

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 19 grudnia 2012 r.**

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

**Przewodniczący - Sędzia SA – Anna Orłowska (spr.)**

**Sędzia SA – Małgorzata Manowska**

**Sędzia SO (del.) – Beata Waś**

**Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska**

**po rozpoznaniu w dniu 5 grudnia 2012 r. w Warszawie**

**na rozprawie sprawy z powództwa (...) spółki z o.o. w W.**

**przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

**z udziałem zainteresowanych: (...) i wspólnicy spółki jawnej w C., Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Uługowego (...) spółki z o.o. w G., J. W., I. W., (...) spółki z o.o. z siedzibą we W., Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Uługowego (...) spółki jawnej M. B., I. B. w W., (...) spółki jawnej w Ż., R. B., (...) spółki jawnej w P., D. M. P. (...) spółki jawnej w W., (...) spółki jawnej w K., Przedsiębiorstwa Handlowo-Uługowego (...) spółki z o.o. w B., (...) spółki z o.o. w U., (...) S.A. w K., Firmy Handlowej (...). K., J. (...) spółki jawnej w G., J. K., A. N., M. M. (2), (...) spółki jawnej W. M. E. M. i wspólnicy w R., (...) spółki z o.o. w W., Przedsiębiorstwa (...) spółki z o.o. w G., Przedsiębiorstwa Handlowo-Produkcyjnego (...) S.A. w K., Przedsiębiorstwa Handlu (...) spółki. z o.o. w B., Przedsiębiorstwa Handlu (...) spółki z o.o. w B., Przedsiębiorstwa (...) i (...) spółki jawnej w L., (...) spółki z o.o. w K., S. C., (...) spółki jawnej w O., Towarzystwa (...) S.A. w K., P. W., B. W. (2), Syndyka Masy Upadłości Zakładów (...) S.A. w C. T. S., M. Z., Centrum Handlowo Uługowego spółki z o.o. w (...) spółki z o.o. w Z.**

**o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej**

**na skutek apelacji powoda**

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

**z dnia 11 października 2011 r., sygn. akt XVII AmA 131/09**

**I zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:**

- 1) zmienia decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31 grudnia 2008 roku numer (...) w punkcie I d pkt 30 obniżając karę pieniężną nałożoną na (...) spółkę z o.o. w W. z kwoty 42.558 (czterdzieści dwa tysiące pięćset pięćdziesiąt osiem) zł do kwoty 10.640 (dziesięć tysięcy sześćset czterdzieści) zł;**
- 2) oddala odwołanie w pozostałej części;**
- 3) znosi między stronami koszty postępowania.**

**II oddala apelację w pozostałej części;**

**III znosi między stronami koszty postępowania apelacyjnego.**

**Sygn. akt VI ACa 752/12**

## UZASADNIENIE

Decyzją Nr (...) z dnia 31 grudnia 2008 r. pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego przeciwko Zakładom (...) S.A. w C. w upadłości oraz innym przedsiębiorcom, między innymi:

- na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez Zakłady (...) S.A. w C. oraz wymienionych w decyzji kilkunastu przedsiębiorców, w tym (...) Sp. z o.o. w W., niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku krajowym sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów, poprzez ustalanie pomiędzy Zakładami (...) S.A. w C. oraz wymienionymi w decyzji przedsiębiorcami (partnerami) w umowach handlowych dotyczących sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez Zakłady (...) S.A. w C., cen sprzedaży tych towarów przez partnerów, co stanowiło naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i nakazał zaniechanie jej stosowania;

- na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów nałożył, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, kary pieniężne, w tym na (...) Sp. z o.o. w W. karę pieniężną w wysokości 42.558 zł;

- na podstawie art. 77 w zw. z art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów postanowił obciążyć przedsiębiorców kosztami postępowania, w tym (...) Sp. z o.o. w W. kwotą 41 zł oraz zobowiązał tych przedsiębiorców do ich zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Od powyższej Decyzji odwołanie wniósł powód – (...) Sp. z o.o. w W., domagając się jej uchylenia w części dotyczącej powoda. Zaskarżonej Decyzji zarzucił naruszenie prawa materialnego poprzez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w szczególności art. 6 ust. 1 pkt 1 oraz art. 8 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez przyjęcie, że zawarcie porozumienia z firmą (...) S.A. w C. stanowiło praktykę ograniczającą konkurencję.

