



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DELEGATURA w ŁODZI

ul. Piotrkowska 120

90-006 Łódź

Tel. (42) 636-36-89, Fax 42) 636-07-12

E-mail: lodz@uokik.gov.pl

RŁO-430-5/12/TD

Łódź, dnia 19 grudnia 2012 r.

DECYZJA Nr RŁO 53/2012

- I. 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.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nakłada się na przedsiębiorcę Andrzeja Edwarda Porczyńskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „POR BUD” Zakład Budowlany Andrzej Porczyński w Łodzi, **karę pieniężną** w wysokości 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych), co stanowi równowartość **2 264 euro** (słownie: dwa tysiące dwieście sześćdziesiąt cztery euro), za brak współdziałania w toku kontroli prowadzonej w postępowaniu w sprawie podejrzenia naruszenia zbiorowych interesów konsumentów o sygn. akt RŁO-61-6/12/TD na podstawie art. 105a ust. 1 i 3 wspomnianej ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez odmowę i utrudnianie składania w toku kontroli wyjaśnień do protokołu oraz odmowę w dniach 15-16 oraz 18 maja 2012 r. dostępu do zasobów korespondencji elektronicznej ww. przedsiębiorcy prowadzonej w ramach działalności gospodarczej.

- II. Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, ze zm.) w związku z art. 83 powołanej na wstępie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy)

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

postanawia się obciążyć Andrzeja Edwarda Porczyńskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „POR BUD” Zakład Budowlany Andrzej Porczyński w Łodzi, kosztami opisanego na wstępie postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej za brak współdziałania w toku kontroli prowadzonej w postępowaniu w sprawie podejrzenia naruszenia zbiorowych interesów konsumentów o sygn. akt RŁO-61-6/12/TD na podstawie art. 105a ust. 1 i 3 wspomnianej ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie

konkurencji

i konsumentów, poprzez odmowę i utrudnianie składania w toku kontroli wyjaśnień do protokołu oraz odmowę w dniach 15-16 oraz 18 maja 2012 r. dostępu do zasobów korespondencji elektronicznej ww. przedsiębiorcy prowadzonej w ramach działalności gospodarczej, w kwocie **16,95 zł** (słownie: szesnaście złotych 95/100) oraz zobowiązuje się Andrzeja Edwarda Porczyńskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „POR BUD” Zakład Budowlany Andrzej Porczyński w Łodzi **do zwrotu** Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **kosztów postępowania w kwocie 16,95 zł** (słownie: szesnaście złotych 95/100) w terminie 7 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

W dniu 3 lutego 2012 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej: „Prezesem Urzędu” lub „organem antymonopolowym”) wszczął z urzędu postępowanie w sprawie podejrzenia stosowania przez Andrzeja Edwarda Porczyńskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „POR BUD” Zakład Budowlany Andrzej Porczyński w Łodzi (zwanego dalej: „Andrzej Porczyński” lub „Kontrolowany”) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, polegających na stosowaniu we wzorcu umowy pn. „Umowa zobowiązująca do wybudowania lokalu mieszkalnego oraz do ustanowienia odrębnej własności i sprzedaży tego lokalu Nr .../2011” postanowień wpisanych do rejestru postanowień wzorców umów uznanych za niedozwolone, o którym mowa w art. 479⁴⁵ ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, ze zm.), o treści:

- 1) „*W przypadku zmian przepisów dotyczących opodatkowania w okresie od zawarcia umowy notarialnej przeniesienia własności w stosunku do stanu prawnego z dnia podpisania Umowy Sprzedający dokona zmiany kwoty odpowiedniego składnika ceny, o kwotę należnego Podatku, obliczoną zgodnie z właściwymi przepisami obowiązującymi w dacie zawarcia umowy sprzedaży Lokalu Mieszkalnego.*”
- 2) „*Jeżeli kupujący nie dokona wpłaty pierwszej raty w terminie określonym w ust. 1 niniejszego paragrafu, niniejsza Umowa traci swą ważność /wygasa/ ze skutkiem natychmiastowym, bez konieczności pisemnego wypowiedzenia przez Sprzedającego.*”
- 3) „*(...) przez czas 18-stu miesięcy od daty sprzedaży ostatniego Lokalu w inwestycji (...), Sprzedający zastrzega sobie prawo zarządzania nieruchomością wspólną, za stosowną odpłatnością ustaloną wedle stawek rynkowych, dla siebie lub też wskazanej przez siebie osoby trzeciej.*”
- 4) „*Spory mogące powstać pomiędzy Stronami na gruncie niniejszej Umowy będą rozpoznawane przez sąd powszechny właściwy dla siedziby Sprzedającego.*”

Wobec powstałych wątpliwości co do okoliczności stosowania ww. wzorca umowy (w wyniku konfrontacji treści wzorca umowy zwłaszcza w zakresie §4 ust. 1 i §6 ust. 1 z oświadczeniem Andrzeja Porczyńskiego w zakresie okresu stosowania wzorca umowy, jak również pochodzących z przeglądu stron internetowych informacji o oferowaniu przez Andrzeja Porczyńskiego lokali mieszkalnych z trwającej kolejnej inwestycji wobec oświadczenia przedsiębiorcy o zaprzestaniu prowadzenia działalności deweloperskiej), w dniach 15-21 maja 2012 r., w toku postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, przeprowadzono kontrolę bezpośrednią

w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej przez Andrzeja Porczyńskiego, tj. pod adresem Kolonia Bruzyca 45 w gminie Aleksandrów Łódzki.

