

Sygn. akt VI ACa 1428/11

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 maja 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Śniegocka

Sędzia SA – Ryszard Sarnowicz

Sędzia SA – Irena Piotrowska (spr.)

Protokolant: – sekr. sądowy Ewelina Murawska

po rozpoznaniu w dniu 17 maja 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) z siedzibą w A., Holandia

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 3 października 2011 r.

sygn. akt XVII AmA 8/10

I oddala apelację,

II zasądza od (...) z siedzibą w A., Holandia na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1428/11

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 28 sierpnia 2009 roku Nr (...) pozwany - Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej Prezes Urzędu) 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 -(...) z siedzibą w A., Holandia, 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 z dnia 28 czerwca 2007 roku Nr (...) w sprawie koncentracji, polegającej na przejęciu przez (...) z siedzibą w A., Holandia, kontroli nad (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. (sygn. akt (...)).

Od powyższej decyzji powód złożył odwołanie zaskarżając ją w całości i zarzucił naruszenie art.1 i art.107 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, art. 2 i art. 42 Konstytucji R.P. oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw

Człowieka i Podstawowych Wolności, art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, art. 107 w zw. z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wskazując na powyższe zarzuty powód wniósł o 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 o 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, albo o uchylenie Decyzji w całości oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Prezesowi Urzędu

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

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie i orzekł w przedmiocie kosztów procesu.

W motywach tego rozstrzygnięcia wskazano na następujące ustalenia faktyczne i ocenę prawną.

Powód - (...) należy do grupy kapitałowej, na czele której stoi (...) S.A. z siedzibą w P., Francja. 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 (...), 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. (...). (...) w J. przy ul. (...). (...) w C. przy ul. (...). (...) w C. przy ul. (...)Od, 5. (...) w P. przy ul. (...). (...) w K. przy ul. (...)la, 7. (...) w S. przy al. (...), 8. (...) w Z. przy ul. (...). (...) 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 powyższej decyzji poprzez ustalenie terminu do wyzbycia się wszelkich praw do sklepów w G., P. i Z. na dzień 31 grudnia 2009 roku, - na dzień 30 czerwca 2009r. W odniesieniu do sklepu w J. powód wniósł o zmianę warunku na „faktyczne zaprzestanie prowadzenia działalności handlowej w sklepie (...)” w terminie do dnia 31 grudnia 2008r. lub ewentualnie „ustalenie terminu do wyzbycia się wszelkich praw (...)” do dnia 31 grudnia 2009r.

Prezes Urzędu nie znalazł podstaw do zmiany przedmiotowej decyzji.

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 decyzji. 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. (2) prowadzących działalność gospodarczą pod firmą (...) Ś. R.. 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 ocenie Sądu Okręgowego - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazano, że decyzją z dnia 28 czerwca 2007 r. Nr (...) Prezes Urzędu wyraził zgodę na dokonanie koncentracji, polegającej na przejęciu przez (...) z siedzibą w A. kontroli nad (...) Sp. z o.o. w K. pod warunkiem wyzbycia się przez (...) do 31 grudnia 2008 r. wszelkich praw, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu do wskazanych w tej decyzji 9 sklepów.

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

Zdaniem Sądu pierwszej instancji zarzut naruszenia art. 107 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest chybiony bowiem brak podstaw do uznania, że warunki nie były jasne i zrozumiałe. W ocenie tego 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. Warunek szedł 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. Podkreślono, że 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. Wskazano, że powód tak właśnie rozumiał treść nałożonego obowiązku bowiem pismem z dnia 16 grudnia 2008 roku 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 r.

Uznano, 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.

Nie uwzględniono także zarzutów naruszenia art. 2 i 42 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Odwołując się do dorobku Trybunału Konstytucyjnego podniesiono, że dopuszczalność stosowania kar pieniężnych, jako reakcji na naruszenie ustawowych obowiązków, nie budzi wątpliwości. 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). Podkreślono, że nie można każdej kary pieniężnej utożsamiać z grzywną, a więc instytucją prawa karnego. Także prawo administracyjne przewiduje kary pieniężne, niemające charakteru grzywny, zaś obiektywna odpowiedzialność w prawie administracyjnym nie stanowi

naruszenia Konstytucji.. (wyrok TK z 29 kwietnia 1998 r. sygn. K. 17/97 oraz wyrok TK z 26 marca 2002 r. SK 2/01 (OTK-A z 2002 r., Nr 2 poz. 15)

Sąd Okręgowy przyjął , że brak jest podstaw do kwestionowania konstytucyjności art. 107 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a nadto przepis ten nie narusza art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Dodatkowo zważono , że powód nie wykazał, iż 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. Podniesiono , że akceptując warunek powód musiał się liczyć z tym, że nie znajdzie kontrahenta skłonnego zapłacić 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. Wskazano , 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 wystąpienie najmniej korzystnych dla niego zjawisk.

