

Sygn. akt VI ACa 1111/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 maja 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Śniegocka

Sędzia SA – Wanda Lasocka (spr.)

Sędzia SA – Małgorzata Kuracka

Protokolant: – sekr. sądowy Ewelina Murawska

po rozpoznaniu w dniu 10 maja 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. we W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanych: (...) sp.j. (...) w R., (...) sp. z o.o. w W., (...) sp.j. w C., Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Uslugowego (...) sp. z o.o. w G., J. W., I. W., Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego (...) sp.j. (...) w W., (...) sp.j. w Ż., R. B., (...) sp.j. w P., (...) sp.j. w W., (...) sp.j. w K., Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego (...) sp. z o.o. w B., (...) sp. z o.o. w U., (...) SA w K., Firmy Handlowej (...) sp.j. w G., J. K., A. N., M. M., Przedsiębiorstwa Handlowego (...) sp. z o.o. w G., Przedsiębiorstwa Handlowo-Produkcyjnego (...) SA w K., Przedsiębiorstwa Handlu (...) sp. z o.o. w B., Przedsiębiorstwa Handlu (...) sp. z o.o. w B., Przedsiębiorstwa Wielobranżowego (...) sp.j. w L., (...) sp. z o.o. w K., (...) sp.j. w O., Towarzystwa (...) SA w K., B. W., P. W., M. Z., Centrum Handlowo Usługowego sp. z o.o. w M. i (...) sp. z o.o. w Z.

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 29 listopada 2011 r.

sygn. akt XVII AmA 135/09

I oddala apelację,

II zasądza od (...) sp. z o.o. we W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów procesu za II instancję.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 29 listopada 2011 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie (...) Sp. z o.o. we W. od Decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 31 grudnia 2008 r. Nr (...) i zasądził od niego na rzecz powoda zwrot kosztów zastępstwa procesowego.

Decyzją zaś tą pozwany Prezes na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez Zakłady (...) S.A. w C. oraz wskazanych w Decyzji przedsiębiorców, w tym powoda, niedozwolonego porozumieniu ograniczającego konkurencję na rynku krajowym sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, polegającego na bezpośrednim ustaleniu cen sprzedaży towarów, poprzez ustalaniu pomiędzy Zakładami (...) S.A. w C. oraz tymi przedsiębiorcami w umowach handlowych dotyczących sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez (...) S.A. w C., cen sprzedaży tych towarów przez partnerów, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik i stwierdził zaniechanie jej stosowania m.in. przez powoda z dniem 11 kwietnia 2006 r. oraz na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy j.w. nałożył, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, kary pieniężne, w tym między innymi na powoda w wysokości 62.964 zł, a także na podstawie art. 77 w związku z art. 80 ustawy j.w. obciążył przedsiębiorców kosztami postępowania, w tym powoda kwotą 41 zł oraz zobowiązał tych przedsiębiorców do ich zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Wyrok zapadł w oparciu o następujące ustalenia i wywody Sądu Okręgowego:

Zakłady (...) S.A. z siedzibą w C. zawarły z szeregiem przedsiębiorców, w tym m. in. z (...) Sp. z o.o. we W., umowy handlowe dotyczące sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez (...) S.A., ustalające ceny sprzedaży tych towarów przez partnerów. Inicjatorem przedmiotowego porozumienia były (...) S.A., które przygotowały zakwestionowany wzorzec

umowny

Z treści wymienionych umów handlowych wynika, iż partner zobowiązany jest do sprzedawania wyrobów (...) S.A. z minimalną marżą od cen zakupu wyrobów tego przedsiębiorcy (pkt 2.7.5). W przypadku odbiorców hurtowych i sieci detalicznych marża wynosiła najczęściej 2%, natomiast w przypadku odbiorców detalicznych 5%. Marży minimalnej nie określono w powyższy sposób jedynie w dwóch przypadkach, przy czym w jednym z nich wskazano, iż sprzedaż detaliczna wyrobów (...) S.A. powinna odbywać się po cenach nie niższych niż cena fabryczna wyrobu. Odstępstwa od tych warunków obowiązywały tylko wtedy, gdy zostały one wyraźnie potwierdzone pisemnie przez (...) SA (§ 2 umowy). (...) S.A. zastrzegły sobie również prawo wglądu do faktur wystawionych przez partnera w zakresie sprzedaży ich wyrobów. Zgodnie z pkt 2.7.6 tych umów w przypadku niestosowania się przez partnera do uregulowań dotyczących odsprzedaży wyrobów (...) SA. po cenach minimalnych istniała możliwość zastosowania kar umownych, takich jak: pisemne upomnienie partnera odebranie przysługującego rabatu lub zerwanie umowy.