Przedmiotem ww. kontroli były okoliczności stosowania przez Andrzeja Porczyńskiego w obrocie z konsumentami wzorców umów dotyczących lokali mieszkalnych lub/i budynków jednorodzinnych (umowy przedwstępnej sprzedaży, sprzedaży, rezerwacji, wybudowania), w tym wzorca pn. „*Umowa zobowiązująca do wybudowania lokalu mieszkalnego oraz do ustanowienia odrębnej własności i sprzedaży tego lokalu Nr .../2011*” oraz wartość przychodów Andrzeja Porczyńskiego za rok 2011.

Szczegółowy przedmiotowy zakres kontroli obejmował:

- stosowane wzorce umów;
- dokumenty określające treść i czas publikacji ogłoszeń/reklam o ofercie sprzedaży (rezerwacji, wybudowania) lokali mieszkalnych i budynków jednorodzinnych;
- wydruki ze stron internetowych prowadzonych przez Andrzeja Porczyńskiego, przedstawiających ofertę sprzedaży (rezerwacji, wybudowania) lokali mieszkalnych i budynków jednorodzinnych;
- oświadczenia Andrzeja Porczyńskiego oraz pracowników (lub osób działających na zlecenie przedsiębiorcy) w zakresie: okresów stosowania i rodzajów wzorców umów, zakresu przeprowadzonych i aktualnie prowadzonych inwestycji deweloperskich; zakresu aktualnej oferty w zakresie lokali mieszkalnych i budynków jednorodzinnych;
- korespondencja pocztowa i elektroniczna z konsumentami dotycząca oferty sprzedaży/rezerwacji/budowy lokali mieszkalnych/budynków jednorodzinnych (zapytania ofertowe, oferty, wyjaśnienia, ustalanie spotkań z klientami);
- oświadczenia i dokumenty potwierdzające wysokość przychodów osiągniętych przez Andrzeja Porczyńskiego w roku 2011.

Kontrola obejmowała działalność Andrzeja Porczyńskiego w okresie od początku 2011 r. Termin rozpoczęcia kontroli ustalono na dzień 15 maja 2012 r., zaś przewidywany termin jej zakończenia na dzień 21 maja 2012 r.

Do przeprowadzenia kontroli zostało wystawione w dniu 15 maja 2012 r. przez Prezesa Urzędu upoważnienie Nr 5/12 spełniające wymagania określone w art. 105a ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm. – zwanej dalej „ustawą 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, oznaczenie kontrolowanego przedsiębiorcy, określenie przedmiotu i zakresu kontroli, określenie daty rozpoczęcia i przewidywanej daty zakończenia kontroli, podpis osoby udzielającej upoważnienia oraz pouczenie o prawach i obowiązkach kontrolowanego.

Do przeprowadzenia kontroli we wskazanym powyżej zakresie, w imieniu Prezesa Urzędu upoważnieni zostali pracownicy Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi: Tomasz D. nr legitymacji służbowej 122/31/2011 oraz Rafał B. nr legitymacji służbowej 122/28/2010.

Prezes Urzędu ustalił co następuje:

Andrzej Porczyński jest przedsiębiorcą wpisanym do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (REGON 470506238). Przedmiotem działalności gospodarczej Andrzeja Porczyńskiego jest obecnie m.in. produkcja wyrobów budowlanych z betonu. (dowód: karty Nr 55-56)

Po przybyciu w dniu 15 maja 2012 r. na miejsce kontroli pod adresem Kolonia Bruzyca 45 w gminie Aleksandrów Łódzki, miejscu prowadzenia działalności gospodarczej przez Andrzeja Porczyńskiego, kontrolujący zastali pracownika kontrolowanego przedsiębiorcy zajmującego się obsługą administracyjną, Panią E. Kontrolujący okazali pracownikowi legitymacje służbowe oraz wręczyli upoważnienie do kontroli. Kontrolujący ustalili, iż godziny pracy Kontrolowanego wyznacza przedział od godz. 8:00 do 16:00. Na prośbę kontrolujących Pani E. wylegitymowała się dowodem osobistym, po czym oświadczyła, iż jest pracownikiem Andrzeja Porczyńskiego zatrudnionym w oparciu o umowę o pracę. Kontrolujący poinformowali pracownika, iż ma możliwość dokładnego zapoznania się z treścią upoważnienia.

Pani E. skontaktowała się telefonicznie z Andrzejem Porczyńskim w celu poinformowania go o rozpoczęciu kontroli, po czym przekazała rozmowę kontrolującemu Tomaszowi D. W rozmowie telefonicznej kontrolujący poinformował Andrzeja Porczyńskiego o fakcie kontroli i jej celu. Ustalono, że Kontrolowany przybędzie na miejsce kontroli ok. godz. 13:00. (dowód: protokół kontroli, karta Nr 7)

Kontrolujący poinformowali Panią E., iż pod nieobecność Andrzeja Porczyńskiego ma obowiązek, jako pracownik Kontrolowanego, współdziałać z kontrolującymi w toku kontroli, w tym udzielać żądanych informacji, określonych w upoważnieniu do kontroli i co do których posiada wiedzę. W związku z powyższym przystąpiono do odbierania wyjaśnień od Pani E. Treść tych wyjaśnień stanowi załącznik nr 1 do protokołu kontroli, poświadczony przez Panią E. (dowód: karty Nr 11-12).

W trakcie składania wyjaśnień, Pani E. odebrała telefon od Andrzeja Porczyńskiego, po czym oświadczyła, iż otrzymała od niego polecenie, aby nie składać kontrolującym żadnych wyjaśnień. Kontrolujący poinformowali Panią E., iż niezależnie od tego ma ona obowiązek – jako pracownik Kontrolowanego – współpracować z kontrolującymi i udzielać im w ramach posiadanej wiedzy niezbędnych informacji. W związku z powyższym odbieranie wyjaśnień kontynuowano. (dowód: protokół kontroli karta Nr 8 oraz poświadczony przez Panią E. załącznik nr 1 do protokołu kontroli – karty Nr 11-12).

