

Sygn. akt VI ACa 1539/15

1) **WYROK**

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 grudnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Aldona Wapińska

Sędziowie: SA Irena Piotrowska

SO del. Magdalena Sajur - Kordula (spr.)

Protokolant: Katarzyna Łopacińska

po rozpoznaniu w dniu 20 grudnia 2016r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego (...) Sp. z o.o. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek apelacji pozwanego

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

z dnia 24 czerwca 2015 r.

sygn. akt XVII AmA 85/14

oddala apelację.

Sygn. akt VI ACa 1539/15

UZASADNIENIE

W dniu 31 grudnia 2013 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany w dalej „Prezesem UOKiK” lub „Prezesem Urzędu”) wydał decyzję nr (...), w której:

I. na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku. o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy zawarcie na krajowym rynku hurtowej sprzedaży zegarków przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. z przedsiębiorcami prowadzącymi detaliczną dystrybucję zegarków porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku detalicznej sprzedaży zegarków, polegającego na ustalaniu minimalnych cen sprzedaży zegarków oferowanych za pośrednictwem tradycyjnych i internetowych kanałów sprzedaży, stosowanych przez przedsiębiorców prowadzących dystrybucję detaliczną zegarków i stwierdził jej zaniechanie z dniem 29 kwietnia 2013 roku.

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1

ww. ustawy, w zakresie określonym w pkt I sentencji przedmiotowej decyzji, nałożył na Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 819.496,16 zł, płatną do budżetu państwa.

III. na podstawie art. 77 ust. 1 oraz art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 k.p.a., w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów obciążył Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. kosztami postępowania antymonopolowego w kwocie 41,44 zł (słownie: czterdzieści jeden złotych i czterdzieści cztery grosze) i zobowiązał do uiszczenia tych kosztów na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Wyrokiem z dnia 24 czerwca 2015 roku Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

- 1) uchylił zaskarżoną decyzję;
- 2) stwierdził, że zaskarżona decyzja została wydana z rażącym naruszeniem prawa;
- 3) zasądził od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz Przedsiębiorstwa Usługowo - Handlowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 1377 zł (jeden tysiąc trzysta siedemdziesiąt siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu.

Powyższy wyrok został wydany w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., wpisana do rejestru przedsiębiorców przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie pod numerem (...), prowadzi działalność w zakresie hurtowej oraz detalicznej sprzedaży zegarków.

Działalność powoda odbywa się zarówno na rynku hurtowej sprzedaży zegarków, gdzie zakupuje je bezpośrednio u producentów, jak również na detalicznym rynku sprzedaży zegarków, oferując te produkty zarówno przez tradycyjne kanały sprzedaży jak i kanał internetowy poprzez stronę (...). W zakresie dystrybucji hurtowej (...) jest dystrybutorem następujących marek zegarków: (...). W przeszłości (...) był również dystrybutorem marek: (...). Obecnie (...) nie zamawia już zegarków tych marek, a posiadane przez Spółkę zapasy tych zegarków są wyprzedawane za pośrednictwem sieci sklepów własnych w sklepach stacjonarnych lub za pośrednictwem Internetu. W zakresie dystrybucji detalicznej, (...) prowadzi sprzedaż ok. 50 marek zegarków, wliczając w to również marki, które dystrybuje jako hurtownik. Zegarki nabywane są na podstawie umów handlowych, bieżących zamówień oraz w ramach rozliczeń barterowych transakcji z podmiotami, którym (...) dostarcza zegarki jako hurtownik.

W dniu 12 stycznia 2012 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów otrzymał wniosek o odstąpienie od nałożenia lub obniżenie kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wniosek dotyczył antykonkurencyjnych praktyk stosowanych przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako (...)) na rynku hurtowej sprzedaży zegarków.

Prezes UOKiK pismem z 10 lutego 2012 roku działając na podstawie § 8 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 26 stycznia 2009 roku w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie zawiadomił wnioskodawcę, że może on spełniać warunki określone w art. 109 ust. 1 lub 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a ponadto, że jego wniosek o obniżenie kary pieniężnej jest pierwszym wnioskiem, który wpłynął w niniejszej sprawie.

Bazując na informacjach zawartych w ww. wniosku Prezes UOKiK w dniu 18 kwietnia 2012 roku wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy na rynkach sprzedaży lub zakupu zegarków może dochodzić do

naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym czy sprawa ma charakter antymonopolowy (sygn. (...)).

Postanowieniem z dnia 17 grudnia 2012 roku Prezes UOKiK wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe przeciwko (...) w sprawie zawarcia przez tego przedsiębiorcę z przedsiębiorcami prowadzącymi detaliczną dystrybucję zegarków na krajowym rynku hurtowej sprzedaży zegarków porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku detalicznej sprzedaży zegarków, polegającego na ustalaniu minimalnych detalicznych cen zegarków oferowanych za pośrednictwem internetowych kanałów sprzedaży, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Postanowieniem z dnia 14 marca 2013 roku Prezes UOKiK zmienił postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego poprzez objęcie zakresem postępowania również tradycyjnych kanałów sprzedaży w postaci sklepów stacjonarnych.