Analogiczna umowa została zawarta w dniu 2 kwietnia 2003 r. między (...) S.A. a (...) Sp. z o.o. we W. na czas nieokreślony, a wypowiedziana 10 kwietnia 2006 r.

W grudniu 2007 r. wszczęto postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez (...) S.A. oraz wskazanych w Decyzji 32 przedsiębiorców niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję.

(...) Sp. z o.o. we W. wskazał Prezesowi UOKiK wysokość osiągniętego w roku 2007 przychodu ze sprzedaży, pozostałych przychodów operacyjnych oraz przychodów finansowych.

31 grudnia 2008 r. Prezes UOKiK wydał zaskarżoną Decyzję, w której przesądził, na podstawie zgromadzonych w postępowaniu umów handlowych, że (...) S.A. zawarły z wymienionymi przedsiębiorcami, w tym (...) Sp. z o.o. we W., niedozwolone porozumieniu ograniczające konkurencję.

W tak ustalonym stanie faktycznym sprawy Sąd Okręgowy uznał odwołanie za nieuzasadnione, a zaskarżoną Decyzję za słuszną wobec powoda przy naruszeniu zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 1 UOKiK oraz w zakresie nałożonej z tego tytułu na powoda kary pieniężnej.

Zdaniem Sądu powód brał udział w zakazanym na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy porozumieniu, do zawarcia którego doszło na krajowym rynku sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, a które to spowodowało naruszenie interesu publicznoprawnego konkurentów i konsumentów.

Zgodnie z powyżej wskazanym przepisem zakazane są porozumienia, w których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów.

Sąd wskazał, że w świetle art. 4 pkt 5 uokik przez porozumienia rozumie się umowy zawierane między przedsiębiorcami, związkami przedsiębiorców oraz przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów; uzgodnienia dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki; uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Z kolei zgodnie z ustawą szczególnym rodzajem porozumień są porozumienia dystrybucyjne zawierane między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu, których celem jest zakup towarów dokonywany z zamiarem ich dalszej odsprzedaży.

W niniejszym przypadku ujawnione na prawidłowo ustalonym krajowym rynku sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych porozumienie przedsiębiorców miało formę pisemną w postaci umów. Miało też charakter porozumienia wertykalnego - pionowego, gdyż wiązało przedsiębiorców na różnych szczeblach obrotu. Przedsiębiorcy działający jako partnerzy (a faktycznie niejednokrotnie jako dystrybutorzy towarów), tak jak powód, zawierali umowy handlowe z Zakładami (...) S.A., produkującymi farby i lakiery, z zamiarem zakupu tych towarów oraz ich dalszej odsprzedaży.

Z treści wymienionych umów handlowych wynika, iż partner zobowiązany jest do sprzedawania wyrobów (...) S.A. z minimalną marżą od cen zakupu wyrobów tego przedsiębiorcy (pkt 2.7.5 umów). W przypadku odbiorców hurtowych i sieci detalicznych marża wynosiła 2 % natomiast w przypadku odbiorców detalicznych 5 %. Marży minimalnej nie określono w powyższy sposób jedynie w dwóch przypadkach, przy czym w jednym z nich wskazano, iż sprzedaż detaliczna wyrobów (...) S.A. powinna odbywać się po cenach nie niższych niż cena fabryczna wyrobu. Odstępstwa od tych warunków obowiązywały tylko wtedy, gdy zostały one wyraźnie potwierdzone pisemnie przez (...) S.A. (§ 2 umowy). (...) S.A. zastrzegły sobie również prawo wglądu do faktur wystawionych przez partnera w zakresie sprzedaży ich wyrobów. Zgodnie z pkt 2.7.6 tych umów w przypadku niestosowania się przez partnera do uregulowań dotyczących odsprzedaży wyrobów (...) S.A. po cenach minimalnych istniała możliwość zastosowania kar umownych, takich jak: pisemne upomnienie partnera, odebranie przysługującego rabatu lub zerwanie umowy. Istotnym jest przy tym, że wskazane umowy handlowe zawierane przez przedsiębiorców były jednolitej treści.

