

**Wyrok z dnia 2 października 2008 r.**

**III SK 3/08**

**Jeżeli decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o nałożeniu na przedsiębiorców kary pieniężnej za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji wydanych na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.) obejmuje zarówno okres sprzed dnia wejścia w życie ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 93, poz. 891), jak i okres po tym dniu, to w odniesieniu do okresu sprzed wejścia w życie tej ustawy wysokość kary pieniężnej powinna być orzekana w oparciu o art. 102 w pierwotnym brzmieniu, natomiast w odniesieniu do okresu po tym dniu - w oparciu o nowe jego brzmienie.**

Przewodniczący SSN Jerzy Kwaśniewski, Sędziowie: SN Herbert Szurgacz (sprawozdawca), SA Halina Kiriło.

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2008 r sprawy z powództwa W. Rolno-Spożywczy Rynek Hurtowy SA w B. przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o ochronę konkurencji, na skutek skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 czerwca 2007 r. [...]

u c h y l i ł zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.

### **U z a s a d n i e n i e**

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów-Delegatura w Warszawie decyzją [...] z dnia 9 maja 2005 r.: I. na podstawie art. 102 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm.) nałożył na W. Rolno-Spożywczy Rynek Hurtowy SA z sie-

dzibą w B. [...] karę pieniężną w wysokości 4.079 zł, za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji Prezesa Urzędu [...] z dnia 20 marca 2002 r., w części dotyczącej nakazania zaniechania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania powierzchni na targowiskach hurtowych (rynkach hurtowych wtórnych), na których dokonywany jest obrót produktami rolno-spożywczymi, obejmującym obszar aglomeracji warszawskiej, poprzez uzależnianie zawarcia umowy najmu powierzchni handlowej w halach i wiatkach znajdujących się na terenie Rynku od wykupienia pakietu akcji wyżej wymienionej spółki, licząc od dnia 3 września 2003 r. do dnia wydania niniejszej decyzji, co daje łączną kwotę w wysokości 2.500.427 zł, płatną do budżetu państwa; II. na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 102 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów umorzył postępowanie w sprawie nałożenia na W. Rolno-Spożywczy Rynek Hurtowy SA z siedzibą w B. [...] kary pieniężnej, z tytułu niewykonania decyzji Prezesa Urzędu [...] z dnia 20 marca 2002 r., w części dotyczącej nakazania zaniechania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania powierzchni na targowiskach hurtowych (rynkach hurtowych wtórnych), na których dokonywany jest obrót produktami rolno-spożywczymi, obejmującym obszar aglomeracji warszawskiej, poprzez ograniczanie, mimo posiadanych możliwości, sprzedaży usług udostępniania powierzchni umożliwiającej prowadzenie hurtowego handlu produktami owocowo-warzywnymi przez producentów i handlowców prowadzących sprzedaż „z samochodu” na placu, na skutek zamknięcia targowiska owocowo-warzywnego na O. administrowanego przez spółkę E. Sp. z o.o. w W.

Od powyżej decyzji, w części pkt I, Spółka W. Rolno-Spożywczy Rynek Hurtowy SA z siedzibą w B. wniosła odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zarzucając jej naruszenie prawa procesowego i prawa materialnego - art. 102 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez nałożenie kary pomimo niewykazania podejmowania przez powoda po dacie uprawomocnienia się decyzji [...] działań noszących znamiona praktyki zdefiniowanej w tej decyzji. W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że nieuprawnione jest uznanie przez pozwanego, iż niedokonanie zmian w regulaminie - wewnętrznym dokumencie powoda - jest równoznaczne z kontynuowaniem zakwestionowanej praktyki, a także abstrahowanie od okoliczności, że po uprawomocnieniu się decyzji umowy zostały

zawarte na wniosek najemców, a ich swoboda kontraktowa w tym czasie nie była ograniczana.

