



Sygn. akt III SK 51/12

**WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 3 października 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Kazimierz Jaśkowski (przewodniczący)

SSN Halina Kiriło (sprawozdawca)

SSN Maciej Pacuda

w sprawie z powództwa C. N. B.V. z siedzibą w A., Holandia
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o nałożenie kary pieniężnej,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 3 października 2013 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 17 maja 2012 r.,

- 1. oddala skargę kasacyjną,**
- 2. zasądza od C. N. B.V. z siedzibą w A., Holandia na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.**

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) decyzją z dnia 28 sierpnia 2009 r. DKK-58/2009, wydaną na podstawie art. 107 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej jako ustawa) po przeprowadzeniu postępowania wszczętego z urzędu nałożył na C. B.V. (powód) karę pieniężną w wysokości 542.412 zł, tj. równowartość 5.000 Euro za każdy z 26 dni zwłoki, licząc od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 26 stycznia 2009 r. w wykonaniu decyzji Prezesa Urzędu z dnia 28 czerwca 2007 r. Nr DOK-86/2007 w sprawie koncentracji polegającej na przejęciu przez powoda kontroli nad A. P. Sp. z o.o. z/s w K.

Powód zaskarżył powyższą decyzję odwołaniem zarzucając naruszenie art. 1 i 107 ustawy, art. 2 i 42 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 EKPC, art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 ustawy, art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 ustawy, art. 107 w zw. z art. 111 ustawy. Powód wniósł o zmianę decyzji w całości poprzez umorzenie postępowania administracyjnego z uwagi na brak podstaw do nałożenia kary pieniężnej z art. 107 ustawy, ewentualnie o zmianę decyzji w części dotyczącej wysokości kary poprzez jej obniżenie do kwoty 26 Euro. Prezes Urzędu wniósł o oddalenie odwołania.

Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 3 października 2011 r., oddalił odwołanie powoda.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że decyzją DOK-86/2007 Prezes Urzędu wyraził zgodę na operację koncentracji pod warunkiem wyzbycia się przez powoda wszelkich praw do wymienionych w decyzji sklepów w terminie do dnia 31 grudnia 2008 r. Pismem z dnia 30 stycznia 2009 r. powód poinformował Prezesa Urzędu o wykonaniu decyzji. W odniesieniu do 7 sklepów warunek ten został wykonany przed 31 grudnia 2009 r. W odniesieniu do dwóch sklepów wykonanie warunku nastąpiło po tej dacie (22 i 26 stycznia 2009 r.). Decyzja DOK-86/2007 nie została zaskarżona przez powoda. Powód nie kwestionował zasadności celowości nałożonych w niej warunków, ani terminu ich realizacji.

Sąd pierwszej instancji uznał za chybiony zarzut naruszenia art. 107 ustawy. Warunki nałożone na powoda była jasne i zrozumiałe. Likwidacja sklepów bez wyzbycia się praw do nieruchomości, zgodnie z treścią decyzji, nie stanowiła wykonania warunków decyzji DOK-86/2007. Sąd Ochrony Konkurencji i

