

Sygn. akt VIA Ca 1384/11

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 kwietnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Ewa Klimowicz - Przygódzka (spr.)

Sędzia SA Krzysztof Tucharz

Sędzia SO (del.) Aleksandra Kempczyńska

Protokolant st. sekr. sądowy Julia Gotówka

po rozpoznaniu w dniu 20 kwietnia 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Towarzystwa (...) S.A. z siedzibą w K.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 21 czerwca 2011 r.

sygn. akt XVII AmA 146/09

I. oddala apelację;

II. zasądza od Towarzystwa (...) S.A. z siedzibą w K. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VI ACa 1384/11

UZASADNIENIE

Zaskarżoną decyzją z dnia 31 XII 2008r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej Prezes UOKiK) m.in. :

-w punkcie I a) na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 II 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr. 50, poz. 331 ze zm.) , uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez Zakłady (...) S.A. w C. oraz przedsiębiorców:

1. (...) Sp. z o.o. w K.,
2. (...)sp.j., w P.,
3. (...) Sp. z o.o. w U.,

4. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe (...) Sp. z o.o. w G.,
5. (...) Sp. z o.o. w W.,
6. M. M. prowadzącego działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe - (...) w Ł.,
7. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe (...) sp.j. M. B., I. B. w W.,
8. Przedsiębiorstwo Handlu (...) Sp. z o.o. w B.,
9. „(...)”, sp.j. w C.,
10. (...) sp.j. w K.,
11. Przedsiębiorstwo Handlowe (...) Sp. z o.o. w G.,
12. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe (...) sp.j. w L.,
13. J. W. prowadzącego działalność gospodarczą jako Hurtownia (...) w Ł.,
14. (...) Sp. z o.o. w W.,
15. **Towarzystwo (...) SA w K.,**
16. (...) sp.j. w O.,

niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku krajowym sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów, poprzez ustalanie pomiędzy Zakładami (...) S.A. w C. oraz wyszczególnionymi powyżej przedsiębiorcami (partnerami) w umowach handlowych dotyczących sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez (...) SA w C., cen sprzedaży tych towarów przez partnerów, co stanowiło naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i nakazał zaniechanie jej stosowania,

-w pkt 1 d) na podstawie art. 106 ust 1 pkt 1 w/w ustawy z tytułu naruszenia powyższego zakazu nałożył na wymienionych przedsiębiorców kary pieniężne , w tym na Towarzystwo (...) S.A. w K. w wysokości **44 078** zł.,

-w pkt 1 e) na podstawie art. 77 w związku z art. 80 ustawy z dnia 16 II 2007 r. o o.k.i k. postanowił obciążyć przedsiębiorców kosztami postępowania antymonopolowego, w tym Towarzystwo (...) S.A. w K., kwotą 41 zł .

Z ustaleń Prezes UOKiK wynikało, że (...) S.A. będące jednym z bardziej znanych na rynku krajowym producentem i sprzedawcą farb oraz lakierów, stosowały w umowach handlowych dotyczących wzajemnej współpracy z w/w podmiotami w zakresie sprzedaży swoich wyrobów, zapisy sugerujące ustalanie cen minimalnych przy dalszej odsprzedaży tychże wyrobów. W przypadku odbiorców hurtowych i sieci detalicznych marża miała wynosić najczęściej 2%, natomiast dla odbiorców detalicznych 5%. Ponadto zgodnie z uregulowaniami tychże umów sprzedaż detaliczna wyrobów (...) S.A. mogła się odbywać w cenach nie niższych niż cena fabryczna wyrobu. (...) S.A. zastrzegły sobie również prawo wglądu do faktur wystawionych przez partnerów w zakresie sprzedaży jego wyrobów. Umowy przewidywały, iż w przypadku nie stosowania się przez partnera do uregulowań dotyczących odsprzedaży wyrobów spółki (...) po cenach minimalnych, tenże producent wobec dystrybutora mógł zastosować kary umowne takie jak: pisemne upomnienie partnera, odebranie przysługującego mu rabatu, czy nawet zerwanie umowy.

Taką umowę z (...) S.A. zawarło także w dniu 2 IV 2003 r. Towarzystwo (...) S.A. w K., z tym, że według ustaleń organu administracyjnego umowa powyższa „obecnie nie jest realizowana”.

Zawieranie przez (...) S.A. z dystrybutorami ich wyrobów umów o powyższej treści w ocenie Prezesa UOKiK wyczerpywało znamiona praktyki antykonkurencyjnej wskazanej w art. 6 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 II 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej ustawa o o.k. i k.).

