



Sygn. akt III SK 47/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 października 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jolanta Strusińska-Żukowska (przewodniczący)

SSN Dawid Miąsik

SSN Andrzej Wróbel (sprawozdawca)

Protokolant Grażyna Niedziałkowska

w sprawie z powództwa "G." Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 4 października 2017 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 15 lutego 2016 r., sygn. akt VI ACa (...),

1. oddala skargę kasacyjną

**2. zasądza od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 1440
(tysiąc czterysta czterdzieści) zł tytułem zwrotu kosztów
postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją z dnia 28 listopada 2011 r.: I. uznał za ograniczającą konkurencję praktykę polegającą na

zawarciu na krajowym rynku wprowadzania do obrotu produktów chemii gospodarczej przez I. S.A. w W. z przedsiębiorcami dystrybutorami tych produktów porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku hurtowego obrotu produktami chemii gospodarczej polegającego na ustalaniu minimalnych cen hurtowej odsprzedaży produktów chemii gospodarczej, stosowanych przez przedsiębiorców dystrybuujących te produkty i stwierdził jej zaniechanie z dniem 17 czerwca 2010 r.; II. Uznał za ograniczającą konkurencję praktykę polegającą na zawarciu na krajowym rynku wprowadzania do obrotu nawozów ogrodnich przez I. S.A. w W. z dystrybutorami tych produktów porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku hurtowego obrotu nawozami ogrodnymi polegającego na ustalaniu minimalnych cen hurtowej odsprzedaży nawozów, stosowanych przez przedsiębiorców dystrybuujących te produkty i stwierdził jej zaniechanie z dniem 14 maja 2010 r.; III. uznał za ograniczającą konkurencję praktykę polegającą na zawarciu na krajowym rynku wprowadzania do obrotu nawozów ogrodnich przez I. S.A. w W. z przedsiębiorcami dystrybutorami porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na podziale rynku hurtowej sprzedaży nawozów ogrodnich I. S.A. w W. poprzez zobowiązanie dystrybutorów produktów do niesprzedawania ich do ogólnopolskich sieci handlowej bez pisemnej zgody przez I. S.A. w W. i stwierdził jej zaniechanie z dniem 6 grudnia 2010 r.; V. za naruszenie zakazu wynikającego z art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie określonym w punkcie I decyzji wymierzył I. S.A. w W. karę w wysokości 1.473.326 zł; VI. za naruszenie zakazu wynikającego z art. 6 ust. 1 pkt 1 i art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie określonym w punkcie II i III decyzji wymierzył I. S.A. w W. karę w wysokości 596.697 zł.

Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 4 listopada 2014 r. oddalił odwołanie I. S.A. w W. od powyższej decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Sąd pierwszej instancji ustalił m.in., że powódka I. S.A. w W. jest przedsiębiorcą zajmującym się produkcją i wprowadzaniem do obrotu wyrobów chemii gospodarczej, nawozów ogrodnich, farmaceutyków, artykułów ściernych i opakowań z tworzyw sztucznych. Ponadto powódka zajmuje się obrotem

nieruchomościami i działalnością wydawniczą w formie wydawnictwa „P.”. Działalność gospodarczą polegającą na wprowadzaniu do obrotu produktów chemii gospodarczej oraz nawozów ogrodnich spółka prowadzi w ramach organizacyjnie wydzielonej części pod nazwą C. mieszczącej się w G.

Wytwarzane przez siebie produkty chemii gospodarczej powodowa spółka sprzedaje poprzez dwa główne kanały dystrybucji. Pierwszy z nich obejmuje ich sprzedaż do sieci sklepów wielkopowierzchniowych, które następnie zajmują się odsprzedażą detaliczną. Współpraca ze sklepami odbywa się na podstawie umów zawartych przy uwzględnieniu wzorców przedstawionych przez te sklepy. Drugim kanałem sprzedaży są dystrybutorzy zajmujący się dalszą odsprzedażą hurtową produktów powódki.

Spółka współpracuje z dystrybutorami na podstawie umów handlowych zawieranych przy uwzględnieniu wzorca opracowanego przez powódkę. Powódka dokonuje również sprzedaży na podstawie aktualnie obowiązującego cennika na rzecz podmiotów, z którymi nie zawierała umowy w formie pisemnej. Umowy między powódką a dystrybutorami chemii gospodarczej zawierały postanowienie zgodne z treścią § 10 ust. 1 wzorca umowy w myśl którego „kupujący zobowiązuje się nie sprzedawać towarów opatrzonych znakami towarowymi sprzedającego po cenach niższych niż 80% ceny cennikowej określonej w aktualnie obowiązującej ofercie handlowej sprzedającego”. Ponadto, zgodnie z postanowieniami wzorca umowy, nieprzestrzeganie powyższego warunku, dotyczącego minimalnych cen sprzedaży, miało skutkować zawieszeniem wsparcia promocyjnego udzielanego przez sprzedającego lub w przypadku rażącego naruszenia postanowień natychmiastowym rozwiązaniem umowy handlowej. Niektóre z umów zawarte na podstawie wzorca zawierały postanowienia nieznacznie różniące się od wskazanego wyżej. W szczególności wzorzec ten zawierał postanowienie przewidujące inną wysokość progu procentowego, tj. 82% oraz posługiwał się terminem „lista cenowa” zamiast „oferta handlowa”. Również w tym wzorcu zawarto postanowienie przewidujące możliwość natychmiastowego rozwiązania umowy w przypadku nieprzestrzegania obowiązku sprzedaży po cenach niższych niż ustalony próg procentowy. Postanowienia o powyższym brzmieniu stosowane były w umowach zawieranych przed 1 stycznia 2007 r. Powódka posługiwała się także

wzorcem umowy zawierającym postanowienie przewidujące minimalną cenę odsprzedaży autokosmetyków na poziomie 93% ceny z listy cenowej. Także i w tych umowach zamieszczone było postanowienie przewidujące możliwość natychmiastowego rozwiązania umowy w przypadku sprzedaży produktów za cenę niższą niż minimalna. Nieprzestrzeganie wskazanych postanowień skutkowało podjęciem przez powódkę działań dyscyplinujących wobec dystrybutorów.

W obrocie z dystrybutorami chemii gospodarczej powódka posługiwała się również porozumieniami handlowymi stanowiącymi okrojona wersję umowy handlowej. Porozumienia te zawierały postanowienia odnoszące się do ustalenia minimalnej ceny odsprzedaży, w szczególności § 10 ust. 1 porozumień stanowił, iż „Kupujący zobowiązuje się nie sprzedawać towarów opatrzonych znakami towarowymi Sprzedającego po cenach niższych niż 80% ceny cennikowej określonej w aktualnie obowiązującej w ofercie handlowej Sprzedającego”. Natomiast w § 10 ust. 3 zamieszczono postanowienie, zgodnie z którym nieprzestrzeganie warunków dotyczących minimalnych cen sprzedaży będzie skutkowało zawieszeniem wsparcia promocyjnego udzielanego przez sprzedającego lub w przypadku rażącego naruszenia tych postanowień natychmiastowym rozwiązaniem umowy handlowej. Postanowienia ustalające minimalny poziom sprzedaży produktów chemii gospodarczej po raz pierwszy zostały zawarte w umowach handlowych w 2000 r. natomiast wycofano je z obrotu (w drodze wypowiedzenia) w maju 2010 r.

Sąd zwrócił też uwagę, iż powódka ustalała również z dystrybutorami ceny odsprzedaży produktów chemii gospodarczej, zamieszczane w gazetkach promocyjnych. Gazetki te, wydawane przez dystrybutorów, służyły jako narzędzie promocji produktów oferowanych przez dystrybutorów do dalszej odsprzedaży do ich odbiorców. Tworząc listy produktów w formie tabel, które następnie rozsyłane były poszczególnym dystrybutorom drogą elektroniczną powódka określała minimalne ceny, po których dystrybutorzy byli obowiązani sprzedawać produkty reklamowane w gazetkach. Również w formie elektronicznej powódka dyscyplinowała dystrybutorów, którzy nie przestrzegali zakazu sprzedaży promocyjnej poniżej cen wyznaczonych przez spółkę grożąc uchyleniem się od uregulowania opłat za gazetkę. Tabele cen minimalnych zostały po raz pierwszy

zastosowane przez powódkę w 2009 r. Wskazanych działań powódka zaprzestała w dniu 17 czerwca 2010 r.

