



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAŁGORZATA KRASNODEBSKA-TOMKIEL

DOK1-430/3/10/AS

Warszawa, dnia 4 listopada 2010 r.

DECYZJA nr DOK –9/2010

Na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331, ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nakłada** na Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie **karę pieniężną** w wysokości **123 246 000 zł** (słownie: sto dwadzieścia trzy miliony dwieście czterdzieści sześć tysięcy złotych), co stanowi równowartość **30.000.000 euro** (słownie: trzydzieści milionów euro) za brak współdziałania w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w ramach postępowania wyjaśniającego, sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK, polegający na:

1. uniemożliwieniu kontrolującym niezwłocznego rozpoczęcia w dniu 2 grudnia 2009 r. czynności kontrolnych poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o.;
2. uniemożliwianiu kontrolującym w dniu 2 grudnia 2009 r. wejścia na teren pomieszczeń stanowiących siedzibę Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o.

UZASADNIENIE

- (1) W dniu 25 listopada 2009 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej również: Prezes Urzędu lub organ antymonopolowy) wszczął na podstawie art. 48 ust. 1 w zw. z 48 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331, ze zm.) postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia czy działania przedsiębiorców dotyczące usługi telewizji mobilnej mogą stanowić naruszenie przepisów ww. ustawy, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy (sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK).
- (2) W ramach powyżej wskazanego postępowania została przeprowadzona w dniach 2-3 grudnia 2009 r. kontrola wraz z przeszukaniem w siedzibie Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej również: „PTC”, „ERA” lub „spółka”).

- (3) W dniu 9 czerwca 2010 r. Prezes Urzędu wszczął na podstawie art. 49 ust. 1 oraz art. 88 w zw. z art. 85 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* postępowanie w sprawie nałożenia kary na Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w związku z brakiem współdziałania w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu w ramach postępowania wyjaśniającego, sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK, polegającego na:
1. uniemożliwieniu kontrolującym niezwłocznego rozpoczęcia w dniu 2 grudnia 2009 r. czynności kontrolnych poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o.;
 2. uniemożliwianiu kontrolującym w dniu 2 grudnia 2009 r. wejścia na teren pomieszczeń stanowiących siedzibę Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o.
- (4) Pismem z dnia 22 września 2010 r. spółka została poinformowana o zakończeniu zbierania przez Prezesa Urzędu materiału dowodowego i o możliwości zapoznania się z materiałem zgromadzonym w aktach sprawy w siedzibie Urzędu. ERA nie skorzystała z prawa do zapoznania się z całością materiału zgromadzonego w aktach postępowania. W dniu 12 października 2010 r. spółka przedstawiła ostateczne stanowisko w sprawie.
- (5) W tym miejscu należy zauważyć, iż niektóre informacje i dokumenty, w oparciu o które Prezes Urzędu wydał niniejszą decyzję, stanowią prawnie chronione tajemnice, które nie mogą być ujawniane do wiadomości publicznej. Wobec tego Prezes Urzędu uznał, że w treści jawnej wersji decyzji administracyjnej nie powinny być ujawnione tego rodzaju informacje. Sprzeciwia się temu w szczególności art. 71 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, zgodnie z którym pracownicy Urzędu są obowiązani do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również innych informacji, podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów, o których powzięli wiadomość w toku postępowania. Wskazane okoliczności wyznaczają kształt niniejszej decyzji, która składa się z następujących części:
- 1/ właściwej decyzji;
 - 2/ załącznika jawnego dla strony postępowania.
- Informacje zawarte w załączniku stanowią integralną część niniejszej decyzji.

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

- (6) W dniach 2-3 grudnia 2009 r. w siedzibie Polskiej Telefonii Cyfrowej w Warszawie miała miejsce kontrola wraz z przeszukaniem przeprowadzona w ramach prowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania wyjaśniającego (sygn. akt DOK2-400-8/09/KR/MKK). Przedmiotowa kontrola była związana z przedmiotem ww. postępowania wyjaśniającego, jakim było wstępne ustalenie, czy działania przedsiębiorców dotyczące usługi telewizji mobilnej mogą stanowić naruszenie przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*,

w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy. Prezes Urzędu uznał przeprowadzenie kontroli za niezbędne do pozyskania dowodów na okoliczność zawarcia ograniczającego konkurencję porozumienia dotyczącego usługi telewizji mobilnej, mogącego naruszać art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

- (7) Do przeprowadzenia kontroli zostało wystawione w dniu 30 listopada 2009 r. przez Prezesa Urzędu **upoważnienie** spełniające wymagania określone w art. 105a ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, a więc zawierające: oznaczenie organu kontroli, wskazanie podstawy prawnej kontroli, wskazanie daty i miejsca wystawienia dokumentu, wskazanie listy osób upoważnionych do udziału w kontroli, wraz z zaznaczeniem stanowiska służbowego kontrolujących i numerów ich legitymacji służbowych, oznaczenie kontrolowanego przedsiębiorcy, określenie przedmiotu i zakresu kontroli, określenie daty rozpoczęcia i przewidywanej daty zakończenia kontroli, podpis Prezesa Urzędu – czyli osoby udzielającej upoważnienia oraz **pouczenie o prawach i obowiązkach kontrolowanego**.
- (8) Kontrolujący dysponowali również udzieloną przez Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej również: „SOKiK”), na mocy postanowienia z dnia 26 listopada 2009 r. (sygn. akt XVII Amo 22/09), **zgoda na przeszukanie** przez Prezesa Urzędu wszelkich pomieszczeń i rzeczy w tym oddziałów, zakładów i przedstawicielstw należących do Polskiej Telefonii Cyfrowej w celu pozyskania dowodów na okoliczność zawarcia niedozwolonego porozumienia dotyczącego usługi telewizji mobilnej mogącego naruszać art. 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (9) Z uwagi na charakter sprawy (podejrzenie zawarcia ograniczającego konkurencję porozumienia) kontrola w PTC została zainicjowana równolegle (tj. tego samego dnia) z kontrolami u kilku innych przedsiębiorców, u których Prezes Urzędu spodziewał się pozyskać dokumenty i informacje istotne z punktu widzenia przedmiotu prowadzonego postępowania wyjaśniającego: Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie, P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Info-TV-FM Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu oraz NFI Magna Polonia S.A. z siedzibą w Warszawie. SOKiK wydał zgody na przeszukanie u ww. przedsiębiorców zgodnie z dyspozycją art. 105c ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w świetle którego z wnioskiem o zgodę na przeszukania pomieszczeń lub rzeczy Prezes Urzędu może wystąpić przed wszczęciem postępowania antymonopolowego jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie poważnego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności wtedy, gdy mogłoby dojść do zatarcia dowodów. Uznając, że w sprawie zachodziły wskazane w ustawie podstawy, SOKiK udzielił na wniosek Prezesa Urzędu zgody na przeprowadzenie przeszukania wszystkich przedsiębiorców, u których miała być przeprowadzona kontrola. Tym samym poza udzieloną przez SOKiK zgodą na przeszukanie w siedzibie PTC Prezes UOKiK dysponował postanowieniami SOKiK uprawniającymi go do przeszukania pomieszczeń Polkomtel S.A. (postanowienie SOKiK z dnia 26 listopada 2009 r., XVII Amo 23/09), P4 Sp. z o.o. (postanowienie SOKiK z dnia 26 listopada 2009 r., XVII Amo

24/09), Info-TV-FM Sp. z o.o. oraz NFI Magna Polonia S.A. (postanowienie SOKiK z dnia 26 listopada 2009 r., XVII Amo 21/09).

- (10) Z przeprowadzonej w Polskiej Telefonii Cyfrowej kontroli został sporządzony w dniu 4 grudnia 2009 r. protokół, który zgodnie z art. 105k ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* został przedstawiony spółce do podpisu. W dniu 30 grudnia 2009 r. Polska Telefonii Cyfrowa zgłosiła zastrzeżenia do ww. protokołu, które zostały w części uwzględnione w formie aneksu do protokołu. W związku z nieuwzględnieniem części zastrzeżeń przez Prezesa Urzędu, spółka odmówiła podpisania przedmiotowego protokołu (pismo ERA z dnia 9 lutego 2010 r.).
- (11) W tym miejscu należy przedstawić okoliczności ww. kontroli w PTC istotne z punktu widzenia niniejszej sprawy.
- (12) W świetle protokołu kontroli, w dniu 2 grudnia 2009 r., o godzinie 10.10, kontrolujący w asyście funkcjonariusza policji, który okazał odznakę, stawili się na recepcji w siedzibie Polskiej Telefonii Cyfrowej w Warszawie mieszczącej się w budynku przy Al. Jerozolimskie 181. Osoba pracująca na recepcji została poproszona przez kontrolujących o wezwanie kogoś z członków zarządu, w wyniku czego „wykonała telefon do zarządu i poinformowała kontrolujących, że osoba z którą rozmawiała za chwilę oddzwoni informując, który z członków zarządu jest obecny w siedzibie spółki”. O godzinie 10.20 kontrolujący ponownie poprosili osobę pracującą na recepcji o wezwanie którejś z osób z kierownictwa spółki, co ta uczyniła telefonicznie.
- (13) Z uwagi na fakt, iż żadna z wzywanych osób nie pojawiła się, kontrolujący o godzinie 10.30, czyli po 20 minutach od wejścia do siedziby spółki, poinformowali osobę pracującą na recepcji o celu wizyty w siedzibie spółki, a także przedstawili tej osobie dokumenty uprawniające do przeprowadzenia kontroli wraz z przeszukaniem tj. upoważnienie do przeprowadzenia kontroli z dnia 30 listopada 2009 r. i postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 26 listopada 2009 r. (sygn. akt XVII Amo 22/09) w sprawie zgody na przeszukanie pomieszczeń i rzeczy Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o. oraz legitymacje służbowe. Recepcjonistka odmówiła zapoznania się z powyższymi dokumentami i potwierdzenia ich przyjęcia, pomimo iż została pouczona o konsekwencjach utrudniania kontroli.
- (14) Pomimo okazania recepcjonistce dokumentów uprawniających do przeprowadzenia kontroli, recepcjonistka nie umożliwiła kontrolującym podjęcia czynności kontrolnych. Dlatego też kontrolujący podjęli dalsze próby dostania się do pomieszczeń biurowych PTC, w których miały być prowadzone czynności kontrolne. W dalszym ciągu znajdujący się na recepcji pracownicy PTC uniemożliwiali jednak kontrolującym niezwłoczne rozpoczęcie czynności kontrolnych, informując, że nie są uprawnieni do podjęcia decyzji o umożliwieniu kontrolującym przejścia za bramki elektroniczne oddzielające recepcję spółki od właściwych pomieszczeń biurowych PTC i warunkując

