

## Czy uczynić priorytetem nadanie efektywności programowi łagodzenia kar?

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2014 r., III SK 90/13

1. **Artykuł 109 uokik zapewnia przedsiębiorcom-uczestnikom porozumienia ograniczającego konkurencję pewne korzyści z tytułu „współpracy” z organem antymonopolowym, przy czym najdalej idące korzyści zapewnia przedsiębiorcy art. 109 ust. 1 uokik wyłączający kompetencję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów do nałożenia kary pieniężnej.**
2. **Z art. 109 uokik nie wynika jednak, że w przypadku zastosowania tego przepisu w konkretnym postępowaniu antymonopolowym, Prezes Urzędu ma obowiązek nałożenia kar pieniężnych na wszystkich innych przedsiębiorców-uczestników porozumienia, poza przedsiębiorcą spełniającym przesłanki art. 109 ust. 1 uokik.**

Komentowane postanowienie Sądu Najwyższego (dalej: SN) dotyczy problemu relacji programu łagodzenia kar (*leniency*) oraz kompetencji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) do odstąpienia od wymierzenia kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 1 uokik. Prezes UOKiK odegrał w sporze rolę strażnika efektywności programu łagodzenia kar.

Decyzją<sup>1</sup> z 26 kwietnia 2010 r. Prezes UOKiK uznał za praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>2</sup>, porozumienie zawarte między dwiema spółkami prawa handlowego na krajowym rynku sprzedaży artykułów biurowych klientom instytucjonalnym. Tą samą decyzją Prezes UOKiK nałożył na jedną ze spółek karę pieniężną, odstępując jednocześnie od jej nałożenia na drugą ze spółek z uwagi na spełnienie przez nią przesłanek art. 109 ust. 1 uokik<sup>3</sup>.

Zanim organ antymonopolowy wszczął postępowanie zakończone wskazaną decyzją, strony postępowania prowadziły spór przed sądem powszechnym<sup>4</sup>. Jedna ze skonfliktowanych spółek zażądała zasądzenia solidarnie od pozwanej (drugiej spółki) i swojego byłego pracownika, będącego jednocześnie współnikiem spółki pozwanej, odszkodowania, zarzucając jej popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 11 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>5</sup>. Zarzucany czyn przybrał postać wykorzystania bezprawnie uzyskanej – przez byłego pracownika, o którym mowa wyżej – tajemnicy przedsiębiorstwa powódki w postaci baz danych dotyczących jej klientów, oferowanych produktów, sugerowanych cen, informacji o składowanych zamówieniach, wzorów umów handlowych. Spór zakończono zawarciem ugód sądowych.

W toku negocjacji, prowadzących do polubownego zakończenia sporu, z inicjatywy powódki, dwaj współnicy spółki pozwanej (poza współnikiem będącym byłym pracownikiem) 28 lutego

<sup>1</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 26.04.2010 r., DOK-3/2010.

<sup>2</sup> Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 184) (dalej: uokik).

<sup>3</sup> Uchylony z dniem 18.01.2015 r. Jego odpowiednikiem jest obecnie art. 113b uokik.

<sup>4</sup> Sąd Okręgowy w Warszawie, sygn. akt XVI GC 826/06, oraz sprawa wyodrębniona i rozpoznawana przez tenże Sąd, Wydział Pracy, sygn. akt XII P 5/06.

<sup>5</sup> Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 ze zm.).