Pani E. oświadczyła, iż poczta elektroniczna Kontrolowanego prowadzona jest pod adresem porbud@wp.pl, do której ma dostęp i którą obsługuje. W związku z powyższym kontrolujący zwrócili się o udostępnienie zasobu poczty elektronicznej Kontrolowanego. Ustalono procedurę, według której Pani E. miała obsługiwać jednostkę komputerową udostępniając widok listy mailingowej. Kontrolujący mieli wskazywać interesujące pozycje z korespondencji w celu jej otwarcia i ewentualnego wydrukowania. Po rozpoczęciu przeglądu zasobów korespondencji elektronicznej pod adresem porbud@wp.pl, Pani E. wykonała (ok. godz. 11:25) telefon do Andrzeja Porczyńskiego. Po zakończeniu rozmowy telefonicznej Pani E. przekazała kontrolującym informację, iż Andrzej Porczyński zakazał jej udostępniania zasobów poczty elektronicznej Kontrolowanego. W tym samym czasie do miejsca kontroli przybył Pan M., według oświadczenia Pani E. – syn Andrzeja Porczyńskiego. Pan M. przeprowadził rozmowę telefoniczną z Andrzejem Porczyńskim, po czym oświadczył, iż jest współnikiem spółki będącej odrębnym od Kontrolowanego przedsiębiorcą. Przekazał ponadto

do zanotowania wzór pieczętki spółki oraz oświadczył, iż biuro w miejscu pod adresem Kolonia Brużyca 45 w gminie Aleksandrów Łódzki wraz z wyposażeniem jest własnością ww. spółki – łącznie z jednostką komputerową, która służyła do przeglądu zasobów poczty elektronicznej Kontrolowanego, po czym wyłączył monitor ww. jednostki komputerowej. (dowód: protokół kontroli karty Nr 7-8 oraz poświadczony przez Panią E. załącznik nr 1 do protokołu kontroli – karta Nr 12).

Ok. godz. 11:50 do miejsca prowadzenia kontroli przybył Pan Andrzej Porczyński. Kontrolujący okazali mu swoje legitymacje służbowe oraz wręczyli upoważnienie i poprosili o zapoznanie się z jego treścią. Kontrolowany początkowo nie chciał odebrać upoważnienia i poświadczyc jego otrzymania (sugerował m.in. aby zostawić je jako korespondencję, której odbiór poświadczy pracownik Kontrolowanego). Wobec ponowienia prośby kontrolujących, Andrzej Porczyński przyjął jednak upoważnienie oraz poświadczyc jego odbiór własnoręcznym podpisem. Na prośbę kontrolujących Andrzej Porczyński wylegitymował się również dowodem osobistym. Kontrolujący zwrócili się do Andrzeja Porczyńskiego z prośbą o udzielenie wyjaśnień i oświadczeń w zakresie wskazanym w upoważnieniu oraz o umożliwienie wznowienia przeglądu zasobu korespondencji elektronicznej dotyczącej jego działalności gospodarczej. W odpowiedzi Andrzej Porczyński poinformował, iż nie złoży tego dnia (tj. 15 maja 2012 r.) żadnego oświadczenia bez konsultacji z adwokatem. Nie wyraził również zgody na przegląd korespondencji elektronicznej. Wobec powyższego, kontrolujący oświadczyli, iż odmowa udzielania bądź udostępniania żądanych informacji może być uznana za naruszenie obowiązku współpracy kontrolowanego przedsiębiorcy z kontrolującymi w toku kontroli, co może rodzić konsekwencje, o których mowa w treści pouczenia zawartego w przekazanym upoważnieniu. Pomimo tego Andrzej Porczyński podtrzymał swoją decyzję, jednocześnie wyraził prośbę o kontynuowanie kontroli w obecności jego adwokata. Kontrolujący oświadczyli, iż ma on prawo ustanowić pełnomocnika lub składać oświadczenia i wyjaśnienia w obecności adwokata, jednak fakt ten nie może wstrzymać bądź utrudniać kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu. Kontrolujący ponowili prośbę o przystąpienie do składania wyjaśnień i zgodę na przegląd korespondencji elektronicznej (porbud@wp.pl), jednak Kontrolowany podtrzymał wcześniej wyrażone przez siebie stanowisko w tym względzie. Wobec powyższego kontrolujący opuścili miejsce prowadzenia kontroli pod adresem Kolonia Brużyca 45. (dowód: protokół kontroli – karta Nr 8).

W dniu 16 maja 2012 r., począwszy od godz. 14:25, kontrolujący kontynuowali czynności kontrolne w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej przez Andrzeja Porczyńskiego. Wizyta kontrolujących była ustalona w rozmowie telefonicznej z dnia 15 maja 2012 r., przeprowadzonej ok. godz. 14:20. Kontrolujący ponownie zwrócili się do Andrzeja Porczyńskiego o złożenie wyjaśnień oraz umożliwienie dostępu do zasobów korespondencji elektronicznej prowadzonej w ramach jego działalności gospodarczej. Poinformował on jednak, iż otrzymał od swojego adwokata polecenie, aby nie rozmawiać z kontrolującymi (w tym nie składać wyjaśnień oraz oświadczeń w zakresie kontroli) bez obecności adwokata. Kontrolujący ponownie poinformowali Andrzeja Porczyńskiego, iż ma on prawo ustanowić pełnomocnika lub składać oświadczenia i wyjaśnienia w obecności adwokata, jednak fakt ten nie może wstrzymać bądź utrudniać kontroli prowadzonej z upoważnienia Prezesa Urzędu. Ponownie poinformowano również w toku kontroli, cytując fragment z treści pouczenia zawartego w upoważnieniu, o możliwych konsekwencjach braku współdziałania Kontrolowanego w toku kontroli. (dowód: protokół kontroli – karta Nr 8)

