



Sygn. akt I NSK 62/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 października 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Ewa Stefańska (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Marcin Łochowski

SSN Aleksander Stępkowski

w sprawie z powództwa P. sp. z o.o. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o stwierdzenie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów i nałożenie kary pieniężnej

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych w dniu 15 października 2019 r.

skargi kasacyjnej pozwanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 8 marca 2017 r., sygn. akt VI ACa (...)

oddala skargę kasacyjną.

UZASADNIENIE

Decyzją nr RWR (...) z 30 grudnia 2011 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: w punkcie pierwszym - na podstawie art. 27 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm., dalej: „ustawą o ochronie konkurencji

i konsumentów” lub „ustawą” lub „u.o.k.k.”) uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, działanie P. Sp. z o.o. w W. polegające na prezentowaniu w ramach kampanii promującej nową usługę „P.” wprowadzającego w błąd przekazując reklamowe wskazujące na możliwość uzyskania pakietu darmowych SMS-ów przysługujących abonentowi do wykorzystania w ramach wykupionego doładowania konta, podczas gdy przyznawane darmowe SMS-y są możliwe do wykorzystania tylko w ograniczonym czasie, znacząco krótszym w stosunku do czasu, w którym konsument może korzystać z konta uaktywnionego w ramach ww. usługi, co zostało uznane za godzącą w zbiorowe interesy konsumentów niedozwoloną praktykę rynkową, o której mowa w art. 4 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206, zwanej dalej „ustawą o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym” lub „u.p.n.p.r.”) i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 1 września 2009 r., zaś w punkcie drugim - na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości 495.655 zł.

Od powyższej decyzji odwołanie wniosła P. Spółka z o.o. z siedzibą w W., zaskarżając decyzję w całości oraz wnosząc o jej uchylenie, ewentualnie zmianę decyzji poprzez orzeczenie, że powód nie dopuścił się praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, ewentualnie obniżenie nałożonej na niego kary pieniężnej. Zaskarżonej decyzji powód zarzucił naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów procedury oraz przepisów prawa materialnego.

Wyrokiem z 5 sierpnia 2015 r. (po ponownym rozpoznaniu sprawy) Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie. Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 5 marca 2009 r. P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. wprowadziła ofertę promocyjną „Darmowe (...)”, zaś w dniu 13 marca 2009 r. rozpoczęła dotyczącą jej kampanię reklamową, na którą składały się m.in.: filmy reklamowe emitowane w telewizji, reklamy w czasopiśmie oraz w Internecie, strona internetowa [www.\(...\).pl](http://www.(...).pl), ulotki, plakaty reklamowe, reklamy w punktach sprzedaży, reklama zewnętrzna. W materiałach tych powód posługiwał się hasłem reklamowym „Darmowe (...)” lub podobnymi: „Darmowe SMS-y do wszystkich

sieci”, „SMS-y za darmo do wszystkich sieci” i „Darmowe SMS-y do wszystkich sieci po każdym doładowaniu”, przy czym w przekazach reklamowych wyróżniana była informacja o ważności konta przez rok. W niektórych materiałach reklamowych użyto zastrzeżenia: „Liczba i okres ważności darmowych SMS-ów przyznawanych w okresie promocji ograniczona. Promocja Darmowe (...) obowiązuje do odwołania. Sprawdź szczegóły na [www.\(...\).pl](http://www.(...).pl)”. Jednocześnie na tej stronie internetowej wskazano, że ilość darmowych SMS-ów do wszystkich sieci jest zależna od wartości doładowania, a nadto, iż okres ważności darmowych SMS-ów również uzależniony jest od wartości doładowania. W części materiałów reklamowych, w szczególności w części ulotek oraz w spotach reklamowych emitowanych w mediach, nie zawarto jednak informacji o czasowym ograniczeniu w korzystaniu z darmowych SMS-ów w okresie ważności doładowania, który wynosi 365 dni dla połączeń wychodzących. Natomiast okresy, w których oferowane były darmowe SMS-y, były uzależnione od wartości doładowania. Powód zaniechał stosowania powyższej praktyki wraz z zakończeniem opisanej kampanii reklamowej, z dniem 1 września 2009 r.

