

Sygn. akt VI ACa 162/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 kwietnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - SA Ksenia Sobolewska - Filcek (spr.)

Sędziowie: SA Teresa Mróz

SA Jolanta Pyżlak

Protokolant: Katarzyna Mikiciuk

po rozpoznaniu w dniu 8 marca 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) Spółka Akcyjna w W.

od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w przedmiocie nadużywania pozycji dominującej

na skutek apelacji (...) Spółka Akcyjna w W.

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

z dnia 3 listopada 2014 r. sygn. akt XVII Ama 24/13

1) zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w ten sposób, że nadaje mu treść:

„I. zmienia zaskarżoną decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr (...) z dnia 26 lipca 2012r. w punkcie pierwszym

(I.) w zakresie wysokości kary pieniężnej nałożonej na (...) Spółka Akcyjna w W. ustalając ją w wysokości 1 428 446,12 zł (słownie: jeden milion czterysta dwadzieścia osiem tysięcy czterysta czterdzieści sześć złotych dwanaście groszy), co stanowi równowartość 323 412 euro, tj.:

- 400 euro za każde ze 109 dni zwłoki licząc od dnia 14 września 2007r. do dnia 31 grudnia 2007r.,

- 352 euro za każdy ze 182 dni zwłoki licząc od dnia 1 stycznia 2008r. do dnia 30 czerwca 2008r.,

- 340 euro za każdy ze 153 dni zwłoki licząc od dnia 1 lipca 2008r. do dnia 30 listopada 2008r.,

- 328 euro za każdy z 31 dni zwłoki licząc od dnia 1 grudnia 2008r. do dnia 31 grudnia 2008r.,

- 208 euro za każdy z 59 dni zwłoki licząc od dnia 1 stycznia 2009r. do dnia 28 lutego 2009r.,

- 196 euro za każdy z 31 dni zwłoki licząc od dnia 1 marca 2009r. do dnia 31 marca 2009r.,

- 184 euro za każdy z 30 dni zwłoki licząc od dnia 1 kwietnia 2009r. do dnia 30 kwietnia 2009r.,

- 172 euro za każdy z 245 dni zwłoki licząc od dnia 1 maja 2009r. do dnia 31 grudnia 2009r.,
 - 136 euro za każdy z 90 dni zwłoki licząc od dnia 1 stycznia 2010r. do dnia 31 marca 2010r.,
 - 124 euro za każdy z 306 dni zwłoki licząc od dnia 1 kwietnia 2010r. do dnia 31 stycznia 2011r.,
 - 112 euro za każdy z 334 dni zwłoki licząc od dnia 1 lutego 2011r. do dnia 31 grudnia 2011r.,
- a w pozostałej części odwołanie oddala”;
- 2) oddala apelację w pozostałej części;
 - 3) znosi między stronami koszty postępowania apelacyjnego.

VI ACa 162/15

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 3 listopada 2014r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powoda – (...) S.A. w W. od decyzji pozwanego – Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr (...) z dnia 26 lipca 2012r., mocą której, na podstawie art. 107 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2007.50.331 ze zm., dalej - u.o.k.ik.), po przeprowadzeniu postępowania z urzędu, pozwany nałożył na powoda karę pieniężną płatną do budżetu państwa, w wysokości 1 758 557,65 zł (stanowiącej równowartość 404 265,00 euro), z tytułu 1570 dni zwłoki w wykonaniu decyzji Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2004r. nr (...), w zakresie, w jakim pozwany nakazał powodowi zaniechanie nadużywania pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych polegającej na: a) przyznawaniu przez powoda w ramach umów wieloletnich zróżnicowanych wielkości upustów na przewóz węgla kamiennego kontrahentom o podobnej wartości obrotów i wielkości masy przewiezionych towarów; b) różnicowaniu przez powoda w umowach z kontrahentami warunków związanych z możliwością zmiany masy towarów deklarowanej do przewozów w poszczególnych kwartałach oraz deklarowanej rocznej masy towarów oraz, na podstawie art. 77 ust 1 i art. 80 u.o.k.ik., obciążył powoda kosztami postępowania w wysokości 254,25 zł.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd OKiK poprzedził następującymi ustaleniami:

Powód – (...) S.A. w W. jest wpisany do rejestru przedsiębiorców pod numerem KRS (...). Przedmiotem jego działalności jest m.in. transport kolejowy, przeładunek towarów, magazynowanie i przechowywanie towarów oraz działalność usługowa wspomagająca transport lądowy.

Decyzją nr (...) z dnia 31 grudnia 2004r. pozwany – Prezes UOKiK, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek (...) S.A. w W., uznał że powód - (...) S.A. w W. dopuszczał się praktyk ograniczających konkurencję, określonych w art. 8 ust 1 i ust 2 pkt 3 i 5 u.o.k.ik. polegających m.in. na:

- stosowaniu w podobnych umowach z kontrahentami niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji poprzez nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, w wyniku przyznawania w ramach umów wieloletnich zróżnicowanych wielkości upustów na przewóz węgla kamiennego, kontrahentom o podobnej wielkości obrotów i wielkości masy przewiezionych towarów (wskazana w pkt I decyzji praktyka ograniczająca konkurencję określona w art. 8 ust 1 i ust 2 pkt 3 u.o.k.ik.) – i nakazał zaniechania tej praktyki;
- stosowaniu w podobnych umowach z kontrahentami niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji poprzez nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, w wyniku różnicowania w umowach z kontrahentami warunków związanych z możliwością zmiany masy towarów deklarowanej do przewozów w poszczególnych kwartałach oraz deklarowanej rocznej masy

towarów (wskazana w pkt IV decyzji praktyka ograniczająca konkurencję określona w art. 8 ust 1 i ust 2 pkt 3 u.o.k.ik.) – i nakazał zaniechania tej praktyki;

- przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji poprzez nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, w wyniku różnicowania w umowach z kontrahentami warunków związanych z możliwością zmiany masy towarów deklarowanej do przewozów w poszczególnych kwartałach oraz deklarowanej rocznej masy towarów (wskazana w pkt V decyzji praktyka ograniczająca konkurencję określona w art. 8 ust 1 i ust 2 pkt 5 u.o.k.ik.) – i nakazał zaniechania tej praktyki.

Wyrokiem z dnia 12 lipca 2007r., wydanym w sprawie XVII AmA 73/05 Sąd OKiK oddalił odwołanie (...) S.A. w W. od powyższej decyzji. Natomiast Sąd Apelacyjny w W. wyrokiem z dnia 20 listopada 2008r. wydanym w sprawie VI ACa 1577/07 oddalił apelację (...) S.A. w W. od tego wyroku. Zatem w dniu 20 listopada 2008r. decyzja nr (...) stała się prawomocna. Natomiast już w dniu 12 lipca 2007r. decyzji tej nadano rygor natychmiastowej wykonalności.

Z dniem 1 lipca 2007r. powód wprowadził zmiany w „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarów przez (...) S.A.” polegające na zaprzestaniu zawierania umów wieloletnich i specjalnych, wprowadzając w ich miejsce tzw. „umowy handlowe”. Od 12 lipca do 31 grudnia 2007r. powód pozostawał stroną (...)umów wieloletnich na przewóz węgla, w których nadal przyznawał upusty o zróżnicowanej wysokości kontrahentom o podobnej wielkości obrotów i wielkości masy przewiezionych towarów lub też przyznawał upusty na zbliżonym poziomie podmiotom o różnej masie przewożonego towaru. Umowy te wygasły stopniowo lub były rozwiązywane: W roku 2008 obowiązywały jeszcze (...)takie umowy, w roku 2009 – (...)umów, w roku 2010 – (...)umowy, w roku 2011 – (...)umowy, a od dnia 1 lutego 2012r. – (...)umowa długoterminowa.

