

*Sygn. akt VI ACa 969/15*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 6 grudnia 2016 r.*

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

*Przewodniczący - Sędzia SA Małgorzata Kuracka*

*Sędziowie: SA Jacek Sadowski*

*SO del. Tomasz Szanciło (spr.)*

*Protokolant: sekr. sąd. Paulina Czajka*

*po rozpoznaniu w dniu 22 listopada 2016 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa (...) S.A. w W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z udziałem (...) Sp. z o.o. w T.*

*o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję*

*i z powództwa (...) Sp. z o.o. w T.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z udziałem (...) S.A. w W.*

*o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję*

*na skutek apelacji pozwanego od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z dnia 27 marca 2015 r.*

*sygn. akt XVII AmA 82/12*

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

*Sygn. akt VI ACa 969/15*

## UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 30.12.2011 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 184 ze zm., dalej: u.o.k.k.) zawarciu przez (...) spółka akcyjna w W. (dalej: (...)) i (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w T. (dalej: (...)) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży grupowego ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych, polegającego na podziale rynku zbytu pod względem podmiotowym

poprzez przekazanie do obsługi (...) klientów (...) z terenu województwa (...), w zamian za rekomendowanie tym klientom ubezpieczenia w (...) i nakazał zaniechanie jej stosowania. Z tytułu tego naruszenia Prezes UOKiK nałożył na (...) karę w wysokości 56.604.783 zł, zaś na (...) – w wysokości 61.858 zł.

W uzasadnieniu decyzji wskazano m.in. że naruszenie konkurencji miało postać podziału rynku sprzedaży grupowego ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych, w wyniku którego (...) i (...) podjęły antykonkurencyjną współpracę, czym naruszyli mechanizm konkurencji na tym rynku oraz na rynku pośrednictwa w sprzedaży grupowego ubezpieczenia NNW. W konsekwencji (...) odstąpił od działań zmierzających do zdobycia klienta na rynku sprzedaży grupowego ubezpieczenia NNW. (...) nie musiał obawiać się konkurencji ze strony innych zakładów ubezpieczeń, bowiem w przypadku większości gmin na obszarze województwa (...) mógł liczyć na rekomendacje swojej oferty przez (...).

Powyższą decyzję zaskarżył w całości powód (...), zarzucając naruszenie:

I. przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie:

- błędne przyjęcie, że pomiędzy (...) i (...) zostało zawarte porozumienie ograniczające konkurencję w postaci podziału rynku poprzez przekazanie do obsługi (...) klientów (...) z terenu województwa (...), w zamian za rekomendowanie tym klientom ubezpieczenia w (...), która to konkluzja oparta jest na braku zrozumienia relacji łączących ubezpieczyciela i brokera oraz na rażąco sprzecznym ze stanem faktycznym rozumieniu ustaleń dokonanych pomiędzy tymi podmiotami co do ich wzajemnych relacji, w tym na terenie województwa (...), w szczególności przyjęcie niemającego żadnego uzasadnienia w stanie faktycznym i zebranych materiałach założenia, jakoby (...) miał przekazywać (...) swoich klientów (choćby w części) do obsługi, a (...) miał rekomendować ofertę (...) swoim klientom także tam, gdzie oferta to nie była najkorzystniejsza;

- błędne przyjęcie, że (...) i (...) konkurują na tym samym rynku właściwym, a tym samym, że mogą dokonać „podziału rynku”, podczas gdy podmioty te działają na różnych rynkach i nie konkurują ze sobą choćby potencjalnie;

- brak analizy skutków rzekomego porozumienia, a w rezultacie błędne przyjęcie, że rzekome porozumienie miało szereg negatywnych skutków dla konkurencji, konkurentów i kontrahentów, w szczególności, że prowadziło ono do pokrzywdzenia ubezpieczonych przez to, że (...) rekomendował wszystkim swoim klientom zawarcie umowy ubezpieczenia (...) oraz że rekomendacja taka miała miejsce także w tych przypadkach, w których oferta (...) nie była najkorzystniejsza, uprzywilejowania (...) kosztem innych brokerów, a także stwarzało (...) uprzywilejowaną pozycję na rynku, godząc tym samym w interesy innych ubezpieczycieli;

2) art. 6 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 93 u.o.k.k. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, tj. błędne przyjęcie, wbrew wszelkim zgromadzonym w sprawie materiałom, że rzekome sprzeczne z prawem porozumienie pomiędzy (...) i (...) jest kontynuowane, a tym samym, że konieczne jest nakazanie zaniechania sprzecznej z prawem praktyki, a w konsekwencji nastąpiło wszczęcie postępowania antymonopolowego i wydanie decyzji z rażącym naruszeniem art. 93 u.o.k.k.;

3) art. 106 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 111 u.o.k.k. poprzez:

- ustalenie nałożonej na (...) kary pieniężnej w relacji do całkowitego przychodu, podczas gdy podstawą wymiaru kary pieniężnej winien być przychód osiągnięty z zawierania umów dotyczących grupowego ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych,

- ustalenie, że zarzucana (...) praktyka zaliczała się do „poważnych naruszeń przepisów prawa konkurencji”, oraz że w sprawie wystąpiły okoliczności obciążające” i nie wystąpiły okoliczności łagodzące, a tym samym, że uzasadnione było nałożenie na powoda kary pieniężnej stanowiącej aż 0,7272% jego przychodu,

- ustalenie, że rzekome porozumienie nadal trwa (ponad 2 lata), co wpłynęło na zwiększenie wymiaru nałożonej kary pieniężnej,

- nałożenie na (...) kary pieniężnej, której wymiar (jeżeli wysokość kary odnieść do korzyści uzyskanych z domniemanego sprzecznego z prawem porozumienia) pozostaje w rażącej dysproporcji do wymiaru kary nałożonej na drugiego uczestnika rzekomej zмовы;

II. przepisów prawa proceduralnego, tj.:

1) art. 2, 7, 42 ust. 2 Konstytucji RP, art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: Konwencja), art. 6-10 k.p.a. i art. 74 u.o.k.k. poprzez wydanie decyzji kończącej postępowanie antymonopolowe i nakładającej karę pieniężną bez realnego umożliwienia powodowi wypowiedzenia się odnośnie do stawianych (nowych) zarzutów, bez rzeczywistego zapoznania się i wzięcia pod uwagę argumentów powoda (decyzja została wydana po dwóch dniach od doręczenia pozwanemu pisma ustosunkowującego się do zebranych materiałów), z pominięciem wniosków dowodowych powoda, skutkiem czego było pozbawienie (...) podstawowego prawa przysługującego przedsiębiorcy – prawa do obrony;

2) art. 2, 7, 42 ust. 2 Konstytucji RP, art. 6 Konwencji, art. 6-10, 107 § 1 i 3 k.p.a. oraz art. 227-315 k.p.c. w zw. z art. 10 i 84 u.o.k.k., skutkiem czego było pozbawienie (...) prawa do obrony oraz przerzucenie na niego ciężaru dowodzenia, że w sprawie nie doszło do naruszenia przepisów ustawy, podczas gdy to organ antymonopolowy winien wykazać w sposób niebudzący wątpliwości, że miała miejsce praktyka ograniczająca konkurencję – naruszenie to obejmuje w szczególności: pominięcie wniosków dowodowych złożonych przez (...), pominięcie znajdujących się w aktach sprawy dowodów sprzecznych z tezami sformułowanymi przez organ antymonopolowy, nieprzeprowadzenie postępowania dowodowego w trybie przepisów procesowych w toku postępowania antymonopolowego przy jednoczesnym braku wskazania w uzasadnieniu decyzji dowodów, na jakich oparto rozstrzygnięcie w sprawie.

Na podstawie tych zarzutów powód wniósł o zmianę decyzję w całości i stwierdzenie, że nie miała miejsca praktyka ograniczająca konkurencję, względnie umorzenie postępowania antymonopolowe jako bezprzedmiotowego lub uchylenie decyzji w całości jako wydanej z naruszeniem art. 93 u.o.k.k., bowiem nawet jeżeli działaniom (...) i (...) przypisze się przymiot sprzeczności z ustawą, to nadal brak jest jakichkolwiek dowodów na to, by rzekoma zмова była kontynuowana w 2010 r. i 2011 r., względnie uchylenie decyzji w całości z uwagi na jej rażące braki polegające na niewskazaniu w uzasadnieniu dowodów potwierdzających zarzuty sformułowane przez Prezesa UOKiK, co w połączeniu z brakiem wydania w toku postępowania antymonopolowego odpowiednich postanowień dowodowych sprawia, że sąd pozbawiony jest możliwości rozpatrzenia sprawy lub byłby zmuszony do przeprowadzenia całego postępowania dowodowego od początku, względnie zmianę decyzji w części dotyczącej kary pieniężnej poprzez odstąpienie od jej nałożenia lub jej znaczące obniżenie.

Odwołanie (...) zostało zarejestrowane pod sygnaturą XVII AmA 82/12.

Powyższą decyzję zaskarżył w całości również powód (...), zarzucając naruszenie:

1) art. 93 u.o.k.k. poprzez wszczęcie i prowadzenie postępowania antymonopolowego, gdy działanie takie było niedopuszczalne ze względu na upływ terminu przedawnienia,

2) art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. poprzez stwierdzenie zawarcia przez powoda i (...) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży grupowego ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych, polegającego na podziale rynku zbytu pod względem podmiotowym poprzez przekazanie do obsługi powodowi klientów (...) z terenu województwa (...) w zamian za rekomendowanie tym klientom ubezpieczenia (...).

Odwołanie (...) zostało zarejestrowane pod sygnaturą XVII AmA 83/12.

Pozwany wniósł o oddalenie obydwu odwołań i zasądzenie kosztów procesu.

W dniu 5.09.2014 r. zarządzono połączenie obu spraw do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia pod sygnaturą XVII AmA 82/12.

Wyrokiem z dnia 27.03.2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), w sprawie XVII AmA 82/12, uchylił decyzję w całości i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że (...) prowadzi działalność gospodarczą polegającą na działalności ubezpieczeniowej bezpośredniej i pośredniej w kraju i zagranicą, organizowaniu i prowadzeniu innych usług związanych z działalnością ubezpieczeniową i reasekuracyjną. W 2009 r. funkcję dyrektora (...) Oddział w P. pełnił A. C.. Natomiast (...) prowadzi działalność gospodarczą polegającą na działalności pomocniczej związanej z ubezpieczeniami i funduszami emerytalno-rentowymi oraz działalności agentów i brokerów ubezpieczeniowych. Prezesem zarządu tej spółki jest R. B..

W 2009 r. pomiędzy obiema spółkami wynikł spór co do kwestii honorowania pełnomocnictw udzielonych (...) przez organy wykonawcze jednostek samorządu terytorialnego dla placówek oświatowych położonych na ich obszarze. (...) nie honorował tych pełnomocnictw, uznając, że każda z placówek oświatowych powinna odrębnie upoważnić brokera. W rezultacie (...) nie przekazywał (...) swojej oferty ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych, lecz przekazywał ją bezpośrednio klientowi poprzez swoich agentów.

W czerwcu 2009 r. A. C. i R. B. odbyli kilka spotkań dotyczących bieżącej i przyszłej współpracy między obiema spółkami. Efektem rozmów było opracowanie schematu współpracy, opisanego następnie przez A. C. w wiadomości e-mail rozesłanej do kierowników sprzedaży (...). W wiadomości wskazano m.in. że podjęto rozmowy z (...) w celu zmniejszenia strat w ubezpieczeniu NNW placówek oświatowych na terenie obszaru sprzedaży (...), w wyniku tych rozmów ustalono, że powodowe spółki przestaną konkurować ze sobą i od dnia 2.07.2009 r. podejmą współpracę w zakresie ubezpieczenia NNW placówek oświatowych na obszarze województwa (...), (...) będzie honorował pełnomocnictwo udzielone (...) przez jednostki samorządowe do reprezentowania szkół przy zawieraniu NNW młodzieży szkolnej, od dnia 2.07.2009 r. w placówkach oświatowych, które jeszcze nie podpisały umów z konkurencją, (...) rekomenduje ofertę (...) jako najlepszą i placówki te będą ubezpieczane przy współdziałaniu brokera, a spółki przestaną konkurować informując placówki, że jest to wspólny program ubezpieczeniowy obu spółek, wnioski ubezpieczeniowe na papierze z logo (...) należy traktować tak samo jak wnioski na druku (...), a (...) otrzyma 5% prowizji w przypadku, gdy (...) podpisze umowę dotyczącą ubezpieczenia NNW za pośrednictwem (...).