Wyrokiem z dnia 11 października 2006 r. Sąd Okręgowy w Warszawie-Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję. W uzasadnieniu Sąd Okręgowy podkreślił, że dla ustalenia, że powód nie wykonuje orzeczonego decyzją [...] zakazu, pozwany obowiązany był wykazać, że po uprawomocnieniu się tej decyzji powód uzależniał zawarcie umowy najmu powierzchni handlowej od wykupu akcji, a w odniesieniu do skutków, które już wystąpiły, utrudniał zainteresowanym podmiotom zbycie akcji. Zwrócił także uwagę, że pozwany nie wykazał istnienia konkretnych przypadków, w których zakazane zachowanie miałoby miejsce, przy czym istota praktyki, którą jest działanie wbrew woli kontrahentów nie mających możliwości zawarcia umowy najmu bez równoczesnego zawarcia umowy kupna akcji powoda, nie wyklucza możliwości nabywania akcji powoda przez najemców powierzchni handlowych, o ile wynika to z ich swobodnej woli. Ponadto podkreślił, że orzeczony w decyzji [...] zakaz nie polega na bezwzględnym obowiązku odkupu sprzedanych akcji, nawet jeśli ich sprzedaż nastąpiła w wyniku niedozwolonej presji. Decydująca jest w tej mierze wola nabywców - najemców. Naruszeniem orzeczonego zakazu byłoby uchylenie się od wykupu akcji, gdy nabywca zgłaszał takie żądanie lub wszelkie formy uniemożliwiające tym podmiotom sprzedaż akcji, w szczególności poprzez groźbę rozwiązania umowy najmu. Sąd Okręgowy zauważył także, że pozwany nie dokonał ustaleń w powyższym zakresie, nie ustalił motywów działań przedsiębiorców zawierających umowy najmu i kupna akcji. Podkreślił, że posługiwanie się formularzem wniosku o zawarcie umowy najmu, zawierającym zapis dający możliwość wyboru w zakresie nabywania lub nienabywania akcji pozwala przypuszczać, że kontrahenci posiadali wybór, choć treść formularza nie daje również podstaw do formułowania jednoznacznego wniosku, że potencjalni najemcy posiadali swobodny wybór w zakresie zakupu akcji, gdyż praktyka mogła ich ograniczać.

Sąd Okręgowy podkreślił, że „Regulamin świadczenia usługi realizacji pierwszeństwa w W. Rolno-Spożywczym Rynku Hurtowym SA w B.”, którego rozdział III ust. 3 pozostał niezmieniony, nie ma charakteru aktu prawnego, lecz stanowi wzorzec umowny w rozumieniu art. 384 § 1 k.c., a posługiwanie się nim w obrocie nie oznacza jeszcze, że jest on stosowany w każdej umowie lub że umowa nie zawiera odmiennych uregulowań. Zauważył ponadto, że pozwany nie dokonał żadnych ustaleń w zakresie udziału powoda w rynku właściwym po 2 lipca 2003 r. pomimo zgła-

szanych zarzutów. Tymczasem zakaz stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o którym mowa w art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, dotyczy wyłącznie sytuacji, w której przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na rynku właściwym. Utrata tej pozycji powoduje, że orzeczone na podstawie art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakaz przestaje wiązać. Podkreślił też, że pozwany pominął okoliczność zmiany, z dniem 1 maja 2004 r., treści art. 102 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na podwyższeniu wysokości kar pieniężnych za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji wydanych na podstawie art. 9 z równowartości od 10 do 1.000 euro do równowartości od 500 do 10.000 euro. Za właściwy uznany został pogląd powoda, że skoro kara, o której mowa w art. 102 w powołanej ustawie, naliczana jest za każdy dzień trwającej zwłoki, to do 1 maja 2004 r. winna być naliczana w granicach zagrożenia ustawowego równowartości od 10 do 1.000 euro, po tej dacie w granicach równowartości od 500 do 10.000 euro. Wprawdzie wymierzona kara mieści się w tak określonych granicach zagrożenia ustawowego, jednak jej wysokość nie koresponduje z treścią uzasadnienia.

