



Sygn. akt III SK 1/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 lutego 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dawid Miąsik (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Małgorzata Wrębiakowska-Marzec

SSN Andrzej Wróbel

Protokolant Anna Pęsko

w sprawie z powództwa T. S.A. z siedzibą w Z.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o nałożenie kary pieniężnej,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 21 lutego 2018 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej
od wyroku Sądu Apelacyjnego w III (...)
z dnia 2 września 2016 r., sygn. akt VI ACa (...),

1. oddala skargę kasacyjną.

**2. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 540 (pięćset
czterdzieści) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa
procesowego w postępowaniu kasacyjnym.**

UZASADNIENIE

Decyzją z 22 października 2013 r., nr DKK-132/2013 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) nałożył na T. S.A. z siedzibą w Z. (powód) karę pieniężną w wysokości 40.000,00 zł za dokonanie bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu koncentracji polegającej na przejęciu przez powoda kontroli nad E. Sp. z o.o. z siedzibą w Z.

W uzasadnieniu decyzji Prezes Urzędu stwierdził, że na powodzie ciążył obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, która polegała na przejęciu przez powoda kontroli nad E., przez powołanie uchwałą zgromadzenia wspólników E. z 2 października 2012 r. na stanowisko prezesa jednoosobowego zarządu E. pani T. G., pełniącej równocześnie funkcję przewodniczącego rady nadzorczej powoda. Zgłoszenie zamiaru koncentracji powinno nastąpić najpóźniej przed podjęciem uchwały zgromadzenia wspólników E. Prezes Urzędu nie przyjął tłumaczeń powoda, że był on nieświadomy istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, wskazując na doświadczenia i prowadzoną na szeroką skalę działalność spółki na rynku sprzedaży AGD, RTV i IT.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł powód, zaskarżając ją w całości.

Wyrokiem z 8 maja 2015 r., XVII AmA (...) Sąd Okręgowy w W.- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powoda i obciążył go kosztami postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił, że akcjonariuszami powoda, posiadającymi 99% akcji są T. G., M. G. i M. G. (który posiada ponad 30% akcji). Te same osoby posiadają 90% udziałów w spółce E. (po 30% każda). T. G., będąc członkiem rady nadzorczej powoda została powołana na prezesa jednoosobowego zarządu E. Powód sprawuje kontrolę nad M. Sp. z o.o. i A. Sp. z o.o., a od 2 października 2013 r. także nad E. Obrót osiągnięty łącznie przez powoda i E. w 2011 i 2012 r. przekroczył pułap obrotów określony w art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej jako uokik), co więcej obrót E. przekroczył pułap określony w art. 14 pkt 1 uokik.

Powód poinformował Prezesa Urzędu o dokonanej koncentracji dopiero 8 kwietnia 2013 r.

W ocenie Sądu Okręgowego, przesłanka obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji ziściła się z uwagi na łączny obrót przedsiębiorców w niej uczestniczących, powołanie na stanowisko prezesa jednoosobowego zarządu E. T. G., która jednocześnie pełni funkcję przewodniczącego rady nadzorczej powoda, co spowodowało przejęcie przez powoda kontroli nad E., a ponadto nie zaistniała przesłanka wyłączająca konieczność zgłoszenia koncentracji z art. 14 pkt 1 uokik. W wyniku przeprowadzonej koncentracji członkowie rady nadzorczej powoda stanowili więcej niż połowę członków zarządu E.

Natomiast niepowiadomienie o zamiarze dokonania koncentracji wynikało z braku wiedzy osób zaangażowanych w obsługę prawną spółki o istnieniu takiego obowiązku i nie było świadomym działaniem spółki. Powzięcie wiedzy o obowiązku zgłoszenia koncentracji nastąpiło przy okazji planowanej kolejnej koncentracji, do obsługi której została zaangażowana zewnętrzna firma prawnicza. Jednakże, zdaniem Sądu Okręgowego, nie było podstaw do odstąpienia od wymierzenia kary. Wprawdzie powód dokonał – ostatecznie - zgłoszenia koncentracji, jednakże stanowiło to naruszenie norm prawa konkurencji i naruszenie standardów staranności wymaganych od podmiotów profesjonalnych, działających w obrocie gospodarczym. Zdaniem Sądu Okręgowego przedsiębiorcy, których skala dochodu determinuje od dłuższego czasu obowiązki związane ze zgłaszaniem zamiaru koncentracji, czego spółka ma świadomość skoro dokonuje notyfikacji innych koncentracji, powinni być karani za niedopełnienie obowiązku w tym zakresie. Jest to tym bardziej oczywiste, że przejęcie kontroli dokonane przez powoda jest typem przejęcia, wprost wymienionym w przepisach, tj. art. 4 pkt 4 lit. c uokik, a nie wywiedzionym z ogólnej definicji, czy też wykreowanym przez orzecznictwo lub doktrynę.

