

*Sygn. akt XVII AmA 8/10*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 października 2011r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Bogdan Gierzyński

Protokolant: asystent sędziego Adam Zaborski

po rozpoznaniu w dniu 3 października 2011r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania (...) B.V. z siedzibą w A., (...)

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania (...) B.V. z siedzibą w A., (...) od Decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 sierpnia 2009 roku Nr (...)

1. **Oddala odwołanie.**

2. **Zasądza od (...) B.V. z siedzibą w A., (...) na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.**

/-/ SSO Bogdan Gierzyński

*Sygn. akt XVII AmA 8/10*

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 28 sierpnia 2009 roku Nr (...) pozwany - Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 107 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, póź. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania wszczętego z urzędu nałożył na powoda - (...) B.V. z siedzibą w A., (...), karę pieniężną płatną do budżetu państwa w wysokości 542 412 zł, co stanowi równowartość 130 000 euro, tj. 5 000 euro za każdy z 26 dni zwłoki, licząc od dnia 1 stycznia 2009 roku do dnia 26 stycznia 2009 roku, w wykonaniu decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 czerwca 2007 roku Nr (...) (...) w sprawie koncentracji, polegającej na przejęciu przez (...) B.V. z siedzibą w A., (...), kontroli nad (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. (sygn. akt (...)).

Od powyższej Decyzji powód złożył odwołanie zaskarżając ją w całości.

Zaskarżonej Decyzji powód zarzucił:

1. naruszenie art. 107 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez nałożenie na Powoda kary pieniężnej za zwłokę w wykonaniu decyzji Nr (...) w sytuacji, w której powód wykonał tę decyzję w całości przed upływem

wyznaczonego w niej terminu, tj. do dnia 31 grudnia 2008 roku, a w rezultacie nie pozostawał w zwłóce w wykonaniu tej decyzji;

2. naruszenie art. 2 i art. 42 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 roku, poprzez błędne przyjęcie, że nałożenie na podstawie art. 107 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kary administracyjnej za zwłokę w wykonaniu decyzji Nr (...) nie wymaga udowodnienia subiektywnego elementu zawinięcia powoda i nałożenie na powoda kary pomimo iż nie można mu przypisać żadnego stopnia winy w braku zbycia przed 31 grudnia 2008 roku nieruchomości, na których zlokalizowane były sklepy (...) (uprzednio (...)) w G. przy ul. (...) ( (...)) oraz (...) (uprzednio (...)) w J. przy ul. (...) ( (...)), a w rezultacie powód nie może ponosić odpowiedzialności karno--administracyjnej;

3. naruszenie art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wszczęcie i prowadzenie postępowania antymonopolowego sygn. akt (...) w sprawie nałożenia kary pieniężnej na Powoda oraz wydanie Decyzji nakładającej karę pieniężną na powoda pomimo braku istnienia jakiegokolwiek interesu publicznego przemawiającego za wszczęciem i prowadzeniem przedmiotowego postępowania oraz wydaniem Decyzji;

4. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. obowiązku wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego, poprzez:

a) błędne ustalenie, że ujawnienie przez Pozwanego do wiadomości publicznej, w tym potencjalnym kontrahentom powoda, treści i terminu na wykonanie warunku określonego w decyzji Nr (...) nie miało wpływu na możliwość terminowej realizacji tego warunku przez powoda, podczas gdy było ono jednym z głównych czynników wpływających na możliwość wyzbycia się praw do sklepów (...) i (...) oraz zbycia nieruchomości, na których sklepy te były prowadzone;

b) błędne ustalenie, że konkurenci powoda wystąpili pierwsi z ofertą zakupu sklepów (...) i (...), podczas gdy ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że z inicjatywą taką występował powód;

c) błędne ustalenie, że ceny proponowane przez powoda w początkowym okresie negocjacji w sprawie wyzbycia praw do sklepów (...) i (...) były cenami wygórowanymi, w szczególności poprzez odniesienie tych cen do zaniżonych cen proponowanych w tym okresie przez potencjalnych kontrahentów powoda, a także cen, jakie zostały ostatecznie zapłacone w zmienionych warunkach gospodarczych, podczas gdy ceny te w momencie ich zaproponowania przez powoda odpowiadały wartości sklepów (...) i (...);