Wyrokiem z dnia 11 października 2011 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie oraz zasądził od (...) Sp. z o.o. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło na podstawie następujących ustaleń i rozważań.

Zakłady (...) S.A. z siedzibą w C. zawarły z szeregiem przedsiębiorców, w tym – w dniu 2 kwietnia 2003 r. – z (...) Sp. z o.o. w W., umowy handlowe dotyczące sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez (...) S.A., cen sprzedaży tych towarów przez partnerów. Inicjatorem przedmiotowego porozumienia były (...) S.A., które przygotowały zakwestionowany wzorzec umowy.

Z treści wymienionych umów handlowych wynika, iż partner zobowiązany jest do sprzedawania wyrobów (...) S.A. z minimalną marżą od cen zakupu wyrobów tego przedsiębiorcy. W przypadku odbiorców hurtowych i sieci detalicznych marża wynosiła najczęściej 2%, natomiast w przypadku odbiorców detalicznych 5%. Odstępstwa od tych warunków obowiązywały tylko wtedy, gdy zostały one wyraźnie potwierdzone pisemnie przez (...) S.A., które zastrzegły sobie również prawo wglądu do faktur wystawionych przez partnera w zakresie sprzedaży ich wyrobów. W przypadku niestosowania się przez partnera do uregulowań dotyczących odsprzedaży wyrobów (...) S.A. po cenach minimalnych

istniała możliwość zastosowania kar umownych takich jak: pisemne upomnienie partnera, odebranie przysługującego rabatu lub zerwanie umowy.

W dniu 18 grudnia 2007 r. wszczęto postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez (...) S.A. oraz wskazanych 32 przedsiębiorców niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję. Dnia 31 grudnia 2008 r. Prezes UOKiK wydał zaskarżoną Decyzję, w której przesądził na podstawie zgromadzonych w postępowaniu umów handlowych, że (...) S.A. zawarły z wymienionymi przedsiębiorcami, w tym z (...) Sp. z o.o. w W., niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję.