Organ antymonopolowy wywodził, iż, (...) S.A. zobowiązując swoich partnerów handlowych do sprzedawania swoich wyrobów ze wskazaną w umowach marżą minimalną od cen zakupu oraz wskazując, iż sprzedaż detaliczna powinna odbywać się po cenach nie niższych niż cena fabryczna wyrobu, ustaliły w rzeczywistości wysokość cen minimalnych sprzedaży tychże wyrobów. Tym samym przedsiębiorcy ci nie mogli sprzedawać wyrobów (...) S.A. odbiorcom hurtowym i detalicznym po cenach niższych niż wskazane w umowach handlowych, bez narażenia się na utratę rabatu, a nawet rozwiązania umowy. W celu zapewnienia sobie pewności stosowania przez partnerów zapisów umownych, (...) S.A. zastrzegły w umowie prawo wglądu do faktur przez nich wystawianych.

Zdaniem Prezesa UOKiK zawarcie porozumienia dało spółce (...) S.A. pewność co do wysokości cen minimalnych sprzedaży ich wyrobów odbiorcom hurtowym i detalicznym oraz zagwarantowało adekwatne marże na dalszych etapach dystrybucji. Z drugiej także strony kontrahenci (...) S.A. ograniczeni zostali w możliwość swobodnego ustalania cen sprzedawanych przez siebie wyrobów tego przedsiębiorcy oraz w zdolności do bezpośredniego kształtowania w relacji z nabywcą cen sprzedawanych produktów.

Zawarte porozumienie uniemożliwiło także tym przedsiębiorcom nieograniczone reagowanie na zaistniałą sytuację na rynku, kształtowanie stosowanych przez siebie cen w zależności od posunięć cenowych konkurentów. W szczególności ograniczona została możliwość swobodnego kształtowania przez nich marż, a co za tym idzie i cen odsprzedawanych wyrobów (...) S.A. Powyższe oznacza, że nie tylko celem ale i skutkiem porozumienia było istotne ograniczenie konkurencji cenowej pomiędzy partnerami (...) S.A., gdyż uniemożliwiło tym przedsiębiorcom sprzedaż wyrobów Spółki (...) S.A. poniżej cen określonych w umowach handlowych i tym ograniczyło możliwość swobodnego kształtowania cen wyrobów.

W związku z zawartym porozumieniem partnerzy (...) S.A. mogli też z dużym prawdopodobieństwem przewidzieć wysokość stosowanych cen przez innych przedsiębiorców sprzedających wyroby tej spółki, skutkiem czego doszło do ograniczenia rywalizacji cenowej na sprzedaż wyrobów (...) S.A., czyli nastąpiło ograniczenie tzw. konkurencji „wewnątrzmarkowej”.

Prezes UOKiK podnosił ponadto, iż wprowadzenie cen minimalnych powoduje, że ceny na dany produkt są wyższe, aniżeli w warunkach niezakłóconej konkurencji, inaczej bowiem nie byłoby ekonomicznego uzasadnienia ich wprowadzenia. Stąd też, ceny stosowane przez partnerów (...) S.A. nie poddane mechanizmom konkurencji kształtowały się na dalszych etapach obrotu na poziomie wyższym, niż w przypadku poddania ich swobodnej grze rynkowej przedsiębiorców. Tym samym według Prezesa UOKiK ujemne skutki zawarcia porozumienia były przede wszystkim odczuwalne dla odbiorców partnerów (...) S.A. tj. hurtowni, sklepów itp, którzy byli zmuszeni do zakupu towarów tego przedsiębiorcy po ustalonych pomiędzy stronami porozumienia cenach, a w konsekwencji również ceny uiszczane przez finalnych odbiorców tj. konsumentów, były na wyższym poziomie niż w przypadku poddania ich regulacji mechanizmów konkurencji.

Organ antymonopolowy stanął przy tym na stanowisku, że dla stwierdzenia zaistnienia zarzucanej praktyki antykonkurencyjnej znaczenie miał sam fakt ustalania cen, nie zaś to, czy były one rzeczywiście stosowane przez przedsiębiorców działających na wskazanym rynku właściwym. Dla stwierdzenia naruszenia zakazu z art. 6 ust 1 pkt 1 ustawy o o.k. i k. nie miało również istotnego znaczenia czy doszło do ograniczenia czy też eliminacji konkurencji, gdyż już sam cel zawarcia porozumienia może stanowić o jego nielegalności. Dlatego też uwzględnił udział w stwierdzonym porozumieniu antykonkurencyjnym także tych przedsiębiorców, którzy podnosili, że nie stosowali się w praktyce do zapisów umów zawartych z (...) S.A. mówiących o cenach minimalnych odsprzedawanych towarów tej spółki, jak i tych przedsiębiorców, którzy twierdzili, iż nie realizowali w ogóle zawartej z (...) S.A. umowy. Jeszcze raz podkreślał, iż zakazane są porozumienia, których także celem, a nie tylko skutkiem jest ograniczenie konkurencji.

