

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 17 maja 2012 r.**

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

**Przewodniczący – Sędzia SA– Marzena Miąskiewicz**

**Sędzia SA– Ewa Klimowicz-Przygódzka**

**Sędzia SA – Ewa Zalewska (spr.)**

**Protokolant st. sekr. sąd.– Agnieszka Prokopiuk**

**po rozpoznaniu w dniu 17 maja 2012 r. w Warszawie**

**na rozprawie sprawy z powództwa A. P.**

**z udziałem Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w E.**

**przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

**o ochronę konkurencji**

**na skutek apelacji powódki**

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

**z dnia 3 października 2011 r., sygn. akt XVII AmA 4/10**

**1. oddala apelację;**

**2. zasądza od A. P. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i na rzecz Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w E. kwoty po 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu apelacyjnym.**

**Sygn. akt VIA Ca 31/12**

### **UZASADNIENIE:**

Decyzją z dnia 26 sierpnia 2009 roku Nr (...) pozwany - Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w jej punkcie:

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 oraz art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 roku w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek powódki - A. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą (...) z siedzibą w B., uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, praktykę stosowaną przez powoda - Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z siedzibą w E., polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku wykonywania regularnych przewozów osób na linii komunikacyjnej E. - B. poprzez narzucanie rażąco niskich cen

biletów jednorazowych za przejazd na w/w liniach i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 28 listopada 2006 roku.

II. Na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 oraz art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 roku w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek powódki -A. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą (...) z siedzibą w B., uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, praktykę stosowaną przez powoda - Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z siedzibą w E. polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku

wykonywania regularnych przewozów osób na linii komunikacyjnej E. - B. poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji w wyniku wprowadzenia i wykonywania na linii komunikacyjnej E. - B. dodatkowych kursów autobusów pokrywających się z rozkładem jazdy powódki, po cenach biletów jednorazowych poniżej cen stosowanych na pozostałych kursach na w/w liniach i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 28 listopada 2006 roku.

III. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 oraz art. 28 ust. 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w związku z art. 131 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek powódki - A. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą (...) z siedzibą w B. w związku ze stosowaniem praktyk ograniczających konkurencję określonych w pkt I i pkt II niniejszej decyzji nałożył na powoda - Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. karę pieniężną w wysokości 21.538 zł, płatną do budżetu państwa.

Od powyższej Decyzji odwołanie złożyła powódka - A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą (...) z siedzibą w B.. Przedmiotową Decyzję powódka zaskarżyła w części dotyczącej przyjętego przez pozwanego okresu prowadzenia przez Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. działań ograniczających konkurencję i naruszających zakaz z art. 8 ust. 1 i 2 pkt 1 oraz pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. w części, w której Prezes UOKiK stwierdził, iż zaniechanie tych działań nastąpiło z dniem 28 listopada 2006 roku.

Zaskarżonej Decyzji powódka zarzuciła:

1. błędne ustalenie stanu faktycznego, który stał się podstawą rozstrzygnięcia i wyciągnięcie błędnych wniosków z dokonanych ustaleń, co miało wpływ na wynik sprawy, poprzez stwierdzenie, że zaniechanie stosowania przez Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. działań ograniczających konkurencję i naruszających zakaz z art. 8 ust. 1 i 2 pkt

1 oraz pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nastąpiło z dniem 28 listopada 2006 roku.

2. naruszenie prawa materialnego, które niewątpliwie miało wpływ na wynik sprawy, tj. art. 104 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez nie wzięcie pod uwagę przy ustalaniu kary pieniężnej nałożonej na Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. faktycznego okresu i stopnia naruszania przepisów w/w ustawy, a tym samym ustaleniu kary na wysokości zaniżonej i nieadekwatnej do okresu i rozmiaru naruszeń.

Podnosząc powyższe powódka wniosła o:

1. zmianę decyzji w zaskarżonej części poprzez przyjęcie, że zaniechanie stosowania przez Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. działań ograniczających konkurencję i naruszających zakaz z art. 8 ust. 1 i 2 pkt 1 oraz pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nastąpiło z dniem 31 października 2007 roku.

2. zmianę zaskarżonej decyzji w części nakładającej na Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. karę pieniężną poprzez wymierzenie tej kary na wyższym poziomie, odpowiednim dla wydłużonego okresu trwania nielegalnych działań oraz z uwagi na zawarte w odwołaniu argumenty.

Powyższą Decyzję Prezesa UOKiK zaskarżył także powód - Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z siedzibą w E..

Zaskarżonej Decyzji powód zarzucił:

1. naruszenie art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynikające:

a) z niewłaściwej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności przyjęcie błędnej definicji rynku właściwego ograniczając rynek właściwy wyłącznie do pokrywającej się trasy przewozów wykonywanych przez konkurentów i wyliczając koszty stosowane przez stronę jedynie do tej trasy bez uwzględnienia stóp rentowności uzyskiwanych na innych trasach przewozów wykonywanych przez stronę na obszarze administracyjnego podziału kraju stosownie do właściwości organów uprawnionych do wydawania zezwoleń na wykonywanie transportu drogowego osób,

b) z bezpodstawnego przyjęcia stosowania rażąco niskiej ceny - poniżej kosztów średnich oraz nie przedstawienia dowodu stosowania przez stronę takiej ceny,

c) z nieuwzględnienia przez organ materiału dowodowego świadczącego o wykonywaniu przez powódkę - A. P. niezgodnie z przepisami ustawy o transporcie drogowym, tj. bez wymaganych zezwoleń,

d) z nieuwzględnienia przez organ faktu, że powódka A. P. uruchomiła swoje kursy bezpośrednio przed istniejącymi i uzgodnionymi kursami strony.

