

Sabina Famirska*

Wpływ regulacji typu *soft law* na orzecznictwo sądów polskich orzekających w sprawach kar nakładanych za praktyki ograniczające konkurencję (na wybranych przykładach)

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Metodologia ustalania kar według Wyjaśnień
- III. Wątpliwości dotyczące poprawności metodologicznej Wyjaśnień
- IV. Podejście sądów
- V. Nieograniczony zakres orzekania sędziowskiego
- VI. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł zawiera analizę wpływu oficjalnych wyjaśnień Prezesa UOKiK dotyczących wymierzania kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję na orzecznictwo sądów polskich. W pierwszej kolejności autorka poddaje analizie metodę ustalania wysokości kar pieniężnych wynikającą z wyjaśnień Prezesa UOKiK oraz przedstawia pojawiające się w piśmiennictwie zastrzeżenia dotyczące tej metodologii. Następnie przedstawia wybrane orzeczenia sądów polskich, w których zastosowano lub odwoływano się w różnym zakresie do metodologii stosowanej przez Prezesa UOKiK. Na koniec sygnalizuje zaś wątpliwości dotyczące stosowania przed sądy metodologii zaczerpniętej z dokumentu o niewiążącym charakterze.

Słowa kluczowe: praktyki ograniczające konkurencję; naruszenie prawa konkurencji; kary pieniężne; metoda ustalania kar pieniężnych; *soft law*; wyjaśnienia w sprawie kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję; orzecznictwo sądów polskich.

JEL: K21, K 23

I. Wprowadzenie

Od 1 stycznia 2009 roku kary pieniężne nakładane przez Prezesa UOKiK za praktyki ograniczające konkurencję ustalane są w oparciu o algorytm obliczania kary zawarty w regulacji typu *soft law* wydanej przez Prezesa UOKiK. Do 1 stycznia 2016 roku zawarty był on w dokumencie

* Radca prawny; of-counsel w kancelarii Wardyński i Wspólnicy sp. k.; e-mail: sabina.famirska@wardynski.com.pl.

„Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję”, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UOKiK w grudniu 2008 roku¹. Od 1 stycznia 2016 roku ww. dokument został zastąpiony opublikowanymi w grudniu 2015 roku „Wyjaśnieniami dotyczącymi ustalania wysokości kar pieniężnych w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję” (dalej: **Wyjaśnienia**).

Wyjaśnienia (w obecnym i poprzednim brzmieniu) mają istotny wpływ na orzecznictwo sądowe, które w coraz większym stopniu odnosi do określonych w nich metodologii. W orzecznictwie można dostrzec różne podejścia do tego dokumentu. Najczęściej w ujęciu sądowym pełnią funkcję pomocniczą, jako źródło intelektualnej inspiracji, do którego sąd orzekający subsydiarnie odwołuje się w procesie miarkowania kary. Można też wyodrębnić orzeczenia, w których metoda szacowania kar pieniężnych zawarta w Wyjaśnieniach przyjmowana jest jako punkt odniesienia dla kar orzekanych przez sądy bądź jest absorbowana bez żadnych zastrzeżeń i modyfikacji, tak w zakresie poszczególnych etapów wyznaczania kwoty bazowej kary, jak i wag (tj. relacji procentowej do przychodów) przypisanych poszczególnym przesłankom wymiaru kary. W ocenie Autorki, to ostatnie podejście jest błędne, z uwagi na brak wiążącego charakteru Wyjaśnień² oraz wątpliwości dotyczące prawidłowości metodologii szacowania kar zawartej w tym dokumencie.

II. Metodologia ustalania kar według Wyjaśnień

Ramy prawne dla wymierzania kar pieniężnych za praktyki ograniczające konkurencję określają art. 106 oraz 111 uokik³. Wyjaśnienia mają w założeniach precyzować przesłanki wymiaru kary zawarte w art. 111 uokik oraz pozwalać przedsiębiorcom na samodzielne oszacowanie grożącej im kary⁴.

Wyjaśnienia – zarówno te stosowane do stycznia 2016 roku, jak i obecnie obowiązujące nie tylko precyzują ustawowe przesłanki wymiaru kary, lecz także zawierają specjalny algorytm służący do obliczenia wysokości kary. Algorytm ten odwołuje się do określonych wartości procentowych powiększających kwotę bazową kary. W istocie mamy tu do czynienia ze specyficznym równaniem matematycznym.

Podstawą obliczenia wysokości kary jest obrót ustalony w oparciu o art. 106 ust. 3 i nast. Ustawy, za ostatni rok obrotowy, w którym stosowana była praktyka ograniczająca konkurencję⁵. Zgodnie z metodologią przewidzianą w Wyjaśnieniach, proces obliczania wysokości kary podzielony jest na cztery etapy. Na pierwszym etapie Prezes UOKiK ocenia szkodliwość naruszenia, która powoduje ustalenie kwoty wyjściowej kary pieniężnej. Naruszenia bardzo poważne (np. kartele cenowe, zmywy przetargowe) powodują ustalenie kwoty wyjściowej (bazowej) kary na poziomie od 1 do 3% obrotu. Naruszenie poważne (do których należą porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń czy porozumienia wertykalne dotyczące cen) oraz naruszenia pozostałe, powodują ustalenie kwoty bazowej w przedziale, odpowiednio, 0,2 do 1% bądź 0,01 do 0,2% obrotu.

¹ Dz. Urz. UOKiK 2008, nr 4, poz. 33.