Przy ustalaniu wysokości nałożonych na uczestników porozumienia cenowego kar pieniężnych Prezes UOKiK miał na uwadze, iż porozumienie to zawiązane zostało między podmiotami działającymi na różnych szczeblach obrotu czyli było porozumieniem tzw. „wertykalnym”. Jego przedmiotem było zaś ustalenie między (...) S.A. oraz dystrybutorami ich wyrobów cen minimalnych odsprzedaży, co stanowi jedno z poważniejszych naruszeń prawa konkurencji.

Oceniając wagę tego porozumienia organ antymonopolowy podnosił, iż miało ono zasięg ogólnokrajowy, było długotrwałe, z drugiej jednak strony miał na względzie fakt, że na rynku krajowym farb i lakierów, który jest rynkiem średnioskoncentrowanym, (...) S.A. nie posiadają znaczącej pozycji. Uzasadniając indywidualnie w pkt 31 uzasadnienia decyzji wysokość kary pieniężnej nałożonej na Towarzystwo (...) S.A. Prezes UOKiK podnosił, iż miał również na uwadze skutki zawartego porozumienia polegające na doprowadzeniu do ograniczenia konkurencji tzw. wewnątrzmarkowej, antykonsumencki charakter tego porozumienia, gdyż spowodowało, ono że ceny wyrobów (...) S.A. na dalszym etapie dystrybucji były wyższe, niż gdyby kształtowały się w warunkach konkurencji. Jako przesłanki łagodzące wskazał zaś okoliczność, iż w/w spółka nie była inicjatorem zawartego porozumienia oraz, że dotyczyło ono jedynie jednego ze sprzedawanych przez (...) S.A. towarów, stąd też przychody uzyskiwane przez tego przedsiębiorcę ze sprzedaży wyrobów (...) S.A. stanowiły niewielki procent jego przychodów.

Towarzystwo (...) S.A. w K. wniosło odwołanie od powyższej decyzji w części obejmującej nałożenie na niego kary pieniężnej oraz obciążającej kosztami postępowania. W odwołaniu podniesiony został zarzut naruszenia art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 77 § 1 k.p.a. poprzez błędną ocenę materiału dowodowego oraz orzeczenie kary pieniężnej w wysokości nieproporcjonalnej do wagi naruszenia, wbrew treści zachowań powodowej spółki.

Tym samym odwołująca się spółka wносиła o „zmianę decyzji w części odnoszącej się do Towarzystwa (...) S.A. w całości, odstąpienie od ukarania karą pieniężną i umorzenie postępowania względnie o uchylene decyzji w części objętej zaskarżeniem i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania”. Zawarty ponadto został wniosek o wstrzymanie wykonania zaskarżonej decyzji do czasu rozstrzygnięcia sprawy.

W uzasadnieniu odwołania powódka podnosiła, iż wydanie przeciwko niej nakazu zaniechania stosowania niedozwolonej praktyki antykonkurencyjnej jest bezprzedmiotowe bowiem w badanym przez Prezesa UOKiK okresie, umowy zawartej z (...) S.A. w ogóle nie realizowała. Nie zaprzeczała, że sam fakt zawarcia przez nią w dniu 2 IV 2003 r. z w/w spółką akcyjną umowy, stanowił naruszenie art. 6 ust 1 pkt 1 ustawy o o.k. i k., tym niemniej stosując przepis art. 111 ustawy o o.k. i k., organ antymonopolowy winien był uwzględnić fakt, iż (...) S.A. w badanym okresie nie utrzymywała z (...) S.A. stosunków handlowych, pomimo, że umowa łącząca te podmioty nie została formalnie wypowiedziana. Oznacza to, iż powódka wbrew temu co zostało podniesione w zaskarżonej decyzji swoim zachowaniem nie mogła doprowadzić do ograniczenia konkurencji ani wpłynąć na to, iż ceny wyrobów (...) S.A. na dalszych etapach dystrybucji były wyższe, niż gdyby kształtowały się w warunkach konkurencji”.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 21 VI 2011 r. SOKiK w pkt 1 oddalił wniosek o wstrzymanie wykonania decyzji, w pkt 2 zmienił zaskarżoną decyzję Prezesa UOKiK w ten sposób, iż nałożył na powodową spółkę karę pieniężną w wysokości 35 262,40 zł., w pkt 3 koszty procesu pomiędzy stronami wzajemnie zniósł.