Oprócz produkcji artykułów chemii gospodarczej, powódka zajmuje się również produkcją nawozów ogrodniczych. Nawozy te powódka sprzedaje różnym kategoriom odbiorców. Wśród nich główną grupą są dystrybutorzy, którzy odsprzedają hurtowo produkty spółki. Innymi klientami, z którymi współpracuje spółka są sieci sklepów wielkopowierzchniowych; z klientami tymi powódka ma podpisane umowy na podstawie przedstawionych przez nie wzorców. W niewielkim zakresie powódka współpracowała także z klientami będącymi ostatecznymi odbiorcami takimi jak pracownicy spółki oraz sadownicy.

Powódka posiadająca udział rynkowy w sprzedaży nawozów ogrodniczych w wysokości 27%, w relacjach z dystrybutorami nawozów ogrodniczych ustalała minimalne ceny hurtowe odsprzedaży nawozów ogrodniczych, a także wprowadziła zobowiązanie do niesprzedawania bez jej zgody nawozów do sieci sklepów wielkopowierzchniowych. W § 15 wzorca umowy przewidziano, że „kupujący zobowiązuje się nie sprzedawać towarów opatrzonych znakami towarowymi sprzedającego po cenach niższych niż cena zakupu”. Ustęp drugi powołanego postanowienia przewidywał, iż w naruszenie powyższego warunku stanowić będzie podstawę do rozwiązania umowy bez wypowiedzenia. W umowach z powódką dystrybutorzy nawozów ogrodniczych zobowiązywali się do niesprzedawania towarów bez pisemnej zgody spółki po cenach niższych niż 90% ceny określonej w aktualnej liście cenowej. Ponadto dystrybutorzy nawozów ogrodniczych przyjmowali na siebie obowiązek niesprzedawania nawozów spółki do ogólnopolskich sieci handlowych bez pisemnej zgody powódki. Naruszenie tego wymogu stanowiło - wg zapisów umowy - podstawę rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym. Celem stosowania powyższych postanowień było zagwarantowanie jednemu z dystrybutorów wyłączności na sprzedaż nawozów do ogólnopolskiej sieci handlowej. W czasie ich obowiązywania wystąpiły trzy przypadki, w których dystrybutorzy zwrócili się o wyrażenie zgody na sprzedaż nawozów do ogólnopolskich sieci handlowych.

Pierwsza umowa zawierająca opisywane postanowienia została zawarta w dniu 13 listopada 2000 r. W dniu 13 maja 2010 r. powód wypowiedział ze skutkiem

natychmiastowym postanowienia wszystkich umów zawartych z dystrybutorami dotyczące ustalania cen minimalnych sprzedaży nawozów. W dniu 6 grudnia 2010 r. z obowiązujących z dystrybutorami umów zostały usunięte postanowienia zakazujące odsprzedaży towarów do sieci handlowych.

Powód w toku w toku postępowania administracyjnego złożył wniosek o obniżenie kary na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przychód całkowity powódki w roku 2010 został określony w punkcie 65 załącznika do decyzji.

W dniu 26 stycznia 2012 r. „I.” S.A. w W. zmieniła firmę na „G.” S.A. w W.

Sąd nie podzielił też zarzutu powoda naruszenia art. 88 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, powołując się na stanowisko doktryny i wskazując, iż w przypadku porozumień wertykalnych, które miały miejsce w niniejszej sprawie, Prezes nie ma obowiązku prowadzenia postępowania przeciwko wszystkim uczestnikom sieci dystrybucyjnej. Jedynym koniecznym jego uczestnikiem jest tylko organizator sieci dystrybucyjnej. Podobnie jako niezasadny sąd ocenił zarzut naruszenia art. 12 ustawy, akcentując uznaniowość uprawnień Prezesa w tym zakresie oraz brak obowiązku skorzystania z takiego rozwiązania w kontekście jego zastosowania w stosunku do innego podmiotu.

Zdaniem Sądu Okręgowego, materiał dowodowy pozwalał z całą stanowczością stwierdzić, że działania powódki nosiły znamiona praktyk ograniczających konkurencję. Ustalenie ceny odsprzedaży na jednym poziomie ustabilizowało sytuację cenową produktów chemii gospodarczej spółki, ograniczając w tym zakresie konkurencję między dystrybutorami. Sam fakt ograniczenia strat jest równoznaczny z przysporzeniem spółce korzyści. Spółka zaś przyznając okoliczność podejmowania działań zmierzających do ograniczenia, przyznaje fakt uzyskania korzyści. Podobny skutek wywołało porozumienie zawarte na rynku nawozów ogrodniczych. Umożliwiło ono bowiem powódce kontrolowanie rynków zbytu pod kątem tego, który z dystrybutorów może odsprzedać te produkty do sieci sklepów. W ten sposób także na tej płaszczyźnie powódka uzyskiwała korzyści.

W ocenie Sądu Okręgowego sam fakt zamieszczenia w umowach postanowienia dotyczącego cen minimalnych przemawia za tym, że postanowienia te zostały wprowadzone w życie. Podobnie postanowienia przewidujące sankcje dla dystrybutorów za nieprzestrzeganie ww. obowiązku zostały wprowadzone w życie, co wynika z samego faktu zamieszczenia ich w stosowanych przez powoda umowach. Sąd Okręgowy wskazał, iż dla zaistnienia anty-konkurencyjnego skutku wystarczy już sama możliwość zastosowania wobec dystrybutorów sankcji w takiej postaci. Wprowadzając do umowy postanowienie w tym kształcie powódka zyskała skuteczny instrument nacisku, pozwalający jej egzekwować strategię stosowania jednolitych cen odsprzedaży. Oznacza to, iż już na etapie zawierania umowy dystrybutorzy mieli świadomość możliwych konsekwencji w przypadku nieprzestrzegania wymogu stosowania jednolitych cen i wszelkie ich działania podejmowane pod zawarciem umowy podporządkowane były tej świadomości. Dowodem świadczącym o stosowaniu nacisku wywieranym na dystrybutorów jest także zebrana w toku postępowania antymonopolowego korespondencja handlowa kierowana do nich przez pracowników powodowej spółki, w tym korespondencja przesyłana drogą poczty elektronicznej. Sąd uznał również, iż za wprowadzeniem w życie i stosowaniem kwestionowanych postanowień umownych przemawia bezsporna okoliczność dokonywania zmian w treści umów w zakresie wysokości progów procentowych. Gdyby bowiem omawiane postanowienia umowne były martwe, to nie istniałaby potrzeba ich zmiany a powódka z pewnością nie zdecydowałaby się na wdrożenie czasochłonnego i kosztownego procesu aneksowania umów. Ponadto powódka zawierała z niektórymi dystrybutorami porozumienia handlowe, czyli umowy o skróconej treści, zawierające jedynie postanowienia dotyczące cen odsprzedaży oraz sankcji za ich niestosowanie. Sąd I instancji uznał za sprzeczne z logiką twierdzenie i nie dał wiary, że były one zawierane bez zamiaru stosowania wchodzących w ich skład elementów przedmiotowo istotnych.

