

Sygn. akt VI ACa 1658/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 grudnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Marcin Łochowski

Sędziowie: SA Jacek Sadowski

SO del. Tomasz Szanciło (spr.)

Protokolant: Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 5 grudnia 2016 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji pozwanego

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

z dnia 14 lutego 2014 r.

sygn. akt XVII AmA 191/10

uchyla zaskarżony wyrok w całości i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1658/16

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 19.04.2010 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu), na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 184 ze zm., dalej: u.o.k.k.), art. 33 ust. 3 i 6 tej ustawy oraz § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17.07.2007 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. nr 134, poz. 939) w zw. z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1.07.2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji (Dz.U. nr 107, poz. 887), orzekł:

I. po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, wszczętego z urzędu, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k., przez zawarcie przez (...) w W. (dalej: (...)) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku świadczenia usług notarialnych, polegającego na przyjęciu w § 30 Kodeksu (...) (dalej: (...), Kodeks), wprowadzonym w drodze uchwały (...) nr (...) z dnia 12.12.1997 r., zasady, że notariuszowi wolno otworzyć kancelarię w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria, jedynie pod warunkiem uzyskania zgody (...) (dalej: (...)) i nakazał zaniechania stosowania tej praktyki;

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. nałożył na (...) karę pieniężną w wysokości 35.114 zł, płatną do budżetu państwa, z tytułu dopuszczenia się powyższego naruszenia.

Odwołaniem wniesionym w dniu 4.05.2010 r. powódka (...) zaskarżyła powyższą decyzję w całości, podnosząc zarzuty:

1) naruszenia art. 10 w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 4 pkt 5 u.o.k.k. oraz art. 106 ust. 1 pkt 1 tej ustawy przez:

a) przyjęcie, że postanowienie § 30 (...) stanowi antykonkurencyjne porozumienie w rozumieniu legalnej definicji zawartej w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

b) przyjęcie, że postanowienie zawarte w § 30 (...) podlega ocenie Prezesa UOKiK, gdyż przekracza kompetencję wynikającą z celu ustanowienia samorządu zawodowego notariuszy,

c) brak przedstawienia w uzasadnieniu decyzji dowodu na istnienie celu i skutku praktyki o charakterze antykonkurencyjnym oraz naruszenia interesów konsumentów, co miałyby wynikać z istnienia regulacji § 30 (...),

d) wydanie decyzji, której przedmiot stanowi postanowienie § 30 (...) posiadające od dnia 13.03.2010 r. nowe brzmienie wprowadzone Uchwałą (...);

2) naruszenie art. 7 k.p.a., zgodnie z którym w toku postępowania organy administracji publicznej stoją na straży praworządności i podejmują wszelkie kroki niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz załatwienia sprawy; w sposób szczególny przedmiotowe postępowanie narusza tę zasadę oraz zasadę pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa oraz pogłębiania ich kultury prawnej, zawartą w art. 8 k.p.a., poprzez:

a) podjęcie nowego postępowania w stosunku do (...), będącego przedmiotem postępowania antymonopolowego zakończonego ostateczną i prawomocną decyzją,

b) brak stanowiska pozwanego wobec składanych przez (...) zarzutów i wyjaśnień,

c) nierzetelne przeprowadzenie postępowania dowodowego;

3) naruszenie tym samym art. 2 (zasada państwa prawnego), art. 7 (zasada legalizmu), art. 7 (pojęcie interesu publicznego i legalności działania samorządu zawodowego) Konstytucji RP.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty powódka wniosła o zmianę decyzji w całości poprzez przyjęcie, że regulacja § 30 (...), wprowadzona w drodze uchwały (...) nr (...) z dnia 12.12. 1997 r., nie stanowiła praktyki ograniczającej konkurencji i uchylenie kary pieniężnej, względnie o uchylenie decyzji w całości i przekazanie sprawy do ponownego jej rozpatrzenia, wnosząc w każdym przypadku o zasądzenie kosztów postępowania sądowego według norm przepisanych.

Pozwany wniosł o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 14.02.2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), sygn. akt XVII AmA 191/10, uchylił w całości zaskarżoną decyzję i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że postanowieniem z dnia 20.12.2001 r. o wszczęciu postępowania z urzędu, pod zarzutem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, Prezes UOKiK wezwał (...) do złożenia wyjaśnień, w szczególności co do treści § 26 pkt 2 (...), oraz uchwały, na podstawie której ten Kodeks został przyjęty i zaczął obowiązywać. Pozwany wydał w dniu 20.05.2002 r. decyzję nr (...), w której uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie porozumienia, polegającego na zamieszczeniu w (...), wprowadzonym uchwałą (...) nr (...) z dnia 12.12.1997 r., postanowienia § 26 pkt 2 uznającego przyciąganie klientów przez proponowanie niższego wynagrodzenia za usługi notarialne za przejaw nieuczciwej konkurencji i szczególnie rażący jej przypadek i nakazał zaniechanie tej praktyki. Za tę praktykę powódka została ukarana karą pieniężną w wysokości 36.000 zł. Ta decyzja została prawomocnie

