Sygn. akt VI ACa 297/09

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 Listopada 2009r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Krzysztof Tucharz

Sędzia SA Marzena Miąskiewicz

Sędzia SA Ksenia Sobolewska – Filcek (spr.)

Protokolant: sekr. sądowy Ewelina Murawska

po rozpoznaniu w dniu 28 października 2009r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania „B. (...). Ł. i syn" Sp.j. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

przy udziale zainteresowanych: Zakładów (...) S.A. w J., Przedsiębiorstwa PPHU (...) S.A. w J., Grupy (...) S.A. w W., oraz S. J. i S. Z. (1) Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe (...) Sp. j. w J.

o ochronę konkurencji

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 6 października 2008r.

sygn. akt XVII AmA 88/07

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach instancji odwoławczej.

Sygn. akt VI ACa 297/09

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 12 kwietnia 2007r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej - Prezes UOKiK), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego na wniosek Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego (...).j. S. Z. (1) i S. Z. (2) w J., uznał na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U.05.244.2080 ze zmianami) za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust 1 pkt 1 w/w ustawy, praktykę polegająca na zawarciu przez Zakład (...) S.A. w J. oraz: Przedsiębiorstwo PPHU (...) S.A. w J., (...) Sp. z o.o. w likwidacji w K., „B. (...). Ł. i syn" Sp.j. w W. oraz Grupę (...) S.A. w W. porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku dystrybucji systemów rynnowych, polegającego na pośrednim ustalaniu cen sprzedaży systemu rynnowego dla finalnych odbiorców, poprzez ustalenie maksymalnego rabatu do dalszej odsprzedaży i nakazał zaniechanie jej stosowania; na podstawie art. 11 ust 1 w/w ustawy nie stwierdził

stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 5 ust 1 pkt 2 – 4 i 6 oraz, na podstawie art. 101 ust 1 pkt 1 w/w ustawy nałożył karę pieniężną, płatną do budżetu Państwa, na:

- Zakład (...) S.A. w J. – w wysokości 1 517 240,00 zł.;

- Przedsiębiorstwo PPHU (...) S.A. w J. - w wysokości 398 379,88 zł.;

- (...) Sp. z o.o. w likwidacji w K. – w wysokości 45 886,52 zł.;

- „B. (...). Ł. i syn" Sp.j. w W. – w wysokości 226 832,40 zł.;

- Grupę (...) S.A. w W. – w wysoko0ści 7 987 700,00 zł.;

za naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 5 ust 1 pkt 1 w/w ustawy.

Powyższe rozstrzygnięcie Prezes UOKiK uzasadnił w sposób następujący:

Zakład (...) S.A. w J. jest jednoosobową spółką Skarbu Państwa. Przedmiot jego działalności stanowi przetwórstwo tworzyw sztucznych dla potrzeb budownictwa oraz produkcja wyrobów dla potrzeb przemysłu obronnego. Do podstawowych produktów Zakładu należą m.in. systemy rynnowe, a ich dystrybucja opiera się wyłącznie na współpracy z autoryzowanymi dystrybutorami. W roku 2000 (...) G. rozpoczął restrukturyzację pionu handlowego polegającą na wprowadzaniu dwustopniowego sytemu dystrybucji. W związku z tym wytypowano wiodących dystrybutorów (w liczbie 8), którzy stali się głównymi odbiorcami w danym regionie, prowadzącymi dystrybucję. Z trzema z nich: Przedsiębiorstwem PPHU (...) S.A. w J., (...) Sp. z o.o. w K. oraz z Grupą (...) zawarto w dniu 17 maja 2000r. nowe umowy dystrybucyjne, w których: ustalono wysokość rabatu na systemy rynnowe, zobowiązano dystrybutora do nie prowadzenia sprzedaży wyrobów stanowiących ścisłą konkurencję dla wyrobów producenta i postanowiono, że sprzedaż wyrobów producenta stanowić powinna 80% całej sprzedaży dystrybutora w grupach wyrobów oferowanych przez producenta. Nadto, wszystkie trzy umowy zawierały zapis zobowiązujący dystrybutora do przestrzegania wytycznych producenta dotyczących minimalnych i maksymalnych cen sprzedaży pod rygorem jednostronnego wypowiedzenia umowy oraz redukcji udzielonych rabatów. Czwarty uczestnik postępowania – firma (...) działał w oparciu o umowę z dnia 1 lutego 1998r., zmienioną aneksem z 15 maja 2001r., mocą którego ustalono rabat na zakup systemu rynnowego. Wszyscy wiodący dystrybutorzy (w liczbie 8) uzyskali rabaty wyższe, niż pozostali. W zamian podjęli się odbiorów pełnosamochodowych, zaopatrzenia mniejszych odbiorców i wykonawców oraz promocji wyrobów. W maju 2001r. producent zaproponował zainteresowanym aneksy do umów dystrybucyjnych, w których po raz pierwszy określona została wysokość rabatu do dalszej odsprzedaży. Dystrybutorzy zobowiązali się do przestrzegania wytycznych producenta dotyczących maksymalnych rabatów udzielonych do dalszej odsprzedaży, a nadto producent zastrzegł sobie prawo wglądu do faktur wystawianych przez dystrybutora na jego produkty i w przypadku udokumentowania udzielenia większego rabatu do dalszej odsprzedaży – prawo wystawienia faktury o wartości 3% wspólnych obrotów do dnia udokumentowania zaistniałej sytuacji. Ustalone w ten sposób rabaty były na ogół przestrzegane, to jest ustalony rabat do dalszej odsprzedaży udzielany był od ceny dystrybutora, uwzględniającej już marżę. W aktach postępowania antymonopolowego znajduje się pismo z dnia 21 października 2004r., sporządzone przez PPHU (...) i skierowane do producenta, zawiadamiające, że firma (...) oferowała swoim klientom system rynnowy z innym rabatem odsprzedaży, niż ustalony. W piśmie użyto sformułowania „limit ustalony przez nas".

Badając krajowy rynek sprzedaży systemu rynnowego Prezes UOKiK analizował 15 producentów, ograniczając badanie jedynie do wielkości sprzedaży dwóch podstawowych elementów – rynny dachowej i rury spustowej, determinujących zakup pozostałych elementów. Prezes UOKiK przyjął również, że miarodajnym wskaźnikiem ustalenia udziałów rynkowych powinna być wielkość sprzedaży. Z badań wynikało, że udział (...) S.A. w krajowym rynku sprzedaży systemów rynnowych wynosił: w roku 2000 – 24%, w roku 2004 – 9,6%, a w I półroczu 2005 – 8,2%.

W toku postępowania antymonopolowego producent – (...) S.A. zaprzeczył istnieniu porozumienia oraz wyjaśnił, że umowy z dystrybutorami nie przewidują wyłączności, ani produktowej, ani terytorialnej, a polityka udzielania

rabatów jest uzasadniona koniecznością dostosowania się do poziomu rabatów konkurencji oraz dążeniem producenta do polepszenia obsługi logistycznej i uregulowania terminów płatności. Także dystrybutorzy zaprzeczyli swojemu uczestnictwu w jakimkolwiek porozumieniu. „B. (...). Ł. i syn" Sp.j. w W. wyjaśnił, że nie miała miejsca żadna zmowa, ani też B. nie ma uprzywilejowanej pozycji względem innych dystrybutorów (...) G., a ponadto jest on dystrybutorem systemu rynnowego także innego producenta. Podkreślił też, że wysokość rabatu jest wynikiem negocjacji i stanowi przejaw uzasadnionej dbałości producenta o utrzymanie korzystnej ceny odsprzedaży, zapobiegającej obniżeniu zysków i utracie zainteresowania dystrybutorów.