² Wyjaśnienia nie mają charakteru prawnie wiążącego, a sąd orzekający w sprawie praktyk ograniczających konkurencję nie ma obowiązku zastosowania metodologii opisanej w tym dokumencie. Potwierdził to Sąd Najwyższy w wyr. z 19.08.2009 r. (III SK 5/09), OSNP 2011/9-10/144, w którym wskazał, że nie ma podstaw normatywnych do wydania tego dokumentu oraz nie wiąże on w żaden sposób sądów rozpoznających odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK.

³ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (DzU 2020, poz. 1076 ze zm.) (dalej: uokik lub Ustawa).

⁴ Wyjaśnienia, s. 1.

⁵ W Wyjaśnieniach z 2008 roku – przychód z roku poprzedzającego nałożenie kary.

Kolejne etapy miarkowania kary dotyczą specyfiki rynku i działalności przedsiębiorcy (podwyższenie lub obniżenie kwoty wyjściowej o maksymalnie 80%) oraz długotrwałości naruszenia (możliwe podwyższenie kwoty wyjściowej o 200%). Oba te etapy mogą spowodować, że kwota bazowa kary, jeszcze przed uwzględnieniem okoliczności łagodzących i obciążających, w przypadku naruszeń bardzo poważnych może wynieść 16,2% przy zastosowaniu maksymalnego, osiemdziesięcioprocentowego podwyższenia na etapie drugim. Obrazuje to tabela 1.

Tabela 1. Kalkulacja kary – trzy etapy

Podmiot	Wymiar kary (% obrotu)			
	natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	razem
[Uczestnik porozumienia]	max. 3%	↑ 80%	↑ 200%	max. 16,2%

Źródło: opracowanie własne.

Ostatnim, czwartym, etapem przewidzianym w Wyjaśnieniach jest etap uwzględniania okoliczności łagodzących i obciążających, który może spowodować zmniejszenie bądź zwiększenie kary o kolejne 80%.

Tabela 2. Kalkulacja kary – cztery etapy

Podmiot	Wymiar kary (% obrotu)				
	natura naruszenia	specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy	długotrwałość naruszenia	okoliczności obciążające	razem
[Uczestnik porozumienia]	max. 3%	↑ 80%	↑ 200% (16,2%)	↑ 80%	max. 29,16%

Źródło: opracowanie własne.

Algorytm ten przypomina równanie matematyczne (kwota bazowa I etapu ± 80% kwoty bazowej I etapu = kwota bazowa II etapu) + (do 200% kwoty bazowej II etapu = kwota bazowa III etapu) ± (80% kwoty bazowej III etapu) = kara końcowa. Jeżeli kara obliczona w wyniku zastosowania opisanych czterech etapów przekracza maksymalny ustawowy próg 10% obrotu przedsiębiorcy osiągniętego w roku poprzedzającym nałożenie kary, Prezes UOKiK obniża jej poziom do tej maksymalnej wysokości (w niniejszym artykule mechanizm ten nazwany jest mechanizmem korygującym).

III. Wątpliwości dotyczące poprawności metodologicznej Wyjaśnień

Nietrudno dostrzec, że w przypadku niektórych – najpoważniejszych – naruszeń konkurencji algorytm zawarty w Wyjaśnieniach Prezesa UOKiK zasadniczo ogranicza proces indywidualizacji kary. Dotyczy to zwłaszcza naruszeń bardzo poważnych, o znacznych skutkach rynkowych oraz

długotrwałych. Będzie tak również w sytuacji, gdy obroty z ostatniego roku stosowania praktyki lub aktualne obroty przedsiębiorcy (w przypadku praktyki stosowanej w dacie wydania decyzji) były odpowiednio wysokie.

Jest to konsekwencją faktu, iż w przypadku naruszeń o najpoważniejszym charakterze (*hardcore restrictions*) Wyjaśnienia przewidują kalkulację kary ponad ustawowym maksimum 10% obrotu, wynikającym z art. 106 uokik. Maksymalne podwyższenie kwoty bazowej w trzecim etapie obliczania kary – wynoszącej maksymalnie 16,2% obrotu z ostatniego roku stosowania praktyki – o 80% spowoduje w końcowej fazie podniesienie kwoty bazowej kary aż do poziomu 29,16% obrotu.

W efekcie w przypadku *hardcore restrictions* kary orzeczone wobec przedsiębiorców znajdujących się w zupełnie odmiennej sytuacji faktycznej, będą w ujęciu procentowym takie same. Po zastosowaniu mechanizmu korygującego kara 10% obrotu zostanie orzeczona wobec przedsiębiorcy, którego dotyczą wyłącznie okoliczności obciążające (np. umyślność, recydywa, organizowanie porozumienia czy nakładanie innych do naruszenia)⁶. Taka sama kara może zostać orzeczona wobec przedsiębiorcy, co do którego zachodzą równoważące się okoliczności obciążające i łagodzące (np. popełnił delikt umyślnie, ale nie wprowadził go w życie)⁷. Co więcej, tożsamą karę otrzyma przedsiębiorca, wobec którego zachodzą wyłącznie okoliczności łagodzące, ale mniejszego rodzaju (nieumyślność szacowana, np. na 35% obniżenia kwoty bazowej)⁸.

Powyższe oznacza, że zastosowanie okoliczności obciążających z całą pewnością, a zastosowanie okoliczności łagodzących z wysokim prawdopodobieństwem pozostanie bez wpływu na wymiar kary, albowiem tak obliczona kara przekroczy ustawowy próg 10%, i ostatecznie kara będzie musiała być orzeczona w ustawowej, maksymalnej wysokości. Niezależnie od tego, czy w sprawie istnieją okoliczności łagodzące, które równoważą okoliczności obciążające, pozostanie to bez wpływu na wymiar kary zastosowany wobec podmiotu. W efekcie otrzyma on najwyższy wymiar kary, podobnie jak przedsiębiorca, wobec którego nie zachodzą żadne okoliczności łagodzące.

