



Sygn. akt I NSK 11/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 lutego 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Ewa Stefańska (przewodniczący)

SSN Leszek Bosek

SSN Adam Redzik (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa [...] J. Sp. z o.o. w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw
Publicznych w dniu 15 lutego 2019 r.,
skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 20 grudnia 2016 r., sygn. akt VI ACa [...],

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

UZASADNIENIE

I.

Pismem z 15 maja 2017 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK), wniósł na podstawie art. 398¹ k.p.c. skargę kasacyjną pozwanego od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z 20 grudnia 2016 r.

wydanego w sprawie o sygn. VI ACa [...], a doręczonego Prezesowi UOKiK 15 marca 2017 r. Wskazany wyrok zaskarżył w całości, a skargę kasacyjną oparł na następujących podstawach:

1. naruszenia przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.), a mianowicie:

a) naruszenia zasady dwuinstancyjności określonej w art. 176 Konstytucji RP oraz art. 367 § 1 k.p.c., poprzez stwierdzenie przez Sąd Apelacyjny w [...], że doszło do wydania decyzji Prezesa UOKiK z rażącym naruszeniem prawa z innych przyczyn niż przyjął Sąd I instancji;

b) naruszenia art. 385 k.p.c. w związku z art. 479^{31a} § 3 k.p.c. oraz art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r., o ochronie konkurencji konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej: u.o.k.k.) poprzez oddalenie apelacji pozwanego i nieuzasadnione stwierdzenie, że decyzja Prezesa UOKiK została wydana z rażącym naruszeniem prawa wskutek przypisania cechy rażącego naruszenia prawa sposobowi procedowania na etapie postępowania administracyjnego, co doprowadziło do skumulowania popełnionych błędów i ostatecznego sformułowania decyzji w sposób sprzeczny z treścią art. 6 ust. 1 u.o.k.k., poprzez niewskazanie w treści decyzji kończącej postępowanie antymonopolowe wszystkich dystrybutorów uczestniczących w porozumieniu ograniczającym konkurencję wraz z określeniem ich roli w tym porozumieniu, w sytuacji gdy stroną postępowania jest wyłącznie organizator porozumienia wertykalnego;

c) naruszenia art. 385 k.p.c. w związku z art. 479^{31a} § 3 k.p.c. oraz art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPCz), poprzez oddalenie apelacji Pozwanego i nieuzasadnione przyjęcie, że decyzja Prezesa UOKiK kończąca postępowanie antymonopolowe została wydana z rażącym naruszeniem prawa wskutek naruszenia prawa do obrony Powoda poprzez niewskazanie w treści decyzji wszystkich dystrybutorów uczestniczących w porozumieniu ograniczającym konkurencję wraz z określeniem ich roli w tym porozumieniu, w sytuacji gdy stroną postępowania jest wyłącznie organizator porozumienia wertykalnego;

d) naruszenia 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. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz.U.

2016, poz. 23 ze zm.) oraz art. 6 EKPCz oraz oddalenie apelacji Pozwanego i przyjęcie, że imienne niewskazanie w postępowaniu o wszczęcie postępowania antymonopolowego oraz w treści decyzji kończącej to postępowanie wszystkich uczestników porozumienia ograniczającego konkurencję, niebędących zarazem stronami postępowania antymonopolowego, stanowi wynikające z art. 6 EKPCz naruszenie prawa do obrony adresata decyzji Prezesa UOKiK i jest tego rodzaju uchybieniem, które powoduje konieczność uchylecia decyzji Prezesa UOKiK;

e) naruszenia art. 386 § 1 w związku z art. 479^{31a} § 3 k.p.c., poprzez oddalenie apelacji Pozwanego i nie orzeczenie 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.