Na podstawie takich ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził, że odwołanie powoda było niezasadne. Sąd ten podzielił zawarte w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji wywody Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów co do kwalifikacji zachowania powoda. Wyjaśnił, że ocena, czy w danym przypadku miała miejsce praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów, wymaga ustalenia łącznego spełnienia przesłanek: bezprawności działania przedsiębiorcy i godzenia tymi działaniami w zbiorowy interes konsumentów. W przypadku praktyki opisanej w zaskarżonej decyzji, bezprawność zachowania powoda polegała na naruszeniu wyrażonego w art. 3 u.p.n.p.r. zakazu stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych, określonych jako bezprawne w art. 24 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. Stosowana przez powoda praktyka była nieuczciwa w rozumieniu art. 4 u.p.n.p.r. i była to praktyka wprowadzająca w błąd, o której mowa w art. 5 ust. 1 u.p.n.p.r. Ocenę powyższej praktyki Sąd pierwszej instancji odniósł do modelu przeciętnego konsumenta, zdefiniowanego w art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r. Stwierdził, że konsument na podstawie reklamy powoda mógł uwierzyć, iż w ofercie promocyjnej „P.” uzyska darmowe SMS-y, które będzie mógł

wysłać w ramach posiadanego konta, nie przypuszczając, że zastrzeżenia wynikające ze szczegółowych warunków korzystania z oferty powodowały, iż tylko w wyjątkowo krótkim terminie można było je zrealizować, a po tym czasie SMS-y stawały się odpłatne zgodnie z cennikiem, jeżeli konsument ponownie nie doładował konta. Zdaniem Sądu Okręgowego, skutkiem oddziaływania powyższej reklamy mogło być podjęcie przez konsumenta decyzji, której inaczej nie podjąłby, albowiem reklama ta zachęcała do zakupu ze względu na obiecywane darmowe SMS-y.

W ocenie Sądu pierwszej instancji, nałożona na powoda przez Prezesa Urzędu kara pieniężna uwzględniała dyrektywy wymiaru kary określone w art. 111 u.o.k.k. Wskazał, że zarzucona powodowi praktyka miała charakter ogólnopolski, jednak nie była długotrwała - powód stosował ją tylko przez 4,5 miesiąca i zaprzestał jej stosowania wobec zakończenia kampanii reklamowej. Jednakże w tym krótkim czasie praktyka ta przyniosła powodowi przychód, albowiem z oferty promocyjnej skorzystała znaczna ilość konsumentów. Sąd Okręgowy uwzględnił również okoliczności, że w toku postępowania administracyjnego powód współdziałał z Prezesem Urzędu, oraz iż dopuścił się on naruszenia przepisów ustawy po raz pierwszy. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, nałożona na powoda przez Prezesa Urzędu kara pieniężna spełnia przesłanki prewencji ogólnej i prewencji szczególnej.

Na skutek apelacji powoda, wyrokiem z 8 marca 2017 r. Sąd Apelacyjny w (...): w punkcie pierwszym - zmienił zaskarżony wyrok w części, w ten sposób, że zmienił zaskarżoną decyzję poprzez obniżenie nałożonej na powoda kary pieniężnej do kwoty 330.437 zł, zaś w punkcie drugim - w pozostałym zakresie oddalił apelację powoda.

Zdaniem Sądu odwoławczego, Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i ustalenia te Sąd Apelacyjny przyjął za własne. Sąd Apelacyjny zaaprobował również w większości ocenę prawną Sądu Okręgowego, z tym zastrzeżeniem, że nałożoną na powoda karę pieniężną ocenił jako zawyżoną i obniżył ją z kwoty 495.655 zł do kwoty 330.437 zł.