Innym problemem związanym z Wyjaśnieniami jest ich mała elastyczność w zakresie ustalania wysokości wymiaru kary. Wyjaśnienia wskazują, że na wysokość kar mają wpływ trzy elementy: stopień i skutki rynkowe naruszenia (uwzględniane w ramach etapu I i II algorytmu), okres naruszenia (III etap) oraz okoliczności łagodzące i obciążające (IV etap). Nie ma to uzasadnienia w przepisach ustawowych ani w orzecznictwie sądowym, które definiują przesłanki i dyrektywy wymiaru kary znacznie szerzej. Zgodnie z art. 111 ust. 1 uokik Prezes UOKiK, ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej, uwzględnia w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także, w przypadku kary pieniężnej nakładanej za praktyki ograniczające konkurencję, także okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia, biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia. Katalog przesłanek ustawowych ma zatem charakter otwarty (zwrot „w szczególności”) i może być dostosowany do specyficznych okoliczności danej sprawy.

⁶ Kwota bazowa kary IV etapu wyniesie 29,16%; kara będzie musiała zostać obniżona do 10% obrotu.

⁷ Kwota bazowa kary wyniesie wówczas 16,2%; kara będzie musiała zostać obniżona do 10% obrotu.

⁸ Obniżenie kwoty bazowej (w wysokości 16,2%) o 35% spowoduje, że kara znajdzie się nadal powyżej ustawowego progu 10% przychodu (wyniesie 10,53%); kara będzie musiała zostać obniżona do 10% obrotu.

W piśmiennictwie dostrzeżono problem związany ze stosowaniem Wyjaśnień Prezesa UOKiK i ich rzeczywisty wpływ na sytuację prawną karanych przedsiębiorców (Błachucki, 2015, s. 42 i n.). Paradoks związany z dokumentem nazwano „pułapką algorytmu”. Pułapka ta polega na mechanicznym stosowaniu algorytmu wyliczenia kar w oparciu o określone z góry lub przyjęte w danej sprawie wartości liczbowe przypisane poszczególnym okolicznościom prawnie relewantnym dla miarkowania kary pieniężnej. Pułapka opiera się na złudnym założeniu, że dzięki samemu przypisaniu wartości liczbowych określonym okolicznościom oraz kolejnym działaniom matematycznym otrzymujemy zawsze prawidłowy wymiar kary pieniężnej. Inną konsekwencją stosowania algorytmu jest ograniczenie możliwości elastycznej interpretacji przepisów, w sytuacji ujawnienia się niepełności wytycznych lub braków w stosowanym algorytmie obliczania kary pieniężnej⁹. Stosowanie przewidzianego w Wyjaśnieniach algorytmu prowadzi też do tego, że obliczona kara była wyższa od maksymalnej przewidzianej w ustawie. Skutkuje to koniecznością zmniejszenia wysokości kary i dostosowania jej do ram ustawowych. Autor poddaje krytyce fakt, że organ antymonopolowy wymierza w takiej sytuacji maksymalną karę ustawową, bez różnicowania kar pomiędzy uczestnikami porozumienia¹⁰.

Innym systemowym zarzutem, które można postawić Wyjaśnieniom jest to, że zmieniają one tradycyjny mechanizm wymierzania kar pieniężnych. W tradycyjnym ujęciu proces miarkowania kary odbywa się w ramach i granicach zagrożenia ustawowego, który w przypadku praktyk ograniczających konkurencję wyznacza próg 10% obrotów osiągniętych przez przedsiębiorcę w roku poprzedzającym nałożenia kary¹¹. Wszelkie okoliczności łagodzące co do zasady prowadzą do obniżenia sankcji poniżej maksymalnego poziomu. Zastosowanie metodologii określonej w Wyjaśnieniach powoduje, iż w przypadku najpoważniejszych naruszeń uwzględnienie okoliczności łagodzących, jak też obciążających, pozostanie bez wpływu na wymiar kary, który w obu przypadkach będzie orzeczony w maksymalnej ustawowej wysokości. Powstaje wątpliwość, czy takie rozwiązanie można przyjąć w przypadku kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa UOKiK, które są przyrównywane w orzecznictwie do sankcji zbliżonych do sankcji karnych¹². W odniesieniu do zasad wymiaru kary właściwych dla procesu karnego, komentatorzy wskazują, że „[c]o do zasady wymiar kary za przestępstwo powinien dokonywać się przede wszystkim w granicach wyznaczonych przez ramy ustawowego zagrożenia.” (Wróbel i Zoll, 2016, pkt 137)¹³. Wydaje

⁹ Powoływany autor słusznie zauważa, że brak jest jakichkolwiek mechanizmów kontrolnych w odniesieniu do aktywności interpretacyjnej Prezesa UOKiK. Możliwa jest jedynie pośrednia kontrola realizowana przez sądy, które w swoich orzeczeniach mogą zakwestionować poglądy zawarte w samych wytycznych. Nie wpływa to jednak na ważność samych Wyjaśnień, które w dalszym ciągu w pełnym zakresie pozostają w obrocie prawnym. Praktyczne znaczenie tego dokumentu jest znaczące, albowiem jedynie niewielka część spraw trafia do rozpoznania sądowego. Ponadto, nawet jeżeli sąd nie jest związany poglądami wyrażonymi w Wyjaśnieniach, to cały czas w jego kompetencji jest kontrola czy organ administracji zachował się w taki sposób, jak obiecał w wytycznych i ewentualnie udzielił ochrony prawnej podmiotowi, w stosunku do którego zasada zaufania od organów administracji została naruszona. Autor przywołuje też poglądy doktryny, zgodnie z którą Wyjaśnienia nie służą przejrzystości stosowania prawa antymonopolowego, gdyż odnoszą się jedynie do zachowania organu antymonopolowego, a więc sądy zawsze może zmienić decyzję organu, bazując na innej interpretacji przepisów ustawy (tak: Król-Bogomilska, 2010).