W wiadomości skierowanej do swojego przełożonego, który zażądał wyjaśnień dotyczących ww. wiadomości z dnia 6.07.2009 r., A. C. wskazał, że użyte w tej wiadomości sformułowania oznaczać miały m.in. że (...) nie będzie składał lepszych ofert bez pośrednictwa brokera, zaś broker rekomendować będzie ofertę (...) jako najlepszą, biorąc pod uwagę zakres ochrony, posiadaną sieć placówek, jakość obsługi. W dniu 23.07.2009 r. pracownik (...), A. W., wysłała do innego pracownika spółki pytanie, dlaczego szkoły położone na obszarze gminy M. będą ubezpieczane przez inną spółkę ubezpieczeniową, skoro według wcześniejszych ustaleń miało to być (...). W następnych dniach strony wymieniały w tej sprawie korespondencję. R. B. wyjaśnił A. C., że ww. szkoły zostały objęte ubezpieczeniem oferowanym przez innego ubezpieczyciela z uwagi na wcześniej podjęte decyzje. W 2009 r. na terenie województwa (...) zawarł 1.270 umów ubezpieczenia, z czego 17 przy udziale (...), zaś w 2010 r. przy udziale tego brokera (...) zawarł 4 umowy, przy ogólnej liczbie ponad 1.000 zawartych umów.

W 2010 r. (...) osiągnął przychód w wysokości 7.783.936.000 zł, zaś (...) – w wysokości 6.628.301,08 zł.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że odwołania zasługiwały na uwzględnienie. Przede wszystkim uzasadniony okazał się zarzut (...), że Prezes UOKiK błędnie określił, iż ubezpieczyciel i broker konkurują na tym samym rynku właściwym oraz mogą oni dokonać podziału rynku. Wskazując na art. 6 ust. 1 pkt 3 i art. 4 pkt 9 u.o.k.k., Sąd Okręgowy podniósł, że konkurencja występuje zawsze na określonym rynku (relewantnym),

a wyznaczenie granic tego rynku ma znaczenie dla oceny, czy zachowania przedsiębiorców są niezgodne z prawem ochrony konkurencji. Kluczową kwestią jest zidentyfikowanie konkurentów danego przedsiębiorcy. Kryteria pozwalające na wyznaczenie granic rynku to substytucyjność towarów i granice terytorialne. Jeżeli chodzi o rynek w ujęciu produktowym, to dotyczy on produktów jednego rodzaju, które ze względu na swoje cechy i cenę odróżniają się od innych towarów w tym sensie, że nie istnieje możliwość dowolnej ich wymiany. Z punktu widzenia nabywcy rynek pod względem podmiotowym tworzą towary charakteryzujące się bliską substytucyjnością. Oznacza to przynależność do tego samego rynku, ewentualnie to samo przeznaczenie towarów. Rynek właściwy geograficznie zostaje wyznaczony według kryterium geograficznego – jest to obszar zbytu, na którym panują homogeniczne, tożsame lub podobne warunki konkurencji.

Sąd Okręgowy wskazał, że Prezes UOKiK określił rynek produktowy jako rynek sprzedaży grupowego ubezpieczenia NNW (następstw nieszczęśliwych wypadków) dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych, zaś w ujęciu geograficznym – jako rynek ogólnopolski. Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia było, czy ubezpieczyciel oraz broker ubezpieczeniowy w ogóle mogą konkurować ze sobą i na jakim rynku taka konkurencja może wystąpić, gdyż zgodnie z art. 4 pkt 11 u.o.k.k. pod pojęciem konkurentów rozumie się przedsiębiorców, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym. Sąd Okręgowy ustalił, że rynkami właściwymi, na których działa (...), są rynki ubezpieczeń osobowych, majątkowych i ubezpieczeń na życie, a (...) posiada pozycję dominującą na tych rynkach. Kwestia ta była przedmiotem uprzednio wydanych przez pozwanego decyzji w przedmiocie koncentracji. (...) jest ubezpieczycielem uprawnionym do wykonywania czynności wymienionych w art. 3 ustawy z dnia 22.05.2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 950 ze zm., dalej: u.d.u.). Te czynności to wszelkie czynności związane z oferowaniem i udzielaniem ochrony na wypadek ryzyka wystąpienia skutków zdarzeń losowych. Natomiast (...) jest podmiotem zaliczającym się do jednej z kategorii pośredników ubezpieczeniowych wykonujących czynności pośrednictwa ubezpieczeniowego. Zgodnie z art. 2 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 22.05.2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 1450 ze zm., dalej: u.p.u.) pośrednictwo ubezpieczeniowe polega na wykonywaniu przez pośrednika za wynagrodzeniem czynności faktycznych lub czynności prawnych związanych z zawieraniem lub wykonywaniem umów ubezpieczenia. Pośrednictwo ubezpieczeniowe jest wykonywane wyłącznie przez agentów ubezpieczeniowych lub brokerów ubezpieczeniowych. Szczegółowa definicja czynności brokerskich została zawarta w art. 4 pkt 2 u.p.u. – są to czynności wykonywane w imieniu lub na rzecz podmiotu poszukującego ochrony ubezpieczeniowej, polegające na zawieraniu lub doprowadzaniu do zawarcia umów ubezpieczenia, wykonywaniu czynności przygotowawczych do zawarcia umów ubezpieczenia oraz uczestniczeniu w zarządzaniu i wykonywaniu umów ubezpieczenia, także w sprawach o odszkodowanie, jak również na organizowaniu i nadzorowaniu czynności brokerskich (działalność brokerska). Ta ustawa stanowi, że broker ubezpieczeniowy nie może wykonywać działalności agencyjnej ani wykonywać czynności agencyjnych, nie może pozostawać w stałym stosunku umownym z zakładem ubezpieczeń, przy czym ograniczenie to nie dotyczy umów zawieranych przez brokera z ubezpieczycielem dotyczących sposobu wzajemnego rozliczania się z wykonywania czynności brokerskich. Na uwagę zasługuje również obowiązek brokera określony w art. 26 pkt 2 u.p.u., polegający na tym, że przed zawarciem umowy ubezpieczenia udziela on na piśmie porady, w oparciu o rzetelną analizę ofert w liczbie wystarczającej do opracowania rekomendacji, najwłaściwszej umowy ubezpieczenia na piśmie oraz pisemnie wyjaśnia podstawy, na których opiera się rekomendacja. Zatem przy zawieraniu umów ubezpieczenia ubezpieczyciel stanowi jedną stronę tej umowy, a ubezpieczający drugą, zaś broker stoi po stronie ubezpieczającego: albo wykonuje dla niego czynności faktyczne, albo – posiadając stosowne pełnomocnictwo – wykonuje na jego rzecz czynności prawne. Podmioty te w żaden sposób nie konkurują ze sobą, gdyż ich rola jest odmienna, inne są też cele, które chcą osiągnąć. Celem brokera jest uzyskanie dla swojego klienta jak najlepszej oferty ubezpieczeniowej, zaś celem ubezpieczyciela – zawarcie jak największej liczby umów dla siebie korzystnych. Prowadzi to do wniosku, że cele obu podmiotów są sprzeczne. Tymczasem konkurencja to rywalizacja co najmniej dwóch podmiotów dążących do tego samego celu z jednoczesnym działaniem zmierzającym do osiągnięcia przewagi. Konkurować mogą ze sobą dwa zakłady ubezpieczeń lub dwaj brokerzy, gdyż te grupy podmiotów mają cele ze sobą zbieżne.

Sąd Okręgowy zauważył, że Prezes UOKiK, uznał, co do zasady, możliwość konkurencji zakładu ubezpieczeń i brokera na rynku relevantnym, nie uznał natomiast, że sama konkurencja wystąpiła z powodu naruszenia przepisów prawa przez strony niniejszego procesu. Nie zarzucił brokerowi, że w sposób sprzeczny z ustawą o pośrednictwie ubezpieczeniowym prowadzi np. działalność agencyjną. Ten fakt potwierdza zarzuty odwołania, że pozwany, konstruując decyzję, wykazał się niezrozumieniem istoty działalności ubezpieczeniowej oraz ról, które pełnią ubezpieczyciel i broker. Wątpliwości budzi również nazwanie przez Prezesa UOKiK rynku właściwego, na którym mieliby konkurować ze sobą zakład ubezpieczeń i broker, rynkiem sprzedaży ubezpieczeń, a co za tym idzie, uznanie, że zakład ubezpieczeń sprzedaje takie ubezpieczenia. W art. 805 k.c. zawarto legalną definicję umowy ubezpieczenia, przez którą ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. Prezes UOKiK nie wskazał, na jakiej podstawie wysnuł wniosek, że zakład ubezpieczeń, oprócz działalności ubezpieczeniowej, prowadzi jeszcze działalność polegającą na sprzedaży ubezpieczeń i – podobnie – że taką działalność prowadzi broker. W konsekwencji błędne jest uznanie brokera jako „kanał dystrybucji ubezpieczeń”.

Sąd Okręgowy podzielił stanowisko (...), że nie sposób przyjąć, aby relacje między powodowymi spółkami miały charakter horyzontalny, gdyż obie spółki działają na różnych rynkach. (...) działa na rynku pośrednictwa sprzedaży ubezpieczeń i oferuje usługę skierowaną wyłącznie do podmiotów poszukujących ubezpieczenia, polegającą doradztwie w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty i pośredniczeniu w zawarciu umowy, zaś (...) działa na rynku wykonywania czynności ubezpieczeniowych, w tym zawierania umów ubezpieczenia na życie, a zatem oferuje usługi polegające na przygotowaniu ofert ubezpieczenia i zawieraniu umów ubezpieczenia. Relacje między spółkami nie mają również charakteru wertykalnego. Oprócz kwestii działania na różnych rynkach, przedsiębiorcy nie występują na różnych szczeblach obrotu gospodarczego, tj. na różnych szczeblach produkcji lub dystrybucji.

Z powyższych względów, według Sądu Okręgowego, nie jest możliwe zawarcie porozumienia w myśl art. 6 u.o.k.k., polegającego na podziale rynku. Kolejną wadą zaskarżonej decyzji jest – zdaniem tego Sądu – określenie w decyzji samej istoty porozumienia w sposób nielogiczny. Podział rynku zbytu miałby bowiem polegać na przekazaniu przez (...) własnych klientów do obsługi przez (...), w zamian za rekomendowanie tym klientom ubezpieczenia (...). Niezrozumiałe jest dlaczego (...) miałyby przekazywać brokerowi swoich klientów, aby broker z kolei rekomendował im ubezpieczenie (...) jako najlepsze. Ponadto samo „przekazanie klientów” nie jest możliwe bez ich czynnego udziału, gdyż czynności brokera następują wskutek umowy zawartej z klientem. W sytuacji, gdy powodowie zostali ukarani karą pieniężną, w sprawie mają zastosowanie standardy właściwe dla prawa karnego, w tym zasady określone w Konwencji. W tej sytuacji zarzut postawiony powodom winien być sformułowany w sposób zrozumiały (art. 6 ust. 3 Konwencji), co w niniejszym przypadku budzi wątpliwości. Uzasadniony okazał się również zarzut z art. 6 ust. 3 pkt d Konwencji, czyli oddalenie wniosków dowodowych przedsiębiorców może być uznane za naruszenie ich prawa do obrony. Strony mogły jednak w procesie toczącym się przed sądem udowodnić swych racji, a pominięte przez pozwanego zostały przeprowadzone. W tym zakresie wady decyzji podlegały konwalidacji.