2. naruszania przepisu prawa materialnego, zgodnie z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c., czyli:

a) naruszenia art. 6 w związku z art. 49 ust. 1 oraz art. 88 ust. 1 i 2 u.o.k.k., poprzez błędną wykładnię i uznanie, że w sytuacji gdy jedyną stroną postępowania antymonopolowego jest organizator porozumienia ograniczającego konkurencję, brak imiennego wskazania wszystkich uczestników porozumienia dystrybucyjnego (ich nazwisk i firm) w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego i w treści decyzji kończącej to postępowanie oraz brak oznaczenia roli każdego z nich w porozumieniu skutkuje niemożnością wykazania, że zawarto porozumienie ograniczające konkurencję, co nie koreluje z przyznaną przez sądy orzekające w sprawie dopuszczalnością wszczęcia i prowadzenia postępowania antymonopolowego tylko przeciwko organizatorowi porozumienia dystrybucyjnego.

b) naruszenia art. 109 u.o.k.k. w związku z § 7 i § 8 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 26 stycznia 2009 r. w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie (Dz.U. Nr 20, poz. 109; obecnie § 6 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie sposobu i trybu postępowania z wnioskiem o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie, Dz.U. 2015, poz. 81) poprzez jego

błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że wniosek leniency złożony przez Powoda był nadmiernie długo procedowany przez Prezesa UOKiK, w sytuacji gdy przepisy nie precyzują terminu na jego rozpatrzenie, a jedynie wskazują na obowiązek niezwłocznego zawiadomienia przedsiębiorcy o tym, czy jego wniosek może spełniać wymogi określone w art. 109 u.o.k.k. (obecnie art. 113a-113c u.o.k.k.).

Prezes UOKiK wskazując powyższe podstawy zaskarżenia wniósł – w oparciu o art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. – o:

1) uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania temu sądowi wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania za obie instancje według norm przepisanych,

ewentualnie o:

2) uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] w całości oraz uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w W. – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) z 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.

Ponadto – w oparciu o art. 398¹⁶ k.p.c. – w przypadku uznania przez Sąd Najwyższy, że zarzuty prawa procesowego są nieuzasadnione, o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] w całości oraz orzeczenie co do istoty sprawy poprzez zmianę wyroku SOKiK z 24 czerwca 2015 r., XVII AmA [...] i oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie art. 398⁴ § 2 k.p.c. w związku z art. 398⁹ § 1 pkt 1 k.p.c. Prezes UOKiK wniósł o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania ze względu na wystąpienie w sprawie istotnych zagadnień prawnych:

1. Czy stwierdzenie przez Sąd II instancji wydania decyzji przez Prezesa UOKiK z rażącym naruszeniem prawa z odmiennych powodów niż przyjął Sąd I instancji stanowi naruszenie zasady dwuinstancyjności wynikającej z art. 176 Konstytucji RP oraz art. 367 § 1 k.p.c.?

2. Czy w sytuacji, gdy stroną postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK jest wyłącznie organizator porozumienia wertykalnego, dla zachowania jego

prawa do obrony, określonego w art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, wystarczającym jest wskazanie w uzasadnieniu decyzji kończącej to postępowanie i stwierdzającej istnienie porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 u.o.k.k. dowodów wskazujących na zawarcie porozumienia wertykalnego z niektórymi dystrybutorami i na tej podstawie wyprowadzenie wniosku, że to porozumienie zostało zawarte, czy też konieczne jest imienne wskazanie w treści decyzji kończącej postępowanie antymonopolowe wszystkich dystrybutorów objętych tym porozumieniem wraz ze wskazaniem ich roli w porozumieniu?

3. Czy dla udowodnienia istnienia porozumienia wertykalnego, w przypadku, gdy stroną postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK jest wyłącznie jego organizator, konieczne jest imienne wskazanie w treści decyzji wszystkich dystrybutorów uczestniczących w porozumieniu ograniczającym konkurencję, o którym mowa w art. 6 u.o.k.k. wraz ze wskazaniem dowodów dotyczących każdego z nich, czy też wystarczającym jest wskazanie dowodów świadczących o zawarciu porozumienia wertykalnego z niektórymi dystrybutorami i na tej podstawie wyprowadzenie wniosku, że porozumienie, z uwagi na jego charakter, obejmowało wszystkie dystrybutory.