Uzasadniając obniżenie kary, Sąd Apelacyjny wskazał, że zgodnie z przepisem art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ustawy. Wytyczne w zakresie ustalenia wysokości kary pieniężnej zawiera zaś art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) nakazywał uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Odwołując się do wyroku Sądu Najwyższego z 15 maja 2014 r. (III SK 54/13) wyjaśnił, że sąd orzekający w pierwszej lub drugiej instancji w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, sprawuje pełną merytoryczną kontrolę nad wymiarem kary pieniężnej. Nie kontroluje wyłącznie, czy kara pieniężna została wymierzona zgodnie z ustawowymi wytycznymi wymiaru kary, bądź w sposób odpowiadający zasadom wynikającym z pragmatyki organu ujawnionej w postaci różnego rodzaju wyjaśnień, lecz jest władny samodzielnie dostosować poziom ostatecznie wymierzonej kary pieniężnej do ustalonych w sprawie okoliczności, z uwzględnieniem funkcji kar pieniężnych oraz przesłanek wymiaru kary określonych w ustawie antymonopolowej, bądź wynikających z ogólnych zasad prawa, regulacji konstytucyjnych, czy zobowiązań prawnomiędzynarodowych. Przy tym, sąd nie jest związany praktyką Prezesa Urzędu i wypracowanym przez niego sposobem dochodzenia do ustalenia wysokości kary pieniężnej. W zależności od okoliczności sprawy może inaczej rozłożyć akcenty, a nawet przypisać większe lub mniejsze znaczenie poszczególnym elementom wpływającym na ostateczny wymiar kary pieniężnej.

Sąd odwoławczy przypomniał, że w wyroku z 4 marca 2014 r. (III SK 34/13) Sąd Najwyższy doprecyzował zasady sprawowania sądowej kontroli stwierdzając, iż w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, co do kar pieniężnych w przypadku praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, 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.

Sąd Apelacyjny zauważył, że przewidziane w art. 106 ust. 1 u.o.k.k. kary pieniężne mają charakter fakultatywny, a zatem wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej Prezes Urzędu działa w ramach uznania administracyjnego. W tym zakresie powinien on kierować się zasadami równości i proporcjonalności, jak również kryteriami określonymi w art. 111 u.o.k.k. W niektórych przypadkach zasada proporcjonalności może uzasadniać odstępnie od nakładania kary pieniężnej na przedsiębiorcę, pomimo dopuszczenia się przez niego zachowań wymienionych w art. 106 ust. 1 u.o.k.k. Jest tak wówczas, gdy okoliczności sprawy, w tym: niewielki zakres naruszenia, krótki okres jego trwania, brak istotnego naruszenia konkurencji wskutek naruszenia przepisów ustawy, brak winy naruszcyciela, przemawiać będą za nienakładaniem kary pieniężnej. Jednak przyjąć należy, że odstępnie od nałożenia kary powinno dotyczyć tylko wyjątkowych sytuacji, gdy wymierzenie kary nawet w symbolicznej wysokości stanowiłoby dla przedsiębiorcy znaczącą dolegliwość, pozostającą w znaczącej sprzeczności ze stopniem winy oraz szkodliwością praktyki dla sfery interesów konsumentów. Zdaniem Sądu odwoławczego, w przedmiotowej sprawie nie występują okoliczności umożliwiające odstępnie od nałożenia na powoda kary pieniężnej, aczkolwiek niektóre z nich powinny mieć wpływ na jej wysokość.

Sąd odwoławczy za utrwalony w orzecznictwie uznał pogląd, że w sprawach o nałożenie kary pieniężnej należy stosować określone gwarancje dla strony właściwe prawu karnemu (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z 14 kwietnia 2010 r. III SK 1/10, z 1 czerwca 2010 r. III SK 5/10 i z 21 kwietnia 2011 r., III SK 45/10). Wskazał, że kary pieniężne nakładane przez organy administracyjne nie mają charakteru sankcji karnych, jednakże w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy takiej kary, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu powinny odpowiadać wymaganiom analogicznym do obowiązujących sąd orzekający w sprawie karnej (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z 14 stycznia 2010 r.,

III SK 1/10, z 1 czerwca 2010 r., III SK 5/10, z 21 września 2010 r., III SK 8/10, z 4 listopada 2010 r., III SK 21/10 i z 5 stycznia 2011 r., III SK 32/10). Zatem ustalając wysokość kar pieniężnych, o których mowa art. 106-108 u.o.k.k., należy wziąć pod uwagę również stopień społecznej szkodliwości czynu, przy ocenie którego, zgodnie z art. 115 § 2 k.k., bierze się pod uwagę: rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych obowiązków, postać zamiaru, motywację sprawcy oraz rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia. Jest to zamknięty katalog kryteriów oceny stopnia szkodliwości społecznej czynu, zaś dominujące znacznie mają okoliczności z zakresu strony, przedmiotowej, do której dołączono dwie przesłanki strony podmiotowej, to jest postać zamiaru i motywację sprawcy.

