



Sygn. akt I NSK 10/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 lutego 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Ewa Stefańska (przewodniczący)

SSN Leszek Bosek (sprawozdawca)

SSN Adam Redzik

w sprawie z powództwa "A." spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję,
po rozpoznaniu w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych w dniu 15
lutego 2019 r.,
skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 25 stycznia 2017 r., sygn. akt VI ACa [...],

**uchyla zaskarżony wyrok w całości i sprawę przekazuje
Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania
i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK; pozwany) wydał 31 grudnia 2013 r. decyzję nr DOK-[...] o następującej treści:

I. na podstawie art. 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej również jako: u.o.k.k.) uznał za

praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. zawarcie na krajowym rynku hurtowej sprzedaży zegarków przez „A.” sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako „A.”) z przedsiębiorcami prowadzącymi detaliczną dystrybucję zegarków, porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku detalicznej sprzedaży zegarków, polegającego na ustalaniu minimalnych cen sprzedaży zegarków oferowanych za pośrednictwem tradycyjnych i internetowych kanałów sprzedaży, stosowanych przez przedsiębiorców prowadzących dystrybucję detaliczną zegarków i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 30 kwietnia 2013 r.;

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy nałożył na „A.” sp. z o.o. z siedzibą w W., karę pieniężną 331.819,48 zł;

III. na podstawie art. 77 ust. 1 oraz art. 80 u.o.k.k. oraz na podstawie art. 263 § 1 k.p.a. i art. 264 § 1 k.p.a. obciążył „A.” sp. z o.o. z siedzibą w W. kosztami postępowania antymonopolowego w kwocie 109,84 zł.

Spółka A. sp. z o.o. z siedzibą w W. prowadzi działalność w zakresie hurtowej oraz detalicznej sprzedaży zegarków. A. jest powiązana z [...] J. sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako „J.”), która również prowadzi działalność w zakresie hurtowej i detalicznej sprzedaży zegarków. A. i J. należą do grupy kapitałowej, w której przedsiębiorcą dominującym w rozumieniu art. 4 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest spółka G. B.V. z siedzibą w A. (Holandia), która jest jedynym udziałowcem obu spółek.

W dniu 12 stycznia 2012 r. Prezes UOKiK otrzymał wniosek o odstąpienie od nałożenia lub obniżenie kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wniosek dotyczył antykonkurencyjnych praktyk stosowanych przez A. i J.. Na podstawie pozyskanego materiału dowodowego, postanowieniem z dnia 17 grudnia 2012 r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie antymonopolowe przeciwko A. w sprawie zawarcia przez tego przedsiębiorcę z przedsiębiorcami prowadzącymi detaliczną dystrybucję zegarków na krajowym rynku hurtowej sprzedaży zegarków porozumienia ograniczającego konkurencję. Postanowieniem z 14 marca 2013 r. Prezes UOKiK zmienił postanowienie o wszczęciu postępowania

antymonopolowego poprzez objęcie zakresem postępowania również tradycyjnych kanałów sprzedaży w postaci sklepów stacjonarnych.

W toku postępowania Prezes UOKiK ustalił, że A. uzgadniała z dystrybutorami detalicznymi zegarków wprowadzanych przez nią do obrotu na terenie Polski minimalne ceny detaliczne sprzedaży tych produktów w Internecie oraz w sklepach stacjonarnych. System sprzedaży detalicznej A. funkcjonuje w oparciu o składane na bieżąco zamówienia. Kontakty pomiędzy pracownikami A. a przedsiębiorcami odbywają się za pośrednictwem wiadomości e-mail, telefonicznie lub w trakcie spotkań bezpośrednich (np. w trakcie wizyt w sklepach).

Ze względu na rosnące znaczenie handlu internetowego, co najmniej od lipca 2009 r. A. wpływało na politykę cenową swoich dystrybutorów, wymuszając na nich stosowanie cen nie niższych niż sugerowane, pomniejszonych o określony rabat (rabaty te były wyznaczane na poziomach 0%, 5%, 10%, 12%). Dystrybutorzy przyjmowali te zasady za obowiązujące ich wszystkich, o czym świadczy fakt wysyłania przez nich do A. skarg na tych dystrybutorów, którzy „zaniżali” ceny. Liczba skarg nasiliła się do tego stopnia, że A. podjęła decyzję o „uporządkowaniu rynku”. Ustalono, że maksymalny rabat jaki może być udzielany przez dystrybutora w sprzedaży internetowej będzie wynosił 15% od sugerowanej ceny detalicznej (dla wszystkich marek zegarków) pod groźbą sankcji w postaci pogorszenia warunków handlowych. Spółka przyznała, że powyższa wiadomość została przekazana dystrybutorom ustnie i za pośrednictwem wiadomości e-mail. Zarazem Prezes UOKiK ustalił, że dystrybutorzy nieprzestrzegający ustaleń dotyczących minimalnych cen sprzedaży detalicznej (maksymalnych rabatów stosowanych w sprzedaży detalicznej) mieli być karani pogorszeniem warunków handlowych, tj. obniżeniem rabatu udzielanego od cen sugerowanych przy zakupie zegarków od A.. Ponadto jednocześnie z obniżeniem rabatu miała być stosowana sankcja w postaci ograniczenia możliwości płatności do gotówki za pobraniem albo terminu płatności na okres 3 miesięcy. Pomimo iż maksymalny rabat w wysokości 15% od ceny sugerowanej miał dotyczyć wszystkich marek zegarków dystrybuowanych przez A., to w przypadku zegarków marki C. ze strony A. nadal występowały działania zmierzające do utrzymania maksymalnych rabatów na poziomie 5%.

Z ustaleń Prezesa UOKiK wynikało, że oprócz ustalenia maksymalnego

poziomu rabatu od ceny sugerowanej, jaki mógł być stosowany przy kształtowaniu przez dystrybutorów detalicznych cen sprzedaży kupowanych od A. zegarków, przyjęte w relacjach między Spółką a jej dystrybutorami reguły dystrybucji przewidywały, że dystrybutorzy będą zaokrąślać stosowane ceny detaliczne do pełnych złotych. A. określało sposób realizacji tego ustalenia (sposób zaokrąglania cen) oraz nadzorowało jego wykonywanie.