d) błędne ustalenie w oparciu o własne i niczym niepotwierdzone „rozeznanie” pozwanego, że oznaki kryzysu gospodarczego pojawiły się w Polsce dopiero w okresie około roku po wydaniu decyzji Nr (...) a powód mógł przewidzieć jego pojawienie się, w rezultacie czego kryzys ten nie miał wpływu na możliwość terminowego wykonania warunku Decyzji przez powoda, podczas gdy faktem powszechnie znanym jest, że w branży, w której działa powód, oznaki kryzysu odczuwalne były już znacznie wcześniej, tj. w drugiej połowie 2007 r., a sam kryzys był nieprzewidywalny;

e) błędne ustalenie, że otwarcie konkurencyjnych placówek handlowych na rynkach właściwych, na których działały sklepy (...) i (...), dopiero po upływie roku od wydania decyzji nie spowodowało spadku atrakcyjności sklepów (...) i (...) z punktu widzenia potencjalnych nabywców tych sklepów, a w rezultacie nie miało wpływu na możliwość terminowego wykonania warunku decyzji Nr (...) przez Powoda, podczas gdy już same plany otwarcia tych placówek istniejące w chwili wydania decyzji Nr (...) decydowały o istnieniu silnej konkurencji na rynkach właściwych, co spowodowało spadek atrakcyjności tych sklepów;

f) błędne ustalenie, że w okolicznościach sprawy zasadnym było podjęcie przez powoda działań zmierzających do zbycia nieruchomości, na których zlokalizowane były sklepy (...) i (...) innych niż indywidualny tryb zapraszania potencjalnych kontrahentów (np. przetargu publicznego), podczas gdy w rzeczywistości podjęcie takich działań było obiektywnie nieuzasadnione;

w rezultacie czego rozstrzygnięcie Decyzji zostało oparte na ustaleniach pozwanego nieodpowiadających rzeczywistemu stanowi faktycznemu sprawy;

5. naruszenie art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez:

a) błędne przyjęcie, że podpisanie przez powoda w styczniu 2009 roku umów przenoszących prawa do nieruchomości, na których znajdowały się uprzednio sklepy (...) i (...), wskazuje na fakt, że nie była możliwa wcześniejsza realizacja warunku Decyzji polegająca na „wyzbyciu się praw do sklepów (...) i (...) w grudniu 2008 roku, podczas gdy wyzbycie się praw do sklepów jest działaniem całkowicie niezależnym od zbycia nieruchomości, na których sklepy są zlokalizowane;

b) błędne przyjęcie, że całkowite zaprzestanie działalności handlowej w sklepach (...) i (...) oraz ich likwidacja nie dawały możliwości przywrócenia stanu efektywnej konkurencji na rynku właściwym i nie były rozwiązaniem pro konsumenckim, podczas gdy działania te w rzeczywistości doprowadziły do obniżenia udziału rynkowego Powoda na rynkach właściwych skutkującym przywróceniem na nich stanu efektywnej konkurencji;

c) błędne przyjęcie, że niewystąpienie przez powoda do czasu wydania Decyzji z roszczeniami odszkodowawczymi przeciwko jego kontrahentom, z którymi prowadził negocjacje w sprawie wyzbycia praw do sklepów (...) i (...), wskazuje na fakt, że kontrahenci ci nie prowadzili negocjacji w złej wierze;

d) błędne przyjęcie, że sklepy (...) i (...) cieszyły się dużym zainteresowaniem ze strony potencjalnych kontrahentów powoda, co miałyby wynikać z rzekomej inicjatywy tych kontrahentów w prowadzeniu negocjacji z Powodem, wysiania ofert przez Powoda tylko do niektórych potencjalnych kontrahentów i ograniczenia przez Powoda kręgu potencjalnych nabywców sklepu (...);

w rezultacie czego rozstrzygnięcie Decyzji zostało oparte na ustaleniach pozwanego nieodpowiadających rzeczywistemu stanowi faktycznemu sprawy;

6. naruszenie art. 107 w zw. z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez uwzględnienie potencjału ekonomicznego Powoda jako czynnika wpływającego na zwiększenie wysokości nałożonej kary, co doprowadziło do nałożenia na Powoda kary pieniężnej w znacznie zawyżonej wysokości.