Sąd Apelacyjny wskazał, że wymierzając karę pieniężną Prezes Urzędu uwzględnił okoliczność, iż przypisana powodowi praktyka naruszała podstawowe prawo konsumenta, tj. prawo do rzetelnej i prawdziwej informacji, przy czym konsumenci mogli podejmować decyzje pod wpływem tego działania przedsiębiorcy. Dla takiej wagi czynu organ administracyjny określił kwotę bazową na 0,02% przychodu przedsiębiorcy. Jako okoliczność obciążającą uwzględnił ogólnopolski zasięg praktyki (+20%), zaś jako okoliczność łagodzącą - współdziałanie powoda z organem w toku postępowania administracyjnego (-20%). Jednocześnie wskazał, że „podnoszone przez powoda nieumyślność i pierwsze naruszenie przepisów ustawy mają charakter negatywny, a więc jedynie obciążający.” Zgadząc się co do zasady z powyższą oceną, Sąd odwoławczy stwierdził, że Sąd Okręgowy niedostatecznie uwzględnił podniesione przez powoda w odwołaniu od decyzji okoliczności.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, Prezes Urzędu bez przedstawienia na tę okoliczność dowodów przyjął, że uzyskany przez powoda przychód z usług prepaid wynikał ze stosowania zarzuconej w decyzji praktyki. Przychód ten w 2010 r. wyniósł 323.854.913,39 zł, co stanowiło 13% ogólnego przychodu Spółki. Pozostały zaś przychód powoda wynikał z posiadania udziałów w spółce-córce. Sąd odwoławczy zauważył, że w art. 106 ust. 1 u.o.k.k. określono jedynie górną granicę kary pieniężnej w wysokości 10% przychodów, zaś w art. 111 u.o.k.k. wymieniono przesłanki wymiaru kary przykładowo. Dlatego w okolicznościach

faktycznych danej sprawy uzasadnione może być obniżenie kary w wyniku odniesienia jej do przychodu ze sprzedaży towarów objętych niedozwoloną praktyką, przy czym nie chodzi tu o automatyzm, lecz uwzględnić należy realizację przez karę różnych funkcji (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z 4 marca 2014 r., III SK 34/13 i z 15 maja 2014 r., III SK 44/13). W ocenie Sądu odwoławczego, w niniejszej sprawie, mając dodatkowo na uwadze, że strata netto powoda w 2009 r. wyniosła 215.614.846,04 zł (w okresie emitowania spornych reklam), okoliczność tę należało uwzględnić przy wymiarze kary pieniężnej.

Według Sądu odwoławczego, Sąd pierwszej instancji niedostatecznie uwzględnił również okoliczność łagodzącą w postaci krótkotrwałości praktyki, która była stosowana jedynie przez 4,5 miesiąca. Ponadto Sąd Apelacyjny wskazał, że z treści zaskarżonej decyzji nie wynika, aby Prezes Urzędu uznał, iż po stronie powoda wystąpiła wina umyślna. Powód jest przedsiębiorcą, zatem jego działalność powinna mieć wysoce profesjonalny charakter, z zachowaniem najwyższej staranności, rzetelności, także przy ocenie zgodności podejmowanych działań z obowiązującymi przepisami prawa. Sąd Apelacyjny uznał, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy uprawniony jest wniosek, iż podejmując określone w decyzji działania powód dopuścił się winy w postaci niedbalstwa (sprawca nie wyobrażał sobie skutku, choć mógł i powinien go sobie wyobrazić). Brak było bowiem dowodów, aby przypisać powodowi winę umyślną. Powyższe okoliczności skutkowały obniżeniem kary pieniężnej o 1/3, tj. do kwoty 330.437 zł. W ocenie Sądu Apelacyjnego, kara w takiej wysokości jest adekwatna do okoliczności czynu powoda oraz spełni wszystkie funkcje i cele postawione przed karą pieniężną.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) skargę kasacyjną wniósł pozwany.

Pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w punkcie pierwszym, tj. w części zmieniającej wyrok Sądu pierwszej instancji poprzez zmianę zaskarżonej decyzji i obniżenie nałożonej na powoda kary pieniężnej. Skarżący domagał się uchylenia wyroku w zaskarżonej części i przekazania sprawy Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania, ewentualnie uchylenia zaskarżonego wyroku i orzeczenia co do istoty sprawy poprzez oddalenie apelacji powoda w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił

naruszenie:

1) art. 115 § 2 k.k. poprzez jego bezpośrednie zastosowanie, pomimo że sprawa nie ma charakteru sprawy karnej tylko administracyjnej, a poza tym wskazówki dotyczące sposobu ustalania wysokości kary zostały ujęte w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;

2) art. 106 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 111 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez przyjęcie, że zachodziła podstawa do odniesienia wysokości kary tylko do części przychodu osiągniętego przez powoda, tj. tego, który w opinii Sądu drugiej instancji dotyczył sprzedaży usług objętych niedozwoloną praktyką, podczas gdy w rzeczywistości w świetle art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie można było przyjąć, że sektor usług prepaid oraz mix stanowi oddzielny rynek w ramach usług telefonii komórkowej, co świadczy o tym, że brak było podstaw do segmentowania przychodu osiągniętego przez powoda na potrzeby ustalenia wysokości kary;

3) art. 106 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez przyjęcie, że w sprawie zachodziła konieczność korekty wysokości kary nałożonej na powoda ze względu na ograniczony charakter przychodu uzyskanego z działalności, która w opinii Sądu drugiej instancji pozostawała w związku z niedozwoloną praktyką, podczas gdy wysokość nałożonej kary, nawet przy uwzględnieniu konieczności powiązania jej tylko z częścią przychodów powoda, nie naruszała zasady proporcjonalności, przede wszystkim ze względu na jej niewielkość;

4) art. 106 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 111 ust. 1 pkt 1 oraz art. 111 ust. 4 pkt 2c w związku z pkt 1d ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez przyjęcie, że pozwany nie uwzględnił przy wymiarze kary nieumyślnego działania powoda, podczas gdy okoliczność ta ma charakter okoliczności obciążającej, tym samym uwzględnia się ją jedynie w przypadku wystąpienia umyślności. Natomiast w przypadku nieumyślnego działania nie zachodzi potrzeba korygowania wysokości kary, co zresztą zostało *expressis verbis* wskazane w decyzji;

5) art. 106 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez przyjęcie, że pozwany nie uwzględnił przy wymiarze kary krótkotrwałości stosowanej przez powoda praktyki, podczas

gdy okoliczność ta ma charakter okoliczności obciążającej, tym samym uwzględnia się ją jedynie w przypadku wystąpienia długotrwałej praktyki;

6) art. 106 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez uwzględnienie przy miarkowaniu wysokości kary, także osiągniętej przez powoda straty, podczas gdy obowiązujące przepisy w żaden sposób do tego kryterium się nie odwołują, wręcz poprzez odwołanie się do przychodu, negują możliwość uwzględnienia poniesionej straty;

7) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewystarczające uzasadnienie motywów obniżenia kary nałożonej na powoda, w zakresie okoliczności związanej z powiązaniem przez Sąd drugiej instancji wysokości kary z przychodami z działalności w sektorze prepaid i mix, która w ocenie Sądu drugiej instancji pozostawała w związku z bezprawną praktyką, oraz w zakresie okoliczności związanej z poniesioną przez powoda stratą, w szczególności przez brak jakiegokolwiek analizy naruszenia przez pierwotnie nałożoną karę zasady proporcjonalności, która to zasada stanowi według orzecznictwa podstawę do korekty wysokości kary, jeśli nałożona kara pozostaje w związku tylko z częścią działalności prowadzonej przez ukaranego przedsiębiorcę;

8) art. 232 k.p.c. w związku z art. 6 k.c. w związku z art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez uznanie, że to pozwany ma obowiązek wykazania, że w sprawie nie zachodzi konieczność zmniejszenia wysokości kary ze względu na konieczność odniesienia kary do wysokości części przychodu powoda osiąganego z związku ze sprzedażą usług objętych niedozwoloną praktyką, podczas gdy to powód uznając, że kara powinna być zmniejszona ze względu na tę okoliczność powinien był wykazać, że jego działalność gospodarcza podlega dalszej segmentacji, oraz tylko część jego działalności jest powiązana z niedozwoloną praktyką.