- otwarcie tych bramek odpowiednią dyspozycją osób upoważnionych do reprezentacji Polskiej Telefonii Cyfrowej.
- (15) O godz. 10.32, kontrolujący poprosili pracowników ochrony budynku, stojących przy bramkach wejściowych w pobliżu recepcji, o wpuszczenie do pomieszczeń zajmowanych przez kontrolowanego przedsiębiorcę, spotkali się jednak z odmową. Z tych względów kontrolujący okazali dwóm pracownikom ochrony zatrudnionym na stanowiskach „inspektora kontroli dostępu” dokumenty upoważniające do dokonania kontroli wraz z przeszukaniem tj. upoważnienie do przeprowadzenia kontroli, postanowienie Sądu Okręgowego wyrażające zgodę na dokonanie kontroli oraz legitymacje służbowe. Wyżej wskazane osoby odmówiły zapoznania się z treścią przedmiotowych dokumentów oraz odmówiły ich przyjęcia, informując kontrolujących, że: *„muszą przestrzegać swoich wewnętrznych procedur”*.
- (16) Kontrolujący o godzinie 10.36 ponownie poprosili pracowników ochrony o wpuszczenie za bramki elektroniczne ponownie informując, że dysponują dokumentami upoważniającymi do przeprowadzenia kontroli wraz z przeszukaniem w każdym pomieszczeniu spółki. Ochrona jednak powtórnie odmówiła wpuszczenia na teren pomieszczeń biurowych.
- (17) Dziewięć minut później, tj. o godzinie 10.45 na recepcji pojawił się **[informacje utajnione – pkt 1 załącznika do decyzji]** – Główny Specjalista Departamentu Bezpieczeństwa Korporacyjnego. Kontrolujący przedstawili p. **[informacje utajnione – pkt 2 załącznika do decyzji]** dokumenty uprawniające do przeprowadzenia kontroli wraz z przeszukaniem oraz legitymacje służbowe. Pan **[informacje utajnione – pkt 3 załącznika do decyzji]** zapoznał się z powyższymi dokumentami i otrzymał po jednym egzemplarzu każdego z nich, co pokwitował na egzemplarzach dokumentów należących do pracowników Urzędu. Pan **[informacje utajnione – pkt 4 załącznika do decyzji]** został pouczony o prawach i obowiązkach kontrolowanego przedsiębiorcy.
- (18) Pomimo zapoznania się ww. pracownika PTC z dokumentami uprawniającymi do dokonania kontroli wraz z przeszukaniem, kontrolujący nie zostali wpuszczeni do pomieszczeń biurowych. Pan **[informacje utajnione – pkt 5 załącznika do decyzji]** poinformował pracowników Urzędu, że *„nie mogą wejść na teren budynku, gdyż konieczne jest oczekiwanie na kogoś z kierownictwa spółki”*. Kontrolujący w dalszym ciągu nie zostali więc wpuszczeni do pomieszczeń biurowych, natomiast po raz kolejny zostali poinformowani, że wpuszczenie ich do tych pomieszczeń uzależnione jest od oczekiwania na osobę upoważnioną do reprezentacji PTC. Pan **[informacje utajnione – pkt 6 załącznika do decyzji]** wyjaśnił ponadto, iż *„takie są procedury wewnętrzne przedsiębiorcy i dopóki nie zjawi się ktoś z góry nie może wpuścić kontrolujących na teren budynku”*.
- (19) O godzinie 11.00 p. **[informacje utajnione – pkt 7 załącznika do decyzji]** ponownie wykonał telefon *„do kogoś z kierownictwa, informując, że na dole czekają ludzie z UOKiKu już ponad godzinę, pytając kiedy ktoś będzie mógł zejść”*. Poinformował następnie kontrolujących, aby *„jeszcze trochę zaczekali, bo asystentka jednego z członków zarządu udała się do Departamentu Prawnego”*, co potwierdza protokół kontroli.

- (20) O godzinie 11.10 na recepcji pojawili się dwaj pracownicy Departamentu Prawnego spółki, którym kontrolujący przedstawili dokumenty upoważniające do przeprowadzenia kontroli wraz z przeszukaniem oraz legitymacje służbowe. Fakt zapoznania się z powyższymi dokumentami jeden z wyżej wymienionych pracowników potwierdził na egzemplarzach należących do kontrolujących. Jak wynika z protokołu kontroli, drugi z pracowników Departamentu Prawnego ERA „przeczytał przy recepcji dokument określający zakres kontroli, oddalił się od kontrolujących i wykonał telefon. Na prośbę kontrolujących, aby w czasie sprawdzania dokumentów osoba ta nigdzie nie dzwoniła, p. **[informacje utajnione – pkt 8 załącznika do decyzji]** [jeden z ww. pracowników Departamentu Prawnego ERA] stwierdził, że *‘jest to mój pracownik i nie ma pani prawa wydawać mu żadnych poleceń skoro nie wie pani do kogo dzwoni’*. Kontrolujący ponownie poprosili o nie wykonywanie telefonów w czasie zapoznawania się z dokumentami. Wyjaśnili także, że kontrola z przeszukaniem już trwa, gdyż dokumenty zostały okazane osobie czynnej w lokalu przedsiębiorcy. Na powyższy argument p. **[informacje utajnione – pkt 9 załącznika do decyzji]** stwierdził: *‘wstrzymajcie w takim razie ruch w całym budynku i zablokujcie pracę 2 tysięcy ludzi’*.”
- (21) Następnie jeden z pracowników Departamentu Prawnego PTC spytał się, z którym z członków zarządu spółki kontrolujący chcą rozmawiać, gdyż zgodnie z odpisem z Krajowego Rejestru Sądowego „który możecie sobie sprawdzić jest tylko dwóch członków zarządu, gdyż pozostali są w trakcie procedowania”. Spytał się także kontrolujących „w jakim języku chcecie rozmawiać”, gdyż nie wszyscy członkowie zarządu są polskojęzyczni. W odpowiedzi na powyższe upoważnieni pracownicy UOKiK wyjaśnili, że kontrola odbywa się w języku polskim i w związku z tym wszystkie rozmowy i czynności będą się odbywać w języku polskim. Pracownik spółki poinformował równocześnie kontrolujących, że członkowie zarządu są na „spotkaniu w ważnych sprawach i trzeba poczekać jak skończą, co potrwa kilkadziesiąt minut”. Pomimo tego komunikatu, kontrolujący poprosili o wprowadzenie ich do pomieszczeń zarządu.
- (22) Ponieważ pracownicy PTC warunkowali wpuszczenie kontrolujących na teren pomieszczeń biurowych spółki pobraniem przez nich stosownych przepustek, kontrolujący o godzinie 11.30 ponownie musieli okazać na recepcji legitymacje służbowe, po czym otrzymali przepustki uprawniające do wejścia na teren budynku. Następnie wraz z pracownikiem Departamentu Prawnego ERA wjechali na czwarte piętro budynku – gdzie mieszczą się pokoje członków zarządu. Towarzyszący kontrolującym pracownik spółki ERA, oznajmił aby „poczekali przy sofach, a on sprawdzi, czy członkowie zarządu zakończyli spotkanie”.
- (23) Z uwagi na fakt, iż pracownik Departamentu Prawnego nie wracał, o godzinie 11.35 kontrolujący zaczęli samodzielnie szukać pokoju jednego z członków zarządu – Dyrektora ds. strategii, marketingu i sprzedaży p. **[informacje utajnione – pkt 10 załącznika do decyzji]**. Po znalezieniu pokoju i wejściu do środka, kontrolujący stwierdzili, że w tym pomieszczeniu odbywa się spotkanie, a uczestniczą w nim osoby odpowiedzialne za projekt telewizji mobilnej.

- (24) O godzinie 11.40 kontrolujący okazali p. [informacje utajnione – pkt 11 załącznika do decyzji] dokumenty upoważniające do przeprowadzenia kontroli wraz z przeszukaniem oraz legitymacje służbowe.
- (25) W tym miejscu wymaga podkreślenia, że Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o. **nie zgłosiła zastrzeżeń do protokołu kontroli w zakresie godzin wejścia i godzin dokonywania poszczególnych czynności w trakcie kontroli oraz opisanego powyżej przebiegu zdarzeń mających miejsce na recepcji w dniu 2 grudnia 2009 r.** Zgłoszone przez spółkę w trybie art. 105k ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* zastrzeżenia (w zakresie czasowym od wejścia na recepcję do wejścia do pokoju jednego z członków zarządu) dotyczyły:
1. dokonania oceny prawnej w protokole kontroli i określenia recepcjonistki jako osoby czynnej w siedzibie przedsiębiorcy;
 2. uzupełnienia wypowiedzi p. [informacje utajnione – pkt 12 załącznika do decyzji], iż *„stosownie do wewnętrznych pragmatyk i procedur nie jest on uprawniony do wydania polecenia recepcjonistce, aby ta wystawiła identyfikatory uprawniające kontrolujących do wejścia do budynku C, w którym urzęduje zarząd spółki”*;
 3. uzupełnienia treści protokołu o podanie imienia i nazwiska osoby, która pojawiła się na recepcji wraz z Zastępcą Dyrektora Departamentu Prawnego ERA;
 4. sprostowania, iż w gabinecie p. [informacje utajnione – pkt 13 załącznika do decyzji] byli obecni jedynie p. [informacje utajnione – pkt 14 załącznika do decyzji] oraz p. [informacje utajnione – pkt 15 załącznika do decyzji], a nie jak twierdzą kontrolujący trzy osoby tj.: p. [informacje utajnione – pkt 16 załącznika do decyzji], p. [informacje utajnione – pkt 17 załącznika do decyzji] oraz p. [informacje utajnione – pkt 18 załącznika do decyzji].
- (26) Należy zarazem podnieść, że w przedstawionym przez PTC w trakcie niniejszego postępowania „Opisie stanu faktycznego oraz przebiegu kontroli” (pismo PTC z dnia 29 czerwca 2010 r.) pojawiły się nieznaczne rozbieżności co do czasu, w którym wystąpiły poszczególne zdarzenia. Przykładowo według protokołu z kontroli, wejście kontrolujących do budynku PTC miało miejsce o godz. 10.10, natomiast według ww. „Opisu...” – o godz. 10.11; według protokołu pracownik Departamentu Bezpieczeństwa Korporacyjnego pojawił się na recepcji o godz. 10.45, podczas gdy według „Opisu...” – o godz. 10.43. W świetle doświadczenia życiowego należy uznać, że różnice te są uzasadnione naturalnym brakiem zsynchronizowania mierników czasu kontrolujących i PTC. Różnice te nie wpływają jednocześnie w sposób istotny na ustalenia co do stanu faktycznego sprawy. **Nie powinny one być również brane pod uwagę przy ocenie stanu faktycznego sprawy, gdyż powyższych rozbieżności spółka nie zgłosiła w zastrzeżeniach do protokołu kontroli.**

Opis przedsiębiorcy

- (27) Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o. jest jednym z największych w Polsce operatorów telefonii komórkowej. Prowadzi działalność komercyjną od 1996 r.

pod marką Era GSM (obecnie Era). PTC oferuje usługi oparte na licencjach: GSM 900, GSM 1800 i UMTS, a także bezprzewodowy dostęp do Internetu – usługę blueconnect z technologią HSDPA. Spółka obsługuje ponad 13,3 mln klientów, obejmując swoim zasięgiem prawie 100% powierzchni i mieszkańców kraju.

- (28) PTC oferuje usługi w trzech kategoriach: Era – dla klientów prywatnych, Era Biznes – dla klientów instytucjonalnych oraz Tak Tak i Heyah – w systemie pre-paid. Oferta firmy obejmuje różnorodne usługi głosowe i nie-głosowe, w tym również bezprzewodowy dostęp do internetu i usługi multimedialne na platformie Era Rozrywka. Era Biznes zapewnia kompleksowe rozwiązania mobilne dla biznesu w obszarach: komunikacji, transmisji danych i aplikacji specjalistycznych.¹

Stanowisko Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o.

- (29) W odpowiedzi na zawiadomienie Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania w niniejszej sprawie, PTC podniosła, iż przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte bezpodstawnie, ze względu na niespełnienie przesłanek do nałożenia kary wskazanych w art. 106 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 105a oraz art. 105d ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, co wynika z faktu, że spółka w pełnym zakresie współdziałała z przedstawicielami UOKiK w toku całej kontroli prowadzonej w ramach postępowania wyjaśniającego.
- (30) PTC zaprzeczyła wszelkim postawionym w treści postanowienia o wszczęciu postępowania zarzutom, ze względu na fakt, iż:
1. przedstawicielom UOKiK niezwłocznie umożliwiona została możliwość rozpoczęcia czynności kontrolnych w dniu 2 grudnia 2009 r.;
 2. nie miało miejsca jakiegokolwiek opóźnienie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji PTC;
 3. nie miało miejsca jakiegokolwiek uniemożliwienie kontrolującym wejścia na teren pomieszczeń stanowiących siedzibę PTC.
- (31) Spółka wniosła również o umorzenie postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej jako bezprzedmiotowego oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań następujących świadków: **[informacje utajnione – pkt 19 załącznika do decyzji]** na okoliczności powołane w treści pisma z dnia 29 czerwca 2010 r.
- (32) W uzasadnieniu powyższego stanowiska spółka wskazała, że pierwszego dnia kontroli, pomiędzy godziną 10.11, a godziną 11.20 przyjmowano na recepcji C i organizowano wizytę kontrolujących. Czynności dokonywane w tym czasie miały na celu przede wszystkim ustalenie, według poleceń kontrolujących, czy tego dnia były obecne w siedzibie PTC osoby upoważnione do jej reprezentacji, oraz przygotowanie kontrolującym niezbędnych do poruszania się po budynku identyfikatorów. We wskazanym przedziale czasowym miały miejsce liczne rozmowy telefoniczne pomiędzy pracownikami spółki mające na celu ustalenie, który z członków zarządu PTC (czyli osób uprawnionych do jej reprezentacji) jest obecny w budynku, a tym samym bezpośrednio prowadzące do umożliwienia

¹ Na podstawie: http://www.era.pl/pl/strona_korporacyjna/o_ptc/inf_ogolne

kontrolującym kontaktu z tą osobą. Spółka wyjaśniła także, że o godz. 11.20 rozpoczęto wydawanie identyfikatorów, po czym kontrolujący udali się na 6 piętro budynku C i od tej chwili mieli pełny, swobodny dostęp do wszelkich dokumentów oraz pomieszczeń, z których chcieli skorzystać celem dokonania czynności kontrolnych. Ponadto, kontrolującym została zapewniona możliwość swobodnej rozmowy z jedynym obecnym tego dnia w siedzibie spółki członkiem zarządu – panem **[informacje utajnione – pkt 20 załącznika do decyzji]**.

