



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK1-430/2/06/KR

Warszawa, dnia 19 kwietnia 2007 r.

DECYZJA NR DOK - 48/07

Na podstawie art. 101 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na Grupę Ożarów S.A. z siedzibą w Karsach karę pieniężną w wysokości 2.000.000 zł. (słownie: dwa miliony złotych), co stanowi równowartość ok. 522.030 euro (słownie: pięćset dwadzieścia dwa tysiące trzydzieści euro) za brak współdziałania w toku kontroli, przeprowadzonej u tego przedsiębiorcy w dniach 31 maja – 2 czerwca 2006 r., poprzez zmianę treści dokumentu objętego zakresem kontroli.

UZASADNIENIE

W związku z istnieniem podejrzenia naruszenia przepisów art. 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej również „Prezesem Urzędu” lub „organem antymonopolowym”), działając na podstawie art. 43 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ww. ustawy, wszczął - postanowieniem z dnia 26 kwietnia 2006 r. – postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy zachowania podmiotów działających na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu, naruszają przepisy ww. ustawy, uzasadniając wszczęcie postępowania antymonopolowego (sygn. DOK1-400/6/06/KR).

W toku przedmiotowego postępowania wyjaśniającego, działając na podstawie art. 57 oraz art. 58 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* (zwanej dalej również „ustawą antymonopolową”), jak również stosownego upoważnienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów do dokonania kontroli u poszczególnych przedsiębiorców z dnia 17 maja 2006 r. oraz postanowienia Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 10 maja 2006 r. wyrażającego zgodę na przeszukanie (sygn. akt XVII Amo 3/06),

pracownicy Urzędu w dniach 31 maja - 2 czerwca 2006 r. przeprowadzili kontrolę wraz z przeszukaniem pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorców działających na krajowym rynku sprzedaży cementu, w tym m.in. Grupy Ożarów S.A. (zwanej dalej również „Spółką”), mającą na celu pozyskanie dowodów na okoliczność zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu przez podmioty, działające na tym rynku, co mogło naruszać art. 5 ww. ustawy.

W związku z przebiegiem czynności kontrolnych prowadzonych w dniach 31 maja – 2 czerwca 2006 r. w Grupie Ożarów S.A., w trakcie których dokonano zmiany treści dokumentu objętego zakresem kontroli, w dniu 26 października 2006 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, działając na podstawie art. 44 ust. 2 w związku z art. 101 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, postanowił wszcząć z urzędu postępowanie w sprawie nałożenia kary na spółkę Grupa Ożarów S.A. z siedzibą w Karsach za brak współdziałania w toku kontroli - prowadzonej w tej spółce zgodnie z art. 57 ww. ustawy oraz na podstawie upoważnienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17 maja 2006 r., w ramach wszczętego w dniu 26 kwietnia 2006 r. postępowania wyjaśniającego w sprawie wstępnego ustalenia, czy zachowania podmiotów działających na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu, naruszają przepisy ww. ustawy (sygn. DOK1-400/6/06/KR), uzasadniając wszczęcie postępowania antymonopolowego - poprzez zmianę treści dokumentu objętego zakresem przedmiotowej kontroli.

W trakcie niniejszego postępowania, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, działając na podstawie art. 123 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jednolity: Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.), w związku z art. 80 oraz art. 65 ust. 2 pkt 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, postanowieniami z dnia 26 października 2006 r., 6 i 14 lutego 2007 r., zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania część dokumentów zgromadzonych w toku wszczętego w dniu 26 kwietnia 2006 r. postępowania wyjaśniającego w sprawie wstępnego ustalenia, czy zachowania podmiotów działających na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu, naruszają przepisy ww. ustawy (sygn. DOK1-400/6/06/KR), uzasadniając wszczęcie postępowania antymonopolowego, o czym powiadomił stronę, zgodnie z art. 65 ust. 4 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

I. Organ antymonopolowy, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, ustalił co następuje.

Grupa Ożarów S.A. z siedzibą w Karsach

Początki działalności cementowni Ożarów sięgają lat 70-tych. Działając jako przedsiębiorstwo państwowe, w roku 1991 została ona przekształcona

w jednoosobową spółkę Skarbu Państwa i następnie sprywatyzowana. W 1995 r. większościowy pakiet akcji cementowni nabył irlandzki koncern CRH, obejmując następnie w roku 2001 pozostałe akcje spółki. Grupa kapitałowa CRH należy do jednego z największych światowych producentów materiałów budowlanych. Cementownia Ożarów S.A. w roku 2003 zmieniła nazwę na „Grupa Ożarów S.A.”.

Przebieg czynności kontrolnych

W związku z istnieniem podejrzenia zawarcia porozumienia na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu, co stanowić może naruszenie przepisów art. 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu wszczął w dniu 26 kwietnia 2006 r. postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy zachowania podmiotów działających na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu, naruszają przepisy ww. ustawy, uzasadniając wszczęcie postępowania antymonopolowego (sygn. DOK1-400/6/06/KR). Mając na uwadze treść art. 7 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r., nr 98, poz. 1071 ze zm.), stanowiącą o obowiązku organu administracji podejmowania wszelkich kroków niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz sekretny charakter porozumień ograniczających konkurencję, organ antymonopolowy uznał za niezbędne przeprowadzenie kontroli u przedsiębiorców działających na ww. rynku, a w jej toku przeszukania, w celu uzyskania niezbędnych dowodów w sprawie. W związku z powyższym, w toku przedmiotowego postępowania, Prezes Urzędu wystąpił do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o wydanie zgody na przeszukanie pomieszczeń i rzeczy poszczególnych przedsiębiorców, w tym Grupy Ożarów S.A. Działając na podstawie upoważnienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów do dokonania kontroli u poszczególnych przedsiębiorców z dnia 17 maja 2006 r. oraz postanowienia Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 10 maja 2006 r. wyrażającego zgodę na przeszukanie (sygn. akt XVII Amo 3/06), upoważnieni pracownicy Urzędu w dniach 31 maja - 2 czerwca 2006 r. przeprowadzili kontrolę wraz z przeszukaniem pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorców działających na krajowym rynku sprzedaży cementu.

W dniu 31 maja 2006 r. upoważnieni pracownicy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów udali się do siedziby Spółki, mieszczącej się w Karsach (Karsy 77, Gmina Ożarów) oraz warszawskiego Oddziału Spółki, mieszczącego się w Warszawie przy ul. Ks. Skorupki 5. Okazując legitymacje służbowe, upoważnienie Prezesa Urzędu do dokonania kontroli oraz postanowienie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrażające zgodę na przeszukanie, pouczyli przedsiębiorcę o przysługujących mu prawach i obowiązkach, wynikających zarówno z ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jak również wydanego na jej podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 18 września 2001 r. *w sprawie szczegółowego trybu i sposobu przeprowadzania kontroli przedsiębiorców i związków przedsiębiorców w toku postępowania przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz. U. z 2001 r. Nr 116, poz. 1240). Przedsiębiorca został m.in.

pouczony o obowiązku współdziałania w toku kontroli oraz o konsekwencjach prawnych braku takiego współdziałania. Upoważnienia Prezesa Urzędu do dokonania kontroli u ww. przedsiębiorcy, z których treścią zapoznali się członkowie Zarządu spółki (co odzwierciedlają stosowne podpisy na upoważnieniach, złożone przed godzina 11-stą w dniu 31 maja 2006 r.), zawierały pouczenia dotyczące praw i obowiązków kontrolowanego, a mianowicie:

- zgodnie z art. 59 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* kontrolowany lub osoba uprawniona do jego reprezentowania obowiązane są do:

- 1) udzielenia żądanych informacji;
- 2) umożliwienia wstępu na grunt oraz do budynków, lokali lub innych pomieszczeń oraz środków transportu;
- 3) udostępnienia akt, ksiąg i wszelkiego rodzaju dokumentów lub innych nośników informacji.

Kontrolowany lub osoba uprawniona do jego reprezentowania może odmówić udzielenia informacji lub współdziałania w toku kontroli tylko wtedy, gdy naraziłoby to ją lub jej małżonka, wstępnych, zstępnych, rodzeństwo oraz jej powinowatych w tej samej linii lub stopniu, jak również osoby pozostające z nią w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli, a także osobę pozostającą z nią we wspólnym pożyciu, na odpowiedzialność karną. Prawo odmowy udzielenia informacji lub współdziałania w toku kontroli trwa po ustaniu małżeństwa lub rozwiązaniu stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli;

- zgodnie z § 5 rozporządzenia, *w sprawie szczegółowego trybu i sposobu przeprowadzania kontroli przedsiębiorców i związków przedsiębiorców w toku postępowania przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, kontrolowany obowiązany jest zapewnić kontrolującemu warunki i środki niezbędne do sprawnego przeprowadzenia kontroli, a w szczególności:

- 1) udostępnia obiekty i pomieszczenia,
- 2) zapewnia wgląd do wszelkich dokumentów związanych z przedmiotem kontroli,
- 3) sporządza kopie dokumentów wskazanych przez kontrolującego,
- 4) zapewnia samodzielne zamknięte pomieszczenie, jeżeli jest to niezbędne do przeprowadzenia kontroli,
- 5) zapewnia wydzielone miejsce do przechowywania dokumentów i zabezpieczonych przedmiotów,
- 6) udostępnia środki łączności, którymi dysponuje kontrolowany, w zakresie niezbędnym do wykonywania czynności kontrolnych.

- zgodnie z § 7 ww. rozporządzenia pracownicy kontrolowanego zobowiązani są udzielać, w wyznaczonym terminie, wyjaśnień ustnych lub pisemnych w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli;

- stosownie do art. 101 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość od 1.000 do 50.000.000 euro jeżeli przedsiębiorca choćby nieumyślnie nie współdziałał w toku prowadzonej kontroli;

- stosownie do art. 103 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* Prezes Urzędu może nałożyć na kontrolowanego lub osobę uprawnioną do jego reprezentowania karę pieniężną w wysokości pięćdziesięciokrotności przeciętnego

wynagrodzenia, za brak współdziałania w toku kontroli prowadzonej na podstawie art. 57 ww. ustawy.

Ponadto upoważnienie do dokonania kontroli wskazywało w sposób jednoznaczny zakres czasowy kontroli, która obejmowała okres od 1 stycznia 1998 r., jak również zakres przedmiotowy: akta, księgi, wszelkiego rodzaju dokumenty i nośniki informacji, związane z przedmiotem kontroli (w tym korespondencja wewnętrzna i zewnętrzna, papierowa i elektroniczna, książki ewidencji korespondencji wychodzącej i przychodzącej, analizy i opracowania sporządzone przez przedsiębiorcę lub na jego zlecenie).

Czynności kontrolne w warszawskim Oddziale Spółki

W dniu 31 maja 2006 r. udostępniono kontrolującym dokumenty znajdujące się w pokoju asystentki Dyrektora ds. administracyjnych, w tym protokół z posiedzenia Zarządu Spółki z dnia 15 października 2003 r., w którym na str. 2, w pkt „Ad. 2”, znalazło się stwierdzenie o następującej treści: „*W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów poszczególnych grup*”. Należy zaznaczyć przy tym, iż ww. dokument objęty był zakresem upoważnienia Prezesa Urzędu do przeprowadzenia kontroli. Cytowane powyżej sformułowanie mogło wskazywać na zawarcie ograniczającego konkurencję porozumienia na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu poprzez ustalanie w sposób bezpośredni lub pośredni cen sprzedaży cementu przez poszczególnych producentów (grupy kapitałowe), co naruszać mogło art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Pozyskany w toku kontroli dokument, kontrolujący okazali Prezesowi Zarządu - Panu **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 1 załącznika do decyzji]**, który - odnosząc się do ww. fragmentu - oświadczył: „*Ten fragment przygotował zdaje się Pan [tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 2 załącznika do decyzji], poznaję po inicjałach. Jedyne co mogę powiedzieć to, że problem tutaj omawiany to problem importu cementu do Polski w szczególności z Białorusi, który zdaniem polskiego przemysłu cementowego stanowił poważne zagrożenie dla miejsc pracy w sektorze cementowym w Polsce. Zakładam, że osoba, która sporządziła ten komentarz w dokumencie, miała na myśli konieczność spotkania się na szczeblach różnych prezesów, po to żeby omówić problem miejsc pracy*” (oświadczenie z dnia 31 maja 2006 r., godz. 13.30). Treść zadawanych pytań i udzielanych na nie odpowiedzi tłumaczyło dwóch pozostałych członków Zarządu - Pani **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 3 załącznika do decyzji]** oraz Pani **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 4 załącznika do decyzji]**. Ww. oświadczenie zostało podpisane przez Prezesa Zarządu - Pana **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 1 załącznika do decyzji]** oraz członka Zarządu – Panią **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 5 załącznika do decyzji]**, po konsultacji Prezesa Zarządu Spółki z wezwanym przez niego tłumaczem.

