorstw w poszczególnych państwach członkowskich.

Po trzecie, po wejściu w życie Traktatu z Lizbony doszło do uporządkowania kwestii źródeł i katalogu praw podstawowych. Inaczej niż dotychczas, pojawił się system „bezpośredniej” ochrony praw podstawowych²¹⁶, opartej na skodyfikowanym katalogu tych praw. Dotychczas KPP była powoływana jako „potwierdzenie”²¹⁷ istniejących już zasad ogólnych prawa wspólnotowego i stanowiła jedynie pewne uzupełnienie dorobku orzeczniczego. Zmiana charakteru KPP może spowodować, że sądy unijne zaczną sięgać wprost do jej postanowień. Ponadto, Traktat z Lizbony umożliwił Unii Europejskiej przystąpienie do EKPC. Trudno jak na razie spekulować, kiedy ta kompetencja zostanie wykorzystana oraz na jakich warunkach. Niewątpliwie jednak KPP nie jest czystym powtórzeniem EKPC i będzie mogła być stosowana zarówno do oceny

²¹⁶ Wyrażenie użyte przez: A.L. YOUNG, *The Charter, Constitution...*, s. 219. Chodzi o to, że istnieć będzie unijny katalog praw podstawowych, a nie, jak dotychczas, że konieczne będzie odwoływanie się do EKPC lub wspólnych konstytucyjnych tradycji państw członkowskich.

²¹⁷ Wyrok SPI z 30 stycznia 2002 r. w sprawie *Max.mobil Telekommunikation Service GmbH v. Komisja WE*, T-54/99, ECR 2002, s. II-313.

postępowań antymonopolowych, jak i postępowań w sprawie kontroli koncentracji. Coraz częstsze powoływanie się przez strony postępowań w sprawie ochrony konkurencji na prawa podstawowe (wywodzone z różnych źródeł) na pewno przyczyni się też do rozwoju orzecznictwa interpretującego uprawnienia zawarte w KPP.

Po czwarte, przy wszystkich wątpliwościach dotyczących charakteru postępowania przed Komisją Europejską i uznaniu, że chodzi przede wszystkim o postępowanie przed organem administracji, z dotychczasowego orzecznictwa sądów unijnych wynika „pośrednie” dopuszczenia stosowania w postępowaniu przed tym organem zasad tradycyjnie zarezerwowanych dla procesu karnego (takich jak zasada domniemania niewinności).

Po piąte, konieczne jest zapewnienie jasnych reguł rozdziału spraw między Komisję Europejską a krajowe organy ochrony konkurencji oraz ustalenie zasad dotyczących powtórnego orzekania o tym samym naruszeniu. W poszczególnych państwach członkowskich stosowane są odmienne procedury, jednak wspólny katalog praw podstawowych, spójny z EKPC, powinien pozwolić na zagwarantowanie takiego samego poziomu ochrony przedsiębiorstw, nawet jeśli źródła tych praw będą w różnych przypadkach różne: w postępowaniach krajowych chodzić będzie o EKPC, natomiast w postępowaniach unijnych (przed Komisją oraz przed krajowymi organami ochrony konkurencji, gdy stosują rozporządzenie 1/2003) chodzić będzie o KPP. Gwarantowany zakres ochrony powinien być zatem analogiczny, ale wyprowadzony z różnych źródeł (co na przykład w odniesieniu do prawa do unikania samooskarżenia ciągle nie ma miejsca, ze względu na to, że orzecznictwo sądów unijnych definiuje to uprawnienie wężiej niż ETPC).

Na zakończenie można wskazać, że znaczenie ochrony praw podstawowych w unijnych postępowaniach w sprawie ochrony konkurencji nie jest problemem jedynie hipotetycznym. Niedopełnienie przez unijny organ ochrony konkurencji obowiązku poszanowania tych praw

może prowadzić do unieważnienia w całości lub w części wydanej przez Komisję decyzji, ale też – jak wskazuje orzeczenie *Schneider Electric v. Komisja*²¹⁸ z lipca 2009 r. – może powodować finansowe konsekwencje dla Unii w postaci odszkodowania²¹⁹. Wyrok ten dobitnie pokazuje, że naruszenie prawa do obrony może prowadzić do odpowiedzialności odszkodowawczej Unii Europejskiej, ponieważ to właśnie tego rodzaju działania stanowią „poważne naruszenie wyższego rzędu normy prawnej przyznającej uprawnienia jednostce”²²⁰ (tzw. formuła *Schoppenstadt*), które, przy zaistnieniu pozostałych dwóch przesłanek (zaistnienia rzeczywistej szkody oraz istnienia bezpośredniego związku przyczynowego między naruszeniem a szkodą), mogą powodować odpowiedzialność odszkodowawczą Unii.

²¹⁸ Wyrok ETS z 16.07.2009 r. w sprawie C-440/07 P *KE v. Schneider Electric*, jeszcze niepubl., dostępny na stronie: www.curia.eu

²¹⁹ W. VAN GERWEN, *Remedies for Infringements of Fundamental Rights*, European Public Law nr 2/2004, s. 266 i n.

²²⁰ J. ŁACNY, *Kwalifikowane naruszenie prawa wspólnotowego przez Wspólnotę i państwa członkowskie jako przestępstwo pozaumownej odpowiedzialności odszkodowawczej* [w:] W. Czapliński (red.), *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warszawa 2006, s. 488; N. PÓŁTORAK, *Odpowiedzialność odszkodowawcza państwa w prawie Wspólnot Europejskich*, Kraków 2002, s. 164-167; zob. wyrok ETS z 4.07.2000 r. w sprawie C-352/98 P *Bergaderm SA v. KE*, [2000] ECR I-529, pkt 40; wyrok ETS z 19.04.2007 r. w sprawie C-282/05 P *Holcim AG v. KE*, [2007] ECR I-2941, pkt 50; wyrok ETS z 10.12.2002 r. w sprawie C-312/00 P *KE v. Camar Srl*, [2003] ECR I-7541, pkt 52-56; wyrok ETS z 10.07.2003 r. w sprawie C-472/00 P *KE v. Fresh Marine*, [2002] ECR I-1135, pkt 24.

O Autorce

Dr Krystyna Kowalik-Bańczyk – jest adiunktem w Zakładzie Prawa Konkurencji INP PAN, wykładowcą prawa europejskiego w Europejskiej Wyższej Szkole Prawa i Administracji w Warszawie. Współpracuje z Centrum Europejskim Uniwersytetu Warszawskiego. Ukończyła Kolegium Europejskie w Brugii (LLM MES); była stypendystką, m.in., rządu francuskiego na Uniwersytecie w Tuluzie (DEA). Jest autorką publikacji z zakresu prawa europejskiego, członkinią kolegium redakcyjnego „Europejskiego Przeglądu Sądowego”.

The issues of the protection of fundamental rights in EU competition proceedings

Problematyka ochrony praw podstawowych w unijnych postępowaniach w sprawach z zakresu ochrony konkurencji

*”Any contemporary discussion of effectiveness of enforcement and legal protection takes us quickly from the broader ocean of competition policy into deeper and deeper waters of regulatory enforcement which need to be navigated by criminal lawyers and human rights lawyers as much as competition lawyers”**

* C. HARDING, *Effectiveness of Enforcement and Legal Protection* [in:] C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu (ed.), *European Competition Law Annual: 2006. Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford and Portland, Oregon 2007, p. 644.

1. Introduction

From the very beginning of the European Community¹ (hereinafter referred to as the EC; now the European Union, hereinafter referred to as the EU) the protection of undistorted competition in the common market has been one of its main goals.² This goal is pursued mainly by the European Commission (hereinafter referred to as the Commission), acting on the basis of Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter referred to as the TFEU)³ and complementary secondary legislation.⁴

¹ Originally it was the European Economic Community, but this name was changed in the Treaty of Maastricht, OJ C 224 of 31.08.1992. Since 1.12.2009 the European Union has been the successor of the European Community.

² Former Article 3 (g) of the Treaty Establishing the European Community (hereinafter referred to as TEC); the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter referred to as TFEU) and the Treaty on the European Union (hereinafter referred to as TEU) currently contain no equivalent provision. Article 3 (3) TEU only says that "The Union shall establish an internal market", while Protocol No 27 on the internal market and competition only provides that the market "includes a system ensuring that competition is not distorted", OJ. EU of 30.03.2010, C 83, p. 309.

³ The legislation is not extensively discussed here, however cf.: A. JURKOWSKA, D. MIĄSIK, M. SKOWROŃSKA, *Komentarz do art 81 i 82 TWE* [in:] A. Wróbel, K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarz-Kuczer, *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Tom II*, Warsaw 2009, pp. 311-458 and extensive Polish and foreign literature referred to therein.

⁴ Currently: Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ EC L 1 of 4.1.2003, p. 1, PL.ES Chapter. 8, vol. 2, p. 205, (hereinafter referred to as Regulation 1/2003); supplemented by Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to proceedings conducted by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ L 123 of 27.4.2004, p. 18, PL.ES Chapter 8, vol. 3, p. 81 (hereinafter referred to as Regulation 773/2004) and Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), OJ L 24 of 29.1.2004, p. 1; PL.ES Chapter. 8, vol. 3, p. 40, (hereinafter referred to as Regulation 139/2004).

The above-mentioned legislation has proven to be very effective in the implementation of the said goal, chiefly because it provided the Commission with powerful instruments for interference with market behaviours of companies and for imposing heavy financial penalties. In order to increase the effectiveness of the combat against cartels, stricter control methods have been introduced and penalties increased. Entities affected by anticompetitive behaviour have also been encouraged to claim for damages caused by the infringement of competition law, by means of civil action.⁵

It should be stressed, however, that – as noted by Giannakopoulos – an infringement of competition rules is not necessarily conspicuous or evident.⁶ Difficulties in qualifying the behaviour of companies as infringements of competition law involve significant

⁵ A.P. KOMNINOS, *New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Rights to Damages*, CMLRev. 39/2002, p. 452; M. WAELBROECK, D. SLATER, G. EVEN-SHOSHAN, *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules (Ashurst Study)*, Brussels 2004, available at: www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/comparative_report_clean_en.pdf; W.P.J. WILS, *Should Private Antitrust Enforcement be Encouraged?*, World Competition No 26/2003, pp. 157-186; J.S. VENIT, *Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement Under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, CMLRev. 40/2003, pp. 545-580; C.A. JONES, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford 1999 and, by the same author: *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, World Competition No. 27/2004, p. 14; E. CLAUDEL, *Les propositions du Livre blanc – Faciliter l'établissement des conditions de la responsabilité*, Concurrences No 4/2008, p. 1; A. KOMNINOS, *The EU White Paper for damages actions: A first appraisal*, Concurrences No 2/2008, pp. 84-92; A. JURKOWSKA, *Prywatnoprawne wdrażanie wspólnotowego prawa konkurencji*, Natolin papers, No 19/2005, available at: www.natolin.pl; M. SZPUNAR, *Odpowiedzialność podmiotu prywatnego z tytułu naruszenia prawa wspólnotowego*, Warsaw 2008, in particular pp. 290-334.

⁶ T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights in Competition and Anti-dumping/Anti-subsidies Proceedings*, The Hague London New York 2004, p. 6.

problems in developing a fully effective system of compliance with competition law.⁷ Thus competition bodies must have a wide-ranging investigative powers. By definition they should also have certain discretion in assessing which economic behaviours are improper and unfavourable for the market (for the competition in the market).

Considering that the European Commission is a body with extremely broad competencies, combining investigative/prosecutorial, enforcement and adjudicative (judicial) functions,⁸ from the onset of Community competition law there has been a debate on the impact of this situation on the standards of the legal protection of undertakings.⁹

⁷ B. VESTENDORF, *Are fines the final answer to cartels in Europe?*, Concurrences No 2/2009, pp. 1-2; W.P.J. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, World Competition No 29/2006, p. 183; D. WILSHER, *Achieving Better Decision-making in Competition Enforcement Cases: A Public Law Perspective on the Role of the Executive and the Courts*, World Competition No 30/2007, p. 263.

⁸ W.P.J. WILS, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, World Competition No 27/2004, p. 201; L. ORTIZ BLANCO, *EC Competition Procedure*, 2nd ed., Oxford 2006; A. ANDREANGELI, *Toward an EU Competition Court: Article 6-Proofing Antitrust Proceedings before the Commission*, World Competition No 30/2007, p. 595.

⁹ P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford 1999, p. 44; A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Cheltenham, Northampton 2008, p. 23 and literature cited therein; W. WILS, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis*, World Competition No 27/2004, p. 209, by the same author: *Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between European and National Legislation and Case-law*, World Competition No 29/2006, p. 3; O.J. EINARSSON, *EC Competition Law and the Right to a Fair Trial* [in:] P. Eeckhout, T. Tridimas (ed.), *Yearbook of European Law*, No 25/2006, p. 600; D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *Competition Law Proceedings before the European Commission and the Right to Fair Trial: No Need for Reform?*, European Competition Journal No 4/2009, p. 97; L. PARRET, *Judicial Protection after Modernisation of Competition Law*, Legal Issues of Economic Integration No 4/2005, pp. 339-368.

Thus the wide scope of investigative, decision-making and enforcement powers of the Commission in competition proceedings may give rise to concerns about the protection level of the rights of the involved private entities, i.e. undertakings.¹⁰ The secondary legislation referred to in the introduction encompasses specific rights of the parties in the proceedings and stipulates specific processual guarantees. The question arises as to whether at all and, if so, to what extent fundamental rights of the parties involved in such proceedings are protected. It is, firstly, about establishing whether guarantees contained in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms¹¹ (hereinafter referred to as the Convention or ECHR) and in the Charter of Fundamental Rights of the EU¹² (hereinafter referred to as the CFR), traditionally reserved for the criminal proceedings, such as the principle of presumed innocence or the *ne bis in idem* principle, should be applied in EU competition proceedings. These issues are all the more relevant as after the entry of the Treaty of Lisbon into force¹³ the European Union should also accede to the European Convention on

¹⁰ The official version of TFEU uses the term *undertaking* (French: *une entreprise*, German: *Unternehmen*), which is also exclusively used throughout this work. "Undertaking" in EU law is understood as the term "entrepreneur" in Polish legal language; more on both concepts cf.: G. MATERNA, *Pojęcie „przedsiębiorca” a relacje między wspólnotowym i krajowym prawem ochrony konkurencji* [in:] C. Banasiński, M. Kępiński, B. Popowska, T. Rabska (ed.), *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, Warsaw 2006, p. 47 and by the same author: *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warsaw 2009.

¹¹ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on the 4th of November, 1950, as amended by Protocol No 11, which entered into force on the 1st of November, 1998; The Convention was published in Journal of Laws No 61 of 1993, item 284; Protocol No 11 published in the Journal of Laws No. 147, of 1998. item 962.

¹² OJ C 83 of 30.03.2010., p. 389.

¹³ OJ. C 83 of 30.03.2010, p. 1.

Human Rights,¹⁴ and the CFR has become a legally binding act of primary legislation, to be applied in proceedings before EU bodies and national authorities applying EU law.

The issue of the protection of fundamental rights of undertakings may emerge at any stage of competition proceedings: at the investigation stage (chiefly when collecting evidence);¹⁵ the exchange of information between the Commission and national competition authorities; when resolving whether an undertaking is responsible for an infringement¹⁶ or not; and, finally, in the phase of a judicial review

¹⁴ Preparations for negotiations of the agreement has already begun, see: European Commission press release of 17.03.2010. *European Commission acts to bolster the EU's system of protecting fundamental rights*, IP/10/291 and R. J. ATONDO, *Draft Report on the institutional aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (2009/2241(INI)) Committee on Constitutional Affairs*, 2.02.2010, available at: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afco/pr/803/803011/803011en.pdf.

¹⁵ It can refer to collecting evidence as a result of the so-called *dawn raids*, in particular at private homes of management or other staff of undertakings, taking over documents containing legal advice or using the forms of inquiry which interfere in the privacy of the entity concerned. Requests for information from undertakings and private individuals employed there are also problematic, in view of possible self-accusation and so-called suggestive questions. See criticism of *dawn raids*: H. ANDERSON, E. LEGNERFALT, *Dawn Raids in Sector Inquiries – Fishing Expeditions in Disguise*, E.C.L.R. No 29/2008, pp. 439-445. See also, on refusal to provide information: B. TURNO, *Prawo odmowy przekazania informacji służącej wykryciu naruszenia reguł konkurencji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* z. 3/2009, p. 31.

¹⁶ In particular as regards the rights of defence, including access to Commission documents, and as regards issues of the possibility of parallel national and Union proceedings. The fact that the European Commission might infringe upon such procedural standards in the course of such activities can be seen in the first decision of the European Ombudsman on this issue of 30.09.2008 on Case *02 v. Commission*, delivered on the basis of complaint 1881/2006/JF, in which the Ombudsman criticised the Commission for not ensuring proper access to its files and for an insufficient right of defence. See B. E. AMORY, Y. N. DESMEDT, *The European Ombudsman's First Scrutiny of The EC Commission in Antitrust Matters*, E.C.L.R. No 30/2009, pp. 205-211, cf. also decision of the European Ombudsman of 14.07.2009 on Case *Intel v. Commission*, 1935/2008/FOR.

of the Commission's activities.¹⁷ The duration of all aforementioned stages of proceedings can also adversely affect the legal situation of undertakings under inspection,¹⁸ thus violating their rights.¹⁹

It is in this context that an idea of fair proceedings before a competition authority has been launched, that is where due protection of fundamental rights of a party is ensured. Therefore this paper focuses on the issue whether the principles of fair proceedings towards undertakings are respected while protecting legitimate interest consisting of the effective competition in the internal market,²⁰ and on what basis those principles are established.

¹⁷ The review is, *de facto*, reduced to examining whether there have not been blatant errors on the part of the Commission in executing its competencies entrusted under the Treaty. Community courts have full jurisdiction only to the control of the legitimacy and the level of financial penalties.

¹⁸ P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness of Enforcement Does Not Prejudice Legal Protection. Rights of Defence. Fundamental Rights Concerns* [in:] C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu (ed.), *European Competition Law Annual: 2006. Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford and Portland, Oregon 2007, pp. 627-628.