Z kolei za okolicznością stosowania postanowień ustalających minimalne ceny publikowane w gazetkach promocyjnych, w ocenie Sądu Okręgowego, przemawiał fakt rozsyłania przez powódkę tabel zawierających minimalne ceny gazetkowe. Sąd uznał również, iż podobnie jak w przypadku postanowień

dotyczących cen minimalnych produktów chemii gospodarczej, już sam fakt umieszczenia w umowach odpowiednich postanowień dotyczących ustalania minimalnych cen odsprzedaży nawozów ogrodniczych oznacza, że porozumienia te były realizowane w praktyce. Natomiast fakt występowania dystrybutorów o zgodę na podjęcie przez nich współpracy z sieciami sklepów wielkopowierzchniowych przemawia za twierdzeniem, że strony czuły się związane porozumieniem.

W ocenie Sądu Okręgowego nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję poprzez uznanie, że klauzula zobowiązująca dystrybutora do niesprzedawania produktów do ogólnopolskich sieci handlowych bez pisemnej zgody powoda nie jest objęta wyłączeniem na mocy przepisów rozporządzenia. Bowiem możliwość wyłączenia spod zakazu przewidzianego przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczy sytuacji, w której strony ograniczają jedynie sprzedaż aktywną; możliwość wyłączenia nie istnieje natomiast w sytuacji, gdy strony ograniczają również sprzedaż bierną, a więc sprzedaż dokonaną wskutek inicjatywy nabywcy. W rozpoznawanej sprawie strony porozumienia wertykalnego ograniczyły nie tylko sprzedaż aktywną nawozów ogrodniczych, ale także bierną. Przesądza o tym treść kwestionowanego postanowienia, z którego wynika w szczególności, że obowiązek uzyskania zgody na odsprzedaż towarów opatrzonych znakiem towarowym powoda konieczny był dla każdej sprzedaży, nie tylko tej której inicjatywa wychodziła od dystrybutora, ale także potencjalnego nabywcy.

W konsekwencji Sąd przyjął, iż zasadnie Prezes UOKiK uznał, że powodowa spółka dopuściła się praktyk ograniczających konkurencję polegających na zawarciu ze swoimi dystrybutorami porozumienia polegającego na ustalaniu minimalnych cen hurtowej odsprzedaży produktów chemii gospodarczej, porozumień polegających na ustalaniu minimalnych cen hurtowej odsprzedaży nawozów ogrodniczych i porozumień polegających na podziale rynku nawozów ogrodniczych. Jednocześnie prawidłowo Prezes UOKiK ustalił, że powodowa spółka zaniechała zakazanych praktyk w datach wskazanych w decyzji.

Skutkiem naruszeń zakazu wynikającego z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów było nałożenie na powodową spółkę kary pieniężnej. Zdaniem Sądu Okręgowego wysokość orzeczonej kary spełnia przesłanki określone w ustawie. Naruszenie przez powódkę przepisów nosiło znamiona umyślności, zaś sama powódka jest doświadczonym profesjonalistą - uczestnikiem obrotu rynkowego, posiadającym wystarczająco wysoki poziom wiedzy prawniczej, aby rozpoznać charakter swoich działań.

Zdaniem Sądu zasadne też było ukaranie powodowej spółki odrębnie z tytułu zawarcia porozumienia w ramach sieci dystrybucji produktów chemii gospodarczej i odrębnie z tytułu zawarcia porozumienia w ramach sieci dystrybucji nawozów ogrodniczych. Pierwsze z porozumień miało charakter wertykalny i jako takie stanowiło poważne naruszenie prawa konkurencji. Należy je też traktować w sposób surowy z uwagi na skutki, które ono wywołuje. Okolicznością wpływającą na zaostrzenie kary był fakt, że przedmiotowe porozumienie zostało wprowadzone w życie. Wpływ na wymiar kary miała również okoliczność długotrwałości stosowania praktyki ograniczającej konkurencję - dziesięć i pół roku - oraz fakt, że powódka pełniła rolę inicjatora i lidera zawartego porozumienia. Okolicznością łagodzącą było zaniechanie stosowania anty konkurencyjnej praktyki jeszcze przed wszczęciem postępowania antymonopolowego.

Natomiast porozumienie w przedmiocie ustalania cen odsprzedaży nawozów ogrodniczych i podziału rynku należało potraktować jako co najmniej poważne naruszenie prawa konkurencji. Powodowa spółka posiada największy udział w rynku spośród wszystkich producentów nawozów ogrodniczych; również w tym przypadku okolicznością przemawiającą za podwyższeniem kwoty bazowej w tym przypadku był fakt wprowadzenia kwestionowanego porozumienia w życie. Okolicznością uzasadniającą podwyższenie wymiaru kary była ponadto długotrwałość naruszeń - 11 lat. Ustalając wysokość kary należało również uwzględnić, że tak jak w przypadku porozumienia dotyczącego ustalania minimalnych cen odsprzedaży produktów chemii gospodarczej powódka występowała jako inicjator i lider porozumienia. Okolicznością łagodzącą było natomiast częściowe (tj. w zakresie porozumienia polegającego na ustalaniu hurtowych cen odsprzedaży nawozów

ogrodniczych) zaniechanie stosowania anty-konkurencyjnej praktyki jeszcze przed wszczęciem postępowania antymonopolowego.

Odnosząc się do prawidłowości zastosowania przez pozwanego art. 109 ustawy Sąd wskazał, iż wysokość wymierzonej kary została obniżona o 40%. W ocenie Sądu Okręgowego wysokość redukcji kar została ustalona w sposób prawidłowy i uwzględnia fakt, że wartość dostarczonych przez powódkę materiałów jest ograniczona w stosunku do obszernego materiału dowodowego zgromadzonego przez Prezesa UOKiK samodzielnie. Materiały powódki wprowadziły pogłębiły obraz funkcjonowania porozumień i przyczyniła się do wydania decyzji, ale podstawą jej wydania były dowody zgromadzone samodzielnie przez organ administracyjny. Zdaniem Sądu wysokość orzeczonej kary pieniężnej nie wpłynie negatywnie na sytuację finansową powódki. Łączna wysokość nałożonej kary jest adekwatna do jej możliwości finansowych i pozostaje we właściwej proporcji do uzyskanego przezeń dochodu. Przy wysokości kary uwzględniono również fakt, że powodowa spółka do tej pory nie była karana za podobne naruszenia przepisów.

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 15 lutego 2016 r. oddalił apelację powódki od powyższego wyroku Sądu pierwszej instancji.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, chybiony okazał się zarzut nierozpoznania przez Sąd pierwszej instancji istoty sprawy. Sytuacja taka miałaby miejsce, gdyby Sąd nie orzekł merytorycznie o żądaniach powódki, nie zbadał materialnoprawnej podstawy żądania powódki, względnie nie poczynił ustaleń faktycznych lub nie odniósł się do zarzutów faktycznych bądź prawnych skarżącej. Sąd Okręgowy natomiast rozpoznał sprawę w granicach wynikających z odwołania, poczynił właściwe i wyczerpujące ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny aprobuje przyjmując za własne. Na aprobatę zasługiwała również ocena prawna dochodzonych żądań.

Jeżeli chodzi o naruszenie art. 81 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (zwanej dalej: ustawą) i podnoszonych w związku z tym naruszeniach: art. 6 ust. 1 oraz ust. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i podstawowych wolności, art. 2 Protokołu nr 7 do Europejskiej konwencji, art. 41 ust. 2 lit. b, art. 47 Karty Praw Podstawowych UE oraz art. 42 i 45 Konstytucji poprzez naruszenie prawa do sądu, prawa do obrony, zasady równości broni, zasady

kontradiktoryjności, prawa do rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie, polegające na nieprzekazaniu przez Prezesa odwołania niezwłocznie do sądu to istotnie odwołanie zostało przekazane do Sądu nie niezwłocznie, jak tego wymagał przepis art. 81 ust. 2 ustawy w ówczesnym brzmieniu, lecz po siedmiu miesiącach od jego złożenia. W opinii Sądu Apelacyjnego, uchybienie to jednak w sposób oczywisty nie miało wpływu na treść merytoryczną decyzji, ani na treść wyroku sądowego, jego kształt w zakresie meritum nie zmieniłby się gdyby odwołanie przekazano wraz z aktami wcześniej. W konsekwencji nietrafny jest również zarzut apelacyjny naruszenia powyższych przepisów, skoro nie miały one wpływu na treść rozstrzygnięcia. Jeżeli chodzi o zarzuty naruszenia przepisów postępowania administracyjnego to apelantka (odwołując się do poglądów zawartych w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2013 r., III SK 67/12) nie wykazała, aby miały miejsce takie naruszenia, które uniemożliwiłyby Sądowi, procedującemu w oparciu o treść art. 479^{31a} k.p.c., wydanie orzeczenia merytorycznego w wyniku rozpoznania sprawy, innymi słowy nie dały się usunąć w postępowaniu sądowym i skutkowały w szczególności nieważnością decyzji.