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

1) naruszenie art. 479<sup>31a</sup> k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy w postaci uchylecia zaskarżonej decyzji w sytuacji, gdy brak jest podstaw do takiego orzeczenia z uwagi na:

a. niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, w tym w szczególności:

- rozstrzygnięcia kwestii podniesionych przez Sąd I instancji wątpliwości w zakresie nazwania rynku właściwego i uzasadnienia poglądu, że zakład ubezpieczeń i broker ubezpieczeniowy nie sprzedają ubezpieczeń,

- wobec zanegowania relacji horyzontalnych i wertykalnych między (...) i (...), ustalenia, jakie relacje wiążą tych przedsiębiorców,

- wobec braku odniesienia się do tej korespondencji e-mail między powodami, ustalenia na jej podstawie, jaki był cel zawartego między nimi porozumienia,

- na jakiej podstawie uznał, że do naruszenia zakazu podziału rynku może dojść jedynie między przedsiębiorcami będącymi konkurentami;

b. dokonanie ustaleń, sprzecznych z zebranych w sprawie materiałem, polegających na ustaleniu, wbrew treści decyzji, że:

- „Prezes UOKiK błędnie określił, że ubezpieczyciel i broker konkurują na tym samym rynku właściwym oraz że w związku z tym mogą oni dokonać podziału rynku oraz Prezes UOKiK, uznał co do zasady, możliwość konkurencji zakładu ubezpieczeń i brokera na rynku relewantnym”, gdy tymczasem pozwany ustalił, że powodowie działają na oddzielnych rynkach produktowych, jednak ich działania mają wpływ głównie na krajowy rynek sprzedaży grupowego ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych,

- „Prezes UOKiK nie zarzucił brokerowi, że ten w sposób sprzeczny z ustawą o pośrednictwie ubezpieczeniowym prowadzi np. działalność agencyjną”, gdy tymczasem w decyzji wielokrotnie podkreślano naruszenie zasad prowadzenia działalności brokerskiej przez (...) i wyzbycie się niezależności na rzecz rekomendowania ofert jednego zakładu ubezpieczeń, które to fakty zbliżyły jego rolę do roli agenta ubezpieczeniowego (...),

- „Prezes UOKiK nie wskazał, na jakiej podstawie wysnuł wniosek, że zakład ubezpieczeń, oprócz działalności ubezpieczeniowej, prowadzi jeszcze działalność polegającą na sprzedaży ubezpieczeń i podobnie, że taką działalność prowadzi broker i w konsekwencji, że broker stanowi kanał dystrybucji ubezpieczeń”, gdy tymczasem fakt sprzedaży i wykonywania tych czynności zarówno przez zakład ubezpieczeń, jak i brokera ubezpieczeniowego wynika z obserwacji rynku i struktury organizacyjnej tych przedsiębiorców;

2) naruszenie przepisu prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c., które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, poprzez nielogiczne i niewszechstronne rozważenie zebranego materiału i w konsekwencji dokonanie nielogicznych i kontrfaktycznych ustaleń, sprzecznych z zebranych w sprawie materiałem, polegających na ustaleniu danych statystycznych w zakresie ilości zawartych przez (...) umów, w tym zawartych przy pomocy brokerów ubezpieczeniowych, a zatem także przy udziale (...), na podstawie zeznań Pana P. O., pracownika (...), nie mając dostępu do żadnych danych źródłowych, gdy tymczasem świadek ten jest zainteresowany konkretnym orzeczeniem sądu i nie przedstawił danych źródłowych dla swoich twierdzeń dotyczących analizy statystycznej wyników sprzedaży (...), które uprzednio miały dotyczyć innego rynku niż rynek relewantny w sprawie, co winno negatywnie wpłynąć na wiarygodności i moc dowodową jego zeznań, na co wskazywano już w odpowiedzi na odwołanie;

3) naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k., poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, że:

a. stosownie do tego przepisu zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na podziale rynków zbytu lub zakupu przez konkurentów, co w konsekwencji doprowadziło do uznania, że porozumienie o podziale rynku zbytu może być zawarte jedynie między konkurentami działającymi na rynku, objętym podziałem, gdy tymczasem przepis ten, ani żaden inny przepis ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie dają podstaw do postawienia tezy o takim ograniczeniu zakresu podmiotowego zakazu zawierania porozumień antykonkurencyjnych polegających na podziale rynku;

b. w niniejszej sprawie do stwierdzenia naruszenia zakazu konieczne jest uprzednie stwierdzenie naruszenia przez brokera ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym w postaci prowadzenia działalności agencyjnej, gdy z art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. nie wynika, aby do stwierdzenia jego naruszenia konieczne było uprzednie stwierdzenie naruszenia przez brokera wskazanej ustawy;

4) naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 4 pkt 9 u.o.k.k., poprzez jego niezastosowanie, i nieokreślenie rynku właściwego, przy jednoczesnym zanegowaniu rynku właściwego ustalonego w sprawie stwierdzeniem, że wątpliwości budzi nazwanie rynku właściwego rynkiem sprzedaży ubezpieczeń, a co za tym idzie, uznanie, że zakład ubezpieczeń sprzedaje takie ubezpieczenia i w konsekwencji nieuwzględnienie zawarcia porozumienia gdy tymczasem Sąd I instancji miał prawo i obowiązek skorygować nazwę rynku, jeśli na podstawie ustalonego stanu faktycznego uznał, że użyta przez pozwanego w decyzji nomenklatura jest niewłaściwa;

5) naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. w zw. z art. 3 u.d.u. i art. 2 u.p.u., poprzez ich błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, że (...) i (...) nie konkurują ze sobą, gdyż ich rola jest odmienna, inne są też cele, które chcą osiągnąć, które są sprzeczne i w konsekwencji nie uwzględnienie zawarcia porozumienia, gdy tymczasem jedynie warunki i zasady prowadzenia działalności gospodarczej obu podmiotów są różne, zaś ich działania zmierzają do tego samego celu, czyli sprzedaży ochrony ubezpieczeniowej;

6) naruszenie art. 6 Konwencji poprzez uznanie, że określenie w decyzji istoty porozumienia jest nielogiczne, gdyż niezrozumiałe jest, dlaczego (...) miałyby przekazywać brokerowi swoich klientów, aby broker z kolei rekomendował im ubezpieczenie (...) jako najlepsze oraz uznanie, że pominięcie wniosków dowodowych ze źródeł osobowych w toku postępowania administracyjnego narusza art. 6 ust. 3 i art. 6 ust. 3 pkt d Konwencji, gdy tymczasem sens porozumienia został sprecyzowany w sentencji decyzji, zaś korzyści szeroko wyjaśnione w decyzji i kolejnych pismach procesowych, zaś pominięcie wniosków w przedmiocie przeprowadzenia dowodów ze źródeł osobowych ma swoją podstawę w art. 227 k.p.c. stosowanego w postępowaniu przed Prezesem UOKiK na podstawie art. 84 u.o.k.k.;

7) naruszenie przepisu prawa procesowego, tj. art. 328 § 2 k.p.c., które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku niezawierającego wszelkich wymaganych tym przepisem elementów, tj. pełnej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym faktów, które Sąd I instancji uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa;

8) naruszenie przepisu prawa procesowego, tj. art. 302 § 1 k.p.c., które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, poprzez dopuszczenie dowodu z przesłuchania strony powodowej z pominięciem pozwanego, co doprowadziło do zachwiania równowagi stron w sposób sprzeczny z zasadą wyrażoną w tym przepisie oraz z zasadami równości stron w kontradiktoryjnym postępowaniu cywilnym.

Wskazując na te zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołań powodów w całości, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy SOKiK do ponownego rozpoznania z uwagi na nierozpoznanie istoty sprawy (art. 386 § 4 k.p.c.), oraz – w obu przypadkach – o zasądzenie od powodów na rzecz pozwanego kosztów procesu za I i II instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedziach na apelację powodowie wnieśli o jej oddalenie w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego była zasadna, o ile zmierzała do uchylenia zaskarżonego wyroku.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że niezasadny był zarzut dotyczący naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. W orzecznictwie słusznie przyjmuje się, że niedostatki uzasadnienia wyroku mogą być przyczyną uwzględnienia apelacji tylko w sytuacjach szczególnych, gdy w ogóle nie pozwalają na poznanie motywów, jakimi kierował się sąd wydając rozstrzygnięcie. W obecnym modelu apelacji sąd drugiej instancji jest sądem, który nie tylko na podstawie treści uzasadnienia bada prawidłowość decyzji sądu pierwszej instancji, ale rozpoznając merytorycznie sprawę, uprawniony jest także do samodzielnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego przez ten sąd oraz, ewentualnie, także w postępowaniu apelacyjnym. Innymi słowy, jedynie w przypadku uchybień w sporządzeniu uzasadnienia, które



faktycznie uniemożliwiają sądowi wyższej instancji kontrolę, czy prawo materialne i procesowe zostało prawidłowo zastosowane, zarzut art. 328 § 2 k.p.c. może okazać się skuteczny. Takich braków nie zawierało uzasadnienie zaskarżonego wyroku, gdyż Sąd Okręgowy przedstawił motyw, którymi kierował się wydając orzeczenie o określonej treści. Inną kwestią jest zaś odniesienie się w uzasadnieniu tylko do jednego z zarzutów zawartych w odwołaniach i prawidłowość stanowiska przyjętego przez Sąd I instancji.

Tak naprawę spór na tym etapie postępowania sprowadzał się do przesądzenia kwestii, czy powodowie (...) i (...) mogą w ogóle zawrzeć porozumienie, które zostało im zarzucone decyzją nr (...) z dnia 30.12.2011 r., czyli tzw. porozumienie podziałowe w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k., co miało polegać na zawarciu przez te podmioty porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży grupowego ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych, polegającego na podziale rynku zbytu pod względem podmiotowym poprzez przekazanie do obsługi (...) klientów (...) z terenu województwa (...), w zamian za rekomendowanie tym klientom ubezpieczenia w (...). Sąd Okręgowy uznał, że zawarcie tego rodzaju porozumienia między tymi podmiotami nie jest w ogóle możliwe, a więc nie jest możliwe, co do zasady, w związku z czym, nie rozpatrując żadnych innych z wielu zarzutów zawartych w obydwu odwołaniach, uchylił zaskarżoną decyzję.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na podziale rynków zbytu lub zakupu. Bez znaczenia dla oceny antykonkurencyjnego charakteru tego rodzaju porozumienia, podobnie jak i innych podlegających zakwalifikowaniu pod ten artykuł ustawy, są kwestie związane z powstaniem skutków w postaci naruszenia konkurencji na rynku właściwym. Zakaz sformułowany w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. obejmuje bowiem nie tylko te przypadki, w których osiągnięty został zamierzony skutek, ale dotyczy również samego uczestnictwa w porozumieniu wymierzonym w objęte ochroną dobro, jakim jest swobodna konkurencja. Dla zastosowania powołanego przepisu nie jest przy tym konieczne wykazywanie, czy do realizacji porozumienia doszło w znaczeniu osiągnięcia zamierzonego skutku antykonkurencyjnego na danym rynku. Dla kwalifikacji porozumienia jako niedozwolonego wystąpienie skutków o charakterze antykonkurencyjnym jest już obojętne po ustaleniu antykonkurencyjnego celu porozumienia. Wystarczającym jest wykazanie, że celem działań przedsiębiorców było naruszenie reguł konkurencji na rynku, a nie budzi żadnych wątpliwości, że postanowienia ustalające ceny pozostają w sprzeczności z zasadami konkurencji (zob. wyroki SA w Warszawie: z dnia 19.12.2012 r., VI ACA 752/12, Legalis nr 739306 i z dnia 16.07.2013 r., VI ACA 1615/12, Legalis nr 1049467). Co więcej, antykonkurencyjny cel porozumienia nie musi być też objęty świadomym działaniem jego stron, a wystarczy, aby istniała możliwość przewidzenia, że taki cel wynika z treści porozumienia, a jego realizacja może doprowadzić do skutku w postaci co najmniej zakłócenia konkurencji na rynku właściwym. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21.04.2011 r. (III SK 45/10, Legalis nr 432334), odpowiedzialność z tytułu naruszenia obowiązków wynikających z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma charakter odpowiedzialności obiektywnej w tym sensie, że stwierdzenie zawinonego charakteru przedmiotowego naruszenia nie jest konieczną przesłanką stwierdzenia naruszenia jej przepisów. Rozważania w przedmiocie winy przedsiębiorcy są zatem zbędne z punktu widzenia możliwości zastosowania przepisów prawa materialnego. Element subiektywny w postaci umyślności lub nieumyślności naruszenia przepisów ustawy, określane mianem „winy”, jest okolicznością braną pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary. Ponadto jak podkreślił Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 16.07.2015 r. (sprawa (...) SA (...), Legalis nr 1316086), art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że porozumienia o podziale klientów stanowią porozumienia mające antykonkurencyjny cel, a liczba klientów objętych tymi porozumieniami nie może mieć znaczenia w celu oceny warunku dotyczącego istnienia ograniczenia konkurencji na rynku wewnętrznym.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, co do zasady, pozostawało więc, czy powodowie swoją świadomością obejmowali antykonkurencyjny charakter swojego zachowania. Podobnie bez znaczenia z tego punktu widzenia pozostawało, jak szeroki był zakres porozumienia (rzekomego, jak twierdzili powodowie), w szczególności, jak dużą grupę klientów mogło ono objąć.

Sąd Okręgowy przyjął, że powodowie nie mogą zawrzeć tego rodzaju porozumienia, gdyż nie są konkurentami na rynku właściwym. Będzie o tym mowa szerzej poniżej. W tym miejscu trzeba jednak wskazać, że status konkurentów nie

jest wyznacznikiem zawarcia omawianego porozumienia. Wynika to chociażby z treści art. 7 ust. 1, który określa tzw. porozumienia bagatelne. Są to takie porozumienia między przedsiębiorcami, które mają za przedmiot zachowanie tych przedsiębiorców, będących uczestnikami rynku, budzące wątpliwości z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji, ale konkretne porozumienie nie jest w stanie wpłynąć w negatywny sposób na konkurencję na rynku, albowiem ci przedsiębiorcy nie mają odpowiedniej pozycji na rynku, przez co ich siła rynkowa jest za mała, aby zniekształcić konkurencję. O ile w punkcie 1 tego przepisu mowa jest o konkurentach, w wypadku których zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy, nie stosuje się do porozumień, jeżeli łączny udział konkurentów w rynku właściwym, którego dotyczy porozumienie, nie przekracza 5%, to w punkcie 2 mowa jest o przedsiębiorcach, którzy nie są konkurentami – w takim wypadku przedmiotowego zakazu nie stosuje się do porozumień, jeżeli udział żadnego z tych przedsiębiorców w rynku właściwym, którego dotyczy porozumienie, nie przekracza 10%. Oczywiście należy pamiętać o tym, że w odniesieniu do porozumienia podziałowego wskazane wyłączenie nie może mieć zastosowania (art. 7 ust. 3 u.o.k.k.), co jednak nie zmienia wynikającego z powyższego wniosku, że antykonkurencyjne porozumienie może zostać zawarte również między przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami.

