

Sygn. akt VII AGa 1160/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 września 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Tomasz Szanciło (spr.)

Sędziowie: SA Jolanta de Heij-Kaplińska

SA Ewa Stefańska

Protokolant: sekr. sądowy Monika Bąk-Rokicka

po rozpoznaniu w dniu 25 września 2018 r. w Warszawie

*na rozprawie sprawy z powództwa K.
w W.*

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek apelacji powoda i pozwanego

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

z dnia 6 czerwca 2017 r., sygn. akt XVII AmA 6/17

I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo:

- 1. w punkcie pierwszym w ten sposób, że zmienia zaskarżoną decyzję w punkcie drugim (II) w ten sposób, że obniża nałożoną na K. w W. karę pieniężną do kwoty 26.335 zł (dwadzieścia sześć tysięcy trzysta trzydzieści pięć złotych) i oddala odwołanie w pozostałym zakresie;**
- 2. w punkcie trzecim w ten sposób, że zasądza od K. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;**

II. oddala apelację pozwanego w pozostałym zakresie i apelację powoda w całości;

III. zasądza od K. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów 4.095 zł (cztery tysiące dziewięćdziesiąt pięć złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.

Sygn. akt VII AGa 1160/18

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) nr (...) z dnia 19 kwietnia 2010 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, Prezes Urzędu), na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (aktualnie: t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 798 ze zm., dalej: u.o.k.k.), art. 33 ust. 3 i 6 tej ustawy oraz § 7 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. nr 134, poz. 939) w zw. z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji (Dz.U. nr 107, poz. 887), orzekł:

I. po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, wszczętego z urzędu, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k., przez zawarcie przez K. w W. (dalej: (...)) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku świadczenia usług notarialnych, polegającego na przyjęciu w § 30 Kodeksu (...) (dalej: (...), Kodeks), wprowadzonym w drodze uchwały (...) nr (...) z dnia 12 grudnia 1997 r., zasady, że notariuszowi wolno otworzyć kancelarię w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria, jedynie pod warunkiem uzyskania zgody (...) (dalej: (...)) i nakazał zaniechania stosowania tej praktyki;

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. nałożył na (...) karę pieniężną w wysokości 35.114 zł, płatną do budżetu państwa, z tytułu dopuszczenia się powyższego naruszenia.

Powódka (...) zaskarżyła powyższą decyzję w całości odwołaniem, podnosząc zarzuty:

1) naruszenia art. 10 w zw. z art. 6 ust. 1 i art. 4 pkt 5 u.o.k.k. oraz art. 106 ust. 1 pkt 1 tej ustawy przez:

a) przyjęcie, że postanowienie § 30 (...) stanowi antykonkurencyjne porozumienie w rozumieniu legalnej definicji zawartej w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

b) przyjęcie, że postanowienie zawarte w § 30 (...) podlega ocenie Prezesa UOKiK, gdyż przekracza kompetencję wynikającą z celu ustanowienia samorządu zawodowego notariuszy,

c) brak przedstawienia w uzasadnieniu decyzji dowodu na istnienie celu i skutku praktyki o charakterze antykonkurencyjnym oraz naruszenia interesów konsumentów, co miałyby wynikać z istnienia regulacji § 30 (...),

d) wydanie decyzji, której przedmiot stanowi postanowienie § 30 (...) posiadające od dnia 13 marca 2010 r. nowe brzmienie wprowadzone Uchwałą (...);

2) naruszenie art. 7 k.p.a., zgodnie z którym w toku postępowania organy administracji publicznej stoją na straży praworządności i podejmują wszelkie kroki niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz załatwienia sprawy; w sposób szczególny przedmiotowe postępowanie narusza tę zasadę oraz zasadę pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa oraz pogłębiania ich kultury prawnej, zawartą w art. 8 k.p.a., poprzez:

a) podjęcie nowego postępowania w stosunku do (...), będącego przedmiotem postępowania antymonopolowego zakończonych ostateczną i prawomocną decyzją,

b) brak stanowiska pozwanego wobec składanych przez (...) zarzutów i wyjaśnień,

c) nierzetelne przeprowadzenie postępowania dowodowego;

3) naruszenie tym samym art. 2 (zasada państwa prawnego), art. 7 (zasada legalizmu), art. 7 (pojęcie interesu publicznego i legalności działania samorządu zawodowego) Konstytucji RP.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty powódka wniosła o zmianę decyzji w całości poprzez przyjęcie, że regulacja § 30 (...), wprowadzona w drodze uchwały (...) nr (...) z dnia 12 grudnia 1997 r., nie stanowiła praktyki ograniczającej konkurencji i uchylenie kary pieniężnej, względnie o uchylenie decyzji w całości i przekazanie sprawy do ponownego jej rozpatrzenia, wnosząc w każdym przypadku o zasądzenie kosztów postępowania sądowego według norm przepisanych.

Pozwany wniosł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 14 lutego 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), sygn. akt XVII AmA 191/10, uchylił w całości zaskarżoną decyzję i rozstrzygnął o kosztach procesu. Podstawą takiego rozstrzygnięcia było przyjęcie, że (...) był już uprzednio przedmiotem badania przez Prezesa UOKiK, w ramach innego postępowania antymonopolowego. Mając na uwadze, że treść § 30 Kodeksu nie uległa od tego czasu zmianie, Sąd Okręgowy uznał, że możliwość wszczęcia w każdym czasie postępowania w sprawie innych postanowień tego Kodeksu narusza zasadę pogłębiania zaufania do organów administracji publicznej.

Apelację od powyższego wyroku w całości wniósł pozwany Prezes UOKiK, zarzucając przede wszystkim ustalenie, że przedmiotem postępowania antymonopolowego wszczętego przeciwko (...) w dniu 20 grudnia 2001 r. był cały Kodeks, a nie tylko jego § 26 pkt 2 oraz zaniechanie ustalenia braku tożsamości sprawy rozstrzygniętej decyzją nr (...) ze sprawą rozstrzygniętą decyzją nr (...), co skutkowało niedokonaniem merytorycznej oceny zaskarżonej decyzji i niezasadnym jej uchyleniem. W związku z tym pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od powódki kosztów procesu za obie instancje według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Wyrokiem z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt VI ACa 785/14, Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił apelację pozwanego i rozstrzygnął o kosztach procesu. Sąd II instancji nie podzielił wprawdzie argumentacji Sądu Okręgowego, stanowiącej postawę uchylenia zaskarżonej decyzji, uznając, że przedmiot wcześniejszego postępowania antymonopolowego nie był tożsamy z przedmiotem postępowania zakończonego wydaniem decyzji zaskarżonej w niniejszej sprawie, jednak organ w wydanej decyzji (jej sentencji) pominął zupełnie okoliczność zmiany treści kwestionowanego § 30 Kodeksu, o której to zmianie (...) poinformowała Prezesa Urzędu w piśmie z dnia 17 marca 2010 r. Według Sądu Apelacyjnego brak odniesienia się w decyzji do zaszłej zmiany spowodował, że nie została należycie wyjaśniona podstawa faktyczna zapadłej decyzji, która to wadliwość powoduje konieczność uchylenia zaskarżonej decyzji.