Po odebraniu oświadczenia od Prezesa Zarządu Spółki, który opuścił budynek biura za wiedzą kontrolujących, upoważnieni pracownicy Urzędu przystąpili ok. godz. 14-tej do odbierania oświadczeń od pozostałych obecnych członków Zarządu. Po

zakończeniu tej czynności, kontrolujący stwierdzili brak pośród dokumentów przechowywanych w pokoju, w którym odbierano oświadczenia, protokołu z posiedzenia Zarządu Spółki z dnia 15 października 2003 r., w którym na str. 2, w pkt „Ad. 2”, znajdowało się stwierdzenie o następującej treści: „*W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów poszczególnych grup*”, okazywanego uprzednio Prezesowi Zarządu. Nie udało się jednak ustalić, w jaki sposób mogło dojść do zaginięcia przedmiotowego dokumentu.

Pracownicy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, dokonujący czynności kontrolnych w warszawskim oddziale Spółki, skontaktowali się telefonicznie z kontrolującymi siedzibę Grupy Ożarów S.A., mieszczącą się w Karsach i sygnalizując zaginięcie dokumentu, zwrócili się z prośbą o podjęcie stosownych czynności w celu odszukania ww. dokumentu w siedzibie Spółki.

Czynności kontrolne w siedzibie Spółki

Około godz. 15-tej w dniu 31 maja 2006 r., kontrolujący warszawski Oddział Spółki zwrócili się do pracowników Urzędu, wykonujących czynności w siedzibie Grupy Ożarów S.A. (Karsy), z prośbą o pozyskanie protokołu z posiedzenia Zarządu Grupy Ożarów S.A. z dnia 15 października 2003 r. Z oświadczenia Kierownika Biura Zarządu - Pani **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 6 załącznika do decyzji]** z dnia 12 września 2006 r. wynika, iż poproszona o okazanie protokołu z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r. udała się do pomieszczenia, w którym przechowywała zarchiwizowane protokoły z posiedzeń Zarządu. Po odnalezieniu ww. dokumentu - jak zeznała - zauważyła, iż protokół zawiera zdanie: „*W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów poszczególnych grup*”, które było skreślone i parafowane przez Dyrektora Generalnego - Pana **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 7 załącznika do decyzji]**. Kierownik Biura Zarządu przyznała w swoim oświadczeniu, iż schowała stronę protokołu, na której widniał powyższy zapis. Zaproponowała kontrolującym wydrukowanie protokołu w całości z komputera. Jednak, przed dokonaniem operacji drukowania, zmieniła treść dokumentu w wersji elektronicznej, usuwając powyżej wskazany fragment. Natomiast, poproszona o okazanie oryginalnej wersji protokołu z posiedzenia, przedstawiła kontrolującym dokument bez brakującej jego drugiej strony.

Wydrukowany dokument różnił się objętością od jego papierowej wersji, co kontrolujący potwierdzili, konsultując się telefonicznie z pracownikami Urzędu, przebywającymi na terenie warszawskiego Oddziału Spółki. Identyfikując różnice pomiędzy wydrukowaną wersją protokołu z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r., a dokumentem znalezionym w warszawskim Oddziale Spółki, który następnie zaginął, jak również podejrzewając, iż treść wydrukowanego protokołu mogła zostać zmieniona tuż przed dokonaniem wydruku, kontrolujący wezwali asystującego przy czynnościach funkcjonariusza Policji o sprawdzenie ostatnio dokonywanych operacji na komputerze Kierownika Biura Zarządu. Funkcjonariusz Komendy Wojewódzkiej Policji, dokonując oględzin komputera, na monitorze którego otwarty był protokół z posiedzenia Zarządu Grupy Ożarów S.A.

z dnia 15 października 2003 r., stwierdził, iż okno polecenia „cofnij” jest aktywne. Po dokonaniu operacji „cofnij” na ekranie komputera ukazał się zapis: „*W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów poszczególnych grup*”.

Ponownie wydrukowany protokół, w wersji sprzed dokonania zmian w jego treści przez Kierownika Biura Zarządu, zawierał wyżej prezentowany fragment. Powyższe okoliczności potwierdza sporządzona przez funkcjonariusza Komendy Wojewódzkiej Policji notatka urzędowa, załączona do akt sprawy.

Stanowisko strony

Pismem z dnia 14 czerwca 2006 r., Grupa Ożarów S.A. złożyła, działając w trybie § 9 rozporządzenia Rady Ministrów *w sprawie szczegółowego trybu i sposobu przeprowadzania kontroli przedsiębiorców i związków przedsiębiorców w toku postępowania przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, zastrzeżenia do protokołu kontroli przeprowadzonej w warszawskim Oddziale Spółki, wnosząc m.in. o opis sytuacji związanej z zaginięciem wydruku z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r. W wyniku wniesionego przez Spółkę ww. zastrzeżenia, uzupełniono protokół kontroli, aneksem z dnia 21 lipca 2006 r., dodając następujący fragment „*w trakcie odbierania oświadczeń przedmiotowe dokumenty leżały na stole przed panem [tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 8 załącznika do decyzji]*”. Pismem z dnia 4 sierpnia 2006 r., strona podniosła, iż „*wbrew stanowisku [ich] klienta, Prezes Urzędu nie uwzględnił prośby o dokładny opis sytuacji związanej z zaginięciem wydruku protokołu posiedzenia zarządu Grupy Ożarów z dnia 15 października 2003 r. (...) tendencyjny opis sytuacji nawet sugeruje związek działań przedstawicieli Grupy Ożarów z zaginięciem wspomnianego dokumentu. Urząd pominął istotny fakt, który wynika z przekazanego Grupie Ożarów nagrania, iż wszelkie dokumenty zabrane w trakcie kontroli były cały czas w posiadaniu kontrolujących, które okazywały je osobie wyjaśniającej. (...) protokół posiedzenia zarządu, w trakcie odbierania oświadczenia przez Pana [tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 9 załącznika do decyzji] znajdował się na stole przed wszystkimi osobami znajdującymi się w pokoju i przez cały czas był dobrze widoczny dla kontrolujących. Zgodnie pamięcią Pana [tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 9 załącznika do decyzji], po zakończeniu drugiego przesłuchania w dniu 31 maja 2006 r., oddał on kontrolującym okazany mu protokół posiedzenia*”.

W dniu 15 września 2006 r., Spółka przekazała do Urzędu pisemne oświadczenia Prezesa Zarządu Spółki - Pana [tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 7 załącznika do decyzji] oraz Kierownika Biura Zarządu - Pani [tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 6 załącznika do decyzji] dotyczące procedury sporządzania i zatwierdzania protokołów z posiedzeń Zarządu, jak również treści protokołu z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r. Prezes Zarządu oświadczył, iż „*zgodnie z procedurą tworzenia protokołów z posiedzenia Zarządu, przyjętą w Grupie Ożarów i obowiązującą od początku istnienia Spółki, [tajemnica przedsiębiorstwa – punkt 10 załącznika do decyzji]. W 2003 r. projekty protokołów Zarządu przygotowywała (p. [tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 11 załącznika do*

decyzji)”.¹ Zeznał on również, iż w 2003 r., po otrzymaniu projektu ww. protokołu, wykreślił z jego treści na stronie drugiej zdanie: „*W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczęblu szefów zarządów poszczególnych grup*”. Świadczyć miał o tym jego podpis, widniejący obok skreślenia na oryginalnej wersji protokołu. Składając oświadczenie w oparciu o swoją najlepszą wiedzę, stwierdził, iż przyczyną wykreślenia powyższego zdania „*był fakt, iż nie pamiętał, aby to zdanie zostało wypowiedziane w trakcie posiedzenia, bądź jego sens nie odpowiadał prawdziwemu przebiegowi posiedzenia*”. Podkreślił również, iż regułą stanowi wykreślanie z projektów protokołów „*niepoprawnie lub niedokładnie spisanych przez protokolanta*”. Ponadto wskazał on, iż zawsze kiedy nanosił poprawki, były one wprowadzane do projektu protokołu posiedzenia Zarządu przez Kierownika Biura Zarządu - Panią **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 13 załącznika do decyzji]** oraz, że w dniu kontroli nie pamiętał, iż w 2003 r. wykreślił przedmiotowe zdanie z protokołu posiedzenia Zarządu.

Kierownik Biura Zarządu odpowiedzialny był za przygotowywanie protokołów posiedzeń Zarządu Spółki. Od 1998 r. funkcje tę sprawowała Pani **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 11 załącznika do decyzji]**. Jak wskazano powyżej, **[tajemnica przedsiębiorcy – punkt 14 załącznika do decyzji]**. W oświadczeniu Kierownika Biura Zarządu z dnia 12 września 2006 r. czytamy: „*w dniu 31 maja 2006 r., w pierwszym dniu kontroli UOKiK, w trakcie asystowania przy przeszukaniu pokoju Prezesa [tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 15 załącznika do decyzji], zostałam poproszona o pokazanie protokołu Zarządu z dnia 15 października 2003 r. Wysłałam z pokoju i w szafie z moimi dokumentami odszukałam teczkę z protokołami Zarządu z roku 2003. Zauważyłam, że protokół, o który mnie proszono zawierał jedno zdanie, które wykreślił i parafował Dyrektor [tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 16 załącznika do decyzji]. Wpadłam w panikę, ponieważ zdałam sobie sprawę, że nie wymieniłam strony, w której należało dokonać zmiany. Schowałam tę stronę i postanowiłam odszukać wersję elektroniczną dokumentu, aby wydrukować stronę odpowiadającą oryginałowi. Moją intencją było to, aby przekazany dokument wyglądał tak, jak powinien wyglądać oryginał. Otworzyłam plik zawierający protokół i odnalazłam stronę drugą. Wydaje mi się, że to zdanie w komputerze miałam również w jakiś sposób zaznaczone, dlatego też wydrukowałam dla kontrolujących cały protokół bez tego zdania. Po jakimś czasie zostałam przez kontrolujących poproszona o okazanie oryginału całego dokumentu. Pokazałam kontrolującym oryginał protokołu bez strony drugiej. Ponieważ wydrukowany wcześniej dokument był trochę krótszy (o wycięte zdanie) kontrolujący zaczęli porównywać oba dokumenty, po czym poprosili informatyka ze swojej ekipy, który potwierdził, że była zrobiona zmiana na tym dokumencie. Ja przyznałam wcześniej, że dokonałam wycięcia zdania działając bezmyślnie z powodu silnego stresu. Nie wytłumaczyłam powodu mojego stresu wynikającego z samej kontroli, a także obawy o moją pracę z powodu niedopatrzenia moich obowiązków i przechowywania protokołu, w którym nie naniosłam wskazanych przez p. **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 7 załącznika do decyzji]** poprawek. (...) Ja zapomniałam o zmianie i dopiero w dniu*

¹ W sierpniu 2003 r. Pan **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 12 załącznika do decyzji]**, będąc Dyrektorem Generalnym, pełnił funkcję Wiceprezesa Spółki

kontroli zauważyłam mój błąd. Podobne poprawki zdarzały się nieczęsto, ale zawsze każdą korektę p. [tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 7 załącznika do decyzji] poprawiałam i nie zdarzały mi się podobne sytuacje”.