Andrzej Porczyński złożył ponadto na piśmie – na prośbę kontrolujących – oświadczenie, w którym stwierdza m.in.: „*Odmówiłem dostępu do poczty elektronicznej, ponieważ nie było to w mojej obecności*”. (dowód: karta Nr 15)

Pismem z dnia 17 maja 2012 r. ustanowiony pełnomocnik Andrzeja Porczyńskiego wystąpił z wnioskiem o przeprowadzenie czynności kontrolnych w dniu 23 maja 2012 r. (dowód: karta Nr 34).

W piśmie z dnia 21 maja 2012 r. w imieniu Prezesa Urzędu poinformowano pełnomocnika Andrzeja Porczyńskiego, iż nie jest możliwe wstrzymanie prowadzonej kontroli. Fakt nieobecności kontrolowanego lub odmowy składania przez niego wyjaśnień do czasu ustanowienia pełnomocnika czy konsultacji z adwokatem, wreszcie potrzeba zapoznania się przez ustanowionego pełnomocnika z przedmiotem sprawy – nie mogą być uzasadnieniem wstrzymania kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu. Za takie wstrzymanie należałoby w szczególności uznać również realizację wniosku pełnomocnika ww. przedsiębiorcy o „przeprowadzenie zaplanowanych czynności” w przedmiotowej sprawie w dniu 23 maja 2012 r. – a więc po upływie terminu przewidzianego na zakończenie czynności kontrolnych, a oznaczonego w doręczonym upoważnieniu datą 21 maja 2012 r. (dowód: karta Nr 33).

W dniu 21 maja 2012 r. do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatury w Łodzi wpłynęło pismo (fax) Andrzeja Porczyńskiego oznaczone również datą 21 maja 2012 r. W ww. piśmie przedsiębiorca wyraził m.in. stanowisko: „*Uważam, że żądanie dostępu do poczty elektronicznej przekracza aktualne uprawnienia Waszego Urzędu*”. Tym niemniej Andrzej Porczyński wyraził zgodę na jej udostępnienie („przejrzanie”), aby „*nie było zarzutu o utrudnianie kontroli*”. Wobec powyższego kontrolujący udali się na miejsce prowadzonej przez niego działalności gospodarczej w celu podjęcia czynności w zakresie przeglądu zasobów korespondencji elektronicznej (porbud@wp.pl). Na miejscu zastali Panią E. (przy nieobecności Andrzeja Porczyńskiego), która umożliwiła podjęcie i przeprowadzenie ww. czynności oraz umożliwiła wydruk wskazanej przez kontrolujących korespondencji. (dowód: protokół kontroli wraz z załącznikami – karty Nr 9, 27-29)

Po przeprowadzeniu kontroli sporządzono protokół kontroli, który doręczono Andrzejowi Porczyńskiemu w dniu 23 maja 2012 r., co potwierdził on własnoręcznym podpisem. (dowód: karty Nr 7-10)

Andrzej Porczyński odmówił podpisania protokołu kontroli oraz zgłosił szereg zastrzeżeń (pismo pełnomocnika Andrzeja Porczyńskiego z dnia 30 maja 2012 r.). Andrzej Porczyński – działając za pośrednictwem ustanowionego pełnomocnika – wskazał, iż uważa za nadużycie ze strony Prezesa Urzędu wykorzystanie narzędzia kontroli w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Jak argumentowano w piśmie, „*w ocenie kontrolowanego nie było bowiem żadnych podstaw do przeprowadzenia przedmiotowej kontroli, gdyż wskazane w treści upoważnienia elementy przedmiotu kontroli albo były już przekazywane przez Przedsiębiorcę, albo też Prezes Urzędu nie skorzystał wcześniej z możliwości wezwania Przedsiębiorcy do ich przedstawienia w trybie art. 50 ustawy*”. Zdaniem Andrzeja Porczyńskiego, „*kontrola w zakresie, jakim wykraczała poza zakres prowadzonego postępowania w sprawie stosowania we wzorcu umownym określonych w postanowieniu nr 1/61-2/12 postanowień umownych, przeprowadzona została z naruszeniem przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*”, a zatem należy ją uznać „*za przeprowadzoną bez podstawy prawnej i jako taką za nieważną w świetle obowiązującego prawa*”. (dowód: karty Nr 35-39)

Prezes Urzędu poinformował Andrzeja Porczyńskiego na piśmie wraz z uzasadnieniem o nieuwzględnieniu zastrzeżeń do protokołu kontroli. (dowód: karty Nr 40-43)

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu niniejszego postępowania Andrzej Porczyński w piśmie z dnia 14 sierpnia 2012 r. stwierdził – w odniesieniu do niniejszego postępowania, co następuje: *„Uważam, że uzasadnienie wszczęcia postępowania w sprawie nałożenia kary za brak współdziałania w toku prowadzonej kontroli jest kuriozalne. Zarzut dotyczy praktycznie tylko opóźnienia w udostępnieniu wglądu do poczty elektronicznej, który został udostępniony kontrolującym. Pomimo moich próśb nie dostałem uzasadnienia prawnego, czy nie przekroczono uprawnień Waszego Urzędu. Wg posiadanych informacji Urząd Wasz dopiero się stara o takie kompetencje”*. (dowód: karta Nr 47)

Prezes Urzędu zważył co następuje:

Zgodnie z art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Organem właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów jest Prezes Urzędu. 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). Kontrola w toku postępowania przed Prezesem Urzędu jest jednym z najskuteczniejszych instrumentów do walki między innymi z praktykami naruszającymi zbiorowe interesy konsumentów. 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 zbiorowych interesów konsumentów w interesie publicznym.