- (33) Powyższy stan rzeczy znajduje, zdaniem spółki, potwierdzenie nie tylko w notatkach służbowych osób mających bezpośredni lub pośredni kontakt z kontrolującymi, ale również w twierdzeniach samych kontrolujących zawartych w protokole kontroli. Mając powyższe uwagi na względzie, w ocenie PTC należy podkreślić, iż oba postawione spółce w postanowieniu o wszczęciu postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej zarzuty dotyczące rzekomego braku współdziałania w toku kontroli dotyczą tej samej okoliczności, w związku z czym zostały sformułowane w sposób nieprawidłowy.
- (34) PTC zwróciło także uwagę na treść przesłanego zawiadomienia o wszczęciu postępowania, a w szczególności jego pkt. III w zakresie w jakim określa podstawę prawną nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej. Według spółki treść tego punktu jest nieprawidłowa, gdyż w kontekście stanu faktycznego przedmiotowej sprawy nie jest możliwe, aby Prezes Urzędu zastosował w toku prowadzonego postępowania karę pieniężną wskazaną odpowiednio w art. 106 ust. 2 oraz art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. PTC podniosło, iż w toku postępowania kontrolnego, prowadzonego w dniach 2-3 grudnia 2009 r., spółka w pełnym zakresie udzieliła kontrolującym wszelkich żądanych informacji i zaprzecza, aby którakolwiek z nich nie odpowiadała prawdzie. Co więcej, zdaniem spółki, w toku całego postępowania jak również w treści samego postanowienia, nie było ani spółce, ani osobom pełniącym w niej funkcje kierownicze lub wchodzącym w skład jej organów zarządzających zarzucane:
1. nieudzielenie informacji żądanych przez Prezesa Urzędu na podstawie art. 12 ust. 3, art. 19 ust. 3 lub art. 50 bądź udzielenie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji; lub
 2. nieudzielenie informacji lub udzielenie nierzetelnych lub wprowadzających w błąd informacji żądanych przez Prezesa Urzędu na podstawie art. 50 (art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy). W powyższym zakresie wywody sformułowane przez Prezesa Urzędu są niespójne i niezrozumiałe dla PTC.
- (35) Ponadto spółka podniosła, że w dniu 2 grudnia 2009 r. nie miało miejsca jakiegokolwiek opóźnienie z jej strony w umożliwieniu kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji PTC ani też w umożliwieniu kontrolującym wejścia na teren pomieszczeń stanowiących siedzibę PTC. Przedsiębiorca ten wskazał także, że właściwe czynności kontrolne względem spółki rozpoczęły się z chwilą wejścia kontrolujących na teren PTC o godz. 11.27, czyli siedem minut od momentu, w którym rozpoczęto wydawanie niezbędnych im w tym celu identyfikatorów. W związku z powyższym okres, w którym kontrolujący

zarzucają PTC brak współdziałania w toku postępowania kontrolnego, poprzez rzekome opóźnianie, dotyczy przedziału pomiędzy godziną 10.11 a 11.20.

- (36) Spółka wyjaśniła także, że pojawienie się kontrolujących na recepcji C nie było okolicznością standardową. W związku z tym, iż kontrolujący nie byli uprzednio umówieni, a charakter ich wizyty odbiegał od jakichkolwiek sytuacji opisanych w Regulaminie Recepcji oraz Procedurze Bezpieczeństwa, recepcjonistka zgodnie z treścią punktu I.2 Regulaminu Recepcji [**informacje utajnione – pkt 21 załącznika do decyzji**]. Następnie przedsiębiorca podniósł, iż dalsze czynności sprowadzały się do umożliwienia kontrolującym wejścia na teren budynku przy zachowaniu postanowień Procedury Bezpieczeństwa.
- (37) PTC podkreśliło, iż nie przeczy faktowi, iż od momentu pojawienia się na recepcji C w jej siedzibie kontrolujący zmuszeni byli poczekać, niemniej jednak nie może być to uznane za równoznaczne z wystąpieniem opóźnienia. Charakter działalności spółki, w siedzibie której w dniu 2 grudnia 2009 r. pracowało ponad 2 tysiące osób wymaga obowiązywania odpowiednich procedur związanych z dostępem do jej pomieszczeń osób postronnych. Wizyta kontrolujących, jako odbiegająca od standardowych procedur wymagała dokonania przez pracowników „pierwszego kontaktu Spółki” [**informacje utajnione – pkt 22 załącznika do decyzji**].
- (38) W dniu 12 października 2010 r. Polska Telefonia Cyfrowa przedstawiła ostateczne stanowisko w sprawie, w którym podtrzymała wszystkie wnioski i twierdzenia wyrażone w piśmie z dnia 29 stycznia 2010 r., a w szczególności okoliczność, iż:
1. postępowanie zostało wszczęte bezzasadnie bowiem spółka w pełnym zakresie współdziałała z przedstawicielami UOKiK w toku całej kontroli prowadzonej w ramach postępowania wyjaśniającego;
 2. w dniu 2 grudnia 2010 roku nie miało miejsca ze strony PTC jakiegokolwiek opóźnienie w umożliwianiu kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji PTC, ani w umożliwieniu przedstawicielom UOKiK oraz funkcjonariuszowi Policji wejścia na teren pomieszczeń stanowiących siedzibę PTC;
- a także wniosła o umorzenie postępowania, jako bezprzedmiotowego, zgodnie z art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego.
- (39) Zdaniem PTC, jak zostało wykazane w toku postępowania, czynności kontrolne w stosunku do spółki podjęte zostały przez kontrolujących w dniu 2 grudnia 2010 r. o godzinie 11.27, z chwilą wejścia kontrolujących na właściwy teren siedziby PTC (tj. obszar znajdujący się poza bramkami bezpieczeństwa na parterze obok recepcji C). Zarzut rzekomego braku współdziałania spółki z kontrolującymi w toku przeprowadzonej kontroli dotyczy zatem przedziału czasowego pomiędzy godziną 10.11 a godziną 11.20, kiedy to pracownicy PTC, stosownie do poleceń kontrolujących: 1) dokonywali ustaleń, który z członków zarządu lub dyrekcji był obecny tego dnia w siedzibie spółki oraz 2) podejmowali czynności techniczne bezpośrednio związane z przygotowaniem wizyty kontrolujących, zgodnie z obowiązującymi w PTC wewnętrznymi

regulacjami bezpieczeństwa tj. Regulaminem Recepcji oraz Procedurą Bezpieczeństwa.

- (40) Jak wyjaśnił ten przedsiębiorca, kontrolujący po przybyciu do recepcji C budynku spółki wydali przyjmującym ich pracownikom PTC odpowiednio polecenia: „wezwania któregoś z członków zarządu”, a następnie „ustalenia który z członków zarządu lub dyrekcji jest obecny i spotka się z nimi”. Stosownie do wydanych przez kontrolujących poleceń pracownicy PTC niezwłocznie podjęli szereg czynności mających na celu ustalenie, który z członków zarządu obecny był tego dnia w siedzibie spółki oraz poinformowania ich o żądaniu spotkania ze strony kontrolujących. Dopiero o godzinie 10.32 kontrolujący zwrócili się z żądaniem wpuszczenia ich na dalszy teren budynku. W tej sytuacji, zdaniem PTC, nie może budzić wątpliwości, iż ci pracownicy, jako nieupoważnieni do podjęcia powyższej decyzji, zgodnie z procedurą bezpieczeństwa mogli jedynie poprosić kontrolujących o zaczekanie. Powyższe żądanie kontrolujących zostało jednocześnie przekazane przez pracowników ochrony recepcjonistce, która z kolei natychmiast skierowała do swoich przełożonych prośbę o niezwłoczne umożliwienie kontrolującym wstępu na teren siedziby PTC.
- (41) ERA podniosła także, że już o godzinie 11.08 na recepcji zjawili się p. [informacje utajnione – pkt 23 załącznika do decyzji] którzy uprawnieni byli do podjęcia stosownych czynności mających na celu zapewnienie kontrolującym swobodnego poruszania się po całej siedzibie spółki. Po zapoznaniu się z dokumentami okazanymi przez kontrolujących, niezwłocznie zarządzili oni przygotowanie niezbędnych w tym celu identyfikatorów.
- (42) Mając powyższe na uwadze, PTC podtrzymało również, wyrażone w piśmie z dnia 29 czerwca 2010 r. stanowisko, iż w niniejszej sprawie nie zachodzą przesłanki wskazane w art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 105a oraz 105d ww. ustawy, które uzasadniałyby nałożenie kary pieniężnej. Zdaniem ERA w zaistniałym stanie faktycznym trudno doszukać się realizacji którejkolwiek z przesłanek nałożenia na spółkę kary pieniężnej, określonej w art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy. W szczególności nie zachodzi przesłanka określona w art. 105d ust. 1 pkt 2 ustawy (naruszenie obowiązku umożliwienia kontrolującym wstępu na grunt oraz do budynków, lokali lub innych pomieszczeń oraz środków transportu). Postulowana przez UOKiK wykładnia ww. przepisu, w świetle której sama konieczność oczekiwania przez przeprowadzających czynności kontrolne urzędników automatycznie, niezależnie od jakichkolwiek okoliczności, powodowałaby realizację przesłanki z art. 105d pkt 2 nie może być uznana za prawidłową.

**W oparciu o przedstawiony stan faktyczny Prezes Urzędu zważył,
co następuje:**

- (43) Ustawa o *ochronie konkurencji i konsumentów* przewiduje, że w toku postępowania przed Prezesem Urzędu może być przeprowadzona przez

upoważnionego pracownika Urzędu kontrola u każdego przedsiębiorcy w zakresie objętym tym postępowaniem (art. 105a ust. 1). Kontrolujący w toku kontroli może również dokonać przeszukania pomieszczeń lub rzeczy, za zgodą Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, udzieloną na wniosek Prezesa Urzędu (art. 105c ust. 1 ww. ustawy).

- (44) Kontrola w toku postępowania przed Prezesem Urzędu jest jednym z najskuteczniejszych instrumentów do walki z ograniczającymi konkurencję praktykami. Celem kontroli jest przede wszystkim weryfikacja legalności działania danego przedsiębiorcy, polegająca na zebraniu dowodów w możliwie największym stopniu potwierdzających istnienie naruszenia, bądź dowodzących braku podstaw do stwierdzenia naruszenia. Regulacja zawarta w artykułach 105a – 105l tej ustawy ma umożliwić Prezesowi Urzędu samodzielne zebranie dowodów bezpośrednio u przedsiębiorcy, w szczególności wtedy, gdy istnieje uzasadnione ryzyko odmowy ich dobrowolnego wydania (np. ukrycia lub możliwości zniszczenia). Przepisy te, niewątpliwie w sposób istotny wkraczające w sferę praw i wolności obywatelskich, mają swoje uzasadnienie w konieczności ochrony konkurencji w interesie publicznym.
- (45) Należy podkreślić, iż kontrola wraz z przeszukaniem² jest narzędziem stosowanym przez Prezesa Urzędu przede wszystkim – jak w niniejszej sprawie – w przypadku porozumień ograniczających konkurencję. Ze względu na sekretny charakter tego typu uzgodnień, często jedynym środkiem umożliwiającym zebranie dowodów w celu wykazania naruszenia jest właśnie niezapowiedziana, przeprowadzona z zaskoczenia kontrola u przedsiębiorców mogących dysponować materiałem dotyczącym sprawy rozpatrywanej przez Prezesa Urzędu. W przypadkach, w których kontrole przeprowadzane są równocześnie w kilku miejscach (u kilku przedsiębiorców) – tak jak w sprawie postępowania dotyczącego telewizji mobilnej, w ramach którego została przeprowadzona kontrola PTC – **koniecznym do sprawnego i skutecznego przeprowadzenia powyższych działań jest element zsynchronizowanego działania**, a więc równoczesne wejście do wszystkich poddanych kontroli przedsiębiorców i jak najszybsze zabezpieczenie pomieszczeń, w których mogą znajdować się dowody mające istotne znaczenie dla sprawy. Dlatego też **kluczowym dla efektywnego przeprowadzenia kontroli jest moment jej rozpoczęcia**. Z tego względu ustawodawca uregulował w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów* prawa i obowiązki kontrolowanego przedsiębiorcy w taki sposób, by umożliwić kontrolującym niezwłoczne rozpoczęcie czynności kontrolnych i skorzystanie z wynikających z ustawy uprawnień do: 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 ustnych wyjaśnień dotyczących przedmiotu kontroli (art. 105b ust.1 ustawy).

² Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* przewiduje w art. 105c możliwość dokonania przeszukania pomieszczeń lub rzeczy za zgodą Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie poważnego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności wtedy, gdy mogłoby dojść do zatarcia dowodów z wnioskiem o wydanie zgody na przeszukanie, o można wystąpić do Sądu przed wszczęciem postępowania antymonopolowego.

Przepisy będące podstawą prawną przeprowadzonego postępowania

- (46) Sposób i tryb przeprowadzania kontroli regulują przepisy art. 105a – 105l ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Kontrola jest przeprowadzana zgodnie z art. 105a ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* m.in. przez pracowników Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie zindywidualizowanego upoważnienia do przeprowadzenia kontroli. Stosownie do art. 105a ust. 6 ww. ustawy, przedmiotowe upoważnienie kontrolujący doręczają kontrolowanemu przedsiębiorcy lub osobie przez niego upoważnionej oraz okazują legitymacje służbowe.
- (47) Z uwagi na fakt, iż nieobecność kontrolowanego przedsiębiorcy lub osoby przez niego upoważnionej nie powinna stanowić przeszkody dla zaplanowanych czynności kontrolnych, ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* przewiduje w art. 105a ust. 7, że w razie nieobecności tych osób, upoważnienie do przeprowadzenia kontroli oraz legitymacja służbowa **mogą być okazane innemu pracownikowi kontrolowanego, który może być uznany za osobę, o której mowa w art. 97 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny** lub przywołanemu świadkowi, którym powinien być funkcjonariusz publiczny, niebędący jednak pracownikiem organu przeprowadzającego kontrolę. Z powyższego zatem wynika, że **dokumenty uprawniające do rozpoczęcia czynności kontrolnych mogą być między innymi przedstawione pracownikowi kontrolowanego przedsiębiorcy, który może być uznany za osobę czynną w lokalu przedsiębiorcy**. Takie specyficzne, odformalizowane uregulowanie trybu okazania ww. dokumentów przez kontrolujących jest uzasadnione szczególnym charakterem kontroli przeprowadzanej przez Prezesa Urzędu w sprawach z zakresu ochrony konkurencji. Z uwagi na często tajny charakter praktyk ograniczających konkurencję, na które dowodów ma dostarczyć kontrola u przedsiębiorcy, skuteczność tej kontroli zależy w znacznej mierze od możliwości szybkiego rozpoczęcia przez kontrolujących poszukiwania materiału dowodowego, tak by nie doszło do prób zatarcia śladów naruszenia przez przedsiębiorcę i jego pracowników. Dlatego właśnie w przywołanym wyżej przepisie ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* zawarto uregulowanie, którego sens wyraża się w stwierdzeniu, że **kontrolujący nie mają obowiązku czekać z rozpoczęciem czynności kontrolnych na pojawienie się kontrolowanego przedsiębiorcy lub osób przez niego upoważnionych**. Ustawodawca przesądził zatem jednoznacznie, że nieobecność ww. osób, tj. niemożność odebrania przez nie wymienianych wyżej dokumentów bezpośrednio po wejściu przez kontrolujących do budynku, w którym odbywa się kontrola, nie może niweczyć zaplanowanych czynności kontrolnych.
- (48) W tym miejscu wyjaśnienia wymaga, jakie osoby mieszczą się w ustawowym pojęciu „*pracownika kontrolowanego, który może być uznany za osobę, o której mowa w art. 97 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny*”. Stosownie do art. 97 *Kodeksu cywilnego* osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności poczytuje się w razie wątpliwości za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają

dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa. Chodzi tu o „każdą osobę, której działanie sugeruje, że jest umocowana do obsługi publicznosci. To, czy takie umocowanie rzeczywiście posiada, czy też działa bez niego albo z przekroczeniem, nie ma znaczenia”³. Osoba, o której mowa wyżej, powinna być „obecna w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publicznosci, tzn. w każdym miejscu w przedsiębiorstwie, które zostało przez prowadzącego przeznaczone do obsługi klientów”⁴.

(49) Jednocześnie należy podnieść, że interpretacja pojęcia „pracownika kontrolowanego, który może być uznany za osobę, o której mowa w art. 97 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny” powinna uwzględniać cel umieszczenia tego przepisu w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, odmienny od jego funkcji w kodeksie cywilnym. Stosowany na potrzeby prawa cywilnego art. 97 k.c. stanowi „regułę interpretacyjną, za pomocą której ustawa chroni zaufanie zawierających umowy z przedsiębiorstwem klientów co do tego, że czynne w jego lokalu osoby są umocowane do zawierania takich umów, jakie zwykle zawierane są w tym lokalu”⁵. Inny jest *ratio legis* tego przepisu w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. **Biorąc pod uwagę cele ww. ustawy pojęcie pracownika, który może być uznany za osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa, należy odnosić do takich osób zatrudnionych przez przedsiębiorcę jak np. recepcjonistka, sekretarka, księgowa, czy też osoba odpowiedzialna za dostęp osób trzecich do pomieszczeń biurowych przedsiębiorcy itp.**

(50) Takie stanowisko potwierdzają wyjaśnienia Ministra Finansów przedstawione w piśmie z dnia 11 maja 2009 r. (sygn. PK4/8012/46/AAN/09/274)⁶ dotyczące stosowania przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095, ze zm.) w zakresie kontroli skarbowej i podatkowej przedsiębiorców, gdzie również jest użyte sformułowanie: „pracownik kontrolowanego, który może być uznany za osobę, o której mowa w art. 97 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny”. Minister Finansów uznał, iż: „dotychczas przepis art. 97 Kodeksu cywilnego był odnoszony wyłącznie do stosunków cywilnoprawnych (dokonywania czynności prawnych) i rozumiany jako pełnomocnictwo handlowe. Poprzez wskazane powyżej zmiany w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej oraz ustawie - Ordynacja podatkowa⁷ przepis art. 97 Kodeksu cywilnego **nabiera też nowego, szerszego, administracyjno-prawnego znaczenia. Literalne brzmienie art. 97 Kodeksu cywilnego zawierające pojęcia "obsługiwana publiczność, korzystanie z usług, dokonywanie czynności prawnych" nie przystaje, ani do wszczęcia kontroli, ani do świadczenia podczas czynności kontrolnych**”.

³ J. Strzebińczyk (w:) E. Gniewek (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz*. 3. wydanie, Warszawa 2008, s. 244, Nb 3.

⁴ J. Strzebińczyk (w:) E. Gniewek (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz*. 3. wydanie, Warszawa 2008, s. 244, Nb 4.

⁵ Wyrok SN z 12 grudnia 1997 r. (III CKN 160/97), OSNC 1998/6/100.

⁶ LEX nr 27347.

⁷ Zmiany o których tu mowa dotyczą unormowań wprowadzonych ustawą z dnia 19 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 18, poz. 97), która wprowadziła pojęcie pracownik kontrolowanego, który może być uznany za osobę, o której mowa w art. 97 ustawy *Kodeks cywilny*.

- (51) Należy wskazać, iż przedmiotem kontroli prowadzonej na podstawie ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jest objęty specyficzny rodzaj dowodów. Są to przede wszystkim nieformalne notatki, pliki, czy e-maile, których przedsiębiorca na podstawie obowiązujących przepisów nie musi przechowywać. Przedmiotowe informacje łatwo jest zatem ukryć, czy zniszczyć bez pozostawienia śladu wskazującego na ich istnienie. Dlatego też niezwykle ważne jest rozpoczęcie kontroli z zaskoczenia, bez wcześniejszego informowania przedsiębiorcy o planowanych działaniach.
- (52) Biorąc pod uwagę fakt, iż czynności kontrolne podejmowane w toku postępowania przed Presem Urzędu na podstawie art. 105a i nast. ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* mogą być rozpoczęte od momentu przedstawienia dokumentów upoważniających do przeprowadzenia kontroli, brak osób upoważnionych do reprezentacji danego przedsiębiorcy oraz przyjęcie *stricte* cywilistycznej interpretacji art. 97 ustawy *Kodeks cywilny* prowadziłyby do niemożności podjęcia przez pracowników Urzędu jakichkolwiek działań kontrolnych w pomieszczeniach, w których spodziewane są dowody działań naruszających ustawę *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Dlatego też na gruncie art. 105a ust. 7 tej ustawy **koniecznym jest przyjęcie domniemania, iż za osobę czynną w siedzibie przedsiębiorcy, należy uznać m.in. taką osobę zatrudnioną przez kontrolowanego przedsiębiorcę jak np. recepcjonistka, księgowa. W tym ujęciu rozpoczęcie czynności kontrolnych może mieć miejsce wówczas, kiedy któraś z wymienionych wyżej osób ma możliwość zapoznania się ze stosownymi dokumentami**, tzn. upoważnieniem do przeprowadzenia kontroli i/lub zgodą Sądu Okręgowego na dokonanie przeszukania. To, że osoba taka odmawia zapoznania się z powyższymi dokumentami nie powinno mieć wpływu na fakt rozpoczęcia właściwych czynności kontrolnych. Należy wskazać, iż przyjęcie innej – od powyżej przedstawionej – wykładni prowadziłyby do całkowitej blokady rozpoczęcia czynności kontrolnych. Z uwagi na specyficzny w sprawach antymonopolowych standard dowodu i wysokie prawdopodobieństwo utraty (w wyniku zniszczenia, ukrycia) praktycznie wszystkich dowodów mogących wskazywać na naruszenie, Prezes Urzędu byłby pozbawiony jednego z najskuteczniejszych narzędzi w zwalczaniu ograniczających konkurencję praktyk, jakim jest kontrola.
- (53) Przepisy dotyczące kontroli w toku postępowania przed Prezesem Urzędu przewidują, iż **z jednej strony prawem kontrolujących, a z drugiej strony obowiązkiem kontrolowanego przedsiębiorcy jest umożliwienie tym pierwszym wstępu na grunt oraz do budynków, lokali lub innych pomieszczeń oraz środków transportu kontrolowanego** (art. 105 d ust. 1 pkt 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*).
- (54) Podkreślenia wymaga, że uwzględniając *ratio* przepisów dotyczących kontroli u przedsiębiorców w postępowaniu przed Prezesem Urzędu, przywoływany artykuł ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* należy odczytywać w ten sposób, że statuuje on po stronie kontrolowanego **obowiązek** umożliwienia kontrolującym **niezwłocznego wstępu** do wymienionych wyżej miejsc, na każde wezwanie kontrolujących. Aspekt czasowy ma tu niezwykle istotne znaczenie

z uwagi na przedstawiany już w niniejszej decyzji na ogół tajny charakter naruszeń, których wykryciu i udowodnieniu służyć ma kontrola Prezesa Urzędu. **Konieczność zsynchronizowanego działania (jednoczesne wejście i rozpoczęcie czynności kontrolnych u wszystkich przedsiębiorców podanych kontroli) ma również fundamentalne znaczenie dla skuteczności podjętych działań.** Obowiązek z art. 105d ust. 1 pkt 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie będzie zatem dopełniony wówczas, gdy kontrolowany opóźnia dopuszczenie kontrolujących na swój grunt oraz do swoich budynków, lokali lub innych pomieszczeń i środków transportu. Takiej oceny nie może zmienić okoliczność, że kontrolowany ostatecznie umożliwia kontrolującym dostęp do ww. miejsc. Skuteczność kontroli zależy od tego, jak szybko kontrolujący dostaną się do miejsc, które mogą być istotne dla pozyskania materiału dowodowego. Opieszałość kontrolowanego w udostępnieniu tych miejsc kontrolującym może wiązać się np. z zacieraniem poszukiwanych przez nich dowodów. W takim przypadku nawet jeśli kontrolujący ostatecznie zostaną wpuszczeni na grunt lub teren pomieszczeń kontrolowanego, może to już być bez znaczenia dla powodzenia kontroli z uwagi na to, że przedsiębiorca zdażył usunąć obciążające go dowody. Uznać należy zatem, że za brak współdziałania w toku kontroli może zostać uznany nie tylko *stricte* brak współdziałania, lecz również zwlekanie z podjęciem współdziałania, czyli opóźnianie prowadzenia czynności przez kontrolujących. Wynika to z faktu, iż inicjatywa określenia czynności kontrolnych należy do kontrolującego, kontrolowany zaś jest obowiązany współdziałać bez zbędnej zwłoki. Brak zgody lub współdziałania kontrolowanego, pomijając jego konsekwencje, uniemożliwia kontrolującemu samodzielne dokonywanie czynności kontrolnych⁸.