Na skutek skargi kasacyjnej pozwanego Prezesa UOKiK od powyższego wyroku Sąd Najwyższy, wyrokiem z dnia 4 sierpnia 2016 r., sygn. akt III SK 42/15, uchylił ten wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego. Skarga okazała się bowiem zasadna w zakresie art. 479³¹ § 1 i 3 k.p.c., ponieważ nieodniesienie się przez organ ochrony konkurencji do zmiany w toku postępowania antymonopolowego przez przedsiębiorcę zachowania, którego zgodność z regułami konkurencji jest przedmiotem oceny w ramach tego postępowania, nie może stanowić podstawy uchylenia decyzji. Sąd Najwyższy stwierdził, że z uwagi na to, iż sądy orzekające w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu dokonują ich merytorycznej kontroli, na etapie postępowania sądowego w pełni dopuszczalne jest – w trybie przewidzianym w kodeksie postępowania cywilnego – poczynienie odpowiednich ustaleń faktycznych istotnych dla zastosowania zakazu praktyk ograniczających konkurencję, które potwierdzą, uzupełnią bądź nawet zmienią ustalenia postępowania administracyjnego, na których oparto rozstrzygnięcie zawarte w decyzji. Sąd ten wskazał ponadto, że jeżeli z ustaleń odnoszących się do stanu faktycznego ukształtowanego na dzień wydania zaskarżonej decyzji wynikać będzie, że przedsiębiorca zaniechał stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, właściwym rozstrzygnięciem o zasadności odwołania nie jest uchylenie decyzji, lecz jej zmiana w taki sposób, aby to ustalenie znalazło odzwierciedlenie w treści sentencji decyzji. Zatem uwzględnienie okoliczności, na podstawie której Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy wyrok Sądu I instancji uchylający decyzję Prezesa UOKiK, mogłoby prowadzić – co najwyżej – do zmiany decyzji organu ochrony konkurencji z decyzji, o której mowa w art. 10 u.o.k.k., na decyzję z art. 11 ust. 2 u.o.k.k.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Apelacyjny w Warszawie, wyrokiem z dnia 5 grudnia 2016 r., sygn. akt VI ACa 1658/16, uchylił zaskarżony wyrok w całości i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego. W uzasadnieniu tego orzeczenia wskazano, że Sąd I instancji nie rozpoznał istoty sprawy, ponieważ nie rozpoznał twierdzeń i zarzutów strony powodowej, które były istotne dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Doszło do rozpoznania tylko jednego zarzutu odwołania, który skutkowało uchyleniem zaskarżonej decyzji z przyczyn formalnych,

bez rozpoznania meritum sprawy, bo Sąd Okręgowy a limine uznał, że w odniesieniu do § 30 (...) nie mogło toczyć się postępowanie antymonopolowe. Takie stanowisko nie miało żadnego uzasadnienia, zatem niezbędne stało się odniesienie się do wszystkich twierdzeń i zarzutów stron, w tym przede wszystkim zgłoszonych przez powódki w odwołaniu. We wskazaniach co do dalszego postępowania Sąd II instancji nakazał Sądowi Okręgowemu ocenić cały materiał dowodowy zebrany w sprawie i odnieść się do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu, a w szczególności, czy praktyka, o której mowa w punkcie I zaskarżonej decyzji, faktycznie stanowi praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k., a więc spełnia przesłanki wynikające z tego przepisu. W tym kontekście Sąd Okręgowy miał odnieść się również do kwestii zmiany treści § 30 Kodeksu uchwałą z dnia 13 marca 2010 r. – czy faktycznie skutkowało to zaprzestaniem stosowania niedozwolonej praktyki, czy też nie miało to wpływu na treść decyzji. Sąd Apelacyjny wskazał, że jest to okoliczność istotna również dla punktu II zaskarżonej decyzji, jako że kara pieniężna została nałożona, a jej wysokość ustalona m.in. przy uwzględnieniu faktu trwania omawianej praktyki. Nie można tu również pominąć kwestii związanej z wszczęciem kolejnego postępowania antymonopolowego w odniesieniu do tego samego dokumentu, którym posługiwał się powód. Prezes UOKiK wprost wskazał w decyzji, że „okres stosowania przez (...) zakwestionowanych zasad należy określić jako długotrwały (kwestionowany przepis obowiązuje od dnia 1 stycznia 1998 r.), co uzasadnia wzrost kary o 10%”. Zatem, po pierwsze, po kilku latach pozwany wszczął postępowanie w odniesieniu do postanowienia, które mimo wcześniejszego postępowania antymonopolowego, nie było przedmiotem rozpoznania, chociaż mogło i powinno być, a po drugie, dodatkowo stanowiło to – według pozwanego – okoliczność obciążającą powódkę, która miała wpływ na podwyższenie wysokości kary pieniężnej. Jeżeli więc Sąd Okręgowy uznałby, że doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 u.o.k.k., to powinien rozważyć, czy wskazana okoliczność także nie powinna mieć wpływu na zastosowanie kary pieniężnej z tytułu tego naruszenia i jej wysokość.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy, wyrokiem z dnia 6 czerwca 2017 r., XVII Ama 6/17, SOKiK uchylił zaskarżoną decyzję w punkcie II (pkt 1), oddalił odwołanie w pozostałym zakresie (pkt 2), zniósł wzajemnie między stronami koszty postępowania w pierwszej i drugiej instancji oraz w postępowaniu kasacyjnym (pkt 3), a nieuiszczone w sprawie koszty sądowe przejął na rachunek Skarbu Państwa (pkt 4).

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 12 grudnia 1997 r. (...) podjęła uchwałę nr 19/97 w sprawie (...), która weszła w życie z dniem 1 stycznia 1998 r. W ramach przepisów regulujących obowiązki notariusza wobec innych notariuszy, w § 30 Kodeksu zawarto postanowienie o następującej treści: „Notariuszowi nie wolno bez zgody Rady Izby Notarialnej otwierać kancelarii w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria”. W dniu 20 grudnia 2001 r. Prezes UOKiK wydał postanowienie o wszczęciu z urzędu postępowania antymonopolowego przeciwko powódce jako związkowi przedsiębiorców, pod zarzutem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przez zawarcie zakazanego ustawą porozumienia polegającego na zamieszczeniu w Kodeksie postanowienia uznającego za przejaw nieuczciwej konkurencji i szczególnie rażący jej przypadek przyciąganie klientów poprzez zaproponowanie niższego wynagrodzenia, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 1 lit. b i pkt 2 oraz pkt 4 lit. c u.o.k.k. W związku z tym organ wezwał stronę do złożenia wyjaśnień w sprawie, a w szczególności dotyczących treści § 26 pkt 2 (...) oraz uchwały, na podstawie której Kodeks został przyjęty i zaczął obowiązywać. To postępowanie zakończyło się wydaniem przez Prezesa Urzędu w dniu 20 maja 2002 r. decyzji o uznaniu za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie porozumienia polegającego na zamieszczeniu w (...) postanowienia § 26 pkt 2, uznającego przyciąganie klientów poprzez proponowanie niższego wynagrodzenia za usługi notarialne za przejaw nieuczciwej konkurencji i szczególnie rażący jej przypadek. Organ nakazał zaniechanie tej praktyki i nałożył karę pieniężną w wysokości 36.000 zł. Wyrokiem z dnia 22 grudnia 2004 r., sygn. akt XVII Ama 50/04, SOKiK oddalił odwołanie powódki, natomiast prawomocnym wyrokiem z dnia 16 listopada 2006 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił jej apelację.

Następnie postanowieniem z dnia 19 maja 2009 r. Prezes UOKiK wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez (...) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku świadczenia usług notarialnych, polegającego na przyjęciu w § 30 (...) zasady, że notariuszowi wolno otworzyć kancelarię w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria, jedynie pod warunkiem uzyskania zgody (...) co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 u.o.k.k. W wydanym w tym samym dniu zawiadomieniu o wszczęciu ww. postępowania antymonopolowego pozwany zwrócił się do powódki o ustosunkowanie się do zarzutu postawionego

w postanowieniu o wszczęciu tego postępowania oraz wezwał do przedłożenia określonych dokumentów i wyjaśnień. (...) przedstawiła swoje stanowisko w sprawie w kolejnych pismach z dnia: 25 czerwca 2009 r., 24 sierpnia 2009 r., 22 lutego 2010 r. i 17 marca 2010 r. W pierwszym zaproponowała dodanie do § 30 (...) zdania drugiego, które mogłoby brzmieć następująco: (...) może nie wyrazić zgody tylko w przypadku, gdy otworzenie kancelarii w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria zagrażałoby przestrzeganiu prawa, a w szczególności zagrażałoby powadze lub godności zawodu w rozumieniu Prawa o notariacie.”, wyrażając jednocześnie gotowość do podjęcia rozmów dotyczących dokładnej treści tego paragrafu. W piśmie z dnia 24 sierpnia 2009 r., działając w ramach ostrożności procesowej, wniosła zaś o wydanie w sprawie decyzji zobowiązującej ją do zaniechania naruszeń, a w piśmie z dnia 22 lutego 2010 r. przedstawiła alternatywne propozycje zmiany § 30 (...) uzasadnione, zdaniem Rady, potrzebą regulacji chroniącej notariuszy przed czynami nieuczciwej konkurencji. W ostatnim z wymienionych pism (...) wniosła alternatywnie o umorzenie postępowania lub wydanie decyzji w trybie art. 11 lub 12 u.o.k.k., uzasadniając swój wniosek m.in. tym, że w dniu 13 marca 2010 r. powódka podjęła uchwałę nr VII/27/2010 w sprawie zmiany Kodeksu zmieniającą jego § 30 w ten sposób, że po dotychczasowej treści dodano zdanie drugie: (...) może nie wyrazić zgody na tylko w przypadku, gdy uruchomienie kancelarii, w którym się mieści się już inna kancelaria zagrażałoby przestrzeganiu prawa, w szczególności zagrażałoby powadze lub godności zawodu w rozumieniu Prawa o notariacie lub zasadom wynikającym z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