Także w orzecznictwie wyrażono taki pogląd. W wyroku z dnia 3.09.2009 r. (III SK 9/09, OSNP 2011, nr 11-12, poz. 168) Sąd Najwyższy podkreślił, że kategoria porozumień między przedsiębiorcami niebędącymi konkurentami jest znacznie szersza, ponieważ obejmuje wszelkiego rodzaju porozumienia, w których strony nie działają na tym samym rynku produktowym i geograficznym. Oczywiście istotny jest ich wpływ na rynek. Co prawda w wyroku z dnia 24.11.2005 r. (VI ACa 361/05, niepubl.) Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał, że uzgodnienie między jednostką samorządu terytorialnego a dystrybutorem prasy bezpłatnej nie spełnia kryteriów zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080 ze zm.), ponieważ strony takiego porozumienia nie są w stosunku do siebie ani konkurentami, ani przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu towarami lub usługami tego samego asortymentu, a więc nie zachodzi zatem między nimi „relacja sprzedawca I szczebla (producent) – sprzedawca II szczebla (hurtownik) – sprzedawca III szczebla (detalista)”, jednak tak wąska wykładnia nie ma uzasadnienia na tle aktualnie obowiązującej ustawy i powołanych jej przepisów. W art. 7 ust. 1 pkt 2 u.o.k.k. ustawodawca zrezygnował z ograniczenia wyłączenia zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję tylko do porozumień między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że „art. 7, co do zasady, stanowi powtórzenie art. 6 obecnie obowiązującej ustawy, został jednak doprecyzowany – dotychczasowy budził trudności interpretacyjne, posługiwał się bowiem pojęciem przedsiębiorców działających na różnych szczeblach obrotu, a jednocześnie wynikał z niego obowiązek obliczania udziału tych przedsiębiorców we wspólnym rynku, którego de facto nie ma w przypadku przedsiębiorców niebędących konkurentami”. Posłużenie się pojęciem przedsiębiorców, którzy nie są konkurentami, oznacza, że strony antykonkurencyjnego porozumienia nie muszą pozostawać względem siebie w stosunku konkurencji, czyli rywalizować ze sobą na tym samym rynku właściwym.

Powyższej kwestii Sąd Okręgowy w ogóle nie rozważył, skupiając się jedynie na ocenie, czy powodowie są konkurentami. Tymczasem widać wyraźnie, że przedstawiony przez Sąd I instancji pogląd, że antykonkurencyjne porozumienie wyznacza status bycia konkurentami, nie ma uzasadnienia. Jest to o tyle istotne, że zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawa antymonopolowa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Poszczególne instytucje ustawy w różny sposób uwzględniają potrzebę wyważenia między różnymi istotnymi dla prawodawcy i społeczeństwa wartościami. Pojęcia interesu publicznego nie można ograniczać do interesu publicznego w samej tylko ochronie konkurencji (zob. wyrok SN z dnia 27.11.2014 r., III SK 21/14, Lex nr 1565780). Przesłanka interesu publicznego z art. 1 u.o.k.k. pełni bowiem funkcję korekcyjną. Funkcja ta pozwala na weryfikację przez sąd rozpoznający odwołanie celowości interwencji Prezesa Urzędu w danej sprawie oraz zasadności środków zastosowanych przez organ ochrony konsumentów (zob. postanowienie SN z dnia 21.06.2013 r., III SK 56/12, Lex nr 1341693). Ustawa ta ma zastosowanie do zachowań przedsiębiorców w takim zakresie, w jakim ustawodawca dopuścił funkcjonowanie mechanizmu rynkowego, pozostawiając uczestnikom rynku autonomię woli w zakresie kształtowania własnych zachowań rynkowych (zob. wyrok SN z dnia 3.03.2010 r., III SK 37/09, OSNP 2011, nr 19-20, poz. 264). Zatem przy wykładni przepisów trzeba mieć na względzie cel, w jakim została uchwalona ustawa antymonopolowa.

Niezależnie od powyższego, powstaje pytanie, czy faktycznie (...) i (...) nie mogą w konkretnej sytuacji zostać uznani za konkurentów, co Sąd Okręgowy wyłączył.

Jak wynika z legalnych definicji zawartych w art. 4 pkt 9 i 11 u.o.k.k., konkurentami są przedsiębiorcy, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym, czyli rynku towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Zgodzić się można z częścią wywodów Sądu Okręgowego dotyczącą roli ubezpieczyciela i brokera na rynku ubezpieczeń. Jeżeli chodzi o ubezpieczyciela, to wykonuje on tzw. działalność ubezpieczeniową, przez którą rozumie się wykonywanie czynności ubezpieczeniowych związanych z oferowaniem i udzielaniem ochrony na wypadek ryzyka wystąpienia skutków zdarzeń losowych. Takimi czynnościami są m.in. zawieranie i wykonywanie umów ubezpieczenia, w tym również ocena ryzyka w ubezpieczeniach osobowych i ubezpieczeniach majątkowych (art. 3 u.d.u.). Analogicznie te kwestie są uregulowane w art. 4 aktualnie obowiązującej ustawy z dnia 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. poz. 1844 ze zm.), która zastąpiła ustawę o działalności ubezpieczeniowej. W celu wykonywania ochrony ubezpieczeniowej ubezpieczyciel zawiera z klientem umowę ubezpieczenia, o której mowa w art. 805 § 1 k.c., na podstawie której ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. Natomiast w świetle ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym pośrednictwo ubezpieczeniowe polega na wykonywaniu przez pośrednika za wynagrodzeniem czynności faktycznych lub czynności prawnych związanych z zawieraniem lub wykonywaniem umów ubezpieczenia. Poza reasekuracją, pośrednictwo ubezpieczeniowe jest wykonywane wyłącznie przez agentów ubezpieczeniowych lub brokerów ubezpieczeniowych (art. 2). Brokerem ubezpieczeniowym jest osoba fizyczna albo prawna posiadająca, wydane przez organ nadzoru, zezwolenie na wykonywanie działalności brokerskiej i wpisana do rejestru brokerów ubezpieczeniowych (art. 20). Definicję działalności brokerskiej zawarto w art. 4 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym pośrednik ubezpieczeniowy wykonuje czynności w imieniu lub na rzecz podmiotu poszukującego ochrony ubezpieczeniowej, polegające na zawieraniu lub doprowadzaniu do zawarcia umów ubezpieczenia, wykonywaniu czynności przygotowawczych do zawarcia umów ubezpieczenia oraz uczestniczeniu w zarządzaniu i wykonywaniu umów ubezpieczenia, także w sprawach o odszkodowanie, jak również na organizowaniu i nadzorowaniu czynności brokerskich.

Bezsporne było, że powód spełniał powyższe definicje. W ustawie o pośrednictwie ubezpieczeniowym wyraźnie odróżniono działalność brokera od działalności agenta ubezpieczeniowego, którym jest przedsiębiorca wykonujący działalność agencyjną na podstawie umowy agencyjnej zawartej z zakładem ubezpieczeń i wpisany do rejestru agentów ubezpieczeniowych (art. 7 ust. 1), który wykonuje czynności w imieniu lub na rzecz zakładu ubezpieczeń (czynności agencyjne), polegające na: pozyskiwaniu klientów, wykonywaniu czynności przygotowawczych zmierzających do zawierania umów ubezpieczenia, zawieraniu umów ubezpieczenia oraz uczestniczeniu w administrowaniu i wykonywaniu umów ubezpieczenia, także w sprawach o odszkodowanie, jak również na organizowaniu i nadzorowaniu czynności agencyjnych (art. 4 pkt 1). Co istotne, broker ubezpieczeniowy, poza pewnymi wyjątkami, nie może wykonywać działalności agencyjnej ani wykonywać czynności agencyjnych oraz pozostawać w żadnym stałym stosunku umownym z zakładem ubezpieczeń (art. 24 ust. 1 i 2).

Mając na uwadze te zasady działalności brokera ubezpieczeniowego, a także jego obowiązki wynikające z art. 26 ust. 1 u.p.u., a w szczególności tych z punktów 2 i 6, tj. udzielenia na piśmie przed zawarciem umowy ubezpieczenia porady, w oparciu o rzetelną analizę ofert w liczbie wystarczającej do opracowania rekomendacji najwłaściwszej umowy ubezpieczenia i pisemnego wyjaśnienia podstawy, na których opiera się rekomendacja oraz wykonywania działalności z poszanowaniem interesów stron umowy ubezpieczenia, Sąd Okręgowy uznał, że wyłącza to możliwość zaistnienia stosunku konkurencji między ubezpieczycielem a brokerem ubezpieczeniowym. Przy właściwie funkcjonującym

rynku i właściwym wykonywaniu czynności przez te podmioty, z takim stanowiskiem można się zgodzić. W tym kontekście istotne jest ustalenie rynku, na jakim działają ubezpieczyciel i broker ubezpieczeniowy. W decyzji przyjęto, że uczestnicy porozumienia nie działają na tym samym rynku i nie są konkurentami w takim znaczeniu, w jakim stwierdził to Sąd I instancji, co jednak nie wyłącza możliwości dokonania przez nich niedozwolonego porozumienia. Według pozwanego brokerzy ubezpieczeniowi działają na rynku pośrednictwa „w sprzedaży ubezpieczeń” (tu: grupowego ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych), zaś ubezpieczyciele – na rynku „sprzedaży ubezpieczeń”. W wyniku tego podmioty te znajdują się wobec siebie zarówno w relacji wertykalnej, jak i w relacji horyzontalnej, reprezentując konkurujące kanały sprzedaży usług ubezpieczeniowych.

W Obwieszczeniu Komisji Europejskiej w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowych prawa konkurencji (Dz.Urz. UE C 1997, nr 372, s. 5) wskazano, że celem zdefiniowania rynku, zarówno w wymiarze asortymentowym jak i geograficznym, jest identyfikowanie rzeczywistych konkurentów danego przedsiębiorstwa, którzy są w stanie zakłócić zachowanie tego przedsiębiorstwa oraz nie dopuszczać ich do zachowania w sposób niezależny od skutecznej presji konkurencji. Kryteria definiowania rynku właściwego są ogólnie stosowane w odniesieniu do analizy niektórych rodzajów zachowania na rynku oraz w odniesieniu do analizy zmian strukturalnych w podaży produktów. Jednak ta metodologia może prowadzić do różnych wyników, w zależności od charakteru badanego zagadnienia konkurencji. Przykładowo, zakres rynków geograficznych może być różny, podczas analizy koncentracji w przypadku, gdy analiza jest dokonywana w znacznej mierze na przyszłość, od analizy przeszłego zachowania. Różny horyzont czasowy w każdym przypadku może doprowadzić do wyników, iż różne rynki geograficzne są zdefiniowane dla tego samego produktu w zależności od tego, czy Komisja bada zmianę w strukturze podaży, taką jak koncentracja lub kooperacyjne wspólne przedsiębiorstwo lub bada zagadnienia odnoszące się do niektórych przeszłych zachowań.

Przenosząc powyższe na realia niniejszej sprawy, w pierwszej kolejności odnieść się należy do stwierdzenia Sądu Okręgowego, że „wątpliwości budzi nazwanie przez Prezesa UOKiK rynku właściwego, na którym mieliby konkurować ze sobą zakład ubezpieczeń i broker, rynkiem sprzedaży ubezpieczeń, a co za tym idzie uznanie, że zakład ubezpieczeń sprzedaje takie ubezpieczenia”, co miałyby wynikać z definicji umowy ubezpieczenia zawartej w art. 805 § 1 k.c. Oczywistym jest, że ubezpieczyciel nie zawiera umowy sprzedaży w rozumieniu art. 535 k.c., a więc w sensie prawnym nie chodzi tu o „sprzedaż”. Niemniej chociaż pozwany nazwał rynek właściwy jako „rynek sprzedaży grupowego ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych”, oczywistym jest, że chodzi o tego rodzaju rynek ubezpieczeń. Nie można takiego sformułowania odnosić do legalnej definicji umowy sprzedaży zawartej w tym ostatnim przepisie. Niezależnie, czy ten rynek określimy jako rynek sprzedaży, czy rynek oferowania ubezpieczeń, chodzi w istocie o tę samą czynność, czyli zawarcie umowy ubezpieczenia. Innymi słowy, użycie słowa „sprzedaż” nie oznaczało w tym wypadku, że chodziło o zawarcie umowy sprzedaży. Trzeba bowiem rozróżnić samo objęcie ochroną ubezpieczeniową w wyniku zawarcia umowy ubezpieczenia od czynności związanych z pozyskaniem klienta, a więc podjęcia działań w celu zawarcia umowy ubezpieczenia. W tym celu wykorzystywane są różnego rodzaju „techniki sprzedażowe”, które prowadzą do zdobycia klienta, czyli drugiej strony umowy ubezpieczenia i skłonienia go do podpisania takiej umowy. Dopiero zawarcie umowy ubezpieczenia powoduje powstanie stosunku ubezpieczenia.