W dniu 28 sierpnia 2008r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie wyjaśniające celem zbadania wykonania przez powoda decyzji (...) i ustalenia, czy warunki, na jakich powód zawiera z kontrahentami umowy przewozu towarów naruszają przepisy u.o.k.ik. uzasadniając wszczęcie postępowania antymonopolowego, a w dniu 31 maja 2010r. wszczął postępowanie w sprawie nałożenia na powoda kary pieniężnej w związku z podejrzeniem pozostawiania przez powoda w zwłoce w wykonaniu ww. decyzji w zakresie, w jakim pozwany nakazał powodowi zaniechanie nadużywania pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych polegającej na: a) przyznawaniu przez powoda w ramach umów wieloletnich zróżnicowanych wielkości upustów na przewóz węgla kamiennego kontrahentom o podobnej wartości obrotów i wielkości masy przewiezionych towarów; b) różnicowaniu przez powoda w umowach z kontrahentami warunków związanych z możliwością zmiany masy towarów deklarowanej do przewozów w poszczególnych kwartałach oraz deklarowanej rocznej masy towarów. Postępowanie to zakończyło się wydaniem przez pozwanego spornej decyzji nr (...). W jej uzasadnieniu pozwany stwierdził, że od dnia 1 lipca 2007r. powód nie zawierał już z kontrahentami umów wieloletnich, których dotyczyła decyzja nr (...). Jednak nie oznacza to jeszcze wykonania tej decyzji w całości. O zaniechaniu stosowania zakazanej praktyki można bowiem mówić dopiero po wprowadzeniu odpowiednich zmian do umów zawartych już wcześniej, celem zapobieżenia utrzymywania się stanu niezgodnego z prawem.

Badając tę okoliczność pozwany ustalił, że:

- od momentu wydania decyzji (...) do chwili obecnej nie zmienił się produktowy, ani geograficzny, zakres rynku właściwego (krajowego rynku kolejowych przewozów towarowych) - rynek przewozów samochodowych jest postrzegany przez podmioty prowadzące działalność w tym zakresie, jako względnie nie związany z rynkiem transportu kolejowego;

- po dniu 1 lipca 2007r., co najmniej do końca roku 2011, (...) posiadał na nim pozycję dominującą.

Powód był więc zobowiązany do wykonania decyzji nr (...). Pozwany ustalił też, że powód nadal dopuszczał się zakazanych praktyk określonych w pkt I tej decyzji, natomiast jego argumenty wskazujące na konieczność uwzględnienia innych kryteriów przy określaniu wielkości upustu i podważające metodologię polegającą na powiązaniu masy towarów deklarowanej do przewozu z upustem uzyskanym przez klienta są w istocie polemiką

z prawomocną decyzją nr (...) i wyrokami sądowymi zapadłymi wskutek jej zaskarżenia. Przy czym decyzja ta kwestionuje wysokość i zasady udzielanych upustów, a nie stosowanych cen. Natomiast analiza zmian wprowadzanych przez powoda w zawartych przed dniem 1 lipca 2007r. i nadal obowiązujących po tej dacie umowach wieloletnich wskazuje na to, że nie miały one na celu wykonania pkt I ww. decyzji, a wynikały ze zmiany cen w (...) (...), stanowiły wynik standardowej corocznej indeksacji, zmian w relacjach przewozowych, zmian rocznej deklarowanej masy towarów zleczanych do przewozu i proponowanych przez klientów nowych warunków handlowych. Zatem, w odniesieniu do takich umów wieloletnich powód pozostawał w zwłoce z wykonaniem pkt I decyzji. Nie podjął bowiem działań zmierzających do modyfikacji treści tych umów celem zapewnienia ich zgodności z decyzją. Nie jest też trafny argument działania powoda w zaufaniu do Prezesa UOKiK po przedstawieniu mu wyjaśnień co do sposobu wykonania decyzji w piśmie z dnia 7 lutego 2008r. Opisane w nim działania dotyczyły bowiem jedynie zaprzestania zawierania umów wieloletnich. Nie dotyczyły jednak umów już zawartych i realizowanych.

Analizując zaś wykonanie pkt IV i V decyzji (...) pozwany stwierdził, że po dacie, w której nadano jej rygor natychmiastowej wykonalności, powód nie zaprzestał także praktyki różnicowania w umowach wieloletnich warunków zmiany masy towarów deklarowanej do przewozu w poszczególnych kwartałach i deklarowanej rocznej masy towarów. Przy czym także ta praktyka miała miejsce jedynie w odniesieniu do umów wieloletnich zawartych przed dniem 1 lipca 2007r. i obowiązujących po tej dacie. Umowy te nadal jednak zawierały postanowienia zakwestionowane w postępowaniu zakończonym wydaniem ww. decyzji, a powód nie podjął żadnych działań zmierzających do ich zmiany w tym względzie. Równocześnie:

- (...) spośród (...) analizowanych umów wieloletnich zawierały odmienne postanowienia w zakresie możliwości zmiany masy towarów deklarowanej do przewozu w poszczególnych kwartałach i deklarowanej rocznej masy towarów;

- wpływ na długość zwłoki w wykonaniu pkt IV i V decyzji nr (...) miała data, do której badane umowy wieloletnie obowiązywały. Po dniu 31 grudnia 2011r. obowiązywała bowiem już tylko jedna z tych umów, co jest równoznaczne z wykonaniem decyzji w tym zakresie.

Prezes UOKiK stwierdził też, że stale malejąca liczba umów wieloletnich powodowała, że skala naruszenia przez powoda interesu publicznego wskutek niewykonania decyzji nr (...) systematycznie się zmniejszała. Okoliczność ta ma jednak wpływ jedynie na wymiar kary pieniężnej orzekanej na podstawie art. 107 u.o.k.ik., a nie zmienia ogólnej konkluzji dotyczącej niewykonania decyzji przez powoda i utrzymywania się stanu niezgodnego z prawem po dniu 12 lipca 2007r. (data nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności).

Przy czym decyzja winna być wykonana bez zbędnej zwłoki, a więc w czasie niezbędnym jedynie do przygotowania się do spełnienia nałożonego obowiązku. Pozwany odwołał się w tej kwestii do dotychczasowego orzecznictwa uznającego półroczne opóźnienie za działanie „bardzo opieszale” i uznał, że terminem wystarczającym na wykonanie decyzji nr (...) był okres 2 miesięcy, liczony od dnia 13 lipca 2007r. Zatem powód pozostawał w nieuzasadnionej zwłoce z wykonaniem decyzji z dniem 14 września 2007r. Natomiast za ostatni dzień zwłoki powód uznał 31 grudnia 2011r. – po tej dacie obowiązywała już tylko jedna umowa wieloletnia na przewóz węgla kamiennego. Okres niewykonania decyzji w całości trwał więc 1570 dni.

Orzekając o nałożeniu kary pieniężnej na powoda na podstawie art. 107 w zw. z art. 111 u.o.k.ik. pozwany stwierdził, że mimo fakultatywnego charakteru uprawnienia do nałożenia kary, okoliczności tej sprawy uzasadniają jej nałożenie na powoda i przypisanie mu winy umyślnej, ponieważ:

– jego pozostawanie w zwłoce w wykonaniu decyzji było umyślne, a sam powód jest tzw. przedsiębiorcą zasiedziałym, byłym państwowym monopolistą działającym na rynku od wielu lat, stroną wielu postępowań antymonopolowych prowadzonych i zakończonych przez Prezesa UOKiK decyzjami stwierdzającymi stosowanie praktyk ograniczających konkurencję, w części prawomocnymi;

- decyzja powoda o zaniechaniu wprowadzenia zmian w umowach wieloletnich była świadoma i podyktowana przeświadczeniem, że umowy te wygasną w krótkim okresie;

- bez znaczenia pozostaje okoliczność, że kontrahenci powoda nie widzieli potrzeby zmiany umów wieloletnich, skoro to nie oni byli adresatami decyzji nr (...);

- praktyki opisane w pkt I oraz IV i V decyzji nr (...) miały charakter długotrwały – nie zostały zaprzestane w pełni do 31 grudnia 2011r., a więc trwały ponad 4 lata;