Sąd Okręgowy- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał , że podjęcie działań polegających na poszukiwaniu nabywcy praw za założoną przez siebie cenę nie spełnia kryteriów należytej staranności.

Podniesiono , że 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 umożliwiało 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 pierwszej instancji fakt, że znajomość treści Decyzji z dnia 28 czerwca 2007 r. Nr (...) przez konkurentów utrudniała wykonanie wskazanych w niej warunków obciąża powoda , gdyż nie występował on z wnioskiem o ograniczenie prawa wglądu w tym zakresie. Okoliczność, że Prezes Urzędu nie zrobił tego z urzędu nie ma znaczenia. Podkreślono, że celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest ochrona interesu publicznego, co wynika wprost z art. 1 ust. 1. W interesie publicznym 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 i dlatego muszą wynikać z konkretnych przesłanek wynikających z podstawy prawnej żądania ograniczenia jawności.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących wysokości nałożonej kary, podniesiono , że kara określona w art. 107 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jako kara za każdy dzień zwłoki, z definicji uwzględnia okres naruszenia ustawy. Uznano , że nie ma podstaw do utożsamiania pojęcia zwłoki, użytego w tym przepisie do pojęcia zwłoki występującego w kodeksie cywilnym. Sąd pierwszej instancji wskazał , że używane w aktach prawnych określenia odpowiadają 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. Podniesiono , że 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 zobowiązany. Podkreślono , że 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.

Jako podstawę rozstrzygnięcia powołano art.479^{31a}§ 1 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniósł powód zaskarżając go w całości i podnosząc następujące zarzuty :

1. naruszenie prawa materialnego a to:

a. art. 2 i art. 42 Konstytucji RP oraz art. 6 ust.1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r. w związku z art. 107 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów(dalej ustawy) poprzez błędne przyjęcie, że kary nakładane na podstawie art. 107 ustawy nie mają charakteru quasi-karnego, a zatem że ich nałożenie nie wymaga dowiedzenia przez organ nakładający karę winy podmiotu obarczonego karą, co skutkowało błędnym przyjęciem przez Sąd, że decyzja jest prawidłowa,

b. art. 107 ustawy w zw. z §10 Załącznika do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” („ZTP”) poprzez jego nieprawidłową i sprzeczną z zasadami techniki prawodawczej oraz orzecznictwem samego Sądu i pozwanego interpretację, skutkującą uznaniem, że zwłoka zdefiniowana w tym przepisie nie powinna być interpretowana zgodnie z zasadami prawa cywilnego jako opóźnienie zawinione, lecz jako niekwalifikowane opóźnienie,

c. art. 107 i 111 ustawy poprzez ich dowolną interpretację i uznanie, że wysokość kary nałożonej w decyzji na powoda powinna zależeć od potencjału ekonomicznego grupy kapitałowej powoda, a w konsekwencji uznanie za prawidłowe nałożenia na powoda kary w wysokości równej 50% maksymalnego wymiaru oraz poprzez odniesienie wysokości kary do przychodów grupy kapitałowej powoda, podczas gdy ustawa przyjmuje zasadę odpowiedzialności indywidualnej poszczególnych przedsiębiorców a nadto poprzez brak uwzględnienia w stosowanym wymiarze kary, że okres opóźnienia w wykonaniu decyzji warunkowej wynosił zaledwie 26 dni,

d. art. 1 ust. 1 ustawy poprzez nieuwzględnienie przy ocenie decyzji, że organ ją wydający wszczął i prowadził postępowanie w sprawie nałożenia na powoda kary pieniężnej i tę karę decyzją nałożył, mimo braku istnienia jakiegokolwiek interesu publicznego przemawiającego za wszczęciem i prowadzeniem postępowania i wydaniem decyzji,