Z ustaleń faktycznych jakie poczynił ten sąd wynikało, że Zakłady (...) S.A. z siedzibą w C. według opracowanego przez siebie wzorca umownego i z własnej inicjatywy zawarły z wymienionymi w decyzji Prezesa UOKiK przedsiębiorcami umowy handlowe dotyczące sprzedaży wyrobów przez nich produkowanych i sprzedawanych., cen odsprzedaży tychże towarów przez partnerów. Na podstawie przedmiotowych umów przedsiębiorcy zobowiązani zostali do sprzedawania wyrobów (...) S.A. z minimalną marżą od cen zakupu wyrobów tego przedsiębiorcy, w przypadku odbiorców hurtowych i sieci detalicznych było to najczęściej 2%, natomiast w przypadku odbiorców detalicznych 5%. . Przestrzeganie powyższych postanowień umownych zastrzeżone zostało karami takimi jak pisemne upomnienie partnera, odebranie przysługującego rabatu lub zerwanie umowy. (...) S.A. zastrzegły sobie również prawo wglądu do faktur wystawionych przez partnera w zakresie sprzedaży ich wyrobów.

Taką umowę z (...) S.A. zawarło w dniu 2 IV 2003 r. także powodowe Towarzystwo (...) S.A. w K. .

W toku wszczętego w dniu 18 XII 2007 r. przez Prezesa UOKiK postępowania antymonopolowego powód wskazał swoje przychody z tytułu sprzedaży wyrobów (...) w 2006 i 2007r., zastrzegając jednocześnie, że w podanych latach nie dokonywała zakupów w (...).

W dniu 31 XII 2008 r. została wydana zaskarżona decyzja.

Dokonując oceny prawnej sporu zaistniałego w niniejszej sprawie, SOKiK zaznaczył na wstępie, że związany jest zakresem rozpoznania sprawy wyznaczonym przez wnioski, żądania i zarzuty zawarte w odwołaniu. Powód w swoim odwołaniu wskazał zaś, że zaskarża decyzję Prezesa UOKiK w części dotyczącej kary pieniężnej, przez co zakreślił w ten sposób granice rozpoznania niniejszej sprawy.

Przechodząc natomiast do podnoszonych przez odwołującego się zarzutów sąd I instancji uznał, iż brak było podstaw do odstąpienia od nałożenia na powoda kary pieniężnej. Bezsprene bowiem dopuścił się on naruszenia zakazu wynikającego z art. 6 ust 1 pkt 1 ustawy o o.k. i k. jak i nie zaistniały przy tym wskazane w art. 7 i 8 tej ustawy okoliczności wyłączające ten zakaz. Podkreślał, iż powód nie kwestionował zawarcia porozumienia co do cen minimalnych odsprzedaży wyrobów (...) S.A. , zgłosił jedynie zastrzeżenia co do nałożonej na spółkę kary pieniężnej za udział we wskazanym porozumieniu.

W takiej zatem sytuacji zastosowanie znajdował art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o o.k. i k. i choć wymierzenie wskazanej w nim kary ma charakter fakultatywny, to z uwagi jednak na charakter, wagę oraz czas trwania poważnego naruszenia przez powoda przepisów tej ustawy nałożenie na niego przez organ antymonopolowy kary było zasadne. Tym niemniej jednak zdaniem SOKiK wymierzona kara była zbyt wysoka , co wynikało z tego, iż przy jej miarkowaniu Prezes UOKiK nie uwzględnił wszystkich okoliczności, które mogły mieć wpływ na jej wymiar.

Uzasadniając wagę dokonanego przez powoda naruszenia sąd I instancji podnosił, że istotą niedozwolonego porozumienia , którego uczestnikiem stało się Towarzystwo (...) S.A. , było ustalenie pomiędzy (...) S.A. a szeregiem przedsiębiorców, minimalnych cen sprzedaży przez tych partnerów - dystrybutorów wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez (...). Było to zatem porozumienie zawarte na poziomie wertykalnym. Jego celem było

wyeliminowanie konkurencji pomiędzy dystrybutorami (...) S.A. poprzez zobowiązanie ich do odsprzedaży wyrobów z minimalną marżą określoną w umowie handlowej, pod rygorem zastosowania określonych w tej umowie sankcji. Dzięki uczestnictwu w przedmiotowym porozumieniu przedsiębiorcy mogli z dużym prawdopodobieństwem przewidzieć wysokość cen stosowanych przez konkurentów, co spowodowało ograniczenie konkurencji „wewnątrzmarkowej”.