- (55) Powyższe stanowisko Prezesa Urzędu znajduje oparcie w doktrynie, w której stwierdzono m.in., że „każde opóźnienie w toku kontroli może utrudnić lub wręcz uniemożliwić osiągnięcie celu kontroli. Zdecydowanie zatem priorytet należałoby dać interpretacji oznaczającej **obowiązek niezwłocznego reagowania na żądania kontrolującego**”⁹.
- (56) Zarówno uniemożliwienie kontrolującym niezwłocznego rozpoczęcia czynności kontrolnych poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji kontrolowanego, jak i uniemożliwianie im niezwłocznego wejścia na teren wybranych przez nich pomieszczeń biurowych kontrolowanego przedsiębiorcy, stanowi przejaw braku współdziałania w toku kontroli, który może utrudnić lub uniemożliwić zrealizowanie celów danej kontroli. By zapewnić takie współdziałanie ze strony kontrolowanego, ustawodawca przewidział bowiem podstawę prawną do nałożenia na kontrolowanego kary pieniężnej „w każdym przypadku niewykonania obowiązków, o których mowa w przepisach dotyczących kontroli”¹⁰. Zgodnie z art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji,

⁸ Por. wyrok SOKiK z dnia 19 sierpnia 2003 r., XVII Ama 130/02.

⁹ M. Król-Bogomilska (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1624.

¹⁰ M. Król-Bogomilska (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1622.

karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 50.000.000 euro, jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieумыślnie nie współdziała w toku kontroli prowadzonej w ramach postępowania na podstawie art. 105a, z zastrzeżeniem art. 105d ust. 2.

- (57) Jak wynika zatem z przywołanych powyżej przepisów niewywiązanie się przez kontrolowanego przedsiębiorcę z obowiązku jakim jest umożliwienie kontrolującemu niezwłocznego rozpoczęcia czynności kontrolnych, w tym umożliwienie im wstępu do zajmowanych przez tego przedsiębiorcę pomieszczeń może skutkować nałożeniem przez organ antymonopolowy kary pieniężnej. Ponadto, co podkreśla się w orzecznictwie organów unijnych, wystarczającą, a co za tym idzie skuteczną przesłanką do nałożenia kary na przedsiębiorcę jest już sam fakt wystąpienia nieprawidłowości w toku kontroli (braku współdziałania), bez względu na to, czy miały one wpływ na dalszy przebieg działań kontrolnych¹¹.

Zastosowanie art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w niniejszej sprawie

- (58) Zdaniem Prezesa Urzędu w rozpatrywanej sprawie zaistniały przesłanki do nałożenia na PTC kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z uwagi na brak współdziałania w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu w ramach wskazanego w sentencji decyzji postępowania wyjaśniającego, poprzez uniemożliwienie kontrolującemu niezwłocznego rozpoczęcia w dniu 2 grudnia 2009 r. czynności kontrolnych poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji PTC oraz uniemożliwianie kontrolującemu w dniu 2 grudnia 2009 r. wejścia na teren pomieszczeń stanowiących siedzibę PTC.

Przedsiębiorca

- (59) Na wstępie należy zauważyć, że wynikające z art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów reguły odpowiedzialności za brak współdziałania w toku kontroli mają zastosowanie do przedsiębiorców.
- (60) Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez przedsiębiorcę rozumie się przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także: a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli

¹¹ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 30 stycznia 2008 r. w sprawie COMP/B-1/39.326 E.ON Energie AG.

koncentracji, o której mowa w art. 13, d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2 - na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

- (61) Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości, iż Polska Telefonia Cyfrowa jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, a zatem spoczywają na niej obowiązki, jakie ww. ustawa nakłada na przedsiębiorców w związku z przeprowadzaną u nich kontrolą Prezesa Urzędu i może być na nią nałożona kara, o której mowa w art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Brak współdziałania ze strony PTC

- (62) Biorąc pod uwagę wskazany wyżej zakres obowiązków kontrolowanego przedsiębiorcy, należy stwierdzić, że PTC nie współdziałała w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu, co uzasadnia wydanie niniejszej decyzji. Zarazem należy podkreślić, że udowodniony spółce brak współdziałania w toku kontroli miał charakter szczególnie uciążliwy, *de facto* niweczący możliwość skutecznego zrealizowania celów założonych w związku z rozpatrywaną kontrolą w PTC.
- (63) Na kontrolowanym przedsiębiorcy ciąży bowiem wynikający z art. 105d ust. 1 pkt 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* **obowiązek umożliwienia kontrolującym wstępu na grunt oraz do budynków, lokali lub innych pomieszczeń** oraz środków transportu kontrolowanego w sposób określony przez kontrolujących, umożliwiając im podjęcie i wykonywanie czynności kontrolnych. PTC naruszyła ten obowiązek z jednej strony w ten sposób, że uniemożliwiła kontrolującym niezwłoczne rozpoczęcie w dniu 2 grudnia 2009 r. czynności kontrolnych poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji PTC (co doprowadziło do opóźnienia w zapewnieniu warunków technicznych do przeprowadzenia kontroli np. udostępnienie kontrolującym samodzielnego, zamkniętego pomieszczenia, czy opóźnienia w dokonaniu ustaleń technicznych dotyczących kontroli np. wskazanie osób i pokoi odpowiedzialnych za projekt telewizji mobilnej), a z drugiej strony – poprzez uniemożliwianie kontrolującym niezwłocznego wejścia na teren pomieszczeń biurowych w siedzibie PTC. Należy zarazem zauważyć, że opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentowania PTC również uniemożliwiało kontrolującym niezwłoczne rozpoczęcie czynności kontrolnych przez to, że pracownicy spółki właśnie od tego kontaktu (tzn. od zejścia do kontrolujących osoby upoważnionej), uzależniali możliwość wpuszczenia kontrolujących za bramki elektroniczne oddzielające recepcję budynku PTC od tej jego części, w której znajdowały się pomieszczenia biurowe.
- (64) O zasadności powyższych twierdzeń Prezesa UOKiK świadczą następujące okoliczności.
- (65) Jak wynika z ustaleń organu antymonopolowego w przedmiotowej sprawie kontrolujący w dniu 2 grudnia 2010 r., o godzinie 10.10, stawili się w siedzibie Polskiej Telefonii Cyfrowej, dysponując upoważnieniami Prezesa UOKiK

i zgodą SOKiK, uprawniającymi ich do przeprowadzenia kontroli wraz z przeszukaniem. Z uwagi na fakt, iż żadna z osób upoważnionych do reprezentacji tego przedsiębiorcy nie pojawiła się – pomimo wielokrotnych wezwań i pozostawania na terenie budynku¹² (por. pkt 12- 24decyzji) – na recepcji, jak również uniemożliwiono kontrolującym dostęp do tych osób (dostania się do pokoi zajmowanych przez te osoby), o godzinie 10.30 kontrolujący poinformowali osobę pracującą na recepcji PTC, czyli osobę czynną w siedzibie przedsiębiorcy, o charakterze swojej wizyty, przedstawili jej dokumenty upoważniające do przeprowadzenia kontroli wraz z przeszukaniem, a także okazali legitymacje służbowe. Od tego momentu kontrolujący powinni byli mieć dostęp do wszystkich pomieszczeń oraz zgromadzonych w nich akt, ksiąg, wszelkiego rodzaju dokumentów i nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli oraz ich odpisów i wyciągów, **co jednak zostało umożliwione dopiero godzinę później (o godzinie 11.30) tj. po wydaniu przepustek uprawniających do przejścia przez bramki blokujące wejście do dalszej części budynku.**

- (66) Należy podkreślić, że we wskazanym wyżej długotrwałym odcinku czasu kontrolujący kilkakrotnie okazywali pracownikom spółki (w tym również ochronie stojącej przy bramkach) upoważnienie do przeprowadzenia kontroli i zgodę SOKiK na dokonanie przeszukania, oraz wyjaśniali zakres przysługujących im praw oraz ciążących na kontrolowanym przedsiębiorcy obowiązków (por. pkt 12-24 decyzji). Pomimo tego, nie zostały otworzone elektryczne bramki pozwalające na wejście do właściwej części budynku oraz wydane karty magnetyczne (przepustki) pozwalające na swobodne poruszanie się po pokojach PTC i niezwłoczne rozpoczęcie czynności kontrolnych. Takie działanie bezsprzecznie narusza obowiązek współdziałania i stanowi podstawę nałożenia na kontrolowanego przedsiębiorcę kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.
- (67) W ocenie organu antymonopolowego przedstawiane przez PTC w trakcie postępowania uzasadnienie zaistnienia takiego stanu rzeczy nie może być uznane. Wbrew stanowisku PTC nie jest usprawiedliwieniem takiej postawy spółki ani regulamin recepcji, ani wewnętrzne procedury bezpieczeństwa, ani też fakt, że spółka zatrudnia „ponad 2000 osób” gdyż przedsiębiorca, korzystający z profesjonalnej obsługi prawnej (PTC posiada Departament Prawny zatrudniający między innymi radców prawnych) powinien być przygotowany do sprawnego umożliwienia rozpoczęcia i przeprowadzenia kontroli. Nie jest także uzasadnieniem utrudniania podjęcia czynności kontrolnych fakt, iż „członkowie zarządu mają spotkanie”, gdyż w przypadku okoliczności nietypowej, jaką jest niewątpliwie kontrola, kierownictwo spółki powinno spotkać się osobiście z kontrolującymi albo upoważnić swoich pracowników do kontaktów z kontrolującymi. Usprawiedliwieniem ekscesywnie długiego – zdaniem Prezesa Urzędu – okresu, w którym kontrolujący nie mogli wykonywać faktycznie czynności kontrolnych, mimo spełnienia wszystkich niezbędnych wymogów formalnych, nie może też być – o czym PTC zdają się przekonywać

¹² Pan **informacje utajnione pkt 24 załącznika do decyzji** – członek zarządu był w tym czasie obecny w siedzibie spółki.

w wyjaśnieniach złożonych w toku postępowania – znaczna liczba kontaktów telefonicznych, jakie poszczególni pracownicy spółki wykonywali do siebie w tym okresie.