utrzymana wyrokiem SOKiK z dnia 22.12.2004 r., sygn. akt XVII Ama 50/04. Następnie postanowieniem z dnia 19.05.2009 r. pozwany wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez (...) porozumienia ograniczającego konkurencje na krajowy rynek świadczenia usług notarialnych polegającego na przyjęciu § 30 (...), wprowadzonego w drodze uchwały (...) nr (...) z dnia 12.12.1997 r., zasady, że notariuszowi wolno otworzyć kancelarię w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria, jedynie pod warunkiem uzyskania zgody (...). W związku z tym zawiadomieniem z tego samego dnia wezwał powódkę do: przedłożenia uchwały (...), na podstawie której został przyjęty i wszedł w życie obecny (...), wskazania czy poprzednio obowiązujący Kodeks regulował kwestię lokalizacji kancelarii notarialnych analogicznie do obecnego, uzasadnienia wprowadzenia regulacji § 30 do (...), wskazania liczby przypadków, w których w jednym budynku mieści się więcej niż jedna kancelaria, przedłożenia wszystkich rozstrzygnięć (...) w przedmiocie rozpoznania zażalenia na postanowienie (uchwały)(...) w kwestii wyrażenia bądź odmowy wyrażenia zgody notariuszowi na otwarcie kancelarii w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria notarialna, a także wskazania liczby postępowań dyscyplinarnych prowadzonych przez sądy dyscyplinarne(...) i (...) Sąd (...) wobec notariuszy z zakresu naruszenia dyspozycji § 30 (...) wraz z rozstrzygnięciami sądów. Treść § 30 (...) brzmi: „Notariuszowi nie wolno bez zgody (...) otwierać kancelarii w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria” – w brzmieniu obowiązującym od dnia 1.01.1998 r. (...) został zmieniony uchwałą nr (...) z dnia 11.05.2001 r. oraz uchwałą Nr (...) z dnia 3.03.2007 r. W piśmie z dnia 17.03.2010 r. (...) wniosła o umorzenie postępowania jako bezprzedmiotowe i wskazała, że § 30 (...) otrzymał nowe jednolite brzmienie: „Notariuszowi nie wolno bez zgody (...) otwierać kancelarii w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria. (...) może nie wyrazić zgody tylko w przypadku, gdy uruchomienie kancelarii, w którym się mieści się już inna kancelaria zagrażałoby przestrzeganiu prawa, a w szczególności zagrażałoby powadze lub godności zawodu w rozumieniu Prawa o notariacie lub zasadom wynikającym z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. (...) w 2009 r. osiągnęła przychód w wysokości 3.448.560 zł. Na podstawie art. 10 § 1 k.p.a. Prezes Urzędu zawiadomił (...), pismem z dnia 24.03.2010 r., o prawie do wypowiedzenia w sprawie co do zebranych dowód i materiałów – w terminie 7 dni od dnia zapoznania się z tym materiałem. Z prawa tego (...) nie skorzystała.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Sąd ten wskazał, że zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem przekazanie odwołania przez Prezesa UOKiK wszczyna kontradiktoryjne postępowanie cywilne. Co do zasady, celem niniejszego postępowania jest merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Postępowanie sądowe przed SOKiK jest postępowaniem kontradiktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym. Ta okoliczność nie pozbawia jednak stron możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów. Z art. 479^{31a} § 1-3 k.p.c. wynika, że sąd rozpoznaje odwołanie, czyli weryfikuje zasadność zarzutów sformułowanych w odwołaniu do decyzji Prezesa Urzędu. Przepisy prawa odnoszące się do instytucji odwołania nie różnicują zarzutów na zarzuty procesowe i materialnoprawne, a więc odwołujący się przedsiębiorca może podnieść wszelkiego rodzaju zarzuty względem skarżonej decyzji. Nie wszystkie zarzuty, w przypadku ich uwzględnienia, rzutują bezpośrednio na ocenę zasadności złożonego odwołania, szczególnie zarzuty odnoszące się do ustaleń faktycznych, środków dowodowych, oceny dowodów, niepełnego materiału dowodowego. W tym zakresie sąd jest władny poczynić własne ustalenia przy poszanowaniu ogólnych reguł postępowania w zakresie bezpośrednio, jawności, równości stron i kontradiktoryjności. Na sądzie pierwszej instancji spoczywa obowiązek weryfikacji poprawności postępowania antymonopolowego. W ramach określonego odwołaniem sporu wymaga to rozważenia przez sąd, czy zarzuty sformułowane pod adresem postępowania (zasad procedowania) przed Prezesem Urzędu i jego decyzji są takimi zarzutami, które mogą być w ogóle podnoszone, a w przypadku ich uwzględnienia prowadzą do zmiany decyzji, ewentualnie pociągają za sobą konieczność uchylecia decyzji.

Sąd Okręgowy uznał, że najdalej idącym zarzutem, który należało rozważyć w pierwszej kolejności, był podniesiony przez powoda zarzut co do ponownie przeprowadzonego postępowania antymonopolowego, gdzie przedmiotem oceny jest (...), wprowadzony uchwałą RN nr (...) z dnia 12.12.1997 r., pod zarzutem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przez przyjęcie w jego § 30 zapisu o treści: „Notariuszowi nie wolno bez zgody (...) otwierać kancelarii w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria”. Poprzednie postępowanie, zakończone prawomocnie wydaną przez

Prezesa Urzędu decyzją z dnia 20.05.2002 r., zostało przeprowadzone pod zarzutem zamieszczenia w (...) określonych postanowień, w szczególności zapisu w jego § 26 pkt 2, który wyczerpał znamiona zakazanej ustawą praktyki ograniczającej konkurencję. Bezsporne było, że § 30 (...) nie podlegał zmianie zarówno w trakcie prowadzonego postępowania administracyjnego wszczętego postanowieniem z dnia 20.12.2001 r. (prawomocnie zakończony), jak i postępowania wszczętego postanowieniem z dnia 19.05.2009 r. W obu postępowaniach stroną jest (...), a przedmiotem oceny (...). W toku procedowania w sprawie, przed przeniesieniem sporu na drogę niniejszego postępowania sądowego, pozwany podnosił, że (...) był przedmiotem oceny w zakresie, czy jego zapisy wyczerpują znamiona praktyk ograniczających konkurencję na rynku świadczenia usług notarialnych zakazanych ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów, a we wniesionym odwołaniu podtrzymana argumentacja znalazła wyraz w zarzucie nieważności tej decyzji, jako sprawy zakończonej już wydaną prawomocną decyzją.