2. naruszenie przepisu art. 92 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 36 k.p.a.

3. z ostrożności procesowej zbytnią rygorystyczność w stosowaniu kary pieniężnej wymierzonej stronie.

Podnosząc powyższe powód Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. wniósł o:

1. uchylenie w całości zaskarżonej decyzji,

2. zawieszenie wykonania decyzji do czasu rozpatrzenia sprawy przez Sąd,

3. obciążenie organu kosztami procesu w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Pozwany w odpowiedzi na oba odwołania wniósł o ich oddalenie oraz o zasądzenie na jego rzecz od powodów kosztów postępowania według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 3 października 2011 roku Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił oba odwołania i rozstrzygnął o kosztach postępowania.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o stan faktyczny, ustalony w sposób następujący:

Powód - Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z siedzibą w E. (dalej (...) E.) prowadzi działalność gospodarczą m.in. w zakresie wykonywania usług przewozowych w zakresie pasażerskiego transportu drogowego, rozkładowego lądowego oraz pozarozkładowego drogowego, wynajmu środków transportu drogowego, obsługi i naprawy pojazdów mechanicznych, pozostałej działalności wspierającej dla transportu drogowego. Powód świadczył wskazane powyżej usługi na podstawie następujących licencji i zezwoleń:

1. licencja nr (...) na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób, udzielona przez Prezydenta Miasta E. w dniu 23 maja 2002r.,

2. zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób, w krajowym transporcie drogowym:

a) nr (...) z dnia 12 kwietnia 2006 roku - w ramach linii regularnej B. - G. (linia komunikacyjna (...)), udzielonego przez Marszałka Województwa (...). Przedmiotowe zezwolenie w zakresie kursów zwykłych wykonywanych autobusami standardowymi ważne było do dnia 26 grudnia 2007 roku. Od 8 stycznia 2008 roku obejmowało tylko kursy pospieszne na linii B. - G. - B.,

b) nr (...) z dnia 21 września 2006 roku - w ramach linii regularnej E. - W. (linia komunikacyjna (...)), udzielonego przez Prezydenta E.,

c) nr (...) z dnia 21 września 2006 roku - w ramach linii regularnej K. - F. - B. (linia komunikacyjna (...)), udzielonego przez Starostę B., które to zezwolenie cofnięto Decyzją Starosty (...) z dnia 18 kwietnia 2007 roku,

d) nr (...) z dnia 27 listopada 2006 roku - w ramach linii regularnej E. - B. (linia komunikacyjna (...)), udzielonego przez Marszałka Województwa (...).

Powód wykonywał przejazdy na linii komunikacyjnej E. - B. autobusami standardowymi w ramach linii regularnej B. - G.. Z dniem 28 sierpnia 2006 roku na przedmiotowej linii powód wprowadził kursy małymi busami. W okresie od sierpnia 2006 roku do listopada 2006 roku powód wykonywał przejazdy małymi busami z E. do B. na podstawie dwóch zezwoleń - nr (...) oraz nr(...) Natomiast w dniu 27 listopada 2006 roku powód otrzymał zezwolenie nr (...) udzielone przez Marszałka Województwa (...). Od 3 stycznia 2008 roku zezwolenie nr (...) objęło zarówno małe busy, jak i autobusy standardowe.

Linia komunikacyjna E. - B. przebiega przez teren trzech powiatów tj. Powiatu (...) w E., Powiatu (...) i Powiatu (...), w związku z czym, do wykonywania regularnych przewozów osób na ww. linii wymagane jest odpowiednie zezwolenie udzielone przez Marszałka Województwa (...). W związku z powyższym powód wykonywał kursy małymi busami na tej linii komunikacyjnej bez odpowiedniego zezwolenia od 28 sierpnia 2006 roku do 26 listopada 2006 roku.

Powódka - A. P. jest osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą w zakresie m.in. transportu pasażerskiego międzymiastowego. Powódka wykonywała regularne przewozy osób w krajowym transporcie drogowym w ramach linii regularnej E. - B., na podstawie zezwolenia nr (...) z dnia 17 czerwca 2005 roku oraz zezwolenia nr (...) z dnia 9 sierpnia 2006 roku.

Zarówno powód, jak i powódka wykonują przejazdy na linii komunikacyjnej E. - B. z przystankami pośrednimi w miejscowościach D., P., M., Z., Huta (...), P., W., K., N., F., G., S..

