

Sygn. akt VI ACa 1096/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 września 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący Sędzia SA Aldona Wapińska

Sędzia SA Jacek Sadowski

Sędzia SO (del) Aleksandra Kempczyńska (spr.)

Protokolant

po rozpoznaniu w dniu 24 września 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Grupy (...) S.A. w W. przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanych:

(...) sp. z o.o. w Z., (...) sp. z o.o. w U., M. – C. sp. j. W. M., E. M. i wspólnicy w R., Fabryki (...) w L., (...) sp. z o.o. we W., D. M. P.H.U (...) w B.- (...), (...) sp. z o.o. w W., (...) sp. z o.o. w O., (...) Przedsiębiorstwo (...) M., A. M., M. M. sp.j. w S., Przedsiębiorstwa (...) A. i M. R. sp.j. w L., K. i spółka sp.j. w C., Firmy Handlowej (...) K. C. i T. C. sp.j. w S., „ Firmy Handlowo-Usługowej (...), M. O. i B. (...) spółka jawna” w E., W. M. (2) oraz (...) s.c. „Z.W. M.” w Z., M. K. P.H.U. (...) w G., M. M. (3) Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe - (...) w Ł., M. W. Firma Handlowo-Produkcyjna (...) Skład (...) - Metalowy w B., D. W. Firma Handlowo-Usługowa (...) w J., Przedsiębiorstwa Handlowego (...) B. D. (1), B. D. (2), Ł. D. sp.j. w T., (...) Sp. z o.o. w L., S. O. Firma (...) w N., T. Ć. Przedsiębiorstwo - Produkcyjno - Handlowo - Usługowe (...) w D., (...) sp. z o.o. w P., Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego (...) sp. z o.o. w K., (...) sp. z o.o. w B., Przedsiębiorstwa (...) T. i T. sp.j. w R., A. M. (2) Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...) w S., G. S. Hurtownia (...) w B., P. G. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...) w B., Hurtowni (...) sp. z o.o. w D., (...) Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe sp. z o.o. w T., S. Z. (1) Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe (...) w N., A. S. Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe (...) w G., (...) sp. z o.o. w W. (poprzednio Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w J. P.), (...) + (...) C.” sp. z o.o. w B., (...) sp. z o.o. sp. k. w B., R. M. Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe (...) w P., (...) sp.j. w R., P. K. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) w M., E. Ż. PPHU (...) Hurtownia (...) w K., (...) K. T. i Wspólnicy sp.j. w C., (...) sp. z o.o. w Z., Przedsiębiorstwa Handlowego (...) sp. z o.o. w K., H. D. (...) Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowo - Produkcyjne w K., Zakładu Usługowo Handlowego (...) sp. z o.o. sp. k. w S. (poprzednio Zakład Usługowo-Handlowy (...) sp.j. w S.), A. M. (3) (...) w P., R. B. (...) w K., (...) G. sp. j. w Ł. (poprzednio (...) - Firma Handlowa, B. G., K. G., spółka jawna w Ł.), I. W. (...) I. W. w K., (...) sp. z o.o. sp. k. w K. (poprzednio (...) sp.j. w K.), Przedsiębiorstwa Handlu (...) S.A. w P., (...) S.A. w W., T. M. Hurt i (...) w D.

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji pozwanego

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

z dnia 29 stycznia 2013 r.

sygn. akt XVII AmA 121/10

1. oddala apelację;

2. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz Grupy (...) S.A. w W. kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Aleksandra Kempczyńska Aldona Wapińska Jacek Sadowski

Sygn. akt VI ACa 1096/14

UZASADNIENIE

Decyzją Nr (...) z dnia 28 grudnia 2009 r. pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego przeciwko Fabryce (...) S.A. w L. oraz innym przedsiębiorcom :

a) na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez Fabrykę (...) S.A. w L. oraz wskazanych w decyzji przedsiębiorców, a wśród nich Grupę (...) S.A. w W., niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku krajowym sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów, poprzez ustalanie pomiędzy Fabryką (...) S.A. w L. oraz wskazanymi w decyzji przedsiębiorcami w umowach handlowych dotyczących sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez (...) S.A. w L., cen sprzedaży tych towarów, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 1 stycznia 2007 r., za wyjątkiem Przedsiębiorstwa Handlowego (...) B. D. (1), Ł. D. sp.j. w T., który zaniechał stosowania tej praktyki z dniem 6 maja 2006 r.

b) na podstawie art. 105 ust. 1 kpa w zw. z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów umorzył jako bezprzedmiotowe postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia przez Towarzystwo (...) S.A. w K. i Fabrykę (...) SA w L. niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku krajowym sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez ustalanie pomiędzy powyżej wskazanymi przedsiębiorcami w umowach handlowych dotyczących sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez (...) SA w L., cen sprzedaży tych towarów przez (...) SA.

c) na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów nałożył, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I.a sentencji niniejszej decyzji, kary pieniężne na wskazanych przedsiębiorców, w tym na Grupę (...) S.A. w W. karę w wysokości 2.069.810 zł.

d) na podstawie art. 77 w zw. z art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów postanowił obciążyć tych przedsiębiorców kosztami opisanego w pkt I.a postępowania, w tym Grupę (...) S.A. w W. kwotą 45 zł oraz zobowiązał tych przedsiębiorców do ich zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Od niniejszej Decyzji odwołanie złożył powód – Grupa (...) S.A. w W., zaskarżając decyzję w części go dotyczącej tj. w zakresie pkt I a) 19, I c) 21 oraz I d) 21. Powód zarzucił zaskarżonej decyzji:

1. naruszenie prawa materialnego:

- art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej „Ustawa”) poprzez błędne przyjęcie, iż istniało niedozwolone porozumienie, którego uczestnikiem był skarżący, a polegające na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów, którego celem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji, w sytuacji, gdy zebrane w sprawie dowody tego nie potwierdzają;

- naruszenie przepisów prawa wspólnotowego, w szczególności Obwieszczenia Komisji – Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych w zw. z art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie: art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej; dalej: „TWE”) poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy wyłączają one spod zakazu umowy agencyjne, a skarżący działa jak agent;

- art. 3 Ustawy poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy wyłącza on zastosowanie Ustawy do postanowień ograniczających konkurencję, dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw, co w niniejszej sprawie dotyczy zakazu stosowania cen odsprzedaży poniżej kosztów zakupu przewidzianego w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w konsekwencji błędnego ustalenia, iż doszło do ustalenia cen minimalnych;

- art. 1 ust. 1 Ustawy poprzez błędne przyjęcie, iż Umowa zawarta pomiędzy (...) i Grupą (...) S.A. narusza interes publiczny;

2. naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na wynik sprawy tj.:

- art. 77 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 Ustawy poprzez nie wyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, w szczególności poprzez niezbadanie specyfiki działalności przedsiębiorstwa skarżącego w formie grupy zakupowo-sprzedażowej i pełnienia roli agenta wobec swoich akcjonariuszy, co wyłącza możliwość naruszenia konkurencji na rynku właściwym poprzez ustalenie cen sprzedaży towarów;

- art. 107 § 3 k.p.a. w związku z art. 83 Ustawy poprzez niewskazanie w uzasadnieniu decyzji, na podstawie jakich okoliczności uznano za dowiedzione i w oparciu o jakie dowody przyjęto, iż umowa zawarta przez skarżącego z Fabryką (...) S.A. w L. mogła mieć antykonkurencyjne skutki na rynku właściwym;

- naruszenie art. 106 Ustawy poprzez nałożenie na Grupę (...) kary w sytuacji, gdy jej działanie nie nosiło znamion bezprawności;

- naruszenie art. 111 Ustawy poprzez nieuwzględnienie przy ustalaniu wysokości kary okresu, stopnia oraz innych okoliczności łagodzących zarzucanego skarżącemu naruszenia konkurencji.