Wskazując na powyższe zarzuty powód wniósł o:

1. Zmianę Decyzji w całości poprzez umorzenie postępowania administracyjnego z uwagi na brak podstaw do nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 107 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;

ewentualnie w przypadku niepodzielenia argumentacji powoda, co do formalnego wykonania Decyzji

2. zmianę Decyzji w części dotyczącej wysokości kary poprzez obniżenie wysokości kary pieniężnej do symbolicznej wysokości 108,48 zł, co stanowi równowartość 26 euro, tj. 1 euro za każdy z 26 dni zwłoki, licząc od dnia 1 stycznia 2009 roku do dnia 26 stycznia 2009 roku, albowiem w sensie rzeczywistym Decyzja została wykonana;

albo - alternatywnie w stosunku do wniosków w pkt 1 i 2 powyżej

3. uchylenie Decyzji w całości oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Prezesowi UOKiK;

a w każdym przypadku

4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w kolejnych punktach uzasadnienia niniejszego odwołania, na okoliczności w nich wymienione;

5. rozpoznanie sprawy na rozprawie;

6. przeprowadzenie rozprawy również pod nieobecność Powoda;

7. zasądzenie na rzecz powoda od pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz od powoda kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

**Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:**

Powód – (...) B.V. należy do grupy kapitałowej, na czele której stoi (...) S.A. z siedzibą w P., (...). Działalność grupy (...) w Polsce prowadzona jest poprzez następujące spółki zależne: (...) Sp. z o. o., (...) Sp. z o. o. oraz (...) Sp. z o. o.

Powód za pośrednictwem (...) Sp. z o.o. prowadzi w Polsce działalność w zakresie sprzedaży detalicznej artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku i realizuje ją w obiektach wielkopowierzchniowych, tj. hiper i supermarketach. Hipermarkety, supermarkety i sklepy dyskontowe stanowią tzw. nowoczesny kanał dystrybucji. W dniu zgłoszenia zamiaru koncentracji powód posiadał w Polsce 42 hipermarkety oraz 83 supermarkety pod szyldami (...), (...), (...) i G., natomiast (...) prowadził 183 supermarkety pod znakiem (...).

Decyzją z dnia 28 czerwca 2007 roku nr (...) pozwany - Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wyraził zgodę na przejęcie przez powoda kontroli nad (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K., pod warunkiem wyzbycia się przez powoda wszelkich praw, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu, do następujących sklepów:

1. (...) w G. przy ul. (...),
2. (...) w J. przy ul. (...),
3. (...) w C. przy ul. (...),
1. (...) w C. przy ul. (...),
2. (...) w P. przy ul. (...),
3. (...) w K. przy ul. (...),
4. (...) w S. przy al. (...),
5. (...) w Z. przy ul. (...),
6. (...) w Z. przy ul. (...),

w terminie do dnia 31 grudnia 2008 roku. Wyzbycie się powyższych praw miało nastąpić wyłącznie na rzecz niezależnego inwestora nie pozostającego z powodem, ani też z żadną ze spółek z grupy (...) w relacji dominacji lub zależności w rozumieniu art. 4 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Pismem z dnia 25 listopada 2008 roku powód wniósł o zmianę z urzędu treści w/w decyzji poprzez ustalenie terminu do wyzbycia się wszelkich praw do sklepów w G., P. i Z. na dzień 31 grudnia 2009 roku, a do sklepów w C. oraz w K. i S. - na dzień 30 czerwca 2009 roku. W odniesieniu zaś do sklepu w J. powód wniósł o zmianę warunku na „faktyczne zaprzestanie prowadzenia działalności handlowej w sklepie (...)” w terminie do dnia 31 grudnia 2008 roku lub ewentualnie „ustalenie terminu do wyzbycia się wszelkich praw (...)” do dnia 31 grudnia 2009 roku. Wniósł także o zmianę odpowiednio terminu do informowania pozwanego o wykonaniu warunku. Prezes UOKiK nie znalazł jednak podstaw do zmiany przedmiotowej decyzji, o czym poinformował stronę pismem z dnia 1 grudnia 2008 roku.

Pismem z dnia 16 grudnia 2008 roku powód wniósł o wykreślenie warunku wyzbycia się wszelkich praw do sklepu w G. bądź jego zmianę na warunek „faktycznego zaprzestania działalności handlowej (...)” w terminie do dnia 31 grudnia 2008 roku lub zmianę terminu wyzbycia się wszelkich praw do tego sklepu w terminie do dnia 31 grudnia 2009 roku wraz ze zmianą informowania o realizacji warunku na termin 31 stycznia 2010 roku. Natomiast pismem z dnia 17 grudnia 2008 roku powód wniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją (...) i wydanie decyzji zmieniającej tę decyzję w odniesieniu do sklepów w Z. i w J. odpowiednio w zakresie terminu wyzbycia się wszelkich praw oraz zmiany treści warunku wraz ze zmianą terminu złożenia informacji o wykonaniu warunku.