Mając na względzie cały materiał zgromadzony w sprawie, kierując się potrzebą ochrony słuszných interesów pozwanego i jego prawa do obrony, Sąd Okręgowy uznał, że ten zarzut zasługuje na uwzględnienie, ale nie w zakresie, w jakim zmierza do uznania, że dotyczy sprawy już poprzednio rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną. Przemawia za tym treść postanowienia z dnia 20.12.2001 r. o wszczęciu postępowania antymonopolowego (prawomocnie zakończony), jak i argumentacja Prezesa Urzędu zawarta w treści uzasadnienia decyzji co do wystąpienia przesłanek materialnoprawnych wypełniających znamiona art. 6 ust. 1 u.o.k.k. dotyczącej zasady umieszczonej w § 30 (...), że notariuszowi wolno otworzyć kancelarię w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria, jedynie pod warunkiem uzyskania zgody (...). Sąd Okręgowy nie przychylił się do argumentacji Prezesa Urzędu, że postępowanie antymonopolowe, wszczęte w dniu 20.12.2001 r. pod kątem zarzucanej praktyki jako ograniczającej konkurencję, dotyczyło tylko i wyłącznie § 26 pkt 2 (...), gdyż pozwany wskazał w tym postanowieniu, że oczekuje wyjaśnień w szczególności co do tego zapisu, w tym przedłożenia uchwały, na podstawie której Kodeks został przyjęty i zaczął obowiązywać, co nie oznacza, że wyjaśnienia mogły też dotyczyć i innych kwestii związanych z uchwałą, czy też treścią (...). Oba postanowienia, w tym § 30, były umieszczone w tym samym jego rozdziale zatytułowanym „Obowiązki notariuszy wobec innych notariuszy”. Jakkolwiek w końcowym rezultacie konkretnie zarzucona praktyka znajduje swoje odzwierciedlenie w wydanej decyzji pod kątem spełnienia przesłanek materialnoprawnych, to jednak trudno wyjść naprzeciw rozumowaniu Prezesa Urzędu, że zarzut niedozwolonej praktyki następuje z pominięciem pozostałej treści (...). Pozwany, podejmując postępowanie z urzędu, gdzie przedmiotem procedowania jest (...), w zakresie § 30, niezmienionego od czasu poprzednio prowadzonego postępowania, powinien dolożyć szczególnej staranności w zakresie wyjaśnienia dlaczego przesłanki materialnoprawne w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k. wypełniły znamiona czynu w czasie późniejszym, zwłaszcza że tej decyzji towarzyszy nałożenie kary pieniężnej. Prezes Urzędu powinien wykazać naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, natomiast na stronie spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności wyraźnie w ustawie wskazanych. Jeżeli (...) był przedmiotem badania w 2001 r. i 2010 r., a zarzucono praktykę w zakresie § 30, którego brzmienie nie podlegało zmianie, to pozwany powinien w szczególności zbadać okoliczności faktyczne sprawy pod kątem ich zmiany w stosunku do postępowania poprzednio zakończonego decyzją prawomocną, które nie doprowadziły do sformułowania zarzutu co do tego zapisu (...). Te ustalenia w podstawie faktycznej decyzji i ich ocena w ogóle nie były przedmiotem rozważań Prezesa Urzędu, dlatego Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że zarzut nieważności decyzji z powodu wydania decyzji, która została już rozstrzygnięta decyzją ostateczną (res iudicata). w świetle art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a. jest zbyt daleko idący z powodu braku możliwości dokonania oceny tożsamości przedmiotowej sprawy. Natomiast w okolicznościach niniejszej sprawy może oznaczać, że Prezes Urzędu w każdym innym czasie może wszcząć postępowanie w stosunku również do innych postanowień (...), które nie były przedmiotem zmiany, bez oceny kiedy zaistniały przesłanki materialne w stosunku do poprzednich postępowań, konsekwencją czego podwyższać wymiar kary za uprzednią karalność. Takie postępowanie proceduralne sprzeciwia się zasadzie pogłębia zaufania do organu administracji publicznej. Chociażby z uwagi na tę okoliczność i niepoczynienie ustaleń w zakresie zmiany okoliczności faktycznych sprawy w stosunku do poprzedniego postępowania, jest to rażące naruszenie przez organ antymonopolowy nałożonych na niego obowiązków proceduralnych. Wypełnienie w sposób należyty tych obowiązków ma zmierzać do ustalenia prawdy obiektywnej, tym bardziej, że tym decyzjom towarzyszy nakładanie kar pieniężnych. Waga tego rodzaju naruszenia prowadzi

do uznania, że odwołanie należy uznać za uzasadnione i uchylenie decyzji, bez jednoczesnego rozstrzygnięcia, czy powódka dopuściła się naruszenia reguł konkurencji w zakresie wskazanym w decyzji Prezesa Urzędu.

Apelację od powyższego wyroku w całości wniósł pozwany Prezes UOKiK, zarzucając naruszenie:

1) art. 233 § 1 k.p.c. przez błędną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i sformułowanie na tej podstawie wniosków z niego niewynikających, a mianowicie, że przedmiotem postępowania antymonopolowego wszczętego przeciwko (...) w dniu 20.12.2001 r. był cały Kodeks, a nie tylko jego § 26 pkt 2;

2) art. 233 § 1 k.p.c. przez błędną ocenę materiału dowodowego polegającą na przyjęciu, że Prezes Urzędu w postępowaniu rozstrzygniętym decyzją nr (...) mógł badać zachowanie (...) będące już wcześniej przedmiotem postępowania, zakończonego decyzją nr (...) i sformułowanie na tej podstawie błędnego wniosku, że pozwany w postępowaniu zakończonym zaskarżoną decyzją powinien ustalić zmianę okoliczności faktycznych zaistniałych po wydaniu decyzji nr (...);

3) art. 233 § 1 w zw. z art. 479^{31a} § 3 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego znajdującego się w aktach sprawy na skutek zaniechania ustalenia braku tożsamości sprawy rozstrzygniętej decyzją nr (...) ze sprawą rozstrzygniętą decyzją nr (...), co skutkowało niedokonaniem merytorycznej oceny zaskarżonej decyzji i niezasadnym jej uchyleniem;

4) art. 328 § 2 k.p.c. przez sporządzenie wadliwego uzasadnienia wyroku, uniemożliwiającego jego prawidłową kontrolę instalacyjną, poprzez brak wyjaśnienia podstawy prawnej rozstrzygnięcia, a w szczególności brak wskazania konkretnych obowiązków proceduralnych wraz ze statuującymi je przepisami, których rażącego naruszenia miał dopuścić się pozwany w postępowaniu zakończonym zaskarżoną decyzją.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od powoda kosztów procesu za obie instancje wg norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Wyrokiem z dnia 14.04.2015 r., sygn. akt VI ACa 785/14, Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił apelację pozwanego i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd Apelacyjny zważył, że apelacja nie mogła odnieść skutku, chociaż do pewnego stopnia zasadnie kwestionowała ustalenia faktyczne Sądu I instancji oraz rozumowanie, które doprowadziło go do uchylenia decyzji pozwanego. Sąd Apelacyjny uznał poczynione przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne za prawidłowe, ale uzupełniając ustalił, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu, wszczętym postanowieniem z dnia 20.12.2001 r., Prezes Urzędu określił przedmiot postępowania w następujący sposób: „(...) wszczyna się w dniu 20 grudnia 2001 r. z urzędu postępowanie antymonopolowe przeciwko (...) w W., jako związkowi przedsiębiorców, pod zarzutem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przez zawarcie zakazanego ustawą porozumienia polegającego na zamieszczeniu w Kodeksie (...), wprowadzonym w drodze uchwały, zapisu uznającego za przejaw nieuczciwej konkurencji i szczególnie rażący jej przypadek przyciąganie klientów poprzez zaproponowanie niższego wynagrodzenia, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 1 lit. b i pkt 2 oraz pkt 4 lit. c powołanej wyżej ustawy krył [tj. ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W związku z tym wzywa się do złożenia – w terminie 14 dni – wyjaśnień w sprawie, a w szczególności dotyczących zapisu zamieszczonego w § 26 pkt 2 Kodeksu (...) oraz uchwały, na podstawie której Kodeks (...) został przyjęty i zaczął obowiązywać. (...)”. Oznacza to, że zakresem wszczętego wówczas postępowania antymonopolowego objęty był zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przez zawarcie zakazanego ustawą porozumienia polegającego na zamieszczeniu w (...), wprowadzonym w drodze uchwały, zapisu uznającego za przejaw nieuczciwej konkurencji i szczególnie rażący jej przypadek przyciąganie klientów poprzez zaproponowanie niższego wynagrodzenia. W pozostałym zakresie ustalenia faktyczne były wynikiem wszechstronnej analizy zgromadzonego materiału dowodowego i nie budziły zastrzeżeń z punktu widzenia wymagań z art. 233 k.p.c. Sąd Apelacyjny nie znalazł także podstaw do uwzględnienia drugiego

z zarzutów naruszenia prawa procesowego (art. 328 § 2 k.p.c.), nie stwierdził też naruszenia przepisów prawa materialnego. Brak było także okoliczności, które sąd byłby zobowiązany podnieść z urzędu.