Wobec powyższego powód wniósł o:

1) uchylenie zaskarżonej decyzji w punktach I a) 19, I c) 21 oraz I d) 21,

a ewentualnie o

2) zmianę zaskarżonej decyzji w części dotyczącej skarżącego poprzez uznanie, iż umowa z dnia 2 stycznia 2006 r. zawarta pomiędzy Fabryką (...) S.A. w (...) S.A. nie narusza art. 6 ust. 1 pkt 1 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i nie stanowi praktyki ograniczającej konkurencję i uchylenie kary nałożonej na skarżącego w całości,

3) lub zmianę zaskarżonej decyzji w części dotyczącej skarżącego poprzez uchylenie kary nałożonej na skarżącego w całości,

4) a także zasądzenie od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz skarżącego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Nadto powód wniósł o wstrzymanie wykonania zaskarżonej decyzji w części dotyczącej skarżącego do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia sprawy;

oraz o:

5) dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- dowodu z zeznań świadków:

a) W. P. - Głównego Informatyka w Grupie (...) S.A.;

b) J. K. (1) - Kierownika d/s Logistyki i Zaopatrzenia w Grupie (...) S.A. oraz Koordynatora d/s Sprzedaży z Magazynu Centralnego;

c) S. Z. (1) - Dyrektora handlowego Grupy (...) S.A.

na następujące okoliczności:

- że odbiorcą towarów nabywanych przez Grupę (...) S.A. od Fabryki (...) S.A. w L. byli wyłącznie jej akcjonariusze lub spółki przez nich kontrolowane;

- jaki jest cel i założenia działalności Grupy (...) S.A. oraz zasady jej działalności;

- że działalność Grupy (...) S.A. nie jest nastawiona na maksymalizację zysku;

- jaki był zysk Grupy (...) S.A. w poszczególnych latach;

- jaka jest wielkość sprzedaży towarów nabywanych od Fabryki (...) S.A. w porównaniu do całości obrotów Grupy (...) S.A.;

- jaki był zysk Grupy (...) S.A. ze sprzedaży towarów nabywanych od Fabryki (...) S.A.;

- dowodu z przesłuchania stron - w tym za skarżącego: Dyrektora Zarządu B. P. na następujące okoliczności:

- że odbiorcą towarów nabywanych przez Grupę (...) S.A. od Fabryki (...) S.A. w L. byli wyłącznie jej akcjonariusze lub spółki przez nich kontrolowane;

- jaki jest cel i założenia działalności Grupy (...) S.A. oraz zasady jej działalności;

- że Grupa (...) pełni rolę agenta;

- że działalność Grupy (...) S.A. nie jest nastawiona na maksymalizację zysku;

- jaki był zysk Grupy (...) S.A. w poszczególnych latach;

- jaka jest wielkość sprzedaży towarów nabywanych od Fabryki (...) S.A. w porównaniu do całości obrotów Grupy (...) S.A.;

- jaki był zysk Grupy (...) S.A. ze sprzedaży towarów nabywanych od Fabryki (...) S.A.;

- okoliczności zawarcia umowy z Fabryką (...) S.A. i jej wykonywania;

- dowodu z następujących dokumentów:

a) lista akcjonariuszy Grupy (...) S.A. dokonujących zakupów;

- b) wzór umowy partnerskiej z załącznikami;
- c) raport roczny Grupy (...) S.A. za rok 2001 r.;
- d) raport roczny Grupy (...) S.A. za rok 2002 r.;
- e) raport roczny Grupy (...) S.A. za rok 2003 r.;
- f) raport roczny Grupy (...) S.A. za rok 2004 r.;
- g) raport roczny Grupy (...) S.A. za rok 2005 r.;
- h) raport roczny Grupy (...) S.A. za rok 2006 r.;
- i) raport roczny Grupy (...) S.A. za rok 2007 r.;
- j) raport roczny Grupy (...) S.A. za rok 2008 r.;

na następujące okoliczności:

- że odbiorcą towarów nabywanych przez Grupę (...) S.A. od Fabryki (...) S.A. w L. byli wyłącznie jej akcjonariusze i spółki przez nich kontrolowane;

- jaki jest cel i założenia działalności Grupy (...) S.A. oraz zasady jej działalności;

- że działalność Grupy (...) S.A. nie jest nastawiona na maksymalizację zysku;

- jaki był zysk Grupy (...) S.A. w latach 2001-2008;

k) zestawienie sprzedaży przez Grupę (...) towarów zakupionych od Ś. w 2006 r. na okoliczność wysokości zysku, jaki uzyskał skarżący w wykonaniu Umowy;

l) kopia e-maila z dnia 6 kwietnia 2006 r. przesłanego przez J. K. (2) (członka zarządu w Fabryce (...) S.A.) do S. Z. (1) z Grupy (...), na okoliczność, iż Umowa opatrzona datą 02.01.2006 r. została zawarta dopiero w kwietniu 2006 r.

Wyrokiem z dnia 29 stycznia 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił pkt I a) ppkt 19, I c) ppkt 21 oraz I d) ppkt 21 zaskarżonej Decyzji i zasądził od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz Grupy (...) S.A. w W. kwotę 1.360 zł tytułem kosztów procesu.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne i ich ocena prawna:

Fabryka (...) S.A. w L. zawarła z szeregiem wskazanych w decyzji przedsiębiorców, w tym z Grupą (...) S.A. z siedzibą w W. umowy handlowe obowiązujące w 2005 (umowy handlowe z dnia 10 stycznia 2005r.) i 2006 r. (umowy handlowe z dnia 2 stycznia 2006 r.), zawierające tożsame postanowienia, dotyczące sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez Fabrykę (...) S.A. w L., cen sprzedaży tych towarów przez odbiorców. Inicjatorem przedmiotowego porozumienia była Fabryka (...) S.A. w L., która przygotowała zakwestionowany wzorzec umowny na 2005r. wraz z aneksami oraz na 2006 r. wraz z aneksami. Fabryka (...) S.A. opracowała także „Deklarację przestrzegania zasad sprzedaży” jako towarzyszącą umowie handlowej z 3 stycznia 2005 r., która została niezwłocznie wycofana z obrotu i zastąpiona umową właściwą z dnia 10 stycznia 2005 r., o której mowa powyżej.

Zgodnie z § 5 pkt 5.2.6 tych umów handlowych odbiorca zobowiązany był m.in. do dołożenia w miarę możliwości, z uwzględnieniem postanowień punktu 5.2.13 tej umowy oraz w zakresie dozwolonym obowiązującymi przepisami prawa starań, aby sprzedaż wyrobów (...) S.A. na każdym ze szczebli dystrybucji odbywała się z uwzględnieniem zasad uczciwej konkurencji. „Przejawiać się to powinno w zakazie stosowania cen nieuczciwych, za które uważane będą ceny, które w sposób znaczny odbiegają od cen cennikowych lub sugerowanych” za wyjątkiem promocji, „a także w zapobieganiu nieuzasadnionemu różnicowaniu cen wyrobów na każdym ze szczebli dystrybucji, (...) nie sprzedawania tych wyrobów po cenach dumpingowych lub rażąco niskich, zawierających nieuzasadnione lub/i zróżnicowane opusty, rabaty bądź inne instrumenty finansowe wpływające na cenę wyrobu, której stosowanie może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji i wpływać na zachwianie równowagi rynkowej oraz zdrową konkurencję”. Powyższe zalecenia (...) S.A. „podyktowane są w szczególności stosownymi przepisami prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i troską o dobre imię i pozycję rynkową (...) S.A., które mogą doznać uszczerbku również poprzez dalsze działania odbiorcy”. Dalej ten punkt umowy zawiera uregulowanie, iż „odbiorca zobowiązuje się do uwzględnienia w swoich działaniach zaleceń wymienionych w zdaniach poprzednich oraz uprzedniego uzgadniania z Dostawcą stosowanych warunków przy wprowadzeniu wyrobów Dostawcy na niższe szczeble dystrybucji w zakresie ich zgodności z zasadami uczciwej konkurencji oraz polityki handlowej Dostawcy, jak również dołożenia staranności, aby sprzedaż detaliczna wyrobów Dostawcy odbywała się w sugerowanych cenach nie niższych niż cena cennikowa wyrobu zgodnie z cennikiem o którym mowa w § 9 umowy” tj. z cennikiem aktualnym w momencie podpisania umowy. (...) S.A. zobowiązała się w umowie do pisemnego powiadamiania odbiorców o każdorazowej zmianie cen na 30 dni przed rozpoczęciem obowiązywania nowych cen oraz przesłania pisemnego powiadomienia o szczegółach tej zmiany na 14 dni przed dniem rozpoczęcia ich obowiązywania.