Zdaniem Prezesa UOKiK, z uwagi na wysokość udziału producenta w krajowym rynku sprzedaży systemów rynnowych, badane porozumienie nie jest wyłączone z mocy art. 6 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów spod zakazu określonego w art. 5 ust 1 tej ustawy, ponieważ nie jest to tzw. porozumienie bagatelne. Prezes UOKiK wyjaśnił też, że przedmiotowe postępowanie podjęte zostało w interesie publicznym. Ustalanie cen odsprzedaży wpływa bowiem na ograniczenie konkurencji między dystrybutorami określonego producenta, zatem ma bezpośredni wpływ na stan i rozwój konkurencji na rynku właściwym w niniejszej sprawie. Dobrem chronionym jest tu konkurencja, jako taka, a nie interes konkretnych przedsiębiorców. Porozumienie ustalające cenę odsprzedaży ma również wpływ na sytuację konsumenta, który zostaje w ten sposób pozbawiony możliwości kierowania się kryterium cenowym przy zakupie towaru. Ustalając rynek właściwy zgodnie z art. 4 pkt 8 w/w ustawy, Prezes UOKiK wskazał, że stroną podażową są tu dystrybutorzy (z dalszych wywodów wynika, iż jest to producent), a stroną popytową – dystrybutor. Zatem mamy w sprawie do czynienia z obrotem hurtowym pomiędzy producentem, a dystrybutorami. Natomiast produktem jest system rynnowy składający się z dwóch podstawowych elementów: rynny dachowej i rury spustowej. Substytutami są natomiast systemy rynnowe wykonane z różnych materiałów. Ponieważ dystrybutorzy tych systemów działają na terytorium całego kraju i również na tym obszarze zachodzi między nimi konkurencja, rynkiem w ujęciu geograficznym jest rynek krajowy. Ostatecznie więc Prezes UOKiK ustalił, że rynkiem właściwym jest tu krajowy rynek dystrybucji systemów rynnowych. Stwierdził również, iż skoro w aneksach do umów dystrybucyjnych, podpisanych w maju 2001r. przez wszystkich czterech dystrybutorów, określono wysokość rabatu do dalszej odsprzedaży i przewidziano sankcje za ich nieprzestrzeganie, wraz z prawem producenta wglądu do faktur i kontrolowania przestrzegania powyższych ustaleń, a nadto stosowano się do przyjętych ustaleń i wzajemnie kontrolowano ich przestrzeganie, doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu ustalenie cen dalszej odsprzedaży systemów rynnowych, stanowiącego zakazane porozumienie, w rozumieniu art. 5 ust 1 pkt 1 w/w ustawy. W ocenie Prezesa UOKiK zebrany materiał dowodowy nie wskazuje na to, by rabaty do dalszej odsprzedaży były dystrybutorom narzucane. Aneksy do umów podpisywały bowiem obie strony, z faktur wynika, że dystrybutorzy przestrzegali przyjętych ustaleń, a nadto, posiadając w ofercie produkty innych producentów, niż (...) G., który nie ma tu pozycji dominującej, nie musieli poddawać się jego jednostronnym decyzjom. Równocześnie, decydując się na przestrzeganie porozumienia, uzyskiwali pewność, że nie będą konkurować między sobą ceną, co uzasadnia konkluzję, iż doszło w tej sprawie do dobrowolnej koordynacji działań zmierzającej do ujednolicenia cen między czterema dystrybutorami. Zatem strony nie tylko obrały antykonkurencyjny cel, lecz również go realizowały, przez co unikały obniżenia własnych zysków. Takie porozumienia nie podlegają przewidzianemu w art. 6 ust 1 pkt 2 i art. 7 ustawy wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Prezes UOKiK wyjaśnił, że uczestnikiem niniejszego porozumienia było także (...) Sp. z o.o. w K., które przystąpiło do niego podpisując umowę dystrybucyjną w dniu 1 czerwca 2005r.

Uzasadniając decyzję o nałożeniu kar na uczestników porozumienia, Prezes UOKiK stwierdził, że przesądza o niej charakter i uciążliwość stwierdzonej praktyki ograniczającej konkurencję oraz jej długotrwałość. Okolicznością łagodzącą jest natomiast jedynie to, że karani przedsiębiorcy dopuścili się takiego naruszenia po raz pierwszy i współpracowali z Prezesem w trakcie prowadzonego postępowania. Prezes UOKiK uznał więc za zasadne ustalenie kar pieniężnych nałożonych na Zakład (...) S.A. w J., Przedsiębiorstwo PPHU (...) S.A. w J., „B. (...). Ł. i syn" Sp.j. w W. oraz Grupę (...) S.A. w W. na poziomie 1% przychodu uzyskanego przez każdego z przedsiębiorców w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, stanowiącego równocześnie 10% maksymalnej kary, co znajduje

uzasadnienie w art. 101 ust 1 pkt 1 ustawy. Jedynie na (...) Sp. z o.o. w likwidacji w K. Prezes UOKiK nałożył karę równą 0,5% przychodu, z uwagi na krótszy udział w porozumieniu oraz rozpoczęty proces likwidacji.

W odwołaniu od powyższej decyzji przedsiębiorca - „B. (...). Ł. i syn" Sp.j. w W., zaskarżając ją w części, w której praktykę polegającą na zawarciu przez producenta z czterema dystrybutorami porozumienia określonego w decyzji, uznano za naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i w części dotyczącej nałożenia na niego kary pieniężnej, wniósł o jej uchylenie w tym zakresie, ewentualnie zmianę poprzez orzeczenie, że nie stwierdza się stosowania praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na zawarciu zarzucanego porozumienia oraz poprzez odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej w całości, ewentualnie zmniejszenie jej wysokości i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu.. Zaskarżonej decyzji odwołujący się zarzucił:

- naruszenie art. 11 ust 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 7 ustawy poprzez błędne wskazanie, że w sprawie niniejszej brak było podstaw do wydania indywidualnej decyzji o wyłączeniu „porozumienia" spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, choć spełniało ono przesłanki z art. 7 ustawy;

- naruszenie art. 9 w/w ustawy poprzez błędne przyjęcie, że powód dopuścił się praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 5 ust 1 pkt 1 ustawy;

- naruszenie art. 5 ust 1 pkt 1 ustawy w zw. z jej art. 4 ust 4 poprzez uznanie, że umowy zawarte przez producenta z dystrybutorami stanowią antykonkurencyjny „porozumienie" przedsiębiorców i w zw. z art. 4 pkt 8 ustawy poprzez nieprawidłowe określenie rynku właściwego zarówno pod względem przedmiotowym, jak i terytorialnym;

- naruszenie art. 1 ustawy poprzez przyjęcie, że został naruszony interes publiczny zasługujący na ochronę;

- naruszenie art. 84 ust 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 28 k.p.a. poprzez brak wykazania przez wnioskodawcę interesu prawnego we wszczęciu postępowania antymonopolowego i art. 84 ust 2 ustawy poprzez naruszenie rozkładu ciężaru dowodu w sprawie;

- naruszenie art. 92 ustawy w zw. z art. 12 k.p.a. poprzez prowadzenie postępowania w sposób opieszały i przekraczający ustawowy termin prowadzenia sprawy;

- naruszenie art. 101 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 104 ustawy poprzez nałożenie na powoda kary pieniężnej i jej rażące wygórowanie;

- naruszenie art. 10 ustawy poprzez wydanie decyzji w sytuacji, gdy nastąpiło zaprzestanie stosowania porozumienia w trakcie postępowania;

- naruszenie art. 7 i 77 k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy poprzez zaniechanie dokonania niezbędnych ustaleń faktycznych oraz wadliwą ocenę ustaleń dokonanych.