Sąd Okręgowy uznał, że Decyzja, w zaskarżonej przez powoda części, jest słuszna i znajduje oparcie w przepisach ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Powód brał udział w zakazanym na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy porozumieniu, do zawarcia którego doszło na krajowym rynku sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, które spowodowało naruszenie interesu publicznoprawnego konkurentów i konsumentów. Porozumienie miało formę pisemną w postaci umów, miało też charakter porozumienia wertykalnego - pionowego, gdyż wiązało przedsiębiorców na różnych szczeblach obrotu. Przedsiębiorcy działający jako partnerzy, (a faktycznie niejednokrotnie jako dystrybutorzy towarów) tak jak (...) Sp. z o.o., zawierali umowy handlowe z Zakładami (...) S.A. produkującymi farby i lakiery, z zamiarem zakupu tych towarów oraz ich dalszej odsprzedaży. Wskazane umowy handlowe zawierane przez przedsiębiorców były jednolitej treści.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy stwierdził, że zawarte przez (...) S.A. oraz szereg przedsiębiorców porozumienie polegało na bezpośrednim ustalaniu w umowach handlowych między (...) S.A. oraz przedsiębiorcami cen odsprzedaży przez przedsiębiorców – partnerów wyrobów produkowanych i sprzedawanych im przez (...) S.A., a celem tego porozumienia było wyeliminowanie konkurencji pomiędzy partnerami (...) S.A., poprzez zobowiązanie ich do odsprzedaży wyrobów z minimalną marżą określoną w umowie handlowej. Dzięki uczestnictwu w tym porozumieniu przedsiębiorcy mogli z dużym prawdopodobieństwem przewidzieć wysokość cen stosowanych przez konkurentów, co ma wpływ na ograniczenie konkurencji „wewnątrzmarkowej”. W ocenie Sądu Okręgowego, spełnione zostały zatem wszystkie przesłanki uznania przedmiotowego porozumienia za niedozwolone w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odnosząc się do uczestnictwa w ww. niedozwolonym porozumieniu powoda (...) Sp. z o.o., Sąd Okręgowy wskazał, iż zawarł on umowę handlową z (...) S.A. w dniu 2 kwietnia 2003 r., a wobec braku dowodu wypowiedzenia przedmiotowej umowy przed wydaniem zaskarżonej Decyzji Prezes UOKiK prawidłowo przyjął, że powód nie zaniechał stosowania niedozwolonej praktyki. Jak bowiem zauważył Sąd I instancji, powołując się w tym zakresie na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości / wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r. C-204/00 P/, tylko jasny i konkretny przekaz odnośnie zaprzestania udziału w porozumieniu mógł świadczyć o zaniechaniu stosowania praktyki zniekształcającej konkurencję i nawet współudział bierny w naruszeniu mógł być podstawą uznania odpowiedzialności przedsiębiorcy, także gdy nie stosował on w praktyce zapadłych uzgodnień, które miały cel niezgodny z zasadami konkurencji, chyba że zdystansowałby się on publicznie od uzgodnień zapadłych w ramach kartelu – co w przypadku powoda nie miało miejsca. Umowa handlowa łącząca powoda i (...) S.A. obowiązywała nadal, tak więc jej postanowienia pozostawały w mocy.

Powołując się ponownie na wymieniony wyrok Trybunału Sprawiedliwości, Sąd Okręgowy stwierdził, iż udział w porozumieniu jest ujmowany bardzo szeroko i nawet przy przyjęciu, że przedsiębiorca samodzielnie ustalał wysokość cen należy uznać, iż uczestniczył on biernie w niedozwolonym porozumieniu. Decydujące znaczenie ma bowiem fakt, że powód podpisując umowę dotyczącą stosowania przez niego „cen minimalnych” przystąpił do porozumienia mając wiedzę, jako profesjonalny uczestnik rynku, o jego charakterze, czym stworzył wrażenie, że będzie przestrzegał obowiązujących go postanowień, zwłaszcza wobec określonych w umowie konsekwencji ich niestosowania i że w razie zakupów towarów od (...) S.A. sprzedaż będzie podporządkowana rygorom zawartym w łączącej strony umowie handlowej.

Uznając zatem, że powód brał udział w zakazanym porozumieniu, Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że zasadnym było nałożenie na powoda, w oparciu o przepis art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, kary pieniężnej, której wysokość jest odpowiednia. Powód dopuścił się bowiem naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy, przy czym zawarte porozumienie, w którym brał udział nie podlegało wyłączeniu z zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Sąd Okręgowy uznał, że nałożenie kary, mimo jej fakultatywnego charakteru, było uzasadnione wobec charakteru, wagi oraz czasu trwania naruszenia przez powoda przepisów ustawy, które to naruszenie należy określić jako poważne. Również wysokość wymierzonej powodowi kary Sąd Okręgowy uznał za odpowiednią, jako odpowiadającą dyrektywom jej wymiaru określonym w art. 111 ww. ustawy, a zatem uwzględniającą między innymi okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy. Sąd I instancji wziął pod uwagę, że powód nie był inicjatorem zakazanego porozumienia, tym niemniej, jako przedsiębiorca działający na rynku, musiał zdawać sobie sprawę z ograniczeń, jakie nakłada ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. W ocenie Sądu Okręgowego orzeczona kara w wysokości 42.558 zł spełni swą funkcję represyjną i prewencyjną, zapobiegając podobnym naruszeniom w przyszłości.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód, zarzucając naruszenie prawa materialnego, tj. art. 8 ust. 1 pkt 4 i art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez błędną wykładnię i niewspółmierność do okoliczności sprawy, a także nieuwzględnienie wszystkich okoliczności mających wpływ na wymiar kary oraz naruszenie prawa procesowego, tj. art. 233 k.p.c. poprzez przyjęcie, że w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki do wymierzenia kary pieniężnej stronie powodowej z uwagi na ciężar popełnionego czynu, pomimo braku poczynienia ustaleń w zakresie rzeczywistego wpływu porozumienia na konkurencję.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie odwołania oraz zmianę decyzji Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2008 r. w zakresie dotyczącym kary pieniężnej nałożonej przez organ antymonopolowy na stronę powodową i zaniechanie wymiaru kary pieniężnej względnie obniżenie kary pieniężnej, precyzując na rozprawie apelacyjnej, iż wysokość kary winna oscylować w granicach 10.000 zł.