Konsumentów odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 2 i 42 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 EKPC wskazał, że w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego nie budzi wątpliwości dopuszczalność stosowania kar pieniężnych, jako reakcji na naruszenie ustawowych obowiązków. Zdaniem Sądu Okręgowego powód nie wykazał, że spełnienie warunków określonych w decyzji DOK-86/2007 było niemożliwe przy zachowaniu należytej staranności, w szczególności że wyzbycie się praw, chociażby nieodpłatne, do wymienionych nieruchomości w wyznaczonym terminie było niemożliwe. Akceptując ten warunek powód musiał liczyć się z tym, że nie znajdzie kontrahenta skłonnego zapłacić satysfakcjonującą go cenę. Musiał zatem liczyć się z tym, że wyzbycie się określonych w warunkach decyzji praw, może wiązać się z uzyskaniem niższej ceny od zakładanej. Powód miał możliwość uwzględnienia skutków finansowych związanych z realizacją warunków koncentracji przed podjęciem czynności prowadzącej do koncentracji. Podjęcie działań polegających na poszukiwaniu nabywcy praw za założoną przez siebie cenę nie spełnia kryteriów należytej staranności. Spadek atrakcyjności sprzedawanych nieruchomości wynikający z budowy obiektów konkurencyjnych lub też generalny spadek popytu nie są zaś okolicznościami nieprzewidywalnymi. Odnosząc się do zarzutów dotyczących wysokości nałożonej kary Sąd Okręgowy uznał, że nie ma podstaw do utożsamiania pojęcia zwłoki użytego w tym przepisie z pojęciem zwłoki występującym w kodeksie cywilnym. W przypadku ustawy pojęcie zwłoki odpowiada znaczeniu potocznemu i oznacza opóźnienie wykonania czegoś w terminie oznaczonym w decyzji. Z kolei kara, jako forma represji za naruszenie prawa, musi być dolegliwością dla podmiotu dopuszczającego się takiego naruszenia.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego apelacją w całości.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 17 maja 2012 r., oddalił apelację powoda.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 2 i 42 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 EKPC w związku z art. 107 ustawy Sąd Apelacyjny uznał, że zaskarżona decyzja jest prawidłowa, ponieważ odpowiedzialność z tytułu naruszenia obowiązków wynikających z ustawy ma charakter odpowiedzialności obiektywnej w tym sensie, że stwierdzenie zawinionego charakteru naruszenia nie jest konieczną przesłanką stwierdzenia naruszenia jej przepisów. Zdaniem Sądu Apelacyjnego z § 9 Zasad

techniki prawodawczej wynika, że w ustawie należy posługiwać się określeniami, które zostały użyte w ustawie podstawowej dla danej dziedziny prawa. Ustawą podstawową w niniejszej sprawie jest ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Skoro w art. 4 ustawy nie wymieniono wyrażenia „zwłoka w wykonaniu decyzji” oznacza to, że wyrażenie to powinno być rozumiane zgodnie z jego podstawowym i powszechnym znaczeniem w języku polskim. Sąd Apelacyjny uznał za prawidłowe zastosowanie art. 107 i 111 ustawy przez Sąd Okręgowy. Uwzględniono okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów a także brak uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. Zdaniem Sądu Apelacyjnego powód nie wykazał, aby spełnienie warunków określonych w decyzji z 28 czerwca 2007 r. było niemożliwe przy zachowaniu należytej staranności. Akceptując nałożony warunek należało się liczyć z ryzykiem uzyskania ceny niższej od oczekiwania. Odnosząc się z kolei do wysokości kary pieniężnej, Sąd Apelacyjny uznał, że kara nakładana na przedsiębiorcę nie powinna być karą symboliczną, ale stanowić pewną dolegliwość dla podmiotu dopuszczającego się naruszenia praw. 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 i osiągnęte zyski netto ze sprzedaży grupy C. w Polsce w 2008 r. wyniosły ponad 2mld Euro uzasadniały nałożenie kary pieniężnej w wysokości stanowiącej równowartość 5.000 euro za każdy dzień zwłoki. Przy wymiarze kary, jak wynika z uzasadnienia zaskarżonej decyzji, uwzględniono okoliczność, że powód wykonał ostatecznie decyzję z 2007 r., zwłoka w wykonaniu decyzji Prezesa Urzędu dotyczyła jedynie części tej decyzji oraz fakt, że powód nie był wcześniej karany za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej. Podane w apelacji przykłady niskich kar pieniężnych nakładanych w innych sprawach nie mają bezpośredniego znaczenia w tej sprawie, ponieważ dotyczą przedsiębiorców działających w nieporównywalnie mniejszej skali.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie: 1) art. 107 ustawy w związku z § 10 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie Zasad techniki legislacyjnej; 2) art. 2, 32 i 42 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 EKPC; 3) art. 107 i 111 ustawy.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 2, 32 i 42 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 EKPC powód podnosi, że z orzecznictwa sądowego wynika, że odpowiedzialność z art. 107 ustawy jest odpowiedzialnością na zasadzie winy (skarga kasacyjna, s. 10). Kara nałożona na podstawie art. 107 ustawy ma charakter penalny, a nie odszkodowawczy. Jest środkiem represyjnym. Nie jest nakładana w celu przymuszenia, ale przede wszystkim w celu odpłaty za czyn. Wykazanie winy przedsiębiorcy przez organ antymonopolowy jest zatem koniecznym warunkiem nałożenia kary na mocy art. 107 ustawy.