Prezes UOKiK dokonał ustaleń świadczących o monitorowaniu przez A. poziomu detalicznych cen odsprzedaży zegarków, stosowanych przez jej detalicznych dystrybutorów. Dowody zgromadzone w sprawie wskazywały, że A. podejmowała działania związane z kontrolowaniem poziomu cen przede wszystkim na podstawie sygnałów od innych dystrybutorów detalicznych. Dystrybutorzy zwracali uwagę pracowników A. na nieprzestrzeganie ustaleń dotyczących minimalnych cen sprzedaży detalicznej i zaokrągleń przez swoich konkurentów telefonicznie bądź za pośrednictwem wiadomości e-mail, przesyłając odnośniki do stron internetowych. Po otrzymaniu takich sygnałów pracownicy A. najpierw weryfikowali takie sygnały, a następnie przystępowali do interwencji. Pracownik A. kontaktował się z detalicznym sprzedawcą zegarków A., zazwyczaj telefonicznie bądź drogą elektroniczną, i nakazywał detalicznemu sprzedawcy dostosowanie poziomu cen do akceptowanego przez Spółkę. Od września 2011 r. Spółka otrzymywała również raporty o cenach stosowanych przez konkurencję od pracowników J..

Kolejnym elementem uzgodnień między A. i jego dystrybutorami było ograniczenie swobody działań marketingowych przez nałożenie na wszystkich detalicznych sprzedawców zegarków wprowadzanych do obrotu przez A. obowiązku konsultacji planowanych akcji promocyjnych. Wynikało to z faktu wprowadzenia przez niektórych dystrybutorów w trakcie takich akcji promocyjnych dodatków do sprzedawanych detalicznie zegarków w postaci upominków rzeczowych (np. pamięci przenośnych, bonów, zapalniczek) lub rabatów na zakupy u danego sprzedawcy detalicznego. Przedsiębiorcy, mogąc - w świetle uzgodnień z A. - tylko w ograniczonym stopniu konkurować ceną przedstawianą na stronie internetowej, rozpoczęli w ten sposób konkurencję pozacenową. O ile dodatki w postaci upominków rzeczowych zostały przez A. zaakceptowane, to udzielanie

kupującemu rabatu na zakupy zostało zakwestionowany jako próba „obejścia” przez sprzedawców obowiązku stosowania się do ustaleń cenowych (stosowania cen minimalnych). W rezultacie, wedle ustaleń Prezesa UOKiK, w maju 2011 r. A. wprowadziło obowiązek konsultacji działań marketingowych sprzedawców detalicznych przed ich wejściem w życie. Dystrybutorzy uznali zasady dystrybucji dotyczące cen za obowiązujące i przynajmniej przejściowo stosowali się do zaleceń A. i wprowadzali w życie ustalone przez Spółkę zasady. W przypadku niedostosowania przez dystrybutora cen do zgodnych z opisywanymi ustaleniami, bądź w przypadku kolejnego zweryfikowanego naruszenia uzgodnionych zasad porozumienia dystrybucji detalicznej zegarków wprowadzanych do obrotu przez A., obniżano sprzedawcom detalicznym przyznany rabat oraz odbierano dodatkowe warunki za płatność. Zgromadzony przez Prezesa UOKiK materiał dowodowy pozwolił również stwierdzić, że opisane powyżej zasady miały zastosowanie również do tradycyjnego kanału sprzedaży przez sklepy stacjonarne.

W toku postępowania Prezes UOKiK zgromadził również materiały świadczące o tym, że A. miała świadomość niezgodności z prawem tego typu uzgodnień cenowych i podejmowała działania zapobiegające jego wykryciu, np. poprzez ograniczenie korespondencji elektronicznej dotyczącej nakładania sankcji, czy też informującej o zasadach funkcjonowania porozumienia.

W dniu 25 kwietnia 2013 r. członek zarządu odpowiedzialny za sprzedaż hurtową marek zegarków dystrybuowanych przez A. wysłał wiadomość elektroniczną o identycznej treści do dystrybutorów, którzy zdaniem Spółki mogli uczestniczyć w rozpatrywanych uzgodnieniach cenowych. W wiadomości tej A. oświadczyła, że nie będzie reagować na jakiegokolwiek sygnały dotyczące ustalania cen detalicznych przez swoich dystrybutorów oraz nie będzie podejmować działań mających na celu ingerencję w politykę cenową.

W dniu 29 kwietnia 2013 r. do Prezesa UOKiK wpłynął wniosek o odstąpienie od nałożenia kary albo o obniżenie kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, złożony przez J.. W dniu 30 kwietnia 2013 r. A. złożyła wniosek o obniżenie kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Pismem z dnia 16 grudnia 2013 r. A. wniosła alternatywnie o umorzenie

postępowania antymonopolowego, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o odstąpienie od nakładania kary pieniężnej bądź nałożenie jej w szczególnie niskiej wysokości wskazując, że ze względu na zaprzestanie stosowania praktyki już samo wydanie przez Prezesa UOKiK decyzji stwierdzającej naruszenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów spełni swoje cele. W dniu 31 grudnia 2013 r. Prezes UOKiK wydał decyzję uznającą porozumienie zorganizowane przez spółkę A. za praktykę ograniczającą konkurencję i nałożył na nią karę pieniężną.

W prawnych motywach decyzji Prezes UOKiK wskazał, że A. dopuściła się naruszenia interesu publicznego. Naruszenie interesu publicznego ma miejsce wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorcy, będące przedmiotem postępowania antymonopolowego wywołało lub mogło wywołać na rynku niekorzystne - z punktu widzenia celów ustawodawstwa antymonopolowego - skutki w postaci wpływu na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom. Z punktu widzenia dopuszczalności zastosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów liczba podmiotów dotkniętych skutkami praktyki ograniczającej konkurencję jest nieistotna, wystarczające jest bowiem, że zachowanie przedsiębiorcy wyczerpuje znamiona antykonkurencyjnej praktyki.

Odnosząc te wywody do sprawy A., Prezes UOKiK stwierdził, że takie ukształtowanie relacji pomiędzy A. a przedsiębiorcami prowadzącymi sprzedaż detaliczną zegarków, jakie ma miejsce w niniejszej sprawie, prowadzi do naruszenia interesu publicznego. Spółce postawiono zarzut ustalania ze swoimi kontrahentami minimalnych cen detalicznych sprzedawanych przez tych kontrahentów zegarków. Tego rodzaju praktyki przedsiębiorców uważane są za jedno z najpoważniejszych naruszeń konkurencji, a co za tym idzie - uzasadnione jest przyjęcie, że działania te mogą naruszać interes publiczny. Porozumienia między przedsiębiorcą wprowadzającym produkty do obrotu a przedsiębiorcami prowadzącymi sprzedaż detaliczną mają bowiem realny i bezpośredni wpływ na interes ekonomiczny szerokiego kręgu uczestników rynku - nie tylko na same strony porozumienia, ale przede wszystkim na konsumentów.