W 2009 r. (...) uzyskała przychód w wysokości 3.448.560,52 zł. Pismem z dnia 24 marca 2010 r. pozwany zawiadomił powódkę o zakończeniu postępowania dowodowego w sprawie oraz pouczył o możliwości zapoznania się przez stronę z materiałem zebrany w aktach postępowania i wypowiedzenia się co do zebranych w sprawie dowodów i materiałów. Strona zapoznała się z materiałem sprawy, a następnie w dniu 19 kwietnia 2010 r. Prezes UOKiK wydał zaskarżoną decyzję.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie było zasadne w zakresie, w jakim zmierzało do uchylenia kary pieniężnej. Niniejsza sprawa dotyczy uznania za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz zawierania godzących w konkurencję porozumień zawarcie przez (...) porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku świadczenia usług notarialnych, przejawiającego się w przyjęciu w § 30 Kodeksu zasady, że notariuszowi wolno otworzyć kancelarię w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria, jedynie pod warunkiem uzyskania zgody (...). Sąd Okręgowy wskazał, że w orzecznictwie nie budzi wątpliwości, iż działania samorządu notariuszy mogą być oceniane przez pryzmat przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ponieważ powódka jest związkiem przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 2 tej ustawy, gdyż zrzesza i reprezentuje notariuszy – członków samorządu zawodowego, zgodnie z art. 2 u.o.k.k., będących przedsiębiorcami, zaś usługi notarialne są świadczone w warunkach prawnych wolnego rynku i stanowią towar, oferowany na rynku właściwym i będący przedmiotem obrotu. Ponieważ zgodnie z art. 6 ust. 1 u.o.k.k. zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, to o istnieniu w niniejszej sprawie zakazanego porozumienia można mówić, o ile spełnione zostały łącznie następujące przesłanki: zakwestionowanemu zachowaniu powódki można przypisać walor porozumienia, obiektywny cel lub skutek tego porozumienia ma antykonkurencyjny charakter, a do porozumienia nie ma zastosowania wyłączenie spod zakazu. Sąd Okręgowy uznał, że te wszystkie przesłanki zostały spełnione. Zgodnie z art. 4 pkt 5 lit. c u.o.k.k. przez porozumienia rozumie się uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Takim porozumieniem jest Kodeks rozumiany jako uchwała organu statutowego samorządu notarialnego. Nietrafny jest przy tym pogląd powódki, że w świetle legalnej definicji porozumienia przedmiotem postępowania antymonopolowego może być tylko cała regulacja Kodeksu, a nie jego poszczególne postanowienia. Ta kwestia została rozstrzygnięta przez Sąd Apelacyjny w zapadłym w niniejszej sprawie wyroku z dnia 5 grudnia 2016 r., a stosownie do art. 386 § 6 k.p.c., Sąd Okręgowy jest związany oceną prawną wyrażoną w uzasadnieniu wyroku sądu II instancji. Sąd ten przyjął, że, co do zasady, możliwe jest wszczęcie kolejnego postępowania antymonopolowego w odniesieniu do innego postanowienia (...). Nie sprzeciwia się temu bowiem art. 4 pkt 5 lit. c u.o.k.k., gdyż każde z postanowień Kodeksu może być traktowane jako porozumienie i może być badane odrębnie, po wydaniu stosownych postanowień. Przedmiotem postępowania antymonopolowego, zakończonego decyzją z dnia 20 maja 2002 r., było konkretne postanowienie (...), mianowicie § 26 pkt 2, odnoszący się do określenia zachowań polegających na przyciąganiu klientów przez zaproponowanie

niższego wynagrodzenia, jako przejawów nieuczciwej konkurencji. Wskazuje na to zarówno treść postanowienia o wszczęciu postępowania, treść ww. decyzji, jak i zakres postępowania sądowego. Natomiast na żadnym etapie postępowania nie weryfikowano postanowienia z § 30 Kodeksu, analizowanego w niniejszej sprawie. O ile zatem w obu postępowaniach antymonopolowych wystąpiła tożsamość podmiotów, które dodatkowo występowały po tej samej stronie procesowej, to nie można przyjąć, by zachodziła w nich tożsamość przedmiotowa, gdyż przedmiotem badania w każdej ze spraw były różne postanowienia (...). Nie istnieją zatem formalne przeszkody do prowadzenia postępowania w niniejszej sprawie.

Sąd Okręgowy podkreślił, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zakazuje tylko takich porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Ograniczenie konkurencji w wyniku zawarcia porozumienia musi zatem wystąpić na określonym rynku właściwym. W analizowanej sprawie pozwany prawidłowo przyjął, że rynkiem relewantnym jest – pod względem produktowym – rynek usług notarialnych, a w ujęciu geograficznym – rynek krajowy. Te ustalenia nie były kwestionowane przez stronę powodową. Konieczne jest wystąpienie antykonkurencyjnego celu lub skutku tego porozumienia, przy czym cel i skutek są tu ujęte alternatywnie, a więc dla stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję w postaci zawarcia porozumienia wystarczające jest udowodnienie tylko jednego z tych elementów. Postanowienie § 30 (...) godzi w konkurencję na krajowym rynku świadczenia usług notarialnym. Wbrew zarzutom odwołania, organ antymonopolowy wykazał zarówno cel, jak i skutek zarzuconej powodowi praktyki, a obiektywnym celem, a zarazem i skutkiem, wprowadzenia do Kodeksu omawianej zasady było ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. W świetle art. 3 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2291 ze zm.; dalej: pr. not.), co do zasady, notariusz dokonuje czynności notarialnych w kancelarii notarialnej, natomiast poza nią tylko wyjątkowo, gdy przemawia za tym charakter czynności lub szczególne okoliczności. Tym samym, wybór odpowiedniej lokalizacji siedziby kancelarii (np. w centrum miasta, czy w pobliżu siedziby sądu) ma znaczenie choćby w aspekcie pozyskania większej liczby klientów. W § 30 (...) w sposób nieuzasadniony zróżnicowano sytuację notariuszy pragnących otworzyć kancelarię w zależności od tego, czy przysła kancelaria ma być zlokalizowana w budynku, w którym działa już inna kancelaria, czy też w budynku, w którym tego rodzaju kancelaria jeszcze nie działa. W pierwszym przypadku notariusz musi uzyskać na otwarcie kancelarii zgodę właściwej (...), natomiast w drugim przypadku taka zgoda nie jest wymagana. Wprowadzenie tego zróżnicowania było podyktowane chęcią ochrony przed konkurencją – przez zapewnienie dogodniejszych warunków wykonywania zawodu – notariuszy już prowadzących kancelarię w budynku, w którym pragnie rozpocząć prowadzenie działalności inny notariusz – potencjalny konkurent na rynku świadczenia usług notarialnych. Ta ocena jest tym bardziej uzasadniona, że jak wskazuje praktyka, zasada wyrażona w § 30 Kodeksu była faktycznie stosowana. Z materiału dowodowego sprawy wynika bowiem, że odnotowano przypadki, w których właściwe rady odmówiły zgody na otwarcie kancelarii w budynku, w którym prowadzona już był kancelaria przez innego notariusza. Były także przypadki, w których rady uwzględniały wniosek o otwarcie nowej kancelarii z tego względu, że notariusz, który prowadził już kancelarię w tym samym budynku, wyraził na to zgodę. Zatem to potencjalni konkurenci decydowali o możliwości otwarcia kancelarii w lokalizacji wybranej przez wnioskującego, co jest niedopuszczalne z punktu widzenia prawa antymonopolowego. To w oczywisty sposób wypacza zasady rządzące wolnym rynkiem, u którego podstaw leży nieskrępowana konkurencja. Opisane działanie faktycznie chroni notariuszy prowadzących działalność w danym budynku, ale nie – jak utrzymywała (...) – przed nieuczciwą konkurencją, lecz przed samym zjawiskiem konkurencji i świadczeniem usług w oparciu o reguły rynkowe. Oczywistym jest bowiem, że nie zawsze w interesie przedsiębiorcy (w tym przypadku notariusza) będzie leżało otwarcie konkurencyjnej działalności w tym samym miejscu, zatem można się spodziewać, że nie zawsze notariusze będą się pozytywnie ustosunkowywali do wniosków o otwarcie innych kancelarii w budynku, w którym sami wykonują działalność zawodową. Natomiast brak ich zgody utrudnia konkurentom wybór miejsca świadczenia usług notarialnych. Skutek analizowanego porozumienia przejawia się więc w ograniczeniu notariuszom możliwości wyboru miejsca wykonywania zawodu, co w konsekwencji prowadzi do ograniczenia konkurencji na krajowym rynku usług notarialnych. Sąd Okręgowy nie podzielił więc zarzutu powódki, że postanowienie § 30 (...) nie podlegało ocenie Prezesa UOKiK, gdyż ta regulacja dotyczy ustroju organizacyjnego samorządu zawodowego notariuszy, stanowiąc tym samym sferę samodzielności działania samorządu. Zakwestionowane porozumienie nie ma charakteru ustrojowego, gdyż w bezpośredni sposób reguluje działalność na rynku usług notarialnych, wprowadzając