W zakresie dotyczącym zarzutu naruszenia art. 107 ustawy w związku z § 10 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie Zasad techniki legislacyjnej powód podnosi, że gdyby ustawodawca w art. 107 ustawy miał na myśli opóźnienie w wykonaniu decyzji Prezesa Urzędu a nie opóźnienie kwalifikowane (zwłokę) inaczej sformułowałby ten przepis. Skoro racjonalny ustawodawca wspomniał o zwłoce w art. 107 ustawy nie można temu wyrazowi nadawać takiego znaczenia, jakie w języku prawnym i prawniczym przypisuje się opóźnieniu. Powołując się na Zasady techniki prawodawczej powód argumentuje, że podstawową zasadą jest jednakowe rozumienie jednakowych określeń używanych w przepisach obowiązujących we wszystkich dziedzinach prawa. Zasadę wyrażoną w § 10 ZTP należy stosować w ramach całego systemu prawa, a nie tylko w obrębie tej samej dziedziny, czy tej samej ustawy. Powód powołał się także na wykładnię historyczną art. 107 ustawy. Poprzednik tego przepisu, art. 15 ust. 1 ustawy z 1990 r. przewidywał karę pieniężną w przypadku niewykonania decyzji w terminie (lub wyroku). Pojęcie zwłoki w wykonaniu decyzji wprowadzono dopiero wraz z nowelizacją z 1 kwietnia 2001 r. Skoro ustawodawca nie zdefiniował pojęcia zwłoki w art. 107 ustawy, to należy je rozumieć tak jak na gruncie prawa cywilnego, czyli jako zawinione opóźnienie.

Powód podnosi, że Prezes Urzędu, jak i Sądy w swoim wcześniejszym orzecznictwie nadają pojęciu zwłoki z art. 107 ustawy znaczenie zbieżne z nadanym w prawie cywilnym. Przyjęcie odmiennej interpretacji tego terminu w niniejszej sprawie naruszyłoby wyrażoną w art. 32 Konstytucji RP zasadę równości wobec prawa.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 111 ustawy powód podnosi, że Sąd Apelacyjny naruszył ten przepis wprowadzając w drodze interpretacji przesłankę potencjału grupy ekonomicznej powoda, jako okoliczność wpływającą na wymiar kary. Przepisy art. 107 i 111 ustawy nie przewidują zaś potencjału ekonomicznego, jako jednej z okoliczności, jaką należy brać pod uwagę przy ocenie wysokości kary.

Prezes Urzędu w odpowiedzi na skargę kasacyjną wniósł o jej oddalenie. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 2, 32 i 42 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 EKPC Prezes Urzędu uznał go za oczywiście bezzasadny. Delikt z art. 107 ustawy ma charakter administracyjny. Przepisowi art. 10 przyświecają cele prewencyjno-ochronne i zabezpieczające, co wyklucza karny charakter tego przepisu. Prezes Urzędu podnosi, że istotą decyzji, która nie została wykonana w niniejszej sprawie w terminie przez powoda jest ustalenie, że zamierzona przez przedsiębiorców koncentracja ma jawnie antykonkurencyjny charakter, jednakże jej negatywne skutki mogą zostać zniwelowane, jeżeli transakcja ulegnie modyfikacji stosownie do warunków określonych w decyzji. Przepis art. 107 jest w rezultacie zapowiedzią negatywnych konsekwencji, jakie nastąpią w przypadku naruszenia obowiązków wynikających z decyzji administracyjnych.