Umowa ta regulowała ponadto w § 5 pkt 5.2.8 i pkt 5.2.10, iż (...) S.A. zastrzegła sobie prawo wglądu do dokumentów związanych ze sprzedażą przez odbiorcę jej wyrobów oraz iż na żądanie (...) S.A. odbiorcy przekażą jej sprawozdania finansowe oraz sprawozdania statystyczne za wskazane przez nią okresy.

Zgodnie z treścią § 5 pkt 5.2.13 umowy odbiorcy byli również zobowiązani do „przestrzegania zasad polityki handlowej Dostawcy, a w szczególności zasad uczciwej konkurencji przejawiających się również w zakazie stosowania cen nieuczciwych, za które były uważane ceny, które w sposób znaczący odbiegają od cen cennikowych lub sugerowanych”, za wyjątkiem okresów promocji.

Z kolei § 10 pkt 1 umowy przewidywał wysokość opustów podstawowych przyznanych przez (...) S.A. odbiorcom, w zależności od ich aktywności na rzecz (...) S.A., szerokości sprzedawanego asortymentu, przestrzegania terminów płatności oraz przestrzegania pozostałych warunków handlowych ustalonych w tej umowie, w wysokości wskazanej w § 10 pkt 2 umowy. Jednakże stosownie do § 10 pkt 5 tej umowy w przypadku nie stosowania się odbiorców do polityki handlowej (...) S.A. przedsiębiorca ten miał prawo do jednostronnej zmiany wcześniej ustalonych warunków handlowych.

§ 13 pkt 13.3 umowy przewidywał, iż rażące naruszenie jej postanowień przez odbiorców, a w szczególności w razie powtarzającego się niestosowania się odbiorców do zasad uczciwej konkurencji lub polityki handlowej (...) S.A. upoważniało tego przedsiębiorcę do jej rozwiązania ze skutkiem natychmiastowym.

Do przedmiotowej umowy z 2006 r. (...) S.A. oraz odbiorcy zawarli w dniu 2 stycznia 2006 r. aneksy o numerach (...) o analogicznej treści, różniące się wszelako wielkością opustów w zależności od wielkości sprzedaży wyrobów (...) S.A.

Aneks nr (...) dotyczył uszczegółowienia zapisów zawartych w § 10 umowy tj. wielkości przyznanego odbiorcy opustu w zależności od wielkości sprzedaży towarów (...) S.A. w poszczególnych miesiącach roku. Jednakże aneks ten w § 2 pkt 9 przewidywał, iż wszelkie upusty mogą zostać wstrzymane przez (...) S.A. w przypadku naruszenia zasad uczciwej konkurencji lub/i zasad polityki handlowej tego przedsiębiorcy opisanych w punktach 5.2.1-5.2.17 umowy handlowej. Przy czym „w przypadku wątpliwości co do zasad przestrzegania umowy handlowej odbiorca winien poddać się kontroli odpowiednich dokumentów w tym zakresie przez Dostawcę” (§ 10 pkt 9 aneksu).

Z kolei aneks nr (...) przewidywał przyznanie odbiorcom dalszych dodatkowych opustów kwartalnych od obrotów netto do określonej w tych aneksach wysokości za należyte realizowanie przez odbiorców polityki handlowej (...) S.A. Podstawowymi kryteriami oceny odbiorców w zakresie realizowania polityki handlowej (...) S.A. było rzetelne realizowanie przede wszystkim umowy handlowej za rok 2006, a zwłaszcza postępowanie zgodnie z postanowieniami punktów 5.2.1-5.2.17 tej umowy (§ 2 pkt 1 aneksu).

W 2006 r. odbiorców oprócz umów obowiązywały też dwa wykazy cen stworzone przez (...) S.A. Pierwszy cennik obowiązywał ich od 30 maja 2005 r. do 22 lutego 2006 r., drugi cennik obowiązywał od 23 lutego 2006 r.

Cenniki „(...)” S.A. zawierające ceny, do których odnosiły się zapisy przedmiotowych umów handlowych były zamieszczane na stronie internetowej producenta.

Wszystkie umowy handlowe były stosowane przez (...) S.A oraz wymienionych wyżej przedsiębiorców do dnia 31 grudnia 2006 r., za wyjątkiem przedsiębiorcy Przedsiębiorstwo Handlowe (...) B. D. (1), Ł. D. sp. j. w T., który zaniechał jej stosowania z dniem 6 maja 2006 r.

Analogiczna umowa nr (...) datowana na dzień 2 stycznia 2006 r. między Fabryką (...) S.A. w L. a Grupą (...) S.A. w B. (obecnie z siedzibą w W.) obowiązująca do 31 grudnia danego roku została dopasowana do specyfiki tego odbiorcy jako grupy zakupowo – sprzedażowej. Grupa (...) działa na rzecz podmiotów prowadzących sprzedaż hurtową i detaliczną, w szczególności materiałów budowlanych. Funkcjonuje dla celów wzmocnienia siły przetargowej przy negocjowaniu najkorzystniejszych warunków działalności handlowej dla swoich akcjonariuszy, którymi są m.in. małe i średnie przedsiębiorstwa krajowe w branży budowlanej.

Zgodnie z § 4 pkt 4.1.11 wymienionej umowy Dostawca sprzedaje swoje wyroby określone niniejszą umową a Odbiorca je nabywa w celu wprowadzenia ich do obrotu wyłącznie na rzecz ostatecznych odbiorców (użytkowników końcowych), w ramach sprzedaży w hurtowniach i sklepach należących do Odbiorcy lub jego Udziałowców. Odbiorca powstrzyma się w szczególności od wprowadzania wyrobów objętych niniejszą umową do innych kanałów dystrybucyjnych np. poprzez odsprzedawanie tych wyrobów do innych sklepów lub hurtowni.

Zawarty przez Fabrykę (...) S.A. w (...) S.A. w B. (obecnie z siedzibą w W.) aneks nr (...) z dnia 1 kwietnia 2006 r. dotyczył, jak wynika z jego treści, umowy nr (...) z dnia 1 kwietnia 2006 r., chociaż data zawarcia umowy wskazana w umowie jest inna.

Akcjonariusze Grupy (...) związani są z nią umowami partnerskimi, zgodnie z którymi zadaniem Grupy (...) jest negocjowanie specjalnych cen i specjalnych warunków zakupu i sprzedaży towarów, a następnie sprzedaż materiałów budowlanych na rzecz Partnerów (pkt 3.1.2, 3.1.3).

W myśl pkt 4.1 tych umów partnerskich Spółka zleca, a Partner przyjmuje czynności w zakresie dystrybucji i akwizycji sprzedaży towarów handlowych objętych ofertą Spółki. Produkty sprzedawane Partnerowi mogą być objęte zastrzeżeniem własności i mogą pozostawać własnością Spółki do chwili uiszczenia przez Partnera ceny sprzedaży. Zastrzeżeniem własności nie będą objęte wyroby, podlegające dalszej odsprzedaży przez Partnera. Gospodarczo i prawnie Partner pozostaje samodzielnym przedsiębiorcą. Kupuje i sprzedaje we własnym imieniu i na własny rachunek.

Punkt 4.3 wskazuje, iż Partner zobowiązuje się do utrzymania zapasów towarów, zakupionych za pośrednictwem Spółki.

Punkt 4.7 stanowi, iż w trakcie centralnych promocji Spółki Partnerzy w nich uczestniczący zobowiązują się do stosowania cen nie wyższych niż wskazane w materiałach promocyjnych.