- (68) Wszystkie wskazane wyżej okoliczności bezsprzecznie nie mogą usprawiedliwiać działania przedsiębiorcy. Nawet bowiem jeżeli by przyjąć, że kwestionowane zachowanie PTC nie było intencjonalne, to bezsprzecznie utrudniło Prezesowi Urzędu wykonywanie kontroli i obiektywnie świadczy o braku współdziałania PTC w toku prowadzonej u tego przedsiębiorcy kontroli. Prezes Urzędu podziela w tym względzie stanowisko wyrażone w doktrynie, zgodnie z którym *„powinność zorganizowania działalności danej jednostki należy do osób kierujących. Odpowiedzialność za niedopełnienie obowiązku współdziałania w toku kontroli spoczywa na przedsiębiorcy także wtedy, gdy działalność tej jednostki realizują pracownicy”*¹³.
- (69) Co więcej, z okoliczności sprawy wynika, że osoby z kierownictwa spółki musiały mieć świadomość długotrwałości oczekiwania kontrolujących i świadomie przedłużały czas ich oczekiwania. Świadczy o tym chociażby opisana już wyżej sytuacja, która – jak wynika z protokołu kontroli – miała miejsce o godzinie 11.00. Wówczas to pracownik PTC zatrudniony na stanowisku Głównego Specjalisty Departamentu Bezpieczeństwa Korporacyjnego wykonał telefon *„do kogoś z kierownictwa”*, informując, że kontrolujący czekają *„już ponad godzinę”*. W odpowiedzi na pytanie, kiedy ktoś będzie mógł zejść, dowiedział się – co przekazał kontrolującym – że muszą jeszcze trochę poczekać, *„bo asystentka jednego z członków zarządu udała się do Departamentu Prawnego”*.
- (70) Mylące jest w tym kontekście twierdzenie PTC przedstawione w piśmie z dnia 29 czerwca 2010 r., iż dwaj pracownicy Departamentu Prawnego Spółki *„pojawił się na recepcji o godz. 11.08, a więc dokładnie 36 minut od momentu poproszenia przez kontrolujących pracowników ochrony o wpuszczenie na teren budynku”*. Fakt pojawienia się wyżej wymienionych osób nie oznaczał bowiem, że kontrolujący zostali w tym momencie (36 minut – jak twierdzi PTC – od poproszenia pracowników ochrony o umożliwienie wejścia do pomieszczeń biurowych) wpuszczeni na teren pomieszczeń biurowych budynku PTC. Dopiero po dalszych 20 minutach, od chwili zjawienia się ww. osób, kontrolującym umożliwiono swobodne przekroczenie elektronicznych bramek. Przyjęty przez spółkę sposób opisu przebiegu działań w dniu 2 grudnia 2009 r. polegający, jak we wskazanym powyżej przykładzie, na uwypuklaniu poszczególnych jednostkowych zachowań organizacyjnych wraz z wyjaśnieniem w jak krótkim czasie zostały one dokonane, może wprowadzać w błąd co do wymiaru stwierdzonego tą decyzją naruszenia, gdyż istotnym z punktu widzenia kontrolujących jest liczony całościowo okres oczekiwania na wejście do pomieszczeń biurowych, a nie to, jakie działania zostały w tym czasie podjęte przez kontrolowanego przedsiębiorcę w celu zorganizowania wejścia.
- (71) Mylące jest też stwierdzenie spółki, według którego *„dopiero o godzinie 10.32 kontrolujący postawili przed pracownikami ochrony, stojącymi przed bramkami*

¹³ M. Król-Bogomilska (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1623.

koło recepcji jednoznaczne żądanie wpuszczenia na dalszy teren budynku” (pismo PTC z dnia 29 czerwca 2010 r., s. 16). Takie stwierdzenie PTC pomija fakt, że wcześniej kontrolujący informowali również osobę pracującą na recepcji o tym, że są pracownikami UOKiK oraz o celu wizyty w siedzibie spółki, a także przedstawili tej osobie dokumenty uprawniające do przeprowadzenia kontroli wraz z przeszukaniem.

- (72) Warto podkreślić, iż w niniejszej sprawie nie tylko nikt z kierownictwa PTC nie pojawił się na recepcji (mimo że takie zapewnienia padały ze strony pracowników PTC, którzy utrzymywali kontakt z kontrolującymi na recepcji spółki), ale dodatkowo kontrolującym został zablokowany dostęp do tych osób. Nie mogli oni bowiem wejść do żadnych pomieszczeń biurowych spółki, a zatem również do pokoi zajmowanych przez osoby właściwe do reprezentacji spółki, aby przedstawić im dokumenty uprawniające do podjęcia działań kontrolnych, jak również poczynić określone ustalenia techniczne, jak np. ustalenie pokoi osób odpowiedzialnych za przedmiot kontroli, czy ustalenie osób mogących udzielić kontrolującym ustnych wyjaśnień związanych z przedmiotem kontroli – które mogły być wskazane jedynie przez ściśle kierownictwo spółki. Nie tylko żadna z osób obecnych przy recepcji PTC nie umożliwiła kontrolującym dostępu do pomieszczeń biurowych spółki, ale także żaden z pracowników spółki, którym ww. osoby sygnalizowały obecność kontrolujących, nie wydała polecenia wpuszczenia kontrolujących do części biurowej budynku.
- (73) W powyższym kontekście PTC nie może usprawiedliwiać się tym, że „z upływem czasu, do pomocy Kontrolującym angażowani byli kolejni pracownicy PTC, którzy z chwilą podjęcia wiedzy o kontroli niezwłocznie porzucali wszystkie inne wykonywane przez siebie w danym momencie zadania” (pismo PTC z dnia 29 czerwca 2010 r., s. 15). W praktyce bowiem skutkiem deklarowanej „pomocy” było wydłużenie czasu oczekiwania kontrolujących. **W tym samym czasie, gdy pracownicy PTC mieli, jak utrzymuje Spółka, „porzucać wszystkie wykonywane zadania” po to tylko, by kontrolującym udzielić rzekomej pomocy – w innej części budynku PTC, do której dostępu kontrolującym broniono, odbywało się spotkanie osób odpowiedzialnych za projekt telewizji mobilnej, będący przedmiotem kontroli.**
- (74) Zachowanie pracowników PTC i ich reagowanie na te polecenia kontrolujących, które miały na celu dostanie się do pomieszczeń biurowych ERA, cechowała **daleko idąca opieszałość**. W kontekście okoliczności sprawy musi być ona uznana za mającą **charakter intencjonalny** mający na celu **opóźnienie rozpoczęcia czynności kontrolnych**. Na potwierdzenie tej tezy należy zestawić następujące okoliczności:
- a/ pomimo wielokrotnego wzywania pracowników kontrolowanego przedsiębiorcy do wpuszczenia na teren pomieszczeń biurowych ERA (w tym telefonicznego poinformowania kierownictwa PTC o obecności kontrolujących) przez **godzinę** od momentu poinformowania osoby pracującej na recepcji o charakterze wizyty i przedstawienia dokumentów uprawniających do przeprowadzenia kontroli, kontrolujący zmuszeni zostali do oczekiwania na recepcji na otwarcie elektrycznych bramek i zezwolenie na wejście na teren,

gdzie mieściły się pomieszczenia biurowe spółki stanowiące przedmiot zainteresowania kontrolujących,

b/ kolejni pracownicy PTC, tj. recepcjonistka, pracownicy ochrony, pracownik Departamentu Bezpieczeństwa Korporacyjnego, nie wykazywali woli wpuszczenia kontrolujących do pomieszczeń biurowych ERA, zasłaniając się koniecznością pojawienia się „*kogoś z góry*”. Osobami tymi okazali się być dwaj pracownicy Departamentu Prawnego ERA, którzy przybyli do kontrolujących ponad **godzinę** od momentu pierwszego zasygnalizowania przez osobę pracującą na recepcji obecności kontrolujących w budynku ERA,

c/ kontrolowany (jego organy lub pracownicy) nie miał woli niezwłocznego wpuszczenia kontrolujących na teren biur PTC, o czym świadczy uzależnienie przez pracownika Departamentu Prawnego możliwości spotkania się kontrolujących z członkami zarządu ERA od zakończenia przez tych drugich spotkania, *które „potrwa kilkadziesiąt minut”*. Oznacza to, że kontrolowany zakładał, że to nie od woli kontrolujących, tylko od długości spotkania członków zarządu może zależeć czas, w którym kontrolujący będą mogli przystąpić do czynności kontrolnych,

d/ już po wpuszczeniu kontrolujących za bramki broniące im wcześniej dostępu do pomieszczeń biurowych PTC, towarzyszący kontrolującym pracownik PTC oznajmił im, że **mają poczekać na korytarzu** aż on sprawdzi, czy członkowie zarządu zakończyli spotkanie, po czym nie pojawiał się przez kilka minut, przez co kontrolujący – chcąc uchronić się przed koniecznością kolejnych długotrwałych oczekiwań jeszcze bardziej opóźniających rozpoczęcie czynności kontrolnych – samodzielnie podjęli się poszukiwania gabinetów członków zarządu,

e/ pomimo iż, zgodnie z wielokrotnie przywoływaną przez pracowników kontrolowanego przedsiębiorcy „Procedurą bezpieczeństwa” do wejścia na teren budynku **informacje utajnione – pkt 25 załącznika do decyzji**.

- (75) W konsekwencji, pomimo okazania odpowiednich dokumentów osobom czynnym w siedzibie przedsiębiorstwa – uniemożliwione zostało niezwłoczne rozpoczęcie czynności kontrolnych, polegające na tym etapie przede wszystkim na zabezpieczeniu dowodów znajdujących się w poszczególnych pomieszczeniach spółki. Kontrolujący dopiero ponad godzinę od okazania dokumentów mogli rozpocząć odpowiednie działania. Nie można wykluczyć, iż taka postawa PTC doprowadziła do utraty części dowodów lub informacji.
- (76) Podkreślenia wymaga, że stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie obowiązków kontrolowanego, którego dopuściła się ERA jest naruszeniem wysokiej wagi i należy do kategorii naruszeń istotnie utrudniających Prezesowi UOKiK skuteczne stosowanie tego wyjątkowego instrumentu pozyskiwania dowodów w sprawach antymonopolowych, jakim jest kontrola z przeszukaniem. Uniemożliwienie przez kontrolowanego przedsiębiorcę niezwłocznego dostępu kontrolujących do pomieszczeń, w których mogą się znajdować dowody zakazanego porozumienia, może umożliwić kontrolowanemu zniszczenie dowodów lub ich ukrycie. Nie ma przy tym zasadniczo znaczenia,

czy kontrolowany opóźnia wejście kontrolujących o kilkadziesiąt minut (jak w niniejszej sprawie), o kilka godzin, czy jeszcze dłużej. W tym czasie przedsiębiorca wie już bowiem, co jest przedmiotem kontroli i tym samym może udaremnić znalezienie dowodów oraz umożliwić pracownikom zaangażowanym w domniemane porozumienie dokonania uzgodnienia wyjaśnień (oświadczeń), jakie będą składać pracownikom UOKiK. Odnosząc ten wywód do niniejszej sprawy należy uznać, że opisane w decyzji zachowanie spółki jest tym bardziej naganne, że w czasie gdy kontrolujący bezskutecznie próbowali wejść na teren pomieszczeń biurowych w budynku ERA, **osoby odpowiedzialne za projekt telewizji mobilnej – czyli przedmiot kontroli – uczestniczyły w tym czasie w spotkaniu, w siedzibie Polskiej Telefonii Cyfrowej**. Istnieje zatem duże prawdopodobieństwo, że przedmiotem ich rozmów była właśnie niezapowiedziana kontrola pracowników Urzędu.

Ustosunkowanie się do argumentów PTC

- (77) Odnosząc się do stanowiska PTC prezentowanego w toku postępowania, Prezes Urzędu pragnie wyjaśnić, iż bezzasadnym jest argument, jakoby zarzuty dotyczące braku współdziałania w toku kontroli dotyczyły tej samej okoliczności i w związku z tym zostały sformułowane nieprawidłowo.
- (78) Należy wskazać, iż zarzut uniemożliwienia kontrolującym niezwłocznego rozpoczęcia czynności kontrolnych poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji przedsiębiorcy **dotyczy innych okoliczności faktycznych** aniżeli zarzut uniemożliwienia kontrolującym wejścia na teren pomieszczeń stanowiących siedzibę spółki, przy czym oba te zarzuty dotyczą braku współdziałania w toku kontroli. Brak współdziałania w toku kontroli jest pojęciem szerokim i koniecznym jest jego każdorazowe skonkretyzowanie w odniesieniu do zachowania danego przedsiębiorcy. Dodatkowo precyzyjne dookreślenie tego zarzutu pozwala stronie na zachowanie prawa do obrony.
- (79) Odnosząc się do pierwszego z postawionych zarzutów, czyli: uniemożliwienia kontrolującym niezwłocznego rozpoczęcia czynności kontrolnych poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji przedsiębiorcy, należy wskazać, iż rozpoczęcie czynności kontroli jest poprzedzone określonymi ustaleniami technicznymi – jak np. wskazanie pokoi osób odpowiedzialnych za przedmiot kontroli, czy wskazanie osób mogących udzielić kontrolującym ustnych wyjaśnień związanych z przedmiotem kontroli – które mogą być dokonane jedynie ze ścisłym kierownictwem spółki (osoby te z racji pełnionej funkcji wiedzą kto jest za co odpowiedzialny w spółce). **Na kierownictwie spółki ciąży również obowiązek zapewnienia odpowiednich warunków do przeprowadzenia kontroli** jak np. udostępnienie kontrolującym samodzielnego zamkniętego pomieszczenia oraz środków łączności, czy wydanie odpowiednich poleceń pracownikom co do sporządzania kopii dokumentów. Opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji przedsiębiorcy, a więc mogącą dokonać z kontrolującymi powyższych ustaleń, jest traktowane jak brak współdziałania w toku kontroli, gdyż w sposób niewątpliwy wpływa na jej

przebieg. Należy podnieść, że powyższe czynności są niezwykle istotne szczególnie w przypadku dużych przedsiębiorców, gdzie z racji skali prowadzonej działalności pomieszczenia biurowe zajmują kilkadziesiąt czy nawet kilkaset pokoi, a rozmieszczenie biur i nazwiska pracowników odpowiedzialnych za prowadzenie określonych projektów nie są publicznie dostępne.