Prezes Urzędu podnosi ponadto, że w wydanej w niniejszej sprawie decyzji w sposób wyraźny i nie budzący wątpliwości wykazano, że opóźnienie w realizacji warunku było w istotnej części konsekwencją działań oraz zaniechań powoda. Okoliczność tę potwierdził Sąd Apelacyjny w zaskarżonym wyroku stwierdzając, że powód nie wykazał, aby spełnienie warunków określonych w decyzji Prezesa Urzędu było niemożliwe przy zachowaniu należytej staranności.

Odnosząc się do zarzutu art. 107 ustawy w związku z § 10 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. Prezes Urzędu podnosi, że Zasady techniki prawodawcze adresowane są do podmiotów uczestniczących w procesie stanowienia prawa, a nie jego stosowania. Nieuprawnione jest mechaniczne przenoszenie pojęcia z zakresu prawa cywilnego na grunt prawa administracyjnego. Tezom powoda o istnieniu przesłanki winy w art. 107 ustawy wyraźnie przeczy systematyka ustawy antymonopolowej. Ustawodawca regulując pewne delikty antymonopolowe odwołał się do subiektywnych przesłanek podmiotowych w art. 106 i 108 ustawy, ale nie w art. 107 ustawy. Takie rozwiązanie

ma głębokie uzasadnienie aksjologiczne, ponieważ przepis ten został ustanowiony na wypadek spełnienia w całości lub części warunków decyzji koncentracyjnej podejmowanej na podstawie art. 19 ustawy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 111 ustawy Prezes Urzędu podnosi, że przepis ten zawiera jedynie przykładowy katalog dyrektyw ustalania wymiaru kary. Prezes Urzędu może zatem posługiwać się dodatkowymi kryteriami, o ile uzna to za konieczne. W niniejszej sprawie taka konieczności wynikła z tego, że spółka z grupy C., na którą nałożono karę, jest spółką holdingową. Przychody ze sprzedaży tego podmiotu nie będą zatem odzwierciedlały rzeczywistego potencjału ekonomicznego przedsiębiorcy.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Skarga kasacyjna powoda nie ma uzasadnionych podstaw.

Zarzuty skargi dotyczą dwóch zasadniczych problemów prawnych powstałych na tle zapatrywań wyrażonych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Po pierwsze, jaki jest charakter odpowiedzialności przewidzianej w art. 107 ustawy za niewykonanie decyzji Prezesa Urzędu. Problemu tego dotyczą zarzuty naruszenia art. 107 ustawy w związku z § 10 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie Zasad techniki legislacyjnej (dalej jako ZTP) oraz art. 2, 32 i 42 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 EKPC. Po drugie, czy przesłanką wymiaru kary pieniężnej może być potencjał ekonomiczny grupy kapitałowej przedsiębiorcy. Kwestii tej dotyczy zarzut naruszenia art. 107 i 111 ustawy.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 107 ustawy w związku z § 10 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie Zasad techniki legislacyjnej, Sąd Najwyższy stwierdza, że jest on bezzasadny. Nadanie słowu „zwłoka” z art. 107 ustawy takie znaczenie, jak w prawie cywilnym nie znajduje uzasadnienia w świetle wykładni systemowej. Nie można podzielić argumentacji powoda, zgodnie z którą słowo temu w art. 107 ustawy należy nadać takie samo znaczenie, jakie dla wyrazu tego wypracowano w prawie cywilnym. Zgodnie z art. 1 k.c. przepisy tego kodeksu znajdują