4. Czy w sytuacji, gdy w toku postępowania antymonopolowego prowadzonego przez Prezesa UOKiK, wszczętego postanowieniem wydanym w oparciu o przepisy art. 49 ust. 1 w związku z art. 88 ust. 2 u.o.k.k. doszło do zmiany tego postanowienia polegającej na dookreśleniu lub dodaniu rynku właściwego, wobec zakwestionowania dopuszczalności tej zmiany przez Sąd Apelacyjny w [...], był on zobligowany orzec merytorycznie w zakresie pierwotnego wszczęcia, zgodnie z brzmieniem przepisów art. 479^{31a} § 1 i 3 oraz 386 § 1 k.p.c.

Skarżący wniósł też o rozpatrzenie skargi na rozprawie oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego wg przepisanych norm.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną, powód, czyli [...] „J.” Sp. z o.o. (dalej: „J.” lub „Spółka J.”), wniósł o odmowę przyjęcia skargi kasacyjnej pozwanego do rozpoznania, względnie – w przypadku przyjęcia do rozpoznania – o oddalenie skargi kasacyjnej w całości oraz o zasądzenie na rzecz powoda

kosztów postępowania oraz kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

II.

Sprawa sięga początku stycznia 2012 r., kiedy to Prezes UOKiK otrzymał wniosek o odstąpienie od nałożenia lub obniżenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. Wniosek dotyczył antykonkurencyjnych praktyk stosowanych przez [...] J. Sp. z o.o. oraz A. Sp. z o.o., obie spółki z siedzibą w W., na rynku hurtowej sprzedaży zegarków. Po przeanalizowaniu wniosku Prezes UOKiK zawiadomił spółkę J. – pismem z 12 lutego 2012 r. – że może ona spełniać warunki określone w art. 109 ust. 1 lub 2 u.o.k.k., a ponadto, że jej wniosek jest pierwszym wnioskiem, który wpłynął w niniejszej sprawie.

J. wpisana została do rejestru przedsiębiorców przez Sąd Rejonowy w W. pod numerem [...] i prowadzi działalność w zakresie hurtowej i detalicznej sprzedaży zegarków. Podobny profil prowadzenia działalności gospodarczej ma A. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej: A.). Obie spółki są ze sobą powiązane i należą do grupy kapitałowej, w której przedsiębiorcą dominującym w rozumieniu art. 4 ust. 2 u.o.k.k. jest Spółka G. z siedzibą w A., która jest też jedynym udziałowcem obu spółek.

18 kwietnia 2012 r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy na rynkach sprzedaży lub zakupu zegarków może dochodzić do naruszenia przepisów u.o.k.k., uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego i czy sprawa ma charakter antymonopolowy.

Po przeprowadzeniu owego postępowania wyjaśniającego, 17 grudnia 2012 r. Prezes UOKiK wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe przeciwko J. w sprawie zawarcia na krajowym hurtowym rynku sprzedaży zegarków porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku detalicznej sprzedaży zegarków, polegającego na ustalaniu minimalnych detalicznych cen sprzedaży zegarków oferowanych za pośrednictwem internetowych kanałów sprzedaży, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k.

Po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, decyzją nr [...] z 31 grudnia 2013 r. Prezes UOKiK:

I. na podstawie art. 11 ust. 1 i ust. 2 u.o.k.k. (przepis został uchylony z 18

stycznia 2015 r.), 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 J., 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 jej zaniechanie z 29 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 J. karę pieniężną 819.496,16 zł, płatną do budżetu państwa;

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. w związku z art. 83 u.o.k.k. obciążył J. kosztami postępowania antymonopolowego w kwocie 41,44 zł i zobowiązał do uiszczenia tych kosztów na rzecz Prezesa UOKiK w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się decyzji.

