



Sygn. akt I NSK 3/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 stycznia 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Ewa Stefańska (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Leszek Bosek

SSN Joanna Lemańska

w sprawie z powództwa A. S.A. w L.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o nadużywanie pozycji dominującej,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw
Publicznych w dniu 29 stycznia 2019 r.,
skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 25 listopada 2016 r., sygn. akt VI ACa [...],

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

UZASADNIENIE

Decyzją nr RKT - [...] z dnia 24 grudnia 2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.,

zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów” lub „ustawą” lub „u.o.k.k.”) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez A. S.A. z siedzibą w L. z dealerami sprzedającymi oprogramowanie komputerowe, niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku hurtowej sprzedaży oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem, które polega na ustalaniu w umowach dealerskich detalicznych cen odsprzedaży ww. oprogramowania, co stanowiło naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 18 grudnia 2012 r., a także na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nałożył na A. S.A. z siedzibą w L. karę pieniężną z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy, w wysokości 373.548 zł.

Od powyższej decyzji odwołanie wniosła A. S.A. z siedzibą w L., zaskarżając decyzję w całości oraz wnosząc o jej uchylenie i umorzenie postępowania, ewentualnie zmianę decyzji poprzez orzeczenie, że powód nie zawarł niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, ewentualnie poprzez odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub zmniejszenie jej wysokości. Zaskarżonej decyzji zarzucił naruszenie: (1) art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez przyjęcie, że działania powoda w zakresie dystrybucji oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem naruszyły interes publiczny; (2) art. 6 ust. 1 u.o.k.k. poprzez przyjęcie, że powód podejmował działania mające na celu ograniczenie lub naruszenie reguł konkurencji na rynku, a także uznanie, że umowy zawierane przez powoda jako producenta oprogramowania z dystrybutorami stanowią antykonkurencyjne porozumienie przedsiębiorców; (3) art. 106 ust. 1 u.o.k.k. poprzez nałożenie na powoda kary pieniężnej i rażące jej wygórowanie; (4) błędy w ustaleniach faktycznych polegające na przyjęciu: że powód podejmował działania mające na celu ustalenie cen odsprzedaży oprogramowania wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem, które w efekcie prowadziły do naruszenia zasad konkurencji, co skutkowało naruszeniem interesu publicznoprawnego; że zawierane przez powoda porozumienia z dystrybutorami oprogramowania wywierały wpływ na rynku dystrybucji oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem; przyjęciu długotrwałości zawartego przez powoda

porozumienia, przy pominięciu okoliczności połączenia W. Spółki z o.o. z powodem na podstawie uchwały wspólników z dnia 21 maja 2007 r.

Wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2015 r. Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie. Sąd pierwszej instancji ustalił, że w wyniku podjęcia przez Walne Zgromadzenie A. S.A. z siedzibą w L. uchwały z dnia 21 maja 2007 r., na podstawie art. 494 § 1 k.s.h. powód stał się następcą prawnym W. Spółki z o.o., która była producentem oprogramowania wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem, obejmującego m.in. prowadzenie ksiąg podatkowych, finansów firmowych i spraw kadrowych. Wobec połączenia spółek, powód przejął powyższe oprogramowanie, jego dystrybucję i sieć sprzedaży. Sprzedaż była prowadzona bezpośrednio przez Spółkę oraz za pośrednictwem jej partnerów handlowych działających na terenie całego kraju. Dealerzy nabywali egzemplarze oprogramowania po cenach uwzględniających rabat od cen detalicznych z cennika, a następnie odsprzedawali je nabywcom detalicznym. Mogli także nabywać oprogramowanie z pominięciem producenta, nie informując go o tym fakcie. Powód i jego poprzednik prawny zawierali z dealerami pisemne umowy o współpracy handlowej, lecz istniała także możliwość zawarcia umowy ustnej. Od 2001 r. zawarte zostało łącznie ponad 1.100 umów. Umowy te były zawierane z wykorzystaniem kolejnych wzorów umowy, które stosowano (w kilku wariantach) w okresach: do 2001 r., od 2001 r. do 2007 r., od 2008 r. do II kwartału 2010 r., od III kwartału 2010 r. W dniu 8 grudnia 2012 r. A. S.A. wypowiedziała wszystkie umowy zawarte z wykorzystaniem wzorców umów stosowanych przed III kwartałem 2010 r. W umowach tych dealerzy zobowiązywali się do oferowania i sprzedaży pakietów oprogramowania po cenach detalicznych sugerowanych, zgodnych z aktualnie obowiązującym sugerowanym cennikiem detalicznym, udostępnianym na stronie internetowej Spółki. Jednakże w praktyce dealerzy ustalali ceny dalszej odsprzedaży oprogramowania niezależnie od powyższego cennika, zaś powód nie podejmował w stosunku do nich żadnych działań represyjnych w związku z niestosowaniem się do postanowień umów.

