

## Jak bardzo opłaca się zaniechanie praktyki ograniczającej konkurencję?

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 15 maja 2014 r., III SK 54/13

1. Sąd Najwyższy nie rozstrzyga, czy określony poziom kary pieniężnej jest w okolicznościach faktycznych sprawy właściwy, lecz weryfikuje, czy orzekając w tym przedmiocie Sąd drugiej instancji w sposób zgodny z obowiązującymi unormowaniami umotywował swoje stanowisko w tym zakresie.
2. W sytuacji, gdy w toku postępowania odwoławczego ustalono, że okres naruszenia był krótszy, niż zakładał Prezes Urzędu [Ochrony Konkurencji i Konsumentów – *dop. aut.*], a Sąd [Ochrony Konkurencji i Konsumentów – *dop. aut.*] uzna, iż zasadne jest obniżenie kary z tego powodu, nie ma automatyzmu w postaci konieczności zachowania korelacji między wysokością kary a skróceniem okresu naruszenia.<sup>1</sup>

### I. Stan faktyczny

W decyzji z 20.12.2007 r.<sup>2</sup> Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) uznał, że Telekomunikacja Polska S.A. (obecnie Orange Polska S.A.) z siedzibą w Warszawie<sup>3</sup> (dalej: powód) stosowała praktykę ograniczającą konkurencję, naruszającą zakaz nadużywania pozycji dominującej, zarówno ten sformułowany w prawie krajowym, jak i ten wynikający z prawa wspólnotowego (obecnie unijnego). Prezes UOKiK nakazał powodowi zaniechanie tej praktyki oraz nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości 75 mln złotych. Ustalając wysokość kary pieniężnej, Prezes UOKiK za okoliczność obciążającą uznał m.in. stopień zawinienia powoda, który działał umyślnie i dopuścił się poważnych naruszeń prawa konkurencji, a także wpływ praktyk powoda na ogromną rzeszę użytkowników końcowych Internetu oraz konkurencyjnych wobec niego przedsiębiorców telekomunikacyjnych na całym terytorium RP<sup>4</sup>.

Wyrokiem z 11.04.2011 r.<sup>5</sup>, wydanym w wyniku odwołania powoda od ww. decyzji, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) zmienił tę decyzję. Po pierwsze, SOKiK stwierdził, że powód zaniechał stosowania praktyki naruszającej zakaz nadużywania pozycji dominującej z dniem 14.07.2006 r. Po drugie, SOKiK zmienił wysokość nałożonej na powoda kary pieniężnej w ten sposób, że obniżył jej wysokość do 38 mln złotych. SOKiK podzielił pogląd Prezesa UOKiK o wysokim stopniu zawinienia powoda oraz wysokiej szkodliwości naruszenia zakazu. Natomiast

<sup>1</sup> Tezy zostały wybrane z uzasadnienia wyroku przez autorkę. Wyrok opublikowano na stronie: <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/III%20SK%2054-13.pdf> (dostęp 16.09.2014 r.).

<sup>2</sup> DOK-98/2007.

<sup>3</sup> Dane strony pochodzą z bazy decyzji Prezesa UOKiK: [http://www.uokik.gov.pl/decyzje\\_prezesa\\_uokik3.php](http://www.uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php) (dostęp 16.09.2014 r.).

<sup>4</sup> Ust. 516-518 uzasadnienia decyzji.

<sup>5</sup> XVII AmA 62/08.

o obniżeniu wysokości kary pieniężnej przez SOKiK przesądził pominięty w decyzji Prezesa UOKiK fakt zaprzestania przez powoda naruszeń na kilkanaście miesięcy przed wydaniem decyzji.

Zarówno Prezes UOKiK, jak i powód, wnieśli apelacje od wyroku SOKiK do Sądu Apelacyjnego w Warszawie (dalej: SA w Warszawie), w których zarzucili SOKiK m.in. naruszenie przepisu będącego podstawą prawną ustalenia wysokości kary pieniężnej – art. 104 obowiązującej wówczas ustawy z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>6</sup> (odpowiednik obecnego art. 111 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>7</sup>, dalej: uokik). Wyrokiem z 9.04.2013 r.<sup>8</sup> SA w Warszawie oddalił obie apelacje. Nie podzielił poglądu powoda, że przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej Prezes UOKiK powinien brać pod uwagę wartość sprzedaży dóbr mających związek z naruszeniem przepisów zamiast przychodu z całej działalności przedsiębiorcy. Z kolei odnosząc się do apelacji Prezesa UOKiK, SA w Warszawie zauważył, że okres naruszenia (którego zaniechano przed wydaniem decyzji) znacznie krótszy (o kilkanaście miesięcy) od przyjętego w decyzji Prezesa UOKiK świadczy o mniejszym stopniu naruszenia, a kara pieniężna w wysokości 75 mln zł była znacznie zawyżona dla osiągnięcia zakładanego jej celu.