ograniczenia funkcjonowania na tym rynku notariuszom, którzy pragną świadczyć usługi notarialne w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria.

Zdaniem Sądu Okręgowego te bariery nie znajdują żadnego uzasadnienia, a w szczególności nie może go stanowić podnoszona przez (...) okoliczność, że zasada przewidziana w § 30 Kodeksu miała na celu ochronę notariuszy przed nieuczciwą konkurencją ze strony tych, którzy chcą otworzyć kancelarię w tym samym budynku. Sąd ten nie podzielił argumentacji powódki, że w takim przypadku istnieje realna możliwość nieuczciwej konkurencji pomiędzy notariuszami poprzez wykorzystywanie nazwiska i siedziby kancelarii długoletniego notariusza przez osobę, która w ten sposób chce przyciągnąć klientów do swej nowej kancelarii, jak również że może pojawić się ryzyko, iż klienci będą mylić kancelarie znajdujące się w tym samym budynku. Te obawy mają charakter czysto hipotetyczny, nie znajdują uzasadnienia w świetle obowiązujących regulacji prawnych – w tym także regulacji korporacyjnych i nie mogą tym samym stanowić podstawy do naruszenia reguł konkurencji na rynku usług notarialnych. Jak słusznie zauważył pozwany, w regulaminie wewnętrznego urzędowania kancelarii notarialnej (przyjętego uchwałą (...) nr 12 z dnia 29 listopada 1991 r.) wprowadzono bardzo jasne i przejrzyste zasady oznaczenia kancelarii notarialnych, które wykluczają możliwość pomylenia kancelarii prowadzonych w tym samym budynku. Zgodnie z § 1-3 tego regulaminu nazwa kancelarii notarialnej obejmuje imię (imiona) i nazwisko notariusza, a kancelaria notarialna prowadzona przez kilku notariuszy na zasadach spółki powinna to uwidocznić w swej nazwie, nazwa kancelarii powinna być uwidoczniona na tablicy wywieszanej przy wejściu do budynku, w którym znajduje się lokal kancelarii, a opis tablicy szczegółowo określono w załączniku, a wewnątrz budynku, przy wejściu do pomieszczeń kancelarii, należy wywiesić tablicę informującą o przeznaczeniu pomieszczeń oraz o godzinach i dniach przyjęć interesantów; informacja o godzinach i dniach przyjęć interesantów może być także umieszczona przy tablicy wywieszanej przy wejściu do budynku. Biorąc pod uwagę, że nowa kancelaria zlokalizowana w budynku, w którym wykonuje już działalność inny notariusz, ma być prowadzona przez osobę wykonującą zawód zaufania publicznego, która pozytywnie przeszła weryfikację w zakresie bardzo rygorystycznych wymogów uprawniających do wykonywania zawodu notariusza, to trudno wyobrazić sobie, w jaki sposób otwarcie tej nowej kancelarii mogłoby stanowić zagrożenie dla porządku prawnego. Nie ma podstaw do tego, aby a priori zakładać możliwość naruszenia prawa przez notariusza, otwierającego nową kancelarię, np. poprzez z góry powzięty zamiar dopuszczania się czynów nieuczciwej konkurencji. Natomiast gdyby w przyszłości faktycznie doszło do tego rodzaju naruszeń, to można je przecież zwalczać dostępnymi w tym zakresie środkami prawnymi, zarówno na gruncie powszechnie obowiązujących przepisów prawa, jak i regulacji wewnętrznych samorządu notarialnego. Tak więc została spełniona druga przesłanka istnienia zakazanego porozumienia antymonopolowego. Jednocześnie aktualna jest również trzecia z przesłanek, gdyż zakwestionowane porozumienie nie podlega wyłączeniu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, przewidzianego w art. 7 lub 8 u.o.k.k., co nie było przedmiotem sporu między stronami.

Odnosząc się do wprowadzonej uchwałą (...) z dnia 13 marca 2010 r. modyfikacji § 30 (...), Sąd Okręgowy uznał, że nie można przyjąć, aby ta zmiana oznaczała zaniechanie stosowania zarzuconej praktyki. Treść tego postanowienia po zmianie brzmi następująco: „Notariuszowi nie wolno bez zgody (...) otwierać kancelarii w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria. (...) może nie wyrazić zgody tylko w przypadku, gdy uruchomienie kancelarii w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria zagrażałoby przestrzeganiu prawa, w szczególności zagrażałoby powadze lub godności zawodu w rozumieniu Prawa o notariacie lub zasadom wynikającym z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”. Wobec szczególnie surowych wymogów stawianych przez ustawodawcę osobom pragnącym wykonywać zawód notariusza, uzasadnionych tym, że jest to zawód zaufania publicznego, niejasne jest zwłaszcza w jaki sposób osoba, która spełnia te kryteria, poprzez uruchomienie kancelarii w budynku, w którym jest już zlokalizowana inna kancelaria, może spowodować zagrożenie przestrzegania prawa, w tym zagrażać powadze lub godności zawodu notariusza. Analizowane postanowienie zostało sformułowane w sposób niejednoznaczny i budzący poważne wątpliwości interpretacyjne, co może z kolei rodzić zagrożenie wykładnią prowadzącą do nadużyć, choćby na gruncie prawa antymonopolowego. Nadto, wbrew sugestiom (...), w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji organ antymonopolowy ustosunkował się do złożonych przez powódkę w toku postępowania wyjaśnień i zarzutów, w tym także do informacji o zmodyfikowaniu § 30 (...).

