



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**
DKK1-430/1/09/KO

Warszawa, dnia 28 sierpnia 2009 r.

DECYZJA nr DKK – 58/2009

Na podstawie art. 107 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o *ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania wszczętego z urzędu nakłada się na Carrefour B.V. z siedzibą w Amsterdamie, Holandia, karę pieniężną płatną do budżetu państwa w wysokości 542 412 zł (słownie: pięćset czterdzieści dwa tysiące czterysta dwanaście złotych), co stanowi równowartość 130 000 euro, tj. 5 000 euro za każdy z 26 dni zwłoki, licząc od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 26 stycznia 2009 r., w wykonaniu decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 czerwca 2007 r. Nr DOK – 86/2007 w sprawie koncentracji, polegającej na przejęciu przez Carrefour B.V. z siedzibą w Amsterdamie, Holandia, kontroli nad Ahold Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt DOK3-421/29/07/EP).

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 28 czerwca 2007 r. nr DOK-86/2007 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wyraził zgodę na przejęcie przez Carrefour B.V. z siedzibą w Amsterdamie, Holandia, (dalej „Carrefour”) kontroli nad Ahold Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, (dalej „Ahold Polska”), pod warunkiem wyzbycia się przez Carrefour wszelkich praw, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu, do następujących sklepów:

1. *Champion* w Grodzisku Mazowieckim przy ul. Armii Krajowej 15,
2. *Albert* w Jaworznie przy ul. Olszewskiego 2a,
3. *Albert* w Chrzanowie przy ul. Trzebińskiej 40,

4. *Carrefour* w Chrzanowie przy ul. Śląskiej 30d,
5. *Hypernova* w Pabianicach przy ul. Zamkowej 31,
6. *Albert* w Konstantynowie Łódzkim przy ul. Zgierskiej 21a,
7. *Champion* w Sochaczewie przy al. 600-lecia 40,
8. *Hypernova* w Zamościu przy ul. Dzieci Zamojszczyzny 4,
9. *Albert* w Zamościu przy ul. Prymasa Wyszyńskiego 13,

w terminie do dnia 31 grudnia 2008 r. Wyzbycie się powyższych praw miało nastąpić wyłącznie na rzecz niezależnego inwestora nie pozostającego z Carrefour ani też z żadną ze spółek z grupy Carrefour w relacji dominacji lub zależności w rozumieniu art. 4 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm. – zwanej dalej „ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r.”).

Warunek wypracowany został w wyniku spotkań Prezesa Urzędu z przedstawicielami Carrefour, przy czym rozważane było alternatywnie objęcie warunkiem wyzbycia się sklepów np. w Grodzisku Mazowieckim przy ul. Królewskiej i Armii Krajowej.

Carrefour należy do grupy kapitałowej, na czele której stoi Carrefour S.A. z siedzibą w Paryżu, Francja. Działalność grupy Carrefour w Polsce prowadzona jest poprzez następujące spółki zależne: Carrefour Polska Sp. z o. o., Carrefour Polska WAW Sp. z o. o. oraz Carrefour Polska Proper Sp. z o. o.

Carrefour za pośrednictwem Carrefour Polska Sp. z o.o. prowadzi w Polsce działalność w zakresie sprzedaży detalicznej artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku (dalej „AKCU”) i realizuje ją w obiektach wielkopowierzchniowych, tj. hiper- i supermarketach. Hipermarkety, supermarkety i sklepy dyskontowe stanowią tzw. nowoczesny kanał dystrybucji (dalej „rynek HSD”). W dniu zgłoszenia zamiaru koncentracji Carrefour posiadał w Polsce 42 hipermarkety oraz 83 supermarkety pod szyldami *Carrefour*, *Carrefour Express*, *Champion* i *Globi*, natomiast Ahold Polska prowadził 183 supermarkety pod znakiem *Albert*.

Organ antymonopolowy stwierdził, iż dla przedmiotowej koncentracji rynkami właściwymi w aspekcie geograficznym są 182 wspólne rynki lokalne HSD¹, natomiast działalność Carrefour i Ahold Polska pokrywa się w 47 miastach. Prezes Urzędu uznał, iż na rynkach lokalnych HSD obejmujących obszar Grodziska Mazowieckiego, Jaworzna, Pabianic, Sochaczewa i Zamościa dojdzie w wyniku realizacji koncentracji do istotnego ograniczenia konkurencji. Uzyskanie przez Carrefour udziałów rynkowych przekraczających

¹ Liczba wspólnych rynków lokalnych była taka sama zarówno przy przyjęciu promienia 20 min., jak i 30 min. jazdy samochodem.

poziom 40%, z którym ustawa o ochronie konkurencji wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej (art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r., obecnie art. 4 pkt 10 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. (obecnie art. 19 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o *ochronie konkurencji i konsumentów* - Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej „ustawa antymonopolowa”), umożliwiłoby jej na wskazanych rynkach działanie w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów i kontrahentów, bowiem udziały konkurentów działających na tych rynkach nie stanowiły przeciwwagi wobec pozycji rynkowej, jaką uzyska Carrefour po przejęciu kontroli nad Ahold Polska.

W związku z powyższym organ antymonopolowy uznał, iż do przedmiotowej koncentracji ma zastosowanie art. 18 ustawy antymonopolowej.

Realizacja warunków, które mogą być nałożone na przedsiębiorcę lub przedsiębiorców w decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji powinna doprowadzić do stanu, w którym koncentracja nie będzie źródłem istotnego ograniczenia konkurencji na rynku. Organ antymonopolowy uznał, iż negatywnym skutkiem planowanej koncentracji na rynkach lokalnych HSD w Grodzisku Mazowieckim, Jaworznie, Pabianicach, Sochaczewie i Zamościu można zapobiec poprzez zobowiązanie Carrefour do wyzbycia się wszelkich praw, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu, do określonych obiektów handlowych, skutkującego zmniejszeniem udziału Carrefour w ww. rynkach lokalnych HSD.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu wydał ww. decyzję w przedmiotowej sprawie.

Po wydaniu tej decyzji, pismem z dnia 25 listopada 2008 r. Carrefour wniósł na podstawie art. 155 kpa o zmianę z urzędu treści decyzji nr DOK-86/2007 poprzez ustalenie terminu do wyzbycia się wszelkich praw do sklepów w Grodzisku Mazowieckim, Pabianicach i Zamościu na dzień 31 grudnia 2009 r., a do 2 sklepów w Chrzanowie oraz w Konstantynowie Łódzkim i Sochaczewie – na dzień 30 czerwca 2009 r. W odniesieniu zaś do sklepu w Jaworznie wniósł o zmianę warunku na „faktyczne zaprzestanie prowadzenia działalności handlowej w sklepie (...) w terminie do dnia 31 grudnia 2008 r.” lub ewentualnie „ustalenie terminu do wyzbycia się wszelkich praw (...) do dnia 31 grudnia 2009 r.” Wniósł także o zmianę odpowiednio terminu do informowania Prezesa Urzędu o wykonaniu warunku. W wyniku analizy powyższego pisma oraz decyzji, której ono dotyczyło, Prezes Urzędu nie znalazł jednakże podstaw do zmiany tej decyzji, o czym poinformował stronę pismem z dnia 1 grudnia 2008 r.

Także na podstawie art. 155 kpa pismem z dnia 16 grudnia 2008 r. Carrefour wniósł o wykreślenie warunku wyzbycia się wszelkich praw do sklepu w Grodzisku Mazowieckim bądź jego zmianę na warunek „faktycznego zaprzestania działalności handlowej (...) w terminie do dnia 31 grudnia 2008 r.” lub zmianę terminu wyzbycia się wszelkich praw do tego sklepu w terminie do dnia 31 grudnia 2009 r. wraz ze zmianą informowania o realizacji warunku na termin 31 stycznia 2010 r. Natomiast pismem z dnia 17 grudnia 2008 r. Carrefour wniósł na podstawie art. 127 § 1 w zw. z art. 127 § 3 oraz art. 138 § 1 pkt 2 kpa o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją DOK-86/2007 i wydanie decyzji zmieniającej tę decyzję w odniesieniu do sklepów w Zamościu i w Jaworznie odpowiednio w zakresie terminu wyzbycia się wszelkich praw oraz zmiany treści warunku wraz ze zmianą terminu złożenia informacji o wykonaniu warunku.