2. naruszenia prawa procesowego, mające wpływ na treść wyroku, a to :

a.art.233 §1 k.p.c. poprzez sprzeczną z ogólnymi zasadami prawa administracyjnego oraz doświadczenia życiowego wykładnię Decyzji Warunkowej poprzez przyjęcie, że powód dobrowolnie zaakceptował warunki nałożone na niego tą decyzją administracyjną oraz , że warunki zawarte w decyzji warunkowej były jasne i zrozumiałe i że warunki te obejmowały wyzbycie się także majątku umożliwiającego powtórne utworzenie sklepu (po jego likwidacji) w tym miejscu,

b.art.328 §2 k.p.c. poprzez brak wskazania w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek dowodu, na jakim oparł się Sąd przy wyrokowaniu, co uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу Sądu, który doprowadził do wydania orzeczenia i tym samym jego kontrolę instancyjną.

Wskazując na powyższe zarzuty powód wnosil o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i zmianę decyzji poprzez umorzenie postępowania administracyjnego z uwagi na brak podstaw do nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 107 ustawy, względnie o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i zmianę zaskarżonej Decyzji w części dotyczącej kary pieniężnej do symbolicznej wysokości 108,48 zł, co stanowi równowartość 26 euro, to jest 1 euro za każdy z 26 dni zwłoki licząc od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 26 stycznia 2009 r., względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji, oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego i postępowania w pierwszej instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył , co następuje.

Apelacja nie jest zasadna i dlatego nie mogła odnieść skutku.

Sąd Apelacyjny zwraca uwagę, że odpowiedzialność z tytułu naruszenia obowiązków wynikających z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma charakter odpowiedzialności obiektywnej w tym sensie, że stwierdzenie zawinonego charakteru przedmiotowego naruszenia nie jest konieczną przesłanką stwierdzenia naruszenia jej przepisów. Rozważania w przedmiocie winy przedsiębiorcy są zatem zbędne z punktu widzenia możliwości zastosowania przepisów prawa materialnego. Element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy, określany mianem "winy" jest okolicznością braną pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary.

Apelujący zarzuca naruszenie art. 2 i art. 42 Konstytucji RP oraz art. 6 ust.1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r. w związku z art. 107 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegające na błędnym przyjęciu przez Sąd pierwszej instancji, że kary nakładane na podstawie art. 107 ustawy nie mają charakteru quasi-karnego, a zatem że ich nałożenie nie wymaga dowiedzenia przez organ nakładający karę winy podmiotu obarczonego karą, co skutkowało błędnym przyjęciem przez Sąd, że zaskarżona decyzja jest prawidłowa.