Obie strony zaskarżyły wyrok SA w Warszawie skargami kasacyjnymi. Sąd Najwyższy (dalej: SN) oddalił obie skargi kasacyjne, uznając, że nie mają one uzasadnionych podstaw. W niniejszym komentarzu do wyroku SN zajmę się wyłącznie poruszonymi w wyroku SN zagadnieniami dotyczącymi kar pieniężnych nakładanych na przedsiębiorcę.

## II. Jak sądy mogą zmieniać rozstrzygnięcie o nałożeniu kary pieniężnej?

W uzasadnieniu komentowanego wyroku dokonano istotnego uporządkowania problematyki zakresu kognicji sądów w sprawach dotyczących kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa UOKiK. Po pierwsze, stwierdzono w nim, że kognicja SN w sprawach zarzutów dotyczących kar pieniężnych, z racji związania podstawą faktyczną oraz oceną dowodów, ogranicza się do kontroli orzeczenia Sądu drugiej instancji (SA w Warszawie) w zakresie respektowania prawnych kryteriów wymiaru kary pieniężnej i obowiązujących w tym zakresie ustawowych bądź orzeczniczych standardów. Pogląd ten zasługuje na aprobatę, skoro zarzuty dotyczące oceny dowodów lub ustalenia faktów nie mogą być podstawą skargi kasacyjnej (art. 398<sup>3</sup> § 3 kpc), a SN jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia (art. 398<sup>13</sup> § 2 kpc). SN kontroluje więc – w granicach zaskarżenia i w granicach podstaw (art. 398<sup>13</sup> § 1 *in principio* kpc) – czy SA w Warszawie nie naruszył prawa materialnego przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie bądź przepisów postępowania (jeżeli uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy) w odniesieniu do nałożenia i ustalenia wysokości kary pieniężnej. W komentowanym wyroku podkreślono, że SN nie rozstrzyga, czy określony poziom kary pieniężnej jest w okolicznościach faktycznych sprawy właściwy, lecz weryfikuje, czy orzekając w tym przedmiocie Sąd drugiej instancji w sposób zgodny z obowiązującymi unormowaniami umotywował swoje stanowisko w tym zakresie. Ścisłej można wskazać, że SN kontroluje, czy stanowisko SA w Warszawie w przedmiocie nałożenia i ustalenia wysokości kary pieniężnej jest

<sup>6</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.

<sup>7</sup> Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.

<sup>8</sup> VI ACa 142/13.

zgodne z obowiązującymi przepisami („ustawowymi standardami”), z uwzględnieniem istniejącego orzecznictwa sądowego („orzeczniczych standardów”).

W sposób prawidłowy SN w uzasadnieniu glosowanego wyroku wskazuje na zakres kognicji sądu pierwszej instancji (SOKiK) oraz sądu drugiej instancji (SA w Warszawie) – odmienny od zakresu kognicji SN. SOKiK jest władny samodzielnie dostosować poziom wymierzonej kary pieniężnej do ustalonych w sprawie okoliczności. Ma to związek z pierwszoinstancyjnym charakterem postępowania sądowego w sprawach odwołań od decyzji Prezesa UOKiK. Poprzedzające je postępowanie administracyjne warunkuje jedynie dopuszczalność drogi sądowej. SOKiK ma obowiązek osądzić sprawę od początku i nie może poprzestać na oparciu swego orzeczenia o ustalenia organu administracji publicznej w osobie Prezesa UOKiK. SOKiK samodzielnie ocenia dowody i ustala fakty. Możliwość dostosowania poziomu ostatecznie wymierzonej kary pieniężnej do ustalonych w sprawie okoliczności została – prawidłowo – przypisana przez SN w komentowanym orzeczeniu również sądowi drugiej instancji. Wynika ona z zakresu kognicji sądu drugiej instancji, który obejmuje „rozpoznanie sprawy” i to w taki sposób, w jaki mógł i powinien uczynić to sąd pierwszej instancji<sup>9</sup>.