Wprawdzie sankcje za niezgłoszenie zamiaru koncentracji mają charakter fakultatywny, jednakże Prezes Urzędu prawidłowo skorzystał z przysługującego mu prawa do zastosowania sankcji administracyjnej za naruszenie reguł dotyczących koncentracji. Przemawiał za tym interes publiczny, którego nie można utożsamiać tylko z wpływem dokonanej koncentracji na poziom konkurencji na rynku, ale także z prewencyjną możliwością działania organu na etapie zamiaru koncentracji i badania czy koncentracja nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji.

Prezes Urzędu uwzględnił szereg okoliczności łagodzących, w tym fakt, że powód z własnej inicjatywy zgłosił koncentrację, jak również to, że było to pierwsze naruszenie przez powoda uokik oraz fakt, że w wyniku dokonania koncentracji nie została istotnie ograniczona konkurencja na rynku.

W ocenie Sądu Okręgowego prawidłowo przyjął Prezes Urzędu, że działanie przedsiębiorcy było nieumyślne, co wynika z twierdzenia powoda o braku świadomości po stronie przedsiębiorcy istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji. Nieumyślność działania nie może jednak stanowić okoliczności pozwalającej na odstąpienie od wymierzenia kary lub na istotne jej obniżenie gdyż o ile zachowanie powoda było rzeczywiście nawet nieświadome, to jednak miało zawiniony charakter, ponieważ obowiązkiem każdego przedsiębiorcy jest znajomość przepisów prawa. Nieumyślność w działaniu powoda może być uwzględniona jedynie jako przejaw niestaranności lub niedbalstwa przedsiębiorcy, który pomimo posiadania znacznych obrotów, kwalifikujących go do prewencyjnej kontroli koncentracji nie znał całościowej, chociaż stanowczej i wyraźnej regulacji, odnoszącej się do tego aspektu jego działania na rynku.

Odstąpienie od wymierzenia kary dałoby przedsiębiorcom wyraźny sygnał, że niezgłaszanie zamiaru koncentracji, w sytuacjach, gdy mogą liczyć na zgodę organu na planowaną koncentrację, jest bardziej korzystne niż zastosowanie się do przepisów uokik. Sąd Okręgowy uznał, że także wysokość wymierzonej powodowi kary, która uwzględniała krótki, bo zaledwie 6 miesięczny okres między powstaniem obowiązku zgłoszenia koncentracji, a faktycznym jej zgłoszeniem organowi, oraz brak oddziaływania dokonanej koncentracji na konkurencję, była bardzo niska i spełnia w sposób wystarczający funkcję represyjną i prewencyjną. Spełniała także zadanie prewencji ogólnej i będzie oddziaływać wychowawczo i odstraszająco.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód, zaskarżając go w całości.

Wyrokiem z 2 września 2016 r., VI ACa (...) Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację powoda i obciążył go kosztami postępowania.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny stwierdził, że okolicznością bezsporną w sprawie był fakt niezgłoszenia przez powoda zamiaru koncentracji. W tej sytuacji, korzystając z uznania administracyjnego, organ był uprawniony w granicach obowiązujących przepisów do podjęcia wszelkich czynności niezbędnych

do wyjaśnienia stanu faktycznego oraz uwzględnienia słusznego interesu strony i ogólnych zasad k.p.a.

W przedmiotowej sprawie powód nie wykazał, że Prezes Urzędu przekroczył granice uznania administracyjnego oraz, że wystąpiły podstawy do odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej. Zgłoszenie przez powoda koncentracji po terminie stanowiło nie tylko naruszenie norm prawa antymonopolowego, ale również naruszenie standardów staranności, wymaganych od podmiotów profesjonalnych, działających w obrocie gospodarczym. Skala działalności powoda, przy jednoczesnym braku świadomości o obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, zasadnie zostały ocenione jako ignorancja wobec standardów postępowania profesjonalistów i bagatelizowanie reguł prawa konkurencji. Powód już wcześniej dokonywał koncentracji, powinien więc mieć świadomość swoich obowiązków, co więcej przejęcie dokonane przez powoda było typem przejęcia wprost wymienionym w przepisach uokik.