Prezes UOKiK uznał, że rynkiem, na którym zawarto porozumienie jest krajowy rynek hurtowej sprzedaży zegarków. Natomiast rynkiem, na który porozumienie oddziałuje, jest krajowy rynek sprzedaży detalicznej zegarków.

Jednocześnie Prezes UOKiK podkreślił, że definiowanie rynku właściwego w sprawach dotyczących zakazanych porozumień ograniczających konkurencję polegających na ustalaniu cen nie wymaga takiego stopnia precyzji, jaki konieczny jest przy rozpatrywaniu spraw dotyczących nadużywania pozycji dominującej lub koncentracji przedsiębiorców, gdzie udziały rynkowe stron mają istotne znaczenie.

W ocenie Prezesa UOKiK na to, że w zakresie określonym w sentencji decyzji doszło do zawarcia przez A. ze współpracującymi z tym przedsiębiorcą sprzedawcami detalicznymi, antykonkurencyjnego porozumienia w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Porozumienie zostało zawarte zarówno w formie ustnej jak i za pośrednictwem wiadomości e-mail oraz w postaci czynności konkludentnych, tj. dostosowania przez sprzedawców polityki handlowej w zakresie cen (maksymalne rabaty, zaokrąglanie cen) oraz akcji promocyjnych. Porozumienie to zostało zawarte między podmiotami mającymi status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. A. jako spółka prawa handlowego mieści się w podmiotowym zakresie zastosowania zakazu praktyk ograniczających konkurencję wynikającym z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Natomiast co do kontrahentów A., to sama Spółka w piśmie do Prezesa UOKiK z dnia 17 września 2012 r. wskazała, że „A. [...] współpracuje z samodzielnymi przedsiębiorcami”. Inicjatorem zawarcia rozpatrywanego porozumienia w zakresie ustalania minimalnych cen sprzedaży detalicznej produktów wskazanych w sentencji była A.. Oświadczenie to znajduje potwierdzenie w materiale dowodowym, zgromadzonym przez Prezesa UOKiK - zarówno w wiadomościach e-mail przesyłanych między pracownikami A. jak i przysyłanych przez dystrybutorów detalicznych. Prezes UOKiK uznał w niniejszej sprawie za uzasadnione postawienie zarzutów naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jedynie A., jako organizatorowi systemu sprzedaży. Jednocześnie zarzutów nie postawiono przedsiębiorcom prowadzącym sprzedaż detaliczną, mimo ich faktycznego uczestnictwa w przedmiotowym porozumieniu. W ten sposób Prezes UOKiK uwzględnił decydującą rolę A. w powstaniu i funkcjonowaniu rozpatrywanego porozumienia.

Prezes UOKiK doszedł do przekonania, że A. była stroną porozumienia o charakterze wertykalnym, czyli porozumienia pomiędzy podmiotami działającymi

na różnych szczeblach obrotu. Przedmiotowe porozumienie, polegające na uzgodnieniu przez A. z jej kontrahentami prowadzącymi sprzedaż detaliczną stosowania cen sugerowanych z maksymalnym możliwym rabatem w wysokości 15% ceny sugerowanej (5% w przypadku marki C.), miało w ocenie Prezesa UOKiK na celu ograniczenie wewnątrzmarkowej konkurencji cenowej pomiędzy sprzedawcami detalicznymi. Takie porozumienie uniemożliwiło im oferowanie cen poniżej pewnego, ustalonego poziomu. W ten sposób kontrahenci uczestników (konsumenci) porozumienia zostali pozbawieni możliwości zakupu towarów objętych porozumieniem po niższych cenach, które mogłyby zostać zaproponowane przez bardziej efektywnych przedsiębiorców. W konsekwencji Prezes UOKiK doszedł do przekonania, że A. dopuściła się stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, naruszając zakaz ustanowiony w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Prezes UOKiK nie uznał za zasadne umorzyć postępowanie antymonopolowa prowadzonego przeciwko A. bądź odstąpić od nałożenia kary pieniężnej na Spółkę albo nałożyć ją w szczególnie niskiej wysokości. A. umyślnie naruszyła art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów organizując i wcielając w życie antykonkurencyjne porozumienie. Porozumienie zawarte przez Spółkę należy do najbardziej powszechnego typu porozumień antykonkurencyjnych, którego zawarcia nie usprawiedliwiają okoliczności w postaci konieczności pozycjonowania produktów czy też wymogów producentów i dostawców w zakresie polityki handlowej.

Powód A. wniósł odwołanie od powyższej decyzji, zaskarżając ją w całości. Zarzucił między innymi naruszenie art. 1, 6 ust. 1, 10, 11, 88 ust. 1 u.o.k.k., art. 6 i 8 k.p.a. oraz art. 2, 7 i 32 ust. 1 Konstytucji RP - poprzez nieobjęcie zakresem postępowania antymonopolowego i zaskarżoną decyzją w przedmiocie zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia dystrybutorów powoda, którzy rzekomo uczestniczyli w zakwestionowanej przez Prezesa Urzędu praktyce i ukaranie za naruszenie ustawy jedynie powoda; naruszenie art. 4 pkt 9 u.o.k.k. skutkujące przyjęciem błędnej definicji właściwego rynku produktowego; naruszenie art. 8 k.p.a. w zw. z art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności - polegające na wykorzystaniu jako dowodów obciążających powoda

materiałów przekazanych we wniosku o odstąpienie od nałożenia kary albo o obniżenie kary pieniężnej złożonym przez powoda oraz pismach uzupełniających wniosek.

Mając powyższe na uwadze, powód wniósł o uchylenie decyzji w całości; ewentualnie o zmianę decyzji w punkcie drugim poprzez obniżenie wymiaru kary pieniężnej nałożonej na powoda. Jednocześnie powód wniósł o zasądzenie na swoją rzecz od pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes UOKiK wniósł o jego oddalenie, podtrzymując stanowisko wyrażone w decyzji.