Na tle takich ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził, że odwołanie powoda było niezasadne. Sąd ten podzielił zawarte w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji wywody Prezesa

Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów co do: ustalenia rynku właściwego oraz istoty, celu i skutków porozumienia zawartego przez powoda z dealerami. Wskazał, że z dniem połączenia spółek powód wstąpił we wszystkie prawa i obowiązki W. Spółki z o.o., zaś jako następca prawny ponosi odpowiedzialność za wszystkie jej działania. Powód wypowiedział umowy zawarte przez tę Spółkę dopiero po pięciu latach od przejęcia. Ponadto w umowach zawieranych przez powoda w latach 2008-2010 przewidziano obowiązek stosowania przez dealerów cen określonych jako sugerowane, lecz w rzeczywistości będących cenami narzuconymi w cennikach, albowiem powód zastrzegł sobie prawo do obniżenia rabatów dealerom naruszającym postanowienia umów. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, o istnieniu przedmiotowego porozumienia świadczą umowy łączące powoda z dealerami oraz fakt przekazywania im cenników, co umożliwiało konkurującym przedsiębiorcom uzyskanie punktu odniesienia co do cen odsprzedaży stosowanych przez konkurencję. Oceny tej nie zmienia fakt niezależnego ustalania przez dealerów cen odsprzedaży oprogramowania oraz niestosowania przez powoda wobec nich represji z tego tytułu, albowiem zabronione jest samo zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia, niezależnie od skutku, który wywiera ono na rynku właściwym.

Za nietrafny uznał Sąd Okręgowy zarzut naruszenia art. 1 ust. 1 u.o.k.k. Wskazał, że dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma obiektywny cel umowy, a nie subiektywny jego odbiór przez strony niedozwolonego porozumienia. Tymczasem ustawodawca zakazuje ustalania cen przez producenta z dystrybutorami, albowiem prowadzi to do ograniczenia konkurencji wewnątrzmarkowej, limitując swobodę przedsiębiorców w zakresie zawierania umów z osobami trzecimi. Interes publiczny został więc naruszony przez samo zawarcie porozumienia na rynku właściwym z uwagi na jego cel, niezależnie od skutku, jaki wywołało ono na tym rynku. Zgodnie bowiem z art. 6 ust. 1 u.o.k.k., zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, stwierdzenie zakazanej praktyki następuje poprzez wykazanie zaistnienia wspólnych dla stron porozumienia działań, nawet jeżeli ich antykonkurencyjne skutki nie zostaną ujawnione na rynku właściwym.

W niniejszej sprawie zawarte porozumienie eliminowało niepewność co do zachowań cenowych przedsiębiorców uczestniczących w sieci dystrybucyjnej, ponieważ każdy z dystrybutorów zawierając umowę z powodem miał świadomość, że jego oprogramowanie powinno być sprzedawane co najmniej po cenie wynikającej z cennika. Dystrybutorzy nie dysponowaliby taką wiedzą na prawidłowo funkcjonującym rynku konkurencyjnym. Ponieważ zachowanie powoda wyczerpywało przesłanki praktyki ograniczającej konkurencję, zasadne było nałożenie na niego kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k.

Na skutek apelacji powoda, wyrokiem z dnia 25 listopada 2016 r. Sąd Apelacyjny w [...] zmienił zaskarżony wyrok, w ten sposób, że uchylił decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 grudnia 2013 r. oraz stwierdził, że decyzja ta nie została wydana z rażącym naruszeniem prawa ani bez podstawy prawnej, w rozumieniu art. 479^{31a} k.p.c.