Pismem z 12 stycznia 2012 roku (...) złożył wniosek o wydanie przez Prezesa UOKiK decyzji zobowiązaniowej na podstawie art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W dniu 12 stycznia 2012 roku inny przedsiębiorca prowadzący sprzedaż detaliczną zegarków złożył wniosek o odstąpienie od nałożenia kary lub o obniżenie kary pieniężnej. Przedsiębiorca ten cofnął wniosek w dniu 12 listopada 2013 roku.

Pismem z 29 kwietnia 2013 roku (...) wniósł o odstąpienie od nałożenia kary albo o obniżenie kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Pismem z 8 maja 2013 roku powód wniósł o połączenie przedmiotowego postępowania antymonopolowego z postępowaniem antymonopolowym prowadzonym przeciwko (...) pod sygn. akt. (...) w trybie art. 62 k.p.a. bądź alternatywnie o umorzenie jednego z postępowań prowadzonych przeciwko tym przedsiębiorcom i rozszerzenie podmiotowego zakresu drugiego o przedsiębiorcę, w stosunku do którego umorzono postępowanie na podstawie art. 105 k.p.a. w zw. z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Pismem z 2 grudnia 2013 roku Prezes UOKiK zawiadomił (...), że złożony przez powoda wniosek z 29 kwietnia 2013 roku nie spełnia warunków określonych w art. 109 ust. 1 lub 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sąd I instancji uznał, że odwołanie jest uzasadnione, a zarzuty przedstawione przez powoda prowadzą do uchylecia decyzji z uwagi na rażące naruszenie prawa przez Prezesa UOKiK.

W ocenie Sądu częściowo zasadny okazał się pierwszy zarzut polegający na braku ustalenia przez Organ pozostałych poza powodem uczestników porozumienia dystrybucyjnego oraz dwa kolejne zarzuty dotyczące nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego.

Sąd wskazał, że zarzut pierwszy, dotyczył przede wszystkim nie objęciem sentencją decyzji pozostałych uczestników porozumienia i w tym zakresie nie jest on prawidłowy. Zakres podmiotowy postępowania określa art. 88 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i przepis ten stanowi *lex specialis* wobec art. 28 k.p.a. Sąd podziela stanowisko pozwanego, że decyzja nie musi być skierowana przeciwko wszystkim uczestnikom porozumienia. Celem postępowania, zgodnie z treścią art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest eliminacja z obrotu gospodarczego porozumień naruszających przepisy ustawy. Zgodnie zaś z treścią art. 10 ustawy Prezes UOKiK ma obowiązek wydania decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazująca jej zaniechania lub wydanie decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającej zaniechanie jej naruszenia. Natomiast to czy dany przedsiębiorca będzie adresatem decyzji o stwierdzeniu naruszenia ustawy jest zależne od tego, czy wobec danego przedsiębiorcy zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe. Wobec powyższego skierowanie decyzji tylko i wyłącznie do jednego z podmiotów będących stroną porozumienia dystrybucyjnego nie stanowi naruszenia przepisów postępowania. Porozumienie wertykalne, z jakim mamy w przedmiotowej sprawie do czynienia, jest dokonywane

pomiędzy przedsiębiorcą będącym dostawcą, a przedsiębiorcami którzy nabywają te produkty w celu ich dalszej odsprzedaży. Organizatorem takiego porozumienia jest zazwyczaj dostawca, który chce w ten sposób ograniczyć konkurencję międzymarkową. Eliminacja takiego porozumienia jest najczęściej możliwa zazwyczaj poprzez wydanie decyzji w odniesieniu do inicjatora i organizatora porozumienia. Takie decyzje, w których sentencja odnosiła się jedynie do inicjatora i organizatora porozumienia wertykalnego były wydawane przez Prezesa UOKiK, a następnie znajdowały aprobatę Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (np. (...) – XVII AmA 94/13, (...) - XVII AmA 64/14). Jednakże w sprawach tych Organ jednoznacznie i wyraźnie w uzasadnieniu decyzji określił przedsiębiorców, którzy byli stroną porozumienia zawartego z organizatorem, wobec którego skierowana była decyzja.