Odpowiadając na powyższe pismem z dnia 16 stycznia 2009 r. Prezes Urzędu podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 1 grudnia 2008 r. o braku podstaw zarówno do zmiany decyzji, jak i ponownego rozpatrzenia tej sprawy.

Pismem z dnia 30 stycznia 2009 r. Carrefour powiadomił Prezesa Urzędu o wykonaniu ww. decyzji. Z nadesłanych dokumentów wynika, że w odniesieniu do 7 sklepów warunek został wykonany przed dniem 31 grudnia 2008 r., natomiast w odniesieniu do 2 sklepów, tj. Champion w Grodzisku Mazowieckim oraz Albert w Jaworznie, wykonanie warunku nastąpiło po tej dacie. W przypadku sklepu w Grodzisku Mazowieckim ostateczna umowa sprzedaży została podpisana w dniu 22 stycznia 2009 r., natomiast w przypadku sklepu w Jaworznie w dniu 26 stycznia 2009 r.

Postanowieniem z dnia 17 lutego 2009 r. Prezes Urzędu wszczął z urzędu na podstawie art. 49 ust. 1 w związku z art. 107 ustawy antymonopolowej postępowanie antymonopolowe w sprawie nałożenia na Carrefour kary pieniężnej z tytułu zwłoki w wykonaniu decyzji z dnia 28 czerwca 2007 r. Nr DOK – 86/2007.

Postanowieniem z dnia 17 lutego 2009 r. organ antymonopolowy zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania pisma Carrefour z dnia 25 i 28 listopada 2008 r., z dnia 16 i 17 grudnia 2008 r. oraz z dnia 15 i 30 stycznia 2009 r., przesłane Prezesowi Urzędu w związku z realizowaniem nałożonego decyzją warunku.

Zawiadamiając o wszczęciu postępowania Prezes Urzędu pismem z dnia 18 lutego 2009 r. wezwał stronę do ustosunkowania się do zarzutu oraz do przesłania wszystkich dokumentów związanych z procesem wykonania warunku w odniesieniu do sklepów *Champion* w Grodzisku Mazowieckim oraz *Albert* w Jaworznie.

Pismem z dnia 6 marca 2009 r. Carrefour ustosunkował się do przedstawionego zarzutu, wskazując, iż zrealizował do dnia 31 grudnia 2008 r., a więc w terminie określonym w decyzji, nałożony warunek wyzbycia się praw do sklepów Champion i Albert.

Z uwagi na niekompletność przesłanej dokumentacji Prezes Urzędu pismem z dnia 30 marca 2009 r. ponownie wezwał stronę postępowania do jej uzupełnienia. Pismem z dnia 24 kwietnia 2009 r. Carrefour przesłał brakujące dokumenty i wskazał, iż wiele czynności podejmowanych przez sieci handlowe w ramach prowadzonych przez nie rozmów i negocjacji, m.in. w zakresie zakupu lub sprzedaży nieruchomości lub sklepów, nie znajduje odzwierciedlenia w postaci dokumentów, które mogłyby być przedstawione Urzędowi w ramach toczącego się postępowania.

Prezes Urzędu pismem z dnia 31 marca 2009 r. zwrócił się do Navigator Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (działającej na zlecenie „Piotr i Paweł” Sp. z o.o.), pismem z dnia 1 kwietnia 2009 r. do NOMI S.A., Alma Market S.A. i Holon Sp. z o.o. (działającej w imieniu „POLOmarket” Sp. z o.o.) oraz pismem z dnia 22 kwietnia 2009 r. do Piotr i Paweł Sp. z o.o., potencjalnych nabywców sklepów objętych warunkiem, z prośbą o przekazanie następujących informacji:

1. kto wystąpił z inicjatywą podjęcia działań zmierzających do ewentualnego nabycia przez ww. przedsiębiorców sklepów należących do Carrefour,
2. czy Carrefour podjął jakiegokolwiek działania (rozmowy, korespondencja), mające na celu sprzedaż na rzecz ww. przedsiębiorców sklepów oraz jakie były rezultaty tych działań (porozumienie/fiasco). Ponadto Prezes Urzędu zwrócił się o przekazanie wszelkiej będącej w posiadaniu tych przedsiębiorców korespondencji w sprawie.

Pismem z dnia 22 czerwca 2009 r. organ antymonopolowy poinformował Carrefour o prawie zapoznania się z całością akt zgromadzonych w sprawie oraz o prawie przedstawienia swojego stanowiska odnośnie zgromadzonego materiału dowodowego w terminie do dnia 10 lipca 2009 r. Po zapoznaniu się z materiałem dowodowym, pismem z dnia 6 lipca 2009 r. strona przedstawiła swoje stanowisko i podtrzymała twierdzenia zawarte w piśmie z dnia 6 marca 2009 r.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

1. Stanowisko Carrefour odnośnie stawianego zarzutu

Ustosunkowując się do zarzutu niewykonania decyzji w wymaganym terminie Carrefour oświadczył, iż zrealizował do dnia 31 grudnia 2008 r., a więc w terminie określonym w decyzji, warunek wyzbycia się praw także do sklepów Champion i Albert. Wyjaśnił, że pomimo podjętych, z ostrożności, starań, nie był w stanie do dnia 31 grudnia 2008 r. wykroczyć poza zakres treści nałożonego warunku i nie tylko wyzbyć się praw do tych sklepów, ale wręcz zbyć nieruchomości, na których się one znajdowały, z przyczyn obiektywnych i od niego niezależnych. W ocenie strony wobec należytej staranności podejmowanych działań nie można czynić jej zarzutu z tytułu niedoprowadzenia do dnia 31 grudnia 2008 r. do zbycia nieruchomości, na których znajdowały się sklepy Champion i Albert. Nawet bowiem gdyby decyzja Prezesa Urzędu nałożyła na Carrefour dalej idący warunek, tj. warunek nie tylko wyzbycia się praw do przedmiotowych sklepów, a wręcz zbycia nieruchomości, na których się one znajdują, sprzeczne z zasadami praworządności byłoby nakładanie na przedsiębiorcę sankcji za nieosiągnięcie celu, na którego osiągnięcie nie miał on pełnego wpływu, a mógł jedynie podejmować działania należytej staranności w celu jego osiągnięcia. Zachowanie należytej staranności przez Carrefour wyłącza możliwość przypisania mu nawet najniższego stopnia winy, a w rezultacie – zgodnie z zasadą odpowiedzialności za czyn zawiniony – także nałożenia na niego jakiegokolwiek kary.