2007 r. podpisali oświadczenie zobowiązujące do niepodejmowania działań konkurencyjnych wobec działalności powódki w okresie 5 lat, licząc od dnia podpisania tego oświadczenia, w tym do niekierowania do klientów powódki ofert sprzedaży asortymentu, jaki ma ona w swojej ofercie, niestosowania cen dumpingowych i niepopelniania czynów nieuczciwej konkurencji. Oświadczenie wskazywało także, że jeżeli powódka stwierdzi, że została skierowana oferta sprzedaży do klienta z naruszeniem tego zobowiązania, zawiadomi o tym pozwaną, wzywając do doprowadzenia do jej niezwłocznego wycofania. W razie niewycofania oferty złożonej z naruszeniem zobowiązania wspólnicy pozwanej zobowiązani byli solidarnie do zapłaty na rzecz powódki kary umownej w wysokości 10.000 zł. Ponadto oświadczenie przewidywało możliwość domagania się odszkodowania za szkodę przewyższającą wysokość kary umownej na zasadach ogólnych. W ugodzie zawartej przed sądem poczyniono wzmiankę, że ugoda ta wyczerpuje wszelkie roszczenia stron z tytułu sporu objętego sprawą, z zastrzeżeniem jednak obowiązywania treści oświadczenia złożonego 28 lutego 2007 r. Treść tego oświadczenia nie została wciągnięta do protokołu rozprawy zawierającego treść samej ugody.

Od czasu polubownego zakończenia sporów sądowych spółka uprawniona z tytułu zobowiązania wystosowała kilka wezwań do wycofania ofert sprzedaży papieru i tonerów złożonych jej klientom wbrew treści zobowiązania pod rygorem obciążenia karą umowną. W odpowiedzi na większość wezwań, spółka zobowiązana informowała, że będzie podawać odpowiednio wysoką cenę, aby wykonać zawartą ugodę oraz wycofywała oferty. W dniu 24 października 2008 r. spółka, której wspólnicy podpisali oświadczenie, zawiadomiła Prezesa UOKiK o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję, którego doszukała się w owym zobowiązaniu, wniosła o odstąpienie od nałożenia na nią kary pieniężnej i z tą samą datą zaprzestała stosowania porozumienia. Prezes UOKiK wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe przeciwko obydwu spółkom zakończone decyzją, o której była mowa wyżej. Spółka, na którą nałożono karę pieniężną (dalej: skarżąca), wniosła odwołanie od decyzji, a następnie apelację od wyroku. O ile Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) wyrokiem z 11 czerwca 2012 r.<sup>6</sup> oddalił odwołanie, o tyle Sąd Apelacyjny w Warszawie (dalej: SA w Warszawie) wyrokiem z 10 maja 2013 r.<sup>7</sup> uwzględnił jeden z zarzutów apelacji i zmienił wyrok SOKiK, uchylając decyzję Prezesa UOKiK w zakresie, w jakim na skarżącą nałożono karę pieniężną. Prezes UOKiK wniósł skargę kasacyjną od wyroku SA w Warszawie.

SN odmówił przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania. Niemniej jednak w uzasadnieniu postanowienia SN znajdziemy odniesienie do zarzutów sformułowanych przez organ antymonopolowy. SN zarzucił skardze, jakoby nie poruszała istotnych zagadnień prawnych. Pozostawia to moim zdaniem niedosyt, gdyż rysująca się linia orzecznicza może zagrozić efektywności programu łagodzenia kar.

Spółki łączyło porozumienie (art. 4 pkt 5 uokik), kreujące po stronie jednej z nich obowiązek powstrzymywania się od podejmowania określonych działań, w tym m.in. od kierowania do klientów drugiego podmiotu oferty sprzedaży asortymentu, jaki podmiot ten miał w swojej ofercie. Ponadto w oświadczeniu wskazane zostało uprawnienie drugiego z podmiotów do wezwania do wycofania oferty złożonej kontrahentom niezgodnie z ww. oświadczeniem oraz prawo do domagania

<sup>6</sup> XVII AmA 197/10.

<sup>7</sup> VI ACa 1362/12.

się zapłaty określonej kary umownej. Warto nadmienić, iż pomimo podpisania oświadczenia wyłączenie przez współników spółki zobowiązanej jego treść była uzgodniona ze spółką uprawnioną. Podpisanie oświadczenia warunkowało nadto zgodę spółki uprawnionej na zawarcie ugody przed sądem w sporze dotyczącym roszczeń pieniężnych. Mocnym dowodem na zawarcie porozumienia jest niewątpliwie zachowanie obu spółek w postaci przestrzegania jego postanowień i ciągłej weryfikacji owego przestrzegania. Co do konieczności każdorazowego udowodnienia antykonkurencyjnego celu lub skutku danego porozumienia<sup>8</sup>, należy zauważyć, że porozumienie zmieniło politykę handlową przedsiębiorców, wpływając na otoczenie rynkowe, w tym na klientów. O ile fakt zawarcia porozumienia należy uznać za należycie uargumentowany w sprawie, o tyle odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 1 uokik budzi wątpliwości.

