

Sygn. akt XVII AmA 151/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 maja 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Małgorzata Perdion-Kalicka
Protokolant:	sekretarz sądowy Jadwiga Skrzyńska

po rozpoznaniu w dniu 8 maja 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) S.A. z siedzibą w Z.

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

o nałożeniu kary pieniężnej

na skutek odwołania (...) S.A. z siedzibą w Z. od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 22 października 2013 r. nr DKK – (...)

I. oddala odwołanie;

II. zasądza od (...) S.A. z siedzibą w Z. na rzecz **Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów** kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Małgorzata Perdion-Kalicka

Sygn. akt **XVII AmA 151/13**

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 22 października 2013 r. o Nr DKK- (...), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nałożył na (...) S.A. z siedzibą w Z. karę pieniężną w wysokości 40.000 zł płatną do budżetu państwa, z tytułu dokonania bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów koncentracji, polegającej na przejęciu przez (...) S.A. z siedzibą w Z. kontroli nad (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z..

W uzasadnieniu decyzji Prezes UOKiK stwierdził, że spełnione zostały przesłanki, uzasadniające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, w związku z czym, na przedsiębiorcy przejmującym kontrolę, tj. (...), spoczywał zgodnie z treścią art. 94 ust. 2 pkt 2 uokk, obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, która polegała na przejęciu przez (...) kontroli nad (...) poprzez powołanie uchwałą zgromadzenia wspólników (...) z dnia 2 października 2012 r. na stanowisko prezesa jednoosobowego zarządu (...) Pani T. G. (1), pełniącej równocześnie funkcję przewodniczącego rady nadzorczej (...). Z uwagi na fakt, iż uchwałą o powołaniu na członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ma charakter

konstytutywny, to zgłoszenie zamiaru koncentracji w niniejszej sprawie powinno zatem w ocenie Prezesa UOKiK nastąpić najpóźniej przed podjęciem uchwały zgromadzenia wspólników (...) z dnia 2 października 2012 r. Prezes Urzędu uznał za niezasadne twierdzenie spółki (...), iż była nieświadoma istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, wskazując na doświadczenie i prowadzoną na szeroką skalę działalność spółki na rynku sprzedaży AGD, RTV i IT. Na skutek niedochowania obowiązku zasadne było w ocenie Prezesa UOKiK nałożenie na spółkę kary pieniężnej w kwocie 40.000 zł, która jak dodał stanowi niewielki ułamek przychodu (...) i nie powinna wpłynąć w sposób istotny na sytuację finansową spółki.

Od powyższej decyzji odwołania złożyła spółka (...) S.A. w Z. zaskarżając ją w całości.

Odwołująca zarzuciła decyzji:

1. naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej poprzez nałożenie kary pieniężnej, pomimo iż istniały przesłanki do odstąpienia od jej wymierzenia,

a z ostrożności procesowej:

2. naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 111 ustawy antymonopolowej poprzez nałożenie kary pieniężnej w wysokości niewspółmiernej do stopnia zawinienia spółki (...), naruszenia interesu publicznego i nieuwzględniającej okoliczności sprawy.

W związku z powyższymi zarzutami odwołująca wniosła o:

1) dopuszczenie dowodu z dokumentu ze złożonej Prezesowi UOKiK informacji – na okoliczności jej złożenia, zakresu oraz dnia złożenia,

2) dopuszczenie dowodów z dokumentów: odpisu KRS spółki (...), odpisu KRS spółki (...) _pl sp. z o.o. z siedzibą w Z. oraz schematu powiązań w grupie (...) zgodnie z danymi z KRS na okoliczność tożsamości większości akcjonariuszy i udziałowców w spółce (...) (w spółce (...) mieli 99 % głosów i akcji, zaś w spółce (...) mieli 90 % głosów i udziałów),

3) dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadka B. Ś. - dyrektora wykonawczego spółki (...) na okoliczności wskazane w odwołaniu, w szczególności pełnego współdziałania spółki (...) z organem antymonopolowym w kwestii spóźnionego zgłoszenia koncentracji z udziałem (...), braku świadomości potrzeby stosowania przepisów ustawy antymonopolowej do niezgłoszonej koncentracji,

4) zasądzenie na rzecz spółki (...) zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych,

W uzasadnieniu odwołania powódka wskazała, że w okolicznościach niniejszej sprawy uzasadnione jest odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej, gdyż brzmienie przepisu art. 106 ust 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej wskazuje jednoznacznie, iż nałożenie kary jest fakultatywne, co oznacza, że kara może, ale nie musi zostać nałożona. W ocenie powódki, zaniechanie zgłoszenia zamiaru koncentracji przez spółkę (...) nie miało wpływu na poziom konkurencji na rynku tak w układzie horyzontalnym jak i wertykalnym. Naruszenie interesu publicznego miało z kolei wyłącznie charakter formalny poprzez niewykonanie obowiązku ustawowego. Odwołująca stwierdziła również, że Prezes Urzędu uznając za przesłankę łagodzącą nieumyślność działań powinien, w jej ocenie, uznać również brak świadomości Powoda co do obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji jako taką przesłankę, gdyż w przeciwnym razie dokonanie przez Prezesa UOKiK różnej oceny tych dwóch przesłanek powód uznał za nielogiczne. Strona powodowa kwestionowała również uznanie jej przez Prezesa UOKiK za podmiot o dużym doświadczeniu w obszarze koncentracji. Ewentualnie takie wnioski można byłoby implikować jej zdaniem, gdyby przedmiotowe zaniechanie zgłoszenia koncentracji także polegało na nabyciu mienia. Przedmiotowa koncentracja polegała natomiast na przejęciu kontroli przez spółkę (...) nad (...) poprzez powołanie uchwałą zgromadzenia wspólników (...) na stanowisko prezesa jednoosobowego zarządu (...) p. T. G. (1), pełniącej równocześnie funkcję przewodniczącego rady nadzorczej (...). Koncentracja taka nie jest, jej zdaniem, tak oczywista jak nabywanie mienia. Czym innym jest, w ocenie powódki,

znajomość przepisów, a czym innym wychwycenie, czy mamy do czynienia z koncentracją podlegającą zgłoszeniu. W przedmiotowej sprawie łączenie stanowisk jest trudniej rozpoznawalną formą przejęcia kontroli aniżeli nabycie udziałów czy akcji, a dodatkowo pomiędzy spółką (...) i spółką (...) istniały powiązania właścicielskie. W dalszej części uzasadnienia odwołania powódka wskazała, że Prezes UOKiK powinien uwzględnić jako okoliczność łagodzącą bardzo krótki okres czasu pomiędzy koncentracją a zgłoszeniem dokonanym przez powódkę, bowiem koncentracja miała miejsce w październiku 2012 r., a zgłoszona została już na początku kwietnia 2013 r. W niniejszej sprawie w ogóle nie wystąpiła korzyść po stronie spółki (...), jak również nie zostały naruszone ani zagrożone żadne interesy realnie ani potencjalnie, co w powiązaniu z pełnym współdziałaniem spółki (...) z Prezesem UOKiK i z przesłankami omówionymi wyżej, daje podstawy na odstąpienie od ukarania odwołującej. Zdaniem powódki wysokość kary jest nadzwyczaj duża i nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy, wobec braku zawinienia i nietypowej formy koncentracji spółek o tak wysokim poziomie powiązań między nimi. Powódka wskazała także na niewielki stopień naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej. Spółka (...) jak wskazała powódka nie zgłosiła we właściwym czasie zamiaru koncentracji, ale było to przewinienie o jedynie formalnym charakterze, które zostało niezwłocznie po ujawnieniu naprawione poprzez złożenie stosownej informacji wraz z kwestionariuszem zgłoszeniowym na ręce Prezesa UOKiK.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany wniósł o jego oddalenie w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