Zdaniem Carrefour nie można zarzucić mu złej wiary w procesie i sposobie realizacji warunku, zważywszy, że działania w celu zbycia przedmiotowych sklepów rozpoczął zaraz po otrzymaniu decyzji, tj. w lipcu 2007 r. Polegały one na nieformalnych kontaktach z sieciami handlowymi w celu wysondowania zainteresowania przejęciem któregokolwiek ze sklepów objętych decyzją. W odpowiedzi na te nieformalne kontakty tylko cztery sieci potwierdziły wstępne zainteresowanie. Jednakże w wyniku niezależnych od strony okoliczności nie istniały wiarygodne perspektywy zbycia do końca grudnia 2008 r. nieruchomości, na których znajdowały się przedmiotowe sklepy. W szczególności było to:

w przypadku Champion:

- znikome zainteresowanie możliwością przejęcia nieruchomości wyrażane przez inne sieci handlowe – Carrefour otrzymał wstępne niewiążące potwierdzenia zainteresowania od **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 1 załącznika do niniejszej decyzji]**,
- niespodziewane zerwanie przez **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 2 załącznika do**

niniejszej decyzji],

- brak zainteresowania w nabyciu własności nieruchomości, na której znajdował się sklep Champion, przez jakiegokolwiek sieci handlowe w okresie po sierpniu 2008 r., tj. po zerwaniu rokowań przez **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 3 załącznika do niniejszej decyzji]**; w okresie od sierpnia do października 2008 r. Carrefour przesłał oferty sprzedaży nieruchomości w Grodzisku Mazowieckim do kilkunastu sieci handlowych działających w Polsce. Jednakże z uwagi na szybko pogarszającą się sytuację gospodarczą w Polsce w drugiej połowie 2008 r. oraz związaną z tym zmianę polityki biznesowej większości przedsiębiorców, polegającą na ograniczeniu długoterminowych inwestycji, nieliczne sieci, które w ogóle wyraziły jakiegokolwiek potencjalne zainteresowanie szeroko zakrojoną akcją ofertową Carrefour **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 4 załącznika do niniejszej decyzji]**, zdecydowane były co najwyżej na wynajęcie powierzchni handlowej od Carrefour. W tym stanie rzeczy strona nie miała jakiegokolwiek wpływu na możliwość zbycia nieruchomości, na której znajdował się przedmiotowy sklep, na rzecz niezależnych inwestorów – na rynku nie było bowiem ani jednego inwestora zainteresowanego przejęciem własności tej nieruchomości od Carrefour,

w przypadku sklepu Albert:

- znikome zainteresowanie możliwością przejęcia nieruchomości wyrażane przez inne sieci handlowe obecne na rynku,
- zerwanie negocjacji przez **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 5 załącznika do niniejszej decyzji]**,
- plany budowy dużego, nowoczesnego centrum handlowego w okolicy sklepu Albert, w którym będzie działał operator spożywczej sieci handlowej, co istotnie zmniejszyło atrakcyjność nieruchomości należącej do Carrefour i utrudniło pozyskanie jakiegokolwiek inwestora na ten obiekt,
- brak zainteresowania w nabyciu własności nieruchomości, na której znajdował się sklep Albert, przez jakiegokolwiek sieci handlowe w okresie po wrześniu 2008 r., tj. po zerwaniu negocjacji przez **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 6 załącznika do niniejszej decyzji]**.

Ostatecznie nieruchomość, na której znajdował się sklep Champion została zbyta na

rzecz niezależnego inwestora finansowego Mantara Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – umowa z dnia 22 stycznia 2009 r., zaś nieruchomość, na której znajdował się sklep Albert – na rzecz Romana i Elżbiety Śmierciak, prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Partner 2 Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy Śmierciak Robert – zamknięcie transakcji nastąpiło w dniu 26 stycznia 2009 r.

W grudniu 2008 r. Carrefour podjął decyzję o niezwłocznej likwidacji sklepów w Grodzisku Mazowieckim i Jaworznie. Oznaczało to, że od dnia 20 grudnia 2008 r. sklep Albert, a od dnia 24 grudnia 2008 r. sklep Champion przestały w ogóle funkcjonować, co w ocenie Carrefour było krokiem nawet dalej idącym niż wyzbycie się praw do tych sklepów – Carrefour zlikwidował bowiem przedmiot takich ewentualnych praw. Jak wyjaśnił, kierował się wolą jak najpełniejszej realizacji obowiązku określonego w decyzji w okolicznościach wydłużającego się braku realnych możliwości znalezienia potencjalnego nabywcy nieruchomości, na których znajdowały się sklepy Champion i Albert, który byłby faktycznie zainteresowany uzyskaniem ich własności (a nie jedynie ich najmem albo przedłużeniem negocjacji w celu zdobycia przewagi negocjacyjnej lub zaszkodzenia interesom Carrefour).

W ocenie Carrefour podjęte przez niego kroki wyczerpują treść warunku, Prezes Urzędu zobligował bowiem Carrefour do „wyzbycia się wszelkich praw, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu, do następujących sklepów (...)”. Carrefour podniósł, iż decyzja odnosi się do praw do sklepów, a nie praw do nieruchomości, na których sklepy te były zlokalizowane i nie zobowiązuje Carrefour do przeniesienia tych praw na inny podmiot, a jedynie do ich wyzbycia się. Zdaniem Carrefour obowiązek określony w decyzji powinien być zatem interpretowany jako obejmujący wszystkie takie działania, których ostatecznym skutkiem jest nieistnienie sklepu należącego do Carrefour w tych lokalizacjach w terminie określonym w decyzji. W jego ocenie jest oczywiste, że likwidując sklepy Albert i Champion wyzbył się do nich wszelkich praw i skutecznie doprowadził do realizacji tak rozumianego obowiązku.

Carrefour wskazał, że akceptując warunek określony w decyzji, robił to przy uwzględnieniu sytuacji rynkowej istniejącej w połowie 2007 r. oraz w oparciu o swoją wiedzę z tamtego okresu. Nie mógł przewidzieć ani otwarcia nowych sklepów przez swych konkurentów na przedmiotowych rynkach (które to otwarcia – względnie plany otwarcia – uczyniły sklepy Champion i Albert nieatrakcyjnymi i uniemożliwiły zbycie nieruchomości, na których się one znajdowały), ani zmiany ogólnej sytuacji gospodarczej związanej z pogłębiającym się od końca 2007 r. kryzysem gospodarczym.

Ponadto w ocenie Carrefour zaakceptował on jedynie treść warunku, a nie fakt, że treść ta lub termin wykonania warunku zostaną przekazane przez Urząd do publicznej wiadomości, znacząco utrudniając lub wręcz uniemożliwiając jego późniejszą realizację. W takiej sytuacji fakt zaakceptowania warunku przez Carrefour lub nieodwołanie się od decyzji ten warunek nakładającej są zupełnie irrelevantne dla oceny skutków następczego braku możliwości wykonania warunku, wynikającego z całkowicie niezależnych od Carrefour przyczyn.

Zdaniem Carrefour w sytuacji, w której w wyznaczonym w decyzji terminie, podejmując jedyne dostępne mu w danym momencie działanie, doprowadził do skutecznego osłabienia swojej pozycji na rynkach obejmujących Grodzisk Mazowiecki oraz Jaworzno, wykonując przy tym nałożony na niego obowiązek w jego literalnym brzmieniu, brak jest materialnych podstaw do prowadzenia postępowania w sprawie nałożenia kary. Wobec terminowego wypełnienia obowiązku brak jest bowiem czynu, który wypełniałby dyspozycję art. 107 ustawy antymonopolowej, tj. stanowiłby – zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu – zwłokę w wykonaniu decyzji. Carrefour wskazał, że pojęcie „zwłoka” w wykonaniu decyzji Prezesa Urzędu nie jest zdefiniowane w ustawie, należy zatem sięgnąć po znaczenie, jakie przypisują temu terminowi inne gałęzie prawa, w szczególności szeroko operujące nim prawo cywilne. W świetle prawa cywilnego „zwłoka” zakłada istnienie dwóch konstytutywnych elementów tego pojęcia, tj. opóźnienia w wykonaniu obowiązku oraz zawinienia po stronie podmiotu dopuszczającego się opóźnienia. W analizowanym przypadku nie występuje natomiast żaden z powyższych elementów składających się na pojęcie „zwłoki”.