Wobec powyższego Sąd stwierdził, że zawarte przez Zakłady (...) S.A. w C. oraz szereg przedsiębiorców porozumienie polegało na bezpośrednim ustalaniu w umowach handlowych między Zakładami (...) S.A. w C. oraz przedsiębiorcami cen odsprzedaży przez przedsiębiorców - partnerów wyrobów produkowanych i sprzedawanych im przez (...) S.A.

W ocenie Sądu z jednakowej treści powyżej wskazanych umów wynika bezspornie, iż celem tego porozumienia było wyeliminowanie konkurencji pomiędzy partnerami (...) SA. poprzez zobowiązanie ich do odsprzedaży wyrobów z minimalną marżą określoną w umowie handlowej. Sankcją za niezastosowanie się partnera do postanowień umowy mogło być upomnienie, odebranie przysługującego rabatu, a nawet rozwiązanie umowy. W niniejszym przypadku zamiarem przedsiębiorców było zatem wyłączenie swobodnej gry rynkowej, prowadzącej zazwyczaj do konkurowania o klienta poprzez obniżanie cen, marży. Wyeliminowanie konkurencji miało za to prowadzić do zwiększenia zysków przedsiębiorców, którzy zgodnie z treścią porozumienia utrzymywaliby marże na określonym poziomie, nie musząc jej obniżać. Przy czym należy zwrócić uwagę, że dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma obiektywny cel umowy, a nie subiektywne wyobrażenia jej stron o celach czy motywach działania. W tym miejscu należy więc wskazać, że nie ma znaczenia twierdzenie powoda, iż w jego mniemaniu zawarcie porozumienia, którego to faktu nie kwestionował, nie miało na celu wyeliminowania, ograniczenia, czy naruszenia konkurencji, a jedynie umożliwienie podjęcia współpracy na rynku. Skoro jak twierdzi powód, spółka (...) postawiła warunek, że będzie powodowi sprzedawała towary tylko po podpisaniu umowy, a firmie powoda zależało, żeby kupować towary od spółki (...), bo specjalizuje się handlem farbami, to powyższe świadczy o tym, iż powód podjął decyzję o podpisaniu umowy w celu uzyskania korzystniejszej pozycji rynkowej od pozostałych uczestników gry rynkowej, którzy takiego porozumienia nie podpisali. Celem takiego postępowania było niewątpliwie zahamowanie konkurowania między sobą dystrybutorów farb produkowanych przez (...) S.A. w drodze podejmowania decyzji o obniżaniu cen produktu, wobec ustaleń w umowach handlowych minimalnych cen odsprzedaży poprzez stosowanie minimalnych marż. Usztywnianie się ceny z powodu wprowadzenia ceny minimalnej godzi w interesy wszystkich potencjalnych

nabywców towaru, a także w szerszej perspektywie czasowej także w dystrybutorów, którzy nie mogą pokonać konkurentów na rynku poprzez obniżenie własnej ceny. W konsekwencji takiego działania dochodzi do naruszenia interesu publicznego.

Sąd wskazał też, iż zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji, a zatem niekoniecznym jest wystąpienie skutku stosowania niedozwolonej praktyki w postaci ograniczenia bądź wyłączenia konkurencji. Wystarczającym jest bowiem zamiar przedsiębiorców rezygnacji ze swej suwerenności decyzyjnej lub jej części, w niniejszym przypadku co do autonomicznego kształtowania cen odsprzedaży. Dzięki uczestnictwu w tym porozumieniu przedsiębiorcy mogli jednak z dużym prawdopodobieństwem przewidzieć wysokość cen stosowanych przez konkurentów, co ma wpływ na ograniczenie konkurencji „wewnątrzmarkowej”. Stosownie bowiem do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 17 października 1972 r. w sprawie 8/72, którego nie można pominąć w niniejszej sprawie, „ustalanie cen, nawet tych, które zaledwie stanowią ceny docelowe, wpływa na konkurencję, ponieważ takie ceny docelowe umożliwiają wszystkim uczestnikom kartelu przewidzenie w zasadnie prawdopodobnym stopniu, jaka będzie polityka cenowa realizowana przez ich konkurentów”.