Powód - (...) E. wykonywał przejazdy z E. do B. małymi busami. Cena jednorazowego biletu na tej linii kształtowała się następująco:

- w okresie od 28 sierpnia 2006 roku do 20 września 2006 roku - 4,98 zł,

- w okresie od 21 września 2006 roku do 27 listopada 2006 roku - 5,00 zł (składały się na nią kwoty 2,70 zł za odcinek E. - W. oraz 2,30 zł za odcinek K. - B.).

Od dnia 28 listopada 2006 roku (...) E. podwyższył cenę biletu stosowaną na przedmiotowej linii, w kursach wykonywanych małymi busami,

do 6,00 zł. Natomiast od dnia 1 listopada 2007 roku powód stosował cenę 7,00 zł.

Powódka - A. P. (dalej A. P.) w momencie wprowadzenia kursów na linii komunikacyjnej E.-B. w dniu 9 sierpnia 2006 roku stosowała cenę 6,00 zł. Następnie w odpowiedzi na obniżki cen stosowane przez (...) E. pod koniec sierpnia 2006 roku, powódka obniżyła cenę do wysokości 4,98 zł. Jednakże w dniu 26 września 2006 roku powódka powróciła

do ceny pierwotnej tj. 6,00 zł. Cenę jednorazowego biletu na przejazd na Unii E. - B. w wysokości 6,00 zł, powódka stosowała przez cały okres rozpatrywany w niniejszym postępowaniu.

Wprowadzone przez (...) E. kursy małymi busami były zbliżone do wszystkich kursów realizowanych przez powódkę, a różnica odjazdu autobusów (...) E. i powódki wynosiła 5 minut.

Oprócz kursów małymi busami, (...) E. do dnia 27 grudnia 2007 roku wykonywał także kursy autobusami standardowymi w ramach linii regularnej B. - G. na podstawie zezwolenia (...). We wskazanym zakresie, godziny odjazdów nie pokrywały się z kursami powódki, w związku z czym w chwili pojawienia się na rynku nowego przewoźnika, uczestnik nie dokonał żadnych zmian w zakresie autobusów standardowych, w których cena kształtowała się na wyższym poziomie. Natomiast, jak wynika z powyższych danych, we wszystkich godzinach odjazdów autobusów powódki, wprowadził nowe kursy małymi busami po niższej cenie i z różnicą między odjazdami w wymiarze 5 minut. Opisana sytuacja uległa zmianie dopiero z dniem 3 stycznia 2008 roku, kiedy powódka rozszerzyła obsługiwane linie E. - B. do 36 kursów, z których tylko 1/3 poprzedzana była kursami (...) E..

W oparciu o powyższe ustalenia Sąd Okręgowy uznał obydwa odwołania za niezasadne.

Bezzasadny zdaniem Sądu I instancji był zarzut (...) E. dotyczący naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 oraz z 2006 r. Nr 157, poz. 1119, Nr 170, poz. 1217 i Nr 249, poz. 1834) poprzez przyjęcie błędnej definicji rynku właściwego w świetle treści art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. SOKiK podzielił ocenę Prezesa UOKiK, że rynkiem właściwym w sprawie jest lokalny rynek wykonywania przewozów regularnych przewozów osób na linii komunikacyjnej E.-B., w szczególności, iż powodowy (...) E. nie wskazał, aby dla usługi regularnych przewozów na tej trasie istniały substytuty, w szczególności zaś, aby konsumenci uznawali za substytut przewóz na innej trasie lub też na tej trasie innym środkiem lokomocji.

Zdaniem Sądu Okręgowego, wbrew twierdzeniom (...) E., istotą zarzucanej praktyki nie było wyłącznie stosowanie cen poniżej kosztów średnich, ani też stosowanie subsydiowania skrośnego, lecz tak jak to uznał Prezes UOKiK stosowanie przez powoda tzw. „cen drapieżnych”, tj. cen poniżej średnich kosztów całkowitych w ramach planu wyeliminowania konkurentów.

Zarzut zaskarżonej Decyzji dotyczył okresu, kiedy stosowana przez (...) cena, niższa od średnich kosztów całkowitych i wyższa od średnich kosztów zmiennych, była niższa od ceny stosowanej przez konkurenta, a więc zmierzała w istocie do jego wyeliminowania z rynku właściwego. Jest bowiem bezsporne ustalenie pozwanego, że (...) E. wykonywał przejazdy do B. małymi busami, stosując od 28 sierpnia 2006 r. do 20 września 2006 r. cenę 4,98 zł za bilet jednorazowy, a od 21 września do 27 listopada 2006 r. - 5 zł za bilet jednorazowy, zaś do 28 listopada 2006 r. - 6 zł za bilet jednorazowy. W tym też czasie A. P. stosowała cenę 6 zł za bilet jednorazowy, z wyłączeniem okresu od końca sierpnia do 26 września 2006 r. kiedy stosowała cenę 4,98 zł za bilet jednorazowy. Tak więc, od 28 listopada zarówno (...) jak i A. P. stosowali jednakową cenę biletów jednorazowych w wysokości 6 zł.

