

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 grudnia 2013 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Jolanta de Heij - Kaplińska

Protokolant: Maciej Gembarzewski

po rozpoznaniu w dniu 15 listopada 2013 roku w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania (...) SA z siedzibą w T.,

(...) SA z siedzibą w O.,

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w N.,

(...) SA z siedzibą w C.,

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.,

(...)SA z siedzibą w W.,

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanego (...) SA z siedzibą w (...)

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 08 grudnia 2009 roku Nr (...)

1. zmienia zaskarżoną decyzję w pkt I (pierwszym), II (drugim), III (trzecim), IV (czwartym), V (piątym) i VI (szóstym) w ten sposób, że stwierdza zaniechanie przez (...) SA z siedzibą w C. praktyk ograniczających konkurencję z dniem 23 czerwca 2006 roku;

2. zmienia zaskarżoną decyzję w pkt XXV (dwudziestym piątym) w ten sposób, że obniża karę nałożoną na:

1) (...) SA z siedzibą w C. do kwoty 51 335 668,82 zł (pięćdziesiąt jeden milionów trzysta trzydzieści pięć tysięcy sześćset sześćdziesiąt osiem złotych osiemdziesiąt dwa grosze),

2) (...) SA z siedzibą w W. do kwoty 90 104 358,18 zł (dziewięćdziesiąt milionów sto cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt osiem złotych osiemnaście groszy),

3) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. do kwoty 93 895 450,32 zł (dziewięćdziesiąt trzy miliony osiemset dziewięćdziesiąt pięć tysięcy czterysta pięćdziesiąt złotych trzydzieści dwa grosze),

4) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w N. do kwoty 54 195 592,32 zł (pięćdziesiąt cztery miliony sto dziewięćdziesiąt pięć tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt dwa złote trzydzieści dwa grosze),

5) (...) SA z siedzibą w T. do kwoty 35 177 544,55 zł (trzydzieści pięć milionów sto siedemdziesiąt siedem tysięcy pięćset czterdzieści cztery złote pięćdziesiąt pięć groszy),

6) (...) SA z siedzibą w O. do kwoty 15 147 740,31 zł (piętnaście milionów sto czterdzieści siedem tysięcy siedemset czterdzieści złotych trzydzieści jeden groszy);

3. oddala odwołania w pozostałej części;

4. zasądza od (...)SA z siedzibą w W., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w N., (...) SA z siedzibą w T., (...) SA z siedzibą w O. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę po 886,70 zł (osiemset osiemdziesiąt sześć złotych siedemdziesiąt groszy) każdy tytułem kosztów postępowania;

5. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz (...) SA z siedzibą w C. kwotę 1 737,00 zł (tysiąc siedemset trzydzieści siedem złotych) tytułem kosztów postępowania.

SSO Jolanta de Heij - Kaplińska

XVII AmA 173/10

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 8 grudnia 2009r. o nr (...), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik, Ustawa) w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznał za praktykę ograniczającą konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik, porozumienie zawarte pomiędzy:

1) (...) S.A. z siedzibą w (...);

2) (...) S.A. z siedzibą w C.;

3) (...)S.A. z siedzibą w K.;

4) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.;

5) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S.;

6) (...) S.A. z siedzibą w T.;

7) (...)S.A. z siedzibą w O.,

polegające na ustalaniu cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego **i nakazał jej zaniechania;**

II. na podstawie art. 9 uokik oraz w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a także na podstawie art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznał za praktykę ograniczającą konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. a Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [obecnie art. 101 ust. 1 lit. a) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej], porozumienie zawarte pomiędzy:

- 1) (...) S.A. z siedzibą w (...);
- 2) (...) S.A. z siedzibą w C.;
- 3) (...) S.A. z siedzibą w K.;
- 4) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.;
- 5) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S.;
- 6) (...) S.A. z siedzibą w T.;
- 7) (...) S.A. z siedzibą w O.,

polegające na ustalaniu cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego **i nakazał jej zaniechania;**

III. na podstawie art. 9 uokik w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznał za praktykę ograniczającą konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 3 uokik, porozumienie zawarte pomiędzy:

- 1) (...) S.A. z siedzibą w (...);
- 2) (...) S.A. z siedzibą w C.;
- 3) (...) S.A. z siedzibą w K.;
- 4) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.;
- 5) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S.;
- 6) (...) S.A. z siedzibą w T.;
- 7) (...) S.A. z siedzibą w O.,

polegające na podziale rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego **i nakazał jej zaniechania;**

IV. na podstawie art. 9 uokik oraz w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a także na podstawie art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznał za praktykę ograniczającą konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. c) Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [obecnie art. 101 ust. 1 lit. c) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej], porozumienie zawarte pomiędzy:

- 1) (...) S.A. z siedzibą w (...);
- 2) (...) S.A. z siedzibą w C.;
- 3) (...) S.A. z siedzibą w K.;
- 4) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.;

5) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S.;

6) (...) S.A. z siedzibą w T.;

7) (...) S.A. z siedzibą w O.,

polegające na podziale rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego **i nakazał jej zaniechania;**

V. na podstawie art. 9 uokik w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznał za praktykę ograniczającą konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 uokik, porozumienie zawarte pomiędzy:

1) (...) S.A. z siedzibą w (...);

2) (...) S.A. z siedzibą w C.;

3) (...) S.A. z siedzibą w K.;

4) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.;

5) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S.;

6) (...) S.A. z siedzibą w T.;

7) (...) S.A. z siedzibą w O.,

polegające na wymianie poufnych informacji handlowych **i nakazał jej zaniechania;**

VI. na podstawie art. 9 uokik oraz w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a także na podstawie art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **uznał za praktykę ograniczającą konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [obecnie art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej], porozumienie zawarte pomiędzy:

1) (...) S.A. z siedzibą w (...);

2) (...) S.A. z siedzibą w C.;

3) (...) S.A. z siedzibą w K.;

4) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.;

5) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S.;

6) (...) S.A. z siedzibą w T.;

7) (...) S.A. z siedzibą w O.,

polegające na wymianie poufnych informacji handlowych **i nakazał jej zaniechania;**

VII. na podstawie art. 11 ust. 1 uokik, w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes

Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nie stwierdził stosowania** przez (...) S.A. z siedzibą w K. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik, polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie ustalania cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego;

VIII. na podstawie art. 105 ust. 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (dalej: k.p.a.) w zw. z art. 80 uokik oraz w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a także w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **umorzył postępowanie antymonopolowe** w sprawie stosowania przez (...) S.A. z siedzibą w K. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. a) Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [obecnie art. 101 ust. 1 lit. a Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej], polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie ustalania cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego;

IX. na podstawie art. 11 ust. 1 uokik, w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nie stwierdził stosowania** przez (...) S.A. z siedzibą w K. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 3 uokik, polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie podziału rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego;

X. na podstawie art. 105 ust. 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik oraz w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a także w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **umorzył postępowanie antymonopolowe** w sprawie stosowania przez (...) S.A. z siedzibą w K. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. c) Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [obecnie art. 101 ust. 1 lit. c Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej], polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie podziału rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego;

XI. na podstawie art. 11 ust. 1 uokik, w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nie stwierdził stosowania** przez (...) S.A. z siedzibą w K. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 uokik, polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie wymiany poufnych informacji handlowych;

XII. na podstawie art. 105 ust. 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik oraz w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a także w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **umorzył postępowanie antymonopolowe** w sprawie stosowania przez (...) S.A. z siedzibą w K. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [obecnie art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej], polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie wymiany poufnych informacji handlowych;

XIII. na podstawie art. 11 ust. 1 uokik, w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nie stwierdził stosowania** przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w D. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik, polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie ustalania cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego;

XIV. na podstawie art. 105 ust. 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik oraz w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a także w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **umorzył postępowanie antymonopolowe** w sprawie stosowania przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w D. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. a) Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [obecnie art. 101 ust. 1 lit. a Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej], polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie ustalania cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego;

XV. na podstawie art. 11 ust. 1 uokik, w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nie stwierdził stosowania** przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w D. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 3 uokik, polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie podziału rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego;

XVI. na podstawie art. 105 ust. 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik oraz w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a także w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **umorzył postępowanie antymonopolowe** w sprawie stosowania przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w D. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. c) Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [obecnie art. 101 ust. 1 lit. c Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej], polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie podziału rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego;

XVII. na podstawie art. 11 ust. 1 uokik, w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nie stwierdził stosowania** przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w D. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 uokik, polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie wymiany poufnych informacji handlowych;

XVIII. na podstawie art. 105 ust. 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik oraz w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a także w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **umorzył postępowanie antymonopolowe** w sprawie stosowania przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w D. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [obecnie art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej], polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie wymiany poufnych informacji handlowych;

XIX. na podstawie art. 11 ust. 1 uokik, w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nie stwierdził stosowania** przez (...) S.A. z siedzibą w R. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik, polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie ustalania cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego;

XX. na podstawie art. 105 ust. 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik oraz w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a także w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **umorzył postępowanie antymonopolowe** w sprawie stosowania przez (...) S.A. z siedzibą w R. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. a) Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [obecnie art. 101 ust. 1 lit. a Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej], polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie ustalania cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego;

XXI. na podstawie art. 11 ust. 1 uokik, w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nie stwierdził stosowania** przez (...) S.A. z siedzibą w R. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 3 uokik, polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie podziału rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego;

XXII. na podstawie art. 105 ust. 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik oraz w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a także w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **umorzył postępowanie antymonopolowe** w sprawie stosowania przez (...) S.A. z siedzibą w R. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. c) Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [obecnie art. 101 ust. 1 lit. c Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej], polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie podziału rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego;

XXIII. na podstawie art. 11 ust. 1 uokik, w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nie stwierdził stosowania** przez (...) S.A. z siedzibą w R. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 uokik, polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie wymiany poufnych informacji handlowych;

XXIV. na podstawie art. 105 ust. 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik oraz w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a także w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, **umorzył postępowanie antymonopolowe** w sprawie stosowania przez (...) S.A. z siedzibą w R. **praktyki ograniczającej konkurencję** na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [obecnie art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej], polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie wymiany poufnych informacji handlowych;

XXV. na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 oraz art. 101 ust. 1 pkt 2 uokik w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, z tytułu naruszenia zakazów, o których mowa w art. 5 ust. 1 oraz ust. 1 pkt 1 i 3 uokik oraz art. 81 ust. 1 oraz ust. 1 lit. a) i c) Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską [obecnie art. 101 ust. 1 oraz ust. 1 lit. a) i c) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej] (pkt I, II, III, IV, V, VI sentencji decyzji), **nałożył na:**

- 1) (...) S.A. z siedzibą w C. karę pieniężną w wysokości [pkt 1 załącznika nr 1 – informacje utajnione] płatną do budżetu państwa;
- 2) Grupę (...) S.A. z siedzibą w K. pieniężną w wysokości [pkt 1 załącznika nr 2 - informacje utajnione] płatną do budżetu państwa;
- 3) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości [pkt 1 załącznika nr 3 - informacje utajnione] płatną do budżetu państwa;
- 4) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. karę pieniężną w wysokości [pkt 1 załącznika nr 4 - informacje utajnione] płatną do budżetu państwa;
- 5) (...) S.A. z siedzibą w T. karę pieniężną w wysokości [pkt 1 załącznika nr 5 - informacje utajnione] płatną do budżetu państwa;
- 6) (...) S.A. z siedzibą w O. karę pieniężną w wysokości [pkt 1 załącznika nr 6 - informacje utajnione] płatną do budżetu państwa;

XXVI. na podstawie art. 72 i art. 75 uokik w zw. z art. 131 ust. 1 uokik Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **obciążył kosztami** postępowania antymonopolowego i zobowiązał do uiszczenia na rzecz Prezesa Urzędu:

- 1) (...) S.A. w kwocie 563,69 zł;
- 2) (...) S.A. w kwocie 569,33 zł;
- 3) (...)S.A. w kwocie 552,38 zł;
- 4) (...) Sp. z o.o. w kwocie 552,38 zł;
- 5) (...) Sp. z o.o. w kwocie 552,38 zł;
- 6) (...) S.A. w kwocie 563,68 zł;
- 7) (...) S.A. w kwocie 558,03 zł.

W dniu 23 grudnia 2009 r. (data stempla pocztowego) odwołanie od powyższej decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniosła **(...)SA z siedzibą w T. (XVII AmA 173/10)**, zaskarżając decyzję w całości i wnosząc o:

I. zmianę decyzji w całości poprzez niestwierdzenie stosowania przez powoda żadnej praktyki ograniczającej konkurencję, tj. niestwierdzenie naruszenia przez powoda art. 5 ustawy ani art. 81 TWE,

względnie

II. uznanie na podstawie art. 93 ustawy, że nastąpiło przedawnienie wszczęcia postępowania w sprawie i umorzenie postępowania w całości,

a w razie nieuwzględnienia powyższych wniosków:

III. uchylenie decyzji w całości i przekazanie sprawy pozwanemu do ponownego rozpoznania,

a w razie nieuwzględnienia powyższych wniosków:

IV. obniżenie kary pieniężnej wymierzonej powodowi albo nienakładanie kary w ogóle.

Dodatkowo, strona wniosła o zasądzenie od pozwanego na przez powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Decyzji Prezesa UOKiK zarzucono:

naruszenie przepisów o postępowaniu poprzez ich błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie, a ściśle:

1. art. 66 uokik (dalej: ustawa) oraz art. 9 i 10 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik, poprzez oparcie decyzji na zarzutach, co do których powód nie mógł się ustosunkować, polegające na:

a) braku sprecyzowania przedmiotu postępowania – postawieniu powodowi bardzo ogólnych i niesprecyzowanych zarzutów – wskutek czego powód dowiedział się o co się go konkretnie oskarża dopiero z uzasadnienia decyzji, co pozbawiło go możliwości obrony,

b) opracowaniu projektu osnovy decyzji do 14 września 2009 r. i przesądzeniu w tej dacie, że powoda należy uznać za podmiot uczestniczący w praktykach ograniczających konkurencje, to jest przed przedstawieniem przez powoda stanowiska w sprawie pismem z dnia 5 października 2009 r. wskutek czego należy uznać, że powód nie miał możliwości skutecznego ustosunkowania się do zarzutów, a pozwany nie zapoznał się z jego stanowiskiem w sprawie przed podjęciem decyzji co do tego, czy uznać pozwanego za uczestnika niedozwolonego porozumienia,

c) prowadzeniu postępowania w sprawie naruszenia prawa konkurencji na rynku cementu, a wydanie decyzji w stosunku do inaczej określonego rynku – to jest rynku cementu szarego, wskutek powód nie mógł zgłosić dowodów przeciwko błędnemu ustaleniu rynku właściwego w stosunku do powoda;

2. art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE), art. 3 ust. 1 i art. 5 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 TWE (obecnie art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu UE) poprzez:

a) zastosowanie przepisów wspólnotowych do rozstrzygnięcia oraz wymierzenia kary pomimo braku wpływu rynku polskiego na rynek UE, co wynika z samych ustaleń pozwanego dotyczących śladowych ilości eksportu i importu cementu do Polski i z Polski oraz nieustalenia, jaki jest udział polskich producentów w rynku UE, oraz

b) zastosowanie przepisów wspólnotowych do okresu sprzed wejścia Polski do UE, to jest do objętego decyzją okresu 1.I.1998 r. – 30.IV.2004 r.

3. art. 49 ust. 1 oraz art. 54 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 k.p.a. i art. 77 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy poprzez nieskorzystanie z opinii biegłego przez pozwanego w prowadzonym postępowaniu, w sytuacji gdy urzędnicy pozwanego nie mają uprawnień ani wiadomości specjalnych aby wypowiedać się w zakresie specjalistycznych spraw dotyczących rynku cementu, w tym co do zdefiniowania rynku właściwego w zakresie cementu;

4. art. 7 k.p.a. oraz 77 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy poprzez błędne ustalenie stanu faktycznego, w wyniku niedokładnego wyjaśnienia okoliczności faktycznych, polegającego m.in. na niewyjaśnieniu istotnych rozbieżności pomiędzy wyjaśnieniami (...) S.A. oraz (...) S.A., oraz pomiędzy tymi wyjaśnieniami a wyjaśnieniami pozostałych stron

postępowania, w tym powoda, w sytuacji gdy o wyjaśnienie wykazanych rozbieżności wnosily strony postępowania, w tym powód;

5. art. 10 ust. 1 i 2 ustawy poprzez błędne stwierdzenie w poszczególnych punktach sentencji decyzji, że praktyki ograniczające konkurencję z udziałem (...), (...), (...)S.A., (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o., (...)S.A. oraz powoda trwają nadal, podczas, gdy:

a) takie ustalenie jest wewnętrznie sprzeczne wobec zastosowania do (...) oraz (...) procedury złagodzenia kar, której przesłanką zastosowania jest zaprzestanie uczestnictwa w porozumieniu zgodnie z art. 103a ust. 1 pkt 3 ustawy,

b) stwierdzenie to nie znajduje żadnego uzasadnienia w świetle materiału dowodowego w sprawie i niepodjęcia przez pozwanego nawet próby udowodniania takiego zarzutu;

6. art. 227 k.p.c. w zw. z art. 81 ustawy poprzez zaniechanie przeprowadzenia wnioskowanych przez powoda i inne strony dowodów (w tym (...) sp. z o.o.) – mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia i nierozpatrzenie materiału dowodowego zebranego w sprawie:

a) z powołaniem się na to, że dana okoliczność została już ustalona zgodnie z tezą pozwanego o istnieniu niedozwolonego porozumienia,

b) w sytuacji opracowania przez pozwanego projektu decyzji z uzasadnieniem i wysłaniu go do Komisji Europejskiej przed poznaniem stanowisk stron postępowania w sprawie i ich wniosków dowodowych zgłoszonych w terminie;

7. art. 229 k.p.c. w zw. z art. 81 ustawy poprzez pominięcie przez pozwanego okoliczności wielokrotnego przyznania przez strony postępowania administracyjnego faktu nieuczestniczenia powoda w uzgodnieniach i ich nieprzestrzegania;

8. art. 231 k.p.c. w zw. z art. 81 ustawy poprzez błędne zastosowanie domniemania faktycznego, to jest błędne ustalenie, że sam fakt uczestnictwa w spotkaniach z przedstawicielami innych producentów cementu świadczy o rzekomym uczestnictwie we wspólnym nielegalnym porozumieniu, podczas gdy spotkania te miały charakter ogólnie dotyczący branży oraz towarzyski;

9. art. 233 k.p.c. w zw. z art. 81 ustawy poprzez błędną ocenę dowodów, niepopartą wszechstronnym rozważaniem zebranego materiału dowodowego, w tym polegającą na:

a) manipulowaniu udziałami rynkowymi powoda i (...)S.A., raz łączeniu ich, nazywając „(...)” – dla celów pokazania powoda jako dużego producenta oraz podmiotu reprezentującego interesy (...)S.A. i przekazującego jej uzgodnienia, raz rozdzielaniu, nazywając tych przedsiębiorców „konkurentami” tylko po to, aby zarzucić im nielegalną wymianę informacji, podczas gdy podmioty te stanowią w świetle prawa antymonopolowego jeden podmiot gospodarczy (single economic unit),

b) błędnym zaliczeniu grupy kapitałowej powoda do „głównych światowych producentów cementu” w pkt 31 uzasadnienia, podczas gdy grupa kapitałowa powoda działa tylko w Polsce z niewielkim eksportem poza polski na rynek, co doprowadziło w konsekwencji do błędnego przypisania powodowi działań tożsamyh z działaniami wielkich światowych producentów;

10. art. 7, 9, 10 i 77 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy oraz art. 10 ust. 3 ustawy poprzez jednostronne i wybiórcze zebranie materiału dowodowego, nierozpatrzenie już zebranego materiału dowodowego oraz bezprawne przerzucenie na powoda ciężaru udowodnienia swojej niewinności, polegające na:

a) nieprzeprowadzeniu dowodów wnioskowanych przez strony,

b) niewyjaśnieniu dlaczego twierdzeniom powoda pozwany odmówił wiarygodności, a twierdzeniom (...)i (...)dał wiare,

c) żądaniu udowodnienia przez powoda nieuczestniczenia w niedozwolonym porozumieniu oraz bezprawnym wywodzeniu w pkt 512-513 uzasadnienia, że pozwany nie ma obowiązku poszukiwania dowodów na nieuczestniczenie powoda w niedozwolonym porozumieniu i ma prawo domniemywać, iż powód nadal w nim uczestniczy,

d) nieuzasadnionym posługiwaniu się autorytetem Komisji w celu wykazania za wszelką cenę tezy o istnieniu niedozwolonego porozumienia;

11. art. 67 § 1 i 72 k.p.a. poprzez niezgodne z powołanymi przepisami uznanie, że odbyła się konsultacja projektu decyzji z Komisją Europejską, podczas gdy konsultacja ta nie miała miejsca w prowadzonym postępowaniu antymonopolowym, o czym zaświadcza brak protokołu ani jakiegokolwiek adnotacji w aktach postępowania;

12. art. 107 k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy poprzez ustalenia powodujące wewnętrzną sprzeczność decyzji, to jest kolizję uzasadnienia z sentencją oraz wewnętrzną sprzeczności w samym uzasadnieniu, co w stopniu niedopuszczalnym utrudnia zaskarżenie decyzji;

13. art. 81 ustawy w zw. z art. 7, 9, 10 i 77 § 1 k.p.a. poprzez:

a) błędną wykładnię art. 81 ustawy, polegającą na niezastosowaniu wykładni systemowej wewnętrznej art. 81 ustawy, tj. stosowanie przepisów o postępowaniu z Kodeksu postępowania cywilnego w postępowaniu przed organem administracji w pierwszej instancji, zamiast odpowiedniego stosowania ściśle określonych przepisów k.p.c. jedynie „w sprawach dotyczących dowodów”,

b) niedopuszczalne stosowanie domniemań faktycznych wynikających z k.p.c. zamiast dążenia do pełnego wyjaśnienia okoliczności faktycznych sprawy na podstawie przepisów art. 77, 77 § 1 i art. 80 k.p.a., o czym stanowi art. 80 ustawy;

14. art. 92 ustawy oraz art. 7, 12 § 1, oraz 35 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy, polegające na rażącym, wielokrotnym przekroczeniu 5-miesięcznego terminu załatwienia sprawy antymonopolowej i przewlekłym prowadzeniu postępowania administracyjnego, co doprowadziło do nadużycia art. 101 ust 1 ustawy przez pozwanego, poprzez arbitralny wybór przez niego takiego roku rozliczeniowego dla potrzeb wyliczenia kary pieniężnej, aby jak najdotkliwiej powoda ukarać;

naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez ich błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie, a ściśle:

15. art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ustawy, poprzez wyciągnięcie ze zwykłego faktu uczestnictwa powoda w spotkaniach z przedstawicielami innych Cementowni, w tym w ramach Stowarzyszenia (...), nielogicznego i niezgodnego z prawdą wniosku, że powód brał udział w niedozwolonych praktykach ustaleń cen, przy jednoczesnym pominięciu faktów popartych dowodami, a mianowicie:

a) niepodejmowania żadnych wspólnych ustaleń cenowych i prowadzeniu własnej, opartej na realiach rynkowych, polityki cenowej, na co powód przedstawił niezakwestionowane dowody w postaci tabel różnic cen cennikowych i rzeczywistych, co oznacza brak dowodu na istnienie materialnej postaci porozumienia co do cen z udziałem powoda,

b) nieuczestniczenie powoda w „systemie cen powiatowych”,

c) istotnej sprzedaży cementu pośrednikom w odróżnieniu do innych cementowni,

d) istotnej sprzedaży cementów specjalistycznych, którego cement szary nie jest substytutem, oraz

e) błędnym przyjęciu, że producenci umówili się co do terminów zmian cen, podczas gdy wynikają one z przyczyn obiektywnych, takich jak istnienie w Polsce pór roku, sezonowość sprzedaży cementu czy istnienia rynku regulowanego w zakresie energii i cen węgla;

16. art. 5 ust. 1 pkt 3 zw. z art. 9 ustawy poprzez błędne przyjęcie, iż powód brał udział w podziale rynku zbytu cementu, co nie zostało w żaden sposób dowiedzione, a zostało oparte na rażąco błędnym ustaleniu, że powód ograniczył eksport do Niemiec w zamian za wzrost udziałów rynkowych w Polsce, podczas gdy powód stał się w tym zakresie ofiarą podejrzewanych działań nieuczciwej konkurencji grupy (...)i przyjęcia jego umowy z głównym pośrednikiem z Niemiec przez grupę (...), skutkiem czego nastąpił drastyczny spadek eksportu do Niemiec oraz przy jednoczesnym pominięciu istotnych faktów świadczących jednoznacznie przeciwko zarzutowi pozwanego, a mianowicie:

- a) zwiększenia udziału w rynku cementów specjalistycznych w wyniku walki konkurencyjnej i rozwijania produkcji, w konsekwencji czego te cementy stanowiły 60,7% produkcji powoda w 2008 r., podczas gdy w 2006 r. było to 44,2%,
- b) działania przez powoda na innym rynku właściwym niż pozostali producenci – rynku cementów specjalistycznych, a nie rynku cementu szarego – co pozwany błędnie pominął, czym naruszył art. 4 pkt 8 ustawy,
- c) zwiększenia udziału w „krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego” – rynku według definicji pozwanego – z 6% do 7,5% dzięki własnej polityce konkurencyjnej, w szczególności poprzez wzrost sprzedaży cementów specjalistycznych,
- d) nieustalenia, że z natury rzeczy podziałem rynku nie są zainteresowani mniejsi producenci,
- e) nieistnienia z udziałem powoda materialnej postaci porozumienia co do podziału rynku ze względu na niepodejmowanie i nieprzestrzeganie przez powoda żadnych ustaleń wielkich producentów;

17. art. 5 ust. 1 ustawy w zw. z art. 9 ustawy poprzez:

- a) błędne i bez podstawy prawnej przyjęcie, że „wymiana poufnych informacji handlowych”, także w ramach grupy kapitałowej, może być oddzielną praktyką ograniczającą konkurencję,
- b) błędne przyjęcie za niedozwoloną praktykę, w stosunku do powoda, wymiany informacji handlowych, zamiast uznanie, że powód brał udział w spotkaniach branżowych i działał w ramach Stowarzyszenia (...);

18. art. 11 ust. 1 ustawy poprzez jego niezastosowanie do powoda, które powinno polegać na niestwierdzeniu stosowania przez powoda żadnej z zarzucanych praktyk ograniczających konkurencję;

19. art. 93 oraz art. 105 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy poprzez nierozważnie i niezastosowanie instytucji przedawnienia i w konsekwencji tego bezzasadne wszczęcie postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję wobec powoda, w sytuacji, gdy, nawet gdyby uznać (czemu powód zaprzecza), że takie praktyki miały miejsce, to od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok, wskutek czego postępowanie nie mogło być wszczęte, a wszczęte powinno zostać umorzone;

20. art. 101 ust. 1 ustawy oraz art. 2, 20, 22, 32 ust. 1, art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji RP, a także art. 107 k.p.a. poprzez zastosowanie nieznanego ustawie, bezprawnych przesłanek orzeczenia i kalkulacji kary pieniężnej w maksymalnej wysokości, tj. kary nieadekwatnej, tylko po to, aby nie „implikować zastosowania przepisu dającego uprawnienie do przyjęcia sprawy do jurysdykcji Komisji Europejskiej” (pkt 584 i 592 uzasadnienia);

21. art. 101 ust. 1 oraz 104 ustawy poprzez brak uwzględnienia przy kalkulacji kary pieniężnej okoliczności świadczących za obniżeniem kary wobec powoda, których istnienie stwierdził sam pozwany, co stanowi także zaprzeczenie zasady indywidualizacji kary, tj. poprzez:

- a) brak odzwierciedlenia na korzyść powoda przy wymiarze kary stopnia naruszenia ustawy, tj. podziału na biernych uczestników niedozwolonych praktyk ograniczających konkurencję (do których pozwany zaliczył m.in. powoda) i uczestników wiodących i wymierzenie uczestnikom biernym maksymalnej kary pieniężnej,

b) zastosowanie rażąco błędnego arbitralnego systemu wymiaru kar za naruszenia prawa konkurencji nieopartego na ustawie, zastosowanie którego, mimo istnienia okoliczności łagodzących, nie przekłada się na złagodzenie kary, a tylko na jej maksymalne zaostrzenie – zgodnie z pkt 612 uzasadnienia – o połowę ponad maksymalny zaostrzony wymiar kary przewidziany przez ustawę,

c) zastosowanie maksymalnej zaostrzonej kary wobec powoda wskutek błędnego stwierdzenia, bez jakichkolwiek dowodów, wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego, że niedozwolone porozumienie trwa nadal, 3,5 roku od spektakularnego przeszukania wszystkich cementowni z udziałem Policji,

d) zastosowanie takiego wymiaru kary wobec mniejszych producentów, w tym powoda, który eliminuje ich z rynku konkurencyjnego, a w najlepszym razie rażąco upośledza ich zdolność konkurowania z największymi producentami na rynku, wobec których odstąpiono ukarania lub złagodzono karę, a tym samym całkowite zignorowanie przesłanki interesu publicznego przy nakładaniu kar, co będzie skutkiem sprzecznym z treścią i celem przedstawionym w pkt 586-590 uzasadnienia,

e) brak uwzględnienia okoliczności, iż powód ani jego grupa kapitałowa nigdy wcześniej nie byli karani za naruszenie ustawy ani za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i nałożenie na powoda maksymalnej kary, przy jednoczesnym całkowitym zwolnieniu z kary podmiotu wiodącego i koordynatora porozumienia, w sytuacji, gdy grupy kapitałowe zwolnionych z kary w całości lub w znacznej mierze producentów obciążą recydywa w zakresie naruszeń prawa konkurencji,

f) zastosowanie wobec grupy kapitałowej powoda rażąco wygórowanej kary, w sytuacji gdy dla celów wyliczenia kary dla spółek zależnych innych producentów – (...) S.A. – nie był uwzględniany przychód ich spółek zależnych – tj. odpowiednio, (...) sp. z o.o. i (...)S.A., przy czym spółki zależne zostały zwolnione od odpowiedzialności z powołaniem na pełną zależność ich polityki handlowej od swoich spółek dominujących,

g) całkowite pominięcie okoliczności, że kara ma charakter fakultatywny i tego, że istnieje ogromna przestrzeń pomiędzy nienakładaniem kary, a nałożeniem jej w maksymalnej wysokości;

22. art. 2 i art. 42 Konstytucji RP oraz art. 4 pkt 15 i art. 101 ust. 1 ustawy w zw. z art. 92 ustawy poprzez błędną interpretację i niezastosowanie art. 4 pkt 15, polegająca na:

a) pominięciu definicji „przychodu” określonej w art. 4 pkt 15 ustawy, zgodnie z którą jest to „przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy”, co powoduje, że w związku z wszczęciem postępowania antymonopolowego w roku 2006, nałożona kara pieniężna powinna była zostać określona procentowo w stosunku do przychodu za rok 2005 a nie 2008,

b) rażącym naruszeniu związku pomiędzy zarzucanym naruszeniem prawa a nakładaną karą polegającym na prowadzeniu postępowania w stosunku do zdarzeń zaistniałych przed wszczęciem postępowania antymonopolowego (28 grudnia 2006 r.), a nałożeniu kary opartej na zdarzeniach późniejszych, tj. przychodzie uzyskanym przez powoda w roku 2008,

c) niedozwolonej przez art. 2 i 42 Konstytucji RP oraz zasadę praworządności dowolności zastosowanej sankcji, wobec braku określoności normy prawnej, polegającej na dowolnym wybieraniu przez pozwanego takiego roku referencyjnego do obliczenia kary, aby jak najdotkliwiej ukarać powoda;

przy czym każde z przywołanych naruszeń wywarło istotny wpływ na wynik postępowania i doprowadziło do wydania rażąco błędnej i niesprawiedliwej decyzji.

Odwołaniem z dnia 23 grudnia 2009 r. (data stempla pocztowego) **(...)SA z siedzibą w O. (XVII AmA 174/10)** zaskarżyła w całości decyzję Prezesa UOKiK wydaną w niniejszej sprawie, wnosząc o:

1) zmianę zaskarżonej decyzji w całości poprzez uznanie, że (...)S.A. nie była stroną jakiegokolwiek porozumienia wskazanego w art. 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów

względnie

uchylenie w całości zaskarżonej decyzji i przekazanie sprawy Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów do ponownego rozpoznania,

2) zasądzenie od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz (...) S.A. kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym w Warszawie – Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

Zaskarżonej decyzji zarzucono naruszenie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, przepisów Kodeksu postępowania cywilnego oraz przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, tj.:

1. przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 81 uokik poprzez sprzeczność ustalonego stanu faktycznego z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym, w szczególności naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i uznanie wyłącznie na podstawie oświadczeń wnioskodawców leniency (z pominięciem oświadczeń składanych przez (...) S.A. oraz innych dowodów wnioskowanych przez strony postępowania antymonopolowego), że (...)S.A. zawarła porozumienie polegające na ustalaniu cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego, porozumienie polegające na podziale rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego oraz porozumienie polegające na wymianie poufnych informacji,

2. przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 81 uokik poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego polegającego na nieuzasadnionym i dowolnym (niezależnym od kontekstu) powoływaniu udziału rynkowego „(...)” (zamiast (...) S.A.) i przedstawianiu owej grupy jako znacznego podmiotu rynku cementu, a w szczególności zaliczeniu tej grupy do „głównych światowych producentów cementu”,

3. przepisu art. 104 uokik poprzez pominięcie przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej dla (...) S.A. faktu działania przez Spółkę pod przymusem jako okoliczności łagodzącej, zastosowanie bezzasadnych przesłanek kalkulacji kary pieniężnej sprzecznych z zasadą indywidualizacji kary oraz brak jakiegokolwiek zróżnicowania wysokości kary w odniesieniu do stopnia ewentualnego przewinienia,

4. przepisu art. 44 ust. 1 uokik w zw. z art. 80 uokik oraz art. 61 § 4 k.p.a. poprzez niedokonanie zawiadomienia o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie nałożenia kar pieniężnych,

5. przepisu art. 66 uokik oraz art. 9 zd. 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik poprzez oczywisty brak sprecyzowania przedmiotu prowadzonego postępowania antymonopolowego, a w konsekwencji pozbawienie (...) S.A. możliwości aktywnego udziału w przedmiotowym postępowaniu,

6. przepisu art. 81 ust. 1 TWE, art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 TWE poprzez zastosowanie przepisów wspólnotowych do oceny rzekomych naruszeń prawa antymonopolowego przed dniem 1 maja 2004 r.,

7. przepisu art. 93 uokik poprzez wszczęcie postępowania antymonopolowego w przypadku gdy od końca roku, w którym zaprzestano stosowania zakazanych praktyk, upłynął okres ponad 1 roku.

Odwołaniem z dnia 23 grudnia 2009 r. (data stempla pocztowego) ***(...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. (XVII AmA 175/10)*** zaskarżyła decyzję Prezesa UOKiK wydaną w niniejszej sprawie w części, tj. w odniesieniu do punktów: I, II, III, IV, V, VI, XXV, XXVI, wnosząc o:

1) uchylenie zaskarżonej decyzji oraz

2) zasądzenie od Prezesa UOKiK na rzecz (...) Sp. z o.o. kosztów procesu.

Na wypadek nieuwzględnienia wniosku o uchylenie decyzji wniosła również o:

1) zmianę punktów I, II, III, IV zaskarżonej decyzji poprzez niestwierdzenie stosowania przez (...) Sp. z o.o. praktyk ograniczających konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego oraz na podziale rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego;

2) zmianę punktów V I VI zaskarżonej decyzji poprzez stwierdzenie zaniechania stosowania przez (...) Sp. z o.o. praktyk ograniczających konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego polegających na wymianie poufnych informacji handlowych – najpóźniej z dniem 31 marca 2005 r.;

3) uchylenie punktów XXV I XXVI zaskarżonej decyzji;

4) zasądzenie od Prezesa UOKiK na rzecz (...) Sp. z o.o. kosztów procesu.

Na wypadek nieuwzględnienia powyższych wniosków wniosła również o:

1) zmianę punktów I, II, III, IV zaskarżonej decyzji poprzez stwierdzenie zaniechania stosowania przez (...) Sp. z o.o. praktyk ograniczających konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego polegających na ustalaniu cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego oraz na podziale rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego najpóźniej z dniem 31 maja 2006 r.;

2) zmianę punktów V I VI zaskarżonej decyzji poprzez stwierdzenie zaniechania stosowania przez (...) Sp. z o.o. praktyk ograniczających konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego polegających na wymianie poufnych informacji handlowych – najpóźniej z dniem 31 marca 2005 r.;

3) uchylenie punktów XXV I XXVI zaskarżonej decyzji, względnie zmianę punktu XXV zaskarżonej decyzji poprzez znaczne obniżenie kary pieniężnej nałożonej na (...) Sp. z o.o.;

4) zasądzenie od Prezesa UOKiK na rzecz (...) Sp. z o.o. kosztów procesu.

Zaskarżonej decyzji zarzucono:

1. naruszenie przepisów postępowania polegające na:

a) naruszeniu art. 10 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik – poprzez sporządzenie i skonsultowanie projektu decyzji w sprawie z Komisją Europejską jeszcze przed upływem wyznaczonego stronom terminu do zajęcia ostatecznych stanowisk w sprawie,

b) naruszeniu art. 7 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik – poprzez naruszenie obowiązku podjęcia wszelkich kroków niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego i załatwienia sprawy oraz art. 227 k.p.c. w zw. z art. 81 uokik poprzez bezpodstawne oddalenie wniosków dowodowych (...) Sp. z o.o.,

c) naruszeniu art. 93 uokik – poprzez prowadzenie i nieumorzenie postępowania co do praktyk objętych przedawnieniem wszczęcia postępowania,

d) naruszeniu art. 10 § 1 oraz 109 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik – poprzez doręczenie (...) Sp. z o.o. jedynie wyciągu z zaskarżonej decyzji,

e) naruszeniu art. 107 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik – poprzez powołanie w sentencji zaskarżonej decyzji błędnej podstawy prawnej jej wydania, to jest art. 81 ust. 1 TWE, który już nie obowiązywał w chwili wydania zaskarżonej decyzji,

f) naruszeniu art. 10 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik – poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na ostateczne zapoznanie się z aktami i zajęcie ostatecznego stanowiska w sprawie,

g) naruszeniu art. 103a ust. 1 pkt 3 i 4 oraz ust. 2 pkt 2 uokik – poprzez odstąpienie od wymierzenia kary dla (...) S.A. oraz obniżenie wymiaru kary dla (...) S.A. pomimo niespełnienia przez tych przedsiębiorców przesłanek określonych w art. 103a ust. 1 pkt 3 i 4 i ust. 2 pkt 2 tej ustawy,

h) naruszeniu art. 7 i 8 k.p.a. poprzez wydanie zaskarżonej decyzji przed rozpoznaniem zażaleń na postanowienia Prezesa UOKiK w przedmiocie ograniczenia wglądu do materiału dowodowego oraz przed upływem terminu na wniesienie zażalenia na takie postanowienie;

2. naruszenie prawa materialnego oraz sprzeczność istotnych ustaleń faktycznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego polegająca na:

a) naruszeniu art. 4 pkt 4 ustawy oraz art. 101 ust. 1 TfUE poprzez przyjęcie przez Prezesa UOKiK, że na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego doszło do zawarcia – z udziałem (...) Sp. z o.o. – porozumienia ograniczającego konkurencję w rozumieniu tego przepisu w sytuacji, gdy (...) Sp. z o.o. nie zawierała żadnych umów, ani nie dokonywała z konkurentami jakichkolwiek, w jakiegokolwiek formie uzgodnień,

b) naruszeniu art. 9 w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 1 i 3 oraz art. 101 ust. 1 TfUE ustawy poprzez uznanie, że (...) Sp. z o.o. dopuściła się praktyk ograniczających konkurencję polegających na zawarciu porozumienia, którego przedmiotem było ustalanie cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego oraz podział rynku produkcji i sprzedaży tego produktu, jak również, że praktyka ta trwa nadal (pkt I i II zaskarżonej decyzji), gdy tymczasem (...) Sp. z o.o. w ogóle nie uczestniczyła w opisanym porozumieniu,

c) naruszeniu art. 9 w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy oraz art. 101 ust. 1 TfUE poprzez uznanie, że (...) Sp. z o.o. dopuściła się praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na zawarciu porozumienia, którego przedmiotem była wymiana poufnych informacji handlowych, jak również, że praktyka ta trwa nadal (pkt V zaskarżonej decyzji), gdy tymczasem pracownik (...) Sp. z o.o., p. K. S. (1), uczestniczył wyłącznie w wymianie informacji dotyczących miesięcznych danych o sprzedaży, (...) Sp. z o.o. przyznała się do tego czynu i oświadczyła, że procederu tego zaniechała najpóźniej w roku 2005, a żadnych innych informacji handlowych, z nikim nie wymieniała i nie wymienia,

d) naruszeniu art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegające na dokonaniu ustaleń sprzecznych z treścią zebranego w sprawie materiału, wskutek przyjęcia, że powodowa Spółka była członkiem kartelu, jak również, że uczestniczyła w trzech – określonych w sentencji decyzji – przejawach porozumienia ograniczającego konkurencję, gdy tymczasem uczestniczyła, najdalej do początku roku 2005, wyłącznie w wymianie informacji dotyczących miesięcznych danych o sprzedaży cementu,

e) naruszeniu art. 4 pkt 4 uokik oraz art. 101 ust. 1 TfUE polegające na błędnym przyjęciu (p. 527-536 zaskarżonej decyzji), że działania stron niniejszego postępowania stanowiły jedno porozumienie antykonkurencyjne, podczas gdy w rzeczywistości działania takie (gdyby zostały udowodnione) mogły jedynie stanowić szereg porozumień zawartych przez różne strony;

3. naruszenie prawa materialnego w zakresie wymiaru kary nałożonej na (...) Sp. z o.o. (art. 4 pkt 15, art. 101 ust. 1 oraz art. 104 uokik) polegające na:

a) oparciu podstawy wymiaru kary o przychód z roku 2008 w sytuacji, gdy podstawą do nałożenia kary powinien być przychód z roku 2005 względnie roku 2006,

b) niewyłączeniu z podstawy wymiaru kary przychodów osiągniętych przez (...) Sp. z o.o. ze sprzedaży produktów innych niż objęte niniejszym postępowaniem,

c) wymierzeniu (...) Sp. z o.o. kary w wysokości niewspółmiernej do stopnia naruszenia przez (...) Sp. z o.o. przepisów prawa konkurencji i interesu publicznego, jak również bez uwzględnienia faktu, że (...) Sp. z o.o. nigdy dotychczas nie dopuściła się naruszenia przepisów prawa konkurencji.

Odwołaniem z dnia 23 grudnia 2009 r. (data prezentaty) **(...) S.A. z siedzibą w O. (XVII AmA 176/10)** zaskarżył decyzję Prezesa UOKiK wydaną w niniejszej sprawie w części, tj.

1) w pkt I, II, III, IV, V oraz VI w zakresie, w jakim nie stwierdza się zaniechania przez (...) stosowania praktyk ograniczających konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego, określonych w pkt I, II, III, IV, V oraz VI decyzji z momentem złożenia przez Spółkę na podstawie art. 103a ustawy wniosku od odstąpienie od nałożenia na nią kary pieniężnej, tj. w dniu 23 czerwca 2006 r. i nakazuje się zaniechania tych praktyk, a nadto

2) w pkt XXV w zakresie, w jakim nakłada na (...) karę pieniężną w wysokości określonej w decyzji

i wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania i:

a) zmianę decyzji w pkt I, II, III, IV, V oraz VI, poprzez stwierdzenie zaniechania przez powoda stosowania praktyk ograniczających konkurencję stwierdzonych w pkt I-VI decyzji odpowiednio, z momentem złożenia przez powoda na podstawie art. 103a ustawy wniosku o odstąpienie od nałożenia na niego kary, tj. z dniem 23 czerwca 2006 r., a nadto o

b) zmianę pkt XXV decyzji, poprzez obniżenie kary pieniężnej nałożonej na powoda do wysokości odpowiedniej do okresu i okoliczności naruszenia ustawy oraz do okoliczności osobistych powoda, z uwzględnieniem okoliczności łagodzących i przy zastosowaniu zasady określonej w art. 103a ust. 3 ustawy, nie wyższej niż 100.000 zł

2) zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego Spółki, według norm przepisanych.

W części objętej zaskarżeniem decyzji zarzucono:

1) odnośnie do pkt I, II, III, IV, V oraz VI, naruszenie art. 9 ustawy, poprzez jego błędne zastosowanie i nakazanie powodowi zaniechania praktyk, o których mowa w pkt I, II, III, IV, V oraz VI decyzji, pomimo zaprzestania przez powoda uczestnictwa w zakazanym porozumieniu oraz naruszenia art. 10 ust. 2 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy poprzez jego niezastosowanie i nie stwierdzenie zaniechania przez powoda stosowania praktyk ograniczających konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego określonych w pkt I, II, III, IV, V oraz VI decyzji.

2) odnośnie do pkt XXV decyzji:

a) naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 104 ustawy, poprzez jego błędne zastosowanie i nałożenie na powoda kary pieniężnej w wysokości rażąco nieadekwatnej do okresu oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz do okoliczności osobistych powoda, w tym poprzez pominięcie okoliczności łagodzących oraz poprzez dokonanie ustalenia wysokości nałożonej na powoda kary z pominięciem zasady określonej w art. 103a ust. 3 ustawy;

b) naruszenie art. 107 § 3 k.p.a., poprzez brak uzasadnienia w decyzji wysokości kary faktycznie nałożonej na powoda;

c) naruszenie art. 6 i 8 k.p.a. w zw. z art. 1 ust. 1 ustawy, poprzez nałożenie na powoda kary w wysokości nieproporcjonalnej do stopnia zagrożenia interesu publicznego.

Odwołaniem z dnia 23 grudnia 2009 r. (data stempla pocztowego) **(...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (XVII AmA 177/10)** zaskarżył decyzję Prezesa UOKiK wydaną w niniejszej sprawie w całości, wnosząc o uwzględnienie odwołania poprzez:

1) uchylenie decyzji w całości;

ewentualnie o

2) zmianę decyzji poprzez stwierdzenie:

a) w zakresie punktu II decyzji, że (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. nie stosował praktyki ograniczającej konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego, naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. a TWE [obecnie: art. 101 ust. 1 lit. a TofUE], polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie ustalania cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego;

b) w zakresie punktu IV decyzji, że (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. nie stosował praktyki ograniczającej konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego, naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. c TWE [obecnie: art. 101 ust. 1 lit. c TofUE], polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie podziału rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego;

c) w zakresie punktu VI decyzji, że (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. nie stosował praktyki ograniczającej konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego, naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. c TWE [obecnie: art. 101 ust. 1 lit. c TofUE], polegającej na zawarciu porozumienia w zakresie wymiany poufnych informacji handlowych;

względnie

obniżenie kary pieniężnej nałożonej na Spółkę do kwoty istotnie niższej od kary wymierzonej.

Zaskarżonej decyzji zarzucono:

1) obrazę prawa procesowego, a mianowicie:

a) art. 107 § 1 i 3 k.p.a., w zw. z art. 9 i 80 ustawy, poprzez pominięcie w zaskarżonej decyzji istotnej części materiału dowodowego, a mianowicie pism i wyjaśnień złożonych przez Spółkę oraz innych uczestników postępowania niż (...) S.A. oraz (...) S.A.;

b) art. 7 oraz art. 232 zd. 2 i 233 k.p.c., w zw. z art. 80 i 81 ustawy, poprzez zaniechanie wszechstronnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy, w szczególności poprzez pominięcie pism i wyjaśnień złożonych przez Spółkę oraz innych uczestników postępowania niż (...) S.A. oraz (...) S.A. oraz zaniechanie przeprowadzenia postępowania dowodowego w celu ustalenia rzeczywistego udziału (...)w porozumieniu zarzucanym przez Prezesa Urzędu;

2) obrazę prawa materialnego, a mianowicie:

a) art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy, poprzez nieuwzględnienie przy nakładaniu kary pieniężnej stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy przez powoda, wysokości przychodów uzyskanych z tytułu sprzedaży produktów objętych porozumieniem i wymierzenie kary oczywiście niewspółmiernej do stopnia naruszenia przepisów ustawy;

3) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na stwierdzeniu, że:

a) porozumienie narusza art. 81 TWE [obecnie: art. 101 ust. 1 lit. a TofUE],

które to uchybienia miały istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania antymonopolowego.