Pismem z dnia 16 stycznia 2009 roku pozwany podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 1 grudnia 2008 roku o braku podstaw zarówno do zmiany decyzji, jak i ponownego rozpatrzenia tej sprawy.

Pismem z dnia 30 stycznia 2009 roku powód powiadomił pozwanego o wykonaniu w/w decyzji. Z materiału dowodowego wynika, że w odniesieniu do 7 sklepów warunek został wykonany przed dniem 31 grudnia 2008 roku, natomiast w odniesieniu do 2 sklepów, tj. (...) w G. oraz (...) w J., wykonanie warunku nastąpiło po tej dacie. W przypadku sklepu w G. ostateczna umowa sprzedaży została podpisana w dniu 22 stycznia 2009 roku. Nieruchomość, na której znajdował się sklep (...) została zbyta na rzecz niezależnego inwestora finansowego (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.. Natomiast nieruchomość, na której znajdował się sklep (...) w J. została zbyta w dniu 26 stycznia 2009 roku na rzecz R. i E. Ś. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą (...).

W przypadku sklepu w J. w dniu 26 stycznia 2009 roku. Okoliczność ta była podstawą wszczęcia postępowania antymonopolowego w sprawie nałożenia na powoda kary pieniężnej z tytułu zwłoki w wykonaniu decyzji z dnia 28 czerwca 2007 roku Nr (...), zakończonego wydaniem zaskarżonej Decyzji z dnia 28 sierpnia 2009 roku Nr (...).

***W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:***

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Decyzją z dnia 28 czerwca 2007 r. Nr (...) Prezes UOKiK wyraził zgodę na dokonanie koncentracji, polegającej na przejęciu przez (...) B.V. z siedzibą w A. kontroli nad (...) Sp. z o.o. w K. pod warunkiem wyzbycia się przez (...) B.V. do 31 grudnia 2008 r. wszelkich praw, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu do następujących sklepów:

1. (...) w G. przy (...)
2. (...) w J. przy ul. (...)
3. (...) w C. przy ul. (...)
4. (...) w C. przy ul. (...)
5. (...) w P. przy ul. (...)
6. (...) w K. przy ul. (...)
7. (...) w S. przy Al. (...)
8. (...) w Z. przy ul. (...)
9. (...) w Z. przy ul. (...).

Bezspornym jest, że Decyzja z dnia 28 czerwca 2007 r. Nr (...) r. nie była skarżona przez powoda i stała się prawomocna. Oznacza to, że powód nie kwestionował zasadności i celowości nałożonych warunków zgody na koncentrację ani też terminu realizacji warunku.

Podkreślić przy tym należy, że decyzje Prezesa UOKiK o których mowa w art.18-20 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331) mają charakter kontroli ex ante. Zgłoszeniu podlega bowiem zamiar koncentracji, a zatem poprzedza ona czynność cywilnoprawną, której skutkiem jest koncentracja.

W kontekście powyższego, należy uznać, że zarzut naruszenia art. 107 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest chybiony. Nie ma bowiem podstaw do uznania, że warunki nie były jasne i zrozumiałe. W ocenie Sądu nie ma wątpliwości, że spełnieniem warunków było wyzbycie się przez powoda wszelkich praw, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu do wymienionych enumeratywnie sklepów. Prezes UOKiK określił dokładnie o jakie prawa w szczególności chodzi. Nie budzi też wątpliwości, że chodziło o wyzbycie się praw związanych z tymi sklepami jako zorganizowanymi przedsiębiorstwami. Wywody powoda, że warunek ten dotyczył wszystkich działań „których ostatecznym skutkiem było nieistnienie sklepu”, nie zasługują na uwzględnienie. Sformułowany warunek szedł bowiem dalej niż sama likwidacja sklepu i obejmował wyzbycie się także określonych praw, a więc majątku umożliwiającego powtórne utworzenie sklepu (po jego likwidacji) w tym miejscu. Pozwany określając ten warunek wyraźnie wskazał prawa, których powód obowiązany jest się wyzbyć i były to prawa odnoszące się do korzystania z nieruchomości, a nie przedsiębiorstwa. Nie ma również wątpliwości, że powód tak właśnie rozumiał treść nałożonego obowiązku skoro pismem z dnia 16 grudnia 2008 roku powód wniósł o wykreślenie warunku wyzbycia się wszelkich praw do sklepu w G. bądź jego zmianę na warunek „faktycznego zaprzestania działalności handlowej (...)” w terminie do dnia 31 grudnia 2008 roku lub zmianę terminu wyzbycia się wszelkich praw do tego sklepu w terminie do dnia 31 grudnia 2009 roku wraz ze zmianą informowania o realizacji warunku na termin 31 stycznia 2010 roku.