- niewykonanie decyzji nakazującej zaniechanie praktyk zakazanych w postępowaniu antymonopolowym stanowi poważne naruszenie ustawy (u.o.k.ik.), a przez to istotne naruszenie interesu publicznego;

- systematyczne zmniejszanie się roli umów wieloletnich w działalności powoda uzasadnia stwierdzenie zmniejszania się także stopnia jego antykonkurencyjnego oddziaływania na rynek wskutek niezaniechania w pełni zakazanych praktyk;

- szkodliwość zwłoki w wykonaniu pkt IV i V decyzji nr (...) była ograniczona i zmniejszała się wraz z wygasaniem kolejnych umów regulujących możliwość zmiany masy towarów deklarowanej do przewozu w sposób naruszający przepisy ustawy z uwagi na to, że po wydaniu wyroku w sprawie XVII AmA 72/05 tylko (...) umowy wieloletnie zawierały uregulowania odmienne od standardowych, przy czym jedna z nich wygasła z dniem 31 grudnia 2007r., a dwie kolejne – w lutym i kwietniu 2009r.;

- powód działał w warunkach uprzedniego naruszenia przepisów ustawy stwierdzonego decyzjami nr (...), które stały się prawomocne w czasie pozostawania przez niego w zwłoce z wykonaniem decyzji nr (...).

W odwołaniu od powyższej decyzji powód – (...) S.A. w W., zaskarżając ją w całości, zarzucił jej naruszenie art. 107 u.o.k.ik. oraz art. 107 w zw. z art. 9 ust 1 i 2 pkt 3 i pkt 5 (dawniej art. 8 ust 1 i 2 pkt 3 i 5 ustawy z 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów), art. 75 ust 1 pkt 2 u.o.k.ik. oraz art. 111 w zw. z art. 107 u.o.k.ik., polegające na bezpodstawnym przyjęciu, że powód pozostawał w zwłoce z wykonaniem decyzji nr (...) w zakresie jej punktów I, IV i V, że jego działania miały charakter umyślny oraz, że miały miejsce w warunkach uprzedniego naruszenia przepisów ustawy (co doprowadziło do bezpodstawnego podwyższenia wymiaru kary), a także że czas niezbędny do wykonania decyzji wynosił 2 miesiące (co doprowadziło do nieprawidłowego wyznaczenia początku terminu pozostawania w zwłoce), a także naruszenie art. 107 u.o.k.ik. w zw. z art. 2 i art. 31 ust 3 Konstytucji RP poprzez brak uwzględnienia zasady proporcjonalności przy rozstrzygnięciu o nałożeniu i wysokości kary pieniężnej oraz tego, że jej podstawową funkcją jest funkcja grzywny w celu przymuszenia. Powód zarzucił też pozwanemu naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.ik. przez pominięcie okoliczności faktycznych istotnych dla zdefiniowania rynku właściwego w tej sprawie (przy postulacie ustalenia węższego rynku produktowego) i błędnego przyjęcia, że (...) posiada na tym rynku pozycję dominującą, a także naruszenie art. 7, 77 i 107 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.ik. w zw. z art. 233 i 227 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.ik. przez brak dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego w zakresie działań powoda mających na celu wykonanie decyzji nr (...), co miało wpływ na stwierdzenie pozostawania powoda w zwłoce z wykonaniem tej decyzji, jak również na wymiar kary.

W oparciu o powyższe zarzuty powód domagał się zmiany zaskarżonej decyzji i stwierdzenie, że (...) nie pozostawało w zwłoce w wykonaniu decyzji nr (...), ewentualnie o uchylenie tej decyzji w całości, a w przypadku uznania przez sąd, że nie zachodzą podstawy takiego orzeczenia – o zmianę zaskarżonej decyzji poprzez stwierdzenie, że pomimo pozostawania przez (...) w zwłoce z wykonaniem decyzji zasadne jest odstąpienie od nałożenia na powoda kary pieniężnej, albo zmniejszenie liczby dni zwłoki lub stawki podstawowej kary i w konsekwencji pozostałych stawek dziennych kary.

Pozwany – Prezes UOKiK wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność zawartych w nim zarzutów i prawidłowości spornej decyzji.

W ocenie Sądu Okręgowego odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzuty odwołania dotyczące naruszenia przepisów postępowania administracyjnego Sąd ten uznał za bezzasadne z uwagi na możliwość prowadzenia postępowania dowodowego przed sądem, przy uwzględnienia zasad rozkładu ciężaru dowodów i obowiązków stron w postępowaniu dowodowym. Zdaniem Sądu OKiK odwołanie powoda stanowi w przeważającej części niedopuszczalną na tym etapie sprawy polemikę z prawomocną decyzją (...).

Sąd OKiK nie znalazł też podstaw do uznania, by zaskarżona decyzja naruszała art. 107 u.o.k.ik. Wprawdzie powód zaprzestał zawierania nowych umów wieloletnich na zasadach zakwestionowanych w decyzji (...) (co zostało uwidocznione w decyzji i znalazło odzwierciedlenie w wymiarze kary), jednak nie zmienił kwestionowanych zasad w obowiązujących już umowach tego typu, co stoi na przeszkodzie uznaniu, że decyzja została wykonana w całości. Prezes UOKiK nie narzucał powodowi sposobu przeprowadzenia wymaganych zmian, nie budzi jednak wątpliwości, że sporne umowy winny zostały wypowiedziane lub też aneksowane w zakresie zakwestionowanych zapisów co do zasad otrzymywania upustów. Powód zaś nie wykazał, by takich zmian dokonał.

Zdaniem Sądu OKiK także zarzut naruszenia art. 107 w zw. z art. 9 ust 1 i 2 pkt 3 u.o.k.ik. nie jest prawidłowy. Pozwany nie miał bowiem obowiązku ponownego badania zaistnienia kwestionowanych praktyk. Dla ustalenia, że powód nie wykonał punktu I decyzji nr (...) wystarczającym było ustalenie, że powód nie ujednolicił w umowach wieloletnich obowiązujących po 12 lipca 2007r. relacji wielkości przyznawanego upustu do deklarowanej przez zlecających masy węgla kamiennego do przewozu. Sąd OKiK stwierdził też, że pozwany nie miał obowiązku wykazywać w tym postępowaniu przesłanek zaistnienia praktyki opisanej w art. 9 ust 2 pkt 3 u.o.k.ik. (art. 8 ust 2 pkt 3 ustawy z 2000r.) skoro zostało to ustalone w decyzji nr (...) oraz, że rynek właściwy został ustalony i wskazany w tej właśnie decyzji. Przy czym trudno uznać, że kwestionowana praktyka antykonkurencyjna nie miała wpływu na powiązany rynek spedycji kolejowej, co również stwierdzono w tej decyzji. Zatem fakt nie obowiązywania żadnej umowy wieloletniej ze spedytorem nie może prowadzić do konstatacji, że w prawomocnej decyzji nieprawidłowo określono rynek właściwy. Dla sądu oczywistym było też, że powód nie zaprzestał naruszeń art. 8 ust 1 i 2 pkt 3 oraz pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a wszelkie wyjaśnienia, w jaki sposób dochodzi do tych naruszeń, zamieszczono w decyzji nr (...) i nie ma potrzeby, ani ich badania, ani ponownego przytaczania w sprawie niniejszej. Zatem nietrafny jest też zarzut naruszenia art. 75 ust 1 pkt 2 u.o.k.ik. Skoro bowiem powód nie wykonał decyzji nr (...), nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania administracyjnego.