W ocenie Sądu Apelacyjnego prawidłowo przyjął Sąd Okręgowy, że za odstąpieniem od wymierzenia kary nie może przemawiać istnienie powiązań właścicielskich między uczestnikami koncentracji, przez zasadniczą tożsamość akcjonariuszy i udziałowców obu spółek. Błędne postrzeganie przez właścicieli i władze spółek tej sytuacji i przyjmowanie, że należą one do jednej grupy kapitałowej, nie może stanowić usprawiedliwienia, w sytuacji gdy spółka korzysta z obsługi prawnej. Niezasadne jest także usprawiedliwianie swojego uchybienia wprowadzeniem w błąd przez Prezesa Urzędu, który w toku przeprowadzonej kontroli poprzedniej koncentracji nie zakwestionował przedstawienia E. jako członka grupy kapitałowej T.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego za wymierzeniem powodowi kary przemawiał również interes publiczny, nastawiony na realizację celów regulacji, tj. zapobieganie powstawaniu powszechnej szkody konsumentów i przedsiębiorców. Dlatego jako wartość stanowiącą interes publiczny, o którym mowa w art. 1 uokik, należy rozumieć samą prewencyjną możliwość działania organu na etapie zamiaru koncentracji i badania czy koncentracja nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji.

Sąd Apelacyjny uznał, że Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił okoliczności łagodzące (zgłoszenie koncentracji przez powoda, fakt, że było to pierwsze naruszenie zasad konkurencji przez powoda, fakt, że w wyniku dokonanej koncentracji nie została w istotny sposób ograniczona konkurencja na rynku), jak również nieumyślność w działaniu przedsiębiorcy. Prawidłowo nie przyjął Sąd Okręgowy, że nieumyślność stanowi okoliczność, która miałaby wpływ na odstąpienie od kary pieniężnej lub jej obniżenia. Obowiązkiem każdego przedsiębiorcy jest znajomość przepisów prawa. Znaczenie ma przy tym skala prowadzonej działalności. W związku z tym nałożona na powoda kara jest adekwatna do stopnia naruszenia.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego wniósł powód, zaskarżając go w całości i wnosząc o jego uchylenie i przekazanie temu Sądowi sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i orzeczenie o uchyleniu w całości zaskarżonej decyzji Prezesa Urzędu lub zmianę zaskarżonego wyroku, przez znaczące obniżenie kary pieniężnej, nałożonej na powoda i zasądzenie kosztów postępowania sądowego.

Powód zarzucił naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 378 § 1 zd. pierwsze w związku z art. 328 § 2 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c., polegające na przyjęciu przez Sąd Apelacyjny za własne błędnych ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego, bez uwzględnienia okoliczności i faktów udowodnionych w toku postępowania sądowego przed Sądem Okręgowym, w tym podnoszonych przez powoda a priori, bez oceny ich zasadności czy okoliczności sprawy oraz naruszenie prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie art. 106 ust. 1 pkt 3 uokik w związku z art. 2 Konstytucji RP i wynikającej z tego artykułu zasady ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa (w tym zasady lojalności), polegające na nałożeniu kary pieniężnej mimo braku podstaw do tego, że względu na niedostateczne określenie definicji przejęcia kontroli i grupy kapitałowej oraz przyczynienia się przez Prezesa Urzędu do powstawania usprawiedliwionego błędu co do bezprawności u powoda, a w związku z tym braku winy powoda. Z ostrożności procesowej powód zarzucił naruszenia prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie art. 106 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 111 uokik przez nałożenie kary pieniężnej w wysokości

niewspółmiernej do okoliczności sprawy, w tym mimo braku zawinienia powoda oraz braku naruszenia interesu publicznego.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powoda Prezes Urzędu wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Rozstrzygnięcie o zasadności skargi kasacyjnej powoda wymaga udzielenia odpowiedzi na dwa pytania: 1) kiedy przedsiębiorca narusza obowiązki wynikające z uokik „choćby nieumyślnie” oraz 2) czy błąd co do prawa może stanowić okoliczność wyłączającą kompetencję Prezesa Urzędu do nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 106 uokik.