¹⁰ Przywoływany autor dla uniknięcia pułapki algorytmu postuluje zastosowanie jednej lub wielu znanych z prawa karnego instytucji kumulacji, absorpcji lub aspiracji kary. Obecnie system wytycznych organu antymonopolowego bazuje, choć nie deklaruje tego wprost, na prostej zasadzie kumulacji wartości okoliczności istotnych dla sprawy. Jednakże może to prowadzić do przekroczenia maksymalnej wysokości kary, co miało miejsce wiele razy. W tej sytuacji można się zastanowić albo nad zastosowaniem zasady absorpcji (brana jest pod uwagę najwyższa wartość poszczególnej okoliczności, niższe są pomijane) lub aspiracji (liczy się najwyższa wartość poszczególnej okoliczności, ale kara może zostać zaostrzona).

¹¹ Art. 106 uokik.

¹² Por. zwłaszcza wyr. SN w sprawie III SK 1/10; por. Piszcz, 2013, s. 260, oraz powołane tam wyr. SN: z 1.06.2010 r. (III SK 5/10), Legalis nr 395086, z 5.01.2011 r. (III SK 32/10), LEX nr 824312, z 21.10.2010 r. (III SK 7/10), OSNP z 2012 r. Nr 3-4, poz. 53, z 10.11.2010 r. (III SK 27/08), OSNP z 2012 r. Nr 5-6, poz. 81, z 21.04.2011 r. (III SK 45/10), Legalis nr 432334 z glosa aprobującą M. Sieradzkiej, LEX nr 142689, a także np. wyr. z 2.10.2008 r. (III SK 3/08), LEX nr 577776, czy w nowszym orzecznictwie, wyr. SN z 5.02.2015 r. (III SK 36/14), LEX nr 1652700.

¹³ Przywołaniu autorzy wskazują ponadto, że jeżeli ustawowe zagrożenie jest zbyt wysokie, sąd powinien poszukiwać odpowiedniej metod orzeczenia racjonalnej (niższej) kary. „...[j]eżeli ramy te są w dolnej granicy zbyt ciasne dla realizacji zasad i dyrektyw, sąd zobligowany jest wykorzystać wszelkie obowiązujące instytucje sądowego wymiaru kary umożliwiające zejście poniżej tej granicy i wymierzenie racjonalnej sankcji karnej. Gdyby mimo wszystko

się zatem, że poprawna metodologia wymiaru kary powinna polegać w pierwszej kolejności na ustaleniu maksymalnego wymiaru kary (10% obrotu), a następnie miarkowaniu tej kary w oparciu np. o okoliczności łagodzące w ramach i granicach ustawowego zagrożenia.

IV. Podejście sądów

W przeważającej części znanych Autorce orzeczeń sądowych metodologia Wyjaśnień, nawet jeżeli wpływała na proces myślowy sądów orzekających, nie miała decydującego wpływu na kary ostatecznie zasądzone. W sprawach tych sądy niejednokrotnie posilkowały się przesłankami wymiaru kary zawartymi w Wyjaśnieniach, ale modyfikowały je zgodnie z własnymi ustaleniami¹⁴.

Różnice w podejściu sądów do algorytmu zawartego w Wyjaśnieniach można zaobserwować na przykładzie spraw dotyczących porozumienia na rynku farb i lakierów¹⁵, porozumienia franczyzowego¹⁶ oraz porozumienia cementowego¹⁷.

Przykładem elastycznego podejścia do treści Wyjaśnień jest wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 10 stycznia 2018 r.¹⁸, dotyczący sprawy porozumienia franczyzowego, w którym Sąd Apelacyjny zmienił wyrok pierwszej instancji, znacząco obniżając karę pieniężną nałożoną przez Prezesa UOKiK obliczoną na podstawie Wyjaśnień. Sąd Apelacyjny, obniżając karę, wziął pod uwagę „niewielką szkodliwość zakwestionowanej praktyki, jej bardzo małe oddziaływanie oraz brak pryncypialnego podejścia powoda do reguły stosowania cen sztywnych”. W efekcie kara została obniżona prawie dziesięciokrotnie – z poziomu 464 228 zł do 50 000 zł. W wyroku z 9 października 2019 r.¹⁹ SN oddalił skargę kasacyjną od tego wyroku, akceptując w tym względzie stanowisko Sądu Apelacyjnego.

Przykładem tego nurtu jest także orzecznictwo wydane w sprawie porozumienia na rynku farb i lakierów. W wyroku z dnia 28 listopada 2014 r.²⁰ Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów znacząco obniżył kary nałożone na uczestników porozumienia na rynku farb i lakierów w decyzji Prezesa UOKiK nr DOK-4/2010. Sąd Okręgowy przypisał inne wagi poszczególnym przesłankom wymiaru kary. Szczególne znaczenie przypisał jednej z nich, tj. przesłance rzeczywistych skutków porozumienia. Sąd wziął ponadto pod uwagę niepojawiające się w Wyjaśnieniach okoliczności, jak zła sytuacja finansowa uczestnika porozumienia. W efekcie kara nałożona na inicjatora porozumienia została obniżona z poziomu 39 005 835 do 699 656 zł, natomiast na uczestnika porozumienia z poziomu 9 317 704 do 1 820 308 zł²¹. Wyrok SOKiK został utrzymany przez Sąd Apelacyjny. W wyroku z dnia 30 stycznia 2019 r.²² Sąd Najwyższy wprawdzie uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego do ponownego rozpoznania, jednak nie zakwestionował prawa sądu orzekającego do nawet znacznej ingerencji w metodologię obliczania kar przyjętą w decyzji administracyjnej.

okazało się to niemożliwe, zachodzi prawdopodobieństwo naruszenia przez regulację ustawową konstytucyjnej zasady proporcjonalności i sąd powinien wówczas wystąpić z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego”.