Niezależnie od powyższego w ocenie Carrefour brak jest jakiegokolwiek zagrożenia dla interesu publicznego, które uzasadniałoby wszczęcie postępowania antymonopolowego w tej sprawie, a tym bardziej orzeczenie przez Prezesa Urzędu jakichkolwiek sankcji. Prezes Urzędu uprawniony jest do podjęcia interwencji administracyjnoprawnej na rynku, w tym nakładania kar na przedsiębiorców, wyłącznie w przypadku, w którym interwencji takiej wymaga interes publiczny. Tymczasem z uwagi na osiągnięcie – m.in. w wyniku wyzbycia się przez Carrefour praw do sklepów Champion i Albert – założonego w decyzji stanu konkurencji na rynkach lokalnych obejmujących sklepy Champion i Albert, a także brak jakiegokolwiek realnego negatywnego wpływu działań Carrefour na stan konkurencji na tych rynkach, nie można mówić o zagrożeniu interesu publicznoprawnego, a tym bardziej jakimkolwiek jego naruszeniu.

2. Przebieg negocjacji związanych z wyzyciem się przez Carrefour praw do sklepu Champion w Grodzisku Mazowieckim i Albert w Jaworznie

W lipcu 2007 r. [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 7 załącznika do niniejszej decyzji] zadeklarowały chęć nabycia sklepów objętych warunkiem Prezesa Urzędu. Pismem z dnia 20 lipca 2007 r. Carrefour podziękował za zainteresowanie ewentualnym przejęciem sklepów oraz poinformował, iż jest w trakcie przygotowywania kompletu dokumentów dla ww. nieruchomości. W listopadzie 2007 r. Carrefour drogą elektroniczną skierował do wybranych przez siebie sieci handlowych i firm [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 8 załącznika do niniejszej decyzji] pismo z listą sklepów na sprzedaż (oprócz sklepów objętych warunkiem lista ta obejmowała dodatkowo sklepy [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 9 załącznika do niniejszej decyzji]).

W piśmie tym Carrefour zastrzegł, iż w Grodzisku Mazowieckim sprzedaż sklepu może nastąpić jedynie na rzecz operatorów branży niespożywczej. W ofercie cena minimalna sprzedaży [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 10 załącznika do niniejszej decyzji]. Od listopada 2007 r. Carrefour prowadził negocjacje już wyłącznie z [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 11 załącznika do niniejszej decyzji]. W grudniu 2007 r. [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 12 załącznika do niniejszej decyzji].

Carrefour w okresie sierpień – grudzień 2008 r. rozesłał ofertę sprzedaży sklepu [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 13 załącznika do niniejszej decyzji].

Negocjacje z przyszłym nabywcą sklepu w Grodzisku Mazowieckim rozpoczęły się [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 14 załącznika do niniejszej decyzji], zaś ostateczna umowa sprzedaży została podpisana w dniu 22 stycznia 2009 r. [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 15 załącznika do niniejszej decyzji].

W grudniu 2008 r. [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 16 załącznika do niniejszej decyzji]. Przedstawiając swoją ofertę powołał się na aktualną wycenę wartości nieruchomości. Jednakże firma ta wycofała się z oferty zakupu sklepu w Jaworznie rekomendując jako nabywcę firmę „Partner 2” Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy Śmierciak Robert w Jaworznie. [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 17 załącznika do niniejszej decyzji] z firmą „Partner 2” Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy Śmierciak Robert w Jaworznie, zakończone podpisaniem ostatecznej umowy sprzedaży prawa użytkowania wieczystego gruntu oraz praw własności pawilonu handlowego zlokalizowanego w Jaworznie z dnia 26 stycznia 2009 r. [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 18 załącznika do niniejszej decyzji].

Informacje uzyskane przez organ antymonopolowy od potencjalnych nabywców nieruchomości objętych warunkiem wskazują, iż to oni jako pierwsi wystąpili z inicjatywą gotowości podjęcia rozmów dotyczących potencjalnej transakcji nabycia (lub innej formy przejęcia) wybranych obiektów handlowych należących do Carrefour.

W oparciu o przedstawiony powyżej stan faktyczny

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

Decyzja z dnia 28 czerwca 2007 r. Nr DOK - 86/2007 została wydana na podstawie art. 18 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r., któremu odpowiada art. 19 obecnie obowiązującej ustawy antymonopolowej.

Zgodnie z art. 107 ustawy antymonopolowej *Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorców, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 10.000 euro za każdy dzień zwłoki w wykonaniu m.in. decyzji wydanej na podstawie art. 19 ust. 1, przy czym karę pieniężną nakłada się, licząc od daty wskazanej w decyzji.*

Odpowiedzialność na podstawie wskazanego powyżej art. 107 uzależniona jest od wystąpienia dwóch przesłanek. Po pierwsze, decyzja Prezesa Urzędu winna być ostateczna. Po drugie, strona nie wykonała nałożonych na nią obowiązków.

W rozpatrywanej sprawie obydwie te przesłanki są spełnione. Decyzja Prezesa Urzędu Nr DOK – 86/2007 została odebrana przez stronę w dniu 29 czerwca 2007 r. W ciągu kolejnych czternastu dni Carrefour nie złożył odwołania. W tej sytuacji z dniem 14 lipca 2007 r. powyższa decyzja stała się ostateczna.

Decyzja Prezesa Urzędu, aby można było uznać ją za wykonaną, musi być wykonana w całości². Jak stwierdzono w orzecznictwie, *bezwzględnym obowiązkiem adresata decyzji Prezesa Urzędu lub wyroku SOKiK jest zastosowanie się do zakazu w nich sformułowanego. Obowiązek ten oznacza aktywność w wykonaniu tych orzeczeń oraz nie budzący wątpliwości efekt tej aktywności, nie tylko w odniesieniu do skutków stosowanej praktyki, ale także w odniesieniu do sytuacji obecnej i przyszłej*³. Zatem do stwierdzenia, że przedsiębiorca uczynił zadość nakazowi zaniechania stosowania praktyk ograniczających konkurencję niezbędna jest zmiana przez niego swojego dotychczasowego działania. Natomiast zakres wykonania orzeczenia (a także jego jakość) może być okolicznością braną pod uwagę przy

² E. Modzelewska-Wąchał: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002, s. 345; wyrok SOKiK z dnia 23 marca 2005 r. (sygn. akt XVII Ama 104/03); wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 11 grudnia 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 45/00).

³ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 22 czerwca 2007 r. (sygn. akt VI ACa 8/07). Por. również: wyrok SOKiK z dnia 12 lutego 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 42/00).

ustalaniu wielkości kary⁴. Powyższe rozważania odnoszą się co prawda do wykonania decyzji dotyczących praktyk ograniczających konkurencję, lecz w ocenie organu antymonopolowego argumentacja prawna w nich zawarta ma także zastosowanie do decyzji wydanych w sprawach koncentracji.

Carrefour został zobowiązany do wyzbycia się wszelkich praw, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu, do wymienionych w sentencji decyzji DOK – 86/2007 sklepów do dnia 31 grudnia 2008 r. na rzecz niezależnego inwestora (niezwiązanego z grupą Carrefour). Tymczasem ostateczna umowa sprzedaży sklepu w Grodzisku Mazowieckim została podpisana przez Carrefour w dniu 22 stycznia 2009 r., zaś umowa sprzedaży prawa użytkowania wieczystego gruntu oraz prawa własności pawilonu handlowego zlokalizowanego w Jaworznie została podpisana w dniu 26 stycznia 2009 r. Oznacza to, że Carrefour uchybił terminowi określonemu w decyzji i wykonał ostatecznie obowiązek z niej wynikający będąc w 26 dniowej zwłoce.

Orzecznictwo sądowe wskazuje, że *niewykonanie decyzji Prezesa Urzędu, nakazującej zaniechanie praktyki monopolistycznej, uzasadnia nałożenie na adresata tej decyzji kary pieniężnej przewidzianej w art. 102 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r.*⁵ (obecnie art. 107 ustawy antymonopolowej). Podobnie *zwłoka w wykonaniu wyroku Sądu Antymonopolowego, nakazującego zaniechanie praktyk monopolistycznych, uzasadnia nałożenie kary pieniężnej*⁶. Opierając się na powyższym nie ulega wątpliwości, że w okolicznościach zwłoki w wykonaniu przez Carrefour decyzji organ antymonopolowy uprawniony jest na podstawie art. 107 ustawy antymonopolowej do przeprowadzenia postępowania i wydania decyzji w przedmiocie nałożenia kary.