Sąd Apelacyjny podkreślił, że Sąd Okręgowy zbyt skrótowo określił przedmiot postępowania prowadzonego przez pozwanego przeciwko powódce w sprawie Kodeksu. Pełna treść postanowienia z dnia 20.12.2001 r. wskazuje, jaki był zakres prowadzonego wówczas postępowania. Było ono ograniczone do zarzutu „stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przez zawarcie zakazanego ustawą porozumienia polegającego na zamieszczeniu w (...), wprowadzonym w drodze uchwały, zapisu uznającego za przejaw nieuczciwej konkurencji i szczególnie rażący jej przypadek przyciąganie klientów poprzez zaproponowanie niższego wynagrodzenia. Przedmiot tego postępowania był zatem wyraźnie określony i dotyczył zapisów Kodeksu w zakresie określenia zachowań polegających na przyciąganiu klientów poprzez zaproponowanie niższego wynagrodzenia jako przejawów nieuczciwej konkurencji. Zatem nie można podzielić poglądu Sądu I instancji, że przedmiotem ówczesnego postępowania był cały (...), a jeśli nawet tak było, to tylko w kontekście wskazanego zagadnienia, co w rezultacie prowadziło do tego, że postępowanie wszczęte w 2009 r. prowadzone byłoby w warunkach sprawy zakończonej prawomocną decyzją, a to z uwagi na niezmienione brzmienie § 30 Kodeksu od chwili jego uchwalenia w 1997 r. Przy przyjęciu takiego bowiem założenia, jakie poczynił Sąd I instancji, pozostała i niezakwestionowana w decyzji kończącej tamto postępowanie w 2001 r. część Kodeksu rzeczywiście korzystałaby z domniemania zgodności z przepisami ustawy antymonopolowej z 2000 r., której rozwiązania w zakresie ograniczenia praktyk antykonkurencyjnych przejęła ustawa z 2007 r. Aktualne rozwiązanie prawne w tym zakresie, a także praktyka orzecznicza Sądu Apelacyjnego, wskazuje, że kontrola dokonywana przez Prezesa Urzędu ma charakter wybiórczy, tj. dotyczy z reguły poszczególnych postanowień danego porozumienia (do której to kategorii kwalifikuje się (...)), a nie do porozumienia jako pewnej całości normatywnej. Z punktu widzenia interesów przedsiębiorców i zasady zaufania do państwa ten drugi model stanowiłby znacznie korzystniejszą metodę kontroli, jednak w obecnym stanie może to być jedynie postulat de lege ferenda bądź wskazówka dla Prezesa Urzędu, aby sposób realizacji jego zadań podążał w kierunku takiego właśnie ukształtowania modelu kontroli abstrakcyjnej porozumień mogących oddziaływać niekorzystnie na konkurencję na rynku. Rację ma Sąd Okręgowy podnosząc, że możliwości wszczęcia w każdym czasie postępowania w stosunku do innych postanowień Kodeksu – bez dokonania oceny tego, kiedy zaistniały przesłanki materialne w stosunku do poprzednich postępowań – sprzeciwia się względ na zasadę pogłębiania zaufania do organu administracji publicznej. Z tego powodu jako wysoce wątpliwe należy ocenić uprawnienie pozwanego do nakładania kolejnych kar pieniężnych, czego konsekwencją może być podwyższenie wymiaru kary za uprzednią karalność, na skutek wszczynania kolejnych postępowań antymonopolowych dotyczących innych postanowień wcześniej już badanego porozumienia.

Mając to na względzie Sąd Apelacyjny uznał, że nie można podzielić poglądu, iż zaskarżona decyzja podlegała uchyleniu z uwagi na niewyjaśnienie kwestii, czy nie zachodzi powaga rzeczy prawomocnie rozstrzygniętej w uprzednim postępowaniu administracyjnym i następującym po nim postępowaniu sądowym. Niemniej zachodziła inna przyczyna uchylenia decyzji, która polegała na tym, że pozwany w sentencji wydanej decyzji pominął okoliczność zmiany treści kwestionowanego § 30 Kodeksu, o której to zmianie (...) poinformowała Prezesa Urzędu w piśmie z dnia 17.03.2010 r. W tym piśmie podniesiono, że w dniu 13.03.2010 r. powódka podjęła uchwałę nr (...) w sprawie zmiany (...), zgodnie z którą zmieniono postanowienie § 30 w ten sposób, że po dotychczasowej treści tego paragrafu dodano zdanie drugie w brzmieniu: (...) może nie wyrazić zgody tylko w przypadku, gdy uruchomienie kancelarii w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria zagrażałoby przestrzeganiu prawa, w szczególności zagrażałoby powadze lub godności zawodu w rozumieniu Prawa o notariacie lub zasadom wynikającym z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Brak odniesienia się w decyzji do zaskarżonej zmiany spowodował, że nie została należycie wyjaśniona podstawa faktyczna zapadłej decyzji. Taka wadliwość postępowania powoduje konieczność uchylenia zaskarżonej decyzji, a więc apelacja podlegała oddaleniu.

Prezes UOKiK zaskarżył powyższy wyrok skargą kasacyjną w całości, zarzucając naruszenie:

1) art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez sporządzenie wadliwego uzasadnienia i pominięcie podstawy prawnej wyroku oraz jej wyjaśnienia;

2) art. 385 w zw. z art. 386 § 1 i 4 k.p.c. przez oddalenie apelacji, mimo że Sąd Apelacyjny, rozpatrując apelację pozwanego, wskazał, iż do pewnego stopnia kwestionowano w niej zasadnie ustalenia faktyczne i rozumowanie Sądu I instancji;

3) art. 479³¹ § 1 i 3 k.p.c. przez uchylenie decyzji Prezesa UOKiK zamiast rozstrzygnięcia co do istoty sprawy;

4) art. 328 § 2 w zw. z art. 391 i art. 233 § 1 oraz art. 382 k.p.c. przez pominięcie ustaleń faktycznych dotyczących zmiany § 30 (...) zawartych w decyzji.