Powyższe uzasadnia twierdzenie, że w niniejszej sprawie został naruszony interes publicznoprawny konkurentów, a w efekcie także konsumentów.

Tym samym w opinii Sądu spełnione zostały wszystkie przesłanki uznania danego porozumienia za niedozwolone w świetle przepisów, a ustalanie przez strony porozumienia minimalnych cen odsprzedaży towarów nie podlegało wyłączeniu spod zakazu porozumień na podstawie art. 7 i 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych

spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 142, poz. 1189) i rozporządzenia Rady Ministrów z 19 listopada 2007r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 230, poz. 1691).

Jak wynika z akt sprawy powód zawarł tego typu umowę handlową z Zakładami (...) S.A. 2 kwietnia 2003 r., która to umowa stanowi dowód uczestnictwa w opisywanym niedozwolonym porozumieniu wobec wyrażenia przez powoda woli stosowania postanowień określających „ceny minimalne” produktów w razie ich dalszej odsprzedaży. Przy czym należy uznać, że istotne znaczenie w tym względzie ma zwłaszcza fakt podpisania umowy zawierającej zakwestionowaną treść przez powoda, w związku z czym zgodził się na warunki współpracy z (...) S.A. określone w umowie, których celem miało być wyeliminowanie konkurencji.

Sąd stwierdził też, że Prezes UOKIK prawidłowo przyjął, że powód zaniechał stosowania niedozwolonej praktyki dopiero 11 kwietnia 2006 r. albowiem 10 kwietnia 2006 r. wypowiedział zawartą z (...) S.A. umowę. Tylko bowiem jasny i konkretny przekaz odnośnie do zaprzestania udziału w porozumieniu świadczy o zaniechaniu stosowania praktyki zniekształcającej konkurencję.

Sąd zajął przedmiotowe stanowisko mając na uwadze istotny w tym kontekście wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 7 stycznia 2004 r., C-204/00 P, który wskazał m.in., iż „jeżeli przedsiębiorstwo milcząco popiera inicjatywę, która ze względu na swój antykonkurencyjny charakter jest niezgodna z prawem, nie dystansując się publicznie od jej treści lub nie zawiadamiając o niej organów administracyjnych, to skutecznie zachęca do kontynuowania naruszeń i utrudnia jego wykrycie. Ten współudział stanowi bierny sposób uczestnictwa w naruszeniu, tym samym może on być podstawą uznania odpowiedzialności tego przedsiębiorstwa. Co więcej, okoliczność, że przedsiębiorstwo nie stosuje w praktyce uzgodnień zapadłych podczas spotkania, które miało cel niezgodny z zasadami konkurencji, nie może zwolnić go od odpowiedzialności za udział w kartelu,

chyba że zdystansowało się ono publicznie od uzgodnień zapadłych w ramach kartelu”. W ocenie Sądu niezależnie więc od działań przedsiębiorcy w ramach porozumienia zaniechanie porozumienia powinno nastąpić w sposób wyraźny, wskazujący na zdystansowanie się do jego treści, co w przypadku powoda miało miejsce dopiero przy wypowiedzeniu umowy.

Sąd zważył zatem, iż wobec wypowiedzenia umowy, a tym samym zaprzestania stosowania praktyki z dniem 11 kwietnia 2006r., Prezes UOKIK wszczął postępowanie antymonopolowe przed upływem terminu przedawnienia określonym w art. 93 uokik. Zgodnie z tym przepisem nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. W świetle przedmiotowej regulacji Prezes UOKIK mógł zatem wszcząć postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję w stosunku do powoda do końca 2007 r., co uczynił. Postępowanie przeciwko (...) Sp. z o.o. we W. zostało wszczęte w dniu 18 grudnia 2007r. Tym samym nie jest uzasadniony zarzut powoda dotyczący naruszenia art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości nie ma również znaczenia dla przypisania uczestnictwa w niedozwolonym porozumieniu ewentualna okoliczność niestosowania przez przedsiębiorcę uzgodnionych marż. Sąd powtórnie powołuje się na wymieniony wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 7 stycznia 2004 r., C-204/00, podnosząc, iż udział w porozumieniu jest ujmowany bardzo szeroko i nawet przy przyjęciu, że przedsiębiorca samodzielnie ustalał wysokość cen, należy uznać, iż w ramach uznania administracyjnego podjął słuszną decyzję o nałożeniu kary. W ocenie Sądu wymiar kary zgodny było z zasadą celowości i proporcjonalności.