- (80) Powyższy zarzut należy odróżnić od braku współdziałania w toku kontroli polegającego na uniemożliwianiu kontrolującym wejścia na teren pomieszczeń stanowiących siedzibę PTC. Jak wynika z przedstawionych w niniejszej decyzji ustaleń faktycznych kontrolujący po 20 minutach od wejścia do budynku przedstawili recepcjonistce – czyli osobie czynnej w siedzibie przedsiębiorcy – dokumenty upoważniające do rozpoczęcia kontroli. Od tego momentu kontrolujący powinni byli mieć dostęp do wszystkich pomieszczeń oraz zgromadzonych w nich akt, ksiąg, wszelkiego rodzaju dokumentów i nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli oraz ich odpisów i wyciągów, co jednak zostało umożliwione dopiero po godzinie tj. o godzinie 11.30 czyli po wydaniu przepustek uprawniających do przejścia przez bramki elektroniczne.
- (81) Jak wynika zatem z powyższego, oba postawione PTC zarzuty dotyczą różnych zachowań kwalifikowanych jako brak współdziałania w toku kontroli.
- (82) W ocenie Prezesa Urzędu zupełnie niezrozumiałym jest stawiany w piśmie PTC z dnia 29 czerwca 2010 r. zarzut błędnego określenia podstawy prawnej nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej. Jak wskazało PTC, w kontekście stanu faktycznego sprawy nie jest możliwe zastosowanie przez organ antymonopolowy kary pieniężnej wskazanej odpowiednio w art. 106 ust. 2 oraz art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Przedsiębiorca ten podniósł, iż w toku postępowania kontrolnego w pełnym zakresie udzielił kontrolującym wszelkich żądanych informacji i zaprzecza, aby którakolwiek z nich nie odpowiadała prawdzie.
- (83) Ustosunkowując się do powyższego, Prezes Urzędu pragnie wskazać, iż w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania w niniejszej sprawie w sposób jasny i jednoznaczny została określona podstawa nałożenia kary na spółkę – art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* – punkt I zawiadomienia. Zarówno w zawiadomieniu jak i w postanowieniu brak jest jakiegokolwiek wzmianki o art. 108 ust. 1 pkt 3 ww. ustawy, zarzut z tego artykułu nie był bowiem brany pod uwagę przez Prezesa Urzędu przy wszczynaniu postępowania. Równocześnie należy wyjaśnić, iż powoływany przez spółkę pkt III zawiadomienia dotyczy wezwania do przedstawienia informacji o przychodzie osiągniętym w 2009 r., a więc w ogóle nie dotyczy podstawy prawnej nałożenia kary.
- (84) Do pozostałych zarzutów PTC, Prezes Urzędu ustosunkował się w treści zważeń.

Ustosunkowanie się do wniosków dowodowych

- (85) Polska Telefonia Cyfrowa wniosła o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków na okoliczności powołane w piśmie z dnia 29 czerwca 2010 r. Do przedmiotowego pisma (z dnia 29 czerwca 2010 r.) spółka dołączyła notatki służbowe czterech pracowników **[informacje utajnione – pkt 26 załącznika do decyzji]** dotyczące przebiegu kontroli w dniu 2 grudnia 2009 r.
- (86) Należy wskazać, iż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w ograniczony sposób reguluje kwestię dowodu ze świadka w postępowaniu przed Prezesem Urzędu. W zakresie nieuregulowanym w tejże ustawie, zgodnie z art. 84 ustawy, mają odpowiednio zastosowanie zasady ogólne dowodu ze świadków w postępowaniu cywilnym.
- (87) Podczas oceny wniosku dowodowego Prezes Urzędu bierze zatem pod uwagę przede wszystkim następujące kwestie: „istotności” danego faktu dla rozstrzygnięcia sprawy, „potrzeby” udowodnienia takiego faktu, dopuszczalności przeprowadzenia danego środka dowodowego, stopnia przyczynienia się określonego środka dowodowego do dostatecznego wyjaśnienia okoliczności, na którą dowód został zgłoszony oraz faktu, czy dowód nie został powołany w celu opóźnienia sprawy.
- (88) W ocenie organu antymonopolowego, wnioskowane przez spółkę dowody nie spełniają przesłanki „istotności” i „potrzeby” środka dowodowego dla rozstrzygnięcia sprawy.
- (89) Cały przebieg kontroli wraz z przeszukaniem został udokumentowany protokołem kontroli sporządzonym w dniu 4 grudnia 2009 r. Polska Telefonia Cyfrowa, jak zostało już w niniejszej decyzji wyjaśnione, nie zgłosiła zastrzeżeń do protokołu kontroli w zakresie godzin wejścia i godzin dokonywania poszczególnych czynności w trakcie kontroli oraz przebiegu zdarzeń mających miejsce na recepcji w dniu 2 grudnia 2009 r., a więc kwestii będących przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie. Zgłoszone przez spółkę zastrzeżenia (w zakresie czasowym od wejścia na recepcję do wejścia do pokoju jednego z członków zarządu) dotyczyły:
1. dokonania oceny prawnej w protokole kontroli i określenia recepcjonistki jako osoby czynnej w siedzibie przedsiębiorcy;
 2. uzupełnienia wypowiedzi p. **[informacje utajnione – pkt 27 załącznika do decyzji]**, iż *„stosownie do wewnętrznych pragmatyk i procedur nie jest on uprawniony do wydania polecenia recepcjonistce, aby ta wystawiła identyfikatory uprawniające kontrolujących do wejścia do budynku C, w którym urzęduje zarząd spółki”*;
 3. uzupełnienia treści protokołu o podanie imienia i nazwiska osoby, która pojawiła się na recepcji wraz z Zastępcą Dyrektora Departamentu Prawnego;
 4. sprostowania, iż w gabinecie p. **[informacje utajnione – pkt 28 załącznika do decyzji]** byli obecni jedynie p. **informacje utajnione – pkt 29 załącznika do decyzji** oraz p. **[informacje utajnione – pkt 30**

załącznika do decyzji], a nie jak twierdzą kontrolujący trzy osoby tj.: p. [informacje utajnione – pkt 31 załącznika do decyzji], p. [informacje utajnione – pkt 32 załącznika do decyzji] oraz p. [informacje utajnione – pkt 33 załącznika do decyzji].

- (90) Z powyższego wynika zatem, że PTC zgadza się z dokonanymi przez organ antymonopolowy ustaleniami faktycznymi. Z tych względów przeprowadzenie wnioskowanych przez spółkę dowodów należy uznać za niecelowe, gdyż przebieg kontroli został w sposób szczegółowy opisany w protokole kontroli.
- (91) Dodatkowo, przedsiębiorca przedstawił sporządzone przez swoich pracowników notatki służbowe, zawierające ocenę zdarzeń, które miały miejsce w dniu 2 grudnia 2009 r., a także przedstawił swoje stanowisko w pismach kierowanych w toku niniejszego postępowania. Również okoliczności przedstawione w tych dokumentach zostały wzięte pod uwagę przez Prezesa Urzędu przy ustalaniu stanu faktycznego.

Kara

- (92) Zgodnie z art. 106 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 do 50.000.000 euro jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie nie współdziałał w toku kontroli prowadzonej w ramach postępowania na podstawie art. 105a, z zastrzeżeniem art. 105d ust. 2. Kara, o której mowa powyżej może być nałożona na przedsiębiorcę nawet wówczas, gdy brak współdziałania w toku kontroli był nieumyślny. Jednocześnie zgodnie z art. 111 tej ustawy, przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.
- (93) Mając powyższe na względzie, przy ustalaniu wymiaru kary pieniężnej nakładanej na PTC Prezes UOKiK uwzględnił następujące okoliczności.
- (94) W świetle okoliczności niniejszej sprawy Prezes Urzędu uznał za niebudzące wątpliwości, iż **zachowanie Polskiej Telefonii Cyfrowej było działaniem umyślnym**. Kontrolującym – pomimo wielokrotnego informowania o charakterze ich wizyty w siedzibie PTC i okazania dokumentów upoważniających do przeprowadzenia kontroli wraz z przeszukaniem – zostało udaremnione niezwłoczne wejście na teren pomieszczeń biurowych spółki i rozpoczęcie czynności kontrolnych. Upoważnionym pracownikom Urzędu uniemożliwiono także kontaktu z osobami z kierownictwa przedsiębiorcy, pomimo, iż znajdowały się one w tym czasie w siedzibie PTC (osoby te nie zeszły także do kontrolujących, aby ci mogli przedstawić im odpowiednie dokumenty). Spółka opóźniała kontakt z osobami upoważnionymi do reprezentowania PTC, a jednocześnie uzależniała od kontaktu z tymi osobami (tzn. od ich zejścia do kontrolujących) wpuszczenie kontrolujących za bramki elektroniczne oddzielające recepcję budynku PTC od tej jego części, w której znajdowały się pomieszczenia biurowe.

- (95) Kontrolowany przedsiębiorca zlekceważył ciężące na nim obowiązki. Z pełną premedytacją spółka blokowała działania Urzędu, powołując się na wewnętrzne procedury, podczas gdy te nie mają mocy powszechnie obowiązującej i nie mogą stanowić podstawy do ograniczania działalności kontrolujących. Pomimo kilkukrotnego okazywania postanowienia Sądu Okręgowego wyrażającego zgodę na dokonanie przeszukania pomieszczeń i rzeczy Polskiej Telefonii Cyfrowej oraz pouczenia pracowników przedsiębiorcy o ciężących na nich obowiązkach i skutkach braku współdziałania w toku kontroli, pracownicy Urzędu wraz z funkcjonariuszem Policji od momentu okazania dokumentów upoważniających do przeprowadzenia kontroli do czasu przekroczenia bramek elektronicznych spędzili ponad godzinę na recepcji. Jednoznacznym wyrazem zlekceważenia przez PTC ciężących na spółce ustawowych obowiązków – mimo dysponowania przez kontrolujących upoważnieniem Prezesa UOKiK oraz zgodą SOKiK na przeszukanie – jest już sam fakt, że kontrolowany (jego organy lub pracownicy) nie miał woli niezwłocznego wpuszczenia kontrolujących na teren biur PTC, o czym świadczy uzależnienie przez pracownika Departamentu Prawnego możliwości spotkania się kontrolujących z członkami zarządu ERA od zakończenia przez tych drugich spotkania, *które „potrwa kilkadziesiąt minut”*. Kontrolowany założył zatem, że to nie od woli kontrolujących, tylko od długości spotkania członków zarządu może zależeć czas, w którym kontrolujący będą mogli przystąpić do czynności kontrolnych.
- (96) Ustalając wymiar kary pieniężnej nakładanej na PTC, Prezes Urzędu wziął również pod uwagę, że powinien on odzwierciedlać, iż stwierdzone niniejszą decyzją naruszenie ustawy ma charakter rażący. Podkreślić należy **znaczny stopień naruszenia interesu publicznego** wynikający ze szczególnie nagannego charakteru zachowania PTC. Uniemożliwienie przez przedsiębiorcę niezwłocznego podjęcia czynności kontrolnych przez osoby działające na podstawie upoważnienia Prezesa UOKiK w sprawie dotyczącej możliwego naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję jest szczególnie naganne i istotnie uniemożliwia skuteczne realizowanie polityki ochrony konkurencji. Takie działanie przedsiębiorcy nie tylko utrudnia skuteczność kontroli u danego przedsiębiorcy, ale także może wpłynąć na losy kontroli prowadzonych równoległe u innych przedsiębiorców, których podejrzewa się o udział w naruszeniu przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Interes publiczny, chroniony przepisami tej ustawy, został więc w niniejszej sprawie w sposób oczywisty naruszony przez PTC.
- (97) Działanie tego przedsiębiorcy jest tym bardziej naganne, że w okresie, w którym kontrolujący oczekiwali na wpuszczenie na teren pomieszczeń biurowych PTC, osoby odpowiedzialne za projekt telewizji mobilnej, czyli przedmiot kontroli i ewentualnego porozumienia ograniczającego konkurencję, odbywały spotkanie. Prezes Urzędu nie zna naturalnie ponad wszelką wątpliwość tematyki rozmów mających miejsce w trakcie tego spotkania, ale sama ta okoliczność, że przeprowadzane było takie spotkanie, podczas gdy równoległe pracownicy PTC podejmowali działania istotnie opóźniające rozpoczęcie czynności kontrolnych przez pracowników Urzędu, rodzi uzasadnione podejrzenie, że spotkanie to

mogło mieć na celu uzgodnienie zachowań (np. w przypadku odbierania przez kontrolujących od ww. osób wyjaśnień na okoliczność projektu telewizji mobilnej).