Nie ma zatem podstaw do uznania, że likwidacja sklepów bez wyzbycia się wymienionych praw do nieruchomości, w których sklepy te prowadziły swoją działalność, nie stanowiła wykonania warunku określonego Decyzją z dnia 28 czerwca 2007 r. Nr (...) r.

Za chybione należy także uznać, zarzuty naruszenia art. 2 i 42 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Trybunał Konstytucyjny sformułował szereg istotnych poglądów, które nie mogą pozostać bez wpływu na rozstrzygnięcie niniejszego pytania prawnego.

Dopuszczalność stosowania kar pieniężnych, jako reakcji na naruszenie ustawowych obowiązków, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał Konstytucyjny prezentował wręcz pogląd, że o środkach represyjnych orzekać mogą nie tylko sądy karne, a to, jaki sąd orzeka w konkretnych sprawach, jest kwestią wyboru o charakterze ustrojowo-organizacyjnym, a nie materialnoprawnym. Kary pieniężne mogą być także konsekwencją wydanej decyzji administracyjnej, która może być poddana kontroli sądownictwa administracyjnego. (Wyrok TK z dnia 15 stycznia 2007 r. Sygn. akt P 19/06). Stwierdził, że nie można każdej kary pieniężnej utożsamiać z grzywną, a więc instytucją prawa karnego. Także prawo administracyjne przewiduje kary pieniężne, niemające charakteru grzywny. Trybunał przywołał konkretne regulacje z zakresu prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy. Nie podzielił przy tym poglądu, że każda kara pieniężna jest synonimem grzywny (Wyrok z 29 kwietnia 1998 r. (sygn. K. 17/97, OTK ZU nr 3/1998, poz. 30).

Trybunał Konstytucyjny początkowo wprawdzie przyjmował, że podmiot, na którego nakładane są sankcje administracyjne musi mieć możliwości obrony poprzez wykazywanie, że niedopełnienie obowiązku jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, jednakże w późniejszym orzecznictwie trybunał odstąpił od tego poglądu, przyjmując, że sam fakt naruszenia prawa stanowi postawę do zastosowania sankcji (wyrok TK z 23 kwietnia 2002 r., sygn. K-2/01, OTK-A z 2002 r., Nr 3, poz. 27). W wyroku z 29 kwietnia 1998 r., K 17/97 (OTK z 1998 r., Nr 3 poz. 30) oraz z 26 marca 2002 r. SK 2/01 (OTK-A z 2002 r., Nr 2 poz. 15) Trybunał przyjął bowiem, że obiektywna odpowiedzialność w prawie administracyjnym nie stanowi naruszenia Konstytucji.

Sąd Okręgowy, podzielając powyższe poglądy, stoi na stanowisku, że brak jest podstaw do kwestionowania konstytucyjności art. 107 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także że przepis ten narusza art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Niezależnie od powyższego, zważyć należało, że powód nie wykazał, że spełnienie warunków określonych w Decyzji z dnia 28 czerwca 2007 r. Nr (...) było niemożliwe przy zachowaniu należytej staranności, w szczególności, że wyzbycie się praw, chociażby nieodpłatne, do wymienionych w wyznaczonym terminie było niemożliwe. Należy mieć na względzie, że akceptując warunek powód musiał się liczyć z tym, że nie znajdzie kontrahenta skłonного zapłacić mu satysfakcjonującą go cenę. Musiał się zatem liczyć, że wyzbycie się określonych w warunku praw może wiązać się z uzyskaniem ceny niższej od zakładanej lub nawet z koniecznością nieodpłatnego wyzbycia się tych praw. Biorąc pod uwagę fakt, że powód miał możliwość uwzględnienia skutków finansowych związanych z realizacją warunków koncentracji przed podjęciem czynności cywilnoprawnej prowadzącej do koncentracji, miał pełne możliwości oceny skutków finansowych koncentracji, w szczególności czy będzie ona dla niego opłacalna w razie wystąpienia najmniej korzystnych dla niego zjawisk.