W ocenie Sądu OKiK nieprawidłowy jest też zarzut dotyczący przyjęcia umyślności w działaniu powoda. Skoro decyzja nr (...) nakłada na niego obowiązek zaprzestania praktyk naruszających konkurencję w związku z zawieraniem umów wieloletnich na przewóz węgla kamiennego, także poprzez zmianę umów już obowiązujących, a powód nie wykonał tego obowiązku, oczekując na wygaśnięcie umów, należy uznać, że działał ze świadomością swojego zachowania. Takie stanowisko Sąd OKiK poparł cytatem z pisma powoda z dnia 11 sierpnia 2011r., przywołanym również w zaskarżonej decyzji, w którym powód stwierdza, że kontrahenci umów wieloletnich „nie widzieli potrzeby dla wprowadzenia zmian w warunkach handlowych”, który w ocenie tego Sądu jednoznacznie i w sposób przesądzający określa zamiary powoda umyślnego zaniechania wykonania obowiązku nałożonego prawomocną decyzją. Wymierzając karę Prezes UOKiK miał więc na uwadze zarówno okoliczność łagodzącą polegającą na tym, że powód zaprzestał podpisywania nowych umów wieloletnich, jak też okoliczność obciążającą sprowadzającą się do umyślnego zaniechania wykonania decyzji w stosunku do umów już obowiązujących, co czyni chybionym zarzut uznanie tego samego faktu raz za okoliczność łagodzącą, a raz za obciążającą.

Sąd OKiK uznał też za nieprawidłowy zarzut dotyczący recydywy antymonopolowej. Niewątpliwie bowiem powód był już raz karany za naruszenie ustawy antymonopolowej, co pozwany prawidłowo uznał za okoliczność obciążającą.

Podobnie, zdaniem Sądu OKiK nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut dotyczący błędnego przyjęcia, że czas niezbędny do wykonania decyzji wynosił 2 miesiące. Z chwilą nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności powód winien bowiem rozpocząć natychmiastowe działania związane ze zmianą umów wieloletnich – podjąć negocjacje z kontrahentami w sprawie aneksowania lub wypowiedzenia tych umów. Tymczasem nie przedstawił on żadnego

dowodu, że okres 2 miesięcy na podjęcie takich działań był zbyt krótki i przekraczał jego zdolności organizacyjne, a z jego pism wynika, że postanowił umów tych nie zmieniać i oczekiwać na ich wygaśnięcie.

Sąd OKiK nie dopatrzył się też w spornej decyzji naruszenia zasady proporcjonalności. Częściowe jedynie wykonanie decyzji uzasadnia bowiem nałożenie kary. Brak też podstaw do zaliczenia na jej poczet wydatków związanych z wykonaniem decyzji.

Zdaniem Sądu OKiK pozwany prawidłowo również ustalił rynek właściwy i stwierdził, że powód posiada na nim pozycję dominującą. W szczególności nie ma podstaw do zawężenia rynku właściwego do rynku kolejowego przewozu węgla kamiennego. Odmienne twierdzenia powoda stanowią zaś jedynie zapatrywania przyjęte dla potrzeb niniejszej sprawy, nie znajdujące uzasadnienia w odbiorze innych przedsiębiorców, ani w dotychczasowych postępowaniach dotyczących rynku właściwego dotyczącego transportu kolejowego. Powód nie udowodnił też, by rynek towarowego przewozu koleją miał charakter przetargowy w zakresie jakiegokolwiek towaru.

Z tych względów Sąd OKiK oddalił odwołanie na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c. oraz orzekł o kosztach procesu w oparciu o art. 98 k.p.c.

W apelacji od powyższego wyroku, zaskarżając go w całości, powód – (...) S.A. w W. zarzucił mu naruszenie przepisów postępowania w postaci: art. 479^(31a) k.p.c. w zakresie, w jakim sąd odmówił w całości rozpoznania zarzutu dotyczącego postępowania dowodowego przeprowadzonego przez pozwanego; art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia oraz dowodów, na których sąd się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności, a w szczególności – brak ustaleń faktycznych w odniesieniu do pozostawania przez powoda w zwłoce w wykonaniu decyzji (...) w zakresie praktyki, o której mowa w pkt I (b) zaskarżonej decyzji, brak własnych ustaleń faktycznych i naruszenie pierwszoinstancyjnego charakteru postępowania odwoławczego w wyniku oparcia się na ustaleniach faktycznych dokonanych przez Prezesa UOKiK przy wydawaniu zaskarżonej decyzji; faktyczne pominięcie dowodu z dokumentu pt. „Prezentacja warunków cenowych obowiązujących w analizowanych przez Prezesa UOKiK umowach wieloletnich”, przedstawionego sądowi celem wykazania, że prezentowane przez pozwanego przypadki umów wieloletnich nie stanowią niewykonania pkt I decyzji nr (...); art. 233 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez powoda na okoliczność wprowadzenia tzw. (...) ((...)), jako postaci wykonania decyzji nr (...), co skutkowało błędnym ustaleniem, że powód nie posiadał harmonogramu działań naprawczych oraz pozostawał w „umyślnym zaniechaniu” działań niezbędnych do wykonania tej decyzji, a także poprzez błędne przyjęcie, że okres 2 miesięcy był właściwy dla wykonania decyzji nr (...), choć przeczy temu zakres tej decyzji, oczekiwany przez pozwanego i sąd sposób jej wykonania, przyjęty przez powoda sposób jej wykonania, a także względy organizacyjne, jak również poprzez arbitralne przypisanie powodowi intencji i strategii opartej na bierności i umyślnym oczekiwaniu na wygaśnięcie umów wieloletnich.

Skarżący zarzucił też wyrokowi Sądu OKiK naruszenie prawa materialnego w postaci: art. 107 u.o.k.ik. poprzez błędne przyjęcie, że stwierdzenie pozostawania w zwłoce z wykonaniem decyzji nr (...) wyłącza w każdych okolicznościach weryfikację, czy działania, które mogą świadczyć o kontynuowaniu praktyki antykonkurencyjnej spełniają przesłanki właściwe dla tej praktyki, szczególnie, gdy działania te nie są tożsame z działaniami stanowiącymi podstawę faktyczną wydania decyzji stwierdzającej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję; art. 107 w zw. z art. 10 u.o.k.ik. poprzez błędne przyjęcie, że postać wykonania decyzji stwierdzającej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję może zostać wprost określona w przedmiotowej decyzji, a w konsekwencji zwłoka w jej wykonaniu wykona z braku podjęcia ściśle określonych działań oraz poprzez błędne przyjęcie, że ocena pozostawania przez przedsiębiorcę w zwłoce w wykonaniu decyzji winna być ograniczona wyłącznie do analizy przyjętej przez organ (sąd) postaci i sposobu wykonania decyzji, co eliminuje jakąkolwiek swobodę działania przedsiębiorcy w tym zakresie; art. 111 w zw. z art. 107 u.o.k.ik. przez błędną i rozszerzającą wykładnię polegającą na przyjęciu, że uprzednie naruszenie przepisów ustawy może dotyczyć każdego stwierdzonego jej naruszenia, bez względu na jego charakter, czy przedmiot, podczas gdy właściwa interpretacja winna uwzględniać jedynie dopuszczenie się przez przedsiębiorcę podobnego naruszenia – w tym wypadku pozostawania w zwłoce z wykonaniem rozstrzygnięć Prezesa UOKiK.

Mając na uwadze powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i stwierdzenie, że (...) nie pozostawało w zwłoce w wykonaniu decyzji nr (...), ewentualnie – o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi OKiK do ponownego rozpoznania, zaś w przypadku uznania, że nie zachodzą przesłanki do zmiany lub uchylenia wyroku w całości – o zmianę wyroku w części, to jest w zakresie wymiaru kary pieniężnej, poprzez zmniejszenie liczby dni zwłoki lub zmniejszenie stawki podstawowej i w konsekwencji stawek dziennych kary.