Podmiot, którego współnicy podpisali zobowiązanie, złożył do Prezesa UOKiK wnioski z zamiarem skorzystania z programu łagodzenia kar. Główną i największą korzyścią przedsiębiorcy wynikającą z programu *leniency* (przy założeniu, że spełnione są wszystkie ustawowe warunki) jest odstąpienie przez Prezesa UOKiK od wymierzenia kary pieniężnej (tzw. immunitet lub pełne *leniency*)<sup>9</sup>. Warunkiem obligatoryjnego odstąpienia przez Prezesa UOKiK od wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2 uokik, jest kumulatywne spełnienie ustawowych przesłanek, które pozbawia Prezesa UOKiK swobody uznania w zakresie odstąpienia od wymierzenia kary pieniężnej. Wskazać jednak warto, że stopień realizacji tych wymogów ocenia Prezes UOKiK, który dokonuje wykładni nieostrych pojęć zawartych w przepisach uokik. Ich doprecyzowanie odnaleźć można w *soft law* Prezesa UOKiK – „Wytycznych Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie programu łagodzenia kar”<sup>10</sup>. Na żadnym etapie omawianego sporu sądowego nie podważono faktu łącznego spełnienia przez spółkę ubiegającą się o *leniency* przesłanek odstąpienia od wymierzenia kary. Uznaję za słuszne zarówno takie zapatrywanie sądów, jak i argumentację przywoływaną w uzasadnieniach orzeczeń.

Druga ze spółek, choć przypisano jej status inicjatora porozumienia, miała możliwość ubiegania się o obniżenie kary w ramach programu *leniency*, jednakże z niej nie skorzystała. Pomimo braku wniosku w ramach programu *leniency*, spółka ta żądała w apelacji uchylenia decyzji w całości, ewentualnie odstąpienia od nałożenia na nią kary. Podniosła szereg zarzutów dotyczących naruszenia prawa materialnego i procesowego. SA w Warszawie uwzględnił zarzut naruszenia art. 111 uokik. Kryteria ustalania wysokości kar pieniężnych z art. 111 uokik przed 18 stycznia 2015 r. obejmowały „w szczególności” okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Językowa wykładnia wskazuje, iż wymienione kryteria powinny być brane pod uwagę „przy ustalaniu wysokości” kary, jednak względy funkcjonalne, a także fakultatywny charakter wszystkich kar, przemawiają za ich miarodajnością także przy ocenie czy w danym przypadku w ogóle nakładać karę<sup>11</sup>.

Jak SA w Warszawie odniósł się do tych kryteriów? Po pierwsze wskazał na otwarty charakter katalogu z art. 111 uokik, po drugie oparł się niemalże wyłącznie na okoliczności, że skarżąca manifestowała obawę, iż baza została zdobyta nielegalnie, a rzetelność postępowania drugiego

<sup>8</sup> Zob. D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 435, 436.

<sup>9</sup> B. Turmo, *Komentarz do art. 109 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*. Pobrano z: <http://lex.online.wolterskluwer.pl/>, s. 5 (15.12.2014).

<sup>10</sup> Wytyczne Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie programu łagodzenia kar. Pobrano z: [http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia\\_i\\_wytyczne.php](http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php) (21.04.2015). Wymagają one zmiany z uwagi na nowelizację przepisów uokik obowiązującą od 18.01.2015 r.

<sup>11</sup> K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz do art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*. Pobrano z: <http://lex.online.wolterskluwer.pl/>, s. 2 (15.12.2014).

przedsiębiorcy budzi poważne wątpliwości. Podkreślenia wymaga w tym miejscu potrzeba odniesienia się do wszystkich czynników wpływających na wymiar kary.