Zdaniem Sądu I instancji, zrównanie stosowanej ceny z ceną konkurenta, pozwany trafnie uznał za zaniechanie stosowania niedozwolonej praktyki, pomimo, że cena ta była niższa od średnich kosztów całkowitych i wyższa od średnich kosztów zmiennych. Sąd I instancji podzielił bowiem stanowisko Prezesa UOKiK, że działanie (...) E. z chwilą zrównania cen nie zagrażało już konkurencji, gdyż stosowana cena nie eliminowała z rynku konkurentów. Skutkiem zrównania cen powstała bowiem sytuacja, w której cena nie była kryterium wyboru pomiędzy ofertami działających na rynku przedsiębiorców.

Z powyższych względów Sąd Okręgowy uznał za bezzasadny zarzut A. P. błędnego ustalenia przez pozwanego stanu faktycznego polegającego na przyjęciu, że zaniechanie zarzucanej praktyki nastąpiło w dniu 28 listopada 2006 r., bowiem taki wniosek wynika jednoznacznie z bezspornych faktów.

Zdaniem Sądu Okręgowego okolicznością bez znaczenia w sprawie był sposób wykonywania przewozów, a w szczególności terminów świadczenia usług przez powódkę A. P., gdyż nie wyłączają one zakazu stosowania zarzucanej praktyki antykonkurencyjnej określonej w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Dalej Sąd I instancji zauważył, że termin określony w art. 92 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów ma charakter instrukcyjny i uchybienie mu pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie. Bez wpływu na treść rozstrzygnięcia było również uchybienie art. 36 k.p.a.

Odnosząc się do zarzutów (...) E. o „zbytniej rygorystyczności w stosowaniu kary pieniężnej”, jak również zarzutu A. P. o naruszeniu art. 104 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez jej nieadekwatność, Sąd I instancji zważył, iż stosownie do art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 8 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów

W ocenie Sądu Okręgowego, okoliczności sprawy, a w szczególności fakt, że opisane wyżej ceny drapieżne stosowane były wyłącznie na linii, gdzie występowała konkurencja ze strony powódki A. P., świadczy jednoznacznie, że działanie to było świadome i realizowało cel w postaci eliminacji konkurencji. Umyślność działania przesądzała, zdaniem Sądu Okręgowego, o celowości nałożenia kary pieniężnej, której wysokość uwzględnia w sposób właściwy okres (trzy miesiące), stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. W szczególności zaś uwzględnia z jednej strony umyślność działania, ale także zaniechanie stosowania niedozwolonej praktyki, jak również fakt, że praktyka nie doprowadziła do wyeliminowania konkurencji, ani też trwale jej nie zakłóciła. Ponadto Sąd Okręgowy podkreślił, iż powód (...) E. nie był uprzednio karany za stosowanie niedozwolonych praktyk antykonkurencyjnych.

Apelację od wyroku wniosła powódka A. P., zaskarżając rozstrzygnięcie w części, tj. w zakresie punktu 1 wyroku w części, w jakiej oddalone zostało odwołanie powódki oraz w zakresie punktu 2, zarzucając mu:

1) naruszenie przepisów procedury cywilnej, w szczególności art. 233 § 1 k.p.c., które miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez dokonanie oceny dowodów i powołanych w sprawie niekwestionowanych faktów, w sposób:

a) niewszechstronny, bowiem z pominięciem okoliczności polegających na tym, że:

- (...) E. w okresie od grudnia 2006 r. do stycznia 2007 r. sprzedawał swoje usługi poniżej średnich kosztów całkowitych (wyniki analizy działalności stron postępowania znajdujące się w aktach UOKiK),

- w spornym okresie nastąpił wyraźny i niezaprzeczalny wzrost cen oleju napędowego, co nie znalazło odzwierciedlenia w stosowanych przez (...) E. cenach,

- (...) E. tak naprawdę dopiero w lutym 2008 r. zrezygnował z utrzymywania opatrzonych permanentnie hasłem (...) kursów bezpośrednio poprzedzających kursy powódki, która to praktyka uznana została przez Prezesa UOKiK za ograniczającą konkurencję. (...) E. nie zrezygnował z żadnych kursów bezpośrednio (5 min) poprzedzających kursy powódki. (...) E. zwiększył ilość posiadanych kursów na pięć minut przed kursami powódki dodając jeden kurs tj. o godz. 7.50 (godzina odjazdu (...)7.55),

- (...) E. otrzymywał dopłaty samorządowe z Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...) do biletów ulgowych, przez cały sporny okres (w przeciwieństwie do powódki, która nabyła prawo do ich otrzymywania dopiero w maju 2007 r.), co w oczywisty sposób pozwoliło mu na utrzymanie względnej opłacalności przy kontynuowaniu stosowania cen poniżej progu opłacalności,

b) dowolny, a nie swobodny, które to uchybienia doprowadziły do nieprawidłowego i sprzecznego z zasadami logicznego rozumowania ustalenia jakoby zaniechanie stosowania przez (...) w E. działań ograniczających

konkurencję nastąpiło już w dniu 28 listopada 2006 r., podczas kiedy podniesione przez powódkę zarówno w pozwie jak i późniejszych pismach procesowych, niewątpliwe okoliczności, wskazywały na datę znacznie późniejszą,

