



Sygn. akt I NSK 19/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 czerwca 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marek Siwek (przewodniczący)

SSN Marcin Łochowski (sprawozdawca)

SSN Adam Redzik

w sprawach z powództw (...) Zakładu Ubezpieczeń S.A. w W. i M. sp. z o.o. w T.
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 10 czerwca 2020 r., skargi kasacyjnej pozwanego
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 23 stycznia 2019 r., sygn. akt VII AGa (...)

1. oddala skargę kasacyjną;

**2. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i
Konsumentów na rzecz (...) Zakładu Ubezpieczeń S.A. w W. i M.
sp. z o.o. w T. kwoty po 360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych
tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją nr RBG-28/2011 z 30 grudnia 2011 r. uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2019, poz. 369 ze zm., dalej: u.o.k.k.) zawarcie przez M. sp. z o.o. w T. oraz (...) Zakład Ubezpieczeń S.A. w W. porozumienia, ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży grupowego ubezpieczenia NNW (następstw nieszczęśliwych wypadków) dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych, polegającego na podziale rynku zbytu pod względem podmiotowym przez przekazanie do obsługi M. klientów (...) ZU z terenu województwa (...), w zamian za rekomendowanie tym klientom ubezpieczenia w (...) ZU i nakazał zaniechanie jej stosowania oraz nałożył na (...) ZU karę pieniężną w wysokości 56 604 783 zł, zaś na M. karę pieniężną w wysokości 61 858 zł.

Na skutek odwołań wniesionych od tej decyzji przez obu przedsiębiorców Sąd Okręgowy w W. – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z 27 marca 2015 r. uchylił zaskarżoną decyzję, wskazując że nie jest możliwe zawarcie porozumienia w myśl art. 6 u.o.k.k., polegającego na podziale rynku, w przypadku gdy powodowie, tj. ubezpieczyciel i broker nie są konkurentami na rynku właściwym.

Na skutek apelacji Prezesa UOKiK wyrokiem z 6 grudnia 2016 r. Sąd Apelacyjny w (...) uchylił ww. wyrok w całości i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania z uwagi na nierozpoznanie istoty sprawy. Sąd Apelacyjny podkreślił, że (...) ZU i M. powinni zostać uznani za konkurentów – przedsiębiorców znajdujących się wobec siebie zarówno w relacji wertykalnej, jak i relacji horyzontalnej, reprezentujących konkurujące kanały dystrybucji usług ubezpieczeniowych.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy wyrokiem z 31 lipca 2017 r. uchylił zaskarżoną decyzję oraz obciążył Prezesa UOKiK kosztami procesu.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że (...) ZU prowadzi działalność ubezpieczeniową w kraju i zagranicą, organizuje i prowadzi usługi związane z działalnością ubezpieczeniową i reasekuracyjną. W roku 2009 funkcję Dyrektora Sprzedaży (...) ZU w Oddziale w P. pełnił A. C., który nadzorował sprzedaż w

regionie (...). Natomiast M. prowadzi działalność gospodarczą, polegającą na działalności pomocniczej, związanej z ubezpieczeniami i funduszami emerytalno-rentowymi oraz działalności agentów i brokerów ubezpieczeniowych. Prezesem zarządu powoda jest R. B..

W 2009 r. pomiędzy obiema spółkami wyniknął spór co do kwestii honorowania pełnomocnictw udzielonych M. przez organy jednostek samorządu terytorialnego do działania na rzecz placówek oświatowych w przedmiocie zawierania ubezpieczeń grupowych NNW dzieci, młodzieży i personelu tych placówek. (...) ZU nie honorował takich pełnomocnictw, uznając, że każda z placówek oświatowych powinna odrębnie upoważnić brokera i uznawał za niewystarczające w tym względzie pełnomocnictwa ogólne udzielone przez organy samorządu, którym podlegały placówki oświatowe. W rezultacie (...) ZU nie przekazywał M. swojej oferty ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych, lecz przekazywał ją bezpośrednio każdemu klientowi (placówce oświatowej) przez swoich agentów.

W czerwcu 2009 r. A. C. i R. B. odbyli kilka spotkań dotyczących bieżącej i przyszłej współpracy między (...) ZU a M. na terenie województwa (...), których efektem było opracowanie schematu współpracy. W czerwcu i lipcu strony wymieniały w tej sprawie korespondencję. W e-mailu z 3 lipca 2009 r., skierowanym do A. C., prezes zarządu M. potwierdził uprzednio poczynione ustalenia telefoniczne dotyczące przyszłej współpracy spółek, podkreślając, że M. m.in.: (1) wszędzie rekomenduje (...) ZU, (2) tam gdzie szkoły proszą o poprawienie oferty, ponieważ otrzymały dobrą ofertę z (...) ZU, (M.) odpowiada, że inni ubezpieczyciele nie są w stanie przebić oferty z (...) ZU, (3) jeżeli klienci informują o spotkaniach z przedstawicielami (...) ZU (M.) mówi, że zna te oferty i je rekomenduje oraz prosi o ich akceptację. Schemat zasad współpracy został dokładniej opisany przez A. C. w e-mailu, rozesłanym do kierowników sprzedaży (...) ZU. W wiadomości tej wskazano m. in., że: (1) podjęto rozmowy z M. w celu zmniejszenia strat w ubezpieczeniu NNW placówek oświatowych na terenie obszaru sprzedaży (...) ZU, (2) w wyniku tych rozmów ustalono, że powodowe spółki zaprzestaną konkurować ze sobą i podejmą współpracę od 2 lipca 2009 r. w zakresie ubezpieczenia NNW placówek oświatowych na obszarze województwa (...), (3) (...) ZU będzie

honorowało pełnomocnictwo udzielone M. przez jednostki samorządu terytorialnego do reprezentowania szkół przy zawieraniu umów ubezpieczenia NNW młodzieży szkolnej, (4) od 2 lipca 2009 r. w placówkach oświatowych, które jeszcze nie podpisały umów z konkurencją, M. rekomenduje ofertę (...) ZU jako najlepszą i placówki te będą ubezpieczane przy współudziale brokera, (5) od 2 lipca 2009 r. (...) ZU i M. przestaną konkurować, informując placówki, że jest to wspólny program ubezpieczeniowy obu spółek, (6) wnioski ubezpieczeniowe na papierze z logo M. należy traktować tak samo jak wnioski na druku (...) ZU, (7) M. otrzyma 5% prowizji w przypadku, gdy (...) ZU podpisze umowę dotyczącą ubezpieczenia NNW za pośrednictwem M..