W uzasadnieniu skarżący wyjaśnił, że w jego ocenie rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002r. w sprawie w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie obejmuje porozumienia stron w niniejszym stanie faktycznym, ponieważ w ocenie samego Prezesa UOKiK jego celem jest ustalenie ceny minimalnej. Nie jest to również żaden z przypadków, o których mowa w art. 7 ustawy. Zatem pozwany ma możliwość wyłączenia przedmiotowego porozumienia na mocy indywidualnej decyzji. Tymczasem Prezes UOKiK błędnie przyjął, iż brak mu w tym zakresie kompetencji i odstąpił od zbadania spełnienia przez powoda wszystkich czterech przesłanek wymienionych w art. 7 ust. 1 ustawy. Skarżący podniósł także, że brak jest dowodów, by doszło pomiędzy wszystkimi podmiotami wskazanymi przez Prezesa UOKiK do porozumienia dotyczącego zachowań antykonkurencyjnych zawartego w postaci pisemnej „zmowy" lub rzeczywistych faktów stanowiących dowód porozumienia nieformalnego. W szczególności za dowód taki nie może być uznana zbieżność dat zawartych aneksów do umów handlowych, czy też pismo PPHU (...) S.A. z dnia 21 października 2004r. skierowane do (...) S.A. W rzeczywistości bowiem umowy zakwestionowane przez Prezesa UOKiK miały charakter zachowań

równoległych, niezależnych od siebie. Celem wykazania okoliczności, iż w dacie zawarcia „porozumienia" większość dystrybutorów nie znała się wzajemnie lub miała jedynie oficjalne kontakty, a treść aneksów stanowiła tajemnicę kontraktową, która stała się powszechnie znana dopiero na skutek upływu czasu oraz powszechności stosowania przez producentów maksymalnych rabatów do dalszej odsprzedaży, skarżący wniósł o dopuszczenie dowodów z zeznań świadków i z przesłuchania strony powodowej. Ponadto, zdaniem skarżącego, już od roku 2001 producent ani razu nie zastosował sankcji przewidzianej w aneksach, choć dystrybutorzy odstępowali od ustalonych tam maksymalnych rabatów. Zatem ceny narzucone przez producenta należy traktować jedynie jako ceny sugerowane. Także na powyższa okoliczność skarżący zgłosił dowody w postaci zeznań świadków i strony powodowej oraz dowody z dokumentów. Powód wywodził ponadto, że warunki aneksów wprowadzających cenę minimalną zostały mu narzucone przez producenta przy wykorzystaniu faktu, iż w roku 2001 sprzedaż systemów rynnowych (...) S.A. stanowiła ponad 50% sprzedaży powoda. W tych okolicznościach zatem odmowa podpisania aneksu była równoznaczna z wypowiedzeniem głównej umowy handlowej. Nie ma więc w tej sprawie mowy o dobrowolnym działaniu powoda, co miało być wykazane jego zeznaniem. Powód wniósł również o przeprowadzenie postępowania dowodowego celem ustalenia rzeczywistej siły rynkowej przedsiębiorcy za pomocą wyznaczenia rynku właściwego, a w dalszej kolejności – celem stwierdzenia czy przedsiębiorca mógłby w decydujący sposób na rynek ten wpłynąć. Powód zakwestionował ponadto prawidłowość dokonanego przez pozwanego badania rynku właściwego domagając się jego weryfikacji z punktu widzenia producentów systemów rynnowych, wysokości cen i asortymentu, a także zakwestionował ograniczenie rynku właściwego do terytorium Polski. Nadto skarżący zarzucił, iż Prezes UOKiK nie wyjaśnił rzeczywistego wpływu porozumienia na konkurencję i jego zasięgu, a w uzasadnieniu podał jedynie swoje domysły i przypuszczenia oraz błędnie uznał, że podmiot, który domagał się wszczęcia postępowania antymonopolowego, wykazał dostatecznie swój interes prawny. W ocenie skarżącego Prezes UOKiK nie wziął przy tym pod uwagę, że żaden z podmiotów objętych „porozumieniem" nie odniósł w związku z tym korzyści finansowych. Doszło bowiem do spadku sprzedaży, co winno być brane pod uwagę przy ocenie zasadności nałożenia kary i jej wysokości. Również na tę okoliczność skarżący przedstawił wniosek dowodowy dotyczący powołania biegłego z zakresu ekonomii.

Do powyższego odwołania przyłączyli się zainteresowani PPHU (...) S.A. w J., Grupa (...) S.A. w W., i Zakład (...) S.A. w J..

Zainteresowany - Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe (...).j. S. Z. (1) i S. Z. (2) w J. wniósł o oddalenie odwołania.

(...) Sp. z o.o. w K. uległ likwidacji.

Pozwany – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na niezasadność jego zarzutów. Wyjaśnił, że powód błędnie interpretuje przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w szczególności jej art.. 11 ust 2 oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002r. w sprawie w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, skoro twierdzi, że rozporządzenie to nie znajduje w tej sprawie zastosowania. Sporne porozumienia jest bowiem porozumieniem wertykalnym, do którego stosuje się § 10 rozporządzenia. Nie ma zatem podstaw do zastosowania indywidualnego wyłączenia na podstawie art. 11 ust 2 w zw. z art. 7 ustawy. W ocenie pozwanego, zebrany w sprawie materiał dowodowy potwierdza zarzut zawarcia przez powoda i pozostałych zainteresowanych niedozwolonego porozumienia, a dla uznania określonych działań za przejaw praktyki ograniczającej konkurencję nie jest konieczne, aby owo zachowanie wywołało określone skutki na rynku. Wystarczająca jest możliwość ich wystąpienia. W sprawie niniejszej już samo przystąpienie przez uczestników do działań prowadzących do przestrzegania ceny minimalnej, nosi zatem znamiona działań antykonkurencyjnych. W ocenie pozwanego powód błędnie także rozumie pojęcie rynku właściwego. W sytuacji, gdy prowadzone postępowanie dotyczyło relacji zachodzących między producentem i jego dystrybutorami, a więc na szczeblu obrotu hurtowego, rynek właściwy w tej sprawie został prawidłowo określony. Konkurencja miała bowiem miejsce między dystrybutorami systemów rynnowych na terenie kraju. Natomiast przeprowadzone badanie rynku producentów miało na celu jedynie ustalenie pozycji rynkowej (...) S.A., konieczne ze względu na potrzebę wyjaśnienia, czy znajduje tu zastosowanie rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień

wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W tym stanie rzeczy ograniczenie badania sprzedaży systemów rynnowych do jego dwóch podstawowych elementów nie miało znaczenia dla określenia rynku właściwego. Nie wpłynęło również ostatecznie na ocenę dopuszczalności wyłączenia przewidzianego w w/w rozporządzeniu, skoro w toku postępowania potwierdził się jeden tylko zarzut – dotyczący ustalania cen minimalnych, niweczący przywilej wyłączenia porozumienia wertykalnego spod zakazu. Pozwany wyjaśnił też, że działania organu antymonopolowego nie mają na celu tylko ścigania niedozwolonych praktyk ograniczających konkurencję, ale i przeciwdziałanie im, a waga zarzutów postawionych zainteresowanym wskazywała na zagrożenie konkurencji na rynku dystrybucji systemów rynnowych, co wyczerpywało określone w art. 1 ustawy przesłanki wszczęcia postępowania antymonopolowego w interesie publicznym. Natomiast interes prawny osoby wnioskującej o wszczęcie postępowania antymonopolowego badany jest przed wszczęciem tego postępowania. W sprawie niniejszej wnioskodawca - Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe (...).j. S. Z. (1) i S. Z. (2) w J. wywodził, że prowadzona przez producenta polityka względem dystrybutorów dyskryminowała jego i innych dystrybutorów w porównaniu z podmiotami objętymi zarzucanym porozumieniem, ograniczając pozostałym dystrybutorom dostęp do rynku dystrybucji systemu rynnowego. Zatem rozstrzygnięcie przez organ antymonopolowy postawionych zarzutów (w szczególności zarzutu nieuzasadnionego różnicowania rabatów) będzie oddziaływało na prawa i obowiązki wnioskodawcy. Pozwany wyjaśnił przy tym, że w świetle art. 84 ust 2 ustawy osoba wnioskująca o wszczęcie postępowania antymonopolowego winna jedynie uprawdopodobnić naruszenie przepisów ustawy, a jego udowodnienie jest celem postępowania prowadzonego przed Prezesem UOKiK. (...) dowodowa należy przy tym do stron oraz Prezesa. Pozwany wyjaśnił ponadto przyczyny długotrwałości postępowania antymonopolowego, wskazał przesłanki orzeczenia o wymierzeniu kary, a także zaprzeczył twierdzeniom powoda o zaniechaniu stosowania zakazanej praktyki lub o zaistnieniu podstaw do wydania decyzji w tym względzie z uwagi na zmniejszenie się udziału przedsiębiorców w rynku właściwym.

Wyrokiem z dnia 6 października 2008r. Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił w oparciu o art. 479^{31a} § 1 k.p.c. odwołanie „B. (...). Ł. i syn" Sp.j. w W. i obciążył solidarnie odwołującego się i zainteresowanych Zakład (...) S.A. w J., PPHU (...) S.A. w (...) S.A. w W. obowiązkiem zwrotu kosztów procesu na rzecz pozwanego. W uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy ustalił treść zapisów umów zawieranych przez producenta z dystrybutorami, poczynając od roku 1998, m.in. umowy z dnia 17 maja 2000r. wiążącej (...) S.A. z „B. (...). Ł. i syn" Sp.j. w W. i umowy z dnia 1 lutego 1998r. zawartej pomiędzy (...) S.A., a PPHU (...) s.c., jej aneksów oraz sposób jej realizacji i moment wypowiedzenia. Ustalił także, że (...) S.A. zaplanował w roku 2001 próbę podniesienia cen produkowanych przez siebie systemów rynnowych oraz ograniczenie „wojen cenowych" pomiędzy dystrybutorami za pomocą negocjowanych z nimi rabatów. Na podstawie pisma B. (...) z 1 grudnia 2005r. i Grupy (...) Sp. z o.o. z 28 listopada 2005r. Sąd Okręgowy ustalił, że postanowienia aneksów, w szczególności co do maksymalnego rabatu do dalszej odsprzedaży, były uzgadniane i stosowane w praktyce. W dniu 21 października 2004r. jeden z trzech dystrybutorów – PPHU (...) S.A. poinformował producenta, że B. (...) zaproponował czterem swoim odbiorcom wysokość rabatów innych, niż „ustalone przez nas". Treść tego pisma potwierdza, w ocenie Sądu Okręgowego, okoliczność zawarcia porozumienia cenowego, udział przedsiębiorców w nim wymienionych, a także fakt, że uczestnicy porozumienia kontrolowali się wzajemnie w tym przedmiocie. Nadto, Sąd Okręgowy uznał, iż dystrybutor B. (...) uważał stosowanie maksymalnych rabatów do dalszej odsprzedaży za przejaw racjonalnej polityki handlowej producenta. Z ustaleń Sądu Okręgowego wynika także, że zróżnicowanie wielkości rabatów przez producenta było elementem jego polityki handlowej. Sąd Okręgowy twierdził też, że przychody „B. (...). Ł. i syn" Sp.j. w W. w roku 2006 wyniosły 22 683240,71 zł., zatem nałożona kara stanowi 1% przychodu i 10% maksymalnej wysokości kary przewidzianej w art. 101 ust 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odnosząc się do zgłoszonych w odwołaniu wniosków dowodowych Sąd Okręgowy stwierdził, że okoliczności, które miały być udowodnione zeznaniami świadków i strony powodowej oraz dokumentami nie mają znaczenia dla istoty rozstrzygnięcia w tej sprawie, to jest dla ustalenia zawarcia porozumienia cenowego. W szczególności brak było podstaw do przeprowadzania postępowania dowodowego na okoliczność faktycznego wpływu spornego porozumienia na ograniczenie konkurencji oraz ustalenia faktycznych korzyści końcowego odbiorcy, wynikających z wprowadzenia cen minimalnych, a także wpływu konkurencji na rynku systemów rynnowych na decyzje cenowe producenta, skoro

już samo zawarcie takiego porozumienia stanowi niedozwolone działanie. Poza tym sytuacja gospodarcza pozostałych dystrybutorów (np. PPHU (...).j. i (...)w R. B.) nie uległa polepszeniu wskutek zawartego porozumienia cenowego. Natomiast fakt, że ustalenie ceny minimalnej pozwala na kreowanie jednolitej marki towaru oraz na kształtowanie jego dostępności na rynku, a także na wypracowanie poziomu marży dla dystrybutorów, nie wymagał dowodu, jako powszechnie znany i nie mający znaczenia w tej sprawie, skoro dotyczy ona przestrzegania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i jest prowadzona w interesie tych ostatnich. Sąd Okręgowy uznał także za zbędne wnioski dowodowe powoda mające na celu wykazanie przyczyn napisania pisma z 21 października 2004r., albowiem treść tego pisma jest jasna i nie nasuwa żadnych wątpliwości. Natomiast dowody przedstawione przez powoda na okoliczność nie stosowania w praktyce przez producenta wobec dystrybutorów sankcji za przekroczenie wysokości maksymalnego rabatu nie zostały przeprowadzone, ponieważ okoliczności te Sąd Okręgowy uznał za nieistotne dla rozstrzygnięcia w sprawie. W ocenie Sądu Okręgowego oddaleniu podlegały także wnioski o powołanie biegłych celem: ustalenia rynku właściwego – skoro ustalenie takie należy do kognicji sądu oraz celem ustalenia zmniejszenia się udziału powoda i pozostałych zainteresowanych w rynku właściwym – skoro obowiązek dostarczenia dowodu w tym względzie spoczywał na powodzie.