Wyrokiem z 24 czerwca 2015 r., XVII AmA [...] Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w punkcie pierwszym sentencji uchylił zaskarżoną decyzję; w punkcie drugim sentencji stwierdził, że zaskarżona decyzja została wydana z rażącym naruszeniem prawa.

Zdaniem SOKiK odwołanie było zasadne, a zarzuty przedstawione przez powoda implikowały konieczność uchylenia spornej decyzji z uwagi na rażące naruszenie prawa przez Prezesa UOKiK. W ocenie SOKiK częściowo zasadny okazał się pierwszy zarzut, polegający na braku ustalenia przez organ pozostałych - poza powodem - uczestników porozumienia dystrybucyjnego, jak też zarzuty dotyczące nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego.

SOKiK nie podzielił stanowiska powoda, iż nieobjęcie sentencją decyzji pozostałych uczestników porozumienia było działaniem nieprawidłowym. SOKiK zważył, iż zakres podmiotowy postępowania określa art. 88 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i przepis ten stanowi *lex specialis* wobec art. 28 k.p.a. Sąd podzielił przy tym stanowisko pozwanego, że decyzja nie musi być skierowana przeciwko wszystkim uczestnikom porozumienia, bowiem to, czy dany przedsiębiorca będzie adresatem decyzji o stwierdzeniu naruszenia ustawy jest zależne od tego, czy wobec danego przedsiębiorcy zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe. Wobec powyższego SOKiK stanął na stanowisku, że skierowanie decyzji wyłącznie do jednego z podmiotów będących stroną porozumienia dystrybucyjnego nie stanowi naruszenia przepisów postępowania. SOKiK zważył, że porozumienie wertykalne, z jakim mamy w przedmiotowej sprawie do czynienia,

jest dokonywane pomiędzy przedsiębiorcą będącym dostawcą, a przedsiębiorcami, którzy nabywają te produkty w celu ich dalszej odsprzedaży. Organizatorem takiego porozumienia jest zazwyczaj dostawca, który chce w ten sposób ograniczyć konkurencję międzymarkową. Eliminacja takiego porozumienia jest najczęściej możliwa poprzez wydanie decyzji w odniesieniu do inicjatora i organizatora porozumienia. SOKiK podniósł przy tym, że takie decyzje, w których sentencja odnosiła się jedynie do inicjatora i organizatora porozumienia wertykalnego, były już uprzednio wydawane przez Prezesa UOKiK, a ostatecznie znajdowały też aprobatę Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jednakże - jak zaznaczył Sąd Okręgowy - w sprawach tych organ jednoznacznie i wyraźnie w uzasadnieniu decyzji określił przedsiębiorców, którzy byli stroną porozumienia zawartego z organizatorem, wobec którego skierowana była decyzja.

Tymczasem na gruncie niniejszej sprawy brak było określenia stron niedozwolonej zмовы cenowej, co stanowiło naruszenie art. 6 u.o.k.k. oraz art. 4 i 7 ww. ustawy. SOKiK podniósł, iż w uzasadnieniu spornej decyzji pozwany wskazał w punkcie (84), że doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy powodem, a współpracującymi z nim sprzedawcami detalicznymi, niemniej jednak w żadnym miejscu nie wskazał firmy lub imienia i nazwiska tych przedsiębiorców - uczestników porozumienia. Takie działanie w przekonaniu Sądu nie było prawidłowe, albowiem narusza to prawo powoda do obrony, który nie może odnieść się do tak skonstruowanego uzasadnienia decyzji.

SOKiK przyznał również rację powodowi, że brak ustaleń co do kręgu uczestników porozumienia utrudnia realizację możliwości egzekwowania prawa konkurencji przez podmioty poszkodowane w wyniku zawiązania niedozwolonego porozumienia, skoro takie ustalenie poczynione w decyzji przez Prezesa UOKiK - organu powołanego do dokonywania takich ustaleń - stanowią dowód na uczestniczenie podmiotu w porozumieniu i ułatwiają udowodnienie podstaw do dochodzenia tego typu roszczenia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 k.p.a. w zw. z art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, SOKiK zważył, że powód w dniu 30 kwietnia 2013 r. złożył wniosek o odstąpienie od nałożenia kary albo o obniżenie kary pieniężnej. Zdaniem Sądu Okręgowego ustalony stan faktyczny

niniejszej sprawy jednoznacznie wskazywał, że pozwany w chwili przyjmowania od powoda wniosku *leniency* wiedział, iż nie jest to pierwszy wniosek; mógł także przewidywać, że wniosek ten nie będzie spełniał wymagań formalnych i zostanie zwrócony wnioskodawcy. Tak więc - jak wskazał Sąd pierwszej instancji - wezwania do uzupełniania braków wniosku w dniu 17 maja, 3 lipca i 4 września 2013 r. musiały być powodowane chęcią zgromadzenia dowodów i wyjaśnień obciążających przedsiębiorcę, działającego w dobrej wierze i w ramach zaufania do organu administracyjnego. W ocenie SOKiK zostało w ten sposób naruszone prawo do rzetelnego procesu, wynikające z treści art. 6 Konwencji, poprzez wykorzystanie samooskarżenia wnioskodawcy złożonego w ramach programu *leniency* do zdobycia oświadczeń i dowodów obciążających przedsiębiorcę. W przypadku zwrotu wniosku przez organ, nie może on korzystać z uzyskanych w ten sposób dowodów.

Wskazując na powyższe, wobec braku odpowiednich przepisów w ustawie obowiązującej w dniu wydania decyzji, SOKiK uznał, że Prezes UOKiK naruszył art. 8 k.p.a. w zw. z art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Sąd pierwszej instancji zaznaczył przy tym, iż wbrew wywodom Prezesa Urzędu, bardzo znaczna część ustalonego przez niego w decyzji stanu faktycznego została oparta właśnie na dowodach zgłoszonych przez powoda w zwróconym wniosku *leniency*.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany Prezes UOKiK, zaskarżając go w całości. Przedmiotowemu wyrokowi zarzucił naruszenie przepisów prawa procesowego, mających wpływ na wynik postępowania, tj.: art. 479^{31a} § 3 k.p.c. zw. z art. 8 k.p.a. i art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności; art. 479^{31a} § 3 zdanie drugie k.p.c.; art. 231 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c., a także naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.: art. 1 i 6 u.o.k.k. poprzez błędną wykładnię i uznanie, że w decyzji Prezesa Urzędu stwierdzającej istnienie niedozwolonego porozumienia w interesie publicznym winny być wskazane wszystkie strony porozumienia, aby umożliwić realizację możliwości egzekwowania prawa konkurencji przez podmioty poszkodowane w wyniku zawiązania niedozwolonego porozumienia oraz art. 109 u.o.k.k. przez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na

uznaniu, że nieuwzględnienie wniosku *leniency* winno skutkować zwrotem wszelkich dokumentów i dowodów pozyskanych od przedsiębiorców wraz ze zwrotem wniosku i zakazem wykorzystania ich w postępowaniu prowadzonym przez Prezesa UOKiK.