Również pogląd strony jakoby odpowiedzialność na podstawie art. 107 ustawy antymonopolowej bazowała na koncepcji winy jest chybiony. Analiza konstrukcji tego przepisu nie daje podstaw do twierdzenia, że ustawodawca zastosował tu konstrukcję odpowiedzialności opartej na winie. Odpowiedzialność na gruncie tego przepisu ma charakter obiektywny. Obiektywny charakter odpowiedzialności jest typowy dla większości ustaw z zakresu prawa administracyjnego i wynika z tego, że przedmiotem ochrony są wartości uznawane przez społeczeństwo za cenne i niezbędne dla jego funkcjonowania. W przypadku niewykonywania obowiązków nałożonych decyzją administracyjną zagrożony jest interes

⁴ K. Kohutek: Komentarz do art.102 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.03.86.804), Komentarz LEX/el 2005.

⁵ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 16 października 2002 r., XVII Ama 114/01, Dz.Urz.UOKiK 2003/1/245.

⁶ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 12 lutego 2001 r., XVII Ama 42/00, niepubl.

publiczny, a więc sankcjonowanie tego rodzaju zagrożeń nie może być uzależnione od winy. Ustawa antymonopolowa jest ustawą prawa administracyjnego i odwoływanie się do pojęć kodeksu cywilnego przy interpretacji art. 107 nie znajduje swojego uzasadnienia. Art. 107 reguluje jedną z postaci deliktu administracyjnego. Należy podkreślić, że regulacja deliktów administracyjnych i cywilnych jest odmienna i bazuje na innych konstrukcjach. Prawo administracyjne ma własną koncepcję kar i odpowiedzialność, co do zasady, nie jest uzależniona od winy, tak jak w przypadku art. 107. Ewentualne zawinienie lub jego brak może mieć wpływ na wysokość kary z tytułu popełnienia deliktu administracyjnego (antymonopolowego). Jak podkreśla się w doktrynie *w zakresie kar unormowanych w art. 102 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r.* [obecnie art. 107 ustawy antymonopolowej], *element winy nie stanowi koniecznej przesłanki do jej nałożenia. Tak więc organ antymonopolowy może wymierzyć karę pieniężną na podstawie ww. przepisów ustawy bez badania samego faktu, a tym bardziej stopnia zawinienia. Organ antymonopolowy w trakcie postępowania w przedmiocie nałożenia kary, winien wyłącznie udowodnić fakt zaniechania wykonania orzeczeń, enumeratywnie wskazanych w art. 102 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r.*⁷. Jest to uzasadnione represyjnym i prewencyjnym charakterem omawianej kary. Podkreśla to Sąd Apelacyjny wskazując, że *oczywiste jest, iż organ antymonopolowy może nałożyć na podstawie art. 102 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. na przedsiębiorcę karę pieniężną za każdy dzień zwłoki w wykonaniu prawomocnej decyzji organu antymonopolowego. Zgodzić się należy także z pozwanym, iż kary pieniężne mają pełnić przede wszystkim funkcję represyjną za niewykonanie prawomocnej decyzji*⁸.

Nałożenie kary nie jest uzależnione od zamierzeń lub skutków działania strony. Jak wskazał Sąd Najwyższy *nałożenie przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorcę kary pieniężnej za niezgłoszenie zamiaru łączenia przedsiębiorców w terminie 14 dni od dokonania czynności łączenia, objęcia lub nabycia akcji albo udziałów ma charakter uznaniowy i nie jest uzależnione od oceny skutków wpływu łączenia przedsiębiorców na konkurencję (art. 11 ust. 2 pkt 3 i art. 15a ust. 1 ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym - jedn. tekst: Dz. U. z 1997 r. Nr 49, poz. 318 ze zm.)*⁹.

Z orzecznictwa sądowego wynika także, że sankcjonowanie zaniechania lub zwłoki w wykonaniu decyzji może mieć miejsce jeżeli decyzja była wykonalna¹⁰. Sąd wskazał, iż

⁷ M. Sachajko, *Istota i charakterystyka prawna antymonopolowych kar pieniężnych*, RPEiS 2002, nr 1, s. 57 i n.

⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 25 lipca 2008 r., VI ACa 402/08, niepubl.

⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 1999 r., I CKN 184/99, OSNC 2000/2/33.

¹⁰ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 13 sierpnia 2001 r., XVII Ama 95/00, niepubl.

decyzja nakazująca zaniechanie praktyki ograniczającej konkurencję powinna ten obowiązek wyrażać precyzyjnie, bez niedomówień i możliwości różnej interpretacji, w przeciwnym wypadku decyzja w zasadzie może być niewykonalna¹¹. Odnosząc to do niniejszej sprawy należy stwierdzić, że decyzja Prezesa Urzędu Nr DOK – 86/2007 była wykonalna, wskazywała bowiem jasno rodzaj czynności, jak i termin ich wykonania przez Carrefour. Ewentualne wątpliwości Carrefour miał możliwość wyjaśnić w trakcie negocjowania treści warunku. Ponadto strona nie skorzystała z możliwości wyjaśnienia treści decyzji w trybie art. 113 k.p.a. W tej sytuacji należy przyjąć, że Carrefour miał pełną świadomość wszystkich swoich obowiązków wynikających z tej decyzji.

Nie można uznać za zasadne, w tym kontekście, twierdzenie Carrefour, że zaakceptował on jedynie treść warunku, a nie fakt, że treść ta lub termin wykonania warunku zostaną przekazane przez Urząd do publicznej wiadomości. W polskim systemie prawnym (m.in. ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej – Dz. U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.) treść decyzji, a w szczególności jej osnowa, jest jawna. Potwierdza to również art. 71 ust. 2 ustawy antymonopolowej (poprzednio art. 63 ust. 2). Ochronie mogą podlegać zatem jedynie tajemnice prawnie chronione, a do tych treść warunku nie należy. Nie sposób też przyjąć, aby profesjonalny uczestnik rynku, jakim jest Carrefour, reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, mógł nie znać przepisów powszechnie obowiązującego prawa w tym zakresie. Wszystkie decyzje Prezesa Urzędu podlegają ujawnieniu, zatem opublikowanie także przedmiotowej decyzji nie mogło stanowić zaskoczenia dla strony. O braku możliwości prawnej wyłączenia jawności treści warunku Carrefour był informowany w trakcie postępowania. Pismem z dnia 27 czerwca 2007 r. Carrefour odstąpił od wniosku o zachowanie poufności i traktowania jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści warunku.

Nie można uznać także za zasadną argumentacji strony, że wykonała ona warunek przed dniem 31 grudnia 2008 r. Carrefour podkreśla, że od dnia 20 grudnia 2008 r. sklep Albert, a od dnia 24 grudnia 2008 r. sklep Champion przestały w ogóle funkcjonować, co stanowi krok nawet dalej idący niż wyzbycie się praw do tych sklepów – Carrefour zlikwidował bowiem przedmiot takich ewentualnych praw.

Ustosunkowując się do tego twierdzenia należy po pierwsze wskazać, iż warunek decyzji polegał na obowiązku wyzbycia się przez Carrefour praw do tych placówek, przy czym wyzbycie to miało nastąpić na rzecz niezależnego inwestora, niezwiązanego z grupą

¹¹ Podobnie Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 20 maja 2005 r., VI ACa 87/05, Apel.-W-wa 2006/2/14.