¹⁹ In its judgment of 17.12.1998 on Case C-185/95 P *Baustahlgewerbe GmbH v Commission*, [1998] ECR I-8417 the ECJ held that that the duration of the proceedings before the CFI was excessive, which constituted an infringement of Article 6 (1) ECHR (points 26 – 47). The issue of an excessive length of proceedings was also raised in the following ECJ judgments: ECJ judgment of 21.09.2006, Case C-105/04 P *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. Commission*, [2006] ECR I-8725, points 47, 49 and 50; CFI judgment of 8.07.2008 in Case T-99/04 *AC Treuband v. Commission* [2008] ECR II-1501.

²⁰ It is usually stressed that competition law protects, first of all, the general interest, that is maintaining competition in the internal market – see CFI judgment in Case T-110/95 *IECC I v. Commission*, [1998] ECR II-3605, point 57, in which CFI stated that antimonopoly proceedings are aimed to protect the general interest and that, if the undertaking's conduct indicates that the general interest is safeguarded, then the interest of the applicant, if any, will not be a sufficient reason to continue the proceedings; T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 12. However, it should be remembered, that its aim is also to protect the interest of business entities which operate in the market (e.g. competitors of those entities which infringe upon the law) and consumers, see: J. TEMPLE LANG, *The Position of Third Parties in EEC Competition Cases*, ELRev. 1978, p. 177.

The assessment of the level of respect for principles of fair dealing with undertakings in competition proceedings can be made by referencing two well-known models. Firstly, we can refer to the "just" or "fair trial" (guaranteed in Article 6 ECHR²¹ and Article 47 CFR), which, in the context of administrative proceedings (judicial-administrative), is sometimes replaced by the notion of *procedural fairness* or *procedural justice*²² in the literature of the subject.

As the notion of a "fair trial" in Article 6 ECHR refers, by definition, to "the court trial", it can only be used *per analogiam* to the assessment of proceedings before extrajudicial competition authorities. The fact that it applies to "criminal" cases or cases which influence the civil rights of the parties involved; also raises doubts as to the admissibility of it being used in matters of competition law (unless it is considered – with such interpretation being increasingly frequent – that antimonopoly proceedings are of a quasi-criminal nature, see below). On the other hand, the concept of a fair trial in the meaning of Article

²¹ A. PAGIELA, *Zasada „Fair Trial” w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* of 2/2003, p. 139; M.A. NOWICKI, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do EKPC*, Cracow 2002, p. 163 et al.

²² The most frequently used term in the literature of the subject is: "procedural fairness" – see: R. NAZZINI, *Concurrent proceedings in Competition Law. Procedure, Evidence and Remedies*, Oxford 2004, p. 108; P. CRAIG, *Administrative Law*, Oxford 1994, p. 281 or "procedural justice", P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, p. 20. In Polish literature see.: Z. KMIĘCIAK, *Postępowanie w sprawach ochrony konkurencji a koncepcja procedury hybrydowej*, *Państwo i Prawo* No 4/2002, p. 38, *Postępowanie administracyjne w świetle standardów europejskich*, Warsaw 1997, p. 42 et al.; T.T. KONCEWICZ, *Poszukując modelu sprawiedliwości proceduralnej w prawie wspólnotowym. Mit czy rzeczywistość?*, *Natolin Papers*, No 30/2009, available at: www.natolin.pl.

47 CFR should apply to all cases in which EU legislation is applied.²³

Secondly, the assessment of the level of respect for the principles of fair dealing with undertakings can be done by referring to the right to "good administration",²⁴ guaranteed in Article 41 CFR, as the right "to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions and bodies of the Union".²⁵ It is justified by the fact that in this case we deal with the proceedings before an EU institution, which are recog-

²³ Second paragraph of this article reflects Article 6 (1) ECHR. According to information contained in explanations to the CFR (OJ C 303/17 of 14.12.2007), "In Union law, the right to a fair hearing is not confined to disputes relating to civil law rights and obligations". So far, parties to antimonopoly proceedings have not managed to persuade Community Courts to refer to Article 47 CFR – see ECJ judgment of 25.01.2007, Case C-411/04 P *Salzgitter Mannesmann GmbH, formerly Mannesmannröhren-Werke AG v. Commission*, [2007] ECR I-959, points 40-44.

²⁴ Before CFR was published, P.H. Nehl described the right to good administration as consisting of developing procedural and substantive requirements in line with which modern administration must operate – see P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, pp. 15, 17. More about this concept in the case-law of Community courts – by the same author, p. 27 et al. More on the right itself: T. FORTSAKIS, *Principles Governing Good Administration*, European Public Law nr 2/2005, p. 215; A. JACKIEWICZ, *Prawo do dobrej administracji w świetle Karty Praw Podstawowych*, Państwo i Prawo No 7/2003, p. 67. See. CFI judgment of 16.12.2004, Case T-410/03 *Hoechst GmbH v. Commission*, [2008] ECR II-4451, point 582.

²⁵ So far, Community Courts have not accepted arguments by the parties on the infringement of Article 41 CFR – in its judgment of 10.07.2008 in Case C-413/06 P *Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v. Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), Sony BMG Music Entertainment BV and Commission*, [2008] ECR I-4951, points 174-183, ECJ referred to general principles of EU law in this respect. However, Advocate General Kokott in her opinion on that case considered that there had been an infringement of Article 41 CFR – Opinion of Advocate General Kokott delivered on 13.12.2007 concerning Case C-413/06 P *Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v. Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), Sony BMG Music Entertainment BV and Commission*.

nised by EU courts as administrative proceedings.²⁶ It has been already mentioned, that the Commission has multiple functions and enjoys the right to impose quasi-criminal sanctions, as a result the parties of proceedings before the Commission increasingly often invoke not as much the right to good administration but rather the guarantees which are, in principle, applied to "judicial proceedings", thus they invoke Articles 47-50 CFR.²⁷

This paper aims to present some specific issues arising when we try to define the concept of fair dealing in competition proceedings, by using the criterion of the level of protection of fundamental rights of the parties in such proceedings. The most important issues include: the application of norms defining the fundamental rights of individuals to undertakings; the nature of EU competition proceedings

²⁶ Cf. also, with regard to the control of Commission decisions. M. JAŚKOWSKI, *Sądy wspólnotowe jako sądy administracyjne*, Kwartalnik Prawa Publicznego No 1/2001, p. 81.

²⁷ Article 47 CFR – the right to a fair trial; was raised by the parties in the following decisions: ECJ judgment of 25 January 2007, Case C-411/04 P *Salzgitter Mannesmann GmbH, dawniej Mannesmannröhren-Werke AG v. Commission*, [2007] ECR I-959, points 40-44; CFI judgment of 5.04.2006, Case T-279/02 *Degussa AG v. Commission* (methionine cartel), [2006] ECR II-897; Article 48 CFR – presumption of innocence, referred to by the parties in the following decisions: CFI judgment of 12.10.2007, Case T-474/04 *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH v. Commission* (organic peroxides case), [2007] ECR II-4225; Article 49 CFR – principle of legal certainty, referred to by the parties in the following judgments: CFI judgment of, 29.11.2005, Case T-33/02 *Britannia Alloys & Chemicals v. Commission*, [2005] ECR II-4973; ECJ judgment of 7.06.2007, Case C-76/06 *Britannia Alloys & Chemicals Ltd v. Commission*, [2007] ECR I-4405; CFI judgment of 14.12. 2006, joint Cases T-259/02 to T-264/02 and T-271/02 *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG et al. v. Commission* (so-called Lombard Club), [2006] ECR II-5169; CFI judgment of 8.07.2008, Case T-99/04 *AC Treuband v. Commission*, [2008] ECR II-1501, points 82, 83, 84; Article 50 CFR- *ne bis in idem* principle referred to by the parties in the following judgments: CFI judgment of 29.04.2004, joint cases T-236/01, T-239/01, T-244/01 to T-246/01, T-251/01 and T-252/01 *Tokai Carbon, SGL Carbon et al. v. Commission*, [2004] ECR II-1181.

– possibly being of a "quasi-criminal" character; the sources of fundamental rights in competition proceedings (in the context of the character of such proceedings); and the impact of decentralisation of the enforcement of the EU Competition law on the protection of fundamental rights.

2. Undertaking as an entity enjoying fundamental rights

The concept of "fundamental rights" in EU case-law and the CFR reflects, in principle, the concept of human rights as presented in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.²⁸ However, competition proceedings do not deal with a human being but with an undertaking, which most often has the status of a legal person.

The notion of undertaking can be found in Regulations 1/2003 and 139/2004, although it is not defined therein. There is no doubt that it should be interpreted in the same way as EU courts do on the basis of Articles 101 and 102 TFEU.²⁹ According to established case-law, an

²⁸ In this paper it is impossible to discuss in detail the development of the concept of fundamental rights in EU law and its relations with the traditional concept of the protection of human rights. However, for more information cf.: F. SUDRE, H. LABAYLE (ed.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, 2000; S. LECLERC, J.-F. AKANDJI-KOMBE, M.-J. REDOR (ed.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, 1999; C. BLUMANN, *Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme*, R.A.E. No 1/2006, p. 11; J. COPPEL, A. O'NEILL, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, CMLRev. No 29/1992, p. 669; R.W. DAVIS, *A Brake? The Union's New "Bill Of Rights"*, E.H.R.L.R. No 5/2005, p. 449-460.

²⁹ Even if this concept is ambiguous on the basis of these provisions, See: G. MATERNA, *Pojęcie „przedsiębiorca”...*, p. 47 and the same author's, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warsaw 2009, pp. 113-147.

undertaking is "every entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed."³⁰ Therefore, undoubtedly a natural person is also an undertaking in the understanding of the above-mentioned legislation.

In practice, in the antimonopoly proceedings discussed, the European Commission imposes financial penalties only on such undertakings that have legal personality, i.e. usually on companies.³¹ With respect to associations of undertakings (where undertakings are natural persons) financial penalties are imposed on associations as legal persons rather than on their members.³²

Considering the fact that a party in the competition proceedings is not an individual but an undertaking, some authors question the right of parties in such proceedings to invoke fundamental rights.³³ This issue has become a matter of debate as regards competition proceedings both in the case-law of Community courts and the case-law of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as the ECtHR).

³⁰ ECJ judgment of 23.04.1991, Case C-41/90 *Höfner v. Macroton*, [1991] ECR I-1979; cf. earlier, ECJ judgment of 12.07.1984, Case 170/83 *Hydrotherm v. Compact*, [1984] ECR 2999, point 11.

³¹ W. P. J. WILS, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford-Portland, Oregon 2008, p. 164; see: CFI judgment of 20.04.1999, Case T-305/94 *Limburgse Vinyl Maatschappij et al. v. Commission*, [1999] ECR II-945, point 978. Wils notes that although theoretically the Commission could have imposed a fine on an undertaking being a self-employed person, this situation has never actually taken place, p. 164, in particular: CFI judgment of 20.03.2002, Case T-9/99 *HFB et al. v. Commission*, [2002] ECR II-1530, point 105, in which CFI states that the Commission "purposefully" did not impose a fine on the undertaking being a self-employed person. The same see: P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, p. 631.

³² P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, p. 631, gives an example of the Commission's decision: *Belgian Architects Association*, OJ 1 4 [2005].

³³ W. P. J. WILS, *Efficiency and Justice...*, p. 22. However the author's opinion is not widely shared. See, more extensively: M. EMBERLAND, *The Human rights of Companies. Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford 2005; A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement...*, pp. 15-17; E. M. AMEYE, *The Interplay between Human Rights and Competition Law*, E.C.L.R. No 6/2004, p. 336.

As far as ECHR is concerned, the discussed issue surfaced in Case *Sténuvit v. France*,³⁴ where the question was raised whether legal persons also have the right to a fair trial in the understanding of Article 6 ECHR, which provides for the protection of "everyone" (French: *toute personne*). In Case *Sténuvit v. France* the European Committee on Human Rights opted for the extension of the individual scope of protection resulting from Article 6 ECHR onto legal persons – victims of an infringement of the ECHR, in the event they are accused of a criminal charge (in this case the French competition proceedings were considered to have the character of criminal proceedings; for more details, see below). The Commission considered this acceptable in view of the fact that the ECtHR acknowledged the rights of legal persons on the grounds of Articles 9 and 10 ECHR.³⁵ However, the European Commission of Human Rights in Case *Sténuvit* admitted that, despite the fact that Article 6 ECHR was applicable to legal persons and could not be interpreted in the manner which restricted their relevant rights, it was not obvious that all of its guarantees served both legal and natural persons in the same way.³⁶

Despite the fact that the ECtHR did not openly express its opinion on the application of Article 6 ECHR to legal persons, in a

³⁴ Opinion of the European Commission of Human Rights of 30.05.1991, Case *Sténuvit v. France*. See, about this case: C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence et les droits fondamentaux* [in:] *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles 2006, p. 138; O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 572; T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, pp. 421-422. With regard to cases other than antimonopoly see also ECtHR judgment of 20.11.1989, *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Bermann v. RFN*, Application No 10572/83, ECtHR judgment of 24.02.1994, *Casado Coca v. Spain*, Application No 15450/89.

³⁵ Point 66 of the above opinion. See also ECtHR judgment of 22.05.1990. *Autronic AG v. Switzerland*, Application No 12726/87, point 47; O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 581.

³⁶ See C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 142.

number of its decisions given later, it implicitly accepted the application of this Article to widely understood criminal cases in which legal persons were "accused". The Court even granted to a legal person compensation for the moral damage caused by the violation of the ECHR.³⁷

In the case-law of Community courts the issue was brought up for the first time as early as the 1980s. In Case *National Panasonic*, the ECJ initially assumed that legal persons had the same right to the protection of privacy as one enjoyed by natural persons.³⁸ However, later, in Cases 46/87 and 227/88 *Hoechst v. Commission*,³⁹ the ECJ denied to undertakings the possibility to invoke the rights that serve entities in accordance with instruments for the protection of human rights. This position later changed definitively. In point 29 of the judgment in Case *Roquette*,⁴⁰ when addressing the requirement of the protection of privacy, whether of a natural or legal person, the ECJ indicated that when establishing this principle, with regard to the protection of commercial space of the company, one should take into account the ECtHR case-law issued after the ECJ judgment in Case *Hoechst v. Commission*. The results of this case-law are that on the one hand there is a possibility to extend the protection of domiciles in certain

³⁷ ECtHR judgment of 6.04.200., *Comingersoll v. Portugal*, Application No35382/97, point 32-36, after: O.J. EINARSSON, *EC Competition Law ...*, p. 582. See also ECJ judgment of 8.07.1999, Case C-199/92 *P Hüls v. Commission*, [1999] ECR I-4287, point 150, in which ECJ admits that legal persons can refer to guarantess provided in Article 6 ECHR, after C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 138.

³⁸ ECJ judgment of 26.06.1980, Case 136/79 *National Panasonic v. Commission*, [1980] E.C.R. 2033.

³⁹ ECJ judgment of 21.09.1989, joint cases 46/87 and 227/88 *Hoechst v. Commission*, [1989] ECR 2859, point 17. Also in ECJ judgment of 17.10.1989, Case 85/87 *Dow Benelux v. Commission*, [1989] E.C.R. 3137, points 28-30. See T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 69 et al.

⁴⁰ ECJ judgment of 22.10.2002, Case C-94/00 *Roquette Frères*, [2002] E.C.R. I-9011; About this judgment: T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 69 et al.

circumstances onto such premises,⁴¹ while on the other hand, the right to justified interference under Article 8 (2) ECHR is more extensive with regard to commercial premises than in other cases.⁴²

On the other hand, the Court of First Instance of the European Communities (hereinafter referred to as the CFI)⁴³ in Case: *Archer Daniels Midland*⁴⁴ opted for the possibility for undertakings to benefit from the protection of private life guaranteed under Article 8 ECHR (more specifically, the CFI stated that the protection of privacy concerns both natural and legal persons, without specifying whether the extent of this protection is identical).⁴⁵

In the light of the judgments referred to it should be said that even if the level of protection of entities other than physical persons under the ECHR was not identical with the level of protection of natural persons, in principle the ECJ and the CFI admitted that undertakings could invoke "fundamental rights". Thus, in the light of Community court decisions, it can be stated that fundamental rights "concern" legal persons (including undertakings).

⁴¹ See, in particular, ECtHR judgment of 16.04.2002, *Colas Est e.a. v. France*, Application No37971/97, point 41 – O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 560 – which referred to a *dawn raid* run by the French competition authority. ECtHR considered it an infringement of Article 8 ECHR, in view of the lack of an earlier consent of the court and the absence of the police representative during the inspection.

⁴² ECtHR judgment of 16.12.1992. *Niemietz v. RFN*, Application No13710/88, point 31. C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, pp. 142-143. About these judgments: O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 560.

⁴³ Since 1.12.2009 the Court of First Instance EC has been named "General Court", cf. Article 19 TEU, OJ C 83 of 30.03.2010, p. 27. However, as decisions referred to in this paper had been delivered before the name of the Court was changed, the abbreviation "CFI" is used throughout the text.

⁴⁴ CFI judgment of 9.07.2003, Case T-224/00 *Archer Daniel Midlands v. Commission*, [2003] ECR II-2597, points 340-341.

⁴⁵ ECJ took a similar position in its decision of 30.03.2006, Case C-110/04 P *Strintzis Lines Shipping v. Commission*, [2006] ECR I-44, points 32-33.

The Charter of Fundamental Rights of the EU (hereinafter referred to as the CFR) in its provisions that could apply to competition cases (Article 41 and Articles 47-50 CFR), uses, similarly to the ECHR, the term "everyone". As results from Article 52 (3) CFR, rights contained in the CFR, which reflect the rights guaranteed in the ECHR, should have the same meaning and scope as the rights granted under the Convention.⁴⁶ As the interpretation of the CFR should be done – wherever possible – in the same way as the interpretation of the Convention, this means that the rights defined in the Charter serve both physical and legal persons, including undertakings.⁴⁷ Consequently, the classical "civic" rights enshrined in the CFR will also be fully applicable to undertakings.