Tego rodzaju praktyka antykonkurencyjna stanowi jedno z najcięższych naruszeń prawa konkurencji. Szczególna szkodliwość porozumień cenowych wiąże się z tym, że w sposób bezpośredni pozbawiają one konsumentów możliwości zakupu towaru lub usługi po cenie niższej niż ustalona w drodze zakazanego przez przepis art. 6 ust. 1 pkt. 1. ustawy o o.k. i k. porozumienia. Przedsiębiorcy będący stronami porozumienia zyskują ponadto komfort działania niemożliwy w warunkach konkurencji, co sprawia, że nie muszą zabiegać o kontrahentów np. wyższą jakością produktów czy poprzez obniżanie cen.

Sąd I instancji podkreślał, iż powód co prawda nie był inicjatorem zakazanego porozumienia cenowego , tym niemniej jednak jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego powinien był zdawać sobie sprawę z ograniczeń jakie nakłada na przedsiębiorców ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, a tym samym powinien wiedzieć , że zgodnie z treścią zakwestionowanej umowy będzie stosował „uzgodnione ceny minimalne”. Mimo to przystąpił jednak do umowy z (...) S.A.

Z drugiej jednak strony jako okoliczność łagodzącą wagę dokonanego naruszenia ustawy o o.k. i k. SOKiK wskazał , iż na krajowym rynku farb i lakierów (...) S.A. nie posiada znaczącej pozycji.

Za zasadne sąd I instancji uznał ponadto nakazanie przez organ antymonopolowy w zaskarżonej decyzji powodowi zaniechania stosowania zakazanej praktyki ograniczającej konkurencję. Podnosił, iż umowa łącząca powoda z (...) S.A. nigdy nie została wypowiedziana, co oznacza, iż udział Towarzystwa (...) S.A. w zakazanym porozumieniu był długotrwały.

Podnosił, iż okoliczność zaniechania stosowania przez przedsiębiorcę niedozwolonego porozumienia wbrew stanowisku odwołującego się nie może być łączona z datą dokonania ostatniego zakupu towarów u inicjatora porozumienia czy też z brakiem w ogóle takich zakupów. Dla stwierdzenia okoliczności zaniechania praktyki ograniczającej konkurencję, o jakiej mowa w art. 6 ust 1 pkt 1 ustawy o.o.k i k. znaczenie ma wyłącznie wyraźne oświadczenie woli co do zaprzestania udziału w porozumieniu, które w niniejszej sprawie powinno było polegać na wypowiedzeniu umowy zawartej z (...) S.A. . Istotne znaczenie ma bowiem potencjalna możliwość wprowadzenia zawartego porozumienia w życie, co oznacza, iż tak długo jak trwa umowa, tak długo może ona wywierać skutki w postaci naruszenia reguł konkurencji.

Z tych też przyczyn za niezasadny SOKiK uznał podniesiony na rozprawie w dniu 9 VI 2011 r. zarzut naruszenia art. 93 ustawy o o.k. i k. zgodnie z którym nie wszczyna się wstępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania upłynął rok.

Okoliczność nie realizowania przez powoda umowy z (...) S.A. poprzez nie składanie jakichkolwiek zamówień na towary tejże spółki, powinna była natomiast w ocenie SOKiK zostać uwzględniona przy ocenie wysokości kary nałożonej na to przedsiębiorstwo, czego organ antymonopolowy nie uczynił.

Powyższe odmienne od zachowania innych uczestników porozumienia cenowego, zachowanie powoda uzasadniało jego łagodniejsze potraktowanie przy wymierzaniu kary pieniężnej. Zdaniem sądu I instancji przy założeniu jednolitości pozostałych przesłanek wymiaru kary, odpowiednio procentowo wyższa winna być kara wobec uczestników porozumienia wykonujących umowę z inicjatorem porozumienia niż wobec przedsiębiorców, którzy nie realizowali umowy w praktyce. Uzasadnione jest to indywidualnym charakterem tejże kary.

Kolejna przesłanka łagodząca, która nie została uwzględniona przez organ antymonopolowy przy miarkowaniu obciążającej powoda kary pieniężnej, polegała zdaniem SOKiK na tym, iż było to pierwsze naruszenie przez Towarzystwo (...) S.A. w K. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Z powyższych względów za uzasadnione sąd I instancji uznał zmniejszenie nałożonej przez Prezesa UOKiK powodowi kary o 1/5 tj. z kwoty 44 078 zł do 35.262,40 zł. , na podstawie art. 479^{31a} § 3 k.p.c.. . Podnosił, iż kara w tej wysokości spełni swoją funkcję represyjną i prewencyjną, zapobiegając podobnym naruszeniom w przyszłości.