zastosowanie do stosunków prawnych objętych zakresem regulacji tego kodeksu. Prawa ochrony konkurencji wyznacza granice dla swobody kontraktowej stron korzystających z kodeksowej wolności zawierania umów i określa prawne reperkusje zachowań przedsiębiorców podejmowanych z reguły w obrocie cywilnoprawnym, nie mniej stosunki prawne regulowane przez normy prawa ochrony konkurencji są stosunkami innego rodzaju, niż regulowane przez przepisy kodeksu cywilnego. Nieuprawnione jest także odwoływanie się do § 10 ZTP celem nadania słowu „zwłoka” z art. 107 ustawy takiego znaczenia, jak w kodeksie cywilnym. Jak trafnie bowiem przyjął Sąd Apelacyjny nie ma bezpośredniego przełożenia między rozumieniem instytucji „zwłoki” na użytek prawa cywilnego i prawa ochrony konkurencji (w zakresie odpowiedzialności przedsiębiorcy z tytułu nieterminowego wykonania decyzji Prezesa Urzędu). Z powołanych przez powoda ZTP wynika jednoznacznie, że § 10 odnosi się do pojęć używanych w tym samym akcie prawnym. Z kolei z § 9 ZTP wynika, że zasada posługiwania się tożsamymi pojęciami dotyczy aktów prawnych pozostających ze sobą w określonych relacjach (akt podstawowy – akt szczegółowy). Jak zaś wskazano powyżej tego rodzaju związki nie występują między prawem cywilnym a prawem ochrony konkurencji w ocenianym obszarze.

Źródłem zarzutu skargi kasacyjnej dotyczącego znaczenia, jakie należy przypisać użyciu w art. 107 ustawy słowa „zwłoka” w kontekście charakteru i podstaw odpowiedzialności za niewykonanie decyzji Prezesa Urzędu jest bezpośrednio wykorzystanie przez Sąd Apelacyjny zapatrywań prawnych wyrażonych w uzasadnieniach wyroków Sądu Najwyższego w sprawach z zakresu regulacji energetyki i telekomunikacji, gdzie sankcje pieniężne wymierzane są przez organy regulacji z pominięciem elementów subiektywnych – w przeciwieństwie do prawa antymonopolowego, gdzie ustawa stwierdza jednoznacznie, iż kara pieniężna może być nałożona w przypadku umyślnego lub nieumyślnego naruszenie przewidzianych w ustawie zakazów (art. 106 ustawy). Ponadto, wywód o obiektywnym charakterze odpowiedzialności za naruszenie zakazów prawa antymonopolowego, zawarty w początkowym fragmencie uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego, dotyczył oryginalnie kwestii, czy przedsiębiorcy można przypisać naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów bez

wykazania winy (a w niniejszej sprawie nie chodzi o samo naruszenie, lecz o nałożenie kary za stwierdzone naruszenie). Jednocześnie Sąd Apelacyjny – mimo zadeklarowania obiektywnego charakteru odpowiedzialności za niewykonanie decyzji Prezesa Urzędu – weryfikował, czy nieterminowe wykonanie decyzji było efektem okoliczności, za które powód ponosi odpowiedzialności (uzasadnienie, s. 15), odnosząc się do ustaleń faktycznych i ich oceny prawnej poczynionych w decyzji Prezesa Urzędu, która zawiera wywód, w ramach którego oceniono całokształt zachowania powoda, od wydania decyzji warunkowej po wykonanie warunku.

Odpowiedzialność administracyjna ma z zasady charakter obiektywny. Nie mniej w piśmiennictwie akcentuje się potrzebę subiektywizacji odpowiedzialności administracyjnej przedsiębiorców, w szczególności gdy sankcja administracyjna przybiera postać kary pieniężnej. Wskazuje się również, że w art. 107 ustawy w opisie podstaw nakładania kar pieniężnych z tytułu zwłoki w wykonaniu orzeczeń nie wskazano wprost subiektywnych przesłanek odpowiedzialności przedsiębiorcy. Uznaje się jednak, co do zasady zgodnie, że kary pieniężne z tytułu zwłoki w wykonaniu decyzji lub orzeczeń wymienionych w art. 107 ustawy nie powinny być orzekane na zasadzie odpowiedzialności obiektywnej. Jeżeli w toku postępowania organ antymonopolowy ustali, że niewykonanie decyzji w terminie było wynikiem okoliczności niezależnych od przedsiębiorcy, które wykluczają uznanie, że niewykonanie decyzji było zawinione przez przedsiębiorcę, powinien powstrzymać się od nałożenia kary pieniężnej. Z powyższego wynika, że podstaw dla wprowadzenia przesłanki winy, rozumianej najczęściej jako umyślność lub nieumyślność zachowania przedsiębiorcy (ta ostatnia uwzględniana jest według miernika należytej staranności zawodowej), piśmiennictwo i orzecznictwo doszukuje się w represyjnym charakterze sankcji przewidzianej w art. 107 ustawy, a nie w użyciu w art. 107 ustawy słowa „zwłoka” i jego ewentualnych cywilnoprawnych konotacji.