Od decyzji Prezesa UOKiK Spółka J. odwołała się do SOKiK zaskarżając decyzje w całości i wniosła o jej uchylenie, ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosku przez SOKiK, o zmianę decyzji w punkcie II, poprzez obniżenie wymiaru kary pieniężnej nałożonej na powoda, a także o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Ponadto wniosła o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w odwołaniu na okoliczności w nim wskazane oraz przesłuchanie w charakterze strony J. D., na okoliczności wskazane w odwołaniu. Spółka J. zarzuciła decyzji:

1. 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 UOKiK praktyce i ukaranie za naruszenie ustawy jedynie powoda;

2. poczynienie błędnych ustaleń faktycznych, polegające na: a) błędnym ustaleniu, iż w niniejszej sprawie doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy powodem a konkretnymi (wszystkimi) jej dystrybutorami detalicznymi, b) błędnym przypisaniu korespondencji e-mail jako dotyczącej działalności powoda podczas gdy korespondencja ta jej nie dotyczyła, co spowodowało błędne uznanie, iż w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z porozumieniem antykonkurencyjnym;

3. naruszenie art. 6 ust. 1 u.o.k.k. poprzez uznanie, że w niniejszej sprawie doszło do zawarcia opisanego w zaskarżonej decyzji niedozwolonego porozumienia, pomimo braku wypełnienia znamion przypisanej praktyki, a w szczególności braku istnienia porozumienia pomiędzy dystrybutorami a powodem;

4. naruszenie art. 4 pkt 9 u.o.k.k. skutkujące przyjęciem błędnej definicji właściwego rynku produktowego, poprzez stwierdzenie, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia na poziomie hurtowym z rynkiem krajowy – podczas, gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w sposób jednoznaczny wynika, iż szereg działających na poziomie detalicznym sprzedawców zegarków zaopatruje się w zegarki od dostawców spoza Polski, tj. z innych krajów UE oraz Stanów Zjednoczonych;

5. naruszenia art. 8 k.p.a. w zw. z art. 6 EKPCz – 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;

6. naruszenie art. 109 u.o.k.k. poprzez nieuwzględnienie wniosku, pomimo iż wypełnił on przesłanki określone we wskazanym przepisie;

7. naruszenie art. 111 u.o.k.k. w zw. z art. 106 ust. 1 u.o.k.k. poprzez nałożenie na powoda rażąco wygórowanej kary.

W odpowiedzi na odwołanie z 11 czerwca 2014 r. Prezes UOKiK wniósł o oddalenie odwołania, oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu, przeprowadzenie dowodów ze wskazanych w decyzji i uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie dokumentów z akt postępowania antymonopolowego na wskazane w decyzji oraz uzasadnieniu okoliczności.

Po rozpoznaniu odwołania, 15 czerwca 2015 r. SOKiK wydał wyrok, którym uchylił zaskarżoną decyzję. W punkcie II stwierdził, że decyzja Prezesa UOKiK

została wydana z rażącym naruszeniem prawa. W punkcie III zasądził na rzecz powoda kwotę tytułem zwrotu kosztów procesu.

SOKiK uznał, że nieobjęcie sentencją decyzji pozostałych uczestników porozumienia nie stanowi naruszenia prawa, a tym samym zarzut pierwszy był częściowo uzasadniony. SOKiK jednak uznał, że Prezes UOKiK winien w uzasadnieniu decyzji jednoznacznie i wyraźnie określić przedsiębiorców, którzy byli stroną porozumienia zawartego z organizatorem, wobec którego skierowana była decyzja. Uznał, że naruszone zostały przez Prezesa UOKiK art. 1, 4, 6, 7 u.o.k.k.

Zdaniem SOKiK prawidłowy jest zarzut naruszenia art. 6 EKPCz, gdyż Prezes UOKiK wykorzystał fakt zgłoszenia przez J. wniosku w ramach programu leniency, mimo iż nie był to pierwszy wniosek w tej sprawie i mógł przewidywać, że wniosek ten nie spełni wymogów formalnych i zostanie zwrócony. Tymczasem wzywał J. do uzupełniania braków, a tym samym pozyskiwał wiedzę, którą potem wykorzystał. Zdaniem SOKiK naruszono zatem zaufanie powoda do organu administracyjnego, a wykorzystanie wynikającego z programu samooskarżania wnioskodawcy dla pozyskania oświadczeń i dowodów obciążających jest naruszeniem prawa do rzetelnego procesu. Wskazał na naruszenie art. 8 k.p.a. w związku z art. 6 EKPCz.