Pozwany zaskarżył ten wyrok apelacją, wnosząc o jego zmianę w całości i oddalenie odwołania, ewentualnie o uchylenie go w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie, zarzucając mu naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię art. 102 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskutek przyjęcia, że zaniechanie działań przez spółkę W. Rolno-Spożywczy Rynek Hurtowy SA w B. opisane w decyzji pozwanego [...] z dnia 9 maja 2005 r. nie stanowi przesłanki do uznania zwłoki w wykonaniu decyzji Prezesa UOKiK oraz sprzeczność ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego i naruszenie przepisów prawa procesowego.

Powód wniósł o oddalenie apelacji.

Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 22 czerwca 2007 r. uznał apelację za częściowo uzasadnioną, w związku z czym zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zmienił pkt I zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK [...], poprzez obniżenie wysokości kary dziennej z kwoty 4.079 zł do kwoty 2.039,50 zł za każdy dzień zwłoki, co daje łącznie karę pieniężną w wysokości 1.250.213,50 zł zamiast kwoty łącznej 2.500.247 zł, a w pozostałym zakresie odwołanie powoda oddalił.

W uzasadnieniu Sąd Apelacyjny pokreślił, że w przeważającej części uzasadnione jest stanowisko pozwanego, iż Sąd pierwszej instancji oparł swoje rozstrzygnięcie na błędnych przesłankach. W szczególności prawidłowe jest stanowisko po-

zwanego, iż bezwzględny obowiązek adresata decyzji Prezesa Urzędu jest zastosowanie się do zakazu w niej sformułowanego, który oznacza aktywność w wykonywaniu tej decyzji i nie budzący wątpliwości efekt tej aktywności, nie tylko w odniesieniu do skutków stosowanej praktyki, ale także w odniesieniu do sytuacji obecnej i przyszłej, tak długo, jak długo ten adresat zachowuje pozycję dominanta. W tym kontekście Sąd Apelacyjny zauważył, że powód nie podjął żadnych działań, które odzwierciedlałyby niekwestionowaną wolę zastosowania się do prawomocnej decyzji pozwanego. Wskazał przy tym przede wszystkim na postanowienia „regulaminu” i całkowity brak uzasadnienia dla umieszczenia w nim postanowień opcji zakupu akcji, mając na uwadze fakt, że zakup akcji i najem miejsca są transakcjami odrębnymi rzeczowo i zwyczajowo.

Ponadto Sąd Apelacyjny, odnosząc się do zarzutu powoda o utracie przez niego dominującej pozycji na rynku ze względu na zmianę struktury sprzedających, zauważył, że rynkiem, na którym działa powód, nie jest rynek sprzedaży produktów rolno-spożywczych, ale rynek udostępniania powierzchni najmu na targowiskach hurtowych, a w tym zakresie żadne twierdzenia dotyczące zmiany pozycji powoda nie zostały przez niego zgłoszone. Tym niemniej Sąd Apelacyjny zgodził się ze stanowiskiem Sądu pierwszej instancji i powoda, iż wprowadzie wymierzona kara mieści się w granicach zagrożenia ustawowego, to jednak jej wysokość nie koresponduje z treścią uzasadnienia zaskarżonej decyzji i z tego powodu Sąd zaskarżoną decyzję zmienił, obniżając wymierzona karę o połowę.

Powód zaskarżył ten wyrok skargą kasacyjną, wnosząc o jego uchylenie w całości oraz uchylenie poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego i przekazanie sprawy do rozpoznania Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów, alternatywnie o uchylenie w całości wyroku Sądu Apelacyjnego i zmianę w całości wyroku Sądu Okręgowego poprzez wydanie orzeczenia co do istoty sprawy.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono naruszenie, na skutek błędnej wykładni, prawa materialnego - art. 102 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, na skutek przyjęcia, że orzeczenie kary pieniężnej za niewykonanie decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, nakazującej zaniechanie określonej praktyki, może nastąpić już w przypadku stwierdzenia kontynuowania przez przedsiębiorcę innych działań niż te, które zostały uznane za praktykę i których nakaz zaniechania został orzeczony decyzją - w niniejszej sprawie za niedokonanie zmiany „Regulaminu”, poprzez przyjęcie, że powód kontynuował praktykę uzależniania za-