Zdaniem Sądu odwoławczego, w zakresie mającym znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiocie apelacji, Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i ustalenia te Sąd Apelacyjny przyjął za własne. Natomiast ocena prawna Sądu pierwszej instancji, odwołująca się do zawartych w decyzji wywodów Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów co do: ustalenia rynku właściwego oraz istoty, celu i skutków porozumienia zawartego przez powoda z dealerami, została przez Sąd Apelacyjny uznana za wadliwą.

Sąd odwoławczy wskazał, że według Prezesa Urzędu rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest „krajowy rynek hurtowej sprzedaży oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem”. Jednakże - w jego ocenie - niewystarczająco pogłębione są wywody organu antymonopolowego dotyczące rynku geograficznego. Zostały one bowiem ograniczone do tych elementów wyznaczających granice geograficznego rynku właściwego, które wiążą się z popytem, nie odniesiono się natomiast do substytucji podaży. Prezes Urzędu nie wykazał, że granice rynku właściwego ograniczają się do Polski, co wymagało rozważenia m.in. kwestii, czy przedsiębiorcy spoza krajowego rynku oferowali lub byli w stanie zaoferować dobra konkurencyjne wobec oprogramowania powoda, a w szczególności, czy niewielka, ale trwała podwyżka cen tego oprogramowania mogłaby ich skłonić do wejścia na rynek.

Sąd Apelacyjny wyraził również wątpliwość co do prawidłowości określenia przez organ antymonopolowy właściwego rynku produktowego. Wskazał na niespójność sentencji i uzasadnienia decyzji w tym zakresie, albowiem w sentencji jest mowa o „rynku hurtowej sprzedaży oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem”, zaś w uzasadnieniu o „rynku dystrybucji oprogramowania komputerowego wspomagającego zarządzanie przedsiębiorstwem”. Wyjaśnił, że bezpośrednim skutkiem porozumień ustalających cenę odsprzedaży (RPM - *resale price maintenance*) jest zazwyczaj ograniczenie konkurencji na tym poziomie dystrybucji, na którym mają być stosowane ceny ustalone w porozumieniu. W pewnych przypadkach efektem tego typu porozumień jest też osłabienie rywalizacji na wyższym poziomie struktury produkcji i dystrybucji. Sytuacje takie występują m.in. wówczas, gdy pojawia się tzw. problem związania (*commitment problem*), który polega na tym, że kolejni dystrybutorzy zainteresowani nawiązaniem współpracy z dostawcą naciskają na niego, aby zaoferował im niższe ceny. Spełnienie ich oczekiwań cenowych może być z punktu widzenia dostawcy racjonalną decyzją gospodarczą. Antycypując taki rozwój sytuacji, dystrybutorzy nawiązujący współpracę z dostawcą jako pierwsi wywierają na niego zwiększoną presję cenową, co skutkuje ograniczeniem cen detalicznych. Natomiast RPM eliminuje to źródło presji cenowej, ponieważ w przypadku ustalenia na jednakowym poziomie cen detalicznych żądanych przez wszystkich dystrybutorów, obniżenie ceny hurtowej nie uniemożliwia obniżenia ceny detalicznej. W razie ustalenia RPM dla wszystkich dystrybutorów, ci spośród nich, którzy nawiązują współpracę z dostawcą jako pierwsi mają słabszą motywację do naciskania na dostawcę, aby zaoferował im korzystniejsze ceny. W pewnych przypadkach ustalenie RPM ułatwia też zawieranie szczególnie szkodliwych poziomych porozumień cenowych między dostawcami. Dzięki ustaleniu z dystrybutorami RPM, uczestnicy poziomego porozumienia dostawców mogą skuteczniej wzajemnie kontrolować jego przestrzeganie, co stabilizuje kartel ze szkodą dla konsumentów. Ponieważ w przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu nie poczynił żadnych szczegółowych rozważań dotyczących rzeczywistego lub potencjalnego oddziaływania porozumienia na rynek hurtowy, nie wykazał, iż jego celem lub skutkiem było ograniczenie konkurencji na tym rynku.