Co istotne, SN wskazuje, że sąd pierwszej instancji oraz sąd drugiej instancji nie są związane praktyką Prezesa UOKiK i wypracowanym przez niego sposobem dochodzenia do ustalenia wysokości kary pieniężnej. W tym kontekście warto wskazać na fakt, iż Prezes UOKiK, ustalając wysokość kar pieniężnych, posiłkuje się Wyjaśnieniami Prezesa UOKiK z 2008 r. w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję<sup>10</sup>. Komentowany wyrok nie jest pierwszym orzeczeniem, które (w tym przypadku w pośredni sposób) wskazuje, że dokument ten nie wiąże sądu rozpoznającego odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK<sup>11</sup>.

W opinii SN, w zależności od okoliczności sprawy sąd pierwszej instancji bądź sąd drugiej instancji może inaczej rozłożyć akcenty, a nawet przypisać większe lub mniejsze znaczenie poszczególnym elementom wpływającym na ostateczny wymiar kary pieniężnej. Również i ten pogląd wyrażony w uzasadnieniu glosowanego wyroku zasługuje na aprobatę. Sąd pierwszej instancji oraz sąd drugiej instancji – jak to wskazał SN – obowiązane są brać pod uwagę funkcje kar pieniężnych oraz przesłanki wymiaru kary określone w uokik, bądź wynikające z ogólnych zasad prawa, regulacji konstytucyjnych, czy zobowiązań prawnomiędzynarodowych. Również Prezes UOKiK, ustalając w decyzji wysokość kary pieniężnej, mimo że jego rozstrzygnięcie ma charakter uznaniowy, ma obowiązek uwzględniać te funkcje i przesłanki. Uznaniowość nie oznacza dowolności nakładania kar pieniężnych, a sposób uwzględnienia przez Prezesa UOKiK funkcji kar pieniężnych oraz przesłanek ich wymiaru w wydanej decyzji podlega kontroli sądów.

### **III. Okres naruszenia, zaniechanie praktyki, wartość sprzedaży, czyli co i jak może wpływać na wysokość kary pieniężnej?**

Prezes UOKiK w skardze kasacyjnej kwestionował prawidłowość obniżenia przez SOKiK wysokości kary pieniężnej o prawie 50%, motywowanego zaniechaniem praktyki przez powoda przed wydaniem decyzji. Prezes UOKiK wskazał, że skoro SOKiK przyjął, iż praktykę stosowano

<sup>9</sup> Tak o zakresie kognicji sądu drugiej instancji uchwała SN z 31.01.2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55.

<sup>10</sup> Dz. Urz. UOKiK z 2008 r. Nr 4, poz. 33.

<sup>11</sup> Zob. też wyrok SN z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011/9-10/144.

przez 30 a nie 46 miesięcy (o ok. 35% krócej), to redukcja kary pieniężnej o prawie 50% jest nieuzasadniona. Należy zgodzić się z poglądem SN, że „nie ma automatyzmu w postaci konieczności zachowania korelacji między wysokością kary a skróceniem okresu naruszenia”, „im dłuższy okres czasu stosowania praktyki, tym bardziej jest ona szkodliwa dla konkurencji” oraz że „[i]m krótszy okres naruszania, tym mniejsze szkody wyrządziła praktyka, co może uzasadniać redukcję kary pieniężnej w większym stopniu, niż wynikający z bezpośredniego przeniesienia %, o jaki skrócono okres naruszenia na ostateczną wysokość kary pieniężnej”. Równie dobrze, w okolicznościach konkretnej sprawy ustalenie przez SOKiK krótszego okresu naruszenia ustawy może nie prowadzić do żadnej redukcji kary pieniężnej bądź też uzasadniać jej redukcję w stopniu nie większym (mniejszym) niż wynikający z „bepośredniego przeniesienia %, o jaki skrócono okres naruszenia na ostateczną wysokość kary pieniężnej”. Redukcja kary pieniężnej nie jest bowiem działaniem czysto arytmetycznym. Pewien niedosyt rodzi brak wyraźnego wskazania w analizowanej części uzasadnienia wyroku SN, że „filtrem” każdego na pozór matematycznego działania SOKiK w przypadku odmiennej oceny niektórych czynników wpływających na wysokość kary pieniężnej (np. okresu naruszenia) muszą być zawsze funkcje, jakie ma spełnić kara pieniężna. Nawet jeśli SOKiK ustali okres naruszenia ustawy o połowę krótszy od ustalonego przez Prezesa UOKiK, nie powinien obniżyć kary pieniężnej o połowę, gdyby tak obniżona kara pieniężna miała nie spełnić swych funkcji (represyjnej, prewencyjnej). Z kolei jeżeli zdaniem SOKiK funkcje te zostaną przez karę pieniężną spełnione, SOKiK może obniżyć karę pieniężną w sposób „nieproporcjonalny”, dokończyć jej swoistej korekty z perspektywy jej funkcji, jak to miało miejsce w analizowanej sprawie.