Odnosząc się do powyższego zarzutu należy wyjaśnić, że jak stwierdzono w uzasadnieniu wyroków Sądu Najwyższego z 14 kwietnia 2010 r., sygn. akt III SK 1/2010 oraz z 1 dnia czerwca 2010 r., sygn. akt III SK 5/2010, w sprawach z odwołania od decyzji nakładającej karę pieniężną na przedsiębiorcę obowiązuje wyższy standard ochrony praw przedsiębiorcy ze względu na konieczność zapewnienia skuteczności w polskim porządku prawnym przepisom Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, w zakresie w jakim Europejski Trybunał Praw Człowieka przyjmuje, że gdy dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacji w tym zakresie, powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej. Warto jednak podkreślić, że zgodnie z utrwalonymi zapatrywaniami Sądu Najwyższego, odpowiedzialność z tytułu naruszenia obowiązków wynikających z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma charakter odpowiedzialności obiektywnej w tym sensie, że stwierdzenie zawinonego charakteru przedmiotowego naruszenia nie jest konieczną przesłanką stwierdzenia naruszenia jej przepisów (por. wyroki SN z dnia 25 kwietnia 2007 r., sygn. akt III SK 1/07, oraz z dnia 4 listopada 2010 r., sygn. akt III SK 21/10). Sąd Apelacyjny zapatrywania te w pełni podziela. Rozważania w przedmiocie winy przedsiębiorcy są zatem zbędne z punktu widzenia możliwości zastosowania przepisów prawa materialnego. Element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy, określany w doktrynie i orzecznictwie, a także w apelacji powoda mianem "winy" jest okolicznością braną pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary. Wbrew twierdzeniom strony skarżącej Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów poczynił prawidłowe rozważania w zakresie materialnej podstawy nałożenia kary pieniężnej i Sąd Apelacyjny aprobuje je w całości.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie jest zasadne stanowisko strony skarżącej w przedmiocie nieprawidłowej interpretacji przez Sąd pierwszej instancji treści art.107 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a w szczególności zdefiniowanego w tym przepisie pojęcia „zwłoki w wykonaniu decyzji”. Należy zaznaczyć, że zgodnie z brzmieniem §8 ust.1 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”(Dz. U Nr 100 poz. 908 ze zm.) w ustawie należy posługiwać się poprawnymi wyrażeniami językowymi (określeniami) w ich podstawowym i powszechnie przyjętym znaczeniu. Oznacza to, że zasadą jest interpretacja językowa zgodna z podstawowym i powszechnym znaczeniem wyrażen językowych. Podnoszona w apelacji okoliczność, że zgodnie z §10 tegoż załącznika zwłoka zdefiniowana w art.107 ustawy powinna być interpretowana zgodnie z zasadami prawa cywilnego jako opóźnienie zawinione nie znajduje uzasadnienia. Zgodnie z brzmieniem §10 cytowanego załącznika do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. Warto jednak zwrócić uwagę na treść §9 załącznika, która stanowi, że w ustawie należy posługiwać się określeniami, które zostały użyte w ustawie podstawowej dla danej dziedziny spraw. Ustawą podstawową w tym rozumieniu jest ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, która w art.4 zawiera tzw. słowniczek ustawowy, czyli podaje znaczenie używanych w ustawie wyrażen, które to znaczenie jest odmienne od powszechnie rozumianego. W powołanym art.4 nie wymieniono wyrażenia „zwłoka w wykonaniu decyzji” co oznacza, że wyrażenie to powinno być rozumiane zgodnie z jego podstawowym i powszechnym znaczeniem w języku polskim.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego zarzuty naruszenia art.107 i art. 111 ustawy poprzez uznanie za prawidłowe nałożenia na powoda kary w wysokości równej 50% maksymalnego wymiaru oraz poprzez odniesienie wysokości kary do przychodów grupy kapitałowej powoda, podczas gdy ustawa przyjmuje zasadę odpowiedzialności indywidualnej poszczególnych przedsiębiorców a nadto poprzez brak uwzględnienia w stosowanym wymiarze kary, że okres opóźnienia w wykonaniu decyzji warunkowej wynosił zaledwie 26 dni, nie są trafne Sąd rozpoznający sprawę z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nakładającej karę pieniężną dopiero na etapie oceny czy wysokość nałożonej kary jest adekwatna winien rozstrzygnąć, w oparciu o ustalone w sprawie okoliczności faktyczne, czy naruszenie przepisów ustawy było "zawinione", to jest czy przedsiębiorca miał świadomość, że swoim zachowaniem dopuścił się zwłoki w wykonaniu decyzji Prezesa Urzędu w sprawie koncentracji lub czy jako profesjonalny uczestnik obrotu mógł (powinien był) taką świadomość mieć (por. wyrok SN z dnia 21 kwietnia 2011 r. III SK 45/10). Przede wszystkim należy podkreślić, wbrew twierdzeniom skarżących, że przy ustaleniu wysokości nałożonej kary pieniężnej, zgodnie z dyspozycją art.111 ustawy uwzględniono okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów, a także brak uprzedniego naruszenia przepisów ustawy.