W ocenie Sądu Okręgowego, odwołanie wniesione przez „B. (...). Ł. i syn" Sp.j. w W. podlegało oddaleniu na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c. Z materiału dowodowego wynika bowiem, że (...) S.A. w ramach swojej sieci dystrybucji systemu rynnowego uzgodnił z czterema dystrybutorami: Przedsiębiorstwem PPHU (...) S.A. w J., (...) Sp. z o.o. w K., „B. (...).Ł. i syn" Sp.j. w W. oraz Grupą (...) S.A. w W. system maksymalnych rabatów do dalszej odsprzedaży systemu rynnowego PCV-U, w ten sposób, że nie tylko uzgodniono w sposób jednolity wysokość maksymalnego rabatu, ale również zapewniono jego realizację i sankcje za ich niewykonanie. W praktyce oznaczało to, że dystrybutorzy ci nabywali systemy rynnowe od producenta po cenie niższej, niż pozostali, a sprzedając je mogli również udzielić wyższych rabatów. Zatem mogli nabywać i zbywać te systemy na warunkach najkorzystniejszych w sieci dystrybucyjnej (...) S.A. Nie tylko jednak stosowali rabaty w uzgodnionej wysokości, lecz także informowali producenta o przypadkach niestosowania się innych uczestników porozumienia do wspólnych uzgodnień. Oznaczało to w praktyce ukształtowanie ceny minimalnej systemów rynnowych sprzedawanych przez dystrybutorów i stworzenie dla uczestników porozumienia bardzo korzystnych warunków prowadzenia działalności gospodarczej. Mogło jednak spowodować ograniczenie konkurencji cenowej poprzez jej eliminację pomiędzy dystrybutorami uczestniczącymi w porozumieniu, ograniczenie pozostałym dystrybutorom możliwości prowadzenia działalności gospodarczej na warunkach konkurencji na rynku i pozbawienie ostatecznego nabywcy możliwości kierowania się kryterium cenowym przy zakupie towaru. Ceny minimalne prowadzą także w dalszej perspektywie do podwyższenia ich poziomu, utrudnienia pojawienia się na rynku tańszych form dystrybucji towarów i utrzymywania się na nim przedsiębiorców nieefektywnych. Występujące w tej sprawie pionowe porozumienie cenowe jest zatem jedną z najcięższych form ograniczenia konkurencji i, jako takie, nie korzysta ze zwolnienia spod zakazu stosowania w oparciu o przepisy art. 6 ust 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz rozporządzenia Rady Ministrów z 13 sierpnia 2002r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Sąd Okręgowy stwierdził także, że istnieje możliwość wyłączenia indywidualnego z zakazu takich porozumień przez spełnienie przesłanek określonych w art. 7 w/w ustawy. W sprawie niniejszej jednak jest niewątpliwym, że zawarte porozumienie cenowe stwarzało możliwości eliminowania konkurencji na rynku właściwym, a wobec tego wyłączenie nie było możliwe. Sąd Okręgowy podzielił ocenę Prezesa UOKiK co do rynku właściwego zarówno z punktu widzenia przedmiotowego, jak i terytorialnego, a także co do naruszenia w tej sprawie interesu publicznego oraz wysokości kary pieniężnej wymierzonej odwołującemu się. Odnosząc się natomiast do twierdzeń odwołującego się o braku wykazania interesu prawnego podmiotu żądającego wszczęcia postępowania antymonopolowego, Sąd Okręgowy stwierdził, że skarżona decyzja będzie miała wpływ na sferę praw i obowiązków spółki jawnej PPHU (...) w ten sposób, że określając zakres naruszenia prawa przez uczestników porozumienia oddziałuje na zakres praw i obowiązków tego przedsiębiorstwa, jako jednego z dystrybutorów (...) S.A. na krajowym rynku dystrybucji systemu rynnowego. Bezpodstawny i sprzeczny z rzeczywistą treścią pisma z dnia 16 sierpnia 2005r. jest przy tym zarzut odwołującego się, jakoby wniosek spółki jawnej PPHU (...) dotyczył jedynie naruszenia art. 5 ust 1 pkt 2-4 i 6 ustawy. Sąd Okręgowy uznał także, iż powód nie zaniechał niedozwolonej praktyki; jest ona stosowana w bardzo długim okresie; powód uczestniczył w niedozwolonym porozumieniu, które mogło spowodować znaczne ograniczenie konkurencji na rynku właściwym,

powód uczestniczył w porozumieniu po raz pierwszy, a zatem wymierzenie kary było zasadne, a jej wysokość nie jest wygórowana. Natomiast zarzut dotyczący opieszałości w postępowaniu administracyjnym okazał się chybiony w sytuacji, gdy powód nie wykazał, by opieszałość ta miała wpływ na treść zaskarżonej decyzji.

W apelacji od powyższego wyroku powód – „B. (...). Ł. i syn" Sp.j. w W. wniósł o jego uchylenie w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i uchylenie decyzji Prezesa UOKiK oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu. Zaskarżonemu orzeczeniu powód zarzucił naruszenie przepisów postępowania oraz prawa materialnego, to jest:

- sprzeczność istotnych ustaleń z zebranym w sprawie materiałem dowodowym i przez to przyjęcie, że powód dopuścił się naruszenia art. 5 ust 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także błędne niezbadanie przez Sąd Okręgowy istnienia przesłanek do zastosowania wyłączenia indywidualnego zgodnie z art. 7 ustawy i przez to błędne przyjęcie, że pozwany słusznie uznał, iż brak było podstaw do wydania indywidualnej decyzji o wyłączeniu „porozumienia" spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję i poprzez to naruszenie art. 11 ust 2 w zw. z art. 7 art.;

- naruszenie art. 5 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 8 ustawy poprzez nieprawidłowe określenie rynku właściwego;

- 233 § 2 k.p.c. poprzez niewskazanie przyczyn, dla których Sąd jedne dowody uznał, zaś innym odmówił wiarygodności i mocy dowodowej oraz poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i ustalenie, że powód nie udowodnił, by zaistniały przesłanki do dokonania wyłączenia indywidualnego z art. 11 ust 2 w zw. z art. 7 ustawy;

- ograniczenie się Sądu I instancji do oceny treści umów bez ustalenia, czy były one wykonywane i przez to naruszenie art. 233 § 1 k.p.c.;

- sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego i przez to przyjęcie winy powoda i uznanie słuszności nałożenia zbyt wygórowanej kary, a tym samym naruszenie art. 101 ust 1 pkt 1 w zw. Z art. 104 ustawy;

- błędne przyjęcie, że w sprawie naruszony został interes publicznoprawny, co uzasadniało ocenę zachowania powoda w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i z uwagi na to naruszenie jej art. 84 ust 1 pkt. 1.