Według Sądu Apelacyjnego, nietrafny okazał się też zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. w zw. art. 227 k.p.c. Zdaniem Sądu Apelacyjnego wskazana przez Sąd pierwszej instancji ocena dowodów, w tym zgromadzonych w sprawie dokumentów oraz zeznań świadka M. D. znajduje uzasadnienie w zasadach logiki i doświadczenia życiowego. Natomiast inne przekonanie skarżącej o wadze przeprowadzonych dowodów bez przekonującego wskazania błędów w rozumowaniu Sądu nie może oceny tej i opartych na niej ustaleń podważyć. Gdyby rozważane umowy i porozumienia miały charakter „martwy” jak próbuje argumentować skarżąca, to sama dysponując profesjonalną obsługą menedżerską i prawną, nie doprowadzałaby do ich zmiany i aneksowania, nie prowadziłaby działań dyscyplinujących dystrybutorów do ich przestrzegania, tylko podjęłaby niezwłocznie czynności zmierzające do ich całkowitego wyeliminowania z obrotu, zaś stało się to ostatecznie dopiero w datach wskazanych w sentencji decyzji. Nieracjonalne byłoby też w takiej sytuacji zawieranie tzw. porozumień handlowych, które zawierały jedynie postanowienia dotyczące cen odsprzedaży. Jeżeli chodzi o kolei o aspekt dotyczący minimalnych cen gazetkowych - to gdyby przyjąć za

prawdziwe twierdzenia powódki, rozsyłanie dystrybutorom tabel zawierających minimalne ceny gazetkowe i wymaganie ich stosowania - pozbawione byłoby podstawy. Trudno natomiast podejrzewać profesjonalistę o działania zbędne i nieracjonalne, a implikujące zbędne koszty. W takiej sytuacji również niecelowe byłoby umieszczanie stosownych klauzul w umowach dotyczących nawozów ogrodnich. O fakcie związania dystrybutorów podmiotowym podziałem rynku nawozów ogrodnich świadczy z kolei fakt wystąpienia do powódki o stosowne zgody dotyczące ich sprzedaży do sieci handlowych. Ustaleń tych nie zmienia fakt iż niektórzy z dystrybutorów, na co się powołuje powódka (wskazując 31 podmiotów) nie potwierdzili faktu kontrolowania czy monitorowania przez powódkę w wyżej wskazanym zakresie. Jeżeli chodzi natomiast o problem osiągniętych przez powódkę korzyści, to należy podzielić stanowisko Sądu I instancji w zakresie, w jakim wskazuje, iż samo przyznanie przez skarżącą w odwołaniu, iż w kwestionowanych umowach i porozumieniach chodziło o minimalizowanie strat oznacza przyznanie osiągnięcia korzyści. Ponadto gdyby powódka istotnie ich nie osiągała to jako profesjonalista sama podjęłaby działania zmierzające do wyeliminowania „niepotrzebnych” klauzul umownych z obrotu. Należy podkreślić również, iż z tezami oferowanymi jako uzasadnienie wyżej wskazanych zarzutów, sprowadzającymi się do twierdzeń, iż przedmiotowe porozumienia de facto nie miały miejsca, nie koresponduje działanie powódki, w postaci złożenia w dniu 17 czerwca 2010 r. w toku kontroli, połączonej z przeszukaniem, wniosku w trybie art. 109 ust. 2 ustawy (leniency), który z istoty rzeczy może dotyczyć wyłącznie podmiotu biorącego udział w zakazanym porozumieniu, ograniczającym konkurencję. Innymi słowy chodzi w powyższej instytucji o stronę, która popełniła zakazany czyn, do czego w pełni się przyznaje, zaś pragnie uniknąć względnie ograniczyć karę, której podlega, wyrażając „czynny żal”.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, nietrafny okazał się zarzut naruszenia art. 88 ust. 1 ustawy w powiązaniu ze wskazanymi przepisami ustawy, k.p.a., Konstytucji i Europejskiej Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności. Zdaniem Sądu Apelacyjnego przepis powyższy nie wymaga odnośnie do porozumień wertykalnych konieczności prowadzenia postępowania w stosunku do wszystkich uczestników porozumienia, jak stara się argumentować skarżąca, wbrew poglądom doktryny

powołanym przez Sąd I instancji. Sąd Apelacyjny w obecnym składzie podziela pogląd, iż jedynym koniecznym uczestnikiem takiego postępowania jest producent, organizator sieci dystrybucyjnej. Natomiast wnioski skarżące, zmierzające do tezy, iż dystrybutorzy, nie objęci postępowaniem, mogli udzielać niepełnych informacji są dowolne. Brak jest również podstaw do przyjęcia, iż sentencja decyzji w zakresie pkt. I obejmuje stwierdzenie kwestionowanej praktyki w stosunku do „wszystkich dystrybutorów”, analogicznie brak jest podstaw do takich wniosków odnośnie pkt. II sentencji decyzji. Pozwany również nie zarzucał powódce działań w aspekcie promocji gazetkowych odnośnie obrotu nawozami ogrodnictwami.

Sąd stwierdził, że nietrafny okazał się również zarzut naruszenia art. 12 ust. 1 ustawy w zw. art. 8 k.p.a. i art. 32 Konstytucji. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż powyższa instytucja, jak zasadnie argumentował Prezes w decyzji, leży w zakresie uznania administracyjnego, w sferze jego dyskrecjonalności. Strona nie może „przymusić” Prezesa do skorzystania z takiego rozwiązania, skoro jest to rodzaj swoistej ugody procesowej. Należy zauważyć ponadto, iż rozważana instytucja winna być co do zasady stosowana na wczesnym etapie postępowania, w celu jego szybkiego zakończenia, kiedy działania przedsiębiorcy są uprawdopodobnione, nie zaś pod jego koniec, kiedy generalnie postępowanie zostało już przeprowadzone, inkryminowane czyny wykazane, zaś strona wówczas spodziewając się wydania decyzji w trybie art. 10 lub 11, składa wniosek o zastosowanie art. 12 ustawy. W konsekwencji działania takie należało uznać za spóźnione, skoro zostały podjęte dopiero w piśmie z dnia 6 czerwca 2011 r. Należy mieć również na uwadze ponadto, iż potencjalne zastosowanie art. 12 ustawy mające charakter uznaniowy musi być zgodne z interesem publicznym. W niniejszej sprawie strona powodowa nie wykazała takich przesłanek, wręcz przeciwnie - waga udowodnionych czynów (ustalanie cen i podmiotowy podział rynku), ich długotrwałość (około 10 lat) i w konsekwencji szkodliwość społeczna z punktu widzenia interesów konsumentów przemawiała przeciwko zastosowaniu względem powoda dobrodziejstwa rozważanej instytucji. Już w toku prowadzonego przeszukania powódka składała wniosek w trybie art. 109 ust. 2 ustawy. Natomiast irrelevantne z punktu widzenia niniejszej sprawy jest skorzystanie przez Prezesa z instytucji art. 12 w stosunku do innego podmiotu w innej sprawie; z istnienia takich