3. The character of EU competition proceedings

Two different types of competition proceedings can be identified: 1) antimonopoly proceedings (violation of Article 101 or Article 102 TFEU), and 2) proceedings concerning the control of concentration (based on Regulation 139/2004). They differ significantly.

Antimonopoly proceedings are initiated where there is a suspected infringement of Article 101 or Article 102 TFEU and are aimed to establish whether an infringement took place and – as far as possible – to remedy it. On the other hand, proceedings concerning the control of concentration are initiated on the initiative of the undertakings interested in a merger, which notify their intention of

⁴⁶ D. CURTIN, R. VAN OOIK, *The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, MJ No 1/2001, p. 102.

⁴⁷ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement...*, pp. 15-17, as well as literature and case-law referred to therein, in particular M. EMBERLAND, *The Human rights of Companies*, Oxford 2005.

the merger to the Commission before concentration.⁴⁸ Both types of proceedings take place before the competition authority, i.e. the European Commission. However, while with respect to the concentrations of an EU dimension the Commission enjoys exclusive competence to act,⁴⁹ in antimonopoly proceedings decentralised oversight over compliance with Article 101 or Article 102 TFEU is admissible. In the latter case, proceedings take place before the national competition authority or national competition authorities of EU Member States. In addition, in antimonopoly proceedings an undertaking is treated by the Commission as an opponent⁵⁰ and its cooperation with the Commission during the proceedings takes place only in the situation when it expects a more lenient decision from the Commission. However, in proceedings concerning the control of concentration, the behaviour of enterprises is not illegal *per se*. Even if concentration of undertakings is prohibited, they are not threatened with financial penalties, provided that they fulfil the condition of notification and suspend commitments resulting from the concentration until a positive decision is given by the Commission.⁵¹ In the proceeding concerning the control of concentration the Commission does not appear as an investigating body, but only as a decision-making body⁵² (however, it can conduct investigation with regard of concentration not being notified

⁴⁸ The aim of concentration proceedings is to examine whether the planned concentration might affect competition in the common market, in particular by strengthening or creating a dominant position, and the transaction itself can be suspended until the Commission gives its decision – Article 7 of Regulation No 139/2004.

⁴⁹ Considering, however, that Article 9 of Regulation No 139/2004 provides for a possibility to refer the case by the European Commission to the national competition authority.

⁵⁰ T.K. GIANNAKOPOULOS in: *Safeguarding Companies' rights...* even uses the word "enemy".

⁵¹ T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 398-399.

⁵² T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, s 399.

where it is required, or in the event of incompliance of the parties of concentration with the decision allowing for concentration and containing additional requirements).

A common feature of both types of competition proceedings is that they are conducted before an administrative body, which is an argument for considering them as administrative proceedings.⁵³ Thus it can be said that fair trial guarantees under Article 6 ECHR are not applicable to the procedure, as this Article applies to criminal and civil proceedings.⁵⁴ However, this opinion is not fully justified, which will be demonstrated below.

Originally such proceedings were allowed to be treated only as administrative ones. In an earlier phase of the functioning of the European Community it was refused to have any competencies in the sphere of criminal law.⁵⁵ The objection contained in Article 23 (5) of Regulation 1/2003, according to which "decisions [on imposing fines] shall not be of a criminal law nature" contradicts the opinion that antimonopoly proceedings may have a character other than administrative.⁵⁶ Regulation 139/2004 contains a similar provision in Article 14 (4).

⁵³ *Inter alia*, E. BARBIER DE LA SERRE, *Procedural Justice in the European Community Case-law Concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, European Public Law No 2/2006, tom 12, p. 230.

⁵⁴ A. WARD, *National and EC Remedies under the EU Treaty: Limits and the Role of ECHR* [in:] C. Barnard, O. Odudu (ed.), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 333 and case-law referred to therein.

⁵⁵ More about competition issues: A. DAECs, O. LYNSKEY, *The Ever-Longer Arm of EC Law: The Extension of Community Competence Into The Field of Criminal Law*, CMLRev. No 45/2008, in particular p. 151 et seq.; see also S. WHITE, *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, ELRev No 31/2006, p. 84.

⁵⁶ This piece of legislation questions its criminal-law character, however, financial penalties should be considered as having quasi-criminal law character – see M. KRÓL-BOGOMILSKA, *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warsaw 2001, Chapter IV.

Competition proceedings before the Commission, despite being in principle administrative proceedings, also have certain features of criminal proceedings⁵⁷ and influence rights and duties of a civil nature.⁵⁸

It seems logical that the more similar the competition protection proceedings to criminal proceedings are, the more justified the granting to parties in such proceedings the same level of rights and protection of fundamental rights as one provided for the parties in criminal proceedings becomes.

3.1. The nature of antimonopoly proceedings

Some opinions in the European law doctrine question the qualification of Community antimonopoly proceedings as "purely" administrative. It is assumed that proceedings before the Commission are of a criminal or quasi-criminal character. As noted by C. Harding, throughout the recent decade instruments characteristic of criminal law have appeared in European competition law, from *leniency* programmes (under which an institution similar to voluntary submission to penalty in criminal proceedings is applied to entities which report themselves later) to the extensive justifications of the sentence (according to principles similar to principles of sentencing in criminal law). In addition, in many Member States there have been initiatives of penalising violations of competition law.⁵⁹

⁵⁷ Cf. below: more on the nature of antimonopoly proceedings before the Commission – generally it is assumed that financial fines imposed by the Commission have a criminal law character (or quasi-criminal – see CFI judgment of 8.07.2008, Case T-99/04 *AC-Treuband AG v. Commission*, [2008] ECR II-1501; ECJ judgment of 8.02.2007, Case C-3/06 P *Groupe Danone v. Commission*, [2007] ECR I-1331.

⁵⁸ E.g. in cases concerning the control of concentration, see a clear conformation of the judgment of 16.07.2009, Case C-440/07 P *Commission v. Schneider Electric*, available at: www.curia.eu.

⁵⁹ C. HARDING, *Effectiveness of Enforcement...*, p. 644. According to Wils, many Member States envisage sanctions for infringement of competition law; these countries are: Ireland, Estonia, the United Kingdom, France, Slovakia, Cyprus, Denmark, Malta, Greece, Germany, Austria; after: W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, pp. 168-169 and 193.

Qualifying antimonopoly proceedings as criminal (or quasi-criminal) is not directly based on the judicature of Community courts. Even if they often draw from a set of guarantees or principles traditionally reserved for criminal proceedings (e.g. presumed innocence⁶⁰), they do not explain this practice more widely by the nature of proceedings conducted before the Commission. The fact that courts refer to such principles may, however, testify that they consider such proceedings as ones pertaining to criminal law.

3.1.1. The assessment of the character of similar national proceedings in the light of the European Convention on Human Rights

Most of the European law doctrine which attributes the criminal law character to the proceedings before the Commission invokes the ECHR position in assessing national competition proceedings.⁶¹

⁶⁰ ECJ judgment of 8.07.1999, Case C-235/92 P *Montecatini v. Commission*, [1999] ECR I-4539, point 176 – confirms that this principle applies to antimonopoly proceedings before the Commission, the same cf: CFI judgment of 12.10.2007, Case T-474/04 *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse v. Commission*, [2007] ECR II-4225, points 75-78 (referring to Article 48 CFR); CFI judgment of 27.09.2006, Joint Cases T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP and T-61/02 OP *Dresdner Bank v. Commission*, [2006] ECR II-3567, points 60-63, 65; ECJ judgment of 21.09.2006, Case C-167/04 P *JCB Service v. Commission*, [2006] ECR I-8935, points 90, 99; CFI judgment of 6.10.2005, Joint Cases T-22/02 and T-23/02 *Sumitomo Chemical v. Commission*, [2005] ECR II-4065, points 104-107. In Article 48 (1) CFR which reads "Everyone who has been charged shall be presumed innocent until proved guilty according to law", there is no provision that it refers to criminal proceedings, but the use of word "guilty" suggest that.

⁶¹ P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, p. 56 and literature referred to therein (references 65 and 67); see Opinion of the European Commission of Human Rights, Case *Stenuit v. France*. However, W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, p. 159, states something else.

It should be stressed that the ECtHR has formed its own concept of a "criminal charge" under Article 6 ECHR, which also encompasses administrative proceedings fulfilling the following criteria: 1) offences are defined by legal provisions of general nature, which are applicable to all citizens rather than a specific group; 2) these provisions involve penalties in case of non-compliance; 3) penalties are not aimed to claim damages but basically to punish the perpetrator and prevent further infringements; 4) penalties are severe.⁶² Thus anti-monopoly proceedings at EU level or in individual Member States, whether of administrative or civil law character in accordance with EU or national law, can be considered "criminal" cases within the meaning of Article 6 ECHR.

It cannot be precluded that EU proceedings set out in Regulation 1/2003 (and earlier in Regulation 17/62), are not of a criminal character within the meaning of Article 6 ECHR. Incriminated behaviour, in this event the infringement of Article 101 or 102 TFEU, is covered by provisions of a general character, concerning all entities active in the EU market, not only a specific group of a special status. These rules prohibit certain behaviour and provide for penalties for it.

The penalties, whose severity depends on the seriousness and the duration of infringement, have not only a repressive but also a deterring function,⁶³

⁶² W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, p. 159; More see: K. DEKEYSER, C. GAEUR, *The New Enforcement System For Articles 81 and 82 EC and the Rights of Defence* [in:] B.E. Hawk (ed.), *2004 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law and Policy*, Huntigton New York 2005, pp. 540-542. ECtHR judgment of 8.06.1976, *Engel et al. v. the Netherlands, No of applications 5100/71 et seq.*, point 82; ECtHR judgment of 21.02.1984, *Öztürk v. Germany*, Application No 8544/79, point 50; ECtHR judgment of 24.02.1994, *Bendenoun v. France*, Application No12547/86, point 47.

⁶³ ECJ referred to two goals of punishment, e.g. in: ECJ judgment of 15.07.1970, Case 41/69 *ACF Chemiefarma v. Commission*, [1970] ECR 661, point 173; ECJ judgment of 8.07.1999, Case C-199/92 P *Hüls v. Commission*, [1999] ECR I-4287, point 149 and 150; ECJ judgment of 8.07.1999, Case C-235/92 P *Montecatini v. Commission*, [1999] ECR I-4539, point 175, 176; CFI judgment of 14.05.1998, Case T-354/94 *Stora Kopparbergs Bergslags v. Commission*, [1998] ECR II-2111, point 167. See: O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 568; P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, p. 632; C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 141.

as may be seen from their size.⁶⁴ When deciding whether a penalty is of a criminal character within the meaning of Article 6 (1) ECHR, the European Court of Human Rights usually applies three criteria: 1) national classification of penalty; 2) the nature of the offence and 3) the severity of the potential penalty⁶⁵; these criteria do not have to be cumulative.

Transposing these criteria into fines provided in Regulation 1/2003, it can be said that despite the fact that Article 23 (5) rules out the criminal law nature of fines, this reservation is not decisive for establishing the nature of the sanction. Article 23 (5) of Regulation 1/2003 reflects Article 15 (4) of Regulation 17/62 which was earlier in force. The reasons of adopting Article 15 (4) were in no way connected with the classification for the purposes of the ECHR. It was probably added in order to remove objections from the Member States that their sovereignty in criminal cases might be infringed.⁶⁶ On the other hand, the preamble of Regulation 1/2003 does not provide any justification for keeping Article 23 (5) in Regulation 1/2003. It can only be a matter of speculation whether the only reason for maintaining it was a straightforward repetition of the provisions of Regulation 17/62. According to W. Wils, it would be even possible to modify Regulation 1/2003 in such a way so as to introduce strictly criminal sanctions on natural persons other than undertakings into

⁶⁴ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Cheltenham, Northampton 2008, p. 23 and literature cited herein. However, ECtHR has never accepted a complaint concerning infringement of Article 6 (1) ECHR in competition cases. Neither has the ECJ, which also wanted to examine proceedings before the Commission in the light of Article 6 (1) ECHR, considering the Commission not to be an independent but rather administrative authority.

⁶⁵ O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 567; ECtHR judgment of 8.06.1976, *Engel et others v. the Netherlands*, Application No5100/71, point 82.

⁶⁶ O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, pp. 567-68.

the regulation.⁶⁷ The character of violation which consists in a breach of the prohibition of certain behaviour under the Treaty provisions, does not preclude a criminal law character of the sanction. However, the fines imposed by the Commission are getting increasingly more severe. The use of the criteria developed by the ECtHR do not preclude the possibility for the fines referred to in Article 23 of Regulation 1/2003 to be considered as penalties applied in criminal cases.⁶⁸ In their case-law EU courts seem to confirm the criminal nature of fines imposed by the Commission in antimonopoly proceedings by referring to the principles characteristic of a criminal trial.⁶⁹

It should be mentioned, however, that the case-law of the ECtHR concerning the compliance of individual proceedings with Article 6 ECHR makes a distinction between criminal proceedings in the traditional understanding of this term (narrower) and proceedings of a criminal nature within a wider meaning of the interpretation of Article 6 ECHR⁷⁰. This distinction is particularly visible in the case-law of the ECtHR concerning the separation of decision-making from investigative functions. The ECtHR stated that, for the effectiveness of the proceedings, administrative bodies can be entrusted with the task to define civil rights and duties or to inflict and enforce penalties which have a criminal character within the wider understanding of Article 6 ECHR, provided,

⁶⁷ He considers that this is evidenced in ECJ judgment of 13.09.2005, Case C-176/03 *Commission v. Council* [2005] ECR I-7879 – W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, p. 119.

⁶⁸ O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 568-69.

⁶⁹ O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 572-74, 612. CFI judgment of 8.07.2008, Case T-99/04 *AC-Treuband AG v. Commission*, [2008] ECR II-1501; ECJ judgment of 8.02.2007, Case C-3/06 P *Groupe Danone v. Commission*, [2007] ECR I-1331.

⁷⁰ W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, p. 160.

however, that the parties involved can contest every decision before the court which has full jurisdiction and meets the standards of Article 6 (1) ECHR.⁷¹

Therefore the question arises whether the review of the legality of the Commission decisions by EU courts by virtue of Article 263 TFEU (formerly 230 TEC) meets the requirement of the "full jurisdiction". By its requirement of the court's full jurisdiction the European Court of Human Rights does not expect a judicial review to take place before the court which replaces the assessment made by the administrative body by its own assessment.⁷² In this meaning EU courts have "full jurisdiction" only regarding decisions about imposing fines. Otherwise they only review the "correctness" of issuing the decision and its compliance with EU law.

In the doctrine, the opinions whether a proceeding before EU courts meets the requirements of Article 6 ECHR in this context are split. According to Wils, proceedings before the

⁷¹ ECtHR judgment of 23.06.1981, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, Application Nos 6878/75 and 7238/75, point 51; ECtHR judgment of 10.02.1983 *Albert and Le Compte v. Belgium*, Application Nos 7299/75 and 7496/76, point 29; ECtHR judgment of 21.02.1984 *Öztürk v. Germany*, Application No 8544/79, point 56; ECtHR judgment of 24.02.1994, *Bendenoun v. France*, Application No 12547/86, point 46. After: W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, pp. 160-161. However, as results from the ECtHR judgment of 26.10.1984, *De Cubber v. Belgium*, Application No 9186/80, point 31-32; and the ECtHR judgment of 25.02.1997 *Findlay v. United Kingdom*, Application No 22107/93, point 79, in areas traditionally belonging to criminal law, the ECtHR does not acknowledge such a combination of functions, even in view of the possibility of a further judicial review.

⁷² Decision of the European Commission of Human Rights of 8.03.1994. *ISKCON e.a. v. United Kingdom*, Case No 20490/92. After: C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 146. See also: B. VESTERDORF, *The Court of Justice and Unlimited Jurisdiction: What Does it Mean in Practice?*, GCP The Online Magazine for Competition Policy No 2/2009, p. 2, available at: www.global-competitionpolicy.org

Commission are not incompliant with Article 6 ECHR⁷³ (even if the Commission combines its investigative and decision-making functions), considering the fact that the parties subject to the Commission decisions on imposing fines can seek the annulment of such a decision before the CFI, which ensures guarantees referred to in Article 6 (1) ECHR and provides for the revision of the Commission decisions.⁷⁴ However, according to Einarsson, an appeal from the Commission decision does not meet the criterion of examining the case by a court having full jurisdiction,⁷⁵ as courts often "avoid" an actual review of the content of Commission decisions, referring to its wide margin of discretion.⁷⁶ Smits and Waelbroeck are of similar opinion.⁷⁷

In 1989 the European Commission on Human Rights (which does not exist anymore) issued a decision on competition proceedings before the French competition authority.⁷⁸ The Commission considered that the penalties imposed by the French competition authority are of criminal character within the meaning of Article 6 ECHR. In view of the revision of French law the company did not

⁷³ The author uses double negative, W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, p. 160.

⁷⁴ W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, p. 160 and CFI judgment of 15.03.2000, Case T-25/95 *Cimenteries CBR et al. v. Commission*, [2000] ECR II-700, point 719.

⁷⁵ O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 584.

⁷⁶ CFI judgment of 15.07.1994, Case T-17/93 *Matra Hachette v. Commission*, [1994] ECR II-595, point 104.

⁷⁷ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 146. In a CFI case of 11.03.1999, Case T-156/94 *Aristrain v. Commission*, [1999] ECR II-645, points 101-102, 105-107, 115 CFI, when addressing the provision of the ECSC Treaty having similar effect as Article 81 TEC, he stated that Community courts ensure effective judicial review of European Commission's decisions, which reflects the requirement of "unlimited jurisdiction".