- (98) Należy podkreślić, że **niezwłoczne rozpoczęcie przez kontrolujących czynności kontrolnych w PTC w odpowiednim dla nich terminie** i o ustalonej przez nich godzinie **miało istotne znaczenie** nie tylko dla powodzenia jednostkowej kontroli w PTC, ale również **dla powodzenia całego postępowania wyjaśniającego**, w ramach którego ta kontrola była prowadzona. Postępowanie to zostało wszczęte **w związku z podejrzeniem zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję** przez operatorów telefonii mobilnej, a kontrolę zainicjowano w PTC, gdyż w jej pomieszczeniach mogły się znajdować dowody na to porozumienie, a równolegle (tj. tego samego dnia) także u innych przedsiębiorców, u których Prezes Urzędu spodziewał się pozyskać dokumenty i informacje istotne z punktu widzenia przedmiotu prowadzonego postępowania wyjaśniającego. Z powyższych względów Prezes UOKiK uznaje, że stwierdzony niniejszą decyzją **okres naruszenia** przepisów ustawy przez PTC istotnie wpłynął na stopień naruszenia interesu publicznego, co ma odzwierciedlenie w wysokości kary.
- (99) Przedmiotowa kontrola była prowadzona w związku z podejrzeniem zawarcia przez Polską Telefonię Cyfrową ograniczającego konkurencję porozumienia horyzontalnego dotyczącego usługi telewizji mobilnej. Tego rodzaju praktyki ograniczające konkurencję (tj. kartele) należą do najcięższych naruszeń prawa ochrony konkurencji, a ich wykrywalność jest znacznie utrudniona ze względu na ich sekretny charakter. W wielu przypadkach **jedynie niezapowiedziana kontrola wraz z przeszukaniem pozwala na zebranie dowodów potwierdzających istnienie praktyki**. Z tych względów niezwykle ważne jest szybkie rozpoczęcie kontroli, pozwalające na zabezpieczenie dowodów. Tymczasem w rozpatrywanej sprawie działanie kontrolowanego przedsiębiorcy praktycznie uniemożliwiły kontrolującemu niezwłoczne rozpoczęcie czynności kontrolnych. Mogło to umożliwić kontrolowanemu zniszczenie dowodów na domniemane porozumienie lub ich ukrycie, a także umożliwić pracownikom zaangażowanym w domniemane porozumienie uzgodnienia wyjaśnień składanych pracownikom UOKiK.
- (100) Zdaniem Prezesa Urzędu jest wysoce prawdopodobne, że kwestionowane w tej decyzji zachowanie PTC mogło mieć istotny wpływ na ostateczne efekty kontroli. Na taką ocenę istotnie przekłada się podnoszona już okoliczność, iż – jak wynika z protokołu kontroli – po okazaniu, o godzinie 11.10, odpowiednich dokumentów pracownikom Departamentu Prawnego, jeden z nich „*przebrał przy recepcji dokument określający zakres kontroli, oddalił się od kontrolujących i wykonał telefon*”. Po wejściu do pokoju zajmowanego przez jedną z osób z kierownictwa spółki, kontrolujący stwierdzili, że w pokoju tym odbywa się spotkanie, a uczestniczą w nim osoby odpowiedzialne za projekt telewizji mobilnej. **Nie można zatem wykluczyć, że uniemożliwianie kontrolującemu wejścia na teren pomieszczeń biurowych i niezwłocznego rozpoczęcia czynności kontrolnych w powiązaniu z powyżej nakreślonymi okolicznościami mogło doprowadzić do utraty znacznej części dowodów.**

- (101) W tym miejscu należy podkreślić, że uniemożliwiając kontrolującym niezwłoczne rozpoczęcie czynności kontrolnych, PTC nie tylko zlekceważyło obowiązki wynikające dla przedsiębiorcy z ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, ale również SOKiK, który wydał zgodę na przeszukanie u tego przedsiębiorcy. O wysokiej wadze stwierdzonego tą decyzją naruszenia PTC świadczy również okoliczność, że SOKiK wydał zgodę na przeprowadzenie przeszukania w ramach rozpatrywanej kontroli w toku postępowania wyjaśniającego. Tymczasem zgodnie z dyspozycją art. 105c ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* zgoda taka może być udzielona w postępowaniu wyjaśniającym pod warunkiem, że „zachodzi uzasadnione podejrzenie poważnego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności wtedy, gdy mogłoby dojść do zatarcia dowodów”. Udzielając zgody na przeprowadzenie przeszukania w toku postępowania wyjaśniającego, SOKiK uznał zatem, że w sprawie zachodziły wskazane wyżej przesłanki.
- (102) Ustalając wysokość kary pieniężnej nakładanej na PTC, Prezes UOKiK uwzględnił również, stosownie do wymogów art. 111 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, kryterium „**uprzedniego naruszenia** przepisów ustawy”. Zgodnie z przywoływanym przepisem Prezes UOKiK powinien przy nakładaniu kary oraz określaniu jej wysokości uwzględniać, czy nastąpiło to w warunkach tzw. recydywy, a ww. kryterium w zakresie nakładania kary przez Prezesa UOKiK spełnia funkcję okoliczności obciążającej¹⁴. W niniejszej sprawie nie zaistniała podstawa do podwyższenia wymiaru kary. PTC nie była bowiem wcześniej prawomocnie uznana odpowiedzialną za naruszenie przepisów o ochronie konkurencji określających obowiązki przedsiębiorcy w związku z prowadzoną przez Prezesa Urzędu kontrolą.
- (103) Ustalenie wysokości nałożonej na PTC kary pieniężnej wymagało również zdefiniowania celów, jakie kara ta ma pozwolić osiągnąć. W tej kwestii należy zauważyć, że kary pieniężne nakładane przez Prezesa Urzędu w związku z brakiem współdziałania w toku kontroli mają po pierwsze charakter represyjny (powodują u przedsiębiorcy określoną dolegliwość finansową), po drugie prewencyjny (mają zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości i zniechęcać do naruszania prawa), zaś zagrożenie nimi, czyli potencjalna możliwość nałożenia kary przez Prezesa Urzędu, nadaje im charakter dyscyplinujący. W interesie organu antymonopolowego leży zapobieganie sytuacjom, w których przedsiębiorcy poprzez utrudnianie działań kontrolnych uniemożliwiają realizację jego zadań ustawowych.
- (104) Maksymalna wysokość kary za brak współdziałania w toku kontroli została określona w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów* na poziomie kwotowym równowartości 50.000.000 euro. W odróżnieniu zatem od kar nakładanych za naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję kara ta jest niezależna od przychodu przedsiębiorcy. Niemniej jednak Prezes Urzędu zdecydował się wziąć pod uwagę wysokość przychodów osiągniętych przez

¹⁴ M. Sachajko (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1709; K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 1065.

Polską Telefonię Cyfrową, tak aby kara nałożona na tego przedsiębiorcę faktycznie spełniała swoje główne funkcje.

- (105) W niniejszej sprawie Prezes UOKiK zdecydował o nałożeniu na PTC kary pieniężnej w wysokości **123 246 000 zł**, co stanowi równowartość **30 000 000 euro**. Zgodnie bowiem z art. 5 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wartość euro, o której mowa w przepisach ustawy, podlega przeliczeniu na złote według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok zgłoszenia zamiaru koncentracji lub nałożenia kary. Średni kurs euro ogłoszony przez NBP w ostatnim dniu roku 2009 wyniósł 4,1082 zł.
- (106) Mając na uwadze istotny wymiar stwierdzonego naruszenia ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, nałożenie na ERA kary w wysokości, która stanowi **60% maksymalnego jej wymiaru** przewidzianego w art. 106 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy, jest uzasadnione.
- (107) Zdaniem Prezesa Urzędu tylko kara w ustalonej wysokości będzie adekwatna do stopnia naruszenia prawa przez ERA i pozwoli na osiągnięcie przypisywanej jej funkcji represyjnej, jako instrumentu mającego zniechęcić przedsiębiorcę do naruszania w przyszłości obowiązków wynikających z ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Nie można jej zarazem uznać za nadmiernie wygórowaną. Jej wysokość w niniejszej sprawie uwzględnia to, że kara pieniężna nakładana przez Prezesa Urzędu powinna stanowić dla karanego przedsiębiorcy na tyle zauważalną dolegliwość, aby zniechęcić go do podobnych zachowań w przyszłości.
- (108) Należy podnieść, że pomimo znacznej wysokości kwotowej nałożonej tą decyzją kary pieniężnej, nie może być ona uznana za wygórowaną w kontekście wyników finansowych karanego przedsiębiorcy. Dochodząc do takiego przekonania Prezes Urzędu uwzględnił przychód Polskiej Telefonii Cyfrowej, który w 2009 r. wyniósł [**informacje utajnione – pkt 34 załącznika do decyzji**] oraz zysk, który w ww. okresie wyniósł [**informacje utajnione – pkt 35 załącznika do decyzji**]. Oceniając relację kary do przychodu i zysku PTC organ antymonopolowy wziął pod uwagę dane wynikające z przedstawionego przez PTC zeznania podatkowego CIT-8, mając na względzie to, że ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* odwołuje się do kategorii przychodu w rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym (art. 4 pkt 15 ustawy).
- (109) Nałożona na ERA kara stanowi zatem [**jedynie informacje utajnione – pkt 36 załącznika do decyzji**] przychodu osiągniętego przez tę spółkę i [**tylko informacje utajnione – pkt 37 załącznika do decyzji**] zysku wypracowanego przez spółkę w roku poprzedzającym nałożenie kary. Prezes Urzędu uznał, że w przypadku przedsiębiorcy o tak znacznym potencjale finansowym, ustalenie kary w niższej wysokości nie spełni przypisywanych jej celów – kara taka nie będzie instrumentem mogącym zniechęcić go do naruszania w przyszłości obowiązków wynikających z ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, a zarazem nie będzie uwzględniać okoliczności naruszenia, w tym wysokiego stopnia naruszenia interesu publicznego.

- (110) Ustalając karę na wskazanym wyżej poziomie, Prezes Urzędu miał również na względzie, że w imię skuteczności polityki ochrony konkurencji nie można dopuścić do sytuacji, w której przedsiębiorca uzyskujący wysokie obroty i dopuszczający się naruszenia art. 6 lub 9 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, kalkulowałby, że większe korzyści niesie ze sobą utrudnianie kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu (gdyż wiąże się to z zapłaceniem relatywnie niskiej kary pieniężnej), niż ryzykowanie – w przypadku powodzenia kontroli – stwierdzenia przez Prezesa Urzędu stosowania przez tego przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję i nałożenia na niego kary sięgającej do 10% rocznego przychodu na podstawie dowodów zebranych w trakcie kontroli.
- (111) Na marginesie warto nadmienić, że również w praktyce organów unijnych naruszenia proceduralne związane z przebiegiem kontroli są uważane za poważne. Za tego rodzaju naruszenia nakładane są kary odpowiednie do ich wysokiej wagi. Przykładowo można wskazać na decyzję dotyczącą spółki E.ON Energie AG, na którą została nałożona kara w wysokości 38.000.000 euro za złamanie pieczęci podczas inspekcji w siedzibie kontrolowanego przedsiębiorcy¹⁵.

Mając powyższe na uwadze, orzeka się jak w sentencji.

- (112) Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.
- (113) Karę pieniężną należy uiścić na następujące konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:
NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.
- (114) Przy dokonywaniu wpłaty na powyższe konto należy dopisać numer decyzji Prezesa Urzędu stanowiącej podstawę jej dokonania.
- (115) Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c., od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

*Z up. Prezes Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

Otrzymuje:

Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

reprezentowana przez:

Pana Sławomira Dudzika

Kancelaria T. Studnicki, K. Pleszka, Z. Ćwiąkalski, J. Górski Sp. k.

ul. Jabłonowskich 8

31-114 Kraków

¹⁵ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 30 stycznia 2008 r. w sprawie COMP/B-1/39.326 E.ON Energie AG.