W uzasadnieniu wniosków apelacji powód podtrzymał tezę, że wykonanie przez niego decyzji nr (...) miało charakter etapowy, a warunkiem koniecznym dokonania odpowiednich zmian w obowiązujących umowach wieloletnich była realizacja pierwotnego obowiązku przygotowania jasnych i przejrzystych oraz uzasadnionych ekonomicznie zasad ustalania cen dla kontrahentów. Dopiero bowiem opracowanie modelu pozwalającego na obiektywne kształtowanie warunków kosztowych umożliwiło identyfikację oraz eliminację kwestionowanych przez Prezesa UOKiK różnic między kontrahentami powoda. Sąd OKiK nie uwzględnił zaś przy orzekaniu w tej sprawie działań podjętych przez powoda, jako postaci wykonania decyzji nr (...), co skutkowało błędnym przyjęciem, że powód pozostawał w zwłoce co do tego obowiązku.

Skarżący stwierdził też, że Sąd OKiK nie mógł odmówić weryfikacji zarzutów o charakterze proceduralnym jedynie z tego powodu, że odnoszą się one do etapu postępowania administracyjnego. Błędy Prezesa UOKiK w sferze gromadzenia i oceny dowodów miały bowiem wpływ na stwierdzenie pozostawania przez powoda w zwłoce w wykonaniu decyzji nr (...) jak i na wymiar samej kary. Równocześnie Sąd OKiK de facto nie przeprowadził postępowania dowodowego i oparł się jedynie na twierdzeniach i ustaleniach faktycznych dokonanych przez pozwanego. Uchybienie to powoduje, że wymagane jest przeprowadzenie przez sąd i instancji postępowania dowodowego w całości, dokonanie własnych ustaleń co do pozostawania przez powoda w zwłoce w odniesieniu do każdej z praktyk wskazanych w decyzji nr (...) i obsądzenie sprawy od początku. Tymczasem Sąd OKiK arbitralnie przesądził kwestię występowania różnicowania upustów, gdy sprawa ta jest przedmiotem sporu między stronami, co uznać należy za nieuprawnione zastąpienie podstawy faktycznej wyroku wnioskami właściwymi dla oceny prawnej.

W zaskarżonym wyroku Sąd OKiK nie wyjaśnił też z jakich przyczyn odmówił wiarygodności i z jakich przyczyn nie uwzględnił rozpatrując sprawę dowodu z dokumentu – opracowania pt. „Prezentacja warunków cenowych obowiązujących w analizowanych przez Prezesa UOKiK umowach wieloletnich”, przedstawionego sądowi celem wykazania, że prezentowane przez pozwanego przypadki umów wieloletnich nie stanowią niewykonania pkt I decyzji nr (...). Zdaniem skarżącego zaniechanie rozważenia argumentacji przedstawionej w ww. dokumencie doprowadziło sąd do arbitralnego ustalenia, że powód nadal przyznawał upusty o zróżnicowanej wysokości kontrahentom o podobnej wielkości masy przewiezionych towarów i wartości obrotów lub też przyznawało upusty na zbliżonym poziomie kontrahentom o różnej masie przewożonego towaru. W ocenie powoda dowód powyższy stanowił uprawnioną polemikę z ustaleniami dokonanymi przez pozwanego w decyzji nr (...) i służył wykazaniu, że nie pozostawał on w zwłoce z wykonaniem decyzji nr (...). Zatem sąd był zobligowany do wyjaśnienia przyczyn, dla których odmówił temu dowodowi wiarygodności.

W ocenie powoda przygotowany przez niego i wprowadzony z końcem roku 2009 (...) stanowił postać wykonania decyzji nr (...), prowadzi bowiem do kompleksowej zmiany polityki handlowej spółki, zanegowanej w tej decyzji i posłużył za podstawę zmiany warunków cenowych w jednej z umów wieloletnich. Sąd OKiK nie odniósł się jednak do tej kwestii i pominął przy orzekaniu związaną z nim część materiału dowodowego. Doprowadziło to do arbitralnego przyjęcia, że powód nie zainicjował niezbędnych zmian w umowach wieloletnich i nie działał zgodnie z przyjętym harmonogramem, a także do bezpodstawnego uznania, że powód pozostawał w „umyślnym zaniechaniu” zmian obowiązujących umów wieloletnich. Tymczasem powód zaniechał zawierania takich umów, jak również podjął szeroko zakrojone działania prowadzące do całkowitego przemodelowania dotychczasowej polityki handlowej. Jednak na dzień 12 lipca 2007r. nie posiadał jeszcze instrumentu, w oparciu o który mógłby dokonać weryfikacji umów wieloletnich w zgodzie z prawem konkurencji. Skoro jednak trwały prace nad tym instrumentem, nie sposób zarzucić mu, że żadne czynności nie były podjęte. Na pewno też przedsiębiorca nie powinien być karany za przejawianie aktywności polegającej na dążeniu do kompleksowego i trwałego wprowadzenia zmian prokonkurencyjnych.

Szczególnie, że weryfikacja obowiązujących umów wieloletnich została ostatecznie przeprowadzona w oparciu o nowy model kosztowy, po jego stworzeniu. Skarżący podniósł też, że deklarowana przez pozwanego swoboda przedsiębiorcy w wyborze działań mających spowodować wykonanie decyzji nie powinna być w sprawach związanych z nałożeniem kary narzędziem wykorzystywanym przeciwko niemu. Powód stwierdził ponadto, że jeszcze przed nadaniem decyzji nr (...) rygoru natychmiastowej wykonalności zainicjował proces zmierzający do zmiany polityki handlowej, pozostałe prace wymagały jednak większej ilości czasu, niż 2 miesiące. Brak odpowiedniego modelu finansowego uniemożliwił bowiem dokonanie zmian w umowach już obowiązujących. Przy czym powód zanegował możliwość oceny jego działań przez pryzmat cytowanego przez Sąd OKiK, wyjątego z kontekstu, zdania z pisma zawierającego wyjaśnienie skierowane do pozwanego.

Zdaniem powoda Sąd OKiK bezpodstawnie odstąpił od weryfikacji istoty działań, które w ocenie pozwanego stanowiły dowód trwania w uprzednio stwierdzonej praktyce, nie analizując ewentualnego dyskryminacyjnego charakteru umów wieloletnich obowiązujących po 12 lipca 2007r., choć były to całkowicie nowe przypadki w stosunku do analizowanych w ramach pierwotnego rozstrzygnięcia. Taka „uproszczona metodologia” stanowi więc naruszenie art. 107 u.o.k.ik., który wymaga wykazania niewykonania decyzji. Powód wykazał tymczasem, że w żadnym z dostrzeżonych przypadków różnic w wysokości upustów nie można mówić o praktyce o charakterze dyskryminacyjnym. Dowód na tę okoliczność zawarty został w dokumencie pt. „Prezentacja warunków cenowych obowiązujących w analizowanych przez Prezesa UOKiK umowach wieloletnich”. Jednak ani pozwany, ani sąd, nie poddał analizie poszczególnych przypadków niewykonania decyzji.

Skarżący stwierdził ponadto, że prawidłowa wykładnia art. 111 w zw. z art. 107 u.o.k.ik. prowadzi do wniosku, że o tzw. recydywie antymonopolowej można mówić jedynie w przypadkach, które dotyczą tej samej/podobnej postaci uprzedniego naruszenia przepisów ustawy – w sprawie niniejszej niewykonania decyzji Prezes UOKiK. Stwierdzając zaś, że ustawa mówi „o przypadkach naruszenia przepisów ustawy” i powielając automatycznie rozstrzygnięcie Prezes UOKiK w tym przedmiocie, Sąd OKiK nie odniósł się do istoty zarzutu podniesionego już w odwołaniu i faktycznie odmówił w ten sposób udzielenia powodowi ochrony prawnej.