Powód P. Spółka z o.o. z siedzibą w W. nie zajął stanowiska co do skargi kasacyjnej pozwanego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna pozwanego nie zasługuje na uwzględnienie.

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 115 § 2 k.k., określającego katalog kryteriów oceny stopnia szkodliwości społecznej czynu na gruncie prawa karnego. Wprawdzie rację ma skarżący, że niniejsza sprawa nie jest sprawą karną, a sankcja nałożona zaskarżoną decyzją ma charakter sankcji administracyjnej. W judykaturze utrwalony jest bowiem pogląd, że kary pieniężne nakładane przez organy regulacji rynku (organ antymonopolowy) nie mają charakteru sankcji karnych (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 5 stycznia 2011 r., III SK 32/10, z 14 kwietnia 2010 r., III SK 1/2010, z 1 czerwca 2010 r., III SK 5/2010, z 21 września 2010 r., III SK 8/2010 i z 4 listopada 2010 r. III SK 21/2010). Słusznie również skarżący podniósł, że wskazówki dotyczące sposobu ustalania wysokości kary pieniężnej nakładanej na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostały ujęte wprost w art. 111 tej ustawy, nie zaś w art. 115 § 2 k.k. Niemniej jedną z okoliczności, którą w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) ustawodawca nakazał uwzględnić przy wymiarze kary, jest stopień naruszenia przepisów ustawy, określany również przez przedstawicieli doktryny jako stopień społecznej szkodliwości czynu.

Ponieważ ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera definicji legalnej stopnia naruszenia przepisów ustawy (stopnia szkodliwości czynu), zdaniem Sądu Najwyższego, nie ma przeszkód, aby na gruncie postępowania antymonopolowego, przy wykładni tego pojęcia, posiłkować się definicją społecznej szkodliwości czynu zaczerpniętą z nauki prawa karnego. Wniosek ten jest tym bardziej zasadny, jeśli zauważy się, że katalog okoliczności mających wpływ na wymiar kary, wymienionych w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji), miał charakter otwarty. Podobnie w orzecznictwie sądów powszechnych wyrażany jest pogląd, że ustalając wysokość kar pieniężnych, o których mowa art. 106-108 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, należy wziąć pod uwagę również stopień społecznej szkodliwości czynu (art. 115 § 2 k.k.) – (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 grudnia 2017 r., VII ACa (...)). Jednocześnie słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że w sprawach o nałożenie kary pieniężnej, w zakresie, w jakim dochodzi do

wymierzenia takiej kary, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu administracyjnego powinny odpowiadać wymaganiom analogicznym do obowiązujących sąd orzekający w sprawie karnej (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 5 stycznia 2011 r., III SK 32/10, z 14 kwietnia 2010 r., III SK 1/2010, z 1 czerwca 2010 r., III SK 5/2010, z 21 września 2010 r., III SK 8/2010 i z 4 listopada 2010 r. III SK 21/2010). Chodzi tu więc także o gwarancje proceduralne.

Nie zasługują na uwzględnienie również dalsze podniesione przez skarżącego zarzuty naruszenia prawa materialnego. Przede wszystkim wymaga podkreślenia, że zarzuty naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostały sformułowane w skardze w sposób wadliwy. Przepis art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji, przewidywał, że przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie. Na moment wydania zaskarżonej decyzji art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie był zatem podzielony na dalsze jednostki redakcyjne. Przepis ten został znowelizowany ustawą z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2014, poz. 945). Dopiero wówczas w ustępie 1 tego artykułu zostały szczegółowo określone - odrębnie dla każdego z rodzajów naruszeń - przesłanki brane pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary. W dalszych ustępach, również odrębnie dla każdego z rodzajów naruszeń, wprowadzono szczegółowy katalog okoliczności obciążających i łagodzących uwzględnianych przy ustalaniu wysokości kary (art. 111 ust. 2-4). Już tylko z tych przyczyn, z uwagi na wadliwą konstrukcję, ww. zarzuty kasacyjne nie mogły odnieść zamierzonych skutków.