Odnosząc się jeszcze do porównania przez powoda wysokości nałożonej na niego kary pieniężnej do wysokości kary jaką został obciążony inicjator całego porozumienia (...) S.A. (26 374 zł) SOKiK podnosił, iż wysokość kary ustala się w relacji do ogólnej kwoty przychodu osiągniętego przez przedsiębiorcę, co wiąże się z tym, iż tylko w ten sposób wymierzona kara może być realnie odczuwalna dla przedsiębiorcy, a tym samym spełnić swoją funkcję. Tak więc nie nominalna wysokość kary świadczy o jej wielkości, ale jej procentowy udział w przychodzie.

Apelację od powyższego orzeczenia wniosło Towarzystwo (...) S.A. w K., wskazując, iż zaskarża wyrok sądu I instancji w części nakładającej na niego karę pieniężną. Podniosło zarzut naruszenia:

-art. 111 ustawy o o.k. i k. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną ocenę zachowań antykonkurencyjnych powoda i orzeczenie kary pieniężnej w wysokości nie odpowiadającej zasadom jej wymierzenia,

-art. 93 w/w ustawy poprzez nieuchylenie decyzji wydanej w warunkach nieważności postępowania (art. 156§ 1 pkt 7 k.p.a. w zw. z art. 83 ustawy o o.k. i k.).

Tym samym apelujący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w części orzekającej o karze poprzez jej zmniejszenie bądź odstąpienie od ukarania względnie o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Przed odniesieniem się do zarzutów zawartych w apelacji wskazać należy na nieprawidłowość sformułowania sentencji pkt 2 zaskarżonego orzeczenia. W świetle art. 479^{31a} § 3 k.p.c. zmiana decyzji Prezesa UOKiK w części dotyczącej kary pieniężnej powinna była polegać nie na powtórzeniu decyzji, którą SOKiK aprobuje tj. na nałożeniu na powoda kary w wysokości 35 262 ,40 zł , tylko na jej obniżeniu z kwoty 44 078 zł do w/w wysokości i oddaleniu dalej idącego żądania zawartego w odwołaniu. Jakkolwiek nie ma wprost rozstrzygnięcia o częściowym oddaleniu odwołania od decyzji aprobującej nałożenie kary, tym niemniej jednak wobec literalnego zapisu w/w punktu orzeczenia mówiącego wprost o nałożeniu na powoda kary pieniężnej uznać należało, iż kwestionowany w apelacji przedmiot rozstrzygnięcia zawarty jest w sentencji orzeczenia.

Przechodząc tym samym do merytorycznej oceny wniesionej przez powoda apelacji stwierdzić należało, iż nie zasługiwała ona na uwzględnienie.

Za niezasadny uznać należało zarzut apelacyjny naruszenia przez sąd I instancji art. 93 ustawy o o.k.i.k. , który stanowi, iż „Nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok.”.

Praktyka ograniczająca konkurencję, za stosowanie której została wymierzona powodowi kara pieniężna polegała na porozumieniu ograniczającym konkurencję na krajowym rynku sprzedaży hurtowej farb , lakierów i wyrobów pomocniczych , do którego to porozumienia doszło na skutek zawierania przez (...) S.A. umów z dystrybutorami ich wyrobów, w których to umowach bezpośrednio ustalano minimalne ceny dalszej odsprzedaży towarów.