Informacja o ustaleniach dokonanych pomiędzy przedsiębiorcami dotarła w sierpniu 2009 r. zarówno do Centrali (...) ZU, jak i Prezesa UOKiK. „Dziennik Ubezpieczonych” opublikował 1 września 2009 r. tekst na temat porozumienia (...) ZU i M., pod tytułem „Zmówili się by orznać dzieciaki”. Skutkiem tych działań było oświadczenie M. z 3 września 2009 r. skierowane do Prezesa UOKiK oraz wyjaśnienia A. C. dla przełożonych. W szczególności w wiadomości z 26 sierpnia 2009 r. skierowanej do dyrektora ds. sprzedaży ubezpieczeń pozakomunikacyjnych w centrali (...) ZU – P. O., A. C. wskazał, że użyte w wiadomości adresowanej do M. sformułowania oznaczać miały m.in., że (...) ZU nie będzie składało lepszych ofert bez pośrednictwa brokera, zaś broker rekomendować będzie ofertę (...) ZU (ale tylko tam gdzie nie było przetargu, a jedynie ocena ofert według życzenia klienta) jako najlepszą, biorąc pod uwagę zakres ochrony, posiadaną sieć placówek, jakość obsługi. Następnie, w wiadomości z 31 sierpnia 2009 r. A. C. wyjaśniał kierownikom sprzedaży wątpliwości, które pojawiły się po skierowaniu do nich e-maila z 6 lipca 2009 r., podkreślając m.in., że M. i (...) ZU nie prowadzą i nie mogą prowadzić działalności wobec siebie konkurencyjnej oraz nie pozostają w żadnym stałym stosunku umownym. Zaznaczył także, że przesłane wytyczne nie mogą w żadnym razie stanowić podstawy do stawiania M. w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do innych pośredników ubezpieczeniowych, posiadających stosowne pełnomocnictwa od klienta.

W 2009 r. na terenie województwa (...) (...) ZU zawarł 1270 umów ubezpieczenia, z czego 17 przy udziale M.. Natomiast w roku 2010 przy udziale M.

(...) ZU zawarł 4 umowy przy ogólnej liczbie ponad tysiąca zawartych umów. W kolejnym roku liczba ta spadła do zera. W roku 2010 (...) ZU osiągnął przychód w wysokości 7 783 936 000 zł, a M. – w wysokości 6 628 301,08 zł.

Sąd Okręgowy wskazał, iż konsekwencją rozstrzygnięcia zawartego w wyroku Sądu Apelacyjnego z 6 grudnia 2016 r. jest, stosownie do treści art. 386 § 6 k.p.c., związanie sądu pierwszej instancji przy ponownym rozpoznaniu sprawy oceną prawną i wskazaniem co do dalszego postępowania wyrażonymi w uzasadnieniu wyroku kasatoryjnego. Tym samym, zdaniem Sądu Okręgowego, kwestię występowania dwóch konkurujących ze sobą kanałów dystrybucji usług ubezpieczeniowych trzeba uznać za przesądzoną. Według Sądu pierwszej instancji, podobnie rzecz ma się z ustaleniem rynku właściwego przez Prezesa UOKiK, gdyż analiza dokonana przez Sąd Apelacyjny w tym aspekcie jest wiążąca, poza ewentualną możliwością zmiany odnośnie nazewnictwa ustalonego rynku z rynku sprzedaży ubezpieczeń na rynek oferowania ubezpieczeń.

Sąd pierwszej instancji przyjął, iż pomiędzy przedsiębiorcami doszło do zawarcia porozumienia, zmierzającego do ograniczenia konkurencji. Kluczowe znaczenie miało jednak ustalenie, czy doszło do zaprzestania naruszenia (zaniechania praktyki) i w jakim terminie. O ile bowiem przedsiębiorcy zaprzestali stosowania praktyki ograniczającej konkurencję – jaką jest zawieranie niedozwolonych porozumień – postępowanie w sprawie stosowania takiej praktyki nie może być wszczęte, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania upłynął rok (art. 93 u.o.k.k.).

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, iż w tym kontekście należy odróżnić praktyki, które weszły w fazę realizacji, czego skutkiem było naruszenie konkurencji od tych, w których celem podjętego współdziałania było naruszenie konkurencji, ale skutek nie musiał być osiągnięty. Wiąże się to z zakresem przedmiotowym zakazu z art. 6 u.o.k.k., stanowiącego, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji. Jeżeli skutkiem praktyki jest także ograniczenie konkurencji, to o zaprzestaniu praktyki można mówić wówczas, gdy strony faktycznie zaprzestały stosowania praktyki, czemu dały wyraz na zewnątrz. W ocenie Sądu pierwszej instancji, spektakularnym i dobitnym dowodem takiej okoliczności jest złożenie oświadczenia wprost drugiej

stronie lub w inny dorozumiany sposób, aby dla drugiej strony było oczywiste, że brak jest woli współpracy. Według Sądu Okręgowego, możliwe jest też podjęcie czynności, które w sposób wskażą na wolę zaprzestania praktyki, a fakt zaniechania może zostać udowodniony na podstawie dowodów pośrednich.

Odwołując się do poczynionych ustaleń faktycznych, Sąd pierwszej instancji nie miał wątpliwości, iż doszło do zaprzestania praktyki zarzucanej obu powodom najpóźniej we wrześniu 2009 r. Zawieranie grupowych umów ubezpieczenia dzieci i młodzieży szkolnej w zakresie NNW ma charakter akcyjny, cykliczny. Wynika to przede wszystkim z tego, że ubezpieczenia te mają charakter okresowy i dotyczą kolejnych lat szkolnych. Akcję ubezpieczania dzieci i młodzieży na kolejny rok szkolny rozpoczyna się w miesiącach maj – czerwiec poprzedniego roku szkolnego, a następnie dopiero pod koniec sierpnia mogą być jeszcze finalizowane nieliczne już umowy, które nie zostały zawarte wcześniej. Sąd pierwszej instancji podkreślił, iż do nawiązania relacji między (...) ZU a M. doszło dopiero w czerwcu 2009 r., a ostateczne porozumienie strony osiągnęły 6 lipca 2009 r. Zawarte porozumienie dotyczyło oferty (...) ZU na rok szkolny 2009/2010. W tym okresie (...) ZU zawarł za pośrednictwem M. jedynie 17 umów. Natomiast, przyjęcie za Prezesem UOKiK, że działania (...) ZU i M. zmierzały do preferowania w każdych warunkach oferty (...) ZU, powinno skutkować znacznym zwiększeniem liczby zawieranych umów. W roku szkolnym 2009/2010 skutek ten nie mógł być osiągnięty z racji zbyt późnego zawarcia porozumienia. Nawet przy założeniu, że zarzucana powodom współpraca trwałaby nadal, to musiałaby być kontynuowana przy sprzedaży ubezpieczeń na rok szkolny 2010/2011 (tj. w miesiącach maj – czerwiec 2010 r.), a jej skutkiem powinno być zawarcie większej liczby umów za pośrednictwem M.. Tymczasem (...) ZU zawarł za pośrednictwem M. jedynie 4 umowy ubezpieczenia NNW na rok szkolny 2010/2011. Przy czym M. w 2010 r. uzyskał bardzo znaczny wzrost rentowności właśnie za sprawą znacznie większej liczny ubezpieczeń NNW zawartych za jego pośrednictwem (suma składek przypisanych przy udziale M. na rzecz zakładów ubezpieczeń wzrosła w roku 2010 do 1 544 787 zł w stosunku do kwoty składki 583 558 zł w roku 2009; nastąpił więc wzrost udziału M. w ogólnej wartości składki z 5,4% w roku 2009 do 12,99% w roku 2010, co przełożyło się