2) naruszenie prawa materialnego, w postaci art. 104 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie w sprawie poprzez przyjęcie, że kara pieniężna nałożona przez Prezesa UOKiK w niemal niezauważalnym wymiarze 0,05% przychodu osiągniętego przez (...) E. w roku poprzedzającym rok wydania decyzji (2008 r.) kwocie 21.538 zł jest adekwatna w kontekście faktycznego okresu, stopnia i okoliczności naruszania przez (...) w E. przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wskazując na powyższe podstawy zaskarżenia skarżąca wносиła o zmianę zaskarżonego wyroku i rozstrzygnięcie sprawy poprzez ustalenie, że zaniechanie przez (...) E. praktyk ograniczających konkurencję nastąpiło dopiero w dniu 31 października 2007 r. i wymierzenie w związku z tym kary adekwatnej do okresu, stopnia oraz sposobu naruszania przez (...) w E. przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w zakresie objętym niniejszą apelacją i przekazanie sprawy Sądowi I instancji, celem jej ponownego rozpoznania - przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego i zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.**

**Apelacja była bezzasadna.**

Odwołanie jak wniesione w przedmiotowej sprawie jest w gruncie rzeczy pozwem z chwilą, gdy zostaje przekazane przez Prezesa Urzędu do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jest to bowiem pierwsze pismo procesowe, którym wszczyna się postępowanie sądowe w pierwszej instancji na zasadach kontradiktoryjnych. Jako środek odwoławczy pismo to może być traktowane jedynie do czasu, dopóki Prezes Urzędu może uznać je za słuszne i postąpić zgodnie z art. 479<sup>59</sup> § 2 k.p.c. Odwołanie przekazane przez Prezesa do Sądu jest więc pozwem, który Sąd musi rozpoznać merytorycznie. Takie stanowisko jest utrwalone w orzecznictwie ( por. orzeczn. SN z 29.05.1991 r., III CRN 120/09, OSNCP 1992, Nr 5, poz. 87 ), SN z 11.08.1999 r., I CKN 351/99, OSNC 2000 r., Nr 3, poz. 47 ).

Postępowanie dotyczące spraw z zakresu postępowania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji jest w Kodeksie postępowania cywilnego unormowane w sposób fragmentaryczny. Z tego względu obowiązuje następująca kolejność stosowania przepisów w/w Kodeksu przy ich rozpoznawaniu. Pierwszeństwo mają przepisy o postępowaniu odrębnym dotyczące postępowania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji ( art. 479<sup>28</sup> – 479<sup>35</sup>k.p.c.), a w kwestiach w tych przepisach nieuregulowanych stosować należało w przedmiotowej sprawie w pierwszej kolejności przepisy ogólne postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych (dawne mające zastosowanie w przedmiotowej sprawie art. 479<sup>1</sup> – 479<sup>22</sup> k.p.c. ), a w sprawach również w tych przepisach nie unormowanych stosuje się odpowiednio zgodnie z art. 13 § 2 k.p.c. pozostałe przepisy Kodeksu postępowania o procesie.

Art. 479<sup>28</sup> § 3 k.p.c. stanowi, iż odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu powinno czynić zadość wymaganiom przepisanych dla pism procesowych oraz zawierać oznaczenie zaskarżonej decyzji i wartości przedmiotu sporu, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także zawierać wniosek o uchylenie albo zmianę decyzji w całości lub w części. Zgodnie zaś z art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c. (mającym jeszcze zastosowanie do niniejszej sprawy) w pozwie ( w odwołaniu) powódka obowiązana była podać wszystkie twierdzenia oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba, że wykazałaby, iż ich powołanie w pozwie nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynikła później. W tym przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie powinny być powołane w terminie dwutygodniowym od dnia, w którym powołanie ich stało się możliwe lub wynikała potrzeba ich powołania. Jeżeli strona nie wskaże, iż późniejsze powołanie twierdzeń i dowodów jest usprawiedliwione jedną z tych dwóch okoliczności, sąd ma obowiązek je pominąć bez względu na ich znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (por. uzasadnienie uchwały SN z 17.02.2004 r., III CZP 115/03, MoP 2004 r., Nr 7, s. 295 ).

Ponadto zgodnie z art. 187§ 1 i 2 pkt 1 k.p.c. pozew w takiej sprawie powinien czynić zadość warunkom pisma procesowego, a nadto zawierać dokładnie określone żądanie oraz przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie. Zaś w myśl art. 383 k.p.c. w postępowaniu apelacyjnym nie można rozszerzać żądania pozwu, ani występować z nowymi roszczeniami.