SOKiK uznał też, że w związku ze zwrotem wniosku o program leniency Prezes nie mógł skorzystać z uzyskanych w ten sposób dowodów. Sąd przyjął, że ciężar dowodu leżał po stronie Prezesa UOKiK, który – wbrew temu, co stwierdził – oparł się w znacznej części na dowodach zgłoszonych przez powoda w zwróconym wniosku leniency, co było naruszeniem prawa. Powstałe braki dowodowe doprowadziły SOKiK do wniosku, że Prezes UOKiK nie udowodnił istnienia porozumienia, wobec czego zaskarżona decyzja winna być uchylona.

Apelację od wskazanego wyroku SOKiK wniósł Prezes UOKiK zaskarżając wyrok w całości. Zarzucił on naruszenie przepisów prawa procesowego, mające wpływ na wynik postępowania, a mianowicie:

1) art. 479 § 3 k.p.c. w zw. z art. 8 k.p.a. i art. 6 EKPCz, polegające na stwierdzeniu, że decyzja Prezesa UOKiK została wydana z rażącym naruszeniem prawa i uchylenie decyzji w skutek przyjęcia, że prezes UOKiK powodowany chęcią zgromadzenia dowodów i wyjaśnień obciążających powoda przyjął kolejny wniosek

o odstąpienie od nałożenia kary albo o obniżenie kary pieniężnej w sprawie (wniosek *leniency*), zwracał się o jego uzupełnienie a następnie go nie uwzględnił (zdaniem SOKiK zwrócił), co miało skutkować naruszeniem wolności powoda do samooskarżania się,

2) art. 479 § 3 zdanie drugie k.p.c. poprzez stwierdzenie, że w wyniku rażącego naruszenia prawa przez Prezesa UOKiK należało zaskarżoną decyzję uchylić, podczas gdy z przepisu tego wynika, że w sytuacji uznania zarzutów odwołania za słuszne sąd zmienia albo uchyla decyzję, a stwierdzenie wydania decyzji z rażącym naruszeniem prawa może nastąpić jedynie następczo,

3-4) art. 231 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej oceny dowodów i przyjęcie wniosków wzajemnie sprzecznych, a także nasuwających zastrzeżone z punktu widzenia zasad doświadczenia życiowego i logiki, jak również 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, uznaniu że w przypadku dobrowolnej współpracy z Prezesem UOKiK w ramach programu *leniency* nie została naruszona zasada wolności przedsiębiorcy od samooskarżenia (k. 232-242).

Mając powyższe na uwadze Prezes UOKiK wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania w całości, ewentualnie o zmianę wyroku poprzez uchylenie punktu drugiego, wreszcie o zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje.

Powód w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie.

Wyrokiem z 20 grudnia 2016 r., VI ACa [...], Sąd Apelacyjny w [...] oddalił apelację jako bezzasadną, choć zarzut dotyczący naruszenia przez SOKiK

art. 109 u.o.k.k. poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie uznał za słuszny. Podkreślił, że naruszenie art. 109 u.o.k.k nie miało charakteru rażącego, ale cechę tę należy przypisać sposobowi procedowania na etapie postępowania administracyjnego, co doprowadziło do skumulowania błędów i tym samym naruszenia art. 6 u.k.k.k. Wskazał też, że wbrew ocenie SOKiK, Prezes UOKiK mógł wykorzystać materiał dowodowy dostarczony przez powoda we wniosku *leniency*.

Sąd Apelacyjny uznał, że SOKiK zasadnie uchylił zaskarżoną decyzję uznając, że Prezes UOKiK nie udowodnił zawarcia przez powoda z dystrybutorami niedozwolonego porozumienia w rozumieniu art. 6 u.o.k.k.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] wskazaną na wstępie skargę kasacyjną wniósł Prezes UOKiK.