Co więcej, jak wynika z uzasadnienia ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r., dopiero w wyniku tej nowelizacji - na skutek postulatów przedsiębiorców dotyczących konieczności zwiększenia ich pewności prawnej co do wysokości kar - katalog przesłanek branych pod uwagę przy wymiarze kary na podstawie art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów został zamknięty (obecnie pod uwagę można brać tylko przesłanki wprost wymienione w art. 111) -

(zob. Druk nr 1703 VII Kadencji, s. 46-47). Tymczasem w poprzednio obowiązującym stanie prawnym (relevantnym w niniejszej sprawie) zarówno doktryna, jak i judykatura zgodnie przyjmowały, że art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawierał jedynie przykładowy (otwarty) katalog przesłanek mających wpływ na ustalenie wysokości kar pieniężnych. Oznacza to, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a w następstwie odwołania od jego decyzji również sądy, ustalając karę pieniężną za naruszenie ustawy, mogły brać pod uwagę także inne, nie wymienione w nim okoliczności, które w ich ocenie miały jednak wpływ na wysokość nakładanych kar. W tej sytuacji, przyjąć należy, że do czasu nowelizacji art. 111 dokonanej ustawą z dnia 10 czerwca 2014 r., również katalog okoliczności łagodzących, uwzględnianych przy wymiarze kary, nie miał charakteru zamkniętego, a co za tym idzie, takie okoliczności, jak nieumyślność, czy krótkotrwałość działania, w danym układzie faktycznym i procesowym, mogły rzutować na niższy wymiar kary (por. wyrok Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 2011 r., III SK 45/10, gdzie uznano, że element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy, określany mianem „winy” jest okolicznością braną pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary; zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 9 stycznia 2015 r., VI ACa 406/14, gdzie uznano, że naruszenia krótkotrwałe, które zostały zaniechane i nie wywołały negatywnych skutków dla konsumentów, powinny być sankcjonowane poprzez nakładanie kar pieniężnych w dolnych granicach ustawowych).

Natomiast działalność przedsiębiorstwa ze stratą nie ma wpływu na ocenę zasadności oraz wysokości nałożonej kary, gdyż w świetle art. 106 u.o.k.k. decydującym kryterium jest przychód (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 czerwca 2013 r., VI ACA 1535/12). Jednakże z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika, w jaki sposób Sąd odwoławczy miałby uwzględnić powyższy czynnik przy wymiarze kary. Nie zostało to wyjaśnione również w uzasadnieniu zarzutów skargi kasacyjnej.

Trzeba również zauważyć, że przepis art. 106 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji), uprawniał Prezesa Urzędu do nałożenia na przedsiębiorcę, w

drodze decyzji, kary pieniężnej w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ustawy. Przepis ten wyznaczał zatem jedynie górny pułap (górną ustawową granicę) możliwej do nałożenia kary pieniężnej, co nie wykluczało jednak samo przez się możliwości miarkowania tej kary przy uwzględnieniu wytycznych wymienionych w art. 111 ustawy. Tymczasem w orzecznictwie dopuszcza się możliwość sądowej weryfikacji rozstrzygnięć organu antymonopolowego w zakresie nałożenia kary. W wyroku z 10 stycznia 2017 r. (III SK 61/15) Sąd Najwyższy uznał, że w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu istnieje możliwość zmiany wysokości kary pieniężnej, gdy z okoliczności faktycznych sprawy będzie wynikało, że kara pieniężna mieszcząca się w granicach wyznaczonych przez art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest jednak nieproporcjonalna z uwagi na skalę przychodu ze sprzedaży towarów, których dotyczy praktyka. Zdaniem Sądu Najwyższego, w przedmiotowej sprawie Sąd Apelacyjny dokonał oceny proporcjonalności nałożonej na powoda kary pieniężnej, odnosząc jej wysokość do wielkości uzyskanego przez tego przedsiębiorcę przychodu ze sprzedaży towarów, których dotyczyła praktyka i trafnie uznał, że uwzględnienie w podstawie wymiaru kary przychodu uzyskanego przez powoda z posiadania udziałów w spółce-córce, prowadziłoby do jej nieproporcjonalności. Przychód ze sprzedaży towarów, których dotyczyła praktyka, stanowił bowiem jedynie 13% przychodu Spółki ogółem. Jedynie dodatkowo należy zauważyć, że kwestia ewentualnych ustaleń Sądu Apelacyjnego na okoliczność granic przedmiotowych rynku właściwego (art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) uchyla się spod kontroli kasacyjnej. Na etapie postępowania kasacyjnego kwestionowanie ustaleń faktycznych jest niedopuszczalne, zgodnie z art. 398¹³ § 2 k.p.c. Sąd Najwyższy jest bowiem nimi związany.