Na wstępie należy przypomnieć, że naruszenie zakazów lub nakazów wynikających z uokik ma charakter obiektywny w tym sensie, że do jego stwierdzenia nie jest w ogóle potrzebne ustalenie jakiejkolwiek winy przedsiębiorcy. Utało się natomiast w piśmiennictwie oraz w orzecznictwie (z nielicznymi wyjątkami, por. wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2013 r., III SK 51/12), że skorzystanie przez Prezesa Urzędu z kompetencji do nałożenia kary pieniężnej wymaga weryfikacji umyślności albo nieumyślności zachowania przedsiębiorcy, który ma być ukarany. Odróżnia to uokik od ustaw regulacyjnych, w przypadku których strona podmiotowa uwzględniana jest co najwyżej na użytek wymiaru kary lub decyzji o odstąpieniu od jej wymierzenia. W prawie regulacyjnym zasadą jest bowiem podleganie adresata normy sankcjonującej karze pieniężnej niezależnie od tego, czy naruszenie było zawinione. Ma to oparcie w zamkniętej liście deliktów administracyjnych podlegających karom pieniężnym, podczas gdy na podstawie uokik kary pieniężne nakładane są przede wszystkim za naruszenia ogólnie sformułowanych zakazów praktyk ograniczających konkurencję lub naruszających interesy konsumentów.

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 3 uokik, Prezes Urzędu może nałożyć karę pieniężną na przedsiębiorcę, który choćby nieumyślnie dokonał koncentracji bez uzyskania zgody organu ochrony konkurencji. Czynem sankcjonowanym karą pieniężną jest przeprowadzenie (dokonanie) – nawet bez zamiaru - pewnej operacji opisanej w art. 13 w związku z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik, w zakresie niewyłączonym

na mocy art. 14 uokik, bez uzyskania stosownej zgody. Do tak opisanego czynu należy odnosić przesłankę „choćby nieumyślnego” naruszenia obowiązku wynikającego z uokik (obowiązku zgłoszenia koncentracji przed jej dokonaniem).

W odniesieniu do tego problemu Sąd Najwyższy stwierdza na wstępie, że - wbrew wyrażanym niekiedy w piśmiennictwie poglądom - świadomość bezprawności czynu zagrożonego karą pieniężną z art. 106 uokik nie ma znaczenia dla kwalifikacji naruszenia ustawy jako nieumyślnego (zob. trafną krytykę dotychczasowej praktyki w P. Semeniuk, *Wina i strona podmiotowa w prawie konkurencji*, Kraków 2012, zwłaszcza s. 32-36, M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2001, s. 94-99; por. także A. Zoll, *Komentarz do art. 30 k.k.*, LEX 2016, nb. 4; P. Wolnik, *Nieświadomość reguł ostrożności jako błąd przy przestępstwach nieumyślnych*, Cz.PKiNP 2004, nr 2, s. 106). Od świadomości bezprawności należy przy tym odróżnić nieznajomość prawa, która nie tylko nie ma wpływu na nieumyślność naruszenia ale także nie chroni przedsiębiorcy przed odpowiedzialnością represyjną za naruszenie zakazów uokik. Podobnie przyjmuje TSUE: do nałożenia kary grzywny z tytułu naruszenia reguł konkurencji wystarczające jest, jeżeli dane przedsiębiorstwo nie może nie wiedzieć, że jego działanie ma charakter antykonkurencyjny, niezależnie od tego, czy ma świadomość naruszenia reguł konkurencji zawartych w traktacie. Świadomość taka niewątpliwie występuje, gdy przedsiębiorstwa bezpośrednio uzgadniają stosowane ceny sprzedaży. Błędne zakwalifikowanie zachowania pod względem prawnym nie zwalnia przedsiębiorstwa z odpowiedzialności ani z kary grzywny (wyrok TSUE z 18 czerwca 2013 r., C-681/11 *Schenker & Co. AG i in.*, EU:C:2013:404, pkt 37-39).