III.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Nie wszystkie zarzuty wskazane w skardze kasacyjnej są zasadne, jednakże trafnie wykazał skarżący naruszenie przez Sąd Apelacyjny w [...] zarówno prawa procesowego, jak i materialnego.

Pierwszy z zarzutów, naruszenia art. 176 Konstytucji RP oraz art. 367 § 1 k.p.c. nie jest zasadny. Sąd drugiej instancji jest sądem merytorycznym i rozpoznając istotę sprawy może przyjąć inne podstawy rozstrzygnięcia. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 10 marca 2016 r., III CSK 183/15, „apelacja pełna polega na tym, że sąd drugiej instancji w granicach zaskarżenia (art. 378 § 1 k.p.c.) rozpatruje sprawę ponownie, czyli w sposób w zasadzie nieograniczony jeszcze raz bada sprawę rozstrzygniętą przez sąd pierwszej instancji. Postępowanie apelacyjne – choć odwoławcze – ma charakter rozpoznawczy (merytoryczny), a z punktu widzenia metodologicznego stanowi dalszy ciąg postępowania przeprowadzonego w pierwszej instancji. Przez spełnianie nieograniczonych funkcji rozpoznawczych spełnia się kontrolny cel postępowania apelacyjnego; rozpoznanie apelacji ma (powinno) doprowadzić do naprawienia wszystkich błędów sądu pierwszej instancji”. Podobnie wypowiedział się Sąd

Najwyższy w wyroku z 16 marca 2016 r., IV CSK 285/15, w którym stwierdzono, że „postępowanie apelacyjne ma charakter kontrolny, ale jest także kontynuacją postępowania przed sądem pierwszej instancji i zmierza do ponownego merytorycznego rozpoznania sprawy. Przyjęta koncepcja apelacji pełnej (*cum beneficio novorum*) zakłada więc możliwość, a niekiedy konieczność prowadzenia przez sąd drugiej instancji postępowania dowodowego. Nakłada na sąd drugiej instancji powinność dokonania samodzielnej oceny dowodów zgromadzonych przez sąd pierwszej instancji oraz przeprowadzonych przed sądem odwoławczym, a także ustalenia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia”. Podobnych rozstrzygnięć było znacznie więcej. Wypowiedział się w tej kwestii także Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 11 marca 2003 r., SK 8/02, na co zresztą słusznie zwrócił uwagę powód w odpowiedzi na skargę. Występująca, a wskazana przez skarżącego linia orzecznicza naruszania zasady dwuinstancyjności nie może być argumentem w niniejszej sprawie, gdyż może mieć ona zastosowanie wówczas, gdy sąd I instancji nie rozpoznał istoty sprawy lub nie przeprowadził postępowania dowodowego.

Kolejne cztery zarzuty naruszenia prawa procesowego (naruszenia art. 385 k.p.c. w związku z art. 479^{31a} § 3 k.p.c. oraz art. 6 ust. 1 u.o.k.k.; art. 385 k.p.c. w związku z art. 479^{31a} § 3 k.p.c. oraz art. 6 EKPCz; art. 385 k.p.c. w związku z art. 479^{31a} § 3 k.p.c. oraz art. 6 i 8 k.p.a oraz art. 6 EKPCz; art. 385 w związku z art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c.) są trafne. Za zasadny należy uznać też zarzut naruszenia prawa materialnego poprzez naruszenie art. 6 u.o.k.k. w związku z art. 49 ust. 1 oraz art. 88 ust. 1 i 2 u.o.k.k.

Dla rzetelnego ustalenia czy pozwany był organizatorem (a nie tylko stroną) porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne ustalenie tożsamości wszystkich uczestników porozumienia i badanie ich wszelkich możliwych zachowań. Wystarczy szczegółowa i zindywidualizowana ocena zachowań samego organizatora porozumienia. Wskazany w art. 1 u.o.k.k. interes publiczny przemawia za przyjętym kierunkiem wykładni, ponieważ uzasadnia ochronę rynku przez eliminowanie zachowań ograniczających konkurencję. By cel został osiągnięty wystarczające jest zaniechanie aktywności w tym aspekcie przez organizatora porozumienia.