warcia umowy najmu powierzchni handlowej od zakupu akcji, po uprawomocnieniu się decyzji [...] nakazującej zaniechania tej praktyki, na tej podstawie, że nie wprowadził zmian w „Regulaminie” oraz poprzez przyjęcie, że nałożenie na przedsiębiorcę kary pieniężnej na podstawie art. 102 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów za niewykonanie decyzji nakazującej zaniechanie praktyki ograniczającej konkurencję nie wymaga wykazania, że przedsiębiorca po uprawomocnieniu się wyżej wymienionej decyzji podejmował działania naruszające przepisy ustawy antymonopolowej, objęte nakazem zaniechania praktyki, zaś podjęcie postępowania dowodowego w tym zakresie - zdaniem Sądu drugiej instancji - stanowi podważenie prawomocnego rozstrzygnięcia, a także, że nie wymaga zbadania i oceny stanu faktycznego, w tym zdefiniowania rynku właściwego oraz oceny pozycji przedsiębiorcy na rynku od dnia wydania decyzji nakazującej zaniechanie praktyki do dnia wydania decyzji nakładającej karę za niewykonanie decyzji. Ponadto zarzucono naruszenie przepisów postępowania.

Z ostrożności procesowej zarzucono także naruszenie prawa materialnego poprzez błędne zastosowanie art. 102 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez nieuwzględnienie przy nakładaniu kar pieniężnych w postępowaniu antymonopolowym zasady nieretroaktywności oraz poprzez przyjęcie, że w przypadku praktyki uzależniania zawarcia umowy najmu powierzchni handlowej od zakupu akcji, okres kontynuowania praktyki, będący podstawą określenia łącznej kary za niewykonanie decyzji nakazującej zaniechanie praktyki, obejmuje okres niedokonania zmiany w „Regulaminie”, a nie okres od uprawomocnienia się decyzji nakazującej zaniechanie do dnia zawarcia ostatniej umowy najmu z opcją wykupu akcji.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną pozwany wniósł o jej oddalenie. Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez powoda w skardze kasacyjnej pozwany zauważył, że nałożenie kary pieniężnej na podstawie art. 102 ustawy o ochronie konkurencji uzasadnione jest stwierdzeniem na podstawie postępowania kontrolnego, że któryś z elementów decyzji nie został wykonany, jako że prawomocna decyzja powinna zostać wykonana w pełni w sposób niebudzący wątpliwości. Z uwagi na okoliczność, że zdefiniowana w sentencji decyzji praktyka nie dotyczyła jedynie określonych faktycznych zachowań, ale całokształtu działań, składających się na „uzależnianie”, niedokonanie przez powoda żadnych zmian w „Regulaminie” należy ocenić jako niewykonanie decyzji w pełni. „Regulamin” stanowił i stanowi w dalszym ciągu w niezmiennym kształcie istotną część praktyki uzależniania zawarcia umowy najmu po-

wierzchni handlowej od zakupu akcji będąc elementem oferty powoda. Pozwany wskazał ponadto na analizę umów i treść korespondencji między powodem i jego kontrahentami stwierdzając, że treść tych dokumentów wskazuje, iż niezbędne do zawarcia i trwania umowy na czas nieokreślony jest posiadanie lub zakupienie odpowiedniej liczby akcji. W tym kontekście zwrócił uwagę, że powód nie podjął jakichkolwiek działań w celu usunięcia skutków stosowanych praktyk, zwłaszcza nie skierował do swoich akcjonariuszy-najemców żadnego sygnału co do gotowości wykupu akcji, jeżeli wyrażą taką zgodę. Odnosząc się zaś do okoliczności, że zapisy „regulaminu” nie zostały literalnie wskazane w sentencji decyzji, stwierdził, że uzasadnienie, opisujące na czym polega praktyka i jakie działania zostają zakwestionowane jako stanowiące przejaw praktyki, stanowi integralną część decyzji.