Sąd Najwyższy zważył, że skarga kasacyjna okazała się oczywiście zasadna w zakresie dotyczącym art. 479³¹ § 1 i 3 k.p.c., ponieważ nieodniesienie się przez organ ochrony konkurencji do zmiany w toku postępowania antymonopolowego przez przedsiębiorcę zachowania, którego zgodność z regułami konkurencji jest przedmiotem oceny w ramach tego postępowania, nie może stanowić podstawy uchylenia decyzji. Z utrwalonego od wielu lat orzecznictwa wynika, że postępowanie sądowe zainicjowane wniesieniem odwołania od decyzji Prezesa UOKiK ma charakter merytoryczny, tj. sąd rozstrzyga, czy zachowanie przedsiębiorcy opisane w sentencji decyzji stanowi praktykę ograniczającą konkurencję. Wydając orzeczenie w tej kwestii sąd jest władny w szczególności dookreślić, w oparciu o materiał zgromadzony w toku postępowania sądowego, czy zarzucona przedsiębiorcy praktyka ograniczająca konkurencję jest taką praktyką w takim samym albo innym zakresie w porównaniu do zakresu wynikającego z sentencji decyzji organu, czy praktyka była stosowana w dacie wydania decyzji, czy też została zaniechana przed wydaniem decyzji przez organ oraz jaka jest właściwa podstawa prawna kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy jako antykonkurencyjnej praktyki. Dodatkowo sąd orzeka o wymiarze kary pieniężnej i ocenia zasadność jej nałożenia przez Prezesa UOKiK. Rozstrzygając o tych kwestiach sąd albo oddała odwołanie (gdy uznaje, że jest ono w całości bezzasadne), albo odwołanie uwzględni i w konsekwencji w odpowiedni sposób zmienia decyzję organu, bądź ją uchyla. Ponieważ sądy orzekające w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu dokonują ich merytorycznej kontroli, na etapie postępowania sądowego w pełni dopuszczalne jest – w trybie przewidzianym w kodeksie postępowania cywilnego – poczynienie odpowiednich ustaleń faktycznych istotnych dla zastosowania zakazu praktyk ograniczających konkurencję, które potwierdzą, uzupełnią bądź nawet zmienią ustalenia postępowania administracyjnego, na których oparto rozstrzygnięcie zawarte w decyzji. Jeżeli z ustaleń tych, odnoszących się do stanu faktycznego ukształtowanego na dzień wydania zaskarżonej decyzji, wynikać będzie, że przedsiębiorca zaniechał stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, właściwym rozstrzygnięciem o zasadności odwołania nie jest uchylenie decyzji, lecz jej zmiana w taki sposób, aby ustalenie to znalazło odzwierciedlenie w treści sentencji decyzji. W niniejszej sprawie uwzględnienie okoliczności, na podstawie której Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy wyrok Sądu I instancji uchylający decyzję Prezesa UOKiK, mogłoby więc co najwyżej prowadzić do zmiany decyzji organu ochrony konkurencji z decyzji, o której mowa w art. 10 u.o.k.k. na decyzję z art. 11 ust. 2 ustawy. Uchylenie decyzji jest właściwym sposobem rozstrzygnięcia przez sąd o odwołaniu, gdy decyzja organu dotknięta jest takimi wadami proceduralnymi, których konwalidacji na etapie postępowania sądowego nie jest możliwa. Braki w ustaleniach faktycznych lub argumentacji analitycznej w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji nie mogą prowadzić do uchylenia decyzji z uwagi na kontradiktoryjny charakter postępowania sądowego. Obowiązkiem organu ochrony konkurencji jest dokonać stosownych ustaleń faktycznych w postępowaniu administracyjnym, a następnie obronić te ustalenia i ich ocenę prawną w postępowaniu sądowym, w ramach uprawnień przysługujących stronie takiego postępowania. Z kolei uchylenie decyzji umożliwia Prezesowi UOKiK „dokończenie” postępowania w sposób proceduralnie niewadliwy, ewentualnie jego umorzenie, gdy z wyroku uchylającego wynika niemożność wydania decyzji merytorycznie rozstrzygającej o naruszeniu ustawy.

Sąd Najwyższy za zasadny uznał także zarzut naruszenia art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., gdyż co prawda z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika tok rozumowania Sądu II instancji, a zatem względy jakimi kierował się oddalając apelację pozwanego, jednak podjęte rozstrzygnięcie nie zostało zakotwiczone w przepisach prawa materialnego bądź procesowego, uzasadniających (choćby wadliwie) uchylenie zaskarżonej decyzji. Natomiast bezpodstawne były zarzuty dotyczące naruszenia art. 385 w zw. z art. 386 § 1 i 4 k.p.c. oraz art. 328 § 2 w zw. z art. 391 i 233 § 1 k.p.c. oraz art. 382 k.p.c. Przepisy art. 385 w zw. z art. 386 § 1 i 4 k.p.c. adresowane są do sądu II instancji i

normują treść (a nie motywy i podstawy) wydawanego wyroku. Przepisy te nie mogą zostać naruszone przez wydanie wyroku oddalającego apelację (bądź niewydanie wyroku uchylającego wyrok sądu I instancji), gdy z uzasadnienia wyroku wynika, że sąd drugiej instancji uznał apelację za nieuzasadnioną. Z kolei zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., nawet w przypadku powołania w związku z innymi przepisami procesowymi, nie podlega kontroli w postępowaniu kasacyjnym. Właściwą podstawę prawną dla tak uzasadnianego naruszenia, jakie w skardze kasacyjnej podano dla art. 328 § 2 w zw. z art. 391 i 233 § 1 k.p.c. oraz art. 382 k.p.c., mógłby stanowić zarzut niewłaściwego zastosowania art. 10 lub 11 ust. 2 u.o.k.k.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanej była zasadna, o ile zmierzała do uchylecia zaskarżonego wyroku.

Sąd Apelacyjny podziela 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 tych ustaleń faktycznych (zob. np. postanowienie SN z dnia 22.04.1997 r., II UKN 61/97, OSNAP 1998 r. nr 3, poz. 104, wyrok SN z dnia 8.10.1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999 r., nr 3, poz. 60). Jediną kwestię, jaką w tym zakresie należało podnieść, to zbyt skrótowe określenie przedmiotu pierwszego postępowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu przeciwko (...) w sprawie Kodeksu, wynikiem czego nastąpiła błędna ocena części materiału dowodowego (art. 233 § 1 k.p.c.), tj. tego, do którego Sąd Okręgowy się odniósł, co skutkowało wyciągnięciem niewłaściwych wniosków prawnych, o czym będzie mowa poniżej.