Sąd stanął na stanowisku, że brak określenia stron niedozwolonej zmowy cenowej, stanowi naruszenie art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ale także art. 4 i 7 ustawy. Zauważył, że w uzasadnieniu decyzji pozwany wskazał w punkcie (69), że doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy powodem, a współpracującymi z nim sprzedawcami detalicznymi. Jednakże w żadnym miejscu nie wskazał z firmy lub imienia i nazwiska tych przedsiębiorców – uczestników porozumienia. Takie działanie jest nieprawidłowe, albowiem narusza prawo do obrony powoda, który nie może odnieść się do tak skonstruowanego uzasadnienia decyzji. Pozwany nie udowodnił nawet jak szeroki krąg przedsiębiorców uczestniczył w porozumieniu. Należy zauważyć, że w punkcie (19) decyzji pozwany podniósł, że powód sprzedaje zegarki za pośrednictwem około 70 samodzielnych przedsiębiorców. I brak jest jednoznacznego określenia czy Organ uznał, że wszyscy ci przedsiębiorcy byli uczestnikami porozumienia, czy tylko niektórzy spośród nich. Zdaniem Sądu, przy ocenie porozumienia wertykalnego konieczne jest dla prawidłowego ustalenia stanu faktycznego sprawy ustalenie wszystkich uczestników porozumienia. Brak takich ustaleń jest niedopuszczalną nieprawidłowością, a pozwany nie wskazał dowodów, na podstawie których Sąd mógłby sam takich ustaleń dokonać. Sąd dodał, że ciężar dowodu w tego typu postępowaniu leży na Prezesie Urzędu i nie ma żadnych podstaw do przerzucania go na przedsiębiorcę. Dlatego też pozwany powinien przedstawić dowody na zawarcie przez powoda porozumienia ze wszystkimi dystrybutorami, czego nie mógł dokonać, jeżeli nie ustalił wszystkich uczestników porozumienia. Nie może Organ oprzeć swojej decyzji na przypuszczeniu, że wszyscy dystrybutorzy uczestniczyli w porozumieniu, nie budując nawet w tym zakresie domniemania faktycznego.

Brak ustalenia wszystkich uczestników porozumienia, w ocenie Sądu I instancji, narusza także art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który nakazuje Prezesowi Urzędu działanie w interesie publicznym. W interesie publicznym jest zaś niewątpliwie zapewnienie świadomości bezprawności zachowania przedsiębiorców, którzy uczestniczyli w naruszeniu przepisów prawa konkurencji. Tymczasem Organ nie ustalając kręgu uczestników porozumienia, nie wskazał tym samym w interesie publicznym, kto w zakazanym prawem porozumieniu uczestniczył.

Pozwany w uzasadnieniu decyzji podnosił, że przedsiębiorcy uczestniczący w porozumieniu informowali niejednokrotnie powoda o nieprzestrzeganiu przez innych uczestników zmowy uzgodnionych reguł. Prowadzi do takiego wniosku ustalenie przez Urząd aktywnej roli dystrybutorów w porozumieniu (pkt 27 i 29 decyzji). Jednakże, zdaniem Sądu, trudno przyjąć ustalenie aktywnej roli uczestników porozumienia, jeżeli uczestnicy ci nie zostali ustaleniu.

Niewątpliwie ma racje powód, że brak ustaleń co do kręgu uczestników porozumienia utrudnia realizację możliwości egzekwowania prawa konkurencji przez podmioty poszkodowane w wyniku zawiązania niedozwolonego porozumienia. Takie ustalenie poczynione w decyzji przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - organ powołany do dokonywania takich ustaleń - stanowią wszak dowód na uczestniczenie podmiotu w porozumieniu i ułatwiają udowodnienie podstaw do dochodzenia tego typu roszczenia.

Sąd wskazał, że racji nie można odmówić także kolejnemu zarzutowi stawianemu decyzji przez powoda, a dotyczącemu błędowi w ustaleniach faktycznych polegających na ustaleniu, iż doszło do zawarcia porozumienia, tym bardziej, że Organ nie ustalił z jakimi podmiotami to porozumienia miało zostać zawarte. W przedmiotowej sprawie dotyczącej (...) sp. z o.o. Urząd oparł część swoich ustaleń na korespondencji mailowej dotyczącej innego przedsiębiorcy – (...) sp. z o.o. Uzasadnienie decyzji nie zawiera szczegółowych relacji pomiędzy spółką (...) i (...), uznając, że jeżeli w zarządzie obu spółek (jednoosobowym) zasiada ta sama osoba, to obaj przedsiębiorcy podejmują takie same

decyzje. Jednoznacznie temu zaprzeczył słuchany na rozprawie w charakterze strony J. D.. Wskazał on, że obie spółki zajmowały się handlem zegarkami innych producentów i miały inną strategię handlową – jedna z nich (...) została utworzona w celu prowadzenia handlu hurtowego, a druga (...) – głównie w celu prowadzenia handlu detalicznego. Nie można więc obu przedsiębiorcom przypisywać takich samych zachowań rynkowych, tylko z tego tytułu, że w jej władzach zasiada ta sama osoba. Sąd dał wiarę zeznaniom strony, gdyż są one logiczne, a także znajdują potwierdzenie w nienegowanych przez Urząd dowodach wskazujących na rodzaj działalności prowadzonej przez obu przedsiębiorców.