Carrefour, tak, aby mogła być w nich prowadzona działalność przez ten inny podmiot, a nie na zaprzestaniu działalności handlowej w wymienionych sklepach. Zaprzestania działalności w wymiennych placówkach nie można uznać za wykonanie warunku, gdyż nie daje ono możliwości przywrócenia stanu efektywnej konkurencji na rynku właściwym i nie jest rozwiązaniem prokonsumenckim – zmniejsza liczbę placówek handlowych i w konsekwencji ogranicza dostępność i wybór towarów dla konsumentów.

Zdaniem organu antymonopolowego nie znajduje oparcia w obowiązującym prawie twierdzenie Carrefour, że zaprzestanie działalności w obiekcie handlowym jest tożsame z wyzbyciem się praw do tego obiektu. Zarówno kodeks cywilny, jak i inne akty prawa powszechnie obowiązującego nie znają takiej formy czynności prawnej, tj. zaprzestania działalności, a więc nie mogą z nią wiązać skutku w postaci wyzbycia się praw do nieruchomości. Twierdzenie Carrefour pozostaje w ewidentnej sprzeczności zarówno z jego wcześniejszymi działaniami związanymi z podpisywaniem umów, których skutkiem było wyzbycie się praw do sklepów (w stosunku do których warunek został wykonany w terminie), jak i z późniejszymi jego działaniami, polegającymi na podpisaniu w styczniu 2009 r. umów przenoszących prawa do obiektów handlowych (w stosunku do których warunek nie został wykonany w terminie) i gruntów pod nimi na inne podmioty. Potwierdza to zatem, że w grudniu 2008 r. Carrefour nie wyzbył się uprawnień do sklepów w Jaworznie i Grodzisku Mazowieckim. Gdyby bowiem było inaczej, nie mógłby przekazać żadnych uprawnień.

Twierdzenie Carrefour o wykonaniu warunku stoi także w oczywistej sprzeczności z jego twierdzeniami na temat przyczyn niewykonania decyzji w terminie. Jako powód niewykonania decyzji w terminie strona podnosi, że chciała zrobić więcej niż wynikało to z samego warunku, albowiem postanowiła nie tylko wyzbyć się wszelkich praw do sklepów, ale także do gruntów, na których stoją. W ocenie strony, skoro z przedmiotowej decyzji wynika obowiązek wyzbycia się prawa własności do budynku, który jest trwale związany z ziemią, nie oznacza to konieczności wyzbycia się własności samego gruntu. Należy w tym miejscu jednak wskazać, że polski ustawodawca stoi na gruncie zasady wyrażonej rzymską paremią *superficies solo cedit*, określając w art. 191 k.c., że *własność nieruchomości rozciąga się na rzecz ruchomą, która została połączona z nieruchomością w taki sposób, że stała się jej częścią składową*. Ponadto art. 47 § 1 k.c. stanowi, że *część składowa rzeczy nie może być odrębnym przedmiotem własności i innych praw rzeczowych*, zaś art. 48 k.c., że *z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, do części składowych gruntu należą w szczególności budynki i inne urządzenia trwale z gruntem związane, jak również drzewa i inne*

rośliny od chwili zasadzenia lub zasiania. Skoro zatem w osnowie decyzji Nr DOK–86/2007 Prezes Urzędu określił, że Carrefour ma obowiązek wyzbycia się wszelkich praw, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu, do wymienionych sklepów, to w sytuacji, gdy był właścicielem budynku to wyzbycie się prawa własności do niego musiało także objąć wyzbycie się prawa własności do gruntu pod nim. Również w przypadku budynków wzniesionych na gruncie, na którym ustanowiono prawo wieczystego użytkowania – co miało miejsce w przypadku sklepów w Grodzisku Mazowieckim i Jaworznie - które stanowią odrębną własność zgodnie z art. 235 § k.c., prawo własności do tych budynków jest prawem związanym z użytkowaniem wieczystym. Przeniesienie tych praw może nastąpić zatem tylko łącznie.

W ocenie Prezesa Urzędu decyzja Nr DOK–86/2007 była wykonalna. Gdyby było inaczej Carrefour miał możliwość wykazania tego w trakcie negocjowania treści warunku oraz następnie w trakcie realizacji obowiązków wynikających z tej decyzji (ostateczny kształt warunku był wynikiem rozmów i spotkań odbywanych przez stronę postępowania i organ antymonopolowy). Nie można także pominąć tego, że w odniesieniu do sklepu w Grodzisku Mazowieckim Carrefour nalegał na objęcie warunkiem tej właśnie konkretnej lokalizacji, gdyż w pierwotnej propozycji wskazana była placówka handlowa zlokalizowana w Grodzisku Mazowieckim przy ul. Królewskiej 86.

Jednocześnie podkreślić należy, iż strona dopiero w listopadzie 2008 r. (tj. po 16 miesiącach od wydania decyzji), a więc tuż przed upływem terminu wykonania obowiązku, podniosła, że nie może wykonać warunku. Wynikać to miało z kryzysu finansowego (w trakcie postępowania Carrefour wskazał, że pogorszenie sytuacji na rynku miało miejsce już pod koniec 2007 r.), nielojalnego prowadzenia negocjacji przez kontrahentów oraz otwarcia nowych placówek handlowych. Carrefour dodał też, że akceptując warunek określony w decyzji robił to przy uwzględnieniu sytuacji rynkowej istniejącej w połowie 2007 r. oraz w oparciu o swoją wiedzę z tamtego okresu.

Ustosunkowując się do tych twierdzeń nie można podzielić stanowiska Carrfourr, jakoby placówki objęte przedmiotową decyzją cieszyły się znikomym zainteresowaniem kontrahentów. Z akt sprawy wynika niezbitcie, że to sami konkurenci pierwsi wystąpili z ofertą zakupu sklepów. Ponadto Carrefour wysłał oferty tylko do niektórych podmiotów, które mogłyby być zainteresowane nabyciem sklepów objętych warunkiem, a w przypadku sklepu w Grodzisku Mazowieckim (przez siebie wybranego) ograniczył krąg potencjalnych nabywców. Carrefour mógł zgodzić się na wyzbycie się praw do innej placówki (wskazanej w

trakcie spotkania w Urzędzie w dniu 25 czerwca 2007 r.) na terenie Grodziska Mazowieckiego, która była bardziej atrakcyjna. Skoro więc zdecydował się na sprzedaż mniej atrakcyjnej placówki handlowej, to konsekwencjami swojej własnej decyzji nie może obciążać przedsiębiorców uczestniczących w negocjacjach, ani nie może to w żadnej mierze stanowić okoliczności egzoneracyjnej.

Zdaniem organu antymonopolowego brak terminowego wykonania decyzji Carrefour nie może tłumaczyć istnieniem kryzysu finansowego. Posiadane przez organ antymonopolowy rozeznanie wskazuje, że oznaki nadchodzącego kryzysu pojawiły się w Polsce dopiero w okresie około roku po wydaniu decyzji. Z dużym zatem prawdopodobieństwem można przypuszczać, że gdyby Carrefour podjął się natychmiastowej realizacji warunku, mógłby uniknąć negatywnych skutków zbliżającego się kryzysu finansowego. Można także oczekiwać, że rozumienie cykliczności pewnych procesów gospodarczych przez jedną z największych światowych sieci handlowych jest większe, niż w przypadku mniej profesjonalnych podmiotów.

Za irrelevantny należy uznać argument o spadku atrakcyjności obiektów handlowych z uwagi na otwarcie placówek przez konkurentów. Wypada zauważyć jedynie, że nastąpiło to po upływie ponad roku od wydania decyzji. Odkładanie realizacji warunku nałożonego decyzją Prezesa Urzędu na czas dekonstrukcji i po otwarciu kolejnych placówek handlowych obciąża ryzykiem z tego wynikającym stronę.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń Carrefour co do nielojalnego prowadzenia negocjacji należy wskazać, iż Carrefour musiał zdawać sobie sprawę z tego, że prowadzone negocjacje nie zawsze kończą się sukcesem. Gdyby kontrahenci strony prowadzili negocjacje w złej wierze Carrefour przysługuje roszczenie o przyznanie odszkodowania za szkody poniesione na skutek takich negocjacji. Materiał dowodowy zebrany w sprawie nie zawiera informacji, że strona skorzystała z tego uprawnienia. Potwierdza to, że negocjacje prowadzone były uczciwie w ramach ryzyka gospodarczego.