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.

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 wyżej wymienionych dokumentów przez kontrolujących jest uzasadnione szczególnym charakterem kontroli przeprowadzanej przez Prezesa Urzędu. Z uwagi na specyfikę praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, 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 (lub wskazanych jako pełnomocnych). Ustawodawca przesądził zatem jednoznacznie, że nieobecność wyżej wymienionych osób nie może niweczyć zaplanowanych czynności kontrolnych.

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 publiczności. To, czy takie umocowanie rzeczywiście posiada, czy też działa bez niego albo z przekroczeniem, nie ma znaczenia”¹. Osoba, o której mowa wyżej, powinna być „obecna w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności, tzn. w każdym miejscu w przedsiębiorstwie, które zostało przez prowadzącego przeznaczone do obsługi klientów”².

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 „regulę 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”³. Inny jest *ratio legis* tego przepisu w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Biorąc pod uwagę cele wyżej wymienionej ustawy pojęcie pracownika, który może być uznany za osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa, należy odnosić do takich osób zatrudnionych przez przedsiębiorcę, jak na przykład recepcjonistka,

¹ J. Strzebińczyk (w:) E. Gniewek (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz*. 3. wydanie, Warszawa 2008, s. 244, Nb 3.

² J. Strzebińczyk (w:) E. Gniewek (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz*. 3. wydanie, Warszawa 2008, s. 244, Nb 4.

³ Wyrok SN z 12 grudnia 1997 r. (III CKN 160/97), OSNC 1998/6/100.

sekretarka, księgowa, osoba z obsługi administracyjnej, czy też osoba odpowiedzialna za dostęp osób trzecich do pomieszczeń biurowych przedsiębiorcy itp.

Takie stanowisko potwierdzają wyjaśnienia Ministra Finansów przedstawione w piśmie z dnia 11 maja 2009 r. (sygn. PK4/8012/46/AAN/09/274)⁴ 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 podatkowa⁵ 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*”.

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* prowadziłoby 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 czy osoba z obsługi administracyjnej.**

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. Należy wskazać, iż przyjęcie innej – od powyżej przedstawionej – wykładni prowadziłoby do całkowitej blokady rozpoczęcia czynności kontrolnych. Z uwagi na specyficzny w sprawach prowadzonych przed Prezesem Urzędu 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, jakim jest kontrola.

W celu przeprowadzenia kontroli każdy z upoważnionych korzysta z uprawnień określonych w art. 105b ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, mianowicie prawa: wstępu na grunt oraz do budynków, lokali lub innych pomieszczeń oraz środków transportu kontrolowanego; żądania udostępnienia akt, ksiąg, wszelkiego rodzaju dokumentów i nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli oraz ich odpisów

⁴ LEX nr 27347.

⁵ 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*.

i wyciągów, a także sporządzania z nich notatek; żądania od osób, o których mowa w art. 105d ust. 1 ustawy (tj. kontrolowanego, osoby przez niego upoważnionej, posiadacza lokalu mieszkalnego, pomieszczenia, nieruchomości lub środka transportu, o których mowa w art. 91 ust. 1 ustawy) ustnych wyjaśnień dotyczących przedmiotu kontroli.

Powyższym uprawnieniom kontrolujących odpowiadają obowiązki kontrolowanego. Kontrolowany, osoba przez niego upoważniona, posiadacz lokalu mieszkalnego, pomieszczenia, nieruchomości lub środka transportu, o których mowa w art. 91 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, są obowiązani do: udzielenia żądanych informacji; umożliwienia wstępu na grunt oraz do budynków, lokali lub innych pomieszczeń oraz środków transportu; udostępnienia akt, ksiąg i wszelkiego rodzaju dokumentów lub innych nośników informacji (art. 105d ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*). Osoby, o których mowa powyżej mogą odmówić udzielenia informacji lub współdziałania w toku kontroli tylko wtedy, gdy naraziłoby to je lub ich małżonka, wstępnych, zstępnych, rodzeństwo oraz powinowatych w tej samej linii lub stopniu, jak również osoby pozostające w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli, a także osobę pozostającą we wspólnym pożyciu, na odpowiedzialność karną. Prawo odmowy udzielenia informacji lub współdziałania w toku kontroli trwa po ustaniu małżeństwa lub rozwiązaniu stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli (art. 105d ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*).

Zarówno uniemożliwienie kontrolującemu prowadzenia czynności kontrolnych poprzez odmowę lub utrudnianie dostępu do wskazanych nośników informacji, jak i opóźnianie, utrudnianie lub uniemożliwianie im odebrania wyjaśnień ustnych w przedmiocie kontroli od osób, o których mowa w art. 105d ust. 1 ustawy (tj. kontrolowanego, osoby przez niego upoważnionej, posiadacza lokalu mieszkalnego, pomieszczenia, nieruchomości lub środka transportu, o których mowa w art. 91 ust. 1 ustawy), 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”⁶. 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.

