

*Sygn. akt VI ACa 1076/15*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 1 marca 2017 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA Jacek Sadowski*

*Sędziowie: SA Marcin Łochowski*

*SO del. Tomasz Szanciło (spr.)*

*Protokolant: sekr. sąd. Paulina Czajka*

*po rozpoznaniu w dniu 15 lutego 2017r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa (...) S.A. w W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*o nałożenie kary pieniężnej*

*na skutek apelacji obydwu stron*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z dnia 20 marca 2015 r.*

*sygn. akt XVII AmA 136/11*

**I. oddała obydwie apelacje;**

**II. znosi między stronami koszty procesu w postępowaniu apelacyjnym.**

*Sygn. akt VI ACa 1076/15*

## UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 4.11.2010 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu) nałożył na (...) sp. z o.o. w W. (dalej: (...), poprzednika prawnego powoda (...) S.A. w W., dalej: (...)) karę pieniężną w wysokości 123.246.000 zł, co stanowi równowartość 30.000.000 euro z tytułu braku współdziałania w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK w ramach postępowania wyjaśniającego nr (...), polegającego na: a) uniemożliwieniu kontrolującym niezwłocznego rozpoczęcia w dniu 2.12.2009 r. czynności kontrolnych poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji (...), b) uniemożliwianiu kontrolującym w dniu 2.12.2009 r. wejścia na teren pomieszczeń stanowiących siedzibę (...).

Powyższą decyzję oparto na ustaleniu, że w dniu 25.11.2009 r. zostało wszczęte postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania przedsiębiorców dotyczące usługi telewizji mobilnej mogą stanowić naruszenie ustawy antymonopolowej. W ramach postępowania została przeprowadzona w dniach 2-3.12.2009 r. kontrola w siedzibach (...) i innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Do budynku zajmowanego przez powoda inspektorzy wkroczyli o godz. 10.10, dysponując zgodą udzieloną przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), na podstawie postanowienia z dnia 26.11.2009 r. (XVII Amo 22/09), na przeszukanie wszelkich pomieszczeń i rzeczy,

w tym oddziałów, zakładów i przedstawicielstw należących do (...), w celu pozyskania dowodów. Pomimo okazania recepcjonistce dokumentów uprawniających do przeprowadzenia kontroli, ta nie umożliwiła kontrolującemu dostania się do pomieszczeń biurowych spółki. Pracownicy recepcji poinformowali kontrolujących, że nie są uprawnieni do podjęcia decyzji o umożliwieniu im przejścia przez bramki elektroniczne oddzielające recepcję spółki od właściwych pomieszczeń biurowych. Również pracownicy ochrony budynku odmówili inspektorom wpuszczenia do biur (...). Po kilkunastu minutach w recepcji pojawił się Główny Specjalista (...), pracownik (...), który poinformował kontrolujących, że nie mogą oni wejść na teren budynku bez zgody osoby upoważnionej do reprezentacji (...). Następnie w pobliżu recepcji pojawili się pracownicy (...), z których jeden – pomimo sprzeciwu inspektorów Urzędu – przeprowadził rozmowę telefoniczną z nieustaloną osobą. Następnie poinformował, że polskojęzyczni członkowie zarządu są na spotkaniu w ważnych sprawach i trzeba zakończyć na ich zakończenie. O godz. 11:30 kontrolerzy wraz z pracownikiem (...) udali się na czwarte piętro budynku, gdzie mieszczą się pokoje członków zarządu. Z uwagi na fakt, że pracownik spółki, który uprzednio oddał się w celu odszukania członków zarządu, nie wracał, o godz. 11:35 kontrolujący zaczęli samodzielnie szukać pokoju jednego z członków zarządu. Po jego odnalezieniu o godz. 11:40 kontrolujący okazali dokumenty upoważniające do przeprowadzenia kontroli wraz z przeszukaniem oraz legitymacje służbowe.

Prezes UOKiK podniósł, że spółka nie współdziałała w toku kontroli, co miało charakter szczególnie uciążliwy, niweczący możliwość skutecznego zrealizowania celów założonych w związku z rozpatrywaną kontrolą. Naruszono obowiązek umożliwienia kontrolującemu wstępu na grunt oraz do budynków, lokali lub innych pomieszczeń. Nawet gdyby przyjąć, że zachowanie pracowników spółki nie było intencjonalne, to bezsprzecznie utrudniło Prezesowi Urzędu wykonywanie kontroli. Odpowiedzialność na niedopełnienie obowiązku współdziałania w toku kontroli spoczywa na przedsiębiorcy także wtedy, gdy działalność tej jednostki realizują pracownicy. Zachowanie pracowników (...) cechowała daleko idąca opieszałość, mająca na celu opóźnienie rozpoczęcia czynności kontrolnych. Pomimo wielokrotnego wzywania pracowników kontrolowanego przedsiębiorcy do wpuszczenia na teren pomieszczeń biurowych, przez godzinę od momentu poinformowania osoby pracującej na recepcji o charakterze wizyty i przedstawienia dokumentów uprawniających do przeprowadzenia kontroli, inspektorzy zmuszeni zostali do oczekiwania na recepcji na otwarcie elektrycznych bramek. Kolejni pracownicy (...) nie wykazywali woli wpuszczenia kontrolujących do pomieszczeń biurowych bez decyzji osób przełożonych. Pracownicy (...) przybyli godzinę później, licząc od momentu zasygnalizowania obecności kontrolujących w budynku (...). Nadto po wpuszczeniu kontrolujących za bramki, towarzyszący im pracownik spółki oznajmił, że mają poczekać na korytarzu aż sprawdzi, czy członkowie zarządu zakończyli już spotkanie.

Od powyższej decyzji odwołanie wniosła spółka (...), zaskarżając ją w całości i wnosząc o jej uchylenie, względnie o zmianę i orzeczenie kary nie wyższej niż 20.000 zł. Powód zarzucił decyzji naruszenie:

a) art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 229 ze zm., dalej: u.o.k.k.) w zw. z art. 97 k.c. poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że (...) nie współdziałała w toku kontroli, podczas gdy w pełni umożliwiła kontrolującemu niezwłoczne przystąpienie w dniu 2.12.2009 r. do czynności kontrolnych,

b) art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. w zw. z art. 97 k.c. i art. 105a ust. 6 i 7, art. 105d ust. 1 pkt 1 i 2 u.o.k.k. oraz w zw. z art. 79a ustawy z dnia 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1829 ze zm., dalej: u.s.d.g.) w zw. z art. 105l u.o.k.k. poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 97 k.c., w wyniku czego organ bezzasadnie ustalił, że kontrola pomieszczeń biurowych spółki rozpoczęła się o godz. 10:30, podczas gdy w rzeczywistości nastąpiło to około godz. 11:08, tj. z chwilą okazania dokumentów umożliwiających dokonanie przeszukania osobom upoważnionym do ich odbioru, a także poprzez niezasadne przyjęcie, że (...) umyślnie nie współdziałała w toku prowadzonej kontroli, w tym uniemożliwiła kontrolującemu wejście do pomieszczeń biurowych spółki,

c) art. 106 ust. 2 pkt 3 i art. 111 u.o.k.k. w zw. z art. 5 ust. 4 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z dnia 30.03.2010 r., C 83, s. 1, dalej: TUE) poprzez nałożenie kary rażąco i oczywiście nieproporcjonalnej do zarzucanych uchybień oraz

niewuzględnienie przesłanek wymiaru kary pieniężnej, tj. okresu, stopnia i okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także braku uprzedniego naruszenia przepisów,

d) art. 49 i 63 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z dnia 30.03.2010 r., C 83, s. 47, dalej: TFUE) poprzez nałożenie na spółkę rażąco i oczywiście nieproporcjonalnej kary pieniężnej, która ma istotny negatywny wpływ na wysokość dywidendy należnej (...) w B. (dalej: (...)) jako wspólnikowi (...), co stanowi naruszenie swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału oraz bezzasadne ograniczenie zakresu współpracy i korzyści osiągniętych przez ww. przedsiębiorcę,

e) art. 106 ust. 2 pkt 3 i art. 111 u.o.k.k. w zw. z art. 2 i 32 Konstytucji RP oraz art. 6 i 8 k.p.a. poprzez niewuzględnienie przy wymiarze kary zasad równości, pewności prawa oraz zaufania do organów władzy publicznej, w związku z wymierzeniem kary w sposób odbiegający od jednolitej dotychczas linii orzeczniczej organu ochrony konkurencji w tego rodzaju sprawach.

W uzasadnieniu powód podniósł m.in. że ani recepcjonistka, ani pracownik (...) nie mogą być uznane za osoby, o których mowa w art. 97 k.c., wobec czego okazanie dokumentów kontroli było prawnie skuteczne dopiero wobec pracownika (...), a tym samym za moment wszczęcia kontroli należy uznać godz. 11.08, a nie godz. 10.10. Zarzucił również nieproporcjonalność kary do przewinienia i niejednorodność w stosunku do kar orzekanych przez Prezesa UOKiK w innych sprawach o podobnych stanach faktycznych.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes UOKiK wniósł o jego oddalenie i zasądzenie kosztów procesu.

Po ostatecznym sprecyzowaniu zarzutów odwołania powód zarzucił naruszenie:

1) art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. w zw. z art. 97 k.c. oraz art. 105a ust. 6 i 7, art. 105d ust. 1 pkt 1 i 2 u.o.k.k. w zw. z art. 79a ust. 1 i art. 80b u.s.d.g. w zw. z art. 1051 u.o.k.k. poprzez niewskazanie w sentencji decyzji konkretnych przepisów ustawowych, których naruszenie kwalifikować należałoby jako brak współdziałania w toku kontroli, dowolne i niczym nieuzasadnione przyjęcie w decyzji, że (...) nie współdziałała w toku kontroli prowadzonej przez pozwanego, podczas gdy spółka w pełni umożliwiła kontrolującą niezwłoczne przystąpienie w dniu 2.12.2009 r. do czynności kontrolnych po rozpoczęciu kontroli, w tym zapewniła kontakt kontrolujących z osobą upoważnioną do jej reprezentacji, a także niezwłocznie umożliwiła kontrolującą wejście na teren pomieszczeń stanowiących siedzibę (...);

2) art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. w zw. z art. 97 k.c. oraz art. 105a ust. 6 i 7, art. 105d ust. 1 pkt 1 i 2 u.o.k.k. w zw. z art. 79a ust. 1 u.s.d.g. w zw. z art. 1051 u.o.k.k. poprzez:

a) niewłaściwe ich zastosowanie (w powiązaniu z błędną wykładnią art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k.), polegające na wymierzeniu kary pieniężnej m.in. z tytułu rzekomego opóźnienia kontaktu kontrolujących z osobą upoważnioną do reprezentacji powoda, podczas gdy ustawa nie nakłada na kontrolowanego obowiązku zapewnienia takiego kontaktu,

b) niewłaściwe ich zastosowanie (w powiązaniu z błędną wykładnią art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k.), polegające na wymierzeniu kary pieniężnej m.in. z tytułu rzekomego uniemożliwienia kontrolującą w dniu 2.12.2009 r. wejścia na teren pomieszczeń spółki, podczas gdy niespornym jest, że kontrolujący w dniu 2.12.2009 r. weszli na teren pomieszczeń powoda i prowadzili tam czynności kontrolne,

c) niewłaściwe ich zastosowanie (w powiązaniu z błędną wykładnią art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. i art. 97 k.c.), w wyniku czego pozwany bezzasadnie ustalił, że kontrola pomieszczeń biurowych spółki rozpoczęła się w dniu 2.12.2009 r. o godz. 10:30, z chwilą przedstawienia przez kontrolujących upoważnienia do przeprowadzenia kontroli oraz postanowienia w sprawie zgody na przeszukanie osobie pracującej na recepcji w siedzibie spółki, a następnie pracownikom wykonującym obowiązki w zakresie ochrony budynku, podczas gdy w rzeczywistości okazanie tych dokumentów osobom upoważnionym do ich odbioru, połączone z okazaniem legitymacji służbowych przez kontrolujących, nastąpiło najwcześniej dopiero około godz. 11:08, przy czym nie zostały wcześniej spełnione alternatywne, w stosunku do okazania dokumentów osobie upoważnionej do reprezentacji kontrolowanego lub osobie

określonej w art. 97 k.c., przesłanki przystąpienia do czynności kontrolnych określone w art. 105a ust. 7 u.o.k.k., w tym nie okazano dokumentów upoważniających do przeprowadzenia kontroli świadkowi – funkcjonariuszowi publicznemu,

d) błędną wykładnię i niewłaściwe ich zastosowanie polegające na wymierzeniu kary pieniężnej z tytułu rzekomego naruszenia obowiązków spoczywających na podmiocie kontrolowanym, w sytuacji gdy wszystkie zarzucane naruszenia miały miejsce przed prawidłowym doręczeniem osobie upoważnionej do reprezentacji powoda upoważnienia do przeprowadzenia kontroli, połączonym z okazaniem legitymacji służbowych przez kontrolujących, a więc nie miały miejsca „w toku kontroli” w rozumieniu art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k.;