Uznając trafność rozstrzygnięcia zawartego w punkcie I decyzji, Sąd Okręgowy uchylił jednak nałożoną na powódkę karę pieniężną. Powołując się na art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. – w jego brzmieniu aktualnym na datę wydania zaskarżonej decyzji – Sąd ten wskazał na fakultatywność wymierzania kar, przy czym odstępianie od nałożenia kary powinno mieć miejsce w wyjątkowym przypadku, który wystąpił w rozpatrywanej sprawie. Nie może bowiem pozostać bez wpływu na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy sposób procedowania Prezesa UOKiK w zakresie weryfikacji (...), pod kątem zgodności jego postanowień z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Po kilku latach od przeprowadzenia postępowania antymonopolowego, zakończonego ostateczną decyzją z dnia 20 maja 2002 r., nr (...), pozwany wszczął kolejne postępowanie w odniesieniu do tego samego dokumentu, tj. Kodeksu. Badał w nim treść § 30, który w uprzednim postępowaniu nie był przedmiotem rozpoznania, choć mógł i powinien być. Aczkolwiek zasadniczo jest dopuszczalne wszczęcie kolejnego postępowania antymonopolowego w odniesieniu do innego postanowienia (...), jednak – co istotne – na skutek przyjętego sposobu procedowania organ uznał w niniejszej sprawie, za mające wpływ na wyższy wymiar kary, takie okoliczności, jak długotrwały okres stosowania zarzuconej praktyki oraz dopuszczenie się jej w ramach tzw. recydywy antymonopolowej. Nie byłoby natomiast podstaw do uwzględniania tych przesłanek, gdyby pozwany od razu, już w pierwszym postępowaniu, zweryfikował cały (...) w aspekcie jego zgodności z przepisami prawa konkurencji. Sąd Okręgowy w pełni zgodził się z powódką, że opisany sposób postępowania Prezesa UOKiK należy uznać za godzący w zasadę prowadzenia postępowania w sposób budzący zaufanie jego uczestników do władzy publicznej. Wyrażona w art. 8 k.p.a. zasada pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa określa wyraźnie to, co wprost jest zawarte w zasadzie praworządności, o której mowa w art. 7 k.p.a. Z zasady przewidzianej w art. 8 k.p.a. wynika bowiem w szczególności wymóg praworządnego i sprawiedliwego prowadzenia postępowania i rozstrzygnięcia sprawy przez organ administracji publicznej, co jest zasadniczą treścią zasady praworządności. Tylko postępowanie odpowiadające takim wymogom i decyzje wydane w wyniku postępowania tak ukształtowanego mogą wzbudzać zaufanie obywateli do organów administracji publicznej nawet wtedy, gdy decyzje administracyjne nie uwzględniają ich żądań. Brak zaufania obywateli do organów państwa jest z reguły skutkiem naruszenia prawa przez organy państwowe, zwłaszcza zaś niektórych wartości w nim wyrażonych, takich jak równość i sprawiedliwość. W postępowaniu antymonopolowym przeprowadzonym w tej sprawie powyższe standardy nie zostały jednak zachowane.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Sąd Okręgowy uwzględnił dyskrejonalny charakter kompetencji do nałożenia kary pieniężnej i jej posiłkowe znaczenie oraz to, że wymierzenie kary nie miało pierwszorzędno znaczenia przy stwierdzeniu praktyki ograniczającej konkurencję, a cel niniejszego postępowania zostanie osiągnięty poprzez stwierdzenie stosowania przez powódkę zarzuconej jej praktyki antykonkurencyjnej oraz nakazanie jej zaniechania.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania oparto na art. 100 k.p.c., stosownie do którego w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań koszty mogą być wzajemnie zniesione.

Apelację od powyższego wyroku wniosła powódka (...) w części, tj. co do punktów 2 i 3, w części oddalającej odwołanie i utrzymującej w mocy decyzję z dnia 19 kwietnia 2010 r., i rozstrzygającej o kosztach. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

1) błędną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i sformułowanie na tej podstawie wniosków z niego wynikających, że przedmiotem postępowania antymonopolowego wszczętego przeciwko powódce w dniu 20 grudnia 2001 r. mogły być poszczególne postanowienia Kodeksu, tj. § 26 pkt 2, a nie cała jego regulacja;

2) błędną ocenę materiału dowodowego polegającą na przyjęciu, że pozwany, w postępowaniu rozstrzygniętym decyzją nr (...), mógł badać zachowania powódki będące już wcześniej przedmiotem postępowania zakończonego decyzją nr (...) i sformułowanie na tej podstawie błędnego wniosku, że w postępowaniu zakończonym zaskarżoną decyzją nie musiał ustalić zmiany okoliczności faktycznych zaistniałych po wydaniu decyzji nr (...).

Zarzucając powyższe, powódka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części poprzez uwzględnienie odwołania co do punktu I decyzji i zasądzenie kosztów za poprzednie instancje, w tym kosztów postępowania przed SOKiK, oraz kosztów postępowania apelacyjnego wywołanego tą apelacją.

Apelację od powyższego wyroku wniósł również pozwany Prezes UOKiK w części, tj. co do punktów 1 i 3, w części uwzględniającej odwołanie i uchylającej decyzję z dnia 19 kwietnia 2010 r. w punkcie II i rozstrzygającej o kosztach. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 106 ust. 1 u.o.k.k. w zw. z art. 7 i 8 k.p.a. w zw. z art. 111 u.o.k.k., poprzez niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu, że w sprawie zachodzą podstawy do odstąpienia od nałożenia kary w postaci uprzednio prowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania przeciwko powódce dotyczącego (...) i zakończonego decyzją nr (...), podczas gdy z okoliczności sprawy nie wynika, iż odstąpienie od nałożenia kary na (...) byłoby celowe i słuszne, w szczególności ze względu na niezależność naruszeń wyrażonych w decyzjach nr (...), ich odrębną tożsamość, możliwość ich oceny w odrębnych postępowaniach, odrębnego i niezależnego karania za poszczególne naruszenia prawa konkurencji, oraz konieczności analizy za każde z naruszeń odrębnych przesłanek rzutujących na wymiar kary;

2) naruszenie prawa procesowego, tj. art. 479^{31a} § 1 k.p.c. w zw. z art. 106 u.o.k.k., poprzez jego niezastosowanie i przez to uwzględnienie odwołania w części dotyczącej kary, podczas gdy nie było przesłanek do uwzględnienia odwołania i tym samym nie zachodziły przesłanki do odstąpienia od nałożenia kary pieniężnej, co z kolei doprowadziło do uchylenia decyzji pozwanego nr (...) (...) w zakresie kary.

Zarzucając powyższe, pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w skarżonej części, tj. w zakresie punktu 1 poprzez oddalenie odwołania co do punktu II decyzji, a także zasądzenie od powódki kosztów za poprzednie instancje, kosztów postępowania przed SOKiK oraz kosztów postępowania apelacyjnego wywołanego tą apelacją.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego była zasadna w części, zaś apelacja powódki była niezasadna w całości.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji i przyjmuje je za swoje. Ustalenia w tym zakresie nie naruszały zasady oceny materiału dowodowego wynikającej z art. 233 § 1 k.p.c. Sprawia to, że nie zachodzi potrzeba powtarzania tych ustaleń faktycznych (zob. np. postanowienie SN z dnia 22.04.1997 r., II UKN 61/97, OSNAP 1998 r. nr 3, poz. 104, wyrok SN z dnia 8.10.1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999 r., nr 3, poz. 60).

Jeżeli chodzi o apelację powódki (...), to dotyczyła ona w zasadzie jednej kwestii, a mianowicie możliwości wszczęcia kolejnego postępowania antymonopolowego, aczkolwiek zarzut w tym przedmiocie został sformułowany nieprawidłowo, jako zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., albowiem Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił stan faktyczny i ocenił materiał dowodowy, zaś zarzut dotyczył tak naprawdę kwestii stosowania prawa materialnego. Problem dotyczył tego, czy w postępowaniu rozstrzygniętym decyzją nr (...) Prezes Urzędu mógł badać zachowania powódki, jeżeli już wcześniej przedmiotem postępowania zakończonego decyzją nr (...) był (...) i – według powódki – to pierwsze postępowanie dotyczyło również kwestii objętej drugim postępowaniem.

Stanowisko w tej sprawie Sąd Apelacyjny wyraził w wyroku z dnia 5 grudnia 2016 r. i tą oceną prawną był związany Sąd Okręgowy przy ponownym rozpoznaniu sprawy, podobnie zresztą jak i Sąd Apelacyjny w obecnym składzie, przy ponownym rozpoznaniu sprawy, albowiem nie nastąpiła zmiana stanu prawnego (art. 386 § 6 k.p.c.).