Według pkt 4.17.1 Partner uczestniczy wykonawczo i finansowo (w ramach opłaty licencyjnej) w kampaniach reklamowych i promocyjnych organizowanych przez Spółkę. Dodatkowo Partner pokrywa koszty druku i dystrybucji ulotek promocyjnych zamawianych wg własnego zapotrzebowania, po uzgodnieniu ze Spółką.

Grupa (...) S.A. w roku 2006 nie prowadziła sprzedaży towarów (...) S.A. w ramach marketów (...), stanowiących własność Grupy (...).

Od 2007 r. (...) S.A. zmieniła wzór umowy handlowej zawieranej z odbiorcami w zakresie brzmienia § 5 umowy, zobowiązując odbiorców do dołożenia staranności, aby sprzedaż detaliczna jej wyrobów odbywała się w sugerowanych cenach, które w sposób znaczny i nieuzasadniony nie będą odbiegać od ceny cennikowej wyrobu zgodnie z cennikiem, o którym mowa w § 9 tej umowy, tj. cennikiem z dnia wskazanego w tym postanowieniu umowy. Umowy handlowe obowiązujące w 2007 r. zawierane były w oparciu o wzór z dokonaną zmianą § 5.

Postanowieniem z dnia 14 grudnia 2007 r. wszczęto postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez Fabrykę (...) S.A. w L. oraz szereg przedsiębiorców niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję.

W toku postępowania jeden z przedsiębiorców T. Ć. prowadzący działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo-Produkcyjno-Handlowo-Usługowe (...) w D. przedstawił dokumentację, mającą znaczenie dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, w tym własną korespondencję z Fabryką (...) S.A. dotyczącą ustalania cen na produkty (...) S.A.

Dnia 28 grudnia 2009 r. Prezes UOKiK wydał zaskarżoną Decyzję, w której przesądził na podstawie zgromadzonych w postępowaniu umów handlowych, że Fabryka (...) S.A. w L. zawarła z wymienionymi przedsiębiorcami, w tym Grupą (...) S.A. w B. (obecnie z siedzibą w W.), niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności powołanych odpisów dokumentów, których autentyczności ani treści strony nie kwestionowały, zaś Sąd także nie miał wątpliwości co do ich wartości dowodowej, stąd były one przydatne dla ustalenia stanu faktycznego, a uzupełniając także w oparciu o zeznania świadków: W. P., J. K. (1), S. Z. (1) oraz zeznania B. P. – Prezesa Grupy (...)S.A. przesłuchiwanego w charakterze strony powodowej.

W ocenie Sądu Okręgowego odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przede wszystkim Sąd zwrócił uwagę, że z dniem 1 maja 2004 r. stosując prawo wewnętrzne sądy krajowe zobowiązane są tak dalece, jak jest to możliwe, dokonywać jego wykładni w świetle brzmienia i celu aktów prawnych wymienionych w akapicie 1, 2, 3 art. 249 TWE, by osiągnąć przewidziany w nich rezultat.

Art. 81 ust. 1 TWE (obecnie art. 101 ust. 1 TWE) jest zharmonizowany z art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Polskie prawo nie reguluje kwestii wyłączeń grupowych spod zakazu art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w dziedzinie umów agencyjnych, zajmują się zaś nimi Wytyczne Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych.

W ocenie Sądu Okręgowego, brak odniesienia się przez ustawodawcę polskiego co do wyłączeń umów agencji spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie może stanowić przesłanki istnienia bardziej restrykcyjnego krajowego unormowania antymonopolowego w tym zakresie, niż przyjęte w prawie wspólnotowym. Zatem Wytyczne Komisji Europejskiej powinny być brane pod uwagę w rozważaniach prowadzonych w przedmiotowej sprawie, tym bardziej wobec podniesionego w odwołaniu przez powoda zarzutu naruszenia przepisów prawa wspólnotowego w tym zakresie.

Wprawdzie art. 249 TWE wymienia w akapicie piątym „zalecenia” i opinie”, do której to grupy aktów w ocenie Sądu zaliczają się także wytyczne jako akty nie mające „mocy wiążącej”, nie mniej mogą one wywierać skutki prawne. Sąd wskazał, iż zgodnie z orzeczeniem TSWE z dnia 13 grudnia 1989 r. w sprawie 322/88 *Salvadore Grimaldi* przeciwko

Fonds des maladies professionnelles Zb. Orz. 1989 s.4407,, (...) sądy krajowe są zobowiązane do wzięcia pod uwagę zaleceń w celu rozstrzygnięcia sporów im przedstawionych, w szczególności, gdy rzucają one światło na interpretację środków krajowych przyjętych w celu implementowania ich lub gdy mają na celu uzupełnienie wiążących postanowień Wspólnoty”.

Powód podniósł m.in., iż Prezes UOKiK naruszył przepisy prawa wspólnotowego Obwieszenie Komisji - Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych w związku z art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy wyłączają one spod zakazu umowy agencyjne, a Grupa (...) S.A. działała właśnie jako agent. Należało zatem przeprowadzić rozważania także pod kątem wyłączenia zawartej przez Grupę (...) ze (...) S.A. umowy spod zakazu art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta z uwzględnieniem warunków określonych w wymienionych powyżej Wytycznych.

Z powołanych Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych (200/C 291/01 Dz.U. UE C z dnia 13 października 2000 r.) wynika, iż ocena umów agencyjnych winna być dokonana poprzez przeprowadzenie weryfikacji rodzajów ryzyka lub kosztów wymienionych w pkt 14, 15 i 16 Wytycznych, kwestię ryzyka należy w każdym wypadku oceniać indywidualnie i w odniesieniu do rzeczywistego kontekstu ekonomicznego danej sytuacji, a nie pod względem formalno-prawnym. Należało więc, stosując przytoczone Wytyczne, dokonać oceny przejmowania ryzyka finansowego na podstawie całokształtu stosunków łączących Grupę (...) z akcjonariuszami i uwzględnić efekt ekonomiczny porozumienia oraz innych porozumień z nim powiązanych. Zgodnie z Wytycznymi z punktu widzenia stosowania art. 101 ust. 1 TFUE istotne jest ryzyko finansowe lub handlowe ponoszone przez agenta w związku z działaniami, do których został wyznaczony jako agent przez dającego zlecenie. Jeżeli agent nie ponosi żadnego ryzyka lub ponosi jedynie nieznaczne ryzyko w związku z umowami zawartymi lub negocjowanymi na rzecz dającego zlecenie i w związku ze specyficznymi inwestycjami rynkowymi w danej dziedzinie działalności oraz w związku z innymi działaniami, których podjęcia na tym samym rynku produktowym wymaga dający zlecenie Wytyczne uznają taką umowę za umowę agencyjną na potrzeby stosowania art. 101 TFUE.

W aspekcie formalno-prawnym jest dyskusyjne, czy Grupa (...) działa jako agent, chociażby ze względu na fakt, iż jak powód sam przyznał przejściowo staje się on właścicielem towaru, przejmuje koszty związane z prezentacją produktów i reklamą oraz kojarzeniem klientów, co wskazuje na wystąpienie niektórych z wymienionych w Wytycznych ryzyk. Podchodząc jednak do tej kwestii od strony rzeczywistego kontekstu ekonomicznego, zobrazowanego przez stan faktyczny sprawy, który zdaniem Sądu ma decydujące znaczenie, opisane w Decyzji zachowania Grupy (...), działającej w charakterze zbliżonym do agenta, nie sposób uznać za uczestnictwo w zakazanym przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów porozumieniu.

Zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na m.in. na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów. Tym samym ustawodawca przewidział, iż dla uznania porozumienia za ograniczające konkurencję wystarczające jest wykazanie, iż celem lub skutkiem porozumienia jest naruszenie reguł konkurencji. Porozumieniem, jak przytoczył Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zaskarżonej Decyzji, są skoordynowane zachowania podejmowane w jakikolwiek sposób, które charakteryzuje dobrowolne ograniczenie pełni swobody decyzyjnej w zakresie kształtowania przez uczestników rynku własnej i powiązanej z rynkiem strategii rynkowej. Prezes UOKiK wskazał, iż zawarte przez Fabrykę (...) S.A. w L. oraz szereg przedsiębiorców wymienionych w Decyzji porozumienie polegało na bezpośrednim ustalaniu w umowach handlowych między Fabryką (...) S.A. w L. oraz przedsiębiorcami minimalnych cen odsprzedaży przez przedsiębiorców – odbiorców wyrobów produkowanych i sprzedawanych im przez Fabrykę (...) S.A. w L.. Celem i zamiarem przedmiotowego porozumienia było zatem ustalenie ceny na szczeblu obrotu detalicznego. Organizator porozumienia - Fabryka (...) S.A. w L. warunkami umowy handlowej wpływał na zachowania przedsiębiorców, tym samym ograniczając ich swobodę gospodarczą poprzez narzucenie im konieczności sprzedaży towarów po takiej cenie, aby osiągnąć cenę detaliczną nie niższą niż cena cennikowa.

W ocenie Sądu nie doszło do zawarcia porozumienia w powyższym znaczeniu pomiędzy (...) S.A. a Grupą (...) S.A. Poza sporem pozostawał fakt zawarcia przez Grupę (...) ze (...) S.A. umowy handlowej nr (...), zgodnie z którą jak określono w pkt 4.1.11 (...) S.A. jako dostawca zobowiązała się sprzedawać swoje wyroby Grupie (...) jako odbiorcy, który miał je nabywać w celu wprowadzenia ich do obrotu wyłącznie na rzecz ostatecznych odbiorców (użytkowników końcowych) w ramach sprzedaży w hurtowniach i sklepach należących do grupy (...) lub jej udziałowców. Dalej umowa stanowiła, iż Grupa (...) powstrzyma się w szczególności od wprowadzania wyrobów objętych niniejszą umową do innych kanałów dystrybucyjnych np. poprzez odsprzedawanie tych wyrobów do innych sklepów lub hurtowni. Z kolei pkt 5.2.6 umowy wskazuje, iż odbiorca zobowiązuje się do uwzględnienia w swoich działaniach uzgadniania z dostawcą stosowanych warunków przy wprowadzaniu wyrobów dostawcy na niższe szczeble dystrybucji w zakresie ich zgodności z zasadami uczciwej konkurencji oraz polityki handlowej dostawcy, jak również dołożenia staranności, aby sprzedaż detaliczna wyrobów (...) S.A. odbywała się w sugerowanych cenach nie niższych niż cena cennikowa wyrobu zgodnie z aktualnym cennikiem. Jednakże Grupa (...), jak twierdzi, a te twierdzenia nie zostały skutecznie przez Prezesa UOKiK zakwestionowane nie prowadziła i nie prowadzi sprzedaży detalicznej wyrobów (...), zatem nie sposób przyjąć, iż została ograniczona swoboda decyzyjna powoda w zakresie kształtowania własnej strategii rynkowej, skoro powoda nie dotyczy zakwestionowane przez Prezesa UOKiK postanowienie przedmiotowej umowy handlowej, narzucające Grupie (...) stosowanie detalicznych cen minimalnych. Co więcej, brak jest dowodu, że powód podjął jakiegokolwiek działania mające na celu albo których skutkiem byłoby przełożenie zapisów umowy handlowej łączącej go z (...) S.A. na stosunki handlowe ze swoimi odbiorcami na niższym poziomie obrotu. Chodzi tu o powoływane wyżej zapisy, na podstawie których (...) S.A. zobowiązywała powoda do odsprzedaży swoich wyrobów po cenach detalicznych nie niższych niż cena cennikowa. Kluczowy byłby tu dowód w postaci przedstawienia przez Prezesa UOKiK umów powoda zawartych z jego akcjonariuszami, w których znalazłyby się zapisy o zobowiązaniu akcjonariuszy do sprzedaży detalicznej po cenach detalicznych nie niższych niż ceny cennikowe wskazane przez (...) S.A.

Z przedstawionej przez powoda umowy o partnerskiej współpracy handlowej, w szczególności z powołanych przez pozwanego postanowień tejże umowy tj. pkt 4.7, w ocenie Sądu Okręgowego, to nie wynika. Natomiast zobowiązanie akcjonariuszy Grupy (...) do stosowania cen nie wyższych niż wskazane w materiałach promocyjnych, czyli cen maksymalnych nie jest zabronione i groźne dla rynku szczególnie w sytuacji, gdy trzeba je stosować do ostatecznego nabywcy. Sąd wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego na etapie postępowania sądowego ciężar dowodu w zakresie naruszenia przepisów prawa spoczywa na Prezesie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (wyrok SN z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09 opublik. w OSNP z 2011 r. nr.9-10 poz. 144; wyrok SN z dnia 17 marca 2010 r. III SK 40/09 opublik. LEX nr. 585839). W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r. (III SK 52/10) Sąd Najwyższy podkreślił, że zasady sądowego postępowania dowodowego zostały ukształtowane tak, aby zapewnić stronom postępowania możliwość wyrażania stanowiska odnośnie do podstaw rekonstrukcji faktycznej podstawy rozstrzygnięcia sprawy. Przedsiębiorca wnoszący odwołanie powinien wskazać dowody, nowe lub znajdujące się w aktach postępowania, przemawiające za uwzględnieniem odwołania. Prezes Urzędu powinien zaś wskazać Sądowi orzekającemu w sprawie z odwołania dowody, z których wywiódł naruszenie zakazu porozumień określonych w art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Dla oceny, czy zawarte przez spółki porozumienie cenowe miało charakter antykonkurencyjny należało je rozpatrywać nie tylko poprzez odniesienie się do literalnego brzmienia umowy łączącej przedsiębiorców, ale przede wszystkim w świetle uwarunkowań ekonomicznych po dokonaniu analizy rynku. Antykonkurencyjny skutek porozumień cenowych polega na podniesieniu cen, zmniejszeniu wielkości sprzedaży lub produkcji, utrudnieniu wejścia na rynek innym przedsiębiorcom. Pozwany powinien wykazać, że celem porozumienia zawartego pomiędzy Grupą (...) S.A. a (...) S.A. było naruszenie konkurencji. Pozwany zaś nie wykazał tej okoliczności, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, iż sam zapis porozumienia, wprowadzający zasady uzgadniania cen odsprzedaży produktów (...) S.A. bezsprzecznie świadczy o naruszeniu zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję. W ocenie Sądu Okręgowego stanowisko takie nie zasługuje na akceptację. Nie jest bowiem dopuszczalna taka interpretacja prawa antymonopolowego, która pozwalałaby na przyjęcie, iż jakiegokolwiek potencjalne zagrożenie konkurencji, wynikające z łączącego strony porozumienia jest naruszeniem prawa, niezależnie od tego, czy zagrożenie to miałoby jakąkolwiek szansę się ziścić.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 lipca 2003 r. (sygn. akt I CKN 496/01, Dz. Urz. UOKiK 2004/1/283) zagrożenie dla zasad swobodnej konkurencji musi być realne, żeby uznać je za naruszenie konkurencji.

W związku z tym, Sąd uznał, że Prezes UOKiK nie udowodnił w sprawie, iż istniała choćby potencjalna groźba wystąpienia zaburzeń konkurencji na poziomach obrotu niższych od relacji handlowych (...) S.A. - Grupa (...). W konsekwencji należało przyjąć, iż Prezes UOKiK nie udowodnił, by wystąpiła utrata niezależności na szczeblu dystrybucji Grupa (...) akcjonariusze ani też (...) S.A. - Grupa (...). Prezes Urzędu, jak już wyżej wskazano, nie przedstawił dowodów, że Grupa (...) zobowiązywała swoich akcjonariuszy do stosowania zakwestionowanych przez Prezesa UOKiK postanowień umowy handlowej zawartej ze (...) S.A. w zakresie stosowania przy sprzedaży jej wyrobów ceny detalicznej nie niższej niż cena cennikowa wyrobu, zgodnie z cennikiem aktualnym w momencie podpisania umowy z (...) S.A.