również na wzrost przychodu M. z tytułu pośrednictwa w sprzedaży NNW młodzieży z 66 974 zł w 2009 do 178 682 zł w roku 2010).

Według Sądu pierwszej instancji, istotne jest też ustalenie, że udział (...) ZU w składkach przypisanych przy współudziale M. wzrósł z 0% w roku 2008 do 43% w roku 2009, tj. 254 014 zł w ujęciu kwotowym. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, iż Prezes UOKiK nie poczynił dalszych ustaleń co do wielkości udziału (...) ZU w składkach przypisanych przy współudziale M. w kolejnym latach, w tym w szczególności w 2010 r. Jednak można ustalić, jakiego rzędu była ta wielkość na podstawie zeznań świadków. O ile bowiem 17 polis zawartych w 2009 r. za pośrednictwem M. dało (...) ZU składkę przypisaną na poziomie 254 014 zł, to 4 polisy zawarte w roku 2010 za pośrednictwem M. nie mogły wpłynąć na wzrost tego udziału w tym roku. Brak w roku szkolnym 2010/2011 i kolejnych latach jakichkolwiek efektów współpracy (co było głównym celem, jaki przyświecał obu stronom) świadczy niewątpliwie o tym, że strony odstąpiły od kontynuowania współpracy, jaką ustaliły w lipcu 2009.

W ocenie Sądu Okręgowego, kontynuacja umowy na poprzednich warunkach nie byłaby też możliwa bez dalszych uzgodnień (ich aktualizacji) w kolejnym roku także dlatego, że oferta (...) ZU, aby móc być skutecznie rekomendowana przez M., musiałaby chociaż pozornie dostosowywać się do warunków ubezpieczenia NNW oferowanego przez innych ubezpieczycieli na rok szkolny 2010/2011. Zmiana tych warunków przez pozostałych ubezpieczycieli oraz zmiany otoczenia rynkowego, musiała spowodować co najmniej korektę ustaleń i wymuszać ewentualne kontakty między przedsiębiorcami, czego Prezes UOKiK nie stwierdził, a których, zdaniem Sądu pierwszej instancji, nie było.

To, że porozumienie nie było kontynuowane w roku szkolnym 2010/2011, potwierdza ponadto analiza i ocena dotycząca toku prowadzonego przed Prezesem UOKiK postępowania i jego ewentualnych skutków dla każdej ze stron. Wobec toczącego się postępowania antymonopolowego i po dokonanych w obu spółkach przeszukaniach, opierając się na doświadczeniu życiowym, nie sposób przyjąć, że umawiające się strony podjęły w takich okolicznościach dalszą współpracę lub ją kontynuowały.

Sąd Okręgowy zwrócił przy tym uwagę, iż jakkolwiek zarówno samej praktyki, jak i faktu jej zaniechania nie można domniemywać, to udowodnienie tych okoliczności może nastąpić na podstawie dowodów pośrednich, zgodnych z regułami odnoszącymi się do domniemań faktycznych, w tym dowodu *prima facie* (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06). O ile zostaje stwierdzony antykonkurencyjny cel porozumienia, to nie jest konieczne wykazanie faktycznego stosowania porozumienia przez przedsiębiorców i badanie skutków porozumienia. Jednak w sytuacji stwierdzenia, że porozumienie trwa nadal, niezbędne jest dowiedzenie, że ten cel porozumienia objęty jest nadal wolą stron. Istotne jest to w szczególności dla dokładnego określenia terminu zaprzestania praktyk. O ile bowiem zostanie stwierdzone, że porozumienie miało antykonkurencyjny cel, ale nie było wykonywane przez strony, to chwilą jego zaprzestania jest chwila zawarcia porozumienia. Jeśli natomiast porozumienie było wykonywane, wymagane jest ustalenie faktycznej chwili zaprzestania jego wykonywania.

Akcyjny charakter relacji między powodami w niniejszej sprawie wskazuje na wolę zawarcia umowy w pierwszym roku. Brak przejawów jej kontynuowania w kolejnym w roku, zwalniał strony z konieczności jawnego i wyraźnego oświadczania o zerwaniu porozumienia. Wobec braku dowodów naruszania konkurencji przez obu przedsiębiorców w odniesieniu do okresu po 2009 r., nie można przyjąć, że przedsiębiorcy dopuścili się jednolitego i ciągłego naruszenia, które obejmowało okres od lipca 2009 r. i trwało nadal w dacie wydania decyzji. Według Sądu Okręgowego, doszło do przerwania praktyki tuż po rozpoczęciu roku szkolnego 2009/2010, czyli we wrześniu 2009 r., kiedy miało miejsce zawarcie ostatnich umów ubezpieczenia na ten rok szkolny. Tym samym, wszczęcie przez Prezesa UOKiK postępowania 12 kwietnia 2011 r. było niedopuszczalne, gdyż stosownie do treści art. 93 u.o.k.k. postępowanie to mogło zostać wszczęte najpóźniej do 31 grudnia 2010 r.