(...) S.A. jest firmą handlową i prowadzi działalność w zakresie detalicznej i hurtowej sprzedaży sprzętu AGD, RTV i IT, przy czym działalność w zakresie sprzedaży detalicznej prowadzi w ograniczonym zakresie także za pośrednictwem Internetu, przy czym sprzedaż ta ogranicza się do oferowania produktów niepełnowartościowych - zwróconych przez klientów, uszkodzonych, a także towarów już niedostępnych na rynku, które mogą służyć głównie jako źródło części. Spółka prowadzi działalność na rynku sprzedaży hurtowej i detalicznej na obszarze szesnastu województw. /k. 7, k. 13 – 14, k. 20 – 29, k. 53 - 57 akt adm./

(...) sp. z o.o. jest także firmą handlową, która prowadzi działalność w zakresie sprzedaży detalicznej sprzętu AGD, RTV i IT ale wyłącznie za pośrednictwem Internetu. Spółka była pasywnym uczestnikiem koncentracji. Spółka ta prowadzi działalność na krajowym rynku sprzedaży detalicznej prowadzonej przez Internet.

Akcjonariuszami (...) posiadającymi 99% akcji są T. G. (2), M. G. (1) i M. G. (2) (każdy posiada ponad 30% akcji). Te same osoby posiadają 90% udziałów w spółce (...).pl (po 30% każda z nich).

W dniu 2 października 2012 r. na Nadzwyczajnym Zgromadzeniu Wspólników (...) Sp. z o.o. T. G. (2) będąc członkiem Rady Nadzorczej (...) S.A. została powołana na prezesa jednoosobowego zarządu (...)

Spółka (...) sprawuje kontrolę nad (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. i (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z., a od 2 października 2012 r. także nad (...). /k. 11 – 13 akt adm./

Obrót osiągnięty łącznie przez (...) i (...) w 2011 r i 2012 r, przekroczył pułap obrotów określonych w art. 13 ust 1 pkt 2 uokik, także obrót (...) przekroczył pułap określony w art. 14 pkt 1 uokik. (informacje niejawnie k 42, 63-71 akt adm./

Obie spółki w latach 2011 i 2012 osiągnęły obrót wyłącznie na terenie Polski

Udział spółki (...) w rynku wynosił w 2011 r. około 3,50 %. /k. 16 akt adm./

Udział obu uczestników koncentracji w żadnym z wysoce konkurencyjnych rynków nie przekroczył 30 %.

W dniu 8 kwietnia 2013 r. spółka (...) poinformowała Prezesa UOKiK o dokonanej koncentracji. /k. 1 – 4 akt adm./.

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. Przed koncentracją objętą przedmiotową sprawą spółka także dokonywała koncentracji, której zamiar zgłaszała Prezesowi UOKiK.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił, na podstawie dokumentów zgromadzonych w toku postępowania administracyjnego, które nie były kwestionowane przez strony niniejszego postępowania oraz zeznań świadka B. Ś., który został przesłuchany na rozprawie w dniu 8 maja 2015r. Sąd ocenił zeznania świadka co do zasady za wiarygodne, gdyż było one rzeczowe i pozostawały w zgodzie z dowodami z dokumentów. Jedyne Sąd odmówił przymiotu prawdziwości tym twierdzeniom świadka, w których dowodził on, że spółka nie dokonała zgłoszenia koncentracyjnego, gdyż była przekonana o tym, że będąc w grupie kapitałowej z (...) nie istnieje po jej stronie taki obowiązek. To wyjaśnienie zdaniem Sądu było sprzeczne z wcześniejszymi zeznaniami świadka w których dowodził, że spółka nie miała świadomości dokonywania koncentracji, ze względu na sposób dokonanej koncentracji inny niż przejęcie mienia czy połączenie z innym przedsiębiorcą. O ile temu ostatniemu twierdzeniu można dać wiarę, bo spółka przy tej koncentracji nie korzystała z usług wyspecjalizowanych kancelarii, to już twierdzeniu o świadomości pozostawania w grupie kapitałowej z (...) i zwolnienia z tej racji z obowiązku zgłoszenia koncentracji - już nie.