Na skutek przejęcia Ahold Polska przez Carrefour na rynkach lokalnych nastąpiło istotne ograniczenie konkurencji. Taka sytuacja mogła mieć jedynie tymczasowy charakter i winna ustać z dniem 31 grudnia 2008 r. Określenie w decyzji 18 miesięcznego terminu nie oznacza, że strona nie może wykonać warunku wcześniej i musi czekać na ostatnie miesiące z podpisywaniem wszystkich umów. Wręcz przeciwnie, wcześniejsze wykonanie warunku może świadczyć o tym, że przedsiębiorcy zależało na jego wykonaniu i utrzymaniu efektywnej konkurencji, a nie na wzmocnieniu swojej pozycji. Należy podkreślić, że okres 18

miesiący, jaki został określony w przedmiotowej decyzji, był w ocenie Prezesa Urzędu wystarczająco długi dla realizacji nałożonego warunku, a w podobnych sprawach terminy na realizację warunku nakładane przez Prezesa Urzędu nie były dłuższe¹².

Należy przypomnieć, że Carrefour zdecydował się na dokonanie przejęcia Ahold Polska i dobrowolnie zaakceptował modyfikację przeprowadzanej koncentracji, w celu uniknięcia zaistnienia zagrożeń dla efektywnej konkurencji na rynkach właściwych. Jednakże sposób prowadzenia negocjacji zmierzających do realizacji warunku (np. warunek Carrefour wyłączający w negocjacjach w sprawie sprzedaży sklepu w Grodzisku Mazowieckim przedsiębiorców branży spożywczej, ograniczenie kręgu przedsiębiorców, do których rozesłano oferty – wprawdzie w przypadku sklepu w Jaworznie oferty nie zawierały takiego warunku, jednakże należy zauważyć, iż również w przypadku tego sklepu Carrefour rozesłał oferty sprzedaży jedynie do firm z branży niespożywczej) pokazuje, że Carrefour dążył do wykorzystania swojej przewagi rynkowej. Wbrew twierdzeniom strony możliwe były jeszcze inne działania, które mogły doprowadzić do wykonania warunku (np. zamiast indywidualnego trybu zapraszania można było zastosować przetarg publiczny).

Z pewnością negocjacji nie ułatwiała również wysoka cena, co podkreślali kontrahenci w korespondencji z Carrefour. Opinia taka wyrażana była np. **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 19 załącznika do niniejszej decyzji]**. Wygórowane żądania cenowe stały się m.in. powodem wycofania **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 20 załącznika do niniejszej decyzji]**. O zawyżonej cenie może również świadczyć fakt, iż przedstawiane przez ewentualnych nabywców oferty odbiegały istotnie od cen zaproponowanych przez Carrefour **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 21 załącznika do niniejszej decyzji]**. O prawidłowej ocenie wartości rynkowej sklepów w Grodzisku Mazowieckim i Jaworznie dokonanej przez kontrahentów strony świadczy porównanie cen wyjściowych za te sklepy ustalonych przez Carrefour i ostatecznie uzyskanych po wyzbyciu się praw. **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 22 załącznika do niniejszej decyzji]**.

Jak już wskazano powyżej z zebranego materiału dowodowego wynika, iż Carrefour nie chciał dopuścić do prowadzenia w wyzbywanych placówkach działalności konkurencyjnej, bowiem stawiał warunek, że sprzedaż sklepów nie może nastąpić na rzecz operatorów branży spożywczej (sklep w Grodzisku Mazowieckim), albo też ograniczał ofertę sprzedaży sklepów wysyłając ją wyłącznie do operatorów sklepów branży niespożywczej

¹² Np. w decyzji Prezesa Urzędu z dnia 24 września 2008 r. Nr 76/2008 termin na wykonanie warunku został ustalony na ok. 15 miesięcy, przy znacznie większej liczbie sklepów objętych warunkiem (38 sklepów).

(dot. również sklepu w Jaworznie). Na uwagę zasługuje fakt, że sklep w Grodzisku Mazowieckim cieszył się dużym zainteresowaniem przede wszystkim przedsiębiorców z branży AKCU **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 23 załącznika do niniejszej decyzji]**. Jednakże polityka negocjacyjna Carrefour ograniczyła w istotny sposób krąg potencjalnych nabywców. Podkreślić należy, że nabyciem sklepu w Grodzisku Mazowieckim zainteresowana była m.in. **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 24 załącznika do niniejszej decyzji]**. Jednak postawiony przez Carrefour warunek nie sprzedawania sklepu innej sieci handlowej AKCU spowodował, iż **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 24 załącznika do niniejszej decyzji]** wycofała swoją ofertę. Wprowadzając takie ograniczenia do oferty sprzedaży sklepów Carrefour wyraźnie, z własnej inicjatywy, zawęził krąg potencjalnych kontrahentów, co skutkowało popadnięciem w zwłokę w wykonaniu decyzji.

Zgodnie z art. 107 ustawy antymonopolowej, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorców, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 10.000 euro za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji wydanych m.in. na podstawie art. 19 ust. 1 ustawy antymonopolowej (dawniej art. 18 ust. 1 *ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r.*). Przesłanką zastosowania kary, o której mowa w tym przepisie, jest wykazanie, iż przedsiębiorca nie wykonał prawomocnej decyzji Prezesa Urzędu lub nie wykonał jej w terminie¹³.

Kary pieniężne za niewykonanie decyzji spełniają zarówno funkcję przymuszającą do zaniechania zakazanej praktyki, jak i funkcję represyjną. W piśmiennictwie antymonopolowym podkreśla się, iż w odróżnieniu od kar o charakterze *stricte* egzekucyjnym, co do których zasadą jest niemożność ich nałożenia po wykonaniu określonego obowiązku, kary te mogą być nałożone również po wykonaniu decyzji, postanowienia lub wyroku¹⁴. Powyższe poglądy znajdują potwierdzenie w orzecznictwie antymonopolowym¹⁵.

Należy podkreślić, że niewykonanie warunku w terminie stanowi istotne zagrożenie dla interesu publicznego. Warunek nakładany jest w sytuacji stwierdzenia istotnego zagrożenia dla konkurencji. Każde przedłużenie okresu wyznaczonego na jego wykonanie oznacza, że

¹³ E. Modzelewska-Wąchał: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002, s. 345; K. Kohutek: Komentarz do art.102 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.03.86.80), LEX/el 2005.

¹⁴ E. Modzelewska-Wąchał: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002, s. 343.

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2004 r. (sygn. akt III SK 39/04); wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 2 grudnia 1998 r. (sygn. akt XVII Ama 55/98); wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 8 listopada 2000 r. (sygn. akt XVII Ama 98/99); Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 12 lutego 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 42/00).

sytuacja rynkowa nie wraca do stanu równowagi. Decydując się na nałożenie kary pieniężnej na Carrefour organ uwzględnił w szczególności fakt, iż istnienie przepisu sankcjonującego niewykonanie warunku w terminie ma istotne znaczenie perspektywne. W tym kontekście zadaniem Prezesa Urzędu jest szczególne dbanie o przestrzeganie przepisów ustawy przez przedsiębiorców. Z tego względu fakt niewykonania przez Carrefour warunku w terminie jest szczególnie niebezpieczny dla wytworzenia się szkodliwej praktyki, polegającej na niewykonaniu przez przedsiębiorców dobrowolnie przyjętych przez nich warunków.