¹⁴ Podkreślić jednak należy, że temat możliwości stosowania metodologii wyrażonej w Wyjaśnieniach nie miał szczególnego znaczenia praktycznego, albowiem orzekane kary kształtowały się na znacznie niższym poziomie od poziomu maksymalnego.

¹⁵ Dec. Prezesa UOKiK nr DOK-4/2010 z 24.05.2010 r.

¹⁶ Dec. Prezesa UOKiK nr DOK-1/2013 z 25.06.2013 r.

¹⁷ Dec. Prezesa UOKiK nr DOK-7/2009 z 8.12.2009 r.

¹⁸ Wyr. SA z 10.01.2018 r. (VI Aga 828/18), niepubl.

¹⁹ Wyr. SN z 9.10.2019 r. (I NSK 89/18), LEX nr 2727399.

²⁰ Wyr. SOKiK z 28.11.2014 r. (XVII AmA 160/11), LEX nr 2155734.

²¹ Sąd Okręgowy ponadto inaczej niż Prezes UOKiK zinterpretował przesłanki uzyskania obniżenia kary w ramach programu łagodzenia kar (*leniency*), co miało wpływ na obniżenie kary na inicjatora porozumienia.

²² Wyr. SN z 30.01.2019 r. (I NSK 7/18), OSNKN 2020/1/6.

W tym duchu Sąd Najwyższy wskazał, że „[N]ie chodzi przecież o to, aby przy ocenie danej praktyki budować hierarchicznie uszeregowany katalog przesłanek wpływających na wymiar kary, określając dokładnie ich kolejność (istotność). Zarówno Prezes UOKiK, jak i sądy mają natomiast obowiązek – w zakresie swojej kognicji – poddać analizie poszczególne okoliczności rzutujące na wysokość kary, przypisać im odpowiednie znaczenie (wagę) i odpowiednio je uzasadnić. Bez znaczenia jest przy tym nazwanie określonej przesłanki ważniejszą, pierwszą, kolejną, czy ostatnią. Istota problemu sprowadza się do tego, że każdy z istotnych czynników wpływających na wysokość kary powinien zostać uwzględniony w odpowiednim dla danej okoliczności zakresie”.

Przytaczane orzeczenia są przykładami nurtu w orzecznictwie sądowym, w którym Wyjaśnienia traktowane są jako punkt wyjścia do orzekania wysokości kar, jednak nie mają znaczenia przesądającego o ich wysokości. W szczególności sądy odeszły w nich od zasady przypisania poszczególnym przesłankom wymiaru kary (np. rzeczywistym skutkom porozumienia) określonej z góry, procentowej wartości, co jest charakterystycznym elementem Wyjaśnień. Przykładowo, w Wyjaśnieniach rzeczywiste skutki naruszenia są elementem drugiego etapu wyznaczania kary²³, w której obniżenie lub zwiększenie kwoty bazowej kary może wynieść 80%. W związku z tym niemożliwa byłaby aż kilkukrotna czy nawet dziesięciokrotna redukcja kary (jak w przytoczonych sprawach), nawet w przypadku gdyby Prezes UOKiK uznał tę przesłankę za istotną. Wart odnotowania jest w tym kontekście wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 16 grudnia 2015 r.²⁴ dotyczący porozumienia franczyzowego, w którym Sąd Apelacyjny, uchylając wyrok Sądu Okręgowego i przekazując sprawę do ponownego rozpoznania, wskazał na przesłankę rzeczywistego wpływu porozumienia na rynek jako na tę, która powinna mieć zdaniem Sądu decydujący wpływ na wymiar kary:

Decydujące znaczenie [dla wysokości kary] w ocenie Sądu Apelacyjnego powinien mieć cel ustawy i zawartych w ustawie zakazów oraz sankcji, jakim jest ochrona konkurencji i ochrona konsumentów, zatem z punktu widzenia tego celu kryterium istotnym dla określenia wysokości kary jest kwestia rzeczywistego wpływu porozumienia na naruszenie konkurencji na rynku właściwym oraz możliwość takiego wpływu, odniesiona zarówno do rynku właściwego, jak i istoty powiązań między przedsiębiorcami wynikających z zawartych umów franchisingu.

Inne podejście zaprezentował SOKiK rozpatrujący odwołania stron od decyzji Prezesa UOKiK nr DOK-7/2009 wydanej w sprawie porozumienia cementowego. W wyroku z 13 grudnia 2013 roku²⁵, SOKiK wprawdzie potraktował Wyjaśnienia jako punkt odniesienia dla własnej analizy, akceptując cztery podstawowe przesłanki ustalania kar przewidzianych w tym dokumencie, lecz odrzucił algorytm w nim zawarty. Sąd poddał krytyce przede wszystkim mechanizm stosowania algorytmu Prezesa UOKiK stwierdzając, że „metodologia przyjęta przez Prezesa UOKiK powodująca operowanie procentowymi wskaźnikami ponad ustawowy limit 10% jest w ocenie Sądu nietrafna. Prezes UOKiK wyróżnił (i) naturę naruszenia, (ii) specyfikę rynku oraz działalność przedsiębiorcy, (iii) długotrwałość naruszenia i (iv) okoliczności łagodzące/obciążające jako czynniki wpływające na wymiar kary. Ocena tych przesłanek doprowadziła do kalkulacji kary pieniężnej ponad wysokość

²³ Specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy.