W uzasadnieniu powód wywiódł, iż udowodnił spełnienie każdej z czterech przesłanek uzasadniających wyłączenie indywidualne z zakazu porozumień wertykalnych, a skoro przedmiotowe porozumienie nie jest objęte rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, ani żadnym innym, wydanym na podstawie art. 7 ustawy, pozwany, a następnie Sąd Okręgowy, winni byli zbadać istnienie podstaw jego wyłączenia. Oddalenie wniosków dowodowych przytoczonych na powyższe okoliczności było więc niesłuszne i niezrozumiałe wobec stwierdzenia przez ten Sąd, że istniała w tej sprawie możliwość indywidualnego wyłączenia. Skarżący wywiódł ponadto, że umowy zawierane były przez producenta z każdym z dystrybutorów, a w sprawie tej nie wystąpił negatywny skutek w postaci choćby ograniczenia konkurencji, czy wyrządzenia szkody interesom konsumenta, zaś dystrybutorzy systemów rynnowych zachowali pełne warunki do konkurowania między sobą i innymi dystrybutorami na rynku. Nie została też ograniczona konkurencja w zakresie ceny, a „porozumienie" wskazane w decyzji wywarło skutki pozytywne dla konkurencji na rynku. Dlatego nierozpatrzenie wniosków dowodowych powołanych na poparcie powyższych twierdzeń stanowiło naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. W ocenie skarżącego Sąd Okręgowy błędnie także podzielił pogląd pozwanego co do rynku właściwego w tej sprawie. Wprawdzie ustalenie, że stronę popytową stanowią dystrybutorzy systemów rynnowych, zaś stronę podażową – ich producenci, było zdaniem skarżącego prawidłowe, jednak dalsza ocena rynku oparta została na błędnych założeniach. Dla prawidłowych ustaleń w tej kwestii niezbędne jest bowiem uwzględnienie różnic pomiędzy poszczególnymi systemami rynnowymi pod względem zastosowanego materiału oraz rodzaju, a także ustalenie towarów substytucyjnych w kraju i za granicą. Błędne ustalenia Sądu Okręgowego w tej kwestii skutkowały, zdaniem powoda, niewłaściwym ustaleniem

procentowego udziału (...) S.A. na krajowym rynku sprzedaży systemów rynnowych i w konsekwencji naruszenie art. 5 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 8 ustawy. W ocenie skarżącego, wykazał on w toku procesu, iż brak było jakichkolwiek skutków dla rynku, ograniczających konkurencję, zatem Sąd Okręgowy błędnie przyjął, iż w sprawie został naruszony interes publicznoprawny. Kwestia ta ma również istotne znaczenie przy ocenie zasadności nałożenia kary i jej wysokości. Faktyczna wysokość kary musi bowiem odzwierciedlać winę, z jaką związane jest naruszenie oraz stopień naruszenia interesu publicznego. Tymczasem Sąd Okręgowy nie rozważył powyższych kwestii, a także tego, że powód nie odniósł w związku z zawarciem „porozumienia" żadnych korzyści finansowych, uczestnicy wielokrotnie łamali wysokość ustalonego rabatu, a nadto naruszyli przepisy ustawy po raz pierwszy, zaś powód zaprzestał stosowania umowy jeszcze przed wszczęciem postępowania antymonopolowego. Przez to błędnie Sąd Okręgowy nie uznał, że nałożenie kary było niecelowe lub też jej wysokość winna być obniżona.

W toku dalszego postępowania apelacyjnego skarżący wywiódł ponadto zarzuty naruszenia art. 386 § 4 k.p.c., to jest nierozpoznania istoty sprawy wskutek oddalenia wszystkich wniosków dowodowych, a w konsekwencji pominięcie wszystkich zarzutów zawartych w odwołaniu i w konsekwencji naruszenia zasady dwuinstancyjności, o której mowa w art. 176 ust 1 Konstytucji RP, a także naruszenia art. 233 k.p.c. i art. 227 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie postępowania dowodowego, dowolną interpretację tez dowodowych powoda lub ich przekroczenie oraz brak wyjaśnienia przyczyn uznania dowodów za zbędne lub nie mające znaczenia dla sprawy. Nadto, w ocenie skarżącego, Sąd Okręgowy orzekł ponad żądanie, rozstrzygając w zakresie art. 84 ust 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, choć powód nie podnosił takiego zarzuty, przez co doszło do naruszenia art. 321 k.p.c.

Skarżący zarzucił ponadto, iż Sąd Okręgowy zaniechał porównania „interesu publicznego" w rozumieniu art. 1 ust 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ze „słusznym interesem strony" w rozumieniu art. 7 in fine w zw. z art. 83 w/w ustawy, a przez to nie wykazał, że w niniejszej sprawie obiektywizuje się potrzeba ochrony interesu publicznego, także przy uwzględnieniu słusznego interesu przedsiębiorcy. Powód wniósł również o rozważenie przez Sąd Apelacyjny celowości zadania Sądowi Najwyższemu pytania prawnego: czy słuszny interes obywateli w rozumieniu art. 7 k.p.a., jako zasada postępowania administracyjnego, ma zastosowanie w postępowaniu przed sądami powszechnymi w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów. Ostatecznie zaś wskazał na niekonstytucyjną, jego zdaniem, konstrukcję prawną ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w części regulującej dwufazowość postępowania.

Zainteresowani - Zakład (...) S.A. w J., PPHU (...) S.A. w J. oraz Grupa (...) S.A. w W. przyłączyli się do apelacji.

Zainteresowany - Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowego (...).j. S. Z. (1) i S. Z. (2) w J. nie ustosunkował się do wniosków apelacji.

Pozwany – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o oddalenie apelacji z uwagi na niezasadność podniesionych w niej zarzutów. W szczególności podkreślił, że powód nie zaprzecza, by został ustalony i był stosowany maksymalny rabat do dalszej odsprzedaży, zaś wnioskowane tezy dowodowe nie miały istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy, albo nie miały z nią związku. Pozwany podkreślił również, że postępowanie monopolowe w tej sprawie mogło zostać wszczęte w interesie publicznym na skutek złożenia stosownego wniosku przez pojedynczego przedsiębiorcę, który zgodnie z art. 84 ust 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wykazał swój interes prawny.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja wniesiona przez powoda - „B. (...). Ł. i syn" Sp.j. w W. zasługuje na uwzględnienie, choć część podniesionych w niej zarzutów nie jest zasadna. W szczególności dotyczy to wszystkich zarzutów wynikających z przeświadczenia powoda, iż w sprawie tej Prezes UOKiK, a następnie Sąd Okręgowy, winni rozważyć możliwość zastosowania 11 ust 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity Dz.U.05.244.2080 z dalszymi zmianami) i w tym celu dopuścić szereg dowodów zgłoszonych na poparcie twierdzenia, że sporne porozumienie spełnia warunki określone w art. 7 ust 1 ustawy, albowiem przyczyniło się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego, ewentualnie zapewniło nabywcy