3) art. 106 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 105d ust. 1 pkt 1 i 2 u.o.k.k. oraz art. 80b u.s.d.g. w zw. z art. 1051 u.o.k.k. poprzez niezasadne przyjęcie przez pozwanego, że (...) umyślnie nie współdziałała w toku prowadzonej kontroli, w tym uniemożliwiła kontrolującym wejście do pomieszczeń biurowych, podczas gdy spółka w toku kontroli w pełni współpracowała z kontrolującymi i nie sposób uznać, jakoby w działaniu w jakimkolwiek zakresie przejawiał się zamiar uniemożliwienia, czy chociażby utrudnienia czynności kontrolnych;

4) art. 106 ust. 2 pkt 3 i art. 111 u.o.k.k. w zw. z art. 5 ust. 4 TUE w zw. z art. 2, 21 ust. 1, art. 22, art. 49, 50 i 51 ust. 1 oraz art. 64 ust. 1-3 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w zw. z art. 11 ust. 1, art. 16 i 17 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (dalej: KPP) oraz art. 8 ust. 1 i 2, art. 10 ust. 1 i 2, art. 18 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 ze zm., dalej: Konwencja) oraz art. 1 Protokołu nr (...) do Konwencji, poprzez nałożenie kary rażąco i oczywiście nieproporcjonalnej do zarzuczanych uchybień oraz nieuwzględnienie przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej ustawowych przesłanek wymiaru kary, tj. okresu, stopnia i okoliczności (rzekomego) naruszenia przepisów ustawy, faktu braku uprzedniego naruszenia przepisów ustawy, jak również poprzez rażąco i oczywiście przekroczenie wymiaru kary wystarczającego do osiągnięcia prewencyjnej funkcji kary, rażąco i oczywiście wygórowanej w kontekście rzeczywistych wyników finansowych powoda wykazanych w skorygowanej deklaracji (...) za 2009 r., które to wyniki różnią się istotnie od pierwotnie deklarowanych (przychód powoda za 2009 r. wyniósł faktycznie 8.234.480.817,92 zł, a jego dochód – 2.124.482.391,53 zł);

5) art. 49 i art. 63 TFUE, art. 5 ust. 4 TUE oraz art. 21 ust. 1 i art. 64 ust. 1-3 Konstytucji RP, art. 16 i 49 ust. 3 KPP oraz art. 1 Protokołu nr (...) do Konwencji, poprzez nałożenie rażąco i oczywiście nieproporcjonalnie wysokiej kary pieniężnej, która ma istotny negatywny wpływ na wysokość dywidendy należnej (...) jako współnikowi (...), co stanowi naruszenie swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału pomiędzy państwami członkowskimi UE, polegające na bezzasadnym ograniczeniu strumieni przepływu kapitału oraz bezzasadnym ograniczeniu zakresu współpracy i korzyści osiąganych przez wymienionego wyżej przedsiębiorcę z tytułu inwestycji i posiadania udziałów w (...), a także naruszenie prawa własności poprzez bezpodstawne nałożenie na (...) zobowiązania uszczuplającego w sposób niedopuszczalny jej mienie, a także mającego istotny wpływ na jej zdolność do wypłaty oraz wysokość dywidendy;

6) art. 106 ust. 2 pkt 3 i art. 111 u.o.k.k. w zw. z art. 2 Konstytucji RP, art. 6 i 8 k.p.a. w zw. z art. 80 u.o.k.k. oraz art. 32 Konstytucji RP poprzez nieuwzględnienie przy wymiarze kary zasad równości, pewności prawa oraz zaufania do organów państwa, w związku z wymierzeniem kary w sposób odbiegający od jednolitej dotychczas linii orzeczniczej organu ochrony konkurencji w tego rodzaju sprawach.

Wyrokiem z dnia 20.03.2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), w sprawie XVII AmA 136/11, zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że nałożoną na (...) karę pieniężną obniżył do kwoty 1.232.460 zł, stanowiącej równowartość 300.000 euro, oddalając odwołanie w pozostałym zakresie i znosząc wzajemnie między stronami koszty postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił, że (...) jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie usług telefonii komórkowej. W dniu 25.11.2009 r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania przedsiębiorców dotyczące usługi telewizji mobilnej mogą stanowić naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy. W dniach 2 i 3.12.2009 r. w siedzibie

powoda została przeprowadzona kontrola wraz z przeszukaniem. W tym celu w dniu 30.11.2009 r. zostało wystawione upoważnienie dla pracowników Urzędu, a nadto w dniu 26.11.2009 r. SOKiK wydał postanowienie, mocą którego udzielił zgody na przeszukanie wszelkich pomieszczeń i rzeczy w tym oddziałów, zakładów i przedstawicielstw należących do (...) w celu pozyskania dowodów na okoliczność zawarcia niedozwolonego porozumienia. Kontrolujący zostali przyjęci przez recepcjonistkę A. Ż., która była zatrudniona przez podmiot zewnętrzny na zasadzie outsourcingu. Do zakresu jej obowiązków należała obsługa wszelkich osób z zewnątrz, domagających się kontaktu z osobami z zarządu spółki lub innymi jej pracownikami. W tzw. sytuacjach szczególnych miała prosić o pomoc pracownika ochrony i bezpośredniego przełożonego. Recepcjonistka nie posiadała uprawnień do zawierania umów w imieniu spółki i do odbioru korespondencji adresowanej do spółki. Policjant okazał jej legitymację służbową i została ona poproszona o wezwanie któregoś z członków zarządu i umożliwienie wejścia do pomieszczeń biurowych (...). Recepcjonistka zadzwoniła do przełożonej, M. G., która z kolei poinformowała o zaistniałej sytuacji pracowników departamentu bezpieczeństwa. Jeden z nich, Z. K., udał się następnie do recepcji. W spółce funkcjonowała specjalna instrukcja przewidująca procedury na wypadek kontroli organów administracji publicznej. W takim przypadku pracownica recepcji powinna była zadzwonić do sekretariatu członka zarządu i przedstawić sprawę. O godz. 10:20 osoby zgromadzone przy recepcji zwróciły się do recepcjonistki, zaś o godz. 10:28 kontroler A. S. okazała recepcjonistce dokumenty uprawniające do przeprowadzenia kontroli wraz z przeszukaniem, jednak nie przedstawiła przy tym legitymacji służbowej. Nadto dokumenty nie zostały okazane z możliwością ich przeczytania. Podobnie o godz. 10:35 i 10:37 A. S. wyjęła dokumenty z teczki i po chwili je schowała. O godz. 10:43 w recepcji pojawił się Z. K., któremu zostały okazane dokumenty upoważniające pracowników UOKiK do przeprowadzenia kontroli oraz legitymacje służbowe. Pokwitował on otrzymanie odpisów tych dokumentów, a następnie o godz. 10:54 skontaktował się telefonicznie z nieobecnym w tym dniu w spółce dyrektorem departamentu bezpieczeństwa, który – po przedstawieniu mu sytuacji – polecił nawiązanie kontaktu z członkiem zarządu K. T.. W tej sytuacji pracownik polecił recepcjonistce połączyć się telefonicznie z asystentką któregoś z członków zarządu spółki i przedstawić sytuację. Jednocześnie poinformował kontrolujących, że zgodnie z wewnętrznymi procedurami spółki, do momentu pojawienia się kogoś z kierownictwa nie mogą oni wejść na teren budynku spółki. O godz. 11:05 Z. K. skontaktował się z biurem zarządu spółki, po czym poinformował kontrolujących, że asystentka jednego z członków zarządu udała się do (...). O godz. 11:08 w recepcji pojawili się pracownicy tego departamentu, L. Ł. i T. W., którym zostały przedstawione dokumenty upoważniające do przeprowadzenia kontroli w pomieszczeniach spółki oraz legitymacje służbowe. Następnie L. Ł. ustalił za pośrednictwem telefonu, że członek zarządu K. T. przebywa na spotkaniu na piątym piętrze budynku. Po tych ustaleniach T. W. udał się w to miejsce. Następnie K. T., K. D. i T. W. przeszli na szóste piętro i tam oczekiwali na kontrolujących. Pierwszą przepustkę uprawniającą do wejścia do pomieszczeń biurowych spółki wydano kontrolującym o godz. 11:21, zaś ostatnią o godz. 11:27. Następnie kontrolujący udali się wraz L. Ł. na szóste piętro, gdzie mieszczą się pokoje członków zarządu. Tam towarzyszący kontrolującym pracownik spółki oddalił w celu sprawdzenia, czy członkowie zarządu zakończyli spotkanie. Ponieważ nie pojawił się z powrotem, o godz. 11:35 kontrolujący samodzielnie rozpoczęli poszukiwania pokoju członka zarządu. Po jego odnalezieniu, zastali w środku członka zarządu – dyrektora (...). Następnie okazali dokumenty upoważniające do przeprowadzenia kontroli oraz legitymacje służbowe i o godz. 11:40 przystąpili do kontroli. Czynności kontrolne zakończyły się w dniu następnym o godz. 17:10. Wskazane spotkanie, w którym uczestniczył K. T., rozpoczęło się o godz. 10:00 i dotyczyło warunków współpracy z brytyjskim operatorem wirtualnym (...). Spotkanie nie dotyczyło projektu telewizji mobilnej. Nadto w dniu 2.12.2009 r. w siedzibie spółki, obok K. T., był obecny inny członek zarządu (...) M. Z..

Powód osiągnął w 2009 r. przychód w wysokości 21.800.499.778,10 zł.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie było częściowo zasadne. Powołując się na art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k., w brzmieniu obowiązującym w okresie 7.03.2009 r. – 18.01.2015 r., zgodnie z którym Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 50.000.000 euro, jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie nie współdziałała w toku kontroli prowadzonej w ramach postępowania na podstawie art. 105a, z zastrzeżeniem art. 105d ust. 2, wskazał, że ten przepis zawiera regulację dotyczącą kary o charakterze administracyjnym, której celem jest zabezpieczenie prawidłowości i skuteczności postępowań prowadzonych przez pozwanego. Kara ta pełni, co do zasady, funkcję represyjną i

prewencyjną. Warunkiem wszczęcia postępowania kontrolnego jest wcześniejsze zaistnienie postępowania przed Prezesem Urzędu w stosunku do tego samego przedsiębiorcy (wyjaśniającego, antymonopolowego lub w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów). Pełni w stosunku do nich rolę służebną, gdyż podstawowym celem postępowania kontrolnego jest zebranie materiału dowodowego w głównej sprawie. Krąg osób, które mają obowiązek współpracy w związku z kontrolą, określa art. 106d u.o.k.k. – są to: kontrolowany, osoba przez niego upoważniona, posiadacz lokalu mieszkalnego, pomieszczenia, nieruchomości lub środka transportu, w którym są przechowywane przedmioty, akta, księgi, dokumenty i inne informatyczne nośniki danych, mogące mieć wpływ na ustalenie stanu faktycznego prowadzonego postępowania. W przypadku nieobecności kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej, osobami, na których spoczywają obowiązki, są: pracownik kontrolowanego, osoba czynna w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności, którą zgodnie z art. 97 k.c. poczytuje się w razie wątpliwości za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa albo inna osoba czynna w miejscu przeprowadzania kontroli. Podmioty te są zobowiązane, w myśl art. 105d ust. 1 u.o.k.k., do udzielania żądanych informacji, umożliwienia wstępu na grunt oraz do budynków, lokali lub innych pomieszczeń oraz środków transportu, a także udostępnienia akt, ksiąg i wszelkiego rodzaju dokumentów lub innych nośników informacji. Wynikające z art. 106 ust. 2 pkt 3 ustawowe określenie „niewspółdziałanie w toku kontroli”, stanowiące podstawę nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej, oznacza brak wykonywania w sposób bezzwłoczny swoich obowiązków po przedstawieniu określonego żądania przez osoby kontrolujące. Jako czynność rozpoczynającą kontrolę rozumieć należy, zgodnie z art. 79 u.s.d.g., okazanie legitymacji służbowej upoważniającej do przeprowadzania czynności kontrolnych oraz doręczenie upoważnienia do przeprowadzenia kontroli działalności przedsiębiorstwa. W przypadku nieobecności kontrolowanego, zastosowanie znajdzie art. 105a ust. 7 u.o.k.k., stanowiący, że legitymacja i upoważnienie mogą zostać okazane pracownikowi kontrolowanego, który może być uznany za osobę, o której mowa w art. 97 k.c. lub przywołanemu świadkowi, którym powinien być funkcjonariusz publiczny.