Co więcej, potocznie mówi się właśnie o „sprzedaży ubezpieczeń”. Chociaż więc w dokumentach o charakterze prawnym nie powinno używać się tego rodzaju sformułowań, to nie powoduje to zmiany oznaczenia rynku. Poza tym, jak słusznie zauważył pozwany, pojęcia „sprzedaż” używa także (...) w swojej działalności, np. nazywając dział, którego dyrektorem był A. C., właśnie „Działem sprzedaży”, a niewątpliwie dotyczyło to ubezpieczeń oferowanych potencjalnym klientom. W e-mailu z dnia 6.07.2009 r., który A. C. rozesłał do kierowników sprzedaży (...), wskazał on, że rozmowy (...) i (...) zostały podjęte w celu zmniejszenia strat w ubezpieczeniu NNW placówek oświatowych na terenie obszaru sprzedaży (...). Nie była również kwestionowana okoliczność, że skorzystanie z usług (...) było możliwe w wyniku kliknięcia w link na stronie internetowej opatrzonej frazą „kup przez agenta”, czy „kup online”. Widać więc wyraźnie, że nie chodzi tu o sprzedaż towarów, ale o sprzedaż usługi, pod którą należy rozumieć świadczenie ochrony ubezpieczeniowej na warunkach określonych w umowie ubezpieczenia. Warto zauważyć, że w art. 4 pkt 7 u.o.k.k.

do towarów zaliczono, poza rzeczami, energią papierami wartościowymi, innymi prawami majątkowymi i robotami budowlanymi, także usługi.

Podobnie w przypadku brokerów ubezpieczeniowych, jak wynika z powołanego art. 4 ust. 2 u.p.u., ich czynności polegają na zawieraniu lub doprowadzaniu do zawarcia umów ubezpieczenia, wykonywaniu czynności przygotowawczych do zawarcia umów ubezpieczenia oraz uczestniczeniu w zarządzaniu. Zatem broker pośredniczy w „sprzedaży” ubezpieczeń, podejmując czynności zmierzające do zawarcia umowy ubezpieczenia między ubezpieczycielem a ubezpieczającym. Podobnie w art. 2 pkt 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/92/WE z dnia 9.12.2002 r. w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego (Dz.Urz. UE L 2003, nr 9, s. 3) wskazano, że pośrednictwo ubezpieczeniowe jest to działalność polegająca na wprowadzaniu, proponowaniu lub przeprowadzaniu innych prac przygotowawczych do zawarcia umów ubezpieczenia lub zawieraniu takich umów, bądź też udzielaniu pomocy w administrowaniu i wykonywaniu takich umów, w szczególności w przypadku roszczenia. Są to wprost „czynności sprzedażowe”, które polegają na wprowadzaniu określonego produktu lub usługi na rynek.

Wbrew stanowisku Sądu Okręgowego, Prezes UOKiK nie wysnuł wniosku, że zakład ubezpieczeń oprócz działalności ubezpieczeniowej prowadzi jeszcze działalność polegającą na sprzedaży ubezpieczeń i, podobnie, że taką działalność prowadzi broker. Takie stwierdzenie nie wynika z treści zaskarżonej decyzji, jak i późniejszego stanowiska pozwanego. Nie jest tu wyznacznikiem sprzedaż w rozumieniu kodeksowym, ale działania, jakie są podejmowane w celu objęcia ochroną ubezpieczeniową klientów. W tym konkretnym wypadku chodziło o działania powodów mające na celu oferowanie (nazwane „sprzedażą”) produktu (...) w postaci ubezpieczenia NNW, a konkretnie, zachęcenie potencjalnych klientów do wybrania oferty tego właśnie ubezpieczyciela.

Na marginesie można wskazać, że Sąd Okręgowy nie uznał, iż pozwany dokonał błędnej delimitacji, czyli wyznaczenia rynku właściwego, a jedynie błędnie go nazwał (w wyniku użycia sformułowania „sprzedaż”). Jednak ta okoliczność nie może stanowić podstawy uchylecia zaskarżonej decyzji, gdyż sprecyzowanie nazwy rynku właściwego, zgodnie z jego cechami, mieści się w kompetencjach SOKiK, który może dokonać korekty nazewnictwa przyjętego przez Prezesa UOKiK, gdy nie prowadzi to do żadnej merytorycznej zmiany decyzji, w tym do zmiany rynku właściwego. Innymi słowy, skoro Sąd Okręgowy uznał, że pozwany użył nieprawidłowej nazewnictwa przy opisanu rynku właściwego, powinien dokonać stosownej modyfikacji w tym przedmiocie.

W tym konkretnym wypadku chodzi o rynek „sprzedaży” ubezpieczeń NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych, przy czym w wypadku (...) chodzi o oferowanie jego własnego „produktu”, czyli zachęcenie potencjalnych klientów do zawarcia umowy z tym właśnie ubezpieczycielem, zaś w wypadku (...) – o swojego rodzaju pośrednictwo w zawarciu umowy ubezpieczenia między ubezpieczycielem a klientem. Wynika to z powołanych wcześniej przepisów. Innymi słowy, ubezpieczyciel bezpośrednio, tj. osobiście (przez swoich pracowników) lub za pośrednictwem agentów ubezpieczeniowych, oferuje klientom skorzystanie z ochrony ubezpieczeniowej w ramach określonego typu ubezpieczenia przez zawarcie umowy ubezpieczenia, zaś broker ma wybrać spośród wielu ofert różnych ubezpieczycieli produkt najbardziej korzystny z punktu widzenia klienta i przedstawić go klientowi wraz z uzasadnieniem dokonanego wyboru. Produkt w postaci określonego ubezpieczenia jest więc oferowany (wprowadzany do obrotu) na rynku ubezpieczeń dwutorowo: albo bezpośrednio przez ubezpieczyciela, gdy umowa ubezpieczenia jest zawierana przez samego ubezpieczyciela lub agenta ubezpieczeniowego w imieniu i na rzecz tego ubezpieczyciela, albo za pośrednictwem brokera ubezpieczeniowego, który zarekomenduje klientom ofertę tego właśnie ubezpieczyciela, gdy będzie ona najkorzystniejsza dla klienta. Mamy tu więc do czynienia z dwoma kanałami dystrybucji ofert ubezpieczeniowych, jak to słusznie zauważył pozwany: kanał, który można nazwać sprzedażą bezpośrednią (z uwzględnieniem powyższych wywodów dotyczących użycia słowa „sprzedaż”) i kanał, który można nazwać pośrednictwem w sprzedaży. Te formy oferowania ubezpieczeń funkcjonują równolegle w tym sensie, że ubezpieczyciele mogą oferować klientom zawarcie umów ubezpieczeń zarówno w sposób bezpośredni, jak i za pośrednictwem brokerów ubezpieczeniowych, o ile ci są uprawnieni do przedstawiania oferty danego ubezpieczyciela. Nie ma tu więc stosunku konkurencji w taki znaczeniu, że ubezpieczyciel i broker ubezpieczeniowy oferują swoje

własne produkty, które są konkurencyjne, gdyż broker ubezpieczeniowy odnosi się do produktów oferowanych przez inne podmioty.

Niemniej oba kanały dystrybucji usług ubezpieczeniowych konkurują ze sobą. To, że między (...) a (...) zachodził stosunek konkurencji, wynikało chociażby z zeznań świadków A. S. i P. O. (nagranie protokołu rozprawy z dnia 5.12.2014 r.) oraz reprezentanta powoda (...) (nagranie protokołu rozprawy z dnia 13.03.2015 r.). Zgodnie z tymi zeznaniami w 2009 r. pomiędzy powodami wynikł spór co do kwestii honorowania pełnomocnictw udzielonych (...) przez organy wykonawcze jednostek samorządu terytorialnego dla placówek oświatowych położonych na ich obszarze. (...) nie honorował tych pełnomocnictw, uznając że każda z placówek oświatowych powinna odrębnie upoważnić brokera, w związku z czym nie przekazywał brokerowi swojej oferty ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych, lecz przekazywał ją bezpośrednio klientowi przez swoich agentów. Warto w tym miejscu jedynie zauważyć, że świadek P. O., a więc pracownik (...), po okazaniu mu e-maila z dnia 26.08.2009 r. (k. 16v-17), nie potrafił wytłumaczyć sformułowania „zaniechanie konkurowania”, twierdząc, że zostało ono użyte niefortunny, a jego zdaniem jest skrót myślowy, bo zakład ubezpieczeń nie może konkurować z brokerem ubezpieczeniowym, gdyż zakład ubezpieczeń działa na rynku ubezpieczeniowym, a broker jest pośrednikiem i dla swoich klientów zbiera oferty od różnych ubezpieczycieli i przedstawia klientowi ofertę najbardziej właściwą. Zatem świadek powołał się na ustawowe definicje, a nie odniósł się do faktycznego zachowania się powodów na rynku. Natomiast świadek A. S., również pracownik (...), w jednym miejscu twierdziła, że nie było żadnego porozumienia, aby później stwierdzić, że w stwierdzeniu dotyczącym wspólnych wniosków i że „żaden dyrektor nie zrobi skoku w bok” z maila z k. 12v, chodziło o to, że (...) nie będzie zawierać umów bezpośrednio, tylko przez brokera.

W takiej sytuacji, skoro (...) nie miał możliwości oferowania ubezpieczeń największego na rynku ubezpieczyciela, aby uzyskać stosowne wynagrodzenie (tzw. kurtaż), musiał przekonać potencjalnego klienta do zawarcia umowy ubezpieczenia z innym ubezpieczycielem niż (...). Tymczasem (...), za pośrednictwem swoich agentów, oferował swój produkt i również musiał przekonać potencjalnego klienta, ale do swojego produktu. Zatem w takiej sytuacji, chociaż (...) nie oferował swojego produktu, musiał przedstawić klientowi produkt lepszy niż produkt drugiego z powodów. Czynności dokonywane przez obydwu powodów sprowadzały się więc do tego samego, a mianowicie zachęcenia do zawarcia przez klienta umowy ubezpieczenia w odniesieniu do konkretnego ubezpieczenia. Trzeba podkreślić, że z art. 4 pkt 9 i 11 nie wynika, aby wyznacznikiem stosunku konkurencji było wprowadzanie przez przedsiębiorców do obrotu ich własnych produktów. O ile więc w normalnym układzie stosunków, przy prawidłowym wykonywaniu działalności przez ubezpieczyciela i brokera ubezpieczeniowego, nie pozostają oni stricte w stosunku konkurencji w sposób opisany przez Sąd Okręgowy, to nie jest tu wyznacznikiem, jakie czynności, zgodnie z przepisami powołanych ustaw, przedsiębiorcy ci podejmują. Opisane wcześniej kanały dystrybucji pozostają ze sobą w konkurencji w tym sensie, że klientom na rynku ubezpieczeń (tu: NNW) oferowane są określone ubezpieczenia, a więc produkty (towary), które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty. Jeżeli broker ubezpieczeniowy ma w swojej ofercie ubezpieczenia danego ubezpieczyciela, to gdyby pominąć kwestię kosztów pozyskania klienta (np. w postaci kurtażu należnego brokerowi, czy prowizji agencyjnej), z punktu widzenia ubezpieczyciela jest bez znaczenia, czy zawrze umowę ubezpieczenia bezpośrednio, za pośrednictwem agenta ubezpieczeniowego, czy brokera ubezpieczeniowego. Ta kwestia nie jest zaś obojętna z punktu widzenia brokera ubezpieczeniowego, gdyż jeżeli klient nie skorzysta z jego usługi, a zdecyduje się zawrzeć umowę bezpośrednio z ubezpieczycielem, broker nie uzyska prowizji (wynagrodzenia).