Wskazując na powyższe pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania w całości, a ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie punktu drugiego.

Powód w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie.

W wyroku z 25 stycznia 2017 r., VI ACa [...] Sąd Apelacyjny w [...] zmienił zaskarżony wyrok w punkcie drugim w całości w ten sposób, że stwierdził, iż decyzja nie została wydana z rażącym naruszeniem prawa oraz bez podstawy prawnej w rozumieniu art. 479^{31a} § 3 k.p.c.. W pozostałym zakresie apelację oddalił.

W ocenie Sądu Apelacyjnego przedmiotowa decyzja Prezesa UOKiK dotknięta była kilkoma poważnymi wadami, które uzasadniają jej uchylenie.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego treść decyzji Prezesa UOKiK w przedmiotowych sprawach powinna umożliwiać identyfikację podmiotów, które uczestniczyły w porozumieniu ograniczającym konkurencję. Badana decyzja nie spełnia tego kryterium. Nie jest wystarczające wskazanie kręgu podmiotów, wśród których uczestnicy się znajdują, a taki charakter ma ustalenie przez Prezesa UOKiK, iż powódka zawarła porozumienie ze sprzedawcami detalicznymi. Prezes UOKiK nie udowodnił bowiem, by wszyscy wskazani sprzedawcy detaliczni byli stronami przedmiotowego porozumienia, ani też nie wyodrębnił wśród nich grupy, która w porozumieniu tym uczestniczyła.

Błędne jest przyjęcie przez Prezesa UOKiK, że z samego faktu, że zachowanie danego przedsiębiorcy było podobne, czy nawet identyczne z zachowaniem oczekiwanym przez pozwaną wynika, że doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję w sposób konkludentny. Przedsiębiorcy mają pełne prawa do dostosowywania swojej polityki handlowej do zmian w otoczeniu rynkowym. Zawarcie porozumienia cenowego przez niektórych przedsiębiorców prowadzących działalność na danym rynku często prowadzi do wystąpienia efektu tzw. parasola cenowego kartelu nad rynkiem. Podmiotowi, który podniósł ceny jedynie w reakcji na oddziaływanie efektu parasola cenowego kartelu

nad rynkiem nie można zasadnie stawiać zarzutu uczestniczenia w porozumieniu ograniczającym konkurencję. Faktu tego nie zmienia to, że inicjator porozumienia formułował pod jego adresem groźby.

Dla przyjęcia, iż doszło do zawarcia porozumienia niezbędne jest ustalenie zgodnego zamiaru jego uczestników. Jego istnienie można byłoby wywieść z podniesienia cen przez przedsiębiorcę tylko wtedy, gdyby decyzja ta odbiegała od zachowania, jakiego można racjonalnie oczekiwać od przedsiębiorcy, który w antykonkurencyjnym porozumieniu nie uczestniczy. Prezes UOKiK stosownej analizy nie przeprowadził. Nie wykazał on zatem, że wszyscy przedsiębiorcy, którzy dostosowali się do oczekiwań inicjatora porozumienia brali w nim udział.

W ocenie Sądu Apelacyjnego skutki badanego uchybienia są bardzo poważne. W niedopuszczalny sposób ograniczają one prawo adresata decyzji do obrony. Trudno bowiem byłoby przyjąć, iż prawo to jest należycie realizowane w sytuacji, gdy przedsiębiorca nie jest w stanie zidentyfikować podmiotów, z którymi zdaniem organu antymonopolowego zawarł porozumienie ograniczające konkurencję. Utrudnia to, a nierzadko nawet uniemożliwia mu podnoszenie zarzutów związanych z relacjami wiążącymi go z konkretnymi podmiotami. Przedmiotowe uchybienie ogranicza prawo pozwanej do obrony w sposób, który przesądza o tym, iż przedmiotowa decyzja powinna być uchylona.

Okoliczności dopuszczenia się przez Prezesa UOKiK wskazanego uchybienia nie uprawniają jednak do stwierdzenia, że zaskarżona decyzja została wydana z rażącym naruszeniem prawa lub bez podstawy prawnej. Organ antymonopolowy nie działał wbrew jasnym normom prawnym, a jego stanowisko, choć uznane przez Sąd Apelacyjny za nieprawidłowe, mieściło się w ramach racjonalnego dyskursu dotyczącego wykładni relewantnych unormowań. Na analizowanej płaszczyźnie zakres wskazanych wątpliwości nie został jeszcze w zasadniczym stopniu ograniczony przez judykaturę i doktrynę.

Kolejną płaszczyzną, na której w ocenie Sądu Apelacyjnego zaskarżona decyzja wzbudza zastrzeżenia jest sposób określenia rynku właściwego. Prezes UOKiK stanął na stanowisku, że w niniejszej sprawie „rynkiem, na którym zawarto porozumienie jest krajowy rynek hurtowej sprzedaży zegarków. Natomiast rynkiem, na który porozumienie oddziałuje, jest krajowy rynek sprzedaży detalicznej

zegarków”. W treści samej decyzji odnaleźć można ustalenia, które podważają prawidłowość przyjętego przez organ antymonopolowy sposobu ustalenia rynku właściwego. W punkcie 17 decyzji stwierdzono, że zegarki sprzedawane przez powódkę „należą do produktów klasy pośredniej pomiędzy zegarkami czysto użytkowymi, a zegarkami postrzeganymi jako luksusowe. Są to zegarki, których cena w sprzedaży detalicznej waha się od kilkuset do kilku tysięcy złotych”. Mimo to Prezes UOKiK stwierdził, że „wszystkie rodzaje zegarków mieszczą się w jednym rynku właściwym” (pkt 74). Ustalenie to jest nieprawidłowe. Bardzo wątpliwe jest przykładowo to, że substytutami bardzo drogich, luksusowych zegarków, które postrzegane są przez konsumentów w sposób zbliżony do biżuterii są kilkadziesiąt, czy nawet kilkaset razy tańsze od nich zegarki, które nie pełnią zbliżonej funkcji.