Grupa Ożarów S.A. podniosła ponadto, iż „działania pracownika kontrolowanego nie mogą automatycznie skutkować konsekwencjami dla samej Spółki”, z uwagi na brak podstaw prawnych do żądania przez kontrolujących udostępnienia dokumentu od pracownika, który nie otrzymał stosownego upoważnienia od osób reprezentujących Spółkę, brak stosownego pouczenia pracownika Spółki o jego prawach i obowiązkach podczas kontroli, co z kolei – zdaniem Spółki - „uniemożliwia pociągnięcie tej osoby, jak również Spółki, do odpowiedzialności”, jak również na fakt, iż ww. zachowanie pracownika nie było za wiedzą i wolą reprezentujących Spółkę. O braku złej woli Spółki – jej zdaniem – ma świadczyć nieobecność większości osób ją reprezentujących w siedzibie Spółki w trakcie kontroli, jak również przekazanie w dniu 4 sierpnia 2006 r. pełnej wersji protokołu z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r. oraz oświadczeń Prezesa Zarządu Spółki i Kierownika Biura Zarządu. Zaznaczyć przy tym należy, iż dostarczona pełna wersja ww. protokołu z posiedzenia Zarządu zawiera fragment, który został usunięty podczas kontroli przez Kierownika Biura Zarządu. Fragment ten jest przekreślony, a obok skreślenia widnieje parafka Pana **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 7 załącznika do decyzji]** – ówczesnego Dyrektora Generalnego Spółki. Protokół podpisany jest przez trzech członków Zarządu (w tym Dyrektora Generalnego) i protokolanta.

Spółka podnosi również niemożność powiązania faktu zmiany treści protokołu z posiedzenia Zarządu, będącego przedmiotem przedmiotowego postępowania, z faktem zaginięcia protokołu z posiedzenia Zarządu Spółki w trakcie czynności kontrolnych, mających miejsce w warszawskim oddziale Spółki, podkreślając, iż nie ma „żadnego dowodu stanowiącego oparcie dla sugestii, że Pan **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 17 załącznika do decyzji]** lub inny przedstawiciel Spółki usunął dokument sprzed oczu kontrolujących lub Policji”. Potwierdza natomiast, iż protokół z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r., zawierający kwestionowany zapis: „W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów poszczególnych grup”, znajdował się na stole przed Panem **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 17 załącznika do decyzji]** i został mu odczytany.

Grupa Ożarów S.A. podniosła również, iż w przedmiotowym stanie faktycznym, „niezbędnym elementem nałożenia kary jest ustalenie stopnia zawinienia” oraz, że zdarzenie będące przedmiotem niniejszego postępowania „nie wpłynęło w żaden sposób na zakłócenie postępowania antymonopolowego dotyczącego rynku cementowego, [a] ocena czy dokument żądany w trakcie kontroli ma istotne znaczenie dla Prezesa Urzędu w wykonywaniu jego ustawowych obowiązków, będzie możliwa jedynie po przeprowadzeniu postępowania w sprawie porozumienia na rynku cementu”.

Prezes Urzędu nie przychylił się do wniosku strony, złożonego w piśmie z dnia 14 listopada 2006 r., w zakresie dopuszczenia w toku postępowania dowodu z zeznań świadków – Prezesa Zarządu - Pana [tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 7 załącznika do decyzji] oraz Kierownika Biura Zarządu - Panią [tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 13 załącznika do decyzji] - na okoliczność usunięcia fragmentu protokołu posiedzenia Zarządu Spółki z dnia 15 października 2003 r., przebiegu i przyczyn tego zdarzenia, o czym powiadomił Grupę Ożarów S.A. pismem z dnia 29 stycznia 2007 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, badając m.in. stopień przyczynienia się określonego środka dowodowego do dostatecznego wyjaśnienia okoliczności sprawy, uznał, iż nie została spełniona przesłanka „istotności” środka dowodowego dla rozstrzygnięcia sprawy, przedmiotem bowiem wniosku strony były okoliczności dostatecznie - zdaniem organu antymonopolowego – wyjaśnione w toku postępowania. W świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, jak również dodatkowych wyjaśnień pracowników Spółki, nadesłanych w piśmie z dnia 15 września 2006 r., należało uznać przeprowadzenie dowodu z przesłuchania ww. świadków za niecelowe i bezzasadne. Organ antymonopolowy przypomniał również stronie, iż ma prawo do składania wszelkich oświadczeń i wyjaśnień w toku prowadzonego postępowania, w tym możliwość modyfikowania i uzupełniania uprzednio prezentowanego stanowiska lub składanych oświadczeń.

II. Organ antymonopolowy, w oparciu o przedstawiony stan faktyczny oraz stan prawny, zważył co następuje.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podejmuje w interesie publicznym działania mające na celu rozwój i ochronę konkurencji. Skuteczne sprawowanie powierzonych organowi antymonopolowemu - ustawą *o ochronie konkurencji i konsumentów* - kompetencji, zapewnia szereg instrumentów w niej przewidzianych, m.in. kontrola u przedsiębiorcy, w ramach której możliwe jest również - za uprzednią zgodą Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - przeszukanie pomieszczeń lub rzeczy kontrolowanego.

W związku z podejrzeniem naruszenia przepisów art. 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, działając na podstawie art. 43 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ww. ustawy, wszczął - postanowieniem z dnia 26 kwietnia 2006 r. – postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy zachowania podmiotów działających na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu, naruszają przepisy ww. ustawy, uzasadniając wszczęcie postępowania antymonopolowego (sygn. DOK1-400/6/06/ KR). W toku przedmiotowego postępowania wyjaśniającego, działając na podstawie art. 57 oraz art. 58 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jak również stosownego upoważnienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów do dokonania kontroli u poszczególnych przedsiębiorców z dnia 17 maja 2006 r. oraz postanowienia Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia

10 maja 2006 r. wyrażającego zgodę na przeszukanie (sygn. akt XVII Amo 3/06), pracownicy Urzędu w dniach 31 maja - 2 czerwca 2006 r. przeprowadzili kontrolę wraz z przeszukaniem pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorców działających na krajowym rynku sprzedaży cementu, m.in. Grupy Ożarów S.A., mające na celu pozyskanie dowodów w sprawie.

Przepisy art. 57 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przewidują możliwość przeprowadzenia w toku postępowania przed Prezesem Urzędu kontroli u przedsiębiorcy w zakresie objętym tym postępowaniem. Upoważnienie do przeprowadzenia kontroli powinno zawierać wskazanie podstawy prawnej, datę i miejsce wystawienia, dane personalne kontrolującego (w tym jego stanowisko i numer legitymacji służbowej), oznaczenie kontrolowanego, określenie przedmiotu i zakresu kontroli oraz daty rozpoczęcia kontroli i przewidywanej daty jej zakończenia, podpis osoby udzielającej upoważnienia (z podaniem zajmowanego stanowiska lub funkcji), jak również pouczenie o prawach i obowiązkach kontrolowanego.

Upoważnienie Prezesa Urzędu z dnia 17 maja 2006 r. do dokonania kontroli Grupy Ożarów S.A. czyniło zadość wszystkim powyżej wskazanym wymaganiom, zawierając m.in. wyczerpujące pouczenia o prawach i obowiązkach kontrolowanego, wynikających zarówno z ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, jak i rozporządzenia Rady Ministrów *w sprawie szczegółowego trybu i sposobu przeprowadzania kontroli przedsiębiorców i związków przedsiębiorców w toku postępowania przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, w tym pouczenie o możliwości nałożenia, w drodze decyzji, na kontrolowanego lub osobę uprawnioną do jego reprezentowania kary pieniężnej za brak współdziałania w toku kontroli (art. 101 ust. 2 pkt 3 oraz art. 103 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*).

Zgodnie z art. 57 ust. 5 ustawy antymonopolowej, kontrolujący ma prawo:

- 1) wstępu na grunt oraz do budynków, lokali lub innych pomieszczeń oraz środków transportu kontrolowanego;
- 2) żądania udostępnienia akt, ksiąg, wszelkiego rodzaju dokumentów i nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli oraz ich odpisów i wyciągów, a także sporządzania z nich notatek;
- 3) żądania od osób, o których mowa w art. 59 ust. 1, ustnych wyjaśnień dotyczących przedmiotu kontroli.

Przepisy art. 58 ww. ustawy stanowią, iż kontrolujący w toku kontroli może również dokonać przeszukania pomieszczeń lub rzeczy przedsiębiorcy, za zgodą Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, udzieloną na wniosek Prezesa Urzędu.

W świetle art. 59 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, kontrolowany lub osoba uprawniona do jego reprezentowania obowiązane są do:

- 1) udzielenia żądanych informacji;

- 2) umożliwienia wstępu na grunt oraz do budynków, lokali lub innych pomieszczeń oraz środków transportu;
- 3) udostępnienia akt, ksiąg i wszelkiego rodzaju dokumentów lub innych nośników informacji.

Zgodnie z ust. 2, kontrolowany lub osoba uprawniona do jego reprezentowania może odmówić udzielenia informacji lub współdziałania w toku kontroli tylko wtedy, gdy naraziłoby to ją lub jej małżonka, wstępnych, zstępnych, rodzeństwo oraz jej powinowatych w tej samej linii lub stopniu, jak również osoby pozostające z nią w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli, a także osobę pozostającą z nią we wspólnym pożyciu, na odpowiedzialność karną. Prawo odmowy udzielenia informacji lub współdziałania w toku kontroli trwa po ustaniu małżeństwa lub rozwiązaniu stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli.

Stosownie do § 5 ww. rozporządzenia, kontrolowany obowiązany jest zapewnić kontrolującemu warunki i środki niezbędne do sprawnego przeprowadzenia kontroli, a w szczególności:

- 1) udostępnia obiekty i pomieszczenia,
- 2) zapewnia wgląd do wszelkich dokumentów związanych z przedmiotem kontroli,
- 3) sporządza kopie dokumentów wskazanych przez kontrolującego,
- 4) zapewnia samodzielne zamknięte pomieszczenie, jeżeli jest to niezbędne do przeprowadzenia kontroli,
- 5) zapewnia wydzielone miejsce do przechowywania dokumentów i zabezpieczonych przedmiotów,
- 6) udostępnia środki łączności, którymi dysponuje kontrolowany, w zakresie niezbędnym do wykonywania czynności kontrolnych.

Na podstawie art. 101 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość od 1.000 do 50.000.000 euro, jeżeli przedsiębiorca choćby nieumyślnie nie współdziałała w toku prowadzonej kontroli prowadzonej w ramach postępowania na podstawie art. 57 ustawy, z zastrzeżeniem jej art. 59 ust. 2.