Pewną wątpliwość mogą budzić rozważania SN dotyczące wpływu zaniechania praktyki na wysokość kary pieniężnej. Słusznie SN czyni rozróżnienie pomiędzy zaniechaniem dobrowolnym a zaniechaniem wymuszonym przez organ, uznając, że to ostatnie nie powinno prowadzić do ustalenia kary pieniężnej w niższej wysokości (chyba że ze względu na krótszy okres naruszenia przepisów ustawy i – co za tym idzie – niższy poziom szkód wyrządzonych konkurencji na rynku). Dopiero z dniem 18.01.2015 r. do ustawy antymonopolowej zostaną wprowadzone<sup>12</sup> zmiany, w rezultacie których „zaniechanie stosowania zakazanej praktyki [ograniczającej konkurencję – *dop. aut.*] przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu” zostanie wskazane wprost jako okoliczność łagodząca karę pieniężną (art. 111 ust. 3 pkt 1 lit. b uokik). Wcześniej taką okolicznością łagodzącą wskazano w Wyjaśnieniach Prezesa UOKiK z 2008 r. w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję (ust. 4.1 lit. d), które nie stanowią jednak aktu prawa powszechnie obowiązującego. W świetle Wyjaśnień, okolicznością łagodzącą mniejszej wagi jest podjęcie działań mających na celu zaprzestanie praktyki, lecz pełnego zaprzestania nie stanowiących (np. rozpoczęcie wycofywania z obrotu umów zawierających klauzule naruszające prawo konkurencji). SN w komentowanym wyroku zasadnie wskazuje, że nie każde zaniechanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję musi być traktowane jako odpowiadające tej okoliczności wpływającej na obniżenie kary pieniężnej, która wiąże się z uznaniem przez przedsiębiorcę racji organu ochrony konkurencji i wymogów interesu publicznego. Wyjaśnienia sugerują, że Prezes UOKiK założył, iż zaniechanie praktyki wiąże się z uznaniem przez przedsiębiorcę racji organu ochrony konkurencji i wymogów interesu publicznego

<sup>12</sup> Ustawą z 10.06.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r., poz. 945).



(choć w praktyce motywy zaniechania mogą być inne), co do zasady, gdy ma miejsce przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu.

SN w komentowanym wyroku wskazał natomiast jedynie, że fakt niezaprzeszania stosowania praktyki po wszczęciu postępowania wyjaśniającego, a przed wszczęciem postępowania właściwego, nie może stanowić okoliczności wpływającej negatywnie na wysokość wymiaru kary pieniężnej. Trudno podzielić bezkrytycznie i w całości powyższy pogląd SN. Wydaje się, że przedsiębiorca, który zaniechał stosowania praktyki dobrowolnie, przed wszczęciem jakiegokolwiek postępowania, zasługuje na uwzględnienie tej okoliczności łagodzącej przy wymiarze kary pieniężnej w stopniu wyższym niż przedsiębiorca, który zaniechał stosowania praktyki dopiero zmotywowany do tego informacją o wszczęciu postępowania wyjaśniającego. Dwaj przedsiębiorcy, którzy zachowali się w tak różny sposób, nie zasługują na jednakowe potraktowanie ich zachowania jako okoliczności łagodzącej karę pieniężną (nawet gdyby okres trwania naruszenia był porównywalny).