Takie twierdzenie świadka jest niewiarygodne z tej przyczyny, że doświadczenie życiowe i zawodowe Sądu nie pozwala przyjąć, że spółka o niemałym udziale w rynku, działająca już kilka lat na rynku i korzystająca w tym czasie z profesjonalnej obsługi prawnej nie miała wiedzy, że nie może być traktowana jako pozostająca w grupie kapitałowej.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył co następuje.

Odwołanie (...) S.A. nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z treścią art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jeżeli łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 mln euro (art. 13 ust. 1 pkt 2). Przy czym obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji - w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 2 – ciąży w myśl art. 94 ust 2 pkt 2 uokik na przedsiębiorcy przejmującym kontrolę.

W myśl natomiast art. 13 ust. 2 pkt 2 ww. ustawy obowiązek ten dotyczy zamiaru przejęcia - przez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów lub w jakikolwiek inny sposób - bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami, przez jednego lub więcej przedsiębiorców.

Zgodnie natomiast z definicją ustawową zawartą w art. 4 pkt 4 lit c) uokik przez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Uprawnienia takie kreują między innymi z woli ustawodawcy również takie sytuacje, gdy członkowie zarządu lub rady nadzorczej jednego przedsiębiorcy stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego).

Przenosząc powyższe normy prawne na grunt niniejszej sprawy należy uznać, że Prezes UOKiK prawidłowo ustalił, że w sprawie zachodziły przesłanki uzasadniające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, poprzez przejęcie kontroli przez powoda nad (...) Sp. z o.o. w Z., albowiem:

- łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru koncentracji przekroczył wartość określoną w art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji, tj. równowartość 50 mln euro,

- powołanie na stanowisko Prezesa jednoosobowego zarządu (...) T. G. (1), która jednocześnie pełniła funkcję Przewodniczącego Rady Nadzorczej (...) S.A. spowodowało przejęcie przez (...) S.A. kontroli nad (...) gdyż jest to sposób koncentracji, określony w art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy o okik,
- nie zaistniała przesłanka wyłączająca konieczność zgłoszenia koncentracji z art. 14 pkt 1 ustawy o okik, ponieważ obrót (...) S.A. zrealizowany na terytorium P.w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia koncentracji przekroczył równowartość 10 mln euro,
- nie wystąpiły inne przesłanki z art. 14 ustawy.

W wyniku przeprowadzonej koncentracji przejęcia przez (...) S.A. kontroli nad (...) Sp. z o.o. doszło do sytuacji, w której członkowie Rady Nadzorczej (...) S.A. (spółka dominująca, aktywny uczestnik koncentracji) stanowili więcej niż połowę członków zarządu (...) (przedsiębiorca zależny, bierny uczestnik koncentracji), na skutek powołania na Nadzwyczajnym Zgromadzeniu Wspólników (...) w dniu 2 października 2012 r. w skład jednoosobowego zarządu tej spółki (...), pełniącej funkcję Prezesa Rady (...) S.A.

Powyższa ocena prawna nie była kwestionowana także przez powoda, który sam zgłosił fakt dokonania koncentracji, lecz już po jej dokonaniu a więc w niewłaściwym czasie, gdyż zgłoszeniu Prezesowi UOKiK podlega już sam zamiar koncentracji.

Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 94 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, na spółce (...) S.A., jako na przedsiębiorcy, który przejmował kontrolę nad (...) ciążył obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji.

Głównym motywem odwołania powoda od decyzji Prezesa był argument dotyczący nałożenia na niego kary pieniężnej w sytuacji, kiedy organ winien był odstąpić od nałożenia takiej sankcji, a nadto nawet jeśli nałożenie kary było uzasadnione, to kara ta winna być nałożona w znacząco niższej wysokości.