Pozwany – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o oddalenie apelacji w całości z uwagi na bezzasadność podniesionych w niej zarzutów.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda w części zasługiwała na uwzględnienie. Trafny jest bowiem zarzut naruszenia art. 111 w zw. z art. 107 u.o.k.ik. poprzez ich błędną wykładnię, oparty na twierdzeniu, że w sprawie niniejszej nie zachodziły podstawy do przyjęcia tzw. recydywy antymonopolowej powoda, jako okoliczności obciążającej i skutkującej podwyższeniem wymierzonej mu kary pieniężnej. Wprawdzie ustawa (w brzmieniu aktualnym w dacie wydania decyzji, a także w brzmieniu obowiązującym na etapie postępowania sądowego) nie definiuje pojęcia „uprzednie naruszenie przepisów ustawy”, jednak przy jego wykładni, jak słusznie stwierdza powód, należy zapewnić stronie gwarancje właściwe prawu karnemu. Jest to bowiem jedna z okoliczności, które ustawa (art. 111 u.o.k.ik. – obecnie w § 1) wprost nakazuje uwzględniać przy ustalaniu wysokości nakładanych kar pieniężnych. Zaś za utrwalone w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych należy uznać stanowisko, że w sprawach o nałożenie kary pieniężnej niezbędne jest zapewnienie stronie gwarancji właściwych prawu karnemu (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego 21 kwietnia 2011 r., III SK 45/10, z dnia 14 kwietnia 2010 r. III SK 1/10, z dnia 1 czerwca 2010 r. III SK 5/10). Przy czym Kodeks karny (w art. 64 k.k.) definiuje instytucję zaostrzenia wymiaru kary z przyczyn powrotu do przestępstwa przy zastosowaniu pojęcia „umyślnego przestępstwa podobnego”. Sąd Apelacyjny przyjmuje więc za trafną taką wykładnię art. 111 w zw. z art. 107 u.o.k.ik., która prowadzi do uznania, że uprzednie naruszenie przez przedsiębiorcę przepisów ustawy może być uznane za okoliczność wpływającą na podwyższenie wymiaru kary pieniężnej za kolejne naruszenie wówczas, gdy co najmniej godziły w tożsame dobra chronione prawem. Zarzut apelacji w tym względzie, oparty na stwierdzeniu, że w sprawie niniejszej nie zachodzi podstawa faktyczna przypisania powodowi działania w warunkach tzw. recydywy antymonopolowej, skoro żadna z decyzji powołanych przez pozwanego przy ustalaniu wysokości

nakładanej na powoda kary pieniężnej nie dotyczy podobnej postaci naruszenia przepisów ustawy, t.j. niewykonania decyzji uprzednio wydanej przez Prezesa UOKiK w postępowaniu antymonopolowym, jest więc uzasadniony.

Uznanie powyższego zarzutu za trafny skutkować musiało zmianą zaskarżonej decyzji w punkcie I poprzez obniżenie nałożonej kary pieniężnej o 1/5 (20%) jej wymiaru w każdej ze wskazanych w niej kwot. Uwzględniając apelację powoda w tej części Sąd Apelacyjny zważył, że zaskarżona decyzja w uzasadnieniu rozstrzygnięcia co do wysokości wymierzonej kary pieniężnej nie zawiera wskazania stawki bazowej, od której Prezes UOKiK wyszedł dokonując jej podwyższenia i obniżenia w uwzględnieniu szczegółowo przytoczonych w decyzji okoliczności obciążających i łagodzących. Sąd zobowiązany jest jednak do stosowania prawa materialnego z urzędu. Mając więc na uwadze, że w świetle art. 111 u.o.k.ik. działanie przedsiębiorcy w warunkach tzw. recydywy antymonopolowej jest jedną z dwóch wymienionych wprost w ustawie okoliczności poważnie go obciążających, stwierdzenie że wbrew ustaleniu Prezesa UOKiK jedna z tych okoliczności po stronie powoda nie występuje, skutkować musiało istotnym obniżeniem kary pieniężnej nałożonej na powoda. W ocenie Sądu Apelacyjnego winno ono wynieść 20% tej kary. Sąd Apelacyjny uznał równocześnie, że pozostałe, wskazane przez Prezesa UOKiK, okoliczności obciążające (umyślność, długotrwałość opóźnienia w wykonaniu decyzji, istotne naruszenie interesu publicznego z uwagi na utrzymywanie stanu poważnego naruszenia konkurencji), a także łagodzące (częściowe wykonanie decyzji, stopniowe zmniejszanie się stanu naruszenia konkurencji w związku z wygasaniem kolejnych umów) zostały w tej sprawie ustalone i uwzględnione przy orzekaniu o wymierzeniu kary pieniężnej trafnie. Zaś kara ustalona w wysokości wskazanej ostatecznie w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie – jest odpowiednia i proporcjonalna do szkodliwości naruszenia prawa przez powoda, natury tego naruszenia, a także wpływu, jaki naruszenie to wywierało na rynek.

W pozostałym zakresie apelacja powoda okazała się nieuzasadniona w stopniu nie pozwalającym na jej uwzględnienie.

Odnosząc się do zawartych w apelacji zarzutów naruszenia prawa procesowego Sąd Apelacyjny zważył w pierwszym rzędzie, że jak trafnie stwierdził Sąd OKiK, podniesione w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Prezesa UOKiK prawa procesowego w postępowaniu administracyjnym winny być badane przy uwzględnieniu tego, że celem postępowania sądowego w tej sprawie jest rozstrzygnięcie sporu zaistniałego po wydaniu zaskarżonej decyzji. Rozstrzygając ten spór sądy powszechne zobowiązane były do weryfikacji zarzutów sformułowanych w odwołaniu i podtrzymywanych w toku procesu, a odnoszących się do decyzji i wadliwości procedowania przy jej wydawaniu, o ile miała wpływ na jej treść. Przy czym Sąd OKiK rozpoznawał wprawdzie odwołanie jako sąd pierwszej instancji, ale stwierdzenie to dotyczy wyłącznie trybu rozpoznawania sprawy (procedowania), nie zaś jego istoty. Postępowanie z zakresu ochrony konsumentów ma bowiem charakter hybrydalny - łączący w sobie dominujące w nim elementy sądowego postępowania pierwszoinstancyjnego z pewnymi elementami drugoinstancyjnej kontroli decyzji administracyjnej. Wyrok Sądu OKiK rozstrzyga o bycie prawnym zaskarżonej decyzji, eliminując ją z obrotu prawnego, bądź utrzymując w obrocie prawnym w dotychczasowej lub zmienionej postaci. Z tej przyczyny kognicja Sądu OKiK jest ograniczona do przedmiotu zaskarżonej decyzji. Sąd ten nie przeprowadza (nie powtarza) też postępowania dowodowego dokonanego już w postępowaniu administracyjnym. Zakres rozpoznania sprawy przez sąd wyznacza odwołanie, a strony dysponują w ramach tego zakresu stosowną swobodą inicjowania postępowania dowodowego, niezależnie od tego, że w postępowaniu tym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym.

Sąd Apelacyjny zważył ponadto, że w sprawie niniejszej zaskarżona decyzja zapadła na skutek ustalenia przez Prezesa UOKiK okoliczności negatywnej, t.j. tego, że powód dopuścił się zwłoki w wykonaniu decyzji (...). Zatem zarzuty odwołania winny koncentrować się na wykazaniu niezasadności takiego ustalenia oraz (ewentualnie) błędów w wymierzaniu kary pieniężnej. W konsekwencji w sprawie niniejszej to na powodzie spoczywał ciężar wykazania okoliczności pozytywnych – wykonania w niezbędnym do tego czasie obowiązku wyznaczonego wcześniejszą decyzją oraz błędów popełnionych przez pozwanego w postępowaniu administracyjnym, poprzedzającym wydanie spornej decyzji.

W świetle powyższych stwierdzeń, odnosząc się do podniesionych przez skarżącego zarzutów naruszenia prawa procesowego Sąd Apelacyjny zważył, że choć Sąd Okręgowy uchylił się de facto od rozpoznania zawartych w odwołaniu zarzutów dotyczących uchybień, których pozwany dopuścił się gromadząc materiał w postępowaniu

administracyjnym, jak również dość lakonicznie i fragmentarycznie ustalił stan faktyczny tej sprawy, bez wskazania dowodów, na których się oparł, to jednak uchybienia te nie prowadzą do uwzględnienia wniosków apelacji.