W przedmiotowej sprawie wykazano fakt istnienia porozumienia

ograniczającego konkurencję i udowodniono, kto był jego organizatorem. Wskazano, że zachowania wskazanych podmiotów są niezgodne z prawem, i że są one zawinione. Wina owa może być przypisana konkretnemu podmiotowi. Sąd nie może nie zauważyć, że mamy tu do czynienia z dwoma spółkami należącymi do jednej grupy kapitałowej, prowadzącymi działalność gospodarczą w tym samym zakresie, silnie powiązanymi też czynnikiem ludzkim. Jak napisano w uzasadnieniu decyzji, pracownicy spółki powodowej, jak i Spółki A. mieli świadomość nielegalności podejmowanych działań.

Sąd Najwyższy w niniejszym składzie uznał, że w sprawie będącej przedmiotem rozpoznania doszło do błędnej wykładni art. 6 u.o.k.k. Dla uznania, że doszło do zawarcia porozumienia nie ma potrzeby wskazywania imiennie przedsiębiorców z nazwy i adresu, którzy uczestniczyli w porozumieniu ograniczającym konkurencję. Nie można zgodzić się zatem z poglądem wyrażonym przez SOKiK a potem Sąd Apelacyjny w [...], że Prezes UOKiK winien w uzasadnieniu decyzji jednoznacznie i wyraźnie określić przedsiębiorców, którzy byli stroną porozumienia zawartego z organizatorem, wobec którego skierowana była decyzja. Sąd Apelacyjny w [...] wskazał, że w świetle art. 88 u.o.k.k. nie jest konieczne wszczynanie postępowania przeciwko wszystkim uczestnikom porozumienia wertykalnego, jednakże Prezes UOKiK winien udowodnić istnienie porozumienia poprzez wskazanie ich w treści decyzji wraz z przedstawieniem ich roli w porozumieniu. W ocenie Sądu Najwyższego taka potrzeba nie występuje, gdy stroną postępowania jest wyłącznie organizator porozumienia wertykalnego. Wskazać tu należy, że Sąd Najwyższy w wyroku z 4 października 2017 r., III SK 47/16 podniósł, że prowadzenie postępowania antymonopolowego tylko przeciwko organizatorowi porozumienia wertykalnego nie jest wadą decyzji uzasadniającą jej uchylenie (art. 479^{31a} § 3 k.p.c. w związku z art. 88 ust. 1 u.o.k.k.).

W przekonaniu Sądu Najwyższego spółka J. mogła i korzystała z wszystkich uprawnień strony postępowania i nie miał na to wpływu fakt niewskazania wszystkich uczestników postępowania. Gdyby przyjąć, że istnieje wymóg ustalania wszelkich uczestników porozumienia, to znacznie ograniczałoby to skuteczność działania organów antymonopolowych, na co zwracano też uwagę w orzecznictwie TSUE (wcześniej ETS).