Jak wynika zatem z przywołanych powyżej przepisów niewywiązanie się przez kontrolowanego przedsiębiorcę z obowiązku, jakim jest niezwłoczne umożliwienie kontrolującemu dostępu do wskazanych nośników informacji, jak i odebrania wyjaśnień ustnych w przedmiocie kontroli, 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 kontrolnych⁷. Jednocześnie podkreśla się, iż przejawem takich nieprawidłowości w toku kontroli może być również opóźnianie przez kontrolowanego czynności kontrolnych.⁸

⁶ M. Król-Bogomilska (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1622.

⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 30 stycznia 2008 r. w sprawie COMP/B-1/39.326 E.ON Energie AG.

⁸ E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX 2011.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji konsumentów, pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095, ze zm.; zwanej dalej: „ustawa o swobodzie działalności gospodarczej”), a także: (a) osobę fizyczną, osobę prawną, oraz 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 koncentracji, o której mowa w art. 13, (d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2.

Przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Ponadto, zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym. Przepis art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej definiuje działalność gospodarczą jako zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopaliny ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły.

Mając na uwadze powyższe oraz ustalenia stanu faktycznego, należy stwierdzić, iż upoważnienie Prezesa Urzędu do przeprowadzenia kontroli – adresowane do Andrzeja Porczyńskiego – zostało skierowane do podmiotu będącego przedsiębiorcą.

W przedmiotowej sprawie kontrolujący w dniu 15 maja 2012 r. w godzinach pracy Kontrolowanego, stawili się w miejscu prowadzenia przez niego działalności gospodarczej, dysponując upoważnieniami Prezesa Urzędu. Kontrolujący nie zastali Andrzeja Porczyńskiego w miejscu prowadzenia przez niego działalności gospodarczej, jednak został on niezwłocznie poinformowany telefonicznie o fakcie rozpoczęcia kontroli i jej celu. W trakcie składania wyjaśnień przez osobę zatrudnioną przez Andrzeja Porczyńskiego, wydał on tej osobie polecenie (drogą telefoniczną), aby nie składać kontrolującym żadnych wyjaśnień. Było to zatem zachowanie o charakterze czynnym mające na celu co najmniej opóźnienie odbierania przez kontrolujących wyjaśnień w przedmiocie kontroli. Należy zwrócić uwagę, iż składająca wyjaśnienia osoba (spełniająca kryteria, o których mowa w art. 105d ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) została poinformowana o obowiązkach, które na niej ciążyą w kontekście prowadzonej kontroli. Andrzej Porczyński podjął również skuteczne działania (polecenie wydane telefonicznie) mające na celu uniemożliwienie kontynuowania czynności kontrolnych w zakresie realizacji uprawnienia do wglądu do zasobów nośników korespondencji elektronicznej związanej z działalnością gospodarczą Andrzeja Porczyńskiego. W dalszej kolejności, po przybyciu na miejsce prowadzonej kontroli Andrzej Porczyński odmówił składania wyjaśnień ustnych do protokołu oraz odmówił dostępu do zasobów nośników korespondencji elektronicznej. Kontrolowany wyraził i podtrzymał swoją decyzję w tym zakresie pomimo pouczenia – wydanego na piśmie oraz wyrażonego ustnie przez kontrolujących – o zakresie obowiązków kontrolowanego oraz możliwych konsekwencjach braku współdziałania z kontrolującymi. Z odmową składania wyjaśnień bez

obecności adwokata oraz odmową udostępnienia zasobów poczty elektronicznej kontrolujący spotkali się również w kolejnym dniu kontroli, tj. 16 maja 2012 r. Kontrolujący ponowili – na miejscu kontroli – prośbę o udostępnienie zasobów poczty elektronicznej również w dniu 18 maja 2012 r. prośba ta skierowana była do osoby zatrudnionej przez Andrzeja Porczyńskiego (spełniającej kryteria, o których mowa w art. 105d ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), wobec nieobecności Kontrolowanego. Osoba ta poinformowała, iż w dalszym ciągu obowiązuje ją polecenie służbowe Kontrolowanego – zakazujące umożliwienia dostępu do zasobów poczty elektronicznej kontrolującym. Dopiero w dniu 21 maja 2012 r. Andrzej Porczyński wyraził zgodę na umożliwienie wglądu do korespondencji elektronicznej. Kontrolujący podjęli zatem stosowne czynności w tym zakresie.

Na skutek działań Andrzeja Porczyńskiego nie zrealizowano w pełni celów kontroli w zakresie odebrania od Andrzeja Porczyńskiego bezpośrednich ustnych wyjaśnień i oświadczeń do protokołu w przedmiocie kontroli. Na skutek zaś znacznego opóźnienia w realizacji żądania umożliwienia wglądu do zasobów służbowej poczty elektronicznej Kontrolowanego powstało ryzyko bezpowrotnej utraty informacji i materiałów, które mogły mieć wartość dowodową w przedmiocie kontroli.

Andrzej Porczyński wyrażał w toku kontroli wątpliwości, co do istnienia uprawnień kontrolujących do żądania umożliwienia wglądu do zasobów poczty elektronicznej. Jak wskazano wyżej, w trakcie kontroli bezpośredniej prowadzonej w toku postępowania przed Prezesem Urzędu każdy z upoważnionych do prowadzenia kontroli korzysta z uprawnień określonych w art. 105b ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym prawa do żądania udostępnienia wszelkiego rodzaju nośników informacji związanych z przedmiotem kontroli. Do *wszelkiego rodzaju nośników informacji* w sposób oczywisty zaliczają się również elektroniczne/informatyczne nośniki informacji, w tym informacji z zasobów poczty elektronicznej przedsiębiorcy. O powyższych uprawnieniach Andrzej Porczyński był poinformowany (na piśmie oraz ustnie) w toku kontroli. Należy w tym kontekście wskazać również na brzmienie art. 105g ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który wprost wymienia informatyczne nośniki danych w odniesieniu do uprawnień o zajęciu rzeczy.