Tym niemniej należy powtórzyć, że postanowienie Prezesa UOKiK z dnia 20 grudnia 2001 r. o wszczęciu pierwszego postępowania dotyczącego treści (...) brzmiało: „(...) wszczyna się w dniu 20 grudnia 2001 r. z urzędu postępowanie antymonopolowe przeciwko Krajowej Radzie Notarialnej w W., jako związkowi przedsiębiorców, pod zarzutem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przez zawarcie zakazanego ustawą porozumienia polegającego na zamieszczeniu w Kodeksie Etyki Zawodowej Notariusza, wprowadzonym w drodze uchwały, zapisu uznającego za przejaw nieuczciwej konkurencji i szczególnie rażącej jej przypadkiem przyciąganie klientów poprzez zaproponowanie niższego wynagrodzenia, co może stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 1 lit. b i pkt 2 oraz pkt 4 lit. c powołanej wyżej ustawy [tj. ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów]. W związku z tym wzywa się do złożenia – w terminie 14 dni – wyjaśnień w sprawie, a w szczególności dotyczących

zapisu zamieszczonego w § 26 pkt 2 (...) oraz uchwały, na podstawie której Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza został przyjęty i zaczął obowiązywać. (...)”. Następnie w dniu 20 maja 2002 r. została wydana decyzja o uznaniu za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie porozumienia, polegającego na zamieszczeniu w (...) postanowienia § 26 pkt 2, zostało nakazane zaniechanie jej stosowania i nałożona kara pieniężna w kwocie 36.000 zł. Wyrokiem z dnia 22 grudnia 2004 r. Sąd Okręgowy, w sprawie XVII AmA 50/04, oddalił odwołania powódki, zaś Sąd Apelacyjny prawomocnym wyrokiem z dnia 16 listopada 2006 r., w sprawie VI ACa 554/06, oddalił jej apelację.

Z pełnej treści zacytowanego postanowienia wynikało, że przedmiot postępowania antymonopolowego wszczętego w grudniu 2001 r. był wyraźnie określony. To postępowanie dotyczyło konkretnego postanowienia (...), tj. odnoszącego się do określenia w tym Kodeksie zachowań polegających na przyciąganiu klientów przez zaproponowanie niższego wynagrodzenia jako przejawów nieuczciwej konkurencji. W tym kontekście nie można podzielić poglądu Sądu I instancji, że przedmiotem tego postępowania był cały (...). Gdyby nawet przyjąć, że pozwany badał treść całego Kodeksu, to i tak tylko w kontekście wskazanego zagadnienia, a więc postanowienia § 26 pkt 2. Świadczyła o tym nie tylko treść postanowienia o wszczęciu postępowania, ale również decyzja z dnia 20 maja 2002 r., jak i postępowanie sądowe. Na żadnym etapie tamtego postępowania przedmiotem badania nie było postanowienie § 30 Kodeksu, ale postanowienie zawarte w § 26 pkt 2.

Przeciwnie rozumowanie prowadziłyby do nieuzasadnionego wniosku, że postępowanie wszczęte w 2009 r., czyli to, którego dotyczy niniejsza sprawa, byłoby prowadzone w warunkach sprawy zakończonej prawomocną decyzją w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a., a to z uwagi na niezmienione brzmienie § 30 Kodeksu – od chwili jego uchwalenia w 1997 r. (wejście w życie z początkiem 1998 r.). Taki wniosek byłby sprzeczny z istotą *res iudicata*, przy zaistnieniu której ponowne rozstrzygnięcie przez organ sprawy załatwionej wcześniej decyzją ostateczną jest możliwe tylko po uchyleniu pierwotnej decyzji w ustalonym przez prawo trybie (zob. np. wyrok WSA w Krakowie z dnia 15 stycznia 2015 r., II SA /Kr 1519/14, Lex nr 1643928). Dla stwierdzenia, że nastąpiło naruszenie *rei iudicatae* istotne znaczenie ma istnienie tożsamości obu spraw. Decyzja ostateczna ma bowiem powagę rzeczy osądzonej co do tego, co w związku z podstawą prawną stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, tj. podstawy prawnej, podstawy faktycznej i treści żądania strony. Zatem można powiedzieć, *res iudicata* następuje w przypadku stwierdzenia, że istnieje tożsamość sprawy rozstrzygniętej kolejno po sobie dwiema decyzjami, z których pierwsza jest ostateczna. Tożsamość ta będzie istniała, gdy występują te same podmioty w sprawie, dotyczy ona tego samego przedmiotu i tego samego stanu prawnego w niezmienionym stanie faktycznym tej sprawy (zob. wyrok NSA z dnia 27 stycznia 2016 r., I OSK 787/14, Lex nr 2032840). Zgodnie zaś z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 stycznia 2010 r. (II OSK 931/09, Lex nr 597967) stwierdzenie nieważności decyzji na podstawie art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a. możliwe jest tylko w przypadku stwierdzenia, że istnieje tożsamość sprawy rozstrzygniętej kolejno po sobie dwiema decyzjami, z których pierwsza jest ostateczna. Dla zaistnienia tożsamości sprawy istotnym jest, aby obie decyzje dotyczyły tożsamoego podmiotu oraz tożsamoego przedmiotu sprawy, przy jednoczesnej tożsamości stanu prawnego jak i faktycznego (zob. też np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 września 2016 r., VIII SA/Wa 1053/15, Lex nr 2113972).

O ile w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z tożsamością podmiotową, dodatkowo po tych samych stronach, to tożsamość musi dotyczyć też przedmiotu, tj. podstawy prawnej, podstawy faktycznej i treści żądania strony. Jak wskazano, treść „żądania”, czyli przedmiot postanowienia, którego dotyczyło pierwsze postępowanie antymonopolowe, była inna niż treść „żądania”, którego dotyczyło kolejne postępowanie antymonopolowe. Warto przypomnieć, że postanowienie z dnia 19 maja 2009 r. o wszczęciu postępowania antymonopolowego brzmiało: „(...) wszczyna się z urzędu postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez K. z siedzibą w W. porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku świadczenia usług notarialnych, polegającego na przyjęciu w § 30 (...), wprowadzonego w drodze uchwały K. z dnia 12 grudnia 1997 r. Nr 19/97, zasady, że notariuszowi wolno otworzyć kancelarię w budynku, w którym mieści się już inna kancelaria, jedynie pod warunkiem uzyskania zgody (...)– co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.“ (k. 2 akt adm. II). Widać wyraźnie, że zakres badania w obydwu wskazanych postępowaniach był inny. Tak wyznaczone zakresy postępowania uniemożliwiały badanie przez Prezesa UOKiK innych, a więc niezwiązanych z postawionym zarzutem praktyk stosowanych przez (...) pod kątem możliwości naruszenia prawa konkurencji. Sprzeciwia się temu

choćby związane organu wydanym postanowieniem (art. 110 w zw. z art. 126 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k.). Zatem nawet gdyby w toku postępowania wszczętego w grudniu 2001 r. pozwany dopatrył się możliwości stosowania przez powódkę innych praktyk naruszających konkurencję, to nie mogłoby to być przedmiotem tego postępowania antymonopolowego, a więc musiałoby zostać wszczęte kolejne postępowanie – w tym konkretnym przedmiocie.