Rozważając powyższą argumentację powoda, Sąd doszedł do przekonania, że pomimo dokonania inicjacji przedmiotowego postępowania przez podmiot zobowiązany do zgłoszenia zamiaru koncentracji, brak jest w rozpatrywanej sprawie podstaw do odstąpienia od wymierzenia przedsiębiorcy kary finansowej.

Jakkolwiek powód dokonał zgłoszenia koncentracji, to jednak uczynił to ex post, a więc wbrew przepisom ustawy, co stanowiło nie tylko naruszenie norm prawa ochrony konkurencji ale także było naruszeniem standardów staranności wymaganych od podmiotów profesjonalnie działających w obrocie gospodarczym. Brak świadomości powoda o obowiązku zgłoszenia koncentracji świadczy, szczególnie przy znacznej jednak skali jego działalności, o ignorancji wobec standardów postępowania profesjonalistów w tym bagatelizowaniu reguł prawa konkurencji.

O ile bowiem mała skala działalności gospodarczej usprawiedliwiać może w pewnych okolicznościach nieświadomość reguł konkurencji, to już w odniesieniu do przedsiębiorców, których skala dochodów już od dłuższego czasu determinuje obowiązki związane ze zgłaszaniem zamiaru koncentracji, czego spółka ma świadomość skoro dokonuje notyfikacji innych koncentracji, taka „wybiórcza nieświadomość” musi być surowo oceniana. Jakkolwiek należy zgodzić się z powodem, że inny charakter koncentracji ma miejsce gdy dochodzi do przejęcia kontroli poprzez przejęcie mienia a inny gdy dochodzi do łączenia stanowisk, to jednak w przypadku podmiotów o tej skali działania co powód i spółka będąca pasywnym uczestnikiem koncentracji nie powinno mieć to zasadniczego znaczenia. Wszak świadomość obowiązków związanych z koncentracją nie może, szczególnie w odniesieniu do podmiotów, które korzystają z profesjonalnej obsługi prawnej ograniczać się do wybiórczych, typowych form tej koncentracji. Jest to tym bardziej oczywiste, że przejęcie kontroli dokonane przez powoda jest typem przejęcia wprost wymienionym w przepisach ustawy (art 4 pkt 4 lit. c) a nie wywiedzionym z ogólnej definicji, czy też wykreowanym przez orzecznictwo lub doktrynę. Na taki możliwy typ koncentracji wskazywały także Wyjaśnienia Prezesa UOKiK w sprawie kryteriów i procedur zgłaszania zamiaru koncentracji (k.67-88), które musiały być znane nawet wewnętrznym prawnikom spółki dla której przedmiotowa koncentracja nie była pierwszą.

Nie może także przemawiać za odstąpieniem od wymierzenia powodowi kary okoliczność, że istniejące powiązania właścicielskie pomiędzy uczestnikami koncentracji poprzez zasadniczą tożsamość akcjonariuszy i udziałowców obu spółek, uzasadniały ich przekonanie o działaniu w grupie kapitałowej. Ten argument jest chybiony jeśli się weźmie pod uwagę fakt, że mamy do czynienia z profesjonalistą korzystającym z usług profesjonalnych prawników, dla których ta kwestia nie pozostawiała wątpliwości.

Powyższe argumenty zdaniem Sądu pozwalają na uznanie, że jakkolwiek ustawodawca przewidział fakultatywność w stosowaniu sankcji za niezgłoszenie zamiaru koncentracji, to jednak Prezes UOKiK prawidłowo skorzystał z przysługującego mu w ramach uznania administracyjnego prawa do zastosowania sankcji za naruszenie regulacji dotyczących koncentracji.