Do naruszenia praw powódki w niniejszej sprawie doprowadzić mogło ewentualne zbyt wąskie określenie granic rynku geograficznego. Organ antymonopolowy stwierdził, że kontrahenci powódki konkutowali „również z tzw. szarym importem”, czyli z „przedsiębiorcami nabywającymi zegarki marek dystrybuowanych na terenie Polski przez A. od innych, zagranicznych przedsiębiorców, działających na rynku hurtowym” (pkt 122 decyzji). Poza zakresem analiz polskiego organu antymonopolowego znalazła się kwestia tego, czy zegarki dystrybuowane przez powódkę były lub mogły być nabywane przez konsumentów spoza Polski, w szczególności za pośrednictwem internetu. Prezes UOKiK nie zbadał też tego, czy konsumenci w Polsce mogli nabywać zegarki marek dystrybuowanych przez powódkę od sprzedawców z innych krajów, a jeżeli tak, to w jakim zakresie z tej możliwości korzystali.

Ustalenie, że rynek geograficzny jest szerszy niż przyjął to Prezes UOKiK mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania antymonopolowego. Im mniejszy udział przedsiębiorców biorących udział w antykonkurencyjnym porozumieniu tym mniejsza jest szkodliwość praktyki, której się dopuścili i tym mniejsza jest jej zdolność do negatywnego oddziaływania na gospodarkę. Kwestia ta powinna być uwzględniana przy ustalaniu wysokości kar i badaniu naruszenia przesłanki interesu publicznego. W tym kontekście za dalece niewystarczające należy uznać stwierdzenie Prezesa UOKiK, że powódka „jest jednym z większych podmiotów na rynku hurtowej sprzedaży zegarków” (punkt 159 decyzji).

Możliwość transgranicznego oddziaływania przedmiotowego porozumienia powinna była skłonić Prezesa UOKiK do rozważenia zastosowania unijnego prawa konkurencji. Poza wskazanymi już elementami, na zasadność zbadania tej kwestii wskazuje również to, iż A. podnosiło, że „u podstaw porozumienia stała konieczność pozycjonowania marek zegarków oferowanych przez Spółkę, tj. prezentowania cen sprzedaży detalicznej na poziomie zbliżonym do poziomu sugerowanego przez producentów w całej Europie” (punkt 27 decyzji).

W niniejszej sprawie organ antymonopolowy niemal całkowicie zaniechał ustalenia pozycji uczestników zakwestionowanego porozumienia na rynku właściwym oraz dopuścił się poważnych uchybień przy jego definiowaniu. Należy zatem uznać, że Prezes UOKiK nie wykazał, że cel zakwestionowanego przez niego porozumienia miał antykonkurencyjny charakter.

Sąd Apelacyjny nie podzielił w istotnej części stanowiska SOKiK dotyczącego wykorzystania materiałów dowodowych dostarczonych przez powódkę w związku z tym, że liczyła ona na możliwość skorzystania z programu *leniency*.

Powyższy wyrok Sądu Apelacyjnego został doręczony pozwanemu w dniu 6 marca 2017 r. Pozwany wniósł od tego wyroku skargę kasacyjną pismem z 5 maja 2017 r., nadając ją u operatora pocztowego do wysyłki w dniu 6 maja 2017 r. (data stempla pocztowego, k. 284 w aktach sprawy apelacyjnej, t. II).

W skardze kasacyjnej pozwany Prezes UOKiK zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w części tj. w pkt II i III, opierając ją na następujących podstawach:

1) zgodnie z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. - naruszeniu przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

a) naruszenie art. 385 k.p.c. w związku z art. 479^{31a} § 3 k.p.c., art. 6 i 8 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego oraz art. 6 EKPC poprzez oddalenie apelacji pozwanego i przyjęcie, że niewskazanie w treści decyzji wszystkich uczestników porozumienia ograniczającego konkurencję, niebędących zarazem stronami postępowania antymonopolowego, stanowi wynikające z art. 6 EKPC naruszenie prawa do obrony adresata decyzji Prezesa UOKiK i jest tego rodzaju uchybieniem, które powoduje konieczność uchylecia decyzji Prezesa UOKiK.

b) naruszenie art. 385 k.p.c. w związku z art. 479^{31a} § 3 k.p.c., art. 6 ust. 1

pkt 1-3 i 7 oraz art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez oddalenie apelacji na skutek przyjęcia, że błędne określenie rynku właściwego w odniesieniu do porozumień ograniczających konkurencję zakazanych ze względu na cel (przedmiot) oraz nieustalenie pozycji poszczególnych uczestników kwestionowanego porozumienia ograniczającego konkurencję, w tym przedsiębiorców niebędących stronami postępowania antymonopolowego skutkuje koniecznością uchylecia decyzji, pomimo że w świetle art. 6 w związku z art. 7 ust. 3 u.o.k.k. porozumienia tego rodzaju są zakazane bez względu na udział w rynku ich uczestników.

c) naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. polegające na takim skonstruowaniu uzasadnienia wyroku, które utrudnia jednoznaczną rekonstrukcję rozumowania Sądu, w wyniku czego uzasadnienie nie poddaje się kontroli.

d) naruszenie art. 386 § 1 w związku z art. 479^{31a} § 1 i § 3 k.p.c. poprzez oddalenie apelacji i nieorzeczenie co do istoty sprawy w zakresie pierwotnego wszczęcia postępowania antymonopolowego, tj. zainicjowanego postanowieniem Prezesa UOKiK z dnia 17 grudnia 2012 r., podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy umożliwiał wydanie merytorycznego rozstrzygnięcia w tym zakresie.

e) naruszenie art. 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia Rady (WE) 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. UE L 2003.1.1) poprzez błędne przyjęcie, że możliwość transgranicznego oddziaływania porozumienia, wywodzona z faktu sporadycznego i marginalnego nabywania produktów od zagranicznych przedsiębiorców (w tym spoza Unii Europejskiej) oraz istnienia tzw. szarego importu, wskazuje na wystąpienie przesłanki wpływu na handel między Państwami Członkowskimi i skutkuje koniecznością zastosowania unijnego prawa konkurencji, co pozostaje w jawnej sprzeczności z istotą tej przesłanki.