Ustawodawca, nakładając na Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów szereg obowiązków, wyposażył go w instrument prawny w postaci kontroli (z przeszukaniem) i przewidział sankcję za brak współdziałania w jej toku, w celu zapewnienia skutecznej ochrony konkurencji na rynku w interesie publicznym. Podstawowym elementem kontroli, jest zapewnienie kontrolującym dostępu do nośników informacji. Konstrukcja uprawnień kontrolnych Prezesa Urzędu pozwala przyjąć, iż zamierzeniem Ustawodawcy było, aby w trakcie czynności kontrolnych, organ antymonopolowy mógł mieć wgląd do dokumentów w ich rzeczywistym kształcie i niezmienionej postaci. W innym bowiem przypadku, kontrola – w formie proponowanej przez Grupę Ożarów S.A. – pozbawiona byłaby w ogóle sensu, gdyż w celu pozyskania stosownych informacji, wystarczyłoby zwrócić się od przedsiębiorcy, na podstawie art. 45 ustawy antymonopolowej. Skoro zaś ustawodawca przewidział możliwość przeprowadzenia u przedsiębiorcy niezapowiedzianej kontroli (oraz

przeszukania w jej toku) – ingerując w swobodę działalności gospodarczej - domniemywać należy, iż u podstaw przyjęcia takiego rozwiązania leżało przeświadczenie, iż środki te mogą stanowić szczególnie skuteczną metodę pozyskiwania dowodów w przypadku podejrzenia naruszenia ustawy antymonopolowej.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 11 sierpnia 2003 r. (sygn. akt XVII Ama 123/02) stwierdził, iż stosownie do treści art. 57 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w toku postępowania przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może być przeprowadzona kontrola u każdego przedsiębiorcy. Obejmuje ona prawo do wstępu na grunt oraz do budynków, lokali lub innych pomieszczeń oraz środków transportu kontrolowanego, żądania udostępnienia akt, ksiąg, wszelkiego rodzaju dokumentów i nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli oraz ich odpisów i wyciągów, a także sporządzania z nich notatek, żądania od kontrolowanego lub osoby uprawnionej do jego reprezentowania oraz użytkownika lokalu mieszkalnego, ustnych wyjaśnień dotyczących przedmiotu kontroli. Zdaniem Sądu, kontrola i przeszukiwanie służą stwierdzeniu i wykazaniu, czy przedsiębiorca stosuje zarzucaną praktykę monopolistyczną czy nie. Obie te czynności polegają więc na sprawdzeniu stanu faktycznego w celu pozyskania dowodów praktyki monopolistycznej lub stwierdzeniu, że dowody takie nie istnieją. Jak stwierdził Sąd, brak zgody lub współdziałania kontrolowanego, pomijając tego konsekwencje, uniemożliwia kontrolującemu samodzielne dokonywanie czynności kontrolnych. Stosownie do treści art. 59 ustawy, kontrolowany jest zobowiązany do współdziałania w kontroli poprzez udzielanie żądanych informacji, umożliwianie wstępu na grunt oraz do budynków, lokali lub innych pomieszczeń oraz środków transportu kontrolowanego, udostępnianie akt, ksiąg i wszelkiego rodzaju dokumentów lub innych nośników informacji należących do kontrolowanego. Inicjatywa określenia czynności kontrolnych należy do kontrolującego, zaś kontrolowany obowiązany jest współdziałać bez zbędnej zwłoki.

Mając na uwadze powyższe oraz okoliczności zdarzenia, będącego podstawą wszczęcia przedmiotowego postępowania, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał, iż zasadnym i celowym jest nałożenie kary na Grupę Ożarów S.A. za brak współdziałania w toku kontroli jaka miała miejsce w dniach 31 maja – 2 czerwca 2006 r. u tego przedsiębiorcy. Organ antymonopolowy nie miał żadnych wątpliwości co do ustalonego przebiegu zdarzeń, leżących u podstaw wszczętego postępowania w sprawie nałożenia kary. W sposób dostateczny zostały wyjaśnione okoliczności w jakich doszło do próby zatajenia treści żadanego protokołu z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r. oraz zmiany treści tego dokumentu, objętego zakresem przedmiotowej kontroli. Ustalenia dokonane przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w tym zakresie pokrywają się z opisem zdarzenia przedstawionym przez Spółkę.

Należy wskazać, iż kontrola w Spółce prowadzona była w toku wszczętego w dniu 26 kwietnia 2006 r. postępowania wyjaśniającego w sprawie wstępnego ustalenia, czy zachowania podmiotów działających na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu, naruszają przepisy ww. ustawy (sygn. DOK1-400/6/06/KR), uzasadniając

wszczęćie postępowania antymonopolowego. Wskazane postępowanie wyjaśniające prowadzone było w związku z podejrzeniem zawarcia przez producentów cementu porozumienia na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu. Porozumienia horyzontalne należą do najcięższych naruszeń w prawie antymonopolowym, a ich wykrywalność jest znacznie utrudniona ze względu na ich sekretny charakter. Dlatego też jednym z najbardziej skutecznych środków jakim dysponuje organ antymonopolowy jest niezapowiedziana kontrola u przedsiębiorców, podejrzewanych o udział w zakazanym porozumieniu, jak również prowadzone w jej toku przeszukanie. Należy podkreślić, iż Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwracając się do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ze stosownym wnioskiem, w którym przedstawił w sposób szczegółowy okoliczności faktyczne sprawy, uzyskał w dniu 10 maja 2006 r. zgodę tegoż Sądu (sygn. akt XVII Amo 3/06) na dokonanie przeszukania pomieszczeń i rzeczy należących m.in. do Grupy Ożarów S.A., które - będąc środkiem o charakterze wysoce ingerującym w swobodę działalności gospodarczej – stosowane jest wyłącznie w wyjątkowych przypadkach.

W toku prowadzonej kontroli w siedzibie Spółki, Kierownik Biura Zarządu - Pani **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 11 załącznika do decyzji]** ukryła przed kontrolującymi drugą stronę protokołu z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r., na której zamieszczony był zapis: „*W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów poszczególnych grup*” oraz usunęła w dokumencie w wersji elektronicznej powyżej cytowany fragment, co znalazło potwierdzenie w złożonym przez nią oświadczeniu w dniu 12 września 2006 r., w protokole kontroli oraz notatce urzędowej asystującego przy czynnościach funkcjonariusza Policji. Należy wskazać, iż ww. sformułowanie mogło wskazywać na zawarcie ograniczającego konkurencję porozumienia na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu poprzez ustalanie w sposób bezpośredni lub pośredni cen sprzedaży cementu przez poszczególnych producentów (grupy kapitałowe), co stanowić może naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Natomiast świadome wprowadzanie w błąd kontrolujących co do treści dokumentu, ukrywanie przed kontrolującymi oryginalnej jego wersji oraz usunięcie fragmentu: „*W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów poszczególnych grup*”, mogło wskazywać na to, że przedsiębiorca obawiał się, że treść ta stanowić może dowód w prowadzonym postępowaniu wyjaśniającym, dotyczącym naruszeń na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu.

Trudno uznać za wiarygodne wyjaśnienia członków Zarządu w zakresie treści ww. fragmentu protokołu z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r. Jeden z członków Zarządu - Pan **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 12 załącznika do decyzji]** twierdzi, że usunięcie z protokołu zdania: „*W I kwartale przyszłego roku jest szansą na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów poszczególnych grup*” wynikało, z faktu iż nie przypominał sobie, aby takie zdanie zostało wypowiedziane podczas posiedzenia Zarządu w dniu 15 października 2003 r., bądź – jak to określił – „*jego*

sens nie odpowiadał prawdziwemu przebiegowi posiedzenia” oraz, że w dniu kontroli nie pamiętał, iż w 2003 r. wykreślił wyżej cytowany fragment z protokołu posiedzenia Zarządu, podczas gdy drugi z członków Zarządu - Pan **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 1 załącznika do decyzji]** nie zaprzeczył temu, iż zdanie o podobnej treści zostało wypowiedziane, a dokonując jego interpretacji, po okazaniu mu powyższego dokumentu w trakcie trwającej kontroli, oświadczył, iż: *„ten fragment przygotował zdaje się Pan [tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 2 załącznika do decyzji], poznaję po inicjałach. Jedyne co mogę powiedzieć to to, że problem tutaj omawiany to problem importu cementu do Polski w szczególności z Białorusi, który zdaniem polskiego przemysłu cementowego stanowił poważne zagrożenie dla miejsc pracy w sektorze cementowym w Polsce. Zakładam, że osoba, która sporządziła ten komentarz w dokumencie, miała na myśli konieczność spotkania się na szczeblach różnych prezesów, po to żeby omówić problem miejsc pracy”* (wyjaśnienia z dnia 31 maja 2006 r., godz. 13.30). Nie wypowiedział się on jednak odnośnie samej propozycji podwyższenia cen oraz nie wyjaśnił w sposób jednoznaczny znaczenia zwrotu „szefowie zarządów poszczególnych grup”. Oświadczenia złożone przez ww. członków Zarządu są niespójne, z jednej bowiem strony podważany jest fakt, iż wypowiedź taka miała miejsce na posiedzeniu Zarządu w dniu 15 października 2003 r., z drugiej zaś składane są wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie kontekstu w jakim wypowiedź ta miała miejsce oraz jej znaczenia.

Ponadto z oświadczenia Prezesa Zarządu Spółki – Pana **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 7 załącznika do decyzji]**, wyjaśniającego procedurę sporządzania i zatwierdzania protokołów z posiedzeń Zarządu, wynika, iż w 2003 r., po otrzymaniu projektu protokołu z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r., wykreślił z jego treści na stronie drugiej zdanie: *„W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów poszczególnych grup”*. Świadczyć, jego zdaniem miał o tym jego podpis widniejący obok przekreślonego zdania na oryginalnej wersji protokołu, którą przekazała Spółka organowi antymonopolowemu pismem z dnia 4 sierpnia 2006 r., a więc ponad dwa miesiące po zakończeniu kontroli w Spółce. Należy jednak zaznaczyć, iż odnaleziona wersja niniejszego dokumentu w warszawskim oddziale Spółki, która następnie zaginęła w trakcie czynności kontrolnych, nie była opatrzona jakimikolwiek podpisami, parafkami czy adnotacjami. Wersja elektroniczna udostępniona kontrolującym w siedzibie Spółki miała identyczną formę. Jedyne wersja papierowa protokołu z posiedzenia Zarządu, doręczona organowi antymonopolowemu w sierpniu 2006 r., stanowiła pełną wersję protokołu z posiedzenia Zarządu. Opatrzona była podpisami trzech członków Zarządu oraz protokolanta. Przekazany protokół zawierał parafkę Dyrektora Generalnego obok przekreślonego zdania: *„W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów poszczególnych grup”*. Nie można jednak stwierdzić jednoznacznie, czy wskazane skreślenie w protokole z posiedzenia Zarządu miało rzeczywiście miejsce w roku 2003 r., czy też w innym czasie, np. tuż przed jego przesłaniem do organu antymonopolowego, bowiem ani kontrolującym warszawski oddział Spółki, ani kontrolującym jej siedzibę, nie okazano pełnej wersji przedmiotowego dokumentu w

trakcie prowadzonej kontroli w Spółce, a uzyskany wówczas dokument (w wersji papierowej w Warszawie i wersji elektronicznej w Karsach) mimo, iż zawierał kwestionowany fragment, brak było jednak na nim skreślenia opatrzonego parafką. Wgląd do oryginalnej wersji protokołu z posiedzenia Zarządu Spółki został kontrolującym uniemożliwiony w toku kontroli, jak wskazano powyżej.

Ponadto w swoim oświadczeniu, Prezes Zarządu - Pan **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 12 załącznika do decyzji]** wskazał, iż zgodnie z procedurą tworzenia protokołów z posiedzenia Zarządu, przyjętą w Grupie Ożarów, **[tajemnica przedsiębiorstwa - punkt 18 załącznika do decyzji]**. W 2003 r. projekty protokołów Zarządu przygotowywała Pani **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 11 załącznika do decyzji]**. Pan **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 12 załącznika do decyzji]** zeznał, iż w 2003 r., po otrzymaniu projektu ww. protokołu, wykreślił z jego treści na stronie drugiej zdanie: „*W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów poszczególnych grup*”. Świadczyć miał o tym jego podpis, widniejący obok skreślenia na oryginalnej wersji protokołu. Oświadczył on, iż przyczyną wykreślenia powyższego zdania „*był fakt, iż nie pamiętał, aby to zdanie zostało wypowiedziane w trakcie posiedzenia, bądź jego sens nie odpowiadał prawdziwemu przebiegowi posiedzenia*”. Podkreślił również, iż regułą stanowi wykreślanie z projektów protokołów, „*niepoprawnie lub niedokładnie spisanych przez protokolanta*”. Ponadto zeznał, iż zawsze kiedy nanosił poprawki, były one wprowadzane do projektu protokołu posiedzenia Zarządu przez Kierownika Biura Zarządu - Panią **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 13 załącznika do decyzji]** oraz, że w dniu kontroli nie pamiętał, iż w 2003 r. wykreślił przedmiotowe zdanie z protokołu posiedzenia Zarządu.