Przy przyjęciu takiego założenia pozostała i niezakwestionowana w decyzji kończącej postępowanie w 2001 r. część Kodeksu korzystałaby z domniemania zgodności z przepisami ustawy antymonopolowej z dnia 15 grudnia 2000 r., której rozwiązania w zakresie ograniczenia praktyk antykonkurencyjnych przejęła ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. Niewątpliwie, z punktu widzenia interesów przedsiębiorców i zasady zaufania do państwa ten drugi model stanowiłby znacznie korzystniejszą metodę kontroli, jednak w obecnym stanie prawnym może to być jedynie postulat *de lege ferenda* bądź wskazówką dla Prezesa Urzędu, aby sposób realizacji jego zadań podążał w kierunku takiego właśnie ukształtowania modelu kontroli abstrakcyjnej porozumień mogących oddziaływać niekorzystnie na konkurencję na rynku. Jest to istotna kwestia, gdyż możliwości wszczęcia w każdym czasie postępowania w stosunku do innych postanowień Kodeksu – bez dokonania oceny tego, kiedy zaistniały przesłanki materialne w stosunku do poprzednich postępowań – sprzeciwia się postulat pogłębiania zaufania do organu administracji publicznej. Badanie kolejnych postanowień umowy czy aktu prawnego przedsiębiorcy pod kątem naruszenia ustawy antymonopolowej i wszczynanie kolejnych postępowań antymonopolowych może, i powinno mieć znaczenie w kontekście podwyższania wymiaru kary pieniężnej z uwagi na tzw. okoliczność obciążającą (recydywę), jednak nie wpływa na samą możliwość wszczęcia postępowania antymonopolowego w odniesieniu do innego postanowienia dokumentu (w tym wypadku: (...)). Nie sprzeciwia się temu art. 4 pkt 5 lit. c u.o.k.k., gdyż każde z postanowień Kodeksu może być traktowane jako porozumienie, może być badane odrębnie, po wydaniu stosownych postanowień, co – jak wskazano – powinno mieć wpływ na wymiar ewentualnie nakładanej na przedsiębiorcę kary pieniężnej.

Tak więc apelacja strony powodowej nie miała podstaw prawnych, w związku z czym podlegała oddaleniu. Sąd Apelacyjny zgadza się bowiem z wywodami Sądu I instancji dotyczącymi wykładni art. 6 ust. 1 u.o.k.k., w kontekście brzmienia art. 4 pkt 5 lit. c tej ustawy i przesłanek zastosowania tych przepisów. Podobnie rzecz ma się ze zmianą § 30 Kodeksu – uchwałą (...) z dnia 13 marca 2010 r. Wywody Sądu Okręgowego w tych kwestiach są przekonujące i brak było podstaw, aby je kwestionować, zaś żadna ze stron, a w szczególności powódka, nie podnosiła jakichkolwiek zarzutów w odniesieniu do tych zagadnień.

Jeżeli chodzi o apelację strony pozwanej, to dotyczyła ona również jednej kwestii, a mianowicie uchylenia przez Sąd Okręgowy zaskarżonej decyzji w zakresie nałożonej na (...) kary pieniężnej. Uzasadniając ten pogląd Sąd I instancji stanął na stanowisku, że w niniejszej sprawie nastąpiły wyjątkowe okoliczności, które przemawiały za nienalożeniem kary na powódkę – chodzi o sposób procedowania pozwanego, który dwukrotnie wszczął postępowanie w stosunku do tego samego podmiotu, w zakresie weryfikacji tego samego dokumentu, tj. (...).

Odnosząc się do meritum problemu, Sąd Apelacyjny zgadza się w znacznej części z wywodami pozwanego zawartymi w apelacji. Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania decyzji, Prezes Urzędu 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. 6 ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8 ustawy. Oznacza to, że przypadku stwierdzenia zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia Prezes Urzędu ma prawną możliwość ukarania karą pieniężną sprawcy naruszenia antymonopolowego. Ten przepis daje pozwanemu prawo decyzji w przedmiocie nałożenia kary lub odstąpienia od jej nałożenia. Należy mieć przy tym na względzie, że odstąpienie od nałożenia kary powinno dotyczyć tylko wyjątkowych sytuacji, gdy wymiar kary nawet w symbolicznej wysokości stanowiłoby dla przedsiębiorcy znaczącą dolegliwość, pozostającą w znaczącej sprzeczności ze stopniem winy oraz szkodliwością praktyki (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 5 grudnia 2016 r., VI ACa 1183/15, Legalis nr 1564284). W niektórych przypadkach zasada proporcjonalności może bowiem uzasadniać odstąpienie od nakładania kary pieniężnej na przedsiębiorcę, pomimo dopuszczenia się przez niego zachowań wymienionych w art. 106 ust. 1 u.o.k.k. Jest tak wówczas, gdy okoliczności sprawy, w tym: niewielki zakres naruszenia, krótki okres

jego trwania, brak istotnego naruszenia konkurencji wskutek naruszenia przepisów ustawy, brak winy naruszcyciela, przemawiać będą za nienakładaniem kary pieniężnej.

Taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszej sprawie. Każdy przedsiębiorca, który stosuje praktyki wpływające negatywnie na rynek i konkurencję i podlegają rygorom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, musi działać z zachowaniem reguł określonych tą ustawą. Fakt uprzedniej kontroli przez Prezesa Urzędu tego samego aktu prawnego przedsiębiorcy nie może sam w sobie prowadzić do uwolnienia od odpowiedzialności finansowej za naruszenie reguł konkurencji (z z art. 106 ust. 1 u.o.k.k.), w szczególności, gdy dane zachowania przedsiębiorcy stanowią odrębne tożsamościowo praktyki antykonkurencyjne. Należy wziąć pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, aby można było powiedzieć, że zachodził wyjątkowy przypadek, który pozwoliłby na odstąpienie od wymierzenia kary. W tym wypadku nie można pominąć, że (...) jest reprezentantem notariatu i notariuszy, którzy pełnią zawód zaufania publicznego, świadcząc usługi na rzecz społeczeństwa. Postanowienie § 30 (...) stanowi porozumienie w rozumieniu art. 6 u.o.k.k., a jak zauważył także Sąd I instancji, w przeprowadzonym przez Prezesa Urzędu postępowaniu zostało wykazane, że praktyka powódki miała na celu ograniczenie konkurencji i faktycznie odnosiła skutki na rynku, a więc ze szkodą dla potencjalnych klientów. Uniemożliwiała wejście na rynek nowych notariuszy, co w jaskrawy sposób ograniczało konkurencję. Tak naprawdę w niniejszej sprawie nie zachodziła żadna szczególna okoliczność, poza wszczęciem dwóch odrębnych postępowań przez pozwanego. Tymczasem praktyka orzeczona w decyzji nr (...) była odrębnym naruszeniem od naruszenia stwierdzonego decyzją nr (...). Każde z tych naruszeń jest odrębne tożsamościowo, ma różną charakterystykę i powinno być oceniane jako odrębne naruszenie antymonopolowe w ramach przesłanek nałożenia kary. Dwa odrębne naruszenia i postawione dwa zarzuty, które mają niezależną od siebie tożsamość, uprawniają do nałożenia dwóch niezależnych od siebie kar pieniężnych za każde z nich, nawet jeżeli stwierdzenie tych naruszeń odbywa się w ramach dwóch niezależnych postępowań, co było wynikiem błędnego procedowania organu antymonopolowego. Nie zachodziły więc przesłanki, które uzasadniałyby odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej. Nałożenie takiej kary nie naruszało zasady proporcjonalności.

Wytyczne w zakresie ustalenia wysokości kary pieniężnej zawiera art. 111 u.o.k.k., który nakazywał (na datę decyzji) uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 maja 2014 r. (III SK 54/13, OSNP 2015, nr 11, poz. 156), sąd orzekający w pierwszej i drugiej instancji w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK sprawuje pełną merytoryczną kontrolę nad wymiarem kary pieniężnej. Nie kontroluje tylko, czy kara pieniężna została wymierzona przez Prezesa Urzędu zgodnie z ustawowymi wytycznymi wymiaru kary, bądź w sposób odpowiadający zasadom wynikającym z pragmatyki organu ujawnionej w postaci różnego rodzaju wyjaśnień. Sąd jest także władny samodzielnie dostosować poziom ostatecznie wymierzonej kary pieniężnej do ustalonych w sprawie okoliczności, z uwzględnieniem funkcji kar pieniężnych oraz przesłanek wymiaru kary określonych w u.o.k.k., bądź wynikających z ogólnych zasad prawa, regulacji konstytucyjnych, czy zobowiązań prawnomiędzynarodowych. Sąd nie jest przy tym związany praktyką Prezesa Urzędu i wypracowanym przez niego sposobem dochodzenia do ustalenia wysokości kary pieniężnej. W zależności od okoliczności sprawy może inaczej rozłożyć akcenty, a nawet przypisać większe lub mniejsze znaczenie poszczególnym elementom wpływającym na ostateczny wymiar kary pieniężnej.