Sąd Najwyższy zgadza się z poglądem Sądu Apelacyjnego w [...], że – wbrew stanowisku SOKiK – Prezes UOKiK mógł skorzystać z dowodów uzyskanych w związku ze złożeniem wniosku o program *leniency*, nawet gdy wniosek taki został przedsiębiorcy (wnioskującemu) zwrócony. Słusznie wskazano, że zgłoszenie się do programu jest dobrowolne. Zwrócenie wniosku przez organ nie może, zdaniem Sądu Najwyższego, skutkować brakiem możliwości wykorzystania dowodów pozyskanych od wnioskującego. Słusznie wskazano też, że na przedsiębiorcy i tak spoczywa obowiązek udzielania informacji na żądanie Prezesa UOKiK. Nie można też bezkrytycznie przyjmować wszystkich zasad i standardów obowiązujących w prawie karnym, na co wskazał też Europejski Trybunał Sprawiedliwości w przywołanym przez Sąd Apelacyjny wyroku z 18 października 1989 r. w sprawie 374/87 Orkem przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich. Dodać należy, że w wyroku tym ETS uznał m.in., że nie istnieje wolność od samooskarżania, ale wskazał też, że nie można zmuszać przedsiębiorcy do dostarczania odpowiedzi na pytania, które mogłyby prowadzić do przyznania się do naruszeń, których udowodnienie leży po stronie organu. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, z uwagi choćby na charakter programu *leniency*. Wyrok w sprawie Orkem przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich ostatecznie doprowadził do przyjęcia reguły Orkem w rozporządzeniu nr 1/2002 – w punkcie 23 motywów, gdzie wskazano, że przedsiębiorcy nie mogą być zmuszeni przez Komisję (organ) do przyznania się do dokonania naruszenia, jednakże w każdym przypadku są oni zobowiązani do udzielania odpowiedzi na pytania odnoszące się do faktów oraz do dostarczania dokumentów, nawet jeżeli informacje te mogą zostać wykorzystane w celu dokonania ustaleń dotyczących występowania naruszeń prawa na niekorzyść tych przedsiębiorców lub też innych przedsiębiorców.

W orzecznictwie ETS/TSUE, jak i w prawie wspólnotowym, wskazywano, że nie można bezkrytycznie przenosić standardów prawa karnego do postępowania antymonopolowego. Odpowiedzialność organizatora porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest wszak odpowiedzialnością karną. Inny jest przecież cel prawa karnego i prawa konkurencji.

W wyroku z 15 maja 2014 r. (III SK 44/13) Sąd Najwyższy wskazał,

że porozumienia ustanawiające minimalne bądź sztywne ceny odsprzedaży należy zaliczać do kategorii ograniczających konkurencję ze względu na cel. Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 23 listopada 2011 r., sygn. III SK 21/11 Sąd Najwyższy zauważył, 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 u.o.k.k. akcentują pierwszoplanowe znaczenie konkurencji cenowej wśród różnych form konkurencji, samodzielność kształtowania polityki cenowej przez uczestników rynku oraz interesy konsumentów. Sąd Najwyższy wypowiedział się też w przedmiocie statusu porozumień wertykalnych polegających na ustalaniu cen odsprzedaży jako porozumień ograniczających konkurencję. Uznano, że 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 porozumień (wertykalnych) 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.

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. Ułatwia zawarcie i wykonywanie zmowy kartelowej między producentami (dostawcami) towarów. Może 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. Porozumienia ustalające sztywne ceny sprzedaży budzą wątpliwości z punktu widzenia celów prawa ochrony konkurencji.

W wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz.Urz. UE z 19 maja 2010 r., C 130, s. 1, pkt 225) wskazano, że stosowanie

minimalnych lub sztywnych cen odsprzedaży w porozumieniach zawieranych przez producentów (dostawców) z członkami sieci dystrybucji mogłoby uzasadniać odmienną ocenę, wtedy, gdy podyktowane byłoby potrzebą zapewnienia jednolitego wizerunku i charakteru działania sieci sprzedaży oraz skutecznego przeprowadzenia krótkoterminowych kampanii promocyjnych opierających się na niskiej cenie. Tylko w takich – krótkotrwałych – sytuacjach porozumienia ograniczające konkurencję nie zagrażają interesowi publicznemu, nie aktualizują się zatem przesłanki nałożenia kary pieniężnej.

W związku z powyższym nie można uznać, że Prezes UOKiK nie udowodnił istnienia porozumienia, o którym mowa w art. 6 u.o.k.k. W ocenie Sądu Najwyższego stanowisko Sądu Apelacyjnego w [...], który uznał, że naruszenia procedur, mające miejsce w trakcie postępowania administracyjnego miały charakter naruszeń rażących jest nieuzasadnione, gdyż procedowania organu nie można uznać – w świetle prawa i orzecznictwa krajowego i europejskiego – za oczywiście naruszające owe procedury.

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