Ponadto Sąd miał na względzie, iż przedsiębiorcom biorącym udział w niedozwolonym porozumieniu, niebędącymi jego inicjatorami, także została wymierzona kara pieniężna.

W ocenie Sądu wymiar kary ustalony przez Prezesa UOKiK uwzględnia zwłaszcza dyrektywy wymiaru kary określone w art. 111 uokik,

a zatem uwzględnia między innymi okres, stopień oraz „okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

Przede wszystkim Sąd miał na uwadze, że powód był uczestnikiem porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku krajowym sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, którego istotą było ustalenie minimalnych cen odsprzedaży wyrobów Zakładów (...) S.A. przez dystrybutorów. Tym samym było to porozumienie na poziomie wertykalnym. Przy czym zaznaczenia wymaga, że porozumienie dotyczące ustalenia cen sprzedaży towarów jest jednym z najcięższych naruszeń prawa konkurencji. Sąd podziela stanowisko prezentowane w doktrynie, iż szczególnie 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 zakazanej przez przepis art. 6 ust. 1 pkt. 1. uokik porozumienia. Przedsiębiorcy będący stronami porozumienia zyskują komfort działania niemożliwy w warunkach konkurencji, co sprawia, że nie muszą zabiegać o kontrahentów np. wyższą jakością produktów czy poprzez obniżanie cen. Z drugiej jednak strony Sąd zaznaczył, że krajowy rynek farb i lakierów jest rynkiem średnioskocentrycznym, na którym (...) S.A. nie posiadają znaczącej pozycji. Sąd określił również, że powód nie był inicjatorem zakazanej porozumienia, a jego uczestnikiem, tym niemniej przedsiębiorca, który działa profesjonalnie na rynku, musiał zdawać sobie sprawę z ograniczeń, jakie nakłada na przedsiębiorców działających na rynku uokik. Przedsiębiorca miał zatem wiedzę, że zgodnie z treścią zakwestionowanej umowy będzie stosował uzgodnione marże, które wpływały na ustalenie cen minimalnych. Mimo to przystąpił do umowy, która naruszała przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przy czym uzasadnieniem dla zaakceptowania przez powoda postanowień zakwestionowanej umowy handlowej nie może być w żadnym wypadku brak

możliwości ich negocjacji.

Sąd miał również na względzie, że powoda obowiązywała podpisana z (...) S.A. umowa przez okres 3 lat, tak więc powód uczestniczył w niedozwolonym porozumieniu długo. Przy czym nawet okresowy brak jej realizacji z uwagi na niedokonywanie zakupów w (...) S.A. nie zmienia faktu dalszego istnienia umowy między stronami, na podstawie której mogły one w każdym czasie dokonywać transakcji na warunkach w niej określonych, a więc trwania niedozwolonego porozumienia. Wobec jednak tego, że umowa handlowa między stronami została wypowiedziana przed wydaniem Decyzji w niniejszej sprawie, Prezes UOKiK prawidłowo stwierdził zaniechanie stosowania przez Spółkę zakazanej praktyki i uznał tę okoliczność za łagodzącą przy wymierzaniu kary.

Istotną okolicznością łagodzącą, jaką Prezes UOKiK wziął pod uwagę, jest też fakt, że przychody uzyskiwane przez powoda ze sprzedaży wyrobów (...) S.A. stanowiły jedynie niewielki procent przychodu Spółki.