odpowiednią część wynikających stąd korzyści, a równocześnie nie nakładało na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów i nie stwarzało tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów. Jak słusznie podnosił pozwany w toku procesu, twierdzenia i wysiłek dowodowy powoda dotyczące powyższych okoliczności były w tej sprawie chybione, ponieważ wynikały z błędnego założenia, że do zarzucanego zainteresowanym porozumienia nie znajdowało zastosowania rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U.02.142.1189 ze zmianami). Odnosząc się do powyższych zarzutów Sąd Apelacyjny zważył, iż z mocy art. 11 ust 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu wydaje decyzję o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję tylko w przypadku, gdy porozumienie spełnia przesłanki, o których mowa w art. 7 ust. 1, a nie zostało objęte rozporządzeniem Rady Ministrów, o którym mowa w art. 7. Tymczasem zarzucane zainteresowanym przedsiębiorcom porozumienie ma charakter porozumienia wertykalnego w rozumieniu § 2 w/w rozporządzenia. A zatem rozporządzenie to ma tu zastosowanie, skoro zgodnie z jego § 1 pkt 1, 2 i 3 określa ono warunki, jakie muszą być spełnione, aby porozumienia wertykalne zostały uznane za wyłączone spod zakazu, o którym mowa w art. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów; klauzule, których występowania w porozumieniu nie uznaje się za naruszenie art. 5 ustawy (klauzule dozwolone) oraz klauzule, których występowanie w porozumieniu stanowi naruszenie art. 5 ustawy (klauzule niedozwolone). Fakt zaś, że do takiego porozumienia (ograniczającego prawa nabywcy do ustalania ceny sprzedaży przez narzucenie przez dostawcę minimalnych cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem), z uwagi na dyspozycję § 10 pkt 1 rozporządzenia, nie stosuje się wyłączenia spod zakazu, o którym mowa w art. 5 ustawy, nie jest równoznaczny z nie stosowaniem samego rozporządzenia. Sąd Okręgowy nie naruszył zatem przepisów prawa procesowego oddalając wnioski dowodowe zmierzające do wykazania, iż sporne porozumienie spełnia warunki do zastosowania art. 11 ust 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ani też nie dopuścił się obrazy prawa materialnego (art. 11 ust 2 w zw. z art. 7 w/w ustawy) oceniając, że pozwany słusznie uznał, iż brak było podstaw do wydania indywidualnej decyzji o wyłączeniu „porozumienia" spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W tym stanie rzeczy, zawarte w uzasadnieniu wyroku stwierdzenie o istnieniu możliwości wyłączenia indywidualnego, musi być uznane za odwołanie się do art. 11 ust 2 ustawy, nie dające podstaw do sformułowania zarzutu sprzeczności z treścią rozstrzygnięcia.

W ocenie Sądu Apelacyjnego chybione są również wszystkie zarzuty apelacji dotyczące prawidłowości ustalenia rynku właściwego w tej sprawie i łącznego udziału zainteresowanych w tym rynku. Należy w tym miejscu przypomnieć, że we wniosku z dnia 22 sierpnia 2005r. przedsiębiorca - PPHU (...).j. S. Z. (1) i S. J. w J. domagał wszczęcia postępowania antymonopolowego w sprawie zawarcia pomiędzy producentem, a czterema dystrybutorami, porozumienia dotyczącego rabatów cenowych, które spowodowało: ograniczenie dostępu do rynku i eliminację z rynku większości dotychczasowych dystrybutorów, zróżnicowanie warunków konkurencji wśród przedsiębiorców, poprzez stosowanie w podobnych umowach niejednolitych rabatów na systemy rynnowe oraz ograniczenie i kontrolowanie zbytu. Spośród powyższych zarzutów uzasadniony okazał się tylko jeden – zarzut prowadzący do ustalenia przez Prezesa UOKiK istnienia praktyki ograniczającej konkurencję i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 5 ust 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na zawarciu przez producenta z zainteresowanymi dystrybutorami porozumienia polegającego na pośrednim ustalaniu cen sprzedaży systemu rynnowego dla finalnych odbiorców poprzez ustalanie maksymalnego rabatu do dalszej odsprzedaży. Równocześnie porozumienie to, z uwagi na treść art. 6 ust 2 w/w ustawy, nie podlega wyłączeniom, o których mowa w ust 1 powyższego przepisu, niezależnie od wysokości łącznego udziału jego uczestników w rynku. Przeprowadzone przez Prezesa UOKiK i ujęte w treści uzasadnienia decyzji z dnia 12 kwietnia 2007r. badanie łącznych udziałów stron w krajowym rynku dystrybucji systemów rynnowych pozostaje zatem bez znaczenia dla oceny zasadności odwołania wniesionego przez powoda w tej sprawie. W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy zasadnie oddalił wnioski dowodowe powoda zmierzające do wykazania, iż udział ten był inny, niż ustalony w zaskarżonej decyzji. Odnosząc się zaś do zarzutów apelacji dotyczących konieczności uwzględnienia przy ustalaniu rynku właściwego różnic pomiędzy poszczególnymi systemami rynnowymi pod względem zastosowanego materiału oraz rodzaju, a także ustalenie towarów substytucyjnych w kraju i za granicą, Sąd Apelacyjny zważył, że w sytuacji, gdy powód nie kwestionuje ustalenia Sądu I instancji, że stronę popytową stanowią w tej sprawie dystrybutorzy systemów rynnowych, zaś stronę

podażową – ich producenci, a zarówno producent, jak i jego dystrybutorzy są podmiotami krajowymi i ich stosunki gospodarcze przebiegają w kraju, należy uznać za uzasadnioną ocenę Sądu Okręgowego, iż pozwany prawidłowo zakreślił geograficzne ramy rynku do terenu kraju. Tu właśnie bowiem zachodzi właściwa konkurencja. Należy również podkreślić, że Sąd Okręgowy, badając zasadność odwołania w tej części, uznał za prawidłowe ustalenia Prezesa UOKiK oparte na analizie różnic pomiędzy poszczególnymi systemami rynnowymi pod względem zastosowanego materiału, przy uwzględnieniu oświadczeń samych zainteresowanych w toku postępowania antymonopolowego. Nie uchybił więc zasadom postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, które choć jest postępowaniem pierwszoinstancyjnym, toczącym się według zasady kontradyktoryjności, inicjowane jest wniesieniem odwołania od decyzji administracyjnej. W postępowaniu tym uwzględnia się więc materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym i choć strony dysponują swobodą inicjowania postępowania dowodowego przed sądem, mogą z niej korzystać jedynie w celu wykazania zasadności swoich twierdzeń faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia o zasadności odwołania. Stwierdzić zatem należy, iż skarżący jako przyczynę podniesienia w apelacji powyższych zarzutów wskazał jedynie swoje przeświadczenie, iż błędne ustalenia Sądu w tej kwestii skutkowały niewłaściwym ustaleniem procentowego udziału (...) S.A. na krajowym rynku sprzedaży systemów rynnowych i w konsekwencji naruszeniem art. 5 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 8 ustawy. Tymczasem, jak już wyżej wskazano, w sprawie niniejszej, z uwagi na charakter zarzucanego porozumienia, kwestia udziału producenta w rynku jest bez znaczenia dla oceny zasadności wniesionego odwołania. W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy zasadnie oddalił wniosek powoda o powołanie biegłego celem ustalenia rynku właściwego w sprawie. Wbrew też zarzutom apelacji, Sąd I instancji odniósł się do powyższego wniosku w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia w sposób wystarczający. Należy przy tym podzielić wyrażoną tam ocenę, że ustalenie rynku właściwego należy do kompetencji sądu, a nie biegłego. Zaś wniosek dowodowy strony powodowej był chybiony również z tego względu, że nie zawierał, poza gołosłownymi twierdzeniami, wskazania materiału merytorycznego, jaki miałby zostać poddany badaniu biegłego. Jego zebranie i przedstawienie sądowi byłoby zaś obowiązkiem strony, która wniosła o dopuszczenie takiego dowodu, gdyby kwestia ta miała znaczenie dla oceny zasadności odwołania.