Apelację od tego wyroku wywiódł pozwany, zaskarżając orzeczenie w całości i wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie odwołań powodów w całości. Wyrokiem z 23 stycznia 2019 r. Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację pozwanego oraz obciążył pozwanego kosztami procesu.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że przedstawiony w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku kierunek rozumowania Sądu Okręgowego jest co do zasady trafny. Przy czym teza, iż do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia doszło nie została potwierdzona w wyniku postępowania sądowego. Okoliczność ta nie wpłynęła jednak na rozstrzygnięcie sprawy. Węzłowe znaczenie dla treści zaskarżonego orzeczenia ma ustalenie, iż „w niniejszej sprawie doszło do zaprzestania praktyki zarzucanej obu powodom najpóźniej we wrześniu 2009 r.” oraz stwierdzenie, że „zawarte porozumienie dotyczyło oferty (...) ZU na rok szkolny 2009/2010”. Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że w apelacji wyrażono zapatrywanie, iż wypowiedź A. C. o treści „<<mamy pewną propozycję w zakresie naszej współpracy w pierwszym roku>> jasno (...) dowodzi, że strony zakładały, że ich współpraca będzie wieloletnia”. Przedstawiona treść e-maila jest wysoce niejednoznaczna i nie daje podstaw do przyjęcia, iż celem porozumienia było ograniczenie konkurencji w perspektywie czasowej dłuższej niż 2009 r. Sąd Apelacyjny wskazał, iż brak jest podstaw, aby wyłączyć wariant interpretacyjny zakładający, że (...) ZU było zainteresowane kontynuowaniem jakiegoś rodzaju współpracy z M. w wieloletnim horyzoncie czasowym, ale M. postrzegał tę kwestię w odmienny sposób. Samo oczekiwanie jednego podmiotu nie uzasadnia przyjęcia, iż doszło do zawarcia porozumienia. Z powołanej wypowiedzi wywieść można co najwyżej ograniczone wnioski dotyczące oczekiwań (...) ZU, a to zbyt mało by poczynić jakiegokolwiek ustalenia dotyczące celu porozumienia zawartego między ubezpieczycielem a brokerem.

Sąd Apelacyjny podniósł, że niecały zakres współpracy między powodami miał charakter antykonkurencyjny i nawet w razie hipotetycznego – zdaniem Sądu Apelacyjnego nieuprawnionego – przyjęcia, iż z cytowanej wypowiedzi wynika, że strony były zainteresowane wieloletnią współpracą, nie byłoby podstaw do uznania, że odnosi się ona do działań ograniczających konkurencję. W razie stwierdzenia, iż do zawarcia przedmiotowego porozumienia doszło, należałoby założyć, iż powodowie mieli wszelkie podstawy by przypuszczać, że jego realizacja przyniesie im pewne korzyści już w pierwszym roku jego funkcjonowania. Nie zmienia tego ustalenia uwzględnienie okoliczności, że korzyści te byłyby większe, gdyby porozumienie zostało zawarte wcześniej. Bezpodstawne byłby też wywodzenie

wieloletniego charakteru porozumienia z tego, że objęcie nim dłuższej perspektywy czasowej mogłoby przynieść jego uczestnikom dodatkowe korzyści. Sam ewentualny motyw do nadania porozumieniu bardziej antykonkurencyjnego charakteru niż przyjął to Sąd Okręgowy nie może być traktowany jako dowód tego, że stopień bezprawności praktyki był większy niż ustalony przez Sąd pierwszej instancji. Ze stwierdzenia, iż interesom uczestników bardziej odpowiadało poszerzenie stopnia bezprawności określonego porozumienia nie wynika jeszcze, że zabiegu takiego dokonano.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, nadanie rzekomemu porozumieniu wieloletniego charakteru nie odpowiadałoby interesom jego uczestników. Istotny jest „akcyjny” charakter trybu zawierania przedmiotowych umów. W okresie zawierania porozumienia jego uczestnicy byli w stanie wiarygodnie oszacować zakres korzyści, które mogli uzyskać w wyniku jego realizacji jedynie co do roku 2009. W odniesieniu do lat kolejnych musieli oni brać pod uwagę możliwość zajścia zmian w sytuacji rynkowej, które podważyłyby opłacalność uczestniczenia w porozumieniu. Relatywne obniżenie efektywności jednego z uczestników porozumienia mogło doprowadzić do tego, że realizacja porozumienia przyniosłaby szkody drugiemu z nich. Ilość niemożliwych do wystarczająco precyzyjnego antycypowania zmiennych była znaczna, a wobec ich istnienia zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia na okres wykraczający poza 2009 r. uznać należałoby za nieracjonalne.

Sąd Apelacyjny uznał, iż Sąd Okręgowy nie popełnił błędu stwierdzając, że ani celem, ani skutkiem przedmiotowej praktyki nie było ograniczenie konkurencji w okresie wykraczającym poza 2009 r. Na słuszność zaskarżonego rozstrzygnięcia jednoznacznie wskazuje przebieg zdarzeń w późniejszej części 2009 r. Profesjonaliści, działający na wymagającym znacznej wiedzy prawnej i gospodarczej rynku ubezpieczeniowym, nie podejmują irracjonalnych, sprzecznych z ich własnym interesem działań. Utrzymywanie przedmiotowego antykonkurencyjnego porozumienia po tym, jak jego treść została publicznie napiętnowana w prasie i po dokonaniu przeszukań przez Prezesa UOKiK (27 października – 3 listopada 2009 r.) byłoby absurdalne. Wskazane elementy radykalnie zwiększyły zagrożenia, na które narażali się rzekomi karteliści.

Prawdopodobieństwo wydania przez Prezesa UOKiK decyzji nakładających na nich wysokie kary, po ogłoszeniu drukiem przedmiotowej publikacji i przeprowadzeniu przez organ przeszukań, było radykalnie wyższe niż w okresie zawierania przedmiotowego rzekomego porozumienia. Podobnie wygląda kwestia strat wizerunkowych przedsiębiorców.

Sąd Okręgowy słusznie zwrócił uwagę, iż M. bardzo wyraźnie zwiększył swoją efektywność w zakresie pośredniczenia w zawieraniu umów grupowego ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych między 2009 a 2010 r. Ten rynkowy sukces, w zestawieniu ze znacznym zmniejszeniem liczby tego rodzaju umów zawartych z (...) ZU za pośrednictwem M., uwiarygadnia tezę, że antykonkurencyjne porozumienie między powodami, jeżeli w ogóle istniało, nie było wykonywane w 2010 r. Przyjęcie odmiennego stanowisko prowadziłoby do wniosku, że M. nie miał możliwości kierowania decyzjami swoich klientów w sposób prowadzący do zawarcia przez nich umów z (...) ZU. Akceptacja tego stanowiska podważałaby celowość zawarcia przedmiotowego porozumienia. Gdyby było tak, że ewentualny antykonkurencyjny cel porozumienia nie mógł być od samego początku zrealizowany, nie można byłoby traktować tego porozumienia jako ograniczającego konkurencję ze względu na cel.