Sąd Apelacyjny zważył, że choć w toku postępowania administracyjnego Prezes UOKiK nie umożliwił powodowi ostatecznego zapoznania się z całością zebranych dowodów (dotyczy to szczególnie notatki zaliczonej do materiału dowodowego na ostatnim etapie tego postępowania, a istotnej dla ustalenia rynku właściwego), jednak w postępowaniu sądowym powód miał możliwość zaprezentowania wszystkich twierdzeń, a przede wszystkim dowodów, które w jego ocenie mogły mieć wpływ na ocenę zasadności zaskarżonej decyzji. Mógł więc również, kwestionując moc dowodową poszczególnych dowodów przeprowadzonych przez Prezesa UOKiK wykazać ich niedostatki oraz przedstawić przeciwdowody. Ostatecznie więc uchybienia proceduralne pozwanego w postępowaniu administracyjnym nie zaważyły na wyniku tej sprawy. Zatem uchylenie się przez Sąd OKiK od ich zbadania nie stanowi uchybienia skutkującego uwzględnieniem wniosków apelacji.

Sąd Apelacyjny uznał też, że te argumenty i dowody, które zostały przedstawione przez powoda na poparcie twierdzenia, że powód nie jest już podmiotem posiadającym pozycję dominującą na ustalonym przez Prezesa UOKiK rynku właściwym, w istocie nie podważają prawidłowości ustaleń poczynionych przez pozwanego na podstawie dowodów zebranych w postępowaniu administracyjnym – uzyskanych danych liczbowych, powołanych faktów i zebranych informacji, szczegółowo omówionych w uzasadnieniu decyzji nr (...), których prawdziwość nie została zakwestionowana i podważona przez powoda. Twierdzenia zaprezentowane w odwołaniu, prezentujące własną ocenę powoda, popartą zestawieniem w formie tabeli, przez nikogo nie podpisanym i pozbawionym odwołania do źródeł zawartych w nim informacji, a przez to nie poddającym się jakiegokolwiek weryfikacji, zawierające wywód odmienny od konkluzji uzasadniających zaskarżoną decyzję, nie są więc wystarczające dla skutecznego zakwestionowania przyjętych przez pozwanego podstaw faktycznych tej decyzji. Skarżący przedstawił sądowi jedynie własną interpretację nie dających się zweryfikować faktów. Nie podważył w ten sposób ustaleń faktycznych i ocen prawnych zawartych w decyzji.

Sąd Apelacyjny uznaje więc za trafne i przyjmuje za własne ustalenie Sądu Okręgowego że powód pozostaje podmiotem posiadającym pozycję dominującą na rynku właściwym ustalonym przez Prezesa UOKiK w decyzji nr (...), przez co zachodziły podstawy do wydania decyzji nr (...).

Sąd Apelacyjny zważył też, że powód z jednej strony nie kwestionuje tego, iż umowy długoterminowe obowiązujące w latach 2007 – 2011 powinny być zmodyfikowane, z drugiej zaś zarzuca, że pozwany nie udowodnił, iż umowy te naruszają prawo w taki sam sposób, jak umowy wskazane w uzasadnieniu decyzji nr (...). Równocześnie wywodzi, że ocena tych umów z punktu widzenia naruszania przez nią ustawy w sposób zarzucany w decyzji nr (...) możliwa była dopiero w roku 2009, po stworzeniu odpowiedniego narzędzia – (...). Jego stanowisko w tym względzie nie jest więc klarowne, co osłabia celność wyводу przedstawionego w odwołaniu i popieranego w apelacji. Co więcej, również w tym zakresie wywód odwołania poparty został zestawieniem w formie tabeli, przez nikogo nie podpisanym, a więc nie mającym cech dokumentu prywatnego w rozumieniu art. 245 k.p.c. Dowód ten nie poddaje się też jakiegokolwiek weryfikacji co do kwalifikacji i profesjonalizmu osoby formułującej zawarte w zestawieniu analizy i komentarze. Może być więc uznany jedynie za element gołosłownych twierdzeń powoda. W ocenie Sądu Apelacyjnego również w tym przypadku skarżący przedstawił sądowi jedynie własną interpretację dowolnie wybranych przez siebie faktów, ale nie podważył w ten sposób ustaleń faktycznych i ocen prawnych zawartych w decyzji.

Pomimo więc tego, że Sąd OKiK z naruszeniem art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. nie odniósł się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do dopuszczonych przez siebie dowodów określonych na rozprawie mianem dokumentów dołączonych do odwołania, uchybienie to nie miało wpływu na prawidłowość rozstrzygnięcia zawartego w wyroku.

Sąd Apelacyjny zważył też, że pomimo braku wskazania w uzasadnieniu tego wyroku ustaleń faktycznych w odniesieniu do pozostawania przez powoda w zwłoce w wykonaniu decyzji (...) w zakresie praktyki, o której mowa w pkt I (b) zaskarżonej decyzji, uzasadnienie wyroku sądu I instancji zawiera wystarczające określenie podstawy

faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia, a przez to poddaje się kontroli instancyjnej. Sąd Apelacyjny zważył przy tym, że oparcie się w tym zakresie na ustaleniach poczynionych przez pozwanego przy wydawaniu zaskarżonej decyzji nie może być uznane za błędne, skoro powód, choć sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia art. 107 w zw. z art. 9 ust 1 i 2 pkt 3 i 5 u.o.k.ik. (dawniej art. 8 ust 1 i 2 pkt 3 i 5 ustawy z 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów), nie przedstawił dowodów pozwalających na ustalenie, że różnicowanie w każdej z (...)wskazanych przez Prezes UOKiK umów wieloletnich obowiązujących po dniu 12 lipca 2007r. warunków zmiany masy towarów deklarowanej do przewozu w poszczególnych kwartałach i deklarowanej rocznej masy towarów, oparte było na przesłankach uzasadnionych ekonomicznie i obiektywnie nie godzących w konkurencję, a zatem ujęte w nich rozwiązania nie świadczą o kontynuacji niedozwolonej praktyki. Z przyczyn opisanych powyżej nie sposób uznać, by sam wywód zawarty w odwołaniu, poparty jedynie nie poddającym się weryfikacji zestawieniem ujętym w tabeli, uzasadniał przyjęcie, że okoliczność ta została udowodniona.

Ostatecznie więc, dzieląc ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego wskazane w uzasadnieniu jego wyroku, a także przyjmując, że przedstawiony przez powoda materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie odmienne, niż to, że powód w okresie od 12 lipca 2007 do końca 2011r. nie zaprzestał w całości praktyki określonej w pkt I, a także nie zaprzestał praktyki określonej w pkt IV i V decyzji nr (...), będąc stroną (...)umów wieloletnich zawartych przed 12 lipca 2007r. w okolicznościach różnicowania przez powoda warunków zmiany masy towarów deklarowanej do przewozu w poszczególnych kwartałach i deklarowanej rocznej masy towarów do przewozu.