Odwołaniem z dnia 23 grudnia 2009 r. (data stempla pocztowego) **(...)S.A. z siedzibą w W. (XVII AmA 178/10)** zaskarżyła decyzję Prezesa UOKiK wydaną w niniejszej sprawie w części dotyczącej rozstrzygnięć zawartych w punktach I-VI oraz XXV oraz XXVI, wnosząc o uwzględnienie odwołania i:

a) uchylenie decyzji w zaskarżonej części;

względnie

b) obniżenie kary pieniężnej nałożonej na Spółkę, do kwoty istotnie niższej od kary wymierzonej oraz

c) zasądzenie od Prezesa Urzędu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zaskarżonej decyzji zarzucono:

1) obrazę prawa procesowego, a mianowicie:

a) art. 233 k.p.c. w zw. z art. 81 ustawy z 2000 r. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów na skutek:

- ustalenia stanu faktycznego, będącego podstawą do wydania decyzji, na podstawie niespójnych i sprzecznych wyjaśnień złożonych przez (...) S.A. z siedzibą w (...) S.A. z siedzibą w C.;

- ustalenia stanu faktycznego, będącego podstawą do wydania decyzji, na niewiarygodnych twierdzeniach spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą w B.;

- pominięcia wyjaśnień (...)dotyczących rzeczywistego znaczenia zapisu zamieszczonego w protokole z posiedzenia zarządu (...)z dnia 15 października 2003 r. o treści „ W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów grup”;

- nieuwzględnienia wszelkich istotnych okoliczności sprawy, w szczególności oligopolistycznej i dojrzałej struktury rynku cementu, jego transparentności i powszechnej dostępności informacji, a także skali niezależności polityki handlowej (...);

b) art. 107 § 1 oraz § 3 k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy poprzez niewłaściwe skonstruowanie uzasadnienia faktycznego decyzji, polegające na niewyjaśnieniu, dlaczego odmówiono wiarygodności i mocy dowodowej informacjom przekazanych przez niektóre strony postępowania oraz na niedokonaniu indywidualnych ustaleń w stosunku do każdej ze stron postępowania;

c) art. 10 k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy z 2000 r. poprzez nieprecyzyjne określenie zarzutów stawianych (...)w postanowieniu o wszczęciu postępowania z dnia 28 grudnia 2006 r. oraz niesprecyzowanie ich w trakcie postępowania antymonopolowego;

d) art. 66 w zw. z art. 84 ust. 3 ustawy z 2000 r. oraz art. 10 k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy z 2000 r. poprzez objęcie zakresem decyzji praktyki polegającej na ograniczeniu sprzedaży cementu mieszalniom i workowniom, pomimo braku sformułowania przez Prezesa Urzędu zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z 2000 r.;

e) art. 11 ust. 4 Rozporządzenia 1/2003 w zw. z art. 10 k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy z 2000 r. poprzez nieprzedstawienie dowodu potwierdzającego spełnienie obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej o planowanej decyzji nakazującej zaprzestanie naruszenia;

które to uchybienia miały istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż doprowadziły do ustalenia, że (...)brała udział w niedozwolonym porozumieniu;

2) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na stwierdzeniu, że:

a) (...)zwarła z innymi producentami cementu porozumienie w zakresie ustalania cen i innych warunków sprzedaży, podziału rynku i wymiany informacji;

b) Pomiędzy producentami cementu istniało ogólne porozumienie co do poziomu cen obowiązujących w poszczególnych latach, w tym w szczególności wysokości i terminu wprowadzania podwyżek;

c) udziały rynkowe poszczególnych producentów w okresie 1998-2005 były wyjątkowo stabilne;

d) (...)oddawała lub przekazywała klientów innym producentom cementu;

e) (...)posiadała wiodącą rolę w zorganizowaniu i zapewnieniu funkcjonowania domniemanego porozumienia;

które to uchybienia miały istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż skutkowały nałożeniem kary pieniężnej na (...);

3) obrazę prawa materialnego, a mianowicie:

a) art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z 2000 r. poprzez naliczenie kary pieniężnej na podstawie przychodów osiągniętych przez (...), zawartych w sprawozdaniu podatkowym CIT-8A za 2008 r., tj. przychodów zawierających również przychód (...), pomimo że (...)S.A. z siedzibą w R. nie uczestniczyła w domniemanym porozumieniu, co zostało potwierdzone w zaskarżonej decyzji;

b) art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z 2000 r. poprzez jego błędne zastosowanie na skutek nieuwzględnienia przy nakładaniu kary zasady nieretroaktywności oraz przyjęcie, że praktyka rozpoczęta w 1998 r. powinna być sankcjonowana karą w wysokości 10% przychodów przedsiębiorcy;

c) art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 104 ustawy z 2000 r. poprzez nałożenie na (...)kary w maksymalnej wysokości ustawowej, pomimo że:

- ze stanu faktycznego decyzji ani ze zgromadzonego materiału dowodowego nie wynika, jakoby (...)pełniła wiodącą rolę w domniemanym porozumieniu;

- ustalenia co do cen i podziału rynku nie zostały wprowadzone w życie przez uczestników domniemanego porozumienia;

- antykonkurencyjny skutek domniemanego porozumienia nie został wykazany;

- istniały okoliczności łagodzące przemawiające za obniżeniem kary.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

I. Opis produktu

Cement jest spoiwem hydraulicznym, które twardnieje po zarobieniu wodą, używanym do wytwarzania zapraw budowlanych do łączenia elementów, jako podstawowy składnik mieszanki betonowej, do produkcji betonowych elementów prefabrykatowych, wielkogabarytowych konstrukcji monolitycznych, dachówek, pustaków itp. Istnieje wiele gatunków cementu, które różnią się właściwościami, w zależności od proporcji współtworzących je składników, a także w zależności od przyjętego procesu ich produkcji. Różne gatunki cementu produkowane są na bazie jednego wspólnego dla nich półproduktu, jakim jest klinkier. Klinkier otrzymywany jest przez zestawienie w odpowiednich proporcjach surowców zawierających głównie węglan wapnia i glinokrzemiany (gliny wapienne - żelaziste, kreda, wapno), które po bardzo drobnym zmieleniu i uśrednieniu trafiają do pieca, gdzie w temperaturze około 1450 °C następuje ich wyprażenie.

Normalizacja europejska przyjęła podział cementów na dwie zasadnicze grupy: cementy powszechnego użytku, uznane za tradycyjne i wypróbowane i cementy specjalne, ze względu na ich dodatkowe cechy użytkowe. Cementy powszechnego użytku są objęte zharmonizowaną normą europejską EN 197-1, która w 2002 roku została zatwierdzona jako Polska Norma PN-EN 197- 1:20025.

Wyróżnia się 5 rodzajów cementów powszechnego użytku:

- CEM I - cement portlandzki,
- CEM II - cement portlandzki wieloskładnikowy,
- CEM III - cement hutniczy,
- CEM IV - cement pucolanowy,
- CEM V - cement wieloskładnikowy.

Cementy powszechnie stosowane w budownictwie, produkowane poprzez zmielenie klinkieru cementowego z dodatkami, potocznie określa się nazwą „cement szary”. W odróżnieniu od cementu szarego istnieją także tzw. cement biały oraz cement glinowy.

(okoliczności bezsporne na podstawie źródeł powołanych przez Prezesa UOKiK w pkt 14-30).

II. Sektor cementowy w Polsce

W latach 90-tych XX wieku sektor cementowy w Polsce przechodził bardzo istotne przemiany, przejawiające się w prywatyzacji tego sektora oraz wejściu na rynek polski głównych światowych producentów cementu m.in. (...), (...), (...), (...), (...), (...), którzy na przestrzeni lat budowali swoje pozycje rynkowe poprzez kolejne przejęcia i restrukturyzacje nabytych zakładów. Na początku lat 90-tych XX wieku funkcjonowało w kraju co najmniej 21 zakładów zajmujących się produkcją cementu (cementownie lub przemiałownie cementu). W wyniku konsolidacji sektora cementowego i przekształceń dokonanych w ramach poszczególnych grup kapitałowych, w 2006 r. na krajowym rynku pozostało co najmniej 13 zakładów zajmujących się produkcją cementu, powstał także jeden nowy zakład. Prezes Urzędu ustalił w toku postępowania, że zdolność produkcyjna istniejących zakładów cementowych pozwala obecnie - przy uwzględnieniu pełnego wykorzystania wszystkich pieców istniejących w przemyśle, na wyprodukowanie rocznie około 20 mln ton cementu. Wszystkie zakłady są sprywatyzowane, w pełni zrestrukturyzowane i po gruntownej modernizacji, a instalacje cementowni w Polsce należą do najnowocześniejszych w Europie.

(150 lat cementu w Polsce SPC Kraków 2007r.,(...).)

III. Opis stron

Stronami postępowania w niniejszej sprawie są następujący przedsiębiorcy działający w sektorze cementowym:

1) (...) SA z siedzibą w C. będący największym krajowym producentem cementu w Polsce. Od 1993 r. przedsiębiorca ten jest powiązany kapitałowo z międzynarodową grupą (...)- jednym z największych producentów cementu i innych materiałów budowlanych na świecie, która poprzez podmiot zależny (...) jest właścicielem 100% akcji (...) S.A. Według ustaleń Prezesa Urzędu, (...) S.A. rozpoczął działalność pod firmą (...) S.A.” 1 lipca 2000 r. po połączeniu Zakładów (...) S.A. z (...)S.A., także należącą do koncernu (...). W 2003 r. (...) S.A. nabył przemiałownię cementu (...) Sp. z o.o. z siedzibą w D.. Obecnie w skład linii biznesowej (...) S.A. wchodzi 2 zakłady produkcyjne, tj. (...)i przemiałownia (...). Podstawową działalnością (...) S.A. jest produkcja i sprzedaż cementów portlandzkich czystych CEM I, cementów portlandzkich wieloskładnikowych, CEM II oraz cementów hutniczych CEM III. Asortyment produkcji przemiałowni (...)obejmuje cementy portlandzkie żużlowe i cementy hutnicze.

Prezesem (...) S.A. jest niezmiennie od 1991 r. pan A. B. (1). Osobami odpowiedzialnymi za sprzedaż (...), w analizowanym okresie byli pełniący funkcje dyrektorów handlowych: pan F. S. (1) od dnia 1 sierpnia 2000 r. do dnia 31 grudnia 2005 r., a następnie pan C. N. (1) od 1 stycznia 2006 r. do chwili obecnej. Do dnia 31 lipca 2000 r. w (...) S.A. (następnie (...) S.A.) nie było pionu handlowego; sprzedaż cementu prowadziła spółka zależna, tj. (...) Sp.

z o.o. (od 1998 r. po zmianie firmy – (...) Sp. z o.o.), w której od 1997 r. do dnia 31 lipca 2000 r. członkiem zarządu odpowiedzialnym za sprzedaż był pan F. S. (1).

2) **(...) Sp. z o.o. w D.** zlokalizowany jest na terenie (...) i związku z tym od początku działalności, tj. od 2000 r. korzystał ze zwolnień z podatków i opłat. Od momentu uruchomienia produkcji, (...) Sp. z o.o. prowadził ścisłą współpracę z (...) S.A., bazując w swojej produkcji głównie na klinkierze dostarczanym z (...).

W dniu 25 marca 2003 r. (...) S.A. nabył 75% udziałów przemiałowni cementu (...) Sp. z o.o., a w dniu 14 kwietnia 2003 r. pozostałe 25% udziałów i od tego dnia posiada nieprzerwanie 100% udziałów (...) Sp. z o.o. (...) S.A. samodzielnie prowadzi negocjacje z potencjalnymi odbiorcami cementu, podpisuje z nimi umowy, wystawia faktury, oznakowuje cały asortyment znakami towarowymi (...) S.A. (...) Sp. z o.o. nie ma wpływu na politykę cenową stosowaną przez (...) S.A. w stosunku do kontrahentów tej spółki.

Od przejścia przez (...) S.A. kontroli nad (...) Sp. z o.o. do dnia 8 czerwca 2006 r. wszyscy członkowie rady nadzorczej (...) Sp. z o.o. byli równocześnie członkami zarządu (...) S.A. Od dnia 8 czerwca 2006 r. dwóch z trzech członków rady nadzorczej (...) Sp. z o.o. zasiada jednocześnie w zarządzie (...) S.A. Do dnia 8 czerwca 2006 r. w skład zarządu (...) Sp. z o.o. nie wchodziły osoby należące do składu rady nadzorczej lub zarządu (...) S.A. Dopiero od dnia 8 czerwca 2006 r. jeden z czterech członków zarządu (...) Sp. z o.o. jest równocześnie członkiem zarządu (...) S.A.

3) **(...) S.A. z siedzibą w (...)** jest częścią (...) - światowego lidera w dziedzinie produkcji materiałów budowlanych, a także największego producenta cementu na świecie. (...) jest obecna na polskim rynku produkcji cementu szarego od 1995 r. od kiedy koncern (...) nabył udziały w (...) S.A. oraz w Kombinacie (...) S.A. i w 1997 r. w (...) S.A.

W 1997 r. została powołana spółka (...) S.A. będąca głównym akcjonariuszem trzech ww. przedsiębiorstw, jednakże zakłady te funkcjonowały jako jednostki niezależne prawnie i organizacyjnie. Prezes Urzędu ustalił, że w wyniku zmian przeprowadzonych pod koniec 1999 r. nastąpiło połączenie trzech ww. spółek, w wyniku którego powstała spółka (...) S.A., która od 2005 r., po połączeniu ze spółką (...) S.A., działa pod nazwą (...) S.A.

Zakład w W. zaprzestał produkcji cementu w 2001 r., a działalność produkcyjna (...) S.A. prowadzona jest obecnie w dwóch zakładach: (...) oraz (...). (...) jest zlokalizowana w miejscowości M., w odległości 35 km na południowy zachód od K.. Asortyment cementów produkowanych przez (...) obejmuje szeroką gamę cementów portlandzkich (CEM I), cementów portlandzkich z dodatkami mineralnymi (CEM II) oraz cement hutniczy (CEM III). (...) jest zlokalizowana w miejscowości B., ok. 20 km na zachód od I.. Asortyment (...) obejmuje szeroką gamę cementów portlandzkich (CEM I). cementów portlandzkich z dodatkami mineralnymi (CEM II).

W analizowanym okresie funkcję prezesa (...) S.A. (do 29 października 1999 r.), następnie (...) S.A. (od 29 października 1999 r.) oraz (...) S.A. (od 29 kwietnia 2005 r.) pełnił pan A. T. (1). Stanowiska kierownicze ds. sprzedaży, handlu i marketingu zajmowali pan J. W. (1) do 31 stycznia 2006 r. jako dyrektor handlowy w (...) S.A. (wcześniej od 1992 r. do lipca 1999 r. oraz od sierpnia 1999 r. do czerwca 2000 r. analogiczne stanowiska w (...) S.A. i (...) S.A.) oraz pan J. M. (1) - dyrektor handlowy (...) S.A. od 1 lutego 2006 r. (wcześniej od 1999 r. analogiczne stanowiska w (...) SA i (...) Polska SA).

4) **(...) z siedzibą w K.** należy do międzynarodowego koncernu (...) (...), znajdującego się w gronie największych producentów materiałów budowlanych na świecie. Początki działalności koncernu (...) w Polsce sięgają 1995 r., kiedy to (...) S.A., w którym (...) posiadał częściowe udziały, dokonał zakupu 75% akcji spółki Cementownia (...) S.A. W październiku 1998 r. (...) odkupił pozostałe akcje w (...) S.A., stając się większościowym właścicielem (...).A. W 2001 r. (...) zakupił pozostałe akcje (...) S.A., stając się jej jedynym akcjonariuszem. W 2003 r. (...) S.A. zmieniła firmę na (...) S.A. Obecnie jedynym akcjonariuszem (...) S.A. jest (...)

W 1997 r. (...) S.A. przejęła kontrolę nad (...) z siedzibą w R., która w 1998 r. weszła w skład grupy (...).

(...) S.A. oraz (...)S.A. realizują sprzedaż produktów poprzez sieć dystrybucyjną (...) S.A. i pomimo posiadania odrębnej osobowości prawnej, z ekonomicznego punktu widzenia funkcjonują razem. Asortyment cementów produkowanych przez (...)S.A. obejmuje cementy portlandzkie, portlandzkie wieloskładnikowe, hutnicze, wiertnicze, spoiwa specjalistyczne, mieszanki cementowe, zaprawy budowlane. (...)S.A. obecnie wytwarza szeroki asortyment cementów specjalnych, które są uzupełnieniem oferty (...)S.A. Według ustaleń poczynionych w postępowaniu antymonopolowym, funkcję prezesa zarządu (...) S.A. od 1998 r. do 2002 r. pełnił pan A. P., którego na stanowisku prezesa zastąpił pan D. M.. Od dnia 31 maja 2006 r. pan A. P. został ponownie prezesem zarządu (...)S.A. W okresie od 1 stycznia 1998 r. do 31 maja 2006 r. funkcję wiceprezesa ds. ekonomiczno - handlowych, a następnie dyrektora ds. handlowych pełnił pan M. M. (1). Od 1 czerwca 1999 r. do 2008 r. funkcję zastępcy dyrektora ds. marketingu sprawował pan A. S. (1).

5) Prezes Urzędu ustalił, że **(...)S.A.** zlokalizowana jest w R. nieopodal C.. W 1997 r. po nabyciu przez (...)S.A. pakietu kontrolnego (...) S.A., rozpoczął się proces przejmowania i kontroli (...)S.A. przez (...)S.A. Od 2000 r. cement produkowany przez (...) S.A. oraz (...)S.A. opatrzony jest wspólnym logo (...). Od 1 stycznia 2005 r. w (...) S.A. nie są zatrudniane osoby zajmujące się marketingiem. Ustalono również w okresie od 1998 r. do chwili obecnej co najmniej 3 członków rady nadzorczej (...) S.A. zasiadało jednocześnie w zarządzie (...) S.A. W tym czasie liczba członków rady nadzorczej ulegała zmianom i wynosiła w różnym okresie 5 lub 3.

6) Według ustaleń poczynionych przez organ antymonopolowy, **(...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.** jest jednym z wiodących w kraju producentów cementu, betonu towarowego i kruszyw. Spółka należy do jednego z największych na świecie koncernów produkujących (...) budowlane - (...), który jest obecny na polskim rynku od 1 marca 2005 r., tj. od przejęcia koncernu (...). Do Polski grupa (...)weszła w 1994 r., nabywając przemiałownię (...) Sp. z o.o. w S.. W 1998 r. (...) przejęła Cementownię (...) S.A., znajdującą się nieopodal C., a w 2000 r. Cementownię (...) S.A. wraz z jej przemiałownią (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G.. W wyniku przekształceń wewnątrzgrupowych, należąca do grupy (...) spółka (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w 2001 r. zmieniła firmę na (...) Sp. z o.o., która to spółka 11 kwietnia 2005 r. połączyła się ze spółkami (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. Następnie 12 lipca 2005 r., (...) Sp. z o.o. zmieniła nazwę na (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.. W dniu 20 grudnia 2005 r. nastąpiło połączenie (...) Sp. z o.o. z Cementownią (...) S.A., a 22 grudnia 2006 r. nastąpiło połączenie z (...) Sp. z o.o. Cementowni (...) S.A. Ww. spółki po połączeniu z (...) Sp. z o.o. (wcześniej (...) Sp. z o.o.) utraciły osobowość prawną i obecnie są one zakładami (...) Sp. z o.o. W chwili obecnej produkcja (...) Sp. z o.o. prowadzona jest przez zakłady cementowe w C. i w R. oraz przemiałownię w G.. (...) Sp. z o.o. będąca przemiałownią cementu, zaprzestała działalności w 2005 r., a zakład ten został przekształcony w terminal przeładunkowy.

Cementownia (...) jest producentem cementów portlandzkich, portlandzkich popiołowych oraz cementów komunikacyjnych. Cementownia (...) jest producentem cementów portlandzkich, cementów z dodatkiem żużla granulowanego, cementów hutniczych, cementów wieloskładnikowych oraz cementów komunikacyjnych. Natomiast (...) Sp. z o.o. na podstawie umowy z Cementownią (...) produkuje cement z surowców powierzonych (klinkier, gips, popioły), który jest sprzedawany poprzez sieć dystrybucyjną Cementowni (...). Zakład pełni także rolę terminalu przesyłowego.

W (...) Sp. z o.o. (wcześniej (...) Sp. z o.o.) funkcje, prezesa zarządu pełnili: od 1998 r. do 28 czerwca 2001 r. pan P. S., do 14 lutego 2002 r. pan S. B., a następnie do 2008 r. pan R. K.. Sprawy handlu i marketingu spółki od 3 lipca 2001 r. do końca grudnia 2002 r. prowadził pan R. K.. Od 1 stycznia 2003 r. do chwili obecnej sprawami handlowymi i marketingu (...) Sp. z o.o. kieruje pani I. S.. W Cementowni (...) S.A. od 1998 r. do momentu połączenia z (...) Sp. z o.o. prezesem zarządu był pan T. R.. Funkcję prezesa ds. marketingu i sprzedaży od 1998 r. do 12 marca 2000 r. pełnił pan J. U., natomiast od 14 marca 2000 r. do momentu połączenia z (...) Sp. z o.o. funkcję tę pełnił pan R. K.. W Cementowni (...) S.A. prezesami zarządu były następujące osoby: od 1 stycznia 1999 r. do 1 grudnia 2000 r. pan Z. J., do 31 grudnia 2002 r. pan M. B., do 20 grudnia 2005 r. pan T. R.. Dyrektorem ds. handlu i marketingu Cementowni (...) S.A. w okresie od 19 listopada 1998 r. do końca grudnia 2002 r. był pan R. K., od 1 stycznia 2003 r. do 20 grudnia 2005 r. sprawami handlowymi i marketingu kierowała pani I. S..

7) (...) **Sp. z o.o. z siedzibą w S.** pod K. należy do koncernu (...), będącego jednym z większych producentów materiałów budowlanych na świecie. Koncern (...) zakupił w 1996 r. Zakłady (...) S.A. Na przestrzeni lat spółka zmieniała kilkakrotnie swoją firmę, ostatecznie w 2007 r. na (...) Sp. z o.o. W 1998 r. koncern (...) nabył przemiałownię Cementownia (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., a następnie poprzez Cementownię (...) Sp. z o.o. kolejne dwie przemiałownię: Cementownię (...) w W. w województwie (...) oraz Fabrykę (...) Sp. z o.o. w W. koło Z. - obie w 2001 r.

W 2000 r. zakończono produkcję cementu w zakładzie w W., w 2003 r. nastąpiło połączenie Cementowni (...) Sp. z o.o. z Fabryką (...) Spółka z o.o. i zakończono produkcję w tej ostatniej, a także, w tym samym roku zlikwidowano i bezpłatnie przekazano na rzecz Skarbu Państwa Cementownię (...). Zakłady w W. i w W. zostały przekształcone w terminale wysyłkowe – cement wyprodukowany w Cementowni (...) jest przesyłany do tych terminali, a następnie dystrybuowany wśród lokalnych klientów.

Oferta sprzedaży (...) Sp. z o.o. obejmuje szeroką paletę cementów, w tym cementy portlandzkie CEM I, cementy portlandzkie wieloskładnikowe CEM II, cementy hutnicze CEM III.

Funkcję prezesa zarządu (...) Sp. z o.o. (dawniej Cementowni (...)) od 1 października 1999 r. pełni pan K. K. (2), od 1 stycznia 2005 r. odpowiedzialny za pion sprzedaży. Od 1 stycznia 1997 r. do 31 grudnia 2002 r. funkcję dyrektora handlowego pełnił pan G. K.. Od 1 sierpnia 2002 r. do 30 kwietnia 2006 r. dyrektorem ds. marketingu i sprzedaży był pan A. W. (1).

8) **Cementownia (...) S.A.** zlokalizowana jest w T. koło D. w województwie (...). Większościowym (99,84%) właścicielem cementowni jest (...) spółka (...) z siedzibą w D.. W 1994 r. (...) nabyła 75% akcji Kombinatu (...) S.A., pozostałe akcje dokupując w okresie późniejszym.

Cementownia (...) S.A. jest powiązana kapitałowo z (...) S.A. z siedzibą w O.. Właścicielem 33,33% akcji (...) i 51% akcji (...) - większościowego akcjonariusza (...) S.A. jest pani J. M. (2). Pani (...) jest jedynym członkiem zarządów ww. spółek prawa niemieckiego, uprawnionym do ich jednoosobowej reprezentacji. Również te same cztery osoby są jednocześnie członkami rad nadzorczych Cementowni (...) S.A. i Cementowni (...) S.A. Przedstawione powiązania nie przeszkadzają jednak w prowadzeniu autonomicznej polityki handlowej przez każdą ze spółek.

Prezes Urzędu ustalił, że asortyment cementów produkowanych przez (...) S.A. obejmuje cementy portlandzkie niskoalkaliczne, cementy portlandzkie żuźlowo - popiołowe i żuźlowe oraz cementy specjalne.

Prezesem zarządu Cementowni (...) S.A. do dnia 30 czerwca 2005 r. była pani Z. K., którą zastąpił na tym stanowisku pan D. G. (1). Wiceprezesem ds. handlu i marketingu do dnia 30 listopada 2005 r. był pan M. R. (1). Głównym specjalistą ds. sprzedaży był w analizowanym okresie pan J. B. - zwolniony w 2007 r., natomiast od 1 grudnia 2005 r. dyrektorem ds. sprzedaży jest pani E. G. (1).

9) **Cementownia (...) S.A.** jest zlokalizowana w O., 99,94% udziałów spółki należy do (...) z siedzibą w D., a pozostałe 0,06% do pracowników. Spółka (...) nabyła pakiet kontrolny akcji (...) S.A. w 1993 r. w ramach programu prywatyzacji przemysłu cementowego. Cementownia (...) S.A. jest powiązana kapitałowo z (...) S.A.

W ofercie handlowej Spółki znajdują się cementy portlandzkie, cementy portlandzkie żuźlowe, cementy portlandzkie wieloskładnikowe, cementy hutnicze oraz spoiwa stabilizacyjne.

Zgodnie z ustaleniami organu antymonopolowego, w okresie od 1998 r. do dnia 7 czerwca 2005 r. stanowisko prezesa zarządu spółki zajmował pan Z. Ł., a następnie pan A. R.. Stanowisko dyrektora ds. handlowych było zajmowane od 1 października 2003 r. do 31 marca 2004 r. przez pana P. S., następnie obowiązki te przejął pan W. P..

10) (...) S.A. zlokalizowanej w K.: w 1996 r. i 1997 r. turecki koncern R. zakupił od Narodowych Funduszy Inwestycyjnych i pracowników akcje cementowni, stając się jej większościowym (75%) właścicielem, a w 1999 r. odkupił od Skarbu Państwa pozostałe 25% udziałów. Struktura akcjonariatu spółki zmieniała się na przestrzeni lat, a

według stanu na 1 listopada 2006 r. kształtowała się w następujący sposób: (...) S.A. 33,33%, (...) S.A. 21,59%, (...) S.A. 27,02%, (...) 11,24%, (...) (...) S.A. 6,82%. Cementownia jest producentem cementów wieloskładnikowych. W dniu 5 kwietnia 2007 r. Cementownia (...) S.A. sprzedała na rzecz (...) S.A. z siedzibą w K. (obecnie (...) S.A. Cementownia w K. w upadłości z siedzibą w K.) majątek spółki związany z produkcją i sprzedażą cementu. Przedsiębiorca ten wyjaśnił organowi antymonopolowemu, iż od momentu sprzedaży majątku zajmuje się obsługą transportu kolejowego. Z kolei (...) S.A. Cementownia w K. w upadłości wskazała, iż po nabyciu wskazanego majątku prowadziła działalność w zakresie produkcji i sprzedaży cementu. Prezesami zarządu spółki byli: od 1997 r. do 15 lipca 1999 r. pan I. C., do 27 stycznia 2006 r. pan M. D., następnie do 31 lipca 2007 r. pan R. O..

(odpowiedzi stron na pytania Prezesa UOKiK skierowane w toku postępowania administracyjnego).

IV. Współpraca przedsiębiorców w sektorze cementowym

Charakter współpracy między przedsiębiorcami działającymi w sektorze cementowym w Polsce był determinowany zmianami politycznymi i gospodarczymi z przełomu lat 1989/1990. Przed tymi zmianami wszyscy producenci zrzeszeni byli w Zrzeszeniu (...) – organizacji centralnie zarządzającej działalnością wszystkich przedsiębiorstw cementowych w Polsce. W okresie tym przemysł cementowy w Polsce funkcjonował w stanie wyłączającym, zarówno de facto jak i de iure, istnienie konkurencji rynkowej. Wszyscy producenci cementu w Polsce byli stowarzyszeni w ww. Zrzeszeniu, a ich była w omawianym okresie, co do zasady, centralnie zarządzana. Wzajemne ustalenia warunków produkcji i sprzedaży między dyrektorami cementowni były czymś normalnym, i odbywały się pod auspicjami władz państwowych. Natomiast transformacja ustrojowa doprowadziła do zmian zasad współpracy między ww. przedsiębiorcami wynikających między innymi z tego, że sektor cementowy, w znacznej części został sprywatyzowany w pierwszej połowie lat 90-tych XX wieku. W tym czasie właścicielami większości cementowni w Polsce stały się duże światowe koncerny cementowe, m.in. (...), (...), (...), (...), (...), (...). W wyniku tych zmian, producenci cementu, których działalność do tej pory była centralnie zarządzana, stali się konkurentami prowadzącymi działalność w warunkach gospodarki wolnorynkowej. Transformacja ustrojowa doprowadziła również do zmian w organizacji branżowych organizacji zrzeszających przedsiębiorców działających w sektorze cementowym. W dniu 14 sierpnia 1990 r. zostało zarejestrowane Stowarzyszenie (...) z siedzibą w K., które od 1 stycznia 2005 r. zrzesza wyłącznie producentów cementu, a od czerwca 2005 r. zmieniło nazwę na Stowarzyszenie (...). Według ustaleń poczynionych przez Prezesa, celami Stowarzyszenia określonymi w statucie są m.in.: działanie na rzecz rozwoju przemysłu cementowego, reprezentowanie interesów branżowych przemysłu cementowego wobec władz administracji rządowej i samorządowej, promocja i upowszechnianie wiedzy n/t produktów przemysłu cementowego. (...) zbiera także dane od poszczególnych zakładów cementowych dotyczące m.in. ich wielkości produkcji i sprzedaży cementu oraz klinkieru.

(pismo (...) SA z dnia 11.08.2006, k. 4576 akt admin., z dnia 18.12.2008, k. 5585 akt admin., pismo (...) z dnia 15.12.2008)

V. Porozumienie będące przedmiotem decyzji

W obliczu walki cenowej między producentami cementu, wynikającej z nowych wolnorynkowych warunków, wielu z nich postanowiło przeciwdziałać pogorszeniu swojej sytuacji finansowej, odwołując się do mechanizmu znanego im z okresu gospodarki planowej, tzn. wzajemnych ustaleń i rozmów. Uzgodnienia pomiędzy producentami cementu miały miejsce co najmniej od 1998 r. Producenci omawiali i uzgadniali pomiędzy sobą przede wszystkim wielkość udziałów rynkowych przypisanych poszczególnym producentom cementu oraz ustalali ceny cementu i kwestie związane z podwyżkami tych cen. Producenci cementu wymieniali i omawiali pomiędzy sobą poufne informacje dotyczące wielkości sprzedaży cementu, co pozwalało im kontrolować uzgodnienia dotyczące wielkości udziałów rynkowych. W uzgodnieniach uczestniczyli wszyscy więksi producenci cementu szarego w Polsce, tj. (...) S.A., (...) S.A., (...) S.A., (...) Sp. z o.o., Cementownia (...) S.A. i Cementownia (...) S.A. (należące do grupy (...)) oraz (...) Sp. o.o. Przedsiębiorcy ci określali siebie m.in. jako „(...)” lub „(...)”. Spośród krajowych producentów cementu szarego, w porozumieniu, które miało charakter kartelu, nie uczestniczyła Cementownia (...) S.A, której wielkość produkcji cementu była nieznaczną w stosunku do wielkości całego krajowego rynku.

Spotkania pomiędzy reprezentantami poszczególnych producentów cementu, na których dokonywano opisanych w tej decyzji ustaleń, nie były oparte na określonym schemacie i miały charakter zarówno wielo- jak i dwustronny. Częstotliwość kontaktów zależała, co do zasady, od potrzeby omówienia jakiejś szczegółowej kwestii z zakresu uzgodnień opisanych w niniejszej decyzji. Spotkania wielostronne najczęściej odbywały się przy okazji innych wydarzeń takich jak posiedzenia (...). Producenci cementu kontaktowali się ze sobą także telefonicznie. Jednakże, za wyjątkiem kwestii przekazywania danych w ramach wymiany informacji o wielkości sprzedaży, kontakty telefoniczne przedstawicieli producentów cementu ograniczały się, co do zasady, do uzgodnienia miejsca spotkania. Spotkania odbywały się na różnych szczeblach: zazwyczaj na szczeblu prezesów zarządu (najczęściej były to spotkania dwustronne) lub dyrektorów odpowiedzialnych za sprawy handlowe (częściej były to spotkania wielostronne). Spotkania i kontakty pomiędzy przedstawicielami producentów cementu w Polsce można spróbować usystematyzować w następujący sposób:

- spotkania "kartelowe" (tj. spotkania/kontakty, których celem było omówienie kwestii wielkości udziałów, wysokości cen, nieprzestrzegania ustaleń, itp.) na poziomie władz spółek (najczęściej prezesów zarządów). Spotkania te były organizowane ad hoc. Omawiano na nich aktualną sytuację na rynku, w szczególności ceny i wielkości sprzedaży cementu;

- spotkania "kartelowe" dyrektorów ds. handlowych. W okresie 1998 – do 2002 r. spotkania te miały charakter wielostronny. Były poświęcone minimalnym cenom powiatowym cementu oraz udziałom historycznym, w szczególności terminom i wielkościom podwyżek cen oraz sprawdzeniu ich wykonania. Na tych spotkaniach omawiano odkryte przypadki nieprzestrzegania cen minimalnych raz kwestie przekroczenia lub niewykonania przez poszczególnych producentów sprzedaży na poziomie wynikającym z udziałów historycznych. Cementownia (...) S.A. pomimo zazwyczaj braku jej przedstawiciela, była jednak reprezentowana na tych spotkaniach przez (...) S.A.

Po ok. 2002 r. zmienił się charakter i częstotliwość spotkań. Były to, co do zasady, spotkania lub kontakty dwustronne, choć często zdarzały się wyjątki, nie były to już jednak spotkania wszystkich producentów cementu. Mimo tego, uzgodnienia dokonane podczas tych dwustronnych spotkań/kontaktów lub prezentowane na nich stanowiska ostatecznie były przekazywane do pozostałych uczestników kartelu.

Po 2004 r. nie odbywały się już stricte „kartelowe” spotkania, a te które były dotyczyły sprzedaży ilości wykraczającej poza udziały historyczne, negocjacji tych udziałów lub zaniżonych danych dotyczących ilości sprzedaży (...) Sp. z o.o.

(oświadczenia wnioskodawców leniency (...) SA z 10.07.2007, k. 5487 akt admin., 18.12.2008, k. 5585 akt admin., 19.02.2009, k. 5661 akt admin., zeznania F. S. 23.09.2013, zeznania świadków A. T. 26.09.2013, zeznania strony A. B. 1.10.2013).

V.I. Wymiana poufnych informacji handlowych

Wraz z utworzeniem (...) powstał system wymiany informacji. Stowarzyszenie, w okresie 1994-2002, co miesiąc gromadziło informacje o wielkości produkcji klinkieru oraz cementu, sprzedaży klinkieru ogółem oraz na eksport i sprzedaży cementu w kraju oraz na eksport. Zestawienia miesięczne były udostępniane jedynie członkom (...), a zestawienia roczne także osobom trzecim.

Od stycznia 2003 r., na podstawie umowy zawartej ze (...), informacje od producentów cementu zbierała i przedstawiała zagregowane raporty Kancelaria Prawa Własności Przemysłowej (...).

Niezależnie od ww. sposobów zbierania danych, równolegle producenci cementu wymieniali się bezpośrednio danymi od 1998 roku na temat swojej bieżącej, miesięcznej sprzedaży cementu w Polsce, zaś w okresie ok. 2001 i 2002 r. także o wielkości sprzedaży w kolejnych dekadach miesiąca, tj. 1-10, 1-20 i na koniec miesiąca.

Producenci cementu ustalali koordynatora takiej wymiany, który zmieniał się i był wybierany spośród osób odpowiedzialnych u poszczególnych przedsiębiorców za przekazywanie danych. Koordynatorami byli F. S. (1) z (...) S.A. i pan J. W. (1) z (...) S.A., nie wiadomo w jakiej kolejności, ale na pewno ostatnim był pan A. S. (1) z (...)S.A.

W ramach systemu równoległego dane były wymieniane najczęściej telefonicznie, na początku każdego nowego miesiąca, a w tym celu producenci cementu posiadali odrębne telefony komórkowe na karty pre-paid, ale korzystano z nich sporadycznie. Podczas takich kontaktów poszczególni producenci cementu przekazywali dane dotyczące swojej łącznej sprzedaży cementu w poprzednim miesiącu, a następnie otrzymywali dane dotyczące sprzedaży pozostałych producentów. Nie funkcjonowała jedna, wspólna tabela czy zestawienie informacji o wielkości sprzedaży opracowywane dla wszystkich spółek cementowych. W latach 2001-2005 (...) Sp. z o.o. przekazywał zaniżone dane o swojej sprzedaży.

(oświadczenia wnioskodawców leniency (...) SA z 11.08.2006, k. 4576 akt admin., 9.10.2007, k. 4606 akt admin., 16.12.2008, k. 4648 akt admin., 20.02.2009, k. 4746 akt admin., (...) SA z 20.06.2006, k. 4999 akt admin, 1.09.2006, k. 5367 akt admin., 10.07.2007, k. 5488 akt admin., 18.12.2008, k. 5606 akt admin., 19.02.2009, k. 5675 akt admin., tabele znalezione podczas kontroli w (...) S.A. oraz w (...) S.A. zawierające szczegółowe informacje o produkcji cementu przez każdego z producentów w poszczególnych miesiącach, k. 372-430, 1512-1570 akt admin., zeznania świadków F. S. 23.09.2013, A. S. 23.09.2013, J. W. 23.09.2013).

V.II. Ustalanie wielkości udziałów rynkowych

Po zakończeniu prywatyzacji polskiego sektora cementowego polscy producenci cementu podjęli próby stabilizacji udziałów rynkowych poszczególnych uczestników obrotu rynkowego, a działania w tym zakresie rozpoczęto co najmniej w 1998 r. Ustalenia dotyczące udziałów rynkowych producentów cementu zostały dokonane poprzez odwołanie się do ich „historycznych” udziałów, tj. danych dotyczących produkcji i sprzedaży cementu przez poszczególnych producentów realizowanej w okresie gospodarki nakazowo-rozdzielczej. Pomimo, że producenci cementu zgadzali się co do potrzeby utrzymania „historycznych” udziałów w rynku, nie doszło do dokładnego ustalenia wielkości udziałów przysługujących każdemu z nich.

Istniał pewien poziom akceptacji dla udziałów rynkowych konkretnych cementowni, który z reguły odbiegał od udziałów wskazanych przez poszczególne cementownie o ok. 1-2%. Pomimo braku ustalenia wielkości udziałów – zdaniem Prezesa UOKiK - można wskazać, iż część uczestników kartelu w początkowym okresie jego funkcjonowania odwoływała się do następującej wielkości udziałów przysługujących poszczególnym jego uczestnikom:

- (...) / (...) (tj. (...)) – 23,7%

- (...) – 22,6%

- (...) / (...) – 19,5%

- (...) / (...) – 15,7%

- (...) – 9,5%

- (...) (tj. Cementownia (...)) – 9%.

Pierwsza zmiana wielkości udziałów nastąpiła w 2000 i 2001 roku w związku z wejściem nowego uczestnika rynku – (...) Sp. z o.o. Producenci cementu ustalili, że w przypadku pomyślnej próby ograniczenia przez (...) S.A. sprzedaży cementu produkowanego przez (...) Sp. z o.o. do poziomu 400 kt w 2001 r., będą skłonni oddając część swoich klientów na rzecz (...) S.A. - zrezygnować z części swojego udziału w rynku, w celu kontrolowanego skanalizowania sprzedaży cementu z (...) Sp. z o.o. (...) SA zawarł odpowiednie umowy z (...) Sp. z o.o.

Po przejściu w 2003 r. (...) Sp. z o.o. przez (...) S.A. temat zwiększenia „historycznego” udziału (...) S.A. na nowo się pojawił. (...) SA zgodził się na rekompensaty. Kwestia była przedmiotem spotkania dyrektorów handlowych producentów cementu, które odbyło się w 2002 lub 2003 r. w okolicach Ś./S..

Druga zmiana wielkości udziałów rynkowych miała związek z tzw. grupą (...). Problem z eksportem na rynek niemiecki skierował (...) S.A. oraz (...) S.A. na rynek polski i (...) SA robił kalkulacje różnych wariantów zmiany udziału (...) w Polsce. W rzeczywistości udział osiągnęły na poziomie ok. 11% mimo podejmowania przez pozostałych producentów cementu w początkowym okresie działań mających na celu przeciwstawienie się takiemu udziałowi.

W następstwie ww. zmian na rynku, udziały ustalone dla poszczególnych producentów cementu uległy zmianie w taki sposób, że w rozumieniu niektórych uczestników kartelu od 2003 r. przedstawiały się następująco:

- (...) – 26,42%
- (...) – 21,49%
- (...) – 18,13%
- (...) 14,5%
- (...) – 8,88%
- (...) – 10,58%.

Do takich wielkości udziałów odwoływano się w późniejszym okresie funkcjonowania kartelu.

Trzecia zmiana udziałów ujawniła się wskutek zaniżania przez (...) Sp. z o.o. przekazywanych do Kancelarii Prawa Własności Przemysłowej (...) oraz bezpośrednio konkurentom informacji o wielkości sprzedaży cementu. (...) Sp. z o.o. osiągnął udział w rynku polskim w wysokości ok. 18%, powyżej udziału historycznego. Sprawa wiązała się dodatkowo z alokacją CO₂. W związku z tym przedstawiciele producentów cementu, prowadzili na przełomie 2005/2006 rozmowy co do podjęcia działań mających doprowadzić do zmniejszenia sprzedaży cementu przez tego przedsiębiorcę, tak aby jego udział w rynku wrócił do poziomu „historycznego”, tj. ok. 14,5%. Wywierano także na (...) Sp. z o.o. presję, aby znalazł rozwiązanie sytuacji. W wyniku rozmów prowadzonych na poziomie władz producentów (...) SA, (...) SA i (...) Sp. z o.o. uzgodniono, że (...) Sp. z o.o. zmniejszy w 2006 r. swoją sprzedaż o 200 tys. ton (w 2006r. sprzedaż miała się kształtować na poziomie ok. 1.980 tys. ton). Ponadto przedsiębiorca ten jako pierwszy miał ogłosić podwyżkę cen cementu z dniem 1 czerwca 2006 r.

19 maja 2006 r. został sporządzony akt notarialny pomiędzy producentami cementu, do którego nie stawiała się Cementownia (...).

Uczestnicy porozumienia nie stworzyli kompleksowego systemu rekompensat za przekroczenie udziałów. W przypadku, gdy któryś z producentów cementu przekroczył w danym okresie przypadający mu „historyczny” udział, pozostali gracze wyrażali swoje „niezadowolenie” z takiej sytuacji podczas rozmów i spotkań opisanych powyżej. W takiej sytuacji zdarzały się rekompensaty ad hoc przedsiębiorca, który utracił część rynku miał możliwość skierowania korzystniejszej oferty do odbiorców wyznaczonych przez producenta, który przekroczył ustalony udział w rynku. Rekompensaty miały miejsce przede wszystkim przed 2003 r. W późniejszym okresie, jeśli dany przedsiębiorca przekroczył akceptowany przez większość konkurentów udział w rynku przy najbliższej podwyżce cen jako pierwszy ją wprowadzał. W ten sposób, tj. przez okresowe utrzymywanie różnic w cenach poprzez odpowiednio zaplanowane podwyżki, producenci cementu byli w stanie regulować wielkość sprzedaży cementu, a co za tym idzie wielkość udziałów rynkowych przysługujących poszczególnym producentom.

(oświadczenia wnioskodawców leniency (...) SA z 9.10.2007, k. 4606 akt admin., 16.12.2008, k. 4648 akt admin., 20.02.2009, k. 4746 akt admin., (...) SA z 20.06.2006, k. 4999 akt admin., 1.09.2006, k. 5367 akt admin., 18.12.2008,

k. 5606 akt admin., 19.02.2009, k. 5675 akt admin., tabele znalezione podczas kontroli w (...) S.A. 1515-1555 akt admin., zeznania świadków K. S. 18.09.2013, F. S. 23.09.2013, M. R. 23.09.2013, C. N. 1.10.2013, A. B. 1.10.2013, I. S. 15.11.2013).

V.III. Ustalanie cen

Odnosnie ustaleń dotyczących uzgodnień w zakresie ustalania cen organ antymonopolowy przyjął, że ustalenia te miały miejsce co najmniej od 1998 r. i można je podzielić na okres 1998-2000 (kiedy ustalano ceny minimalne cementu dla poszczególnych powiatów, podwyżki tych cen, czas i kolejność ich wprowadzania) oraz po ok. 2002 (kiedy ustalano podwyżki cen cementu oraz ich czas i kolejność wprowadzenia).

W pierwszym okresie ustalono system minimalnych cen powiatowych cementu. Uzgodnienia w tym przedmiocie nastąpiły pod koniec 1998 r. podczas spotkania przedstawicieli władz/ dyrektorów ds. handlowych głównych producentów cementu w C.. Ceny minimalne były ustalane w następujący sposób:

najpierw ustalano cenę bazową cementu portlandzkiego CEM I 32,5 R luzem, która była określana kwotowo na jednakowym poziomie dla trzech głównych ośrodków produkcji/zakładów. Następnie do ceny bazowej, która była ceną wyjściową, dodawano koszty transportu cementu do poszczególnych powiatów odpowiednio z zakładów (...), (...)i (...)lub C., w zależności od tego, który zakład był położony najbliżej określonego powiatu. Koszt transportu, na potrzeby wyliczenia powiatowych cen minimalnych, był określany w oparciu o uzgodnione przez producentów cementu średnie (rynkowe) koszty transportu drogowego, biorąc pod uwagę odległość z jednej z ww. cementowni do określonych powiatów. Zatem ceny powiatowe w powiatach zachodniej Polski kalkulowane były w oparciu o cenę bazową i koszty transportu z zakładu (...); w powiatach Polski centralnej - z zakładu w (...) i w powiatach Polski wschodniej - z zakładu w (...), ewentualnie w C.. Z uwagi na powyższe, ceny minimalne były różne w różnych powiatach. Dla danego powiatu była ustalana jedna cena powiatowa. Inne zakłady, miały ustalać swoje ceny uwzględniając cenę obowiązującą w danym powiecie, która została określona w ww. sposób. Cementownie te od ceny minimalnej ustalonej dla danego powiatu odejmowały koszty transportu, wyliczone zgodnie z uzgodnionymi średnimi (rynkowymi) kosztami transportu za kilometr, do swojego zakładu i w ten sposób obliczały cenę ex works dla danego zakładu. Na potrzeby systemu, w początkowym okresie jego funkcjonowania, producenci posługiwali się mapami Polski, na których naniesione były powiaty przyporządkowane do poszczególnych cementowni, a w późniejszym okresie korzystano (zamiast z mapy Polski) z tabel z cenami i odległościami. Ceny pozostałych rodzajów cementu oraz cementu workowanego były ustalane w odniesieniu do określonej w ww. sposób ceny cementu CEM I 32,5 R luzem - tzw. cementu bazowego. Różnica pomiędzy cenami poszczególnych rodzajów cementu była różnicą kwotową, a nie procentową. Ceny cementów innych niż cement bazowy ustalane były poprzez dodanie do ceny cementu bazowego lub odjęcie od niej uzgodnionej kwoty.

Podwyżki cen minimalnych były wprowadzane na początku danego roku, choć zdarzały się również podwyżki w okresie letnim. Nie było sztywnych reguł dotyczących terminu wprowadzania podwyżek w ramach systemu cen minimalnych, jednak w praktyce były one wprowadzane w I kwartale każdego roku kalendarzowego. Nie było jednolitego mechanizmu ustalania kolejności ich wprowadzania, jednakże, co do zasady, producenci, którzy w poprzednim okresie „rozliczeniowym” przekroczyli swój „udział historyczny” wprowadzali podwyżki jako pierwsi. O kolejności wprowadzania podwyżek cen minimalnych decydowała wysokość udziału w rynku uzyskanego przez producentów cementu w ostatnim półroczu lub roku. Jako pierwszy ceny podnosił ten producent, który miał największy przyrost udziału w rynku w ww. okresie. Następnie ceny podnosili kolejno producenci posiadający największy przyrost udziału rynkowego w przyjętym okresie. Okres wprowadzania podwyżek przez poszczególnych producentów był przez nich maksymalnie skracany, odbywało się to, co do zasady, w jednym wyznaczonym dniu lub maksymalnie z przesunięciem 10-dniowym. Ustalenia dotyczące wprowadzenia podwyżek przewidywały najczęściej, że oficjalne podwyżki (nowe cenniki) zostaną wprowadzone przez poszczególnych producentów w odstępach 1-2 tygodni. W okresie lipiec październik miały miejsce konsultacje konkurentów w zakresie szacowanej wielkości rynku u nadchodzącym roku związane z prowadzonym przez każdą spółkę opracowaniem planu operacyjnego uwzględniającego szacowaną wielkość konsumpcji cementu w nadchodzącym roku; listopad - ustalenia konkurentów

dotyczące wysokości podwyżki ceny tony cementu; grudzień – ustalenia konkurentów w zakresie kolejności wprowadzania podwyżek przez poszczególne spółki.

Stosowania systemu powiatowych cen minimalnych zaprzestano po 2000/2001 r., bowiem okazał się nieskuteczny. System ten nie funkcjonował zgodnie z założeniami ponieważ był sztywny i nie uwzględniał realiów zmieniającego się rynku produkcji i sprzedaży cementu, w tym m.in. tego, iż z czasem stał się czytelny dla odbiorców cementu, którzy znali i wykorzystywali jego funkcjonowanie. Załamanie się przyjętego systemu cen minimalnych wynikało także z faktu braku konsekwentnego i jednolitego stosowania przez jego uczestników cen transportu cementu do odbiorców, co pozwalało w szczególności, na zaniżanie cen bazowych. Dodatkowo, skuteczne działanie systemu ograniczał brak wzajemnego zaufania wśród producentów.

Przedmiotem ustaleń stały się podwyżki cen cementu poszczególnych cementowni, w tym ich wysokość, termin, kolejność wprowadzania. Zmodyfikowany system uzgadniania cen polegał na ustalaniu przez producentów cementu jednej dla całej Polski, wyrażanej, co do zasady, procentowo, wysokości podwyżki ceny cementu bazowego CEM I 32,5 R luzem, natomiast pozostałe elementy zmodyfikowanego systemu były w założeniu analogiczne jak w systemie minimalnych cen powiatowych, tzn. zarówno sposób wprowadzania podwyżek (co do zasady w I kwartale roku, ewentualnie dodatkowo w połowie roku, w kolejności wynikającej z przekroczenia udziałów historycznych), jak również sposób kształtowania cen pozostałych rodzajów cementu w oparciu o uzgodnione relacje cen poszczególnych cementów do ceny cementu bazowego pozostały w niezmienionej postaci. Dla ustalenia cen innych gatunków cementu, jakie powinny obowiązywać po podwyżce, posługiwano się elementem systemu cen minimalnych, tj. różnicami cen poszczególnych gatunków cementu. Decyzje w zakresie procentowej wysokości podwyżki zapadały na podstawie ustaleń prezesów spółek cementowych. Szczegółowe zasady wprowadzania podwyżek cen, w tym przeliczenia przyjętej przez prezesów procentowej podwyżki na konkretną kwotę podwyżki ustalali dyrektorzy handlowi. Ustalenia dotyczące wprowadzenia podwyżek przewidywały najczęściej, że oficjalne podwyżki (nowe cenniki) zostaną wprowadzone przez poszczególnych producentów w odstępach 1-2 tygodni. W okresie po 2002 r. wprowadzanie podwyżek przez poszczególnych producentów trwało około miesiąca, a czasami dłużej. Z reguły, kolejność wprowadzania podwyżek ustalali dyrektorzy handlowi poszczególnych producentów cementu. Kolejność wprowadzania podwyżek była zmienna i zależała od wielkości przyrostu posiadanego przez poszczególnych producentów cementu udziału w rynku w ostatnim okresie. Jako pierwszy, co do zasady, ceny podnosił ten producent, który miał największy przyrost udziału w rynku.