formalnych czynności w żaden sposób nie wynika oferowana przez apelantkę implikacja co do zobligowania organu do zaproponowania takiego rozwiązania powodowi w świetle okoliczności niniejszej sprawy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, niezasadny był również zarzut naruszenia art. 65 k.c. z w zw. przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Dokonana przez Sąd wykładnia postanowienia „kupujący zobowiązuje się nie sprzedawać towarów opatrzonych znakami towarowymi sprzedającego bez jego pisemnej zgody do ogólnopolskich sieci handlowych. Naruszenie tego warunku stanowi podstawę do rozwiązania niniejszej umowy ze skutkiem natychmiastowym” jest prawidłowa. Z treści rozważanego postanowienia wynika, iż dotyczy obu rodzajów sprzedaży, nie tylko czynnej, lecz i biernej. Nie zawierało ono żadnych ograniczeń bądź szczegółowych wskazań w tym zakresie. Natomiast uzasadnienie podniesionego zarzutu nie dostarcza żadnego przekonywającego argumentu pozwalającego przyjąć inne rozumienie stosowanej przez powoda klauzuli. W szczególności charakter takiego nie mają wywody powódki w zakresie celu, jakim było zagwarantowanie jednemu z dystrybutorów wyłączności na sprzedaż nawozów do ogólnopolskich sieci handlowych, wręcz przeciwnie - okoliczności te wskazują, iż konieczne / z punktu widzenia interesów skarżącej / i logiczne było w tej sytuacji ograniczenie, zarówno sprzedaży dokonywanej z inicjatywy szeregowego dystrybutora, ale i też potencjalnego nabywcy. Korespondowało to w konsekwencji z nadrzędnym celem klauzuli, jakim było kontrolowanie przez powódkę cen odsprzedaży produkowanych nawozów, tym bardziej, iż i. w tym zakresie konkurowało ze swoimi dystrybutorami. Natomiast o fakcie, iż dystrybutorzy czuli się związani postanowieniem świadczą wskazane przypadki wystąpienia przez nich do powódki o wydanie stosownej zgody. W toku postępowania powódka objęła również wnioskiem w przedmiocie leniency podmiotowy podział rynku nawozów ogrodniczych, związany z zawarciem niedozwolonego porozumienia, przyznając tym samym popełnienie rozważanego, zakazanego (a zatem nie podlegającego wyłączeniu na podstawie przepisów rozporządzenia) deliktu administracyjnego.

Chybiony - w ocenie Sądu Apelacyjnego - był też zarzut naruszenia art. 109 ust. 3 ustawy. Nietrafne jest stanowisko powódki, jakoby obniżenie kary o 40% w wyniku zastosowania procedury leniency, było niewystarczające. Należało mieć na uwadze, iż Prezes zgromadził szereg dowodów samodzielnie w wyniku postępowania wyjaśniającego oraz przeprowadzonej kontroli i przeszukania, dokonanych u przedsiębiorcy i jednego z jego dystrybutorów. Czynności te implikowały dopiero wystąpienie przez powódkę z rozważanym wnioskiem. W konsekwencji zasadnie przyjął Sąd pierwszej instancji, iż wartość dostarczonych przez powódkę materiałów jest ograniczona w stosunku do obszernego materiału zgromadzonego przez pozwanego samodzielnie, materiały te w istocie w konsekwencji przyczyniły się do wyjaśnienia sytuacji, nie mniej jednak podstawą decyzji były te zgromadzone przez Prezesa we własnym zakresie. W konsekwencji przyjęcie obniżenia kary o 40% (nie zaś 50% co wskazuje apelantka w uzasadnieniu zarzutu) jest adekwatne do zachowania przedsiębiorcy i wagi przedstawionych przez niego dowodów oraz faktu iż współpracował z pozwanym w toku postępowania. Wbrew twierdzeniom skarżącej zasadnie przyjmuje się, iż ta ostatnia przesłanka również jest wymagana w przypadku wniosku o obniżenie kary, a nie tylko w sytuacji literalnie opisanej w ust. 1 art. 109, skutkującej odstąpieniem od jej wymierzenia. W związku z powyższym brak jest podstaw do osobnego „premiowania” takowej współpracy, czego zdaje się domagać skarżąca. Natomiast generalnie jej tezy zawarte w uzasadnieniu rozważanego zarzutu w apelacji, stanowią postulaty *de lege ferenda* odnośnie przejrzystości i „przewidywalności” stosowanej instytucji, nie znajdują zaś bezpośredniego przełożenia *de lege lata* w niniejszej sprawie. Irrelevantna jest też okoliczność, iż w stosunku do innego podmiotu zastosowano zmniejszenie kary o 50%, skoro dotyczy to innej sprawy i innych czynów zabronionych. Nieporozumieniem wydaje się złożenie w ramach wniosków apelacyjnych wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary, który to wniosek podlega regulacji art. 109 ust. 1. Niezależnie, iż spółka nie spełniła tych przesłanek, w szczególności zawartej w pkt. 4 ust. 1 tego przepisu, gdyż była inicjatorem porozumienia, to składała w ramach leniency wniosek w trybie art. 109 ust. 2 ustawy, na podstawie którego możliwe jest jedynie obniżenie kary/ nie zaś odstąpienie od jej nałożenia/.

Nietrafny - w ocenie Sądu Apelacyjnego - również okazał się zarzut naruszenia art. 111 w zw. art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy. Sąd Okręgowy szczegółowo wyjaśnił dlaczego uznał zaproponowane przez prezesa kary jako właściwe, odniósł się też do przesłanek łagodzących i obciążających. Wysokości kar, zastosowanie okoliczności łagodzących i obciążających zostało bardzo starannie i obszernie wyłożone przez Prezesa w uzasadnieniu decyzji. W sytuacji, kiedy więc Sąd podzielał drobiazgową argumentację, przedstawioną przez pozwanego, niecelowe było bardziej rozbudowane jej powielanie. Byłoby to racjonalne jedynie w innym przypadku, tj. gdyby Sąd uznał, iż niektóre z okoliczności wpływających na wymiar kary zostały potraktowane niewłaściwie, przykładowo dotyczące wagi czy długotrwałości zakazanych porozumień. Taka sytuacja nie miała jednak miejsca, należało podzielić konstatację Prezesa co do wszystkich rozważonych okoliczności, determinujących wymiar kary. Apelantka nie zaoferowała zresztą wywodu, pozwalającego choćby podważyć istnienie rozważonych okoliczności obciążających, względnie rozważać w większym zakresie, wzięte pod uwagę, okoliczności łagodzące.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że Sąd jest władny samodzielnie dostosować poziom kar do ustalonych w sprawie okoliczności, nie mniej jednak winien to uczynić w sytuacji, gdyby były nieadekwatne do wagi popełnionych czynów i towarzyszących im okoliczności, a zatem gdyby naruszały zasadę proporcjonalności. Sytuacja taka natomiast nie miała miejsca, apelantka poza przytoczeniem zasady jako takiej, nawet nie wskazała, na czym hipotetyczne jej naruszenie miałoby polegać. Zasady *in dubio pro reo* i domniemania niewinności powinny być stosowane, jednakże należy przypomnieć, iż dotyczą one zasadniczo etapu ustalania przesłanek (znamion) czynu jako takiego (względnie stosunku podmiotowego sprawcy do czynu), nie zaś wysokości kary, która może być rozważana jedynie wtedy, gdy czyn został popełniony. Natomiast Prezes wykazał wszystkie okoliczności obciążające, które wziął pod uwagę i szczegółowo rozważył w decyzji. Nie może ich obalić argumentacja, dotycząca istoty samych czynów (zakazanych porozumień), albowiem zostało to już uwzględnione przy ustalaniu kwoty bazowej. Sąd Apelacyjny z wyżej wskazanych przyczyn nie podzielił również omówionej już uprzednio argumentacji powódki, jakoby porozumienia nie były

stosowane, względnie nie przyniosły skarżącej żadnych korzyści. Wykazane naruszenia miały charakter poważny, umyślny, długotrwały (około 10-letni), szkodliwy z punktu widzenia interesów konsumentów, wobec czego kara (przed zastosowaniem obniżki na podstawie art. 109 ust. 2 ustawy), wymierzona stosownie do wymogów art. 111 ust. 1 pkt 1 ustawy jest adekwatna do popełnionych czynów, spełnia również funkcję wychowawczą i prewencyjną. Natomiast biorąc pod uwagę jej maksymalny wymiar określony w art. 106 ust. 1, jako 10% przychodu, należy wskazać, iż stanowi ona, po zastosowaniu zmniejszenia w wyniku leniency, jedynie ułamek 1% procenta przychodu powódki, a zatem leży w gestii jej możliwości płatniczych, jest też adekwatna do skali działalności gospodarczej apelantki.