Zasadnie podniósł Sąd pierwszej instancji, że powód nie wykazał aby spełnienie warunków określonych w decyzji z dnia 28 czerwca 2007r. było niemożliwe przy zachowaniu należytej staranności. Akceptując nałożony warunek należało się liczyć z ryzykiem uzyskania ceny niższej od oczekiwanej. Z uwagi na to, że kara określona w art.107 ustawy jest karą za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji Prezesa okres naruszenia przepisów ustawy jest równoznaczny z okresem zwłoki, a zatem w niniejszej sprawie wynosił 26 dni. Należy przychylić się do stanowiska prezentowanego przez Sąd pierwszej instancji, że kara pieniężna nakładana na przedsiębiorcę nie powinna być karą symboliczną ale stanowić pewną dolegliwość dla podmiotu dopuszczającego się naruszenia prawa. Odczuwalność kary stanowi o jej skuteczności. Zasadnie zatem uznano, że potencjał ekonomiczny powoda, który w dniu zgłoszenia zamiaru koncentracji posiadał w Polsce 42 hipermarkety oraz 83 supermarkety oraz osiągane zyski - dochody netto ze sprzedaży grupy (...) w Polsce w 2008r. wyniosły ponad 2 mld euro uzasadniały nałożenie kary pieniężnej w wysokości stanowiącej równowartość 5000 euro za każdy dzień zwłoki. Wysokość nałożonej kary stanowi połowę przewidzianej ustawą maksymalnej kary w wysokości do 10 000 euro za każdy dzień zwłoki. Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonej decyzji przy wymiarze kary uwzględniono fakt, że powód ostatecznie wykonał decyzję z 2007r., zwłoka w wykonaniu decyzji Prezesa Urzędu dotyczyła jedynie części tej decyzji oraz fakt, że (...) nie był wcześniej karany za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej. Podane w apelacji przykłady bardzo niskich kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa Urzędu w innych sprawach (k.195 - 196 akt) nie mają bezpośredniego znaczenia w tej sprawie bowiem dotyczą przedsiębiorców działających w nieporównanie mniejszej skali ((...) Sp. z o.o. w K., Gmina L., (...), (...)) Sp. z o.o. w K.), choć można zauważyć, że w przypadku podmiotu działającego w branży budowlanej (...) S.A. w siedzibą w Z. nałożona kara pieniężna stanowiła ponad 10% maksymalnego możliwego wymiaru kary.

Także zawarty w apelacji zarzut naruszenia art. 1 ust. 1 ustawy poprzez nieuwzględnienie przy ocenie decyzji, że organ ją wydający wszczął i prowadził postępowanie w sprawie nałożenia na powoda kary pieniężnej, mimo braku istnienia jakiegokolwiek interesu publicznego nie jest zasadny.

Sąd Apelacyjny uważa, że art. 1 wskazany został zakres przedmiotowy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przedmiotem jej regulacji jest określenie warunków rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasad podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Sposób, w jaki przedmiot ów jest realizowany, wskazano w art. 1 ust. 2. W przepisie tym wymieniono, za pomocą jakich prawnych instrumentów (regulacji) ustawodawca zamierza chronić zarówno samą konkurencję (stwarzając dogodne warunki jej rozwoju), jak i interes przedsiębiorców i konsumentów, który ma status interesu publicznego.

Pierwszym ze wspomnianych instrumentów jest przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję. Istotą takich praktyk jest ograniczenie samodzielności decyzyjnej po stronie innych uczestników rynku (kontrahentów, konkurentów i konsumentów). Stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję skutkuje wymuszeniem uczestnictwa wskazanych podmiotów w obrocie gospodarczym na zasadach mniej korzystnych dla nich, niż miałyby to miejsce w warunkach wolnej konkurencji, tj. gdyby podmioty te miały swobodę wyboru.

Przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję realizowane jest przez wprowadzenie względnego zakazu porozumień ograniczających konkurencję (art. 6-7 ustawy.) oraz bezwzględne zakazu nadużywania pozycji dominującej (art. 9 ustawy).

Drugim instrumentem, za pomocą którego realizowane mają być cele ustawy antymonopolowej jest przeciwdziałanie praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów (art. 1 ust. 2 oraz art. 24-25 ustawy). Zapobieganie oraz zwalczanie zachowań naruszających zbiorowe interesy konsumentów jest więc mechanizmem zmierzającym przede wszystkim do podejmowanej w interesie publicznym ochrony konsumentów.

Trzeci wreszcie instrument, służący ochronie konkurencji, stanowi przeciwdziałanie antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków (art. 1 ust. 2 oraz art. 13 i nast. ustawy). W odróżnieniu od dwóch poprzednich instrumentów, przeciwdziałanie antykonkurencyjnym koncentracjom ma nieco inny charakter prawny. W tym przypadku ustawa nie wprowadza obowiązującego z mocy samego prawa zakazu stosowania określonych praktyk (jak to czyni w art. 6, 9 oraz 24 ustawy), lecz ustanawia system uprzedniej (ex ante) kontroli przez Prezesa Urzędu koncentracji przedsiębiorców, spełniających określone warunki (art. 13 i 14 ustawy). Stąd też na przedsiębiorców, mających zamiar dokonania koncentracji, nałożono obowiązek zgłoszenia takiego zamiaru Prezesowi Urzędu, który ocenia, czy planowana koncentracja jest dopuszczalna (jako że nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji), czy też nie (art. 18-20 ustawy).