Zgodnie z art. 111 ustawy antymonopolowej, przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Zgodnie natomiast z art. 130 ustawy antymonopolowej, przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej uwzględnia się również okoliczność naruszenia przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r.

Mając powyższe na względzie, przy ustalaniu dziennego wymiaru kary Prezes Urzędu uwzględnił następujące okoliczności obciążające:

- opóźnienie w wykonaniu decyzji było, w znacznym stopniu, wynikiem sposobu prowadzenia negocjacji przez Carrefour. Pomimo dużego początkowego zainteresowania ze strony potencjalnych kontrahentów, którzy pierwsi wystąpili z ofertami zakupu sklepów, Carrefour przedstawiał mało atrakcyjną ofertę sprzedaży. Ta niska atrakcyjność oferty wynikała z wygórowanych żądań finansowych;
- Carrefour ograniczał krąg potencjalnych nabywców sklepów, w stosunku do których nie wykonano warunku w terminie. Prowadząc negocjacje z kontrahentami nie chciał dopuścić do prowadzenia w wyzbywanych placówkach handlowych działalności konkurencyjnej (nie wysłał do nich ofert sprzedaży, a w przypadku Grodziska Mazowieckiego wręcz nie dopuszczał do zakupu przez przedsiębiorców prowadzących działalność konkurencyjną).

Jednocześnie Prezes Urzędu uwzględnił następujące okoliczności łagodzące:

- fakt, iż Carrefour ostatecznie wykonał decyzję Nr DOK – 86/2007;

- zwłoka w wykonaniu decyzji Prezesa Urzędu Nr DOK – 86/2007 dotyczyła jedynie jej części. W świetle orzecznictwa stopień, w jakim decyzja została wykonana, może wpływać na wymiar kary orzekanej w granicach ustawy¹⁶;
- fakt, iż Carrefour nie był wcześniej karany za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej.

Uwzględniając powyższe Prezes Urzędu orzekł o nałożeniu kary pieniężnej w wysokości 5.000 euro za każdy z 26 dni zwłoki w wykonaniu prawomocnej decyzji Prezesa Urzędu, licząc od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 26 stycznia 2009 r.

Kara pieniężna uwzględnia wszystkie ww. okoliczności i jest zarazem adekwatna do pełnionej przez nią funkcji represyjnej, jako instrumentu mającego zniechęcić przedsiębiorcę do naruszania w przyszłości obowiązków wynikających z prawomocnej decyzji Prezesa Urzędu. Powinna ona stanowić dla Carrefour na tyle zauważalną dolegliwość, aby zniechęcić go do podobnych zachowań w przyszłości.

Kara w ustalonym wymiarze dziennym stanowi wystarczającą dolegliwość finansową dla Carrefour i odpowiada stopniowi naruszenia obowiązku ustawowego w zakresie wykonania decyzji. Należy zarazem zauważyć, że dzienny wymiar kary wyznaczony został w wysokości $\frac{1}{2}$ górnej granicy zagrożenia ustawowego, z uwagi na uwzględnienie także wskazanych wyżej okoliczności łagodzących.

Należy podkreślić, iż ustawodawca nie uzależnia wysokości kary pieniężnej nakładanej na podstawie art. 107 ustawy antymonopolowej od np. wysokości przychodu przedsiębiorcy. Prezes Urzędu uznał jednak, że nakładana na Carrefour kara pieniężna prawidłowo spełni przypisywane jej cele, gdy będzie uwzględniać również potencjał ekonomiczny podmiotu, na który jest nakładana. Carrefour, jak już wskazano powyżej, jest spółką holdingową. Osiągane przez ten podmiot przychody ze sprzedaży nie będą zatem odzwierciedlały jego rzeczywistego potencjału ekonomicznego. W przedmiotowej sprawie w ocenie organu antymonopolowego adekwatne będzie odniesienie potencjału ekonomicznego Carrefour m.in. do ceny, jaką podmiot ten uzyskał ze sprzedaży sklepów, w stosunku do których nie wykonał warunku **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 25 załącznika do niniejszej decyzji]**. Dodatkowo można uwzględnić również osiągnięte w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary publicznie dostępne wyniki

¹⁶ Wyrok SOKiK z dnia 26 listopada 2003 r. (sygn. akt XVII Ama 101/02).

finansowe grupy Carrefour¹⁷, które przedstawiają również przychody netto ze sprzedaży grupy Carrefour w Polsce (na terytorium Polski przychody te wyniosły w 2008 r. ponad 2 mld euro). Każda z obu wskazanych powyżej wartości uzasadnia twierdzenie, iż nałożona na Carrefour kara nie jest nadmiernie wygórowana.

Nakładając karę w tej wysokości organ kierował się także wskazaniem SOKiK, który wskazał, że *sankcjonowanie nierespektowania prawomocnej decyzji obowiązującym w czasie późniejszym aktem prawnym, podważa zasadę państwa prawa wyrażoną w art. 2 Konstytucji RP i zasadę legalności działania organów państwa (art. 6 Kpa) oraz zaufania do nich (art. 8 Kpa). Fakultatywny charakter kary przewidzianej w art. 102 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. nie wpływa na powyższą ocenę. Dodatkowo, przy wymierzaniu kary, należy mieć na względzie, że musi ona być dotkliwa, tak by spełniała swoją funkcję prewencyjną. Jest więc pożądane, aby kara w widoczny sposób wpływała na wynik finansowy przedsiębiorcy naruszającego prawo¹⁸.*

Na tej podstawie Prezes Urzędu przyjął, że kara pieniężna w niniejszej wysokości może spełnić zakładany cel.

Stosownie do art. 5 ustawy antymonopolowej, wartość euro, o której mowa w przepisach tej ustawy, podlega przeliczeniu na złote według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok zgłoszenia zamiaru koncentracji lub nałożenia kary. Wartość euro została zatem przeliczona na złote według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w dniu 31 grudnia 2008 r. – Tabela A kursów średnich nr 254/A/NBP/2008, zgodnie z którą kurs euro wynosił 4,1724 zł. Kwota 5 000 euro według tego kursu stanowi równowartość 20 862 zł.

Zgodnie ze wskazaniem Sądu Najwyższego *kara pieniężna nakładana na przedsiębiorców na podstawie art. 102 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. jest wprawdzie wymierzana w wysokości stanowiącej równowartość od 10 do 1.000 - "za każdy dzień zwłoki" w wykonaniu decyzji wydanej między innymi w trybie art. 9 tej ustawy, więc ilość dni owej zwłoki, ale także dzienna stawka kary, powinny być w zasadzie zamieszczone bezpośrednio w treści rozstrzygnięcia, zaś w jego uzasadnieniu mogłaby zostać podana (choć nie musiała) łączna wysokość kary, będąca wynikiem mechanicznego przemnożenia stawki kary przez ilość*

¹⁷ Zob.

http://www.carrefour.com/docroot/groupe/C4com/Pieces_jointes/RA/Carrefour_RFI08_VA_BAT_BD.pdf str.

24

¹⁸ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4 sierpnia 2003 r., sygn. akt XVII Ama 97/02, niepubl.

*dni zwłoki*¹⁹. Tym samym nałożona na Carrefour kara pieniężna została obliczona w następujący sposób: kwota 20 862 zł została pomnożona przez 26 dni niewykonania decyzji, co dało łączną kwotę 542 412 zł (słownie: pięćset czterdzieści dwa tysiące czterysta dwanaście złotych).

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy antymonopolowej w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy antymonopolowej — karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie nr:

NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.

Z upoważnienia Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów

DYREKTOR
Departamentu Kontroli Koncentracji

Robert Kamiński

Otrzymuje:

Carrefour Nederland B.V., Holandia
(decyzja wraz z załącznikiem)

¹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2004 r., III SK 39/04, OSNP 2005/6/89.