²⁴ Wyr. SA w Warszawie z 16.12.2015 r. (VI ACa 1799/14), LEX nr 2023538.

²⁵ Wyr. SOKiK z 13.12.2013 r. (XVII AmA 173/10), LEX nr 2155803.

limitu ustawowego. Sąd przyjął, że (i) natura naruszenia, (ii) specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy, (iii) długotrwałość naruszenia i (iv) okoliczności łagodzące/obciążające winne być kalkulowane w ramach maksymalnego ustawowego progu 10% przychodu, co oznacza, że każda z tych przesłanek może mieć co najwyżej 2,5% wpływ na wymiar kary”. W efekcie SOKiK opowiedział się za mechanizmem, w którym miarkowanie kary odbywa się w ramach i granicach zagrożenia maksymalnego ustawowego, nie zaś ponad limitem wyznaczonym przez uokik²⁶. SOKiK nie wziął jednak pod uwagę okoliczności faktycznych podniesionych przez strony, w tym dodatkowych okoliczności łagodzących, które nie zostały ujęte w Wyjaśnieniach²⁷.

Przykładem całkowitej akceptacji Wyjaśnień – zarówno co do etapów wyznaczania kary, jak i wag (wartościom procentowym) przypisanym poszczególnym przesłankom wymiaru kary, jest wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 marca 2018 r.²⁸ zapadły w sprawie cementowej. Sąd Apelacyjny, opierając się w całości na metodologii Prezesa Urzędu, wskazał, że „Wyjaśnienia nie mają wprawdzie charakteru normatywnego, jednakże ich opracowanie i publikacja w Dzienniku Urzędowym UOKiK ma istotny walor informacyjny dla przedsiębiorcy, obiektywizuje ustawowe dyrektywy wymiaru kary wskazane w art. 104 uokik 2000 oraz pozwala przedsiębiorcy na wstępne oszacowanie kary, którą mogłoby być zagrożone podjęte przez niego działania niezgodne z przepisami ustawy”. We wspomnianym wyroku Sąd Apelacyjny ustalił przychód będący podstawą do obliczenia wysokości kary²⁹. Następnie, posługując się algorytmem zawartym w Wyjaśnieniach, przypisał określone wartości procentowe poszczególnym etapom wymiaru kary zawartym w tym dokumencie (tj. (i) natura naruszenia; (ii) specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy; (iii) długotrwałość naruszenia i (iv) okoliczności łagodzące/obciążające). Wartości procentowe przypisane tym etapom zostały zaczerpnięte z Wyjaśnień. Podobnie jak Sąd Okręgowy, nie odniósł się do okoliczności podnoszonych przez strony, w tym okoliczności łagodzących, które nie zostały wyraźnie wymienione w Wyjaśnieniach³⁰. Można zatem stwierdzić, że metodologia Wyjaśnień została zaczerpnięta w tym wyroku bezpośrednio z Wyjaśnień, bez żadnych zastrzeżeń i modyfikacji.

V. Nieograniczony zakres orzekania sędziowskiego

W kontekście sygnalizowanych wątpliwości można zastanawiać się czy stosowanie algorytmu zaczerpniętego z Wyjaśnień przez sądy orzekające w sprawie mieści się w granicach swobodnego orzekania sędziowskiego. Na dalszym etapie – które podejście sądów, np. zaprezentowane z sprawach porozumienia franczyzowego czy cementowego, bardziej wypełnia dyrektywę orzekania sędziowskiego.

Za przyjęciem poglądu, iż sąd orzekający może powielić algorytm obliczania kary zawarty w Wyjaśnieniach – również w tych przypadkach, kiedy miarkowanie kary odbywa się ponad

²⁶ W przytaczanym wyr. SOKiK przyjął, że na zmniejszenie wymiaru kary powinien mieć wpływ fakt, że dopiero od 2004 roku stronom można przypisać udział w porozumieniu na podstawie przepisów unijnych, dlatego też kara została zredukowana o w stosunku do orzeczonej przez Prezesa UOKiK.

²⁷ Takich jak np. wysokość przychodów mająca bezpośredni związek z naruszeniem oraz podnoszone przez strony okoliczności łagodzące np. brak wcześniejszego naruszenia przepisów ustawy.

²⁸ Wyr. SA w Warszawie z 27.03.2018 r. (VI ACa 1117/2014), niepubl.

²⁹ W tej sprawie został nim przychód z roku poprzedzającego wszczęcie postępowania.

³⁰ Wyr. SA został częściowo (tj. w części dotyczącej kar nałożonych na pięć stron postępowania) uchylony i przekazany SA do ponownego rozpoznania, zob. wyr. SN z 29.07.2020 r. (I NSK 8/19), LEX nr 3037828.

ustawowym zagrożeniem 10% obrotów osiągniętych w roku poprzedzającym nałożenie kary przemawiałby przede wszystkim szeroki zakres rozpoznania sędziowskiego w ramach dyrektyw wymiaru kary wynikających z art. 106 ust. 1 i art. 111 uokik. Ograniczeniem w tym względzie byłby jedynie obowiązek obniżenia kary pieniężnej do poziomu 10% obrotu, jeżeli *in concreto* tak obliczona kara przekraczałaby maksymalny ustawowy poziom. W takim procesie sąd mógłby posunąć się nawet do pominięcia okoliczności łagodzących zachodzących wobec sprawcy deliktu antymonopolowego, o ile inne czynniki, w tym charakter i skutki naruszenia oraz jego długotrwałość powodują, że kwota bazowa kary przekracza poziom maksymalny.