Jest to widoczne szczególnie w sytuacji, gdy broker nie może zaoferować produktu danego ubezpieczyciela, a z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie. Wówczas broker, aby uzyskać prowizję, musi przekonać klienta do skorzystania z oferty innego ubezpieczyciela niż ten, którego produktu nie ma w swojej ofercie. Chociaż więc broker ubezpieczeniowy nie zawiera umowy ubezpieczenia, to zachęca klienta na rynku ubezpieczeń do zawarcia umowy ubezpieczenia z innym ubezpieczycielem. Jeżeli tego nie robi, nie osiągnie zysku, a przecież celem prowadzenia działalności gospodarczej jest właśnie osiągnięcie zysku. Czynności brokera i ubezpieczyciela są wówczas czynnościami konkurencyjnymi, które dotyczą produktów substytucyjnych na rynku ubezpieczeń. Słusznie Sąd Okręgowy zauważył, że konkurencja to rywalizacja co najmniej dwóch podmiotów dążących do tego samego celu z jednoczesnym

działaniem zmierzającym do osiągnięcia przewagi. Osiągnięcie przewagi konkurencyjnej nie musi oznaczać, że przedsiębiorcy konkurują własnymi towarami, ale mogą konkurować produktami innych podmiotów, o ile ich działania są nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, co w ostatecznym rozrachunku sprowadza się do osiągnięcia zysku: w wypadku brokera ubezpieczeniowego – w wyniku uzyskania kurtażu, w wypadku ubezpieczyciela – w wyniku zawarcia umowy ubezpieczeniowej. Skorzystanie przez klienta z oferty brokera w opisywanej sytuacji wyłącza możliwość zawarcia umowy przez ubezpieczyciela, zaś skorzystanie z bezpośredniej oferty ubezpieczyciela wyłącza możliwość uzyskania prowizji przez brokera.

O tym, że powodowie byli świadomi, iż zawierają porozumienie o określonej treści, świadczyły również wypowiedzi reprezentantów/pracowników (...) i (...), czego Sąd Okręgowy w ogóle nie rozważył, gdyż nie ocenił materiału dowodowego zebranego w sprawie. Chodzi o wiadomości e-mail (s. 14-30 decyzji, k. 2906-3025 t. XIV-XVI akt adm.), z których można wskazać na kilka:

- e-mail A. C. do P. O. z dnia 26.08.2009 r.: „(...) Stanęliśmy do kilku przetargów i nasze oferty okazały się o 30% droższe od konkurencji, z kilku jednostek samorządowych nie otrzymaliśmy w ogóle zapytań od brokera, część kierowników sprzedaży (jedni z moich najlepszych) twierdzili, że nie ma możliwości, aby jakaś gmina im została przejęta przez brokera, tak dobrze są tam „zakotwiczeni”, a później okazało się, że w części szkół są już podpisane umowy ubezpieczenia w konkurencji, głównie (...) i (...), a dyrektorzy mówili, że taką decyzję podjął wójt/burmistrz/starosta; w wyniku tych działań utracono ok. 40 placówek. (...) (...) i (...) zaprzestaną konkurować, ponieważ broker posiada stosowne pełnomocnictwa do reprezentowania klienta przed (...) i (...) nie będzie składało lepszych ofert bezpośrednio/Agentu (bez pośrednictwa brokera). (...) rekomenduje jako najlepszą ofertę (...) (oczywiście tam, gdzie nie było przetargu tylko ocena ofert, według życzenia klienta) – broker rekomenduje ofertę (...) jako najlepszą, biorąc pod uwagę zakres ochrony, posiadaną sieć placówek, jakość obsługi. (...)”;

- e-mail A. C. do kierowników sprzedaży (...) z dnia 6.07.2009 r.: „W związku z napływającymi od pewnego czasu sygnałami, że: - część szkół z naszego portfela została przejęta do obsługi przez (...) i ulokowana w konkurencyjnych towarzystwach ubezpieczeniowych, - macie Państwo bardzo utrudniony kontakt z dyrektorami szkół czy wójtami, starostami (odmowy umawiania się na spotkania), podjęliśmy rozmowy z (...) w celu zmniejszenia strat w ubezpieczeniu NNW placówek oświatowych na terenie naszego obszaru sprzedaży. W wyniku tych rozmów ustaliliśmy, że (...) i (...) zaprzestaną konkurować ze sobą i podejmą współpracę od dnia 2.07.2009 r. w zakresie ubezpieczenia NNW placówek oświatowych na terenie województwa (...) (...). Od dnia 2.07.2009 r. (...) przestaje konkurować z (...), informując placówki, że jest to wspólny program ubezpieczeniowy (...) realizowany przy współudziale (...)”;

- e-mail A. W. do R. B. z dnia 30.06.2009 r.: „W porozumieniu z Dyrektorem Sprzedaży Panem A. C. informuję, że wyrażamy zgodę na zawarcie ubezpieczeń szkół stosując 5% kurtażu dla Pana firmy oraz 30% wynagrodzenia dla placówek oświatowych na podstawie pełnomocnictw otrzymanych od jednostek samorządowych. Nasza zgoda uwarunkowana jest przesłaniem do dnia jutrzejszego na adres mailowy Dyrektora Sprzedaży (...) wykazu placówek oświatowych z deklaracją, że zostaną one ubezpieczone w (...)”;

- e-mail R. B. do A. W. z dnia 1.07.2009 r.: „(...) od jutra zaprzestaje przekonywania swoich klientów do wyboru innego ubezpieczyciela niż (...) w ubezpieczeniu NNW młodzieży szkolnej na kolejny okres ubezpieczenia i zaprzestaje wyjazdów na spotkania z tymi klientami. Jednocześnie zobowiązuje się rekomendować niniejsze ubezpieczenie w (...) (w związku z faktem, że na dzisiaj Wasza poprawiona oferta jest najlepsza). (...) zobowiązuje się wypłacić 5% prowizji (...) i 30% prowizji każdej szkole, która jest klientem i (...) i (...) zgodnie z załącznikiem. (...) W załączniku wpisane są szkoły, gdzie polisy zostały już wystawione u innego ubezpieczyciela i te są wyłączone z tych ustaleń.”;

- e-mail R. B. do A. C. z dnia 3.07.2009 r.: „Wszędzie rekomendujemy (...), tam, gdzie szkoły proszą nas o poprawienie oferty, ponieważ otrzymali dobrą ofertę z (...), mówimy, że inni ubezpieczyciele nie są w stanie przebić oferty z (...), tam, gdzie klienci informują nas o spotkaniach z przedstawicielami (...), mówimy, że znamy te oferty i je rekomendujemy i prosimy o akceptację tej oferty.”;

- e-mail A. W. do M. B. z dnia 23.07.2009 r.: „W nawiązaniu do poniższej korespondencji oraz z uwagi na umowę między (...) a (...) SA proszę o wyjaśnienie dlaczego szkoły należące do Gminy M. będą ubezpieczone w (...)? Wczoraj jeden z Kierowników Sprzedaży po kontakcie z Dyrektorami szkół z tej Gminy otrzymał informacje, że szkoły te zostaną ubezpieczone w (...). Nasza umowa była taka, że placówki w których Ubezpieczyciel wskazany jest jako (...)/ (...) będą ubezpieczone w (...) SA.”.

Jak wskazano, to jedynie kilka wiadomości elektronicznych, które powinny być rozważone przez Sąd I instancji. O ile, co do zasady, ubezpieczyciel i broker, przy prawidłowo wykonywanych swoich czynnościach nie powinni zawierać porozumienia, to chociażby powyższe wiadomości elektroniczne świadczyły o tym, że taka możliwość istnieje. Jak słusznie wskazał Prezes UOKiK, a i taki wniosek można wysnuć z ustaleń poczynionych przez Sąd I instancji (aczkolwiek wysunięte z tych ustaleń wnioski nie były prawidłowe), relacje między zakładem ubezpieczeń a pośrednikiem ubezpieczeniowym nie są rozłączne, jak to próbowali przedstawić powodowie, powołując się na „istotę” działalności ubezpieczyciela i brokera ubezpieczeniowego, o której była mowa powyżej. Wręcz przeciwnie, te relacje są ściśle ze sobą powiązane, w tym sensie, że obydwa te podmioty mają dostęp do klientów w takim samym zakresie, tj. przedstawiając im ofertę konkretnego ubezpieczenia – w zależności od potrzeb klienta. Różnica polega na tym, że w wypadku prawidłowo funkcjonującego rynku ubezpieczyciel przedstawia jedynie swoją ofertę, zaś broker ubezpieczeniowy – ofertę, która według niego jest najbardziej korzystna z punktu widzenia klienta. Niezasadne jest więc ostateczne stwierdzenie Sądu I Instancji, że między ubezpieczycielem a brokerem ubezpieczeniowym nie występują de facto żadne relacje. Ta relacja istnieje nawet na prawidłowo funkcjonującym rynku, gdyż obydwa te podmioty walczą o klientów w tym sensie, że wykonując swoje czynności wynikające z ustawy, starają się ich nakłonić do zawarcia umowy ubezpieczenia – w wypadku brokera, za jego pośrednictwem.

Bezsporne było, co potwierdził materiał dowodowy, w tym e-maile i dowody z zeznań świadków, że zarówno (...), jak i (...) walczyli o klientów, czyli ubezpieczających, co nie pozostawało bez wpływu na rynek. Trzeba zauważyć, że (...), nie upoważniając (...) do przedstawienia jego ofert, oszczędzał na kurtażu i mógł (przynajmniej teoretycznie) zaoferować klientom tańsze ubezpieczenie, gdyż korzystał z dużej, zbudowanej w latach poprzednich, własnej sieci dystrybucji, co jest niezwykle istotne, jako że powszechnie wiadomym jest, iż jest to największy ubezpieczyciel na rynku, z najlepiej rozbudowaną, a przynajmniej jedną z największych sieci dystrybucyjnych w Polsce. Grupa docelowa była znana – były to placówki oświatowe na określonym obszarze. Problemem było, co było bezsporne w niniejszej sprawie, że (...) uzyskał od znacznej części placówek oświatowych na terenie województwa (...) lub organów założycielskich tych placówek wyłączność do udzielenia pełnomocnictw w zakresie obsługi ubezpieczeń, w tym zawierania umów ubezpieczenia. Jak wynikało z bezspornych ustaleń poczynionych przez pozwanego, (...) obsługiwał placówki oświatowe należące do 59% gmin w województwie (...) (85 spośród 144 gmin), a więc znaczną część tego rynku. Aby pozyskać tych klientów bez udziału brokera, ubezpieczyciel ( (...)) musiałby bezpośrednio uzyskać zmianę decyzji organów decyzyjnych tych placówek i przedstawić oferty, które byłby konkurencyjne w stosunku do ofert, które mógł przedstawić (...).

Z punktu widzenia (...) był to więc problem, skoro (...) nie posiadał w swoim portfelu ofert tego ubezpieczyciela. Jednocześnie z punktu widzenia brokera był to również problem, gdyż nie mógł przedstawiać oferty największego ubezpieczyciela na rynku. Na chwilę obecną przedwcześnie było twierdzenie pozwanego, że „oferta (...) nie była korzystna na tle innych zakładów ubezpieczeń, np. (...)”, gdyż chociaż Prezes UOKiK dokonał analizy oferty (...) na tle ofert ubezpieczycieli (s. 40-53, 93-94), to Sąd Okręgowy do tej kwestii się nie odniósł, nie przeprowadził i nie ocenił dowodów w tym przedmiocie zawnioskowanych przez powodów (np. opinia J. L. k. 139-158), co jest o tyle istotne, że jeżeli zostałyby stwierdzone zawarcie porozumienia, to należałoby ustalić, czy faktycznie było ono wykonywane, a więc czy (...) oferował produkt (...), mimo że oferty innych ubezpieczycieli były korzystniejsze.