Analiza faktów, które miały miejsce w siedzibie (...) w dniach 2-3.12.2009 r., doprowadziła Sąd Okręgowy do wniosku, że powód nie wywiązał się w pełni z obowiązku współpracy w toku kontroli prowadzonej w ramach postępowania wyjaśniającego, jednak naruszenie tego obowiązku nie było tak długotrwałe i znaczące, jak ustalił to pozwany. Nadto zachowanie kontrolujących nie pozwala stwierdzić, że dochowano wszystkich wymogów proceduralnych określonych w art. 105a u.o.k.k. Bezsparnie kontrola odbyła się w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego w związku z telewizją mobilną (wszczętego w dniu 25.11.2009 r.), a kontrolujący dysponowali stosownymi upoważnieniami, jak również zgodą SOKiK na przeszukanie pomieszczeń powoda (art. 105c u.o.k.k.). W związku z uprawnieniem Prezesa UOKiK do przeprowadzenia przeszukania w siedzibie przedsiębiorcy kluczowe jest, aby kontrola odbyła się z zaskoczenia i bezzwłocznie; w przeciwnym razie jej sens zostałby wypaczony, a cel kontroli – nieosiągnięty. Jak wynika z nagrania video (plik (...)), kontrolujący w asyście funkcjonariusza policji stawili się w siedzibie powoda o godz. 10:10, zaś do recepcjonistki A. Ż. zwrócili się dopiero o godz. 10:20, o godz. 10:23 zwrócili się do niej ponownie, o godz. 10:28 odczytano jej jakiś dokument. Recepcjonistce nie okazano legitymacji służbowych, co stanowi uchybienie skutkujące tym, że brak podstaw, by uznać kontrolę za rozpoczętą. Jediną osobą, która okazała legitymację recepcjonistce, był funkcjonariusz policji, jednak jego wylegitymowanie się jest bez znaczenia w świetle wymogów kontroli.

Zdaniem Sądu Okręgowego zasługuje też na uwzględnienie zarzut powoda, że w analizowanym przypadku recepcjonistka nie jest osobą czynną w lokalu przedsiębiorcy w rozumieniu art. 97 k.c., a zatem nie było możliwe doręczenie jej dokumentów upoważniających do kontroli, stosownie do art. 105a u.o.k.k. Brak było podstaw do zastosowania art. 97 k.c., gdyż recepcjonistka nie wykonywała w imieniu powoda czynności prawnych ani czynności faktycznych zmierzających do zawarcia jakichkolwiek umów, nie była nawet przez niego zatrudniona. Do jej obowiązków należało wykonanie wyłącznie czynności faktycznych, sprawnie i bez zbędnej zwłoki. W niniejszym przypadku tak właśnie było – ponieważ kontrolujący nie okazali legitymacji służbowych recepcjonistce, ta zachowała się zgodnie z wyznaczonym jej zakresem obowiązków, zwracając się do swoich przełożonych z opisem sytuacji.

Zatem Sąd Okręgowy uznał, że zachowanie spółki było prawidłowe do godz. 10:43, tj. do momentu, w którym w recepcji bez zbędnej zwłoki stawił się Z. K., pracownik powoda. Po zapoznaniu się w upoważnieniem do

przeprowadzenia kontroli i legitymacjami służbowymi pracowników Urzędu, Z. K. skontaktował się telefonicznie z biurem zarządu spółki. Na skutek tych rozmów o godz. 11:08 w recepcji pojawili się pracownicy (...) powoda, bezspornie uprawnieni do doręczenia im upoważnienia do przeprowadzenia kontroli. Czynności podejmowane przez pracowników powoda od godz. 10:43 były dokonywane ze zbyt dużym zwłoką, którą ocenić należy jako nieusprawiedliwioną okolicznościami. Skoro Z. K. okazano wszystkie wymagane prawem dokumenty, to już wówczas należało wpuścić kontrolujących na teren chroniony bramkami lub spowodować natychmiastowe zejście osób uprawnionych. Tymczasem między stawiennictwem Z. K. a pojawieniem się pracowników (...) upłynęło aż 25 minut. W tym zakresie potwierdził się zarzut uniemożliwienia rozpoczęcia czynności kontrolnych poprzez opóźnianie kontaktu z osobą upoważnioną. Jako nieuzasadnione Sąd Okręgowy ocenił też czynności powoda podejmowane w godz. 11:20 – 11:27, tj. w czasie, kiedy kontrolującym wyrabiano przepustki/identyfikatory. Nakazanie kontrolującym oczekiwania na ich wydanie było z całą pewnością zbędne i prowadziło do opóźnienia w podjęciu czynności kontrolnych. To na powódzie spoczywa obowiązek wprowadzenia takiej organizacji pracy i takich procedur, które w sytuacji kontroli zarządzanej i przeprowadzonej przez uprawnionych przedstawicieli władzy państwowej umożliwią im bezzwłoczny dostęp do pomieszczeń biurowych i stworzą warunki do dokonania bez zbędnej zwłoki wszelkich czynności wymaganych zakresem kontroli. Uzależnienie dostępu do pomieszczeń podlegających kontroli od wyrabiania identyfikatorów/przepustek jest zbyt dużym utrudnieniem. Powód zachowałby się prawidłowo, gdyby po ustaleniu, że przybyli są uprawnieni do przeprowadzenia kontroli, wpuścił kontrolujących na teren spółki, a dopiero potem zajął się formalnościami i sprawami technicznymi. Siedziba spółki to duży, wielopiętrowy budynek, zabezpieczony urządzeniami elektronicznymi i ochroną osobową, co powoduje, że kontrolujący bez zgody osób uprawnionych ze strony powoda nie byłoby w stanie opuścić terenu recepcji. Sama organizacja siedziby powoda, stanowi okoliczność, którą Sąd I instancji wziął pod uwagę przy ocenie, czy powód uniemożliwił niezwłoczne rozpoczęcie czynności kontrolnych. Na przedsiębiorcy ciąży również obowiązek uregulowania współpracy ze swoimi kontrahentami, np. podmiotem zewnętrznym, zatrudniającym recepcjonistkę i pracowników ochrony, w taki sposób, aby przebieg kontroli był niezakłócony. Przy takim zorganizowaniu wejścia do części biurowej budynku, jak to miało miejsce w siedzibie powoda, zasadne było twierdzenie pozwanego, że doszło do zarzuconego braku współpracy – w sumie trwającego 32 minuty opóźnienia rozpoczęcia czynności kontrolnych. Pozwany nie wykazał zaś, aby brak współpracy miał miejsce już w czasie po przekroczeniu bramek wejściowych. Brak również podstaw, by przyjąć, że w czasie kontroli odbywało się spotkanie członka zarządu powoda, K. T., z innymi osobami w sprawie telewizji mobilnej.

Sąd Okręgowy zauważył, że ustalenia faktyczne pozwanego w postępowaniu administracyjnym były oparte w dużej mierze na dokumencie protokołu kontroli. Uznano, że stan faktyczny jest bezsporny, gdyż wynika on z tego protokołu, a wnioski dowodowe powoda zostały oddalone. Tymczasem postępowanie dowodowe przed SOKiK wykazało odmienność niektórych ustaleń faktycznych. Z uwagi jednak na to, że powód miał szansę dowodzić swych racji przed sądem, wady decyzji w tym zakresie zostały konwalidowane.

Ponieważ zachowanie powoda, co do zasady, stanowiło naruszenie ustawy antymonopolowej w zakresie obowiązków współdziałania w toku kontroli, Sąd Okręgowy uznał, że uzasadnione było orzeczenie kary w niniejszej sprawie, choć jej wysokość została ustalona przez Prezesa UOKiK w oderwaniu od ustawowych przesłanek. Samo nałożenie kary, jak i jej wysokość należą do zakresu tzw. uznania administracyjnego, ale jest ono ograniczone treścią art. 6 i 7 k.p.a., co oznacza, że organ jest obowiązany uwzględnić przepisy prawa, podjąć wszelkie czynności niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz uwzględnić m.in. słuszny interes strony i ogólne zasady kodeksu postępowania administracyjnego, w tym sformułowana w art. 8 k.p.a. zasada zaufania do władzy publicznej. Przepisy prawa, które w tym wypadku muszą być uwzględnione przez pozwanego, to art.106 ust. 2 w zw. z art. 111 u.o.k.k. Wskazane jest również, aby oparł się on na swoim dotychczasowym orzecznictwie w zakresie kar pieniężnych, jak również publikowanych stanowiskach i wytycznych, gdyż to stanowi realizację zasady zaufania do władzy publicznej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Sąd Okręgowy ocenił, że nałożona na powoda kara pieniężna w wysokości 30.000.000 euro, co stanowi równowartość 123.246.000 zł, jest nieadekwatna do popełnionego czynu. Istotne jest, że z całego czasu kontroli jedynie krótki wycinek zachowania powoda kwalifikuje się jako naruszenie przepisów ustawy. Kontrola trwała dwa dni, zaś o braku współdziałania można mówić jedynie w zakresie 32 minut. Bezspornym był brak

śladów niszczenia, ukrywania czegokolwiek, nawet w stosunku do nośników elektronicznych. Błędne było ustalenie Prezesa UOKiK, że w czasie, gdy kontrolujący usiłowali się dostać do siedziby powoda, odbywało się spotkanie w sprawie telewizji mobilnej. Zatem działanie powoda trudno uznać za intencjonalne, ukierunkowane na zaoszczędzenie czasu na ukrycie dowodów. Okoliczność ta wpływa w sposób istotny ocenę na rodzaju winy powoda w naruszeniu przepisów. Pozwany ocenił, że powód działał umyślnie, ale Sąd I instancji stanął na stanowisku, iż można mu przypisać winę nieumyślną w stopniu niedbalstwa. Prezes UOKiK nie uwzględnił też okoliczności łagodzącej, którą stanowi niekaralność powoda za podobne naruszenie przepisów ustawy. Nadto jak słusznie zauważył powód, jest to kara nieadekwatna do innych nakładanych przez Prezesa UOKiK kar za podobne naruszenia ustawy. Najwyższe dotychczas nałożone na przedsiębiorców przez Prezesa UOKiK kary pieniężne za naruszenie przepisów dotyczących kontroli wyniosły 2.000.000 zł i 5.000.000 zł (obniżona przez SOKiK do 50.000 zł), na uwagę zasługuje również wysokość kary nałożonej przez Komisję Europejską na (...)z dnia 30.01.2008 r. w wysokości 38.000.000 euro, w przypadku którego stwierdzono zerwanie pieczęci założonej przez kontrolujących. Jednocześnie proponowana przez powoda kwota 20.000 zł jest zbyt niska w porównaniu do wysokości przychodów powoda. Kara w tej wysokości nie byłaby przez niego odczuwalna, w przeciwieństwie do kary w wysokości 300.000 euro. Kara w tej wysokości nie może być uznana za dolegliwość nadmierną. Może jednocześnie spełnić funkcję prewencyjną, być sygnałem dla powoda i innych przedsiębiorców, że kontroli Urzędu nie można lekceważyć. Kontrolerzy UOKiK nie mogą być traktowani jak zwykli odwiedzający siedzibę powoda i z pewnością w stosunku do nich muszą obowiązywać odmienne procedury. Nie można uznać, iż właściwym postępowaniem jest nakazywanie kontrolerom oczekiwania na wejście na teren danego przedsiębiorstwa oraz uzależnianie wprowadzenia ich do pomieszczeń spółki od wydania przepustki.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 100 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód (...) w całości, wskazując jednocześnie, że zaskarżenie w odniesieniu do jego punktów I i II zmierza do uzyskania orzeczenia, w którym sąd całkowicie odstąpiłby od nałożenia kary pieniężnej, względnie karę taką wymierzylby w kwocie istotnie niższej niż określona w zaskarżonym Wyroku, zaś zaskarżenie w odniesieniu do jego punktu III zmierza do uzyskania orzeczenia, w którym sąd zasądziłby od pozwanego na rzecz powoda całość kosztów postępowania, w tym koszty zastępstwa procesowego. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

A. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy:

1) art. 233 § 1 w zw. z art. 227 k.p.c., art. 231 i 232 k.p.c. oraz art. 6 k.c. poprzez naruszenie zasad postępowania dowodowego, w tym zasady wszechstronnej i swobodnej oceny dowodów, polegające na:

(i) wyciągnięciu z ocenianych dowodów wniosków nieuprawnionych, niespójnych i sprzecznych z zasadami doświadczenia życiowego,

(ii) pominięciu dowodów wykazujących okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy,

(iii) sformułowaniu nieuprawnionych domniemań faktycznych,

(iv) uznaniu za wykazane faktów, których udowodnienie obciążało pozwanego, podczas gdy ten nie przedstawił w tym zakresie wystarczających dowodów,

w wyniku czego SOKiK dokonał wadliwych i dowolnych ustaleń faktycznych, zgodnie z którymi:

a) za chwilę, w której wymagane było wpuszczenie kontrolujących na teren części siedziby powoda chronionej przed dostępem osób postronnych lub spowodowania natychmiastowego zejścia (kontakt) osób uprawnionych do jego reprezentacji, uważać należy moment okazania wymaganych prawem dokumentów Z. K., co oparte jest na założeniu, że osoba ta była „osobą upoważnioną przez kontrolowanego” w rozumieniu art. 105a ust. 6 u.o.k.k. lub też pracownikiem kontrolowanego, który może być uznany (w warunkach nieobecności kontrolowanego lub osób przez niego upoważnionych) za „osobę, o której mowa w art. 97 k.c.”,



b) (...) spowodowała łącznie 32-minutowe opóźnienie rozpoczęcia czynności kontrolnych, w szczególności zaś że:

c) czynności podejmowane przez pracowników powoda w godz. 10:43 – 11:08 w dniu 2.12.2009 r. były dokonywane ze zwłoką, którą ocenić należy jako nieusprawiedliwioną okolicznościami, i że należy je kwalifikować jako opóźnienie kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji (...) i opóźnianie podjęcia czynności kontrolnych,

d) czynności powoda podejmowane w godz. 11:20 – 11:27, tj. w czasie, kiedy kontrolującym wyrabiano przepustki/identyfikatory wstępu do siedziby powoda (co powiązane było z koniecznością oczekiwania przez kontrolujących na ich wydanie), były nieuzasadnione, zbędne i prowadziły do opóźnienia w podjęciu czynności kontrolnych, zaś w ten sposób:

e) (...) nie współdziałała w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK,

co jest sprzeczne z zebrany materiał dowodowy, z którego wynika, że:

(i) za chwilę rozpoczęcia kontroli uważać można dopiero moment okazania wymaganych prawem dokumentów w dniu 2.12.2009 r. o godz. 11:08 upoważnionym pracownikom powoda, tj. L. Ł. i T. W.,

(ii) (...) w pełni i niezwłocznie umożliwiła kontrolującym wejście na teren pomieszczeń stanowiących siedzibę (...) i przystąpienie do czynności kontrolnych po rozpoczęciu kontroli,

(iii) (...) niezwłocznie zapewniła kontakt kontrolujących z osobą upoważnioną do reprezentacji, który to kontakt, jak również wejście i podjęcie czynności kontrolnych nie mogły być w świetle zaistniałych okoliczności umożliwiające wcześniej / w krótszym czasie, jak również że

(iv) czynności wyrabiania i wydawania przepustek/identyfikatorów wstępu do siedziby (...) nie mogły być dokonane w krótszym czasie,

(v) przepustki/identyfikatory wstępu do siedziby (...) były niezbędne do poruszania się po siedzibie (...), w tym do otwierania drzwi i zapór rozdzielających poszczególne strefy ramach budynku siedziby spółki,

co w dalszej kolejności miało wpływ na nałożenie na powoda kary pieniężnej oraz na jej wysokość;

2) art. 233 § 1 w zw. z art. 227 i 245 k.p.c. poprzez ustalenie – wbrew treści przedłożonych przez powoda dokumentów w postaci skorygowanego zeznania o wysokości dochodu osiągniętego przez (...) w 2009 r. – że powód osiągnął w 2009 r. przychód w wysokości 21.800.499.778,10 zł, podczas gdy w rzeczywistości była to kwota 8.234.480.817,92 zł, co w dalszej kolejności miało wpływ na wysokość nałożonej kary pieniężnej;

3) art. 233 § 1 w zw. z art. 227 i 258 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie zeznań świadków M. K., A. O. i K. D., które zdaniem SOKiK były nieistotne dla rozstrzygnięcia sporu, bądź dotyczyły okoliczności udowodnionych zeznaniami innych świadków, podczas gdy zeznania te dotyczyły okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, nie można im było odmówić przymiotu wiarygodności, zaś niewzięcie ich pod uwagę przy wyrokowaniu ugruntowało uchybienia w zakresie oceny zgromadzonego materiału, których skutkiem było dokonanie wadliwych i dowolnych ustaleń faktycznych, co w dalszej kolejności miało wpływ na nałożenie kary pieniężnej oraz na jej wysokość;

4) art. 328 § 2 w zw. z art. 479<sup>28</sup> § 1 k.p.c. w zw. z art. 6 ust. 1 i ust. 2 Konwencji poprzez brak należytego uzasadnienia wyroku, a w szczególności brak dostatecznego wyjaśnienia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia w części w ramach punktu A.1 powyżej, w tym:

(i) brak przedstawienia faktów, które Sąd uznał za udowodnione,

(ii) brak wskazania dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej,

(iii) zaniechanie wyjaśnienia przesłanek dokonanej subsumpcji ustalonego stanu faktycznego pod treść norm prawnych definiujących obowiązki przedsiębiorcy do współdziałania w toku kontroli,

(iv) zaniechanie wyjaśnienia, jaką relewancję dla oceny naruszenia obowiązku współdziałania w toku kontroli miałyby mieć dochowanie szczegółowych powinności przedsiębiorcy wskazywanych przez Sąd („wprowadzenie takiej organizacji pracy i takich procedur, które w sytuacji kontroli zarządzanej i przeprowadzonej przez uprawnionych przedstawicieli władzy państwowej, umożliwią im bezzwłoczny dostęp do pomieszczeń biurowych”), przez co utrudnione jest zrekonstruowanie sposobu rozumowania tego Sądu w zakresie istotnych motywów jego rozstrzygnięcia, które doprowadziły do uznania, iż powód nie współdziałał należycie z pozwanym w łącznym okresie 32 minut po wszczęciu kontroli;

B. naruszenie przepisów prawa materialnego:

1) art. 106 ust. 2 pkt 3, art. 105a ust. 6 i ust. 7, art. 105d ust. 1 pkt 1 i 2 u.o.k.k. w zw. z art. 79a ust. 1 i art. 80b u.s.d.g. w zw. z art. 105l u.o.k.k. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na niewskazaniu w zmodyfikowanej przez SOKiK sentencji decyzji konkretnych przepisów ustawowych, których naruszenie kwalifikować należy jako brak współdziałania w toku kontroli;

2) art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. w zw. z art. 97 k.c. i art. 105a ust. 6 i 7, art. 105d ust. 1 pkt 1 i 2 u.o.k.k. w zw. z art. 79a ust. 1 u.s.d.g. w zw. z art. 105l u.o.k.k. poprzez:

a) błędną wykładnię zawartego w art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. znamienia „nie współdziała”,

b) niewłaściwe ich zastosowanie (w powiązaniu z błędną wykładnią art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k.), polegające na wymierzeniu powodowi kary pieniężnej m.in. z tytułu rzekomego opóźnienia kontaktu kontrolujących z osobą upoważnioną do reprezentacji powoda, podczas gdy ustawa nie nakłada na kontrolowanego obowiązku zapewnienia takiego kontaktu,

c) niewłaściwe ich zastosowanie (w powiązaniu z błędną wykładnią art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k.), polegające na wymierzeniu powodowi kary pieniężnej m.in. z tytułu rzekomego spowodowania opóźnienia w nawiązaniu przez kontrolujących kontaktu z osobą upoważnioną do reprezentacji (...) oraz opóźnienia rozpoczęcia czynności kontrolnych w łącznym wymiarze 32 minut, podczas gdy spółka niezwłocznie zapewniła kontakt kontrolujących z osobą upoważnioną do reprezentacji (...), jak również niezwłocznie umożliwiła kontrolującym wejście na teren pomieszczeń stanowiących siedzibę (...) i przystąpienie do czynności kontrolnych po rozpoczęciu kontroli, zaś wyrażony przez SOKiK pogląd, że jako brak współdziałania w toku kontroli (art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k.) kwalifikowany być powinien „brak wykonywania w sposób bezzwłoczny swoich obowiązków po przedstawieniu określonego żądania przez osoby kontrolujące” – jeśli bezzwłoczność ta miałaby być rozumiana potocznie, tj. oznaczać okres najwyżej kilku minut – jest bezzasadny i nie znajduje oparcia w przepisach prawa,

d) niewłaściwe ich zastosowanie (w powiązaniu z błędną wykładnią art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k.), w wyniku czego SOKiK bezzasadnie ustalił, że kontrola pomieszczeń biurowych spółki rozpoczęła się w dniu 2.12.2009 r. o godz. 10:43, gdy w rzeczywistości okazanie dokumentów osobom upoważnionym do ich odbioru nastąpiło dopiero około godz. 11:08, przy czym nie zostały wcześniej spełnione alternatywne, w stosunku do okazania dokumentów osobie upoważnionej do reprezentacji kontrolowanego lub osobie określonej w art. 97 k.c., przesłanki przystąpienia do czynności kontrolnych określone w art. 105a ust. 7 u.o.k.k., w tym nie okazano dokumentów upoważniających do przeprowadzenia kontroli świadkowi – funkcjonariuszowi publicznemu,

e) błędną wykładnię i niewłaściwe ich zastosowanie polegające na wymierzeniu powodowi kary pieniężnej z tytułu rzekomego naruszenia obowiązków spoczywających na podmiocie kontrolowanym, gdy rzekome naruszenia, przekładające się na rzekome spowodowanie opóźnienia w rozpoczęciu czynności kontrolnych łącznie o 25 minut, miały miejsce przed prawidłowym doręczeniem osobie upoważnionej do reprezentacji powoda upoważnienia do przeprowadzenia kontroli, a więc nie miały miejsca „w toku kontroli” w rozumieniu art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k., zaś

rozmiar przypisanego przez SOKiK opóźnienia w rozpoczęciu czynności kontrolnych, spowodowanego działaniami podejmowanymi już po doręczeniu osobie upoważnionej do reprezentacji (...) upoważnienia do przeprowadzenia kontroli, tj. 7 minut, nie może być kwalifikowany jako brak współdziałania w toku kontroli:

3) art. 106 ust. 2 pkt 3 i art. 105d ust. 1 pkt 1 i 2 u.o.k.k. w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 9 i 80b u.s.d.g. w zw. z art. 105l u.o.k.k. w zw. z art. 2, 21 ust. 1, art. 22, 49, 50, 51 ust. 1 i art. 64 ust. 1-3 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w zw. z art. 5 ust. 4 TUE, art. 7, 11 ust. 1, art. 16 i 17 ust. 1 KPP oraz z art. 8 ust. 1 i 2, art. 10 ust. 1 i 2, art. 18 Konwencji oraz art. 1 Protokołu nr (...) do niej, a także z art. 3 pkt 2 i art. 6 ustawy z dnia 26.04.2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1166 ze zm., dalej: u.z.k.) i art. 160 ust. 1 i 2, art. 175 ust. 1, art. 175c ust. 1, art. 176, 176a i 180e ustawy z dnia 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 243 ze zm., dalej: Pt) poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na ustanowieniu pozaprawnych wymogów wprowadzenia takiej organizacji pracy i procedur, które w sytuacji kontroli zarządzanej i przeprowadzonej przez uprawnionych przedstawicieli władzy państwowej, umożliwią im bezzwłoczny dostęp do pomieszczeń biurowych, jak również wymogu uregulowania współpracy ze swoimi kontrahentami w taki sposób, żeby przebieg kontroli był niezakłócony, przy czym zdaniem SOKiK już samo uzależnienie dostępu do pomieszczeń podlegających kontroli od wyrabiania identyfikatorów czy też przepustek jest „zbyt dużym utrudnieniem”, które to wymogi stoją w sprzeczności z przepisami gwarantującymi ochronę wolności działalności gospodarczej i ochronę własności, w tym ochronę miru pomieszczeń przedsiębiorcy, ochronę swobody komunikowania się oraz ujawniania informacji dotyczących osoby, a także stoją w sprzeczności z wymogami w zakresie ochrony obiektów infrastruktury krytycznej oraz ochrony tajemnic istotnych w działalności operatora telekomunikacyjnego;

4) art. 106 ust. 2 pkt 3 i art. 111 u.o.k.k. w zw. z art. 2, 21 ust. 1, art. 22, 49, 50, 51 ust. 1 i art. 64 ust. 1-3 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w zw. z art. 5 ust. 4 TUE, art. 11 ust. 1, art. 16 i 17 ust. 1 KPP oraz art. 8 ust. 1 i 2, art. 10 ust. 1 i 2, art. 18 Konwencji oraz art. 1 Protokołu nr (...) do niej poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na nałożeniu na powoda kary:

(i) rażąco i oczywiście nieproporcjonalnej do zarzucanych uchybień oraz nieuwzględnienie w należyтым stopniu przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej przesłanek wymiaru kary wskazanych w ustawie, tj. okresu, stopnia i okoliczności (rzekomego) naruszenia przepisów ustawy, a także faktu braku uprzedniego naruszenia jej przepisów, jak również poprzez rażące i oczywiste przekroczenie wymiaru kary wystarczającego do osiągnięcia prewencyjnej funkcji kary,

(ii) rażąco i oczywiście wygórowanej w kontekście rzeczywistych wyników finansowych powoda wykazanych w skorygowanej deklaracji (...) za 2009 r., które różnią się istotnie od pierwotnie deklarowanych (przychód powoda za 2009 r. wyniósł faktycznie 8.234.480.817,92 zł, a jego dochód – 2.124.482.391,53 zł);\

5) art. 106 ust. 2 pkt 3 i art. 111 u.o.k.k. w zw. z art. 2 Konstytucji RP oraz art. 6 i 8 k.p.a. w zw. z art. 80 u.o.k.k., a nadto art. 32 Konstytucji RP, poprzez nieuwzględnienie przy wymiarze kary zasad równości, pewności prawa oraz zaufania do organów państwa, w związku z wymierzeniem kary w sposób odbiegający od przyjętej linii orzeczniczej w tego rodzaju sprawach.