Za nieudaną Sąd Apelacyjny uznał próbę obrony zaskarżonej decyzji przez zaakcentowanie dystynkcji między celem a skutkiem przedmiotowej praktyki. Jeżeli uznać, że w 2009 r. wywarła ona antykonkurencyjny skutek, z faktu jego zaniku po 2009 r. wywieść można zasadnie wniosek, iż doszło też do porzucenia antykonkurencyjnego celu przed końcem 2009 r. Nie zidentyfikowano bowiem żadnych innych elementów, których wystąpienie uniemożliwiłoby osiągnięcie antykonkurencyjnego skutku po 2009 r.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, w razie przyjęcia, iż porozumienie nigdy nie wywołało antykonkurencyjnego skutku należy kierować się stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z 20 lutego 2014 r., III SK 26/13. Porozumienie, którego celem jest ograniczenie konkurencji, jest stosowane, gdy jego strony zachowują się w sposób odpowiadający poczynionym ustaleniom. Gdy porozumienie takie, mimo zawarcia, nie było nigdy wykonywane, a zatem, gdy sformalizowana – jak w niniejszej sprawie – w umowie koordynacja zachowań

przedsiębiorców nie miała miejsca, nie można mówić o „stosowaniu praktyki ograniczającej konkurencję”. To z kolei oznacza, że w przypadku porozumień ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k. ze względu na cel, które nie były wykonywane przez strony, do zaprzestania stosowania praktyki w rozumieniu art. 93 u.o.k.k. dochodzi z chwilą zawarcia takiego porozumienia.

Sąd Apelacyjny uznał, że ani celem ani skutkiem przedmiotowego porozumienia nie było ograniczenie konkurencji w horyzoncie czasowym wykraczającym poza rok 2009. Co więcej, nawet w przyjęciu, iż było odmiennie, uznać należałoby, iż do zaniechania przedmiotowej praktyki doszło w 2009 r.

Skargę kasacyjną od tego wyroku wniósł pozwany, zaskarżając orzeczenie w całości i wnosząc o jego zmianę oraz oddalenie obu odwołań, a także zasądzenie od powodów kosztów procesu. Skarga kasacyjna została oparta na podstawie naruszenia następujących przepisów prawa:

1) art. 231 k.p.c. przez jego błędne zastosowanie, co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, mianowicie doprowadziło do wyciągnięcia nielogicznych wniosków z ustalonych okoliczności, które to wnioski nie stanowią jedynego możliwego wytłumaczenia tych ustaleń faktycznych;

2) art. 328 § 2 k.p.c. przez jego błędne zastosowanie, co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, mianowicie braki w wyjaśnieniu tez stawianych przez Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku nie pozwalają na analizę rozumowania Sądu Apelacyjnego skutkującego stwierdzeniem przedawnienia wszczęcia postępowania antymonopolowego;

3) art. 384 k.p.c. przez jego niezastosowanie, co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, mianowicie doprowadziło do próby podważenia w uzasadnieniu orzeczenia kwestii zawarcia porozumienia w sposób niekorzystny dla wnoszącego apelację;

4) art. 6 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 93 u.o.k.k. przez błędną ich wykładnię przez stwierdzenie przedawnienia wszczęcia postępowania antymonopolowego mimo braku stwierdzenia zaprzestania stosowania praktyki oraz braku ustalenia dokładnej daty zaniechania praktyki.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna nie jest oparta na usprawiedliwionej podstawie.

1. Całkowicie chybiony jest zarzut naruszenia art. 231 k.p.c. Po pierwsze, zgodnie z art. 398³ § 3 k.p.c. podstawą skargi kasacyjnej nie mogą być zarzuty dotyczące ustalania faktów lub oceny dowodów. Oznacza to, że niedopuszczalne są zarzuty dotyczące naruszenia tych przepisów, które regulują ustalenie faktów bezdowodowo (art. 228 – 231 k.p.c.) oraz przepisów o ustalaniu faktów dowodowo, tj. art. 233 § 1 k.p.c. (zob. np. wyroki Sądu Najwyższego: z 24 lutego 2006 r., II CSK 136/05; z 26 kwietnia 2006 r., V CSK 11/06; z 26 maja 2006 r., V CSK 97/06; z 13 sierpnia 2008 r., I CSK 83/08). Po drugie, zarzut naruszenia art. 231 k.p.c. nie został przez skarżącego powiązany z właściwymi przepisami o postępowaniu apelacyjnym (art. 378 § 1, art. 382 lub art. 391 § 1 k.p.c.). Również to powoduje to, że zarzut ten nie mógłby odnieść skutku (zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 2019 r., V CSK 545/18).

2. Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Przy czym także ten zarzut nie został powiązany z naruszeniem odpowiednich przepisów postępowania apelacyjnego (art. 391 § 1 k.p.c.), co dyskwalifikuje go na samym wstępie.

Uzasadnienie wyroku sądu drugiej instancji, z uwagi na odpowiednie stosowanie w chwili orzekania art. 328 § 2 k.p.c. (por. obowiązujący od 7 listopada 2019 r. art. 387 § 2¹ k.p.c. opisujący w odmienny sposób elementy konstrukcyjne uzasadnienia sądu drugiej instancji), musi zawierać przede wszystkim wskazanie faktów, które stanowiły podstawę rozstrzygnięcia, rozważania prawne dotyczące zasadności powództwa (środka inicjującego postępowanie) oraz odniesienie się do zarzutów apelacyjnych (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 11 lipca 2014 r., III CSK 256/13). W orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalony jest pogląd, iż naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. może stanowić usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej, jedynie wówczas, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie ma wszystkich wymaganych przez art. 328 § 2 k.p.c. elementów, bądź zawiera kardynalne braki, które uniemożliwiają kontrolę kasacyjną (zob. np. orzeczenia Sądu Najwyższego: z 8 października 1997 r., I CKN 312/97; z

10 listopada 1998 r., III CKN 792/98; z 19 lutego 2002 r., IV CKN 718/00; z 20 lutego 2003 r., I CKN 65/01; z 22 maja 2003 r., II CKN 121/01; z 22 maja 2013 r., III CSK 293/12; z 28 listopada 2014 r., I CSK 735/13; z 16 grudnia 2015 r., IV CSK 149/15; z 17 grudnia 2015 r., I CSK 1028/14).

Sąd Najwyższy nie dostrzega takich braków uzasadnienia zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego, które mogłyby uniemożliwić czy choćby nawet poważnie utrudnić dokonanie kontroli kasacyjnej tego rozstrzygnięcia. Na podstawie treści sporządzonego uzasadnienia można w szczególności prześledzić tok rozumowania Sądu drugiej instancji, który doprowadził do wydania zaskarżonego wyroku.

3. Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 384 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem sąd nie może uchylić lub zmienić wyroku na niekorzyść strony wnoszącej apelację, chyba że strona przeciwna również wniosła apelację. Wyrażony w tym przepisie zakaz *reformationis in peius* ma doniosłe znaczenie dla skarżącego, gdyż stwarza mu gwarancję procesową, iż wywiedziona przez niego apelacja od błędnego wyroku nie pociągnie za sobą niekorzystnego z jego punktu widzenia rozstrzygnięcia sądu drugiej instancji. Gwarancja ta jest istotą instytucji zakazu *reformationis in peius*, umożliwiającą stronie swobodne korzystanie ze środków odwoławczych. Do naruszenia tego zakazu może dojść nie tylko przez orzeczenia co do istoty sprawy, ale także przez uchylenie wyroku na niekorzyść strony wnoszącej apelację, jeżeli strona przeciwna nie wniosła apelacji (por. wyrok Sądu Najwyższego z 10 lutego 2017 r., V CNP 50/16). Przede wszystkim jednak przez zmianę na niekorzyść, objętą zakazem *reformationis in peius*, należy rozumieć, zgodnie z przeważającym poglądem piśmiennictwa, jedynie zmianę w zakresie rozstrzygnięcia co do istoty sprawy (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 9 marca 2007 r., II CSK 457/06). Taka zmiana w okolicznościach niniejszej sprawy nie nastąpiła.

Skarżący upatruje natomiast naruszenia art. 384 k.p.c. w treści rozważań Sądu Apelacyjnego dotyczących samego faktu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję oraz sensu tego porozumienia. Rozważania Sądu drugiej instancji zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie mogą prowadzić do naruszenia zakazu sformułowanego w art. 384 k.p.c., bowiem nie skutkowały

one ani uchylem, ani zmianą wyroku Sądu Okręgowego na niekorzyść pozwanego, który wnosił od tego wyroku apelację. W szczególności w razie oddalenia apelacji zmiana podstawy prawnej rozstrzygnięcia, nawet na obiektywnie mniej korzystną dla skarżącego, nie stanowi naruszenia art. 384 k.p.c.

Inaczej rzecz ujmując, niezależnie od przyczyn oddalenia apelacji, brak jest podstaw do odwołania się do art. 384 k.p.c., gdy apelacja nie prowadzi do uchylecia lub zmiany zaskarżonego wyroku. Nie sposób przecież wówczas przyjąć, że dochodzi do rozstrzygnięcia w sądzie drugiej instancji na niekorzyść skarżącego w rozumieniu art. 384 k.p.c., ponieważ w razie oddalenia apelacji żadna zmiana w sytuacji skarżącego nie następuje (zob. też wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 marca 2003 r., SK 8/02).

4. Pozwany w ostatnim zarzucie skargi kasacyjnej, powołując się na naruszenie przepisu art. 6 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 93 ust. 1 u.o.k.k., zakwestionował ocenę Sądu Apelacyjnego, że doszło do przedawnienia wszczęcia postępowania antymonopolowego. Zdaniem skarżącego nastąpiło to pomimo (1) braku stwierdzenia zaprzestania stosowania praktyki oraz (2) braku ustalenia dokładnej daty zaniechania praktyki. Jednocześnie skarżący wywodzi, że w odniesieniu do porozumienia zabronionego ze względu na cel badanie, czy porozumienie było wykonywane zmienia charakter porozumienia, skoro istotne staje się to, czy porozumienie odniosło skutek. To z kolei prowadzi do złagodzenia odpowiedzialności stron takiego porozumienia (zakazanego ze względu na skutek), wynikającej z innych przesłanek odpowiedzialności niż w przypadku porozumień zakazanych ze względu na antykonkurencyjny cel.

Tak sformułowany zarzut wymaga analizy na kilku płaszczyznach. Po pierwsze, konieczne jest rozważenie, czy „zaprzestanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję” należy do sfery ustaleń faktycznych, czy też jest elementem oceny prawnej (stosowania prawa), co ma kardynalne znaczenie z perspektywy treści art. 398¹³ § 2 k.p.c. Po drugie, w razie uznania, że „zaprzestanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję” jest kwestią prawną, trzeba wyjaśnić, kiedy dochodzi do zaprzestania takiej praktyki w postaci antykonkurencyjnego porozumienia zakazanego ze względu na cel, a w szczególności, czy istotne jest z tego punktu widzenia wykonywanie tego

porozumienia. Po trzecie, wymaga rozważenia, czy dla zastosowania art. 93 ust. 1 u.o.k.k. istotne jest precyzyjne ustalenie, kiedy doszło do zaprzestania stosowania praktyki, czy moment ten może być ustalony jedynie w pewnym przybliżeniu. Wreszcie po czwarte, niezbędne jest przeanalizowane, na kim spoczywa ciężar dowodu co do istnienia okoliczności uzasadniających przyjęcie, że konkretna praktyka antykonkurencyjna została zaprzestana.

5. Zgodnie z art. 93 ust. 1 u.o.k.k. (w brzmieniu obowiązującym do 18 stycznia 2015 r. – ustawa z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. 2014, poz. 945) nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. W zaskarżonej decyzji Prezes UOKiK przypisał przedsiębiorcom zachowanie w postaci „zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję”, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. Stosownie do tego przepisu zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na podziale rynków zbytu lub zakupu.

Ocena, czy „zaprzestano stosowania praktyki ograniczającej konkurencję” (w rozumieniu art. 93 ust. 1 u.o.k.k.), polegającej na „zawarciu porozumienia”, wymaga dokonania ustaleń faktycznych obejmujących zachowanie stron tego porozumienia na etapie po jego zawarciu, a następnie dokonania ich oceny prawnej w kontekście art. 93 ust. 1 u.o.k.k., tj. oceny, czy skonkretyzowane zachowanie stron może zostać uznane za „zaprzestanie stosowania praktyki”. O ile pierwsza płaszczyzna należąca do sfery faktów, z uwagi na treść art. 398¹³ § 2 k.p.c. uchyla się spod oceny Sądu Najwyższego, o tyle kwalifikacja działań lub zaniechań stron, jako wskazujących na „zaprzestanie stosowania praktyki”, należy do sfery prawnej i może być przedmiotem zarzutu skargi kasacyjnej.