W pewnym stopniu w ten tok rozumowania wpisuje się wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2014 r., III SK 34/13³¹, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, w którym to odwołaniu przedsiębiorca skarży wymiar nałożonej kary, sąd powinien przede wszystkim odnieść się do przesłanek przedstawionych w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji oraz powołanych w odwołaniu okoliczności rzutujących, według przedsiębiorcy, na ocenę prawidłowości wysokości wymierzonej kary. Jeżeli weryfikacja zastosowanych przez organ oraz powołanych przez przedsiębiorcę przesłanek i okoliczności prowadzi sąd do konkluzji, że przesłanki te i okoliczności zastosowano prawidłowo, należy dokonać oceny nałożonej kary z punktu widzenia jej funkcji. Praktyka Sądu Najwyższego dopuszcza przy tym sankcjonowanie nawet wysokich kar, o ile stanowisko sądu niższej instancji będzie w tym zakresie przekonująco umotywowane. W wyroku tym Sąd Najwyższy zdaje się sugerować, że sąd *meriti* powinien w pierwszej mierze odwołać się do metodologii ujawnionej w decyzji Prezesa Urzędu, która w praktyce opiera się na treści Wyjaśnień³².

W tę linię orzeczniczą zdaje się wpisywać orzecznictwo sądów europejskich, które przechodzi do porządku dziennego nad faktem, że pewne kryteria wymiaru kary mogą nie zostać uwzględnione w procesie miarkowania kary, jeżeli to miarkowanie odbywa się ponad limitem 10% obrotu zgodnie ze stosowanymi przez Komisję Europejską „Wytycznymi w sprawie metody ustalania grzywien”^{33, 34}.

Można też znaleźć argumenty przeciwne, zgodnie z którymi nieprawidłową jest praktyka miarkowania kary pieniężnej ponad maksymalnym limitem ustawowym. Wydaje się, że za odrzuceniem metodologii prezentowanej w Wyjaśnieniach przemawia szczególnie charakter postępowania z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nakładającej karę pieniężną, który ma charakter zbliżony do postępowania karnego, o czym pisano wyżej. Przyjmując standardy właściwe dla spraw karnych należałoby uznać, że sąd orzekający powinien w każdym wypadku miarkować karę w granicach zagrożenia ustawowego, okoliczności łagodzące zachodzące wobec sprawcy

³¹ Wyr. SN z 4.03.2014 r. (III SK 34/13), LEX nr 1463897.

³² Wskazać jednak należy, że Sąd Najwyższy w przytoczonej sprawie miał do czynienia z karą znacznie poniżej limitu 10% obrotu.

³³ W wyr. z 26.01.2017 r. (C-611/13 P), Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że „...z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że okoliczność, iż z powodu określonego w art. 23 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia nr 1/2003 pułapu wynoszącego 10 % obrotu niektóre czynniki takie jak waga i czas trwania naruszenia nie wpływają rzeczywiście na kwotę nałożonej grzywny, jest tylko zwykłą konsekwencją zastosowania do tej ostatecznej kwoty owej górnej granicy (zob. w szczególności wyroki: z 28.06.2005 r., Dansk Rørindustri i in./Komisja, C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, pkt 279, a także z 12.07.2012 r., Cetarsa/Komisja, C-181/11 P, niepublikowany, EU:C:2012:455, pkt 81) (par. 27). Wspomniana wyżej górna granica służy bowiem uniknięciu nakładania grzywien, których przedsiębiorstwa przewidywalnie nie będą w stanie zapłacić ze względu na swoją wielkość określoną na podstawie ich całkowitego obrotu, choćby w sposób przybliżony i niedoskonały (wyroki: z 28.06.2005 r., Dansk Rørindustri i in./Komisja, C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, pkt 280, a także z 12.07.2012 r., Cetarsa/Komisja, C-181/11 P, niepubl., EU:C:2012:455, pkt 82)” (par. 28).

³⁴ Przytoczone orzecznictwo sądów europejskich odnosi się do stosowania przepisów rozporządzenia 1/2003, które w art. 23 ust. 5 wskazuje, że kary nakładane przez Komisję Europejską „nie mają charakteru sankcji karnych”.

deliktu antymonopolowego powinny zaś co do zasady prowadzić do obniżenia kary pieniężnej poniżej ustawowego poziomu 10% obrotu³⁵.