Pozwany Prezes UOKiK wniósł o oddalenie apelacji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja jest częściowo zasadna, tj. wyłącznie w zakresie zarzutów skierowanych do wysokości kary pieniężnej nałożonej zaskarżoną decyzją. Pozostałe zarzuty podniesione w apelacji nie zasługują na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że powód brał udział w zakazanym na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów porozumieniu, do zawarcia którego doszło na krajowym rynku sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, które spowodowało naruszenie interesu publicznoprawnego konkurentów i konsumentów. W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego nie ulega wątpliwości, że porozumienie – zawarte przez (...) S.A. oraz szereg przedsiębiorców, w tym powoda – polegające na bezpośrednim ustalaniu w umowach handlowych między (...) S.A. oraz przedsiębiorcami, cen odsprzedaży przez przedsiębiorców (partnerów) wyrobów produkowanych i sprzedawanych im przez (...) S.A., stanowiło praktykę ograniczającą konkurencję. Bezsprzecznie celem tego porozumienia było wyeliminowanie konkurencji pomiędzy partnerami (...) S.A., poprzez zobowiązanie ich do odsprzedaży wyrobów z minimalną marżą określoną w umowie handlowej.

Odnosząc się do postawionego w apelacji zarzutu naruszenia przepisu art. 8 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stwierdzić należy, że zgodnie z ust. 2 tegoż artykułu ciężar udowodnienia okoliczności, o których mowa w ust. 1, spoczywa na przedsiębiorcy. Tymczasem powód nie przedstawił wiarygodnych dowodów na okoliczność zasadności zastosowania do zawartego porozumienia wyłączeń, określonych w art. 8 ust. 1, ani też nie przedstawił w tym zakresie przekonującej argumentacji, gdyż za takową nie mogą być uznane poglądy strony powodowej na temat zasadności stosowania marży minimalnej na niższym lub wyższym poziomie.

Zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w sposób celowy prowadzą w wyniku praktycznej współpracy do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego i które powodują powstanie warunków sprzecznych z regułami konkurencji. Podkreślić należy, iż Prezes UOKiK nie kwestionował gospodarczego znaczenia umów dystrybucyjnych zawieranych przez producentów z ich kontrahentami, o ile służą jasnemu określeniu zasad współpracy pomiędzy tymi podmiotami, wskazując jednakże, iż umowy takie nie mogą zawierać elementów mających wpływ na ograniczenie konkurencji, a za takie – zgodnie z orzecznictwem antymonopolowym – uznaje się wszelkie postanowienia ustalające ceny minimalne lub mogące mieć wpływ na politykę cenową sprzedawcy.