Jeśli chodzi natomiast o wysokość kary Sąd stwierdził, iż ustala się ją w relacji do ogólnej kwoty przychodu osiągniętego przez przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. W ocenie Sądu dopiero taka kara odnosząca się do przychodu ogółem 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, a im wyższe przychody osiągane przez przedsiębiorcę tym wyższy wymiar kary. Z uwagi zatem na osiągnięte przez

powoda w 2007 r. przychody kara pieniężna w mniejszej wysokości niż wymierzona nie spełniłaby swojej funkcji.

Sąd miał również na uwadze, że było to pierwsze naruszenie przez powoda uokik.

Mając powyższe na względzie Sąd uznał, że orzeczona kara w wysokości 62.964 zł jest karą odpowiednią. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że nałożona na powoda kara pieniężna stanowi ok. (tajemnica przedsiębiorstwa) % kary maksymalnej w rozumieniu art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik. W ocenie Sądu kara ta spełni w szczególności swoją funkcję represyjną i prewencyjną, zapobiegając podobnym naruszeniom w przyszłości.

Odnosząc się natomiast do zarzutu powoda, iż pozwany nie podał, jaki procent wysokości przychodu osiągniętego przez (...) Sp. z o.o. stanowi nałożona na niego kara pieniężna, Sąd stwierdził, że dane te zostały potraktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa powoda, jednakże informacja ta nie powinna być dla niego nieznaną, albowiem skoro powód znał swój przychód z 2007r. (tj. z roku rozliczeniowego poprzedzającego nałożenie kary), to mógł wyliczyć, jaki jego procent stanowiła wymierzona mu kara pieniężna. Jeśli chodzi natomiast o sposób jej wyliczenia Sąd miał na względzie, iż dane w tym zakresie znajdują się w aktach sprawy, również w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, celem ochrony interesu między innymi (...) Sp. z o.o.

Nadto wobec prowadzonego przez Prezesa UOKiK postępowania administracyjnego w tej sprawie i jego wyników w pełni zasadnym było obciążenie powoda na podstawie art. 77 ust. 1 uokik kosztami postępowania, jakie wywołał.

Sąd oddalił wnioski dowodowe powoda, albowiem wszelkie dowody mające znaczenie dla sprawy zostały zgromadzone w aktach sprawy i nie zaistniała potrzeba dopuszczenia kolejnych dowodów w sprawie.

Mając powyższe na uwadze Sąd uznał, że zaskarżona Decyzja znajduje oparcie w przepisach prawa, a ustalone okoliczności niniejszej sprawy w pełni uzasadniają nałożenie na powoda kary pieniężnej w wysokości ustalonej przez Prezesa UOKiK. Z tych względów oddalił wniesione przez powoda odwołanie wobec braku podstaw do jego uwzględnienia - na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c.

O kosztach zastępstwa procesowego orzekł stosownie do wyniku sporu – na podstawie art. 98 i 99 k.p.c.

W apelacji od powyższego wyroku, skarżącej go w całości, powód zarzucił mu naruszenie przepisów art. 6 ust. 1 pkt 1, 93, 109 i 111 uokik oraz 227 i 233 k.p.c. i wnosił o jego zmianę poprzez uchylenie zaskarżonej Decyzji w części dotyczącej powoda i umorzenie względem niego postępowania z zasądzeniem kosztów ewentualnie zmniejszenie nałożonej kary do kwoty 6.296 zł.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny popiera w całości ustalony przez Sąd Okręgowy stan faktyczny sprawy oraz wyrażony podgląd prawny skutkujący oddaleniem odwołania, z przyczyn obszernie wskazanych w pisemnych motywach skarżonego wyroku.

W szczególności popiera stanowisko Sądu Okręgowego w zakresie odnoszącym się do wszczęcia przez pozwanego postępowania antymonopolowego w okresie nieprzedawnionym i za słuszny uznaje pogląd, iż zaprzestanie stosowania zakazanej praktyki ograniczającej konkurencję nastąpiło dopiero z chwilą wypowiedzenia umowy z 2 kwietnia 2003 r. Za nieuzasadnione Sąd Apelacyjny uznaje stanowisko prezentowane w tej mierze przez powoda, iż zaprzestanie stosowania zakazanej praktyki ograniczającej konkurencję – wobec niewykonywania umowy – nastąpiło tuż po jej zawarciu. Do momentu, do którego umowa wiąże powoda, może on w każdej chwili przystąpić do jej realizacji, stosując czynnie zakazaną praktykę, a więc o zaprzestaniu w tym czasie nie może być mowy.