Odnosnie do zarzutu utraty przez powoda pozycji dominującej na rynku pozwany, odnosząc się do wyroku Sądu Apelacyjnego, stwierdził, że rynkiem właściwym produktowo jest rynek udostępniania powierzchni najmu na targowiskach hurtowych, na których dokonywany jest obrót produktami rolno spożywczymi, a w tym zakresie powód nie zgłosił żadnych twierdzeń ani dowodów. Z tego też powodu pozwany zauważył, że zarzut naruszenia prawa procesowego z uwagi na nierozpatrzenie wniosku powoda w przedmiocie utraty pozycji dominującej jest nieuzasadniony.

Ustosunkowując się do zarzutu nieuwzględnienia nieretroaktywności przy nakładaniu kar pieniężnych pozwany zauważył, że zasada *lex retro non agit*, zgodnie z art. 1 k.k. dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy zmiana ustawy oznacza kryminalizację zachowań dotąd pozostających poza katalogiem czynów zabronionych, natomiast w przedmiotowej sprawie bezprawność zachowań polegających na niewykonaniu decyzji organu antymonopolowego wynikała zarówno z ustawy obowiązującej do 30 kwietnia 2004 r., jak i po tej dacie. Mając na uwadze, że stan faktyczny będący przedmiotem decyzji był rodzajem czynu rozciągniętego w czasie, należy uznać, że czasem popełnienia tego czynu jest ostatnia chwila, do której stan ten trwał. Ponieważ był to dzień po 1 maja 2004 r. należy w związku z tym zastosować późniejszą wersję ustawy antymonopolowej. Pozwany podkreślił także, że wysokość wymierzonej kary nie narusza przepisu art. 7 ust. 1 zdanie drugie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Odnosząc się do zarzutów przyjęcia jednolitej stawki dziennej pozwany podkreślił, że przyjęcie stawek zróżnicowanych naruszałoby przepisy ustawy nowelizującej (art. 6) i stanowiłoby niedopuszczalne zastosowanie w jednym postępowaniu do oceny tego samego naruszenia dwóch ustaw.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zarzuty dotyczące naruszenia przepisów postępowania mogą zostać rozważone jedynie w części. Zgodnie z art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c. podstawą skargi kasacyjnej nie mogą być zarzuty dotyczące ustalenia faktów lub oceny dowodów. Z treści tego przepisu jednoznacznie wynika, że nie mogły być przedmiotem rozważań i oceny Sądu Najwyższego zarzuty dotyczące zaniechania rozważenia w sposób wszechstronny materiału dowodowego oraz przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów.

Co się tyczy zarzutu naruszenia art. 231 k.p.c. skarżąca słusznie wskazuje, że praktyk monopolistycznych nie można domniemywać. Jeżeli postępowanie administracyjne jest wszczęte z urzędu, ciężar dowodu stosowania praktyk naruszających konkurencję obciąża Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W każdym więc przypadku stosowanie praktyk monopolistycznych musi być udowodnione temu, komu stawia się taki zarzut. Jednakże udowodnienie stosowania takich praktyk w postępowaniu sądowym może nastąpić także na podstawie dowodów pośrednich, zgodnie z regułami odnoszącymi się do domniemań faktycznych. Zgodnie z art. 231 k.p.c. można uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. Przepis ten ma także zastosowanie do postępowań w sprawach z zakresu ochrony konkurencji toczących się według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Oznacza to, że udowodnienie stosowania praktyk monopolistycznych może nastąpić także na podstawie dowodów pośrednich, na podstawie reguł odnoszących się do domniemań faktycznych. Zdaniem Sądu Najwyższego Sąd Apelacyjny prawidłowo zastosował art. 231 k.p.c.