W praktyce, już w pierwszej połowie roku spółki cementowe zmieniały wielkość cen swoich produktów, jednak nie w uzgodnieniu z konkurentami, lecz samodzielnie, w bezpośrednich negocjacjach z klientami, ograniczając tym samym wielkość sprzedaży realizowaną przez inne spółki cementowe. Nieprzestrzeganie przez poszczególne spółki cementowe ustaleń poczynionych przez ich szefów na początku roku wynikało z aspiracji każdej z tych spółek do zwiększenia udziału rynkowego. Nieprzestrzeganie ustalonych podwyżek przez producentów cementu było nagminne i zachodziło w przypadku większości lub wszystkich ustalonych podwyżek cen.

Wraz z upływem czasu po 2002 r. ustalenia dotyczące cen oraz podwyżek cen były oraz bardziej nieformalne i nabierały charakteru bardziej informacyjnego (sygnalizowanie przez poszczególnych uczestników rozmów ich zamiarów co do podwyżek lub informowanie o podwyżkach wprowadzonych „indywidualnie”), a nie wyraźnego ustalania i określania wysokości i sposobu podwyżki. W praktyce jednak, na poziomie władz spółek spotkania i rozmowy n/t podwyżek cen w dalszym ciągu miały miejsce. (...) S.A. i (...) S.A. zaczęli wysyłać jednostronne sygnały (np. przy okazji spotkań (...)) o planowanych podwyżkach, mając świadomość, że wówczas reszta rynku również podwyższy swoje ceny.

Ponadto miały miejsce ustalenia dotyczące wysokości cen dla konkretnych wspólnych odbiorców, tzn. kupujących cement od więcej niż jednego, producenta.

Uzgodnienia producentów cementu dotyczyły także ograniczenia sprzedaży do pośredników (tj. workowni i mieszalni), którzy traktowani byli przez producentów cementu jak konkurenci na rynku sprzedaży cementu. Workownie cementu to przedsiębiorcy, którzy kupowali cement luzem i pakowali go do worków z logo producenta

albo w worki z własnym logo, i odsprzedawali na rynku. Decyzje o ograniczeniu sprzedaży cementu do workowni były uzgadniane i omawiane zasadniczo na spotkaniach dyrektorów handlowych. Producenci cementu - wykorzystując § 27 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z 5 lipca 2004 r. ws. ograniczeń, zakazów lub warunków produkcji, obrotu lub stosowania substancji niebezpiecznych i preparatów niebezpiecznych oraz zawierających je produktów, zakazującego wprowadzania do obrotu i stosowania preparatów zawierających cement, jeżeli zawierają one w formie uwodnionej więcej niż 0,0002% masowego rozpuszczalnego chromu (VI) w przeliczeniu na ogólną suchą masę (zakaz nie dotyczył wprowadzenia do obrotu i stosowania pod kontrolą w procesach całkowicie zamkniętych i zautomatyzowanych, w których cement i preparaty go zawierające mają wyłącznie kontakt z maszynami i nie ma możliwości kontaktu ze skórą pracownika) – postanowili zredukować chrom jedynie w cemencie sprzedawanym w workach. Cement luzem, w którym nie zredukowano ilości chromu, mógł być sprzedawany tylko do odbiorców, którzy wykorzystywali go w procesach całkowicie zamkniętych i zautomatyzowanych (tj. np. do producentów betonu lub elementów z betonu).

Mieszalnie, określane także mianem przesyponi, to odbiorcy cementu, którzy kupują cement lepszej jakości/czysty, następnie mieszają go z popiołami lub innymi dodatkami i sprzedają go jako cement innej marki, zazwyczaj workowany.

Mieszalnie stosowały niskie ceny, co w ocenie cementowni było niekorzystne i groziło wojną cenową. Dodatkowo, w opinii producentów cementu, jakość cementu pochodzącego z mieszalni była bardzo często zła i nie spełniała wymaganych prawem norm. Ponadto, zgodnie z oświadczeniami wnioskodawców, zdarzało się, że - pomimo braku zgody producenta „czystego” cementu - mieszalnie wykorzystywały logo cementowni, od których nabywały ww. cement lub logo jakiegokolwiek cementowni, która produkowała tą markę cementu. Zdaniem Prezesa, z uwagi na powyższe, cementownie rozmawiały na temat złej jakości oraz niskiej ceny cementu oferowanego przez mieszalnie, a w rozmowach tych podkreślano, że sprzedaż do tych odbiorców nie leży w interesie producentów cementu. Niska cena za cement z mieszalni może prowadzić bowiem do wojny cenowej na rynku cementu, a zła jakość cementu stanowi zagrożenie dla całego sektora cementowego i budowlanego. Rozmowy producentów cementu na temat mieszalni miały ograniczyć całkowicie dostęp tych klientów do cementów czystych.

Ustalenia miały charakter ogólny, nie obejmowały szczegółów ponieważ wydawało się, że wszystkie spółki cementowe zgadzają się, że nie chcą współpracować z tymi klientami. Przedmiotowe uzgodnienia miały miejsce co najmniej od 2003 r.

(oświadczenia wnioskodawców leniency (...) SA z 9.10.2007, k. 4606 akt admin., 16.12.2009, k. 4648 akt admin., 20.02.2009, k. 4746 akt admin., (...) SA z 1.09.2006, k. 5373 akt admin., 18.12.2008, k. 5606 akt admin., 19.02.2009, k. 5675 akt admin., protokół posiedzenia zarządu (...)SA z 15.10.2003, k. 1096 akt admin., dokumenty k. 4777, 4062, 1011, 1176, 1012, 1112, 1116, 1126, 502, 476-479, 482, 4266, zeznania świadków M. R. 23.09.2013, J. W. 23.09.2013, A. T. 26.09.2013, A. B. 1.10.2013, I.G. S.15.11.2013).

Sąd uzupełnił postępowanie dowodowe poprzez przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków i przesłuchania stron (rozprawy 18.09.2013, 23.09.2013, 26.09.2013, 1.10.2013, 15.11.2013).

Oceniając zeznania świadków i stron Sąd zauważa, że wielokrotnie wydarzenia bardziej odległe w czasie były lepiej pamiętane niż z lat 2005/2006, często odpowiadano ‘nie pamiętam’, zeznania były niespójne, a wręcz wykluczające się, unikano operowania datami, faktami, nazwiskami.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Zarzuty dotyczące braku sprecyzowania przedmiotu postępowania, niewłaściwego określenia rynku, przedwczesnego przedstawienia projektu Decyzji Komisji

1. art. 66 uokik oraz art. 9 i 10 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**), poprzez oparcie decyzji na zarzutach, co do których powód nie mógł się ustosunkować, polegające na:

a) braku sprecyzowania przedmiotu postępowania – postawieniu powodowi bardzo ogólnych i niesprecyzowanych zarzutów – wskutek czego powód dowiedział się o co się go konkretnie oskarża dopiero z uzasadnienia decyzji, co pozbawiło go możliwości obrony,

b) opracowaniu projektu osnowy decyzji do 14 września 2009 r. i przesądzeniu w tej dacie, że powoda należy uznać za podmiot uczestniczący w praktykach ograniczających konkurencję, to jest przed przedstawieniem przez powoda stanowiska w sprawie pismem z dnia 5 października 2009 r. wskutek czego należy uznać, że powód nie miał możliwości skutecznego ustosunkowania się do zarzutów, a pozwany nie zapoznał się z jego stanowiskiem w sprawie przed podjęciem decyzji co do tego, czy uznać pozwanego za uczestnika niedozwolonego porozumienia,

c) prowadzeniu postępowania w sprawie naruszenia prawa konkurencji na rynku cementu, a wydanie decyzji w stosunku do inaczej określonego rynku – to jest rynku cementu szarego, wskutek czego powód nie mógł zgłosić dowodów przeciwko błędnemu ustaleniu rynku właściwego w stosunku do powoda.

2. art. 66 uokik oraz art. 9 zd. 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez oczywisty brak sprecyzowania przedmiotu prowadzonego postępowania antymonopolowego, a w konsekwencji pozbawienie (...) S.A. możliwości aktywnego udziału w przedmiotowym postępowaniu.

3. art. 10 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez (...) SA**) poprzez nieprecyzyjne określenie zarzutów stawianych (...) w postanowieniu o wszczęciu postępowania z dnia 28 grudnia 2006 r. oraz niesprecyzowanie ich w trakcie postępowania antymonopolowego.

4. art. 10 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez (...) Sp. z o.o.**) poprzez sporządzenie i skonsultowanie projektu decyzji w sprawie z Komisją Europejską jeszcze przed upływem wyznaczonego stronom terminu do zajęcia ostatecznych stanowisk w sprawie.

Argumentując zarzut 1a) Cementownia (...) SA wskazała, że (i) zarzuty pozwanego określone w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego z dnia 28 grudnia 2008 r. są ogólne i niesprecyzowane, (ii) dowiedział się z uzasadnienia Decyzji o co go się oskarża i w momencie otrzymania Decyzji, (iii) nie mógł bronić się przed zarzutami z powodu ich niezajomości, (iv) pozwany nie określił na czym miał polegać zarzucany podział rynku, (v) niesprecyzowanie zarzutów pozbawiło prawo do obrony.

Z kolei Cementownia (...) SA podniosła, że posiadała wiedzę o wszczęciu z urzędu postępowania antymonopolowego na podstawie treści zawiadomienia z dnia 28 grudnia 2006 roku. W toku postępowania nie została poinformowana ani o szczegółowej treści zarzutów ani na czym miałyby polegać rzekome porozumienie ograniczające konkurencję. Postępowanie do 3 czerwca 2009 roku było prowadzone w warunkach tajności, co narusza art. 9 k.p.a. Ponadto (...)SA nie mogła się ustosunkować do zarzutów, gdyż poznała je z zaskarżonej decyzji. Postępowanie prowadzone było w sprawie porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu, a decyzja dotyczy cementu szarego.

Podobnie argumentowała Grupa (...) SA podkreślając naruszenie art. 10 k.p.a. i w konsekwencji prawa do obrony. Postanowienie z dnia 28 grudnia 2006 roku zawierało ogólnie sformułowane zarzuty, w szczególności zarzut dotyczący podziału rynku nie określał charakteru rynku (geograficzny, asortymentowy, podmiotowy), ustalanie cen nie wskazywało ich rodzaju (detalicznych, hurtowych, zakupu czy sprzedaży) i jakich innych warunków umów oraz jakie poufne informacje w jaki sposób wymieniane. Obowiązek prawidłowego sformułowania rozstrzygnięcia wynika z art. 124 §1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik. Wezwanie spółki do ostatecznego stanowiska oznaczało przy braku precyzyjnych zarzutów, konieczność analizy całego materiału dowodowego, ustalenia stanu faktycznego i prawnego a następnie przedstawienie swego stanowiska do wydedukowanego stanu faktycznego.

Stanowisko Prezesa UOKiK w tej mierze było następujące: postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego pozwalało przedsiębiorcom na dokładne zorientowanie się w stawianych im zarzutach, gdyż dokładnie wiedzieli, że dotyczy ich działań w odniesieniu do cementu, dotyczy zawarcia porozumienia, porozumienia

między powodem a wskazanymi w postanowieniu innymi przedsiębiorcami działającymi w tym sektorze oraz na czym porozumienie polegało. Przedsiębiorcy, którzy złożyli wnioski leniency byli w stanie dokonać oceny własnego zachowania nawet przed sformulowaniem zarzutów postawionych przez prezesa UOKiK. Postępowanie wyjaśniające służy tylko wstępnemu ustaleniu czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, a dopiero na etapie tego postępowania dochodzi do szczegółowego ustalenia, na czym takie naruszenie ustawy dokładnie polegało. Zarzucane praktyki ograniczające konkurencję są praktykami nazwanymi wymienionymi w art. 5 Ustawy i art. 81 TWE i zarzut Prezesa został sformułowany w sposób odwzorowujący brzmienie przepisów prawa. W czasie trwania postępowania od grudnia 2006 r. do grudnia 2009 r. strony były wzywane do przedstawienia informacji, znały materiał dowodowy zgromadzony w toku kontroli poprzedzającej wszczęcie postępowania właściwego, miały możliwość wglądu do akt, w tym do pism leniency od 4 czerwca 2009 r.

Zarzut dotyczy naruszenia zasady czynnego udziału strony w postępowaniu przed Prezesem UOKiK. Powołany art. 66 Ustawy nakazuje Prezesowi uwzględnienia tylko tych zarzutów, co do których strony (tu Cementownia (...) SA, (...)SA i (...) SA) mogły się ustosunkować. Chodzi tutaj o zarzuty naruszenia przepisów Ustawy, które zostały wskazane w postanowieniu o wszczęciu postępowania i o których strona we właściwy sposób została zawiadomiona (por. art. 84 ust. 3). Ustawa nie stawia wymogów co do szczegółowości postanowienia, nie ma takich warunków w Kodeksie postępowania administracyjnego, a z art. 84 ust. 2 Ustawy należy wywieść, że wystarczające jest wskazanie podstawy prawnej naruszenia. Wskazany przepis dotyczy warunków wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego, który winien zawierać jeszcze uzasadnienie. Zdaniem Sądu postanowienie o wszczęciu postępowania jest aktem, którego celem jest określenie przedmiotu postępowania wszczętego przeciwko przedsiębiorstwu (przedstawienie zarzutów) i zapewnienie skutecznego wykonywania prawa do obrony (por. K. Kowalik-Bańczyk, Argumenty za stosowaniem zasady autonomii proceduralnej w unijnych zdecentralizowanych postępowaniach antymonopolowych, [w:] Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej, LEX 2012, która cytuje pogląd wyprowadzony z a contrario art. 124 §2 k.p.a., że w polskim postępowaniu antymonopolowym postanowienie o wszczęciu postępowania nie musi zawierać prawnego i faktycznego uzasadnienia, wskazuje jedynie wyjściowe zarzuty Prezesa UOKiK).

Wszczęcie postępowania z 28 grudnia 2006 r. na podstawie art. 44 Ustawy zawierało (i) określenie rodzaju praktyk jako ograniczające konkurencję, (ii) określenie rynku produkcji i sprzedaży cementu, (iii) określenie rodzaju porozumienia poprzez odwołanie do art. 5 ust. 1 (wymiana poufnych informacji handlowych), ust. 1 pkt 1 (ustalenie cen lub innych warunków sprzedaży cementu) i 3 (podział rynku produkcji i sprzedaży cementu), (iv) wymienienie uczestników porozumienia. Postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego zostało zmienione poprzez rozszerzenie zarzutów o przepisy art. 81 TWE (k. 2431 akt administracyjnych) i oba postanowienia zostały doręczone stronom. Twierdzenie (...)SA, że nie znała zarzutów i nie mogła się przed nimi bronić „zarzuty były tak ogólne i niesprecyzowane” mija się z prawdą. Odwołujący znał zarzuty i mógł się do nich ustosunkować. Otrzymanie Decyzji nie zmieniło zakresu stawianych zarzutów, a uzasadnienie Decyzji stanowiło umotywowanie poglądu Prezesa UOKiK o przypisaniu cementowniom praktyk ograniczających konkurencję nie zaś zmianę zarzutów bądź ich odmienne sformułowanie (odnośnie rynku poniżej). Zawiadomienie o wszczęciu postępowania ma umożliwić stronom realizację uprawnień procesowych określonych przepisami k.p.a. przez podejmowanie przez nie czynności procesowych mających wpływ na ustalenie stanu faktycznego i prawnego sprawy. Z tego też względu istotne jest, czy strony zostały zawiadomione o wszczęciu postępowania w określonej sprawie, miały możliwość podjęcia stosownych działań w sprawie w sposób pozwalający na zadbanie o należytą ochronę własnych interesów prawnych.

Podobne stanowisko zajmuje TS w wyroku z 3 września 2009 C-534/07 P (...). (...) & Co. KG v. Komisja Wspólnot Europejskich ZOTSIS 2009/8-/I-7415

W tym celu pismo w sprawie przedstawienia zarzutów powinno wymieniać w wyraźny sposób wszystkie zasadnicze elementy, na których Komisja opiera się w tym stadium postępowania. Wspomniane wskazanie może mieć charakter skrótowy, ponieważ pismo to stanowi dokument przygotowawczy, którego oceny okoliczności faktycznych i prawnych mają charakter czysto prowizoryczny.

Nie można wymagać od Komisji, aby wskazywała ona w owym piśmie nie tylko zasadnicze okoliczności faktyczne i prawne, które na tym etapie postępowania administracyjnego przyjmuje za stanowiące naruszenie wspólnotowego prawa konkurencji, lecz również aby przedstawiała ponadto przynajmniej skrótowo powody, dla których nie zamierza w ramach tego samego postępowania opierać się na pewnych elementach, w odniesieniu do których początkowo prowadziła dochodzenie lub zamierzała je prowadzić. W przeciwnym razie obowiązek uzasadnienia spoczywający na Komisji na etapie przesłania pisma w sprawie przedstawienia zarzutów zostałby rozciągnięty na elementy z definicji niebędące istotnymi dla przebiegu postępowania, które zamierza prowadzić. Taki obowiązek uzasadnienia wykraczałby poza wymogi zdefiniowane w orzecznictwie (por. pkt 27, 28, 33)

Poszanowanie prawa do obrony wymaga również, aby umożliwić zainteresowanemu przedsiębiorstwu w czasie postępowania administracyjnego skuteczne przedstawienie jego stanowiska w przedmiocie prawdziwości i znaczenia zarzucanych faktów i okoliczności oraz w przedmiocie dokumentów uwzględnionych przez Komisję na poparcie jej twierdzenia, że doszło do naruszenia traktatu WE. (opinia Advocate General w sprawie C 125/07).

Artykuł 27 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 odzwierciedla tę zasadę, w zakresie w jakim przewiduje, że stronom wysyła się pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, które musi wskazywać w wyraźny sposób wszystkie istotne okoliczności, na których Komisja opiera się na tym etapie postępowania (por. wyrok w sprawach połączonych C-204/00 P A. P. i in. przeciwko Komisji, pkt 67), aby umożliwić zainteresowanym stronom skuteczne zapoznanie się z zachowaniami, które Komisja im zarzuca, a także dowodami, którymi instytucja ta dysponuje (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 15 października 2002 r. w sprawach połączonych C#238/99P, C#244/99 P, C#245/99 P, C#247/99 P, od C#250/99 P do C#252/99 P i C#254/99 P. M. i in. Przeciwko Komisji, Rec. s. I#8375, pkt 315, 316; ww. wyrok w sprawach połączonych A. P. i in. przeciwko Komisji, pkt 66, 67) i umożliwić im skuteczną obronę przed wydaniem przez Komisję ostatecznej decyzji. Wymóg ten jest spełniony, jeśli ta decyzja nie obciąża zainteresowanych naruszeniami innymi niż ujęte w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów oraz nie zawiera okoliczności innych niż te, co do których zainteresowani mieli sposobność się wypowiedzieć (zob. podobnie wyrok Sądu z dnia 19 marca 2003 r. w sprawie T#213/00 (...)i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II#913, pkt 109 i przytoczone tam orzecznictwo).

Z akt postępowania administracyjnego wynika, że Cementownia (...) SA złożyła pisma z dnia 23.01.2007 k. 59 akt administracyjnych, z dnia 7.03.2007 k. 277 akt administracyjnych, z dnia 2.01.2009 k. 3114 akt administracyjnych, z dnia 18.03.2009 k. 3470 akt administracyjnych, z dnia 30.04.2009 k. 4135 akt administracyjnych, z dnia 20.05.2009 k. 4253 akt administracyjnych, z dnia 5.10.2009 k. NN 6489 akt administracyjnych.

Otrzymała pisma Prezesa UOKiK z dnia 28.02.2007 k. 258 akt administracyjnych, z dnia 17.11.2008 k. 2471 akt administracyjnych, z dnia 25.02.2009 k. 3275 akt administracyjnych, z dnia 10.04.2009 k. 4015 akt administracyjnych.

Cementownia (...) SA miała możliwość zapoznawania się z aktami postępowania prowadzonego przed Prezesem UOKiK i sformułowania ostatecznego stanowiska, co spółka uczyniła 5 października 2009 r. Treść pisma wskazuje, że doskonale orientowała się co do stawianych zarzutów, co wynika również z uzasadnienia zarzutu 1b).

Z akt postępowania administracyjnego wynika, że Cementownia (...) SA złożyła pisma z dnia 22.01.2007 k. 99 akt administracyjnych, z dnia 11.12.2008 k. 2961 akt administracyjnych, z dnia 16.03.2009 k. 3347 akt administracyjnych, z dnia 19.03.2009 k. 3620 akt administracyjnych, z dnia 27.04.2009 k. 4139 akt administracyjnych, z dnia 14.05.2009 k. 4235 akt administracyjnych, z dnia 5.10.2009 k. NN 6412 akt administracyjnych.

Otrzymała pisma Prezesa UOKiK z dnia 28.02.2007 k. 256 akt administracyjnych, z dnia 17.11.2008 k. 2456 akt administracyjnych, z dnia 25.02.2009 k. 3275 akt administracyjnych, z dnia 10.04.2009 k. 4006 akt administracyjnych.

Z akt postępowania administracyjnego wynika, że (...)SA złożyła pisma z dnia 6.02.2007 k. 188 akt administracyjnych, z dnia 28.04.2008 k. 1893 akt administracyjnych, z dnia 10.12.2008 k. 2687 akt administracyjnych, z dnia 7.01.2009

k. 3163 akt administracyjnych, z dnia 16.03.2009 k. 3538 akt administracyjnych, z dnia 27.04.2009 k. 4103 akt administracyjnych, z dnia 15.05.2009 k. 4217 akt administracyjnych, z dnia 1.06.2009 k. 4303 akt administracyjnych, z dnia 5.10.2009 k. NN 6366 akt administracyjnych, z dnia 9.10.2009 r. k. NN 6549 akt administracyjnych

Otrzymała pisma Prezesa UOKiK z dnia 17.11.2008 k. 2479 akt administracyjnych, z dnia 25.02.2009 k. 3275 akt administracyjnych, z dnia 10.04.2009 k. 4003 akt administracyjnych, z dnia 6.05.2009 k. 4153 akt administracyjnych.

W piśmie dat. 17 listopada 2008 roku został podany bardzo szczegółowy zakres danych do wyjaśnienia, wiążący się z zakresem postępowania i determinujący jego wynik.

(...)SA wyznaczyła rynek właściwy (cement szary i biały) wskazując na możliwość jego zawężenia, określiła wymianę informacji i odniosła się do „naturalnego rynku przedsiębiorstwa” oraz polityki cenowej (k. 236 akt administracyjnych wersja jawna).

Podnoszące zarzut cementownie miały zapewniony czynny udział w postępowaniu, którego zarzuty dotyczyły praktyk ograniczających konkurencję na rynku cementu. Zawężenie tej praktyki (a raczej doprecyzowanie) do rynku cementu szarego nie pozbawiło stron prawa do obrony, bowiem wszystkie cementownie działały na tym rynku.

Uzasadniając zarzut 1b) Cementownia (...) SA wskazała, że treść przewidywanej Decyzji została zgłoszona Komisji Europejskiej 14 września 2009 r. (pkt 10 uzasadnienia) a Cementownia (...) SA zajęła stanowisko w sprawie pismem z dnia 5 października 2009 r. Prezes UOKiK opracował decyzję przed poznaniem stanowiska Cementowni (...) SA w sprawie i Cementownia (...) SA nie miała możliwości skutecznego ustosunkowania się do zarzutów pozwanego. Następnie (...)SA stwierdziła, że po 14 września 2009 r. pozwany nie miał możliwości zmiany Decyzji, a stanowisko Cementowni (...) SA zostało jedynie dopisane do gotowego uzasadnienia w szczątkowej formie.

Stanowisko Prezesa UOKiK w tej kwestii było następujące: (...)SA znała stawiane zarzuty od momentu zawiadomienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, miała możliwość zapoznawania się z aktami sprawy, przedstawiania swego stanowiska i ustosunkowania się do stawianych zarzutów. Pozwany zacytował treść art. 11 ust. 4 Rozporządzenia 1/2003 i wskazał, co wynika z jego treści. Argumentacja strony została zaś uwzględniona w takim zakresie w jakim mogła mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, a wersja tłumacząca błąd organu jest jedynie nieuzasadnionym domysłem, bowiem Decyzja została wydana po wyjaśnieniu wszelkich okoliczności istotnych dla sprawy.

(...) Sp. z o.o. podnosił, że projekt decyzji został przekazany Komisji 14 września 2009 r. i w tej samej dacie stronom został określony termin na zajęcie stanowiska. W ostatecznym stanowisku zawartym w piśmie procesowym z dnia 5 października 2009 r. odwołujący zgłosił liczne wnioski dowodowe. Prezes UOKiK wydając decyzję w uzasadnieniu wskazał, że stan faktyczny jest ustalony w wystarczającym stopniu, a zasada ekonomii procesowej kolidowała z przeprowadzaniem kolejnych dowodów.

Prezes UOKiK podobnie jak przy zarzucie Cementowni (...) SA odwołał się do art. 11 ust. 4 Rozporządzenia 1/2003 i poszanowania praw stron.

Niezasadny jest zarzut 1b) (...)SA i (...)Sp. z o.o. albowiem, Prezes UOKiK wydał Decyzję uwzględniającą zarzuty, do których strony mogły się ustosunkować w toku postępowania (art. 66 Ustawy). Zarzuty zostały przedstawione 28 grudnia 2006 r. i rozszerzone 12 listopada 2008 r. Ponadto strony miały zapewniony czynny udział w każdym stadium postępowania, a przed wydaniem decyzji mogły wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań (art. 10 k.p.a.). (...)SA i (...)Sp. z o.o. przedstawili swoje stanowisko 5 października 2009 r. i zostało zachowane ich prawo do obrony poprzez umożliwienie wypowiedzenia się przed wydaniem decyzji. (...)SA i (...)Sp. z o.o. zarzucają w istocie opracowanie przez Prezesa Decyzji przed wypowiedzeniem się stron co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, czyli nieuwzględnienie ich stanowiska. Należy podkreślić, że organ ma obowiązek zapewnienia stronom czynnego udziału i umożliwienie im wypowiedzenia się oraz wydania decyzji tylko co do zarzutów znanych stronom. Jakkolwiek strona bierze udział w procesie kształtowania treści decyzji, to ostateczne, prawnie wiążące określenie treści decyzji należy niepodzielnie do organu administracji publicznej.

Odwołujące czynią Prezesowi UOKiK zarzut z wykonania jego obowiązków opartych na art. 11 ust. 4 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U.U.E.L.2003.1.1), tj. powiadomienia Komisji o zamiarze podjęcia decyzji nakazującej zaprzestania naruszenia, akceptującej zobowiązania lub wycofującej stosowanie rozporządzenia o wyłączeniu grupowym. Rozporządzenie określa "składniki" powiadomienia Komisji o zamiarze wydania decyzji przez organ ochrony konkurencji państwa członkowskiego. Powinno ono zawierać (i) streszczenie sprawy, (ii) przewidywaną decyzję lub - wobec jej braku - inny dokument przedstawiający proponowany kierunek działań (a summary of the case, the envisaged decision or, in the absence thereof, any other document indicating the proposed course of action). Obowiązek omawianego powiadomienia ciąży ex lege na organach ochrony konkurencji państw członkowskich. Powinny one zatem go spełnić, działając z urzędu nie później niż 30 dni przed przyjęciem decyzji. Rozporządzenie nr 1/2003 nie zawiera wymogu przedstawienia ostatecznej decyzji, a jedynie przewidywanej decyzji (the envisaged decision). Nie można wykluczyć, że po powiadomieniu Komisji ujawnią się nowe fakty i okoliczności, które zmieniają kierunek rozstrzygnięcia. W niniejszej sprawie po 14 września 2009 roku taka sytuacja nie miała miejsca i pisma procesowe stron nie zmieniły stanowiska Prezesa UOKiK.

Istotne jest, że stosownie do art. 80 Ustawy do postępowania przed Prezesem UOKiK stosuje się przepisy kodeksu postępowania administracyjnego z zastrzeżeniem art. 81 Ustawy stanowiącym, iż do dowodów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu w zakresie nieuregulowanym stosuje się odpowiednio art. 227-315 Kodeksu postępowania cywilnego. Z przepisu art. 78 § 2 k.p.a. wynika, że strona nie jest praktycznie ograniczona w czasie w zakresie składania wniosków dowodowych. Niemniej dla oceny dowodów miarodajne są przepisy kodeksu postępowania cywilnego i art. 217 k.p.c. stosowany odpowiednio wyznacza kierunek dowodzenia. Przedmiotem dowodów są bowiem fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Z kolei wg art. 233 k.p.c. Sąd (tu Prezes UOKiK) ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

Podobnie wypowiedział się TS w wyroku z dnia 28 czerwca 2005 (sprawa C-189/02 P. R. A/S i inni v. Komisja Wspólnot Europejskich ZOTSiS 2005/6B/I-5425).

Nawet jeśli wniosek o przesłuchanie świadków przedstawiony w skardze określa dokładnie fakty, na których okoliczność należy przesłuchać świadka lub świadków, oraz powody uzasadniające to przesłuchanie, to do Sądu należy ocena znaczenia wniosku dla sprawy, biorąc pod uwagę przedmiot sporu i konieczność przesłuchania powołanych świadków.

Stanowisko strony co do interpretacji stanu faktycznego, jest oświadczeniem, którego znaczenie podlega weryfikacji z zebranych materiałem dowodowym. Prezes UOKiK uznał, że sprostął ciężarowi dowodu (o czym poniżej). Natomiast przeprowadzenie dowodów wnioskowanych przez strony uzupełniających materiał dowodowy jest możliwe po przekazaniu sprawy na drogę sądową, co niniejszy Sąd uczynił. Tego rodzaju uchybienie w postępowaniu przed Prezesem nie stwarza potrzeby uchylenia decyzji (por. wyrok SN z dnia 3 października 2013 r. III SK 67/12, niepubl.).

Motywuując zarzut 1c) Cementownia (...) SA wskazała, że postępowanie antymonopolowe wszczęte 28 grudnia 2006 r. zakreśliło przedmiotowe granice postępowania do rynku cementu. Tymczasem Decyzja została wydana w odniesieniu do rynku cementu szarego. Cementownia nie mogła ustosunkować się do błędnego zakwalifikowania jej jako działającej na tak określonym rynku właściwym.

Odpowiadając na ten zarzut Prezes UOKiK podkreślił, że definiowanie rynku właściwego w sprawach dotyczących porozumień, które z uwagi na swój cel ograniczają konkurencję, nie wymaga takiego stopnia precyzji, jaki jest konieczny przy rozpatrywaniu spraw dotyczących nadużywania pozycji dominującej czy koncentracji przedsiębiorców, gdzie udziały rynkowe stron posiadają istotne znaczenie. Jeżeli można stwierdzić, iż dane porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, nie ma potrzeby brania pod uwagę konkretnych skutków, jakie porozumienie wywołuje na danym rynku. Prezes UOKiK ocenił, że definicja rynku właściwego w niniejszej sprawie nie ma istotnego znaczenia i jednocześnie powołał się na wyrok SN z dnia 7 maja 2004 r. III SK 32/04 (LEX nr 440864) oraz wyjaśnienia zawarte w pkt 438 uzasadnienia Decyzji. Zdaniem organu, skoro Cementownia (...)

SA w toku postępowania podniosła, że działa na innym rynku właściwym niż pozostałe cementownie, tj. rynku cementów specjalistycznych, to oznacza, że była zdania, iż rynek cementów winien być określony inaczej i mogła zgłosić dokumenty i argumenty za wskazaną przez siebie definicją rynku właściwego.

Stanowisko Prezesa UOKiK jest trafne co do zasady. Niniejsze postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów krajowego i unijnego prawa antymonopolowego.

Ustawa z 15 grudnia 2000 r. w art. 4 zawierała definicję rynku właściwego, przez który rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty (podk. Sądu) oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Wymóg określenia rynku właściwego wynika również z Obwieszczenia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (97/C 372/03) Dz.U. UE C z dnia 9 grudnia 1997 r. (Dz.U.UE.C.1997.372.5, dalej jako „obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku”). Rynek właściwy musi być zdefiniowany przy zastosowaniu metodyki przedstawionej w powyższym obwieszczeniu Komisji.

Mając na względzie, że Prezes UOKiK jest organem uprawnionym i zobowiązanym do zdefiniowania rynku, posługującym się opracowaną metodologią do określenia rynku, odwołujący zarzucając błędne określenie rynku musi zarzut udowodnić. Nie można pominąć, że zgodnie z definicją rynku właściwego z art. 4 Ustawy rynkiem tym jest rynek towarów uznawanych przez ich nabywców za substytuty. Z kolei w obwieszczeniu Komisji w sprawie definicji rynku wskazano, że przedsiębiorstwa podlegają trzem głównym źródłom ograniczania konkurencji: substytucyjności popytu, substytucyjności podaży oraz potencjalnej konkurencji. Z gospodarczego punktu widzenia, dla zdefiniowania rynku właściwego, substytucyjność popytu stanowi najbardziej bezpośrednią oraz skuteczną siłę dyscyplinującą działającą na dostawców danego produktu, w szczególności do ich decyzji w sprawie ustalania cen. Przedsiębiorstwo lub grupa przedsiębiorstw nie może mieć wpływu na panujące warunki sprzedaży, takie jak ceny, jeśli jej klienci są w stanie łatwo przestawić się na produkty substytucyjne lub korzystanie z usług dostawców zlokalizowanych w innym miejscu (pkt 13). Ocena substytucyjności popytu pociąga za sobą określenie zakresu produktów, które są postrzegane przez konsumenta za substytuty (pkt 15).

Obwieszczenie nie wyklucza konieczności określenia rynków właściwych bardziej lub mniej dokładnie w zależności od problemów z zakresu konkurencji, które mają zostać rozwiązane. W obwieszczeniu w sprawie definicji rynku właściwego Komisja uznaje, że określenie rynku jest ściśle powiązane z realizowanymi w danym przypadku celami (pkt 10) i może prowadzić do różnych wyników „w zależności od charakteru badanego zagadnienia konkurencji” (pkt 12). W ten sposób pozostawia ono wystarczająco miejsca pragmatycznemu, dostosowanemu do okoliczności konkretnego przypadku sposobowi postępowania przy określaniu rynku (por. pkt 58 opinii Rzecznika Generalnego przedstawionej w dniu 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-439/11 (...) SA przeciwko Komisji Europejskiej, <http://curia.europa.eu>).

Na tle orzecznictwa ETS wynika, że określenie rynku właściwego w ramach stosowania art. 81 ust. 1 TWE ma jedynie na celu ustalenie, czy dane porozumienie może wpływać na handel między państwami członkowskimi oraz czy ich celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na wspólnym rynku (por. wyrok TS z dnia 24 września 2009 r. w sprawach połączonych C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P oraz C-137/07 P (...) Bank (...) (C-125/07 P), (...) (C-133/07 P), Bank (...) (C-135/07 P) and (...) AG (C-137/07 P) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, wyrok z dnia 11 lipca 2013 r. C-439/11 P w sprawie (...) SA przeciwko Komisji Europejskiej, <http://curia.europa.eu> i opinia Rzecznika Generalnego w tej sprawie). Stąd też wymogi, jakie muszą być spełnione przy określaniu rynku właściwego, różnią się w zależności od okoliczności konkretnej sprawy. Zasadniczo określenie rynku musi być tym bardziej dokładne, im bardziej złożone są powiązania gospodarcze i im bardziej obszerna jest analiza konieczna do jego oceny, przykładowo w przypadku stwierdzenia istnienia lub nadużycia pozycji dominującej na rynku zgodnie z art. 82 TWE (obecnie art. 102 TFUE) lub w przypadku decyzji opartych na prognozie dotyczącej przyszłego rozwoju rynku w niektórych postępowaniach w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw.

Zdaniem Sądu, określenie rynku właściwego jest przesłanką do oceny „wpływu na handel między Państwami Członkowskimi” zawartych porozumień. Porozumienia, które mają same w sobie cel antykonkurencyjny i z samej swej istoty umacniają podział rynków na poziomie krajowym oraz zapewniają ochronę produkcji krajowej, wpływają na wymianę handlową między państwami członkowskimi poprzez utrudnienie wzajemnej penetracji gospodarczej zamierzonej przez traktat WE. Precyzyjność określenia rynku właściwego nie jest wówczas tak potrzebna jak wtedy, gdy organ ochrony konkurencji opiera się na kryterium 5% w celu wykazania odczuwalności wpływu na handel (Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, Dz. Urz. UE C 101 z 27.04.2004, s. 81 – brak polskiej wersji językowej). Nawet jednak dla kryterium 5% wytyczne z 2004 r. milczą w przedmiocie kwestii dokładności, z jaką to określenie rynku powinno zostać dokonane (pkt 57 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie C-439/11 P (...) SA przeciwko Komisji Europejskiej, <http://curia.europa.eu>).

Cementownia (...) SA zarzucając błędne ustalenie rynku wnosila o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, iż klinkier stosowany do produkcji cementów specjalistycznych posiada inne właściwości chemiczne od klinkieru używanego do produkcji cementów powszechnego użytku oraz, że cement szary nie stanowi substytutu dla cementów specjalistycznych. Tymczasem z powołanych regulacji wynika, że taki wniosek mógłby być uwzględniony tylko przy rozpatrywaniu naruszenia na tle przepisów prawa krajowego. Jak bowiem wskazano na tle przepisów prawa wspólnotowego nie ma potrzeby określenia rynku właściwego w sposób dokładny przy kartelach ustanawiających bariery według granic administracyjnych państwa członkowskiego, które z samej istoty ograniczają konkurencję. Na tle prawa krajowego przedmiotem oceny przy określaniu rynku są zachowania konsumentów w aspekcie ich reakcji na dostępne substytuty i jakie produkty będą postrzegane przez konsumentów za substytuty.

Prezes UOKiK ustalił rynek właściwy uwzględniając produkt- cement szary i obszar-terytorium Polski. Definiując rynek właściwy organ posłużył się obowiązującymi normami i ze względu na nie wyróżnił grupę cementów powszechnego użytku (wg EN 197-1 zharmonizowanej normy europejskiej, która w 2002 roku została zatwierdzona jako Polska Norma PN-EN 197- 1:2002) oraz grupę cementów specjalnych (wg normy PN-B-19707:2003 i PN-EN 197-1:2002/A1 2005) zaliczając je do cementu szarego.

W pierwszej tj. grupie cementów powszechnego wg normy PN-EN 197-1:2002 występuje 5 rodzajów cementu:

- CEM I - cement portlandzki,
- CEM II - cement portlandzki wieloskładnikowy,
- CEM III - cement hutniczy,
- CEM IV - cement pucolanowy,
- CEM V - cement wieloskładnikowy.

Obok rodzajów cementu występują wg normy trzy klasy wytrzymałości: klasa 32,5, klasa 42,5 i klasa 52,5 z normalną wytrzymałością wczesną – oznaczenie N i z wysoką wytrzymałością wczesną – oznaczenie R.

Druga grupa tj. grupa cementów specjalnych wg normy PN-B-19707:2002 musi spełniać wymagania normowe stawiane cementom powszechnego użytku zgodne z normą PN-EN 197-1:2002 i cementy z tej grupy cechują się trzema właściwościami specjalnymi:

- cementy o niskim cieple hydratacji (LH);
- cementy odporne na siarczany ((...));
- cementy o niskiej zawartości tlenków alkalicznych (NA).

Prezes UOKiK zaznaczył, że mimo licznych gatunków cementu szarego, które różnią się między sobą właściwościami, w zależności od proporcji współtworzących je składników oraz w zależności od przyjętego procesu ich produkcji, cement szary jest produktem homogenicznym, nie wymagającym węższej segmentacji. Przemawia za tym (i) produkcja na bazie jednego wspólnego dla nich produktu, (ii) w ogólnym zastosowaniu poszczególne gatunki cementu szarego mogą być używane zamiennie, (iii) produkt finalny musi spełniać standardy wynikające z norm, (iv) nie są znane produkty mogące być uznane za substytuty cementu szarego.

Dopuszczenie dowodu na wykazanie innych właściwości chemicznych klinkieru nie podważyłoby ustalenia rynku produktowego, bowiem o substytucyjności towarów decydują nabywcy. Ponadto wnosząca odwołanie nie wyjaśniła, w jakim zakresie przyjęta przez nią definicja rynku wyłączałaby wszelki rzeczywisty wpływ kartelu na zdefiniowany przez nią rynek cementów specjalistycznych (por. wyrok w sprawie C-510/06 A. D. M. Co. [http://\(...\).europa.eu](http://(...).europa.eu)). Twierdzenie, iż cement specjalistyczny należy do innego rynku produktowego w żadnym wypadku nie podważa okoliczności, że porozumienie stanowiło jednolite naruszenie bez wyodrębniania gatunków cementu. Składając odpowiedź na szczegółowe zapytanie Prezesa o produkcji gatunków cementu, odwołująca umieściła w wykazie CEM I 32,5 R-NA produkowany do 2007 roku, który był wyznacznikiem zmiany cen (tabela 18 uzasadnienia Decyzji).

Istotne jest przy tym, że Cementownia (...) SA wymieniała w załączniku do pisma procesowego z dnia 5 października 2009 r. (k. NN 6506 akt admin.) udział cementów specjalistycznych w produkcji ogółem (podk. Sądu) zaliczając do tych cementów:

CEM I 42,5 N-HSR/NA
CEM I 52,5 NA
CEM I 42,5 NA
CEM I 42,5 N-NA
CEM I 42,5 R-NA
CEM I MSR NA 42,5 N
CEM II/B-M S-V 42,5 N
CEM II/B-S 42,5 N-NA
CEM II/B-S 32,5 R-NA

Tymczasem cementy specjalistyczne znajdowały się w asortymencie (k. 3584, 3586 akt admin.) Cementowni (...) oraz (...) SA (k. 355 akt admin.).

CEM I 32,5 R

CEM I 42,5
CEM I 42,5 N-NA
CEM I 42,5 N-HSR/NA
CEM I 42,5 MSR NA
CEM I 52,5 N-NA
CEM I 52,5 R-NA
CEM II/A-V 42,5
CEM II/B-M S-V 32,5 R
CEM III/A 32,5 N-NA
CEM III/A 32,5 N-LH/HSR/NA
CEM I 42,5 MSR NA
CEM I 52,5 NA
CEM II/B-M S-V 32,5 R

Dla producentów cementu, cementy specjalistyczne stanowiły podgrupę cementu szarego. Cementy takie według K. K. (2) oprócz Cementowni (...) SA miał również (...), (...)i (...) (1.10.2013, 01:51:33).

5. art. 67 § 1 i 72 k.p.a. (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez niezgodne z powołanymi przepisami uznanie, że odbyła się konsultacja projektu decyzji z Komisją Europejską, podczas gdy konsultacja ta nie miała miejsca w prowadzonym postępowaniu antymonopolowym, o czym zaświadcza brak protokołu ani jakiegokolwiek adnotacji w aktach postępowania.

6. art. 11 ust. 4 Rozporządzenia 1/2003 w zw. z art. 10 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez (...) SA**) poprzez nieprzedstawienie dowodu potwierdzającego spełnienie obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej o planowanej decyzji nakazującej zaprzestanie naruszenia.

Cementownia (...) SA wskazała, że brak jest w aktach sprawy dowodu na konsultację projektu Decyzji z Komisją Europejską, a wg art. 67 § 1 k.p.a. i 72 k.p.a. każda czynność postępowania administracyjnego musi być utrwalona na piśmie w formie protokołu lub adnotacji.

Podobnie wskazywała (...)SA, że w aktach sprawy brak jest dokumentów potwierdzających spełnienie przez Prezesa UOKiK obowiązku notyfikacji z art. 11 ust. 4 Rozporządzenia.

W sprawach nieuregulowanych w ustawie do postępowania przed Prezesem stosuje się przepisy postępowania administracyjnego z odesłania art. 80 uokik, co oznacza że w pełnym zakresie i bezpośrednio stosuje się przepisy o protokołach i adnotacjach art. 67-72 k.p.a. Protokół należy sporządzić z czynności postępowania „mającej istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy”, a więc z czynności dotyczącej okoliczności prawotwórczych. Adnotacja z kolei służy utrwaleniu czynności dwóch rodzajów: mających znaczenie dla sprawy i mających znaczenie dla toku postępowania (por. J. Borkowski (w:) Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Wydawnictwo CH Beck Warszawa 2009, s. 301, 306).

Sposób procedowania z Komisją określa rozporządzenie 1/2003, którego reguły są obligatoryjne przy jednoczesnym stosowaniu art. 81 TWE. W ocenie Sądu, jeżeli jakaś kwestia jest regulowana proceduralnie odmiennie w rozporządzeniu, to ma ono pierwszeństwo na zasadzie *lex specialis* do procedury administracyjnej. Zgodnie z art. 27 rozporządzenia, dotyczącym procedury wysłuchania i tajemnicy służbowej, prawo wglądu do akt nie obejmuje korespondencji między Komisją a organami ochrony konkurencji Państw Członkowskich lub między tymi ostatnimi, w tym dokumentów sporządzonych na mocy art. 11 i 14. Nie zabrania to Komisji ujawnienia i wykorzystania informacji koniecznej do udowodnienia naruszenia. Skoro Komisja nie udziela dostępu do tzw. dokumentów wewnętrznych powstających w ramach procesu decyzyjnego niestanowiących jednak ostatecznego rezultatu tego procesu, to a *contrario* wszelkie dokumenty pochodzące od organów ochrony konkurencji państw członkowskich, zwłaszcza z art. 11 wymieniane w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji, nie mogą być ujawniane.

W opracowaniu K. Kowalik-Bańczyk „Zasady współpracy między Komisją a krajowymi organami ochrony konkurencji, [w:] Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej” LEX 2012 powołuje się na wypowiedź Maartje de Visser, że w przypadku niepowiadomienia Komisji i krajowych organów ochrony konkurencji o planowanej decyzji, decyzja wydana przez krajowy organ ochrony konkurencji nie powinna być „wykonalna”, tzn. przedsiębiorstwo mogłoby odmówić jej skuteczności. Na gruncie niniejszej sprawy jest to stanowisko nietrafne, bowiem rozporządzenie 1/2003 nie przewiduje sankcji za brak zastosowania art. 11, samo zaś powiadomienie służy trwałości systemu gwarantującemu skuteczne i jednolite stosowanie art. 81 i 82 TWE (pkt 1 preambuły).

Odwołujący nie wskazali normy prawa materialnego, która zostałaby naruszona przez niezastosowanie art. 67 i 72 k.p.a. a z braku protokołu i notatki nie wynika domniemanie braku czynności.

Zarzuty dotyczące zastosowania art. 81 TWE przed 1.05.2004 r., wpływu na handel między państwami członkowskimi

7. art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE), art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 TWE (obecnie art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu UE) (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez:

a) zastosowanie przepisów wspólnotowych do rozstrzygnięcia oraz wymierzenia kary pomimo braku wpływu rynku polskiego na rynek UE, co wynika z samych ustaleń pozwanej dotyczących śladowych ilości eksportu i importu cementu do Polski i z Polski oraz nieustalenia, jaki jest udział polskich producentów w rynku UE, oraz

b) zastosowanie przepisów wspólnotowych do okresu sprzed wejścia Polski do UE, to jest do objętego decyzją okresu 1.I.1998 r. – 30.IV.2004 r.,

8. przepisu art. 81 ust. 1 TWE, art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 TWE (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez zastosowanie przepisów wspólnotowych do oceny rzekomych naruszeń prawa antymonopolowego przed dniem 1 maja 2004 r.,

9. stwierdzenie, że porozumienie narusza art. 81 TWE [obecnie: art. 101 ust. 1 lit. a) TofUE] (**podniesione przez (...) Sp. z o.o.**).

Argumentując zarzut Cementownia (...) SA odwołała się do pkt 363 uzasadnienia Decyzji, gdzie Prezes UOKiK zauważył, że przepisy wspólnotowe mają zastosowanie do okresu liczonego od momentu przystąpienia Polski do Unii Europejskiej od 1 maja 2004 roku, ale nie odzwierciedlono tego w osnowie Decyzji. Zdaniem odwołującego prawo wspólnotowe zostało zastosowane do okresu sprzed 1 maja 2004 roku, a w decyzji nie zawarto niezbędnego podziału na (i) praktyki, do których stosuje się prawo wspólnotowe (art. 81 ust. 1 TWE) i na (ii) praktyki, do których prawa wspólnotowego stosować nie wolno, inaczej mówiąc na okres przed 1 maja 2004 roku i po 1 maja 2004 roku.

Odwołujący wskazał, że Prezes UOKiK co do okresu sprzed wejścia Polski do UE orzekał na podstawie art. 81 ust. 1 TWE czym naruszył powołany przepis w zakresie orzekania o karze i jej wysokości.

Wreszcie stosowanie art. 81 TWE jest możliwe, gdy zarzucane naruszenie może mieć wpływ na konkurencję (handel) w skali UE. Prezes UOKiK potwierdził w pkt 388 uzasadnienia, że takiego wpływu nie ma ze względu na bardzo małe (śladowe) ilości eksportu i importu cementu do Polski (w 2007 roku odpowiednio 1,78% i 2,63%), wysoki udział kosztów transportu w cenie (nie został zbadany) i decyzję KE, która stwierdziła, że rynek cementu ma charakter krajowy. Prezes UOKiK nie ustalił jaki jest udział polskich cementowni w całej produkcji cementu w UE, a bez tego ustalenia nie ma podstaw do przypisania polskim cementowniom wpływu na konkurencję w UE.

Cementownia (...) SA wskazywała na zastosowanie przepisów wspólnotowych do oceny rzekomych zachowań antymonopolowych przed dniem 1 maja 2004 r. Dodatkową niekonsekwencją w zastosowaniu tego prawa był brak zbadania wpływu zarzucanych naruszeń prawa antymonopolowego na obszar konkurencji w Unii Europejskiej.

(...) Sp. z o.o. zaznaczył, że przy przesłance wpływu na handel między państwami członkowskimi organ powinien wyjaśnić realne powody, dlaczego jego zdaniem praktyka może choćby pośrednio lub potencjalnie wpływać na handel wewnątrzspółnotowy. Wpływ ten nie został przez Prezesa udowodniony, a twierdzenia i argumenty w pkt 409-414 Decyzji nie konkretyzują przesłanki wpływu na handel.

Prezes UOKiK odnosząc się do zarzutów podkreślił, że czym innym jest ustalenie definicji rynku właściwego w aspekcie geograficznym, a czym innym ustalenie wpływu praktyki na handel między Państwami Członkowskimi. Koszty transportu i wielkości importu oraz eksportu odnoszą się do definiowania rynku właściwego w aspekcie geograficznym. W Decyzji Prezes UOKiK wyjaśnił jakie czynniki bierze pod uwagę ustalając możliwość wpływu porozumienia na handel między państwami członkowskimi oraz dlaczego analizowane porozumienie może taki skutek wywierać. Wreszcie Prezes UOKiK stosuje przepisy unijne, gdy porozumienie może wywierać wpływ na handel między państwami członkowskimi, a nie gdy istnieje „wpływ rynku polskiego na rynek Unii Europejskiej”.