W przedmiotowej sprawie powódka jedyne zarzuty, jakie podniosła w odwołaniu z dnia 13 września 2009 r. to błędne ustalenie stanu faktycznego, który stał się podstawą rozstrzygnięcia i w konsekwencji wyciągnięcie błędnych wniosków z dokonanych ustaleń co do tego zaniechania oraz naruszenie prawa materialnego tj. art. 104 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez nie wzięcie pod uwagę przy ustalaniu kary pieniężnej faktycznego okresu i stopnia naruszenia przepisów w/w ustawy, a tym samym ustaleniu kary na wysokości zaniżonej i nieadekwatnej do okresu i rozmiaru naruszeń. Powódka nie podnosiła w odwołaniu zarzutów dotyczących nieprawidłowości w postępowaniu administracyjnym prowadzonym przez Urząd w postaci naruszenia art. 36 k.p.a. i nie wykazała, iż zachodziły jakieś okoliczności, które uzasadniałyby powołanie tego rodzaju twierdzeń i zarzutów dopiero w późniejszym terminie. Stąd kwestia ta nie mogła mieć znaczenia dla rozpoznania apelacji. Niezależnie do powyższego Sąd Apelacyjny wskazuje, iż w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż naruszenie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego w sprawach jak niniejsza nie ma w zasadzie znaczenia przy rozpoznawaniu odwołania. Celem postępowania sądowego nie jest bowiem przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa UOKiK. Poza tym upływ ustawowego terminu na załatwienie sprawy i nie powiadomienie strony o tym z podaniem przyczyny zwłoki i wskazaniem nowego terminu nie pozbawia Prezesa Urzędu zdolności do wydania orzeczenia (nie zachodzi przypadek przedawnienia orzekania w sprawie), ani też nie może stanowić podstawy zarzutu wadliwości samej decyzji. Stronie przysługuje natomiast w takiej sytuacji prawo wniesienia skargi na bezczynność organu administracji publicznej do sądu administracyjnego na zasadach określonych w art. 50 i n. ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270 z późn. zm.).

Z powyższego względu rozpoznanie apelacji powódki sprowadzić powinno się do analizy zarzutów dotyczących naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i art. 104 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. był nietrafny. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Sądu Najwyższego, jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona ( por. wyrok SN z 2002-09-27, I CKN 817/00, LEX nr 56906).

Powódka wyrok Sądu Okręgowego w zakresie uznania za moment zaniechania stosowania praktyk ograniczających konkurencję datę 28 listopada 2006 r. uważała za niesłuszny i nie zgadzała się z uzasadnieniem wyroku w tej kwestii. Podnosząc zarzuty w tym zakresie powódka ogólnikowo wskazała, iż Sąd Okręgowy pominął szereg twierdzeń i dowodów, że dokonał wybiórczej, niepełnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, co jej zdaniem doprowadziło do spłylenia problematyki stosowania cen drapieżnych. Nie wskazała jednakże, ani jednego dowodu, który w jej ocenie Sąd Okręgowy w nieuprawniony sposób pominął lub nieprawidłowo ocenił. Ogólnikowe wskazanie, iż chodzi powódce o wyniki analizy działalności stron postępowania znajdujące się w aktach administracyjnych UOKiK nie może być uznane za wystarczające dla podważenia prawidłowej oceny dowodów i wykazania naruszenia art. 233 par. 1 k.p.c. Stąd konkluzja Sądu Okręgowego, iż moment zrównania stosowanej ceny z ceną konkurenta pozwany słusznie uznał za moment zaniechania stosowania niedozwolonej praktyki, pomimo że cena ta była niższa od średnich kosztów całkowitych i wyższa od średnich kosztów zmiennych, jest konkluzją logiczną, gdyż skutkiem zrównania cen była sytuacja, w której cena nie była kryterium wyboru pomiędzy ofertami działającymi na rynku przedsiębiorców.



Należy zgodzić się z poglądem wyrażonym w odpowiedzi na apelację pozwanego, iż powódka w związku z tym, nie wykazała istotnych błędów logicznego rozumowania, sprzeczności oceny sędziego z doświadczeniem życiowym, a w szczególności nie wskazała bezzasadnego pominięcia konkretnego dowodu z wyjaśnieniem skutków tego pominięcia.

Powódka nie udowodniła także, iż błędne było ustalenie Sądu Okręgowego, który podzielił ocenę Prezesa UOKiK, iż od dnia 28 listopada 2006 r. cena stosowana przez (...) E. nie była już ceną kształtującą się na poziomie poniżej średnich kosztów całkowitych, stąd nie zakwestionowała skutecznie przeprowadzonej przez organ antymonopolowy kalkulacji średnich kosztów całkowitych i średnich kosztów zmiennych (...) E.. Nie wykazała, że faktycznie w tej kalkulacji pominięto okoliczności mające wpływ na cenę, takie jak cena oleju napędowego. Zdaniem Sądu Apelacyjnego skuteczne zakwestionowanie dokonanej przez Sąd Okręgowy oceny wyników analizy działalności gospodarczej powódki i (...) E. znajdujących się w aktach administracyjnych wymagałoby wiadomości specjalnych i w związku z tym powołania dowodu z opinii biegłego, który może inaczej oceniłby czy (...) E. sprzedawał swe usługi po cenach drapieżnych w dłuższym okresie niż to ustalił Prezes Urzędu. Powódka takiego wniosku nie zgłosiła, a Sądy obu instancji nie miały obowiązku podejmować inicjatywy dowodowej z urzędu, w szczególności w sytuacji, gdy obie strony były reprezentowane przez zawodowych pełnomocników, a ponadto nie zachodziły ku temu żadne ważne z punktu widzenia interesu publicznego czy zasad współżycia społecznego okoliczności.