Sądy europejskie jednolicie uznają, że postanowienia podobnych Wytycznych wydanych przez Komisję Europejską nie wiążą sądu przy ocenie wysokości grzywny. Sądom europejskim przysługuje na mocy art. 31 rozporządzenia 1/2003 nieograniczone prawo do orzekania. Jak wskazano w wyroku Trybunału w sprawie *Timab Industries i Cie financiere et de participations Roullier (CFPR) v. Komisja Europejska*³⁶ „Co się tyczy kontroli sądowej decyzji Komisji, mocą których instytucja ta postanawia nałożyć grzywnę lub okresową karę pieniężną za naruszenie reguł konkurencji, poza kontrolą legalności przewidzianą w art. 263 TFUE, sąd Unii posiada nieograniczone prawo orzekania, które zostało uznane w art. 31 rozporządzenia nr 1/2003, zgodnie z art. 261 TFUE, i które upoważnia go do zastąpienia oceny Komisji własną oceną i w konsekwencji uchylenia, zmniejszenia lub podwyższenia nałożonej na przedsiębiorstwo grzywny lub okresowej kary pieniężnej” (par. 6). Podobnie w sprawie *Panasonic Corp. i MT Picture Display Co. Ltd v. Komisja Europejska*³⁷ Sąd stwierdził: „Jeżeli chodzi o sprawowaną przez sąd Unii kontrolę decyzji Komisji w dziedzinie konkurencji, nieograniczone prawo orzekania uprawnia ten sąd do zmiany zaskarżonego aktu, nawet jeżeli nie stwierdza jego nieważności, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności faktycznych, aby zmienić na przykład wysokość grzywny. (...) Wytyczne określają normę postępowania, która stanowi pewną wskazówkę dla praktyki administracyjnej i od której Komisja nie może odstąpić w konkretnym przypadku bez podania powodów, które byłyby zgodne z zasadą równego traktowania. (...) Wprawdzie Komisja jest zobowiązana do przestrzegania zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań, gdy stosuje reguły zawierające wskazówki, które sama sobie narzuciła, jednak wspomniana zasada nie może wiązać w ten sam sposób sądów Unii w zakresie, w jakim nie zamierzają one stosować szczególnej metody obliczania grzywien w ramach nieograniczonego prawa orzekania, ale badają w każdym indywidualnym przypadku sytuację, które zostają im przedstawione, uwzględniając wszystkie okoliczności faktyczne i prawne z nimi związane”. Przytaczane orzecznictwo wskazuje na obowiązek samodzielnego i niezależnego miarkowania kar przez sąd orzekający, w tym uwzględnienia wszystkich relewantnych okoliczności zachodzących wobec sprawcy deliktu antymonopolowego. W ocenie Autorki, ten postulat w przypadku algorytmu mechanicznie zaczerpniętego z Wyjaśnień nie będzie w pełni zrealizowany.

VI. Podsumowanie

Wymierzanie przez sądy orzekające kar pieniężnych za praktyki ograniczające konkurencję w oparciu wyłącznie o Wyjaśnienia, zarówno w zakresie etapów wyznaczania wysokości kar, wag przypisanych poszczególnym przesłankom, a w szczególności miarkowania kary ponad ustawowym limitem, budzi wątpliwości w kontekście sygnalizowanych zastrzeżeń, tj. braku zindywidualizowania

³⁵ Podobne stanowisko odrzucające metodologię Prezesa UOKiK zaprezentował SOKiK w wyr. z 30.03.2015 r. (XVII AmA 69/12), LEX nr 2155784. W ten nurt orzecznicy zdaje się wpisywać Sąd Apelacyjny w wyroku z 16.07.2013 r. (VI ACa 1615/12), LEX nr 1392119: „Należy jednak wziąć pod uwagę fakt, że art. 106 ust. 1 ustawy oklik określa jedynie górną granicę wysokości kary, zaś przesłanki ustalania wysokości kary wymienione w art. 111 ustawy mają charakter przykładowy, a nie wyłączny, przy wymiarze kary mogą być więc brane pod uwagę także inne okoliczności, w tym stopień naruszenia interesu publicznego i wysokość osiągniętych przez Spółki korzyści, czy ocena jaki skutek mogło wywołać lub faktycznie wywołało porozumienie na rynku właściwym. Należy też mieć na względzie, że każdy przypadek naruszenia przepisów ustawy oklik powinien być oceniany indywidualnie, a w ocenie Sądu Apelacyjnego w sprawie niniejszej zachodzą okoliczności uzasadniające nałożenie kary uwzględniającej przede wszystkim charakter prewencyjny i wychowawczy, a nie represyjny. Decydujące znaczenie w ocenie Sądu Apelacyjnego powinien mieć cel ustawy i zawartych w ustawie zakazów oraz sankcji, jakim jest ochrona konkurencji i ochrona konsumentów”.

³⁶ Wyr. TS z 12.01.2017 r. w sprawie C-411/15 P *Timab Industries and Cie financiere et de participations Roullier* (CFPR), ECLI:EU:C:2017:11.

³⁷ Wyr. Sądu z 9.09.2015 r. w sprawie T-82/13 *Panasonic Corp. and MT Picture Display Co. Ltd*, ECLI:EU:T:2015:612.

kar w przypadku najpoważniejszych praktyk, odejścia od tradycyjnej metody miarkowania kar w ramach zagrożenia ustawowego czy też niemożności uwzględnienia wszystkich przesłanek wymiary kary. W ocenie Autorki uzasadnia to raczej pomocnicze traktowanie tego dokumentu przez sądy orzekające, nie zaś powielanie w całości, w ślad za Prezesem UOKiK, mechanizmu zaczerpniętego z Wyjaśnień. W przekonaniu Autorki orzecznictwo dotyczące zakresu swobodnego orzekania sędziowskiego nakazuje bardziej krytyczne przyjrzenie się przez sądy orzekające treści tego dokumentu i poprawności metodologicznej zawartego w nim algorytmu.

Bibliografia

- Błachucki, M. (2015). Wytyczne w sprawie nakładania administracyjnych kar pieniężnych (na przykładzie wytycznych wydawanych przez Prezesa UOKiK). W: M. Błachucki (red.), *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich.
- Król-Bogomilska, M. (2010). Kary pieniężne – główne kierunki ewolucji w okresie 20 kar rozwoju polskiego prawa antymonopolowego. *Europejski Przegląd Sądowy*, 5.
- Piszcz, A. (2013). *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*. Białystok: Temida 2.
- Wróbel, W. i Zoll A. (red.). (2016). *Kodeks karny. Część ogólna, Tom I, Część II, komentarz do art. 53–116*. Wyd. V. Warszawa: Wolters Kluwer.