⁷⁸ Decision of the European Commission of Human Rights of 11.07.1989 *Sténuit v. France*.

appeal to the ECtHR⁷⁹ and withdrew its application.⁸⁰ In 2004 the ECtHR heard the case concerning the proceedings under the Russian competition and restricting monopolies act; the proceedings resulted in the confiscation of profits of a group of companies as a result of infringement of that act.⁸¹ The ECtHR considered the complaint inadmissible, stating that it was not a criminal case within the meaning of Article 6 ECHR – however it should be stressed that the specificity of Russian antimonopoly law was decisive in this respect, as it does not envisage financial penalties which are typical of antimonopoly proceedings.

To justify the thesis that the proceedings before the Commission could be considered criminal proceedings within a wider meaning of Article 6 ECHR, the recent judgment of the ECtHR of 11 June 2009 in Case *Dubus S.A. v. France* can be invoked, in which the ECtHR ruled that France infringed Article 6 (1) ECHR because the French Bank Commission conducted the proceeding against Dubus without ensuring impartiality and independence. The ECtHR found that there was no differentiation between the investigative, enforcement and adjudicative functions of the said Commission. Although the combination of investigative and adjudicative functions is not reprehensible in itself, in the ECtHR's opinion the Commission was "prejudiced" to the party in the proceedings (it was not impartial) from the very start. The ECtHR also added, *obiter dicta*, that fines imposed by the French Bank Commission are of penal nature, considering the severity of such fines.

⁷⁹ W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, p. 159.

⁸⁰ T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 418.

⁸¹ ECtHR Decision of 3.06.2004 *OOO Nesté St Petersburg et al. v. Russia*, Application Nos 69042/01, 69050/01, 69054/01-69056/01, 69058/01. O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 571; W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, pp. 159-160.

Considering a similar character of proceedings before the European Commission in antimonopoly proceedings it can be assumed that the ECtHR would give a similar assessment of such proceedings.⁸²

The attempts to grant the ECtHR the jurisdiction over EU antimonopoly proceedings by questioning the behaviour of EU Member States need a separate mention. Neither the ECtHR nor, earlier, the European Commission of Human Rights, have had an opportunity to decide about the character of the antimonopoly proceedings pending before the European Commission itself. The European Commission of Human Rights for the first time assessed the possible infringement of Article 6 ECHR by Community antimonopoly proceedings in Case *M & Co*,⁸³ after the ECJ dismissed the possibility to apply Article 6 ECHR in Case *Pioneer*.⁸⁴ After the ECJ judgment, the applicant, that is *M & Co*, brought the case against the Federal Republic of Germany in German courts, to prevent the issuance of the enforcement title. After this plaint was rejected, plaintiffs brought an ineffective action for damages against the Federal Republic of Germany, and as a result *M & Co* brought the case to the ECtHR. The Commission stated that it was not competent, *ratione personae*, to assess proceedings or decisions undertaken by the bodies of the EC at that time, as they were not parties to the Convention. According to the European Commission of Human Rights, it did not mean, however, that by granting the enforceability of the ECJ judgment competent German authorities acted as Community bodies and in this connection they were not subject

⁸² See arguments raised in a case pending before the CFI: Case: T-56/09 *Saint Gobain Glass France v. Commission*.

⁸³ Decision of the European Commission of Human Rights of 9.02.1990, *M & Co v. RFN*, Application No 13258/87; T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 420. O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 564.

⁸⁴ ECJ judgment of 7.06.1983, joint cases 100 – 103/80 *Pioneer v. Commission*, [1983] ECR 1825.

to a review by the authorities overseeing the compliance with the Convention. In accordance with Article 1 ECHR the Member States are responsible for all acts and omissions of their authorities which might infringe the Convention regardless of whether the act or omission concerned results from a national regulation or from the necessity to comply with international obligations.⁸⁵ However, the European Commission of Human Rights stated that German authorities did not violate the Convention in the case in question. The Commission considered the fact that the legal system of European Communities ensured the respect of fundamental rights and control of compliance therewith. In the Commission's opinion the transfer of competencies by the States-parties to the Convention onto the Community was not incompliant with the ECHR. Regarding the application of Article 6 (1) ECHR to Community antimonopoly proceedings, the European Commission of Human Rights stated that it would be applicable if the proceedings had been conducted by German authorities rather than Community authorities.⁸⁶

In Case No 56672/00 *Senator Lines v. 15 Member States EU*⁸⁷ an opportunity arose again to review the compatibility of Community antimonopoly proceedings with Article 6 (1) ECHR against the following facts. The Commission imposed a fine of 237 million EUR on the *Senator Lines* Company. The ECJ rejected the application for suspension of enforcement of the decision imposing the fine. The company claimed the infringement of Article 6 ECHR (right to access to a court), as the

⁸⁵ T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, pp. 420-421.

⁸⁶ T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 421; according to this author, the European Commission of Human Rights was inspired by the ECtHR judgment of 21.02.1984, *Öztürk v. Germany*, Application No 8544/79; see X.A. DE MELLO, *Droit de la Concurrence et Droits de l'Homme*, RTD eur. 1993, pp. 624-628.

⁸⁷ ECtHR decision of 10.03.2004, *Senator Lines v. Austria and other EU Member States*, Application No 56672/2000. O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 565.

fine had to be paid before the Commission decision was reviewed by the court under the proceedings before Community courts. The company stated that the payment of the fine could lead to cash-flow problems and as a result to bankruptcy before the Commission decision was subject to judicial review before the Community courts. The application was considered inadmissible, after the CFI rescinded the penalty imposed on *Senator Lines*. In this connection there was no review of the proceedings in the light of Article 6 ECHR.

The case-law of the European Court of Human Rights suggests that Article 6 ECHR is applicable to antimonopoly proceedings conducted before the Commission.⁸⁸ According to Giannakopoulos, EU antimonopoly proceedings meet the criteria of criminal proceedings within the meaning of cases *Sténuît*, *Oztürk* and *Bendenoun*.⁸⁹ The fact that the Commission is not a court is not decisive for stating the incompliance of the proceedings with the Convention, considering the fact that it is possible to appeal to an independent court.⁹⁰ In relation with the fact that this refers to criminal proceedings within the broad understanding of the ECHR, the burden of proof of the infringement rests on the Commission which is bound to justify economic sanctions of penal and deterring character.

3.1.2. The position of EU courts

In its early case-law the ECJ consistently refused to qualify the proceedings before the Commission as criminal

⁸⁸ T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 418.

⁸⁹ T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, pp. 423, 456, see also : W.WILS, *La Compatibilité des Procédures Communautaires en matière de Concurrence avec la Convention européenne des droits de l'Homme*, CDE 1996, p. 334.

⁹⁰ While, in the light of the ECtHR judgment of 21.02.1975 *Golder v United Kingdom*, Application No 4451/70; the fact itself that the case is not before the court, does not preclude its possible assessment it in the light of ECHR standards. T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, pp. 424-425.

proceedings.⁹¹ As regards Article 6 ECHR, the ECJ refused to state that the combination of the prosecutor's and adjudicative function at the hands of the Commission might infringe the provisions of this article. In its case-law the ECJ limited itself to stressing that the Commission is not a court and therefore Article 6 ECHR is not applicable to it.⁹² Therefore it did not decide whether the system itself, according to which the Commission was *de facto* the first authority to "judge" the case, was compliant with the Convention. According to Smits and Walbroek, such reasoning was erroneous, as the matter was not to consider whether the Commission "is" a court but rather whether the proceedings should be conducted before a judicial body.⁹³

The explanation of this issue can be found only in the case-law of the European Court of Human Rights (rather than Community courts), chiefly in its judgment in Case *Le Compte*.⁹⁴ In this judgment the ECtHR

⁹¹ ECJ judgment of 29.10.1980, joint cases 209 and 218/78 *Van Landewyck v. Commission*, [1980] ECR 3125, point 81; CFI judgment of 10.03.1992, Case T-11/89 *Shell v. Commission*, [1992] ECR II-757, point 39. Considering the proceedings to be administrative procedure: P.J. KUYPER, T.P.J.N. VAN RIJN, *Procedural Guarantees and Investigatory Methods in European Law, with Special Reference to Competition*, Yearbook of European Law 1982, p. 10-1; J.M. JOSHUA, *Attitudes to Antitrust Enforcement in the EU and the United States: Dodging the Traffic Warden or Respecting the Law?*, [in:] B.E. Hawk (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1996, p. 101. On the other hand, the Advocates General have quite early adopted a different position, see: RG Vesterdorf, Case T-1/89 *Rhône Poulenc v. Commission*, [1991] ECR II-884; P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, p. 56; O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 572.

⁹² ECJ judgment of 29.10.1980, joint cases 209-215 and 218/78 *Fedetaf v. Commission*, [1980] ECR 3125, point 81; ECJ judgment of 7.06.1983, joint cases 100 – 103/80 *Pioneer v. Commission*, [1983] ECR 1825; point 7-11; CFI judgment of 10.03.1992, Case T-11/89 *Shell v. Commission*, [1992] ECR II-757, point 39, see: C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 145 et al.

⁹³ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 145.

⁹⁴ ECtHR judgment of 23.06.1981, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, Application Nos 6878/75 and 7238/75, point 51.

holds that although Article 6 ECHR guarantees the right to an independent court, it does not mean that the parties to the Convention must ensure that the proceedings are accordant with the requirements of Article 6 ECHR at any stage of the dispute. The requirements of flexibility and effectiveness can justify the initial involvement of an administrative and professional body which does not meet all requirements of that provision.⁹⁵ In order to meet the requirements of Article 6 ECHR, one of two options should be selected in this situation: either the administrative instance fully meets the requirements of Article 6 ECHR; or, if it does not meet these requirements, its activity should be subject to a court review by the court having full jurisdiction and one capable of ensuring all guarantees under Article 6 ECHR.⁹⁶

Even though the ECJ has never directly confirmed a criminal character of sanctions in EU proceedings or, in general, that the proceedings before the Commission can be considered criminal proceedings, it expressed the views which suggest that it shared such qualification of these proceeding and sanctions. For example, in Case *Hüls* of 8 July 1999 it was in favour of applying the presumed innocence principle, which is a fundamental principle in criminal proceedings, to proceedings on the infringement of Article 81 and Article 82 TEC (presently Article 101 and Article 102 TFEU),⁹⁷ whilst in Case C-266/06 P *Degussa v.*

⁹⁵ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, pp 145-146.

⁹⁶ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 146; see ECtHR judgment of 10.02.1983 *Albert and Le Compte v. Belgium*, Application Nos 7299/75 and 7496/76, point 29.

⁹⁷ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 141; See also : ECJ judgment of 8.07.1999, Case C-235/92 P *Montecatini SpA v. Commission*, [1999] ECR I-4539, points 175 and 176; CFI judgment of 8.07.2004, joint cases T-67/00, T-68/00, T-71/00, T-78/00 *JFE Engineering Corp. v. Commission*, [2004] ECR II-2501, point 178. In the ECJ judgment of 8.07.1999, Case C-199/92 P *Hüls v. Commission*, [1999] ECR I-4287, according to Wils, ECJ also upheld that fines imposed by the Commission are also of criminal law character in the meaning of Article 6 ECHR.

Commission it did not hesitate to conduct reasoning in view of "criminal liability", referring to judgment C-266/06 P *Advocaten voor de wereld*, according to which the principle of legality of the sanction requires the legislation to clearly define both infringement and punishment.⁹⁸

A similar "technique" can be seen in the CFI case-law. Thus in its judgments on joint cases *Soda Ash*,⁹⁹ the CFI laid more emphasis on the *equality of arms* principle in proceedings before the European Commission, which in this case was expressed in the postulate that the Commission should not have a wider knowledge of the case file than the party charged with infringing the Community competition rules. According to Nehl, this approach suggests that the CFI has taken a different view on the character of the proceedings before the Commission than it used to have, so as a result all principles of a criminal trial should apply to such proceedings.¹⁰⁰ The CFI shared doubts expressed by applicants

⁹⁸ While the CFI withheld the reply to the question whether Article 7 ECHR should be applied to the assessment of fines imposed by the Commission pursuant to Article 15 (2) of Regulation 17/62. Within the meaning of the ECJ judgment of 22.05.2008, Case C-266/06 P *Degussa v. Commission*, [2008] ECR I-81, the principle of legality of penalties implies that legislation must define clearly offences and the penalties which they attract. That condition is met according to the ECJ judgment of 3.05.2007, Case C-303/05 *Advocaten voor de wereld*, [2007] ECR I-3633 in the case where the individual concerned is in a position, on the basis of the wording of the relevant provision and with the help of the interpretative assistance given by the courts, to know which acts or omissions will make him criminally liable (point 50 of the judgment), see A. MEIJ, *Scope of Judicial Review and Sanctions in Competition Cases* [in:] M. Bulterman, L. Hancher, A. McDonnell, H. Sevenster (ed.), *Views of European Law from the Mountain. Liber Amicorum Piet Jan Slot*, The Netherlands 2009, p. 182. See also: M. KRÓL-BOGOMILSKA, *Sposób określenia wysokości kar we wspólnotowym prawie ochrony konkurencji a zasada legalności z art. 7 EKPCz – glosa do wyroku SPI z 8.10.2008 r. (T-69/04) w sprawie Schunk GmbH oraz Schunk Kohlenstoff-Technik GmbH przeciwko Komisji*, EPS nr 6/2009, p. 47.

⁹⁹ CFI judgments of 29.06.1995, Cases T-30 –32/91 *Solvay v. Commission*, T-36 do 37/91 *ICI v Commission*, [1995] ECR II-1775, II-1775, II-1821, II-1825, II-1847, II-1901.

¹⁰⁰ P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, p. 57.

as to the Commission's objectivity and impartiality in examining the cases and questioned the presumed good faith of the Commission and the principle of non-application of Article 6 ECHR to Community antimonopoly proceedings.¹⁰¹ The CFI applied a similar technique in Case *Archer Daniels Midland*, where it stated that proceedings before the Commission should keep the standard of respecting Article 7 ECHR concerning the principle of legality.¹⁰²

3.2. The character of proceedings concerning the control of concentration

There has not been so far any case-law analysing the nature of concentration proceedings. Considering that they are conducted before the Commission as an EU administrative authority, which in this case issues decisions to permit or prohibit concentration, they undoubtedly have the character of administrative proceedings. Under such procedure it is possible for the European Commission to impose

¹⁰¹ P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, p. 57. According to this author, this is contrary to the established case-law of the ECJ and the CFI, which refuses the right to refer to Article 6 ECHR in the case of proceedings before the Commission as this authority cannot be considered to be a court. On the other hand, the ECJ itself imposed the burden of proof on the Commission in the judgment of 31.03.1993 Case C-89/85 *Woodpulp II*, [1993] ECR I-1307, adopting the principle *in dubio pro reo*.

¹⁰² CFI judgment of 27.09.2006, Case T-329/01 *Archer Daniels Midland v. Commission*, [2006] ECR II-3255, points 38-46; see also: CFI judgment of 5.04.2006, Case T-279/02 *Degussa v. Commission*, [2006] ECR II-897, points 66-69, 71-73; CFI judgment of 8.10.2008, Case T-69/04 *Schunk et Schunk Koblenstoff-Technik v. Commission*, [2008] ECR II-, points 28-29, 32-34; CFI judgment of 27.09.2006, Case T-43/02 *Jungbunzlauer v. Commission*, [2006] ECR II-3435, points 71-73, 75-81; and even the following ECJ judgments: ECJ judgment of 22.05.2008, Case C-266/06 P *Evonik Degussa v. Commission*, [2008] ECR I-81, points 38-40, 44-46; ECJ judgment of 28.06.2005, joint cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C-213/02 P *Dansk Rørindustri e.a. v. Commission*, [2005] ECR I-5425, points 202, 216-219, 222-224, 227-231.

fines on undertakings for failing to notify concentration or to meet conditions of concentration laid down in the Commission's decision. However, it is rather an exception to the rule in the Commission's practices. Only in the parts of the proceedings which concern fines of a dissuasive nature, similar to those discussed in the above-mentioned antimonopoly proceedings, an analysis of the nature of sanctions imposed by the Commission as quasi-criminal sanctions may be applicable.¹⁰³

To conclude the discussion about the character of the proceedings, even assuming that in both cases (proceedings concerning the infringement of Article 101 or Article 102 TFEU and proceedings concerning concentration) we deal with administrative proceedings, it should be remembered that the ECtHR holds that when exercising administrative powers public authorities can sometimes fall under the scope of application of Article 6 (1) ECHR, in order to prevent circumventing rights and guarantees contained in the ECHR only for the reason of the "qualification" of such proceedings under "national" law.¹⁰⁴ By analogy to the situation at EU level, it can be stated that the qualification itself as provided under EU legislative acts (excluding the criminal law character of the proceedings) is not sufficient.

¹⁰³ A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement...*, p. 29; W. WILS, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis*, World Competition nr 27/2004, p. 209; O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 600.

¹⁰⁴ After A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement...*, p. 24; Decision of the European Commission of Human Rights of 14.12.1978, Case *Kaplan v. United Kingdom*, Application No7598/76, point 150. In the ECtHR judgment of 23.06.1981, Case *Le Compte, Van Leuven and de Meyere v. Belgium*, Application Nos 6878/75 and 7238/75, point 45, ECtHR stated that the French concept of "contestatation" (*dispute*) should not be construed too technically and that it should be given a substantive rather than formal meaning, and thus Article 6 (1) ECHR should be applicable to all proceedings (whether judicial or administrative) which have a direct effect on the existence or the use of the rights.

In the light of the above case-law and argumentation it is justified to state that the proceedings before the European Commission must reflect the requirements of a fair trial, formulated in the case-law concerning Article 6 ECHR.

4. The sources of fundamental rights in EU competition proceedings

The Treaty on the Functioning of the European Union, similarly to the former Treaty Establishing the European Community, does not contain any general rules regulating proceedings before EU bodies, except for the courts. The only provision applicable in all proceedings before the bodies of the European Union is Article 296 TFEU (ex Article 253 TEC)¹⁰⁵ which provides that legal acts of EU institutions shall state the reasons on which they are based (including concrete and individual acts).¹⁰⁶ Procedural issues are regulated directly in secondary legislation acts concerning a given area of the European Union activity. However, being the sources of primary legislation, general principles of EU law are also applicable to proceedings before the bodies of the European Union.