Zasadniczo zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. nie może być podstawą skargi kasacyjnej. Skarżąca zarzuca jednak, że w związku z pominięciem niektórych dowodów, rozumowanie Sądu dotknięte jest wadą polegającą na naruszeniu zasad logicznego rozumowania. Argumentem ma być okoliczność, że „twierdzenie SOKiK, zgodnie z którym organ administracji obowiązany jest wykazać i udowodnić kontynuowanie praktyki monopolistycznej po uprawomocnieniu się decyzji nakazującej zaniechanie tej praktyki” Sąd Apelacyjny ocenił jako nałożenie na pozwanego obowiązku ponownego dowodzenia praktyki ograniczającej konkurencję, których stosowanie

zostało już prawomocnie orzeczone, co nie jest dopuszczalne. Zarzut ten nie jest usprawiedliwiony. Skarżący potraktował uzasadnienie Sądu Apelacyjnego wybiórczo. Sąd Apelacyjny nie poprzestał na negatywnej ocenie stanowiska SOKiK o braku dowodów świadczących o kontynuowaniu przez powoda praktyki w zakresie uzależnienia zawarcia umów najmu od wykupu akcji Spółki i przytoczył w tym przedmiocie argumenty, ponadto wskazał na niezmienny „Regulamin” oraz jego znaczenie w zakresie wiązania ofert najmu ze sprzedażą akcji oraz na przedstawioną przez pozwanego analizę treści umowy i treści korespondencji między powodem a jego kontrahentami, wskazujące jednoznacznie, iż niezbędnym elementem do zawarcia umowy na czas nieokreślony było powiadomienie o chęci zakupu lub zakupienie odpowiedniej liczby akcji.

Skarżący upatruje naruszenia art. 233 k.p.c. w związku z art. 382 k.p.c. w nierozpatrzeniu stanowiska powoda w przedmiocie utraty pozycji dominującej na rynku. W gruncie rzeczy jest to kwestia prawa materialnego, wiążąca się z pojęciem rynku właściwego, a nie kwestia procesowa. Sąd Najwyższy podziela w tym względzie stanowisko Sądu Apelacyjnego, że w rozpoznawanej sprawie rynkiem właściwym nie jest rynek towarów, jak uważa skarżący, lecz rynek udostępniania powierzchni najmu na targowiskach hurtowych, na których dokonywany jest obrót produktami rolno-spożywczymi. Sąd Apelacyjny trafnie uznał, że dopiero gdyby zostało wykazane, iż zwiększyła się podaż tej powierzchni przez otwarcie nowych targowisk bądź też zmniejszyła się wielkość powierzchni dotychczas udostępnianej przez powoda przez co zmalał jego udział w tym rynku można by rozważać, czy powód nadal zachował pozycję dominującą na tym rynku, której nadużywa przez stosowanie niedozwolonych praktyk. W tym zakresie powód nie zgłosił żadnych twierdzeń ani dowodów na ich poparcie.

W niektórych spośród zarzutów skarżącego naruszenia prawa materialnego doszło do przemieszania kwestionowania ustaleń faktycznych z zarzutami naruszenia prawa materialnego. Te pierwsze, w związku z nieskutecznością sformułowanych w skardze zarzutów naruszenia przepisów postępowania, nie mogą oczywiście zostać uwzględnione. Powołując się na zarzut naruszenia art. 102 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów skarżący wskazuje, że sprzecznie z tym przepisem uznano, że powód nie wykonał decyzji pozwanego, podczas gdy „niewykonanie decyzji można byłoby przypisać Spółce jedynie wówczas, gdyby utrzymana była praktyka uzależnienia zawierania umów najmu od zakupu akcji Spółki i ciężar dowodu

kontynuowania praktyki spoczywał na organie orzekającym, nakładającym sankcje karnoadministracyjne”. Sąd Apelacyjny ustalił, że kwestionowane przez skarżącego uzależnianie zawierania umów najmu miało miejsce i ustalenie to nie zostało skutecznie podważone.