Według Sądu odwoławczego, prawdopodobnie intencją organu antymonopolowego było zakwestionowanie przedmiotowego porozumienia z uwagi na jego oddziaływanie na rynek detaliczny lub ze względu na jego zdolność do takiego oddziaływania. Nawet jednak gdyby tak przyjąć, rozstrzygnięcie Prezesa Urzędu nie mogło być zaakceptowane, skoro w uzasadnieniu decyzji mowa jest o „wywarcu wpływu” na rynku dystrybucji oprogramowania, a nie o „możliwości wywarcia wpływu” na tym rynku właściwym, w szczególności, że organ nie podjął nawet próby wykazania wystąpienia takiego skutku zakwestionowanego porozumienia. Jednocześnie ustalił, że dealerzy faktycznie ustalali ceny detaliczne niezależnie od otrzymywanego cennika, zaś powód nie podejmował działań, których celem lub efektem byłoby obniżenie rabatów przedsiębiorcom nie stosującym się do postanowień umów dealerskich. Organ antymonopolowy nie zbadał również, czy przedmiotowe porozumienie mogło wywrzeć wpływ na rynek detaliczny. Ostatecznie Sąd Apelacyjny stwierdził, że Prezes Urzędu nie zidentyfikował prawidłowo rynków, których dotyczy zakwestionowane porozumienie i nie ustalił pozycji, jaką zajmują na nim uczestnicy porozumienia, a zwłaszcza powód. W jego ocenie uchybienia te są na tyle poważne, że nie mogą być usunięte w postępowaniu sądowym.

Sąd Apelacyjny nie podzielił poglądu Prezesa Urzędu, że szczegółowa analiza udziałów rynkowych uczestników porozumienia, która może być dokonana jedynie w oparciu o precyzyjnie określony rynek właściwy, w niniejszej sprawie nie jest konieczna, gdyż jeżeli można stwierdzić, że dane porozumienie ma na celu ograniczenie konkurencji, nie istnieje potrzeba brania pod uwagę konkretnych skutków, jakie porozumienie to wywołuje na danym rynku. Organ antymonopolowy wskazał jednocześnie, że porozumienia polegające na ustaleniu cen sprzedaży towarów nie korzystają z wyłączenia spod zakazu przewidzianego dla tzw. porozumień bagatelnych, więc są one niedozwolone niezależnie od wielkości udziału w rynku przedsiębiorców uczestniczących w takim porozumieniu. Zdaniem Sądu odwoławczego, teza o zbędności zbadania pozycji zajmowanej przez uczestników porozumienia na rynkach właściwych wzbudza zastrzeżenia. Za nieistotne nie można uznać także uchybień w zakresie definiowania rynków właściwych, albowiem doprowadziły one do zaniechania rozważenia

dopuszczalności zastosowania w niniejszej sprawie unijnego prawa konkurencji. Prezes Urzędu w ogóle nie odniósł się do kwestii, czy przedmiotowe porozumienie wywarło wpływ na handel między państwami członkowskimi, pomimo że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE przesłanka ta ujmowana jest bardzo szeroko. W szczególności sam fakt, że treść porozumienia obejmuje jedynie zasady handlu na rynku jednego kraju nie wyłącza możliwości stwierdzenia, iż wpływa ono na handel między państwami członkowskimi.

Zdaniem Sądu odwoławczego, ewentualne spełnienie przesłanki zastosowania prawa unijnego oddziaływałoby również na wykładnię polskiego prawa konkurencji w niniejszej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. UE L 2003.1.1 ze zm., zwanego dalej „rozporządzeniem 1/2003”), zastosowanie krajowego prawa konkurencji nie może prowadzić do zakazania porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi, lecz nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 Traktatu lub spełniają przesłanki art. 101 ust. 3 Traktatu, lub które objęte są rozporządzeniem w celu stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu. Oznacza to, że w razie spełnienia przesłanki wpływu porozumienia na handel między państwami członkowskimi, zastosowanie prawa krajowego nie może prowadzić do uznania za sprzeczne z krajowym prawem konkurencji porozumień, do których unijne prawo konkurencji znajduje zastosowanie i które uznaje za dopuszczalne.