Pozwany nie udowodnił także, iż Grupa (...) w okresie, w którym zarzucono jej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy o o.k.i.k. prowadziła sprzedaż detaliczną poprzez markety (...), należące do powoda. Przeczą temu przedstawione przez powoda dowody na okoliczność, iż powód nie sprzedawał w latach 2006-2007 produktów pochodzących od (...) S.A. do sklepów (...), a sprzedawał je wyłącznie akcjonariuszom - w postaci zestawienia sprzedaży produktów (...) S.A. w roku 2006 i 2007, których wiarygodności pozwany nie zakwestionował. Pozwany podjął próbę podważenia mocy tych dowodów (na rozprawie w dniu 9 stycznia 2014 r.) powołując się na stronę zestawienia widniejącą na k. 1106 akt sądowych, na której, jak wskazał, widnieje (...), jednakże w ocenie Sądu Okręgowego nieskutecznie. Przede wszystkim Sąd zauważył, iż zestawienie to dotyczy sprzedaży w roku 2007, gdy tymczasem jak stwierdził Prezes Urzędu zarzucana powodowi praktyka została z dniem 1 stycznia 2007 r. zaniechana, a dodatkowo nie wykazał, że właścicielem widniejącej na powołanym dokumencie firmy (...) była Grupa (...), a nie jej akcjonariusz, co oczywiście nie miało istotnego dla sprawy znaczenia w sytuacji przyjęcia przez pozwanego, iż porozumienie stosowano do 31 grudnia 2006 r.

Sąd Okręgowy zwrócił także uwagę, iż ekonomiczny cel porozumienia cenowego jest taki, by wszystkie strony tego porozumienia odnosiły korzyści finansowe, co w stosunku do powoda, który przy odsprzedaży towarów (...) S.A. swoim akcjonariuszom stosował prowizje jedynie do 2 %, i uzyskał zysk ze sprzedaży od towarów nabywanych od (...) S.A. - niezbędny do utrzymania stworzonej grupy zakupowo-sprzedażowej - ok. 1 % od obrotu, (co wynika z zeznań świadków) - nie znajduje prostego przełożenia. Celem działalności powoda nie było generowanie zysku, lecz stworzenie jak najkorzystniejszych warunków działalności handlowej dla swoich akcjonariuszy, którymi są przede wszystkim małe i średnie przedsiębiorstwa krajowe w branży budowlanej i wzmocnienie ich siły przetargowej na rynku.

Sąd podzielił stanowisko doktryny powołane przez powoda, iż ustalanie w umowie między dostawcą a grupą cen, po jakich produkt będzie sprzedawany członkom grupy, a nie odbiorcom finalnym nie może być uznane za zakazane ustalanie cen, gdyż grupa wobec swoich członków występuje w roli zbliżonej do agenta handlowego, nie operuje na odrębnym poziomie obrotu gospodarczego, a ustalona cena nie jest ceną odsprzedaży produktu na rynku. O ile członkowie grupy zakupowo-sprzedażowej utrzymują niezależność w kształtowaniu cen oferowanych przez siebie własnym kontrahentom rynkowym, uzgodnienie dotyczące cen, podejmowane przez grupę z dostawcami, nie powinno być zakazane (Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów komentarz pod red. Prof. T. Skoczny wyd. C.H. Beck Warszawa 2009 str. 390).

Sąd zwrócił również uwagę, iż postanowienia pkt. 4.1.11 umowy łączącej powoda ze (...) S.A., zobowiązujące Grupę (...) do powstrzymania się od wprowadzania wyrobów Ś. do innych sklepów czy hurtowni, w konsekwencji miały doprowadzić do skrócenia kanałów dystrybucyjnych, co mogło wywrzeć korzystny skutek dla odbiorców końcowych, gdyż przyjmując w założeniu realizację tego zapisu, cena dla konsumenta obciążona jest tylko marżą handlową powoda i jego akcjonariuszy, a przez to niższa od hipotetycznej ceny, zawierającej marże z kolejnych szczebli obrotu.

Ponadto Sąd zaznaczył, że art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, na podstawie którego Prezes UOKiK wydał zaskarżoną decyzję nie powinien być odczytywany w oderwaniu od ogólnych zasad ustawy. Jak

wskazuje zaś art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Zatem nie każde naruszenie prawa przez przedsiębiorcę uzasadnia wdrożenie postępowania o przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym, decyduje o tym naruszenie przez przedsiębiorcę w następstwie stosowania zabronionych praktyk monopolistycznych interesu publicznoprawnego (por. wyrok SN z 27 sierpnia 2003 r., I CKN 527/01, niepublikowany). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 czerwca 2008 r. III SK 40/07 wyraził pogląd, że naruszenie interesu publicznego pozwala organowi antymonopolowemu dokonywać swoistej selekcji spraw, w których podejmie interwencję. Rozważając, czy zachodzą podstawy do wszczęcia postępowania, a następnie - po jego przeprowadzeniu - wydając odpowiednią decyzję, organ antymonopolowy musi wskazać, na czym polegał interes publiczny w podjęciu interwencji w odniesieniu do konkretnej praktyki, której postępowanie dotyczyło.

W niniejszej sprawie, w ocenie Sądu Prezes UOKiK nie wykazał, że został naruszony interes publicznoprawny konkurentów i konsumentów, gdyż nie wykazał okoliczności świadczących o tym, że zachowanie Grupy (...) spełnia znamiona praktyki ograniczającej konkurencję, a tym samym narusza tenże interes publiczny.

Ponadto Sąd Okręgowy wskazał, że podniesiony przez powoda zarzut zawarcia umowy w kwietniu 2006 r., nie zaś jak przyjął pozwany 2 stycznia 2006 r., jest również uzasadniony. Prezes UOKiK nie wyjaśnił bowiem sprzeczności w dacie zawarcia umowy nr (...), pojawiającej się w treści umowy i treści aneksu do tej umowy, jednakże wobec uchylecia Decyzji w żądanym zakresie jest to zarzut uboczny, nie mający wpływu na ostateczną treść rozstrzygnięcia.

Z powyższych względów Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną Decyzję w pkt Ia) ppkt 19, Ic) ppkt 21 oraz Id) ppkt 21 dotyczących powoda na podstawie art. 479^{31a} § 3 k.p.c., uznając, iż materiał dowodowy sprawy nie uzasadnia przyjęcia, że w stosunku do powoda jako uczestnika zarzucanego mu porozumienia zawartego z (...) S.A. wypełniły się przesłanki z art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sąd stwierdził, iż nie zasługuje na uwzględnienie wniosek powoda odnośnie zmiany zaskarżonej Decyzji poprzez uznanie, że umowa z dnia 2 stycznia 2006 r. zawarta pomiędzy (...) S.A. i Grupą (...) nie narusza art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W świetle treści tejże ustawy brak jest podstaw do wydania rozstrzygnięcia w kształcie wnioskowanym przez powoda, ponieważ brak jest przepisu, który dopuszcza możliwość nie stwierdzenia stosowania praktyki, co było możliwe pod rządami ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w oparciu o jej art. 11, wobec czego zaskarżona Decyzja podlegała uchyleciu.

O kosztach procesu Sąd orzekł stosowanie do wyniku sporu na podstawie art. 98 i 99 k.p.c.