Przemawiał zdaniem Sądu za tym interes publiczny, którego nie można utożsamiać li tylko z wpływem dokonanej już koncentracji na poziom konkurencji na rynku. Celem regulacji dotyczącej koncentracji jest zapobieganie powstawaniu powszechnej szkody konsumentów i przedsiębiorców (względnie zwiększaniu się jej rozmiarów) na etapie przed podjęciem działań koncentracyjnych. Dlatego jako wartość stanowiącą interes publiczny, o którym mowa w art. 1 u.o.k.k. należy traktować samą prewencyjną możliwość działania organu na etapie zamiaru koncentracji i badania czy koncentracja nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji. Takie działanie ex ante (z góry) ma samo w sobie wartość istotną dla ochrony konkurencji i dlatego jest pożądane w interesie publicznym, tym bardziej, że jak się wskazuje w doktrynie dokonywanie tego typu badania następczo zamiast kontroli uprzedniej, niesie ze sobą ryzyko braku pewności prawnej, co w obrocie gospodarczym jest wielce niepożądane.

Skoro więc przedsiębiorca wbrew przepisom ustawy dokonał koncentracji bez zgłoszenia Prezesowi UOKiK, to w interesie publicznym jest wyeliminowanie tego typu zachowań na przyszłość, czemu służy między innymi wymierzenie kary pieniężnej.

Co się zaś tyczy samej wysokości kary to należy wskazać, że stosowanie do treści art. 106 ust. 1 pkt 3 uokik Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dokonał koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu.

Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, w myśl treści art. 111 uokik, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

Wymierzając powodowi karę Prezes UOKiK wziął pod uwagę szereg okoliczności zarówno łagodzących jak i obciążających. Do okoliczności łagodzących organ zaliczył fakt, że spółka (...) S.A. z własnej inicjatywy zgłosiła koncentrację, jak również to, że było to pierwsze naruszenie przez spółkę ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz fakt, że w wyniku dokonanej koncentracji nie została istotnie ograniczona konkurencja na rynku.

W ocenie Sądu wymienione w uzasadnieniu decyzji okoliczności, które wpłynęły na wymiar kary wskazują, że Prezes prawidłową wagę przypisał okolicznościom związanym ze skutkami koncentracji i dobrowolnemu zgłoszeniu koncentracji przez przedsiębiorcę, niezwłocznie po tym jak powziął wiedzę o obowiązku notyfikacji koncentracji.

Także właściwie została oceniona przez organ przesłanka wymiaru kary jaką jest nieumyślność działania przedsiębiorcy. Tak zakwalifikowane zaniechanie powoda jest konsekwencją zaaprobowania przez organ twierdzenia powoda o braku świadomości po stronie przedsiębiorcy istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru dokonanej koncentracji. Nieumyślność działania nie może jednak zdaniem Sądu stanowić okoliczności pozwalającej na odstąpienie od wymierzenia kary lub na istotne jej obniżenie, gdyż o ile zachowanie powoda było rzeczywiście nawet nieświadome, to było jednakże zachowaniem zawinionym, ponieważ obowiązkiem każdego przedsiębiorcy jest znajomość przepisów prawa m.in. regulujących zasady prowadzenia działalności gospodarczej, w szczególności, że działalność ta jest prowadzona na większą skalę niż bagatelna, i która ze względu na wielkość obrotów podlega regulacjom dotyczącym koncentracji.

Dlatego w sprawie niniejszej nieumyślność powinna być oceniana jako przejaw niestaranności lub niedbalstwa przedsiębiorcy, który pomimo posiadania znacznych obrotów, kwalifikujących go do prewencyjnej kontroli koncentracji nie znał całościowej, acz stanowczej i wyraźnej regulacji odnoszącej się do tego aspektu działania przedsiębiorcy na rynku.

Należy zgodzić się z powodem, że dokonując oceny jaka kara finansowa byłaby adekwatna do czynu powoda, należy także wziąć pod uwagę hipotetyczną decyzję, jaka prawdopodobnie zapadłaby w przypadku dokonania przez powoda zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi. Inną bowiem miarą należy ocenić zachowanie przedsiębiorcy, którego zamiar koncentracji nie uzyskałby akceptacji Prezesa UOKiK a inną tego, który z całą pewnością zgodę na koncentrację by uzyskał. Skutki rynkowe tych różnych sytuacji byłyby niewspółmiernie różne w razie przeprowadzenia koncentracji bez zgłoszenia jej zamiaru.