Odwołując się do poglądów prezentowanych w doktrynie europejskiej (D. Vaughan, S. Lee, B. Kennelly, P. Riches), Sąd Apelacyjny wskazał, że oceny tego, czy celem porozumienia jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji należy dokonywać w oparciu o analizę dających się przewidzieć efektów tego porozumienia, a nie przez pryzmat subiektywnych intencji jego uczestników. Stwierdził, że żadne porozumienie nie może być automatycznie uznane za restrykcyjne ze względu na jego cel (A. Nikpay, L. Kjolbye, J. Faull). W każdym przypadku niezbędna jest jego analiza w kontekście prawnym i ekonomicznym, przy czym istotnymi jej elementami jest badanie rynków

właściwych, z funkcjonowaniem których związane jest porozumienie, oraz pozycji na nich jego uczestników. Poddanie analizie rynku właściwego wymaga jego zdefiniowania. Tymczasem - zdaniem Sądu odwoławczego - w niniejszej sprawie Prezes Urzędu zaniechał ustalenia pozycji uczestników zakwestionowanego porozumienia na rynkach właściwych oraz dopuścił się poważnych uchybień przy definiowaniu tych rynków. W konsekwencji organ antymonopolowy nie wykazał, że cel przedmiotowego porozumienia miał antykonkurencyjny charakter.

Sąd Apelacyjny zauważył, że zagadnienie stosowania prawa konkurencji do porozumień było przedmiotem licznych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE. W wyroku w sprawie C-5/69 Franz Völk (ECR 295/69) za znajdujące się poza zakresem zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TfUE Trybunał uznał porozumienia wywierające jedynie nieznaczny wpływ na rynek, z uwagi na słabą pozycję jego uczestników (zob. także wyrok w sprawie C-306/96 Javico, ECR I-1983). Podobnie w wyroku w sprawie C-226/11 Expedia Inc. (ZOTSiS 2012/12/I-795) Trybunał zauważył, że organy ochrony konkurencji państw członkowskich mogą stosować przepisy prawa krajowego zakazujące karteli do porozumień przedsiębiorstw będących w stanie wpłynąć na handel między państwami członkowskimi w rozumieniu art. 101 TfUE, tylko jeśli porozumienie takie skutkuje odczuwalnym ograniczeniem konkurencji na rynku wewnętrznym. Odwołując się zaś do poglądów prezentowanych w doktrynie europejskiej (A. Jones, B. Surfin), Sąd Apelacyjny wskazał, że ograniczenia typu *hard-core*, a więc m.in. porozumienia wertykalne ustalające ceny sprzedaży na niższym poziomie struktury produkcji i dystrybucji, zostały wyłączone poza zakres zastosowania obwieszczenia *de minimis*. Nie oznacza to jednak, że tego typu porozumienia nigdy nie mogą znaleźć się poza zakresem zastosowania art. 101 ust. 1 TfUE z uwagi na to, że nie ograniczają dostrzegalnie konkurencji. Porozumienia zawierające najpoważniejsze ograniczenia konkurencji nie będą uznawane za bagatelne, chyba że ich uczestnicy mają udziały w rynku znacznie mniejsze niż te, które określone zostały w wytycznych.

Według Sądu odwoławczego, uchybienia dotyczące określenia rynków właściwych i pozycji na nich uczestników porozumienia uniemożliwiają ustalenie, czy przedmiotowe porozumienie było w stanie zapobiec konkurencji, ograniczyć ją albo zakłócić. Gdyby bowiem okazało się, że uczestnicy tego porozumienia mieli

jedynie śladowe udziały w rynkach właściwych, mogłoby okazać się, że nie było ono w stanie wyrzucić dostrzegalnego wpływu na konkurencję. W jego ocenie, luki w rozumowaniu, na którym opiera się zaskarżona decyzja, nie pozwalają obecnie ustalić, czy przedmiotowe porozumienie wywiera wpływ na handel między państwami członkowskimi i czy w związku z tym znajduje do niego zastosowanie prawo unijne. Jeżeli do porozumienia tego znajdowałoby zastosowanie unijne prawo konkurencji i uznawało je za legalne, to zastosowanie krajowego prawa konkurencji nie mogłoby prowadzić do zakwestionowania jego legalności. Jednak także wówczas, gdyby zastosowanie prawa unijnego w przedmiotowej sprawie było wyłączone, z uwagi na podobieństwo unijnego i polskiego prawa konkurencji, zasadne byłoby przeniesienie reguł analitycznych wypracowanych w prawie unijnym na grunt prawa krajowego. Sąd Apelacyjny uznał, że bez dokonania ustaleń dotyczących rynków właściwych i pozycji uczestników porozumienia na tych rynkach, niemożliwe jest stwierdzenie, czy porozumienie to godzi w interes publiczny. Wątpliwe jest wówczas również ustalenie istnienia antykonkurencyjnego celu porozumienia. Ponadto uznał za mało prawdopodobną sytuację, aby Komisja Europejska angażowała się w zwalczanie porozumień zawierających ograniczenia typu *hard-core*, których uczestnicy mają małe udziały w rynku. W jego ocenie, powinno to skłonić Prezesa Urzędu do rozważenia celowości wykorzystywania znajdujących się w jego gestii zasobów do zwalczania takich porozumień. Wobec uwzględnienia apelacji powoda skutkującego uchynieniem decyzji organu antymonopolowego, Sąd Apelacyjny za zbędną uznał analizę pozostałych zarzutów podniesionych w apelacji.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] skargę kasacyjną wniósł pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zaskarżając go w całości. Skarżący domagał się uchynienia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania, ewentualnie uchynienia zaskarżonego orzeczenia i oddalenia apelacji oraz zasądzenia od powoda na jego rzecz kosztów postępowania kasacyjnego. Skarżący zarzucił naruszenie:

- 1) przepisów prawa materialnego, tj.:
 - a) art. 4 pkt 9 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że pomimo regulacji

zawartej w art. 7 ust. 3 (poprzednio: art. 7 ust. 2) u.o.k.k., węzłowe znaczenie dla sprawy ma kwestia rynku właściwego, ustalenia pozycji powoda na rynku właściwym, a w konsekwencji uznanie przez Sąd Apelacyjny, że: rynek produktowy w sprawie został nieprawidłowo określony; zawarte w decyzji wywody dotyczące rynku geograficznego są niewystarczająco pogłębione i nie dają podstaw do uznania, że rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym jest rynek krajowy; rynek właściwy w sprawie nie został określony prawidłowo;

b) art. 7 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez błędna wykładnię i niezastosowanie, w konsekwencji przyjęcia, że w przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu powinien był dokonać ustaleń co do pozycji zajmowanej przez powoda na rynku właściwym, pomimo iż powodowi postawiono zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., tj. zarzut zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na ustalaniu cen;

c) art. 6 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez błędną wykładnię prowadzącą do niewłaściwego zastosowania i uznanie, że w okolicznościach sprawy nie doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, mającego na celu ograniczenie i naruszenie reguł konkurencji na rynku, polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów, a także na uznaniu, że umowy zawierane przez powoda jako producenta oprogramowania z dystrybutorami nie stanowią o zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia, a w związku z powyższym brak jest w przedmiotowej sprawie podstaw do stwierdzenia, że powód naruszył interes publiczny;

2) przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 382 w związku z art. 328 § 2 w związku z art. 233 § 1 i art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 4 pkt 9, art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3 u.o.k.k. poprzez niedokonanie samoistnej i wszechstronnej oceny całego materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania, w sytuacji przyjęcia za własne ustaleń Sądu I instancji, a równocześnie uznania, że prawidłowo ustalony przez Sąd I instancji stan faktyczny prowadzi do zupełnie odmiennych wniosków.

Powód A. S.A. z siedzibą w L. wniósł o oddalenie skargi kasacyjnej oraz

zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna pozwanego zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie podniesione w niej zarzuty są trafne.

Ma rację skarżący zarzucając Sądowi Apelacyjnemu naruszenie art. 382 w związku z art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie samodzielnej i wszechstronnej oceny materiału dowodowego w celu dokonania ustaleń faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Sąd ten bowiem ograniczył się do stwierdzenia w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż w zakresie mającym znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiocie apelacji, Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i ustalenia te Sąd odwoławczy przyjął za własne. Jako przyczyny uchylenia decyzji Prezesa Urzędu wskazał zaś: niewystarczająco pogłębione wywody organu antymonopolowego dotyczące rynku geograficznego, wobec nie odniesienia się do kwestii substytucji podaży; wątpliwości co do prawidłowości określenia przez organ antymonopolowy właściwego rynku produktowego, wobec niespójności w tym zakresie sentencji i uzasadnienia decyzji; zaniechanie rozważenia przez organ antymonopolowy dopuszczalności zastosowania w niniejszej sprawie unijnego prawa konkurencji; nietrafność poglądu o zbędności zbadania pozycji zajmowanej przez uczestników porozumienia na rynkach właściwych, co doprowadziło do niewykazania antykonkurencyjnego celu przedmiotowego porozumienia. W ocenie Sądu Apelacyjnego, powyższe mankamenty decyzji Prezesa Urzędu powodują, że obecnie niemożliwe jest stwierdzenie czy zawarte porozumienie godzi w interes publiczny.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalony jest pogląd, że wydanie określonego rozstrzygnięcia procesowego powinno być uzależnione przede wszystkim od stopnia wadliwości decyzji Prezesa Urzędu. Jednakże uchybienia proceduralne w zakresie kwestii dowodowej nie mogą przesądzać o uchyleniu zaskarżonej decyzji, o ile jej postanowienia odpowiadają przepisom prawa materialnego. Uchylenie decyzji w całości powinno nastąpić wówczas, gdy wydanie