Sąd Apelacyjny uznał także za gołosłowny zarzut oparty na twierdzeniu, że powód zaprzestał stosowania umowy jeszcze przed wszczęciem postępowania antymonopolowego. Okoliczność ta nie była bowiem przedmiotem dowodzenia w toku procesu, a w odwołaniu zawarty był zarzut odmienny - naruszenia art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez nierozważnie trwałego zmniejszenia udziału stron porozumienia w rynku. Ta ostatnia kwestia nie ma zaś znaczenia w tej sprawie skoro, jak już wyżej wskazano, art. 6 ust 2 ustawy wyklucza uzależnienie oceny porozumień określonych w art. 5 ust 1 pkt 1 przez pryzmat udziału przedsiębiorców w rynku.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie sposób również uznać za zasadny zarzutu jakoby Sąd Okręgowy orzekł ponad żądanie, rozstrzygając w zakresie art. 84 ust 1 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, choć powód nie podnosił takiego zarzutu, przez co miało dojść do naruszenia art. 321 k.p.c. Jest bowiem rzeczą oczywistą w świetle wywodów zawartych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że w sprawie tej nie miała miejsca i nie była przedmiotem rozważań Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów okoliczność, o której mowa w art. 84 ust 1 pkt 4 w/w ustawy. Przepis ten został więc przytoczony omyłkowo, co nie miało żadnego wpływu na treść zaskarżonego orzeczenia.

Sąd Apelacyjny uznał także za chybione wywody skarżącego oparte na twierdzeniu o niekonstytucyjności postępowania antymonopolowego uregulowanego ustawą z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Postulowana przez skarżącego konieczność poddania stawianych przedsiębiorcom zarzutów dotyczących działań monopolowych ocenie sądów powszechnych znajdowała bowiem wyraz w art. 78 ustawy. Zasada wyrażona w powyższym przepisie, a także w art. 24 – 31 ustawy czyni również zbędnym zwrócenie się do Sądu Najwyższego z pytaniem dotyczącym stosowania w postępowaniu sądowym art. 7 k.p.a. Nie budzi bowiem wątpliwości, że podstawą materialnoprawną orzekania przez sądy powszechne w sprawach zakazanych praktyk ograniczających konkurencję mających miejsce w okresie obowiązywania ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów są przepisy tej właśnie ustawy, zaś tryb postępowania wyznaczają odpowiednie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego. Art. 7 k.p.a. nie znajduje tu więc zastosowania.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego należy jednak podzielić ocenę skarżącego, iż zaniechanie przez Sąd Okręgowy przeprowadzenia postępowania dowodowego na okoliczności podniesione w odwołaniu, rzeczywiście istotne dla oceny jego zasadności, stanowiło naruszenie przepisów postępowania (art. 232 i 233 k.p.c.), które mogło mieć istotny wpływ na wynik tej sprawy, a które doprowadziło do nierozpoznania jej istoty. Chodzi tu o dowody zmierzające do wyjaśnienia pierwszorzędnej kwestii, czy w sprawie tej istotnie doszło do zawarcia porozumienia, o którym mowa w art. 5 ust 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, czy też, jak podniesiono w odwołaniu – zainteresowani zaprezentowali jedynie zachowania równoległe, niezależne od siebie i nie pozwalające przypisać im działań stwierdzonych w zaskarżonej decyzji. Celem wykazania okoliczności, iż w dacie zawarcia „porozumienia" większość dystrybutorów nie znała się wzajemnie lub miała jedynie oficjalne kontakty, a treść aneksów stanowiła tajemnicę kontraktową, która stała się powszechnie znana dopiero na skutek upływu czasu, skarżący wniósł o dopuszczenie dowodów z zeznań świadków i z przesłuchania strony powodowej. Sąd Okręgowy stwierdził zaś jedynie, że dowody zmierzające do ustalenia przyczyn i okoliczności napisania pisma z dnia 21 października 2004r. są zbędne, albowiem jego treść jest jasna i nie nasuwa wątpliwości. Jednak opierając swoje ustalenia dotyczące zawarcia i realizowania „zmowy cenowej" w głównej mierze na fakcie istnienia powyższego pisma, Sąd Okręgowy nie poddał jego treści samodzielnej analizie, uzasadniającej wniosek, że jest ona rzeczywiście jasna. Przeciwnie, przytoczył jedynie - w ślad za Prezesem UOKiK - jego fragment, wyrwany z kontekstu. Tymczasem pismo znajdujące się na k.162 akt postępowania antymonopolowego nie jest jednoznaczne i tak oczywiste, jak uznał to pozwany i w ślad za nim Sąd Okręgowy. Sąd Okręgowy na dowód zaistnienia zarzucanego porozumienia przytoczył także, w ślad za pozwanym, stwierdzenie B. (...), że stosowanie maksymalnych rabatów do dalszej odsprzedaży stanowi racjonalną politykę handlową producenta. Nie uwzględnił jednak, że w piśmie zawierającym powyższe stwierdzenie (k. 155 akt postępowania antymonopolowego), dystrybutor odpowiadał na pytania pozwanego w toku postępowania antymonopolowego, co mogło przesądzić o treści poszczególnych stwierdzeń. W sytuacji zaś, gdy powód zaprzecza, by zawarł zarzucane mu porozumienie oraz podnosi, że warunki spornych aneksów były mu narzucane przez producenta wykorzystującego sytuację rynkową skarżącego, pominięcie przez Sąd Okręgowy wniosków dowodowych zmierzających do wykazania, że w sprawie niniejszej miały miejsce jedynie nie objęte decyzją zachowania równoległe, przy jednoczesnym uznaniu, że dowody zgromadzone w postępowaniu antymonopolowym przesądzają o prawidłowości ocen pozwanego, stanowiło naruszenie 227 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. i z art. 6 k.c. Oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych na poparcie powyższych zarzutów, podniesionych przez powoda w odwołaniu, pozbawiło go bowiem możliwości wykazania ich zasadności. Choć zatem Sąd I instancji, wbrew zarzutom apelacji, wskazał w znacznej części podstawy faktyczne i prawne, jakimi kierował się oddalając powyższe wnioski dowodowe, nie sposób podzielić jego oceny, że wszystkie okoliczności, które miały być za ich pomocą udowodnione, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia w tej sprawie, to jest, że nie są istotne dla ustalenia faktu zawarcia przez powoda zarzucanego porozumienia cenowego. Bez ich przeprowadzenia ocena Sądu I instancji, że powód uczestniczył w niedozwolonym porozumieniu, które mogło spowodować znaczne ograniczenie konkurencji na rynku właściwym, jest nieuprawniona.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy obowiązany więc jest przeprowadzić w niezbędnym zakresie postępowanie dowodowe, celem wyjaśnienia zasadności twierdzeń odwołującego się, iż nie można mu przypisać uczestnictwa w niedozwolonym porozumieniu cenowym, o którym mowa w zaskarżonej decyzji, ponieważ w sprawie tej miały miejsce jedynie nie związane ze sobą i nie objęte zarzutem sformułowanym w decyzji zachowania równoległe, wymuszone na powodzie. Gdyby jednak Sąd Okręgowy, po przeprowadzeniu niezbędnego postępowania dowodowego, uznał powyższe zarzuty za niezasadne, koniecznym stanie się rozważenie, czy w świetle uzupełnionego już materiału dowodowego uzasadniona jest teza, że w sprawie tej naruszony został interes publicznoprawny, co uzasadniało ocenę zachowania powoda na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, czy powód ostatecznie dopuścił się naruszenia art. 5 ust 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i czy w świetle zachowań powoda nałożona na niego kara była słuszna i niewygórowana.

Z tych wszystkich względów, uznając ostatecznie apelację za uzasadnioną, Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji, na zasadzie art. 386 § 4 k.p.c. oraz art. 108 § 2 k.p.c.