Powódka zaskarżyła w całości powyższy wyrok Sądu Apelacyjnego w (...) skargą kasacyjną, w której zarzuciła zaskarżonemu wyrokowi: 1) naruszenie przepisów postępowania, których uchybienie mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj.: 1) naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. i uznanie przez Sąd Apelacyjny za prawidłowe nieuwzględnienia przez SOKiK odwołania powoda pomimo tego, że Prezes UOKiK nie przekazał w niniejszej sprawie odwołania powoda niezwłocznie do sądu, co doprowadziło do naruszenia art. 81 ust. 2 ustawy (w brzmieniu obowiązującym do dnia 17 stycznia 2015 r.) w zw. z art. 81 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy, art. 6 ust. 1 oraz ust. 3 Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności, art. 2 Protokołu nr 7 do Europejskiej konwencji oraz art. 42 i 45 Konstytucji RP polegające na naruszeniu prawa stron postępowania do rzetelnej procedury oraz prawa do obrony, co miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż prawidłowe zastosowanie ww. przepisów prowadzić powinno do uchylenia decyzji, 2) naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy tj. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., a także w zw. z art. 88 ust. 1 ustawy w zw. z art. 28 k.p.a., art. 6 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 4 pkt 5 i pkt 6 oraz art. 6 k.p.a., art. 8 k.p.a. i art. 7 oraz art. 32 ust. 1 Konstytucji RP poprzez ich błędne zastosowanie i uznanie przez Sąd Apelacyjny za prawidłowe nieuwzględnienia przez SOKiK odwołania powoda, pomimo tego, że ww. przepisy ustawy oraz k.p.a., uniemożliwiały w niniejszej sprawie Prezesowi

UOKiK prowadzenie postępowania antymonopolowego i wydanie decyzji w sprawie praktyki polegającej na zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia skierowanego jedynie do jednego przedsiębiorcy, co miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż prawidłowe zastosowanie ww. przepisów prowadzić powinno do uchylenia decyzji; II. naruszenie prawa materialnego, tj.: art. 111 ustawy w związku z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy (oba przepisy w brzmieniu obowiązującym do 17 stycznia 2015 r.) poprzez ich błędną wykładnię i nieuwzględnienie przy nakładaniu kary pieniężnej faktu, iż jedynie część sprzedaży powoda objęta była skutkami porozumienia oraz zwłoki w przekazaniu odwołania przez Prezesa UOKiK do sądu i w konsekwencji wymierzenie kary niewspółmiernej do stopnia naruszenia przepisów ustawy.

Wskazując na powyższe wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...), zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o oddalenie skargi kasacyjnej i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna nie ma uzasadnionych podstaw.

1. Nie jest trafny zarzut naruszenia art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez uznanie przez Sąd Apelacyjny za prawidłowe nieuwzględnienia przez SOKiK odwołania powoda, mimo że Prezes UOKiK nie przekazał w niniejszej sprawie odwołania powoda niezwłocznie do sądu, co doprowadziło do naruszenia art. 81 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, art. 6 ust. 1 i 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, art. 2 Protokołu nr 7 do Konwencji, art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 42 i 45 Konstytucji RP; w ocenie skarżącej nieprzekazanie przez Prezesa UOKiK odwołania powoda niezwłocznie do sądu stanowiło naruszenie prawa strony postępowania do rzetelnej procedury oraz prawa do obrony, co nakazywało uchylenie zaskarżonej decyzji.

2. W rozpoznawanej sprawie jest bezsporne, że odwołanie od zaskarżonej decyzji nie zostało przekazane niezwłocznie, jak tego wymaga art. 81 ust. 2 ustawy

o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 479⁵⁹ § 1 k.p.c. do Sądu Okręgowego w W. - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; za niezwłoczne nie można bowiem uznać przekazania odwołania po upływie siedmiu miesięcy od daty wpływu odwołania do pozwanego. Nie oznacza to jednak, że przekazanie odwołania z naruszeniem tego terminu, zobowiązuje Sąd pierwszej instancji do uchylenia zaskarżonej decyzji pozwanego. Należy bowiem zważyć, że po pierwsze - pozwany jest obowiązany ze względu na treść przepisu art. 81 ust. 3 ustawy, do oceny zarzutów odwołania pod kątem ewentualnego uznania ich za słuszne, a w rezultacie wydanie nowej decyzji uchylającej lub zmieniającej zaskarżoną decyzję w całości lub w części, co wymaga od organu antymonopolowego ponownej analizy akt sprawy w kontekście zarzutów i wniosków odwołania, po drugie - pozwany ze względu na treść przepisu art. 81 ust. 4 może, w uzasadnionych przypadkach, przeprowadzić dodatkowe czynności zmierzające do wyjaśnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu, po trzecie - pozwany nie tyle broni swego stanowiska zajętego w zaskarżonej decyzji, lecz ma wynikający z zasad ogólnych k.p.a. i działania w interesie publicznym obowiązek dążenia do ustalenia prawdy materialnej. Czynniki te sprawiają, że wynikający z art. 81 ust. 2 obowiązek niezwłocznego przekazania odwołania wraz z aktami sprawy do Sądu pierwszej instancji powinien być interpretowany w ten sposób, że powinien uwzględniać czas niezbędny pozwanemu do rzetelnej analizy wniesionego odwołania, co jest w dużej mierze zależne od charakteru sprawy, jej skomplikowania faktycznego i prawnego oraz argumentów i wniosków odwołania. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 lutego 2007 r., III SK 19/06 (OSNP 2008 nr 3-4, poz. 53) wyjaśnił, że „Zgodnie z przepisem art. 479⁵⁸ § 1 k.p.c. odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu wnosi się za jego pośrednictwem do sądu ochrony konkurencji i konsumentów w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji. *Ratio legis* tego przepisu jest umożliwienie Prezesowi Urzędu skorzystania z ustawowej kompetencji do tzw. samokontroli zaskarżonej decyzji na zasadach i w trybie określonym w przepisie art. 479⁵⁹ § 2 k.p.c.”.

3. Niewątpliwie przepis art. 81 ust. 2 ustawy w zakresie, w jakim zobowiązuje Prezesa Urzędu do niezwłocznego przekazania odwołania wraz z aktami sprawy sądowi ochrony konkurencji i konsumentów, ma zapewnić sprawność, racjonalność

i efektywność postępowania i realizuje instrumentalną wartość proceduralną, jaką jest szybkość postępowania antymonopolowego. Wskazane cele przepisu art. 81 ust. 2 ustawy należy jednak ważyć w konkretnej sprawie z celami zapewnienia organowi antymonopolowemu efektywnego wypełnienia jego obowiązków publiczno-prawnych, także tych wskazanych w art. 81 ustawy.