¹⁰⁵ It should be noted that Advocate General Kokott has recently acknowledged that the Commission's duty is to state the reasons for its decisions not only on the basis of Article 253 TEC, but also Article 41 CFR expressing the right to good administration, cf. Opinion of Advocate General Kokott of 13.12.2007, Case C-413/06 P *Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v. Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), Sony BMG Music Entertainment BV and Commission*. In its judgment the ECJ did not refer to the CFR, but considered the claim of insufficient justification of the decision as an infringement of a general principle of EU law as well founded – ECJ judgment of 10.07.2008, Case C-413/06 *Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v. Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), Sony BMG Music Entertainment BV and Commission*, [2008] ECR I-4951, points 174-183.

¹⁰⁶ J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell 2006, p. 1186.

These principles are formulated mainly by the EU courts on the basis of common constitutional traditions of Member States and the provisions of international treaties binding on the Member States.¹⁰⁷ Some (not numerous) rights and guarantees established in the case-law of EU courts have been codified in secondary legislation acts (see below).¹⁰⁸

As results from the experience of EU courts documented by the case-law, undertakings invoke the rights or guarantees based on the following triad: the general principles of EU law, the European Convention of Human Rights, and more recently, the Charter of Fundamental Rights of the EU. References to each of these sources raise many judicial questions: in the case of general principles – ones concerning their "uncodified" nature; as to the ECHR – because it is not directly a source of EU law; while as to the CFR, because of its earlier non-binding character (before the Treaty of Lisbon came into force). Apart from that, the conceptual scope of individual principles and rights, which stem from different sources, is not quite clear, in particular whether it is the same in each case.

EU courts tend to repeat relevant parts of their earlier decisions in their judgments, if the former contain "constitutional" aspects. The courts very widely refer to some principles, however, without defining their meaning and scope. This technique, argues Nehl, contributes to "legal uncertainty" rather than to developing consistent rules of EU administrative procedure.¹⁰⁹ Considering the said nature of the Convention and the CFR, EU courts,

¹⁰⁷ T. K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 403.

¹⁰⁸ Cf., more precisely, below: the point concerning the catalogue of guarantees and rights. E.g. Article 20 (8) of Regulation 1/2003, which specified the role of national courts in giving authorisation for inspections the Commission requested from national authorities, is codified in the ECJ judgment of 22.10.2002, Case C-94/00 *Roquette*, [2002] ECR I-9011, while the second sentence in recital 23 of the preamble of Regulation 1/2003 is confirmed in the case-law concerning the *Orkem* case with regard to self-accusation.

¹⁰⁹ P. H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, p. 35, cited: M. P. CHITI, *The Role of the European Court of Justice in the Development of General Principles and their possible Codification*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1995, p. 664.

in reply to the party's reference to a specific right or principle expressed in the CFR or the Convention, often share the position contained, but they do not refer to the legal acts referred to but to the general rules of EU law, somehow "substituting" the source of the principle or right.¹¹⁰

4.1. General principles of law

Article 6 (3) of the Treaty on the European Union (hereinafter referred to as TEU) stipulates that the Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and ones resulting from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Union law.¹¹¹ This provision codifies the established opinion expressed in the abundant case-law of the ECJ dating to as early as the 1970s, according to which general principles constitute a part of the primary law of the European Communities.¹¹² These general principles

¹¹⁰ This tendency to refer to the CFR see: K. KOWALIK-BAŃCZYK, *Karta Praw Podstawowych UE a wspólnotowe postępowanie antymonopolowe – w kierunku „sprawiedliwości administracyjnej”* [in:] J. Maliszewska-Nienartowicz (ed.), *Organizacja i funkcjonowanie Unii Europejskiej. Zagadnienia wybrane*, Toruń 2009, p. 123 et al.

¹¹¹ J. GERKRATH, *Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne?*, R.A.E.-L.E.A. No 1/2006, p. 31.

¹¹² About the development of the protection of human rights in the EC – N. FRANGAKIS, *Human Rights and European Integration. From the European Convention on Human Rights to the Charter of Fundamental Rights of the European Union* [in:] G. Vandersanden, A. De Walsche (ed.), *Melanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Vol. I, Bruxelles 2003, p. 191, see e.g.: the ECJ judgment of 12.11.1969, Case 29/69 *Stauder v. Stadt Ulm*, [1969] ECR 419; the ECJ judgment of 17.12.1970, Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, [1970] ECR 1125; the ECJ judgment of 14.05.1974, Case 4/73 *Nold v. Commission*, [1974] ECR 491; the ECJ judgment of 28.10.1975, Case 36/75 *Rutili v. Minister of the Interior*, [1975] ECR 1219 or the ECJ judgment of 13.12.1979, Case 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, [1979] ECR 3727.

include those constituting the canons of democratic states of the rule of law, such as the principle of legal certainty, the principle of protection of legitimate expectation, the principle of proportionality, the principle of equality and procedural principles.¹¹³ It follows from the case-law of the EU courts that fundamental rights also form a part of the general principles of EU law¹¹⁴ and the EU courts safeguard the compliance with such principles.¹¹⁵ The fact that general principles form a part of primary law causes that any incompliance of provisions of secondary law with these principles must be resolved in such a manner that these inconsistent provisions will not be applied in the given circumstances.

Thus general principles constitute non-statutory law and consist of an "open" catalogue of rights. It is up to the courts to "identify" which principles (rights) belong to them and the scope in which they should be applied to assess the conduct of EU institutions or of Member States when implementing EU law.¹¹⁶ Until the Lisbon Treaty came into force they had been the only formally acceptable source of fundamental rights (see below). Due to the "discretionality" and "openness" in formulating

¹¹³ S. BIERNAT, *Źródła prawa Unii Europejskiej*, [in:] J. Barcz (ed.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warsaw 2003, p. 186. The author seems to make a division into two separate groups of principles: the canons of the legal state and fundamental rights. It can be considered that this reflects the division into "principles" and "rights" under the CFR, however this is by no means an unambiguous distinction. In my view this distinction definitely cannot be considered disjunctive.

¹¹⁴ CFI judgment of 14.12.2005, Case T-210/01 *General Electric v. Commission*, [2005] ECR II-5575, point 725: French. *les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont le juge communautaire assure le respect.*

¹¹⁵ ECJ judgment of 6.03.2001, Case C-274/99 P *Connolly v. Commission*, [2001] ECR I-1611, point 37.

¹¹⁶ B. DE WITTE, *Le rôle passé et futur de la Cour de justice des Communautés européennes dans la protection des droits de l'homme* [in:] P. Alston (ed.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles 2001, p. 895 et al.; J. PLANAVOVA-LATANOWICZ, *Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i ochrona praw podstawowych*, Warsaw 2000, p. 20.

principles the scope of actual legal protection which could be derived from those principles remained unclear.¹¹⁷ On the other hand, due to the nature of general principles derived from Article 6 TEU, even after the Lisbon Treaty came into force and the ensuing CFR becoming a primary legislation act enabling the EU to accede to the European Convention on Human Rights, the possibility to refer to general principles of law forms a kind of "safety net" to be used for the protection of fundamental rights where no other instrument available is sufficient.¹¹⁸

4.2. The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms¹¹⁹

The first references to the European Convention on Human Rights in ECJ case-law appeared after all then EC Member States became parties to the Convention.¹²⁰ On the one hand, the ECJ clearly stated that in order to guarantee fundamental rights enshrined in the ECHR it is necessary for Community courts take into account the case-law of the European Court of Human Rights, while on the other hand, the ECJ has never acknowledged that the Convention is a direct source of EU law. Community courts could not directly assess the legality of

¹¹⁷ C. MIK, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, Vol. I, Warsaw 2000, p. 439.

¹¹⁸ The expression "safety net" (French: *filet de sécurité*) is used by J. GERKRATH, *Les principes généraux du droit...*, p. 43.

¹¹⁹ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms opened for signature in Rome on 4 November 1950, as amended by Protocol No 11, which entered into force on 1 November 1998; the text of the Convention was published in the Journal of Laws No 61 of 1993, item 284, while the text of Protocol 11 was published in the Journal of Laws No 147 of 1998, item 962.

¹²⁰ N. FRANGAKIS, *Human Rights and European Integration...*, p. 191, see: ECJ judgment of 28.10.1975, Case 36/75 *Rutili v. Minister of the Interior*, [1975] ECR 1219.

activities of the European Commission (or other EC institutions) in the light of the ECHR, considering that the provisions of the Convention did not belong to EU law.¹²¹ Consequently, the ECHR and the case-law of the European Court of Human Rights based on it only served as guidelines for Community courts on how to understand fundamental rights belonging to the "general principles of Community law" (presently general principles of EU law) and thus constituting an integral part of Community law (presently EU law).¹²²

Thus, when reviewing the legality of Community acts, Community courts did not directly apply the principles contained in the Convention. The European Court of Human Rights case-law was binding neither on the European Commission, the CFI¹²³ nor the ECJ.¹²⁴ No right to appeal to the ECtHR from the European Commission decisions is granted to the parties.¹²⁵ As indicated above, attempts to "circumvent" this by suing all the Member States at the ECtHR on the grounds of infringement

¹²¹ The CFI judgment of 20.02.2001, Case T-112/98 *Mannesmannröhren-Werke v. Commission*, ECR 2001, p. II-729, point 59; the CFI judgment of 14 May 1998, Case T-347/94 *Mayr-Melnhof v. Commission*, ECR 1998, p. II-1751, point 311; the CFI judgment of 8.07.2008, Case T-99/04 *AC Treuband v. Commission*, [2008] ECR II-1501, point 45: "the Court has no jurisdiction to assess the lawfulness of an investigation under competition law in the light of provisions of the ECHR, inasmuch as those provisions do not as such form part of Community law."

¹²² The ECJ opinion of 28.03.1996, Case 2/94, [1996] ECR I-1759, point 33; the ECJ judgment of 29.05.1997, Case C-299/95 *Kremzow*, [1995] ECR I-2629, point 14; the ECJ judgment of 15.05.1986, Case 222/84 *Johnston*, [1986] ECR 1651, point 18.

¹²³ CFI stressed several times that the Convention cannot be directly applicable: the ECJ judgment of 15.10.2002, joint cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P do C-252/99 P and C-254/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. v. Commission*, [2002] ECR I-8375, point 448; CFI judgment of 14.05.1998, Case T-347/94 *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft v. Commission*, [1998] ECR II-1751, points 311-312; CFI judgment of 20.02.2001, Case T-112/98 *Mannesmannröhren-Werke v. Commission*, [2001] ECR II-729, points 59-60.

¹²⁴ The ECJ judgment of 29.10.1980, joint cases 209-215 and 218/78 *Fedetab v. Commission*, [1980] ECR 3125, points 79-81; ECJ judgment of 7.06.1983, joint cases 100 to 103/80 *Pioneer v. Commission*, [1983] ECR 1825, points 7-9.

¹²⁵ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 138.

of the ECHR by Community institutions have yet given no results.¹²⁶ Nevertheless the EU courts very often refer to the ECHR. In Case *Hüls*¹²⁷ the ECJ referred to two judgments of the ECtHR concerning the concept of the "criminal" case within the meaning of the ECHR, to state that the presumption of innocence as provided in Article 6 (2) ECHR is applicable in proceedings on the infringement of Article 81 or Article 82 TEC [presently Article 101 and Article 102 TFEU], which can lead to imposition of financial penalties. In Case *LVM*,¹²⁸ concerning, *inter alia*, the right to non-self-incrimination, the ECJ confirmed that the development of ECtHR case-law since Case *Orkem* must be taken into account by Community courts.¹²⁹ As a result of the EU obligation to accede to the ECHR as provided in Article 6 (2) TEU of 1 December 2009, after this condition is met the Convention becomes a "legitimate" source of fundamental rights for undertakings involved in proceedings before the European Commission. It cannot be said, however, when and on what terms the European Union will be a party to the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms.¹³⁰

¹²⁶ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 139 – see the case before the ECtHR – ECtHR decision of 10.03.2004 *Senator Lines v Austria and other EU Member States*, Application No 56672/2000, in which the plaintiff sued all Member States for infringements committed by the European Commission. The case has been considered "pointless" by ECtHR, after the CFI annulled a fine imposed by the Commission in the CFI judgment in Cases T-191/98, T-212/98 to 214/98 *Atlantic Container Line AB v. Commission*, [2003] ECR II-3275.

¹²⁷ The ECJ judgment of 8.07.1999, Case C-199/92 P *Hüls v. Commission*, [1999] ECR I-4287, points 149-150. Cf. the ECtHR decision of 3.06.2004 *OOO Nesté St Petersburg et al. v. Russia*, Application Nos 69042/01, 69050/01, 69054/01-69056/01, 69058/01. O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 572.

¹²⁸ The ECJ judgment of 15.10.200, joint cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P and C-254/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. v. Commission*, [2002] ECR I-8375, point 274.

¹²⁹ The ECJ judgment of 18.10.1989, Case 374/87 *Orkem v. Commission*, [1989] ECR 3283; W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, p. 17.

¹³⁰ Documents concerning these issues are very general so far, cf. reference 15.

4.3. The Charter of Fundamental Rights of the EU

The Charter of Fundamental Rights of the European Union was proclaimed for the first time by the then EC institutions (the Commission, the Council and the European Parliament) in Nice on the 7th of December 2000 and renewed in December 2007.¹³¹ Until the 1st of December 2009 the Charter of Fundamental Rights did not have a binding legal effect equivalent to primary law, as it only constituted an interinstitutional agreement, binding on the European Commission, the Council of the EU and the European Parliament. The Treaty of Lisbon incorporated it into the catalogue of EU primary legislation acts and from the moment of its entry into force it became a legally binding act.¹³² Earlier the CFR was only a "source of knowledge" about fundamental rights guaranteed by the Community legal order,¹³³ which indicated their "importance".¹³⁴

The CFR confirms first of all the rights which exist under common constitutional traditions of Member States and international commitments of Member States, in particular the ECHR. Pursuant to Article 52 (3) CFR, the rights contained in this Charter which correspond to the rights guaranteed by the ECHR, shall have the same meaning and

¹³¹ OJ C 364 of 18.12.2000, p. 1. Proclaimed again in OJ C 303 of 14.12.2007, p. 1. More about the CFR: R. ALONSO GARCIA, *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, European Law Journal No 4/2002, Vol. 8, p. 492; K. KAŃSKA, *Towards Administrative Human Rights in the EU Impact of the Charter of Fundamental Rights*, European Law Journal No 3/2004, Vol. 10, p. 296.

¹³² OJ C 83 EU of 30.03.2010, p. 389.

¹³³ In this way: the ECJ judgment of 27.06.2006, Case C-540/03 *Parliament v. Council* ("family reunification"), ECR 2006, p. I-5769, point 38; ECJ judgment of 13.03.2007, Case C-432/05 *Unibet*, ECR, 2007, p. I-2271, point 37; cf. also the preamble to the CFR.

¹³⁴ The CFI judgment of 15.01.2003, joint cases T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 and T-272/01 *Philip Morris International et al. v. Commission*, ECR 2003, p. II-1, point 122.

scope as those the rights laid down by the said Convention. This provision, however, "shall not prevent Union law providing more extensive protection", by which it should be understood that the ECHR and its interpretation so far guarantee a minimum standard of the protection of fundamental rights in the European Union.¹³⁵ Not only does the CFR contain the provisions which reflect those contained in the Convention (and, according to Article 52 (3) CFR, should be similarly interpreted), but also new regulations which go beyond the scope of application of the ECHR. A particularly important provision is contained in Article 41 which establishes the right to good administration. It is different from more specific rights laid down in Article 47 and Article 48 CFR, which reflect the content of Article 6 ECHR.¹³⁶

Interestingly, before the Lisbon Treaty entered into force, the CFR was a legal act applicable only to a limited extent, as, in antimonopoly cases, the European Commission was obliged to respect its provisions for two reasons: firstly, considering that on the 7th of December 2000 it committed itself to respecting the CFR and legal standards contained therein; and secondly, considering that in the preambles of regulations concerning Commission proceedings in competition cases there are provisions which require that these acts should be "interpreted and applied according to principles and rights" contained in the CFR.¹³⁷ It was not sure, however, if the CFR could be directly applied against national competition authorities in national

¹³⁵ P. LEMMENS, *The Relation between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention of Human Rights – Substantive Aspects*, Maastricht Journal of European and Comparative Law No 8/2001, p. 54. See the ECtHR judgment of 18.02.1999 *Matthews v. United Kingdom*, Application No 24833/94; the ECtHR judgment of 30.06.2005 *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland* Application No 45036/98; more about to the latter cf.: A. HINAREJOS PARGA, *Bosphorus v. Ireland and the protection of fundamental rights in Europe*, European Law Review No 2/2006, Vol. 31, p. 251.

¹³⁶ P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, p. 630.

¹³⁷ See recital 37 of the preamble of Regulation No 1/2003 and recital 36 of the preamble of Regulation No 139/2004.

proceedings, in which Article 101 or Article 102 TFEU was applied, on the basis of Regulation 1/2003.¹³⁸ An argument for this can be found in Article 51 (1) CFR, which provides that "the provisions of this Charter are addressed to (...) the Member States only when they are implementing Union law."

So far, the ECJ has not referred directly to the CFR; it refused to do it even when it was the direct subject of a prejudicial question.¹³⁹ It should be noted that the CFR referred to the Convention to illustrate the development of the legal situation since the time of adopting the ECHR.¹⁴⁰ However, Advocates General did refer to the CFR (in her opinion on Case *FEG* Advocate General Kokott stated that "the Charter of Fundamental Rights (...) must be taken into account in cartel proceedings"),¹⁴¹ as well as from time to time the CFI¹⁴²

The Charter itself does not contain a definitive catalogue of rights, and many of the rights enshrined in it are not specifically defined.¹⁴³ Similarly to "the general principles of EU law", the question arises what can be considered a "right" and what a "principle", an issue of a great importance for the

¹³⁸ As suggested by Article 51 (1) CFR; P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, p. 630.