Dodatkowo wskazać należy, iż zakaz sformułowany w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów obejmuje nie tylko te przypadki, w których osiągnięty został zamierzony skutek. Zakaz dotyczy również samego uczestnictwa w porozumieniu wymierzonym w objęte ochroną dobro, jakim jest swobodna konkurencja. Dla zastosowania powołanego przepisu nie jest przy tym konieczne wykazywanie czy do realizacji porozumienia doszło w znaczeniu osiągnięcia zamierzonego skutku antykonkurencyjnego na danym rynku. Dla kwalifikacji porozumienia jako niedozwolonego, wystąpienie skutków o charakterze antykonkurencyjnym jest już obojętne po ustaleniu antykonkurencyjnego celu porozumienia. Wystarczającym jest wykazanie, że celem działań przedsiębiorców było naruszenie reguł konkurencji na rynku, a nie budzi żadnych wątpliwości, że postanowienia ustalające ceny pozostają w sprzeczności z zasadami konkurencji.

Tranie uznał Sąd Okręgowy, że celem umów zawierających postanowienia o stosowaniu cen minimalnych jest ograniczenie konkurencji tzw. wewnątrzmarkowej. Nawet w przypadku niestosowania przez niektórych dystrybutorów przedmiotowych postanowień, dystrybutorzy mieli wiedzę o cenach produktów objętych porozumieniem, która mogła stanowić dla nich punkt odniesienia w zakresie cen minimalnych, bowiem porozumienie cenowe znosi niepewność co do wzajemnego zachowania się przedsiębiorców uczestniczących w dystrybucji określonych wyrobów. W tym kontekście, tj. celu, udział powoda w porozumieniu cenowym zorganizowanym przez (...) S.A. został ustalony i uprawnia oraz uzasadnia postawienie przedsiębiorcy zarzutu z art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Powód zawarł bowiem ważną umowę z (...) S.A., której warunki zostały zaakceptowane przez obie strony kontraktu.

Przechodząc do oceny ustalonego stanu faktycznego w kontekście nałożonej na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kary pieniężnej, stwierdzić należy, iż nie zachodziły podstawy do odstąpienia od wymierzenia powodowi kary pieniężnej za udział w niedozwolonym porozumieniu. Sąd Apelacyjny nie podzielił jednak stanowiska Sądu I instancji co do tego, że wysokość wymierzonej kary jest odpowiednia i nie ma podstaw do jej dalszego miarkowania. W ocenie Sądu Apelacyjnego, w świetle poczynionych w sprawie ustaleń, uzasadnione było obniżenie kary pieniężnej nałożonej decyzją Prezesa UOKiK. Wprawdzie Sąd Okręgowy dość wnikliwie rozważył wskazane w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przesłanki wpływające na wysokość kary pieniężnej, zarówno te obciążające jak i łagodzące i nie ma potrzeby ponownego ich przytaczania, jednakże zbyt małą wagę przypisał okolicznościom prowadzącym do miarkowania kary.

Prawidłowym było przyjęcie za podstawę wymiaru kary całego przychodu uzyskanego przez powoda w roku poprzedzającym nałożenie kary, a nie wyłącznie przychodu z działalności objętej porozumieniem. Tym niemniej niewielka skala przychodu z kwestionowanej działalności w stosunku do całego przychodu, winna być w większym stopniu uwzględniona jako okoliczność łagodząca i znaleźć przełożenie w niższym wymiarze kary. Podobnie należało ocenić okoliczność, iż powód nie był inicjatorem zawarcia niedozwolonego porozumienia, nie nakłaniał innych przedsiębiorców do uczestnictwa w nim, jak również okresowy brak realizacji przedmiotowej umowy przez powoda. Ponadto było to pierwsze naruszenie przez (...) Sp. z o.o. w W. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W tej sytuacji należało uznać, że wymierzona kara jest nadmierna w stosunku do okoliczności dopuszczenia się naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, kara pieniężna, która uwzględni w prawidłowy sposób zarówno obciążające, jak i łagodzące przesłanki wymiaru kary i spełni wszystkie przypisywane jej funkcje, powinna wynosić 1/4 kary wymierzonej zaskarżoną decyzją.

Z tych względów Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. i art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c.