Powołane w uzasadnieniach rozstrzygnięć sądowych w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nakładających kary pieniężne z tytułu zwłoki w wykonaniu decyzji organu antymonopolowego odniesienia do „winy” przedsiębiorcy służą, w ocenie Sądu Najwyższego, przełamaniu ewentualnej

zasady odpowiedzialności obiektywnej i wyartykułowaniu potrzeby uwzględnienia indywidualnych okoliczności konkretnej sprawy, rzutujących na samą odpowiedzialność przedsiębiorcy na podstawie art. 107 ustawy lub interes publiczny w korzystaniu przez Prezesa Urzędu z kompetencji do nakładania kar z art. 107 ustawy.

Sąd Najwyższy dostrzega wytkniętą przez powoda pewną niekonsekwencję w stanowisku Prezesa Urzędu w odniesieniu do wykładni i stosowania art. 107 ustawy. W tych decyzjach, w których Prezes Urzędu przeprowadza jurystyczną analizę przesłanek zastosowania art. 107 ustawy odwołuje się do kryterium winy umyślnej i nieumyślnej (decyzja Prezesa UOKiK z dnia 26 lipca 2012 r., DOK-4/2012), traktuje zwłokę jako zawinione zaniechanie przedsiębiorcy (decyzja Prezesa Urzędu z dnia 12 marca 2013 r., RŁO-5/2013), utożsamia zwłokę w wykonaniu ze świadomością bezprawności działania przedsiębiorcy (decyzja Prezesa UOKiK z dnia 10 października 2012 r., RKT-30/2012), traktuje zwłokę z art. 107 ustawy jako zwłokę z art. 476 k.c. (decyzja Prezesa UOKiK z dnia 14 grudnia 2010 r., DDK-18/2009). Z uzasadnień decyzji o nałożeniu kary pieniężnej na podstawie art. 107 ustawy wynika, że Prezes Urzędu dokonuje oceny całokształtu okoliczności, w szczególności zaś terminowości i rodzaju działań podjętych przez przedsiębiorcę zobligowanego do wykonania decyzji Prezesa Urzędu. Nie przypisuje przy tym słowu „zwłoka” z art. 107 ustawy innego znaczenia niż potoczne: przedsiębiorca jest w zwłoce w rozumieniu tego przepisu, jeżeli nie wykonał decyzji w terminie (rozsądnym terminie).

Reasumując powyższą argumentację, Sąd Najwyższy stwierdza, że nie narusza art. 107 ustawy wyrok Sądu Apelacyjnego zawierający pogląd prawny, zgodnie z którym odpowiedzialność za niewykonanie decyzji Prezesa Urzędu ma charakter obiektywny, a jednocześnie nawiązujący do zespoły okoliczności faktycznych sprawy o niewykonanie decyzji Prezesa Urzędu zezwalającej na warunkowe dokonanie koncentracji i dopuszczający usprawiedliwienie niewykonania decyzji w terminie względami będącymi poza kontrolą przedsiębiorcy.

Powyższego nie zmienia, że w skierowanym w projekcie nowelizacji ustawy proponuje się modyfikację brzmienia art. 107 ustawy poprzez zastąpienia słowa „zwłokę” wyrazem „opóźnienie”, ani uzasadnienie projektu nowelizacji w tym

zakresie, zgodnie z którym zmiana ta ma na celu rozstrzygnięcie wątpliwości, czy kara pieniężna z art. 107 ustawy nakładana jest za opóźnienie, czy za zwłokę.