W związku z powyższymi zarzutami powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w punktach I i II poprzez uchylenie zaskarżonej decyzji w całości, względnie poprzez jej zmianę w całości i umorzenie postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej, względnie poprzez orzeczenie o niestwierdzeniu naruszenia polegającego na braku współdziałania powoda w toku kontroli Prezesa UOKiK i umorzeniu postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej, względnie zmianę zaskarżonego wyroku w jego punkcie I poprzez nałożenie na powoda kary pieniężnej w wysokości nie wyższej niż 20.000 zł lub w innej wysokości, istotnie mniejszej niż określona w zaskarżonym wyroku, oraz w jego punkcie III poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje, według norm przepisanych.

Apelację od powyższego wyroku wniósł również pozwany Prezes UOKiK w części, tj. w punktach I i III, zarzucając naruszenie:

1) przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 § 1 k.p.c., poprzez:

a) wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków z niego niewynikających i sprzecznych z zasadami logicznego rozumowania oraz zasadami doświadczenia życiowego, polegające na błędnym przyjęciu, że (...), nie współdziałając w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa UOKiK, działał nieumyślnie, nie zaś umyślnie, jak uznał pozwany w decyzji nr (...),

b) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów w zakresie oceny zachowania powoda w godz. 10:30 – 10:43 w dniu 2.12.2009 r. poprzez wysnuć nielogicznych i sprzecznych ze wskazaniami doświadczenia życiowego wniosków, że zmuszenie kontrolujących do oczekiwania przez 13 minut na pojawienie się jakiegokolwiek pracownika spółki stanowiło prawidłowe zachowanie spółki, a w efekcie błędne orzeczenie, że brak współdziałania miał miejsce wyłącznie w godz. 10:43 – 11:08 i 11:20 – 11:27;

2) prawa materialnego, tj. art. 105a ust. 7 u.o.k.k. w zw. z art. 97 k.c. w zw. z art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. (w brzmieniu w dacie decyzji), poprzez błędną wykładnię prowadzącą do stwierdzenia, że zatrudniona na stanowisku recepcjonistki A. Ż. nie mogła zostać uznana za osobę czynną w rozumieniu art. 97 k.c., a zatem nie było możliwe doręczenie jej dokumentów upoważniających do kontroli stosowanie do art. 105a ust. 7 u.o.k.k.;

3) prawa materialnego, tj. art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do nałożenia na powoda kary rażąco niskiej i nieproporcjonalnej do stwierdzonych naruszeń oraz niewystarczającej do realizacji funkcji prewencyjnej i represyjnej kary.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od powoda kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania, z pozostawieniem temu sądowi orzeczenia o kosztach postępowania.

W odpowiedzi na apelacje strony wniosły wzajemnie o ich oddalenie w całości i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje obydwu stron były niezasadne.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że niezasadny był zarzut powodowej spółki (...) dotyczący naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. W orzecznictwie słusznie przyjmuje się, że niedostatki uzasadnienia wyroku mogą być przyczyną uwzględnienia apelacji tylko w sytuacjach szczególnych, gdy w ogóle nie pozwalają na poznanie motywów, jakimi kierował się sąd wydając rozstrzygnięcie. W obecnym modelu apelacji sąd drugiej instancji jest sądem, który nie tylko na podstawie treści uzasadnienia bada prawidłowość decyzji sądu pierwszej instancji, ale rozpoznając merytorycznie sprawę, uprawniony jest także do samodzielnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego przez ten sąd oraz, ewentualnie, także w postępowaniu apelacyjnym. Innymi słowy, jedynie w przypadku uchybień w sporządzeniu uzasadnienia, które faktycznie uniemożliwiają sądowi wyższej instancji kontrolę, czy prawo materialne i procesowe zostało prawidłowo zastosowane, zarzut art. 328 § 2 k.p.c. może okazać się skuteczny.

Nie sposób stwierdzić, aby uzasadnienie Sądu I instancji nie poddawało się kontroli instancyjnej, jako że wynika z niego, z jakich przyczyn Sąd ten zmienił zaskarżoną decyzję w zakresie kary pieniężnej, zaś ewentualne uchybienia, które podnosiła strona, nie miały znaczenia dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Natomiast nie uzasadnia zarzutu naruszenia tego przepisu okoliczność, że strona w odmienny sposób ocenia materiał dowodowy zebrany w sprawie. To, że Sąd Okręgowy pewnych elementów stanu faktycznego nie wyeksponował, nie oznacza naruszenia powołanego przepisu, czy dalej idącej kwestii – nierozpoznania istoty sprawy.

Niezasadny był zarzut powoda naruszenia art. 233 § 1 w zw. z art. 227 k.p.c., art. 231 i 232 k.p.c. oraz art. 6 k.c. poprzez naruszenie zasad postępowania dowodowego, w tym zasady wszechstronnej i swobodnej oceny dowodów. Sąd Apelacyjny podzieliła ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji i przyjmuje je za swoje. Ustalenia w tym zakresie nie naruszały zasady oceny materiału dowodowego wynikającej z art. 233 § 1 k.p.c. Sprawia to, że nie zachodzi potrzeba powtarzania szczegółowych ustaleń faktycznych (zob. np. postanowienie SN z dnia 22.04.1997 r., II UKN 61/97, OSNAP 1998, nr 3, poz. 104, wyrok SN z dnia 8.10.1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999, nr 3, poz. 60).

Zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ocena wiarygodności i mocy dowodów przeprowadzonych w danej sprawie wyraża istotę sądenia w części obejmującej ustalenie faktów. Dotyczy ona rozstrzygnięcia o przeciwstawnych twierdzeniach stron na podstawie własnego przekonania składu orzekającego powziętego w wyniku bezpośredniego zetknięcia się ze świadkami, dokumentami i innymi dowodami przeprowadzonymi w sprawie. Zarzut w tym przedmiocie, a więc sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału, może być skuteczny w sytuacji, gdy powstaje dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie a konkluzją, do jakiej dochodzi sąd na jego podstawie. Przytoczenie w apelacji odmiennej, własnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, na który powołuje się apelujący, nie może być uznane za skuteczne, przy jednoczesnym zaniechaniu wykazania, że ocena dokonana przez sąd przekracza granicę swobodnej oceny dowodów, którą wyznaczają czynniki logiczny i ustawowy, zasady doświadczenia życiowego, aktualny stan wiedzy, stan świadomości prawnej i dominujące poglądy na sądowe stosowanie prawa. Jeżeli więc wnioski wyprowadzone przez sąd orzekający z zebranego materiału dowodowego są logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena tego sądu nie narusza przepisu art. 233 § 1 k.p.c. i musi się ostać, choćby dawały się z niego wysnuć także wnioski odmienne. Innymi słowy, jedynie w sytuacji, gdy brak jest logiki w powiązaniu wniosków z zebranymi w sprawie dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo przeczy zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych związków przyczynowo-skutkowych, przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona.

Dla właściwego ustalenia istotnych elementów stanu faktycznego, które miały wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, trzeba wskazać, że z nagrań na płycie CD oraz z bezspornych twierdzeń stron wynikało, że:

- o godz. 10:11:50 kontrolujący z funkcjonariuszem Policji przybyli do budynku powoda, policjant okazał odznakę osobie pracującej w recepcji, A. Ż. (nagranie 10:11:05), została ona poproszona przez kontrolujących o wezwanie któregoś z członków zarządu, wykonała telefon (nagranie 10:11:26), ktoś miał oddzwonić i że któryś z członków zarząduzejdzie, wskazała, aby kontrolujący poczekali w recepcji,
- o godz. 10:20:08 i 10:23:10 ponowienie prośby, nikt się nie pojawił,
- o godz. 10:28 – 10:29 nastąpiło okazanie recepcjonistce dwóch dokumentów formatu A4,
- o godz. 10:30 kontrolujący poinformowali recepcjonistkę o celu wizyty, przedstawili upoważnienie do przeprowadzenia kontroli, postanowienie Sądu Okręgowego o zgodzie na przeszukanie i legitymacje służbowe,
- o godz. 10:32 kontrolujący poprosili pracowników ochrony o wpuszczenie, ale ci odmówili, więc okazano dwóm z nich, zatrudnionych na stanowisku (...), dokumenty jw., ale ci powiedzieli, że muszą przestrzegać procedur,
- o godz. 10:36 kontrolujący ponownie zwrócili się do ochroniarzy,
- o godz. 10:43 pojawił się Z. K. – główny specjalista (...), któremu kontrolujący przedstawili dokumenty jw., pokwitował on ich otrzymanie po jednym dokumencie, pracownicy Urzędu zostali poinformowani, że muszą czekać na kogoś z kierownictwa spółki,
- o godz. 11:00 Z. K. wykonał telefon „na górę”, że czekają ludzie z Urzędu, a następnie powiedział kontrolującym, żeby jeszcze trochę poczekali, bo asystentka jednego z członków zarządu udała się do departamentu prawnego,

- o godz. 11:08 pojawiają się L. Ł. i T. W. – pracownicy (...) spółki, którym okazano dokumenty jw., z którymi się zapoznali się, L. Ł. potwierdził to podpisem (nagranie 11:12:30), a T. W. odszedł zadzwonić do B. K. (dyrektor (...)) i T. H. – na nagraniu tego nie widać, bo obaj stoją tyłem, gdy osoby z Urzędu okazują dokumenty,
- o godz. 11:20 zaczęto wydawać przepustki, o godz. 11.26 zakończono (zestawienie k. 184),
- o godz. 11:35 kontrolujący okazali dokumenty jw. członkowi zarządu spółki (...).

Zgodzić się należało z Sądem Okręgowym, że kontrola została wszczęta z momentem okazania przez kontrolujących legitymacji służbowych Z. K., tj. o godz. 10:43. Zgodnie z art. 105a ust. 6 i 7 u.o.k.k., w brzmieniu obowiązującym w dacie kontroli, kontrolujący doręcza kontrolowanemu lub osobie przez niego upoważnionej upoważnienie do przeprowadzenia kontroli oraz okazuje legitymację służbową, a osoby upoważnione do udziału w kontroli, o których mowa w ust. 3, dowód osobisty, paszport lub inny dokument potwierdzający tożsamość. W razie nieobecności kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej, upoważnienie do przeprowadzenia kontroli oraz legitymacja służbowa, dowód osobisty, paszport lub inny dokument potwierdzający tożsamość mogą być okazane innemu pracownikowi kontrolowanego, który może być uznany za osobę, o której mowa w art. 97 k.c. lub przywołanemu świadkowi, którym powinien być funkcjonariusz publiczny, niebędący jednak pracownikiem organu przeprowadzającego kontrolę. W takim przypadku upoważnienie doręcza się niezwłocznie kontrolowanemu, nie później jednak niż trzeciego dnia od wszczęcia kontroli.

Bezspornie w niniejszej sprawie w momencie wejścia do budynku, w której mieściła się (...), jak również do czasu wejścia do pomieszczeń spółki ani legitymacja służbowa nie została okazana, ani dokumenty nie zostały przekazane samemu kontrolowanemu (osobom wchodzącym w skład zarządu spółki (...)). O ile – co do zasady – czynności kontrolnych dokonuje się w obecności kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej, albowiem przedsiębiorca powinien mieć prawo do wzięcia udziału w czynnościach kontrolnych, to w razie jego nieobecności lub gdy jest fizycznie obecny, ale w czasie kontroli wykonuje inne czynności, które nie pozwalają mu na uczestniczenie w niej, jest zobowiązany do wyznaczenia osoby upoważnionej do reprezentowania go w czasie kontroli, przy czym taką osobą niekoniecznie musi być podmiot uprawniony do stałego reprezentowania przedsiębiorcy lub reprezentowania go tylko w określonym zakresie. Strona powodowa podnosiła, że takimi osobami byli dopiero L. Ł. i T. W. – pracownicy (...) spółki, którzy pojawili się „na dole” budynku o godz. 11:08, zaś wszelkie inne osoby nie spełniały wymogów ustawowych.

Rozważyć więc należało, w odniesieniu do której z osób zostały spełnione ww. przesłanki, również w kontekście treści art. 79a ust. 1 u.s.d.g., zgodnie z którym czynności kontrolne mogą być wykonywane przez pracowników organów kontroli po okazaniu przedsiębiorcy albo osobie przez niego upoważnionej legitymacji służbowej upoważniającej do wykonywania takich czynności oraz po doręczeniu upoważnienia do przeprowadzenia kontroli, chyba że przepisy szczególne przewidują możliwość podjęcia kontroli po okazaniu legitymacji. W takim przypadku upoważnienie doręcza się przedsiębiorcy albo osobie przez niego upoważnionej w terminie określonym w tych przepisach, lecz nie później niż trzeciego dnia od wszczęcia kontroli.