W ocenie Sądu Apelacyjnego bez znaczenia dla ostatecznego wyniku sprawy pozostaje też okoliczność pominięcia przez Sąd OKiK wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez powoda dotyczących wprowadzenia tzw. (...) ((...)), jako postaci wykonania decyzji nr (...). Wbrew wywodom apelacji, Sąd OKiK nie poczynił w tej kwestii ustaleń co do tego, że powód nie posiadał harmonogramu działań naprawczych. Zaskarżone orzeczenie oparte zostało na (trafnym) ustaleniu, że powód nie zmienił kwestionowanych w decyzji nr (...) zasad w umowach wieloletnich obowiązujących w okresie od 12 lipca 2007r. do 31 grudnia 2011r. utrzymując (ze zmniejszającą się sukcesywnie intensywnością) niedozwolone praktyki określone w pkt I, IV i V tej decyzji. Wbrew też zarzutom apelacji ustalenia tego nie mogłaby zmienić nawet bardzo szczegółowa analiza zasad tworzenia i wdrażania (...) w strukturach powoda, ani – zgodne z jego twierdzeniem (k. 14 odwołania) – ustalenie, że stworzenie takiego instrumentu było jedną z trzech form aktywności (...), niezbędnych do pełnego wykonania obowiązku nałożonego na niego decyzją nr (...). Niezależnie bowiem od obowiązku podjęcia takich działań, które umożliwiały zapobieganie dopuszczaniu się przez powoda naruszeń prawa w przyszłości i identyfikowania zagrożeń w tym względzie, dla wykonania decyzji zobowiązany był on zaprzestać naruszeń trwających w dacie nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Obowiązki te uznać należy za co najmniej równorzędne. Przy czym, wbrew zarzutom apelacji, powód nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie argumentacji, jakoby (...) było narzędziem niezbędnym również dla zidentyfikowania tych spośród kontynuowanych umów wieloletnich, które zawarte były na niedopuszczalnych zasadach. Tym bardziej, że zakazane praktyki w tym zakresie zostały jednoznacznie określone i zdefiniowane w pkt I, IV i V decyzji (...). Choć więc stworzenie narzędzia takiego, jak (...) można uznać za element wykonania decyzji nr (...), nie usprawiedliwia to jednak stwierdzenia, że tym samym decyzja ta została wykonana w całości.

Ostatecznie więc, choć uzasadnienie zaskarżonego wyroku obciążone jest uchybieniami proceduralnymi wskazanymi w apelacji powoda, Sąd Apelacyjny nie dopatrył się w tych uchybieniach podstaw do zmiany wyroku w sposób postulowany w apelacji (za wyjątkiem omówionej wyżej modyfikacji wymierzonej kary pieniężnej).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, wobec prawidłowych ostatecznie, choć wymagających wyżej wskazanego uzupełnienia, ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd OKiK, również zarzuty naruszenia prawa materialnego okazały się chybione.

Nie doszło w tej sprawie do zarzucanego w apelacji naruszenia art. 107 u.o.k.ik. Sąd OKiK trafnie bowiem odmówił ponownej weryfikacji tych zarzutów odwołania, które stanowiły polemikę z decyzją nr (...). Dotyczy to w szczególności prawidłowości zdefiniowania przez pozwanego relewantnego rynku produktowego. Przy czym powód nie został tym samym pozbawiony możliwości dowodzenia w niniejszej sprawie, że na tak określonym rynku nie ma statusu

przedsiębiorcy o pozycji dominującej. Jedynie z przyczyn opisanych powyżej Sąd Apelacyjny podzielił ocenę Sądu OKiK, że okoliczność ta nie została udowodniona. Prawdłowo też, uwzględniając to, że umowy wieloletnie badane przy wydaniu decyzji nr (...) nie były tożsame z umowami badanymi przy wydaniu decyzji wcześniejszej, Sąd OKiK ustalił, że działania powoda przy zawieraniu umów wieloletnich obowiązujących po 12 lipca 2007r. były tożsame z działaniami stanowiącymi podstawę faktyczną wydania decyzji stwierdzającej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję. Jak bowiem wyżej wskazano, okoliczność przeciwna winna być wykazana w toku procesu przez powoda, czemu powód również nie sprostał.

Zaskarżony wyrok nie narusza też art. 107 w zw. z art. 10 u.o.k.ik. Jak wyżej wskazano, Sąd OKiK trafnie dostrzegł, że decyzja stwierdzająca stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję nie nakładała na powoda obowiązku zastosowania sztywno określonych form wykonania tej decyzji. Zaskarżone orzeczenie nie pozbawia tym samym swobody działania przedsiębiorcy w tym zakresie. Uznanie zwłoki (...) w wykonaniu decyzji nr (...) wynika z prostego stwierdzenia, że nie podjął on bez zbędnej zwłoki działań zmierzających do wyeliminowania z obrotu tych umów wieloletnich lub ich zapisów, które po dniu 12 lipca 2007r. nadal stanowiły przejaw niedozwolonych praktyk antykonkurencyjnych. Nie może bowiem budzić wątpliwości, że utrzymanie takiego stanu bezwzględnie musi być kwalifikowane jako zwłoka w wykonaniu decyzji, a nie kolejne naruszenie prawa. Nakaz zaniechania praktyk określonych w decyzji nr (...) niewątpliwie obejmuje też czas przyszły w stosunku do daty wykonalności decyzji. Świadome kontynuowanie zakazanych praktyk w tym zakresie został więc trafnie uznany przez Sąd OKiK za pozostawanie w „umyślnym zaniechaniu”. Sytuacji tej nie tłumaczy decyzja powoda o przygotowaniu jasnych i przejrzystych oraz uzasadnionych ekonomicznie zasad ustalania cen dla kontrahentów na przyszłość. Nie sposób także uznać za usprawiedliwione tłumaczenie powoda o konieczności oczekiwania na opracowanie modelu pozwalającego na obiektywne kształtowanie warunków kosztowych. Powód nie udowodnił bowiem, jakoby bez modelu (...) nie był władny dokonać identyfikacji oraz eliminacji kwestionowanych przez Prezesa UOKiK różnic czynionych przez niego między własnymi kontrahentami. Tym bardziej, że zasady identyfikacji umów wieloletnich zawieranych z zastosowaniem praktyk ograniczających konkurencję wynikają wprost z sentencji i uzasadnienia decyzji nr (...). Powód nie miał też kłopotów z identyfikacją takich umów na przyszłość, co sam przyznał stwierdzając, że zaniechał ich zawierania. Niezależnie więc od tego, czy i w jakim zakresie o intencjach powoda przesądza cytowana przez Prezesa UOKiK wypowiedź o braku zainteresowania zmianą umów i oczekiwaniu na ich wygaśnięcie, stwierdzić należy, że intencje te wynikają wprost w fakcie zaniechania jakichkolwiek negocjacji ze stronami spornych umów, zmierzających do przywrócenia stanu zgodnego z prawem.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego powód nie wykazał też w toku procesu nietrafności rozumowania pozwanego prowadzącego do konkluzji, że okres 2 miesięcy był właściwy dla wykonania decyzji nr (...) w zakresie wyeliminowania spornych zapisów umów wieloletnich z obrotu. Jak zaś wskazano powyżej, ciężar dowodu w tej kwestii spoczywał na powodzie. Przy czym za daleko niewystarczające uznać należy gołosłowne twierdzenie, że okres 2 miesięcy jest zbyt krótki. Szczególnie, że powód niewątpliwie dysponuje potencjałem intelektualnym, kadrowym i profesjonalnym umożliwiającym wykonanie decyzji także w spornym zakresie lub choćby rozpoczęciem koniecznych działań – w terminie wskazanym przez pozwanego. Ponadto, ani w odwołaniu, ani nawet w apelacji, powód nie określił jaki czas był w tym względzie właściwy. Trudno bowiem uznać za odpowiadające wykonaniu decyzji w tej części poddanie wygasających już umów analizie w roku 2009 – i to bez dalszych praktycznych konsekwencji.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Sądu Apelacyjnego, podniesione w apelacji zarzuty naruszenia prawa procesowego i materialnego (poza wyżej omówionym zarzutem skutecznie podważającym wymiar kary pieniężnej) uznać należy ostatecznie za chybione. Sąd Apelacyjny nie dopatrył się też naruszenia przez Sąd OKiK prawa materialnego, skutkującego zmianą zaskarżonego wyroku. Powód nie udowodnił bowiem zasadności wniesionego odwołania, pozwany zaś działał w ramach przyznanych mu kompetencji, realizując obowiązki wskazane w art. 107 u.o.k.ik.

Z tych względów Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji na zasadzie art. 306 § 1 k.p.c. i art. 385 k.p.c. oraz rozstrzygnął o kosztach postępowania apelacyjnego zgodnie z zasadą wskazaną w art. 100 zd. pierwsze k.p.c. W postępowaniu tym żądania apelującego zostały bowiem w części uwzględnione.