Sąd Okręgowy faktycznie nie odniósł się do podnoszonej przez skarżąca kwestii, iż (...) E. przez półtora roku opatrywał kursy swoich pojazdów bezpośrednio poprzedzające kursy powódki hasłem (...) oraz do tego, iż (...) E. otrzymywał dopłaty samorządowe z Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...) do biletów ulgowych, przez cały sporny okres (w przeciwieństwie do powódki, która nabyła prawo do ich otrzymywania dopiero w maju 2007 r.), jednakże do tych kwestii odniósł się Prezes Urzędu w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, a apelacja nie wykazuje błędu w rozumowaniu Prezesa Urzędu w tych kwestiach.

Stąd uzasadnienie zarzutów apelacji nie może stanowić niczego innego jak polemiki z ustaleniami i rozważaniami Sądu I instancji sprowadzającymi się do własnej oceny dowodów.

Z tego względu apelacja nie podważyła skutecznie prawidłowości ustalenia przez Prezesa UOKiK daty zaniechania przez (...) E. praktyki naruszającej konkurencję. Tym samym, skoro zarzut błędnego ustalenia tej daty jest bezzasadny, to w konsekwencji również nietrafny jest zarzut naruszenia art. 104 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wymierzenia kary w zbyt niskiej kwocie z uwagi na wzięcie zbyt krótkiego faktycznego okresu naruszania przez (...) E. przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jeśli zaś chodzi o pozostałe kryteria, jakie należało zastosować przy wymierzeniu kary, tj. stopień i okoliczności naruszenia przepisów ustawy, to w ocenie Sądu Apelacyjnego apelacja nie zawiera żadnych argumentów, które mogłyby podważyć prawidłowość wymierzonej kary z uwagi na ww. dwa kryteria tj. stopień i okoliczności naruszenia przepisów ustawy, w szczególności, iż sama skarżąca, ani w odwołaniu, ani w apelacji nie wskazała, jaka jej zdaniem wysokość kary byłaby w okolicznościach niniejszej sprawy właściwa przy przyjęciu, iż zaniechanie przez (...) E. praktyk ograniczających konkurencję nastąpiło dopiero w dniu 31 października 2007 r.

Zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu mógł nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 5 i 8 tej ustawy. Prezes w przedmiotowej decyzji nałożył karę pieniężną w wysokości 21.538 zł stanowiącą 0,05% przychodu, o jakim mowa w ww. przepisie. Stąd należy uznać, iż powyższa kara formalnie jest prawidłowa, gdyż mieści się ramach zakreślonych ustawą.

Odnosząc się do zarzutu apelacji naruszenia art. 104 ww. ustawy poprzez wymierzenie ww. kary nieadekwatnej w kontekście faktycznego okresu, stopnia i okoliczności naruszania przez (...) w E. przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, należy w tej kwestii poczynić dodatkowe ustalenia, oprócz tych których dokonał Sąd Okręgowy i stwierdzić, iż z uzasadnienia zaskarżonej decyzji ( k. 17-18 akt sprawy) wynika, iż Prezes UOKiK ustalając wymiar kary, jej podstawę ustalił na poziomie kwoty zdecydowanie wyższej niż ostatecznie została ustalona w spornej

decyzji. Była to kwota 79.770 zł tj. została określona pierwotnie na poziomie 0,21% przychodu (...) E. z uwagi na poważną naturę naruszenia i prawidłowości ustalenia przez Prezesa UOKiK podstawy kary na takim poziomie skarżąca w apelacji w żaden sposób nie kwestionuje, a w każdym razie żadnych argumentów i dowodów na wykazanie, iż wyjściowy poziom kary ( 0,21%) został określony nieprawidłowo nie powołuje.

O tym, że kara ta została ostatecznie ustalona na poziomie o wiele niższym, zdecydowało jej zmniejszenie aż o 70% tj. o kwotę 55.839,32 zł z uwagi na ocenę wpływu dokonanego przez (...) E. naruszenia na rynek – tj. Prezes UOKiK uznał, iż naruszenie to w efekcie nie miało wpływu na rynek, co więcej powódka nie tylko nie opuściła rynku, ale w zdecydowanym zakresie umocniła na nim swoją pozycję. I prawidłowości tego obniżenia kary co do zasady, ani co do wysokości tj. na tak znacznym poziomie także skarżąca w apelacji nie kwestionuje, a w każdym razie nie przedstawia argumentów, a przede wszystkim dowodów, które pozwoliłyby uznać, iż tak znaczne obniżenie kary, bo aż o 70% z uwagi na brak wpływu naruszenia na rynek było niewłaściwe. W tym miejscu Sąd Apelacyjny podnosi, iż w jego ocenie powódka w żaden sposób nie udowodniła w szczególności tego, iż było tak jak twierdzi w apelacji, iż zakwestionowane w decyzji działania (...) E. niemal doprowadziły ją do bankructwa. Dowody na tę okoliczność nie były powołane ani w odwołaniu, ani w dalszym toku postępowania przed Sądem Okręgowym, nie ma ich także w apelacji. Niezbędna byłaby do tego opinia biegłego z np. dziedziny ekonomiki przedsiębiorstw, który analizując dokumentację finansową skarżącej za sporny okres wykazałaby, że powódka była na granicy bankructwa i ewentualny związek przyczynowy tego stanu rzeczy z działalnością (...) E..