6. Sąd Najwyższy aprobuje stanowisko wyrażone w wyroku z 20 lutego 2014 r., III SK 26/13, podzielone również przez Sąd Apelacyjny. Sąd Najwyższy wyjaśnił w tym orzeczeniu, że początek biegu terminu określonego w art. 93 ust. 1 u.o.k.k. jest połączony z zaprzestaniem stosowania praktyki ograniczającej konkurencję. Porozumienia ograniczające konkurencję ze względu na skutek

muszą być realizowane w praktyce obrotu gospodarczego przez strony, aby można było uznać, że dochodzi do naruszenia zakazu z art. 6 ust. 1 u.o.k.k. Z kolei „w przypadku porozumień ograniczających konkurencję ze względu na cel to zasadniczo sama treść porozumienia, wsparta oceną kontekstu gospodarczo-prawnego porozumienia, uzasadnia przyjęcie założenia, że do ograniczenia konkurencji doszło już wskutek zawarcia porozumienia. Skutki tego porozumienia nie muszą zmaterializować się w obrocie gospodarczym. Nie ma to jednak bezpośredniego znaczenia dla art. 93 u.o.k.k., dla którego liczy się tylko, czy zaprzestano stosowania porozumienia. Porozumienie, którego celem jest ograniczenie konkurencji, jest stosowane, gdy jego strony zachowują się w sposób odpowiadający poczynionym ustaleniom. Gdy porozumienie takie, mimo zawarcia, nie było nigdy wykonywane (...), nie można mówić o <<stosowaniu praktyki ograniczającej konkurencję>>.” To oznacza, że w przypadku porozumienia ograniczającego konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 u.o.k.k. ze względu na cel, które nie było wykonywane przez strony, do zaprzestania stosowania praktyki w rozumieniu art. 93 ust. 1 u.o.k.k. dochodzi z chwilą zawarcia takiego porozumienia (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 20 lutego 2014 r., III SK 26/13).

Innymi słowy, porozumienie zakazane ze względu na skutek musi być wykonywane, a wówczas „zaprzestanie stosowania praktyki” następuje w momencie zaniechania wykonywania (stosowania) tego porozumienia. Natomiast sytuacja porozumienia zakazanego ze względu na cel w kontekście art. 93 ust. 1 u.o.k.k. może kształtować się dwojako. Jeżeli takie porozumienie nigdy nie było wykonywane, to do zaprzestania stosowania praktyki w rozumieniu art. 93 u.o.k.k. dochodzi z chwilą zawarcia takiego porozumienia (por. też wyrok Sądu Najwyższego z 22 maja 2014 r., III SK 50/13). Z drugiej strony, jeżeli porozumienie zakazane ze względu na cel jest wykonywane, wówczas dla oceny „zaprzestania stosowania praktyki” ma zastosowanie to samo kryterium, co w odniesieniu do porozumienia zakazanego ze względu na skutek – decyduje zatem moment zaniechania wykonywania (stosowania) tego porozumienia.

Chybiony jest przy tym argument Prezesa UOKiK, że badanie wykonywania porozumienia zakazanego ze względu na cel zmienia jego charakter i *de facto* „przekształca” je w porozumienie zakazane ze względu na skutek (skarga

kasacyjna – s. 42-43). To, czy porozumienie zakazane ze względu na cel było wykonywane ma bowiem znaczenie jedynie dla zastosowania art. 93 u.o.k.k. i nie przesądza o tym, że dane porozumienie jest zakazane, niezależnie od jego faktycznych skutków. Nie oznacza również konieczności badania skutków takiego porozumienia dla możliwości przypisania przedsiębiorcom zawarcia porozumienia zakazanego ze względu na cel. Innymi słowy – wbrew stanowisku skarżącego (skarga kasacyjna – s. 42) – wykonywanie porozumienia zakazanego ze względu na cel nie uniemożliwia nałożenia na uczestników takiego porozumienia kary pieniężnej za samo zawarcie takiego porozumienia, w oderwaniu do jego skutków.

Rację ma Prezes UOKiK, wskazując, że w przypadku porozumienia zakazanego ze względu na cel praktyka ograniczająca konkurencję istnieje już od chwili zawarcia takiego porozumienia, bez względu na to, czy jest ono wykonywane, czy też nie. W konsekwencji praktyka taka istnieje dopóki obowiązuje porozumienie, nawet jeżeli jest niewykonywane (skarga kasacyjna – s. 38). Tak jest jednak tylko wówczas, gdy cel niewykonywanego porozumienia nie jest ograniczony w czasie. Jeżeli natomiast cel porozumienia jest limitowany określonym horyzontem czasowym (np. porozumienie zostaje zawarte na konkretny rok), to po upływie tego czasu porozumienie przestaje wiązać, a co za tym idzie antykonkurencyjna praktyka nie istnieje, skoro odpada cel porozumienia, a brak jest jednocześnie jego skutków (wykonywania porozumienia).

Co więcej, zgodnie z art. 93 ust. 1 u.o.k.k. dla rozpoczęcia biegu terminu przedawnienia antymonopolowego, istotne jest jedynie „zaprzestanie stosowania praktyki”. Innymi słowy, samo „istnienie” praktyki (obowiązywanie niewykonywanego porozumienia) nie ma znaczenia dla zastosowania art. 93 u.o.k.k. Decyduje tylko to, czy i do kiedy dana praktyka była „stosowana”. Nie przekonuje argument, że antykonkurencyjne porozumienie zawarte w formie umowy cywilnoprawnej obowiązuje, dopóki umowa nie zostanie rozwiązana, ponieważ strony są „zobligowane” (zobowiązane) do określonego zachowania (skarga kasacyjna – s. 39-40). Wątpliwie jest w szczególności przyjęcie, że strony takiej umowy są „zobligowane” do określonego zachowania, które jest przecież sprzeczne z ustawą (zob. art. 58 k.c.). Trudno zwłaszcza wyobrazić sobie wyegzekwowanie obowiązków, przewidzianych tym porozumieniem. Nie można

więc mówić o istnieniu prawnego obowiązku określonego zachowania. Tym samym istotne jest jedynie to, czy zaprzestano stosowania porozumienia. Nawet porozumienie, którego celem jest ograniczenie konkurencji, jest stosowane wówczas, gdy jego strony zachowują się w sposób odpowiadający poczynionym ustaleniom (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 20 lutego 2014 r., III SK 26/13).