Warto również sięgnąć do innego dokumentu „miękkiego” Prezesa UOKiK – „Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję”<sup>12</sup> – gdyż są podstawy twierdzić, że jeżeli organ wydał wyjaśnienia, sam będzie je respektował. O szkodliwości naruszenia, według Prezesa UOKiK decydują dwie grupy okoliczności, te dotyczące natury naruszenia oraz te, które dotyczą czynników związanych ze specyfiką rynku oraz działalnością przedsiębiorcy. W przypadku omawianego porozumienia mamy do czynienia ze szczególnie szkodliwym horyzontalnym ograniczeniem konkurencji (podział rynku zbytu według kryteriów podmiotowego i asortymentowego). Z kolei ocena w ramach kryterium specyfiki rynku i działalności przedsiębiorcy działa na korzyść skarżącej – porozumienie nie objęło wszystkich uczestników rynku właściwego, a dwaj uczestnicy, którzy je zawarli, mają mały udział w rynku i choć porozumienie ograniczyło konkurencję, nie mogło wywołać trwałych zmian na rynku. Ustawa wskazuje na kryterium okresu, a Prezes UOKiK doprecyzowuje, że długotrwałe naruszenia to te, które trwają dłużej niż rok. Tu stan faktyczny przemawia na niekorzyść skarżącej – naruszenie trwało około 1,5 roku. W zakresie okoliczności łagodzących, należy wskazać, że spółka współpracowała z organem antymonopolowym w toku postępowania. Za okoliczność obciążającą uznać należy fakt, że skarżąca występowała w roli inicjatora praktyki ograniczającej konkurencję, ponadto skarżąca działała umyślnie. Także w literaturze prawniczej i w orzecznictwie antymonopolowym podkreśla się potrzebę uzależnienia wysokości kary pieniężnej od świadomości naruszenia przez sprawcę ustawy antymonopolowej<sup>13</sup>. Skarżącej zarzucić można co najmniej *dolus eventualis*, gdyż już przed wszczęciem postępowania antymonopolowego profesjonalni pełnomocnicy obu przedsiębiorców podnosili możliwość naruszenia przepisów uokik, a kolejnym sygnałem było wszczęcie postępowania. Krytycznie oceniam wydanie przez SA w Warszawie wyroku, w którym powołano się na subiektywną obawę skarżącej o rzetelność jej konkurenta bez gruntownego wskazania innych przesłanek odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 16 ust. 1 uokik oraz przede wszystkim bez wskazania, dlaczego tej pierwszej przesłance nadano walor najistotniejszej – tego oczekiwać należałoby od uzasadnienia. Nowelizacja uokik z 10 czerwca 2014 r.<sup>14</sup> dokonuje uszczegółowienia lakonicznych przesłanek z art. 111 uokik. Są przedstawiciele doktryny, którzy już wyrazili aprobatę dla faktu, że nowelizacja wprowadza do przepisów uokik pewne rozwiązania dotyczące ustalania wysokości kar pieniężnych, które dotychczas wynikały wyłącznie z niewiążących prawnie dokumentów Prezesa UOKiK, ewentualnie orzecznictwa<sup>15</sup>. Poza kryteriami z art. 111 uokik, ustawa posługuje się także generalną przesłanką, jaką jest interes publiczny (art. 1 ust. 1 uokik). Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien być ustalony i konkretyzowany<sup>16</sup>. Zdaje

<sup>12</sup> Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję. Pobrano z: [http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia\\_i\\_wytyczne.php](http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php) (21.04.2015). Wymagają one zmiany z uwagi na nowelizację przepisów uokik obowiązującą od 18.01.2015 r.

<sup>13</sup> M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne nakładane na przedsiębiorców w świetle polskiego i wspólnotowego prawa konkurencji*. Pobrano z: [http://www.ce.uw.edu.pl/pliki/pw/3-1998\\_Krol-Bogominska.pdf](http://www.ce.uw.edu.pl/pliki/pw/3-1998_Krol-Bogominska.pdf), s. 138 (15.12.2014).