Również zarzuty naruszenia prawa procesowego nie są trafne.

Niezasadny jest zarzut obrazy art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewystarczające uzasadnienie motywów obniżenia kary nałożonej na powoda. W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że art. 328 § 2 k.p.c. może stanowić usprawiedliwioną

podstawę kasacyjną jedynie w wyjątkowych wypadkach, gdy uzasadnienie wyroku sądu drugiej instancji nie zawiera wszystkich wymaganych elementów lub zawiera tak kardynalne braki, że niemożliwe jest dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia, co uniemożliwia przeprowadzenie kontroli kasacyjnej (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 8 marca 2018 r., II UK 80/17; z 11 maja 2000 r., I CKN 272/00; z 25 października 2000 r., IV CKN 142/00; z 7 lutego 2001 r., V CKN 606/00 i z 28 lipca 2004 r., III CK 302/03). Tylko bowiem wówczas stwierdzone wady mogą mieć wpływ na wynik sprawy. W przedmiotowej sprawie, wbrew wywodom skarżącego, treść uzasadnienia orzeczenia Sądu Apelacyjnego umożliwia dokonanie kontroli procesu myślowego, który doprowadził Sąd odwoławczy do obniżenia wymiaru kary nałożonej przez Prezesa Urzędu w zaskarżonej decyzji. W pisemnych motywach Sąd Apelacyjny jednoznacznie bowiem wyjaśnił, jakie konkretnie okoliczności skłoniły go do zmiany decyzji w zakresie wymiaru kary na korzyść powoda. Tym samym jako nietrafną należy ocenić argumentację skarżącego, jakoby uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie spełniało ustawowych wymagań stawianych uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji w rozumieniu art. 328 § 2 k.p.c.

Jako niezasadny należy również ocenić zarzut naruszenia art. 232 k.p.c. Przede wszystkim podkreślić należy, że przepis art. 232 zd. 1 k.p.c. wskazuje jedynie na ciężar dowodu w znaczeniu procesowym, czyli obowiązek przedstawienia faktów i dowodów przez strony. Przepis ten nie stanowi natomiast podstawy wyrokowania przez sąd i nie może mieć wpływu na poprawność wydanego przez ten sąd rozstrzygnięcia (por. wyrok Sądu Najwyższego z 15 lutego 2008 r., I CSK 426/07). Niezależnie od powyższego nie sposób pominąć, że według twierdzeń powoda tylko część jego przychodu była powiązana z niedozwoloną praktyką opisaną w zaskarżonej decyzji (por. k. 348 i 351 akt sądowych), co w jego ocenie powinno mieć znaczenie przy wymiarze kary i skutkować co najmniej obniżeniem kary. W tej sytuacji (mając na uwadze, że zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne) słusznie Sąd Apelacyjny uznał, że jeżeli pozwany uwzględnią pewną okoliczność przy określeniu kary pieniężnej, a przedsiębiorca w toku postępowania sądowego kwestionuje tę okoliczność, która miała negatywny wpływ na wymiar kary

(tj. przyczyniła się do zwiększenia jej wymiaru), to na Prezesie Urzędu spoczywa ciężar udowodnienia takiej okoliczności (art. 6 k.c.).

Mając na uwadze wskazane okoliczności Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji, na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c.