Jak wynika z brzmienia art. 105a ust. 7 u.o.k.k., warunkiem przeprowadzenia czynności kontrolnych jest okazanie przez kontrolującego upoważnienia do przeprowadzenia kontroli, legitymacji służbowej, dowodu osobistego, paszportu lub innego dokumentu potwierdzającego tożsamość jednej z następujących osób: kontrolowanemu, upoważnionej przez niego osobie lub jego pracownikowi, który może być uznany za osobę, o której mowa art. 97 k.c. W pierwszej kolejności należało więc odnieść się do twierdzenia powoda, że skoro recepcjonistka, A. Ż., nie była pracownikiem spółki, a była zatrudniona przez inny podmiot w ramach outsourcingu, to samo w sobie powodowało to, że w stosunku do niej nie można było rozpatrywać kwestii rozpoczęcia kontroli, chociaż jej zostały okazane stosowne dokumenty.

Osoba, o której mowa w art. 97 k.c., to pojęcia szersze niż „pracownik”, jakkolwiek w wielu przypadkach pracownik będzie zarazem taką osobą (lecz nie odwrotnie). Taka osoba nie musi być związana z przedsiębiorcą stosunkiem pracy,

choć niezbędne jest istnienie określonego powiązania organizacyjnoprawnego między daną osobą a przedsiębiorcą. W tym konkretnym wypadku umowa o świadczenie usług outsourcingowych z dnia 27.03.2009 r. z załącznikami i aneksem łącząca (...) z (...) (k. 162-183) stanowiła podstawę usług wykonywanych na rzecz powodowej spółki. W jej ramach recepcjonistka, zatrudniona przez podmiot zewnętrzny w stosunku do (...), miała następujące obowiązki: obsługę wszelkich osób z zewnątrz, które domagały się kontaktu z osobami z zarządu powodowej spółki lub innymi jej pracownikami oraz poproszenie o pomoc pracownika ochrony i bezpośredniego przełożonego w tzw. sytuacjach szczególnych do jej zadań należało. Wynikało to z treści powołanej umowy, jak również instrukcji stanowiska pracy w recepcjach (k. 96-102 akt adm.) i zeznań świadka A. Ż..

Zatem słusznie Sąd Okręgowy uznał, że osoba ta nie posiadała uprawnień do zawierania umów w imieniu spółki, nie posiadała nawet uprawnień do odbioru korespondencji adresowanej do spółki. Nie sposób więc jej uznać za osobę, o której mowa w art. 97 k.c. Zgodnie z tym przepisem osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności poczytuje się w razie wątpliwości za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa. Niewątpliwie przepis ten zawiera domniemanie pełnomocnictwa, które ma zastosowanie do osób działających w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności (zob. np. wyrok SA w Łodzi z dnia 7.09.1993 r., I ACr 415/93, LexPolonica nr 305253). Podkreślić przy tym należy, że art. 97 k.c. odnosi się do wszystkich osób, które mają faktyczną możliwość dokonywania czynności prawnych w obiektach przedsiębiorstwa i ma zastosowanie zawsze, gdy przedsiębiorstwo nie poinformowało w sposób wyraźny swoich klientów o tym, że konkretne osoby czynne w jego lokalu nie są umocowane do zawierania umów (zob. wyrok SN z dnia 5.12.2003 r., IV CK 286/02, LexPolonica nr 1632547), przy czym – jak wskazano – taka osoba nie musi być osobą zatrudnioną na podstawie stosunku pracy czy innej umowy dotyczącej świadczonej usługi. Umocowanie do dokonywania czynności może być również domniemane i wynikać z powierzonych osobie obowiązków służbowych (zob. wyrok SN z dnia 24.02.1998 r., I CKN 517/97, LexPolonica nr 346266). Nie można jednak zapominać, że w art. 105a ust. 7 u.o.k.k. był (i nadal jest) odwołanie się do pracownika kontrolowanego, który może być uznany za osobę, o której mowa w art. 97 k.c., co już samo implikuje wniosek, że nie może chodzić o jakąkolwiek osobę czynną w lokalu przedsiębiorcy.

Pojęcie „osoba czynna w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności” nie jest równoznaczne z pojęciem „osoba czynna w miejscu wszczęcia kontroli”, które znajdowało się w art. 57 ust. 4 ustawy z dnia 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080 ze zm.). Niezasadne były w tym przedmiocie twierdzenia pozwanego, jakoby za osobę, o której mowa w art. 97 k.c., można było uznać recepcjonistkę, której okazano legitymacje służbowe. Miało to wynikać z „celu umieszczenia art. 97 k.c. w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, odmiennego od jego funkcji w kodeksie cywilnym”. Innymi słowy, pozwany zaproponował rozszerzającą wykładnię art. 105a ust. 7 u.o.k.k., powołując się na wyjaśnienia Ministra (...) przedstawione w piśmie z dnia 11.05.2009 r. (...). Pomijając nawet, że takie stanowisko Ministra (...) w żaden sposób nie wiąże sądu powszechnego rozpatrującego sprawę, to tworzenie rozszerzającej wykładni jasnego przepisu nie znajduje żadnych podstaw prawnych, szczególnie jeżeli weźmie się pod uwagę, że w sprawach dotyczących nałożenia kary pieniężnej stosować należy gwarancje przewidziane w prawie karnym, o czym będzie mowa poniżej. Pogląd, że literalne brzmienie art. 97 k.c., zawierające pojęcia „obsługiwana publiczność”, „korzystanie z usług” czy „dokonywanie czynności prawnych” nie przystaje ani do wszczęcia kontroli, ani do świadkowania podczas czynności kontrolnych, w związku z czym pojęcie pracownika, który może być uznany za osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa, należy odnosić do takich osób zatrudnionych przez przedsiębiorcę, jak np. recepcjonistka, sekretarka, księgowia, czy też osoba odpowiedzialna za dostęp osób trzecich do pomieszczeń biurowych przedsiębiorcy itp., stanowi jedynie postulat *de lege ferenda* zmiany przepisu. Świadczy o tym chociażby aktualne brzmienie art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k., tj. obowiązujące od dnia 18.01.2015 r., z uwagi na wejście w życie ustawy z dnia 10.06.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. poz. 945), zgodnie z którym Prezes Urzędu może również nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 50.000.000 euro, jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie, uniemożliwia lub utrudnia rozpoczęcie lub przeprowadzenie kontroli na podstawie art. 105a lub art. 105i, w tym nie wykonuje obowiązków określonych w art. 105d ust. 1 lub w 105e ust. 1. Z tego przepisu, w aktualnym brzmieniu, wynika, że

sytuację, w której przedsiębiorca – w wyniku pewnej organizacji pracy, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie – uniemożliwia lub utrudnia w ogóle rozpoczęcie kontroli przez pracowników Urzędu, może być penalizowane, ale na innej podstawie faktycznej niż ta w dacie kontroli.

Nie sposób tu abstrahować również od sygnalizowanej zmiany w stosunku do ustawy z 2000 r. i zastąpienie „osoby czynnej w miejscu wszczęcia kontroli” odwołaniem się w aktualnie obowiązującej ustawie do „osoby, o której mowa w art. 97 k.c.”. Pozwany w swojej apelacji, jak i w odpowiedzi na apelację powoda zdawał się nie zauważać tej zmiany, powołując się na pojęcie, które było zawarte w poprzednio obowiązującej ustawie. W wypadku recepcjonistki można byłoby rozważać, czy spełnia ona przesłanki, aby zostać uznana za osobę czynną w miejscu wszczęcia kontroli, gdyż różnica między wskazanymi pojęciami sprowadza się do funkcji osoby oraz miejsca, w jakim ona przebywa. W pierwszym z pojęć domniemanie umocowania ma zastosowanie do osób działających w lokalu przedsiębiorcy przeznaczonym do obsługi publiczności, podczas gdy czynności kontrolne mogą mieć miejsce w jego biurze. Jednak z całą pewnością nie można o takiej osobie mówić w kontekście art. 97 k.c. (nawet pomijając odwołanie się w art. 105a ust. 7 u.o.k.k. do pracownika). Ten przepis stanowi regułę interpretacyjną, za pomocą której kodeks cywilny chroni zaufanie zawierających umowy z przedsiębiorstwem klientów co do tego, że czynne w jego lokalu osoby są umocowane do zawierania takich umów, jakie zwykle zawierane są w tym lokalu (zob. wyrok SN z dnia 12.12.1997 r., III CKN 160/97, OSNC 1998, nr 6, poz. 100). Oczywiście jest, że ustawa antymonopolowa ma inne cele niż kodeks cywilny, jednak ustawodawca wprost określił, jakim osobom mają być przedstawione stosowne dokumenty, aby można było mówić o wszczęciu kontroli. Przedstawienie ich osobie o takich uprawnieniach, jak A. Ż., nie wywołało tego skutku, a więc w wyniku tego nie mogło dojść do wszczęcia kontroli.

Reasumując, wbrew wywodom pozwanego, skoro recepcjonistka nie była pracownikiem kontrolowanego, a więc nie była zatrudniona przez (...) w rozumieniu przepisów prawa pracy, a tylko do pracownika zawężono w art. 105a ust. 7 u.o.k.k. zastosowanie art. 97 k.c., to nie można do niej stosować tego przepisu ustawy antymonopolowej. W związku z powyższym zasadny był zarzut pozwanego, że dla oceny prawidłowości zachowania spółki bez znaczenia pozostawała prawidłowość lub nieprawidłowość zachowania recepcjonistki, ale z innych przyczyn niż to podnosiła strona. Pozwany wskazywał bowiem, że chociaż recepcjonistka nie miała żadnych środków, aby zmusić osoby upoważnione do zejścia na dół, ocenie powinna podlegać organizacja spółki i szybkość podejmowanych przez spółkę działań. O ile jednak osoba z art. 97 k.c. nie musi być pracownikiem przedsiębiorcy, to osoba z art. 105a ust. 7 u.o.k.k. musi spełniać ten warunek. Stwierdzenie pozwanego, że skuteczność kontroli zależy od szybkiego rozpoczęcia czynności kontrolnych, jest istotne, jednak nie wpływa na treść jasnego przepisu prawa. Nieuzasadnione jest bowiem przypisywanie uprawnień organowi administracji, które nie wynikają z przepisów prawa, jeżeli nie jest potrzebne – dla odtworzenia jego treści – zastosowanie innej wykładni niż literalna (językowa). Skorzystanie z wykładni celowościowej, ewentualnie systemowej jest możliwe tylko wówczas, gdy podstawowa wykładnia, tj. wykładnia literalna, nie przynosi jasnych rezultatów.

Oczywiście jest, że obowiązek dokonywania ustaleń szczegółów dotyczących zatrudnienia określonego pracownika recepcji, który wynika z tego przepisu, stanowi utrudnienie, ale tak naprawdę taki problem tutaj w ogóle nie zachodził, albowiem do takiej osoby, jak A. Ż., dodatkowo nie sposób przyjąć domniemania wynikającego z art. 97 k.c. W stosunku do osoby, która pracuje jako recepcjonistka na recepcji, nie można byłoby bowiem przyjąć, iż posiada upoważnienie do zawierania umów z klientami przedsiębiorcy, a przynajmniej do reprezentowania przedsiębiorcy w stosunkach z kontrahentami. Było to oczywiście również dla kontrolujących, o czym świadczy chociażby okoliczność, że w momencie przybycia do budynku poprosili oni A. Ż. o wezwanie kogoś z członków zarządu, a dopiero po 20 minutach, gdy kolejne prośby o zejście osoby upoważnionej nie przyniosły rezultatu, kontrolujący poinformowali recepcjonistkę o celu wizyty, przedstawili upoważnienie do przeprowadzenia kontroli, postanowienie SOKiK o zgodzie na przeszukanie oraz legitymacje służbowe, co wynikało – jak wskazywały na to zeznania świadków i nagranie – nie tyle z faktu powzięcia wiedzy, że recepcjonistka może być upoważnionym pracownikiem w świetle art. 105a ust. 7 u.o.k.k., ile z faktu nerwowej atmosfery związanej z problemami z wejściem do pomieszczeń (...). Dla każdego, nawet osoby, która nie posiada wiedzy prawniczej na wyższym poziomie, jest oczywiście, że osoba znajdująca się w recepcji biurowca, wykonująca pewne czynności techniczne, nie jest osobą, o której mowa w art. 97 k.c.



Natomiast jak wskazano, problem dotyczący utrudniania lub w ogóle uniemożliwiania wszczęcia kontroli został rozwiązany w wyniku powołanej nowelizacji. Zgodzić się należy z pozwanym, że w poprzednim stanie prawnym problematyczne mogło być przeprowadzenie kontroli w pomieszczeniach biurowych przedsiębiorcy mieszczących się w biurach, w których recepcja obsługiwana jest przez osoby niebędące pracownikami przedsiębiorcy mającego być podmiotem kontroli, jednak w aktualnym brzmieniu art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k., tj. obowiązującym od dnia 18.01.2015 r., ta kwestia została w zasadzie uregulowana. O ile zgodzić się należy ze stwierdzeniem pozwanego, że na przedsiębiorcy spoczywa obowiązek takiej organizacji kontaktów między poszczególnymi pracownikami oraz kontaktów recepcji z osobami upoważnionymi, żeby w razie kontroli, nastąpił niezwłoczny kontakt kontrolujących z osobami upoważnionymi, to nie zmienia to reguł wykładni przepisów prawa i penalizowania tych zachowań przedsiębiorcy, co do których przepis prawa wprost tak stanowi.