Sąd zwrócił uwagę, że Prezes UOKiK ustalił, iż porozumienie trwało od 20 listopada 2010 roku (pkt 105 decyzji), o czym ma świadczyć mail pochodzący od M. G. i dotyczący sprzedaży internetowej (k. 27 akt administracyjnych). Tymczasem mail został skierowany przez pracownika spółki (...), a nie (...), a jego treść dotyczyła oczekiwań spółki (...) co do zachowania dystrybutorów prowadzących sprzedaż zegarków przez internet. Tymczasem brak jest ustalenia jacy przedsiębiorcy byli dystrybutorami powoda (...), dokonującymi sprzedaży zegarków drogą internetową, i którzy z nich prowadzili sprzedaż internetową w dniu 20 listopada 2010 roku. Zdaniem Sądu dopiero takie ustalenia wraz z ustaleniem, że przedmiotowa wiadomość została do nich przesłana, a dystrybutorzy ci przystąpili do porozumienia, chociażby w sposób dorozumiany, mogłyby być podstawą do ustalenia zawarcia porozumienia we wskazanej przez Prezesa UOKiK dacie. Drugi z maili wskazanych w pkt 105 decyzji (pochodzący z dnia 8 grudnia 2010 roku – k. 873 akt administracyjnych) dotyczy tylko i wyłącznie zegarków dystrybuowanych przez spółkę (...), które nigdy nie były przedmiotem dystrybucji powoda, co powoduje, że nie może stanowić dowodu na zawarcie porozumienia przez odwołującego się. Powód w odwołaniu wskazuje więcej przykładów tego typu przypisywania korespondencji pracowników spółki (...) dla powoda, co jest niedopuszczalne. Fakt, że niektóre osoby były zatrudnione w obu spółkach, na różnych podstawach, niektóre zaś tylko w jednej, a nadto w skład zarządu obu spółek wchodziła ta sama osoba, powodowało, że Prezes UOKiK powinien badać w oparciu o treść korespondencji, której ze spółek dany mail dotyczy, a nie przyjmować automatycznie, że dotyczy obu. Stosując bowiem standardy prawa karnego w sprawie, w której Urząd wymierza grzywnę, wszelkie wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść powoda. W przedmiotowej zaś sprawie wątpliwości co do pochodzenia maili od powoda (...) są na tyle duże, że nie mogą, zdaniem Sądu stanowić podstawy do ustaleń faktycznych w sprawie.

Mając powyższe na uwadze Sąd I instancji przyjął, że Prezes Urzędu nieprawidłowo ustalił stan faktyczny, nie ustalając, którzy przedsiębiorcy zawarli porozumienie z powodem oraz wobec nieudowodnienia, że wiadomości mailowe przesyłane przez pracowników spółki (...), dotyczą także powoda, brak jest podstaw do uznania, że niedozwolone porozumienie zostało zawarte.

Sąd I instancji uznał, że prawidłowy jest także zarzut naruszenia art. 8 k.p.a. w zw. z art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Powód złożył w dniu 29 kwietnia 2013 roku wniosek o odstąpienie od nałożenia kary albo o obniżenie kary pieniężnej. Ustalony stan faktyczny jednoznacznie wskazuje, że pozwany w chwili przyjmowania od powoda wniosku leniency wiedział, iż nie jest to pierwszy wniosek, mógł także przewidywać, że wniosek ten nie będzie spełniał wymagań formalnych i zostanie zwrócony wnioskodawcy. Tak więc wezwania do uzupełniania braków wniosku w dniu 17 maja, 3 lipca i 4 września 2013 roku musiało być powodowane chęcią zgromadzenia dowodów i wyjaśnień obciążających przedsiębiorcę działającego w dobrej wierze i w ramach zaufania do organu administracyjnego. Prawo do rzetelnego procesu wynikające z treści art. 6 Konwencji zostało w ten sposób naruszone poprzez wykorzystanie samooskarżenia wnioskodawcy złożonego w ramach programu leniency do zdobycia oświadczeń i dowodów obciążających przedsiębiorcę. Zdaniem Sądu, Prezes Urzędu zwracając wniosek leniency z uwagi na niespełnienie przez przedsiębiorcę przesłanek do zastosowania wobec niego możliwości odstąpienia od nałożenia kary albo o obniżenie kary pieniężnej, powinien dokonać zwrotu wszelkich dokumentów i dowodów pozyskanych od przedsiębiorcy wraz ze zwrotem wniosku. Dodać należy, że ustawodawca zauważył brak takiego zapisu w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów i dodał w dniu 10 czerwca 2014 roku (Dz. U. z 2014 roku, poz. 945) art. 113g, który wszedł w życie z dniem 18 stycznia 2015 roku. W przepisie tym jednoznacznie zostało stwierdzone, że: „W przypadku nieuwzględnienia wniosku przez Prezesa Urzędu albo jego wycofania przez przedsiębiorcę wniosek zwraca się przedsiębiorcy w terminie 7 dni.” Co prawda zapis ten pozostawia wątpliwości co