Zdaniem skarżącego, jako niedopuszczalne i naruszające art. 102 ustawy należy uznać penalizowanie zachowań nieobjętych sentencją decyzji o nakazie zaniechania praktyk monopolistycznych. Decyzja pozwanego nie identyfikuje jako tego rodzaju praktyki funkcjonowania u powoda „Regulaminu”, a jedynie jego działania polegającego na uzależnianiu zawierania umów najmu od zakupu akcji strony powodowej. Oznacza to, iż nakaz zawarty w decyzji mógł zostać wykonany w różny sposób, warunkiem wykonania nakazu nie była zmiana treści „Regulaminu”.

W związku z tym zarzutem należy podkreślić, że przepis art. 102 ustawy odnosi się wyłącznie do decyzji Prezesa UOKiK wydanych na podstawie art. 9 tej ustawy, zakazującego nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. W ustępie 2 pkt 1-7 zostały wymienione przykładowo działania stanowiące nadużywanie pozycji dominującej w rozumieniu art. 9. Wydana w stosunku do powoda decyzja [...] została oparta na podstawie art. 9 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 2 oraz art. 9 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy. Decyzja wskazuje w sentencji na „nadużywanie (...) pozycji dominującej na lokalnym rynku (...) poprzez ograniczanie, mimo posiadanych możliwości, sprzedaży usług udostępniania powierzchni (...)” oraz na „nadużywanie (...) pozycji dominującej na lokalnym rynku (...) poprzez uzależnianie zawarcia umowy najmu powierzchni handlowej (...) od wykupienia pakietu akcji (...)”. Wypełnia to formułę art. 9 ust. 1 pkt 4 ustawy, według której nadużywaniem pozycji dominującej jest uzależnianie zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy. Decyzja Prezesa UOKiK stała się prawomocna i podlegała przymusowemu wykonaniu.

Zasadny okazał się natomiast zarzut naruszenia art. 102 ustawy w zakresie przyjęcia przez Sąd Apelacyjny, że określony w nim wymiar kary pieniężnej za każdy dzień praktyk ograniczających konkurencję stosuje się zarówno do naruszeń sprzed 1 maja 2004 r., jak i po tym dniu. W myśl art. 102 ustawy w brzmieniu sprzed zmiany dokonanej ustawą z 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 93, poz. 891) Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorców, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość od 10

do 1.000 euro za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji, wydanych na podstawie między innymi art. 9 ustawy. Po zmianie wysokość kary pieniężnej została określona w granicach od 500 do 10.000 euro za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji.

Poza art. 6 ustawa nowelizująca nie zawiera innej normy o charakterze intertemporalnym. Według tego przepisu do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą. Zdaniem skarżącej, przepis ten nie daje możliwości interpretacji przepisu prawa materialnego o wysokości kar pieniężnych w związku z czym, w zakresie wymiaru kary, powinny znaleźć zastosowanie przepisy prawa karnego, w szczególności wyrażona w art. 4 § 1 k.k. zasada, że jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa to od daty jej wejścia w życie, tj. od 1 maja 2004 r. do postępowań wszczętych przed tym dniem stosuje się ustawę obowiązującą poprzednio, jeśli jest względniejsza dla sprawcy. Podobnie w myśl art. 2 § 1 Kodeksu wykroczeń jeżeli w czasie orzekania obowiązuje inna sankcja niż w czasie popełnienia wykroczenia, stosuje się ustawę nową, jednak należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeśli jest względniejsza dla sprawcy.