Niezasadny był zarzut 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. Takich braków nie zawierało uzasadnienie zaskarżonego wyroku, gdyż Sąd Okręgowy przedstawił motywy, którymi kierował się wydając orzeczenie o określonej treści. Inną kwestią jest zaś odniesienie się w uzasadnieniu tylko do jednego z zarzutów zawartych w odwołaniu i prawidłowość stanowiska przyjętego przez Sąd I instancji.

Uzupełniając wywody dotyczące stanu faktycznego, zacytować należy treść postanowienia Prezesa UOKiK z dnia 20.12.2001 r. o wszczęciu pierwszego postępowania dotyczącego treści (...): „(...) wszczyna się w dniu 20 grudnia 2001 r. z urzędu postępowanie antymonopolowe przeciwko (...) w W., jako związkowi przedsiębiorców, pod zarzutem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przez zawarcie zakazanego ustawą porozumienia polegającego na zamieszczeniu w Kodeksie (...), wprowadzonym w drodze uchwały, zapisu uznającego za przejaw nieuczciwej konkurencji i szczególnie rażącej jej przypadkiem przyciąganie klientów poprzez zaproponowanie niższego wynagrodzenia, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 1 lit. b i pkt 2 oraz pkt 4 lit. c powołanej wyżej ustawy [tj. ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów]. W związku z tym wzywa się do złożenia – w terminie 14 dni – wyjaśnień w sprawie, a w szczególności dotyczących zapisu zamieszczonego w § 26 pkt 2 Kodeksu (...) oraz uchwały, na podstawie której Kodeks (...) został przyjęty i zaczął obowiązywać. (...)”. Następnie w dniu 20.05.2002 r. została wydana decyzja o uznaniu za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie porozumienia, polegającego na zamieszczeniu w (...) postanowienie § 26 pkt 2, zostało nakazane zaniechanie jej stosowania i nałożona kara pieniężna w kwocie 36.000 zł. Wyrokiem z dnia 22.12.2004 r. Sąd Okręgowy, w sprawie XVII AmA 50/04, oddalił odwołania powoda, zaś Sąd Apelacyjny prawomocnym wyrokiem z dnia 16.11.2006 r., w sprawie VI ACa 554/06, oddalił apelację powoda.

Z pełnej treści zacytowanego postanowienia wynikało, że przedmiot postępowania antymonopolowego wszczętego w grudniu 2001 r. był wyraźnie określony. Postępowanie to dotyczyło konkretnego postanowienia (...), tj. odnoszącego

się do określenia w tym Kodeksie zachowań polegających na przyciąganiu klientów przez zaproponowanie niższego wynagrodzenia jako przejawów nieuczciwej konkurencji. W tym kontekście nie można podzielić poglądu Sądu I instancji, że przedmiotem tego postępowania był cały (...). Gdyby nawet przyjąć, że pozwany badał treść całego Kodeksu, to i tak tylko w kontekście wskazanego zagadnienia, a więc postanowienia § 26 pkt 2. Świadczyła o tym nie tylko treść postanowienia o wszczęciu postępowania, ale również decyzja z dnia 20.05.2002 r., jak i postępowanie sądowe. Na żadnym etapie tamtego postępowania przedmiotem badania nie było postanowienie § 30 Kodeksu, ale postanowienie zawarte w § 26 pkt 2.

Przeciwnie rozumowanie prowadziłyby do nieuzasadnionego wniosku, którego nie przyjął nawet Sąd Okręgowy, że postępowanie wszczęte w 2009 r., czyli to, którego dotyczy niniejsza sprawa, byłoby prowadzone w warunkach sprawy zakończonej prawomocną decyzją w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a., a to z uwagi na niezmienione brzmienie § 30 Kodeksu – od chwili jego uchwalenia w 1997 r. (wejście w życie z początkiem 1998 r.). Taki wniosek byłby sprzeczny z istotą *res iudicata*, przy zaistnieniu której ponowne rozstrzygnięcie przez organ sprawy załatwionej wcześniej decyzją ostateczną jest możliwe tylko po uchyleniu pierwotnej decyzji w ustalonym przez prawo trybie (zob. np. wyrok WSA w K.z dnia 15.01.2015 r., II SA/Kr 1519/14, Lex nr 1643928). Dla stwierdzenia, że nastąpiło naruszenie *rei iudicatae*, istotne znaczenie ma istnienie tożsamości obu spraw. Decyzja ostateczna ma bowiem powagę rzeczy osądzonej co do tego, co w związku z podstawą prawną stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, tj. podstawy prawnej, podstawy faktycznej i treści żądania strony. Zatem można powiedzieć, *res iudicata* następuje w przypadku stwierdzenia, że istnieje tożsamość sprawy rozstrzygniętej kolejno po sobie dwiema decyzjami, z których pierwsza jest ostateczna. Tożsamość ta będzie istniała, gdy występują te same podmioty w sprawie, dotyczy ona tego samego przedmiotu i tego samego stanu prawnego w niezmienionym stanie faktycznym tej sprawy (zob. wyrok NSA z dnia 27.01.2016 r., I OSK 787/14, Lex nr 2032840). Zgodnie zaś z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9.01.2010 r. (II OSK 931/09, Lex nr 597967) stwierdzenie nieważności decyzji na podstawie art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a. możliwe jest tylko w przypadku stwierdzenia, że istnieje tożsamość sprawy rozstrzygniętej kolejno po sobie dwiema decyzjami, z których pierwsza jest ostateczna. Dla zaistnienia tożsamości sprawy istotnym jest, aby obie decyzje dotyczyły tożsamego podmiotu oraz tożsamego przedmiotu sprawy, przy jednoczesnej tożsamości stanu prawnego jak i faktycznego (zob. też np. wyrok WSA w W. z dnia 7.09.2016 r., VIII SA/Wa 1053/15, Lex nr 2113972).