Skoro więc wypowiedzenie kwestionowanej umowy przez powoda nastąpiło w kwietniu 2006 r., a postępowanie administracyjne wszczęte zostało w grudniu 2007 r., to niezasadny jest 1 zarzut apelacyjny powoda dotyczący naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 93 uokik.

Za nieuzasadniony Sąd Apelacyjny uznaje także 2 zarzut apelacji powoda dotyczący naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 227 i 233 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie dowodów z zeznań zawnioskowanych przez powoda świadków na wskazane okoliczności. Sąd oddalił te wnioski dowodowe, zaś powyższemu nie towarzyszyło zastrzeżenie powoda z przepisu art. 162 k.p.c., czym pozbawił się on prawa powoływania się na ewentualne uchybienie Sądu w tym zakresie (k. 234 – 5). Brak jest przy tym podstaw do przyjęcia, iż strona nie zgłosiła zastrzeżenia bez swojej winy.

Abstrahując od powyższego zauważyć należy, iż zgodnie z treścią przepisu art. 258 k.p.c. świadek zeznaje do faktów, zaś teza dowodowa powoda opiewała w istocie na kwestie prawne, rozstrzygnięcie których pozostaje w kompetencji Sądu, nie zaś świadków.

Sąd Apelacyjny popiera też w całości stanowisko Sądu Okręgowego co do wystąpienia w stanie faktycznym niniejszej sprawy przesłanek z przepisu art. 6 ust. 1 pkt. 1 uokik, skutkujących uznaniem, iż umowa z 2 kwietnia 2003 r. j.w. zawierała zakazane porozumienia cenowe, których co najmniej celem lub skutkiem było wyeliminowanie lub co najmniej ograniczenie konkurencji a rynku właściwym – z przyczyn obszernie wskazanych przez Sąd Okręgowy. Thumaczenie powoda, iż celem zawarcia porozumienia było jedynie podjęcie współpracy ze spółką (...), a jego brak uniemożliwiłby nawiązanie z nią stosunków handlowych i zamiarem powoda nie było wyeliminowanie, ograniczenie ani naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, ani też porozumienie nie wywarło takiego skutku, bo nie było respektowanie – jest jedynie formą obrony powoda, odnoszoną od subiektywnego oglądu sprawy, podczas gdy ocena zaistniałego stanu dokonywana być musi – jak słusznie przyjął to Sąd Okręgowy – z obiektywnego punktu widzenia. Zawarcie umowy z 2 kwietnia 2003 r., j.w., zawierającej zakazane porozumienia cenowe, j.w., z możliwością ich stosowania w czasie obowiązywania umowy, których co najmniej celem było – z obiektywnego punktu widzenia – co najmniej ograniczenie konkurencji na rynku właściwym, jak w uzasadnieniu skarżonego wyroku, czyni bezzasadnym zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik, który zresztą, w aspekcie treści zarzutu 3 apelacji, dotyczy w istocie nie błędnej jego wykładni a subsumpcji. Powyższe przesądza też o bezzasadności 6 zarzutu apelacyjnego powoda. Prawidłowo Sąd Okręgowy subsumował, niesporny w istocie pomiędzy stronami stan faktyczny sprawy, pod przepis art. 6 ust. 1 pkt. 1 uokik. Dowodzenie jest procesem odnoszącym się do faktów, subsumpcja zaś zastosowaniem konkretnego przepisu prawa do ustalonego stanu faktycznego sprawy i w tym zakresie nie można czynić Sądowi Okręgowemu żadnego skutecznego zarzutu.

Za nieuzasadniony Sąd Apelacyjny uznaje także zarzut 4, dotyczący naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 109 (bez wskazania §) uokik. Zauważyć należy, iż w odwołaniu powód obowiązany był podać wszystkie twierdzenia i dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa

powoływania ich w toku postępowania (art. 479¹² k.p.c.), zaś w odwołaniu powoda brak w tym zakresie stosownego odniesienia do instytucji z przepisu art. 109 uokik. Brak przy tym podstaw do uznania, że ich powołanie w pozwie nie było możliwe, albo że potrzeba powołania wynika później. Ponadto sam powód podaje, iż nie spełnia warunku z przepisu art. 109 ust. 1 uokik, zaś w odwołaniu nie podnosił twierdzeń dotyczących możliwości odstąpienia od nałożenia kary lub obniżenia kary, a więc na obecnym etapie sprawy są one spóźnione.