Powyżej przedstawionej procedurze sporządzania i zatwierdzania protokołów z posiedzeń Zarządu Spółki wydaje się zaprzeczać treść i forma przedstawionego organowi antymonopolowemu przez Spółkę, w dniu 4 sierpnia 2006 r., protokołu z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r. Z oświadczenia Prezesa Zarządu - Pana **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 7 załącznika do decyzji]** wynika, iż protokół z posiedzenia Zarządu **[tajemnica przedsiębiorstwa - punkt 19 załącznika do decyzji]**². Natomiast przedstawiona przez Spółkę w sierpniu 2006 r. wersja protokołu z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r. nie uwzględniała poprawki naniesionej przez Dyrektora Generalnego (widnieje na niej skreślenie, opatrzone parafką), mimo iż protokół został przez niego podpisany, a także protokolanta oraz dwóch innych członków Zarządu.

Mimo, iż w toku niniejszego postępowania organ antymonopolowy nie badał niniejszego dowodu pod kątem ewentualnego naruszenia art. 5 ustawy antymonopolowej, należy podkreślić, iż wyżej prezentowana argumentacja przez Spółkę odnośnie znaczenia kwestionowanego fragmentu jest niespójna i nie powinna zasługiwać na uwzględnienie, a fakt rzekomej współpracy z organem antymonopolowym w postaci przekazania z dwumiesięcznym opóźnieniemżądanego

² Fragment oświadczenia Kierownik Biura Zarządu: „podobne poprawki zdarzały się nieczęsto, ale zawsze każdą korektę p. **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 7 załącznika do decyzji]** poprawiałam i nie zdarzyły mi się podobne sytuacje”

podczas kontroli dokumentu w jego oryginalnej wersji, w kontekście przedstawionego powyżej stanu faktycznego, nie powinien stanowić argumentu przemawiającego za łagodniejszym traktowaniem, czego domaga się strona.

Współdziałanie w toku kontroli jest pojęciem szerokim, wymaga więc każdorazowo interpretacji dokonywanej łącznie z oceną zaistniałych zdarzeń, mających miejsce podczas kontroli. Brak współdziałania obejmuje zarówno uchylanie się od obowiązków przez kontrolowanego, związanych z prowadzoną kontrolą (bierna postawa kontrolowanego), jak również utrudnianie czynności kontrolnych poprzez działanie w określony sposób (czynna postawa kontrolowanego). Tak więc brak współdziałania przejawiać się może działaniem lub zaniechaniem pewnych działań, do których kontrolowany jest obowiązany w toku kontroli. Nie budzi wątpliwości fakt, iż obowiązek współdziałania obejmuje również powstrzymanie się od niszczenia jakichkolwiek dokumentów i nośników informacji, będących przedmiotem zainteresowania kontrolujących, jak również zmiany ich treści, bądź wprowadzania w błąd co do ich treści.

Zgodnie z powyżej przedstawionymi przepisami ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz wydanego na jej podstawie rozporządzenia w zakresie trybu przeprowadzania kontroli, kontrolujący może żądać w jej toku udostępnienia wszelkiego rodzaju dokumentów i nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli. W przedmiotowej sprawie dokument, którego treść została zmieniona w toku kontroli, mieścił się w zakresie zarówno przedmiotowym, jak i czasowym kontroli, wyznaczonym w upoważnieniu Prezesa Urzędu do jej przeprowadzenia z dnia 17 maja 2006 r. Kontrolowany, nie wydając żądanych dokumentów, wprowadzając w błąd kontrolowanych co do ich istnienia, bądź treści, podlegać może karze na podstawie art. 101 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy.

Podkreślić należy również, iż sankcja, za brak współdziałania w toku kontroli, może być nałożona na przedsiębiorcę nawet w przypadku nieumyślnego braku współdziałania, umyślność jest więc czynnikiem prawnie indyferentnym z punktu widzenia możliwości nałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorcę, na podstawie art. 101 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, stanowić może natomiast jedną z przesłanek przy ustalaniu jej wymiaru.

W opisywanym stanie faktycznym nie mamy jednak do czynienia z nieumyślnym działaniem. Bowiem w toku przedmiotowej kontroli, pracownik kontrolowanego w sposób świadomy próbował wprowadzić w błąd kontrolujących, przedkładając na ich żądanie niekompletną papierową wersję dokumentu (ukrywając przed kontrolującymi jedną ze stron dokumentu) oraz okazując wskazany dokument w wersji elektronicznej o zmodyfikowanej uprzednio, w trakcie trwania kontroli, treści.

Podkreślić należy przy tym, iż kontrolowany przedsiębiorca został w sposób prawidłowy pouczony przez kontrolujących o przysługujących mu uprawnieniach, a także nałożonych na niego obowiązkach (ustawą *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz wydanym na jej podstawie ww. rozporządzeniem wykonawczym), przed przystąpieniem do czynności kontrolnych, o czym świadczą podpisy złożone przez osoby reprezentujące przedsiębiorcę na przedłożonych dokumentach w toku

kontroli (upoważnieniu Prezesa Urzędu do dokonania kontroli oraz postanowieniu Sądu w przedmiocie przeszukania pomieszczeń i rzeczy przedsiębiorcy).

Osoba przyjmująca upoważnienie winna być pouczona o przysługujących prawach i o obowiązkach kontrolowanego, w związku z prowadzoną kontrolą. Pouczenie o prawach i obowiązkach kontrolowanego, zgodnie z art. 57 ust. 2 pkt 8 ustawy antymonopolowej, znajdować powinno się bowiem w wystawionym przez Prezesa Urzędu upoważnieniu do dokonania kontroli. Na osobie tej ciąży obowiązek poinformowania pracowników kontrolowanego o rozpoczęciu kontroli. W przypadku gdy odbierającym upoważnienie jest osoba, nienależąca do grona osób reprezentujących Spółkę (pracownik przedsiębiorcy lub osoba czynna w miejscu wszczęcia kontroli), powinna ona powiadomić niezwłocznie osoby reprezentujące przedsiębiorcę o kontroli. Nie powinno to jednak wpływać co do zasady na jej przebieg oraz mieć na celu opóźnienie czynności podejmowanych w ramach kontroli (również czynności przeszukania). W innym bowiem przypadku zaprzeczałoby to celowi, dla którego Ustawodawca wyposażył Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we władczy środek w postaci niezapowiedzianej kontroli. Z przypadkami takimi w praktyce organ antymonopolowy spotyka się sporadycznie, bowiem co do zasady kontrole, zainicjowane przez Prezesa Urzędu, odbywają się w godzinach pracy przedsiębiorcy, a więc do rzadkości należą sytuację, w których nie można zastać na jej miejscu osób reprezentujących lub upoważnionych przez przedsiębiorcę. Sytuacja taka nie miała również miejsca w przypadku przedmiotowej kontroli. Bowiem przed przystąpieniem do czynności kontrolnych, zarówno w siedzibie Spółki, jak i jej warszawskim oddziale, osoby reprezentujące Spółkę zapoznały się z upoważnieniem Prezesa Urzędu do dokonania kontroli, a tym samym z przysługującymi kontrolowanemu prawami i obowiązkami, w tym obowiązkiem współdziałania w toku kontroli oraz konsekwencjami braku takiej współdziałania. Należy nadmienić, że mimo, iż sporządzone zostały dwa protokoły kontroli (oddzielnie dla czynności prowadzonych w warszawskim oddziale i siedzibie Spółki), mieliśmy do czynienia z jedną kontrolą u tego przedsiębiorcy, na podstawie tego samego upoważnienia Prezesa Urzędu. Sporządzenie dwóch protokołów służyć miało jedynie uporządkowaniu przebiegu czynności w kontrolowanej Spółce. Osoby reprezentujące Spółkę oraz upoważnione przez nie, obecne w trakcie kontroli w siedzibie Spółki oraz jej warszawskim oddziale, pozostawały ze sobą w stałym kontakcie. Były również na bieżąco informowane o czynnościach kontrolujących i przebiegu kontroli. Kontrolowany zadeklarował wolę pełnego współdziałania w toku kontroli, godząc się na udostępnienie wszelkich posiadanych dokumentów. Wezwany do wydania dokumentów mogących stanowić dowód zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu, kontrolowany wyjaśnił, iż brak jest takich dowodów, gdyż nie istnieje porozumienie producentów, działających na ww. rynku.

Należy jednak w tym miejscu zaznaczyć, iż - jak stwierdziła Komisja Europejska w jednej ze swoich decyzji - przedsiębiorca nie czyni zadość wymaganiom udostępnienia żądanych dokumentów przez kontrolujących, zapewniając jedynie w sposób generalny dostęp do dokumentacji, jest bowiem zobowiązany do przedstawienia spośród dokumentów tych, które są żądane przez kontrolujących.

Przyznała ona również, iż to zawsze na przedsiębiorcy ciąży obowiązek wskazania odpowiednich osób, które spełnią żądania kontrolujących i przedstawią żądane dokumenty.³ W praktyce, kontrolujący przedsiębiorcę pracownicy Urzędu informują osoby reprezentujące spółkę o prawach i obowiązkach kontrolowanego w toku kontroli, żądając wydania stosownych dokumentów, natomiast samo ich przekazanie kontrolującym stanowi czynność techniczną i jest co do zasady dokonywane przez pracowników kontrolowanego przedsiębiorcy, asystujących przy poszczególnych czynnościach. We wszystkich czynnościach kontrolnych mają bowiem prawo, a nawet i „obowiązek”, uczestniczyć osoby reprezentujące kontrolowanego lub jego pracownicy lub inne osoby wskazane przez kontrolowanego, co wynika z istoty kontroli, wymagającej pełnego współdziałania przedsiębiorcy z kontrolującymi, co znajduje potwierdzenie chociażby w oświadczeniu Kierownika Biura Zarządu z dnia 12 września 2006 r. („w trakcie asystowania przy przeszukaniu pokoju Prezesa (...)”). Z punktu widzenia kontrolujących nie ma znaczenia, czy żądane dokumenty zostaną przekazane kontrolującym przez poszczególnych pracowników przedsiębiorcy, czy też osoby wchodzące do ścisłego kierownictwa kontrolowanego. Sposób zorganizowania współdziałania z kontrolującymi od strony technicznej należy do kontrolowanego. Mając na uwadze powyższe, należy ponownie podkreślić, iż pozostaje w gestii kontrolowanego na jakich zasadach wypełniany będzie obowiązek współdziałania z kontrolującymi, czy udostępnić będzie dokumenty kontrolującym sam Prezes Zarządu, czy też poszczególni pracownicy przedsiębiorcy.