O wpływie na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi świadczy: (i) porozumienie horyzontalne na terytorium Polski przy udziale uczestników w krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego posiadających prawie 100%, (ii) produkt (cement szary), który może być przedmiotem importu i eksportu pomiędzy co najmniej państwami ościennymi, (iii) podejmowanie działań zmierzających do kontrolowania sprzedaży (...) Sp. z o.o. – podmiotu wchodzącego na rynek, (iv) działania zmierzające do zwiększenia barier wejścia na rynek, (v) przynależność uczestników do międzynarodowych grup kapitałowych, co w przypadku zmiany pozycji w jednym państwie będzie wpływać na pozycję grupy jako całości. Wystarczy sama możliwość wpływu na handel, a kartele dotyczące terytorium jednego Państwa Członkowskiego co do zasady wywierają wpływ na handel między Państwami Członkowskimi.

Prezes UOKiK wskazał, że w osnowie Decyzji nie ma obowiązku podawania od kiedy zarzucana praktyka trwa, czy od kiedy stanowi naruszenie również przepisów prawa unijnego. Wynika to z pkt 363 Decyzji gdzie zostało wyjaśnione, że przepisy unijne mają zastosowanie do okresu od momentu przystąpienia Polski do UE, tj. od 1 maja 2004 roku. Metoda analizy zarzucanych stronom praktyk oraz przesłanki stwierdzenia naruszenia są takie same (różnica to wpływ

na handel) a różni się tylko okres, w stosunku do którego można uznać, że naruszały tylko prawo polskie, a od którego naruszały również prawo unijne.

Przy ocenie tego zarzutu należy zważyć, że: zgodnie z art. 3 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 przepisy krajowe konkurencji są stosowane łącznie z art. 101 TFUE i 102 TFUE (dawny art. 81 i 82 TWE) wówczas, gdy porozumienia, decyzje lub praktyki „mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi” w rozumieniu Traktatu. W konsekwencji, gdy istnieje możliwy wpływ na handel między Państwami Członkowskimi, prawo krajowe winno być stosowane łącznie z prawem Unii (art. 3 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003). Przepisy krajowe stosuje się zaś niezależnie od prawa Unii, gdy stwierdzi się brak tego potencjalnego wpływu na handel wewnątrzspółnotowy.

Nie ma wątpliwości, że w związku z art. 3 rozporządzenia nr 1/2003 sądy krajowe i organy ochrony konkurencji powinny z urzędu badać, czy dana praktyka może mieć wpływ na handel. W tym znaczeniu jest to klauzula „wymuszająca swoje zastosowanie” (por. K. Kowalik-Bańczyk, Unijne postępowanie antymonopolowe przed organem krajowym, [w:] Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej, LEX 2012).

Nie jest przesłanką stosowania przepisu traktatu wpływ jakiegokolwiek rynku państwa członkowskiego na rynek wspólnotowy (podk. Sądu), ale wpływ porozumienia i praktyk na handel między państwami członkowskimi, co może, ale nie musi, przekładać się na wyraźne wpływy pomiędzy tymi rynkami. Pojęcie „handel” w koncepcji „wpływu na handel” jest rozumiane szerzej niż tylko transakcje międzypaństwowe dotyczące produktów i usług.

Trybunał Sprawiedliwości UE wielokrotnie zajmował stanowisko w kwestii zasad regulujących ocenę tego kryterium. Zgodnie z utrwaloną zasadą Trybunał uważa, że aby porozumienie lub praktyka były w stanie wpłynąć na handel między państwami członkowskimi, muszą one pozwolić, na podstawie całokształtu obiektywnych okoliczności prawnych lub faktycznych, na przewidzenie z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa, że mogą one wywierać bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi, w sposób budzący obawę, że mogą one przeszkodzić w realizacji celów jednolitego rynku między państwami członkowskimi (por. pkt 36 i 66 wyroku w sprawach połączonych C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P oraz C-137/07 P, op.cit., oraz opinia Rzecznika Generalnego Yves'a Bota przedstawiona w dniu 26 marca 2009 r. w sprawie C-125/07 i orzecznictwo tam powołane, <http://curia.europa.eu>, pkt 92, 93 wyroku w sprawie C-439/11 P, op. cit. i opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-439/11 P i orzecznictwo w niej powołane, <http://curia.europa.eu>).

Wynika zatem, że wpływ na handel może być (i) bezpośredni, jeżeli nie ma widocznego wpływu, należy przejść do rozważenia (ii) wpływu pośredniego, natomiast przy braku (iii) wpływu aktualnego należy rozważyć, czy nie zachodzą okoliczności (iv) wpływu potencjalnego (por. Z. Jurczyk, Kartele w polityce konkurencji Unii Europejskiej, Wydawnictwo C.H.Beck Warszawa 2012, s. 224).

W niniejszej sprawie kartel zorganizowany na poziomie krajowym przez głównych producentów cementu mógł z samej jego istoty wpłynąć na handel między państwami członkowskimi w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE. Po pierwsze, producenci posiadali niemal 100% udziałów w rynku cementu. Tym samym kartelem było objęte całe terytorium państwa członkowskiego. Skutkiem porozumienia rozciągającego się na całe terytorium danego państwa członkowskiego jest umocnienie rynku na poziomie krajowym i zapewnienie ochrony produkcji krajowej, co w konsekwencji utrudnia wzajemną penetrację gospodarczą zamierzoną przez Traktat. Porozumienie stosowane na całym terytorium określonego państwa członkowskiego jest w stanie przyczynić się do podziału rynków i wpłynąć na wewnątrzspółnotową wymianę handlową (por. opinia Rzecznika Generalnego Yves'a Bota, op.cit., przypis 45). Nie ma potrzeby udowadniania, że porozumienie ma w rzeczywistości wpływ na handel, wystarczy że może mieć taki wpływ, a ma to miejsce w sytuacji, gdy porozumienie dokonuje podziału rynku krajowego.

Po drugie, koncepcja „wpływu na handel” obejmuje przypadki porozumień, które wpływają na konkurencyjną strukturę rynku wewnętrznego. Porozumienie, które jest realizowane pomiędzy przedsiębiorstwami mającymi siedzibę w jednym i tym samym państwie członkowskim dotyczące jedynie produktów wprowadzanych do obrotu

w tym samym państwie, nie oznacza, że wymiana handlowa na rynku wewnętrznym nie może zostać naruszona. Traktat jako zasadę ustanawia wolny przepływ towarów i usług, natomiast przykład (...) Sp. z o.o. pokazał, że pojawienie się nowego podmiotu na rynku spotkało się ze zdecydowanymi działaniami uczestników porozumienia (zeznania świadka F. S. (1), rozprawa 23.09.2013, 01:01:22). Takie działanie mogło nastąpić wobec każdego podmiotu z innego państwa członkowskiego, co konsekwentnie odbiłoby się na przepływach handlowych między państwami członkowskimi poprzez tworzenie barier wejścia na rynek polski. Jeżeli przedsiębiorstwo jest wyeliminowane lub może być wyeliminowane z uczestniczenia na rynku wówczas struktura rynku doznaje zniekształcenia.

Po trzecie, możliwość handlu transgranicznego przy ustalonych cenach i rynkach wewnętrznych ma również potencjalny wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi. Kontrahenci spotkaliby się z potencjalną koniecznością prowadzenia wymiany handlowej z konkretnym przyporządkowanym producentem z rynku polskiego i jego cenami.

Materiał dowodowy wskazuje, że są przykłady pośredniego i potencjalnego wpływu na handel w postaci: (i) zapytanie (...) SA przez Cementownię (...) SA w sprawie sprzedaży do klienta w Austrii (k. 5496/5497 akt admin.), (ii) „Konfrontacja indywidualnych i subiektywnych perspektyw postrzegania rynku” Cementownia (...) w zarzutach generalnych stawianych (...)wobec (...)ujmuje „Stopniowy wzrost eksportu do Czech pomimo faktu, że (...) jest liderem rynku czeskiego z udziałem ok. 50%, lecz oczywiście w rynki macierzyste (...)” (k. 476' akt admin.), (iii) (...) Sp. z o.o. odpowiadał faxem z dnia 23.05.2006 r. na ofertę handlową na dostawy cementu z Cementowni (...) na rok 2006 rok do (...)w H. (k. 590' akt admin.) oraz otrzymał pytanie od pośrednika międzynarodowego (Italia) zgłaszającego zapotrzebowanie większej ilości cementu portlandzkiego (k. 602 akt admin.), (iv) zeznania świadka A. W. „mówi kto inny ‘z Polski raczej się wycofamy, bo to dziadowski rynek (26.09.2013, 02:19:47), (iv) ocena (...) z 30.10.2000 (...) i (...)zawiera wskazanie eksportu tych cementowni (k. 1931 akt admin.). Wycofanie się przez Cementownia (...) SA ze sprzedaży cementu w Niemczech i w konsekwencji potrzeba wprowadzenia tych ilości na rynek polski spowodowała przypisywanie przez te spółki większego udziału rynkowego niż to było akceptowane przez pozostałych producentów cementu tj. 11,5% a nie 9% od 2003 r. (wyjaśnienia leniency (...) SA z 20.02.2009 r., k. 4770 akt admin.)

Wreszcie przykład kontrolowania cementu białoruskiego (dokumenty ze spotkań z przedstawicielami Cementowni (...).05.2005, 11.02.2005, styczeń 2005 r., k. 1114'-1119' akt admin.) obrazuje obronę posiadanej produkcji krajowej co pozwala na przewidzenie z dużym stopniem prawdopodobieństwa analogicznego postępowania z państwem członkowskim. Skutkiem zawartego porozumienia jest, z samej jego istoty, umacnianie się podziałów rynków na poziomie krajowym.

W wyroku T-144/07 z dnia 13 lipca 2011 r. w sprawie T. N. i inni v. Komisja Europejska, Sąd (dawniej: Sąd Pierwszej Instancji) uznał, że prawo Unii obejmuje każdy kartel i każdą praktykę, które są w stanie zakłócić swobodę handlu między państwami członkowskimi w taki sposób, że mogłyby zagrozić realizacji celów jednolitego rynku między państwami członkowskimi, w szczególności poprzez podział rynków krajowych lub zmianę struktury konkurencji na wspólnym rynku (por. pkt 55-57, 60). Artykuł 81 ust. 1 TWE wymaga jedynie dla jego zastosowania, aby porozumienia i uzgodnione praktyki ograniczające konkurencję mogły wpływać na handel między państwami członkowskimi.

Podnoszony przez Cementownię (...) SA zarzut braku ustalenia udziału polskich producentów w rynku UE jest niezasadny, bowiem w niniejszej sprawie zastosowanie art. 81 ust. 1 TWE wynikało z istoty naruszenia a nie kryterium 5% w celu wykazania odczuwalności wpływu na handel (por. analiza zawarta w opinii Rzecznika Generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-439/11 P op. cit.).

Jak zaznaczono, krajowe prawo konkurencji i prawo wspólnotowe mają równoległe zastosowanie (art. 3 rozporządzenia nr 1/2003). Na podstawie art. 3 rozporządzenia nr 1/2003 organy ochrony konkurencji i sądy państw członkowskich UE mają obowiązek stosować obecny art. 101 i 102 TFUE (dawny art. 81 i 82 TWE) wtedy, gdy stosują krajowe prawo konkurencji w odniesieniu do porozumień i praktyk, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi.

Postępowanie zostało wszczęte 28 grudnia 2006 roku na podstawie art. 44 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a 12 listopada 2008 roku zostało zmienione w ten sposób, że postępowanie wszczęto na podstawie art. 44 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. oraz art. 3 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 w sprawie zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu (k. 1, k. 2431 akt admin.). W niniejszej sprawie pojawia się zagadnienie stosowania art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 do okresu przed 1 maja 2004 roku, czyli datą przystąpienia Polski do Unii Europejskiej.

Temat jest podobny do występującego w sprawie C-17/10 (...) i inni v. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (LEX 1107440), gdzie Trybunał Sprawiedliwości doszedł do przekonania, że wykładni art. 81 TWE (obecnie art. 101 TFUE) i art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 należy dokonywać w taki sposób, iż w ramach postępowania wszczętego po dniu 1 maja 2004 r. nie znajdują one zastosowania do kartelu, który przed tą datą wywarł skutki na terytorium państwa członkowskiego, które przystąpiło do Unii w dniu 1 maja 2004 r. (orzeczenie wstępne).

Sąd uwzględniając wykładnię Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-17/10 przyjmuje, że przepisy obecnego art. 101 TFUE (dawnego art. 81 TWE) i art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 nie znajdują zastosowania do porozumień antykonkurencyjnych, które występowały przed dniem akcesji Polski do Unii Europejskiej.

Z ogólnych zasad prawa wynika, że w odniesieniu do czasowych skutków zmian prawa należy dokonać rozróżnienia pomiędzy przepisami proceduralnymi i przepisami materialnoprawnymi. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przepisy proceduralne powinno się na ogół stosować do wszystkich postępowań będących w toku w momencie ich wejścia w życie, w odróżnieniu od przepisów materialnych, które są zazwyczaj interpretowane w ten sposób, iż nie obowiązują w stosunku do sytuacji powstałych przed ich wejściem w życie (por. opinia rzecznika generalnego J. K. przedstawiona w dniu 8 września 2011 r. w sprawie C-17/10 (...) i in., <http://curia.europa.eu>). Art. 3 ust. 1 i art. 81 TWE zawierają materialne wymogi w odniesieniu do oceny przez organy ochrony konkurencji porozumień przedsiębiorstw. Tym samym art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 stanowią materialnoprawne przepisy prawa unijnego i jako takie nie mogą być stosowane do okresu sprzed 1 maja 2004 r.

W niniejszej sprawie moment zastosowania art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 obok ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przekłada się na wymiar kary.

W odniesieniu do okresów sprzed daty przystąpienia Polski do UE antykonkurencyjne skutki kartelu należy oceniać wyłącznie zgodnie z krajowym prawem konkurencji, a w odniesieniu do późniejszych okresów należy je oceniać na podstawie art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003. Oznacza to konkretnie, że art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 stosuje się w takim zakresie, w jakim chodzi o nałożenie kary ze względu na możliwe antykonkurencyjne skutki tego kartelu w okresie od dnia 1 maja 2004 roku. Natomiast antykonkurencyjne skutki tego kartelu, które dotyczą okresu do dnia 30 kwietnia 2004 roku mogą być oceniane tylko zgodnie z krajowym prawem konkurencji, tu ustawą z 15 grudnia 2000 r. Może mieć miejsc jednolite i ciągle naruszenie, niemniej jego antykonkurencyjne skutki podlegają w odniesieniu do okresu przed przystąpieniem Polski do UE i po nim w każdym przypadku innym przepisom prawnym (por. opinia rzecznika generalnego Juliane Kokott w sprawie C-17/10, op. cit.).

Jak zauważyła rzecznik generalna w przedstawionej opinii pkt 45 i 46 „Do kartelu o zasięgu międzynarodowym, który w formie jednolitego i ciągłego naruszenia miał lub mógł mieć wpływ na terytorium nowego państwa członkowskiego zarówno przed datą przystąpienia, jak i po niej, znajdują więc zastosowanie, w zależności od danego okresu, różne normy materialnoprawne. W odniesieniu do okresów sprzed daty przystąpienia antykonkurencyjne skutki kartelu w danym państwie członkowskim należy oceniać wyłącznie zgodnie z krajowym prawem konkurencji tego państwa członkowskiego. W odniesieniu do późniejszych okresów należy je natomiast oceniać w skali Unii jednolicie na podstawie art. 81 WE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003.

W niniejszej sprawie oznacza to konkretnie, co następuje: art. 81 WE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 stosuje się w Republice Czeskiej do spornego kartelu tylko w takim zakresie, w jakim chodzi o nałożenie kary ze względu na możliwe antykonkurencyjne skutki tego kartelu w okresie od dnia 1 maja 2004 r. Natomiast antykonkurencyjne

skutki tego kartelu, które dotyczą okresu do dnia 30 kwietnia 2004 r., mogą być oceniane w Republice Czeskiej tylko zgodnie z krajowym prawem konkurencji. Może mieć wprawdzie miejsce jednolite i ciągle naruszenie, niemniej jego antykonkurencyjne skutki podlegają w odniesieniu do okresu przed przystąpieniem Republiki Czeskiej do Unii Europejskiej i po nim w każdym przypadku różnym przepisom prawnym”.

Zarzuty (...)SA i (...)SA są częściowo zasadne, co wpłynęło na zmianę wymiaru kary.

Zarzuty dotyczące „grupy (...)”

10. art. 233 k.p.c. w zw. z art. 81 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez błędną ocenę dowodów, nieopartą wszechstronnym rozważaniem zebranego materiału dowodowego, w tym polegającą na:

a) manipulowaniu udziałami rynkowymi powoda i Cementowni (...) S.A., raz łączeniu ich, nazywając „grupą (...)” – dla celów pokazania powoda jako dużego producenta oraz podmiotu reprezentującego interesy (...) S.A. i przekazującego jej uzgodnienia, raz rozdzielaniu, nazywając tych przedsiębiorców „konkurentami” tylko po to, aby zarzucić im nielegalną wymianę informacji, podczas gdy podmioty te stanowią w świetle prawa antymonopolowego jeden podmiot gospodarczy (single economic unit),

b) błędnym zaliczeniu grupy kapitałowej powoda do „głównych światowych producentów cementu” w pkt 31 uzasadnienia, podczas gdy grupa kapitałowa powoda działa tylko w Polsce z niewielkim eksportem poza polski na rynek, co doprowadziło w konsekwencji do błędnego przypisania powodowi działań tożsamyh z działaniami wielkich światowych producentów;

11. przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 81 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego polegającego na nieuzasadnionym i dowolnym (niezależnym od kontekstu) powoływaniu udziału rynkowego „grupy (...)” (zamiast (...) S.A.) i przedstawianiu owej grupy jako znacznego podmiotu rynku cementu, a w szczególności zaliczeniu tej grupy do „głównych światowych producentów cementu”.

Cementownia (...) SA zarzuciła, że przy wymianie informacji handlowych jest ona razem z Cementownią (...) SA traktowana jako „konkurent”, natomiast tam, gdzie Prezes UOKiK chce zaliczyć „grupę (...)” do głównych światowych producentów cementu, łączy oba podmioty w jeden. Podobnie Prezes połączył obie cementownie po to, aby pokazać, że Cementownia (...) SA była reprezentowana przez Cementownię (...) SA. W świetle prawa antymonopolowego grupa (...) stanowi jeden podmiot gospodarczy single economic unit i z właścicielskiego punktu widzenia mogą konkurować i równocześnie wymieniać się informacjami rynkowymi.

Cementownia (...) SA podniosła, że jest małą cementownią posiadającą ok. 6% udziału w rynku następnie zwiększonym do 7,5%, nie ma wpływu na rynek i działa jako naśladowca decyzji podejmowanych przez liderów rynku. Stan znacznej nierównowagi rynkowej wymusza na małym producencie monitorowanie rynku. Podniosła, że mali producenci zostali uwolnieni od zarzutu niedozwolonych praktyk (Cementownia (...) SA), a wobec podmiotu zależnego jak (...) Sp. z o.o. i kontrolowanego jak Cementownia (...) SA nie stwierdzono stosowania praktyki ograniczającej konkurencję. Tymczasem mimo powiązań (...)SA i (...)SA ta druga nie została zwolniona z kary.

Prezes UOKiK podniósł, że kwestia stanowienia jednego podmiotu gospodarczego w świetle prawa antymonopolowego przez obie spółki była szczegółowo badana. Pomimo przynależności do jednej grupy (...) spółki prowadziły własne działania w zakresie produkcji i sprzedaży cementu w sposób autonomiczny. W odwołaniu Cementownia nie przedstawiła żadnych argumentów przemawiających za klasyfikacją jej i Cementowni (...) SA jako single economic unit. Konkurowanie świadczy o odrębności przedsiębiorców. Natomiast spółki były postrzegane przez krajowych producentów cementu jako należące do grupy (...) i nazywane „grupa (...)” i „rzeki”. Postrzeganie przez konkurentów nie jest wystarczające do uznania, że stanowią one jeden podmiot gospodarczy. Ponadto uznanie przedsiębiorcy za należącego bądź nie do grupy „głównych światowych producentów cementu” nie miało żadnego wpływu na uznanie go za członka kartelu.

Cementownia (...) SA podniosła, że nie można uznać za dowód oświadczenia wnioskodawców leniency jakoby Cementownia (...) była reprezentowana na spotkaniach przez przedstawiciela Cementowni (...) SA. Prezes UOKiK zaprzestał sprawdzenia powyższego oświadczenia. Cementownia (...) SA odwołała się do pkt 170-175 uzasadnienia Decyzji podkreślając, że nie wynika z niej jakoby cementownia była zaangażowana w kształtowanie udziału „grupy (...)” w krajowym rynku cementu.

Ponadto odwołujący zarzucił niekonsekwencję organu przyjmującego znamiona wprowadzenia zasady odpowiedzialności zbiorowej używając określenia „grupa (...)” w celu wskazania dużego podmiotu, z drugiej strony wskazuje oddzielnie cementownie piętnując rzekome reprezentowanie jednego podmiotu przez drugi czy też wymianę informacji. Wg spółki oba podmioty tworzą jeden podmiot gospodarczy w kontekście prawodawstwa antymonopolowego. Nie wyjaśniona została kwestia uznania za „duży światowy koncern”. Mimo posługiwania się pojęciem „grupa (...)”, Cementownia (...) SA nie została zwolniona od odpowiedzialności, co nastąpiło w przypadku (...) Sp. z o.o. i Cementowni (...) SA.

Prezes UOKiK podkreślił, że wyjaśnienia (...) w kwestii reprezentowania Cementowni (...) SA przez Cementownię (...) SA są zbieżne z materiałem dowodowym, z którego wynika, że obie cementownie były postrzegane jako należące do grupy (...) i najczęściej były reprezentowane w spotkaniach uczestników porozumienia przez jedną osobę. Wobec innych producentów cementu oba podmioty działały w sposób skojarzony.

Prezes UOKiK wyjaśnił w przypadku obu odwołań, że wzajemne usytuowanie (...)SA i (...)SA jest odmienne od relacji Grupa (...) SA oraz (...) Sp. z o.o. (...)SA i (...)Sp. z o.o. są spółkami zależnymi i wpływ spółek matek na polityki handlowe córek wskazuje, że podmioty te stanowią jeden podmiot gospodarczy w rozumieniu prawa konkurencji. Spółki zależne nie mają swobody w kształtowaniu swoich działań rynkowych, które są określane przez ich spółki matki. Natomiast (...)SA i (...) SA funkcjonują autonomicznie i niezależnie od siebie ponosząc indywidualną odpowiedzialność za własne działania. O udziale spółki w porozumieniu świadczą dowody, w których obie cementownie łącznie były nazywane „grupa (...)” lub „rzeki”.

Analizując powyższe zarzuty Sąd zważył, że w przypadku Cementowni (...) SA struktura własnościowa wygląda następująco:

W przypadku Cementowni (...) SA

Natomiast (...)SA należy do Koncernu (...) (Cement (...)):

Z kolei międzynarodowa grupa (...) Cement przez podmiot zależny (...) (...)

(...) SA jest nietrafny bowiem spółki nie wykazały, że cementownie stanowią single economic unit.

Koncepcja single economic unit wiąże się z koncepcją podmiotu gospodarczego odpowiedzialnego za naruszenie zasad konkurencji. W celu określenia sprawcy naruszenia prawa konkurencji, który może zostać ukarany na podstawie art. 81 TWE i 82 TWE autorzy traktatów postanowili posłużyć się pojęciem przedsiębiorstwa (undertaking). Słowo „przedsiębiorstwo” nie zostało zdefiniowane w traktacie. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału pojęcie przedsiębiorstwa obejmuje każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą, niezależnie od jego statusu prawnego i sposobu finansowania, nawet jeżeli z prawnego punktu widzenia jednostka ta składa się z kilku osób fizycznych lub prawnych. Jeżeli tego rodzaju podmiot gospodarczy narusza reguły konkurencji, musi on odpowiedzieć za to naruszenie zgodnie z zasadą odpowiedzialności osobistej (por. wyrok TS z dnia 18 lipca 2013 r. w sprawie C-501/11 P S. (...) i in. przeciwko Komisji, wyrok TS z dnia 26 listopada 2013 r. w sprawie C-50/12 P. N. przeciwko Komisji Europejskiej i opinia Rzecznika Generalnego Eleanor Sharpston przedstawiona w dniu 30 maja 2013 r. w sprawie C-50/12 P, wyrok TS z dnia z dnia 29 września 2011 r. w sprawie C-520/09 P (...) SA przeciwko Komisji Europejskiej, <http://curia.europa.eu>).

Zagadnieniem nierozzerwalnie związanym z pojęciem przedsiębiorcy w prawie unijnym jest funkcjonowanie zasady, że dwa oddzielne z prawnego punktu widzenia podmioty mogą być na gruncie reguł konkurencji uznane za jednego przedsiębiorcę, jeśli występujące między nimi związki (typu spółka matka – spółka córka) uzasadniają traktowanie ich jako jednego organizmu gospodarczego (single economic unit). Definicja przedsiębiorcy w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów nie przewiduje takiej możliwości. Wiąże zasadniczo pojęcie przedsiębiorcy z pojedynczymi podmiotami, nawet jeżeli istnieją między nimi powiązania kapitałowe lub faktyczne, które powodują, że podmioty te faktycznie realizują wspólny cel gospodarczy (wyjątkiem są związki przedsiębiorców).

Różnego rodzaju powiązania między formalnie odrębnymi jednostkami mogą decydować o tym, że w świetle europejskiego prawa ochrony konkurencji są traktowane jako jeden organizm gospodarczy. Struktura organizacyjna single economic unit może składać się z wielu formalnie niezależnych podmiotów (osób fizycznych lub prawnych), jeżeli wskutek funkcjonalnych powiązań, w praktyce rynkowej realizują wspólnie tożsamy cel gospodarczy zachowując się jednolicie w taki sposób, że niemożliwe jest, by odgrywały względem siebie role konkurentów.

Zarzut braku uznania single economic unit nie odnosi skutku do prawa krajowego, a dla celów stosowania art. 81 TWE musiałoby jasno wynikać, że albo jedna spółka jest zależna od drugiej i nie określa w sposób autonomiczny swojego zachowania na rynku stosując instrukcje drugiej, albo, że należą do tej samej grupy kapitałowej i realizują szczególnie długoterminowy cel gospodarczy. Jedynie w takich okolicznościach spółka dominująca i spółka zależna tworzą jedno przedsiębiorstwo w rozumieniu obecnego art. 101 (...) (por. opinia rzecznika generalnego z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie C-50/12 P Kendrion NV przeciwko Komisji Europejskiej, op. cit.).

Właścicielem (...)SA jest (...) (99,84%), a Cementowni (...) (99,94%). W obu podmiotach niemieckich akcje posiada J. M. (2) – 33,33% i 51%, co jest niewystarczające do kwalifikowania cementowni jako należących do jednej grupy. W zależności od uprawnień J. M. idących za posiadanymi akcjami, poziom udziału w kapitale (...) mógłby świadczyć o decydującym jej wpływie na politykę gospodarczą obu spółek a przez to przekładać się na politykę spółek zależnych. Obie Cementownie zostały zobowiązane do przedstawienia powiązań kapitałowych pismem z dnia 17 listopada 2008 r. (k. 2456 i 2471 akt administracyjnych). Z odpowiedzi wynika, że pośrednio kontrolę nad spółkami sprawuje J. M. (2), ale obie spółki prowadzą autonomiczną politykę handlową. (k. 2966, 3123 akt administracyjnych).

Tymczasem asortyment cementów szarych nie pokrywał się (k. 2970, 3142 akt administracyjnych)

<i>Asortyment cementów</i>	
Cementownia (...) SA	Cementownia (...) SA

CEM I 32,5 R-NA	CEM I 32,5 R
CEM I 42,5 N-HSR/NA	CEM I 42,5 R
CEM I 52,5 NA	CEM II AS 32,5 R
CEM I 42,5 NA	CEM II AD 42,5 R
CEM I 42,5 N-NA	CEM II BS 32,5 R

CEM I 42,5 R-NA	CEM II BS 42,5 R
CEM I MSR NA 42,5 N	CEM II BM S-LL 32,5 R
CEM II/B-SV 32,5 R	CEM II BV 32,5
CEM II/B-M S-V 32,5 R	CEM III A 32,5 N
CEM II/B-M S-V 42,5 N	SPOIWO CQ 25
CEM II/B-S 32,5 R-NA	
CEM II/B-S 42,5 N-NA	
CEM II/B-M V-LL 32,5 R	
CEM HUTNICZY 25	
CEM III/A 32,5 N-NA	
CEM III/A 32,5 N-LH/HSR/NA	

Struktura właścicielska nie oznacza automatycznie utraty samodzielności gospodarczej a poza tym podmiot naruszający reguły konkurencji musi odpowiedzieć za to naruszenie zgodnie z zasadą odpowiedzialności osobistej. Nie można również określić funkcjonujących w kartelu („grupa (...)”) przyjmować jako prawdziwe z punktu widzenia powiązań kapitałowych. Operowanie „grupą (...)” nie oznacza traktowania podmiotów jako grupy w znaczeniu grupy kapitałowej. Materiały znalezione podczas kontroli w Cementowni (...) SA w postaci tabel „sprzedaż na kraj w okresie ...i narastająco Grupa 7” zawierają w zestawieniu wyodrębnienie (...) i (...) z podsumowaniem (...) (k. 370-431 akt adm.). W odrębnych notatkach sporządzonych przez prezesa zarządu (...) SA np. notatka z 23.05.2002 “Miebach 10,5% for this year question about Czech”, (...) calculate mkt accept...not agree with higher...” (k. 1510 akt admin.) oraz w tabelach za 2002 „reszta % dla Klubu” „udział % (...)”, opcje (...) 9,6% i 11% za 2002 (k. 1526' akt admin.). Tak w kartelu była określana Cementownia (...) SA co znalazło odzwierciedlenie w zastosowanym nazewnictwie w Decyzji. Nie Prezes UOKiK stworzył „grupę (...)” na potrzeby postępowania, ale posiadany materiał dowodowy wymagał operowania danymi i strukturą grupy przyjętą przez nią samą (zeznania świadka M. R., 23.09.2013 00:29:38, zeznania A. S. 23.09.2013 01:40:18)

Nieporozumieniem jest porównywanie sytuacji (...)SA i (...)SA do układu Grupa (...) SA oraz (...) Sp. z o.o. Zachowanie spółki zależnej można przypisać spółce dominującej między innymi w wypadku, gdy mimo posiadania odrębnej osobowości prawnej spółka zależna nie określa w sposób samodzielny swojego zachowania rynkowego, lecz zasadniczo stosuje się do poleceń wydawanych jej przez spółkę dominującą, w szczególności z uwzględnieniem więzów gospodarczych, organizacyjnych i prawnych łączących oba te podmioty prawa (tak cytowany wyrok TS z dnia 2011-09-29 w sprawie C-520/09, op. cit.).

Różnice wynikają z innego układu właścicielskiego i odmiennych polityk gospodarczych. W przypadku Cementowni (...) SA większościowy pakiet akcji posiada (...)SA od 1997 roku (k. 189 v akt adm). Sprzedaż obie spółki miały łączną. (...) SA jest 100% właścicielem (...) Sp. z o.o. i polityka (...)nie jest autonomiczna (k. 2312 wersja jawna akt admin.).

Przypisanie udziałów w kartelu odnosiło się do dwóch podmiotów nazywanych łącznie „grupą (...)”.

Zarzuty dotyczące postępowania dowodowego

12. art. 49 ust. 1 oraz art. 54 ust. 1 uokik w zw. z art. 7 k.p.a. i art. 77 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez nieskorzystanie z opinii biegłego przez pozwanego w prowadzonym postępowaniu, w sytuacji gdy urzędnicy pozwanego nie mają uprawnień ani wiadomości specjalnych aby wypowiedać się w zakresie specjalistycznych spraw dotyczących rynku cementu, w tym co do zdefiniowania rynku właściwego w zakresie cementu.

Cementownia (...) SA podniosła, że Prezes UOKiK nie ma uprawnień aby występować jako ekspert od rynku cementu i nie skorzystał z opinii biegłych.

Prezes UOKiK podniósł, że definiowanie rynku w sprawach dotyczących porozumień, które z uwagi na swój cel ograniczają konkurencję, nie wymaga takiego stopnia precyzji, jaki konieczny jest przy rozpatrywaniu spraw dotyczących nadużywania pozycji dominującej, czy koncentracji przedsiębiorców. W niniejszej sprawie zaznaczył Prezes UOKiK szersza bądź węższa definicja rynku nie ma znaczenia, ponadto definiowanie rynku właściwego występuje w każdym postępowaniu antymonopolowym stąd metodologia określania rynku jest opanowana i ma wiedzę jakie czynniki są istotne dla ustalenia substytucyjności konkretnych towarów.

Zgodnie z art. 49 uokik w związku z art. 54 uokik Prezes może zasięgnąć opinii biegłych (instytutu) w sprawach wymagających wiadomości specjalnych. Zarzut jest nietrafny, albowiem definiowanie rynku jest narzędziem mającym na celu zidentyfikowanie oraz określenie ograniczeń konkurencji między przedsiębiorstwami a organem mającym wiedzę na temat metodologii ustalania rynku ma Prezes UOKiK jako instytucja do tego powołana (art. 1 w związku z art. 26 uokik).

13. art. 227 k.p.c. w zw. z art. 81 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez zaniechanie przeprowadzenia wnioskowanych przez powoda i inne strony dowodów (w tym (...) sp. z o.o.) – mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia i nierozpatrzenie materiału dowodowego zebranego w sprawie:

a) z powołaniem się na to, że dana okoliczność została już ustalona zgodnie z tezą pozwanego o istnieniu niedozwolonego porozumienia,

b) w sytuacji opracowania przez pozwanego projektu decyzji z uzasadnieniem i wysłaniu go do Komisji Europejskiej przed poznaniem stanowisk stron postępowania w sprawie i ich wniosków dowodowych zgłoszonych w terminie.

14. naruszeniu art. 7 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez (...) Sp. z o.o.**) poprzez naruszenie obowiązku podjęcia wszelkich kroków niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego i załatwienia sprawy oraz art. 227 k.p.c. w zw. z art. 81 uokik poprzez bezpodstawne oddalenie wniosków dowodowych (...) Sp. z o.o.

Cementownia (...) SA podniosła, że wnioski dowodowe (...) sp. z o.o. nie zostały przeprowadzone bowiem organ przyjął, że teza o niedozwolonym postanowieniu została udowodniona i wnioskowane dowody potwierdzałyby stanowisko strony o niebraniu udziału w porozumieniu.

(...) sp. z o.o. zarzucił niewyjaśnienie stanu faktycznego poprzez oddalenie wniosków dowodowych i podkreślił niewyjaśnienie istotnych okoliczności w sprawie.

Prezes UOKiK odpowiadając na zarzut wskazał, że (...) sp. z o.o. wnioskując o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków i przesłuchania strony jednocześnie złożył oświadczenia osób, które miałyby zostać przesłuchane. W tym

zakresie Prezes mógł zapoznać się ze stanowiskiem tych osób, które stanowiły dowody z dokumentu prywatnego i uznać, że przeprowadzenie wnioskowanych dowodów z zeznań świadków i przesłuchania stron miałyby na celu jedynie podtrzymanie prezentowanego w toku postępowania stanowiska strony. W warunkach niniejszej sprawy Prezes uznał, że nie istniała konieczność przeprowadzenia dowodów wnioskowanych gdyż zebrany materiał stanowił wystarczającą podstawę do wydania decyzji. Sprawa toczyła się długo ze względu na jej skomplikowanie. Strona nie przedstawiła argumentów co do zarzutu opracowania projektu Decyzji i wysłaniu go do Komisji Europejskiej przed poznaniem stanowisk stron.

Sąd zauważa, że zgodnie z art. 81 uokik w sprawach dotyczących dowodów w postępowaniu przed Prezesem w zakresie nieuregulowanym w rozdziale dotyczącym postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się odpowiednio art. 227-315 k.p.c. Z kolei wg art. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 w krajowym postępowaniu w sprawie stosowania art. 81 TWE ciężar udowodnienia naruszenia art. 81 ust. 1 TWE spoczywa na stronie lub organie zarzucającym naruszenie.

Odesłanie zawarte w art. 81 uokik dotyczy nie tylko dowodów, ale także przedmiotu oceny dowodów i postępowania dowodowego. W postępowaniu przed Prezesem nie stosuje się zatem art. 75-88a k.p.a. Jednak przepisy art. 227-234 k.p.c. powinny być stosowane z uwzględnieniem reguł wynikających z zastosowania art. 6-16 k.p.a., a więc z uwzględnieniem zasad rządzących postępowaniem administracyjnym, bowiem przepisy k.p.c. o dowodach stosuje się odpowiednio a nie wprost. Oznacza to, że stosowanie art. 227-234 k.p.c. następować powinno z uwzględnieniem art. 7 k.p.a. (por. T. Kwieciński (w:) Stawicki A. (red), Stawicki E. (red) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Lex 2011).

Z art. 7 k.p.a. wyprowadza się zasadę prawdy obiektywnej, której przejawem jest „wyczerpujące zbadanie wszystkich okoliczności faktycznych związanych z określoną sprawą, aby stworzyć jej rzeczywisty obraz i uzyskać podstawę do trafnego zastosowania przepisu prawa”. Zasada powyższa ma wpływ na rozłożenie ciężaru dowodu.

Zgodnie z powyższymi regulacjami Prezes musi udowodnić naruszenie reguł konkurencji i przedstawić dowody na okoliczność wystąpienia naruszeń. Przy takim rozkładzie ciężaru dowodu, pominięcie wniosków strony o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków na wykazanie okoliczności przeciwnej stanowi naruszenie reguł postępowania, bowiem strona ma zagwarantowany ustawowo wpływ na ukształtowanie zakresu postępowania dowodowego (art. 7 k.p.a.). Odpowiednie stosowanie przepisów k.p.c. dotyczących postępowania dowodowego nakazuje przeanalizowanie zgłaszanych wniosków dowodowych i za ich oddaleniem nie może przemawiać prezentowane stanowisko strony w sprawie. Stanowisko strony jest twierdzeniem a nie dowodem i właśnie twierdzenie strona chce udowodnić środkami stosowanymi odpowiednio z art. 227-315 k.p.c. Istota art. 227 k.p.c. łączy się z jego związkiem z prawem materialnym i przepis prawa materialnego wyznacza zakres koniecznych ustaleń faktycznych oraz ma rozstrzygające znaczenie dla oceny, czy określone fakty jako ewentualny przedmiot dowodu mają wpływ na treść orzeczenia. Twierdzenie strony o niebraniu udziału w porozumieniu ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Organ ma obowiązek zebrania i rozpatrzenia całego materiału dowodowego przypisując poszczególnym dowodom walor wiarygodności bądź nie. Jeżeli dowód ma na celu wykazanie okoliczności istotnej nie można mówić o jego niecelowości, chyba że okoliczność istotna została już dowiedziona. W niniejszej sprawie istniała konieczność przeprowadzenia dowodów wnioskowanych przez (...) sp. z o.o. bowiem materiał, jak stwierdził Prezes, był obszerny i kompletny, ale do wydania decyzji stwierdzającej naruszenie praktyk, a nie do stwierdzenia braku praktyk. Prezes przedstawił w decyzji dowody, na których się oparł i ocenił oświadczenia złożone na piśmie, podkreślając wyjaśnienie sprawy. Jeżeli zatem sprawa została wyjaśniona, ale odmiennie od żądania strony, to strona nie traci możliwości powoływania wniosków dowodowych w postępowaniu toczącym się na skutek odwołania, gdzie art. 232 k.p.c. ma pełne zastosowanie.

Nie wszystkie zarzuty odnoszące się do przepisów dotyczących postępowania przed Prezesem Urzędu rzutują bezpośrednio, w przypadku ich uwzględnienia przez Sąd, na ocenę zasadności samego odwołania. W szczególności, w przypadku formułowania w odwołaniu zarzutów dotyczących ustaleń faktycznych, środków dowodowych, oceny dowodów, niektórych wad formalnych samej decyzji, stwierdzenie przez Sąd Okręgowy ewentualnych uchybień w tym zakresie w postępowaniu przed Prezesem Urzędu nie stwarza potrzeby uchylenia decyzji. Poczynienie stosownych

ustaleń, ocena środków dowodowych, uzupełnienie materiału dowodowego nie jest bowiem zastrzeżone do wyłącznej kompetencji Prezesa Urzędu, ponieważ po przekazaniu sprawy na drogę sądową – należy do sądu (tak też cytowany wyrok III SK 67/12). W niniejszym postępowaniu Sąd uzupełnił materiał dowodowy i jako Sąd rozpoznając sprawę merytorycznie dokonał jego oceny na nowo.

Jak trafnie podniósł Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 9 września 2011 r. (I CSK 248/11, niepubl.), art. 227 k.p.c. ma zastosowanie przed podjęciem rozstrzygnięć dowodowych i uprawnia sąd (tu odpowiednio Prezesa UOKiK) do selekcji zgłoszonych dowodów. W konsekwencji twierdzenie, że przepis ten został naruszony przez sąd rozpoznający sprawę ma rację bytu tylko w sytuacji, gdy wykazane zostanie, że (i) sąd przeprowadził dowód na okoliczności niemające istotnego znaczenia w sprawie i ta wadliwość postępowania dowodowego mogła mieć wpływ na wynik sprawy, a jego pośrednie naruszenie może polegać na (ii) odmowie przeprowadzenia przez sąd dowodu z uwagi na powołanie go do udowodnienia okoliczności niemających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia w sytuacji, kiedy ocena tej „nieistotności” była błędna (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2008 r., II PK 47/08, niepubl.; z dnia 11 maja 2005 r., III CK 548/04, niepubl. a także postanowienie z dnia 23 stycznia 2001 r., IV CKN 970/00, niepubl.).

Dodatkowo należy wskazać, że podnosząc naruszenie art. 227 k.p.c. należy równocześnie powołać uchybienia innym (ze wskazanych wyżej względów - poza art. 233 k.p.c.) przepisom postępowania dowodowego np. art. 217 § 2 k.p.c. (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2011 r., I CSK 237/10, nie publ.; z dnia 6 października 2009 r., II UK 47/09, nie publ. i z dnia 12 lutego 2009 r., III CSK 272/08, nie publ.).

Zarzuty dotyczące przedawnienia, jednego porozumienia

15. przepisu art. 93 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez wszczęcie postępowania antymonopolowego w przypadku gdy od końca roku, w którym zaprzestano stosowania zakazanych praktyk, upłynął okres ponad 1 roku.

16. naruszeniu art. 93 uokik (**podniesione przez (...) Sp. z o.o.**) poprzez prowadzenie i nieumorzenie postępowania co do praktyk objętych przedawnieniem wszczęcia postępowania.

17. art. 93 oraz art. 105 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez nierozważnie i niezastosowanie instytucji przedawnienia i w konsekwencji tego bezzasadne wszczęcie postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję wobec powoda, w sytuacji, gdy, nawet gdyby uznać (czemu powód zaprzecza), że takie praktyki miały miejsce, to od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok, wskutek czego postępowanie nie mogło być wszczęte, a wszczęte powinno zostać umorzone.

Cementownia (...) SA powołując się na ograniczenie kręgu podmiotów do (...) SA, (...) SA i (...) SA, z którymi wymieniane były dane, wskazywała, że nie brała udziału w żadnym spotkaniu i nie dokonywała żadnych ustaleń po roku 2004, co oznacza, że wszczęcie postępowania wobec niej nastąpiło z uchybieniem art. 93 Ustawy.

Z kolei (...) sp. z o.o. podniósł, że Prezes UOKiK nie wykazał uczestnictwa spółki w porozumieniu polegającym na ustalaniu cen i innych warunków sprzedaży cementu, ani w porozumieniu polegającym na podziale rynku produkcji i sprzedaży cementu. Jediną praktyką, w której uczestniczył pracownik (...) sp. z o.o. była wymiana poufnych informacji, która została zaniechana na przełomie 2004 i 2005, najpóźniej w 2005 roku. Przedawnienie odnosi się do wszelkich praktyk, których (...) Sp. z o.o. mogła być ewentualnie stroną przed rokiem 2003, w szczególności: uczestnictwa w systemie cen minimalnych, ustalaniu cen lub warunków sprzedaży cementu, podziale klientów. (...) Sp. z o.o. zaprzeczyła też uczestnictwu w praktykach antykonkurencyjnych po 2002 roku (rok wdrożenia niezależnej polityki rynkowej).

Cementownia (...) SA powołując się na wyjaśnienia (...) SA wskazywała, że wynika z nich, iż odwołująca nie brała udziału w wymianie danych po 2004 r. ani innych ustaleniach po tej dacie.

Prezes UOKiK odniósł się do sprawy (...) Sp. z o.o., w której brała udział Cementownia (...) SA, (...) sp. z o.o. i Cementownia (...) SA oraz do dokumentów znalezionych w toku kontroli w (...) SA obejmujących dane dotyczące miesięcznych wyników sprzedaży cementu w 2005 r., w tym Cementowni (...) SA, (...) sp. z o.o. i Cementowni (...) SA.

Zgodnie z art. 93 uokik nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok.

Kluczowym zagadnieniem dla stwierdzenia, czy w danym przypadku upłynął termin przedawnienia, jest ustalenie daty zaprzestania stosowania zakazanej praktyki. Ustalenie tej daty jest konsekwencją przyjęcia, jak należy rozumieć niedozwolone porozumienie, czy jest to szereg odrębnych porozumień, czy jedno ciągłe. Taki zarzut osobno postawiła (...) Sp. z o.o.

18. naruszeniu art. 4 pkt 4 uokik oraz art. 101 ust. 1 TfUE (**podniesione przez (...) Sp. z o.o.**) polegające na błędnym przyjęciu (p. 527-536 zaskarżonej decyzji), że działania stron niniejszego postępowania stanowiły jedno porozumienie antykonkurencyjne, podczas gdy w rzeczywistości działania takie (gdyby zostały udowodnione) mogły jedynie stanowić szereg porozumień zawartych przez różne strony,

Stąd niezastosowanie art. 93 Ustawy należy rozpoznać łącznie z zarzutem przyjęcia jednego porozumienia.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem naruszenie może wynikać nie tylko z pojedynczego działania, ale również z szeregu działań, a nawet z zachowania o charakterze ciągłym, nawet jeżeli jeden lub więcej elementów tego szeregu działań lub tego zachowania ciągłego mogłyby stanowić same w sobie i odrębnie naruszenie. Tym samym, jeżeli różne działania wpisują się w „plan ogólny” ze względu na ich identyczny cel zakłócający konkurencję na wspólnym rynku, można przypisać odpowiedzialność za te działania w zależności od udziału w naruszeniu rozpatrywanym w całości (wyroki: ww. w sprawie Komisja przeciwko A. P., pkt 81; jak też z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P A. P. i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-123, pkt 258).

Istnienie ogólnego planu regulacji rynku poprzez ograniczenie konkurencji wynika z oświadczeń leniency potwierdzonych zeznaniami świadków A. T. (1), J. W. (1) i strony A. B. (1).

Przed zmianami politycznymi i gospodarczymi mającymi miejsce na przełomie lat 1989/1990 przemysł cementowy w Polsce funkcjonował w stanie wyłączającym, zarówno de facto jak i de iure, istnienie konkurencji rynkowej. Działalność producentów cementu była co do zasady centralnie zarządzana. Transformacja ustrojowa doprowadziła do zmian zasad współpracy między przedsiębiorcami działającymi w branży cementowej, jak również do zmian w organizacji branżowych organizacji zrzeszających przedsiębiorców działających w sektorze cementowym.

Pomiędzy producentami istniał zgodny cel regulacji rynku natomiast skutek tego w postaci ustabilizowania pozycji każdego z uczestników nie nastąpił wobec różnych oczekiwań, a wynika to z poniższych oświadczeń:

Uczestnicy rynku działali w sytuacji ograniczenia konkurencji między sobą, co polegało na tym, że zawarli porozumienie ustalające wielkość udziału w rynku produkcji i sprzedaży cementu i zadeklarowali nie przekraczanie tak ustalonych udziałów rynkowych. Na początku lat 2000 było zasadą, że najwięksi producenci w tym (...), (...) oraz (...)((...)) dokonywali wspólnych ustaleń jaki procent rynku cementu powinien przypadać każdemu z nich i zadeklarowali przestrzeganie tej wspólnej polityki. Mechanizm przypisywania udziałów rynkowych, powstały na przełomie 1999/2000 nabrał z upływem lat cech zjawiska trwałego. Większość uczestników rozumiała jaki udział w rynku jest mu „należny” (oświadczenie B. k. 4558 akt admin.).

Celem ustalania systemu cen minimalnych było ograniczenie konkurencji w trudnej sytuacji rynkowej, w szczególności uniknięcie ryzyka wojny cenowej w warunkach niskiego popytu. Był to również sposób na pokrycie wzrastających kosztów produkcji (energii, węgla, gazu itp.).

System miał pozwalać stabilizować historycznie ustalone i przyjęte udziały w rynku. Jednak z uwagi na nie uzgodnienie przez uczestników porozumienia metod wzajemnej kontroli przestrzegania ustalonych cen, system nie spełniał swojej funkcji. Nie zapewniał skutecznej kontroli udziałów w rynku posiadanych przez poszczególnych producentów cementu. Ustalone ceny nie były przestrzegane. Po załamaniu się systemu cen minimalnych tj. po roku 2000, system uzgadniania cen polegał na ustalaniu przez prezesów spółek cementowych wysokości podwyżki.

Rozpoczęcie przez producentów cementu ustaleń uwzględniających szacunki dotyczące udziałów rynkowych ustalonych uprzednio samodzielnie przez poszczególnych producentów musiało nastąpić w związku z procesem wprowadzania systemu cen minimalnych.

Nigdy nie doszło do formalnego ustalenia czy rozpisania udziałów rynkowych pomiędzy poszczególnymi producentami np. w formie umowy ani w inny stanowczy i jasno wyrażony sposób. Co do zasady, uczestnicy porozumienia zgadzali się na potrzebę utrzymania historycznych udziałów w rynku. Ciągłe jednak trwały spory dotyczące okoliczności decydujących o wielkości udziału rynkowego przypisanego danej cementowni. Spółki cementowe nigdy nie osiągnęły konsensusu w tym zakresie, co z kolei powodowało nieprzestrzeganie przez cementownie dokonywanych wspólnie ustaleń. Sama koncepcja przyjęcia udziałów rynkowych poszczególnych cementowni w oparciu o dane historyczne była powszechnie akceptowana, kontestowano konkretne wielkości udziałów rynkowych przypisywanych sobie przez poszczególnych przedsiębiorców. Jednak istniał pewien poziom akceptacji dla udziałów rynkowych konkretnych cementowni, który z reguły odbiegał od udziałów wskazywanych przez poszczególne cementownie o ok. 1-2%. (oświadczenie leniency pismo (...) SA z 16.12.2008, k. 4651 akt admin.).