Cały przebieg kontroli został udokumentowany protokołem kontroli sporządzonym i doręczonym Andrzejowi Porczyńskiemu w dniu 23 maja 2012 r. Kontrolowany odmówił podpisania protokołu i zgłosił do niego zastrzeżenia. Prezes Urzędu poinformował w piśmie z dnia 12 czerwca 2012 r. o nieuwzględnieniu zgłoszonych zastrzeżeń.

Zgodnie z art. 105k ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kontrolowany, przed podpisaniem protokołu, ma 7 dni na złożenie na piśmie zastrzeżeń do protokołu. Ich celem jest doprowadzenie do tego, aby protokół w sposób najbardziej rzetelny i pełny przedstawiał przebieg kontroli u kontrolowanego. W praktyce zastrzeżenia do protokołu mogą dotyczyć⁹:

- nierzetelnego lub niepełnego opisanie przebiegu kontroli (w tym np. stopnia współdziałania kontrolowanego w toku kontroli) lub załączników do protokołu kontroli (np. kserokopii dokumentów zgromadzonych w toku kontroli);
- braku wskazania uwag, zastrzeżeń czy zarzutów, które kontrolowany zgłaszał kontrolującym w toku kontroli;
- naruszeń prawa popełnionych w toku kontroli przez kontrolujących (np. naruszenia prawa do obrony), które nie zostały wskazane w protokole kontroli;

⁹ por.: A. Stawicki (red.), E. Stawicki (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 1148-1149.

- niewskazania rozbieżności pomiędzy kontrolującym a kontrolowanym odnośnie np. do stanu taśm zabezpieczających założonych przez kontrolujących na pomieszczenie do przechowywania dokumentów i zabezpieczonych akt;
- literówki, nieprawidłowy styl, który może mieć wpływ na rozumienie protokołu.

Mając powyższe na uwadze należy przyjąć, iż zastrzeżenia zgłoszone przez Kontrolowanego, wskazujące na bezprawność i nieważność przeprowadzonej kontroli od samego jej początku, nie mieszczą się w ww. katalogu. Natura tych zastrzeżeń powoduje, iż powinny one być ewentualnie zgłoszone w trybie sprzeciwu wobec podjęcia i wykonywania czynności kontrolnych, zgodnie z art. 84c ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. O posiadaniu prawa do ww. sprzeciwu Kontrolowany został pouczonej w treści otrzymanego upoważnienia do kontroli. Tym niemniej, nawet, gdyby przyjąć, iż zastrzeżenia mają charakter wskazań co do naruszeń prawa popełnionych przez kontrolujących w jej toku, należy je uznać – ze względu na ich istotę – za nieuzasadnione i tym samym nie zasługujące na uwzględnienie w protokole kontroli. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, co następuje:

Zdaniem Kontrolowanego przeprowadzenie kontroli nie było konieczne, a Prezes Urzędu nie w pełni wykorzystał możliwość wezwania Przedsiębiorcy do przekazywania informacji w trybie art. 50 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Ustosunkowując się do powyższego, należy zwrócić uwagę, iż w toku postępowania zdarzały się przypadki (opisane szczegółowo w piśmie Prezesa Urzędu z dnia 12 czerwca 2012 r. – dowód karty Nr 41-42): nie przekazywania przez Andrzeja Porczyńskiego informacji w pełnym zakresie precyzowanych żądań lub wręcz odmowy przekazania żądanych informacji i materiałów, przekazywania informacji, które w ocenie Urzędu były wzajemnie ze sobą sprzeczne, w końcu braku precyzyjności wypowiedzi. Wobec powyższego nieuzasadnione jest stanowisko Kontrolowanego, sugerujące, iż nie było merytorycznych podstaw do przeprowadzenia przedmiotowej kontroli. W ocenie Prezesa Urzędu wyczerpano bowiem możliwości efektywnego prowadzenia ustaleń na drodze korespondencji pocztowej. Powstały przy tym uzasadnione wątpliwości co do tego, czy przekazywane przez Andrzeja Porczyńskiego informacje w pełni przedstawiają obraz sytuacji będącej przedmiotem zainteresowania Prezesa Urzędu w prowadzonym postępowaniu.

Kontrolowany wyraził również stanowisko, iż przedmiotowa kontrola podjęta była i została przeprowadzona bez podstawy prawnej i jako taką należy uznać ją za nieważną. Zarzut swój Kontrolowany oparł na stwierdzeniu, że „kontrola w zakresie, jakim wykraczała poza zakres prowadzonego postępowania w sprawie stosowania we wzorcu umownym określonych w postanowieniu nr 1/61-2/12 postanowień umownych”, przeprowadzona została z naruszeniem art. 105a ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z treści upoważnienia do kontroli oraz treści protokołu wynika, iż kontrola obejmowała m.in. okoliczności stosowania w obrocie z konsumentami wzorców innych niż wzorec umowy wskazany w ww. postanowieniu. Kontrolowany uznał, iż w tym zakresie kontrola wykraczała poza zakres wskazany w postanowieniu o wszczęciu przedmiotowego postępowania. Ustosunkowując się do powyższego należy przypomnieć, iż określone wyżej okoliczności poprzedzające rozpoczęcie kontroli bezpośredniej spowodowały potrzebę weryfikacji informacji i oświadczeń Andrzeja Porczyńskiego dotyczących okresu stosowania w obrocie z konsumentami przedstawionego wcześniej wzorca umowy pn. „Umowa zobowiązująca do wybudowania lokalu mieszkalnego oraz do ustanowienia odrębnej własności i sprzedaży tego lokalu Nr .../2011”. Wśród okoliczności, które wraz z towarzyszącymi im wyjaśnieniami i oświadczeniami mogły w toku kontroli wskazywać na okres stosowania ww. wzorca i służyć weryfikacji zebranych dotąd informacji w tym zakresie, można wymienić: fakt wprowadzenia