4. W ocenie Sądu Najwyższego przepis art. 81 ust. 2 ustawy pełni także funkcje gwarancyjne, w tym zapewnienie prawa strony do załatwienia sprawy w rozsądnym terminie lub bez nieuzasadnionej zwłoki. Niewątpliwie nieprzekazanie przez Prezesa Urzędu odwołania wraz z aktami sprawy niezwłocznie sądowi ochrony konkurencji i konsumentów może być oceniane jako naruszenie tego elementu szerszego prawa do sądu, lecz taka ocena powinna być dokonywana z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. Sąd Najwyższy rozpoznający skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego w sprawie odwołania o decyzji Prezesa Urzędu nie jest właściwy do stwierdzenia, czy w sprawie doszło do naruszenia prawa strony do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki. Sąd Najwyższy jest natomiast władny ocenić, czy doszło do naruszenia art. 81 ust. 2 ustawy i 479⁵⁹ § 1 k.p.c. oraz czy naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy.

5. Niewątpliwie przekazanie przez pozwanego odwołania wraz z aktami sprawy sądowi ochrony konkurencji i konsumentów po upływie siedmiu miesięcy stanowi oczywiste naruszenie art. 81 ust. 2 ustawy i 479⁵⁹ § 1 k.p.c. Konieczne jest zatem rozważenie, czy jest to naruszenie mające wpływ na wynik sprawy, w szczególności skutkujące obowiązkiem sądu do uchylenia zaskarżonej decyzji, jak twierdzi skarżący.

6. Należy zważyć, że w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, stwierdzono, że „nie wszystkie zarzuty odnoszące się do przepisów dotyczących postępowania przed Prezesem Urzędu rzutują bezpośrednio, w przypadku ich uwzględnienia przez Sąd, na ocenę zasadności samego odwołania. W szczególności, w przypadku formułowania w odwołaniu zarzutów dotyczących ustaleń faktycznych, środków dowodowych, oceny dowodów, niektórych wad formalnych samej decyzji, stwierdzenie przez Sąd Okręgowy ewentualnych uchybień w tym zakresie w postępowaniu przed Prezesem Urzędu nie stwarza potrzeby uchylenia decyzji. Poczynienie stosownych ustaleń, ocena

środków dowodowych, uzupełnienie materiału dowodowego nie jest bowiem zastrzeżone do wyłącznej kompetencji Prezesa Urzędu, ponieważ po przekazaniu sprawy na drogę sądową - należy do sądu. Odmienne jest w przypadku uwzględniania przez sąd sformułowanych w odwołaniu zarzutów dotyczących niezachowania przez Prezesa Urzędu trybu postępowania, który jest konieczny, ażeby przysługujące Prezesowi Urzędu kompetencje mogły zostać zastosowane zgodnie z obowiązującym go prawem. Uwzględnienie takich zarzutów oznacza, że zaskarżona decyzja dotknięta jest wadą, której nie można konwalidować (zastąpić) w postępowaniu sądowym”.

7. Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2013 r., III SK 67/12, OSNP 2014, nr 5, poz. 79 stwierdzono ponadto, że „Sądy orzekające w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, rozstrzygając spór pomiędzy przedsiębiorcą a organem antymonopolowym, którego zakres wskazany w odwołaniu obejmuje także naruszenie przez organ antymonopolowy nałożonych na niego obowiązków proceduralnych, podyktowanych potrzebą ochrony słusznym interesów przedsiębiorcy i jego prawa do obrony, mogą dokonywać merytorycznej oceny zarzutów odnoszących się do postępowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu. W zależności zaś od rodzaju i wagi tych zarzutów ich uwzględnienie może prowadzić do uznania odwołania za zasadne i uchylenia zaskarżonej decyzji bez jednoczesnego rozstrzygnięcia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia reguł konkurencji w zakresie wskazanym w decyzji Prezesa Urzędu”.

8. Odnosząc powyższe ustalenia i zapatrywania do rozpoznawanej sprawy, Sąd Najwyższy uznaje za niezasadny zarzut, że nieprzekazanie przez pozwanego Prezesa Urzędu odwołania niezwłocznie sądowi organu ochrony konkurencji, naruszające przepisy art. 81 ust. 2 ustawy i art. 479⁵⁹ § 1 k.p.c. powoduje *eo ipso* konieczność uchylenia zaskarżonej decyzji. Zarzut taki będzie skuteczny wówczas, gdy skarżąca wykaże, że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy, co może prowadzić do uznania odwołania za zasadne i uchylenia zaskarżonej decyzji.

9. Nie jest trafny zarzut art. 6 ust. 1 oraz ust. 3 Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności, art. 2 Protokołu nr 7 do Europejskiej konwencji, art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 42 i 45 Konstytucji RP polegające na naruszeniu prawa stron postępowania do rzetelnej procedury oraz

prawa do obrony, co miało istotny wpływ na wyniki sprawy; skarżąca uważa, że do naruszenia tych przepisów doszło wskutek nieprzekazania przez Prezesa Urzędu niezwłocznie odwołania Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

10. W związku z tym zarzutem wystarczy przypomnieć, że w orzecznictwie TSUE utrwalony jest pogląd, że „do przedsiębiorstwa, które twierdzi, że zbyt długi czas trwania postępowania administracyjnego miał wpływ na wykonywanie prawa do obrony, należy wykazanie w sposób wymagany prawem, że ze względu na ów zbyt długi czas doświadczyło ono trudności, broniąc się przed twierdzeniami Komisji” (wyrok TS z dnia 29 marca 2011 r. w sprawie C-201/09 P ArcelorMittal Luxembourg p. Komisji, pkt 118). Tymczasem skarżąca nie przedstawia żadnych twierdzeń ani uzasadniających je dowodów na to, że wskutek nieprzekazania odwołania niezwłocznie doświadczyła trudności w obronie przed twierdzeniami Prezesa Urzędu, ani nie wskazała, jakie konkretnie były to trudności. Ograniczyła się w tym zakresie jedynie do ogólnych ocen krytycznych obowiązującej regulacji, porównania jej ze standardami europejskimi i przedstawienia postulatów zmian obowiązującego prawa. Zawarte w uzasadnieniu zarzutu naruszenia prawa do obrony twierdzenie, że dłuższe terminy procesowe obowiązujące Prezesa Urzędu w postępowaniu w porównaniu z tymi wiążącymi powoda automatycznie stawiają Prezesa Urzędu w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do powoda, są ocenami abstrakcyjnymi, które w żaden sposób nie uzasadniają konkluzji, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia prawa powódki do obrony.

11. Nie jest trafny zarzut naruszenia przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy tj. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., a także w zw. z art. 88 ust. 1 ustawy w zw. z art. 28 k.p.a., art. 6 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 4 pkt 5 i pkt 6 oraz art. 6 k.p.a., art. 8 k.p.a. i art. 7 oraz art. 32 ust. 1 Konstytucji RP poprzez ich błędne zastosowanie i uznanie przez Sąd Apelacyjny za prawidłowe nieuwzględnienia przez SOKiK odwołania powódki, mimo tego że ww. przepisy ustawy oraz k.p.a., uniemożliwiały w niniejszej sprawie Prezesowi UOKiK prowadzenie postępowania antymonopolowego i wydanie decyzji w sprawie praktyki polegającej na zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia skierowanego jedynie do jednego przedsiębiorcy, co miało istotny wpływ na wyniki sprawy, gdyż prawidłowe zastosowanie ww. przepisów prowadzić powinno do uchylenia decyzji.

12. Zgodnie z art. 88 ust. 1 ustawy stroną postępowania jest każdy, wobec kogo zostało wszczęte postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję. Przepis ten jest samodzielną, wyczerpującą i zupełną regulacją statusu strony postępowania w sprawach praktyk ograniczających konkurencję. W ocenie Sądu Najwyższego w tym zakresie nie ma zastosowania przepis art. 28 k.p.a. Zgodnie bowiem z art. 83 ustawy przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego stosuje się do postępowania przed organem antymonopolowym jedynie w sprawach w tej ustawie nieuregulowanych, a sprawa ustalenia, kto jest stroną postępowania, została wyczerpująco uregulowana w art. 88 ust. 1 ustawy. W rezultacie stroną postępowania w niniejszej sprawie jest jedynie I.