Dość obszerne są rozważania SN dotyczące znaczenia wartości sprzedaży dóbr, mających związek z naruszeniem przepisów prawa konkurencji, dla ustalenia wysokości kary pieniężnej. SN słusznie stwierdza, że brak jest podstaw, by – ilekroć ustawa antymonopolowa pozwala nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości do 10% jego przychodu – zastępować przychód ogółem przychodem ze sprzedaży tylko tych towarów, których dotyczyła praktyka. Nawet jeśli w sprawie, w której dochodzi do nałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorcę, Prezes UOKiK stosuje równolegle unijne reguły konkurencji (obecnie art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu UE) oraz przepisy krajowego prawa konkurencji, Prezes UOKiK nie ma możliwości zastosowania Wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a rozporządzenia 1/2003 (z zastosowaniem dla Europejskiego Obszaru Gospodarczego)<sup>13</sup>, których punkt 5 odwołuje się do wartości sprzedaży dóbr mających związek z naruszeniem przepisów prawa konkurencji (a nie do przychodu ogółem). Motywując powyższe stanowisko, SN zasadnie sięgnął do uzasadnienia wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 13.12.2012 r. w sprawie *Expedia*<sup>14</sup>, w którym Trybunał stwierdził, że akty Komisji (informacje, zalecenia, opinie, komunikaty, obwieszczenia itp.) publikowane w serii C Dziennika Urzędowego UE nie są wiążące dla krajowych organów ochrony konkurencji ani sądów państw członkowskich. Ponadto SN nie podzielił poglądu powoda, jakoby art. 16 rozporządzenia 1/2003<sup>15</sup> stanowił podstawę prawną związania sądów wytycznymi Komisji.

Powyższe nie oznacza, że SN uważa wartość sprzedaży dóbr mających związek z naruszeniem przepisów prawa konkurencji za niemającą żadnego znaczenia dla ustalenia wysokości kary pieniężnej. SN wskazuje na wymóg proporcjonalności działania Prezesa UOKiK polegającego na nakładaniu kar pieniężnych. Kara pieniężna nakładana na przedsiębiorcę nie może być nieproporcjonalna. Zestawienie wysokości kary pieniężnej ustalonej w granicach określonych ustawą antymonopolową z wartością sprzedaży dóbr mających związek z naruszeniem przepisów ustawy może prowadzić do wniosku, że ustalona wysokość kary pieniężnej nie jest proporcjonalna, na co zwracał uwagę SN również we wcześniejszych orzeczeniach<sup>16</sup>. SN nie podaje jednak prostej

<sup>13</sup> Dz. Urz. UE z 1.09.2006 r., C 210, s. 2.

<sup>14</sup> C-226/11.

<sup>15</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. WE z 4.01.2003 r., L 001, s. 1).

<sup>16</sup> Wyrok z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011/9-10/144; wyrok z 21.04.2011 r., III SK 45/10, LEX nr 901645.

metody ustalania proporcjonalności czy też nieproporcjonalności kary pieniężnej ze względu na wartość sprzedaży dóbr mających związek z naruszeniem. W szczególności SN powtarza swój wcześniejszy pogląd, że jeśli wysokość kary pieniężnej przekroczy tę wartość, nie zawsze będzie oznaczało to, iż kara jest nieproporcjonalna<sup>17</sup>. Oceny należy dokonywać tylko i wyłącznie w odniesieniu do okoliczności konkretnego przypadku. Rozumowaniu temu nie można zarzucić nieprawidłowości.

Dodać należy, że w ust. 2 lit. g Wyjaśnień Prezesa UOKiK z 2008 r. w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję wymieniono „niewielki udział przychodów z towarów należących do rynku właściwego w przychodzie przedsiębiorcy” jako okoliczność braną pod uwagę przy ocenie wpływu naruszenia na rynek dokonywanej przez Prezesa UOKiK na potrzeby ustalenia tzw. kwoty bazowej służącej do ustalenia wysokości kary pieniężnej nakładanej na przedsiębiorcę. Zgodnie jednak ze stanowiskiem judykatury, jak najbardziej słusznym, dokument ten nie wiąże w żaden sposób sądu rozpoznającego odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK.

**Dr hab. Anna Piszcz**

Adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; członek Rady Doradczej przy Prezesie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; [piszcz@uwb.edu.pl](mailto:piszcz@uwb.edu.pl)

<sup>17</sup> Zob. też wyrok z 4.03.2014 r., III SK 34/13, LEX nr 1463897.