Za nieuzasadniony Sąd Apelacyjny uznaje także 5 zarzut apelacyjny powoda, dotyczący naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 111 uokik, nieprzywoływany uprzednio w zarzutach odwołania (mowa o nim tylko w jego uzasadnieniu). Faktem jest, iż w dacie zawarcia zakazanego porozumienia, tj. 2 kwietnia 2003 r., obowiązywał przepis art. 6 ust. 1 i 2 ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów;

Dz. U.2000/122/1319 dalej jako stara uokik) w brzmieniu pierwotnym.

Przepis art. 6 ust. 1 pkt 1 i 2 starej uokik stanowił, że zakazu, o którym mowa była w przepisie art. 5, nie stosuje się do porozumień określonych w pkt 1 i 2 art. 6 ust. 1 tejsze. Jednakże w odwołaniu powód nie powołał twierdzeń i dowodów, które mogłyby wskazywać, iż zakaz z art. 5 nie obejmował porozumienia z 2 kwietnia 2003 r. (art. 479¹² § 1 k.p.c. – jak uprzednio). Nie powołał więc on i nie udowodnił zawarcia umowy, do której zakaz z art. 5 starej uokik nie znajdował zastosowania, a na nim spoczywał obowiązek dowodu w tej kwestii. Przyjąć więc należy, iż już w dacie zawierania umowy porozumienie cenowe było zakazane. Ponadto z dniem, 1 maja 2004 r. weszła w życie nowela dotycząca art. 6 starej uokik (Dz. U. 2004/93/891), które skreślała dotychczasową treść przepisu art. 6 ust. 2 tejsze ustawy, nadając mu nowe brzmienie, stanowiące, że: „włączeń o których mowa w ust. 1 nie stosuje się do przypadków określonych w art. 5 ust. 1 pkt 1-3 i pkt 7”, a więc m.in. do umowy cenowej. Często więc teoretycznie, przy zaistnieniu przesłanek z art. 6 ust. 1 pkt 1 i 2 starej uokik, porozumienie mogłoby nie mieć waloru zakazanego jedynie w okresie: 2 kwietnia 2003 r. – 30 kwietnia 2004 r. Raz jeszcze Sąd Apelacyjny zauważa, iż powód powyższego w sprawie nie udowodnił. Orzekający w sprawie Sąd Okręgowy uwzględnił dyrektywy wymiaru kary z art. 111 uokik, w tym w szczególności okres stosowania zakazanej praktyki (2 kwietnia 2003 r. – 10 kwietnia 2006 r.), okoliczności naruszenia przepisów ustawy (w tym, że inicjatywa zawarcia umowy nie wyszła od powoda i prawie bierne stosowanie umowy), a także uprzednią niekaralność. Nałożona na powoda przez pozwanego jest wysoka w wartości bezwzględnej tylko ze względu na wysokość przychodu, uzyskanego przez niego za okres poprzedzający nałożenie kary. Wysokość tej kary adekwatna jest także do okoliczności znikomego udziału przychodu uzyskanego ze sprzedaży towarów sp. (...) w całości uzyskanego w 2007 r. przychodu. I w tej więc mierze Sąd Apelacyjny w całości popiera stanowisko Sądu Okręgowego wyrażone w pisemnych motywach skarżonego wyroku.

Należy przy tym zauważyć, iż zarzuty apelacyjne naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów art. 109 i 111 uokik wadliwie sformułowane zostały jako zarzuty błędnej ich wykładni, gdyż wykładni tych przepisów Sąd Okręgowy nie dokonywał.

Uwzględniając powyższe i uznając apelację powoda za całkowicie nieuzasadnioną Sąd Apelacyjny w oparciu o przepisy art.: 385, 98 § 1 i 3 i 99 k.p.c. orzekł jak na wstępie.