do możliwości wykorzystania przez organ antymonopolowy przedłożonych wraz z nieuwzględnionym lub cofniętym wnioskiem dowodów, to jednak należy interpretować go także przez pryzmat art. 8 k.p.a. w zw. z art. 6 Konwencji. Oznacza to, zdaniem Sądu, że w przypadku zwrotu wniosku przez Organ, nie może on korzystać z uzyskanych w ten sposób dowodów. (podobnie komentarz do art. 113 g Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pod redakcją T. Skocznego, Wyd. C.H. Beck 2014, s. 1438). Inaczej jednakże należałoby, zdaniem Sądu, postąpić wobec wniosku cofniętego przez przedsiębiorcę, dowody w ten sposób uzyskane powinny pozostać do dyspozycji Prezesa UOKiK, gdyż inna interpretacja tego przepisu mogłaby prowadzić do nadużyć ze strony przedsiębiorcy. Wobec braku odpowiednich zapisów w ustawie obowiązującej w dniu wydania decyzji Sąd uznał, że Prezes UOKiK naruszył art. 8 k.p.a. w zw. z art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Dodać należy, że wbrew wywiodom Prezesa Urzędu, bardzo znaczna część ustalonego przez niego stanu faktycznego została oparta na dowodach zgłoszonych przez powoda w zwróconym wniosku leniency, co jak wyżej wskazano stanowi, zdaniem Sądu, naruszenie obowiązujących przepisów prawa.

Mając powyższe na uwadze Sąd stwierdził, że braki dowodowe leżące po stronie Prezesa Urzędu uniemożliwiają zbudowanie stanu faktycznego sprawy w taki sposób, aby możliwe było ustalenie czy porozumienie pomiędzy (...) sp. z o.o. a jego dystrybutorami obowiązywało, jak i kręgu przedsiębiorców biorących udział w tym porozumieniu, o ile takie istniało. Jako że ciężar dowodu leży w przedmiotowej sprawie na Prezesie Urzędu, należy uznać, że Organ nie udowodnił istnienia porozumienia, wobec czego skarżona decyzja powinna zostać uchylona. Sąd uchylając decyzję miał również na uwadze rażące naruszenie art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w zw. z art. 8 k.p.a. przez wydającego skarżącą decyzję. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu w oparciu o art. 98 kpc, w związku z § 18 ust. 1 pkt. 2 w zw. z § 2 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu. Na kwotę 1377 zł składa się opłata sądowa w wysokości 1000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w stawce minimalnej 360 zł wraz z kosztem opłaty skarbowej za złożenie dokumentu stwierdzającego pełnomocnictwo w kwocie 17 zł

Apelację od powyższego wyroku wywiódł pozwany. Zaskarżając wydany w sprawie wyrok w całości, zarzucił naruszenie:

I. naruszenie przepisów prawa procesowego, mających wpływ na wynik postępowania, tj.

1) art. 479 § 3 k.p.c. w związku z art. 8 k.p.a. oraz art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności polegające na stwierdzeniu, że decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów została wydana z rażącym naruszeniem prawa i uchylenie decyzji wskutek przyjęcia, że Prezes UOKiK powodowany chęcią zgromadzenia dowodów i wyjaśnień obciążających Powoda przyjął kolejny wniosek o odstąpienie od nałożenia kary albo o obniżenie kary pieniężnej w sprawie (wniosek leniency), zwracał się o jego uzupełnienie, a następnie go nie uwzględnił (zdaniem SOKiK zwrócił), co miało skutkować naruszeniem wolności powoda od samooskarżania się,

2) art. 479 § 3 k.p.c. zdanie drugie poprzez stwierdzenie, że w wyniku rażącego naruszenia prawa przez Prezesa UOKiK należało zaskarżoną decyzję uchylić, podczas gdy z przepisu tego wynika, że w sytuacji uznania zarzutów odwołania za słuszne Sąd zmienia albo uchyla decyzję, a stwierdzenie wydania decyzji z rażącym naruszeniem prawa może nastąpić jedynie następnie,

3) art. 231 k.p.c. w związku z art. 233 § 1 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej oceny dowodów i ustalenie, że:

a) Prezes Urzędu zwracając wniosek powoda z uwagi na niespełnienie przez przedsiębiorcę przesłanek do zastosowania wobec niego możliwości odstąpienia od nałożenia kary lub obniżenia powinien dokonać zwrotu wszelkich dokumentów i dowodów pozyskanych od przedsiębiorcy wraz ze zwrotem wniosku,

b) Prezes UOKiK zwrócił wniosek (...), podczas gdy postanowieniem z dnia 2 grudnia 2013 r. wniosek ten został zaliczony w poczet materiału dowodowego przedmiotowego postępowania antymonopolowego (karty 895 i następne

akt administracyjnych), a został on nieuwzględniony z przyczyn merytorycznych określonych w przepisie art. 109 ustawy o okik,

c) mail pochodzący od p. M. G. dotyczący sprzedaży internetowej odnosił się tylko do spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., a nie (...), podczas gdy sam powód twierdzi, że koordynatorem wszystkich uzgodnień była jedna osoba - p. M. G.,

4) art. 231 k.p.c. w związku z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej oceny dowodów i przyjęcie wniosków wzajemnie sprzecznych tj.:

a) iż Prezes nie ustalił w decyzji uczestników porozumienia wobec faktu, iż decyzja nie musi być skierowana przeciwko wszystkim uczestnikom porozumienia, a skierowanie decyzji wyłącznie do jednego z podmiotów będący stroną porozumienia nie stanowi naruszenia przepisów postępowania,

b) że Prezes nie ustalił w decyzji uczestników porozumienia, a w innym miejscu, że wskazał iż doszło do zawarcia porozumienia między Powodem a współpracującymi z nimi samodzielnymi przedsiębiorcami.

5) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny dowodów w sposób nasuwający zastrzeżenia z punktu widzenia zasad logicznego rozumowania,

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że w niniejszej sprawie nie doszło do zawarcia porozumienia opisanego w decyzji Prezesa Urzędu.

1) art. 1 i 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) poprzez błędną wykładnię i uznanie, że w decyzji Prezesa Urzędu stwierdzającej istnienie niedozwolonego porozumienia w interesie publicznym winny być wskazane wszystkie strony porozumienia, aby umożliwić realizację możliwości egzekwowania prawa konkurencji przez podmioty poszkodowane w wyniku zawiazania niedozwolonego porozumienia.

2) art. 109 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na uznaniu, że:

a) nieuwzględnienie wniosku leniency winno skutkować zwrotem wszelkich dokumentów i dowodów pozyskanych od przedsiębiorców wraz ze zwrotem wniosku oraz zakazem wykorzystania ich w postępowaniu prowadzonym przez Prezesa UOKiK;

b) w odniesieniu do dobrowolnej współpracy z Prezesem UOKiK podjętej w ramach programu leniency powodującej zobowiązanie się przez przedsiębiorcę do przedstawiania Prezesowi UOKiK informacji i dokumentów odnoszących się do istnienia i funkcjonowania porozumienia ograniczającego konkurencję ma zastosowanie zasada wolności przedsiębiorcy od samooskarżania się (prmlge against self- incrimination).

Mając na uwadze podniesione w apelacji zarzuty, skarżący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania w całości,
2. ewentualnie, o zmianę wyroku poprzez uchylenie punktu II,
3. o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Na rozprawie w dniu 20 grudnia 2016r. powód wniósł o oddalenie apelacji pozwanego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego jako bezzasadna podlegała oddaleniu, aczkolwiek zarzut apelującego dotyczący naruszenia przez Sąd I instancji art. 109 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej jako: ustawa okik) poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, należy uznać za słuszny.

Natomiast wbrew zarzutom apelacji Sąd I instancji zasadnie uchylił zaskarżoną decyzję uznając, że Prezes UOKiK nie udowodnił zawarcia przez powoda z dystrybutorami niedozwolonego porozumienia w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy okik. Z istoty porozumienia uregulowanego w art.6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika, że porozumienie (w tym wypadku mające polegać na ustalaniu minimalnych cen sprzedaży zegarków oferowanych przez powoda za pośrednictwem tradycyjnych i internetowych kanałów sprzedaży) musi być zawarte przez organizatora z - co najmniej- jednym podmiotem. Niedozwolone porozumienie to bowiem współdziałanie co najmniej dwóch niezależnych podmiotów, których celem jest ustalenie zasad funkcjonowania na rynku w sposób sprzeczny z regułami konkurencji. W niniejszym przypadku zarzucono powodowi zawarcie porozumienia z większą liczbą dystrybutorów, nie wskazując jednak ani ich nazw, ani liczby. Nie wskazano również, czy wszyscy dystrybutorzy powoda byli uczestnikami niedozwolonego porozumienia, ale - co najważniejsze Prezes UOKiK nie wskazał dowodów, na podstawie których Sąd mógłby tych uczestników ustalić.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 479^{31a} § 3 k.p.c. w zakresie stwierdzenia przez Sąd I instancji wydania decyzji z rażącym naruszeniem prawa.

Należy wskazać, że wobec braku orzecznictwa powstałego na gruncie art. 479^{31a} § 3 k.p.c. oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uzasadnione jest posiłkowanie orzecznictwem sądów administracyjnych oraz Sądu Najwyższego w innych rodzajowo sprawach. Z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2012r. (sygn. akt III UK 101/11) wynika m.in., że z rażącym naruszeniem prawa nie można utożsamiać każdego naruszenia prawa. Naruszenie prawa ma cechę rażącego wówczas, gdy decyzja nim dotknięta wywołuje skutki nie dające się pogodzić z wymaganiami praworządności, które należy chronić nawet kosztem obalenia ostatecznej decyzji. (...) O rażącym naruszeniu prawa można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy proste zestawienie treści decyzji z treścią przepisu prowadzi do wniosku, że pozostają ze sobą w jawnej sprzeczności (tak również np wyrok NSA z 11 maja 1994r., III SA 705/93 Wspólnota (...) poz. 16).