Według wyraźnego brzmienia art. 6 ustawy nowelizującej „do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą”. Zdaniem Sądu Najwyższego, z unormowania tego nie wynika jednak, iż wymienioną zasadę należy stosować również w zakresie wysokości nakładanych kar. Przepis art. 6 ma charakter przepisu proceduralnego (tak też Sąd Najwyższy w wyroku z 9 marca 2004 r., III SK 19/04, Mon. Prawn. 2005 nr 7, s. 350), co przemawia przeciw obejmowaniu nim również sprawy wysokości kar pieniężnych. Kara pieniężna, przewidziana ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest karą w rozumieniu Kodeksu karnego. Czynny (zachowania) określone w art. 9 ustawy nie są przestępstwami w rozumieniu Kodeksu karnego, ani nawet wykroczeniami w rozumieniu Kodeksu wykroczeń. Niewątpliwie kara pieniężna (przewidziana w art. 102 ustawy) stanowi sankcję, dolegliwość - i to znaczną - dla przedsiębiorcy. Można przyjąć, iż odnoszą się do niej pewne najbardziej podstawowe zasady stosowania sankcji. W powołanym orzeczeniu z 9 marca 2004 r. Sąd Najwyższy uznał, że w sytuacji braku w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów materialnoprawnej normy intertemporalnej, należało - w drodze *analogii iuris* - przyjąć zasadę zbieżną w zakresie stosowania kary do czynów sprzed wej-

ścia w życie tej ustawy z unormowaniami art. 4 § 2 Kodeksu karnego i art. 2 § 1 Kodeksu wykroczeń, że stosuje się ustawę nową, chyba że dawna jest względniejsza dla sprawcy. Zasada ta została także wyrażona w aktach prawnomiędzynarodowych, mianowicie w art. 7 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, według którego nie będzie się wymierzać kary surowszej od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą został popełniony. Nie można jednak stosować innych jeszcze przepisów części ogólnej Kodeksu karnego, np. o czynie ciągłym, jak wskazuje pozwana w odpowiedzi na skargę kasacyjną.

Przepis art. 7 E.K.P.C. został powołany przez stronę pozwaną w odpowiedzi na skargę kasacyjną, przy czym - jej zdaniem - przy zastosowaniu tej zasady wyrok Sądu Apelacyjnego jest prawidłowy, bowiem wysokość kary pieniężnej ustalona przez ten Sąd jest niższa niż wymierzona przez Prezesa UOKiK. Nie został tym samym naruszony zakaz orzekania kary surowszej od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą pieniężną został popełniony. Zdaniem Sądu Najwyższego, pogląd strony pozwanej nie jest trafny. Po pierwsze, w rozpoznawanej sprawie chodzi o czyn, który trwa pod rządem ustawy nowej, a nie o czyn który ustał, a nowe przepisy przewidują za jego popełnienie nową (wyższą) sankcję. Po drugie, stanowisko to pozostaje w sprzeczności z indywidualizacją kary w rozumieniu jej wymierzania z uwzględnieniem całego kontekstu, w jakim miało miejsce popełnienie czynu zabronionego ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów. Skoro ustawodawca w art. 102 ustawy określił tak dużą rozpiętość między najniższą, a najwyższą karą pieniężną za nadużywanie pozycji dominującej, zakładał, że konkretna jej wysokość będzie uwzględniała okoliczności towarzyszące popełnieniu czynu zabronionego.

Sąd Apelacyjny nietrafnie przyjął, że w sytuacji, kiedy czyn zabroniony, który zaistniał przed nowelizacją ustawy, był kontynuowany również po tym czasie, wysokość kary pieniężnej powinna zostać orzeczona według stawek wysokości kary obowiązujących po dniu 1 maja 2004 r. Zdaniem Sądu Najwyższego, wysokość kary pieniężnej powinna zostać orzeczona osobno w stosunku do czynu zabronionego za okres do 31 kwietnia według wysokości stawki kary pieniężnej obowiązującej do tej daty i osobno za okres po 1 maja 2004 r., według stawki obowiązującej po tej dacie, jednak w każdym wypadku z uwzględnieniem okoliczności, w jakich miało miejsce nadużywanie przez powoda pozycji dominującej na rynku.

Uzasadnia to, po myśli art. 398<sup>15</sup> k.p.c., uchylene zaskarżonego wyroku.

=====