W drugiej połowie lat 90-tych polscy producenci cementu w drodze nieformalnych rozmów podjęli próby stabilizacji udziałów rynkowych poprzez odwoływanie się do ich „historycznych” udziałów rynkowych. Jednak według wiedzy (...) SA nigdy nie doszło do powstania kompleksowego systemu pozwalającego na egzekwowanie ustaleń będących wynikiem takich rozmów. Polscy producenci odwoływali się do udziałów historycznych, były próby ich zmodyfikowania (oświadczenie leniency pismo (...) SA z 20.06.2006, k. 4999 akt admin.).

Podczas spotkania pod koniec 1998 r. doszło do ustalenia podstawowych założeń systemu cen minimalnych w danym powiecie tzw. ceny powiatowe.

W omawianym okresie tzn. pomiędzy ok. 1999 i 2002 producenci starali się również ustabilizować sprzedaż poszczególnych producentów na poziomie „udziałów historycznych”.

Świadek A. T. (1) (rozprawa 26.09.2013) przedstawił genezę spotkań po roku 1989 i pojawiających się tematach regulacji rynku „pojawiały się rozmowy w jaki sposób ten rynek powinien zostać uregulowany” (02:31:19). Świadek zeznał, że podejmowane próby uregulowania rynku poprzez wymianę informacji, wprowadzanie cen, ustalanie udziałów rynkowych nigdy nie doprowadziły do tego, że osłabła konkurencja na rynku (03:00:32).

Szczegółowo przedstawił ideę regulacji świadek J. W. (1) (rozprawa 23.09.2013). Było mianowicie wiele spotkań, na których poruszano tematy cen „rozmawiano na szczeblu dyrektorów o wprowadzeniu cen w określonych miejscach w Polsce” (02:15:08), „wszystkim zależało, żeby ustabilizować cenę sprzedaży ze swoich zakładów. Na początku rozmawialiśmy o cenach minimalnych, później szczegółowe ustalenie cen powiatowych, które stanowiły wyznacznik dla dyrektorów handlowych jak sprzedawać cement w określonych rejonach i nieco ograniczyć konkurencję pomiędzy nami” (02:59:30). Nikt nie zakwestionował idei cen (03:25:18). W spotkaniu pod koniec 1998 r., które świadek zdecydowanie umiejscowił w C., uczestniczyli wszyscy dyrektorzy handlowi poza (...): panowie S., K., R., U. i być może niektórzy prezesi spółek (02:13:59). Uściślając wskazał, że byli obecni przedstawiciele: grupy (...), (...), (...), wtedy (...), (...) i (...), której dyrektor R. był utraktoowany jako osoba reprezentująca również (...), „myśmy traktowali obecność dyr. R. jako osobę, która reprezentuje zarówno Cementownię (...) jak i (...)” (02:45:07). Świadek przedstawił na spotkaniu materiał z analizą rynku i mechanizm wyliczania cen. Konsekwencją tego spotkania było kolejne, bowiem dyrektorzy handlowi chcieli dokładnie zapoznać się z propozycją. Na drugim spotkaniu wprowadzano poprawki (02:16:23). Wynikiem spotkania była chęć wprowadzenia takich cen na rynku polskim (02:18:18).

Mechanizm tworzenia cen był znany dla wszystkich: (...), (...), (...), (...), (...)(03:26:07). System wymiany informacji dotyczył przekazywania danych odnośnie sprzedaży poszczególnych zakładów w różnych okresach, co dekadę miesiąca, co miesiąc (02:08:37) a cel systemu „chcieliśmy wiedzieć, czy dana grupa nie przekracza ustalonego udziału rynkowego” (02:55:26), „każdy miał wyznaczony cel udziału rynkowego, świadomość tego jaka jest wielkość sprzedaży poszczególnych cementowni na rynku pozwalała na ocenę czy pewne ustalenia związane z udziałem w rynku są przestrzegane przez wszystkich, którzy w tym uczestniczyli” (02:57:01).

Strona A. B. (1) (rozprawa 01.10.2013) wyjaśniał niedoskonałość systemu ustaleń udziałów w rynku powiązanego z narzędziem w postaci wymiany informacji (02:18:42, 02:21:04, 02:24:54). Wskazał, że w drugiej połowie lat 90-tych nacisk na przydział udziałów w rynku kierowały podmioty stosujące metodę mokrą: (...), (...), (...)(02:22:23). Aktywnie uczestniczył w dyskusjach na temat udziałów w rynku (...) (02:28:42).

Z kolei świadek A. T. (1) jako przykład pokrzywdzonych podał (...), kiedy prezes (...)przyjechała w połowie lat 90tych żeby zorganizować spotkanie, aby zmienić ceny „wszyscy mnie atakują wszyscy są konkurentami” (03:10:34). (...)była niewielkim graczem, ale istotnym i chimerycznym, padała „deklaracja, że będziemy podążać z taką podwyżką cen, a później inne zachowanie na rynku” (03:36:00).

Świadek M. R. (1) (rozprawa 23.09.2013) potwierdził stworzenie cen powiatowych, minimalnych pod koniec lat 1990 opartych na wprowadzeniu rejonów z cenami, kosztami transportu (00:15:07). Nie pamiętał jednak spotkania w K. (00:13:13), choć świadek W. wprost go wymienił (2:13:59). Świadek ocenił „nie byłem tym zainteresowany, bo to nie było możliwe do wprowadzenia w życie, takich cen” (00:17:40). Z zeznań świadka nie wynika, aby wyraził tą ocenę publicznie i oficjalnie się zdystansował do propozycji regulacji cen. Co istotne, dalej brał udział w spotkaniach.

Powyższe zeznania świadczą, że Cementownia (...) SA, (...)SA i (...)Sp. z o.o. oraz (...) Sp. z o.o. i Grupa (...) SA знаły plan regulacji rynku poprzez ustalanie cen, ustalanie udziałów rynkowych i wymianę informacji.

Przedstawiciele obecnego (...)(dawne (...)) i Cementowni (...) SA, której dyrektor R. był traktowany jako reprezentant Cementowni (...) SA, obecnego (...) Sp. z o.o. i Grupy (...) SA brali udział w spotkaniu w C., które zapoczątkowało porozumienie. Dyrektor R. na spotkaniach traktowany był jako reprezentant Cementowni (...) SA i prezes tej spółki prosił go o przekazywanie informacji ze spotkań. W jednym z orzeczeń wskazano, że zastosowanie obecnego art. 101 TFUE nie jest uzależnione od działania lub nawet świadomości wspólników lub prezesów zarządu danego przedsiębiorstwa, lecz od działania osoby ogólnie upoważnionej do działania na rachunek tego przedsiębiorstwa (wyrok z dnia 7 czerwca 1983 r. w sprawach połączonych od 100/80 do 103/80 M. D. française i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 1825, pkt 97). Powyższym spotkaniem zapoczątkowano **porozumienie, które było rodzajem koordynacji pomiędzy przedsiębiorstwami pozwalającym na świadome zastąpienie związanego z konkurencją ryzyka praktyczną współpracą przedsiębiorstw** (por. wyrok S(PI) z 16.06.2011 T-240/07 w sprawie (...)i H. v. Komisja Europejska, www.eur-lex.europa.eu).

Do istnienia porozumienia wystarczy, aby dane przedsiębiorstwa wyraziły wspólną wolę postępowania na rynku w określony sposób. Można stwierdzić, że porozumienie w rozumieniu wspomnianego artykułu jest zawarte w przypadku, gdy istnieje zgodność woli stron co do samej zasady ograniczenia konkurencji, nawet jeśli poszczególne elementy planowanego ograniczenia są wciąż przedmiotem negocjacji. Istnienie porozumienia w rozumieniu art. 81 TWE (obecnego 101 TFUE) nie jest podważone ani przez okoliczność, że zgodna wola zainteresowanych przedsiębiorstw nie rozciągała się na konkretne warunki wprowadzenia w życie podwyżki cen, ani przez fakt, że taka podwyższa nie została nigdy zastosowana na rynku. Aby stwierdzić naruszenie art. 81 ust. 1 TWE (obecnego 101 TFUE), wystarczy, iż ci konkurenci nawiązali bezpośrednie kontakty w celu ustabilizowania rynku (por. wyrok T-240/07 op. cit., także wyrok S(PI) T-186/06 w sprawie Solvay SA v. Komisja Europejska, www.eur-lex.europa.eu).

Żadna z odwołujących się cementowni podnoszących zarzut nie udowodniła, co stało się w roku 2004, aby można uznać ten rok za zakończenie praktyki. (...) SA w swoim oświadczeniu leniency, ani zeznający A. T. (1) nie stwierdzili, że nie mieli danych Cementowni (...) SA, Cementowni (...) SA czy (...) Sp. z o.o., a mogły być one co najwyżej

estymowane. Znaczenie tego estymowania wyjaśnił A. S. (1): kontrahent nie podał i on robił szacunek albo kontrahent zaznaczał, że podaje dane szacunkowe. Brak danych choćby od jednej firmy niweczył cały system (23.09.2013; 01:53:10,01:46:45).

A. T. (1) przygotowując tabelę w kwietniu 2006 r. dysponował danymi, A. B. (1) miał informację od dyrektorów handlowych pana S., N., że informacje o sprzedaży poszczególnych firm, w tym (...) Sp. z o.o. są dostarczane systematycznie (1.10.2013; 02:18:42).

Zarówno zeznający A. T. (1) i A. B. (1) zgodnie postawili granicę intensywnych kontaktów na roku 2002. Natomiast po 2002 roku spotkania były w hotelach i przy okazji innych spotkań organizowanych np. przez (...) (02:56:54). A. T. (1) wskazał, że były to próby wzajemnego informowania się o zamiarze podwyższenia cen. Ktoś mówił „prawdopodobnie podniosę ceny o 10% od lutego”, ktoś mówił „10% to za mało”. Dla świadka to nie było uzgodnienie, tylko wymiana informacji, ale taka, że gracze rozumieli co konkurent miał na myśli (03:04:45).

Podobnie zeznał A. B. (1) wskazując, że spotkania po roku 2002 na poziomie dyrektorów były sporadyczne i dotyczyły samego faktu, że „po analizie rynku podnosimy w I kwartale o ile, kiedy, one zanikły na poziomie dyrektorów generalnych i przeniosły się na poziom dyrektorów handlowych”. (02:24:13). Podwyżki musiały rekompensować koszty węgla, energii i symulacja przyszłego budżetu następowała jesienią a na początku stycznia pojawiała się informacja „należałoby podnieść ceny cementu o ... i tu padało 5%, 10%”. Taka wymiana informacji była na poziomie dyrektorów generalnych, a późniejsze wdrażanie podwyżki było w gestii dyrektorów handlowych. (02:31:57). Spotkania nie były długie wystarczyło wymienić cyfrę „koszty rosną, inflacja będzie taka, to spróbujmy podnieść inflacja plus...” (02:34:43).

Na przełomie roku 2005/2006 wyszła na jaw tzw. sprawa (...), która zaktywizowała działania pozostałych producentów cementu. (...) SA, Cementowni (...) SA, (...) Sp. z o.o. brali udział w spotkaniu 5 stycznia 2006 r., gdzie sprzedaż (...) była głównym tematem rozmów (zeznania świadków A. W. (26.09.2013, 00:30:54), E. G. (26.09.2013, 04:11:38), J. M. (26.09.2013, 04:29:05), C. N. (1.10.2013, 03:17:30), D. G. (1.10.2013, 03:38:40).

Aby stwierdzić udział przedsiębiorstwa w realizacji jednolitego naruszenia, musi zostać dowiedzione, że przedsiębiorstwo to zamierzało przyczynić się własnym zachowaniem do osiągnięcia wspólnych celów wyznaczonych przez wszystkich uczestników i że miało ono wiedzę o zachowaniach stanowiących naruszenie planowanych lub wdrażanych przez inne przedsiębiorstwa dla realizacji tych samych celów lub że w sposób rozsądny mogło je przewidzieć oraz że było gotowe ponieść związane z tym ryzyko (ww. wyroki: w sprawie Komisja przeciwko A. P., pkt 87, 203, oraz w sprawie A. P. i in. przeciwko Komisji, pkt 83).

Podnoszące zarzut wiedziały o porozumieniu, akceptowały reguły, ale jednocześnie wykorzystywały niedoskonałości tego systemu dla swojej polityki handlowej. Bazując na informacjach wiedziały jakich zachowań rynku mogły się spodziewać i jakie ceny proponować kontrahentom. Znamienna jest synchronizacja podwyżki w 2004 roku, gdzie Cementownia (...) SA, Cementownia (...) SA, (...) Sp. z o.o. oraz (...) SA dokonały jej w jednym dniu 15 marca, Grupa (...) SA 23 lutego a (...) Sp. z o.o. w ogóle.

Podwyżka znajduje odzwierciedlenie w protokołach zarządu (...) Sp. z o.o. nr 2/2004, 4/2004 i 5/2004. Z analizy kolejnych protokołów zarządu (...) Sp. z o.o. nr 8/2004, 10/2004, 13/2004 wynika, że (...) Sp. z o.o. wyrażał obawę, czy utrzymają roczny plan sprzedaży, po czym w protokole nr 17/2004 następuje stwierdzenie „zgodnie z planem wprowadzono podwyżkę”. Co istotne (...) Sp. z o.o. nie wprowadził drugiej podwyżki w 2004 r. W protokole nr 24/2004 w polityce rynkowej na 2005 wskazano na „możliwość uzyskania wyższych cen zależy jednak od zachowania się liderów rynkowych”.

Nie może być dziełem przypadku zbieżność dokumentów znajdujących się w dyspozycji (...)SA i (...)Sp. z o.o.

Dokument (...)SA opatrzony datą 7.02.2005 r. „wzrost sprzedaży w branży 181,1%, wzrost sprzedaży (...)192,1%. Wyprzedzenie sprzedaży (...)wynika z różnych terminów wprowadzania wyższych cen przez konkurencję i ich udziały to odzwierciedlają: (...), (...) i (...) 1 luty, (...)31, (...) 17, (...)26, (...)24" (k. 1126' akt admin.).

Takie same daty znajdują się w dokumencie (...) Sp. z o.o. „Podwyżka cen” 2005 co do (...) „prawdopodobnie 1.02.2005”. W tym dokumencie znajduje się opis „według informacji przez nas posiadanych, które zostały w sposób oficjalny (media) i rynkowy zweryfikowane, wszystkie grupy cementowe podniosą ceny dla wszystkich odbiorców o średnio ok. 20 PLN/t dla większości swoich odbiorców w następujących terminach: (...)10.01.2005, (...)31.01.2005, (...) ((...)) 26.01.2005, (...) 1.02.2005, (...) prawdopodobnie 1.02.2005, (...) 17.01.2005” (k. 504 akt admin.).

Tymczasem kolejność podwyżek wprowadzonych w 2005 r. była następująca: (...) SA 10.01.2005, Cementownia (...)01.2005 Cementownia (...)02.2005, (...) Sp. z o.o. ((...)) 1.02.2005, (...) SA 31.01.2005, (...) Sp. z o.o. 23.01.2005, Grupa (...) SA 26.01.2005.

Podobnie protokoły nr (...) świadczą o koordynacji podwyżki z początku 2006 r. (...) Sp. z o.o. odwołuje się do jej realizacji przez (...) Sp. z o.o., przy czym w dacie protokołu 10 stycznia 2006 r. podwyżka nie weszła jeszcze w życie w (...), a już (...) Sp. z o.o. uznawał ją za realizowaną.

Druga podwyżka z 2006 r. miała różnicę kilku dni w Cementowni (...) SA, Cementowni (...) SA, (...) Sp. z o.o. – odpowiednio 12, 15 i 13 czerwca. Wiązała się ze zwiększeniem udziału rynkowego (...) Sp. z o.o. i dlatego aby przemieścić ilości sprzedawanego cementu pierwszy miał ją wprowadzić właśnie (...) Sp. z o.o. O obawach co do jej przebiegu świadczy dokument „Ustalenia ze spotkania dot. rozwoju sytuacji rynkowej w kontekście planowanej podwyżki cen (...)9.05.2006 (k. 4266 akt admin.).

Ustalanie udziałów rynkowych uaktualniało się w sytuacji ich zaburzenia, jak przypadek (...) Sp. z o.o. i udziałów (...) SA, przypadek wycofania eksportu do Niemiec i przez to chęć zwiększenia udziału Cementowni (...) SA nazywanych w dokumentach „grupa (...)”. Wreszcie alokacja CO₂, która ujawniła zwiększenie udziałów (...) Sp. z o.o. zakończone podpisaniem aktu notarialnego w dniu 19 maja 2006 r. (k. 5461 akt admin.).

W przypadku naruszenia rozciągającego się na kilka lat okoliczność, że kartel ujawniał się w różnych okresach, które mogą być oddzielone krótszymi lub dłuższymi przerwami, pozostaje bez wpływu na jego istnienie, o ile poszczególne działania, które składają się na to naruszenie, służą osiągnięciu tego samego celu i wpisują się w ramy naruszenia o charakterze jednolitym i ciągłym (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie N. V. voor de G. op E. G. przeciwko Komisji, pkt 97 i 98).

Zarzuty dotyczące udziału Cementowni (...) SA

19. art. 7 k.p.a. oraz 77 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez błędne ustalenie stanu faktycznego, w wyniku niedokładnego wyjaśnienia okoliczności faktycznych, polegającego m.in. na niewyjaśnieniu istotnych rozbieżności pomiędzy wyjaśnieniami (...) S.A. oraz (...) S.A., oraz pomiędzy tymi wyjaśnieniami a wyjaśnieniami pozostałych stron postępowania, w tym powoda, w sytuacji gdy o wyjaśnienie wykazanych rozbieżności wnosili strony postępowania, w tym powód.

Cementownia (...) SA podniosła, że nie zostały wyjaśnione rozbieżności, na które zwracała strona a także Grupa (...) SA i Cementownia (...) w pismach z 5 i 22 października 2009 r. Przy ustaleniu spójności wyjaśnień (...) i (...)zostało zastosowane nielogiczne domniemanie faktyczne.

W odpowiedzi Prezes UOKiK odwołał się do stanowiska, że oświadczenia korzystających z programu leniency mogą być wykorzystane jako dowody bezpośrednie, a Komisja może dowieść naruszenia opierając się wyłącznie na takich oświadczeniach, jeżeli istnieje wystarczająca zgodność między nimi (sprawy połączone T-236/01 T. C.). Na ocenę wiarygodności tych oświadczeń nie ma wpływu okoliczność, że niektóre stwierdzenia zawierają zastrzeżenia lub wskazują na pewną ostrożność np. „zgodnie z moją wiedzą”.

Prezes odwołał się do uzasadnienia decyzji, gdzie w pkt 446 i 447 wyjaśnił przyjęcie wiarygodności oświadczeń wnioskodawców leniency i różnic między oświadczeniami. Podniósł, że oświadczenia dwóch uczestników programu łagodzenia kar znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym oraz jako złożone na etapie, gdy nie mieli możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami drugiego, zasługują na wiarygodność.

Odnosząc się do zarzutu Cementowni (...) SA Sąd wskazuje, że odwołująca podkreślała niespójność wyjaśnień (...) i (...) co do podziału rynku i odwoływała się do pisma złożonego w dniu 22 października 2009 r. (k. NN 6489 akt adm.). Mimo podnoszonego zarzutu co do niespójności wyjaśnień, odwołująca przyznała w wymienionym piśmie przyporządkowywanie udziałów rynkowych i wywieranie nacisków na wyrównanie udziału. Wynika z tego prawdziwość faktu o podziale rynku.

20. art. 10 ust. 1 i 2 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez błędne stwierdzenie w poszczególnych punktach sentencji decyzji, że praktyki ograniczające konkurencję z udziałem (...), (...), Grupy (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o., (...) S.A. oraz powoda trwają nadal, podczas, gdy:

a) takie ustalenie jest wewnętrznie sprzeczne wobec zastosowania do (...) oraz (...) procedury złagodzenia kar, której przesłanką zastosowania jest zaprzestanie uczestnictwa w porozumieniu zgodnie z art. 103a ust. 1 pkt 3 ustawy,

b) stwierdzenie to nie znajduje żadnego uzasadnienia w świetle materiału dowodowego w sprawie i niepodjęcia przez pozwanego nawet próby udowodniania takiego zarzutu.

Cementownia (...) SA podniosła, że istnieje sprzeczność pomiędzy nakazaniem zaniechania praktyki ograniczającej konkurencję a złożeniem oświadczeń (...) i (...) o zaprzestaniu uczestnictwa w porozumieniu jako korzystających ze zwolnienia i obniżenia kary. Zaprzestanie uczestnictwa w porozumieniu jest jednym z warunków odstąpienia lub obniżenia kary.

Cementownia (...) SA zarzuciła jako niezgodne z regułami doświadczenia życiowego ustalenie, aby praktyka trwała nadal od momentu wszczęcia postępowania antymonopolowego (26 grudnia 2006 r.) w sytuacji, gdy wszyscy producenci cementu znali fakt oskarżenia o zмовę i w czerwcu 2006 r. pracownicy UOKiK przeprowadzili kontrolę cementowni wraz z przeszukaniem pomieszczeń i rzeczy z udziałem Policji, zabezpieczeniem dysków twardych itd. Zdaniem odwołującej, żaden doświadczony producent nie kontynuowałby niedozwolonych praktyk po takim zdarzeniu i oskarżeniu o niedozwolone praktyki. Organ nie przytoczył dowodów świadczących o trwaniu niedozwolonych praktyk, a ciężar wykazania trwania niedozwolonych praktyk spoczywa na organie.

Prezes UOKiK podniósł, że udowodnienie faktu zaniechania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję musi być jednoznaczne i nie budzące wątpliwości. Zgodnie z art. 10 ust. 3 uokik ciężar dowodu w tym zakresie obciąża przedsiębiorcę, któremu zarzucana jest praktyka ograniczająca konkurencję. Zdaniem organu możliwość wydania decyzji na podstawie art. 10 uokik uzależniona jest od tego, czy wszyscy uczestnicy stwierdzonego porozumienia zaprzestali stosowania tej zakazanej praktyki. Jedyne (...) i (...) oświadczyli o zaprzestaniu udziału w kartelu, a nie wszystkie strony porozumienia, które zaprzeczały własnemu uczestnictwu. Strony nie przedstawiły dowodów zaniechania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję i Prezes ich nie posiadał.

Zdaniem Prezesa UOKiK pozytywne rozpatrzenie wniosków o odstąpienie od nałożenia kary oraz o redukcję kary nie przesądza o rozstrzygnięciu w zakresie zaniechania lub braku zaniechania stosowania przez przedsiębiorcę będącego wnioskodawcą leniency praktyki ograniczającej konkurencję. To jest uzależnione od tego, czy kartel jako jedno ciągle naruszenie został zaniechany w pełni przez wszystkich uczestników. Przyjęcie przez organ deklaracji o zaprzestaniu uczestnictwa w porozumieniu jest niezależne od stwierdzenia lub nakazania zaniechania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję.

W ocenie Prezesa UOKiK żadne dowody nie przemawiały za stwierdzeniem zaniechania praktyki, a Cementownia (...) SA próbuje przetrząść na organ obowiązek wykazania zaprzestania praktyki.

Zarzut jest trafny co do nakazania zaniechania praktyki wobec (...). Zgodnie bowiem z treścią art. 103a ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2 pkt 2 uokik, przedsiębiorca składający Prezesowi UOKiK wniosek leniency musi zaprzestać uczestnictwa w porozumieniu nie później niż w dniu poinformowania go o istnieniu porozumienia lub przedstawienia dowodu, o którym mowa w art. 103a ust. 1 pkt 1 lit. b, lub też nie później niż w momencie przedstawienia dowodu, o którym mowa w art. 103a ust. 2 pkt 1 uokik.

Istotnym warunkiem ubiegania się przez przedsiębiorcę o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej jest zaprzestanie uczestnictwa w porozumieniu nie później niż w dniu poinformowania Prezesa UOKiK o istnieniu porozumienia lub przedstawienia dowodu umożliwiającego wydanie decyzji (art. 103a ust.1 pkt 1 lit. b). Przy czym chodzi tutaj o zakończenie stosowania określonej antykonkurencyjnej praktyki jedynie przez wnioskodawcę, a nie o zakończenie funkcjonowania antykonkurencyjnego porozumienia w ogóle (tj. również przez innych jego uczestników; sytuacja, w której zaniechanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przez wnioskodawcę spowoduje jednocześnie zaniechanie stosowania praktyki w ogóle wystąpi tylko wtedy, gdy w antykonkurencyjnym porozumieniu brało udział jedynie dwóch przedsiębiorców). Mimo zaprzestania uczestnictwa w porozumieniu (lub nawet mimo zaniechania stosowania praktyki w ogóle), na rynku nadal (przez jakiś czas) mogą występować (trwać) skutki porozumienia (podk. Sądu), co pozwala w dalszym ciągu stosować zakaz karteli. Występowanie takich skutków może być do pewnego stopnia niezależne od decyzji o zaprzestaniu uczestnictwa w porozumieniu i wówczas fakt ten nie może mieć wpływu na ocenę spełnienia przez wnioskodawcę warunku zaprzestania uczestnictwa w porozumieniu (por. B. Turno, Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji, Lex 2013, pkt 3.6).

W ocenie Sądu uzasadnione przyjęcie wniosków o odstąpienie od nałożenia kary i obniżenie kary zakłada zaprzestanie uczestnictwa w porozumieniu co oznacza wydanie decyzji stwierdzającej zaprzestania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję. Jeżeli Prezes mimo to nakazał zaniechania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, co musi udowodnić, że istnieją skutki porozumienia, w których brali udział beneficjenci leniency po dniu złożonych oświadczeń o zaprzestaniu uczestnictwa w porozumieniu.

(...) SA oświadczyła o zaprzestaniu uczestnictwa w porozumieniu, co oznaczałoby, że zaniechanie nastąpiło z 21 czerwca 2006 r. Z drugiej strony spółka wprowadziła zaplanowaną podwyżkę 10 lipca 2006 r. zatem trwały skutki porozumienia co przemawia za trafnością nakazania przez Prezesa UOKiK zaniechania praktyki. (...) SA oświadczył o zaprzestaniu uczestnictwa w porozumieniu i nie wprowadził zaplanowanej w połowie 2006 r. podwyżki (zeznania A. B. 1.10.2013, 02:28:43). Prezes ma udowodnić trwanie skutku porozumienia wobec odstępujących i w przypadku (...) SA nie sprostał ciężarowi dowodu. Inaczej jest w przypadku pozostałych uczestników. W tym przypadku Prezes wykazał branie udziału w porozumieniu i nie miał żadnego dowodu przemawiającego za zaprzestaniem praktyki. Samo przeprowadzenie kontroli UOKiK nie rozwiązuje porozumienia, skoro z załączonego anonimowego listu do pisma (...) z 19.10.2006 r. (k. 4594) można domniemywać o trwaniu porozumienia.

21. art. 7, 9, 10 i 77 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik oraz art. 10 ust. 3 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez jednostronne i wybiórcze zebranie materiału dowodowego, nierozpatrzenie już zebranego materiału dowodowego oraz bezprawne przerzucenie na powoda ciężaru udowodnienia swojej niewinności, polegające na:

- a) nieprzeprowadzeniu dowodów wnioskowanych przez strony,
- b) niewyjaśnieni dlaczego twierdzeniom powoda pozwany odmówił wiarygodności, a twierdzeniom (...) i (...) dał wiarę,
- c) żądaniu udowodnienia przez powoda nieuczestniczenia w niedozwolonym porozumieniu oraz bezprawnym wywodzeniu w pkt 512-513 uzasadnienia, że pozwany nie ma obowiązku poszukiwania dowodów na nieuczestniczenie powoda w niedozwolonym porozumieniu i ma prawo domniemywać, iż powód nadal w nim uczestniczy,

d) nieuzasadnionym posługiwaniu się autorytetem Komisji w celu wykazania za wszelką cenę tezy o istnieniu niedozwolonego porozumienia.

Odwołująca zarzuciła wykluczenie realizacji zasady prawdy obiektywnej poprzez zbieranie dowodów tylko na uzasadnienie tezy, że Cementownia (...) SA i inni brali udział w niedozwolonym porozumieniu. Strony zostały pozbawione możliwości wpływu na przebieg postępowania, doszło do naruszenia zasady bezpośredniości poprzez zastąpienie zeznań świadków oświadczeniami sporządzonymi przez (...) i (...), odmówiono przesłuchania świadków (...), jako wiarygodne uznano oświadczenia (...) mimo, że grupa (...) popełniła już naruszenie konkurencji, uznano udział odwołującego w kontrolowaniu sprzedaży cementu produkowanego przez (...) Sp. z o.o. tylko na podstawie oświadczenia (...).

Ponadto ciężar dowodu zaniechania praktyk został przerzucony na odwołującą mimo, że zaprzeczała uczestnictwa w niedozwolonych praktykach, a konsultacja z Komisją sugeruje, że sprawa była badana merytorycznie przez Komisję, która uznała Decyzję za uzasadnioną.

Oceniając ten zarzut Sąd odwołuje się do wcześniejszych uwag popartych poglądem SN w sprawie III SK 67/12, że rodzaj i waga zarzutów decyduje o możliwości ich „konwalidacji” w postępowaniu sądowym. Tylko takie uchybienia w zakresie postępowania przed Prezesem Urzędu, które przekładają się na naruszenie prawa do obrony skutkują uchyleniem decyzji. W niniejszym postępowaniu Sąd uzupełnił materiał dowodowy i jako Sąd rozpoznając sprawę merytorycznie dokonał jego oceny na nowo. Okoliczność, iż oświadczenia spółki (...) SA zostały złożone w ramach wniosku leniency, nie osłabia sama w sobie ich mocy dowodowej. Ciężar dowodu nie został przerzucony a wynika z art. 10 ust. 3 uokik. Świadek M. R., który jest wymieniony w notatkach (...) SA złożonych na potwierdzenie oddawania klientów w sprawie (...) Sp. z o.o., nie wykluczył, że na innych spotkaniach mogły być rozmowy na temat oddawania klientów (23.09.2013, 00:31:40).

22. art. 107 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez ustalenia powodujące wewnętrzną sprzeczność decyzji, to jest kolizję uzasadnienia z sentencją oraz wewnętrzne sprzeczności w samym uzasadnieniu, co w stopniu niedopuszczalnym utrudnia zaskarżenie decyzji.

Cementownia (...) SA podniosła, że sentencja Decyzji nakazuje wszystkim stronom postępowania zaniechanie praktyk ograniczających konkurencję a w uzasadnieniu (i) nie ma dowodu na trwanie praktyk, (ii) jest sprzeczność co do inicjatorów praktyk. Raz wskazani jako koordynatorzy wymiany informacji i wiodący członkowie są (...), (...) i (...), by następnie uznać, że nie można ustalić inicjatora porozumienia. Ustalenie inicjatorów miałyby wpływ na zastosowanie art. 103 a uokik.

Prezes UOKiK zaznaczył, że nakaz zaniechania praktyk ograniczających konkurencję został wydany wobec tych przedsiębiorców, wobec których została stwierdzona praktyka ograniczająca konkurencję (pkt I-VI decyzji). Odnosnie inicjatorów porozumienia Prezes stwierdził, że nie tyle nie ustalił inicjatorów, ile nie miał możliwości precyzyjnego przypisania jednemu z nich roli inicjatora lub lidera praktyki. Rola (...)SA, (...)SA i (...)SA w kartelu była relatywnie większa niż pozostałych jego uczestników, co zostało uznane przez Prezesa za okoliczność obciążającą dla ww przedsiębiorców i odróżniało ich sytuację od sytuacji pozostałych przy ocenie okoliczności łagodzących i obciążających wymiar kary. W pkt 611 uzasadnienia Prezes jako okoliczność łagodzącą uznał relatywnie mniejszą lub bierną rolę pozostałych stron (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o., (...) SA i (...)SA.

Zgodnie z kodeksem postępowania administracyjnego przyjmuje się, że rozstrzygnięcie musi być sformułowane w taki sposób, aby możliwe było następnie wykonanie decyzji dobrowolnie lub z zastosowaniem środków egzekucji administracyjnej. W ocenie Sądu konkretyzacja prawa nastąpiła w rozstrzygnięciu decyzji, uzasadnienie ma „objaśniać” tok myślenia prowadzący do zastosowania przepisu prawnego. Objaśnienie to może być trafne lub błędne i dlatego podlega kontroli sądowej, ale nie jest oceną prawną mającą moc wiążącą (por. J. Borkowski (w:) Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Wydawnictwo CH Beck Warszawa 2009, s. 417). Wywody będące częścią uzasadnienia, choć stanowią część decyzji administracyjnej nie mogą wpływać na zmianę zakresu obowiązku

sformułowanego w rozstrzygnięciu decyzji. Konkretyzacja prawa nie dokonuje się w uzasadnieniu, a w rozstrzygnięciu decyzji. Jeżeli przedsiębiorca nie udowodni zaniechania zgodnie z art. 10 ust. 3 uokik, wówczas praktyka trwa nadal.

Zarzut jest niezasadny, bowiem akcentuje pozorną sprzeczność, co słusznie podkreślił Prezes UOKiK stwierdzając, że nie tyle nie ustalili inicjatorów, ile nie miał możliwości precyzyjnego przypisania jednemu z nich roli inicjatora lub lidera praktyki. Strona wskazując na utrudnienie w zaskarżeniu Decyzji przeczy sama sobie, skoro postawiła Decyzji 22 zarzuty.

23. art. 81 uokik w zw. z art. 7, 9, 10 i 77 § 1 k.p.a. (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez:

a) błędną wykładnię art. 81 uokik, polegającą na niezastosowaniu wykładni systemowej wewnętrznej art. 81 uokik, tj. stosowanie przepisów o postępowaniu z Kodeksu postępowania cywilnego w postępowaniu przed organem administracji w pierwszej instancji, zamiast odpowiedniego stosowania ściśle określonych przepisów k.p.c. jedynie „w sprawach dotyczących dowodów”,

b) niedopuszczalne stosowanie domniemań faktycznych wynikających z k.p.c. zamiast dążenia do pełnego wyjaśnienia okoliczności faktycznych sprawy na podstawie przepisów art. 77, 77 § 1 i art. 80 k.p.a., o czym stanowi art. 80 uokik.

Cementownia (...) SA zarzuciła, że Prezes odszedł od zasad ogólnych postępowania administracyjnego w postępowaniu dowodowym. Z odesłania art. 81 uokik nie wynika, aby zasady ogólne postępowania cywilnego były stosowane zamiast ogólnych zasad postępowania administracyjnego, jak: praworządność, informowanie, czynny udział strony i obowiązek dążenia organu do ustalenia prawdy obiektywnej.

Prezes Urzędu wyjaśnił, że z art. 81 uokik wynika, iż w postępowaniu nie stosuje się przepisów k.p.a. dotyczących postępowania dowodowego i samych dowodów, a zatem nie stosuje się ogóle art. 75-88a k.p.a. Przepisy k.p.a. dotyczące postępowania dowodowego i samych środków dowodnych nie mogą być stosowane w postępowaniu przed Prezesem nawet odpowiednio. Przepisy art. 227-234 k.p.c. powinny być stosowane z uwzględnieniem zasad ogólnych rządzących postępowaniem administracyjnym. Oznacza to, że stosowanie art. 227-234 k.p.c. następować powinno z uwzględnieniem art. 7 k.p.a., ale nie stosuje się art. 77 k.p.a.

Sąd odniósł się do problematyki stosowania art. 227-234 k.p.c. w postępowaniu przed Prezesem, wskazując, że regulacje te powinny być stosowane z uwzględnieniem reguł wynikających z zastosowania art. 6-16 k.p.a., a więc z uwzględnieniem zasad rządzących postępowaniem administracyjnym (por. T. Kwieciński (w:) Stawicki A. (red), Stawicki E. (red) Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Lex 2011). Oznacza to, że przepisy k.p.c. o dowodach stosuje się odpowiednio a nie wprost i stosowanie art. 227-234 k.p.c. następować powinno z uwzględnieniem art. 7, 9 i 10 k.p.a. nie art. 77, 80 k.p.a.

Strona nie wskazała w czym nastąpiło uchybienie praworządności. Sprawa informowania i czynnego udziału strony została już omówiona przez Sąd. Ustalenie prawdy obiektywnej w kontekście wniosków dowodowych Sąd również ocenił.

24. art. 92 uokik oraz art. 7, 12 § 1, oraz 35 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**), polegające na rażącym, wielokrotnym przekroczeniu 5-miesięcznego terminu załatwienia sprawy antymonopolowej i przewlekłym prowadzeniu postępowania administracyjnego, co doprowadziło do nadużycia art. 101 ust 1 ustawy przez pozwanego, poprzez arbitralny wybór przez niego takiego roku rozliczeniowego dla potrzeb wyliczenia kary pieniężnej, aby jak najdotkliwiej powoda ukarać.

Cementownia (...) SA wskazała, że czas postępowania został przekroczony siedmiokrotnie w odniesieniu do terminu określonego w art. 92 Ustawy. Uzasadnione jest zdaniem odwołującego, że prowadzenie postępowania w sposób przewlekły miało na celu najdotkliwsze ukaranie.

Prezes UOKiK podniósł, że termin wskazany w art. 92 Ustawy ma charakter procesowy i instrukcyjny, a jego uchybienie nie wywiera wpływu na ważność decyzji. Przekroczenie terminu zgodnie z art. 36 k.p.a., o którym

strony były powiadamiane uzasadniał (i) stopień skomplikowania sprawy, (ii) konieczność zebrania dodatkowego materiału dowodowego, (iii) wielopodmiotowość stron, (iv) zastosowanie leniency, (v) postępowanie wyjaśniające, w ramach którego przeprowadzone były kontrole (vi) konieczność włączenia licznych dokumentów do postępowania antymonopolowego z postępowania wyjaśniającego, (vi) wielokrotne ograniczanie prawa wglądu do informacji. Cementownia (...) SA nie skorzystała ze środków przysługujących w takiej sytuacji.

Badanie nieprawidłowości proceduralnej nie mieści się w zakresie prawa Sądu jeżeli nie ma to wpływu na naruszenie prawa do obrony.

W tym miejscu należy zdaniem Sądu odwołać się do wyroku w sprawie B., gdzie Trybunał wskazał, że rozsądny charakter terminu na wydanie orzeczenia winien być oceniany na podstawie okoliczności właściwych dla każdej sprawy. Zastosował on następujące kryteria zaczerpnięte z orzecznictwa: (i) znaczenie sprawy dla zainteresowanego, (ii) złożoność sprawy, (iii) zachowanie zainteresowanych stron oraz (iv) zachowanie właściwych organów (wyrok z dnia 17 grudnia 1998 r. w sprawie C-185/95 P. B. przeciwko Komisji (zwany „wyrokiem w sprawie B.”), Rec. s. I-8417, pkt 45). Do tych kryteriów dodaje się (v) zbadanie, czy wystąpiły nieuzasadnione okresy bezczynności ze strony organu (por. sprawa C-58/12 P. G. przeciwko Komisji).

Prezes UOKiK uzasadnił czas trwania postępowania ilością podejmowanych czynności. Cementownia (...) SA nie wskazała okresów, w których miały miejsce przekroczenia terminów (bezczytność organu). Nie ma również dowodu, że wydanie decyzji miało nastąpić konkretnie w roku 2009.

Jak uznano w orzecznictwie, do naruszenia prawa do obrony dochodzi wówczas, gdy możliwe jest, że ze względu na nieprawidłowości ze strony Komisji (tu odpowiednio Prezesa) prowadzone postępowanie administracyjne mogło zakończyć się innym wynikiem. Tego typu naruszenie wymaga udowodnienia nie tego, że treść decyzji Komisji (odpowiednio Prezesa) byłaby inna, lecz, że gdyby ta nieprawidłowość nie zaistniała, mogłoby lepiej zorganizować swoją obronę, na przykład posługując się na swoją obronę dokumentami, do których odmówiono jej dostępu w toku postępowania administracyjnego (por. wyrok ETS z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C#194/99 P. T. S. przeciwko Komisji, Rec. s. I#10821, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 1 lipca 2010 r. w sprawie C#407/08 P K. Gips przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I#6375, pkt 28; także z dnia 16 czerwca 2011 r. w sprawie T#240/07 H. Nederland BV i H. N. przeciwko Komisji Europejskiej, pkt 17, <http://curia.europa.eu>).

25. art. 229 k.p.c. w zw. z art. 81 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez pominięcie przez pozwanego okoliczności wielokrotnego przyznania przez strony postępowania administracyjnego faktu nieuczestniczenia powoda w uzgodnieniach i ich nieprzestrzegania.

26. art. 231 k.p.c. w zw. z art. 81 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez błędne zastosowanie domniemania faktycznego, to jest błędne ustalenie, że sam fakt uczestnictwa w spotkaniach z przedstawicielami innych producentów cementu świadczy o rzekomym uczestnictwie we wspólnym nielegalnym porozumieniu, podczas gdy spotkania te miały charakter ogólnie dotyczący branży oraz towarzyski.

27. art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez wyciągnięcie ze zwykłego faktu uczestnictwa powoda w spotkaniach z przedstawicielami innych Cementowni, w tym w ramach Stowarzyszenia (...), nielogicznego i niezgodnego z prawdą wniosku, że powód brał udział w niedozwolonych praktykach ustaleń cen, przy jednoczesnym pominięciu faktów popartych dowodami, a mianowicie:

- a) niepodejmowania żadnych wspólnych ustaleń cenowych i prowadzeniu własnej, opartej na realiach rynkowych, polityki cenowej, na co powód przedstawił niezakwestionowane dowody w postaci tabel różnic cen cennikowych i rzeczywistych, co oznacza brak dowodu na istnienie materialnej postaci porozumienia co do cen z udziałem powoda,
- b) nieuczestniczenie powoda w „systemie cen powiatowych”,
- c) istotnej sprzedaży cementu pośrednikom w odróżnieniu do innych cementowni,

d) istotnej sprzedaży cementów specjalistycznych, którego cement szary nie jest substytutem, oraz

e) błędnym przyjęciu, że producenci umówili się co do terminów zmian cen, podczas gdy wynikają one z przyczyn obiektywnych, takich jak istnienie w Polsce pór roku, sezonowość sprzedaży cementu czy istnienia rynku regulowanego w zakresie energii i cen węgla.

28. art. 5 ust. 1 pkt 3 zw. z art. 9 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez błędne przyjęcie, iż powód brał udział w podziale rynku zbytu cementu, co nie zostało w żaden sposób dowiedzione, a zostało oparte na rażąco błędnym ustaleniu, że powód ograniczył eksport do Niemiec w zamian za wzrost udziałów rynkowych w Polsce, podczas gdy powód stał się w tym zakresie ofiarą podejrzewanych działań nieuczciwej konkurencji grupy (...) i przyjęcia jego umowy z głównym pośrednikiem z Niemiec przez grupę (...), skutkiem czego nastąpił drastyczny spadek eksportu do Niemiec oraz przy jednoczesnym pominięciu istotnych faktów świadczących jednoznacznie przeciwko zarzutowi pozwanego, a mianowicie:

a) zwiększenia udziału w rynku cementów specjalistycznych w wyniku walki konkurencyjnej i rozwijania produkcji, w konsekwencji czego te cemeny stanowiły 60,7% produkcji powoda w 2008 r., podczas gdy w 2006 r. było to 44,2%,

b) działania przez powoda na innym rynku właściwym niż pozostali producenci – rynku cementów specjalistycznych, a nie rynku cementu szarego – co pozwany błędnie pominął, czym naruszył art. 4 pkt 8 ustawy,

c) zwiększenia udziału w „krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego” – rynku według definicji pozwanego – z 6% do 7,5% dzięki własnej polityce konkurencyjnej, w szczególności poprzez wzrost sprzedaży cementów specjalistycznych,

d) nieustalenia, że z natury rzeczy podziałem rynku nie są zainteresowani mniejsi producenci,

e) nieistnienia z udziałem powoda materialnej postaci porozumienia co do podziału rynku ze względu na niepodejmowanie i nieprzestrzeganie przez powoda żadnych ustaleń wielkich producentów.

Cementownia (...) SA podniosła, że udowodniając tezę o udziale Cementowni w zмовie cenowej Prezes UOKiK musiałby wykazać, że odwołująca (i) uczestniczyła w uzgodnieniach cenowych (ii) wprowadzała i stosowała ustalone w porozumieniu ceny, niezależnie od uwarunkowań rynkowych. Tymczasem (...)SA nie wprowadzała ustalanych cen w życie a próby uzgodnień cenowych kończyły się niepowodzeniem. Odwołująca przyznała, że brała udział w spotkaniach branżowych z konkurentami, ale podnosiła, że udział w spotkaniach nie jest zakazany. Konieczne jest bowiem posiadanie informacji o rynku, aby właściwie reagować na to co się na nim dzieje (strona 39 odwołania).

Prezes UOKiK podniósł, że Cementownia (...) SA nie ukrywała wykorzystywania wiedzy na temat ustaleń uczestników porozumienia, którą uzyskiwała na skutek uczestnictwa w spotkaniach. Od legalnego pozyskiwania informacji należy odróżnić pozyskiwanie informacji w drodze uczestniczenia w uzgodnieniach, które są niedozwolone z pkt widzenia prawa ochrony konkurencji.

Analizując zarzuty Sąd wskazuje, że Cementownia (...) SA przeciwstawia dwie okoliczności, mianowicie (i) nieuczestniczenie w uzgodnieniach i ich nieprzestrzeganie oraz (ii) uczestniczenie w spotkaniach branży i towarzyskich nie świadczy o uczestnictwie w nielegalnym porozumieniu. Stawia zatem tezę, że można uczestniczyć w spotkaniach producentów cementu, ale to nie oznacza uczestniczenia w uzgodnieniach. Ciężar dowodu, że spotkania branży/towarzyskie nie miały charakteru niedozwolonego porozumienia obciąża odwołującą.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETS wystarczy, że Komisja (tu Prezes) wykaże, iż dane przedsiębiorstwo uczestniczyło w spotkaniach, w trakcie których zawarte zostały porozumienia o charakterze antykonkurencyjnym, nie sprzeciwiając się temu w oczywisty sposób, aby udowodnić udział tego przedsiębiorstwa w kartelu. Jeśli uczestnictwo w takich spotkaniach zostało ustalone, to na tym przedsiębiorstwie spoczywa obowiązek przedstawienia dowodów, które mogą świadczyć, że jego udziałowi w tych spotkaniach w ogóle nie przyświecał cel antykonkurencyjny, poprzez

wykazanie, że poinformowało ono swoich konkurentów o tym, iż uczestniczy w tych spotkaniach w innym aniżeli oni celu (por. wyrok z dnia 27 września 2012 r. w sprawie T-82/08 G. (...) i G. (...) przeciwko Komisji i powołane tam orzecznictwo w pkt 45, <http://curia.europa.eu>). Zasadę tę uzasadnia to, że wskutek uczestnictwa we wspomnianym spotkaniu bez otwartego zdystansowania się od jego treści przedsiębiorstwo wywołało u innych uczestników wrażenie, że podpisuje się pod wynikiem spotkania i że odpowiednio się do niego zastosuje.

Orzecznictwo dotyczące milczącej zgody opiera się na założeniu, że dane przedsiębiorstwo uczestniczyło w spotkaniach, w trakcie których zostały zawarte porozumienia o charakterze antykonkurencyjnym lub o charakterze jawnie antykonkurencyjnym (por. wyrok z dnia 27 września 2012 r. w sprawie T-82/08 G. (...) i G. (...) przeciwko Komisji i powołane tam orzecznictwo w pkt 74).

Wielokrotnie w zeznaniach świadka A. T. (1) pada nazwisko pani K. z Cementowni (...) SA (26.09.2013, 03:10:34, 03:48:16). Świadek zeznał, że (...) była niewielkim graczem, ale istotnym i chimerycznym, padała „deklaracja, że będziemy podążać z taką podwyżką cen, a później inne zachowanie na rynku” (03:36:00). Spotkania z prezes K. były w drugiej połowie lat 90tych czasami z udziałem B. w okresie próby stabilizacji udziałów rynkowych. Warta zgłaszała pretensje do większego udziału rynkowego aby zrekompensować zmniejszony eksport do Niemiec (03:55:40). Pani K. miała również spotkanie z A. B. (1) 16 sierpnia 2004 r. (k. 4606 akt admin.). Cementownia (...) SA oddawała klientów (...) SA (załącznik nr 2 do pisma z 9.10.2007, k. 4611 akt admin.). Interweniowała w sprawie wielkości udziałów historycznych, co odzwierciedlają tabele za 2002 „reszta % dla Klubu” „udział % (...)”, opcje (...) 9,6% i 11% za 2002 (k. 1526' akt admin.) i rozliczenie udziałów rynkowych (k. 5499 akt admin.) a potwierdza zeznanie A. T. (26.09.2013, 03:55:40)

Cementownia (...) SA podkreślała swoją bierną rolę. Jednak nawet jeżeli przedsiębiorstwo uczestniczyło w spotkaniach i znało ich cel, ale później nie zastosowało w praktyce środków ustalonych podczas tych spotkań, to ponosi odpowiedzialność za naruszenie (por. pkt 213 cytowanego wyroku w sprawach połączonych C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P oraz C-137/07 P (...) Bank i in. przeciwko Komisji). Odpowiedzialność ta wynika z ewidentnego naruszenia konkurencji, gdzie zasadą jest konkurowanie przedsiębiorstw, a nie ustalanie strategii działania (bądź poznawanie strategii działania innych) na spotkaniach. Skoro (...) SA twierdzi, że nie stosowała się do stanowiska wynikającego z rozmów wielkich producentów (kolejność podwyżki, ceny indywidualne, różne ceny dla poszczególnych odbiorców / strona 33 odwołania/), to dążąc do umniejszenia swojej roli wprost przyznaje istnienie niedozwolonych uzgodnień.

Jeżeli w odwołaniu Cementownia (...) SA sama przyznaje fakt uczestnictwa w spotkaniach by znać sytuację na rynku, ale podkreśla niestosowanie się do „stanowiska wynikającego z rozmów wielkich producentów”, to taka postawa procesowa potwierdza „istnienie stanowiska” i wystarcza do uznania jej uczestnictwa w porozumieniu. Ze spotkań wносиła wiedzę co do zachowań konkurentów i wykorzystywała ją. O uczestnictwie w porozumieniu świadczy działanie przedsiębiorstwa, które zamierzało przyczynić się swoim postępowaniem do wspólnych celów realizowanych przez ogół uczestników oraz gdy było świadome postępowania planowanego lub wprowadzanego w życie przez inne przedsiębiorstwa w dążeniu do tych samych celów lub mogło rozsądnie przewidzieć i było gotowe zaakceptować takie ryzyko (pkt 48 i 49 wyrok z dnia 27 września 2012 r. w sprawie T-82/08 G. (...) i G. (...) przeciwko Komisji).

W niniejszej sprawie skarżąca nie przedstawiła żadnego dowodu pozwalającego wykazać, że pomimo swego uczestnictwa w spotkaniach pan M. R. zdystansował się od przyjętych porozumień. W związku z tym, zgodnie ze wskazanym orzecznictwem, samo uczestnictwo w spotkaniach w charakterze przedstawiciela skarżącej jest wystarczające, aby uznać, że wyraził on w jej imieniu milcząca zgodę na przyjęte podczas spotkań porozumienia.