Sąd Apelacyjny nie podziela poglądu Sądu I instancji, że w niniejszym przypadku naruszenie przepisu art. 109 ustawy okik miało charakter rażący, lecz cechę tę należy przypisać sposobowi procedowania na etapie postępowania administracyjnego, co prowadziło do skumulowania popełnionych błędów i ostatecznego sformułowania decyzji w sposób sprzeczny z treścią art. 6 ust. 1 ustawy okik. Naruszenia te skutkowały brakiem zapewnienia powodowi podstawowych gwarancji procesowych, w tym prawa do obrony.

Nie budzi wątpliwości w orzecznictwie, że w mimo, że kary pieniężne nakładane na przedsiębiorców na podstawie ustawy okik uważane są za sankcje administracyjnoprawne, nie zaś sankcje karne, to w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, zasady sądowej weryfikacji decyzji organu, powinny odpowiadać wymaganiam analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej. Wymogi składające się na podwyższony standard ochrony przedsiębiorcy to np. obowiązek spoczywający na Prezesie UOKiK wykazania istnienia przesłanek nałożenia kary pieniężnej oraz obowiązek Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów prowadzenia dogłębnej analizy w odniesieniu do przesłanek wysokości kary pieniężnej.

Wobec braku generalnego odesłania w przepisach ustawy okik do polskich regulacji prawa karnego, zarówno prawa materialnego, jak i procedury karnej, w orzecznictwie pojawił się pogląd by w tego rodzaju sprawach stosować karnoprawne standardy, w tym wynikające z Konwencji Prawa Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej jako: Konwencja).

Z tych powodów należy brać pod uwagę art. 6 Konwencji, który gwarantuje prawo dostępu do sądu i domagania się rozstrzygnięcia przy zachowaniu pewnych gwarancji procesowych. Jednym z nich jest prawo do informacji o charakterze i powodach oskarżenia. Jest to istotny element ogólnego prawa do obrony, wynikający z art. 6 ust 3 lit. a i b Konwencji, z którego wynika, że każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą co najmniej ma prawo do: niezwłocznego otrzymania szczegółowej informacji w języku dla niego zrozumiałym o istocie i przyczynie skierowanego przeciwko niemu oskarżenia oraz posiadania odpowiedniego czasu i możliwości przygotowania się do obrony.

Wynikający wprost z art. 6 ust. 3 lit. a Konwencji obowiązek poinformowania o charakterze i powodach oskarżenia ma pozwolić oskarżonemu na pełne zrozumienie stawianych mu zarzutów i przygotowanie do obrony. Tymczasem analiza dokumentów zgromadzonych w aktach administracyjnych niniejszej sprawy, pozwala na ocenę, że powodowi nie postawiono prawidłowego zarzutu, co w konsekwencji utrudniało mu obronę. Postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego z dnia 17 grudnia 2012r. dotyczyło „zawarcia na krajowym hurtowym rynku sprzedaży zegarków przez tego przedsiębiorcę z przedsiębiorcami prowadzącymi detaliczną dystrybucję zegarków, porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku detalicznej sprzedaży zegarków, polegającego na ustalaniu minimalnych detalicznych cen sprzedaży zegarków oferowanych za pośrednictwem internetowych kanałów sprzedaży (...)”. Zarówno z sentencji postanowienia, jak i jego uzasadnienia nie sposób wywnioskować, z którymi dystrybutorami powód zawarł porozumienie, oraz jakie było zachowanie dystrybutorów po zawarciu porozumienia. Pozwany posługiwał się bowiem jedynie ogólnymi określeniami np.: „Również w korespondencji e-mail z dnia 18 maja 2011r. między p. M. G. (pracownikiem spółki (...), nadzorującym zarazem handlowców spółki (...)), a jednym z dystrybutorów zegarków znalazła się informacja (...)”, „ (...) po uzyskaniu informacji, że dwóch dystrybutorów (...)r nie dostosowało cen (...)”, czy „z korespondencji e-mail prowadzonej przez jednego z dystrybutorów (przedsiębiorcą dystrybuującym zegarki (...) i (...)) z p. M. G. w dniu 18 maja 2011r. wynika wprost, że dystrybutorzy uznawali sugestie cenowe strony tego porozumienia za wiążące (...)” (wszystkie podkr. Sądu).

Kolejnym postanowieniem z dnia 14 marca 2013r. Prezes UOKiK dokonał zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, rozszerzając zarzut o oferowanie zegarków za pośrednictwem tradycyjnych kanałów sprzedaży. Taka praktyka, jako nieznaną umocowania w przepisach ustawy okik ani k.p.a., została negatywnie oceniona przez Sąd Najwyższy w sprawie o sygn. akt III SK 67/12, jako mogąca naruszać prawo przedsiębiorcy do obrony.