Odnosząc się do przesłanki „choćby nieumyślnego” naruszenia zakazu dokonywania koncentracji bez zgody Prezesa Urzędu, trudno sobie wyobrazić, by w przypadku zachowań przedsiębiorców wypełniających hipotezy norm definiujących koncentracje doszło do połączenia, przejęcia kontroli, utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, nabycia części mienia w warunkach odpowiadających pojęciu nieumyślności, skoro wszystkie wymienione w art. 13 ust. 2 uokik formy koncentracji wymagają dla ich ziszczenia podjęcia szeregu działań ujawniających na zewnątrz wolę konkretnego przedsiębiorcy i jego stosunek do czynu jakim jego

dokonanie koncentracji. Innymi słowy, do dokonania koncentracji konieczne jest ukierunkowanie zachowania przedsiębiorcy na osiągnięcie określonego celu (zrealizowanie skutku) i sterowanie tym zachowaniem. Wszystkie te działania podejmowane są przez przedsiębiorcę świadomie. To jest zaś charakterystyczne dla zamiaru popełnienia czynu zabronionego (zamiast wielu zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 9 k.k.*, LEX 2016, nb. 5), skoro przedsiębiorca ma orientacją tego co robi: ze świadomością i wolą realizuje istotę czynu zabronionego (dokonanie koncentracji). Teoretycznie można rozważać, czy nieumyślne byłoby „przejęcie w jakikolwiek inny sposób” kontroli nad innym przedsiębiorcą (w sposób unormowany w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik) bez przewidywania możliwości popełnienia takiego czynu jak i przy niemożności jego przewidzenia, gdyby członek zarządu lub rady nadzorczej ukrył przed przedsiębiorcą „przejmującym” przygotowania do powołania go w skład organów przedsiębiorcy „zależnego” albo gdyby członek zarządu lub rady nadzorczej został powołany w skład zarządu przedsiębiorcy „zależnego” bez swojej wiedzy i zgody. Wówczas ocena „choćby nieumyślnego” naruszenia uokik wymagałaby rekonstrukcji wzorca reguł ostrożnościowych jakie przedsiębiorca powinien był wdrożyć, by nie można było mu przypisać odpowiedzialności za następstwa naruszenia tych reguł. W stanie faktycznym niniejszej sprawy zbędne było jednak dokonywanie tego rodzaju analiz oraz weryfikowanie pod ich kątem ustaleń postępowania sądowego oraz poprzedzającego go postępowania administracyjnego, skoro osoba pełniąca funkcję przewodniczącego rady nadzorczej powoda, która została powołana na prezesa jednoosobowego zarządu przejmowanego przedsiębiorcy, jest jednocześnie akcjonariuszem (udziałowcem) obu podmiotów. Taka konfiguracja faktyczna zakłada występowanie u przedsiębiorcy przejmującego (powoda) świadomości podejmowania określonych działań przed przedsiębiorcą przejmowanego. Wybór osoby nadzorującej przedsiębiorcę przejmującego na osobę zarządzającą innym przedsiębiorcą nastąpił bowiem przy udziale (i zapewne także głosem) tej osoby.

W dalszej kolejności rozstrzygnięcia wymagają zagadnienia: czy pozostawanie w usprawiedliwionym błędzie co do prawa uzasadnia decyzję o nienakładaniu kary pieniężnej na przedsiębiorcę, który dopuścił się naruszenia

takiego obowiązku jak powód; czy powód działał w błędzie co do prawa; czy błąd ten był usprawiedliwiony.

Na pierwsze z postawionych powyżej pytań należy odpowiedzieć pozytywnie. Skoro zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego kary pieniężne nakładane na podstawie uokik stanowią jedną z form odpowiedzialności represyjnej, która ze względu na dolegliwość tych kar oraz ich funkcje, powinna być traktowana w sposób zbliżony do odpowiedzialności karnej, uzasadnione jest uwzględnienie w odniesieniu do instytucji nieuregulowanych w administracyjnym prawie represyjnym instytucji znanych standardowi karnemu (tak jak w zakresie bezprawności uwzględniono ten standard na użytek praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, por. wyroki Sądu Najwyższego z 12 kwietnia 2011 r., III SK 44/10, OSNP 2012 nr 9-10, poz. 132 oraz z 12 lutego 2014 r., III SK 18/13, LEX nr 1448753 a w zakresie stopnia znikomej społecznej szkodliwości w sprawach regulacyjnych, por. wyrok z 15 października 2014 r., III SK 47/13). Za dozwolone należy zatem uznać wyłączenie kompetencji Prezesa Urzędu do nakładania na podstawie art. 106 uokik kar pieniężnych w przypadku dopuszczania się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego bezprawności, skoro błąd taki wyłącza winę sprawcy zachowania, z którym ustawodawca wiąże określone skutki o charakterze represyjnym (postanowienie Sądu Najwyższego 28 września 2006 r., I KZP 20/06, OSNKW 2006 nr 10, poz. 89). Nieświadomość bezprawności zachowania musi być niezawiniona (postanowienie Sądu Najwyższego z 14 maja 2003 r., II KK 331/02), co ocenia się z punktu widzenia modelowego obywatela. Na użytek prawa ochrony konkurencji należy przyjąć model wzorcowego przedsiębiorcy, od którego jako profesjonalisty należy oczekiwać znacznie wyższego poziomu świadomości prawnej niż w przypadku podmiotów niebędących zawodowymi uczestnikami życia gospodarczego. W ślad za standardem karnym nie można jednak skutecznie powoływać się na niezawinioną nieznajomość prawa, jeżeli przedsiębiorca nie starał się w sposób należyty zapoznać z obowiązującymi regulacjami (zamiast wielu zob. wyrok Sądu Najwyższego z 3 lutego 1997 r., II KKN 124/96, OSNKW 1997 nr 5-6, poz. 46 oraz powielające wyrażone w jego uzasadnieniu stanowisko wyroki Sądów Apelacyjnych: w Szczecinie z 27 października 2016 r., II AKa 162/16, LEX nr 2295137; w Krakowie z 26 listopada