Z powyższych względów, a więc z uwagi na to, że A. Ź. nie była pracownikiem (...), a nadto nie można było do niej zastosować domniemania wynikającego z art. 97 k.c., okazanie jej legitymacji służbowych przez kontrolujących nie skutkowało wszczęcia kontroli. Sąd Apelacyjny podziela zaś stanowisko Sądu Okręgowego, że chwilą, od której należało liczyć obowiązek wpuszczenia kontrolujących na teren części siedziby powodowej spółki, chronionej przed dostępem osób postronnych lub spowodowania natychmiastowego zejścia osób uprawnionych do jego reprezentacji, trzeba uważać moment okazania wymaganych prawem dokumentów Z. K., pracownikowi zatrudnionemu w spółce (...). Jak wskazano, dokumenty uprawniające do rozpoczęcia czynności kontrolnych mogą być przedstawione m.in. pracownikowi kontrolowanego przedsiębiorcy, który może być uznany za osobę czynną w lokalu przedsiębiorcy. Za taką osobę kontrolujący mogli poczytać właśnie Z. K.. Niewątpliwie temu pracownikowi (...) zostały przedstawione stosowne dokumenty. Co prawda, słuchany jako świadek nie potwierdził on, aby zostały mu okazane przez kontrolujących legitymacje służbowe („Pani z Urzędu przedstawiła mi zarządzenie SO i upoważnienie, zarządzenie do dokonania przeszukania i upoważnienie do dokonania tych czynności.”), jednak ta okoliczność wynikała wprost z notatki służbowej Z. K. z dnia 3.12.2009 r.: „Okazało się, że przybyłe osoby to pięcioro pracowników UOKiK oraz funkcjonariusz (...). Wszyscy okazali legitymacje służbowe, a następnie jedna z przedstawicielek UOKiK okazała postanowienie SO w W. o zarządzeniu przeszukania i kontroli pomieszczeń (...) oraz upoważnienie do tych czynności.” (k. 107 akt adm.)” – załącznik nr 8 do pisma powoda z dnia 29.06.2010 r. (k. 32 i n. akt adm.). Na tą notatkę powoływał się również powód, chociażby na s. 18 swojej apelacji, a więc bezspornie stanowiła ona dowód na okoliczność faktycznych zdarzeń, jakie miały miejsce w dniu 2.12.2009 r. Trzeba podkreślić, że ta notatka została sporządzona dzień po rozpoczęciu kontroli, a więc niewątpliwie odzwierciedlała przebieg zdarzeń. Poza tym na nagraniu widać, że Z. K. podpisał dokumenty (10:48:04).

Bezspornie więc temu pracownikowi (...) zostały okazane przez kontrolujących stosowne dokumenty, w tym legitymacje służbowe. Był on pracownikiem spółki od dnia 1.09.1998 r., zatrudnionym w charakterze specjalisty w komórce zajmującej się współpracą z organami ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Jak wynikało z zeznań Z. K. jako świadka, do jego obowiązków należała analiza dokumentacji związanej ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych, tj. umów o świadczenie tych usług, pod kątem ich zgodności z obowiązującymi przepisami i procedurami oraz przygotowanie tej dokumentacji i udostępnianie informacji z tym związanych na żądanie uprawnionych organów, czyli policji, prokuratury i sądu (nagranie 00:44:14 i n.). Niezależnie od tego, że z materiału dowodowego nie wynikało, aby Z. K. nie miał uprawnienia do zawierania umów w imieniu (...), to w kontekście art. 97 k.c. nie ma znaczenia, że nie zajmował się on ewentualnie zawieraniem umów, gdyż – jak była o tym mowa – w tym przepisie zawarte zostało domniemanie uprawnienia osoby czynnej w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do dokonywania czynności prawnych w imieniu tego przedsiębiorcy. Z materiału dowodowego nie wynikało, aby kontrolujący zostali poinformowani, że osoby schodzące do recepcji nie są uprawnione do dokonywania takich czynności w imieniu (...) (powód takiej okoliczności nawet nie podnosił). Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w powołanym wcześniej wyroku z dnia 24.02.1998 r. (I CKN 517/97), przy bieżących transakcjach w ramach zwykłej działalności przedsiębiorstwa nie zawsze można wymagać od kontrahentów sprawdzenia umocowania osób działających za przedsiębiorstwo. Jest to o tyle istotne, że o ile w wypadku recepcjonistki urzędującej w recepcji, która zajmuje się jedynie wpuszczaniem przybyłych na teren siedziby spółki, przyjęcie takiego domniemania byłoby niczym nieuzasadnione, to w odniesieniu do osób, które zostały przez nią wezwane, przyjęcie takiego domniemania było jak najbardziej uzasadnione. Zatem

skoro kontrolujący nie zostali poinformowani, aby Z. K. nie miał umocowania do dokonywania czynności prawnych w imieniu powodowej spółki, spełniona została przesłanka zastosowania art. 105a ust. 7 u.o.k.k. Bez znaczenia pozostawało więc stwierdzenie świadka T. W., że jego zdaniem Z. K. „nie był upoważniony do wpuszczenia kontrolerów z Urzędu, gdyż nie miał takich uprawnień”.

Trzeba jednocześnie zauważyć, że mieliśmy tu do czynienia z lokalem do obsługiwanym publiczności, czego zresztą strona powodowa nie kwestionowała, wskazując, że w momencie zejścia osób o godz. 11:08, którym zostały okazane legitymacje służbowe, spełnione zostały przesłanki wynikające z art. 105a ust. 7 u.o.k.k. Oczywistym jest, że obsługa publiczności, a więc kontrahentów odbywa się nie tylko w pomieszczeniach typu „biuro obsługi klienta”, „sklep”, „stacja paliw” itd., ale również w biurze, gdzie dochodzi do kontaktów biznesowych z kontrahentami i zawierane są z nimi umowy o charakterze cywilnym. Użyte w art. 97 k.c. pojęcie „lokal przedsiębiorstwa przeznaczony do obsługiwanym publiczności” musi być rozumiane szeroko, jako każde miejsce w przedsiębiorstwie, w którym znajdują się osoby i urządzenia służące do kontaktów z klientami (zob. wyrok SA w Białymstoku z dnia 26.08.2016 r., I ACa 263/16, Legalis nr 1509157). Konieczne jest jedynie, aby w lokalu przedsiębiorstwa przebywała osoba dokonująca czynności w imieniu przedsiębiorcy. Nie chodzi tu więc o to, aby były spełnione jakieś wymogi formalne dla takiego lokalu. Wątpliwości w tym przedmiocie nie miał również powód, który podnosił jedynie, że to inne osoby, a więc pracownicy departamentu prawnego, były uprawnione w rozumieniu art. 97 k.c.

Powyższego wniosku dotyczącego Z. K. jako osoby, o której mowa w art. 105a ust. 7 u.o.k.k., ale już nie w odniesieniu do A. Ż., nie zmienia podniesiony przez pozwanego argument, że „Z. K. nie wykonywał w imieniu powoda czynności prawnych ani czynności faktycznych zmierzających do zawarcia jakichkolwiek umów, a mimo to Sąd prawidłowo uznał, że jest on osobą w stosunku do której można dokonać doręczenia zastępczego”. Miało to oznaczać – według tej strony – że ta sama konstrukcja miała być zastosowana do recepcjonistki A. Ż.. Jak była o tym mowa, w odniesieniu do niej nie można było zastosować omawianego domniemania i w ogóle art. 97 k.c., tym bardziej, że w tym przepisie mowa jest o tym, iż „w razie wątpliwości” osobę czynną w lokalu poczytuje się za umocowaną do dokonywania czynności prawnych w imieniu przedsiębiorcy.

Wbrew wywodom pozwanego, Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego co do 32-minutowego opóźnienia w rozpoczęciu czynności kontrolnych, tj. w godz. 10:43-11:08 i 11:20-11:27, z przyczyn leżących po stronie powoda. Pomimo dopełnienia wymogów formalnych koniecznych do uznania tzw. doręczenia zastępczego za skuteczne, kontrolerzy Urzędu nie mogli rozpocząć czynności kontrolnych i przebywali na recepcji budynku (...) (nie przekroczyli bramek wejściowych).

Sąd Okręgowy słusznie uznał również za opóźnianie czynności kontrolnych działania powoda mające miejsce pomiędzy godz. 11:20 a 11:27, a polegające na wyrabianiu całej grupie kontrolującym przepustek do siedziby powoda. Jak wynikało ze zgodnych zeznań świadków, które nie były kwestionowane, było to niezbędne chociażby po to, aby pracownicy Urzędu mogli poruszać się swobodnie po budynku i pomieszczeniach spółki. Nie można uznać, aby okoliczność ta oznaczała, że przedsiębiorca nie współdziałał w trakcie kontroli. Jednak te przepustki/ identyfikatory powinny być zostać wystawione wcześniej, a więc jeszcze przed tym okresem. Trzeba zauważyć, że sama strona pozwana (pełnomocnik) na rozprawie apelacyjnej wskazała, że byłby spełniony wymóg należytej staranności po stronie przedsiębiorcy, gdyby ten czas oczekiwania przez pracowników (...) na załatwienie tego rodzaju kwestii nie przekraczał kilkunastu minut. Sąd Okręgowy nie uznał, aby okres 12 minut (w godz. 11:08 – 11:20) obciążał (...) i z tym należało się zgodzić. W ciągu tych kilkunastu minut, licząc od momentu okazania dokumentów osobie upoważnionej, możliwe było dokonanie wszelkich czynności umożliwiających wykonywanie działań kontrolnych zgodnie z upoważnieniem i postanowieniem SOKiK, w tym również wystawienie kontrolującym identyfikatorów/przepustek, bez których nie mogli oni swobodnie poruszać się po budynku. Można zgodzić się z Sądem Okręgowym, że „powód zachowałby się prawidłowo, gdyby po ustaleniu, że przybyli są uprawnieni do przeprowadzenia kontroli, wpuścił kontrolujących na teren spółki, a dopiero potem zajął się formalnościami i sprawami technicznymi”, niemniej okresu 12 minut na załatwienie ewentualnych formalności nie można uznać za czas, który obciążałby spółkę i świadczyłby o braku współdziałania w toku kontroli. Zresztą Sąd I instancji, chociaż tego wprost nie wyartykułował, również taką okoliczność uwzględnił, gdyż wskazanego okresu czasu nie uznał za okres, w

którym (...) nie współpracowała z Prezesem UOKiK, chociaż kontrola została już wszczęta. Natomiast podnoszona przez powoda kwestia, że w spółce obowiązywały stosowne procedury bezpieczeństwa, w tym „Program (...)”, nie oznaczała, że (...) nie powinna była współdziałać z pozwanym w toku przeprowadzanej kontroli. Uzasadniało to ewentualny czas na wyrobienie przepustek/identyfikatorów, aby pracownicy Urzędu mogli swobodnie przemieszczać się po pomieszczeniach (...), ale nie oznaczało, że usprawiedliwione było opóźnienie we wpuszczeniu kontrolujących do tych pomieszczeń.

Warto również zauważyć, że w dniu 2.12.2009 r. w siedzibie powodowej spółki był obecny drugi członek zarządu, M. M.: w godz. 7:52 – 13:11 i 13:43 – 19:08, co wynikało z zestawienia logowań (k. 113 akt adm.), przedstawionych przez powoda. Całkowicie niezasadne było więc twierdzenie spółki, że niezbędne było organizowanie zejścia osób upoważnionych do jej reprezentacji z uwagi na to, że K. T. brał udział w spotkaniu z kontrahentem. Niezależnie od tego, że okoliczność, iż osoba reprezentująca osobę prawną zajmuje się kwestiami biznesowymi nie zwalnia z obowiązku wyznaczenia osoby, która będzie uprawniona do reprezentowania spółki wobec kontrolujących, to brak właściwej organizacji i szukanie osoby, która powinna zejść do kontrolujących, świadczy o braku współpracy z pracownikami (...). Co prawda, jak wskazano powyżej, samo w sobie nie podlegało to penalizacji do momentu wszczęcia kontroli, jednak już po tym momencie, czyli okazaniu legitymacji służbowych Z. K., nadal trwały poszukiwania osób, które zdaniem pracowników (...) były uprawnione do tego, aby ją reprezentować wobec kontrolujących.

Poza tym tak naprawdę z zeznań świadków wynikało, że nie było najmniejszych problemów, aby osoba z zewnątrz mogła dostać się do pomieszczeń spółki. Wystarczyło, aby taka osoba zgłosiła się do recepcji, zameldowała się, okazała dokument tożsamości, a na recepcję zszedł pracownik (...), który zaprosił ją i mógł tę osobę wprowadzić (np. zeznania świadka M. K. – nagranie 00:18:34 i n.). O ile więc w wypadku jakichkolwiek osób z zewnątrz nie było najmniejszego problemu, aby określony pracownik spółki wprowadził ją do siedziby (...), to w wypadku kontrolujących z Urzędu pojawiły się problemy z wpuszczeniem ich do pomieszczeń (...), problemy, których w żadnym wypadku być nie powinno po pojawieniu się Z. K..