Ustawodawca, nakładając na Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów szereg obowiązków, wyposażył go w instrument prawny jakim jest kontrola (z przeszukaniem) i przewidział sankcję za brak współdziałania w jej toku, w celu zapewnienia skutecznej ochrony konkurencji na rynku podejmowanej w interesie publicznym. W świetle art. 7 *Kodeksu postępowania administracyjnego*, obowiązkiem organu administracji jest podejmowanie wszelkich kroków niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego, wobec powyższego organ antymonopolowy uznał za niezbędne przeprowadzenie kontroli u ww. przedsiębiorcy, a w jej toku przeszukania, w celu uzyskania niezbędnych dowodów w sprawie o sygnaturze DOK1-400/6/06/KR. W sprawach, w których istnieje podejrzenie zawarcia porozumienia horyzontalnego - zdaniem Prezesa Urzędu - niezapowiedziana kontrola, połączona z przeszukaniem, doprowadzić może do ujawnienia odpowiednich dowodów. Najczęściej jest to jedyny skuteczny środek służący do wykrycia najgroźniejszych spośród naruszeń ustawy antymonopolowej jakimi są porozumienia horyzontalne (zwłaszcza cenowe, czy dotyczące podziału rynku). Dlatego też przedmiotowa kontrola miała tak istotne znaczenie dla ustalenia istnienia ewentualnych naruszeń przepisów ww. ustawy. Tym bardziej więc utrudnianie kontroli ww. opisany sposób należy ocenić surowo. Niemniej jednak fakt, iż - jak podnosi strona - do oceny „*czy dokument żądany w trakcie kontroli ma istotne znaczenie dla Prezesa Urzędu w wykonywaniu jego ustawowych obowiązków, będzie możliwa jedynie po przeprowadzeniu postępowania w sprawie porozumienia na rynku cementu*” (postępowanie wyjaśniające - DOK1-400/6/06/KR, postępowanie

³ Decyzja Komisji w sprawie nałożenia kary pieniężnej na spółkę Fabbrica Pisana 80/334/CEE (Dz. Urz. L 075 z dnia 31 marca 1980 r.)

antymonopolowe – DOK1-410/4/06/MG), nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Bowiem u podstaw normy zawartej w art. 101 ust. 2 pkt 3 ustawy antymonopolowej pozostaje analiza braku współdziałania w toku kontroli, a nie braku współdziałania w toku kontroli w zakresie dowodu mogącego mieć istotne znaczenie dla wyjaśnienia czy doszło do naruszenia ww. ustawy. Sam fakt braku współdziałania jest penalizowany przez ustawodawcę. Nałożenie kary na przedsiębiorcę, na podstawie powyżej regulacji, nie jest uzależnione od charakteru ewentualnego dowodu, tym bardziej nie wymaga ona badania jego „istotności” dla potrzeb postępowania. Ocena tego dowodu, pod kątem jego istotności, a więc merytorycznej wartości, dokonywana być powinna w ramach postępowania wszczętego w związku z podejrzeniem naruszenia przepisów art. 5 ww. ustawy, nie zaś niniejszego postępowania, którego celem jest ustalenie jedynie czy miał miejsce brak współdziałania podczas kontroli, do której doszło w Spółce w dniach 31 maja - 2 czerwca 2006 r. Dlatego też, bez znaczenia pozostaje również argument Grupy Ożarów S.A., iż zdarzenie, będące przedmiotem niniejszego postępowania „nie wpłynęło w żaden sposób na zakłócenie postępowania antymonopolowego dotyczącego rynku cementowego”, a ocena jakiej podejmuje się strona wydaje się ingerować w sposób nieuprawniony w kompetencje organu antymonopolowego.

Strona kwestionuje ponadto sposób opisanego w protokole kontroli zdarzenia jakie miało miejsce podczas kontroli w warszawskim oddziale Grupy Ożarów S.A. Uwzględniając zastrzeżenie Spółki w przedmiocie opisu okoliczności zaginięcia protokołu posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2006 r. podczas kontroli w warszawskim oddziale, organ antymonopolowy dokonał stosownego uzupełnienia protokołu kontroli, poprzez dodanie następującego fragmentu „w trakcie odbierania oświadczeń przedmiotowe dokumenty leżały na stole przed panem **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 8 załącznika do decyzji]**”. Strona podniosła jednak, iż „wbrew stanowisku [ich] klienta, Prezes Urzędu nie uwzględnił prośby o dokładny opis sytuacji związanej z zaginięciem wydruku protokołu posiedzenia zarządu Grupy Ożarów z dnia 15 października 2003 r. (...) tendencyjny opis sytuacji nawet [sugeruje] związek działań przedstawicieli Grupy Ożarów z zaginięciem wspomnianego dokumentu. Urząd pominął istotny fakt, który wynika z przekazanego Grupie Ożarów nagrania, iż wszelkie dokumenty zabrane w trakcie kontroli były cały czas w posiadaniu kontrolujących, które okazywały je osobie wyjaśniającej. (...) protokół posiedzenia zarządu, w trakcie odbierania oświadczenia przez Pana **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 9 załącznika do decyzji]** znajdował się na stole przed wszystkimi osobami znajdującymi się w pokoju i przez cały czas był dobrze widoczny dla kontrolujących. Zgodnie pamięcią Pana **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 9 załącznika do decyzji]**, po zakończeniu drugiego przesłuchania w dniu 31 maja 2006 r., oddał on kontrolującemu okazany mu protokół posiedzenia”. Prezes Urzędu odstępuje w niniejszej decyzji do oceny związku zdarzenia, mającego miejsce w siedzibie Spółki i polegającego na zmianie treści dokumentu ze zdarzeniem, w warszawskim oddziale Grupy Ożarów S.A. (zaginięcie dokumentu). Brak jest bowiem wystarczającego dowodu wskazującego przyczynę i okoliczności jego utraty oraz związku zaginięcia tego dokumentu, ze zdarzeniem jakie miało miejsce w siedzibie

Spółki w Karsach. Takie stanowisko Prezesa Urzędu odzwierciedla brzmienie zarzutu stawianego w przedmiotowym postępowaniu w zakresie naruszenia art. 101 ust. 2 pkt. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* (brak współdziałania w toku kontroli, poprzez zmianę treści dokumentu objętego zakresem kontroli).

Organ antymonopolowy uznał za chybiony argument Spółki, iż Grupa Ożarów S.A. nie odpowiada za działania pracownika, polegające na zmianie treści żadanego w trybie kontroli dokumentu, z uwagi na brak podstaw prawnych do żądania przez kontrolujących udostępnienia dokumentu od pracownika oraz stosownego upoważnienia pracownika przez osoby reprezentujące Spółkę, jak również brak stosownego pouczenia pracownika o jego prawach i obowiązkach podczas kontroli. Za nietrafną należy uznać również argumentację, iż ww. zachowanie pracownika nie było za wiedzą i wolą reprezentujących Spółkę. O braku złej woli Spółki – jej zdaniem – miała świadczyć nieobecność większości osób ją reprezentujących w siedzibie Spółki w trakcie kontroli, przekazanie w dniu 4 sierpnia 2006 r. pełnej wersji protokołu z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r. oraz oświadczeń dwóch jej pracowników złożonych na tę okoliczność.

Na wstępie należy podkreślić, iż doręczenie Prezesowi Urzędu, po upływie dwóch miesięcy od zakończenia kontroli w Spółce, pełnej wersji protokołu z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r., pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, gdyż istotą zarzutu jest brak współdziałania w trakcie kontroli, która miała miejsce w Spółce w dniach 31 maja – 2 czerwca 2006 r., nie zaś brak współdziałania w toku postępowania przed Prezesem Urzędu. Podobny tok rozumowania zaprezentował Sąd Ochrony konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 11 sierpnia 2003 r. (sygn. akt XVII Ama 123/02).

Jak wskazano powyżej w decyzji, przed przystąpieniem do czynności kontrolnych, zarówno w siedzibie Spółki, jak i jej warszawskim oddziale, osoby reprezentujące Spółkę zapoznały się z upoważnieniem Prezesa Urzędu do dokonania kontroli, również z przysługującymi kontrolowanemu prawami i obowiązkami, w tym obowiązkiem współdziałania w toku kontroli oraz konsekwencjami braku takiego współdziałania. Osoby reprezentujące Spółkę oraz upoważnione przez nie, obecne w trakcie kontroli w siedzibie Spółki oraz jej warszawskim oddziale, pozostawały ze sobą w stałym kontakcie, były również na bieżąco informowane o czynnościach kontrolujących i przebiegu kontroli. Kontrolowany zadeklarował pełne współdziałanie w toku kontroli, godząc się na udostępnienie wszelkich dokumentów.

Ponadto, mając na uwadze brzmienie art. 57 ust. 4, zgodnie z którym *„w przypadku nieobecności osoby upoważnionej do reprezentowania kontrolowanego, upoważnienie do przeprowadzenia kontroli oraz legitymacja służbowa (...) są okazywane pracownikowi kontrolowanego lub osobie czynnej w miejscu wszczęcia kontroli”*, wydaje się oczywistym, iż nawet nieobecność osób reprezentujących kontrolowanego – z jakim to przypadkiem nie mamy jednak miejsca w przedmiotowej sprawie - nie może stanowić przeszkody w prowadzeniu kontroli. Pracownik kontrolowanego odbierający upoważnienie do kontroli, zawierające pouczenie o prawach i obowiązkach kontrolowanego, zgodnie z art. 57 ust. 2 pkt 8 ustawy antymonopolowej, powinien niezwłocznie skontaktować się z osobami reprezentującymi Spółkę w celu uzyskania stosownego upoważnienia. Nie powinno to

w żadnym wypadku mieć na celu opóźnienie, bądź uniemożliwienie przeprowadzenia kontroli, gdyż mogłoby to zostać uznane za brak współdziałania w toku kontroli. Z przypadkami takimi w praktyce organ antymonopolowy spotyka się sporadycznie, bowiem – jak wskazano powyżej w Decyzji - co do zasady kontrole, zainicjowane przez Prezesa Urzędu odbywają się w godzinach pracy przedsiębiorcy, a więc do rzadkości należą sytuację, w których nie można zastać na jej miejscu osób reprezentujących lub upoważnionych przez przedsiębiorcę. Z sytuacją taką nie mieliśmy również do czynienia w przypadku przedmiotowej kontroli.

W praktyce, kontrolujący informują osoby reprezentujące spółkę o prawach i obowiązkach kontrolowanego w toku kontroli, żądając wydania stosownych dokumentów, natomiast samo przekazanie ich kontrolującym stanowi czynność techniczną i co do zasady leży w gestii pracowników kontrolowanego przedsiębiorcy, zwłaszcza asystujących przy czynnościach, jak to miało miejsce w przypadku Kierownika Biura Zarządu – Pani **[tajemnica chroniona na podstawie odrębnych przepisów – punkt 6 załącznika do decyzji]**. Jak wskazano powyżej, przedsiębiorca nie czyni zadość wymaganiom udostępnienia żądanych dokumentów przez kontrolujących, zapewniając jedynie w sposób generalny dostęp do dokumentacji, jest bowiem zobowiązany do przedstawienia spośród dokumentów tych, które są żądane przez kontrolujących. Ponadto to zawsze na przedsiębiorcy ciąży obowiązek wskazania odpowiednich osób, które spełnią żądania kontrolujących i przedstawiają żądane dokumenty.⁴ Dla kontrolujących nie ma natomiast znaczenia czy czynność techniczna w postaci przekazania konkretnego dokumentu zostanie wykonana przez samego Prezesa Zarządu, czy pracownika Spółki. Wątpliwości takie nie powinny się pojawiać zwłaszcza gdy kontrolującym przekazuje dokumenty osoba pełniąca funkcję kierowniczą u przedsiębiorcy – jak miało to miejsce w przypadku Kierownika Biura Zarządu, asystującej przy czynnościach kontrolnych z ramienia kontrolowanego (przy wszystkich czynnościach kontrolnych mają prawo asystować osoby reprezentujące kontrolowanego lub jego pracownicy lub inne wskazane osoby), co znajduje potwierdzenie w oświadczeniu Kierownika Biura Zarządu z dnia 12 września 2006 r. („w trakcie asystowania przy przeszukaniu pokoju Prezesa (...)”).

Jak słusznie wskazuje K. Kohutek⁵, status osoby reprezentującej kontrolowanego należy interpretować szeroko, są to nie tylko osoby upoważnione (z mocy ustawy lub statutu bądź umowy założycielskiej przedsiębiorcy) do stałego reprezentowania przedsiębiorcy (czyli członkowie zarządu), ale także prokurenci oraz osoby legitymujące się ważnym pełnomocnictwem (ogólnym, rodzajowym, jak i pełnomocnictwem do udziału w kontroli). Pełnomocnictwo do udziału w kontroli może wynikać również z czynności faktycznej, na przykład polecenia pracownikowi asystowania przy czynnościach kontrolnych, zwłaszcza w przypadku deklaracji pełnego współdziałania w toku kontroli, w tym wydania żądanych przez kontrolujących dokumentów i innych nośników informacji. Należy mieć na uwadze, iż w odpowiedzi na wezwanie kontrolujących do udostępnienia dokumentów i innych nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli, osoby

⁴ Decyzja Komisji w sprawie nałożenia kary pieniężnej na spółkę Fabbrica Pisana 80/334/CEE (Dz. Urz. L 075 z dnia 31 marca 1980 r.)