¹³⁹ The ECJ judgment of 12.05.2005, Case C-347/03 *ERSA v. Ministero Delle Politiche Agricole e Forestali*, [2005] ECR I-3785. See P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, p. 629.

¹⁴⁰ The ECtHR judgment of 11.07.2002, *Goodwin v. United Kingdom*, Application No 28957/95, point 100. P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, p. 629.

¹⁴¹ Opinion of the Advocate General, Case C-105/04 P *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. Commission*, [2006] ECR I-8725, point 59.

¹⁴² The CFI judgment of 12.10.2007, Case T-474/04 *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH v. Commission* (organic peroxides), [2007] ECR II-4225, points 75-77; the CFI judgment of 5.04.2006, Case T-279/02 *Degussa AG v. Commission* (methionine cartel), [2006] ECR 2006 II-897, point 115.

¹⁴³ A. YOUNG, *The Charter, Constitution and Human Rights: is this the Beginning or the End for Human Rights Protections by Community Law?*, European Public Law No 2/2005, p. 233. I. Kamiński notes the diversity and different character of rights contained in the CFR, talking of an "inflation" of human rights in this document: I. C. KAMIŃSKI, *Karta Praw Podstawowych jako połączenie praw i zasad – strukturalna wada czy szansa?*, [in:] A. Wróbel (ed.), *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, Warsaw 2009, p. 39.

possibility to enforce relevant provisions of the Charter.¹⁴⁴ As noted by I.C. Kamiński, some provisions of the CFR can be considered of "hybrid" nature (providing, *inter alia*, the example of the right to good administration).¹⁴⁵

4.4. Fundamental rights in case-law concerning competition law – an outline

For a long time the main goal of the European Commission's activities in competition law was to introduce trade exchange and the interpenetration of particular markets of the Member States. The Commission's activity in this area was not only uncontroversial but was also supported in the ECJ case-law. However, the 1970s saw the first cases in which the strong position of the Commission as a body having full control over the enforcement of competition law was questioned by the Community's courts. The first judgment in which the ECJ dealt with general principles of fair proceedings before the Commission was the case of 1974 *Transocean Marine*,¹⁴⁶ in which Advocate General Warner put forward in his opinion a thesis that the administrative body must make it possible for an undertaking to be heard before an unfavourable decision is given, even if it does not result directly from the provisions of law. The ECJ agreed with the opinion of the Advocate General that the right to be heard is a general principle of Community law.¹⁴⁷

¹⁴⁴ C. HILSON, *Rights and Principles in EU Law: A Distinction Without Foundation?*, MJ No 2/2008, p. 193.

¹⁴⁵ I. C. KAMIŃSKI, *Karta Praw Podstawowych jako połączenie ...*, p. 44.

¹⁴⁶ The ECJ judgment of 23.10.1974, Case 17/74 *Transocean Marine Paint Association v. Commission*, [1974] ECR 1063.

¹⁴⁷ T. K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, pp. 403-404; See. J. SCHWARZE, *European Administrative...*, p. 1192. In that judgment the ECJ stated that the right to a hearing is a general principle of Community law. Similarly: the ECJ judgment of 13.02.1979, Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v. Commission*, [1979] ECR 461; the ECJ judgment of 7.06.1983, joint cases 100-103/80 *Musique Diffusion française*, [1983] ECR 1825, points 9-10; the ECJ judgment of 9.11.1983, Case 322/81 *Michelin v. Commission*, [1983] ECR 3461, point 7; the CFI judgment of 10.03.1992, Case T-11/89 *Shell v. Commission*, [1992] ECR II-757, points 39-40.

Similarly, in Case *AM&S*,¹⁴⁸ the ECJ dismissed the Commission's position in which it stated that the exclusive basis of its activity consisted of the rules enshrined in the Treaty and in Regulation 17/62 which was binding at that time. It also stated that some standards of behaviour adopted in Member States should be taken into account.

These judgments gave rise to a series of complaints in which undertakings questioned procedural approaches used in proceedings before the Commission. They have led to many judgments concerning the rights of defence.¹⁴⁹ This concept is derived from the French concept of *droits de la defence*,¹⁵⁰ and encompasses the body of rights to participate in administrative proceedings and to access to information which should be granted to an entity whose legal situation is influenced by the activities of administration.¹⁵¹ Rights of defence exist in all Member States, but they have different forms.¹⁵² On the grounds of judicial proceedings similar guarantees are given by the right to a fair trial. Both the rights of defence and to a fair trial belong to the catalogue of fundamental human rights.¹⁵³

¹⁴⁸ 155/79 *AM&S v. Commission*, [1982] ECR 1575.

¹⁴⁹ D. EDWARD, *Quality Control of Competition Decisions*, [in:] A. Butterman, L. Hancher, A. McDonnell, H. Sevenster, *Views of European Law from the Mountain. Liber Amicorum Piet Jan Slot*, Netherlands 2009, p. 145.

¹⁵⁰ It plays a similar role in the *common law* principle of *natural justice*, in Ireland – *constitutional justice*, in the United States *due process*, after: T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, pp. 404-405.

¹⁵¹ J. SCHWARZE, *European Administrative...*, pp. 1197, 1243.

¹⁵² J. SCHWARZE, *European Administrative...*, p. 1244. A study of solutions in different Member States – see pp. 1245-1320.

¹⁵³ They are considered fundamental human rights by: M. HILD, G. CIEŚLA, E. PACHE, *Rights vis-à-vis the Administration at the Community Level*, [in:] A. Cassesse, A. Clapham, J. Eciler (ed.), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, vol. II, EUI Florence 1991, pp. 455-457; after: T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. lvi.

The ECJ, and later also the CFI, have developed the doctrine of the rights of defence to be respected in every proceedings which may result in sanctions imposed on the party involved.¹⁵⁴ Such proceedings are considered to be those instituted on the grounds of Article 101 and Article 102 TFEU. Detailed presentation of all issues connected with respecting this right would go beyond the scope of this paper. It should be noted, however, that the right of defence, next to (1) the right to be heard,¹⁵⁵ comprises also (2) the *legal*

¹⁵⁴ Even if it refers to an administrative procedure, see: the CFI judgment of 14.05.1998, Case T-308/94 *Cascades v. Commission*, [1998] ECR II-925, point 39; the CFI judgment of 14.05.1989, Case T-348/94 *Enso Española*, [1998] ECR II-1875, point 80; the CFI judgment of 11.12.2003, Case T-59/99 *Ventouris v. Commission*, [2003] ECR II-5257, points 117-118; the CFI judgment of 11.12.2003, Case T-65/99 *Strintzis Lines Shipping v. Commission*, [2003] ECR II-5433, points 37-38; the CFI judgment of 11.12.2003, Case T-66/99 *Minoan Lines v. Commission*, [2003] ECR II-5515, points 47-48; the ECJ judgment of 15.10.2002, joint cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P do C-252/99 P and C-254/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. v. Commission*, [2002] ECR I-8375, points 85-87, 114, 118, 122, 126; the ECJ judgment of 9.07.2009, Case C-511/06 P *Archer Daniels Midland Co. v. Commission*, available at: www.curia.eu; P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, pp. 72-73; About development and specification of rights for defence: c. HARDING, J.M. JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe: A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford 2003, chapter 7.

¹⁵⁵ The ECJ judgment of 23.10.1974, Case 17/74 *Transocean Marine Paint v. Commission*, [1974] ECR 1063; the ECJ judgment of 13.02.1979, Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v. Commission*, [1979] ECR 461; the ECJ judgment of 26.06.1980, Case 136/79 *National Panasonic v. Commission*, [1980] ECR 2033, point 21, the CFI judgment of 14.05.1998, Case T-352/94 *Mo och Domsjö v. Commission*, [1998] ECR II-1989, points 63, 73-74; the ECJ judgment of 14.07.2005, Case C-65/02 P *ThyssenKrupp v. Commission*, [2005] ECR I-6773, point 92; the ECJ judgment of 25.01.2007, Case C-407/04 P *Dalmine v. Commission*, [2007] ECR I-829, point 44. More see: J. SCHWARZE, *European Administrative...*, p. 1324 and literature cited, also p. 1237; P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, pp. 70-99; T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 114.

professional privilege, that is the protection of a privileged nature of the relation between the client and the lawyer,¹⁵⁶ (3) the privilege against

¹⁵⁶ The debate on this issue was opened by the ECJ judgment of 4.02.1981, Case 155/79 *AM & S Europe Limited v. Commission*, [1982] ECR 1575, point 27; see also recently: the CFI judgment of 17.09.2007, Case T-125/03 *AKZO Nobel Chemicals Ltd and Ackros Chemicals Ltd v. Commission*, [2007] ECR II-3523. C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 158; on this subject also see the ECtHR judgment of 25.03.1992. *Campbell v. United Kingdom*, Application No 13590/88; A. ANDREANGELI, *Joined Cases T-125/03 and 253/03, AKZO Nobel Chemicals Ltd v Ackros Chemicals Ltd v. Commission, Judgment of 17 September 2007, not yet reported (under appeal)*, EBLR 2008, p. 1141; J. BUHART, *La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne*, JTDE No 116/2005, pp. 33-39, W.P.J. WILS, *Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, World Competition No 26/2003, pp. 567-588; J. FENNELLY, *Lawyers and Employed Lawyers: the Application of Legal Professional Privilege*, Irish Business Law No 1/1998, p. 2; J. CARR, *Should In-House Lawyers have Lawyer-Client Privilege?*, International Business Lawyer nr 24/1996, p. 522; T. CHRISTOFOROU, *Protection of Legal Privilege in EEC Competition Law: The Imperfections of a Case*, Fordham International Law Journal No 9/1985-86, p. 1; E. GIPPINI FOURNIER, *Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: beyond the cursory Glance*, Fordham International Law Journal No 28/2005, p. 967; B. VESTERDORF, *Legal Professional Privilege and the Privilege against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues*, [in:] B.E. Hawk (ed.), *International Antitrust Law and Policy: Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York 2005, p. 701; G. MURPHY, *Is it Time to rebrand legal professional privilege in EC Competition Law*, E.C.L.R. No 3/2009, pp. 125-136. W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, p. 19, is critical about the attempts to extend the *legal privilege* to in-house lawyers. This author also notes that the Economic and Monetary Committee of the European Parliament has submitted an amendment to the proposal for Resolution 1/2003 proposing the *legal privilege* for in-house lawyers, however it was rejected by the EP in a vote in which the results were 404 against and 69 for. The same author notes that in only 4 Member States in-house lawyers are covered by the *legal professional privilege*, that is in Belgium, Greece, Ireland and the United Kingdom, p. 20. It should be stressed that in some Member States correspondence with in-house lawyers is protected: in the United Kingdom, Ireland, Spain and Germany, and as a result the review by the Commission or an authority of another Member State may encounter problems as far as the scope of the review in these countries and the scope of secrecy protected. There can also be a different problem – whether the authorities of Member States can use the body of evidence acquired by violating binding rules – see C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 158; G. TURNO, *Ciąg dalszy sporu o zakres zasady legal professional privilege – glosa do wyroku CFI z 17.09.2007 r. w połączonych sprawach T-125/03 oraz T-253/03 Akzo Nobel Chemicals Ltd i Akros Chemicals Ltd przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, EPS No 6/2008, p. 43.

self-incrimination,¹⁵⁷ (4) the right to appoint a professional representative/the right to legal advice,¹⁵⁸ (5) the right to respect for confidential character of some information and documents,¹⁵⁹ (6) the right to the protection of privacy,¹⁶⁰ (7) the right of access to

¹⁵⁷ Chiefly the ECJ judgment of 18.10.1989, Case 374/87 *Orkem v. Commission*, [1989] ECR 3283, points 28-31; the CFI judgment of 8.03.1995, Case T-34/93 *Société Générale v. Commission*, [1995] ECR II-545, points 73-74; the CFI judgment of 20.04.1999, joint cases T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 and T-335/94 *LVM v. Commission*, [1999] ECR II-931, points 445-447, 449; the ECJ judgment of 25.01.2007, Case C-407/04 P *Dalmine v. Commission*, [2007] ECR I-829, points 34-35; the judgment of 7.01.2004, joint cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P *Aalborg Portland e.a. v. Commission*, [2004] ECR I-123, points 65, 207-208; cf. also recital 23 of the preamble of Regulation 1/2003. See: T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 100 et al. O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 562. K. DEKEYSER, C. GAEUR, *The New Enforcement System for Articles 81 and 82 and the Rights of Defence*, [in:] B.E. Hawk (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York 2005, pp. 558-559; P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, pp. 639-640; G. TURNO, *Prawo odmowy przekazania...*, p. 34 says about the "freedom of self-accusation".

¹⁵⁸ The ECJ judgment of 21.09.1989 in joint cases 46/87 and 227/88 *Hoechst v. Commission*, [1989] ECR 2859, point 16, the ECJ judgment of 17.10.1989, Case 85/87 *Dow Benelux v. Commission*, [1989] E.C.R. 3137, point 27, and, regarding a natural person – the ECJ judgment of 17.12.1981, Case 115/80 *Demont v. Commission*, [1981] ECR 3147, point 11; T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 108 et al.

¹⁵⁹ The ECJ judgment of 25.01.2007, Case C-407/04 P *Dalmine v. Commission*, [2007] ECR I-829, points 46-48; the ECJ judgment of 25.01.2007, Case C-411/04 P *Salzgitter Mannesmann v. Commission*, [2007] ECR I-959, points 40-44; the CFI judgment of 12.10.2007, Case T-474/04 *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse v. Commission*, [2007] ECR II-4225, point 78; T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 110; R. CARLTON, J. LAWRENCE, M. MCELECE, *Confidentiality and Disclosure in European Commission Antitrust Proceedings — The Case For Clarity*, *European Competition Journal* No 2/2008, p. 401.

¹⁶⁰ Giannakopoulos distinguishes the right to the protection of privacy with regard to documents and the right of protection of privacy in the case of property (household inviolability), see T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 94 et al.

case files¹⁶¹ and (8) the right to use one's own language by the entity accused of infringement.¹⁶² With respect to proceedings on the control of concentration, procedural rights of undertakings participating in the proceedings are practically identical,¹⁶³ while the EU courts also very often refer to the general rights of defence.¹⁶⁴

Thus, it can be seen that the judicature has developed a system of protection of rights of undertakings participating in proceedings before the Commission, chiefly of a procedural nature and the body of case-law has been partly adopted by the European legislator in secondary legislation acts. However, there are still doubts about what rights, to what extent and on what legal basis, should be protected in the EU competition proceedings.

¹⁶¹ The ECJ judgment of 2.10.2003, Case C-194/99 P *Thyssen Stahl v. Commission*, [2003] ECR I-10821, points 30-31; the CFI judgment of 15.03.2000, Case T-25/95 *Cimenteries CBR et al v. Commission*, [2000] ECR II-508, point 142. About history, P.H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, pp. 43-69..., treating this right as part of the right to defence. See also: N. COUTRELIS, *La pratique de l'accès au dossier en droit communautaire de la concurrence : entre droits de la défense et confidentialité*, Concurrences No 2/2006, pp. 66-78; S. WHITE, *Rights of Defence in Administrative Investigations : Access to File in EC Investigation*, Review of European Administrative Law nr 1/2009, pp. 57-69.

¹⁶² T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 186 et al.; J. SCHWARZE, *European Administrative...*, p. 1212 et al.

¹⁶³ Giannakopoulos formulates a separate catalogue of rights of companies which participate in such proceedings, but he states that these rights are similar to those which apply to antimonopoly proceedings; p. 191 et al. However, he notes that three parties are involved in antimonopoly proceedings initiated on the basis of a complaint by a third party (the Commission, undertakings suspected of infringing Article 81 or Article 82 TEC and the applicant). In proceedings concerning the control of concentration, by definition, two parties participate in the proceedings (the Commission and the notifying undertaking) – T.K. GIANNAKOPOULOS, *Safeguarding Companies' Rights...*, p. 401.

¹⁶⁴ E.g. see the CFI judgment of 14.12.2005, Case T-210/01 *General Electric v. Commission*, [2005] ECR II-5575.

4.5. Rights "codified" in secondary legislation in force

Secondary legislation in force concerning competition law contains the codification of some rights of undertakings which were earlier specified in ECJ case-law. Thus, recital 32 in the preamble to Regulation 1/2003 states that "The undertakings concerned should be accorded the right to be heard by the Commission, third parties whose interests may be affected by a decision should be given the opportunity of submitting their observations beforehand, and the decisions taken should be widely publicized. While ensuring the rights of defence of the undertakings concerned, in particular, the right of access to the file, it is essential that business secrets be protected. The confidentiality of information exchanged in the network should likewise be safeguarded." This premise is then implemented in Article 27 of Regulation 1/2003. The provision in paragraph 1 guarantees the undertakings or associations of undertakings which are the subject of the proceedings conducted by the Commission the opportunity of being heard on the matters to which the Commission has taken objection, while providing that the Commission shall base its decisions only on objections on which the parties concerned have been able to comment. Further Article 27 (2) provides that the rights of defence of the parties concerned shall be fully respected in the proceedings, so they shall be entitled to have access to the Commission's file, subject to the legitimate interest of undertakings in the protection of other undertakings' business secrets. The right of access to the file shall not extend to confidential information and internal documents of the Commission or the competition authorities of the Member States. In particular, the right of access shall not extend to correspondence between the Commission and the competition authorities. Regarding the exchange of information between the Commission and national competition authorities Article 12 (3) of Regulation 1/2003 provides that "information exchanged pursuant to paragraph 1 can only be used in evidence to impose sanctions

on natural persons where: the law of the transmitting authority foresees sanctions of a similar kind in relation to an infringement of Article 81 or Article 82 of the Treaty” (presently Article 101 or 102 TFEU), or, in the absence thereof, where ”the information has been collected in a way which respects the same level of protection of the rights of defence of natural persons as provided for under the national rules of the receiving authority.”¹⁶⁵

Regulation 139/2004 in its recital 37 in the preamble provides further that ”The undertakings concerned must be afforded the right to be heard by the Commission when proceedings have been initiated”; the same refers to ”third parties” concerned. The preamble also refers to the prohibition of self-accusation, as recital 41 reads: ”When complying with decisions of the Commission, the undertakings and persons concerned cannot be forced to admit that they have committed infringements, but they are in any event obliged to answer factual questions and to provide documents, even if this information may be used to establish against themselves or against others the existence of such infringements.” Article 18 (1) of Regulation 139/2004 provides that ”Before taking any decision (...) the Commission shall give the persons, undertakings and associations of undertakings concerned the opportunity, at every stage of the procedure up to the consultation of the Advisory Committee, of making known their views on the objections against them”, while paragraph 3 of the same Article contains the reservation that ”the Commission shall base its decision only on objections on which the parties have been able to submit their observations.” Regarding other elements of the right of defence, Article 18 (3) of Regulation 139/2004 provides that ”Access to the file shall be open at least to the parties directly involved, subject to the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets”.