Nie zmienia to jednak faktu, że przy tak skonstruowanym rynku (...) i (...) broker byli konkurentami, oferując na rynku właściwym substytucyjne produkty w celu, o jakim była mowa. Jednak nawet przy prawidłowo funkcjonującym rynku ubezpieczeń, z punktu widzenia klientów usługi brokerskie i „zakup” ochrony ubezpieczeniowej bezpośrednio od ubezpieczyciela są w stosunku do siebie substytucyjne, jako że tak naprawdę nie ma dla niego znaczenia, z



której ze ścieżek zawarcia umowy ubezpieczenia skorzysta. Istotne jest, aby oferta była najkorzystniejsza. Zatem chociaż w świetle uwarunkowań prawnych czynności brokera i ubezpieczyciela oraz ich status prawny w stosunku do potencjalnych klientów nie są tożsame, co pozwoliło Prezesowi UOKiK podzielić rynek produktowy w odniesieniu do każdego z tych podmiotów, to po pierwsze, jest to rynek ubezpieczeń, a po drugie, co się z tym wiąże, dokonana delimitacja rynków nie oznacza ich odrębności. Nawet tak wydzielone rynki wpływają na siebie, skoro relacje między ubezpieczycielem a brokerem krzyżują się. Prezes UOKiK nawał tę relację mieszaną, tj. horyzontalno-wertykalną, czego Sąd Okręgowy w ogóle nie rozważył, przyjmując, jak można wnioskować z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, że mamy do czynienia z dwoma niezależnymi segmentami. Mając na względzie powyższe uwagi, nie sposób zgodzić się z takim poglądem. Trzeba zauważyć, że przepisy ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, z których wynika wprost niezależność brokera ubezpieczeniowego od ubezpieczyciela (w przeciwieństwie do agenta ubezpieczeniowego), mają na celu uregulowanie właściwych relacji między tymi podmiotami w tym sensie, że jedyne ustalenia, jakie mogą być przez nie poczynione, powinny dotyczyć kurtażu, czyli prowizji za zarekomendowanie klientowi oferty tego właśnie ubezpieczyciela, ale jako oferty rzeczywiście najkorzystniejszej dla tego klienta, a w wyniku tego – doprowadzenie do zawarcia przez niego umowy z ubezpieczycielem. Innymi słowy, jako sprzeczne z przepisami tej ustawy należałoby uznać ustalenie między ubezpieczycielem a brokerem ubezpieczeniowym, że ten drugi będzie rekomendował klientom ofertę ubezpieczeniową tego właśnie ubezpieczyciela. Oczywiście ostateczna decyzja należy do klienta i w tym zakresie można było dać wiarę zeznaniom świadka A. S., że to „dyrektorzy szkół wybierali zakład ubezpieczeń, z którym chcieli podpisać umowy”, jednak skoro broker powinien – zgodnie z przepisami ustawy – przedstawić klientowi najkorzystniejszą dla niego ofertę, to w zasadzie trudno w takiej sytuacji obarczać potencjalnego ubezpieczającego obowiązkiem poszukiwania na rynku korzystniejszych ofert, skoro tę najkorzystniejszą powinien mu przedstawić broker ubezpieczeniowy, przy założeniu, że dysponował on ofertami wszystkich ubezpieczycieli w danym segmencie ubezpieczeń i mógł je przedstawiać klientom. Jeżeli więc ubezpieczyciel i broker ubezpieczeniowy dokonają tego rodzaju ustalenia, jak wskazano powyżej, mamy niewątpliwie wpływ na rynek konkurencji, który musi być rozpatrywany z punktu widzenia ustawy antymonopolowej.

Słusznie więc uznano w zaskarżonej decyzji, że chociaż przepisy ustawy o działalności ubezpieczeniowej i ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym statuują zakład ubezpieczeń i brokera ubezpieczeniowego na dwóch szczeblach obrotu, to ich bliskie kontakty i krzyżujące się działania na rynku powodują, że podział rynku, na którym działa jeden z nich, jest możliwy. Dla zastosowania praktyki określonej w art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. wystarczające jest wykazanie porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na podziale rynków zbytu lub zakupu. Istotne jest, czy przedsiębiorcy, którzy nie muszą być konkurentami, faktycznie dokonali tego rodzaju porozumienia na określonym rynku właściwym, którym w tym konkretnym wypadku jest rynek grupowego ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych, nazwany przez pozwanego „rynkem sprzedaży”.

Sąd Okręgowy nie rozważył również w ogóle, że relacji między przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy antymonopolowej nie można sprowadzić do klasycznych relacji horyzontalnych i wertykalnych, na co słusznie zwrócił uwagę pozwany, chociaż powodowie prezentowali stanowisko odmienne. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku można byłoby wywieść wniosek, że jeżeli konkretne porozumienie nie jest klasycznym porozumieniem „poziomym” lub „pionowym”, to ustawa antymonopolowa nie miałaby zastosowania, gdyż porozumienie to nie może istnieć i nie może wywoływać antykonkurencyjnych skutków na rynku. Z takim poglądem nie sposób się jednak zgodzić. Jest to istotna konstatacja, gdyż stosunki gospodarcze, w tym również relacje między przedsiębiorcami podlegają, ciągłym zmianom. O ile więc, zgodnie z poglądami doktryny, faktycznie antykonkurencyjne porozumienia można klasycznie podzielić na porozumienia horyzontalne i wertykalne, to po pierwsze, w ustawie antymonopolowej nie dokonano takiego podziału, a po drugie, nie uwzględnia on wszystkich relacji, jakie mogą łączyć przedsiębiorców.

Powyższe potwierdził Sąd Najwyższy w powołanym wcześniej wyroku z dnia 3.09.2009 r. (III SK 9/09) w sprawie z powództwa (...) S.A. w W. przeciwko Prezesowi UOKiK z udziałem zainteresowanych: Miasta B. i Powiatu (...). W tej sprawie (...) występowała w porozumieniu jako produkujący dokumenty prawa jazdy oraz wykonujący usługi fotograficzne w sektorze zdjęć do dokumentów personalizowanych, zaś jednostki samorządu

terytorialnego jako udostępniające infrastrukturę i zasoby wydziałów komunikacyjnych w celu świadczenia usługi wykonywania zdjęć do prawa jazdy. W umowie, która w toku postępowania administracyjnego, a następnie sądowego została zakwalifikowana jako porozumienie ograniczające konkurencję, zainteresowani zobowiązali się do wyznaczenia pracowników do obsługi stacji pozyskiwania zdjęć i wzorów podpisu oraz maksymalnego wykorzystania stanowiska poprzez wykonywanie zdjęć wszystkim petentom składającym wnioski. Takich relacji między uczestnikami porozumienia nie sposób zakwalifikować ani jako „czystych” horyzontalnych, ani „czystych” wertykalnych, a mimo to Sąd Najwyższy uznał tego rodzaju porozumienie za antykonkurencyjne, którego nie można uznać za bagatelne.

Reasumując, należy zgodzić się z poglądem powodów, że nie chodzi tu o porozumienie wertykalne, niemniej jest możliwa sytuacja, w której broker ubezpieczeniowy zawiera z ubezpieczycielem porozumienie, którego przedmiotem są warunki zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów, co następuje w wyniku ustalenia, że broker będzie oferował (rekomendował) klientom ofertę konkretnego ubezpieczyciela, a więc z pominięciem ofert innych ubezpieczycieli. Tego rodzaju naruszenie konkurencji ma postać podziału rynku ubezpieczeń – w tym wypadku: grupowego ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych. To, że relacje powodów de facto krzyżują się i nie są prostym układem horyzontalnym lub wertykalnym, nie oznacza a limine, jak to przyjął Sąd I instancji, że nie mogą oni zawrzeć antykonkurencyjnego porozumienia, które odniesie skutek na rynku właściwym. Oba te podmioty operują tym samym produktem, czyli ubezpieczeniem, ich grupą docelową są ci sami klienci, a ich cel – wbrew wywiodom Sądu I instancji – jest taki sam, czyli przekonanie klientów do zawarcia umowy ubezpieczenia, o czym była mowa powyżej. Sąd ten utożsamiał tak naprawdę cel działania ubezpieczyciela i ubezpieczeniowych z wymogami brokera ubezpieczeniowego z ustawowymi zasadami, jakimi powinni oni kierować się prowadząc działalność gospodarczą. Tym celem, jak każdego przedsiębiorcy, jest osiągnięcie zysku, co wynika z definicji przedsiębiorcy i działalności gospodarczej – art. 2 i 4 ustawy z dnia 2.07.2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1829 ze zm.). Ubezpieczyciel powinien osiągać zysk m.in. ze składek uiszczanych przez ubezpieczających, natomiast broker ubezpieczeniowy – z kurtażu, czyli prowizji, którą wypłaca mu ubezpieczyciel, a nie potencjalny ubezpieczający, na rzecz którego broker wykonuje nieodpłatnie usługi doradcze zmierzające do wyboru najkorzystniejszej oferty. Zatem jeżeli klient skorzysta z usług brokera ubezpieczeniowego, a ten doprowadzi do zawarcia umowy ubezpieczenia, to pośrednik uzyska kurtaż od ubezpieczyciela, którego ofertę zarekomenduje klientowi i ten zawrze z nim umowę ubezpieczenia.

Tak więc pozwany słusznie uznał, że przychody obu tych podmiotów mają swoje źródło w uprzednim wprowadzaniu na rynek i oferowaniu tym samym nabywcom usług ubezpieczeniowych, czyli objęcie klienta ochroną ubezpieczeniową. W założeniu broker ubezpieczeniowy powinien kierować się jakością oferty, a nie np. wysokością kurtażu, jaki miałby otrzymać od danego ubezpieczyciela, co oczywiście nie oznacza, że w praktyce nie zwraca uwagi na swój interes ekonomiczny, przy czym powinien pozostawać w całkowitej niezależności od ubezpieczycieli. Jakimkolwiek ścisłym związkiem między tymi podmiotami ma przeciwdziałać ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym, z której wprost wynika niezależność brokera ubezpieczeniowego od ubezpieczyciela i powinność dbałości przede wszystkim o interes ubezpieczających.

Jeżeli ubezpieczyciel i broker ubezpieczeniowy podejmą antykonkurencyjną współpracę, naruszają mechanizm konkurencji na tym rynku. W tym konkretnym wypadku (...) nie musiały się obawiać, że klienci (placówki oświatowe) zawrą umowy ubezpieczenia bez jego udziału, co zapewniałoby mu kurtaż z tego tytułu, jak również – w ramach porozumienia – mógłby zapewnić sobie kurtaż również za placówki, do których dotarł już (...). Natomiast (...) nie musiałyby poprawiać swojej oferty i zapewniłby sprzedaż swoich produktów przez spółkę (...), a co więcej, w odniesieniu do placówek „obsługiwanych” przez (...), (...) nie musiałyby również przedstawiać oferty swoich ubezpieczeń innym brokerom ubezpieczeniowym działającym na terenie objętym działaniem (...), gdyż omawiane porozumienie dawałoby (...) znaczne szanse ulokowania swoich produktów u docelowych klientów, czyli zawarcia z nimi umów ubezpieczenia. W związku z tym ubezpieczyciel nie musiałyby angażować środków w celu podjęcia współpracy z innymi brokerami ubezpieczeniowymi niż ten, z którym zawarłby porozumienie. Jest to istotne z punktu widzenia ubezpieczyciela szczególnie właśnie w sytuacji, jeżeli na skutek rywalizacji utraci udziały w rynku sprzedaży tego ubezpieczenia, a przynajmniej będzie miał utrudniony dostęp ze swoją ofertą do potencjalnych

klientów – wówczas ubezpieczyciel może być skłonny do skorzystania z tego kanału dystrybucji (za pośrednictwem brokera ubezpieczeniowego) poprzez podjęcie współpracy. Taka współpraca może być nawiązana, o ile nie narusza przepisów ustawy antymonopolowej. Z momentem zawarcia niedozwolonego porozumienia ubezpieczyciel i broker ubezpieczeniowy w naturalny sposób zaprzestają walki rynkowej między sobą.

Wynikałoby to stąd, że na skutek zawarcia takiego porozumienia (...) nie musiałby na terenie województwa (...) obawiać się konkurencji ze strony innych ubezpieczycieli, gdyż w wypadku większości gmin w tym województwie mógłby liczyć na rekomendacje swojej oferty przez (...). Co więcej, w tym wypadku chodziło przede wszystkim o 85 spośród 144 gmin w województwie (...), w których pełnomocnictwa placówek oświatowych miał broker ubezpieczeniowy, co mogło prowadzić do utraty rynku przez ubezpieczyciela. Ten rynek mógł odzyskać przez zawarcie porozumienia z takim brokerem, który miałby rekomendować ofertę tego właśnie ubezpieczyciela w zamian za kurtaż w określonej wysokości, przy założeniu, że ubezpieczyciel we własnym zakresie nie będzie oferował produktów objętych porozumieniem. Tego rodzaju porozumienie przynosi korzyść obydwu jego stronom, co prowadzi do osiągnięcia przez nie zysku. Po stronie ubezpieczyciela chodzi również o oferowanie produktu (ubezpieczenia) bez konieczności obniżania ceny, tj. składki, bądź powiększania zakresu ubezpieczenia. W oczywisty sposób powoduje to zwiększenie korzyści finansowej z określonego ubezpieczenia, co przy braku utraty klientów na skutek konkurencyjnych działań brokera ubezpieczeniowego skutkuje zwiększeniem zyskowności prowadzonej działalności gospodarczej. W tym miejscu można wskazać na e-mail z dnia 6.07.2009 r. skierowany przez A. C., tj. dyrektor sprzedaży (...), do pracowników: „(...) taryfikujemy wg standardowych zasad (nie staramy się za wszelką cenę obniżyć stawek), z odpisem na rzecz szkół na poziomie 30% (zgodnie z obowiązującymi regulacjami – umowa) i dodatkową prowizją dla brokera (...) – 5%”. Zatem (...) uznał, że nie ma już potrzeby obniżania składek i poszerzania zakresu ubezpieczenia oraz powiększania odpisu na rzecz szkół powyżej poziomu 30%, chociaż w ofertach innych ubezpieczycieli ten parametr wynosił np. 35% (k. 1490 akt adm.).