SOKiK prawidłowo uznał, iż sam fakt nie realizowania przez powoda postanowień łączącej go z (...) S.A. umowy nie oznacza, iż zaprzestał on stosowania powyższej praktyki. Naruszenie zakazu o jakim mowa w art. 6 ust 1 pkt 1 ustawy o o.k. i k. wiąże się już z samym faktem zawarcia porozumienia ustalającego ceny czy inne warunki zakupu lub sprzedaży towarów . Bierne uczestnictwo w tymże porozumieniu , polegające na braku wdrożenia podjętych ustaleń, nie zwalnia uczestnika nielegalnego porozumienia z odpowiedzialności i nie oznacza, iż przestał on w tym porozumieniu brać udział. Słusznie Prezes UOKiK podnosił w uzasadnieniu swojej decyzji, że dla stwierdzenia zarzucanej powodowi i pozostałym podmiotom praktyki, decydujące znaczenie ma sam fakt ustalenia w drodze umownej cen, nie zaś to czy były one rzeczywiście stosowane przez przedsiębiorców działających na rynku. Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie w literaturze przedmiotu. Dla przykładu powołać można Komentarz do ustawy z dnia 16 II 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, K. Kohutek, M. Sieradzka (do art. 6), w którym podniesione zostało, że: „Dla zastosowania wobec danego porozumienia art. 6 u.o.k.k. nie jest konieczne, aby antykonkurencyjny cel został osiągnięty (w całości lub w części). Stosowanie tego przepisu nie jest bowiem zależne od faktu, czy porozumienie zostało tylko zawarte przez przedsiębiorców (ich związki), czy też strony rzeczywiście zrealizowały (lub realizują) je w praktyce. [...] W tym kontekście słuszne jest przyjęcie, że ustawa antymonopolowa reglamentuje zatem już tylko sam zamiar wywołania przez przedsiębiorców - w następstwie uzgodnionych działań - negatywnych dla konkurencji skutków. Zakazem objęty jest zatem uzgodniony przez przedsiębiorców zamiar zrezygnowania (w całości lub w części) ze swej suwerenności w zakresie podejmowania decyzji gospodarczych. Zaznaczenia wymaga zarazem, iż cel (zamiar) porozumienia powinien być ustalany na podstawie kryteriów obiektywnych oraz kontekstu ekonomicznego porozumienia, czyli okoliczności oraz powodów, dla których porozumienie zostało zawarte, nie ma zatem potrzeby badania (subiektywnych) zamiarów stron. [...]

W konsekwencji przyjmuje się, iż jedynie aktywna postawa uczestnika nielegalnego porozumienia, polegająca na otwartym zdystansowaniu się od udziału w nim, niepozostawiającym jakichkolwiek wątpliwości co do braku intencji angażowania się w zakazane działanie , zwalnia całkowicie od odpowiedzialności.

Gdy do porozumienia cenowego dochodzi skutek zawiązania umów o charakterze cywilnoprawnym o zaprzestaniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję można mówić dopiero wówczas gdy umowa taka zostanie przez przedsiębiorcę- uczestnika porozumienia rozwiązana. „Tak długo bowiem jak umowa obowiązuje, rodzi skutki cywilnoprawne w postaci zobowiązania do określonego w niej zachowania, które jest sprzeczne z Ustawą, niezależnie od tego, czy strony umowy ją wykonują.” – J. Kruger w „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz , pod red. A. Stawickiego i E. Stawickiego.

Odnosząc powyższe rozważania natury ogólnej do okoliczności niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż powodowa spółka nigdy nie wypowiedziała zawartej z (...) S.A. w dniu 2 IV 2003 r. umowy ani nigdy w sposób otwarty nie zdystansowała się od kształtowanej postanowieniami powyższej umowy praktyki antykonkurencyjnej. Nawiązując do twierdzeń zawartych w uzasadnieniu apelacji podnieść należy, iż w istocie o dopuszczaniu się w dalszym ciągu przez powoda zakazanej praktyki nie może świadczyć sam fakt podpisania z (...) S.A. umowy zawierającej postanowienia o cenach minimalnych przy dalszej odsprzedaży ich produktów. Świadomym, celowym i ciągłym działaniem tego profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, odpowiadającym pojęciu „stosowania (nielegalnej) praktyki”, było jednak pozostawanie w nawiązanym w ten sposób i w tym celu stosunku umownym, rodzące obowiązek określonego zachowania się. Jak słusznie podnosił sąd I instancji istotną z punktu widzenia naruszenia zakazu z art. 6 ust 1 pkt 1 ustawy o o.k. i k. jest potencjalna możliwość wprowadzenia zawartego porozumienia w życie.

Stwierdzić tym samym należy, iż brak było podstaw do uznania, iż powód zaprzestał stosowania przypisanej mu w decyzji Prezesa UOKiK praktyki antykonkurencyjnej w roku 2006 lub wcześniej, a tym samym, że postępowanie to naruszało przepis art. 93 ustawy o o.k. i k., a zaskarżona decyzja została wydana w warunkach nieważności postępowania.

Sąd Okręgowy prawidłowo także uznał, iż na odstąpienie od nałożenia na powoda na podstawie art. 106 ust 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów kary pieniężnej nie pozwalał stopień dokonanego przez niego naruszenia przepisów tejże ustawy. Stopień naruszenia przepisów ustawy to inaczej waga dokonanego naruszenia, którą wyznacza przede wszystkim typ naruszenia.