2) zgodnie z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. - naruszeniu przepisu prawa materialnego, tj.:

a) naruszenie art. 4 pkt 9 w związku z art. 6 oraz art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie,

że pomimo regulacji zawartej w art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w odniesieniu do porozumień ograniczających konkurencję zakazanych ze względu na cel (przedmiot) konieczne jest precyzyjne ustalenie rynku właściwego i ustalenie udziałów w tym rynku wszystkich uczestników kwestionowanego porozumienia, nawet jeśli nie byli stronami postępowania antymonopolowego i w konsekwencji uznanie przez Sąd Apelacyjny, że rynek właściwy został przez Prezesa UOKiK określony nieprawidłowo.

b) naruszenie art. 1 i 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez błędną wykładnię i uznanie, że w interesie publicznym jest wskazanie w decyzji wszystkich przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu ograniczającym konkurencję, podczas gdy interes publiczny w tego typu sprawach przejawia się w wyeliminowaniu z rynku kwestionowanych zachowań, do czego wystarczającym jest ich zaniechanie przez organizatora porozumienia.

W związku z powyższym pozwany wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] w części, tj. w pkt I i II i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania temu Sądowi wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania za obie instancje według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] w części, tj. w pkt I i II oraz uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w W. - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 czerwca 2015 r., sygn. akt XVII AmA [...] i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania według norm przepisanych. W przypadku uznania przez Sąd Najwyższy, że zarzuty prawa procesowego są nieuzasadnione pozwany wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w części, tj. w pkt I i II oraz orzeczenie co do istoty sprawy poprzez zmianę wyroku Sądu Okręgowego w W. - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 czerwca 2015 r., sygn. akt XVII AmA [...] i oddalenie odwołania w całości. Na koniec pozwany wniósł o rozpoznanie niniejszej skargi kasacyjnej na rozprawie. Oprócz tego wniósł o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych.

Powód wniósł odpowiedź na skargę kasacyjną w terminie (k. 297, akta sprawy apelacyjnej, t. II).

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna ma uzasadnione podstawy, choć nie wszystkie zarzuty okazały się trafne.

Trafny okazał się zarzut naruszenia przepisów postępowania przez przyjęcie, że niewskazanie w treści decyzji wszystkich uczestników porozumienia ograniczającego konkurencję, niebędących zarazem stronami postępowania antymonopolowego, stanowi wynikające z art. 6 EKPC naruszenie prawa do obrony adresata decyzji Prezesa UOKiK i jest tego rodzaju uchybieniem, które powoduje konieczność uchylenia decyzji Prezesa UOKiK. Do rzetelnego ustalenia, czy pozwany był organizatorem a zarazem stroną porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne ustalanie tożsamości wszystkich uczestników porozumienia i badanie ich wszelkich możliwych zachowań, a jedynie szczegółowa i zindywidualizowana ocena zachowań samego organizatora porozumienia. Interes publiczny określony w art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przemawia za przyjętym kierunkiem wykładni, ponieważ uzasadnia ochronę rynku przez eliminowanie zachowań ograniczających konkurencję, do czego wystarczającym jest ich zaniechanie przez organizatora porozumienia.

W niniejszej sprawie jednoznacznie wykazano i udowodniono kto jest organizatorem porozumienia ograniczającego konkurencję, że jego zachowania są niezgodne z prawem, a nawet, że są one zawinione, a wina ta może być przypisana powodowej spółce. O zawinionym działaniu powodowej spółki świadczy udowodniona świadomość członka zarządu oraz pracowników spółki o sprzeczności jej działań z normami mających genezę w prawie UE oraz komunikowanie się z kontrahentami w sposób utrudniający udowodnienie czynności niezgodnych z prawem. Nie ma też wątpliwości, że spółka mogła korzystać ze wszystkich uprawnień strony postępowania, a liczba lub jakość tych uprawnień nie uległaby zwiększeniu w przypadku uznania, że regulator ma obowiązek ustalenia wszelkich uczestników postępowania. Na marginesie można odnotować, że wymóg ustalania wszelkich uczestników porozumienia w praktyce znacznie ograniczałby skuteczność działania organów antymonopolowych.

O naruszeniu prawa do obrony organizatora porozumienia ograniczającego konkurencję nie może być mowy także z tego powodu, że odpowiedzialność organizatora porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest odpowiedzialnością karną. Odmienne stanowisko podważałoby cel i *effet utile* prawa konkurencji. Przyjęta wykładnia znajduje potwierdzenie w utrwalonej praktyce Prezesa Urzędu, której spójność gwarantuje pewność prawa będącą wartością konstytucyjną, ale także dlatego, że koresponduje z praktyką innych regulatorów, w tym Komisji Europejskiej.

Uzasadniony okazał się także zarzut naruszenia przepisów postępowania przez wymaganie szczegółowego badania przez Prezesa Urzędu rynku właściwego, na którym zawarto niedozwolone porozumienie oraz czy porozumienie to miało wpływ na handel między państwami członkowskimi w sytuacji, gdy Prezes Urzędu prawidłowo ustalił, że porozumienie polegające na ustalaniu i egzekwowaniu minimalnych cen odsprzedaży miało cel jednoznacznie antykonkurencyjny. Prawidłowe wyznaczenie rynku właściwego ma wprawdzie znaczenie dla poprawnego zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (wyroki Sądu Najwyższego: z 14 września 2006 r., III SK 13/06; z 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09; z 23 listopada 2011 r., III SK 21/11), ale trafnie podnosi Prezes Urzędu, że z uwagi na wyłączenie a analizowanej sprawie możliwości zastosowania art. 7 u.o.k.k. wymóg szczegółowych ustaleń w tym względzie byłby nadmierny. Nie powinno ująć uwadze Sądu Apelacyjnego, że w postępowaniu nie przedstawiono dowodów na okoliczność, że przedmiotowe porozumienie utraciłoby cel antykonkurencyjny, gdyby nawet wpływało na handel między państwami członkowskimi. Takich argumentów nie przedstawił także Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, ograniczając się do zarzucenia Prezesowi Urzędu niewyjaśnienie tej kwestii.