Jednakże także i ta okoliczność nie pozwala na uznanie, że zachodzą przesłanki do odstąpienia od nałożenia kary, gdyż jak słusznie zauważył Prezes UOKiK stanowiłoby to wyraźny sygnał dla przedsiębiorców, że niezgłoszenie zamiaru koncentracji może być dla nich w sytuacjach oczywistych, gdy raczej mogą liczyć na zgodę organu na planowane przejęcie, bardziej korzystne niż zastosowanie się do przepisów ustawy, gdyż dzięki temu uniknął jakichkolwiek kosztów związanych z zamiarem koncentracji. Bo po pierwsze nie będą musieli uiścić opłaty za zgłoszenie zamiaru koncentracji w kwocie 5.000 zł i ponieść innych kosztów związanych z przygotowaniem zgłoszenia a po wtóre nie poniosą konsekwencji za niezgłoszenie zamiaru koncentracji w postaci kary pieniężnej.

Dlatego Sąd podzielając pogląd wyrażony przez Prezesa UOKiK, że zachowanie powoda daje podstawę, by wyciągnąć w stosunku do niego konsekwencje, zaakceptował także wysokość wymierzonej kary, która w ocenie Sądu uwzględnia zarówno stosunkowo krótki okres bo 6 miesięcy między obowiązkiem zgłoszenia koncentracji a faktycznym jej zgłoszeniem organowi, oraz brak oddziaływania dokonanej koncentracji na konkurencję.

Zdaniem Sądu kara orzeczona decyzją jest bardzo niska zważywszy maksymalny poziom kary jaka w myśl przepisu ustawy mogła być orzeczona (max kara ponad 180 mln zł) i gdyż uwzględnia wszystkie elementy jakie przemawiały za jej obniżeniem i to w stopniu znacznym. Dobrowolne zawiadomienie organu ochrony konkurencji i konsumentów przy wymiarze kary zostało wyraźnie przez organ promowane znaczącym obniżeniem kary analogicznie jak to czynią inne instytucje prawa, w tym między innymi linienicy w prawie konkurencji czy czynny żal w prawie karnym i karno-skarbowym.

W konsekwencji, zdaniem Sądu, kara w wysokości 40.000 zł spełni w tym przypadku swoją funkcję represyjną i będzie wystarczająco wyraźnym ostrzeżeniem dla powoda na przyszłość, aby stosował reguły prawa konkurencji. Także prewencja ogólna, czemu ma także służyć wymierzanie kary przedsiębiorcom, nie pozwala na zmniejszenie kary, gdyż stanowi ona i tak symboliczną wielkość w stosunku do przychodów powoda a jedynie stosunek do tego wskaźnika a nie wysokość nominalna kary ma stanowić wymierną wskazówkę mogącą działać wychowawczo i odstraszać na ogół przedsiębiorców podlegających regulacji prawa ochrony konkurencji.

Reasumując kara ustalona przez Prezesa UOKiK jest zdaniem Sądu odpowiednia do stwierdzonych naruszeń oraz daje podstawy, by sądzić, że powód nie będzie w przyszłości dopuszczał się naruszeń przepisów ustawy antymonopolowej.

Mając na uwadze powyższe, Sąd na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c. orzekł jak w pkt. I sentencji.

Wobec nieuwzględnienia odwołania powoda, Sąd w oparciu o art. 98 k.p.c. orzekł o konieczności poniesienia przez niego kosztów procesu poniesionych przez pozwanego niezbędnych do celowej obrony tj kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 360 zł określonej w § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r., nr 163, poz. 1349 z późn. zm.).

SSO Małgorzata Perdion – Kalicka