Apelację od powyższego orzeczenia wniósł pozwany, zaskarżając wyrok w całości i zarzucając mu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, polegający na uznaniu, że:

a/ powód nie uczestniczył w zмовie cenowej wykrytej przez pozwanego,

b/ w okolicznościach sprawy nie doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na ustalaniu cen sprzedaży pomiędzy powodem a (...) SA,

c/ umowa dystrybucyjna, zawarta pomiędzy powodem a (...) SA, nie oddziaływała na konkurencję na rynku właściwym nawet potencjalnie,

2. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez nie przeanalizowanie całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności nie rozważenie wszystkich okoliczności sprawy, wynikających z umowy zawartej pomiędzy powodem a (...) S.A. w powiązaniu z obowiązkami powoda, wynikającymi z zawieranych umów partnerskich z akcjonariuszami Grupy (...) SA,

3. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu, że w okolicznościach sprawy nie doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, polegającego na ustalaniu cen sprzedaży towarów, a zawarta umowy handlowa pomiędzy powodem a (...) S.A. w kwestionowanym w decyzji nr (...) zakresie nie dotyczy powodowej spółki,

4. naruszenie prawa materialnego poprzez nie zastosowanie art. 11 ust. 2 ustawy antymonopolowej na skutek uznania, że wydanie decyzji o uznaniu praktyki opisanej w decyzji nr (...) za ograniczającą konkurencję i stwierdzeniu zaniechania jej stosowania w stosunku do Grupy (...) SA nie było w przedmiotowej sprawie uzasadnione.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wniósł o:

1. o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt I i oddalenie odwołania powoda: Grupa (...) SA w W. od decyzji nr (...) w całości, oraz zmianę pkt 2 ww. wyroku i o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, jak również o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu za II instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

ewentualnie:

2. o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach instancji odwoławczej Sądowi Okręgowemu w Warszawie - Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył co następuje:

Apelacja nie przedstawia uzasadnionych zrzutów i nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd II instancji, uznając trafność ustaleń faktycznych i słuszność oceny dowodów dokonanych przez Sąd Okręgowy przyjmuje je za własne.

Zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów.

Sąd Okręgowy zasadnie wskazał, że ciężar udowodnienia naruszenia wskazanego artykułu spoczywa na organie zarzucającym naruszenie, ponieważ jest on zobowiązany do przedstawienia dowodów, pozwalających wykazać występowanie okoliczności, stanowiących naruszenie. Dodatkowo wskazać należy, że jeżeli sąd ma wątpliwości, to należy je rozpatrywać na korzyść przedsiębiorstw, będących adresatami decyzji, stwierdzającej naruszenie. W tej ostatniej sytuacji należy bowiem uwzględnić zasadę domniemania niewinności, wyrażoną w szczególności w art. 6 ust. 2 europejskiej Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności, zaliczającą się do praw podstawowych, które zgodnie z orzecznictwem Trybunału, potwierdzonym ponadto przez preambułę Jednolitego aktu europejskiego i przez art. 6 ust. 2 UE oraz przez art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, podlegają ochronie w porządku prawnym Unii. Ze względu na charakter danych naruszeń oraz na charakter i surowość sankcji z nimi związanych, zasada domniemania niewinności ma zastosowanie w szczególności do postępowań w sprawie naruszenia obowiązujących przedsiębiorstwa reguł konkurencji, które mogą zakończyć się orzeczeniem kar pieniężnych.

W niniejszej sprawie bezspornym było, że Grupa (...) zawarła ze (...) S.A. umowę handlową nr (...), która w punkcie 5.2.6 zawierała kwestionowane przez pozwanego uregulowanie. W umowie określono w pkt 4.1.11, iż (...) S.A. jako dostawca zobowiązała się sprzedawać swoje wyroby Grupie (...) jako odbiorcy, który miał je nabywać w celu wprowadzenia ich do obrotu wyłącznie na rzecz ostatecznych odbiorców (użytkowników końcowych) w ramach sprzedaży w hurtowniach i sklepach należących do grupy (...) lub jej udziałowców. Dalej umowa stanowiła, iż Grupa (...) powstrzyma się w szczególności od wprowadzania wyrobów objętych niniejszą umową do innych kanałów dystrybucyjnych np. poprzez odsprzedawanie tych wyrobów do innych sklepów lub hurtowni.

Sąd Apelacyjny podziela powołane przez Sąd Okręgowy stanowisko doktryny, iż ustalanie w umowie między dostawcą a grupą, cen, po jakich produkt będzie sprzedawany członkom grupy, a nie odbiorcom finalnym nie może być uznane za zakazane ustalanie cen, gdyż grupa wobec swoich członków występuje w roli zbliżonej do agenta handlowego, nie operuje na odrębnym poziomie obrotu gospodarczego, a ustalona cena nie jest ceną odsprzedaży produktu na rynku. O ile członkowie grupy zakupowo-sprzedażowej utrzymują niezależność w kształtowaniu cen oferowanych przez siebie własnym kontrahentom rynkowym, uzgodnienie dotyczące cen, podejmowane przez grupę z dostawcami nie powinno być zakazane (Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów komentarz pod red. Prof. T. Skocznego wyd. C.H. Beck Warszawa 2009 str. 390).

W przedmiotowej sprawie ocena umowy zawartej przez Grupę (...) SA z (...) SA w powiązaniu z obowiązkami, jakie wynikają z umów partnerskich, zawieranych przez (...) SA z akcjonariuszami grupy, świadczy o tym, że członkowie grupy mieli pełną niezależność w kształtowaniu cen oferowanych przez siebie swoim klientom na wyroby dostarczane im przez (...) SA. Brak jest dowodów, że powód podjął jakiegokolwiek działania mające na celu albo których skutkiem byłoby przełożenie zapisów umowy handlowej łączącej go z (...) na stosunki handlowe ze swoimi odbiorcami na niższym poziomie obrotu. W punkcie 4.7 umowy partnerskiej przewidziano jedynie, że w trakcie centralnych promocji powodowej spółki partnerzy w nich uczestniczący zobowiązują się do stosowania cen nie wyższych niż wskazane w materiałach promocyjnych. Zobowiązanie akcjonariuszy Grupy (...) do stosowania cen nie wyższych niż wskazane w materiałach promocyjnych, czyli cen maksymalnych nie jest jednakże zabronione i groźne dla rynku szczególnie w sytuacji, gdy trzeba je stosować do ostatecznego nabywcy. Dodatkowo wskazać należy, że także z zeznań świadków W. P., J. K. (1), S. Z. (1) i B. P., przesłuchanego w charakterze strony, wynika że akcjonariusze w sposób samodzielny, a jednocześnie w oparciu o rachunek ekonomiczny, podejmowali decyzje w zakresie określenia swoich zachowań oraz strategii na rynku, w szczególności cen i warunków, na jakich zamierzają sprzedawać nabywane od (...) Ś. towary. Świadczenie zgodnie podkreślali, że: (...) nigdy nie sugerowało partnerom cen detalicznych oraz, że (...) prowadzi działalność w segmencie hurtowym, negocjuje warunki, reprezentuje i działa w imieniu swoich akcjonariuszy tak, aby te warunki zakupu były jak najbardziej korzystne, natomiast nie ma wpływu na kształtowanie cen akcjonariuszy, którzy prowadzili sprzedaż detaliczną. Sąd Okręgowy słusznie zatem doszedł do konkluzji, iż uzgadnianie cen podejmowane przez powoda, działającego w ramach grupy zakupowo – sprzedażowej, z dostawcami nie powinno być w realiach niniejszej sprawy uznane za działanie antykonkurencyjne.

Sąd Okręgowy słusznie przyjął, że zawartą między Grupą (...) a (...) Ś. umowę w kontekście umów zawartych z partnerami powodowej spółki należy oceniać według zasad, jakim podlegają umowy agencyjne w świetle unijnego prawa konkurencji – a ściślej – wedle ocen przyjętych w tej materii w wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie porozumień wertykalnych. Stosownie do tych zasad kryterium decydującym dla dokonania oceny powyższych umów w świetle art. 101 ust. 1 TFUE (art. 6 ust. 1 u.o.k.k.) jest „ryzyko finansowe lub handlowe ponoszone przez agenta w związku z działaniami, do których został wyznaczony jako agent przez dającego zlecenie”. Brak ponoszenia przez agenta takiego ryzyka pozwala traktować go jako podmiot zależny ekonomicznie od dającego zlecenie, a nie jako niezależnego dystrybutora. W przypadku więc gdy to dający zlecenie ponosi ryzyko finansowo-handlowe „związane ze sprzedażą i zakupem objętych porozumieniem towarów i usług, wszystkie obowiązki nałożone na agenta w związku z umowami zawartymi lub negocjowanymi na rzecz dającego zlecenie nie wchodzą w zakres stosowania art. 101 ust. 1”. Komisja wskazuje także przypadki, w których należy przyjmować, iż agent nie ponosi wspomnianego ryzyka, jak np. brak przeniesienia na niego własności towarów, brak ponoszenia kosztów dostawy i utrzymywania zapasu towarów, brak organizowania oraz ponoszenia kosztów reklamy, brak ponoszenia odpowiedzialności za wady rzeczy. Komisja w punkcie 15 wytycznych wskazała też, iż „dla celów stosowania art. 101 ust. 1 porozumienie zostanie uznane za umowę agencyjną, jeżeli agent nie ponosi żadnego lub ponosi jedynie nieznaczne ryzyko w związku z umowami zawartymi lub negocjowanymi na rzecz dającego zlecenie i w związku ze specyficznymi inwestycjami rynkowymi w danej dziedzinie działalności oraz w związku z innymi działaniami, których podjęcia na tym samym rynku produktowym wymaga dający zlecenie”.