Wskazane naruszenia uzasadniają uchylenie przez Sąd Najwyższy zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Nie jest natomiast uzasadniony zarzut naruszenia przepisów postępowania polegający na takim skonstruowaniu uzasadnienia wyroku, które utrudnia jednoznaczną rekonstrukcję rozumowania Sądu, w wyniku czego uzasadnienie nie

poddaje się kontroli. Rozumowanie Sądu Apelacyjnego zostało dostatecznie jasno przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przez co kontrola kasacyjna okazała się skuteczna. Na marginesie więc tylko można odnotować, że zarzut naruszenia stosowanego odpowiednio przez sąd drugiej instancji art. 328 § 2 k.p.c. może być podstawą skargi kasacyjnej tylko w wyjątkowych okolicznościach, gdy nieczytelność kardynalna lub braki uzasadnienia uniemożliwiają dokonanie kontroli kasacyjnej (wyrok Sądu Najwyższego z 20 lutego 2018 r., V CSK 352/17; wyrok Sądu Najwyższego z 8 marca 2018 r., II UK 80/17; wyrok Sądu Najwyższego z 18 lutego 2005 r., V CK 469/04).

Odnośnie do zarzutów naruszenia prawa materialnego, także należy uznać je za zasadne. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: (1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów. Według art. 7 ust. 1 u.o.k.k. (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k., nie stosuje się do porozumień zawieranych między: (1) konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5% (porozumienia horyzontalne); (2) przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, jeżeli udział w rynku posiadany przez któregokolwiek z nich w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10% (porozumienia wertykalne). Jednakże art. 7 ust. 2 u.o.k.k. (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) przewiduje, że przepisów ust. 1 nie stosuje się do przypadków określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-3 i 7 u.o.k.k., a więc m.in. porozumień polegających na ustalaniu cen. Oznacza to, że do przedmiotowego porozumienia nie można zastosować reguły *de minimis*.

Sąd Najwyższy w obecnym składzie w pełni podziela pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 listopada 2011 r. (III SK 21/11), że kontekst ekonomiczny porozumień ustalających minimalne lub sztywne ceny odsprzedaży nie zwalnia z konieczności respektowania ustalonych przez ustawodawcę standardów w zakresie prawnej oceny porozumień tego rodzaju. Przepisy ustawy o

ochronie konkurencji i konsumentów akcentują bowiem pierwszoplanowe znaczenie konkurencji cenowej wśród różnych form konkurencji, samodzielność kształtowania polityki cenowej przez uczestników rynku oraz interesy konsumentów.

Także w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2014 r. (III SK 44/13), podkreślono, że porozumienia ustanawiające minimalne bądź sztywne ceny odsprzedaży należy zaliczać do kategorii ograniczających konkurencję ze względu na cel. Stanowisko Sądu Najwyższego w przedmiocie statusu porozumień wertykalnych polegających na ustalaniu cen odsprzedaży jako porozumień ograniczających konkurencję, zostało przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 listopada 2011 r. (III SK 21/11). W przypadku porozumień wertykalnych producent i dystrybutorzy nie są wprawdzie konkurentami w rozumieniu art. 4 pkt 10 u.o.k.k., albowiem działają na różnych szczeblach obrotu, ale antykonkurencyjny charakter tych porozumienia wynika stąd, że ograniczają wolność przedsiębiorców zajmujących się dystrybucją (hurtową lub detaliczną) w zakresie kształtowania własnej polityki cenowej. Ustalenie minimalnej ceny odsprzedaży z zasady powoduje, że cena sprzedaży detalicznej zostaje ukształtowana na innym, z reguły wyższym, poziomie niż w braku takiego ograniczenia, kiedy to jej poziom kształtowany byłby przez sprzedawcę w sposób odpowiadający jego planom i oczekiwaniom gospodarczym, intensywności popytu oraz rozwojowi konkurencji ze strony innych sprzedawców. Obok minimalnych cen odsprzedaży, sztywne ceny odsprzedaży to jedyne wertykalne ograniczenie w porozumieniach dystrybucyjnych, które nie pozwala odsprzedawcy na zwiększenie wolumenu sprzedaży w drodze obniżenia ceny. Porozumienie o takiej treści uniemożliwia sprzedawcom konkurowanie ceną z innymi członkami sieci. Porozumienia ustalające sztywne ceny odsprzedaży mogą zaburzać efektywność alokacyjną. Ułatwiają zawarcie i wykonywanie zмовы kartelowej między producentami (dostawcami) towarów. Mogą również negatywnie oddziaływać na poziom efektywności produkcyjnej. W braku konkurencji cenowej między sprzedawcami producent (dostawca) będzie poddany mniejszej presji sprzedawców na obniżenie ceny hurtowej celem zwiększenia marży detalicznej, co z kolei zmniejsza bodźce do redukcji kosztów. Powyższe okoliczności powodują, że

porozumienia ustalające sztywne ceny sprzedaży budzą wątpliwości z punktu widzenia celów prawa ochrony konkurencji *in abstracto*, co uzasadnia przyjęcie, że porozumienia tego rodzaju należą do tej kategorii grupowych praktyk ograniczających konkurencję, której celem jest ograniczenie konkurencji.

Jedynie ma marginesie można odnotować, że tylko wyjątkowo stosowanie minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży w porozumieniach zawieranych przez producentów (dostawców) z członkami sieci dystrybucji mogłoby uzasadniać odmienną ocenę, wtedy, gdy podyktowane jest potrzebą zapewnienia jednolitego wizerunku i charakteru działania sieci sprzedaży oraz skutecznego przeprowadzenia krótkoterminowych kampanii promocyjnych opierających się na niskiej cenie (zob. wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz.Urz. UE z 19 maja 2010 r., C 130, s. 1, pkt 225). W tym kontekście można dostrzec, że w tych wyjątkowych sytuacjach porozumienia należące do porozumień ograniczających konkurencję nie zagrażają interesowi publicznemu, nie aktualizują się zatem przesłanki nałożenia kary pieniężnej. Przy tym, w judykaturze przyjmuje się, że naruszenie interesu publicznego polega tu na zawarciu porozumienia dotyczącego zasadniczego parametru konkurencji na rynku, jakim jest cena (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2008 r., III SK 40/07).

Mając na uwadze wskazane okoliczności Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji, na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 108 § 2 w związku z art. 398²¹ k.p.c.