13. Prezes Urzędu, wszczynając postępowanie w sprawie porozumienia naruszającego konkurencję, powinien - określając podmiotowy zakres postępowania - uwzględnić rodzaj porozumienia ograniczającego konkurencję (porozumienie horyzontalne versus porozumienie wertykalne), a w przypadku porozumień wertykalnych znaczenie i aktywność dostawcy i dystrybutorów w organizowaniu i realizowaniu wertykalnej sieci dystrybucyjnej. Wybór przedsiębiorcy lub przedsiębiorców - stron porozumień wertykalnych, wobec którego/których wszczyna się postępowanie nie jest zatem pozostawiony swobodnemu uznaniu Prezesa Urzędu, który w konkretnych okolicznościach sprawy jest obowiązany ustalić, jaki zakres podmiotowy pozwoli najpełniej zrealizować cel postępowania, jakim jest zapewnienie niezakłóconej konkurencji na rynku. Należy dążyć do stanu optymalnego, jakim jest objęcie postępowaniem możliwie najszerszego kręgu uczestników porozumień wertykalnych, uwzględniając okoliczności zawarcia i realizacji konkretnego porozumienia oraz efektywnej realizacji celów postępowania w sprawie porozumień naruszających konkurencję.

14. Stronami niniejszego postępowania nie są przedsiębiorcy dystrybutorzy, z którymi I. zawarła wertykalne porozumienia dystrybucyjne, nie tylko dlatego, że wobec nich nie zostało wszczęte postępowanie w niniejszej sprawie, lecz także z uwagi na decydującą rolę i aktywność I. w kształtowaniu treści i rzeczywistego funkcjonowania tych porozumień w obrocie prawnym. I., jak wynika z ustaleń, była organizatorem i liderem sieci dystrybucyjnej, natomiast dystrybutorzy byli w przeważającej mierze wykonawcami warunków narzuconych przez organizatora

sieci. Ponadto, przemawia za tym charakter więzi łączących przedsiębiorców - uczestników porozumień wertykalnych, bowiem w przeciwieństwie do porozumień horyzontalnych, w których mamy do czynienia z jednym porozumieniem wielostronnym, w przypadku porozumień wertykalnych istnieje wiele więzi łączących jednego przedsiębiorcę (dostawcę) z innymi przedsiębiorcami, z którymi dostawca zawarł umowę dystrybucyjną. W zorganizowanej przez I. sieci dystrybucyjnej nie istniały jakiegokolwiek bezpośrednie więzi pomiędzy samymi dystrybutorami, ponieważ byli oni powiązani dwustronnymi umowami jedynie z I. W związku z tym jedynie w gestii I., jak trafnie podnosi pozwany Prezes Urzędu w odpowiedzi na skargę kasacyjną, leżała możliwość całkowitego wyeliminowania porozumień z obrotu, m.in. poprzez wypowiedzenie postanowień naruszających prawo konkurencji z wszystkich umów.

15. Nie jest trafny zarzut naruszenia prawa materialnego, tj. art. 111 ustawy w związku z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy (oba przepisy w brzmieniu obowiązującym do 17 stycznia 2015 r.) poprzez ich błędną wykładnię i nieuwzględnienie przy nakładaniu kary pieniężnej faktu, iż jedynie część sprzedaży powoda objęta była skutkami porozumienia oraz zwłoki w przekazaniu odwołania przez Prezesa UOKiK do sądu i w konsekwencji wymierzenie kary niewspółmiernej do stopnia naruszenia przepisów ustawy.

16. Jeżeli chodzi o pierwszą część zarzutu, to Sąd Najwyższy nie znajduje podstaw do ingerowania w rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego w (...) w tym zakresie. W szczególności skarżąca nie wykazała rażącej nieproporcjonalności kary. Tylko zaś w takim przypadku skarga kasacyjna w części dotyczącej kary mogłaby zasługiwać na uwzględnienie. Sąd Najwyższy w wyroku z 15 maja 2014 r., III SK 54/13, odwołując się m.in. do wyroku 4 marca 2014 r., III SK 34/13, podkreślił, że sądy mają możliwość dokonania zmiany wysokości kary pieniężnej ze względu na ograniczoną skalę przychodów ze sprzedaży towarów, których dotyczy praktyka. Równocześnie jednak jest to możliwe tylko wtedy, gdy kara pieniężna mieszcząca się w granicach wyznaczonych przez przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest nieproporcjonalna (zob. też wyrok Sądu Najwyższego z 10 stycznia 2017 r., III SK 61/15). W świetle tego orzecznictwa, ingerowanie w tym przypadku w wysokość kary uznać więc należy za sytuację wyjątkową.

Pierwszoplanową rolą sądów jest dokonanie oceny, czy wymierzając jej wysokość Prezes UOKiK postępował zgodnie z dyrektywami wymiaru kary wynikającymi z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zmiana wysokości kary pieniężnej powinna być zarezerwowana dla sytuacji wyjątkowych polegających na rażącej nieproporcjonalności kary pomimo jej wymierzenia w zgodzie ze wskazanymi dyrektywami. Skarga kasacyjna powoda nie ujawnia zaś argumentacji pozwalającej na stwierdzenie przez Sąd Najwyższy, w ramach postępowania kasacyjnego, że kara pieniężna w wysokości ustalonej wyrokiem Sądu pierwszej instancji, utrzymanego przez Sąd Apelacyjny, jest nieproporcjonalna w odniesieniu do uwzględnionych przez Sądy okoliczności rzutujących na wymiar kary. W szczególności skarżąca nie wykazała, by, pomimo faktu objęcia porozumieniem tylko części z dystrybutorów skarżącej, wymierzona ostatecznie kara w wysokości 0,96 i 0,39% przychodu była nieproporcjonalna. Należy także zauważyć, że z perspektywy funkcji które mają realizować kary pieniężne, dopuszczalne jest oparcie kary na przychodzie przedsiębiorcy w ogóle (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 10 stycznia 2017 r., III SK 61/15, wskazujący w kontekście wymiaru kary, że obowiązujące przepisy nie nakładają na Prezesa UOKiK obowiązku ustalania przychodu przedsiębiorcy ze sprzedaży towaru, którego dotyczy praktyka). Wysokość przychodu uzyskiwana przez skarżącą na rynku porozumienia (nawet jeżeli ograniczona ze względu na stosowanie porozumienia tylko przez część jej dystrybutorów) nie ma więc przesądzającego charakteru. Istotny jest przedstawiony szczegółowo w wyrokach sądów niższej instancji i decyzji Prezesa UOKiK całokształt okoliczności, które miały wpływ na wymiar kary pieniężnej, nie zaś wyłącznie skutki rynkowe porozumienia.

17. Jeżeli chodzi o drugą część zarzutu, to chociaż naruszenie zasady dochowania rozsądnego terminu może uzasadniać stwierdzenie nieważności decyzji wydanej po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego na podstawie art. 101 TFUE i 102 TFUE, w sytuacji gdy prowadzi ono również do naruszenia prawa do obrony danego przedsiębiorstwa, takie naruszenie zasady dochowania rozsądnego terminu, przy założeniu, że zostanie ono ustalone, nie może prowadzić do obniżenia kwoty nałożonej grzywny (zobacz w szczególności wyroki z dnia 9 czerwca 2016 r. CEPSA/Komisja, C 608/13 P, EU:C:2016:414,

pkt 61 oraz PROAS/Komisja, C 616/13 P, EU:C:2016:415, pkt 74 i przytoczone tam orzecznictwo). Jak wskazano w punkcie 10 niniejszego wyroku w niniejszej sprawie powódka nie wykazała, że wskutek nieprzekazania przez Prezesa niezwłocznie Sądowi Ochrony i Konkurencji odwołania naruszono jej prawo do obrony, a zatem naruszenie art. 81 ust. 2 ustawy i art. 479⁵⁹ § 1 k.p.c. nie mogło być uwzględnione przy wymiarze kary nałożonej na powoda.

Biorąc powyższe pod rozwagę, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.

r.g.