O ile w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z tożsamością podmiotów, dodatkowo po tych samych stronach, to tożsamość musi dotyczyć też przedmiotu, tj. podstawy prawnej, podstawy faktycznej i treści żądania strony. Jak wskazano, treść „żądania”, czyli przedmiot postanowienia, którego dotyczyło pierwsze postępowanie antymonopolowe, była inna niż treść „żądania”, którego dotyczyło kolejne postępowanie antymonopolowe. Warto przypomnieć, że postanowienie z dnia 19.05.2009 r. o wszczęciu postępowania antymonopolowego brzmiało: „(...) wszczyna się z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez (...) z siedzibą w W. porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku świadczenia usług notarialnych, polegającego na przyjęciu w § 30 Kodeksu (...), wprowadzonego w drodze uchwały (...) z dnia 12 grudnia 1997 r. Nr (...), zasady, że notariuszowi wolno otworzyć kancelarię w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria, jedynie pod warunkiem uzyskania zgody (...) – co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.“ (k. 2 akt adm. II). Widać wyraźnie, że zakres badania w obydwu wskazanych postępowaniach był inny. Tak wyznaczone zakresy postępowania uniemożliwiały, wbrew twierdzeniom Sądu I instancji, badanie przez Prezesa UOKiK innych, a więc niezwiązanych z postawionym zarzutem praktyk stosowanych przez (...) pod kątem możliwości naruszenia prawa konkurencji. Sprzeciwia się temu chociażby związanie organu wydanym postanowieniem (art. 110 w zw. z art. 126 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k.). Zatem nawet gdyby w toku postępowania wszczętego w grudniu 2001 r. pozwany dopatrzył się możliwości stosowania przez powoda innych praktyk naruszających konkurencję, to nie mogłoby to być przedmiotem tego postępowania antymonopolowego, a więc musiałyby zostać wszczęte kolejne postępowanie – w tym konkretnym przedmiocie.

Przy przyjęciu takiego założenia, jakie poczynił Sąd I instancji, pozostała i niezakwestionowana w decyzji kończącej postępowanie w 2001 r. część Kodeksu korzystająca z domniemania zgodności z przepisami ustawy antymonopolowej z dnia 15.12.2000 r., której rozwiązania w zakresie ograniczenia praktyk antykonkurencyjnych przejęła ustawa z dnia

16.02.2007 r. Słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w poprzednim składzie, że niewątpliwie z punktu widzenia interesów przedsiębiorców i zasady zaufania do państwa ten drugi model stanowiłby znacznie korzystniejszą metodę kontroli, jednak w obecnym stanie może to być jedynie postulat de lege ferenda bądź wskazówką dla Prezesa Urzędu, aby sposób realizacji jego zadań podążał w kierunku takiego właśnie ukształtowania modelu kontroli abstrakcyjnej porozumień mogących oddziaływać niekorzystnie na konkurencję na rynku. Jest to istotna kwestia, gdyż możliwości wszczęcia w każdym czasie postępowania w stosunku do innych postanowień Kodeksu – bez dokonania oceny tego, kiedy zaistniały przesłanki materialne w stosunku do poprzednich postępowań – sprzeciwia się postulat pogłębiania zaufania do organu administracji publicznej. Badanie kolejnych postanowień umowy czy aktu prawnego przedsiębiorcy pod kątem naruszenia ustawy antymonopolowej może, i powinno mieć znaczenie w kontekście nakładania na przedsiębiorcę kolejnych kar pieniężnych, a tym bardziej podwyższania ich wymiaru z uwagi na tzw. okoliczność obciążającą (recydywę), jednak nie wpływa na samą możliwość wszczęcia postępowania antymonopolowego w odniesieniu do innego postanowienia dokumentu (w tym wypadku: (...)). Nie sprzeciwia się temu art. 4 pkt 5 lit. c u.o.k.k., gdyż każde z postanowień Kodeksu może być traktowane jako porozumienie, może być badane odrębnie, po wydaniu stosownych postanowień, co – jak wskazano – powinno mieć wpływ na wymiar ewentualnie nakładanej na przedsiębiorcę kary pieniężnej.

Mając to na względzie nie można podzielić poglądu, że zaskarżona decyzja podlegała uchyleniu z uwagi na proceduralną niemożność wszczęcia kolejnego postępowania antymonopolowego w odniesieniu do innego postanowienia (...), który nie był przedmiotem badania we wcześniejszym postępowaniu, nawet jeżeli treść kwestionowanego postanowienia nie uległa zmianie od momentu jego uchwalenia. Taki pogląd Sądu I instancji nie ma oparcia w przepisach prawa. Przyjęcie takiego stanowiska skutkowało jednak tym, że w sprawie nie zostały rozpoznane żadne inne zarzuty podniesione w odwołaniu, w szczególności dotyczące kwestii, czy w ogóle zarzucana praktyka miała miejsce, gdyż zdaniem strony powodowej takiego zarzutu nie można jej postawić. W tym przedmiocie w odwołaniu zostały przedstawione konkretne zarzuty wraz z uzasadnieniem, czego jednak Sąd Okręgowy nie rozważał i do których w żaden sposób się nie odniósł.

Jednocześnie nie można pominąć, że w dniu 13.03.2010 r. (...) podjęła uchwałę nr (...)w sprawie zmiany (...), zmieniającą jego § 30, przez dodanie zdania drugiego: (...) może nie wyrazić zgody tylko w przypadku, gdy uruchomienie kancelarii, w którym mieści się już inna kancelaria zagrażałoby przestrzeganiu prawa, w szczególności zagrażałoby powadze lub godności zawodu w rozumieniu Prawa o notariacie lub zasadom wynikającym z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” (pismo (...) z dnia 17.03.2010 r. – k. 160 akt adm. II, uchwała k. 33). Także tej kwestii, mimo zarzutu strony powodowej, Sąd Okręgowy nie rozważył. Jest to o tyle istotne, że o ile zgodnie z art. 10 u.o.k.k. (w brzmieniu na datę decyzji), Prezes Urzędu wydawał decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli stwierdził naruszenie zakazu określonego m.in. w art. 6 ustawy, to już zgodnie z art. 11 u.o.k.k. takiej decyzji nie wydawało się (analogicznie jak w aktualnym stanie prawnym), jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać ten zakaz, o ile przedsiębiorca udowodniłby tę okoliczność – wówczas Prezes UOKiK powinien wydać decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania. Słusznie więc wskazał Sąd Najwyższy w wydanym w niniejszej sprawie wyroku z dnia 4.08.2016 r. (III SK 42/15, Lex nr 2112316), że uwzględnienie okoliczności, na podstawie której Sąd Apelacyjny, rozpatrując po raz pierwszy apelację pozwanego, utrzymał w mocy wyrok Sądu Okręgowego uchylający decyzję Prezesa UOKiK, mogłoby co najwyżej prowadzić do zmiany zaskarżonej decyzji organu ochrony konkurencji z decyzji, o której mowa w art. 10 u.o.k.k., na decyzję z art. 11 ust. 2 u.o.k.k.

Dodatkowo trzeba wskazać, że w zaskarżonej decyzji (s. 19-20, 24-25) pozwany wskazał, że niezrozumiałe jest stwierdzenie, iż (...) wyraża zgodę na otwarcie kolejnej kancelarii w danym budynku, jeżeli nie stanowi to zagrożenia dla przestrzegania prawa i przeprowadził wywód w tym przedmiocie, uznając w konsekwencji, że nie doszło do zaniechania praktyki. Jednak – jak wskazano – to również nie było przedmiotem rozważań Sądu Okręgowego, chociaż już w odwołaniu powołano się na nowe brzmienie § 30 (...) od dnia 13.03.2010 r. (pkt 1d zarzutów). Sąd ten nie rozważył więc, czy ta okoliczność była istotna, a więc czy ewentualnie stosowana praktyka została zaniechana przez (...), czy jednak była kontynuowana.