⁵ Komentarz do art. 57 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, LEX/el. 2005

reprezentujące Grupę Ożarów S.A. zadeklarowały pełne współdziałanie w tym zakresie (fragment protokołu kontroli: „*Kontrolowany deklarując pełne współdziałanie, zgodził się na udostępnienie wszystkich akt i dokumentów znajdujących się na miejscu kontroli*”). Przyjęcie szerokiej interpretacji osoby reprezentującej kontrolowanego, ma na celu umożliwienie Prezesowi Urzędu faktycznego korzystania ze środka w postaci nieprzewidzianej kontroli.

Z kolei stosowanie bardzo wąskiej definicji osoby reprezentującej kontrolowanego oznaczałoby, iż w wielu przypadkach kontrola zostałaby udaremniona z uwagi na nieobecność osób ze ścisłego kierownictwa przedsiębiorcy, które po powzięciu wiadomości o rozpoczęciu kontroli, mogłyby celowo opóźnić swoje przybycie na miejsce kontroli, a nawet uniemożliwić jakikolwiek kontakt ze sobą. Zaprzeczaloby to istocie i celowi, dla którego Ustawodawca wyposażył Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w ten władczy środek.

Mając na uwadze powyższą argumentację strony, odnoszącą się do braku upoważnienia Kierownika Biura Zarządu do wydania kontrolującym protokołu z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r., należy również wskazać, iż Spółka nie wносиła żadnych zastrzeżeń, w trybie § 9 rozporządzenia Rady Ministrów *w sprawie szczegółowego trybu i sposobu przeprowadzania kontroli przedsiębiorców i związków przedsiębiorców w toku postępowania przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, do protokołu kontroli dotyczących prezentowanego zarzutu, a zatem należy uznać, iż przebieg czynności kontrolnych w tym zakresie nie budził jej żadnych wątpliwości.

Nie znajduje uzasadnienia sposób rozumowania Spółki, w zakresie w jakim za czyn, którego dopuścił się Kierownik Biura Zarządu podczas kontroli, z uwagi na brak formalnego upoważnienia oraz obowiązku do współdziałania w toku kontroli, Spółka nie może ponieść odpowiedzialności. Przyjęcie takiej interpretacji, oznaczałoby, iż jedynie osoby reprezentujące Spółkę, bądź formalnie upoważnione, podlegałyby rygorom procedury podczas kontroli, natomiast pozostali pracownicy mogliby w sposób nieskrępowany utrudniać jej przebieg. Nie można bowiem pracownika przedsiębiorcy, który nie pełni funkcji kierowniczej (nie należy do organu zarządzającego), pociągnąć do odpowiedzialności na gruncie art. 103 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Gdyby uznać więc prezentowaną powyżej przez Grupę Ożarów S.A. interpretację za właściwą, okazałoby się, iż przepisy o karze za brak współdziałania w toku kontroli znalazłyby zastosowanie jedynie w przypadku utrudniania kontroli przez osoby ze ścisłego kierownictwa przedsiębiorcy. Odnosi się to zarówno do przepisów o odpowiedzialności Spółki za brak współdziałania w toku kontroli (art. 101 ust. 2 pkt 3 ustawy), jak i przepisów o karach nakładanych na członków organu zarządzającego (art. 103 ust. 2 ustawy). Prowadziłoby to do sytuacji, iż pracownicy, nienależący do kierownictwa kontrolowanego, mogliby nawet ostentacyjnie niszczyć podczas kontroli dokumenty, objęte jej zakresem, a przedsiębiorca i tak nie ponosiłby żadnych konsekwencji z tego tytułu. Pozbawiłoby to całkowicie sensu kontroli. Z całą pewnością taka interpretacja jest sprzeczna z intencją Ustawodawcy, który wprowadził kary pieniężne za brak współdziałania w toku kontroli, nie tylko jako element represji za brak takiego współdziałania, ale przede wszystkim, aby zdyscyplinować kontrolowanego (potencjalnych kontrolowanych), zapewniając tym samym skuteczność tego środka. Za chybione

należało uznać stanowisko strony, iż „działania pracownika kontrolowanego nie mogą automatycznie skutkować konsekwencjami dla samej Spółki”, również dlatego, iż podobnie jak ma to miejsce w przypadku naruszenia art. 5 czy 8 ustawy przez przedsiębiorcę, mimo iż u podstaw naruszenia leżą działania poszczególnego pracownika, tak i w przypadku braku współdziałania w toku kontroli, działanie takiej osoby przypisać można przedsiębiorcy. Z punktu widzenia prawa antymonopolowego nie ma żadnego znaczenia, czy organ uprawniony do prowadzenia spraw spółki wiedział, czy też nie wiedział o działaniach niezgodnych z prawem konkurencji. I tak na przykład - jak trafnie zauważyła Komisja Europejska w decyzji *VIHO v. Parker Pen*⁶ - fakt, że klauzula antykonkurencyjna została wprowadzona do kontraktu przez organ nie upoważniony, nie ma wpływu na odpowiedzialność przedsiębiorstwa za naruszenie konkurencji. Nawet jeśli klauzula taka została wprowadzona do umowy z własnej inicjatywy pracownika przedsiębiorcy, a następnie podpisana przez osobę, która nie była do tego upoważniona, nie wyłącza to odpowiedzialności przedsiębiorstwa. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w decyzji Komisji w sprawie *Yamaha*⁷. We wskazanym rozstrzygnięciu Komisja podkreśliła, że to przedsiębiorca odpowiada za działania swoich pracowników i nie stanowi argumentu fakt, że organ kierowniczy nie zaakceptował, czy też nie wiedział o antykonkurencyjnej polityce cenowej firmy. Podobne stanowisko prezentuje Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.⁸

Za chybiony należało również uznać argument, iż brak pouczenia Kierownika Biura Zarządu o prawach i obowiązkach w trakcie kontroli – „*uniemożliwia pociągnięcie tej osoby, jak również Spółki, do odpowiedzialności*”, bowiem jak wskazano powyżej, przed rozpoczęciem czynności, kontrolujący okazali stosowne dokumenty osobom reprezentującym Spółkę (członkom Zarządu), pouczając je o przysługujących prawach i obowiązkach kontrolowanego. Należy przy tym nadmienić, iż prawa i obowiązki kontrolowanego dotyczą przedsiębiorcy, a nie zatrudnionego u niego pracownika. Na przyjmującym upoważnienie ciąży obowiązek poinformowania pracowników kontrolowanego oraz osób przebywających na jego terenie o rozpoczęciu kontroli oraz obowiązku współdziałania kontrolowanego w jej toku i ewentualnych konsekwencjach braku takiego współdziałania. Należy przy tym zauważyć, iż incydent podczas kontroli w siedzibie Spółki miał miejsce 31 maja 2006 r. około godziny 15-tej, podczas gdy zapoznanie się osób reprezentujących Spółkę z upoważnieniem do dokonania kontroli, a tym samym z prawami i obowiązkami ciążącymi na kontrolowanym, miało miejsce około godz. 11-tej tego samego dnia. Osoby odbierające upoważnienie do dokonania kontroli, na których ciąży obowiązek stworzenia kontrolującym warunków do jej przeprowadzenia, miały wystarczająco dużo czasu, aby odpowiednio przygotować pracowników do kontroli, przekazać im wszelkie niezbędne informacje, w tym w zakresie obowiązku współdziałania kontrolowanego. Powinni byli to uczynić zwłaszcza wobec pracowników asystujących przy czynnościach kontrolnych. Powoływanie się na brak upoważnienia Kierownika Biura Zarządu w tym zakresie zaprzeczać wydaje się deklaracji woli pełnego

⁶ Decyzja Komisji 92/426 w sprawie *VIHO v. Parker Pen*

⁷ Decyzja Komisji COMP/37.975 PO/Yamaha

⁸ Decyzja Nr DOK – 107/06 Prezesa Urzędu Ochrony konkurencji i Konsumentów z dnia 18 września 2006 r. – Polifarb Cieszyn Wrocław S.A. i markety budowlane

współdziałania ze strony przedsiębiorcy, złożonej w trakcie kontroli, jak również nie znajduje potwierdzenia w zgłaszanych zastrzeżeniach do protokołów kontroli.

Ponadto, odnosząc się do argumentu strony, iż w przedmiotowym stanie faktycznym, „*niezbędnym elementem nałożenia kary jest ustalenie stopnia zawinienia*”, należy wskazać, iż pracownik kontrolowanego w sposób świadomy próbował wprowadzić w błąd kontrolujących, przedkładając na ich żądanie niekompletną papierową wersję dokumentu (ukrywając przed kontrolującymi jedną ze stron dokumentu) oraz okazując dokument w wersji elektronicznej o uprzednio zmodyfikowanej, w trakcie trwania kontroli, treści. Wątpliwości zatem nie budzi fakt zawinienia pracownika Grupy Ożarów S.A.

Należy ponadto wskazać, iż ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów*, przewiduje możliwość nałożenia sankcji na kontrolowanego w przypadku braku współdziałania w toku kontroli, niezależnie czy jego działaniu można by przypisać cechę umyślności czy też nieumyślności. Na gruncie obowiązujących przepisów „umyślność” działania nie stanowi czynnika warunkującego zastosowanie kary, a stanowić może jedynie wskazówkę przy ewentualnym ustalaniu jej wysokości.

Nalożona kara

Przepis art. 101 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, iż Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość od 1.000 do 50.000.000 euro, jeśli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie nie współdziała w toku kontroli prowadzonej w ramach postępowania na podstawie art. 57 ustawy. Prezes Urzędu postanowił nałożyć na Grupę Ożarów S.A. karę pieniężną w wysokości 2.000.000 zł. (słownie: dwa miliony złotych), co stanowi równowartość ok. 522.030 euro (słownie: pięćset dwadzieścia dwa tysiące trzydzieści euro).

Zgodnie z przepisami ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz wydanego na jej podstawie rozporządzenia w zakresie trybu przeprowadzania kontroli, kontrolujący w jej toku może żądać od przedsiębiorcy udostępnienia wszelkiego rodzaju dokumentów i nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli. Niewypełnienie powyższego obowiązku przez przedsiębiorcę stanowi brak współdziałania w toku kontroli. Nie budzi wątpliwości fakt, iż powyższa powinność obejmuje również powstrzymanie się od niszczenia jakichkolwiek dokumentów i nośników informacji, jak również zmiany ich treści, bądź wprowadzania w błąd w tym zakresie.

Podkreślić należy, iż kara może być nałożona na przedsiębiorcę, nawet wówczas gdy brak współdziałania był nieumyślny, z jaką to sytuacją nie mamy do czynienia w opisywanym stanie faktycznym. W toku przedmiotowej kontroli, pracownik kontrolowanego w sposób świadomy próbował wprowadzić w błąd kontrolujących, przedkładając na ich żądanie niekompletną wersję dokumentu (ukrywając przed kontrolującymi jedną ze stron dokumentu) oraz okazując wskazany

dokument w wersji elektronicznej, po uprzednim zmodyfikowaniu jego treści w trakcie trwania kontroli. Zmiana treści wersji elektronicznej żądanego dokumentu poprzez wykasowanie fragmentu „*W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów poszczególnych grup*”, powiązana była z szeregiem działań (ukrywaniem brakującej strony, przedłożeniem niekompletnej wersji papierowej dokumentu), co dowodzi premedytacji, z jaką działał pracownik kontrolowanego, mając na celu wprowadzenie błęd kontrolujących w zakresie oryginalnego brzmienia protokołu z posiedzenia Zarządu.