Okoliczności faktyczne niniejszej sprawy dawały podstawę do przyjęcia, iż Grupa (...) S.A. nie ponosiła znacznego ryzyka finansowo-handlowego, w szczególności chodzi o ryzyko finansowania zapasów oraz finansowania inwestycji

niezbędnych do działalności agenta. Powód wykazał, iż nie ponosił ryzyka z powyższych tytułów. Nie utrzymywał bowiem zapasów, co wynika z pkt 4.3 umowy o partnerskiej współpracy handlowej, ani nie poniósł specyficznych nakładów inwestycyjnych. Powodowa spółka ponosi nieznaczne ryzyko finansowo – handlowe związane z tym, iż przejściowo może stać się właścicielem towaru, ale za wyjątkiem wyrobów podlegających dalszej odsprzedaży przez partnera oraz ponosi koszty związane z prezentacją produktów i reklamą na rzecz partnerów. W ocenie Sądu Apelacyjnego ryzyko to jednakże nie mogło stanowić, wobec braku innych przesłanek, podstawy do zakwalifikowania umowy jako podlegającej zakazowi stosowania porozumienia ograniczającego konkurencję. Kierując się Wytycznymi Sąd Okręgowy prawidłowo zatem uznał, iż działalność powodowej spółki ma charakter zbliżony do umowy agencyjnej i pozwałała na przyjęcie, iż porozumienia cenowe zawarte w umowie z (...)winny być wyłączone spod zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sąd Okręgowy zasadnie wskazał, że dla oceny czy zawarte przez spółki porozumienie cenowe miało charakter antykonkurencyjny należało je rozpatrywać nie tylko poprzez odniesienie się do literalnego brzmienia umowy, ale przede wszystkim w świetle uwarunkowań ekonomicznych po dokonaniu analizy rynku. Antykonkurencyjny skutek porozumień cenowych polega na podniesieniu cen, zmniejszeniu wielkości sprzedaży lub produkcji, utrudnieniu wejścia na rynek innym przedsiębiorcom. W przedmiotowej sprawie porozumienie między spółkami nie wywołało faktycznie takiego skutku. Porozumienie między powodowymi spółkami zawarte w punkcie 5.2.6 umowy nigdy nie zostało zrealizowane, gdyż Grupa (...) nie prowadziła i nie prowadzi sprzedaży detalicznej wyrobów (...). Z raportu rocznego za 2006 rok, w którym obowiązywała kwestionowana umowa, wynika jedynie, że jednym z najistotniejszych elementów strategii rozwoju grupy (...) jest tworzenie samoobsługowych placówek handlowych pod wspólną nazwą (...) M.. Sklepy miały powstać jako wspólne przedsięwzięcie centrali i akcjonariusza, w którym Grupa (...) jest właścicielem znaku słowno-graficznego (...) i know-how przedsięwzięcia, a akcjonariusz dysponuje odpowiednim gruntem, stawia obiekt, zatrudnia personel i prowadzi działalność. Wynika z tego, że właścicielem i prowadzącym sprzedaż w ramach sklepu (...) miał być akcjonariusz, a nie powodowa spółka, zaś z dowodów przedstawionych przez powoda wynika, że powód w latach 2006-2007 nie sprzedawał produktów pochodzących od (...) S.A. do sklepów (...), a sprzedawał je wyłącznie akcjonariuszom - w postaci zestawienia sprzedaży produktów (...) S.A. w roku 2006 i 2007, których wiarygodności pozwany nie zakwestionował. Nie sposób więc przyjąć, iż została ograniczona swoboda decyzyjna powoda w zakresie kształtowania własnej strategii rynkowej, skoro powoda nie dotyczy zakwestionowane przez Prezesa UOKiK postanowienie przedmiotowej umowy handlowej, narzucające Grupie (...) stosowanie detalicznych cen minimalnych. W tych okolicznościach pozwany mógł co najwyżej wykazać, że celem porozumienia było naruszenie konkurencji. Cel taki nie wynikał bowiem jednoznacznie z treści porozumienia. Pozwany zaś nie wykazał tej okoliczności, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, iż sam zapis porozumienia, wprowadzający zasady uzgadniania cen odsprzedaży towarów bezsprzecznie świadczy o naruszeniu zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję. W ocenie Sądu Apelacyjnego stanowisko takie nie jest uzasadnione. Nie jest bowiem dopuszczalna taka interpretacja prawa antymonopolowego, która pozwałaby na przyjęcie, iż jakiegokolwiek potencjalne zagrożenie konkurencji, wynikające z łączącego strony porozumienia jest naruszeniem prawa, niezależnie od tego, czy zagrożenie to miałoby jakakolwiek szansę się ziścić. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 lipca 2003 r., (sygn. akt I CKN 496/01, Dz. Urz.UOKiK 2004/1/283) zagrożenie dla zasad swobodnej konkurencji musi być realne, żeby uznać je za naruszenie konkurencji.

Zaznaczyć ponadto należy, że art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta, na podstawie którego Prezes UOKiK wydał zaskarżoną decyzję nie powinien być odczytywany w oderwaniu ogólnych zasad ustawy. Jak wskazuje zaś art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Zatem nie każde naruszenie prawa przez przedsiębiorcę uzasadnia wdrożenie postępowania o przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym, decyduje o tym naruszenie przez przedsiębiorcę w następstwie stosowania zabronionych praktyk monopolistycznych interesu publicznoprawnego (por. wyrok SN z 27 sierpnia 2003 r., I CKN 527/01, niepublikowany). Jak słusznie zaś zauważył Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie interes publiczny nie tylko nie został naruszony przez porozumienie, ale wręcz miałyby ono prokonsumencki charakter (gdyby było faktycznie realizowane).

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut pozwanego, dotyczący sprzeczności ustaleń Sądu z treścią zebranego materiału dowodowego a także naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu prawa procesowego art. 233 § 1 k.p.c. poprzez niedokonanie wszechstronnej analizy całego zebranego materiału dowodowego, co mogło mieć wpływ na wynik sprawy.

Skarżący nie wskazał jakie dowody, jego zdaniem Sąd Okręgowy pominął przy dokonywaniu ustaleń ani też na czym miałyby polegać sprzeczność w ustalonym stanie faktycznym z dowodami przedstawionymi w sprawie (niewskazanymi konkretnie przez skarżącego). Takie ogólnikowe sformułowanie zarzutów uniemożliwia dokonanie ich kontroli instancyjnej. Aby skutecznie zakwestionować ocenę dowodów dokonaną przez sąd i tym samym zarzucić naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. skarżący powinien wskazać, jaki konkretnie dowód, mający istotne znaczenie dla sprawy sąd uznał za wiarygodny i mający moc dowodową, albo niewiarygodny i niemający mocy dowodowej i w czym przy tej ocenie przejawia się naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2002 r., I CKN 132/01). Skarżący nie przedstawił zarzutów według powyższych reguł.

Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny uznał apelację za nieuzasadnioną i dlatego na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł, jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego postanowiono stosownie do treści art. 98 k.p.c.

Aleksandra Kempczyńska Aldona Wapińska Jacek Sadowski