Sąd Apelacyjny przyjął, że ani antykonkurencyjny cel, ani skutek ocenianego porozumienia nie „wykraczał poza 2009 r.”. Treść porozumienia dotyczyła bowiem zawierania umów ubezpieczenia na rok szkolny 2009/2010, które miało miejsce do jesieni 2009 r. (uzasadnienie zaskarżonego wyroku – s. 22-24). Brak było również skutków tego porozumienia w 2010 r. (uzasadnienie – s. 24). W konsekwencji, zaprzestanie stosowania praktyki nastąpiło w 2009 r., skoro ani cel porozumienia, ani jego skutki nie obejmowały roku 2010 i lat następnych. Taka ocena stanu faktycznego, wiążącego Sąd Najwyższy zgodnie z art. 398¹³ § 2 k.p.c., nie została skutecznie podważona w skardze kasacyjnej.

7. Chybiony jest także zarzut Prezesa UOKiK, że w przypadku porozumienia zakazanego ze względu na cel „zaprzestanie stosowania praktyki” wymaga porzucenia celu „w sposób wyraźny i publiczny – dostępny z zewnątrz” (skarga kasacyjna – s.38, 42-43). Ocena, że doszło do zaprzestania stosowania praktyki w rozumieniu art. 93 ust. 1 u.o.k.k. może być dokonana na podstawie każdego, dostrzegalnego z zewnątrz i weryfikowalnego zachowania uczestników porozumienia, które wskazuje na odstąpienie od niewykonywanego porozumienia, zakazanego ze względu na cel. Dla zastosowania art. 93 ust. 1 u.o.k.k. nie ma decydującego znaczenia, czy uczestnik porozumienia złoży odpowiednie oświadczenie innym uczestnikom porozumienia, aczkolwiek złożenie takiego oświadczenia ułatwia dowód zaprzestania stosowania praktyki (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2014 r., III SK 50/13).

Do stwierdzenia zaniechania stosowania antykonkurencyjnej praktyki w postaci porozumienia zakazanego ze względu na cel, wymienionego w art. 6 ust. 1 pkt 1-3 i 7 u.o.k.k., które było wykonywane, w celu ustalenia terminu przedawnienia wszczęcia postępowania antymonopolowego na podstawie art. 93 u.o.k.k., wystarczające jest wobec tego samo stwierdzenie zaniechania wykonywania porozumienia na rynku. Jest to możliwe na podstawie każdego zachowania

uczestników porozumienia, które o tym świadczy. Brak jest przy tym, zdaniem Sądu Najwyższego, podstaw do nakładania na uczestników porozumienia bardziej restrykcyjnych wymogów, niż te które zostały przewidziane przez ustawodawcę i oczekiwania publicznego odżegnania się od zakazanej praktyki i wyraźnego porzucenia celu zawartego porozumienia. Nadto, w sytuacji wykonywania porozumienia zakazanego ze względu na cel samo złożenie oświadczenia przez uczestnika, bądź wszystkich uczestników porozumienia nie będzie przecież wystarczające. Konieczne będzie bowiem stwierdzenie zachowań wskazujących na zaniechanie stosowania praktyki.

Zaniechanie stosowania praktyki to rzeczywiste zaprzestanie zachowania, a zatem zaprzestanie wykonywania działań lub podjęcia działań, w przypadku praktyki przybierającej postać zaniechania, które kwalifikowane jest jako naruszające konkurencję. To istota praktyki, czyli to, jakie zachowanie zostało uznane za antykonkurencyjne, decyduje o tym, jakiego rodzaju czynności należy podjąć, aby można było mówić o zaniechaniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję (por. wyrok Sądu Najwyższego z 2 lipca 2009 r., III SK 10/09).

Na tym tle obszerne wywody skargi kasacyjnej dotyczące ustaleń faktycznych obu sądów na płaszczyźnie zaniechania stosowania antykonkurencyjnej praktyki (s.40-41 skargi kasacyjnej) nie mogą być w żaden sposób skuteczne w świetle art. 398¹³ § 2 k.p.c.

8. Dla zastosowania art. 93 ust. 1 u.o.k.k. nie jest potrzebne dokładne ustalenie, kiedy doszło do zaprzestania stosowania zakazanej praktyki, skoro termin przedawnienia antymonopolowego określony w tym przepisie biegnie od końca roku, w którym zaprzestano stosowania praktyki (skarga kasacyjna – s.43-44). Dla prawidłowego zastosowania tej normy wystarczające jest ustalenie, w którym roku zaprzestano stosowania praktyki. Nie ma natomiast znaczenia, czy nastąpiło to np. w styczniu, czy grudniu danego roku, ponieważ dla ustalenia początku biegu terminu przedawnienia jest to okoliczność irrelevantna.

Sąd obu instancji były więc uprawnione do ograniczenia swoich ustaleń w tym zakresie do stwierdzenia, że zarzucana powodowi praktyka została zaniechana w 2009 r. Oznacza to, że początek biegu terminu przedawnienia, o jakim mowa w art. 93 u.o.k.k. rozpoczął bieg 31 grudnia 2009 r.

9. Zgodnie z art. 93 ust. 1 u.o.k.k. w zw. z art. 6 k.c. to na przedsiębiorcy spoczywa ciężar udowodnienia, że doszło do „zaprzestania stosowania” praktyki ograniczającej konkurencję, a zatem takiego zachowania, które wskazuje, że praktyka nie jest już stosowana. Przeprowadzenie takiego dowodu jest jednak niezbędne tylko wówczas, gdy Prezes UOKiK wykaże, że porozumienie zakazane ze względu na cel było po jego zawarciu wykonywane. W przeciwnym bowiem razie termin przedawnienia określony w art. 93 ust. 1 u.o.k.k. rozpocznie bieg od chwili zawarcia takiego porozumienia.

Innymi słowy, dla przypisania przedsiębiorcom ograniczenia konkurencji w postaci zawarcia porozumienia zakazanego ze względu na cel nie jest konieczne wykazanie, że porozumienie jest wykonywane, ale okoliczność ta jest istotna z perspektywy rozpoczęcia biegu terminu przedawnienia. Skoro okoliczność ta rzutuje na możliwość wszczęcia postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję (art. 93 ust. 1 u.o.k.k.), a co za tym idzie nałożenia na przedsiębiorców kary pieniężnej, ciężar dowodu wykonywania porozumienia spoczywa na Prezesie UOKiK. Chyba że ze względu na datę zawarcia porozumienia nie ma wątpliwości, że postępowanie zostało wszczęte w terminie określonym w art. 93 ust. 1 u.o.k.k. Wówczas nie ma potrzeby wykazywania wykonywania porozumienia zakazanego ze względu na cel.

Z tych względów, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. oddalił skargę kasacyjną, jako nieopartą na usprawiedliwionej podstawie, orzekając o kosztach postępowania kasacyjnego na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. oraz § 10 ust. 4 pkt 3 w zw. z § 14 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U. 2018, poz. 265 ze zm.).