¹⁶⁵ While Article 12 (3) of Regulation 1/2003 *in fine* provides that ”in this case, the information exchanged cannot be used by the receiving authority to impose custodial sanctions”.

The comparison of the catalogue of rights derived by EU courts from the "general principles of Union law" still goes far beyond the rights that have been codified in secondary legislation.

5. Consequences of decentralisation of enforcement of EU competition law for legal protection of undertakings

As mentioned earlier, the judicature has developed a system of protection of rights of undertakings participating in proceedings before the Commission, chiefly of a procedural nature. The case-law has been partly adopted by the European legislator in secondary legislation acts. This does not mean, however, that following those development, the doubts as to the scope and the legal basis of rights that should be protected in EU competition proceedings have finally disappeared. Particular problems are born as a result of the decentralisation of the enforcement of EU competition law, in view of the need to apply Article 101 or Article 102 TFEU (Article 4 and 5 of Regulation 1/2003) by national competition authorities.¹⁶⁶

The reform of competition law made it possible to conduct concurrent national and EU proceedings in which national competition authorities apply the same norms of EU substantive law, while using different procedural rules, national catalogues of penalties and different

¹⁶⁶ C. LEMAIRE, J. GSTALTER, *The Silent Revolution Beyond Regulation 1/2003*, GCP The Online Magazine for Global Competition Policy, Oct/2008, p. 1, available at: www.globalcompetitionpolicy.org; T. VON DANWITZ, *La protection des droits fondamentaux lors de la mise en oeuvre décentralisée du droit communautaire de la concurrence*, *Concurrences* No 4/2008, pp. 31-38; F. RIZZUTO, *Parallel Competence and the Power of the EC Commission under Regulation 1/2003 according to the Court of First Instance*, E.C.L.R. No 5/2008, pp. 286-297.

standards of legal protection.¹⁶⁷ To ensure a uniform application of EU law, national competition authorities should not only respect the provisions of national law, but also adjust themselves to (still vague) requirements concerning the legal protection of undertakings.

Regulation 1/2003 changed the method of enforcing EU competition law insofar as it made the application of Article 101 or Article 102 TFEU a matter of joint responsibility of the Commission and the national competition authorities.¹⁶⁸ The entry into force of Regulation 1/2003 brought about major decentralisation in the application of EU competition law. Previously the Commission had played a central role in applying Article 101 (1) and Article 102 TFEU and enjoyed exclusive competence in terms of the application of Article 101 (3) TFEU. Only rarely did national competition authorities reach for EU rules.

However, Regulation 1/2003 provides for a wider application of EU rules by national authorities – this act empowers the authorities to apply Article 101 and Article 102 TFEU in their entirety in matters which can influence trade between EU Member States. Thus it creates a system of ”parallel competences” where both the national authorities and the European Commission are competent to apply Article 101 and Article 102 TFEU.¹⁶⁹

The very fact of involvement of national competition authorities in enforcing EU competition law is not a new phenomenon.¹⁷⁰ Neither is the ”federalization” of the rules of administrative proceedings before national administration authorities within the scope of their enforcement

¹⁶⁷ P. ROTH, *Ensuring that Effectiveness...*, p. 627.

¹⁶⁸ Articles 4 and 5 of Regulation No 1/2003, respectively.

¹⁶⁹ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 147.

¹⁷⁰ ECJ has earlier considered Article 81 and Article 82 TEC to be directly enforceable, see: the ECJ judgment of 30.01.1974, Case 127/73 *BRT v. SABAM*, [1974] ECR 51, points 16-17; the ECJ judgment of 21.09.1989, joint cases 46/87 and 227/88 *Hoechst v. Commission*, [1989] ECR 2859, point 30.

of EU law.¹⁷¹ Regulation 1/2003 is aimed at lifting up the burden from the European Commission as much as possible and transferring the task of enforcing EU competition protection rules to national competition authorities. However, enhanced cooperation between the Commission and national authorities does not involve the harmonisation of antimonopoly sanctions, procedures and evidence issues, which can adversely affect the rights for the protection of undertakings involved in antimonopoly proceedings.¹⁷²

Regulation 1/2003 contains two groups of provisions; firstly the provisions concerning the application of Article 101 and Article 102 TFEU, secondly the provisions regulating administrative proceedings before the Commission. However, it contains no provisions regarding proceedings before the national authorities.¹⁷³ In such circumstances, according to the principle of procedural autonomy, national procedural provisions shall apply to the latter, and will differ between different Member States concerned. Consequently, the protection of fundamental rights may differ in different Member States (which can lead to the situation where in

¹⁷¹ About this phenomenon: P. H. NEHL, *Principles of Administrative Procedure...*, p. 87 and literature cited therein. Cf. the CFI judgment of 19.06.1997, Case T-260/94 *Air Intel v. Commission*, [1997] ECR II-997, point 62; See C. HARLOW, *Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot?*, European Law Journal No 2/1996, p. 3.

¹⁷² A. ANDREANGELI, *The Impact of the Modernization Regulation on the Guarantees of Due Process in Competition Proceedings*, European Law Review No 3/2006, vol. 31, p. 342; B. PERRIN, *Challenges Facing the EU Network of Competition Authorities: Insights from a Comparative Criminal Law Perspective*, European Law Review No 4/2006, Vol. 31, p. 556 et al.

¹⁷³ Wils argues that Regulation 1/2003, though not harmonising proceedings before state competition authorities, implies that Member States should equip their authorities with e.g. relevant control measures. In the event the state fails to harmonise its legislation in this way so that the power of the national authority corresponds with Commission's powers in a similar situation, the Commission can institute the proceedings under Article 226 TEC (at present art. 258 TFEU) – W. P. J. WILS, *Efficiency and Justice...*, p. 11 – referring to the principle of effectiveness, but such an opinion seems to be ungrounded. See also: P. OLIVER, *Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence*, Cahiers de droit européen No 3-4/2005, p. 351.

the case of concurrent proceedings procedural guarantees will be lower in one of them).¹⁷⁴

The system of parallel competences, in which the procedure is not harmonised, carries a lot of problems with regard to the protection of fundamental rights. These problems are mentioned by Smits and Waelbroeck¹⁷⁵ and encompass:

1) The risk of a non-uniform application of EU law, with no remedy in the form of adopting the principles of cooperation within the network¹⁷⁶

¹⁷⁴ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 155. More details see: M. ARAUJO, *The Respect of Fundamental Rights Within the European Network of Competition Authorities*, [in:] B.E. Hawk (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute. International Antitrust Law & Policy*, Fordham Corporate Law Institute 2005, p. 511. W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, p. 22, does not agree with this opinion, as according to him information exchanged within the ECN can only be used against legal persons and all Member States must comply with the ECHR and the case-law of Community courts, C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 146, still before the accession of Romania and Bulgaria, see also: D. WAELBROECK, *Twelve feet all dangling down and six necks exceeding long – the EU network of competition authorities and the European Convention on Fundamental Rights*, [in:] C.D. Ehlermann, I. Atanasiu (ed.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Portland Oregon 2004, p. 465 et al.; E. DAVID, *Cooperation among national authorities in the European Competition Network*, Concurrences No 4/2008, p. 1 et al. stresses on great opportunities given by Article 22 (1) of Regulation 1/2003 to the national competition authorities with regard to their assistance in terms of inspections on the territory of another Member State.

¹⁷⁵ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, pp. 147-148.

¹⁷⁶ The establishment of a network is envisaged in recital 15 to the preamble of Regulation 1/2003. It states that "The Commission and the competition authorities of the Member States should form together a network of public authorities applying the Community competition rules in close cooperation. (...) Further modalities for the cooperation within the network will be laid down and revised by the Commission, in close cooperation with the Member States." The rules of the functioning of a network have been specified in the Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities (OJ C 101 2004, p. 43, no Polish version available) and in the joint statement of the Council and the Commission on the functioning of the Network of Competition Authorities (Document No 15435/02 ADD 1, available at: http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/joint_statement_en.pdf)

of competition authorities (the Commission and national competition authorities). The existing mechanisms of cooperation cannot prevent different interpretations of EU law, the adoption of different (contradicting) decisions and imposition of multiple sanctions on undertakings.

2) The absence of a binding mechanism to refer cases to the Commission or national competition authorities. This situation may first of all raise doubts as to whether the principle of legal certainty is respected along with other basic guarantees, if applicable, such as the principle of legality of penalties, the *ne bis in idem* principle or the right to a court. In addition, procedural guarantees available to undertakings are different in different Member States.

3) The lack of harmonisation of procedural principles regarding the protection of EU competition law at national and EU level. This was all the more problematic because the Community [presently the Union], unlike the Member States, is not a party to the Convention. Thus the Convention is not a direct source of law to which entities concerned might refer in order to control activities undertaken by the Commission and this situation will continue until the Union accedes to the Convention. Where both national and EU competition law is applied the national protection authority can face the dilemma: should it stick to the interpretation given by the ECJ or that of the ECtHR? According to the primacy principle, EU legislation should prevail over the national legislation, but considering the fact that the procedure is not harmonised, national legislation should be applicable, which undoubtedly would be in accordance with the ECHR. In the event the Commission decides to benefit from an option provided for in Article 11(6) of Regulation 1/2003 and to take over the case from the national competition authority, it may turn out that the undertaking concerned is deprived of protection under the ECHR from which it would have benefited in a case pending before national competition authorities.

5.1. *Distribution of cases between the Commission and national authorities*

Regulation 1/2003 does not contain any guidelines concerning the distribution of competences or cases between the EU and national authorities.¹⁷⁷ Recital 18 in the preamble to Regulation 1/2003 only states that the authorities to deal with the case should be "the most appropriate authorities within the network."¹⁷⁸ The notice on cooperation within the Network of Competition Authorities only gives the criteria of work distribution.¹⁷⁹ Three options are available: 1) the case is dealt with by a single competition authority, possibly with the assistance of other national authorities; 2) the case is dealt with by several national competition authorities acting in parallel or 3) the case is dealt with by the Commission. The notice gives indications as to what authority is "appropriate" to deal with the case.¹⁸⁰ If the case cannot be

¹⁷⁷ Some of the Member States have strict constitutional rules concerning rights to the court (German: *gesetzlicher Richter*). These rules preclude arbitrary attribution of cases. They have been introduced, for example, in Germany after the abuse of law under the Nazi system (see Article 101 of the German Basic Law). The lack of rules concerning attribution of cases under Regulation 1/2003 can contradict this legislation – C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 155. Although solutions adopted in Article 11(6) and Article 13 of Regulation 1/2003 exclude or limit the risk of duplicated proceedings, but they do not seem sufficient.

¹⁷⁸ Points 8 et al. of the above-mentioned notice; points 15-16 of the above-mentioned joint statement, which refers to the *authority well placed to act*.

¹⁷⁹ D. SCHNICHELS, *The Network of Competition Authorities: How Will It Work in Practice?* [in:] D. Geradin (ed.), *Modernisation and Enlargement: Two Major Challenges for EC Competition Law*, Antwerp 2004, p. 99.

¹⁸⁰ Conditions are cumulative, as specified in point 8 of the notice. An authority can be considered to be well placed to deal with a case if the following three cumulative conditions are met: 1. the agreement or practice has substantial direct actual or foreseeable effects on competition within its territory, is implemented within or originates from its territory; 2. the authority is able to effectively bring to an end the entire infringement, i.e. it can adopt a cease-and-desist order the effect of which will be sufficient to bring an end to the infringement and it can, where appropriate, sanction the infringement adequately; 3. it can gather, possibly with the assistance of other authorities, the evidence required to prove the infringement.

effectively dealt with by a single authority, a parallel action by several national authorities may be necessary.¹⁸¹ The Commission takes over the case when the conduct of undertakings has an impact on the competition in markets of three or more Member States or if the EU interest so requires.¹⁸² The Commission is the most appropriate authority to conduct the proceedings in three situations: 1) if one or several agreements or practices (including a network of similar agreements) have effects on competition in more than three Member States; 2) if the case in question requires the application of other provisions of TFEU, which can be exclusively or more effectively applied by the Commission (in particular Article 106 TFEU); 3) if the EU interest so requires (in order to develop a competition policy to ensure the effective enforcement of EU competition law).¹⁸³ An undertaking against which the proceedings are conducted has neither influence (nor much less the choice) on what competition authority (of which EU Member State) conducts the proceedings.¹⁸⁴

The lack of binding rules for allocating cases to a single competition authority raises doubts as to whether the principle of legality of penalties is respected,¹⁸⁵

¹⁸¹ Point 12 of the above-mentioned notice.

¹⁸² C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 149.

¹⁸³ Points 14-15 of the notice. A. JONES, B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford 2004, p. 1163.

¹⁸⁴ K. DEKEYSER, M. JASPERS, *A New Era of ECN Cooperation. Achievements and Challenges with Special Focus on Work in the Leniency Field*, World Competition No 30/2007, p. 7.

¹⁸⁵ The principle of legality of sanctions requires that the application of a "legal provision" should be predictable (the ECtHR judgment of 25.05.1993 *Kokkinakis v. Greece*, Application No 14307/88). It is possible when the defendant is familiar in advance with the provision applicable and the sanction which results from the infringement of this provision. The term "legal provision" is understood not only as an editorial unit of a given legal text, but also as interpretation which is applied to it under the case-law – the ECtHR judgment of 15.11.1996, *Cantoni v. France*, Application No 17862/91. After C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 152. Thus, despite the fact that Article 3 of Regulation 1/2003 provides for the harmonisation of competition law, case-law and practices of national competition authorities remain unpredictable.

as specified in Article 7 ECHR.¹⁸⁶ Neither the predictability of competition law, that is an assumption on which the principle of legality of penalties is based, nor the decentralisation of competition law application, which was envisaged by the Commission, have been achieved. Notwithstanding the most obvious cartels, the enforcement of competition law requires, by definition, complex economic analyses, which can cause uncertainty as to the result of the proceedings. The decentralised system makes this problem even more severe and can indeed lead to a lack of uniformity in applying EU competition law.¹⁸⁷ There is an actual risk that one competition authority bans certain behaviour and imposes sanctions, while another authority considers the same behaviour acceptable,¹⁸⁸ or that different authorities impose different sanctions for the same behaviour. It may also happen that competition authorities and courts give contradictory decisions.¹⁸⁹

5.2. Cooperation between competition authorities

To illustrate problems involved in the protection of fundamental rights and resulting from the possibly concurrent proceedings in different Member States, one can take as an example the issues connected

¹⁸⁶ On that basis: the ECtHR judgment of 22.06.2000 *Coëme et al. v. Belgium*, Application Nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96; ECJ judgment of 3.05.2007, Case C-303/05 *Advocaten voor de wereld*, [2007] ECR I-3633.

¹⁸⁷ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 150.

¹⁸⁸ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, give as an example Case *Autodesk*, in which the French competition authority imposed a fine on a company for a selective distribution system which was later accepted by the European Commission. On the other hand, in Case *Visa International*, the Commission considered that the principle of non-discrimination applied by this company did not infringe competition law, though previously it was banned by Swedish and Dutch authorities; p. 151.

¹⁸⁹ After: C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 151.

with the exchange of information between cooperating authorities and inspections of the undertakings concerned.¹⁹⁰

5.2.1. Request for information

Pursuant to Regulation 1/2003, a competition authority can apply to another competition authority for assistance in seeking evidence of infringement (Article 12 of Regulation 1/2003).¹⁹¹ However, Member States do not apply the same rules. With respect to request for information a doubt arises concerning the scope of responsibility for providing information in view of the need to remain silent and the significance of the *Orkem* judgment¹⁹² (concerning the right to non-self-incrimination). Following this judgment, undertakings "may not be compelled to provide [it] with answers which might involve an admission on its part of the existence of an infringement". However, this right is not unrestricted, as the undertaking must "provide all necessary information concerning such facts as may be known to it and to disclose to it, if necessary, such documents relating thereto as are in its possession, even if the latter may be used to establish, against it or another undertaking, the existence of anti-competitive conduct."¹⁹³

The position of EU courts in this respect is less favourable for

¹⁹⁰ More see: F. PEUL, L. FRANÇOIS-MARTIN, *Droits des entreprises et sort des documents saisis ou copiés dans les enquêtes de concurrences*, Concurrences No 2/2008, p. 1.

¹⁹¹ About the scale of information exchange cf. E. DAVID, *Cooperation among national authorities...*, p. 9. See also: K. DEKEYSER, M. JASPERS, *A New Era...*, p. 4.

¹⁹² The ECJ judgment of 18.10.1989, Case 374/87 *Orkem v. Commission*, [1989] ECR 3283.