Podjęcie działań polegających na poszukiwaniu nabywcy praw za założoną przez siebie cenę nie spełnia kryteriów należytej staranności.

Na ocenę zachowania powoda nie mają, zdaniem Sądu, okoliczności na które się powołuje, które jego zdaniem z przyczyn niezależnych uniemożliwiły wykonanie warunku. Spadek atrakcyjności sprzedawanych nieruchomości wynikający z budowy obiektów konkurencyjnych lub też generalny spadek popytu nie są okolicznościami nieprzewidywalnymi. Budowa obiektów konkurencyjnych trwa z zasady dłuższy czas, co umożliwiło powodowi przewidzenie skutków tego faktu. Wahania koniunktury na rynkach, jak również okresowe kryzysy są zjawiskiem normalnym w gospodarce rynkowej. Wprawdzie przewidzenie czasu ich wystąpienia jest z reguły trudne, to jednak fakt, że kiedyś one wystąpią jest pewny i jako taki musi być uwzględniany w przedsięwzięciach podejmowanych przez przedsiębiorcę.

W ocenie Sądu, powód nie może także powoływać się, na okoliczność, że znajomość treści Decyzji z dnia 28 czerwca 2007 r. Nr (...) przez konkurentów utrudniała wykonanie wskazanych w niej warunków, gdyż nie występował on z wnioskiem o ograniczenie prawa wglądu w tym zakresie. Okoliczność, że Prezes UOKiK nie zrobił tego z urzędu nie ma znaczenia. Działanie „z urzędu” należy do zakresu dyskrecjonalnej władzy organu, który podejmuje takie działania według własnego uznania. Należy również mieć na względzie, że celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest ochrona interesu publicznego, co wynika wprost z art. 1 ust. 1. W interesie publicznym, jako zasada, leży jawność podejmowanych na jej podstawie środków prawnych przez organ ochrony konkurencji i konsumentów. Ograniczenia jawności dla ochrony interesów poszczególnych przedsiębiorców stanowią od tej reguły wyjątek. Jako wyjątek, muszą wynikać z konkretnych przesłanek wynikających z podstawy prawnej żądania ograniczenia jawności.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących wysokości nałożonej kary, zważyć należało, że stosownie do treści art. 111 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

Kara określona w art. 107 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jako kara za każdy dzień zwłoki, z definicji uwzględnia okres naruszenia ustawy. Zważyć przy tym należy, że wbrew twierdzeniom powoda nie ma podstaw do utożsamiania pojęcia zwłoki, użytego w tym przepisie do pojęcia zwłoki występującego w kodeksie cywilnym. Używane w aktach prawnych określenia odpowiadają zatem potocznemu ich rozumieniu, chyba że posiadają własną definicję ustawową, nadającą pojęciu w tej ustawie inne od potocznego (szersze, węższe lub odmienne) znaczenie. Definicja ustawowa dotyczy jednak wyłącznie ustawy na potrzeby której została stworzona. W przypadku ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pojęcie zwłoki odpowiada znaczeniu potocznemu i oznacza opóźnienie wykonania czegoś, niewykonanie w terminie oznaczonym przez umowę lub ustawę pewnej czynności, do której się jest prawnie zobowiązanym.

Sąd podziela stanowisko pozwanego, że do okoliczności naruszenia przepisów ustawy należy także potencjał karanego przedsiębiorcy. Kara jako forma represji za naruszenie prawa musi być dolegliwością dla podmiotu dopuszczającego się takiego naruszenia. W przypadku kary pieniężnej, jej dolegliwość wynika z relacji jej wysokości do posiadanego potencjału ekonomicznego, a zwłaszcza osiągniętych zysków. Odczuwalność kary, determinująca jej skuteczność, ma zatem z istoty rzeczy charakter subiektywny i w żadnym przypadku nie może być postrzegana jako przejaw dyskryminacji ze względu na rozmiar prowadzonej działalności gospodarczej.

Z tych względów odwołanie należało oddalić wobec braku podstaw do jego uwzględnienia (art.479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c.).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu, zasądając na rzecz pozwanego koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych (art.98 k.p.c.)

/-/ SSO Bogdan Gierzyński