Zatem wszystkie zarzuty dotyczące naruszenia przepisów prawa materialnego i procesowego zawarte w obydwu apelacjach, a dotyczące kwestii okresu, w jakim powód nie współdziałał z pozwanym w toku kontroli, były niezasadne.

Przechodząc do zarzutów stron odnośnie do kary pieniężnej, którą Sąd Okręgowy zredukował w znacznym stopniu, to zgodnie z art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k., w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania decyzji, Prezes Urzędu mógł nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 50.000.000 euro, jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie, nie współdziałał w toku kontroli prowadzonej w ramach postępowania na podstawie art. 105a, z zastrzeżeniem art. 105d ust. 2. Wytyczne w zakresie ustalenia wysokości kary pieniężnej zawiera art. 111 u.o.k.k., który nakazywał (na datę decyzji) uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Trzeba pamiętać, że ustawa nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których spełnienia uzależniona jest wysokość kar nakładanych na przedsiębiorców.

Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15.05.2014 r. (III SK 54/13, OSNP 2015, nr 11, poz. 156), sąd orzekający w pierwszej i drugiej instancji w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK sprawuje pełną merytoryczną kontrolę nad wymiarem kary pieniężnej. Nie kontroluje tylko, czy kara pieniężna została wymierzona przez Prezesa Urzędu zgodnie z ustawowymi wytycznymi wymiaru kary, bądź w sposób odpowiadający zasadom wynikającym z pragmatyki organu ujawnionej w postaci różnego rodzaju wyjaśnień. Sąd jest także władny samodzielnie dostosować poziom ostatecznie wymierzonej kary pieniężnej do ustalonych w sprawie okoliczności, z uwzględnieniem funkcji kar pieniężnych oraz przesłanek wymiaru kary określonych w u.o.k.k., bądź wynikających z ogólnych zasad prawa, regulacji konstytucyjnych, czy zobowiązań prawnomiędzynarodowych. Sąd nie jest przy tym 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.

Natomiast w wyroku z dnia 4.03.2014 r. (III SK 34/13, Legalis nr 994606) Sąd Najwyższy doprecyzował zasady sądowej kontroli stosowania stwierdzając, że w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, 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.

Przewidziane w art. 106 ust. 1 u.o.k.k. kary pieniężne mają charakter fakultatywny, a zatem wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej, Prezes UOKiK działa w ramach uznania administracyjnego. W tym zakresie powinien on kierować się zasadami równości i proporcjonalności, jak również kryteriami określonymi w art. 111 tej ustawy. 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. W niniejszej sprawie nie sposób mówić o zaistnieniu okoliczności świadczących o możliwości odstąpienia od nałożenia na powoda kary pieniężnej, aczkolwiek niektóre z nich powinny mieć wpływ na jej wysokość, o czym będzie mowa poniżej.

Za utrwalony w orzecznictwie Sądu Najwyższego należy uznać pogląd, że w sprawach o nałożenie kary pieniężnej należy stosować określone gwarancje dla strony właściwe prawu karnemu (zob. wyroki SN: z dnia 14.04.2010 r. III SK 1/10, OSNP 2011, nr 21-22, poz. 288, z dnia 1.06.2010 r. III SK 5/10, Lex nr 622205 i z dnia 21.04.2011 r., III SK 45/10, Lex nr 901645). W orzecznictwie wskazuje się, że kary pieniężne nakładane przez organy regulacji rynku nie mają charakteru sankcji karnych, jednakże w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy takiej kary, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacyjnego powinny odpowiadać wymaganiam analogicznym do obowiązujących sąd orzekający w sprawie karnej (zob. np. wyroki SN: z dnia 14.01.2010 r., III SK 1/10, OSNP 2011, nr 21-22, poz. 288, z dnia 1.06.2010 r., III SK 5/10, Lex nr 622205, z dnia 21.09.2010 r., III SK 8/10, OSNP 2012, nr 3-4, poz. 52, z dnia 4.11.2010 r., III SK 21/10, Lex nr 737390 i z dnia 5.01.2011 r., III SK 32/10, (...) 2011, nr 3, s. 121). Kara administracyjna nie stanowi odpłaty za popełniony czyn, lecz ma charakter środka przymusu służącego zapewnieniu realizacji wykonawczo-zarządzających zadań administracji agregowanych przez pojęcie interesu publicznego (zob. wyrok TK z dnia 31.03.2008 r., SK 75/06, OTK-A 2008, nr 2, poz. 30). Sankcje administracyjne służą prewencji, zniechęcając do naruszenia obowiązków oraz skłaniając ukaranego do zapobieżenia powtórnemu naruszeniu obowiązków w przyszłości (zob. wyrok TK z dnia 14.10.2009 r., Kp 4/09, OTK-A 2009, nr 9, poz. 134). Sąd bierze więc pod uwagę prawo przedsiębiorcy do obrony analogicznie do sądu karnego, przed którym oskarżyciel, aby uzyskać sądowe potwierdzenie oskarżenia, musi zwłaszcza wykazać bezzasadność wyjaśnień oskarżonego (zob. wyrok SN z dnia 21.10.2010 r., III SK 7/10, OSNP 2012, nr 3-4, poz. 53).

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 (zob. wyrok SN z dnia 25.06.2008 r., V KK 1/08, R-OSNKW 2008, poz. 1325). Należy zaś uwzględnić wszystkie kryteria oceny stopnia szkodliwości społecznej czynu, ponieważ ma to być ocena całościowa, uwzględniająca całokształt okoliczności wymienionych w art. 115 § 2 k.k. (zob. wyrok SN z dnia

5.12.2012 r., III KK 66/12, Lex nr 1243049). Niemniej w orzecznictwie wskazuje się, że chociaż o stopniu społecznej szkodliwości mają decydować wyłącznie okoliczności związane z czynem, to podstawowe znaczenie mają rodzaj i charakter naruszonego przez oskarżonego dobra chronionego prawem, rozmiar wyrządzonej i grożącej szkody oraz zamiar i motywacja sprawcy (zob. wyrok SN z dnia 11.04.2011 r., IV KK 382/10, Lex nr 846390). Z kolei okoliczności popełnienia czynu, o których mowa w art. 115 § 2 k.k., to czas i miejsce popełnienia czynu oraz kontekst sytuacyjny zachowania się sprawcy (zob. postanowienie SN z dnia 1.04.2009 r., V KK 378/08, Lex nr 507961).

Przekładając powyższe na realia niniejszej sprawy, Sąd Apelacyjny zgadza się, że kara pieniężna w wysokości ustalonej przez Sąd Okręgowy (300.000 euro) jest uzasadniona w realiach sprawy i spełnia wszystkie funkcje przed nią postawione (przede wszystkim represja, prewencja indywidualna i ogólna, wychowawcza). Podzielając w zasadzie wywody Sądu I instancji, trzeba wskazać, że zasadne było jedynie twierdzenie powoda, iż przychód spółki za 2009 r., w wyniku złożonej przez nią do urzędu skarbowego korekty, wyniósł 8.234.480.817,92 zł (korekta zeznania CIT k. 460-463), a nie 21.800.499.778,10 zł, jak przyjął pozwany i Sąd Okręgowy, zaś dochód wyniósł 2.124.482.391,53 zł. Kara ustalona w zaskarżonym wyroku stanowi zaledwie 0,058% dochodu (0,015% przychodu) i nie można uznać, aby była zawyżona.

Sąd Okręgowy, obniżając karę pieniężną w stosunku do tej określonej w decyzji, przyjął następujące okoliczności: brak współpracy ze strony powoda w trakcie kontroli tylko przez 32 minuty, że pracownicy powoda działali nieumyślnie, brak śladów ukrywania czegokolwiek, a nadto błędne ustalenie pozwanego, iż w czasie, gdy kontrolujący usiłowali dostać się do siedziby powoda, odbywało się spotkanie w sprawie telewizji mobilnej. W swojej apelacji pozwany podtrzymał, że jego zdaniem nie chodziło o 32-minutowy okres braku współpracy, o czym była mowa powyżej, a nadto że zachowanie pracowników (...) nosiło znamiona umyślności, jednak z takim stanowiskiem nie można było się zgodzić.

Po pierwsze, jak wskazano, brak było śladów niszczenia czy ukrywania dokumentów oraz nie odbywało się spotkanie w sprawie telewizji mobilnej, które stanowić miało (według Prezesa Urzędu) o nieuczciwych działaniach (...). Natomiast zupełnie w sferze spekulacji pozostawała kwestia możliwości ukrywania przez przedsiębiorcę „nieformalnych notatek, plików, czy e-maili”. Ani na etapie postępowania administracyjnego, ani w toku postępowania sądowego pozwany nie przedstawił żadnego dowodu mogącego świadczyć, aby faktycznie pracownicy spółki ukryli cokolwiek, a tym bardziej coś istotnego z punktu widzenia przeprowadzanej kontroli. Całkowicie niezasadne było stwierdzenie strony, że „nie sposób wymagać od Prezesa UOKiK zgromadzenia dowodów na ukrywanie lub niszczenie przez Powoda dokumentów papierowych bądź elektronicznych”. Skoro Prezes Urzędu nakłada karę pieniężną, uwzględniając określoną okoliczność, to ma obowiązek tę okoliczność udowodnić, w wypadku stosownego zarzutu w odwołaniu, jeżeli ma ona wpływ na wysokość tej kary. Brak „narzędzi śledczych”, co miałyby uniemożliwić pozwanemu odtworzenie przebiegu zdarzeń w siedzibie przedsiębiorcy, nie stanowi przesłanki zwalniającej z tego obowiązku – może on skorzystać ze wszelkich środków dowodowych przewidzianych w kodeksie postępowania cywilnego. O ile w art. 106 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. przewidziano sankcję już za sam brak współdziałania, niezależnie od tego czy owo niewspółdziałanie spowodowało bądź nie negatywne skutki, jak również niezależnie od wagi tych skutków, to te okoliczności mają wpływ na wysokość nałożonej kary pieniężnej.

Po drugie, z materiału dowodowego, a w szczególności z zeznań słuchanych w sprawie świadków, wynikało, że nie chodziło o intencjonalne działanie mające na celu opóźnienie rozpoczęcia czynności kontrolnych, ale nastąpił problem związany z kompetencjami poszczególnych pracowników spółki i podjęciem decyzji w przedmiocie wpuszczenia kontrolujących, szczególnie przy uwzględnieniu obowiązujących w spółce procedur bezpieczeństwa. Jak była o tym mowa, jeżeli do pracownika (...) przychodziła osoba z zewnątrz, pracownik zapraszający schodził do recepcji i przejmował „opiekę” nad gościem. W przypadku pracowników (...) żaden z pracowników spółki nie chciał tego uczynić, ale nie świadczyło to o intencjonalnym ich zachowaniu, szczególnie, że każdy z nich uważał, że w tym przedmiocie władny był K. T., który w tym czasie brał udział w zaplanowanym wcześniej spotkaniu, a nie któryś z innych członków zarządu (...). Zatem wbrew twierdzeniom pozwanego, materiał dowodowy nie dawał podstaw do przyjęcia, aby zachowanie pracowników kontrolowanej spółki nosiło znamiona umyślności.

Pozwany, w odniesieniu do kary pieniężnej, nadal podtrzymywał, że „brak współdziałania powoda w toku kontroli miał miejsce na jej początku i uniemożliwił je sprawne rozpoczęcie”. Z takim poglądem należało się zgodzić, ale jedynie we wskazanym wcześniej okresie czasu, jako że Prezes Urzędu nie podnosił, aby w trakcie samej kontroli zaistniały jakiegokolwiek nieprawidłowości – zresztą z sentencji zaskarżonej decyzji wynikało, że chodziło jedynie o uniemożliwienie rozpoczęcia kontroli i uniemożliwienie wejścia do pomieszczeń spółki. Kara pieniężna zasadna była jedynie w odniesieniu do tej drugiej okoliczności. Jednocześnie trzeba podkreślić, że kara ustalana jest w odniesieniu do każdego stanu faktycznego oddzielnie, z uwzględnieniem okoliczności występujących w danej sprawie i niezasadne jest „przekładanie” wysokości kar pieniężnych z innych spraw na tę sprawę, jak to chciał uczynić powód. Nie ulega wątpliwości, że w tej sprawie kara na poziomie np. 20.000 zł byłaby zupełnie nieadekwatna, biorąc pod uwagę wszystkie opisane okoliczności sprawy.

W konsekwencji zarzuty obydwu stron dotyczące przepisów odnoszących się do kar pieniężnych, nie znajdowały podstaw prawnych, a kara pieniężna określona przez Sąd Okręgowy była prawidłowa i znajdowała oparcie w powoływanych przez strony przepisach. Niezasadne były więc zarzuty powoda dotyczące naruszenia przepisów nie tylko art. 106 i 111 u.o.k.k., ale również Konstytucji RP, Konwencji czy KPP. Kara nie była ani rażąco, ani oczywiście wygórowana.

Mając powyższe na względzie, ponieważ apelacje obydwu stron były bezzasadne, na podstawie art. 385 k.p.c., orzeczono jak w punkcie I sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 100 zd. 2 k.p.c.