W doktrynie w sposób zgodny przyjmuje się, iż jednym z najcięższych naruszeń przepisów prawa konkurencji są właśnie porozumienia cenowe, w tym wertykalne porozumienie cenowe, którego przedmiotem jest ustalenie ceny minimalnej. Ustalenie ceny minimalnej skutkuje bowiem eliminacją ewentualnie znacznym ograniczeniem konkurencji cenowej. To zaś jest zjawiskiem niekorzystnym zarówno dla konsumentów, jak i dla efektywności gospodarki. „Ceny minimalne bądź sztywne w dalszej perspektywie prowadzą bowiem do podwyższania ich poziomu; ponadto nierzadko wymuszają na konsumentach płacenie za dodatkowe usługi, którymi nie są zainteresowani. Wreszcie ceny takie utrudniają pojawienie się na rynku tańszych form dystrybucji towarów, sprzyjając utrzymaniu się na nim przedsiębiorców nieefektywnych. W związku z powyższym prawo antymonopolowe kwalifikuje pionowe porozumienia cenowe, ustalające ceny minimalne lub sztywne, jako najcięższe ograniczenia konkurencji, czyli takie, których samo zawarcie traktować należy jako mające na celu ograniczenie konkurencji.” – K. Kohutek w przywołanym komentarzu, do art. 6 ustawy o o.k. i k.

Nie sposób także było się zgodzić z apelującym, iż ustalając wysokość obciążającej powoda kary pieniężnej SOKiK naruszył postanowienia art. 111 ustawy o o.k. i k., ponieważ wbrew treści zebranego materiału dowodowego przyjął, że powód poczynając od 2 IV 2003 r. przez lata jakie upłynęły do wydania zaskarżonej decyzji „w sposób ciągły i nieprzerwany dopuszczał się praktyk naruszających konkurencję” co w jego ocenie nie było prawdą (k 136). Jak już zostało to podniesione brak było podstaw do uznania, iż powód zaprzestał udziału w zakazanym porozumieniu cenowym, skoro nadal obowiązywała go z (...) S.A. umowa określająca minimalne ceny odsprzedaży towaru tego producenta. Eksponowana przez powoda okoliczność nierealizowania w praktyce tejże umowy została natomiast uwzględniona przez sąd I instancji jako okoliczność skutkująca obniżeniem nałożonej na niego kary pieniężnej. Apelujący nie tylko w żaden sposób nie wykazał, ale nawet nie podnosił, iż dokonane z tego tytułu przez SOKiK obniżenie wymiaru kary było niewystarczające i miało dowolny charakter, wykraczało poza ramy sędziowskiego uznania. Brak było także podstaw do przyjęcia, iż obniżenie to nastąpiło w rażąco zaniżonym stopniu, co uzasadniałoby

ingerencję sądu odwoławczego w tym zakresie z urzędu. W szczególności nie sposób było podzielić twierdzeń samego odwołania, iż poprzez bierne uczestnictwo w porozumieniu cenowym powód swoim zachowaniem nie przyczynił się do powstania podnoszonych przez Prezesa UOKiK skutków stwierdzonej praktyki antykonkurencyjnej. Sam bowiem fakt podpisania i obowiązywania umowy, rodzącej po stronie powoda obowiązek odsprzedaży towarów po określonej cenie minimalnej dał inicjatorowi porozumienia pewności co do wysokości cen stosowanych na dalszym etapie odsprzedaży jego produktów oraz możliwość utrzymania cen tych wyroby na odpowiednim poziomie. Ponadto działający na tym samym rynku właściwym przedsiębiorcy dystrybucyjni produktów (...) S.A. uzyskali możliwość przewidzenia wysokości cen stosowanych przez konkurentów, w efekcie czego doszło do ograniczenia konkurencji wewnątrzmarkowej.

Powód nie podnosił także a tym samym nie wykazał, iż pozostałe określone w art. 111 ustawy o o.k. i k. przesłanki, którymi kierował się sąd I instancji przy ustalaniu wysokości obciążającej go kary pieniężnej zostały w sposób wadliwy ocenione, a w szczególności w sposób niewystraszający uwzględnione. Jego wniosek apelacyjny o zmniejszenie wysokości kary pieniężnej orzeczonej przez SOKiK uzasadniony został jedynie jak już wykazano niezasadnymi twierdzeniami o zaprzestaniu stosowania przez powoda praktyki ograniczającej konkurencję.

Dlatego też Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do zmiany zaskarżonego orzeczenia, a tym samym na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił wniesioną od niego apelację jako bezzasadną. Powód z mocy art. 98§ 1 k.p.c. obciążony został obowiązkiem zwrotu na rzecz przeciwnika procesowego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.