2015 r., II AKa 197/15, KZS 2016 nr 3, poz. 35; w Warszawie z 1 kwietnia 2014 r., II AKa 432/13, LEX nr 1496528; zob. także A. Zoll, Komentarz do art. 30 k.k., LEX 2016).

W sytuacji, w której powód zgłaszał wcześniej inne operacje koncentracji Prezesowi Urzędu należy uznać, że miał wiedzę o zakazie, co oznacza świadomość bezprawności. Dlatego w stanie faktycznym sprawy należy kategorycznie odrzucić argumentację powoda, zgodnie z którą działał on pod wpływem błędu co do prawa. Na okoliczność pozostawania w błędzie co do prawa powód powołuje się na dwie okoliczności: niejasności co do definicji przejęcia kontroli oraz pozostawanie w wywołanym przez pozwanego przekonaniu, co do tego, że nie jest objęty obowiązkiem dokonania zgłoszenia koncentracji.

Odnosząc się do pierwsze z powołanych okoliczności, powód nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, by w toku podejmowania czynności odpowiadających pojęciu koncentracji w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik, powód (osoby zarządzające powodem) w jakikolwiek sposób rozważał kwestie prawne odnoszące się do koncentracji. W dalszej kolejności należy stwierdzić, że powodowi jako przedsiębiorcy relatywnie dużemu, z wielomilionowymi przychodami, działającemu na rynku od wielu lat i mającemu już styczność z operacjami koncentracji kapitału podlegającymi kontroli ze strony organu ochrony konkurencji, należy przypisać odpowiednio wysoki poziom świadomości prawnej, a co za tym idzie odpowiednio wysoki poziom oczekiwań co do roztropności prawnej przy podejmowaniu decyzji biznesowych, w tym także w przypadku wątpliwości co do wykładni prawa. Sąd Najwyższy stwierdza, że w sytuacji legalnej definicji grupy kapitałowej oraz tej formy przejęcia kontroli, która wystąpiła w niniejszej sprawie, powód nie może powoływać się na wątpliwości w zakresie wykładni prawa (które to wątpliwości musiałyby być udokumentowane na dzień podejmowania decyzji o dokonaniu koncentracji bez zgłoszenia jej Prezesowi Urzędu), ponieważ wyjątek od zasady dokonywania zgłoszenia koncentracji przez przedsiębiorców o określonej ustawowo skali działania, nie obejmuje wprost takiej struktury powiązań kapitałowych, która występuje w niniejszej sprawie.

Co do drugiej z powołanych okoliczności, ze skargi kasacyjnej powoda wynika, że podstaw dla działania pod wpływem błędu co do prawa wywołanego

przez Prezesa Urzędu powód upatruje w enigmatycznym (jako że niezakotwiczonym w konkretnych dokumentach zgromadzonych na użytek innego postępowania lub decyzjach Prezesa Urzędu, co do których można przyjąć, że są powszechnie znane i ich treść nie wymaga dowodzenia) stwierdzeniu, że w zgłaszanych wcześniej operacjach koncentracji umieszczał w stosownych zgłoszeniach informacje o tym, że w skład jego grupy kapitałowej wchodzi spółka E., która to informacja nie została zakwestionowana przez Prezesa Urzędu w toku innego postępowania.