Powódka negując prawidłowość wymierzonej kary co do jej wysokości zakwestionowała w szczególności zbyt krótki okres naruszenia przyjęty przez Prezesa. Należy przede wszystkim podkreślić, iż ten czynnik nie miał decydującego wpływu na ostateczną wysokość wymierzonej kary, bowiem za krótki okres i zaniechanie praktyki Prezes UOKiK obniżył karę jedynie o 10% tj. o kwotę 2.393,11 zł, przy czym było to obniżenie także za zaniechanie (...) E. stosowanej zakazanej praktyki, a nie tylko za krótki czas jej trwania. Decyzja była wydana w sierpniu 2009 r. i to zaniechanie zostałoby stwierdzone zostałoby także w sytuacji, gdyby uznać zgodnie z wnioskiem powódki, że zaniechanie miało miejsce 2007 r.

Tak więc gdyby nawet przyjąć, że nie było podstaw do obniżenia kary z pozwu krótkotrwałości naruszenia, to przy nie zakwestionowaniu ustalenia wysokości kary z uwagi na naturę naruszenia ustalonej wyjściowo na kwotę 79.770,45 zł i nie zakwestionowania w skuteczny sposób w odwołaniu w szczególności zasadności obniżenia kary o 70% z uwagi na to, że działania nie miały ostatecznie wpływu na rynek, kwestionowanie w szczególności samego okresu, który według skarżącej wynosił nie 3 miesiące, a 15 miesięcy, nie mogło spowodować nawet przy uwzględnieniu, iż okres ten był taki jak to wywodziła skarżąca, istotnej zmiany kary, można by zrezygnować z obniżenia o 10 %, co dałoby jedynie kwotę 2.393,11 zł. Przy tym trzeba też podkreślić, iż kara jest fakultatywna, uznaniowa i dopiero kiedy w rażący sposób odbiegałaby od kwoty właściwej Sąd mógłby zaingerować w jej wysokość, z czym nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Podkreślić też należy, iż kara powinna odzwierciedlać stopień naruszenia interesu publicznego. Wynika to z treści art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r., który zawiera ogólną dyrektywę stosowania ustawy w interesie publicznym. Nie pozostawia to wątpliwości, że interes publiczny stanowi jedną z głównych przesłanek tak nałożenia kary, jak i jej wysokości. Ponadto o ile dla zakwalifikowania określonych działań jako praktyki ograniczającej konkurencję nie ma znaczenia, czy praktyka ta już wywołała negatywne skutki rynkowe, to dla wysokości kary pieniężnej nałożonej na przedsiębiorcę, taka okoliczność może mieć w ocenie Sądu Apelacyjnego znaczenie.

W przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu uznał, kierując się tą jakże istotną przesłanką do wymierzenia kary, mającą istotne znaczenie dla jej wysokości, iż zachodzi podstawa do obniżenia kary aż o 70% z uwagi na brak zagrożenia interesu publicznego z tj. brak wpływu na rynek stosowanej przez (...) E. zakazanej praktyki. Zdaniem Sądu Apelacyjnego powódka w apelacji skutecznie nie zakwestionowała trafności obniżenia kary z tego powodu co do zasady jak i co do wysokości.

Należy zgodzić się ze skarżącą, iż kara rzeczywiście nie wydaje się duża, na uwagę jednak zasługuje fakt, iż (...) E. także złożył odwołanie od decyzji i zarzucił w nim m. in. zbytnią rygorystyczność w stosowaniu kary pieniężnej. Stąd sam ten fakt, iż z taką karą nie chciał się zgodzić, wdał się w angażujący go spór, świadczy o tym, że kara ta w jakiś sposób była dotkliwa i nie sposób w takiej sytuacji zanegować, mimo jej niewysokiej kwoty, jej represyjnej i wychowawczej funkcji. Tym bardziej, że jej nałożenie przez Prezesa Urzędu nie było obowiązkowe, lecz fakultatywne. Zauważyć też należy, iż wbrew zarzutowi apelacji zawartemu w jej punkcie 2 art. 104 ww. ustawy nie stanowi o „okolicznościach naruszenia” przepisów ustawy tylko o „okolicznościach uprzedniego naruszenia” przepisów ustawy. W przedmiotowej sprawie zatem za zastosowaniem łagodnego wymiaru kary przemawiało także to, iż (...) E. nie był uprzednio karany za stosowanie niedozwolonych praktyk antykonkurencyjnych.

***W tym stanie rzeczy apelacja została oddalona na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do treści art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 14 ust. 3 pkt 2 i § 12 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.***