Ponadto, należy podkreślić, iż kontrola, która miała miejsce w dniach 31 maja – 2 czerwca 2006 r. w Grupie Ożarów S.A. prowadzona była w toku wszczętego w dniu 26 kwietnia 2006 r. postępowania wyjaśniającego w sprawie wstępnego ustalenia, czy zachowania podmiotów działających na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu, naruszają przepisy ww. ustawy (sygn. DOK1-400/6/06/KR), uzasadniając wszczęcie postępowania antymonopolowego. Przedmiotowe postępowanie wyjaśniające prowadzone było w związku z podejrzeniem zawarcia przez producentów cementu porozumienia na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu. Porozumienia horyzontalne należą do najcięższych naruszeń w prawie antymonopolowym, a ich wykrywalność jest znacznie utrudniona ze względu na ich sekretny charakter. Dlatego też organ antymonopolowy zdecydował o przeprowadzeniu niezapowiedzianej kontroli u przedsiębiorców, podejrzewanych o udział w zakazanym porozumieniu, jak również w jej toku przeszukania. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwracając się do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ze stosownym wnioskiem, w którym przedstawił w sposób szczegółowy okoliczności faktyczne sprawy, uzyskał w dniu 10 maja 2006 r. zgodę tegoż Sądu (sygn. akt XVII Amo 3/06) na dokonanie przeszukania pomieszczeń i rzeczy należących do Grupy Ożarów S.A., które jest stosowane wyłącznie w wyjątkowych przypadkach.

Dokument, udostępnienia którego żądali kontrolujący podczas kontroli, mieścił się w zakresie przedmiotowym i czasowym kontroli. Świadome wprowadzanie w błąd kontrolujących co do jego treści, ukrywanie przed kontrolującymi oryginalnej jego wersji oraz usunięcie fragmentu: „*W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów poszczególnych grup*”, mogło wskazywać na to, że przedsiębiorca obawiał się, że treść ta stanowić mogła dowód w prowadzonym postępowaniu wyjaśniającym dotyczącym naruszeń na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu. Oświadczenia złożone przez członków Zarządu, odnoszące się do znaczenia kwestionowanego fragmentu, są niespójne. Jeden z członków Zarządu twierdzi bowiem, iż takie zdanie nigdy nie zostało wypowiedziane podczas posiedzenia Zarządu odbywającego się w dniu 15 października 2003 r., podczas gdy drugi z członków Zarządu wyjaśnia wyczerpująco kontekst w jakim ono zostało wypowiedziane oraz jego znaczenie.

Przesłanie przez Grupę Ożarów S.A. pełnej wersji protokołu z posiedzenia Zarządu z dnia 15 października 2003 r., którego wydania domagali się kontrolujący podczas prowadzonych czynności w Spółce, dwa miesiące po prowadzonej u tego przedsiębiorcy kontroli, zaprzecza celowi, dla którego Ustawodawca przewidział

środek w postaci niezapowiedzianej kontroli. Przedsiębiorca *de facto* uniemożliwił kontrolującym dostęp do żądanego dokumentu w trakcie prowadzonych w Spółce czynności kontrolnych, uchylając w sposób istotny nałożonym na niego, ustawą *o ochronie konkurencji i konsumentów* oraz wydanym na jej podstawie rozporządzeniem w zakresie trybu kontroli, obowiązkom. Ponadto nie można stwierdzić jednoznacznie, czy przekazana w dniu 4 sierpnia 2006 r. wersja protokołu z posiedzenia Zarządu była wersją oryginalną, a więc czy widniejące na niej skreślenie fragmentu „*W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów poszczególnych grup*” miało rzeczywiście miejsce w roku 2003 r. – jak podnosi Spółka - czy też w innym czasie, np. przed dostarczeniem dokumentu organowi antymonopolowemu, bowiem ani kontrolującym warszawski oddział Spółki, ani kontrolującym jej siedzibę, nie okazano pełnej wersji przedmiotowego dokumentu, a okazywane projekty (w wersji papierowej w Warszawie i wersji elektronicznej w Karsach) zawierały kwestionowany fragment, natomiast brak było na nim skreślenia, opatrzonego jakkolwiek parafką. Brak było na nich również jakichkolwiek podpisów. Wgląd do oryginalnej wersji protokołu z posiedzenia Zarządu Spółki został kontrolującym uniemożliwiony w toku kontroli.

Reasumując należy ponownie podkreślić, iż żądany dokument, mieścił się w zakresie przedmiotowym i czasowym kontroli, a wprowadzanie w błąd co do jego treści poprzez jej zmianę mogło uniemożliwić organowi antymonopolowemu właściwe rozpoznanie sprawy, w której wszczęte zostało w dniu 26 kwietnia 2006 r. postępowanie wyjaśniające.

Należy ponadto zaznaczyć, iż inaczej niż ma to miejsce w przypadku naruszenia przepisów materialnych w postaci art. 5 i 8 ustawy antymonopolowej, niezależnie od trwania naruszenia w postaci braku współdziałania w toku prowadzonej kontroli, skutki mogą być istotne dla rozstrzygnięcia danej sprawy, wystarczy bowiem krótki okres, aby przedsiębiorca mógł powziąć odpowiednie kroki w celu ukrycia żądanych dokumentów, zmiany ich treści czy nawet ich zniszczenia. Ustawodawca przewidział możliwość skorzystania przez Prezesa Urzędu ze środka jakim jest niezapowiedziana kontrola, a w przypadku wątpliwości w zakresie dobrowolnego wydania żądanych dokumentów – przeszukania, aby potencjalnie zwiększyć szanse organu antymonopolowego wykrycia najcięższych naruszeń ustawy antymonopolowej. Przedstawienie z opóźnieniem żądanego dokumentu (dwa miesiące po zakończeniu kontroli), nie tylko nie pozwala ocenić jego wiarygodności jako dowodu w sprawie, ale i zaprzecza sensowi oraz istocie kontroli. Dlatego też, fakt przekazania organowi antymonopolowemu pełnej wersji z posiedzenia Zarządu dwa miesiące po zakończeniu kontroli, nie może zostać uznany za okoliczność łagodzącą przy wymiarze kary. Podkreślić należy, iż na przedsiębiorcy ciąży obowiązek niezwłocznego przekazywania kontrolującym żądanych dokumentów w toku kontroli, a nie po jej zakończeniu. Takie działanie przedsiębiorcy uniemożliwia Prezesowi Urzędu wykonywanie zadań nałożonych na niego ustawą *o ochronie konkurencji i konsumentów* i czyni wątpliwą jego skuteczność w walce z przejawami ograniczenia konkurencji na rynku.

Kara, nakładana na przedsiębiorcę, powinna pełnić nie tylko funkcję represyjną, ale również prewencyjną (wychowawczą), a więc zniechęcać ukaranego oraz innych przedsiębiorców do działań stanowiących naruszenie przepisów prawa. Dlatego też kara taka powinna być odczuwalna dla przedsiębiorcy. Należy nadmienić, iż kara przewidziana za brak współdziałania w toku kontroli, w świetle art. 101 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, stanowić może równowartość od 1.000 do 50.000.000 euro i jej wymiar, w odróżnieniu do kar nakładanych za naruszenie art. 5 lub 8 ww. ustawy, nie jest uzależniony od osiąganych przed przedsiębiorcą przychodów. Niemniej jednak, wydaje się, iż nałożona kara o ile powinna być dotkliwą dla przedsiębiorcy – aby spełnić swoją funkcję represyjną i prewencyjną – o tyle jej wysokość nie powinna pozostawać w całkowitym oderwaniu od przychodów osiąganych przez ukaranego przedsiębiorcę. Dlatego też, mając na uwadze szacunkowo przedstawiony przez Spółkę przychód osiągnięty w roku 2006 w wysokości ok. **[tajemnica przedsiębiorstwa – punkt 20 załącznika do decyzji]** zł. (słownie: około **[tajemnica przedsiębiorstwa – punkt 21 załącznika do decyzji]** złotych) oraz wyżej wskazane progi (1.000 do 50.000.000 euro), uznać należy, iż kara w wysokości 2.000.000 zł. (słownie: dwa miliony złotych) – co stanowi równowartość ok. 522.030 euro⁹ (słownie: pięćset dwadzieścia dwa tysiące trzydzieści euro), spełni przewidziane dla niej funkcje. Kara w powyższej wysokości nie jest zbyt wygórowana, mając na uwadze istotę naruszenia ustawy antymonopolowej oraz fakt, iż stanowi ona ok. **[tajemnica przedsiębiorstwa – punkt 22 załącznika do decyzji]** % przychodu osiągniętego przez Spółkę w roku 2006 r., a zarazem ok. 1 % maksymalnego jej wymiaru, przewidzianego w art. 101 ust. 2 pkt 3 tejże ustawy.

Należy jednak nadmienić, iż kara w mniejszej wysokości, nie spełniłaby celu, dla jakiego została ustanowiona. Nie można bowiem dopuścić do sytuacji, w której przedsiębiorca uzyskujący wysokie obroty i dopuszczający się najcięższych naruszeń prawa antymonopolowego, kalkulowałby „co bardziej opłaca się” – czy zapłacenie relatywnie niskiej dla niego kary, czy też ryzykowanie, w przypadku wykrycia dowodu naruszenia art. 5 lub 8 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, nałożeniem kary sięgającej do 10% rocznego przychodu z całej prowadzonej przez siebie działalności. Mogłoby to uczynić nieskutecznym i niecelowym korzystanie ze środka w postaci kontroli (wraz z przeszukaniem).

Reasumując, należy wskazać, iż Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyposażony został w instrument prawny jakim jest kontrola (z przeszukaniem) przez Ustawodawcę, który przewidział sankcję za brak współdziałania w jej toku, w celu zapewnienia skutecznej ochrony konkurencji na rynku podejmowanej w interesie publicznym. W sprawach, w których istnieje podejrzenie zawarcia porozumienia horyzontalnego często jedynie niezapowiedziana kontrola, połączona z przeszukaniem, doprowadzić może do ujawnienia odpowiednich dowodów. Brak współdziałania w toku kontroli przejawiać się może działaniem lub zaniechaniem pewnych działań, do których kontrolowany jest obowiązany w toku kontroli. Nie budzi wątpliwości fakt, iż obowiązek współdziałania obejmuje również powstrzymanie się od niszczenia jakichkolwiek dokumentów i nośników informacji,

⁹ Zgodnie z art. 115 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, wzięto pod uwagę średni kurs euro z dnia 29 grudnia 2006 r., który wyniósł 3,8312

będących przedmiotem zainteresowania kontrolujących, jak również zmiany ich treści, bądź wprowadzania w błąd co do ich treści. Zdarzenie jakie miało miejsce podczas kontroli w siedzibie Spółki w rzeczywistości uniemożliwiło kontrolującym zapoznanie się z oryginalnym dokumentem podczas kontroli trwającej trzy dni. Grupa Ożarów S.A. wprawdzie przesłała organowi antymonopolowemu żądany dokument, ale miało to miejsce dopiero ponad dwa miesiące po zakończeniu kontroli. Opisywana w niniejszej decyzji próba wprowadzenia w błąd kontrolujących, poprzez przedłożenie na ich żądanie niekompletnej papierowej wersji dokumentu (ukrywanie jednej z jego stron) oraz nieuprawnione modyfikowanie w trakcie trwania kontroli treści dokumentu objętego zakresem upoważnienia do dokonania kontroli, stanowi szczególnie naganną postać braku współdziałania w toku kontroli i zasługuje tym samym na karę.

Mając powyższe na uwadze, orzeka się jak w sentencji.

Zgodnie z art. 105 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000.

Zgodnie z art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz z art. 479 (28) § 2 i 3 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 ze zm.), od niniejszej decyzji służy stronie odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

*Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów*

Otrzymują:

Pani Dorothy Hansberry-Bieguńska
Pani Sabina Famirska
Pani Monika Hartung
Pani Paulina Jasiura
Pan Paweł Cieświerz
Pan Janusz Tomczak
Pełnomocnicy Grupy Ożarów S.A.
Wardyński i Wspólnicy Sp. k.
Al. Ujazdowskie 10
00-478 Warszawa