Z uwagi na wszystkie powyższe okoliczności, w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z nierozpoznanie istoty sprawy. Do uchylenia wyroku i przekazania sprawy na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. może dojść wtedy, gdy istnieją procesowe przeciwwskazania do wydania wyroku reformatoryjnego, co należy rozpatrywać w aspekcie okoliczności danej sprawy (zob. np. wyrok SN z dnia 9.01.2014 r., V CSK 84/13, Lex nr 1446461), gdyż zasadą jest wydanie wyroku reformatoryjnego. Podstawami wskazanymi w tym przepisie są nierozpoznanie istoty sprawy lub konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26.01.2011 r. (IV CSK 299/10, Lex nr 784969) wyjaśniono, że pojęcie „istota sprawy”, o którym mowa w powołanym przepisie, dotyczy jej aspektu materialnoprawnego i zachodzi w sytuacji, gdy sąd nie zbadał podstawy materialnoprawnej dochodzonych roszczeń, jak też skierowanych przeciwko nim zarzutów merytorycznych, tj. nie odniósł się do tego, co jest przedmiotem sprawy, uznając, że nie jest to konieczne z uwagi na istnienie przesłanek materialnoprawnych, czy procesowych unicestwiających dochodzone roszczenie. W wyroku z dnia 12.01.2012 r. (II CSK 274/11, Lex nr 1110971) Sąd ten uznał, że nierozpoznanie istoty sprawy dotyczy niezbadania roszczenia będącego podstawą powództwa, jak również zarzutu przedawnienia lub potrącenia. Natomiast w uzasadnieniu wyroku z dnia 12.11.2007 r. (I PK 140/07, OSNP 2009, nr 1-2, poz. 2) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że rozpoznanie istoty sprawy ma miejsca wówczas, gdy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji nie opiera się na przesłance procesowej lub materialnoprawnej unicestwiającej, lecz wynika z merytorycznej oceny zasadności powództwa w świetle przepisów prawa materialnego.

Tak więc do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi m.in. wówczas, gdy rozstrzygnięcie sądu I instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, gdy zaniechał on zbadania materialnej podstawy żądania, albo merytorycznych zarzutów strony, przez podstawienie przyjmując, że istnieje przesłanka materialno-prawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie. Dochodzi więc do niego również w sytuacji, gdy sąd I instancji nie rozpozna (pominie) merytoryczne zarzuty stron, które wpływają na treść żądania pozwu (zob. np. wyrok SN z dnia 24.09.1998 r., II CKN 897/97, Lex 34232). Bardzo dokładnie tę kwestię wyjaśnił Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 13.11.2014 r. (III SZ 1/14, Lex nr 1554589). Pamiętać należy, że nierozpoznanie istoty sprawy rodzi konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, w przeciwnym razie strony byłyby pozbawione jednej merytorycznej instancji (zob. T. Ereciński w: T. Ereciński (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Warszawa 2007, t. 2, s. 147).

Jak wskazano, Sąd I instancji nie rozpoznał twierdzeń i zarzutów strony powodowej, które były istotne dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, a o których była mowa powyżej. Doszło do rozpoznania jednego zarzutu odwołania, który skutkowało uchyleniem zaskarżonej decyzji z przyczyn formalnych, bez rozpoznania meritum sprawy, gdyż Sąd Okręgowy a limine uznał, że w odniesieniu do § 30 (...) nie mogło toczyć się postępowanie antymonopolowe. Skoro takie stanowisko nie miało żadnego uzasadnienia, niezbędne stało się odniesienie się do wszystkich twierdzeń i zarzutów stron, w tym przede wszystkim zgłoszonych przez powoda w odwołaniu. Ponieważ Sąd Okręgowy nie rozważał żadnych innych kwestii niż formalna kwestia możliwości wszczęcia przez pozwanego postępowania w przedmiocie praktyki związanej z § 30 (...), nie rozpoznał merytorycznie sprawy, a więc doszło do nierozpoznania istoty sprawy we wskazanym rozumieniu.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd I instancji oceni cały materiał dowodowy zebrany w sprawie i odniesie się do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu, a w szczególności, czy praktyka, o której mowa w punkcie I zaskarżonej decyzji, faktycznie stanowi praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k., a więc spełnia przesłanki wynikające z tego przepisu. W tym kontekście należy odnieść się również do kwestii zmiany treści § 30 Kodeksu uchwałą z dnia 13.03.2010 r. – czy faktycznie skutkowało to zaprzestaniem stosowania niedozwolonej praktyki (jak twierdził powód, o ile taka praktyka zostałaby potwierdzona przez SOKiK), czy też nie miało to wpływu na treść decyzji, a więc praktyka nadal trwała (jak twierdził pozwany). Jest to okoliczność istotna również dla punktu II zaskarżonej decyzji, jako że kara pieniężna została nałożona, a jej wysokość ustalona m.in. przy uwzględnieniu faktu trwania omawianej praktyki. Nie można tu również pominąć – o czym była mowa – kwestii związanej z wszczęciem kolejnego postępowania antymonopolowego w odniesieniu do tego samego dokumentu, którym posługiwał się powód. Na s. 29 decyzji Prezes UOKiK wprost wskazał, że „okres stosowania przez (...) zakwestionowanych zasad należy określić jako długotrwały (kwestionowany przepis obowiązuje od 1 stycznia 1998 r.), co uzasadnia wzrost kary o 10%”.

Zatem, po pierwsze, po kilku latach pozwany wszczął postępowanie w odniesieniu do postanowienia, które mimo wcześniejszego postępowania antymonopolowego, nie było przedmiotem rozpoznania, chociaż mogło o powinno było być, a po drugie, dodatkowo stanowiło to według pozwanego okoliczność obciążającą powoda, która miała wpływ na podwyższenie wysokości kary pieniężnej. Jeżeli więc Sąd Okręgowy uznałby, że doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 u.o.k.k., to powinien rozważyć, czy wskazana okoliczność także nie powinna mieć wpływu na zastosowanie kary pieniężnej z tytułu tego naruszenia i jej wysokość.

W związku z tym Sąd Apelacyjny uznał, że zachodziły przesłanki zastosowania art. 386 § 4 k.p.c., w konsekwencji czego zaskarżony wyrok podlegał uchyleniu do ponownego rozpoznania. Jednocześnie o kosztach procesu za drugą instancję orzeczono na podstawie art. 108 § 2 k.p.c.