Podstawowym celem przedmiotowej ustawy jest ochrona konkurencji jako mechanizmu służącego podnoszeniu efektywności działania oraz będącego źródłem postępu i rozwoju. Zakresem ochrony objęta jest przy tym zarówno konkurencja faktyczna (już aktualnie istniejąca na danym rynku), jak i konkurencja potencjalna. Z treści art. 1 ust. 1 ustawy, a także z jej tytułu wynika zarazem, iż celem jej jest także ochrona konsumentów oraz innych przedsiębiorców przed eksploatacją za strony silniejszych uczestników rynku. Warto podkreślić, że ustawa ta służy ochronie interesu publicznego (co wprost wynika z brzmienia art. 1 ust. 1 ustawy. Jej unormowania zasadniczo nie mają na celu ochrony prywatnych interesów pojedynczych jednostek obrotu gospodarczego, czyli poszczególnych przedsiębiorców czy konsumentów, co znalazło swe potwierdzenie w orzecznictwie sądowym. Oznacza to, że ustawa znajduje zastosowanie wówczas, gdy zagrożony lub naruszony zostaje interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku (zob. Konrad Kohutek, Komentarz do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Lex 2008).

W świetle powyższych rozważań, zgłoszony przez powoda zamiar koncentracji polegający na przejęciu przez (...) z siedzibą w A., Holandia, kontroli nad (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K., uzasadniał wszczęcie kontroli ex ante przez Prezesa Urzędu, wydanie decyzji tzw. decyzji warunkowej z dnia 28 czerwca 2007r., a następnie nałożenie kary pieniężnej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art.233 §1 k.p.c. poprzez sprzeczną z ogólnymi zasadami prawa administracyjnego oraz doświadczenia życiowego wykładnię decyzji warunkowej i przyjęcie, że powód dobrowolnie zaakceptował warunki nałożone na niego tą decyzją administracyjną oraz, że warunki zawarte w decyzji warunkowej były jasne i zrozumiałe należy stwierdzić, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Bezspornym jest, że powód nie odwoływał się od decyzji Prezesa Urzędu z dnia 28 czerwca 2007r. nr (...) mocą której wyrażono 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 dziewięciu wymienionych w tej decyzji sklepów. Brak zaskarżenia decyzji uzasadnia wniosek, że powód godził się z koniecznością wykonania nałożonych na niego obowiązków, tak jak zostały one określone w tej decyzji (co do treści warunku oraz co do terminu wykonania). Prawidłowe są ustalenia Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, że brak w niniejszej sprawie podstaw do uznania, że warunki te nie były jasne i zrozumiałe. O tym, że powód zdawał sobie sprawę, iż spełnieniem warunków nałożonych decyzją z 2007r. było wyzbycie się wszelkich praw, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu do wymienionych w decyzji placówek handlowych świadczy treść korespondencji prowadzonej przez powoda z Prezesem Urzędu, poczynając od 25 listopada 2008r. (k.359 i nast. akt adm.). W pismach tych powód wnosił o przedłużenie terminu do wyzbycia się wszelkich praw, w tym prawa

własności , prawa użytkowania wieczystego , prawa najmu m.in. co sklepu w G. i sklepu w J. , wskazując na trudności w pozyskaniu nabywcy prawa własności nieruchomości, na których zlokalizowane były sklepy.

Zarzut naruszeniem przepisu art. 328 § 2 k. p. c . nie jest zasadny. Wbrew twierdzeniom strony skarżącej uzasadnienie zawiera elementy konstrukcyjne , wymagane przez art. 328 § 2 k.p.c. i w związku z tym poddaje się kontroli w toku instancji. Ustalony przez Sąd pierwszej instancji stan faktyczny nie był sporny, pisma i decyzje powołane przez ten Sąd znajdują się w aktach postępowania administracyjnego prowadzonego przez Prezesa Urzędu.

Mając to wszystko na uwadze zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jako zgodny z prawem musiał się ostać.

Apelacja powoda z wobec braku uzasadnionych podstaw prawnych nie mogła odnieść skutku.

W tym stanie rzeczy , na podstawie art.385 k.p.c. orzeczono , jak na wstępie.

O kosztach procesu postanowiono na podstawie art.98 k.p.c. w związku z art.108§1 k.p.c. zgodnie z zasadą finansowej odpowiedzialności stron za wynik procesu.

\