Za utrwalony w orzecznictwie Sądu Najwyższego należy uznać pogląd, że w sprawach o nałożenie kary pieniężnej należy stosować określone gwarancje dla strony właściwe prawu karnemu (zob. wyroki SN: z dnia 14 kwietnia 2010 r. III SK 1/10, OSNP 2011, nr 21-22, poz. 288, z dnia 1 czerwca 2010 r. III SK 5/10, Lex nr 622205 i z dnia 21 kwietnia 2011 r., III SK 45/10, Lex nr 901645). W orzecznictwie wskazuje się, że kary pieniężne nakładane przez organy regulacji rynku nie mają charakteru sankcji karnych, jednakże w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy takiej kary, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacyjnego powinny odpowiadać wymaganiom analogicznym do obowiązujących sąd orzekający w sprawie karnej (zob. np. wyroki SN: z dnia 14 stycznia 2010 r., III SK 1/10, OSNP 2011, nr 21-22, poz. 288, z dnia 1 czerwca 2010 r., III SK 5/10, Lex nr 622205, z dnia 21 września 2010 r., III SK 8/10, OSNP 2012, nr 3-4, poz. 52, z dnia 4 listopada 2010 r., III SK 21/10, Lex nr 737390 i z dnia 5 stycznia 2011 r., III SK 32/10, ZNSA 2011, nr 3, s. 121). Kara administracyjna nie stanowi odплаты za popełniony czyn, lecz ma charakter środka przymusu służącego zapewnieniu realizacji wykonawczo-zarządzających

zadań administracji agregowanych przez pojęcie interesu publicznego (zob. wyrok TK z dnia 31 marca 2008 r., SK 75/06, OTK-A 2008, nr 2, poz. 30). Sanckje administracyjne służą prewencji, zniechęcając do naruszenia obowiązków oraz skłaniając ukaranego do zapobieżenia powtórnemu naruszeniu obowiązków w przyszłości (zob. wyrok TK z dnia 14 października 2009 r., Kp 4/09, OTK-A 2009, nr 9, poz. 134).

Zatem ustalając wysokość kar pieniężnych, o których mowa art. 106-108 u.o.k.k., należy wziąć pod uwagę również stopień społecznej szkodliwości czynu, przy ocenie którego, zgodnie z art. 115 § 2 k.k., bierze się pod uwagę: rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych obowiązków, postać zamiaru, motywację sprawcy oraz rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia. Jest to zamknięty katalog kryteriów oceny stopnia szkodliwości społecznej czynu, zaś dominujące znacznie mają okoliczności z zakresu strony przedmiotowej, do której dołączono dwie przesłanki strony podmiotowej, to jest postać zamiaru i motywację sprawcy (zob. wyrok SN z dnia 25 czerwca 2008 r., V KK 1/08, R-OSN KW 2008, poz. 1325). Należy zaś uwzględnić wszystkie kryteria oceny stopnia szkodliwości społecznej czynu, ponieważ ma to być ocena całościowa, uwzględniająca całokształt okoliczności wymienionych w art. 115 § 2 k.k. (zob. wyrok SN z dnia 5 grudnia 2012 r., III KK 66/12, Lex nr 1243049).

Przekładając powyższe na realia niniejszej sprawy trzeba wskazać, że Sąd Apelacyjny generalnie zgadza się z wywodami pozwanego odnośnie do wysokości kary pieniężnej. Ponieważ przychód (...) w 2009 r. wyniósł 3.448.560 zł, to nałożona kara pieniężna była stosunkowo niewysoka, gdyż wyniosła około 1,02% przychodu. Niewątpliwie naruszenie miało charakter umyślny, chociaż każdy ma obowiązek przestrzegania prawa, a zachowanie było dyktowane potrzebą stworzenia niektórym członkom samorządu zawodowego lepszych warunków prowadzenia swej działalności niż miałyby to miejsce w sytuacji poddawania ich regułom konkurencji. Powód musiał mieć świadomość antykonkurencyjnych skutków, gdyż notariuszom ograniczono możliwość wyboru miejsca świadczenia usług notarialnych. Naruszenie jest poważne, gdyż notariusze mają istotnie utrudnioną możliwość wyboru miejsca świadczenia usług, przez co nie mogą funkcjonować na rynku w sposób, w jaki mogliby funkcjonować, gdyby porozumienie nie zostało zawarte. Niewątpliwie okolicznością obciążającą był rzeczywisty wpływ naruszenia na konkurencję, aczkolwiek ten wpływ, podobnie jak i skutki niewielkie, a dodatkowo skutki były odwracalne. Co więcej, powódka nie zaniechała naruszeń, nie przysłużyła się do szybkiego i sprawnego postępowania.

Niemniej nie można nie zauważyć, że pozwany uznał za zasadne podwyższyć karę (o 10%) z uwagi na długotrwałość praktyki, gdyż kwestionowany przepis obowiązuje od dnia 1 stycznia 1998 r. Ponadto jako okoliczność obciążającą uznał uprzednie naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję, wskazując na decyzję nr (...) z dnia 20 maja 2002 r. (podwyższenie o 15%). W związku z tym trzeba podkreślić, że zarówno długotrwałość praktyki, jak i uprzednie karanie powódki były wynikiem zachowania się Prezesa Urzędu, który zamiast jednego postępowania antymonopolowego, wszczął dwa odrębne postępowania. Jak była o tym mowa, jest to możliwe, ale nie może nie mieć wpływu na wysokość kary pieniężnej, tym bardziej, gdy pozwany wyciągnął z tych okoliczności negatywne skutki prawne dla przedsiębiorcy. Takie działanie nie zasługuje na aprobatę, gdyż gdyby pozwany objął jednym postępowaniem antymonopolowym (tym pierwszym) również § 30 Kodeksu, nie zachodziłaby ani długotrwałość praktyki (a przynajmniej nie w takim rozmiarze), jak i nie można było mówić o uprzednim naruszeniu ustawowego zakazu, a więc i wcześniejszej karalności. W związku z tym Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, dzieląc – co do zasady – pozostałe wywody pozwanego, że zasadne jest obniżenie kary pieniężnej o 25% w stosunku do kary określonej w punkcie II zaskarżonej decyzji, tj. do kwoty 26.335 zł. Kara w tej wysokości spełni wszystkie funkcje przed nią postanowione, tj. co do represji indywidualnej, jak i ogólnej, ale również funkcję wychowawczą. Jest ona adekwatna do opisanych okoliczności czynu i uwzględnia podstawy określenia wymiaru kary.

Powyższe skutkowało zmianą zaskarżonego wyroku w części, tj. przez zmianę zaskarżonej decyzji w punkcie II i obniżenie kary pieniężnej do wskazanej wysokości. Konsekwencją tego była zmiana wyroku również w zakresie kosztów procesu za pierwszą instancję (w pierwszym postępowaniu). O tych kosztach orzeczono na podstawie art. 100 zd. 2 k.p.c., obciążając nimi w całości powódkę, albowiem wygrała ona ostatecznie tylko w niewielkiej części (analogicznie, w takiej niewielkiej części przegrał pozwany), a mianowicie tylko co do 25% kary pieniężnej. Pozwany wygrał bowiem zarówno co do zasady (pkt I decyzji), jak i niemal w całości co do wysokości kary pieniężnej (pkt II

decyzji). Na koszty strony pozwanej, jako wygrywającej sprawę niemal w całości, składało się jedynie wynagrodzenie pełnomocnika procesowego, ustalone na podstawie § 14 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 490 ze zm.).

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 386 § 1 i art. 385 k.p.c., orzeczono jak w punktach I i II sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego (w trzech sytuacjach), kasacyjnego i przed Sądem Okręgowym (w pozostałych sytuacjach) orzeczono na podstawie § 14 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 i § 12 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. oraz § 14 ust. 2 pkt 1 i § 14 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 265 ze zm.) – w każdym wypadku w brzmieniu obowiązującym w dacie złożenia konkretnego pisma.