do obrotu w określonym czasie innych (co do nazwy, treści, przedmiotu lub formy zawierania) skorygowanych lub zastępujących wzorców umów (zwłaszcza wykluczających stosowanie wzorca poprzedniego), rozpoczęcie i prowadzenie nowych inwestycji związanych z budową lokali mieszkalnych z zamiarem odsprzedaży i towarzyszące tej działalności wzorce umów, dokumenty wskazujące na oferowanie i warunki oferowania istniejących lub planowanych do wybudowania lokali mieszkalnych (w tym zakresie można wskazać treść ogłoszeń ofertowych w prasie, korespondencję elektroniczną z potencjalnymi lub faktycznymi konsumentami w sprawie ofert sprzedaży lokali mieszkalnych lub zawartych umów).

W związku z powyższym należy uznać, iż przeprowadzona kontrola nie wykraczała poza zakres prowadzonego postępowania w sprawie podejrzenia naruszenia przez Andrzeja Porczyńskiego zbiorowych interesów konsumentów. Tym samym zarzut bezprawności przeprowadzonej kontroli jest nieuzasadniony.

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.

Zgodnie 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 w dniu 31 grudnia 2011 r. wyniósł 4,4168 zł¹⁰.

Ustalając wysokość kary pieniężnej nakładanej na Andrzeja Porczyńskiego, Prezes Urzędu uwzględnił również, stosownie do wymogów art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, kryterium „**uprzedniego naruszenia** przepisów ustawy”. Zgodnie z przywoływanym przepisem Prezes Urzędu 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 Urzędu spełnia funkcję okoliczności obciążającej¹¹. W niniejszej sprawie nie zaistniała podstawa do podwyższenia wymiaru kary. Andrzej Porczyński nie był bowiem wcześniej prawomocnie uznany odpowiedzialnym za naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określających obowiązki przedsiębiorcy w związku z prowadzoną przez Prezesa Urzędu kontrolą.

Ustalenie wysokości nałożonej na Andrzeja Porczyńskiego 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

¹⁰ <http://www.nbp.pl/home.aspx?navid=archa&c=/ascx/tabarch.ascx&n=a255z101231>

¹¹ 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.

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.

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 naruszających zbiorowe interesy konsumentów kara ta nie jest zależna od przychodu przedsiębiorcy. Niemniej jednak Prezes Urzędu zdecydował się wziąć pod uwagę wysokość przychodów osiąganych przez Andrzeja Porczyńskiego, tak aby kara nałożona na tego przedsiębiorcę faktycznie spełniała swoje główne funkcje.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu zdecydował o nałożeniu na Andrzeja Porczyńskiego kary pieniężnej w wysokości **10 000 zł**, co stanowi równowartość **2 264 euro**.

Zdaniem Prezesa Urzędu kara w ustalonej wysokości jest adekwatna do stopnia naruszenia prawa przez Andrzeja Porczyńskiego 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. 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. Nie można jej zarazem uznać za nadmiernie wygórowaną, w kontekście wyników finansowych karanego przedsiębiorcy. Dochodząc do takiego przekonania Prezes Urzędu uwzględnił przychód Andrzeja Porczyńskiego, który w 2011 r. wyniósł (*tajemnica przedsiębiorcy*) złotych. Nałożona na Andrzeja Porczyńskiego kara stanowi zatem (*tajemnica przedsiębiorcy*)% przychodu osiągniętego przez tego przedsiębiorcę w roku poprzedzającym nałożenie kary. Prezes Urzędu uznał, że w przypadku przedsiębiorcy o takim potencjale finansowym, ustalenie kary w niższej wysokości nie spełniłoby przypisywanych jej celów – kara taka nie byłaby instrumentem mogącym zniechęcić go do naruszania w przyszłości obowiązków wynikających z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a zarazem nie uwzględniałaby okoliczności naruszenia, w tym wysokiego stopnia naruszenia interesu publicznego.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu orzekł jak w pkt I sentencji.

Zgodnie z art. 77 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, jest obowiązany ponieść koszty postępowania. Zgodnie z art. 264 § 1 ustawy kodeks postępowania administracyjnego (zwanej dalej „k.p.a.”) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, kosztami postępowania są między innymi koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Stosownie do art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach postępowania, w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć Andrzeja Porczyńskiego kosztami niniejszego postępowania w wysokości 16,95 zł (słownie: szesnaście złotych 95/100).

Wobec powyższego, Prezes Urzędu orzekł jak w pkt II sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji Prezesa Urzędu do Narodowego Banku Polskiego, Oddział Okręgowy w Warszawie, na rachunek Nr 51101010100078782231000000.

Zgodnie z art. 264 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów koszty niniejszego postępowania Andrzej Porczyński obowiązany jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000 w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy 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 – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

Jednak w przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w pkt II sentencji niniejszej decyzji, stosownie do treści art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 264 § 2 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479³² § 1 i 2 k.p.c., przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

*Z upoważnienia
Prezesa
Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury*

Barbara Romańczak-Graca

Otrzymuje:

Andrzej Porczyński
„POR BUD” Zakład Budowlany