W decyzji z dnia 31 grudnia 2013r., w której uznano, że powód dopuścił się praktyki ograniczającej konkurencję i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy okik, Prezes Urzędu ponownie posłużył się ogólnym określeniem drugiej strony porozumienia zawartego przez Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. jako: „przedsiębiorców prowadzących detaliczną dystrybucję zegarków”. Z uzasadnienia nie wynika ponownie, jacy to byli dystrybutorzy (brak nazwisk, firm, liczby) oraz jaka była ich rola w porozumieniu (bierna, czynna, czy sprzeciwiali się ustaleniom). Jednocześnie nałożono na powoda karę pieniężną w wysokości 819.496,16 zł, przy ustalaniu wymiaru kary uwzględniając wpływ jaki porozumienie mogło wywrzeć na rynek. Wskazano, że na rynku istnieje silnie potencjalna konkurencja ze strony dystrybutorów zegarków innych marek, którzy nie byli zaangażowani w porozumienie. Ocena ta nie może podlegać weryfikacji, w sytuacji gdy brak jest podstaw do ustalenia, którzy dystrybutorzy i jakich marek byli zaangażowani w porozumienie. Jedynie na str. 29 decyzji wskazano, że uzgodnienia dotyczyły następujących marek zegarków: (...). Jednocześnie Prezes UOKiK wskazał, jako dowód w sprawie korespondencję mailową dotyczącą innych marek np. (...) (str. 13 decyzji), (...) (str. 14) lub dotyczącą marek, których dystrybucja należała do spółki (...) (str. 12 decyzji, str. 13, str. 14).

Sąd Apelacyjny podziela pogląd Prezesa UOKiK, że na mocy art. 88 ustawy okik brak jest konieczności wszczęcia postępowania przeciwko wszystkim uczestnikom porozumienia wertykalnego. Jednakże inną kwestią jest, czy dany podmiot jest stroną postępowania antymonopolowego, zaś inną wykazanie przesłanek naruszenia art. 6 ust. 1 ustawy, a więc wykazanie, że powód zawarł porozumienie. Porozumienie, ze swej istoty jest czynnością co najmniej dwustronną. Przepis prawa oraz dotychczasowa praktyka Prezesa Urzędu świadczy o konieczności, nie tyle

wszczynania postępowań przeciwko pozostałym uczestnikom porozumienia, co wskazywania ich w treści decyzji oraz przedstawienia ich roli w porozumieniu. Wymogu tego nie spełnia grupowe określenie drugiej strony porozumienia jako „dystrybutorów”, a nawet „dystrybutorów współpracujących z przedsiębiorcą”.

Sąd Apelacyjny nie podziela natomiast oceny Sądu I instancji, że Prezes UOKiK nie mógł wykorzystać materiału dowodowego dostarczonego przez powoda we wniosku leniency i winien ten wniosek zwrócić w sytuacji, gdy nie spełniał on wymogów określonych w przepisach ustawy.

Wskazać należy, że leniency jest wzorowane na występującej w prawie karnym instytucji świadka koronnego i ma na celu złamanie solidarności między uczestnikami porozumienia, poprzez skłonienie przynajmniej jednego z nich do współpracy z Prezesem Urzędu. Regulacja obowiązująca w dacie wydania zaskarżonej decyzji została zawarta w art. 109 ustawy okik oraz rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 26 stycznia 2009r. w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie (Dz.U. Nr 20, poz. 109). Wystąpienie z wnioskiem jest oparte na zasadzie dobrowolności i nie narusza prawa strony do niezeznawania przeciwko sobie (wolności od samooskarżania się), które oznacza, że nie można być zmuszonym do przyznania się do dokonanego naruszenia. Odnosząc się do tego prawa jednocześnie należy mieć na względzie obowiązek spoczywający na przedsiębiorcy do udzielania informacji na żądanie Prezesa UOKiK - odpowiedzi na pytania odnośnie faktów i dostarczania dokumentów, nawet jeżeli te informacje mogą być wykorzystane do dokonania ustaleń niekorzystnych dla tego przedsiębiorcy. Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 18 października 1989r. w sprawie 374/87 (Zb. Orzeczeń 1989, s. 3289) stwierdził, że wolność od samooskarżania się dotyczy jedynie osób fizycznych w sprawach karnych oraz, że mimo, iż można powoływać się na art. 6 Konwencji w sprawie dotyczącej prawa konkurencji, to jednak ani z tego przepisu, ani z dotychczasowego orzecznictwa nie wynika, by zawierał on prawo do niezeznawania przeciwko sobie.

W tej sytuacji, w ocenie Sądu Apelacyjnego, Prezes UOKiK mógł wykorzystać dowody dołączone do wniosku leniency powoda. Zwrotowi podlega jedynie wniosek, nie zaś załączony do niego materiał dowodowy. Jednocześnie Sąd I instancji zasadnie zwrócił uwagę na nadmiernie długie procedowanie wniosku, w sytuacji gdy z § 7 i 8 rozporządzenia wynika konieczność niezwłocznego zawiadomienia przedsiębiorcy o tym czy wniosek może spełniać wymogi z art. 109 ustawy okik.

Biorąc powyższe pod uwagę na mocy art. 385 k.p.c. apelacja podlegała oddaleniu.