Zeznania świadka M. R. (1) (23.09.2013) wskazują, że świadek brał udział w spotkaniach z racji pełnionej funkcji (00:14:42), ale nie pamiętał spotkania w K. (00:13:13). Jego obecność pamiętał z kolei świadek J. W. (1). Świadek był jednocześnie proszony przez prezesa (...) o przekazanie ewentualnych informacji ze spotkań, poruszanych tematów mimo, że nie był formalnie upoważniony do reprezentacji „jak jedzie (...), to już (...)nie musi” (00:18:40). Świadek nie wykluczył, że na innych spotkaniach mogły być rozmowy na temat oddawania klientów (00:31:40). Świadek potwierdził stworzenie cen powiatowych, minimalnych pod koniec lat 90tych opartych na wprowadzeniu rejonów

z cenami, kosztami transportu (00:15:07). Została stworzona w tym celu mapka, którą otrzymał albo pocztą albo od pracownika marketingu. Jak świadek ocenił „nie byłem tym zainteresowany, bo to nie było możliwe do wprowadzenia w życie, takich cen” (00:17:40). W wielu miejscach świadek podkreślał prowadzenie własnej polityki „prowadziłem własną politykę” (00:21:58), „nie przestrzegałem zasad, jeżeli chodzi o wytyczne odnośnie cen powiatowych” (00:25:00). Świadek wyraził pogląd, że (...)powinna mieć większy udział w rynku (00:25:50), a zatem racjonalnym jest stwierdzenie, że udział był ograniczony. Informacje ze spotkań były dla świadka informacją handlową, którą wykorzystywał do dalszej sprzedaży „wymiana informacji była elementem mojej polityki co mam dalej robić, nie wnikałem w szczegóły, czy to kwestia oddania, czy nie oddania, świadomości czy nieświadomości, prowadziłem sprzedaż najlepiej jak umialem” (00:27:31). Był biernie przekazującym informacje do (...). (...)nie stosowała się do informacji, tak jak i (...),to grupa (...) nie stosująca się do niczego” (00:29:38).

Zeznania świadka potwierdzają istnienie porozumienia co do cen i podziału rynku. Cementownie (...) nie stosowały się do ustaleń, ale przesłuchany nie zaprzeczył, aby jego udział miał inne cele niż poznanie ustaleń. Natomiast niewiarygodne jest twierdzenie Cementowni (...) SA o nie stosowaniu porozumień. Spółka nie odróżnia samego faktu niestosowania od stosowania, ale w innych parametrach. Właśnie przez to, że skarżąca wiedziała jakie są ogólne tendencje przyjęte przez uczestników, mogła przyjmować inne parametry i pozornie prowadzić niezależną politykę cenową. Informacje uzyskiwane na spotkaniach zawierały bowiem strategię handlową uczestników, która nie powinna normalnie być znana konkurentom. Nazwisko M. R. pada jako nazwisko osoby, która przekazywała dane na temat sprzedaży i uczestniczyła w spotkaniach (zeznania F. S., 23.09.2013 00:44:49, 00:51:38; zeznania A. S., 23.09.2013 01:36:48).

Zachowania równoległe nie stanowią same przez się dowodu istnienia uzgodnionej praktyki. Mogą ją natomiast stanowić, gdy okoliczności stanu faktycznego, wsparte innymi dowodami lub poszlakami, w sposób spójny i dokładny wskazują, że zachowanie równoległe nie jest wynikiem niezależnego zachowania się przedsiębiorstw, lecz ich zмовy. W niniejszej sprawie rynek nie był transparentny, dlatego stworzono system wymiany informacji. Podwyżki wprowadzano także w połowie roku, co nie jest uzasadnione porami roku i sezonowością.

Odnośnie eksportu do Niemiec i powołanego na tą okoliczność świadka E. W., należy zauważyć, że po ograniczeniu eksportu do Niemiec nastąpiły żądania zwiększenia udziału rynkowego (...)SA i (...)SA. Odpowiadając na próby dowodzenia przyczyn spadku eksportu jako powodu wystąpienia o udziały, Sąd wskazuje, że nie mają one znaczenia. W normalnie funkcjonującej gospodarce nikt nie musiałby negocjować zmiany udziału rynkowego, po załamaniu się jednego kanału zbytu.

Zagadnienie rynku cementów specjalistycznych było już przez Sąd analizowane.

29. art. 5 ust. 1 uokik w zw. z art. 9 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez:

- a) błędne i bez podstawy prawnej przyjęcie, że „wymiana poufnych informacji handlowych”, także w ramach grupy kapitałowej, może być oddzielną praktyką ograniczającą konkurencję,
- b) błędne przyjęcie za niedozwoloną praktykę, w stosunku do powoda, wymiany informacji handlowych, zamiast uznanie, że powód brał udział w spotkaniach branżowych i działał w ramach Stowarzyszenia (...);

Wbrew stanowisku Cementowni (...) SA wymiana informacji stanowi co najmniej uzgodnioną praktykę. Należy bowiem przypomnieć, że uzgodnioną praktykę zakazaną na podstawie art. 81 ust. 1 TWE stanowi nawiązywanie jakichkolwiek kontaktów pomiędzy podmiotami gospodarczymi, zarówno bezpośrednich, jak i pośrednich, które mogłyby ujawnić konkurentowi sposób działania, jaki dany podmiot gospodarczy sam postanowił lub planuje realizować na rynku, jeżeli celem lub skutkiem takiego nawiązywania kontaktów jest doprowadzenie do warunków konkurencji, które nie odpowiadają normalnym warunkom konkurencji na danym rynku (ww. w pkt 32 wyrok w sprawie Komisja przeciwko A. P., pkt 117; wyrok Trybunału z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-199/92 P. H. przeciwko Komisji, Rec. s. I-4287, pkt 160; wyrok Sądu z dnia 15 marca 2000 r. w sprawach połączonych T-25/95, T-26/95, od

T-30/95 do T-32/95, od T-34/95 do T-39/95, od T-42/95 do T-46/95, T-48/95, od T-50/95 do T-65/95, od T-68/95 do T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 i T-104/95 (...) i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II#491, pkt 1852).

Ten rodzaj koordynacji pomiędzy przedsiębiorstwami pozwala świadomie na zastąpienie konkurencji wraz z jej zagrożeniami praktyczną współpracą przedsiębiorstw (zob. podobnie wyroki Sądu: z dnia 8 lipca 2008 r. w sprawie T-53/03 (...) przeciwko Komisji, Z. O. s. II#1333, pkt 179; z dnia 2 lutego 2012 r. w sprawie T-83/08 D. K. K. i D. C. przeciwko Komisji, niepublikowany w Zbiorze, pkt 67). W celu udowodnienia, że doszło do uzgodnionej praktyki, nie jest zatem konieczne wykazanie, że dany konkurent formalnie zobowiązał się w stosunku do innego lub innych do przyjęcia określonego zachowania lub że konkurenci wspólnie ustalili swoje zachowanie na rynku w przyszłości. Wystarczy, że oświadczając swój zamiar, konkurent wykluczył lub przynajmniej istotnie ograniczył niepewność co do zachowania, jakiego można oczekiwać z jego strony na rynku (ww. wyroki: w sprawach połączonych C., pkt 1852; w sprawie (...) przeciwko Komisji, pkt 182; w sprawie D. K. K. i D. C. przeciwko Komisji, pkt 67).

A. S. (1) (23.09.2013) jako koordynator kontaktował się z innymi firmami: z panem S., N. i N. z (...) SA, z panem W. i M. z (...) Cement, z panem U. i G. z C., z panem R. i S. z (...). (...)przekazywała albo łączne zbiorcze dane grupy (...) albo podzielone na zakłady (01:36:48). Brak danych choćby od jednej firmy niweczył cały system (01:53:10,01:46:45). Świadek F. S. (1) (18.09.2013) po podaniu danych, (...) w zamian dostawał dane dotyczące ilości sprzedaży w tysiącach ton każdego z konkurentów: (...), (...), (...), (...), (...)i (...) (2:09:56).

Wymiar kary Cementowni (...) SA

Nieporozumieniem jest wprowadzenie przesłanki pozaustawowej tj. możliwość przejęcia sprawy do rozpoznania przez Komisję dla nałożenia kary. Pkt 583 i 584 uzasadnienia Decyzji należy odczytywać łącznie co oznacza, że organ musi przyjąć standardy orzekania Komisji.

Natomiast trafny jest zarzut braku odzwierciedlenia na korzyść powoda przy wymiarze kary stopnia naruszenia ustawy, tj. podziału na biernych uczestników niedozwolonych praktyk ograniczających konkurencję (do których pozwany zaliczył m.in. powoda) i uczestników wiodących i wymierzenie uczestnikom biernym maksymalnej kary pieniężnej,

Wyliczenie wg arbitralnego systemu wymiary kar prowadzi do kar stanowiących(...) przychodu, w stosunku do Cementowni (...) SA (...) gdy ustawa przewiduje maksymalny pułap 10%. Pomimo biernego udziału (pkt 611) zastosowanie systemu prowadzi do wyliczenia kary w procentowej wysokości wyższej niż maksymalny dopuszczalny pułap ustawowy i jest to niezgodne z ustawą.

Nie stanowi błędnego przyjęcia w sentencji Decyzji, że praktyki trwają nadal. Prezes UOKiK dowiódł, że praktyki miały miejsce, więc nakaz zaniechania dotyczy tego stanu, który strona kwestionuje jako „praktyka”. Inaczej jest niekonsekwencja, bowiem strona zaprzecza praktyce i jednocześnie twierdzi, że zaprzestała praktyki, której istnienia zaprzecza.

Cementownia (...) SA wskazała, że funkcją kary nie jest eliminacja i kara nie może prowadzić do podziału rynku pomiędzy największych producentów, którzy nie są karani. Należy jednak wskazać, że kara jest pochodną przychodu.

Nie stanowi przesłanki łagodzącej brak wcześniejszego naruszenia przepisów ustawy. Może być jedynie obciążającą, gdy doszło do naruszenia. Nie można uznawać jako przywilej zachowania, które powinno być standardem.

(...)SA i (...)SA nie tworzą grupy kapitałowej.

Według (...)SA wszelkie wątpliwości interpretacyjne należy rozstrzygać na korzyść podmiotu, na który nakładana jest kara. Przy stosowaniu przepisów o charakterze sanacyjnym należy stosować przepis względniejszy dla sprawcy, w tym wypadku art. 4 pkt 15 uokik. Biorąc pod uwagę fakt wszczęcia postępowania antymonopolowego 28 grudnia 2009 roku kara pieniężna powinna być nakładana w odniesieniu do przychodu uzyskanego w 2005 r. W ocenie Cementowni (...) zerwał związek pomiędzy naruszeniem ustawy a nakładaną karą wymierzając ją w odniesieniu do przychodu z

2008 zamiast za 2005 rok. Treść art. 2 oraz 42 ust. 1 Konstytucji oraz orzecznictwo TK wskazują, że za niezgodne z Konstytucją RP należy uznać przepisy karne (sanacyjne), które pozwalają na taką kalkulację kary, która zrywa związek kary z naruszeniem prawa.

Ustawa dzieli się na działy, gdzie w dziale I „przepisy ogólne” zostało zawarte rozumienie przychodu przez co rozumie się przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy, w rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym. Drugi kwestionowany przepis art. 101 umieszczony został w dziale VI „kary pieniężne”, zgodnie z którym Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Nie ma sprzeczności pomiędzy przepisami, bowiem jeden definiuje pojęcie, a drugi wskazuje jaki parametr decyduje o wymiarze kary.

Definicja ma znaczenie co pokazał przykład Grupy (...) SA, natomiast czym innym jest czas, który bierze się pod uwagę przy wymiarze kary. Niniejsza sprawa zobrazowała, że nie ma -wbrew twierdzeniu Cementowni (...) SA- oderwania kary od naruszenia. Spółki nie zaniechały działania i są karane za czyn trwający do wydania decyzji. Z kolei (...) SA wg Sądu zaniechał praktyki, ale nie zmienia to wytycznych co do kary z art. 101 uokik. Ujęty w przepisie art. 101 ust. 1 punkt odniesienia dla określenia przychodu „rok poprzedzający nałożenie kary” stanowi *lex specialis* w stosunku do ogólnej definicji przychodu.

Zarzuty dotyczące udziału Cementowni (...) SA

30. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 81 uokik (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez sprzeczność ustalonego stanu faktycznego z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w szczególności naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i uznanie wyłącznie na podstawie oświadczeń wnioskodawców leniency (z pominięciem oświadczeń składanych przez (...) S.A. oraz innych dowodów wnioskowanych przez strony postępowania antymonopolowego), że Cementownia (...) S.A. zawarła porozumienie polegające na ustalaniu cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego, porozumienie polegające na podziale rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego oraz porozumienie polegające na wymianie poufnych informacji.

Zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. w postaci przekroczenia granicy swobodnej oceny dowodów nie może odnieść zamierzonego przez odwołującą skutku. Zgodnie z art. 233 k.p.c. Sąd (tu odpowiednio Prezes) ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Taka ocena, dokonywana jest na podstawie przekonań sądu (tu odpowiednio Prezesa), jego wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego, a nadto winna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd (tu odpowiednio Prezes) w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i - wając ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Poprawność rozumowania sądu (tu odpowiednio Prezesa) powinna być możliwa do skontrolowania. Tylko w przypadku gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie wykracza poza schematy logiki formalnej albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego nie uwzględnienia jednoznacznie praktycznych związków przyczynowo – skutkowych przeprowadzona przez Sąd (tu odpowiednio Prezes) ocena dowodów może być skutecznie podważona (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2009 r. IV CSK 290/09, LEX nr 560607, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 czerwca 2009r., III AUa 261/2009, LexPolonica nr 2102197).

Cementownia (...) SA podnosiła (i) zindywidualizowane podejście do klienta zamiast stosowania sztywno ustalonych cen, (ii) kształtowanie własnej polityki cenowej w sposób suwerenny i samodzielny, (iii) stosowanie oficjalnego cennika ustalonego przez Zarząd i bonifikat, (iv) dokonywanie podwyżek uzasadnionych ekonomicznie, (v) pełne wykorzystywanie mocy produkcyjnych, (vi) modernizację własnych urządzeń wytwórczych prowadzącą do zwiększenia poziomu produkcji własnej.

Jako nieprawidłowe oceniała (i) ustalenia oparte na twierdzeniach wnioskodawców leniency oraz odrzucenie stanowisk pozostałych uczestników postępowania, (ii) pociągnięcie do odpowiedzialności mniejszych producentów,

(iii) zastosowanie leniency wobec liderów zarzucanych praktyk, (iv) brak wykazania prawdziwości stwierdzenia o reprezentowaniu Cementowni (...) SA przez Cementownię (...) SA.

W ocenie Cementowni (...) SA nie istniała ani intencja, ani wola współdziałania w określonym porozumieniu. Nie było zamiaru podjęcia danego działania, co prowadziłoby do osiągnięcia celu w postaci zawarcia porozumienia oraz osiągnięcia poprzez to porozumienie określonego skutku prawnego. Nie było zamiaru, a jedynie uniknięcie negatywnych skutków niepodporządkowania się dyktatowi potężniejszych cementowni mogących decydować o dalszym istnieniu Cementowni (...) SA.

Prezes UOKiK zauważył, że (i) polityka sprzedażowa oparta na indywidualnym podejściu do klienta nie stoi w sprzeczności z uzgadnianiem cen sprzedaży cementu szarego, (ii) analiza wykorzystywania zdolności produkcyjnych dokonana została na podstawie danych przedstawionych przez samą Cementownię (...) SA, (iii) instytucja leniency jest czym innym niż rola poszczególnych przedsiębiorców w kartelu, (iv) reprezentacja Cementowni (...) SA przez przedstawiciela Cementowni (...) SA wynika z wyjaśnień (...) SA (k. 5588 akt admin.), (v) odwołujący pośrednio przyznaje w odwołaniu udział w porozumieniu. Celem porozumienia była stabilizacja rynku, „zamrożenie udziałów” i unikanie „wojny cenowej” i Cementownia (...) SA świadomie w nim uczestniczyła. Natomiast bierna rola Cementowni była jedynie okolicznością łagodzącą.

Rozważając niniejszy zarzut, Sąd zauważa, że wszystkie podmioty podnosiły element bonifikat bądź prowadzonej niezależnej polityki cenowej.

Cementownia (...) SA nie udowodniła, jaki wpływ na cenę cementu miała cena zakupu węgla, żużla i gipsu, tak by zobrazować zależność kosztów produkcji cementu od tych czynników i dowieść zasadności podwyżek wzrostem czynników składowych ceny. Powoływanie się na wzrost kosztów produkcji cementu uzależniony od powyższych czynników nie tłumaczy wprowadzanej skali podwyżek Cementowni (...) SA nakierowanej na rekompensowanie zwiększających się kosztów. Podwyżki uwarunkowane, jak twierdzi wzrostem średniej ceny materiałów, miały dawać zwrot kosztów, ale ich rozmiar powodował, że nie przyjmowały się i następował spadek średniej ceny cementu (załącznik nr 2 i 3 do pisma z dnia 22 stycznia 2007, k. 99 akt admin.). Utrzymywanie dotychczasowych cen z uwagi na reakcję klientów wskazuje, że to nie koszty produkcji cementu decydowały o skali podwyżki. Mogły stanowić element cenotwórczy, ale nie ma związku pomiędzy skalą wzrostu ceny cementu a skalą wzrostu kosztów produkcji. Podobnie sezonowość sprzedaży, inflacja, wzrost kosztów finansowych, wzrost cen energii elektrycznej i wzrost przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia, koszty remontów, wzrost cen paliw poza wymienieniem nie dowodzą z jakiego rzędu wielkościami mamy do czynienia i jak wpływały na stosowane ceny cementu. Obiektywne czynniki wpływające na zmiany cen cementu na krajowym rynku pozostają bez wpływu na ocenę faktu dokonywania przez Cementownię (...) SA antykonkurencyjnych ustaleń w tym zakresie z pozostałymi uczestnikami porozumienia.

W ocenie Sądu tłumaczenie Cementowni (...) SA zawarte w odwołaniu (strona 10) wskazuje na motywy skłaniające Cementownię do udziału w porozumieniu i stanowi przyznanie faktu uczestnictwa. Cementownia brała udział w porozumieniu, aby (i) uniknąć negatywnych skutków niepodporządkowania się dyktatowi potężniejszych cementowni, (ii) które mogły decydować o dalszym istnieniu Cementowni (...) SA, (iii) i uchronić przed całkowitym tak ekonomicznym, jak i faktycznym wyeliminowaniem z rynku, wprost cytując „Jak wyżej wykazano działania lub zaniechania Cementowni (...) SA stanowią rezultat założenia, iż jedynie podporządkowanie się silniejszym cementowniom może uchronić Spółkę przed jej całkowitym tak ekonomicznym, jak i faktycznym, wyeliminowaniem z rynku”. Oznacza to, jakie były intencje Cementowni w przystąpieniu do porozumienia i odbiegały one jak wskazuje odwołująca od intencji i woli innych podmiotów. Wolą i intencją Cementowni jak utrzymuje było zachowanie bytu na rynku, a nie zawarcie porozumienia zmierzającego do ustalania cen produktów czy podziału rynku, jeżeli było to wolą i intencją innych.

Sąd uznaje za Prezesem UOKiK, że Cementownia (...) SA w pełni świadomie uczestniczyła w uzgodnieniach z pozostałymi uczestnikami porozumienia. Zaś tłumaczenie motywów pozwala na przypisanie co najmniej zamiaru ewentualnego. Istota zamiaru ewentualnego sprowadza się do tego, iż sprawca przewidując możliwość popełnienia

czynu zabronionego, nie chce go popełnić, ale na popełnienie tego czynu się godzi. Podmiot ma świadomość, że swoim zachowaniem może zrealizować znamiona czynu zabronionego. Natomiast „godzenie się” dotyczy „ubocznego”, ale w rozumieniu sprawcy realnego i prawdopodobnego skutku w stosunku do podstawowego celu działania. Zatem zarzut jaki może być postawiony sprawcy nie wynika z tego, że godził się na zrealizowanie znamion typu rodzajowego przestępstwa, ale dlatego, że będąc świadom możliwości zrealizowania negatywnego skutku, tj. zrealizowania znamion czynu zabronionego, nie powstrzymał się od podjęcia tego czynu.

Cementownia (...) SA przyznała podejmowanie działań/zaniechań samozachowawczych, które dyktowane były wolą uniknięcia skutków zawiązanego przez innych kartelu (strona 11). Przez takie działanie, Cementownia (...) SA dawała pozostałym uczestnikom rynku sygnał podporządkowania się ustaleniom, braku konkurencyjnych zamiarów i niesprzeciwiania się wprowadzanym uzgodnieniom. Przyjmując taką postawę co najmniej godziła się na naruszenie przepisów prawa antymonopolowego, bowiem przedsiębiorca działający na rynku konkurencyjnym ma świadomość, że jakiegokolwiek pośrednie bądź bezpośrednie kontakty pomiędzy konkurentami ujawniające ich posunięcia rynkowe nie korespondują z zasadami normalnie działającego rynku konkurencyjnego.

Cementownia (...) SA przyznała, że jej autonomia w zakresie polityki cenowej i sprzedażowej była ograniczona nie poprzez własną wolę współdziałania w celach sprzecznych z prawem antymonopolowym, lecz poprzez konieczność podejmowania takich wymuszonych działań, które będą zgodne z wolą innych podmiotów (strona 10). W związku z tym nieporozumieniem są twierdzenia Cementowni co do (ii) kształtowania własnej polityki cenowej w sposób suwerenny i samodzielny, (iii) stosowania oficjalnego cennika ustalonego przez Zarząd i bonifikat, (iv) dokonywania podwyżek uzasadnionych ekonomicznie. Wytlumaczeniem tej sprzeczności jest jedynie konstatacja, że Cementownia posiadała autonomię cenową w ramach zaplanowanych działań innych podmiotów i na tym polu mogła realizować (i) zindywidualizowane podejście do klienta zamiast stosowania sztywno ustalonych cen. Niezrozumiały w tym kontekście jest również zarzut nieuwzględnienia przez Prezesa Urzędu faktu pełnego wykorzystania mocy produkcyjnych Cementowni. W odpowiedzi na pytanie Prezesa UOKiK Cementownia (...) SA podała średnioroczny stopień wykorzystania zdolności produkcyjnych i przyczyny zmniejszonego stopnia wykorzystania (remonty i obniżenie popytu) (k. 2969 akt admin.). Wykorzystanie mocy produkcyjnych kształtowało się w okresie 1998-2008 średniorocznie na poziomie 60,55% (najniższy poziom w 2003 r. wyniósł 47,58%). Dowody wskazujące na okoliczność pełnego wykorzystania mocy produkcyjnych świadczą jednak o braku pełnego wykorzystywania zdolności produkcyjnych. Zestawienie postojów młynów w latach 2005-2006 (k. 112-114 akt admin.) nie wyjaśnia skali niewykorzystania zdolności produkcyjnych w tym okresie.

W ocenie Sądu motywy przystąpienia do porozumienia stanowią okoliczności wpływające na wymiar kary.

Cementownia (...) SA zaprzeczyła, aby była stroną porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji poprzez dokonanie podziału krajowego rynku produkcji i sprzedaży cementu. Przemawia za tym (i) struktura terytorialna sprzedaży /województwa (...), (...), (...) i (...)/, (ii) opłacalność sprzedaży do odległości nie większej niż 300 km od O..

Prezes UOKiK podniósł, że podział rynku polegał na ustaleniu wielkości udziałów rynkowych poszczególnych uczestników obrotu rynkowego. Przejawem zachowania tego status quo był przypadek (...) Sp. z o.o., modyfikacja udziałów Cementowni (...) SA, sprawa (...) Sp. z o.o.

Wbrew podkreślanym powyżej obawom Cementowni (...) SA co do wyeliminowania z rynku (jeżeli nie podporządkuje się dyktatowi większych producentów), Cementownia wskazywała na jej obecność w innych województwach ze względu na założenia władz co do dalszego rozwoju przejawiającego się także zdobywaniem nowych rynków zbytu.

Zdaniem Sądu w tym przejawia się korzyść Cementowni (...) SA z udziału w porozumieniu. Nie tylko nie nastąpiło jej ekonomiczne i faktyczne wyeliminowanie z rynku, ale miała zapewniony obszar działania w województwach (...), (...), (...) i (...). Okoliczność na jakim obszarze koncentruje się działalność handlowa Cementowni nie miała jednak większego znaczenia, bowiem zakwestionowany podział rynku miał charakter ilościowy a nie terytorialny.

Mimo podkreślonej biernej roli, sprawa wzrostu udziału Cementowni (...) SA była rozważana przez uczestników porozumienia.

Cementownia (...) SA wskazała, że dążyła do ustabilizowanego portfela zamówień. Informacje o nowych potencjalnych klientach zbierały dział marketingu i sprzedaży i bez znaczenia, zdaniem przedsiębiorcy, był fakt dotychczasowej współpracy danego klienta z jakąkolwiek inną cementownią ani jakość tej współpracy.

Cementownia (...) SA podniosła, że stan nierównowagi w wielkości i potencjale produkcyjnym poszczególnych cementowni wymuszał na niej konieczność stałego monitorowania rynku cementu i podejmowania decyzji w zakresie własnej polityki cenowej. Takie działania pozwalały jej na szybkie dostosowywanie się do warunków gry konkurencyjnej i dalsze funkcjonowanie na rynku. Naśladownictwo w poczynaniach innych podmiotów, stałe obserwowanie innych graczy, bieżące reagowanie na ich posunięcia stanowi istotę rynku konkurencyjnego. Konieczne było zaznaczanie obecności w (...) i przekazywaniu danych (już historycznych w momencie przekazania) dotyczących działalności spółki. Brak współpracy w tym zakresie z innymi cementowaniami mogłoby stanowić niebezpieczeństwo wyeliminowania jej z rynku.

Stanowisko (...)SA jest niewiarygodne. Po pierwsze, podkreśla autonomię w działaniu i grę konkurencyjną, gdy przy ustalaniu cen jej zaprzecza i wskazuje na podporządkowanie się silniejszym cementowniom, po drugie, dlaczego nieprzekazywanie danych historycznych (jak sama zaznacza) miałyby skutkować jej wyeliminowaniem z rynku? Wątpliwym staje się swoboda w rynku produkcji i autonomiczna polityka zmierzająca do zwiększenia udziału rynkowego, gdy nieprzekazanie danych historycznych mogło narazić Cementownię na poważne konsekwencje (eliminacja).

Cementownia (...) SA kwestionując swój udział w wymianie informacji jednocześnie (i) przyznała wymianę poufnych informacji z Cementownią (...) SA, (ii) przyznała wpływanie informacji handlowych „do” Cementowni (ale nie stanowiły dla niej podstawy do jakichkolwiek działań) i podkreśliła kierunek przepływu informacji- nigdy „od”.

Prezes UOKiK podkreślił, że (i) wymiana informacji służyła kontroli dokonanych ustaleń co do utrzymania stałej wielkości udziałów rynkowych oraz zapewnieniu pełnej przewidywalności i jasności co do posunięć rynkowych konkurentów, (ii) dowody znalezione w Cementowni (...) SA, (...) Sp. z o.o., (...) SA, oświadczenia wnioskodawców leniency świadczą o wymianie, (iii) znalezienie danych dotyczących Cementowni (...) SA u innych producentów świadczy o ich przekazywaniu przez tego przedsiębiorcę.

Stanowisko (...)SA jest wewnętrznie sprzeczne. Po pierwsze, odwołujący zaprzecza udziałowi w wymianie informacji, by za chwilę przyznać, że informacje wpływały do przedsiębiorcy. Istotne jest, że za brak współpracy z cementowniami przy przekazywaniu danych historycznych dotyczących działalności spółki mogłaby być -jak sama podniosła- wyeliminowana z rynku. Po drugie, Cementownia akcentuje różnicę pomiędzy posiadaniem danych a ich wykorzystywaniem w celach sprzecznych z prawem i nie uwzględnianiem ich do podziału rynku cementu czy wprowadzania nowych cen. Jednocześnie Cementownia wcześniej przyznała, że prowadziła stały monitoring rynku cementu i podejmowała decyzje w zakresie własnej polityki cenowej, aby dostosować się do gry konkurencyjnej i dalej funkcjonować na rynku. Logicznym jest wniosek, że posiadanie informacji handlowych ułatwiało podejmowanie działań na rynku. Cementownia (...) SA posiadając informacje wiedziała, jakie są ogólne tendencje rynkowe, co pozwalało jej na realizację głównego celu uczestnictwa w porozumieniu tj. uniknięcia ekonomicznego i faktycznego wyeliminowania z rynku. Zgodzić się należy ze stanowiskiem Prezesa UOKiK, że informacje miały znaczenie dla Cementowni inaczej wymiana byłaby całkowicie zbędna i niepotrzebnie ryzykowna ze względu na niezgodność z prawem konkurencji, o czym przedsiębiorca miał wiedzę w obliczu gruntownej analizy przeprowadzonej na forum (...). Z zeznań świadka M. R. wynika, że prezes Cementowni (...) prosił go o przekazywanie informacji ze spotkań, co wskazuje jak ważna była wiedza na temat zachowań rynkowych (zeznania M. R. rozprawa z 23.09.2013; 00:18:40)

Jak zeznał świadek F. S. (1) dane z (...)i (...)najczęściej przekazywała (...), nie było problemów z ich uzyskaniem (23.09.2013, 01:00:08). Podobnie A. S. (1) „Warta przekazywała albo łączne zbiorcze dane grupy (...) albo podzielone

na zakłady (23.09.2013, 01:36:48). Cementownia (...) SA brała zatem udział w wymianie informacji. Brała również udział w spotkaniu w dniu 5 stycznia 2006 r., stawała do aktu notarialnego z dnia 19 maja 2006 r. (k. 5461 akt admin.).

Wymiar kary Cementowni (...) SA

Cementownia (...) SA kwestionując nałożenie kary powołała się na (i) najmniejszy udział w rynku wśród wszystkich ukaranych cementowni, (ii) wątpliwe zastosowanie „Wyjaśnień” przy stosowaniu ustawy z 2000 r., (iii) nieuwzględnienie okoliczności łagodzących w postaci biernej roli i działania pod przymusem, (iv) pominięcie zbadania wielkości potencjału ekonomicznego ukaranych przedsiębiorców w zakresie badania charakterystyki rynku, (v) brak zróżnicowania kar w odniesieniu do stopnia ewentualnego przewinienia, (vi) brak uwzględnienia nienaruszenia przepisów ustawy, (vii) uwzględnienie przychodu z 2008 roku (art. 101 ust. 1 Ustawy) a nie z 2005 roku (art. 4 pkt 15 Ustawy).

Analizując podane okoliczności podkreślić należy, że (i) działania uczestników cechowała umyślność i nie można zaakceptować stanowiska, że Cementownia (...) SA działała pod przymusem, (ii) kara sankcjonuje naruszenia polskiego i unijnego prawa ochrony konkurencji, (iv) potencjał ekonomiczny ukaranych przedsiębiorców określa ich łączny udział rynkowy 98-99%, (v) kara nie została podwyższona co miałyby miejsce w przypadku „antymonopolowej recydywy”, (vi) organ uwzględnił rodzaj naruszenia uznając je za szczególnie niebezpieczne dla rynku, (vii) zastosowanie ma art. 101 ust. 1 Ustawy i przychód w nim wskazany.

Zasadny jest argument nieuwzględnienia okoliczności łagodzącej w postaci biernej roli i niewłaściwe zastosowanie „Wyjaśnień” skutkujące przekroczeniem ustawowego wymiaru 10%-ego przychodu z art. 101 ust. 1 Ustawy O wymiarze kary zadecydowało niewłaściwe zastosowanie przepisów prawa wspólnotowego, o czym była mowa powyżej.

32. art. 44 ust. 1 uokik w zw. z art. 80 uokik oraz art. 61 § 4 k.p.a. (**podniesione przez Cementownię (...) SA**) poprzez niedokonanie zawiadomienia o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie nałożenia kar pieniężnych.

Cementownia (...) SA zarzuciła brak wszczęcia postępowania w sprawie stosownie do art. 44 ust. 2 Ustawy.

Prezes UOKiK wyjaśnił charakter kar nakładanych na podstawie ustawy jako komplementarnych bądź samoistnych. W niniejszym postępowaniu nałożona kara miała charakter komplementarny.

Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidują kilka rodzajów postępowań, które mogą być prowadzone przed Prezesem UOKiK: postępowanie wyjaśniające, postępowanie antymonopolowe, postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów oraz postępowanie w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej.

Możliwość wszczynania postępowań w sprawach nakładania kar pieniężnych z urzędu dotyczy wyłącznie kar o charakterze samoistnym. W przewidzianych w art. 101 ust. 1 uokik przypadkach kara ma charakter komplementarny, co oznacza, że jest nakładana w toku postępowania właściwego dotyczącego określonego naruszenia przepisów materialnych ustawy. Do jej nałożenia nie jest wymagane przeprowadzenie odrębnego postępowania (por. E. Modzelewska – Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002, s. 330).

Zarzuty dotyczące udziału (...) Sp. z o.o.

33. art. 10 § 1 oraz 109 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez (...) Sp. z o.o.**) poprzez doręczenie (...) Sp. z o.o. jedynie wyciągu z zaskarżonej decyzji.

Zarzut jest trafny, bowiem art. 109 § 1 k.p.a. nie przewiduje doręczenia wyciągu decyzji. Przepis art. 109 § 1 stanowi o doręczeniu stronom „decyzji”, a więc komentatorzy przyjmują, że ma to być jej oryginał, a nie odpis, wyciąg z protokołu posiedzenia organu czy też kopia decyzji. Strona jest uprawniona do otrzymania w oryginale, z własnoręcznym podpisem osoby reprezentującej organ, dokumentu, jakim jest decyzja sporządzona na piśmie.

Decyzja musi spełniać wymagania określone w art. 107 k.p.a. odnośnie do treści, które powinna zawierać. Doręczenie pisma, które takich wymagań nie spełnia, będzie dotknięte pewną wadliwością. Pogląd ten został wyrażony na wiele lat przed podjęciem działania przez NSA i dlatego dziś trzeba uwzględnić stanowisko zajęte przez NSA, zawarte w powoływanym wyroku NSA z 20.7.1981 r., SA 1163/81 (OSPika 1982, Nr 9-10, poz. 169), zgodnie z którym niedostatki formy decyzji nie oznaczają ani tego, że sprawa nie została załatwiona aktem władczym, ani też tego, iż strona będzie pozbawiona możliwości uruchomienia trybu jej weryfikacji, jeżeli w piśmie jest minimum elementów rozstrzygnięcia sprawy. Strona, której doręczono decyzję dotkniętą wadami nieistotnymi, dopuszczającymi jej rektyfikację, może występować poza tym o uzupełnienie decyzji na podstawie art. 111 § 1 i art. 113 § 1 k.p.a. bez uszczerbku dla swoich uprawnień procesowych (por. B. Adamiak, J. Borkowski, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz. Wyd. 13, Warszawa 2013).

Pomimo trafności zarzutu strona nie została pozbawiona możliwości swoich praw.

34. art. 107 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez (...) Sp. z o.o.**) poprzez powołanie w sentencji zaskarżonej decyzji błędnej podstawy prawnej jej wydania, to jest art. 81 ust. 1 TWE, który już nie obowiązywał w chwili wydania zaskarżonej decyzji,

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przepisy proceduralne powinno się na ogół stosować do wszystkich postępowań będących w toku w momencie ich wejścia w życie, w odróżnieniu od przepisów materialnych, które są zazwyczaj interpretowane w ten sposób, iż nie obowiązują w stosunku do sytuacji powstałych przed ich wejściem w życie (por. opinia rzecznika generalnego Juliane K. przedstawiona w dniu 8 września 2011 r. w sprawie C-17/10 (...) i in., <http://curia.europa.eu>).

34. art. 10 § 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez (...) Sp. z o.o.**) poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na ostateczne zapoznanie się z aktami i zajęcie ostatecznego stanowiska w sprawie.

Zarzut jest niezasadny, bowiem działanie podmiotu trzeciego wspólnika D. A. nie będącego stroną postępowania, nie może wpływać na bieg postępowania.

35. art. 7 i 8 k.p.a. (**podniesione przez (...) Sp. z o.o.**) poprzez wydanie zaskarżonej decyzji przed rozpoznaniem zażaleń na postanowienia Prezesa UOKiK w przedmiocie ograniczenia wglądu do materiału dowodowego oraz przed upływem terminu na wniesienie zażalenia na takie postanowienie.

Naruszenie przepisów postępowania byłoby uzasadnione, gdyby strona została pozbawiona możliwości obrony swoich praw. Taka okoliczność nie została podniesiona.

36. art. 4 pkt 4 uokik oraz art. 101 ust. 1 TfUE (**podniesione przez (...) Sp. z o.o.**) poprzez przyjęcie przez Prezesa UOKiK, że na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego doszło do zawarcia – z udziałem (...) Sp. z o.o. – porozumienia ograniczającego konkurencję w rozumieniu tego przepisu w sytuacji, gdy (...) Sp. z o.o. nie zawierała żadnych umów, ani nie dokonywała z konkurentami jakichkolwiek, w jakiegokolwiek formie uzgodnień.

37. art. 9 w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 1 i 3 uokik oraz art. 101 ust. 1 TfUE (**podniesione przez (...) Sp. z o.o.**) poprzez uznanie, że (...) Sp. z o.o. dopuściła się praktyk ograniczających konkurencję polegających na zawarciu porozumienia, którego przedmiotem było ustalanie cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego oraz podział rynku produkcji i sprzedaży tego produktu, jak również, że praktyka ta trwa nadal (pkt I i II zaskarżonej decyzji), gdy tymczasem (...) Sp. z o.o. w ogóle nie uczestniczyła w opisanym porozumieniu.

(...) Sp. z o.o. w odwołaniu oświadczyła, że po roku 2002 nie uczestniczyła w żadnych porozumieniach ani praktykach ograniczających konkurencję, co wiązało się z wdrożeniem programu compliance. Od sierpnia 2002 powołała nowego dyrektora handlowego A. W. a od stycznia 2003 nowego członka zarządu odpowiedzialnego za obszar sprzedaży i marketingu M. C..

Powyższe okoliczności nie przekreślają udziału (...) Sp. z o.o. w porozumieniu zapoczątkowanym w 1998 r. (...) Sp. z o.o. był obecny na tym i brał udział w późniejszych spotkaniach. Do 2002 roku ze strony (...) uczestniczył K. i sam (...) organizował do 2002 takie spotkania (świadek A. T. (1) 26.09.2013, 02:56:54).

Nowy dyrektor handlowy pan W. został wprowadzony w system. Świadek zeznał, że temat pojawił się na jego biurko, gdy przejmował rolę i działkę K.. Przyszedł do niego pan S. i wyjaśnił, że „my z kolegami ci co w grupie są (...)”, „ja podaję, muszę podać liczbę, nie mogę złapać K., a sam z siebie nie mogę”, „przez to że pozmieniały się statystyki i kiedyś mieliśmy to miesiąc później, a teraz znamy rok później, a nie wiemy jak się rynek rozwija, jak poszczególne grupy się rozwijają, no to tak żeśmy to zrobili, że się wymieniamy informacjami i to każdy ma tabelkę i każdy wie”. Świadek zadał pytania, kto z kim, po co, co to daje, na ile wiarygodne. Wskazał, że chciał pozyskać S. jako cennego pracownika ale z którym nie zgadzał się co do pośredników. Wiedział, że to śliski temat, miał szkolenie compliance, wiedział, że kiedyś nie wszystko było czyste, „stare wygi będą próbować pana wciągnąć” (26.09.2013, 00:51:05). Ustalał przekazywane dane z pracownikiem i otrzymywał od niego informację o pozostałych producentach. Miał świadomość, że działa niezgodnie z prawem (26.09.2013, 01:24:29). Świadek bagatelizował system, „na imprezach mówiło się, że wszyscy wszystkich kłamią” (26.09.2013, 01:27:05). Mimo takiej oceny uczestniczył godząc się tym samym na kontynuację zawartych porozumień. W tym miejscu Sąd wskazuje, że z zeznań świadka S. wynika, że uzyskał polecenie przekazywania danych od W.. (18.09.2013, 1:51:23). Świadek K. S. (1) nie wiedział, czy takie działanie miało miejsce przed przyjściem W. (18.09.2013, 01:59:57). Przeczy to zeznaniom świadka J. W. (1) wskazującym, że kontaktował się z świadkiem S., gdy dyrektorem był pan K. (23.09.2013, 02:09:50). Także nie kto inny a S. był osobą w (...), z którą dokonywano ustaleń z (...) SA. Jak zeznał C. N. (1) „dla mnie stałym punktem kontaktowym był pan S., bo on pracuje w strukturach (...) najdłużej, to on zawsze inicjował moje spotkania z nowymi dyrektorami (...)” (1.10.2013, , 03:21:25, 03:13:21).

W ocenie Sądu kto komu przekazał informację, ma wtórne znaczenie. Faktem jest, że dyrektor W. co najmniej mógł rozsądnie przewidzieć istnienie porozumienia, bowiem zadał pytania kto z kim i po co, a zatem gotowy był ponieść związane z tym ryzyko.

Z wypowiedzi świadka wynika świadomość istnienia ustaleń dotyczących udziałów rynkowych. Na spotkaniu 5 stycznia 2006 r. „w tym czasie wyszło na jaw, że sprzedaż (...) była dużo wyższa niż zakładano w branży” (26.09.2013, 00:33:45). Świadek zacytował opis rynku „Rynek był większy, każdy pewnie czuje się teraz pokrzywdzony, bo w swoich tam tabelkach nie jest taki dobry, jak sądził, że jest” (26.09.2013, 00:34:17) oraz wagi tej informacji, „wskutek tej informacji może dojść do ruchów „wyrównujących” to co jest, z tym co myśleliśmy, że ma być”. Podczas rozmowy przy stole pan N. proponował, żeby zostawić to tak jak jest (26.09.2013, 00:34:49), padły sugestie o spacyfikowaniu działań, bo „agresywne działanie z mojej strony może popsuć rynek” (26.09.2013, 00:37:46), „myśmy byli nerwowi, okres przygotowań do cen i takie informacje się pojawiają” (26.09.2013, 00:36:44). Świadek był niezadowolony i poparł go M. (26.09.2013, 00:38:24).

Znamienne jest, że świadek A. W. (1) jako dyrektor handlowy podejmował większość decyzji za zgodą zarządu w przypadku podwyżek lub po dyskusji z zarządem bądź handlowcami. Decyzje pojedyncze o obniżce klientowi podejmował sam, ale już o obniżce w województwie po konsultacjach z zespołem. Z zależności od kontekstu były różne gremia decyzyjne (26.09.2013, 01:31:08). Podczas spotkania z J. W. (1) na przełomie 2003/2004 w K. dotyczącego sprzedaży padał zarzut, że nie umie sprzedawać, „ty rozjeżdżasz, tak nie możesz” (26.09.2013, 01:10:23). W ocenie Sądu poucza się i wyraża niezadowolony z działania tylko wówczas, gdy ma się do tego prawo i wobec kogo można to prawo zrealizować. Używane sformułowania „każdy nerwowy ruch mógł się z tzw. działaniem odwetowym spotkać” gdy np. wchodził na inny teren „nie wchodzi się na cudze rynki” (26.09.2013, 01:36:28), wskazują, że działało prawo kartelu.

Ustalenia podwyżek cen wynikają z protokołów zarządu załączonych do odwołania.

Świadek zeznał, że poinformował o wymianie danych na temat sprzedaży swoich przełożonych pana C. w grudniu najpóźniej w styczniu 2003, prezesa K. na przełomie roku, grudzień 2004/luty 2005, ale jak wskazał nie przyjmowali sprawy komentując „Pan sobie robi co chce, my nic nie wiemy, my mamy jasne reguły gry” (26.09.2013, 01:04:05).

Objęcie funkcji przez M. C. nie stanowi daty zakończenia udziału (...) Sp. z o.o. w porozumieniu. Odpowiedzi świadka na zadawane pytania na temat uzgadniania cen pomiędzy producentami, udziałów rynkowych były wymijające; świadek powoływał się na brak formalnej wiedzy, ale sygnalizował istnienie plotek na te tematy (18.09.2013, 1:13:05, 1:15:09). Wiedział o plotkach na temat działania konkurencji od pana S. (18.09.2013, 01:24:00). Ponadto dane na temat sprzedaży posiadał raz na kwartał: przekazywał mu je pan S. przez pana W. i dawały one obraz miejsca w rynku (18.09.2013, 01:15:47). Pan W. jako jego zastępca twierdził, że otrzymywał pewne miesięczne dane od pana S. (18.09.2013, 01:23:40). Decyzje co do podwyżek podejmował po konsultacjach z W. i S. (18.09.2013, 01:19:40, 01:23:10).

Świadek osobiście nie miał kontaktu z konkretnymi firmami i nie należał do grona Stowarzyszenia. Miał jednak świadomość istnienia ustaleń co do cen i udziałów rynkowych, chociażby z wypowiedzi odwołujących się do plotek, sformułowań „nie należałem do tej grupy”, „żeby nie byli zazdrośni”. Przedstawił również wagę koordynacji cen pomiędzy konkurentami, na przykładzie działania handlowców, którzy mówili o cenach (...) i (...) i toczącej się grze (18.09.2013, 1:09:47). Jego wynik sprzedaży pokazał, jak mógłby funkcjonować rynek w warunkach konkurencji, ale jego strategia zwiększająca udziały spotkała się z niezadowoleniem konkurencji. Padły wówczas słowa „(...) robi co chce i zaburza rynek”, „sprzedaje jak chce” (18.09.2013, 1:13:43). Co więcej z zeznań świadka nie wynika zaniechanie praktyk, bo świadek wskazał, że przed nim i po jego odejściu była wymiana informacji. Wyraził nadzieję, że nie było konsultacji na temat podwyżek cen (18.09.2013, 1:20:12).

Pomimo działania programu compliance pracownicy otrzymali przyzwolenie na kontynuowanie praktyk a przez to uczestnictwo (...) Sp. z o.o. w porozumieniu. Taką samą postawę prezentował prezes K. K. (2), który reprezentował (...) Sp. z o.o. w (...), gdy funkcję członka zarządu odpowiedzialnego za sprzedaż pełnił pan M. C..

Z zeznań K. K. (2) wynika, że właśnie z nim kontaktował się, prowadził rozmowy pan T. częściej niż z panią K. (1.10.2013, 01:28:30). Spotkania częstsze z panem T. dotyczyły m.in. branży cementowej, cementu „one nie były tylko wyłączone związane cementem, branżą cementową, polityką poszczególnych grup” (1.10.2013, 01:29:02). Na jednym spotkaniu w 2004 roku pan T. powiedział „podnosimy ceny od dnia o... co ty zrobisz”. Reakcja K. K. (2) była taka, żeby podnosili „to jest wasza sprawa” (...) zrobi to co będzie musiał. Wyjaśniając dalej zeznał, że nie był dyrektorem handlowym i nie mógł zobowiązać się do czegokolwiek, ponieważ nie mógłby tego wykonać. Dyrektor C. podejmował decyzję o cenach (1.10.2013, 01:27:00). W tym kontekście stwierdzenie, iż nie były ustalane z panem T. żadne sprawy dotyczące podziału rynku, wysokości wprowadzanych cen, terminów wprowadzanych cen jest mało przekonujące (1.10.2013, 01:30:19).

Ważne jest podkreślenie, iż mało istotne jest odnoszenie się do roku 2002, po którym (...) nie dokonywała ustaleń co do podziału rynku i cen bowiem te uzgodnienia już istniały. Natomiast należałoby postawić pytanie, czy trwanie walki konkurencyjnej przekreśla istnienie uzgodnień. W przypadku (...) Sp. z o.o. okres prowadzenia sprzedaży przez świadka C. pokazuje wzrost udziału rynkowego na ok. 12%.

Wielkość udziałów (...) Sp. z o.o. w latach 1998-2005 przedstawiała się następująco:

(i) według danych z tzw. systemu równoległego 11,46%, 11,26%, 11,80%, 9,75%, 9,23% (2002), 9,40% (2003), 9,35% (2004), 9,66%;

(ii) według danych przedstawionych Prezesowi UOKiK 11,68%, 11,34%, 11,96%, 8,80%, 9,20% (2002), 10,44% (2003), 9,40% (2004), 8,74%, 9,27% (2006).

(...) Sp. z o.o. nie miał 12% udziału w rynku po 2003 r. a walka konkurencyjna nie niweczy porozumienia, bowiem toczy się w ramach zakreślonych porozumieniem.

Dopuszczając dowody z zeznań świadków Sąd umożliwił stronie weryfikację twierdzeń zawartych we wnioskach leniency. Zeznania świadków wyjaśniają jak doszło do zawarcia porozumienia (zeznania J. W. (1), A. T. (1), C. N. (1)), wskazują, że nie było jednego inicjatora (zeznania A. T. (1) i A. B. (1)) oraz przeczą nakłanianiu, bowiem wszyscy byli zainteresowani uregulowaniem rynku (zeznania A. T. (1), J. W. (1)).

Rozbieżność co do miejsca spotkania pod koniec 1998 r. wyjaśnił świadek C. N. (1) (1.10.2013, 03:09:30).

Ustalenie inicjatora porozumienia było też dowodową zeznań świadków J. W. (1), C. N. (1), M. R. (1) i zeznania te nie podważyły wniosku Prezesa UOKiK wyprowadzonego z oświadczeń leniency, że nie da się jednoznacznie ustalić inicjatora. Natomiast (...)SA i (...)SA byli liderami.

Używanie określeń Klub lub Grupa (...) używanych w dokumentach tworzonych przez (...) SA można po przeprowadzeniu postępowania dowodowego z zeznań świadków uzupełnić: „I liga, II liga” (świadek A. W. (1)), „koledzy” (świadek F. S. (1)), „gracze” (świadek A. T. (1)).

W ustaleniach w sprawie (...)nie brał udziału (...) Sp. z o.o., ale jak zeznał A. D. otrzymał informację. Zasłonił się niepamięcią co do tego komu ją przekazał (26.09.2013, 03:45:12). Dokonanie podwyżki w czerwcu 2006 r. miało różnicę kilku dni w Cementowni (...) SA, Cementowni (...) SA, (...) Sp. z o.o. – odpowiednio 12, 15 i 13 czerwca i świadczy o koordynacji działań. Odebranie 200 tys. ton można przypisać (...) SA, który wprowadził podwyżkę 10 lipca 2006 r. i (...) SA, który nie wprowadził jej wcale.

38. art. 9 w zw. z art. 5 ust. 1 uokik oraz art. 101 ust. 1 TfUE (**podniesione przez (...) Sp. z o.o.**) poprzez uznanie, że (...) Sp. z o.o. dopuściła się praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na zawarciu porozumienia, którego przedmiotem była wymiana poufnych informacji handlowych, jak również, że praktyka ta trwa nadal (pkt V zaskarżonej decyzji), gdy tymczasem pracownik (...) Sp. z o.o., p. K. S. (1), uczestniczył wyłącznie w wymianie informacji dotyczących miesięcznych danych o sprzedaży, (...) Sp. z o.o. przyznała się do tego czynu i oświadczyła, że procederu tego zaniechała najpóźniej w roku 2005, a żadnych innych informacji handlowych, z nikim nie wymieniała i nie wymienia.