<sup>14</sup> Ustawa 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).

<sup>15</sup> A. Piszcz, *Zasady ustalania wysokości kar pieniężnych według projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 1(2), s. 14.

<sup>16</sup> Wyr. SN z 29.05.2001 r., I CKN 1217/98.



się, że skoro skutkiem porozumienia było ograniczenie swobody wyboru po stronie kontrahentów uczestników porozumienia, doszło także do zakłócenia szeroko pojętej wolności konkurencji.

SN, ustosunkowując się do skargi kasacyjnej Prezesa UOKiK, zapytuje o publicznoprawny sens ingerencji organu, wskazuje na okoliczności faktyczne, w jakich zawarto porozumienie (na etapie ugody sądowej i celem zadośćuczynienia czynowi nieuczciwej konkurencji), zarzuca Prezesowi UOKiK, jakoby przypisywał priorytet instytucji *leniency*.

Odmienne niż SN doszukuję się publicznoprawnego sensu ingerencji, a ponadto podzielam obawy o efektywność programu łagodzenia kar. W analizowanej sprawie i przy takim jej rozstrzygnięciu mamy bowiem do czynienia z sytuacją, gdzie podmiot, który skorzystał z pełnego *leniency*, spełniając wszystkie jego przesłanki, uzyskuje status tego, który popełnił czyn zabroniony ustawą w stopniu uzasadniającym nałożenie nawet dolegliwej kary, której jednak nie nałożono za coś w rodzaju współpracy z organem. Drugi z przedsiębiorców ostatecznie uzyskał status podmiotu, który zawarł porozumienie w okolicznościach faktycznych niwelujących jego szkodliwość, długotrwałość i umyślność, nadto niewadzące interesowi publicznoprawnemu. I choć przyznano, że to ten właśnie podmiot zainicjował porozumienie, ostatecznie uzyskał pozycję aksjologicznie bardziej akceptowalną.

Bez znaczenia moim zdaniem pozostaje fakt, iż podmiot ów został pokrzywdzony czynem nieuczciwej konkurencji; miał on możliwość dochodzić kolejnych roszczeń lub roszczenia większej wartości w postępowaniu sądowym, które dotyczyło zwalczania nieuczciwej konkurencji. Co więcej zastosowanie do przedsiębiorcy programu *leniency* nie chroni tego przedsiębiorcy przed cywilnoprawnymi konsekwencjami naruszenia uokik. Skutkuje to tym, że przeciwko przedsiębiorcy, który uzyskał całkowite „zwolnienie” od kary pieniężnej i który zapewne nie odwoła się od decyzji Prezesa UOKiK, w bardzo krótkim czasie po uprawomocnieniu się w stosunku do niego decyzji mogą być wnoszone pozwy o zapłatę. Pozwy przeciwko innym uczestnikom tego samego porozumienia, którzy odwołali się od decyzji Prezesa UOKiK, będą z reguły wnoszone dopiero po rozpoznaniu środków zaskarżenia przez sądy. Wizja rychłych powództw może osłabić motywację przedsiębiorców do korzystania z programu *leniency*<sup>17</sup>. Zdaje się, że program *leniency* w Polsce to nie tylko remedium na kartele; ustawodawca dość szeroko określił ramy jego zastosowania, obejmując nim także porozumienia wertykalne<sup>18</sup>. Skoro zatem rozszerzono granicę instytucji względem tych, które były dla niej pierwowzorem, wnioskować można o jej wysokim priorytecie. Sama uokik nie wskazuje, jakoby zakresy zastosowania w jednym postępowaniu programu łagodzenia kar oraz odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 1 z uwzględnieniem przesłanek art. 111 uokik wzajemnie się wyłączały, wypada więc sformułować uwagę *de lege ferenda* w tym zakresie.

### Marzena Borowik

studentka V roku prawa na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

<sup>17</sup> B. Turno, *Komentarz do art. 109 ustawy ...*, s. 18, (15.12.2014).

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 4, (15.12.2014 r.).