¹⁹³ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 156. The CFI made a statement in favour of the right to silence: the CFI judgment of 29.04.2004, Case T-236/01, T-239/01, T-244/01 do T-246/01, T-251/01 and T-252/01 *Tokai Karbon Co Ltd et al. v. Commission*, [2004] ECR II-1181, point 406. The same: the ECJ judgment of 25.01.2007, Case C-411/04 P *Salzgitter Mannesmann GmbH, formerly Mannesmannröhren-Werke AG v. Commission*, [2007] ECR I-959, points 77 and 78.

undertakings than that of the ECtHR.¹⁹⁴ According to the latter, one can refer to the right of non-self-incrimination also in reply to the question about the facts, while under EU law admitting existing facts of the case is a reason for reducing the fine. The European Commission explains these different approaches, stating that EU proceedings are based on cooperation with the undertaking and if it were granted the right to refuse to answer about the facts, the proceedings would be completely ineffective.¹⁹⁵ Considering the fact that the use of information received as evidence is guaranteed by an EU legislative act, no other solution under national law (e.g. giving wider rights of defence) can prevent the use of such information.¹⁹⁶

Article 12 of Regulation 1/2003, which provides that "the Commission and the competition authorities of the Member States shall have the power to provide one another with and use in evidence any matter of fact or of law, including confidential information", envisages, however, special protective measures concerning natural persons. Article 12 (3) of Regulation 1/2003¹⁹⁷ provides that information exchanged in this way can only be used in evidence to impose sanctions on natural persons for two reasons. It is possible when the law of the disclosing authority foresees sanctions of a similar kind in relation to an infringement of Article 101 or Article

¹⁹⁴ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 156, also noted by G. TURNO, *Prawo odmowy przekazania...*, p. 38 et al. See the ECtHR judgment of 25.02.1993 *Funke v. France*, Application No 10828/84; the ECtHR judgment of 8.02.1996 *Murray v. United Kingdom*, Application No 18731/91; ECtHR judgment of 17.12.1996 *Saunders v. United Kingdom*, Application No 19187/91; ECtHR judgment of 20.10.1997 *Servès v. France*, Application No 20225/92. See also M. BERGER, *Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence*, E.H.R.L.R. No 5/2007, pp. 514-533.

¹⁹⁵ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, pp. 157-158. Similarly L B. TURNO, *Prawo odmowy przekazania...*, p. 34.

¹⁹⁶ See: K. DEKEYSER, M. JASPERS, *A New Era...*, p. 6.

¹⁹⁷ See also point 39 of the notice concerning ECN.

102 TFEU or when the information has been collected in a way which respects the same level of protection of the rights of defence of natural persons as provided for under the national rules of the receiving authority. (However, in this case, the information exchanged cannot be used by the receiving authority to impose custodial sanctions).¹⁹⁸

5.2.2. *Inspection*

Similar problems regarding requests for information can arise in situations when one national authority requests an inspection on its behalf and in its name to be carried out by another authority. Here, procedural rules of individual Member States may also differ. In some countries such inspections at the place of residence of employees of undertaking are acceptable, while in other Member States they are not. Inspections and recording of telephone conversations are not acceptable in all states. Neither is a court authorisation for such an inspection required in all the EU Member States. Considering such different situations one could wonder whether a national authority can rely on information which was collected in the manner incompatible with the standards binding in one's own country, whether an undertaking can refuse the right to inspection and whether a national authority can question the lawfulness of such an inspection.¹⁹⁹

Article 20 (7) of Regulation 1/2003 provides that the court "authorisation" for inspection is necessary only when national law so requires. Since the *Roquette Case*, the ECJ has held that to carry out an inspection under Article 81 or Article 82 TEC (presently Article 101 or Article 102 TFEU) it is necessary to have a court authorization because it is assumed that the judgment is also binding in the national competition authorities when they apply EU legislation on the protection of competition.²⁰⁰ An

¹⁹⁸ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 160.

¹⁹⁹ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 157.

²⁰⁰ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 158.

argument in favour of this conclusion is that this judgment was given in reply to the prejudicial question of the French cassation court and following the interpretation of Article 267 TFEU (former 234 TEC) it is binding in all courts in Member States.²⁰¹

5.3. The "ne bis in idem" principle and concurrent proceedings

On par with the two aforementioned examples, one can refer to the issues concerning respect for the *ne bis in idem* principle as an example of how decentralisation influences fundamental rights. Presently there is a real possibility that the same cartels and their participants will be subject to proceedings at both national and EU level. Article 3 of Regulation 1/2003 provides that the application of EU law should be applied to practices which may affect trade between Member States. Difficulties can arise in such cases when the Commission takes action after the national authority has given its decision or *vice versa*. Legal persons can be subject to legal proceedings (inspections, imposing penalty, enforcing penalty, leniency programmes) and financial fines under legal orders of two or more Member States.²⁰² There is also an option of instituting criminal proceedings (against individual members of the management of a legal entity) and civil proceedings (for damages) – in the event the

²⁰¹ The judgment influenced the wording of Article 20 (8) of Regulation 1/2003, see O.J. EINARSSON, *EC Competition Law...*, p. 561. The ECJ refers in it to ECtHR judgments (*Niemietz and Ste Colas*) (points 29, 54-94).

²⁰² It should be distinguished from the situation of antitrust proceedings concluded with a penalty imposed in the third country; cf.: judgment of 29.06.2006, Case C-289/04 P *Shorwa Denko KK v. Commission*, [2006] ECR I-5859 or the judgment of 29.06.2006, Case C-308/04 P *SGL Carbon AG v Commission*, [2006] ECR I-5977, in which the ECJ agreed that the *ne bis in idem* principle is a fundamental principle in EU law, but did not acknowledge that it might have been infringed in this case and that was obliged to recognize the fine imposed by the third country authorities. E. PAULIS, *Le reglement no 1/2003 et le principe du ne bis in idem*, *Concurrences* No 1/2005, pp. 32-40.

administrative proceeding is closed with the result stating the infringement.²⁰³ Any possible infringement of the *ne bis in idem* principle in concurrent proceedings depends on whether decisions in cases heard refer to exactly the same facts, the same perpetrators, and, most importantly, whether the same legal interest is protected.²⁰⁴

The *ne bis in idem* principle has been considered a general principle of EU law in matters of competition law.²⁰⁵ However, Article 50 CFR provides that "no one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law."²⁰⁶

²⁰³ C. HARDING, *Effectiveness of Enforcement...*, p. 657.

²⁰⁴ ECJ judgment of 13.02.1969, Case 14/68 *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, [1969] ECR I; ECJ judgment of 15.07.1970, Case 45/69 *Boehringer Mannheim v. Commission*, [1970] ECR 769.

²⁰⁵ The judgment of 29.06.2006, Case C-289/04 P *Showa Denko KK v. Commission*, [2006] ECR I-5859 or the judgment of 29.06.2006, Case C-308/04 P *SGL Carbon AG v. Commission*, [2006] ECR I-5977.

²⁰⁶ It is noteworthy that while Article 4 of Protocol 7 to the Convention prohibits being punished twice "by the courts of the same State", Article 50 CFR is more problematic as it prohibits being punished twice "within the Union". C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 154. In the CFI judgment of 29.04.2004 in joint cases T-236/01, T-239/01, T-244/01 to T-246/01, T-251/01 and T-252/01 *Tokai Carbon, SGL Carbon AG et al. v. Commission*, [2004] ECR II-1181, in which the basic issue to be resolved was the scope of application of the *ne bis in idem* principle, the CFI demarcated the territory in which this principle is to be applied in EU law, stating that "It is true that Article 50 of the Charter of Fundamental Rights provides that no one may be tried or punished again in criminal proceedings for an offence of which he has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law. However, that charter is clearly intended to apply only within the territory of the Union and the scope of the right laid down in Article 50 is expressly limited to cases where the first acquittal or conviction was handed down within the Union." When examining an appeal in Case *SGL Carbon AG v. Commission*, ECJ judgment of 29.06.2006, Case C-308/04 P *SGL Carbon AG v. Commission*, [2006] ECR I-5977, the ECJ agreed that the *ne bis in idem* principle is a fundamental principle in EU law (point 26), however, it did not state an infringement in this case or that the Commission obliged to take into consideration penalties imposed previously by the authorities of non-member States: (point 33 in the above-mentioned ECJ judgment). *SGL Carbon AG v. Commission*.

Therefore, to refer to this provision in antimonopoly proceedings a proof is needed that the competition proceedings, even if carried out by an administrative authority, lead to a criminal judgment.²⁰⁷ Assuming that decisions imposing fines are criminal judgments (as was shown above), then the *ne bis in idem* principle as defined by the CFR will be used in order to prevent the double punishment of undertakings for the same infringement on the territory of the European Union. Otherwise, the undertakings will be able to refer only to rather vague "general principle of Community law" as formulated in the 1960s in the *Walt Wilhelm judgment*.²⁰⁸

5.4. Parallel competences and leniency programmes²⁰⁹

Not all Member States have programmes of leniency similar to that developed by the European Commission.²¹⁰ In this connection, the protection they offer differs depending on the Member State, which causes uncertainty about rights protected by the Convention. Among the most difficult problems is the issue of compliance with leniency programmes under Article 7 ECHR (considering the fact that these programmes

²⁰⁷ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 153.

²⁰⁸ ECJ judgment of 13.02.1969, Case 14/68 *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, [1969] ECR 1.

²⁰⁹ *Leniency* is understood as immunity from punishment or reduced punishment for infringement of antimonopoly law in exchange for cooperation with competition authorities. Cooperation can consist of providing information and/or evidence of infringement and/or acknowledging infringement and "accepting" a reduced fine (the latter only in the USA, not the EU). It can also additionally involve remedies to infringement – W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, p. 113.

²¹⁰ The European Commission issued a Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases – OJ C 298 of 8.12.2006, p. 17. More about this notice: W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, pp. 118-121; see also: P. BILLIET, *How Lenient Is the EC Leniency Policy? A Matter of Certainty and Predictability*, E.C.L.R. nr 30(1)/2009, pp. 14-21. In its judgment of 16.11.2000, Case C-298/98 P *Metsä-Serla v. Commission*, [2000] ECR I-10171, points 56 and 57, the ECJ stated that the Commission is competent for issuing notices concerning *leniency*, W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, p. 143.

are not defined by generally and legally binding acts but only in the European Commission guidelines, which have an unclear legal status). Another issue is the immunity from fines and reduction of fines if other undertakings benefit from leniency programmes in the same case in different states.²¹¹ According to Smits and Waelbroeck, the development of a uniform *leniency* programme directly applicable in Member States is necessary. The formulation of such a programme would be possible on the basis of Article 33 of Regulation 1/2003 which authorises the Commission to take issue implementing legislation as may be appropriate in order to apply this Regulation.²¹²

Presently the decision of an undertaking to take part in the *leniency programme* depends above all on the probability of a cartel being detected and of a heavy fine being imposed. As noted by Nazzini, from the point of view of an undertaking not only a probable fine, but also damages which can be claimed by private entities²¹³ may be considered sanctions. For this reason it is likely that documents submitted by the undertaking under a *leniency* programme will not be able to be used in civil cases without the entrepreneur's consent.²¹⁴ However, so far EU courts have not confirmed that the notice about leniency programmes might create any problems concerning the protection of fundamental rights of undertakings. Regarding this Commission notice the ECJ stated that

²¹¹ C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 161.

²¹² A different opinion is expressed by C. Smits and D. Waelbroeck, who believe that a revision of this regulation and the granting of express competences to the Commission to formulate programmes of alleviating fines applied in Member States is necessary, see C. SMITS, D. WAELBROECK, *Le droit de concurrence...*, p. 161, reference 66.

²¹³ R. NAZZINI, *Potency and Act of the Principle of Effectiveness: The Development of Competition Law Remedies and Procedures in Community Law* [in:] C. Barnard, O. Odudu (ed.), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 429.

²¹⁴ White Paper on Damages Actions, p. 10 – COM (2008) 165; R. NAZZINI, *Potency and Act of the Principle...*, p. 431.

the "admission of an alleged infringement is a matter entirely within the will of the undertaking concerned. The latter is not in any way coerced to admit the existence of the agreement. It must therefore be considered that the fact that the Commission took account of the degree of cooperation with it shown by the undertaking concerned, including admission of the infringement, for the purpose of imposing a lower fine does not constitute any breach of its rights of defence."²¹⁵

6. Conclusions

This paper was aimed to present the complexity of issues involved in the protection of fundamental rights in EU competition proceedings, but by no means claims to be exhaustive, as it would call for a separate monographic work. However, certain conclusions can be drawn on the basis of the issues covered in this paper.

Firstly, there is no doubt that fundamental laws are applicable to undertakings and that such entities can enjoy the rights which are usually known as "human rights", in particular as regards the right to good administration and the rights that guarantee an adequate course of court proceedings. In the light of case-law, fundamental rights should be considered applicable to undertakings, in particular in situations where cases against them have features similar to criminal procedure, i.e. where state (supra-state) authorities prosecute certain infringements on the norm of substantive law which prohibit certain behaviour of individuals (in this case: acts which violate EU competition law).

²¹⁵ ECJ judgment of 14.07.2005, Case C-65/02 P *Thyssen Krupp Stainless et al. v. Commission*, [2005] ECR I-6773, point 52-53; W.P.J. WILS, *Efficiency and Justice...*, p. 143. See also CFI judgment of 15.03.2006, Case T-15/02 *BASF v. Commission*, [2006] ECR II-497, point 58.

Secondly, however, major practical issues are involved regarding the fact that fundamental rights should apply to EU competition proceedings. They result, on the one hand, from the character of legal norms which provide for fundamental rights, as they have been originally conceived to apply to individuals rather than businesses. On the other hand, the precise identification of the sources of such norms is still problematic. Finally, the decentralisation of the enforcement of EU competition law raises doubts about whether national competition authorities when applying Article 101 and Article 102 TFEU should use standards developed for purposes of the European Commission or should they draw on solutions binding in national legislation. Adopting the latter thesis can result in an "unequal" treatment of undertakings in different Member States.

Thirdly, with the entry into force of the Treaty of Lisbon, the issue of sources and the catalogue of fundamental rights have been put in order. Since then, the system of "direct" protection of fundamental rights,²¹⁶ based on a codified catalogue of such rights, has been developed. Until then the CFR was referred to as a "confirmation"²¹⁷ of already existing general principles of Community law and was only a complement to the case-law. As a result of a change in the status of the CFR, EU courts may refer directly to its provisions. In addition., the Treaty of Lisbon made it possible for the European Union to accede to the ECHR. It is difficult to speculate where this competence will be used and on what terms. However, undoubtedly the CFR does not repeat the ECHR exactly and will be able to be used in both the assessment of antimonopoly proceedings and in proceedings concerning the control of concentration. Increasingly frequent references by the parties in competition

²¹⁶ The term used by: A.L. YOUNG, *The Charter, Constitution...*, p. 219. This means that there will be an EU catalogue of fundamental rights, instead of, as it has been the case so far, having to refer to the Convention or common constitutional traditions of Member States.

²¹⁷ CFI judgment of 30 January 2002, Case Max.mobil Telekommunikation Service GmbH v. Commission, T-54/99, ECR 2002, p. II-313.

proceedings to fundamental rights (derived from various sources) will certainly contribute to the development of case-law which will interpret the rights contained in the CFR.

Fourthly, with all the doubts about the character of proceedings before the European Commission and while considering it, first of all, as proceedings before administrative authorities, the existing case-law of EU courts "indirectly" implies that the principles traditionally reserved for a criminal trial (such as the principle of presumed innocence) are admissible in proceedings before such bodies.

Fifthly, drawing a clear-cut line between cases before the European Commission and national competition authorities and establishing rules concerning the second decision on the same infringement are needed. Different procedures are used in different Member States, but the common catalogue of fundamental rights, consistent with the ECHR, should guarantee the same level of protection for undertakings, even if the sources of such rights will be different in individual cases: in national proceedings they will fall under the ECHR, while in EU proceedings (before the Commission and national competition authorities where Regulation 1/2003 is applicable) under the CFR. Thus the scope of protection guaranteed should be the same, but derived from different sources (which, for example, is still not the case with regard to the right to avoid self-accusation, as the case-law of EU courts defines this right in narrower terms than the European Court of Human Rights).

To conclude, it can be said that the importance of the protection of fundamental rights in EU competition proceedings is not only a hypothetical issue. Failing to meet the obligation to respect these rights by the EU competition authority can lead to the annulment of the Commission's decision in its entirety or in part, but also – as indicated in the judgment *Schneider Electric v. Commission*²¹⁸ of July 2009 – can

²¹⁸ ECJ judgment of 16.07.2009, Case C-440/07 P *Commission v. Schneider Electric*, not yet published, available at: www.curia.eu

cause financial consequences for the EU in the form of damages to be paid.²¹⁹ This judgment clearly shows that the infringement of the rights of defence can lead to damages due from the European Union, as these types of actions constitute "a breach of a superior law for the protection of individuals"²²⁰ (*Schoppenstadt* formula), which under two other premises (the existence of actual damage and the direct cause-and-effect relationship between the infringement and the damage), can cause the Union's responsibility for damages.

²¹⁹ W. VAN GERECHEN, *Remedies for Infringements of Fundamental Rights*, European Public Law nr 2/2004, p. 266 et al.

²²⁰ J. ŁACNY, *Kwalifikowane naruszenie prawa wspólnotowego przez Wspólnotę i państwa członkowskie jako przestępstwo pozaumownej odpowiedzialności odszkodowawczej* [in:] W. Czapliński (ed.), *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warsaw 2006, p. 488; N. PÓŁTORAK, *Odpowiedzialność odszkodowawcza państwa w prawie Wspólnot Europejskich*, Kraków 2002, pp. 164-167; see ECJ judgment of 4.07.2000, Case C-352/98 P *Bergaderm SA v. Commission*, [2000] ECR I-529, point 40; ECJ judgment of 19.04.2007, Case C-282/05 P *Holcim AG v. Commission*, [2007] ECR I-2941, point 50; ECJ judgment of 10.12.2002, Case C-312/00 P *Commission v. Camar Srl*, [2003] ECR I-7541, point 52-56; ECJ judgment of 10.07.2003, Case C-472/00 P *Commission v. Fresh Marine*, [2002] ECR I-1135, point 24.

About the Author

Krystyna Kowalik-Bańczyk, Ph.D. is an assistant professor of the Competition Law Division at the Institute of Law Studies of the Polish Academy of Science, a lecturer in European law at the European School of Law and Administration in Warsaw. She cooperates with the European Centre of the Warsaw University. She is a graduate of the College of Europe in Bruges (LLM MES), she was a scholar of e.g. French government at the University of Toulouse (DEA), and she is an author of publications in European law, and a member of the editorial staff of the "European Judicial Review".