Sąd Najwyższy nie znalazł także podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 2, 32 i 42 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 EKPC. Zarzut ten opiera się na założeniu Sądu Apelacyjnego, zgodnie z którym kary nakładane na podstawie art. 107 ustawy nie mają charakteru quasi-karnego, a zatem ich nałożenie nie wymaga dowiedzenia winy podmiotu obarczanego karą. Sąd Najwyższy podziela to stanowisko. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że odwołania do karnego lub quasi karnego charakteru spraw antymonopolowych i kar pieniężnych wymierzanych z tytułu naruszenia zakazów prawa ochrony konkurencji nie wpływają na konstrukcję samych przesłanek odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy, lecz służą wypracowaniu odpowiednich standardów proceduralnych przy rozpoznawaniu spraw tego rodzaju.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2011 r., III SK 32/10, z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że nie każda kara pieniężna powinna być utożsamiana z grzywną, jako sankcją prawa karnego. Dopuszczalność stosowania administracyjnych kar pieniężnych, jako reakcji na naruszenie ustawowych obowiązków, nie budzi zaś wątpliwości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 maja 2009 r., P 64/07 (OTK-A 2009, nr 5, poz. 64). Z kolei z przepisów art. 2 i 42 Konstytucji nie wynika, by odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej oparta była na zasadzie winy, ani że wina jest jedną z przesłanek wymierzenia kary pieniężnej z art. 107 ustawy. Także z art. 6 ust. 1 EKPC nie wynika, by standard konwencyjny wymagał wprowadzenia elementu winy, jako przesłanki nałożenia kary pieniężnej za niewykonanie decyzji organu antymonopolowego.

Sąd Najwyższy nie podziela także argumentacji powoda co do naruszenia przez Sąd drugiej instancji art. 107 i 111 ustawy poprzez uznanie, że wysokość kary pieniężnej może zależeć od potencjału ekonomicznego grupy kapitałowej powoda, co w konsekwencji doprowadziło do uznania, że kara w wysokości równej 50% maksymalnego wymiaru jest prawidłowa. Zdaniem Sądu Najwyższego przepis art. 111 ustawy, wskazując normatywne podstawy ustalania wysokości kar

pieniężnych, wyznacza pewne podstawowe ramy dla swobodnego uznania Prezesa Urzędu. W aktualnym brzmieniu art. 111 ustawy katalog przesłanek, jakimi powinien się kierować Prezes Urzędu przy korzystaniu z uznaniowej kompetencji jest dość ograniczony. Nie mniej jest to katalog otwarty, który może być doprecyzowywany w praktyce Prezesa Urzędu oraz orzecznictwie sądowym. Zastosowane w niniejszej sprawie kryterium potencjału ekonomicznego grupy ekonomicznej nie ma charakteru arbitralnego. W orzecznictwie unijnym i piśmiennictwie uznaje się kondycję finansową przedsiębiorcy, na którego nakładana jest kara pieniężna za jedną z nienazwanych okoliczności rzutujących na wymiar kary w konkretnej sprawie. Potencjał ekonomiczny jako kryterium wymiaru kary bliski jest „kondycji finansowej”. Odwołania do takich przesłanek służą weryfikacji, czy kara nakładana przez Prezesa Urzędu będzie – odpowiednio do okoliczności sprawy, wagi interesu publicznego oraz funkcji kar za niewykonanie decyzji organu antymonopolowego – dolegliwa dla ukaranego, przy jednoczesnym dochowaniu wymogu proporcjonalności kary. Brak przy tym formalnych przeszkód przed uzupełnieniem katalogu okoliczności branych pod uwagę przy wymiarze kary o taką okoliczność, jak wspomniany potencjał ekonomiczny grupy kapitałowej. Samo zaś powołanie się na ten potencjał nie powoduje, że kara pieniężna staje się nieproporcjonalna.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.