Z drugiej strony, pozostali ubezpieczyciele zostają w takiej sytuacji pozbawieni znacznej części rynku na terenie województwa (...), gdyż pośrednik, który miał wyłączność na obsługę określonych placówek oświatowych, od momentu zawarcia porozumienia rekomendowałby jedynie ofertę (...). W konsekwencji ten ubezpieczyciel nie musiałby podejmować działań zmierzających do zdobycia klienta na rynku „sprzedaży” grupowego ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych. Warto również zauważyć, że zarekomendowanie przez (...) oferty największego ubezpieczyciela w kraju w oczach wielu klientów uwiarygodniałoby rekomendację, że chodzi o ofertę faktycznie najlepszą z dostępnych na rynku. Natomiast broker ubezpieczeniowy miałby pewność, że ubezpieczyciel, z którym zawarł porozumienie, nie będzie oferował konkurencyjnych ubezpieczeń do tych, które przedstawił broker i tym samym walczył o ten sam rynek. Dzięki temu broker ubezpieczeniowy nie musiałby się już obawiać, że placówka oświatowa zawrze umowę ubezpieczenia bezpośrednio ubezpieczycielem i tym samym pozbawi go kurtażu. Nadto Sąd Okręgowy nie rozważył, że z dalszej części wiadomości e-mail A. C. można byłoby wywieść wniosek, że (...) miał odnieść dodatkową korzyść w postaci kurtażu także wówczas, gdy umowa ubezpieczenia została zawarta bez jego udziału i to nie tylko w tych w placówkach oświatowych, od których otrzymał pełnomocnictwa, ale także tych, których nigdy nie obsługiwał, a więc miał uzyskać wynagrodzenie nawet bez podejmowania czynności przewidzianych ustawą o pośrednictwie ubezpieczeniowym. Sąd Apelacyjny na obecnym etapie postępowania nie jest władny tej kwestii rozpoznać, gdyż nie była ona przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu I instancji.

Niezasadne jest wyłączenie utożsamianie naruszenia obowiązków wynikających z ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym z możliwością naruszenia ustawy antymonopolowej, tym bardziej, że nie jest rolą Prezesa UOKiK ustalenie, czy broker naruszył obowiązki wynikające z ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, aczkolwiek te kwestie mogą wiązać się ze sobą. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem SOKiK, jakoby Prezes UOKiK nie zarzucił brokerowi, że w sposób sprzeczny z ustawą o pośrednictwie ubezpieczeniowym prowadził działalność jako działalność agencyjną. Tymczasem nie chodziło o to, że (...) miał stać się wprost agentem (...) (choć tak uznał pozwany), ale że naruszając wynikający z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, dopuścił się także poważnego naruszenia ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, rezygnując ze swojej niezależności i działania w interesie konsumentów, gdyż podporządkował się (...) poprzez zobowiązanie się do

rekomendowania jego ofert swoim klientom we wszystkich przypadkach oraz uznając, że ubezpieczyciel jest władny do rozliczania go z wyboru zakładu ubezpieczeń przez danego klienta. W decyzji wielokrotnie tę okoliczność podnoszono, na dowód czego przedstawiono szereg dowodów, w szczególności w postaci korespondencji e-mail. Tymczasem w relacji z ubezpieczycielem broker ubezpieczeniowy powinien, w świetle art. 26 ust. 1 u.p.u., postępować w sposób lojalny i uczciwy również w stosunku ubezpieczyciela, ale nie ma obowiązku popierać jego interesów, gdyż te mogą być sprzeczne z interesem ubezpieczającego.

Tego rodzaju niedopuszczalna współpraca wzajemnego popierania swoich produktów i usług niewątpliwie miałyby wpływ na mechanizm konkurencji na opisywanym rynku, czyli rynku sprzedaży (oferowania) ubezpieczeń NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych, a tak naprawdę – na całym rynku ubezpieczeń, czyli również pośrednictwa w sprzedaży (oferowaniu) tego ubezpieczenia. W konsekwencji takie porozumienie podziałowe miałyby wpływ i na pozostałych uczestników rynku: ubezpieczycieli, brokerów ubezpieczeniowych, ubezpieczających i ubezpieczonych. Konkretnie ustalenia w ramach porozumienia między powodami powinny być jednak zbadane przez Sąd I instancji.

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

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

Jak wskazano, Sąd I instancji nie rozpoznał twierdzeń i zarzutów obydwu powodów, które były istotne dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, a o których była mowa powyżej. Doszło do rozpoznania jednego zarzutu odwołania, który skutkowało uchyleniem zaskarżonej decyzji z przyczyn formalnych, bez rozpoznania meritum sprawy, gdyż Sąd Okręgowy a limine uznał, że nie mogło dojść do zawarcia przez powodów inkryminowanego porozumienia. Skoro takie stanowisko nie miało żadnego uzasadnienia, niezbędne stało się odniesienie się do wszystkich twierdzeń i zarzutów stron, w tym przede wszystkim zgłoszonych przez powodów w odwołaniu. Ponieważ Sąd Okręgowy nie rozważał żadnych innych kwestii niż formalna (z punktu widzenia rozstrzygnięcia) kwestia samej możliwości zawarcia porozumienia, nie rozpoznał merytorycznie sprawy, a więc doszło do nierozpoznania istoty sprawy we wskazanym

rozumieniu. Sąd I instancji powinien więc ustalić na podstawie wszechstronnej oceny materiału dowodowego zebranego w sprawie (art. 233 § 1 k.p.c.), czy powodowie zawarli antykonkurencyjne porozumienie, a jeżeli tak, to jakiej treści – w kontekście punktu I zaskarżonej decyzji.

Sąd ten powinien odnieść się również do ustaleń poczynionych przez pozwanego, że w wyniku zawartego porozumienia (...) nie musiał się już obawiać, że placówki oświatowe, które należały do gmin-mocodawców tego powoda, zawrą umowy ubezpieczenia z pominięciem brokera ubezpieczeniowego i ten utraci swój kurtaż, że (...) uzyskał korzyść w postaci wypłaty kurtażu także za te gminy, od których nie miał pełnomocnictw oraz za te placówki oświatowe, dla których nie przygotował oferty, a (...) zdążył już do nich dotrzeć, a nadto że (...) mógł czerpać korzyści także z faktu hipotetycznego zubożenia oferty innych brokerów ubezpieczeniowych, które bez opcji ubezpieczenia w (...) nie stanowiły już dla (...) silnej konkurencji. Sąd I instancji wskazał, że „niezrozumiałe jest, dlaczego (...) miałyby przekazywać brokerowi swoich klientów, aby broker z kolei rekomendował im ubezpieczenie (...) jako najlepsze, a ponadto samo przekazanie klientów nie jest możliwe bez ich czynnego udziału”. Sąd I instancji nie wziął jednak pod uwagę okoliczności, że podział rynku między powodami mógł nastąpić w ten sposób, że wszyscy klienci (...) (placówki oświatowe, należące do gmin, które udzieliły mu pełnomocnictwa) byli nadal obsługiwani przez tego brokera, ale faktycznie zostali „przydzieleni” (...), w tym sensie, że (...) miał w tych placówkach rekomendować wyłącznie ofertę tego ubezpieczyciela, zaś do pozostałych placówek mieli dostęp obydwaj powodowie, z tym, że mieli promować wzajemnie swoje produkty i usługi.

W tych rozważaniach Sąd Okręgowy powinien ocenić cały materiał dowodowy, w tym wiadomości e-mail, jak e-maile powyżej powołane oraz inne, z których pozwany wywodził, że w wyniku tych rozmów ustalono, iż powodowe spółki zaprzestaną konkurować ze sobą i podejmą współpracę od dnia 2.07.2009 r. w zakresie ubezpieczenia NNW placówek oświatowych na obszarze województwa (...), od tego dnia w placówkach oświatowych, które jeszcze nie podpisały umów z konkurencją, (...) rekomenduje ofertę (...) jako najlepszą i placówki te będą ubezpieczane przy współudziale brokera, a spółki przestaną konkurować informując placówki, że jest to wspólny program ubezpieczeniowy obu spółek. Można w tym zakresie zwrócić uwagę na e-mail A. W. do innego pracownika spółki (...) z dnia 23.07.2009 r. z pytaniem, dlaczego szkoły położone na obszarze gminy M. będą ubezpieczane przez inną spółkę ubezpieczeniową, skoro według wcześniejszych ustaleń miał to być (...). Sąd Okręgowy nie rozważał bowiem również, że o niedopuszczalnym – z punktu widzenia prawa antymonopolowego – zachowaniu powodów świadczyć by mogło egzekwowanie przez (...) wykonania zawartego porozumienia. W kontekście treści wiadomości elektronicznych powinny zostać ocenione zeznania zarówno świadków, jak i reprezentanta powoda (...).

Nie została rozpoznana również kwestia zastosowania art. 93 u.o.k.k., a więc tzw. przedawnienie antymonopolowe, w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Ponieważ postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte w dniu 12.04.2011 r. (k. 2 akt adm.), zatem praktyka musiałaby mieć miejsce, a więc porozumienie musiałoby trwać, jeszcze w 2010 r. W tym przedmiocie (...) przedstawił w odwołaniu zestawienia liczby umów ubezpieczenia NNW zawartych za pośrednictwem brokerów ubezpieczeniowych, w tym (...) (k. 90-94), z których miałyby wynikać, że sprzedaż ubezpieczenia NNW za pośrednictwem (...), a więc liczba zawartych tego rodzaju umów ubezpieczenia za pośrednictwem tego brokera, w 2011 r. wyniosła „0”, zaś w 2009 r. – 4 ubezpieczenia. Na tę okoliczność zeznawał również świadek będący pracownikiem ubezpieczyciela. Dodatkowo (...) podnosił, że wzrost udziału (...) w rynku nie był więc związany ze sprzedażą oferty tego ubezpieczyciela (k. 93). Jednak pozwany wskazywał, że powód nie udowodnił zaprzestania stosowania praktyki, zeznania świadka nie są wiarygodne, a dodatkowo (w tym na rozprawie apelacyjnej) podkreślił, że liczba umów wynika jedynie z oświadczenia powoda, nie została w żaden sposób udowodniona, a nadto nie oznacza to, że ze strony (...) nie było rekomendacji oferty (...). Pamiętać należy, że zgodnie z art. 10 ust. 3 u.o.k.k., to na przedsiębiorcy spoczywa ciężar dowodu w zakresie zaprzestania stosowania niedozwolonej praktyki rynkowej. Trzeba podkreślić, że w sytuacji, gdy jeden z uczestników zaprzestaje wykonywania porozumienia ograniczającego konkurencję, nie niweczy to całego porozumienia, ale w stosunku do tego uczestnika zakazanej praktyki rozpoczyna bieg termin z art. 93 u.o.k.k. Nie ma przy tym znaczenia, czy taki przedsiębiorca złożył odpowiednie oświadczenie innym uczestnikom porozumienia,

aczkolwiek złożenie takiego oświadczenia ułatwia dowód zaprzestania stosowania praktyki (zob. wyrok SN z dnia 22.05.2014 r. III SK 50/13, Lex nr 1493240). Również ta kwestia powinna być przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu I instancji.

W wypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie, czy między powodami doszło do zawarcia porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k., jak również uznania, że nie miał zastosowania art. 93 u.o.k.k., należy rozpoznać wszystkie zarzuty powodów dotyczące nałożonych na nich kar pieniężnych (punkt II zaskarżonej decyzji).

Sąd Okręgowy, w kontekście zarzutu strony pozwanej dotyczącej naruszenia art. 302 § 1 k.p.c., które „mogło mieć wpływ na wynik sprawy”, powinien rozważyć, czy faktycznie zachodzi potrzeba przesłuchania również strony pozwanej, a więc powinien ustalić wiedzę pozwanego odnośnie do stanu faktycznego w niniejszej sprawie. Trzeba podkreślić, że przesłuchanie tylko jednej ze stron procesu jest możliwe w trybie powołanego przepisu, jednak jest to wyjątek od zasady, że dowód z przesłuchania stron (art. 299 k.p.c.), jak wskazuje nawet sama nazwa dowodu, powinien dotyczyć przesłuchania obydwu stron procesu, a jeżeli sąd rozpoznający sprawę odstępuje od tej zasady na rzecz wyjątku w postaci przesłuchania tylko jednej z nich, powinien dać temu wyraz w uzasadnieniu orzeczenia. W tym wypadku Sąd I instancji nie uzasadnił, z jakich przyczyn przesłuchał tylko stronę powodową, a i to tylko reprezentanta jednego z powodów. Nie sposób a priori zgodzić się z poglądem strony pozwanej, że „doprowadziło do zachwiania równowagi stron w postępowaniu sądowym w sposób sprzeczny z zasadą”, jednak brak wyjaśnienia tej kwestii powoduje, że nie jest możliwe odniesienie się do niej.

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