System wymiany informacji dokonywany pomiędzy uczestnikami porozumienia jest zakazanym porozumieniem ograniczającym konkurencję należącym do szerszej kategorii praktyk określanych jako *facilitating practices*. Do tej kategorii zaliczane są wszelkie rodzaje zachowań, dzięki którym przedsiębiorstwa łatwiej uzyskują korzyści gospodarcze w wyniku cichej współpracy pomiędzy nimi (por. M. Sachajko, *Orzecznictwo Sądów Wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004* pod red. A. Jurkowskiej, T. Skoczego, Oficyna Wolters Kluwer Warszawa 2007, s. 338). Praktyka ta nie została *explicite* wymieniona w art. 81 ust.1 WE (obecny 101 ust. 1 TFUE), a polega na stworzeniu systemu wymiany informacji pomiędzy uczestnikami porozumienia, którego skutkiem jest wzrost zysków w wyniku milczącej koordynacji zachowań. W orzeczeniu z dnia 27 października 1994 r. w sprawie T-34/92 (...). Przeciwno Komisji (Zb.Orz. 1994, II-905) Sąd Pierwszej Instancji podkreślił odmienne znaczenie i kwalifikację prawną porozumień tworzących system wymiany informacji, które nie dotyczą cen oraz nie stanowią podstawy do jakichkolwiek innych antykonkurencyjnych porozumień w przypadku rynku konkurencyjnego i rynku oligopolistycznego. Na rynku konkurencyjnym mogą one być co do zasady prawnie dozwolone. Natomiast na bardzo skoncentrowanym rynku oligopolistycznym, na którym konkurencja jest już znacząco zmniejszona, a wymiana informacji ułatwiona, mogą znacznie ograniczyć konkurencję. W takich okolicznościach regularne i częste dzielenie się informacjami dotyczącymi działania rynku powoduje okresowe ujawnianie wszystkim konkurentom pozycji na rynku i strategii różnych indywidualnych konkurentów. Ta linia orzecznictwa jest kontynuowana (por. wyrok Sądu dawniej: Sądu Pierwszej Instancji z dnia 16 września 2013 r. w sprawie T-396/10 Z. R. S. przeciwko Komisja, wyrok Trybunału z dnia 23 listopada 2006 r. w sprawie C-238/05 A.-E. i A. del E., Zb.Orz. s. I-11125, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo, www.curia.europa.eu).

W opinii Rzecznika Generalnego L.A. G. przedstawionej w dniu 29 czerwca 2006 r. w sprawie C#238/05 (...) i A. del E. znajduje się wyjaśnienie dlaczego wymiana informacji jest niezgodna z regulami Unii dotyczącymi konkurencji. Mianowicie, fundamentalną zasadą, która legła u podstaw art. 81 ust. 1 WE, jest autonomia postępowania przedsiębiorcy na rynku. W wyroku C-238/05 Trybunał przyjął, że ujawnienie poufnych informacji eliminuje zaś niepewność co do przyszłego zachowania konkurenta i wpływa bezpośrednio lub pośrednio, na strategię odbiorcy informacji. Wymiana informacji, która zmniejsza lub znosi poziom niepewności co do funkcjonowania danego rynku i w konsekwencji ogranicza konkurencję między przedsiębiorstwami jest zatem niezgodna z regulami art. 81 TWE (obecnie 101 TFUE). W tym względzie art. 101 ust. 1 TFUE stoi na przeszkodzie wszelkim kontaktom między podmiotami gospodarczymi, zarówno bezpośrednim, jak i pośrednim, mogącym wywrzeć wpływ na postępowanie aktualnego lub potencjalnego konkurenta na rynku bądź ujawnić temu konkurentowi zachowanie, które dane przedsiębiorstwo postanowiło lub planuje realizować na rynku, jeżeli celem lub skutkiem tych kontaktów jest ograniczenie konkurencji (zob. podobnie cytowany w sprawie T-396/10 pkt 116, 117 wyroku z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-49/92 P Komisja przeciwko A. P.).

Co do zasady rozróżnienie pomiędzy wymianą informacji zgodną z prawem a wymianą informacji niezgodną z prawem jest uzależnione od następujących czynników: (1) charakteru i treści wymienianej informacji (sumaryczna lub szczegółowa) i (2) struktury danego rynku (oligopolistyczny lub rozproszony). Znaczenie ma również częstotliwość wymiany. Wymiana może mieć charakter pomocniczy lub stanowić zamierzony cel.

Zarzucone porozumienie polegało na ustalaniu cen, podziale rynku, dla takich porozumień wymiana informacji ma charakter pomocniczy, samo ograniczenie autonomii stron wynika z głównego porozumienia. Jak zeznał świadek A. S. (1), bez podawania danych to nie miało sensu.

Świadek A. W. (1) umiejscowił zakończenie wymiany informacji na przełomie jesień 2005/ wiosna 2006 (26.09.2013, 01:07:59). Ostatni koordynator A. S. (1) zasłonił się niepamięcią, co do dat, nie pamiętał, kiedy pan S. przestał przekazywać dane, nie pamiętał, czy w czasie kontroli 1 czerwca 2006 r. system funkcjonował (23.09.2013, 01:30:30). Według A. T. (1) miał dane do symulacji tabeli sporządzonej po spotkaniu 21 kwietnia 2006 r. (26.09.2013, 02:41:17). Z kolei A. B. (1) wskazał, że zakazał kontaktów w czerwcu 2006 r. (1.10.2013, 02:30:05). Materiał dowodowy z zeznań świadków jest niespójny co do zakończenia praktyki wymiany informacji i jej daty.

Wymiar kary (...) Sp. z o.o.

Nie znajduje oparcia dla podstawy wymiaru kary przychód z roku 2005 względnie roku 2006.

Ustawa dzieli się na działy, gdzie w dziale I „przepisy ogólne” zostało zawarte rozumienie przychodu przez co rozumie się przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy, w rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym. Drugi kwestionowany przepis art. 101 umieszczony został w dziale VI „kary pieniężne”, zgodnie z którym Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Nie ma sprzeczności pomiędzy przepisami, bowiem jeden definiuje pojęcie, a drugi wskazuje jaki parametr decyduje o wymiarze kary.

Definicja ma znaczenie co pokazał przykład Grupy (...) SA, natomiast czym innym jest czas, który bierze się pod uwagę przy wymiarze kary. Niniejsza sprawa zobrazowała, że nie ma oderwania kary od naruszenia. Spółki nie zaniechały działania i są karane za czyn trwający do wydania decyzji. Z kolei (...) SA wg Sądu zaniechał praktyki, ale nie zmienia to wytycznych co do kary z art. 101 uokik. Ujęty w przepisie art. 101 ust. 1 punkt odniesienia dla określenia przychodu „rok poprzedzający nałożenie kary” stanowi *lex specialis* w stosunku do ogólnej definicji przychodu.

Pod pojęciem „przychodu” - zgodnie z art. 4 pkt 15 - rozumie się przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy, w rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym.

Ustawa z dnia 15 lutego 1992 roku o podatku od osób prawnych (Dz.U.2011.74.397 t.j.) reguluje opodatkowanie podatkiem dochodowym dochodów osób prawnych i spółek kapitałowych w organizacji. Zgodnie z art. 7 ustawy o podatku od osób prawnych co do zasady przedmiotem opodatkowania podatkiem dochodowym jest dochód bez względu na rodzaj źródeł przychodów, z jakich dochód ten został osiągnięty; tylko w wypadkach, o których mowa w art. 21 i 22 ustawy, przedmiotem opodatkowania jest przychód.

Wynika z tego, że ustawa podatkowa i ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów inaczej ustalają akcent obliczeń. W pierwszym przypadku co do zasady jest nim dochód rozumiany jako nadwyżka sumy przychodów nad kosztami ich uzyskania, osiągnięta w roku podatkowym. W wyjątkowych przypadkach przedmiotem opodatkowania jest przychód. Natomiast miernikiem obliczeń przewidzianym ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów jest co do zasady przychód, z odstępstwami na rzecz innych metod (górną granicę zagrożenia, wielokrotności przeciętnego wynagrodzenia). Na gruncie obu ustaw rozumienie przychodu jest takie samo, ale przychód jako całość jest miernikiem nakładanych kar według ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Natomiast według ustawy podatkowej przychód stanowi jedynie punkt wyjścia do dalszych obliczeń.

Zarzuty dotyczące udziału (...) Sp. z o.o.

(...) Sp. z o.o. zarzuca brak wykazania udziału oraz roli przedsiębiorcy w porozumieniu poprzez nie odniesienie się do dowodów indywidualizujących, na podstawie których możliwe byłoby właściwe uzasadnienie zarzutów jemu stawianych. (...) Sp. z o.o. zarzucił nieprawidłowość przypisania jemu udziału w porozumieniu punktując poszczególne stwierdzenia uzasadnienia Decyzji.

Odnosząc się do kwestionowanych ustaleń należy wskazać:

Prawdą jest, że (...) Sp. z o.o. nie był członkiem (...) od 12 sierpnia 2002 r. do 9 grudnia 2005 r. (pkt 112). Spotkania przy okazji posiedzeń (...) były jedną z form kontaktu, inną były kontakty telefoniczne, co nie zostało przez odwołującego zaprzeczone. Jak zeznał świadek A. T. (1) po roku 2002 spotkania odbywały się w hotelach i przy okazji innych spotkań podając jako przykład spotkania organizowane przez (...) (26.09.2013, 02:56:54). Mimo braku uczestnictwa w (...) faktem jest, że dane sprzedaży były w dyspozycji innych uczestników porozumienia i wprowadzali podwyżki. Fakt spotkań z A. T. (1) przyznał sam (...) Sp. z o.o. (pismo z 10.12.2008, k. 2940 akt admin.)

(...) Sp. z o.o. nie zaprzecza faktowi przekazania klientów, ani treści listy tylko faktowi, że pochodzi ona od (...) jednocześnie przyznając, że mogli to być ich klienci (pkt 159). Przesłuchany C. N. (1) zeznał, że prowadził notatnik z ustaleniami, poleceniami (1.10.2013, 03:19:38). Strona zeznała, że miała spotkanie w sprawie przejęcia T. (...) Sp. z o.o.), Cementownia (...) SA jest wskazana z ilością przejętych klientów, nie zaprzeczył faktowi oddawania klientów świadek M. R. (1), którego spotkanie jest również wymienione w notatkach (k. 4612-4636 akt admin.). (...) SA prowadziło konsekwentną politykę przejmowania klientów za (...), stąd zasadny jest wniosek, że przejęcie klientów (...) zostało sfinalizowane. Jeżeli strona zaprzecza faktowi przekazania listy i odbycia się w tej sprawie spotkania, to taka okoliczność nie została udowodniona.

Zakup przez ówczesny (...) 40 000 tys. ton od (...) SA nie został zaprzeczony (pkt 183). Jedyne odwołujący kwestionuje ideę jego dokonania jako zakupu w zamach rekompensat w 2000 r., przy czym nie zaprzecza faktowi upomnienia się przez (...) SA.

Ustalenia dotyczące spotkań w tzw. sprawie (...) i oświadczenia wnioskodawców leniency zostały potwierdzone zeznaniami A. T. (1) i A. B. (1) (pkt 193, 196, 197, 198). W spotkaniu w dniu 21 kwietnia 2006 r. uczestniczył (...) Sp. z o.o. co zresztą sam przyznaje (pismo z 10.12.2008, k. 2936 akt admin.) Na (...), według świadka A. T., była wywierana presja, żeby wyjaśnić sprawę do końca w aspekcie CO₂, wielkość zaniżenia nie była znana i chodziło o wyprostowanie ilości, zanim audyt to wykaże (26.09.2013, 03:30:40, 03:31:14). Zeznał, że decyzja o podwyżce została wg niego podjęta dobrowolnie przez K., padła dobrowolna deklaracja K., że chce wyrównać udział i zrobi pierwszy podwyżkę cen cementu (26.09.2013, 03:32:54, 03:43:02). Z kolei dla A. B. istotne było samoograniczenie się (...)w

sprzedaży i ta deklaracja o samoograniczeniu się była wystarczająca. Pan K. poinformował go o wysokości sprzedaży 1 960 tys. ton i 25 zł podwyższe. „Było wiadomo na rynku, że okłamał” i „to (...)powinien coś z tym zrobić, branża czekała” (1.10.2013, 02:37:54).

Znaczenie określenia „* szacunek” w tabelach znalezionych podczas kontroli w Cementowni (...) SA z wielkościami sprzedaży wyjaśnił świadek A. S. (1) (pkt 111). Mogło według świadka oznaczać dwa przypadki: kontrahent nie podał i on robił szacunek albo kontrahent zaznaczał, że podaje dane szacunkowe (23.09.2013, 01:53:10,01:46:45). Wskazał ponadto, że z (...)dane otrzymywał od U. i Z. z taką samą częstotliwością (23.09.2013, 01:52:15). Niezależnie od tych zeznań należy nadmienić, że oznaczenie danych jako szacunkowych nie oznacza, że (...)ich nie przedstawiał, gdyż takie samo oznaczenie pojawia się również przy (...) SA (k. 417 akt admin.). Z analizy częstotliwości oznaczeń wynika, że więcej razy dane były bezszacunkowe, czyli pewne. Zeznania świadków J. W. (1) i A. S. (1) wskazują, że dane te nie były powszechnie dostępne w taki krótkim czasie (23.09.2013, 02:00:40, 03:37:35). Wniosek zatem, że nie mogły pochodzić z własnych poszukiwań marketingowych Cementowni (...) SA, co sugerował (...) Sp. z o.o..

Prezes UOKiK stwierdza, że sprzedaż przez (...) Sp. z o.o. nie była na tym samym poziomie co w 2005 r. i przy zwiększeniu popytu budzi wątpliwości (pkt 220). Nie da się wyjaśnić według Prezesa UOKiK braku zwiększenia sprzedaży wyczerpaniem zdolności produkcyjnych. Spółka tłumaczy niezwiększenie wielkości sprzedaży w 2006 wprowadzonym systemem dezintermediacji (modelem sprzedaży bezpośredniej). Stoi to jednak w sprzeczności z dowodami wskazującymi na samoograniczenie się (...) (jw.). Faktycznie moce produkcyjne w miesiącach maj-wrzesień 2006 r. przekraczają 90% (załącznik nr 2 do odwołania), ale średniorocznie za 2006 wynosiły dla (...)74,7% i (...)82,3% (k. 2955 akt admin.).

Udzielanie rabatów oraz próby nawiązania współpracy handlowej z klientami innych cementowni należy postrzegać w kontekście przedmiotowej sprawy i dokonanych uzgodnień. Działania jako zgodne co do zasady z prawem konkurencji stały się instrumentem z jednej strony ukrywania nieprzestrzegania dokonanych uzgodnień, z drugiej strony retorsji w sytuacji wykrycia takiego nieprzestrzegania (pkt 235, 236). Uczestnicząc w porozumieniu Cementownia (...) SA, Cementownia (...) SA, (...) SA nie przestrzegały jego zasad, co nie zmienia faktu, że były jego uczestnikami (pkt 234). Złożenie lepszej oferty od (...) SA firmie (...) jawiłoby się jako w pełni konkurencyjne, gdyby nie istniało od 1998 r. porozumienie między producentami cementu (pkt 279). Odwołujący nie zaprzecza ustaleniom z (...) SA co do ich wspólnego klienta L. W. (pkt 283).

(...) Sp. z o.o. przyznaje fakt rozmów pomiędzy A. T. a A. B. na temat wzrostu „historycznego” udziału (...) SA w związku z przejściem (...) Sp. z o.o. (pkt 155, 156). Sprawa (...) była tematem roku 2001 i jej potwierdzeniem oprócz oświadczenia leniency są notatki C. N. (1) dotyczące (...), (...), (...) i (...)(k. 4602, 4616 i nast. akt admin.).

Nawiązując do wyrażonego już stanowiska (...) Sp. z o.o. nie zaprzeczył sprzedaży 40 000 tys. ton, ani oddaniu klientów (pkt 175). Jego zaprzeczenie obejmowało sprzedaż w ramach rekompensat i przekazanie listy. Jak wskazał Prezes UOKiK nie zostało (...) Sp. z o.o. przypisane inicjowanie działań o charakterze antykonkurencyjnym.

(...) Sp. z o.o. wskazywał na niespójność materiału dowodowego wykorzystywaną przeciwko przedsiębiorcy.

Oceniając kwestionowane ustalenia należy wskazać, że oddawanie konkretnych klientów przedsiębiorcy następowało w ramach wyrównywania udziałów (pkt 184). Natomiast powołane ustalenie w pkt 187 Decyzji dotyczyło dokonywania wzajemnych rozliczeń i ewentualnej rekompensaty sprzedaży do podmiotów powiązanych kapitałowo z konkurentem (wyjaśnienia leniency (...) SA z 20.02.2009, k. 4771 akt admin.). W pkt 207 Decyzji Prezes UOKiK przedstawił zestawienie danych dotyczących sprzedaży cementu, którymi posługiwali się uczestnicy kartelu z danymi rzeczywistymi. Różnica pomiędzy danymi z systemu równoległego a danymi przedstawionymi Prezesowi UOKiK wskazuje, że oprócz (...) Sp. z o.o. zaniżone dane przedstawiały: (i) za rok 2001 (...) SA, (...)SA i (...)SA, (ii) za rok 2002 (...) SA, (iii) a za rok 2003 (...) SA. Niewielkie różnice tak, że można uznać za rzetelne przedstawianie, zawsze pochodziły od (...)SA i (...)SA. W latach 1998-2004 nie było wskazanej rozpiętości do 536,03 tys. ton z wyłączeniem danych (...) Sp. z o.o. Największa była w 2002 r. 466,24 tys. ton. Odwołanie się do danych, którymi posługiwali się producenci cementu pokazuje, jak stworzony system budował przekonanie producentów o stabilności ich udziałów.

Według zeznań świadka F. S. (1) dochodziło do spotkań, gdy otrzymywał wyniki z których wynikało, że „z moją pozycją rynkową coś się złego dzieje” i z tym, kto tej pozycji zaszkodził (23.09.2013, 00:53:52). Dopiero ujawnienie zaniżania danych przez (...) Sp. z o.o. pokazało, iż rzeczywiste udziały poszczególnych przedsiębiorców odbiegają od udziałów ustalonych. (...) Sp. z o.o. nawiązujące ponownie do omawianego już pkt 220 Decyzji nie przekonują, aby wyłącznie polityka dezintermediacji zaważyła na spadku udziału rynkowego.

(...) Sp. z o.o. zarzucał przypisanie mu działań podejmowanych przez inicjatorów porozumienia wskazując, że ustalenia omówione w pkt 115 decyzji nie odbywały się z jego udziałem, a był o nich jedynie informowany. (...) Sp. z o.o. przyznał tym samym fakt otrzymywania informacji o ustaleniach od Grupy (...) SA. Z faktu pełnienia roli koordynatora przez (...) SA, (...)SA i (...)SA nie wynika, że tylko te podmioty były zainteresowane wymianą. Chęć wiedzy o miejscu w rynku wyrażał podczas zeznań świadek M. C. (18.09.2013, 01:24:27). Natomiast dla świadka M. R. (1) „wymiana informacji była elementem mojej polityki co mam dalej robić, nie wnikałem w szczegóły, czy to kwestia oddania, czy nie oddania, świadomości czy nieświadomości, prowadziłem sprzedaż najlepiej jak umialem” (23.09.2013, 00:27:31).

(...) Sp. z o.o. nie zaprzeczył brania udziału w rozmowach dotyczących problemów spowodowanych niezgodnym z prawem działaniem niektórych workowni. W jego ocenie rozmowy nie przybrały charakteru ustaleń. Należy wskazać, że ustalenia dotyczące ograniczania sprzedaży do workowni i przesyponni były jednym z elementów jednego i ciągłego naruszenia. Przyświecał im bowiem ten sam cel, co uzgodnieniom w odniesieniu do wielkości udziałów w rynku, wysokości cen i wymiany informacji o wielkości sprzedaży, a mianowicie regulacja rynku. Z zeznań świadka A. W. wynika, że ten temat interesował wszystkich i jak określił „jeżeli mówili, że będą wycinać workownie, to modliliśmy się żeby je w końcu wycieli” „my byśmy takich cen nie dali a to w nas bezpośrednio uderzało” (26.09.2013, 02:11:13). Świadek nie zaprzeczył, żeby Cementownia (...) SA składała deklaracje w sprawie workowni. Wspomniał również o spotkaniu w 2004 r., na którym pani G. S. prowadziła rozmowy na temat cen, były „wyciągnięte tabelki, rozmawiamy o cenach, gdzie tam workowany” (00:40:47).

Wprowadzanie tematu rozmów na wspólnych spotkaniach wystarczało, aby zorientować się co do opinii innych producentów i ocenić, czy znajdzie się poparcie partnerów rynkowych. W takim wypadku ustaleniem jest wzajemne poparcie dla polityki tu eliminacji workowni. W związku z tym informacje dotyczące wprowadzenia procesu dezintermediacji w żadnym razie nie wskazują, aby działania te były podejmowane całkowicie niezależnie od uzgodnień pomiędzy innymi producentami uwzględniając, że rozmowy były podejmowane już w 2004 r. Co więcej przesłuchiwany K. K. (2) jako polepszenie wyników (...), wskazał odejście od pośredników (1.10.2013 00:38:58). Trudno zatem uznać „za czysty zbieg okoliczności” fakt, że (...) Sp. z o.o. zajął się tematem dezintermediacji sprzedaży właśnie w tym samym czasie, gdy zagadnienie pojawiło się w rozmowach producentów. Fakt współpracy z przykładowo podanym podmiotem firmą (...) nie przeczy zmianie polityki, jak wskazał Prezes wśród pośredników byli pośrednicy sensu stricto oraz workownie i mieszalnie.

(...) Sp. z o.o. zarzucił oparcie się na oświadczeniach tylko jednego wnioskodawcy leniency bez konfrontacji z całością materiału dowodowego, a mianowicie (i) uczestniczenia po roku 2002 w wymianie informacji wszystkich producentów cementu, (ii) pominięcie okoliczności presji na wprowadzenie podwyżki w czerwcu 2006 r. i (iii) okoliczności ograniczenia sprzedaży do workowni. Fakt uczestnictwa wszystkich producentów w wymianie informacji po 2002 r. potwierdzili świadkowie K. S. (1) (18.09.2013, 02:13:26, 02:14:23), A. S. (1) (23.09.13, 01:36:48, 01:52:15), J. W. (1) (23.09.2013, 03:45:27) i jest to zbieżne z tabelami z miesięcznymi wynikami sprzedaży cementu poszczególnych uczestników porozumienia znalezionymi podczas kontroli w Cementowni (...) SA (k. 370-430 akt admin.) i w (...) SA (k. 1512-1514, 1547-1548, 1553-1555, 1558, 1560, 1564-1570) oraz w (...) Sp. z o.o. (k. 536). Jedynie w tabelach za 1-10 kwietnia 2002, 1-20 kwietnia 2002, za luty 2003, za kwiecień 2003, za lipiec 2003, za październik 2003, za maj 2004 i za styczeń 2004 jest określenie „*szacunek”. Zeznania świadka A. S. (1) oraz J. W. (1) tłumaczą tego rodzaju określenie (23.09.2013, 01:53:10, 03:29:13).

Podkreślanie elementu presji na (...) Sp. z o.o. związanej z podwyżką w II połowie 2006 r. wskazywała I. S. „prezes samodzielnie takiej decyzji by nie podjął”. Spółka nie chciała uczestniczyć w systemie, który został historycznie został zbudowany, a który był ograniczający (15.11.2013, 00:23:31).

Na (...), według świadka A. T., była wywierana presja, ale żeby wyjaśnić sprawę do końca w aspekcie CO2, wielkość zniżenia nie była znana i chodziło o wyprostowanie ilości, zanim audyt to wykaże (26.09.2013, 03:30:40, 03:31:14). Zeznał, że decyzja o podwyżce została wg niego podjęta dobrowolnie przez K., padła dobrowolna deklaracja K., że chce wyrównać udział i zrobić pierwszy podwyżkę cen cementu (26.09.2013, 03:32:54, 03:43:02). Z kolei dla A. B. istotne było samoograniczenie się (...)w sprzedaży i ta deklaracja o samoograniczeniu się była wystarczająca. Pan K. poinformował go o wysokości sprzedaży 1 960 tys. ton i 25 zł podwyżce. „Było wiadomo na rynku, że okłamał” i „to (...)powinien coś z tym zrobić, branża czekała” (1.10.2013, 02:37:54). Obaj uczestnicy bezpośrednich rozmów nie podawali szczegółów rozmów, ani ich przebiegu.

Wyjaśnienia leniency (...) SA wskazują, że na (...) Sp. z o.o. była wywierana presja przez spółki cementowe, aby spółka określiła w jakim okresie i do jakiej wielkości ograniczy swoją sprzedaż w celu ‘rozliczenia’ z branżą cementową zafałszowanych ilości sprzedaży z 2005 r. To (...)samodzielnie uznał, że sposobem na oddanie zafałszowanych ilości cementu będzie wprowadzenie podwyżki cen (20.02.2009 k. 4774 akt admin.). Rolą wszystkich producentów cementu uczestniczących w rozmowach z (...)było wywarcie presji na (...), aby podwyższył on ceny, co umożliwiłoby obniżenie udziału w rynku posiadanego przez (...)do poziomu „historycznego” powszechnie akceptowanego (16.12.2008, k. 4675 akt admin.).

Faktem jest, że (i) miały miejsce liczne spotkania (...) SA, (...) SA, Grupa (...) Sp. z o.o. w pierwszej połowie 2006 r., (i) (...) Sp. z o.o. nie zwiększył sprzedaży w 2006 r., gdy pozostali producenci znacznie poprawili swoje wyniki sprzedaży, (iii) (...) Sp. z o. o. wprowadził pierwszy podwyżkę.

Z podanych okoliczności wniosek jest jeden, (...) Sp. z o.o. znalazł się w potrzasku wynikającym z obowiązujących reguł porozumienia, gdzie udziały historyczne i związana z nimi kolejność producentów w szeregu była ustalona. Miał znaleźć wyjście z sytuacji a dokonany wybór świadczy o pozostaniu w zbudowanym od 1998 roku układzie. Podporządkowanie się producenta unaocznia siłę porozumienia.

Ustosunkowując się do zarzutu oparcia się przez Prezesa UOKiK przy ustaleniach dotyczących okoliczności ograniczenia sprzedaży do workowni wyłącznie na wyjaśnieniach (...) SA odwołujących się do rozporządzenia, należy wskazać, że podane przez (...) Sp. z o.o. powody (technologiczno-logistyczne i ekonomiczne) nie przekreślają podanych przez (...) SA motywów, mianowicie wykorzystania przepisów prawa. Zeznania świadka A. W. przybliżają nastawienie producentów „jeżeli mówili, że będą wycinać workownie, to modliliśmy się żeby je w końcu wycieli” (26.09.2013, 02:11:13).

Wymiar kary (...) Sp. z o.o.

(...) Sp. z o.o. powołuje się na te same kwestie, czyli (i) brak sprecyzowania, którzy producenci zdecydowali się zawrzeć porozumienie, (ii) wystąpienie z (...), (iii) nie uczestniczenie w systemie równoległym, (iv) brak uzgodnień pomiędzy producentami a (...) Sp. z o.o. wielkości udziału historycznego, (v) brak udowodnienia udziału (...)w spotkaniu dotyczących cen powiatowych, (vi) brak udowodnienia udziału w ustaleniach cen i podwyżek po 2004 r.

Porozumienie antykonkurencyjne zawarto na spotkaniu w 1998 w C., na którym przedstawiono tabele cen minimalnych. Obecni byli przedstawiciele (...), (...) SA, Cementowni (...), Cementowni (...) SA, Cementowni (...) (wyjaśnienia leniency (...) SA z 16.12.2008, k. 4651 akt admin., z 20.02.2009, k. 4752 akt admin.).

Potwierdzają to zeznania świadka J. W. (1) wskazującego wszystkich dyrektorów handlowych poza (...): panowie S., K., R., U. i być może niektórzy prezesi spółek (23.09.2013, 02:13:59). Uściślając wskazał, że byli obecni przedstawiciele: grupy (...), (...), (...), wtedy (...), (...) i (...), której dyrektor R. był utrakowany jako osoba reprezentująca również (...)„myśmy traktowali obecność dyr. R. jako osobę, która reprezentuje zarówno Cementownię (...) jak i (...)” (23.09.2013, 02:45:07).

Rozpoczęcie uzgodnień w sprawie cen minimalnych było ściśle związane z deklarowaną wolą zachowania posiadanych udziałów rynkowych i dla skuteczności funkcjonowania cen minimalnych (weryfikacji jego przestrzegania)

uzgodnienie wielkości udziałów rynkowych poszczególnych spółek cementowych wydawało się konieczne. Liczne rozmowy na temat uzgodnienia udziałów rynkowych poszczególnych cementowni nigdy nie doprowadziły do zakładanego celu. W rzeczywistości spółki cementowe ciągle liczyły na zwiększenie swojej sprzedaży (posiadanego udziału rynkowego) i dlatego nie przestrzegały podjętych uzgodnień cenowych (oświadczenie leniency (...) SA z 20.02.2009, k. 4769 akt admin.).

W zakresie wymiany informacji kontaktowano się z dyrektorami: pan W., pan S., pan R., pan Z. i U. (C.) i K. (wyjaśnienia leniency (...) SA z 16.12.2008, k. 4679 akt admin.). A. S. (1) będąc ostatnim koordynatorem kontaktował się z panem U. i Z. z (...) (23.09.2013, 01:36:48). Wskazane dowody łącznie ze znalezionymi tabelami w Cementowni (...) SA wskazują na udział (...) Sp. z o.o. w wymianie.

Jeżeli zostało dowiedzione, że przedmiotem spotkania z 1998 r. jest sprawa stabilizacji rynku, to ciężar dowodu, iż nie było takich uzgodnień obciąża kwestionującego ten fakt. Podobnie, że nie uczestniczył w spotkaniach. Sama spółka przyznała, że odbywały się spotkania pana R. K. z A. T. 30 czerwca 2003, 1 września 2003, 27 listopada 2003, 16 grudnia 2003 (k. 2941 akt admin.), co jest zgodne z zeznaniami A. T., że spotkania po roku 2002 r. były okazjonalne (26.09.2013, 03:50:32). Do roku 2002 spotykał się z p. R. z C. (03:48:16). Zebrany materiał dowodowy świadczy o udziale spółki w spotkaniach mających na celu koordynację polityki rynkowej. Nawet jeżeli nie brała udziału bezpośredniego, to jak sama przyznała (przy pkt 115), ustalenia były jej przekazywane.

Na tych spotkaniach odbywało się sondowanie co do cen i jest w tej mierze zgodne zeznanie A. T. i A. B.. A. T. (1) wskazał, że były to próby wzajemnego informowania się o zamiarze podwyższenia cen. Ktoś mówił „prawdopodobnie podniosę ceny o 10% od lutego”, ktoś mówił „10% to za mało”. Dla świadka to nie było uzgodnienie, tylko wymiana informacji, ale taka, że gracze rozumieli co konkurent miał na myśli (26.09.2013, 03:04:45). Podobnie zeznał A. B. (1) wskazując, że spotkania po roku 2002 na poziomie dyrektorów były sporadyczne i dotyczyły samego faktu, że „po analizie rynku podnosimy w I kwartale o ile, kiedy, one zanikły na poziomie dyrektorów generalnych i przeniosły się na poziom dyrektorów handlowych” (1.10.2013, 02:24:13).

Odnosnie podwyżek należy wskazać, że jedynie w 2004 r. (...) Sp. z o.o. nie dokonał pierwszej podwyżki i właśnie w tym roku rozpoczęło się zaniżanie podawanej wielkości sprzedaży dla pozostałych uczestników. Podwyżkę w drugim półroczu 2004 r. wprowadził jako ostatni, podwyżkę w 2005 roku jako przedostatni. Różnice pomiędzy terminami podwyżek w drugim półroczu 2004 r. mieszczą się pomiędzy 30.08. a 8.09, natomiast w 2005 r. pomiędzy 23.01. a 03.02. za wyjątkiem (...) SA, który podniósł ceny 10.01. Podane daty świadczą o koordynacji zachowań i nie zmienia tego fakt, że z upływem lat ustalenia dotyczące cen oraz ich podwyżek miały coraz mniej formalny charakter. Uczestnicy porozumienia dokładnie znali mechanizm jego funkcjonowania i nie były potrzebne dokładne ustalenia, wystarczyła w pewnych sytuacjach już tylko sama informacja jednego z producentów o planowanej podwyżce aby inni dokładnie wiedzieli co mają robić. (...) Sp. z o.o. akcentując podjęcie prokonkurencyjnych działań nie uzasadnił podwyżki w drugim półroczu 2004 r. i 2005 r. ani przyczyn jej zbieżności z podwyżkami pozostałych producentów. Nadal chcąc zwiększyć swój udział w rynku wprowadzał je jako ostatni i przedostatni.

Jako okoliczności łagodzące (...) Sp. z o.o. utrzymywał działanie na skutek presji ze strony silniejszych graczy rynkowych na (i) dokonanie rekompensat w sytuacji przekroczenia przez któregoś z producentów uzgodnionego udziału w rynku, (ii) na podwyższenie ceny, w sytuacji nieprzestrzegania przez któregoś z producentów uzgodnionego poziomu podwyżki, (iii) na podjęcie działań mających na celu zmniejszenie sprzedaży aby jego udział wrócił do uzgodnionej wielkości. (...) Sp. z o.o. wskazywał, że takie działanie było kierowane przeciwko spółce.

Wskazana wyżej presja była podejmowana przez uczestników kartelu wobec tych uczestników, którzy nie stosowali się do dokonanych w pełni dobrowolnie antykonkurencyjnych uzgodnień. Tego rodzaju presję należy odróżnić od presji dotyczącej samego dokonania antykonkurencyjnych uzgodnień. (...) Sp. z o.o. powołując się na presję jako okoliczność łagodzącą przy ocenie swego zachowania przyznaje istnienie uzgodnień co do cen i udziałów.

Jeżeli swoimi zachowaniami (...) Sp. z o.o. wpisywał się w założony plan ogólny, ale jednocześnie podejmował działania nakierowane na jego własne interesy, to nie może być zwolniony z odpowiedzialności za uczestnictwo w

naruszeniu reguł konkurencji. W tym wypadku działanie indywidualne nie zrywa z porozumieniem, ale kreuje się wewnątrz porozumienia wykorzystując zbudowane schematy i jego ramy.

Wielokrotnie powoływany przez (...) SP. z o.o. fakt wystąpienia z (...) (tu jako okoliczność łagodząca), został już omówiony przez Sąd. Materiał dowodowy wskazuje na uczestnictwo odwołującego w bezpośredniej wymianie danych dotyczących wielkości sprzedaży.

(...) Sp. z o.o. kwestionował w kontekście art. 104 Ustawy przyjęcie jednego, ciągłego naruszenia trwającego do dnia wydania Decyzji, albowiem (i) polityka cenowa była ustalana niezależnie, (ii) producent wystąpił z (...). Nie ma analizy za lata 2007-2009 potwierdzających stawianą tezę i dwaj przedsiębiorcy korzystający z leniency zaprzestali uczestnictwa w porozumieniu najpóźniej w dniu złożenia wniosków na podstawie art. 103a Ustawy.

Omawianie po raz kolejny podwyżek tym razem w kontekście trwałości porozumienia jest zbędne, bowiem (i) (...) Sp. z o.o. podkreślając presję jako okoliczność łagodzącą przyznał istnienie uzgodnień co do cen, (ii) ustalenia co do cen zostały udowodnione zeznaniami A. T. i A. B. oraz oświadczeniami leniency. Wystąpienie z (...) nie oznaczało zaniechania udziału w wymianie informacji szeroko już komentowanym.

(...) Sp. z o.o. na koniec wskazywał, że jego udział w niedozwolonym porozumieniu zakończył się najpóźniej z końcem 2004 r. bowiem z oświadczenia wnioskodawcy leniency (...) SA z dnia 1 września 2006 r. wynika, że po tej dacie krąg podmiotów objętych niedozwolonym porozumieniem nie obejmował spółki.

Po pierwsze (...) Sp. z o.o. sam przyznał, że otrzymywał informacje o ustaleniach dokonanych przez największych producentów mimo braku uczestnictwa w spotkaniach, po drugie A. T. zeznał, iż były kontakty jego z panem K. i spółka również przyznała ten fakt. Tematy takich spotkań zostały również przytoczone przez A. T. i A. B.. Tzw. sprawa (...) uaktualniła wszystkich producentów i spotkania związane z jej rozwiązaniem w gronie (...) SA, (...) SA i (...) SA oraz zainteresowany umożliwił naprawienie niedoskonałego systemu udziałów historycznych. Tabela stworzona przez A. T. ujmuje uczestników porozumienia i (...), ale 100% jest przyporządkowane tylko dla uczestników porozumienia.

Według (...) powinien być podstawą obliczenia kary pieniężnej przychód osiągnięty wyłącznie przez (...) ze sprzedaży cementu pomniejszony o przychód osiągnany z transportu.

Uwagi w tym zakresie są analogiczne jak przy zarzucie (...) Sp. z o.o.

Zarzuty dotyczące udziału Grupy (...) SA

39. art. 233 k.p.c. w zw. z art. 81 uokik (**podniesione przez (...) SA**) poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów na skutek:

- ustalenia stanu faktycznego, będącego podstawą do wydania decyzji, na podstawie niespójnych i sprzecznych wyjaśnień złożonych przez (...) S.A. z siedzibą w M. i (...) S.A. z siedzibą w C.,
- ustalenia stanu faktycznego, będącego podstawą do wydania decyzji, na niewiarygodnych twierdzeniach spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą w B.,
- pominięcia wyjaśnień (...) dotyczących rzeczywistego znaczenia zapisu zamieszczonego w protokole z posiedzenia zarządu (...) z dnia 15 października 2003 r. o treści „ W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów grup”,
- nieuwzględnienia wszelkich istotnych okoliczności sprawy, w szczególności oligopolistycznej i dojrzałej struktury rynku cementu, jego transparentności i powszechnej dostępności informacji, a także skali niezależności polityki handlowej (...).

40. art. 107 § 1 oraz § 3 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez (...) SA**) poprzez niewłaściwe skonstruowanie uzasadnienia faktycznego decyzji, polegające na niewyjaśnieniu, dlaczego odmówiono wiarygodności

i mocy dowodowej informacjom przekazanych przez niektóre strony postępowania oraz na niedokonaniu indywidualnych ustaleń w stosunku do każdej ze stron postępowania.

Uzasadnienie według odwołującego nie wyjaśnia przyczyn, dla których odmówiono wiarygodności i mocy dowodowej wyjaśnieniom jednego z wnioskodawców leniency, gdy stan faktyczny obaj wnioskodawcy przedstawiają odmiennie w zakresie (i) kontaktów (...)SA i (...)SA przy podwyżce cen w 2005 r., (ii) sprawy (...) Sp. z o.o., (iii) tematu spotkania 5 stycznia 2006 r., (iv) udziału Grupy (...) SA w ustalaniu udziałów rynkowych.

Sprawa podwyżki z 2005 r. nie zawiera rozbieżności oświadczeń (...)SA i (...)SA (pismo z 1.09.2006 k. 5364 i pismo z 20.07.2007 k. 4599

(...) SA podał, że od 2005 r. podejmowali samodzielne decyzje o podwyżce cen (16.12.2008, k. 4658 akt admin.) a zgodnie z wiedzą pana N. Spółka nie kontaktowała się z (...) w celu ustalenia, czy spółka ta podąży ich śladem w zakresie podwyżki cen cementu (20.02.2009, k. 4763 akt admin.). Natomiast (...)SA podał, że (...) ogłosiła w prasie podwyżkę na 2005 r. i kontaktowała się z (...) czy podążą ich śladem (1.09.2006, k. 5374 akt admin.). (...) nie podał, kto kontaktował się z (...), a odpowiedź ze strony (...) złożył pan N..

Nie ma jednak większego znaczenia, czy był kontakt pomiędzy tymi spółkami. Istotne jest jak zachowali się wszyscy producenci, a mianowicie dowody świadczą, że podwyżka z 2005 r. była skoordynowana. Nawet jeżeli (...) SA ogłosiło ją w prasie, to taki rodzaj informacji stał się sygnałem dla pozostałych. Nie może być dziełem przypadku zbieżność dokumentów znajdujących się w dyspozycji (...) SA i (...) Sp. z o.o.

Dokument (...)SA opatrzony datą 7.02.2005 r. „wzrost sprzedaży w branży 181,1%, wzrost sprzedaży (...)192,1%. Wyprzedzenie sprzedaży (...)wynika z różnych terminów wprowadzania wyższych cen przez konkurencję i ich udziały to odzwierciedlają: (...)10, (...) i (...) 1 luty, (...)31, (...)17, (...)26, (...) 24" (k. 1126' akt admin.).

Takie same daty znajdują się w dokumencie (...) Sp. z o.o. „Podwyżka cen” 2005 co do (...) „prawdopodobnie 1.02.2005”. W tym dokumencie znajduje się opis „według informacji przez nas posiadanych, które zostały w sposób oficjalny (media) i rynkowy zweryfikowane, wszystkie grupy cementowe podniosą ceny dla wszystkich odbiorców o średnio ok. 20 PLN/t dla większości swoich odbiorców w następujących terminach: (...)10.01.2005, (...)31.01.2005, (...) ((...)) 26.01.2005, (...) 1.02.2005, (...) prawdopodobnie 1.02.2005, (...) 17.01.2005” (k. 504 akt admin.).

Tymczasem kolejność podwyżek wprowadzonych w 2005 r. była następująca: (...) SA 10.01.2005, Cementownia (...)01.2005 Cementownia (...)02.2005, (...) Sp. z o.o. ((...)) 1.02.2005, (...) SA 31.01.2005, (...) Sp. z o.o. 23.01.2005, Grupa (...) SA 26.01.2005.

W sprawie (...) Sp. z o.o. nie ma rozbieżności pomiędzy oświadczeniami wnioskodawców leniency.

(...) SA opisując ten casus odwołał się do zgody polskich spółek cementowych na „odstąpienie” części swoich zamówień stosunkowo do posiadanego udziału rynkowego w celu umożliwienia sprzedaży cementu wyprodukowanego w zakładzie (...). (...) SA zawarł w celu realizacji tego ustalenia umowę dystrybucyjną z (...)w grudniu 2000 r. a producenci oddali część swoich klientów (załącznik nr 2 do pisma z 09.10.2007, k. 4648 akt admin.).

Natomiast (...)SA opisuje casus (...) Sp. z o.o. ((...)) w kontekście przejęcia tej spółki przez (...) SA i chęci tej ostatniej do zwiększenia w związku z tym swego udziału rynkowego (pismo z 20.06.2006 k. 5002 akt admin.). Zgodę na to wyraził tylko (...) SA i przekazał listę kilkunastu klientów (pismo z 1.09.2006, k. 5375 akt admin.).

Spotkanie z 5 stycznia 2006 r. w restauracji (...) było przedmiotem zeznań świadków A. W. (26.09.2013, 00:30:54), J. M. (26.09.2013, 04:29:05), którzy potwierdzili temat (...) Sp. z o.o. poruszony na spotkaniu. O otrzymaniu relacji z tego spotkania akcentującego sprawę (...)zeznał również K. K. (1.10.2013, 01:23:01). Zeznania świadka M. M. nie są miarodajne dla oceny tematu tego spotkania, który zasłonił się niepamięcią co do tematu rozmów (26.09.2013, 04:02:27).

Kształtowanie się systemu cen i udziałów rynkowych oprócz oświadczeń leniency opisał świadek A. T. umiejscawiając je w drugiej połowie lat dziewięćdziesiątych (26.09.2013, 03:06:42). W tym okresie nazywanym przez świadka I okresem spotkania obejmowały szefów firm w osobach: pan K. (...), panowie T. i K. (...), S.(...), pan R. (...), pan B. (...), pan M. (...), (...), pan M. (...), pan S. (...), pani K. (...), pan B. bądź W. (...). W drugim okresie po roku 2002 spotkania były okazjonalne poświęcone bądź wspólnym przedsięwzięciom biznesowym bądź pracom w (...), ale poruszano także sprawy rynkowe: sytuacje w zakresie cen, udziały poszczególnych graczy wykorzystując wiedzę z drugiego obiegu informacji. W tym okresie spotykał się z panami B., M., K. (26.09.2013, 03:48:16). Na tych spotkaniach były próby wzajemnego informowania się o zamiarze podwyższenia cen. Ktoś mówił „prawdopodobnie podniosę ceny o 10% od lutego”, ktoś mówił „10% to za mało”. Dla świadka to nie było uzgodnienie, tylko wymiana informacji, ale taka, że gracze rozumieli co konkurent miał na myśli (26.09.2013, 03:04:45).

Podobnie zeznał A. B. (1) wskazując, że spotkania po roku 2002 na poziomie dyrektorów były sporadyczne i dotyczyły samego faktu, że „po analizie rynku podnosimy w I kwartale o ile, kiedy, one zanikły na poziomie dyrektorów generalnych i przeniosły się na poziom dyrektorów handlowych”. (1.10.2013, 02:24:13). Podwyżki musiały rekompensować koszty węgla, energii i symulacja przyszłego budżetu następowała jesienią a na początku stycznia pojawiała się informacja „należałoby podnieść ceny cementu o ... i tu padało 5%, 10%”. Taka wymiana informacji była na poziomie dyrektorów generalnych, a późniejsze wdrażanie podwyżki było w gestii dyrektorów handlowych. (02:31:57). Spotkania nie były długie wystarczyło wymienić cyfrę „koszty rosną, inflacja będzie taka, to spróbujemy podnieść inflacja plus...” (1.10.2013, 02:34:43).

Na spotkaniu pod koniec 1998 r. w C. zgodnie z zeznaniami świadka J. W. (1) uczestniczyli wszyscy dyrektorzy handlowi poza (...): panowie S., K., R., U. i być może niektórzy prezesi spółek (23.09.2013, 02:13:59). Świadek przedstawił na spotkaniu materiał z analizą rynku i mechanizm wyliczania cen. Konsekwencją tego spotkania było kolejne, bowiem dyrektorzy handlowi chcieli dokładnie zapoznać się z propozycją. Na drugim spotkaniu wprowadzano poprawki (23.09.2013, 02:16:23). Wynikiem spotkania była chęć wprowadzenia takich cen na rynku polskim (23.09.2013, 02:18:18). Uściślając wskazał, że byli obecni przedstawiciele: grupy (...), (...), (...), wtedy (...), (...) i (...), której dyrektor R. był ustrukturyzowany jako osoba reprezentująca również (...), „myśmmy traktowali obecność dyr. R. jako osobę, która reprezentuje zarówno Cementownię (...) jak i (...)” (23.09.2013, 02:45:07). Mechanizm tworzenia cen był znany dla wszystkich: (...), (...), (...), grupy (...), (...)(23.09.2013, 03:26:07).

System cen minimalnych według (...) SA po 2000 roku załamał się. Zaprzestano stosowania systemu cen minimalnych po 2000 r. tabele nie zostały ustalone na rok 2001 (16.12.2008, k. 4658 akt admin.). Na pytanie organu, kiedy zaprzestano stosowania systemu cen minimalnych powiatowych (...) SA odpowiedział, że najpóźniej w roku 2002 dodając (obecnie wydaje się, że nawet dużo wcześniej) (18.12.2008, k. 5592 akt admin.).

Dokonywanie tzw. rekompensat wyniku z oświadczenia wnioskodawcy leniency (1.09.2006, k. 5370 akt admin.). Twierdzenia spółki (...) Sp. z o.o. potwierdziły działanie systemu w przypadku Cementownia (...), (...) SA. Nie pada w tym kontekście Grupa (...) SA (pkt 184 #185, pkt 224-226#227). Należy zaznaczyć, że indywidualne relacje pomiędzy (...)SA a (...) Sp. z o.o. i wynikające stąd roszczenia nie są przedmiotem niniejszej sprawy.

Na temat znaczenia zapisu zamieszczonego w protokole z posiedzenia zarządu (...) z dnia 15 października 2003 r. o treści „ W I kwartale przyszłego roku jest szansa na podwyższenie cen, jednakże potrzebne są rozmowy na szczeblu szefów zarządów grup” (k. 1096' akt admin.) wypowiadał się: (i) D. M. „zakładam, że osoba (zdaje się pan M. M. (1)) która sporządziła ten komentarz w dokumencie, miała na myśli konieczność spotkania się na szczeblach zarządów różnych prezesów, po to żeby omówić problem miejsc pracy” (k. 1101 akt admin.), (ii) A. P. „jeżeli miały miejsce rozmowy na temat podwyższenia cen w I kwartale 2004 r. dotyczyły one spółek zależnych (...)SA” (k. 1153 akt admin.). Ocena dokumentu dokonana przez Prezesa UOKiK mieści się w granicach swobodnej oceny dowodów i uprawnione było przyjęcie w świetle innych dowodów, iż chodzi o rozmowy grup producenckich, a nie o spółki zależne (...)SA. Sama (...)SA rozbieżnie tłumaczyła znaczenie tego zapisu, ani nie udowodniła spotkania w takim gremium, którego zapis miał zdaniem spółki dotyczyć.

Prezes UOKiK oceniając rynek cementu uwzględnił jego strukturę. Wbrew twierdzeniom odwołującego o transparentności rynku, łatwości obserwacji polityki cenowej konkurentów i planowania działań rynkowych, przepływ informacji obejmujących wielkości sprzedaży poszczególnych producentów co dekadę miesiąca, co miesiąc nie był ogólnie dostępny. Jak zeznał świadek A. S. (1) dane na temat sprzedaży innych firm mógł uzyskać po ich oficjalnej publikacji, generalnie to co było publikowane stawało się ogólnie dostępne po okresie roku (23.09.2013, 02:00:40).

41. art. 66 w zw. z art. 84 ust. 3 uokik oraz art. 10 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik (**podniesione przez (...) SA**) poprzez objęcie zakresem decyzji praktyki polegającej na ograniczeniu sprzedaży cementu mieszalniom i workowniom, pomimo braku sformułowania przez Prezesa Urzędu zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z 2000 r.

Postawiony przez Prezesa UOKiK zarzut dotyczył ustalania cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego. Porozumienie jest zakazane zarówno wtedy, gdy dotyczy tylko ustalania cen, jak i wówczas, gdy obejmuje uzgodnienia odnoszące się jedynie do „innych warunków sprzedaży”. Porozumienia polegające na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów nazywane są porozumieniami kondycyjnymi. Skoro sformułowany zarzut obejmował dwie formy uzgodnień, oprócz „cen” także „inne warunki sprzedaży”, to objęcie Decyzją sprzedaży cementu do workowni i mieszalni nie narusza Ustawy. Tym bardziej, że działania producentów w tym zakresie miały ilustrować konsekwentne realizowanie polityki cenowej.

42. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na stwierdzeniu, że:

- a) (...) zawarła z innymi producentami cementu porozumienie w zakresie ustalania cen i innych warunków sprzedaży, podziału rynku i wymiany informacji,
- b) pomiędzy producentami cementu istniało ogólne porozumienie co do poziomu cen obowiązujących w poszczególnych latach, w tym w szczególności wysokości i terminu wprowadzania podwyżek,
- c) udziały rynkowe poszczególnych producentów w okresie 1998-2005 były wyjątkowo stabilne,
- d) (...) oddawała lub przekazywała klientów innym producentom cementu,
- e) (...) posiadała wiodącą rolę w zorganizowaniu i zapewnieniu funkcjonowania domniemanego porozumienia.

Materiał dowodowy zgromadzony w niniejszym postępowaniu w postaci dokumentów zebranych w toku przeszukania, oświadczeń wnioskodawców leniency, uzupełniony zeznaniami świadków i stron uprawnia do stwierdzenia, że Grupa (...) SA była uczestnikiem porozumienia dotyczącego ustalania cen i innych warunków sprzedaży, ustalania udziałów rynkowych i wymiany informacji od 1998 roku. Pomędzy producentami istniał zgodny cel regulacji rynku natomiast skutek tego w postaci ustabilizowania pozycji każdego z uczestników nie nastąpił wobec różnych oczekiwań, a wynika to z poniższych oświadczeń:

Uczestnicy rynku działali w sytuacji ograniczenia konkurencji między sobą, co polegało na tym, że zawarli porozumienie ustalające wielkość udziału w rynku produkcji i sprzedaży cementu i zadeklarowali nie przekraczanie tak ustalonych udziałów rynkowych. Na początku lat 2000 było zasadą, że najwięksi producenci w tym (...), (...) oraz (...)((...)) dokonywali wspólnych ustaleń jaki procent rynku cementu powinien przypadać każdemu z nich i zadeklarowali przestrzeganie tej wspólnej polityki. mechanizm przypisywania udziałów rynkowych, powstały na przełomie 1999/2000 nabrał z upływem lat cech zjawiska trwałego. Większość uczestników rozumiała jaki udział w rynku jest mu „należny” (oświadczenie B. k. 4558 akt admin.).

Celem ustalania systemu cen minimalnych było ograniczenie konkurencji w trudnej sytuacji rynkowej, w szczególności uniknięcie ryzyka wojny cenowej w warunkach niskiego popytu. Był to również sposób na pokrycie wzrastających kosztów produkcji (energii, węgla, gazu itp.).

System miał pozwalać stabilizować historycznie ustalone i przyjęte udziały w rynku. Jednak z uwagi na nie uzgodnienie przez uczestników porozumienia metod wzajemnej kontroli przestrzegania ustalonych cen, system nie spełniał

swojej funkcji. Nie zapewniał skutecznej kontroli udziałów w rynku posiadanych przez poszczególnych producentów cementu. Ustalone ceny nie były przestrzegane. Po załamaniu się systemu cen minimalnych tj. po roku 2000, system uzgadniania cen polegał na ustalaniu przez prezesów spółek cementowych wysokości podwyżki.

Rozpoczęcie przez producentów cementu ustaleń uwzględniających szacunki dotyczące udziałów rynkowych ustalonych uprzednio samodzielnie przez poszczególnych producentów musiało nastąpić w związku z procesem wprowadzania systemu cen minimalnych.

Nigdy nie doszło do formalnego ustalenia czy rozpisania udziałów rynkowych pomiędzy poszczególnymi producentami np. w formie umowy ani w inny stanowczy i jasno wyrażony sposób. Co do zasady, uczestnicy porozumienia zgodzili się na potrzebę utrzymania historycznych udziałów w rynku. Ciągłe jednak trwały spory dotyczące okoliczności decydujących o wielkości udziału rynkowego przypisanego danej cementowni. Spółki cementowe nigdy nie osiągnęły konsensusu w tym zakresie, co z kolei powodowało nieprzestrzeganie przez cementownie dokonywanych wspólnie ustaleń. Sama koncepcja przyjęcia udziałów rynkowych poszczególnych cementowni w oparciu o dane historyczne była powszechnie akceptowana, kontestowano konkretne wielkości udziałów rynkowych przypisywanych sobie przez poszczególnych przedsiębiorców. Jednak istniał pewien poziom akceptacji dla udziałów rynkowych konkretnych cementowni, który z reguły odbiegał od udziałów wskazywanych przez poszczególne cementownie o ok. 1-2%. (oświadczenie leniency pismo (...) SA z 16.12.2008, k. 4651 akt admin.).

W drugiej połowie lat 90-tych polscy producenci cementu w drodze nieformalnych rozmów podjęli próby stabilizacji udziałów rynkowych poprzez odwoływanie się do ich „historycznych” udziałów rynkowych. Jednak według wiedzy (...) SA nigdy nie doszło do powstania kompleksowego systemu pozwalającego na egzekwowanie ustaleń będących wynikiem takich rozmów. Polscy producenci odwoływali się do udziałów historycznych, były próby ich zmodyfikowania (oświadczenie leniency pismo (...) SA z 20.06.2006, k. 4999 akt admin.).

Podczas spotkania pod koniec 1998 r. doszło do ustalenia podstawowych założeń systemu cen minimalnych w danym powiecie tzw. ceny powiatowe.

W omawianym okresie tzn. pomiędzy ok. 1999 i 2002 producenci starali się również ustabilizować sprzedaż poszczególnych producentów na poziomie „udziałów historycznych”.

Podstawowym celem funkcjonowania równoległego systemu wymiany danych było monitorowanie sprzedaży konkurentów

Po ok. 2002 r. również na rynku polskim podejmowane były próby działania w celu wspólnego podwyższania cen cementu na poziomie krajowym, stabilizacji udziałów rynkowych i unikania wojny cenowej. Takie rozmowy miały w szczególności miejsce pomiędzy panem A. T. (1), A. B. (1) i D. M. (oświadczenie leniency pismo (...) SA z 1.09.2006, k. 5364 akt admin.).

Dokonana przez (...) SA analiza podwyżek cen, potwierdza powyższe oświadczenia, mianowicie, nie był konsekwentnie realizowany założony cel.

Udziały rynkowe były stabilne, co nie oznacza, że były niezmiennie. Jeżeli następowały wahania w przebiegu udziałów poszczególnych podmiotów, to miały one charakter krótkotrwały i po wzroście lub spadku wysokości udziału w danym roku, następował odpowiedni spadek lub wzrost udziału rynkowego w kolejnym okresie. W efekcie, większość przedsiębiorców nie zdołała w istotny sposób zwiększyć swojego udziału rynkowego w dłuższej perspektywie, ani razu nie uległa zmianie kolejność poszczególnych przedsiębiorców ze względu na wysokość ich udziałów w krajowym rynku sprzedaży cementu. Trwałe zwiększenie udziałów odnotowały: (...) SA, (...)SA i (...)SA, co potwierdza prawdziwość dokumentacji dotyczącej symulacji udziałów (...)SA i (...)SA i dokonywanych ustaleń. Natomiast zmiana kolejności na pozycji trzeciej i czwartej pomiędzy (...)SA i (...)Sp. z o.o. spotkała się ze zdecydowanymi działaniami uczestników porozumienia (liczne spotkania, których przebiegu nie ujawniono doprowadziły do decyzji o samoograniczeniu).

(...)SA uczestniczyła w przekazywaniu/oddawania klientów. Należy zauważyć, iż odwołujący na poparcie swojego zarzutu o błędnym ustaleniu przez Prezesa Urzędu, iż (...)SA oddawała lub przekazywała klientów innym producentom cementu, kwestionuje ustalony przez Prezesa Urzędu fakt dokonania przez (...) SA wspólnie z (...) SA oraz (...) SA działań odwetowych na Cementowni (...) SA oraz Cementowni (...) SA, które żądały zwiększenia własnych udziałów ponad poziom, jaki zaakceptować byli skłonni pozostali uczestnicy porozumienia. Działania podjęte w tym przypadku m.in. przez (...) SA nie wpisują się w zakres powyższego zarzutu, gdyż dotyczą innego rodzaju działań niż oddawanie i przekazywanie własnych klientów. W tym przypadku trzech największych producentów cementu dokonało skoordynowanej próby przejęcia klientów dwóch innych mniejszych uczestników porozumienia nie stosujących się do uzgodnień kartelu.

Należy w tym miejscu powołać się na utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym przedsiębiorstwo, które uczestniczyło w jednolitym i złożonym naruszeniu w drodze swoich własnych zachowań, które były objęte pojęciami porozumienia lub praktyki uzgodnionej mającej cel antykonkurencyjny w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE i które miały przyczynić się do realizacji naruszenia w jego całości, może być tym samym również odpowiedzialne za zachowania innych przedsiębiorstw w ramach tego samego naruszenia przez cały okres jego udziału w tym naruszeniu. Ma to miejsce, jeżeli zostanie wykazane, że przedsiębiorstwo to zamierzało własnym zachowaniem przyczynić się do realizacji wspólnych celów wyznaczonych przez wszystkich uczestników tego porozumienia i że znało działania planowane lub wdrażane przez inne przedsiębiorstwa dla realizacji tych samych celów lub że w sposób rozsądny mogło je przewidzieć oraz że było gotowe ponieść związane z tym ryzyko (Komisja przeciwko A. P., pkt 87, 203, oraz w sprawie A. P. i in. przeciwko Komisji, pkt 83).

(...) SA w okresie 1999-2002 dokonał sprzedaży kilku do kilkunastu tysięcy ton cementu do (...) Sp. z o.o. i zdaniem (...) SA sprzedaż odbyła się w ramach rekompensat z powodu zrealizowanej przez (...) SA w tamtym czasie sprzedaży na poziomie niższym od poziomu sprzedaży jaki wynikał z jej udziałów historycznych. (...)SA osiągała w tamtym okresie wyższą sprzedaż niż wynikająca z przypisanego jej udziału rynkowego, stąd (...) SA upomniała się o zrekompensowanie jej nieosiągnięcia udziałów historycznych. (...)SA na wezwanie Prezesa Urzędu potwierdziła dokonywanie przez (...) Sp. z o.o. spółkę zależną od (...)SA zakupów cementu od (...) SA. Zachowanie rynkowe (...) Sp. z o.o. jako podmiotu prowadzącego niezależną politykę zakupową uprawnionego do dokonywania samodzielnych wyborów dostawców nie przeczy zdaniem Sądu, że mogła mieć miejsce rekompensata. (...) SA wskazuje na to, że się upomniał i następnie sprzedał cement do (...) SA. Struktura polityki zaopatrzeniowej (...) Sp. z o.o. nie dowodzi, z jednej strony zachowania (...)SA i z drugiej strony, nie wyłącza przypadków zakupów nie podejmowanych samodzielnie.

Drugi z kwestionowanych przez odwołującego przypadków dotyczy ustaleń opartych na dokumencie „Zarzuty (...)wobec (...)i zarzuty (...)wobec (...)” znalezionym w toku kontroli w (...) Sp. z o.o., w którym to dokumencie sformułowane zostały wzajemne pretensje (...) Sp. z o.o. i (...)SA (k. 480-481). Autorem dokumentu był pan A. W. (1) i przedstawiał raport na temat zachowania partnerów. Fakt, iż spółka (...) nie była nigdy bezpośrednim dystrybutorem cementu (...)SA, jak również brak wystawiania faktur korygujących dla (...)nie przekreśla ustaleń co do zasad działającego systemu.

Znaczenie (...)SA w całym systemie wskazują oświadczenia wnioskodawców leniency a potwierdzają zeznania świadków. (...)SA była w gronie I ligi uczestników porozumienia (zeznania A. W.). A. S. (1) był jednym z trzech koordynatorów wymiany informacji pomiędzy uczestnikami porozumienia w ramach tzw. systemu równoległego (zeznania A. S. (1)). Bieżąca, ciągła wymiana informacji umożliwia kontrolę wielkości cementu sprzedawanych przez poszczególnych producentów, niedopuszczanie do ponadprzeciętnych wzrostów sprzedaży przez poszczególnych uczestników porozumienia, a tym samym kontrolę ich udziałów rynkowych (zeznania świadka A. T. i strony A. B.). Udział przedstawiciela (...)SA jako koordynatora w sposób jednoznaczny świadczy o wiodącej roli i istotnym zaangażowaniu tego przedsiębiorcy w organizację skutecznego funkcjonowania porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży cementu szarego.

Po roku 2002 kiedy ograniczono ilość spotkań i krąg uczestników, (...)SA znalazła się w ścisłym gronie. A. T. (1) ((...) SA) spotykał się z A. B. (1) ((...) SA), D. M. ((...)SA), R. K.((...) Sp. z o.o.). Tematy tych spotkań, przy okazji których „sondowano” podwyżki, opisał zarówno A. T. (1), jak i A. B. (1). (...) Sp. z o.o. przyznał fakt otrzymywania informacji o ustaleniach od (...)SA. Grono wyżej wymienionych spotykało się w związku z wykryciem przekazywania zaniżonych danych sprzedażowych przez (...) Sp. z o.o., a tym samym wykrycia osiągnięcia przez (...) Sp. z o.o. większego niż historycznie przypisany udziału rynkowego.

Kolejny fakt potwierdzający wiodącą rolę (...)SA to wyznaczenie Cementowni w (...)jako ośrodka bazowego w początkowym okresie porozumienia systemu minimalnych cen powiatowych. System przewidywał trzy ośrodki bazowe, wobec których ustalane były ceny minimalne cementu dla najbliższych od tych ośrodków powiatów (pisma z 9.10.2007, k.4605 akt admin., 16.12.2008, k.4652-4653 akt admin.).

Innym przykładem na istotną rolę (...)S.A. w kartelu są podejmowane przez tego przedsiębiorcę działania zmierzające do obniżenia udziałów rynkowych osiąganych przez innych uczestników porozumienia. Około 2001 r. rozważano zwiększenie udziału (...) (tj. (...)SA i (...)SA rozpatrywanych łącznie) na rynku polskim, jako rekompensaty za zmniejszenie przez (...) eksportu cementu z Polski do Niemiec. Z tego powodu dyskutowano zwiększenie „historycznego” udziału (...) z 9% do 9,6% a nawet do 11% (pismo 20.06.2006 r., k. 5 003 akt admin.) Potwierdzają to znalezione podczas kontroli w (...) SA tabele przedstawiające symulacje obrazujące to, jak uległyby zmianie wielkości udziałów przypisanych poszczególnym graczom, gdyby udział (...) zwiększył się w Polsce z 9% na 9,6%, 10%, 10,5% oraz 11% („(...)”, k. 1518 akt admin., „(...)”, k. 1519-1522 akt admin., „(...)”, k. 1523-1527 akt admin.). Zmiany wielkości udziału były tematem sporów, a wskutek przypisania sobie w tamtym czasie udział w rynku w łącznej wysokości 11,5 % przez obie cementownie, (...) SA, (...) SA oraz Grupa (...) SA złożyły klientom zaopatrywanym przez (...)SA i (...)SA korzystniejsze oferty (16.12.2008, k. 4668 akt admin.).

Także wobec producentów, którzy nie przestrzegali ustaleń dotyczących cen cementu próbowano wywierać presję. Interwencje w tym zakresie miały miejsce w odniesieniu do niektórych podwyżek cen przeprowadzanych przez Cementownię (...) SA, Cementownię (...) SA lub (...) ((...) Sp. z o.o.) i tak ingerencje w stosunku do (...)SA i (...)SA podejmowało (...) SA, a w stosunku do (...) ((...) Sp. z o.o.) (...)SA. Z zeznań A. T. wynika, że na spotkaniach po roku 2002 omawiano sprawy rynkowe związane z sytuacją w zakresie cen, udziału poszczególnych graczy (1.09.2006, k. 5373 akt admin., 18.12.2008, k.5596 akt admin., zeznanie 26.09.2013, 03:50:32).

Przedsiębiorca ten nie był więc podmiotem biernie akceptującym ustalenia pozostałych uczestników porozumienia.

Wymiar kary (...)SA

Odwołujący jako okoliczność łagodzącą podnosił brak skutków domniemanego kartelu, brak roli lidera lub inicjatora jakiegokolwiek porozumienia, brak wcześniejszych naruszeń prawa konkurencji, brak faktycznej realizacji porozumienia, brak istnienia nieuzasadnionych korzyści po stronie (...)SA.

Nie można zgodzić się z poglądem, że skoro ustalenia podwyżek cen i podziału rynku nie były realizowane przez uczestników porozumienia, to porozumienie nie weszło w życie. Nie były bowiem respektowane poszczególne ustalenia co do cen, a nie samo porozumienie. Porozumienie zakładające ograniczenie konkurencji między producentami cementu cały czas obowiązywało. Ta indywidualna polityka handlowa i cenowa podkreślana przez (...) SA była taką jedynie w granicach wyznaczonych ramami porozumienia (skoordynowane regulowanie rynku).

Porównanie własnych średnich cen z uwzględnieniem inflacji, kosztów energii i kosztów sprzedaży nie jest miarodajne dla oceny korzyści uczestnika kartelu.

Nie jest okolicznością łagodzącą brak wcześniejszych naruszeń, takie naruszenie może zaś stanowić okoliczność obciążającą.

43. art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik (**podniesione przez (...) SA**) poprzez naliczenie kary pieniężnej na podstawie przychodów osiągniętych przez Podatkową (...), zawartych w sprawozdaniu podatkowym CIT-8A za 2008 r., tj. przychodów zawierających również przychód Cementowni (...), pomimo że Cementownia (...) S.A. z siedzibą w R. nie uczestniczyła w domniemanym porozumieniu, co zostało potwierdzone w zaskarżonej decyzji.

(...)SA podniosła, że kara została obliczona wg przychodu wykazanego w zeznaniu podatkowym CIT-8A za rok 2008 sporządzony dla Podatkowej (...), w skład której wchodzi (...)SA i (...)SA. Z art. 101 ust. 1 pkt 1 uokik wynika, że pod uwagę bierze się przychód przedsiębiorcy, a nie grupy kapitałowej, którą tworzy przedsiębiorca.

(...)SA podniosła, że utworzyła Podatkową (...) zgodnie z art. 1a ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tj. z dnia 9 marca 2011 r. (Dz.U. Nr 74, poz. 397, dalej u.p.d.o.p.). Przychód przedstawiony w zeznaniu podatkowym CIT-8A stanowi sumę przychodów spółek tworzących grupę kapitałową. Zgodnie z art. 7a ust. 1 ustawy o CIT przedmiotem opodatkowania w podatkowej grupie kapitałowej jest osiągnięty w danym roku dochód, na który składa się nadwyżka sumy dochodów wszystkich spółek tworzących grupę nad sumą ich strat.

W ramach grupy konieczne jest ustalanie wysokości dochodów samodzielnie przez każdą ze spółek tworzących podatkową grupę kapitałową na podstawie prowadzonych ksiąg rachunkowych i zgodnie z zasadami określonymi w ustawie CIT. Spółki wchodzące w skład grupy nie tracą własnej podmiotowości i mimo zawarcia umowy o utworzenie grupy, nadal pozostają samodzielnymi podmiotami prawnymi. Każda ze spółek wchodzących w skład podatkowej grupy podatkowej jest odrębnym podatnikiem i jest obowiązana prowadzić pełną dokumentację podatkową, a także sporządzać odrębne sprawozdanie finansowe. Spółki podatkowej grupy kapitałowej pozostają odrębnymi podatnikami na gruncie innych ustaw podatkowych.

(...)SA podkreśliła, że przychód (...) Sp. z o.o. nie został uwzględniony przy nakładaniu kary na spółkę (...) mimo analogicznej sytuacji spółek (...)SA i (...)Sp. z o.o., co do których uznano, że nie brały udziału w porozumieniu.

Spółka podkreśliła, że nałożenie kary opartej na sumie przychodów (...)SA i (...)SA nie może opierać się na koncepcji single economic unit. Koncepcja ta umożliwia przypisanie spółce dominującej odpowiedzialności za naruszenie popełnione przez jej spółkę zależną i w konsekwencji wzięcie pod uwagę przychodów uzyskanych przez grupę kapitałową jako podstawę obliczania kary, ale nie ma ona zastosowania w niniejszej sprawie. Wg Komisji spółka stojąca na czele całej grupy jest odpowiedzialna za naruszenie wspólnie z jednym z podmiotów, czy też z jedną ze spółek zależnych uczestniczących w porozumieniu. Cementownia (...) SA nie uczestniczyła w porozumieniu.

Prezes UOKiK podkreślił, że rozumienie przychodu określa art. 4 pkt 15 uokik. Ponadto nie jest jednolity sposób ustalania przychodu na potrzeby sprawozdania finansowego sporządzanego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości i na potrzeby sprawozdania podatkowego sporządzanego na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych.

Prezes UOKiK zgodził się z prezentowanym stanowiskiem, że w toku ustalania wysokości kary pieniężnej przy obliczaniu przychodów przedsiębiorcy nie uwzględnia się przychodu innych przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej. Z drugiej strony wskazał, że dysponował wyjaśnieniami profesjonalnego pełnomocnika wskazującymi, że sprawozdanie podatkowe CIT-8 Podatkowej (...) jest dokumentem podatkowym za ostatni zakończony rok podatkowy i spółki nie sporządziły odrębnych zeznań podatkowych.

Ponadto Prezes UOKiK zastosował przepisy o podatku dochodowym wobec wszystkich spółek uczestniczących w porozumieniu bowiem inne ustalanie przychodu każdego z poszczególnych uczestników porozumienia naruszałoby zasadę równego traktowania.

Wreszcie organ zgodził się co do zasady z koncepcją single economic unit, ale podkreślił, że z faktu niestwierdzenia bycia stroną porozumienia nie wynika jej działalność autonomiczna. Z zależności pomiędzy (...)SA a (...)SA i wpływu na politykę spółki córki, podmioty te stanowią w świetle prawa konkurencji jeden podmiot gospodarczy. Cementownia

(...) SA nie posiadała swobody kształtowania swoich działań rynkowych, które były określane przez spółkę matkę (...).SA.

Niewłaściwe jest w ocenie Sądu łączenie dwóch zagadnień: single economic unit z podatkową grupą kapitałową.

Single economic unit ma na celu pociągnięcie do odpowiedzialności podmiot, który kształtuje politykę innego podmiotu, a który samodzielnie nie uczestniczy w niedozwolonym porozumieniu (spółka zależna i dominująca), albo łącznie z tym podmiotem uczestniczy w niedozwolonym porozumieniu (grupa kapitałowa). Przedsiębiorstwa zależne nie mogą samodzielnie kierować swym postępowaniem na rynku, lecz muszą stosować się do wytycznych i poleceń wydawanych przez przedsiębiorcę je kontrolującego. Na ile podmioty wchodzące w skład grupy cieszą się niezależnością w stosunku do podmiotu je kontrolującego, im większa swoboda tym powiązania w grupie są luźniejsze. W tym kontekście art. 4 pkt 14 Ustawy poprzez powiązanie z art. 4 pkt 3 i 4 normatywizuje swoisty tekst niezależności/zależności przedsiębiorstw (T. Skoczny (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Warszawa 2009, s. 277).

Prawo konkurencji traktuje podmioty wchodzące do tej samej grupy kapitałowej jako jeden organizm. Grupa kapitałowa występuje również w ustawie o rachunkowości. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 44 ustawy o rachunkowości przez grupę kapitałową rozumie się jednostkę dominującą wraz z jednostkami zależnymi. Jednostka dominująca, będąc obowiązana do sporządzenia rocznego skonsolidowanego sprawozdania finansowego grupy kapitałowej, dokonuje tego przez sumowanie odpowiednich pozycji własnego sprawozdania finansowego i sprawozdań pozostałych uczestników grupy, uwzględniając jednocześnie niezbędne wyłączenia i korekty. Szczegółowe zasady i metody tworzenia skonsolidowanego sprawozdania finansowego oraz warunki zwalniające od obowiązków tworzenia takiego sprawozdania zawierają postanowienia rozdziału 6 ustawy o rachunkowości.

Należy przy tym zaznaczyć, iż grupa kapitałowa w rozumieniu ustawy o rachunkowości nie posiada statutu podatnika podatku dochodowego od osób prawnych, chyba że spełnia warunki określone w art. 1a ustawy o podatku dochodowym (A. Mariański, komentarz do art. 1a ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, LEX 2012).

Podatkowa grupa kapitałowa jest rozwiązaniem podatkowym. Opodatkowanie na zasadach ogólnych odbywa się w ten sposób, że każdy z podmiotów wchodzących w skład holdingu opodatkowywany jest indywidualnie. Podatkowa grupa kapitałowa jest instytucją, której zasadnicza istota polega na tym, że wszystkie spółki wchodzące w jej skład ustalają wspólnie dochód, który dopiero jako całość podlega opodatkowaniu. Instytucja podatkowej grupy kapitałowej oznaczała stworzenie nowego podmiotu podatkowego (D. Gajewski, Opodatkowanie holdingów i grup kapitałowych, ABC 2005, LEX).

Powstanie podatkowej grupy kapitałowej skutkuje szeregiem korzyści podatkowych dla spółek ją tworzących, jak np.:

- rozliczaniem strat niektórych spółek już w roku ich poniesienia, a nie w kolejnych latach; podstawę opodatkowania stanowi bowiem nadwyżka sumy dochodów spółek, które je uzyskują, nad stratami pozostałych;
- pomiędzy spółkami tworzącymi grupę nie stosuje się art. 11 ustawy o CIT, a tym samym nie muszą one między sobą stosować cen rynkowych sprzedawanych towarów bądź świadczonych usług,
- stosowaniem jednej interpretacji dotyczącej podatku dochodowego, wydanej przez organ właściwy dla reprezentanta grupy.

Z drugiej strony należy pamiętać, iż powstanie podatkowej grupy kapitałowej wyklucza rozliczenie strat spółek ją tworzących z lat poprzedzających jej utworzenie.

Dla powstania podatkowej grupy kapitałowej konieczne jest łączne spełnienie przesłanek określonych w art. 1a ustawy o CIT.

Z chwilą zarejestrowania grupy kapitałowej powstaje nowy podatnik podatku dochodowego od osób prawnych. Z kolei utrata statusu grupy kapitałowej powoduje unicestwienie tego podatnika i pojawienie się ponownie spółek tworzących grupę w roli podatników.

Zwykle w strukturze holdingu istnieje spółka matka będąca spółką dominującą i zarządzającą spółkami córkami. W ramach art. 1a u.p.d.o.p. wprowadzona jest do polskiego prawa podatkowego nowa kategoria pojęciowa, odpowiadająca w zakresie obrotu cywilnoprawnego konstrukcji holdingu - podatkowa grupa kapitałowa, która posiadając status odrębnego podatnika, płaci podatek dochodowy od dochodu, stanowiącego różnicę między sumą dochodów a sumą strat poszczególnych wchodzących w skład grupy podmiotów.

Przepisy u.p.d.o.p. tworzą jeden organizm grupy kapitałowej tylko dla rozliczania podatku dochodowego.

Przypadek (...)SA i (...)SA jest następujący: Cementownia (...) SA od 1997 roku była spółką zależną Cementowni (...) SA, która od 2000 r. ma 100% akcji Cementowni (...) SA i była pozbawiona samodzielności (później w 2003 r. pod nazwą (...)SA). Sprzedaż realizowana jest przez sieć dystrybucyjną (...)SA.

Prezes uznał, że podmioty stanowią jeden podmiot gospodarczy a Cementownia (...) SA była pozbawiona samodzielności. Zaszedł więc przypadek spółki dominującej i zależnej. Jednocześnie Prezes nie przypisał spółce dominującej zachowania spółki zależnej ale uznał, że nie ma dowodów na udział spółki zależnej w porozumieniu, która była postrzegana przez uczestników jako jeden podmiot z (...)SA i nie uczestniczyła samodzielnie w żadnych uzgodnieniach.

Mimo stanowienia single economic unit jednemu z podmiotów nie przypisano zachowań ograniczających konkurencję, drugi podmiot ponosi więc odpowiedzialność osobistą za swoje działanie.

Dla wymiaru kary ważny jest przychód w rozumieniu art. 4 pkt 14 uokik. (...)SA stworzyła Podatkową Grupę Kapitałową, ale tylko do rozliczeń podatku. Nowy odrębny podmiot płaci podatek dochodowy od dochodu stanowiącego różnicę między sumą dochodów a sumą strat poszczególnych wchodzących w skład grupy podmiotów. Przepisy podatkowe tworzą jeden organizm grupy kapitałowej tylko dla rozliczania podatku dochodowego, nie zmieniając czym jest przychód (dochód) w rozumieniu art. 10 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. Przedsiębiorca wybrał formę rozliczeń podatku z art. 1a) ustawy, ale to co jest przychodem podlegającym opodatkowaniu pozostało niezmiennie.

(...)SA wskazała w odwołaniu przypadający na nią indywidualny przychód podatkowy ujęty w CIT-8A. Sanowi on kwotę 961 113 154 zł. Prezes UOKiK nie kwestionował wysokości kwoty, a jedynie zasadę – jaki przychód należy przyjąć do obliczenia kary. Odwołujący wnosil o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka ewentualnie z opinii biegłego jeżeli Sąd uznałby, że zeznania świadka są niewystarczające. Prezes UOKiK wnosil o oddalenie dowodu z zeznań świadka, bowiem zeznania podtrzymywałyby stanowisko strony, a wniosek o powołanie biegłego pozostawiał do uznania Sądu.

Sąd oddalił wnioski, albowiem (i) Prezes UOKiK nie kwestionował wysokości, (ii) oświadczenie o wysokości pochodziło od głównej księgowej tej samej, która sporządzała CIT-8A przyjęty przez Prezesa UOKiK do wymiaru kary, (iii) jej oświadczenie stanowi dokument prywatny i jako dokument prywatny stanowi dowód, że oświadczenie pochodzi od podpisującej go osoby. Dane z oświadczenia nie były podważane, a dwie pozycje były wcześniej znane w postępowaniu administracyjnym, gdzie (...)SA pismem z dnia 5 października 2009 r. podawała rozłączny przychód za rok 2008 zgodny z rachunkiem zysków i strat sporządzonym w wariantcie porównawczym i kalkulacyjnym. Daje to podstawę do zastosowania art. 233 k.p.c. (fakt przyznany).

44. art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik (**podniesione przez (...) SA**) poprzez jego błędne zastosowanie na skutek nieuwzględnienia przy nakładaniu kary zasady nieretroaktywności oraz przyjęcie, że praktyka rozpoczęta w 1998 r. powinna być sankcjonowana karą w wysokości 10% przychodów przedsiębiorcy.

(...)SA wskazuje, że w trakcie trwania zarzucanej praktyki materię antykonkurencyjnych porozumień i grożących za nie sankcji regulowały 3 ustawy: z 24 lutego 1990 r., z 15 grudnia 2000 r. w wersji obowiązującej do 1 maja 2004 r. i w wersji obowiązującej od 1 maja 2004 r.

Spółka podniosła w nawiązaniu do wyroku SN z 2 października 2008 r. (III SK 3/08), że do czynów sprzed wejścia w życie ustawy stosuje się per analogiam iuris art. 4 par. 2 k.k. i art. 2 par. 1 k.w., stosownie do których zastosowanie ma ustawa nowa, chyba że dawna jest względniejsza dla sprawcy. Oznacza to orzeczenie wysokości kary osobno do czynu popełnionego przed nowelizacją i po nowelizacji. W sprawie oznacza to wymiar kary odpowiednio do kolejności ustaw: w wysokości 1/12 przychodu uzyskanego w roku podatkowym poprzedzającym nałożenie kary, limit kwotowy 5 mln eur i 10% przychodu.

Prezes UOKiK podkreślił trafność poglądu stosowania ustawy względniejszej przy wymiarze kary. Jednak zasada nie ma zastosowania przy praktykach ciągłych. Porozumienie zostało rozpoczęte pod rządami ustawy z 1990 r. i trwało pod rządami kolejnych ustaw i nie zostało zaniechane pod rządami ustawy z 2007 r.

Od 1 maja 2004 r. obowiązywał próg 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. I ten próg obowiązywał w dacie wydania decyzji przez ponad 5 lat trwania praktyki. Nie ma podstaw do karania według zasad względniejszych ze względu na to, że moment powstania kartelu przypadał na czas obowiązywania przepisów względniejszych dla uczestników porozumienia. Mogłoby to wywołać odwrotny skutek tzw. kartelogeny. Prezes wskazał, że stan faktyczny sprawy będącej oceną SN w wyroku z dnia 2 października 2008 r. był odmienny.

Zarzut dotyczy obowiązywania ustawy i przepisów, według których nakładana jest kara.

Decyzja została wydana 8 grudnia 2009 roku, pod rządami ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku. Przepis art. 131 pkt 1 ustawy z 2007 roku stanowił, że „ Do postępowań wszczętych na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i niezakończonych do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe”, co oznaczało stosowanie przepisów ustawy z 2000 r.

Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity Dz.U. 2005 Nr 244, poz.2080) weszła w życie z dniem 1 kwietnia 2001 r..

Zgodnie z art. 113 powołanej ustawy „Postępowania wszczęte na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów prowadzi się na podstawie przepisów niniejszej ustawy”, czyli z 15 grudnia 2000 r. . Niniejsze postępowanie nie było postępowaniem wszczętym wg ustawy z 1990 roku, a nawet gdyby było wszczęte, to i tak byłoby dalej prowadzone wg przepisów ustawy z 15 grudnia 2000 r.

Powyższy przepis jest przepisem proceduralnym, nie określa jakie przepisy materialne do oceny stanów faktycznych należy stosować. Zdaniem Sądu według reguł prawa międzyczasowego co do stosowania prawa materialnego, do czynności i innych zdarzeń stosuje się prawo obowiązujące w chwili dokonania czynności lub powstania zdarzeń prowadzących do określonych stosunków prawnych. Przepis art. 3 k.c. stanowi, że ustawa nie ma mocy wstecznej, chyba że to wynika z jej brzmienia lub celu. Stosunki prawne powstałe przed zmianą ustawy należy ocenić według przepisów dotychczasowych, co potwierdza art. 112 ustawy z 2000 r. i taką myśl wypowiedział SN w wyroku z dnia 9 października 2003 r., I CK 134/02 „Należy zatem, zgodnie z ogólną zasadą *lex retro non agit*, stosować przepisy ustawy obowiązującej w dacie zajścia zdarzenia, z którym ustawa wiąże określone skutki prawne, bowiem także z celu ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, nie da się wyprowadzić wniosku o jej działaniu wstecz”.

W niniejszej sprawie miała miejsce praktyka ciągła, kontynuowana po 2001 i 2007 roku, a zasada *lex retro non agit* odnosi się tylko do okresu od powstania zdarzenia prawnego do dnia wejścia w życie nowej ustawy i obejmuje skutki prawne tego zdarzenia do chwili wejścia w życie nowego prawa.

Według art. 112 powołanej ustawy z 2000 r. „Przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o którym mowa w art. 104, uwzględnia się również okoliczność naruszenia przepisów ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów w okresie 5 lat od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy”.

W myśl art. 104 ustawy z 2000 r. jedną z okoliczności wpływających na wysokość kary pieniężnej jest okres trwania naruszenia przepisów ustawy. Art. 112 wprowadzał zasadę, że przy ustalaniu wysokości kary Prezes bierze pod uwagę również naruszenie przepisów wcześniejszej ustawy z 1990 r. Na potrzeby wymierzenia kary Prezes może zatem potraktować naruszenia ustawy z 1990 r. jako naruszenia przepisów ustawy z 2000 r. Okres sprzed wejścia w życie ustawy z 2000 r. brany pod uwagę przy wymierzaniu kary, nie może przekroczyć 5 lat, czyli 5 lat wstecz od dnia 1 kwietnia 2001 r.

W ocenie Sądu w niniejszej sprawie nie ma problemu ustawy względniejszej dla sprawcy naruszenia. Postępowanie zostało wszczęte pod ustawą z 2000 r. i kary nią przewidziane mają zastosowanie do sprawców naruszenia, a przy ocenie sprawy uwzględnia się okoliczności naruszenia ustawy z 1990 r. przez okres 5 lat od wejścia w życie ustawy z 2000 r.

Zarzuty G. SA

Zarzuty zasadne doprowadziły do zmiany decyzji wobec odwołującego. Argumentacja została przedstawiona w pkt 20.

Oddalenie wniosków stron

Sąd Okręgowy oddalił wnioski odwołującego o wystąpienie do Trybunału Konstytucyjnego uznając, że jedynie do sądu należy ocena na podstawie szczególnych okoliczności danej sprawy zarówno tego, czy dla wydania wyroku konieczne jest wystąpienie z pytaniem prawnym co do zgodności ustawy i rozporządzenia z Konstytucją, jak i znaczenia dla sprawy pytań przedstawionych Trybunałowi. Przedstawienie Trybunałowi Konstytucyjnemu pytania prawnego przez sąd na podstawie art. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. z dnia 1 września 1997 r.) wchodzi w rachubę, gdy to sąd, a nie strona, poweźmie wątpliwości (tu niezaistniałe) co do zgodności aktu prawnego z Konstytucją RP (tak postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2010 r., IV KZ 8/10). W tej sytuacji jeżeli sąd nie decyduje się na wystąpienie do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym, to powinien samodzielnie przeprowadzić szczegółową prawniczą analizę (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2008 r., II PK 150/07 LEX nr 448115).

Wnioski dowodowe (...) Sp. z o.o. o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomii na okoliczność polityki cenowej na tle rynku cementu w Polsce w latach 2001-2006 oraz analizy zmian kosztów produkcji cementu w związku ze zmianami cen cementu w latach 2001-2006 zostały cofnięte.

O motywach oddalenia wniosków z zeznań świadków (...)SA i (...)SA Sąd odniósł się przy ocenie zarzutów.

Oddalenie wniosku (...) Sp. z o.o. o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka M. P. spowodowane było zbędnością przeprowadzenia tego dowodu. Świadek był właścicielem firmy (...). Sprawa oddawania (...) SA w ramach rozdysponowania sprzedaży (...)klienta (...) Sp. z o.o. firmy (...) dotyczy roku 2001, a zatem okresu, co do którego (...) Sp. z o.o. nie zaprzecza, że mogło dochodzić do naruszeń.

Sąd oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomii na okoliczność sposobu prowadzenia polityki handlowej (...) w latach 1998-2009. Fakt ten od początku nie był sporny, albowiem (...) była wskazywana jako ta, która nie stosuje się do ustaleń.

Po rozpatrzeniu materiału dowodowego i analizie zarzutów, Sąd doszedł do przekonania, że producenci cementu (...) SA, (...) SA, (...) SA, (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o., (...) SA i (...) SA zawarły porozumienie, które było rodzajem koordynacji pomiędzy wyżej wymienionymi pozwalającym na świadome zastąpienie związanego z konkurencją ryzyka praktyczną współpracą producentów w zakresie ustalania cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego, podziału rynku i wymiany informacji co naruszyło art. 5 ust. 1 pkt 1, art. 5 ust. 1 pkt 3 i art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 81 ust. 1 lit. a, art. 81 ust. 1 lit. c, art. 81 ust. 1 TWE. 9

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ma zastosowanie do zachowań przedsiębiorców w takim zakresie, w jakim ustawodawca dopuścił funkcjonowanie mechanizmu rynkowego, pozostawiając uczestnikom rynku autonomię woli w zakresie kształtowania własnych zachowań rynkowych. Niniejsza ustawa określa, w myśl art. 1 ust. 1, warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.

Z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 roku (sygn. akt I CKN 1217/98, OSNC 2002/1/13) wynika, iż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów określa cel przyjętej regulacji, jakim jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrony przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk monopolistycznych oraz ochrona interesów konsumentów. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, że ma ona charakter publicznoprawny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Znajduje zatem zastosowanie wówczas, gdy zagrożony lub naruszony jest interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonuje prawidłowo kiedy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuację pojedynczego przedsiębiorcy, lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki uznać należy za zagrożenie lub naruszenie konkurencji. Ciężar udowodnienia naruszenia przez przedsiębiorcę reguł konkurencji spoczywa na Prezesie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 marca 2010 roku, sygn. akt III SK 37/09, Lex 987760).

Stosownie do treści art. 5 ust. 1 ustawy zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Konstrukcja normy jest analogiczna jak art. 81 TWE. Cel lub skutek wskazane są jako przesłanki alternatywne. Oznacza to, że dla podjęcia przez organ antymonopolowy decyzji stwierdzającej praktykę ograniczającą konkurencję w postaci porozumienia między przedsiębiorcami wystarczy udowodnić tylko jedną z nich. Niekonieczne jest udowadnianie celu i skutku. Wynika to zarówno z samego brzmienia przepisu, w którym ustawodawca użył spójnika „lub” oznaczającego alternatywę łączną, jak również z orzecznictwa antymonopolowego w tym zakresie. Taka sama zasada

Ograniczenie konkurencji w wyniku zawarcia porozumienia musi wystąpić na rynku właściwym. W rozpatrywanym stanie faktycznym, Prezes UOKiK trafnie uznał, iż porozumienie zawarte zostało na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż celem ustanowienia zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, zawartego w art. 5 ustawy, jest ochrona konkurencji rozumianej jako współzawodnictwo niezależnie działających podmiotów zmierzających do osiągnięcia podobnych celów gospodarczych, której nieodzownym elementem jest niezależne i powiązane z ryzykiem, ustalanie przez przedsiębiorców własnej strategii rynkowej. Prawidłowe działanie mechanizmu stabilnej i efektywnej konkurencji wymaga, aby uczestnicy rynku w sposób samodzielny, a jednocześnie w oparciu o rachunek ekonomiczny, podejmowali decyzje w zakresie określenia swoich zachowań oraz strategii na rynku, w szczególności warunków, na jakich zamierzają sprzedawać oferowane przez siebie towary lub usługi. U podstaw zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję znajduje się postulat samodzielności rynkowej, z którego wynika zakaz nawiązywania jakichkolwiek kontaktów, których celem (lub skutkiem) jest wykluczenie lub tylko ograniczenie ryzyka związanego z suwerennym działaniem w warunkach konkurencji.

Odnośnie kwestii zasadności zastosowania w niniejszej sprawie kary pieniężnej i jej wysokości, to kara nałożona na odwołujących uwzględnia w należyty sposób okoliczności stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta. Faktem jest, że ma ona charakter fakultatywny, o czym przesądza treść art. 101 ust. 1 Ustawy. Jednakże nakładanie kar pieniężnych (względnie samo zagrożenie nimi) stanowi istotny instrument, który przyczynić się ma do przestrzegania przepisów Ustawy przez przedsiębiorców, a także stosowania się przezeń do treści orzeczeń organów antymonopolowych. Kara pieniężna za stosowanie praktyk antykonkurencyjnych ma charakter represyjno-wychowawczy i jest ona nakładana i wykonywana w celu zachowania i przestrzegania obowiązującego porządku prawnego (por. wyrok SN z dnia 27 czerwca 2000 r. I CKN 793/98). Tak więc ma ona na celu prewencję, tj. zapobieganie w przyszłości tego rodzaju naruszeniom przepisów ustawy, a także represję, czyli stanowić ma odczuwalną dolegliwość za jej naruszenie (wyrok SOKiK z dnia 4 maja 2006 r. XVII Ama 119/2004, Dz. Urz. UOKiK 2006, Nr 3, poz. 47). W doktrynie przyjmuje się, iż przewidziane w Ustawie kary mają charakter penalny (M. Król-Bogomilska, Kary pieniężne w prawie antymonopolowym, Warszawa 2001, s. 37-40).

Wymiar kary ustalony w zaskarżonej decyzji uwzględnia dyrektywy określone w art. 104 Ustawy, tj. okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy, a także przychody osiągnięte przez odwołujących. Niemniej metodologia przyjęta przez Prezesa UOKiK powodująca operowanie procentowymi wskaźnikami ponad ustawowy limit 10% jest w ocenie Sądu nietrafna. Prezes UOKiK wyróżnił (i) naturę naruszenia, (ii) specyfikę rynku oraz działalności przedsiębiorcy, (iii) długotrwałość naruszenia i (iv) okoliczności łagodzące/obciążające jako czynniki wpływające na wymiar kary. Ocena tych przesłanek doprowadziła do kalkulacji kary pieniężnej ponad wysokość limitu ustawowego 10% odpowiednio dla (i) (...) SA, (...) SA, (...)SA - 22,95%, (ii) (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o., (...)SA i (...)SA - 15,3%.

Sąd rozpoznający sprawę uznał, że istnieją podstawy do zmiany wymiaru kary ze względu na: (i) niewłaściwie przyjętą metodologię wymiaru kary oraz (ii) konieczność uwzględnienia dodatkowych czynników, jak zastosowanie art. 81 TWE do okresu tylko po 1.05.2004, brak uwzględnienia okoliczności łagodzących.

Sąd przyjął, że (i) natura naruszenia, (ii) specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy, (iii) długotrwałość naruszenia i (iv) okoliczności łagodzące/obciążające winne być kalkulowane w ramach maksymalnego ustawowego progu 10% przychodu, co oznacza, że każda z tych przesłanek może mieć co najwyżej 2,5% wpływ na wymiar kary.

Analiza (i) natury naruszenia i (ii) specyfiki rynku oraz działalności przedsiębiorcy uprawnia do zastosowania kary na poziomie 2,5% przychodu. Naruszenie miało charakter horyzontalny, polegało na zastąpieniu mechanizmów gospodarki wolnorynkowej wspólnymi ustaleniami, dotyczyło rynku sprzedaży cementu towaru homogenicznego. Niezbędne jest wzięcie pod uwagę, że przedmiotowe porozumienie dotyczyło ustalania cen oraz podziału rynku. Zarówno w ustawodawstwie, jak i w orzecznictwie antymonopolowym, porozumienia cenowe i podziałowe traktowane są w sposób surowy z uwagi na ich charakter i wynikające z tego charakteru skutki dla rynku. Praktyka objęła podmioty mające prawie 100% udziałów w rynku o wysokim potencjale ekonomicznym. Struktura rynku cementu została zaburzona długim okresem braku działań wolnorynkowych, ale cechuje się łatwą odwracalnością zachowań.

W kryterium (iii) długotrwałości okresu naruszenia przepisów ustawy zgodnie z art. 101 ust. 1 Ustawy należy uwzględnić okres naruszenia (1) zakazu określonego w art. 5 oraz (2) naruszenia art. 81 Traktatu WE. Naruszenie przepisów prawa krajowego trwało od 1998 r. i jest naruszeniem długotrwałym (11 lat), zaś naruszenie prawa wspólnotowego od 1.05.2004 r. jest o połowę krótsze (6 lat), co winno znaleźć odzwierciedlenie w wymiarze kary odpowiednio (1) 1,25% przychodu + (2) 0,625% przychodu.

Kryteria wymienione w art. 104 Ustawy nie stanowią katalogu zamkniętego (świadczy o tym zawarty w przepisie tym zwrot „w szczególności”). Kwestię wymiaru kary należy uzależniać także od istnienia (iv) okoliczności łagodzących bądź obciążających. Umyślność działania obciąża wszystkich uczestników, ale różny był stopień zaangażowania w porozumienie. Prezes UOKiK zauważył tę różnicę, ale nie znalazła ona przełożenia na wymiar kary. Biernymi uczestnikami porozumienia byli Cementownia (...) SA, Cementownia (...) SA, (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o., co uprawnia Sąd do przyjęcia wymiaru kary na poziomie (...) przychodu.

W ocenie Sądu adekwatny wymiar kary do stopnia naruszenia przepisów ustawy dla Cementowni (...) SA, Cementowni (...) SA, (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o. stanowi(...) przychodu (...)

Aktywne uczestnictwo w porozumieniu (...)SA wyznacza jej wymiar kary na poziomie (...)% przychodu (...)

Zastosowanie programu łagodzenia kar wobec (...) SA stanowi przypadek użycia art. 103a ust. 2 w związku z ust. 3 Ustawy. W konsekwencji kalkulowanie kary pieniężnej wymierzanej przedsiębiorcy, który pomyślnie spełnił warunki obniżenia kary pieniężnej w ramach programu leniency przebiega analogicznie do typowych przypadków, ale w granicach nieprzekraczających 5 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Nie można zatem pominąć jako okoliczności łagodzącej współpracy z Prezesem UOKiK, bowiem nie zawiera się ona w przesłankach obniżenia kary. Algorytm wymiaru kary wynosi dla (...) SA połowę z (...)

W ocenie Sądu porównywalne sytuacje nie mogą być traktowane w odmienny sposób, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione i nie można wyodrębnić (...) Sp. z o.o. spośród pozostałych biernych uczestników porozumienia. Działania odwetowe wymierzone przeciwko spółce dotyczyły w przeszłości (...)SA i (...)SA. Podobnie jak pozostali bierni uczestnicy, (...) Sp. z o.o. nie wyłamał się ze struktury układu historycznego.

Mając powyższe na uwadze Sąd uznał, że zaskarżona decyzja znajduje oparcie w przepisach prawa, a ustalone okoliczności niniejszej sprawy w pełni uzasadniają zmianę wysokości nałożonej kary pieniężnej.

Do niezbędnych kosztów procesu poniesionych przez Prezesa UOKiK zaliczono wynagrodzenie radcy prawnego należne stosownie do § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. tj. 2013r., poz. 490) powiększone o czterokrotność stawki minimalnej. Koszty procesu odwołujących (...)SA, (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o., (...)SA i (...)SA obejmowały opłatę sądową (1 000,00 zł) i wynagrodzenie radcy prawnego należne stosownie do § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. z 2013r., poz. 490) powiększone o czterokrotność stawki minimalnej. Zgodnie z powołanym rozporządzeniem wysokość opłaty warunkuje niezbędny nakład pracy pełnomocnika, charakter sprawy i wkład pracy pełnomocnika w przyczynienie się do jej wyjaśnienia i rozstrzygnięcia. Skomplikowany charakter sprawy, wkład pracy pełnomocników (ilość rozpraw, pism procesowych, argumentacja prawa) motywują za podwyższeniem stawki.

Sąd uznając (...) SA, (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o., (...)SA i (...)SA za przegrywających sprawę w 6/7, a Prezesa UOKiK w 1/7 zasądził stosownie do art. 100 k.p.c. na rzecz Prezesa UOKiK kwotę 886,70 zł od każdego z odwołujących.

Uznając odwołującego (...) SA za wygrywającego sprawę w całości stosownie do przepisu art. 98 k.p.c. związku z art. 98 § 3 k.p.c. w związku z art. 99 k.p.c. zaliczono do niezbędnych kosztów procesu poniesionych przez odwołującego opłatę sądową (1 000,00 zł) i wynagrodzenie radcy prawnego należne stosownie do § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. 2013, poz. 490) w wysokości dwukrotności stawki minimalnej, bowiem odwołanie (...) SA akcentowało nieprawidłowy wymiar kar. Nakład pracy pełnomocników był relatywnie mniejszy.

SSO Jolanta de Heij - Kaplińska