Zdaniem Sądu Najwyższego z faktu niezakwestionowania przez Prezesa Urzędu w toku innego postępowania informacji przedstawionych w wykonaniu obowiązku przez przedsiębiorcę nie wynika po stronie przedsiębiorcy ani uzasadnione oczekiwanie co do określonego zachowania organu ochrony konkurencji w przyszłości co do przekazanych informacji, ani co do zaakceptowania przez Prezesa Urzędu treści tych informacji jako opisujących rzeczywistość gospodarczą. W sprawach z zakresu ochrony konkurencji o działaniu pod wpływem błędu wywołanym przez organ nie można mówić w przypadku jakiegoś przeoczenia ze strony organu i milczenia w kwestii przedstawionej przez przedsiębiorcę ale tylko w przypadku podjęcia przez organ pewnych pozytywnych działań lub udzielenia wyjaśnień, które stworzyły u przedsiębiorcy, do którego były adresowane uzasadnione przekonanie co do zgodności jego działania z prawem ochrony konkurencji. Jak wynika to z dotychczasowego orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, przedsiębiorca może pozostawać w błędnym przekonaniu co do bezprawności swojego zachowania wskutek pewnych działań podejmowanych przez organ w stosunku do tego przedsiębiorcy lub jego poprzedników prawnych (wyrok Sądu Najwyższego z 20 maja 2015 r., III SK 53/14, OSNP 2017 nr 7, poz. 91), a nawet w stosunku do innych podmiotów, gdy opiera się na przyjętej przez organ wykładni prawa w innych sprawach (wyrok Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 2016 r., III SK 21/15, OSNP 2017 nr 11, poz. 155) lub wydanych przez ten organ wyjaśnieniach. W skardze kasacyjnej nie wykazano, by w dacie podejmowania decyzji o powołaniu na członka zarządu była wypracowana praktyka Prezesa Urzędu w przedmiocie tego rodzaju operacji między spółkami kapitałowymi kontrolowanymi przez członków rodziny, która

byłaby korzystna dla powoda. W sprawie nie dokonano także ustalenia – kluczowego – by taka lub jakkolwiek inna praktyka organu ochrony konkurencji była znana kadrze zarządzającej powoda i rozważana przez nią. Wreszcie, to nie Prezes Urzędu wprowadził swoim zachowaniem powoda w błąd, lecz sam powód wprowadził się w błąd bezpodstawnie przedstawiając – w świetle definicji grupy kapitałowej – powiązania między nim a przedsiębiorcą zależnym. Ponadto, przedmiotem tamtego postępowania nie było weryfikowanie przynależności powoda i przedsiębiorcy zależnego do tej samej grupy kapitałowej, lecz wpływ koncentracji powoda z innym przedsiębiorcą na konkurencję. Organ mógł zatem nie wychwycić błędnych danych, tym bardziej że trudno podejrzewać przedsiębiorcę zainteresowanego pozytywną decyzją Prezesa Urzędu o podawanie błędnych danych we wniosku, co mogłoby narażać go na odpowiedzialność na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 1 uokik.

Uwzględniając powyższą argumentację, za bezpodstawny należało uznać zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 3 uokik w związku z art. 2 Konstytucji RP oraz zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 111 uokik. Podkreślić należy, że choć sądy orzekające w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu mogą weryfikować poziom nakładanych kar, to jednak odstępnie na etapie postępowania sądowego od wymierzenia kary nałożonej na podstawie uznaniowej decyzji Prezesa Urzędu motywowanej interesem publicznym, może mieć miejsce wyjątkowo. Okoliczność, że koncentracja dokonana bez zgody Prezesa Urzędu nie wyrządziła szkód na rynku, nie upoważnia do stwierdzenia na etapie postępowania kasacyjnego, że organ ochrony konkurencji przekroczył granice swobodnego uznania podejmując samą decyzję o nałożeniu kary. Z kolei analiza uzasadnienia zaskarżonego wyroku, który to wyrok podlega kontroli kasacyjnej, nie uzasadnia żadną miarą konkluzji o nieproporcjonalności kary (wyrok Sądu Najwyższego z 15 maja 2014 r., III SK 54/13, OSNP 2015 nr 11, poz. 156) w wysokości 40.000 zł w świetle okoliczności faktycznych sprawy oraz uwypuklonych w uzasadnieniu przez Sąd drugiej instancji względów prewencji ogólnej.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.

r.g.