jej nastąpiło bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa materialnego, jak i również wtedy, gdy została ona skierowana do podmiotu niebędącego stroną w sprawie, a także gdy dotyczy sprawy już poprzednio rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną. Podstawą do uchylenia decyzji Prezesa Urzędu jest także potrzeba dokonania w całości niezbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleń (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011 nr 9-10, poz. 144). Tymczasem w przedmiotowej sprawie żadna z wyżej wskazanych okoliczności nie wystąpiła. Sąd Apelacyjny zaniechał zaś dokonania ustaleń faktycznych niezbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy co do istoty, ograniczając się do zakwestionowania prawidłowości ustaleń poczynionych przez organ antymonopolowy, co uczynił w sposób lakoniczny, odwołując się do rozważań teoretycznych i oderwany od twierdzeń oraz dowodów przedstawionych przez strony w niniejszej sprawie. Naruszenie to uzasadniało uchylenie przez Sąd Najwyższy zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania. Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Apelacyjny powinien dokonać ustaleń faktycznych w zakresie niezbędnym do jej rozstrzygnięcia, a następnie samodzielnie ocenić, czy doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, a jeżeli tak, to: na jakim rynku właściwym produktowo i terytorialnie, czy porozumienie to miało wpływ na handel między państwami członkowskimi, oraz czy miało ono antykonkurencyjny cel.

Odnosząc się do podniesionych w skardze kasacyjnej zarzutów naruszenia prawa materialnego, należy uznać je za częściowo zasadne. Obszerne stanowisko Sądu Najwyższego w przedmiocie statusu porozumień wertykalnych polegających na ustalaniu cen odsprzedaży jako porozumień ograniczających konkurencję, zostało przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 listopada 2011 r. (III SK 21/11, OSNP 2012 nr 21-22, poz. 276). W przypadku porozumień wertykalnych producent i dystrybutorzy nie są konkurentami w rozumieniu art. 4 pkt 10 u.o.k.k., albowiem działają na różnych szczeblach obrotu. Porozumienia wertykalne stanowią istotny instrument w kształtowaniu sieci dystrybucji i generalnie uznawane są za prokonkurencyjne, z uwagi na ich pozytywny wpływ na konkurencję między producentami (dostawcami) substytucyjnych towarów kosztem zmniejszenia konkurencji wewnątrzmarkowej. Jednakże pionowe porozumienia, których

przedmiotem jest ustalenie sztywnej ceny odsprzedaży, uważane są generalnie za porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji. Ich antykonkurencyjny charakter wynika stąd, że ograniczają wolność przedsiębiorców zajmujących się dystrybucją (hurtową lub detaliczną) w zakresie kształtowania własnej polityki cenowej.

W uzasadnieniu powołanego orzeczenia Sąd Najwyższy wyjaśnił, iż ustalenie ceny sztywnej odsprzedaży z zasady powoduje, że cena sprzedaży detalicznej zostaje ukształtowana na innym, z reguły wyższym, poziomie niż w braku takiego ograniczenia, kiedy to jej poziom kształtowany byłby przez sprzedawcę w sposób odpowiadający jego planom i oczekiwaniom gospodarczym, intensywności popytu oraz rozwojowi konkurencji ze strony innych sprzedawców. Obok minimalnych cen odsprzedaży, sztywne ceny odsprzedaży to jedyne wertykalne ograniczenie w porozumieniach dystrybucyjnych, które nie pozwala odsprzedawcy na zwiększenie wolumenu sprzedaży w drodze obniżenia ceny. Porozumienie o takiej treści uniemożliwia sprzedawcom konkurowanie ceną z innymi członkami sieci tej samej dystrybucji. Porozumienia ustalające sztywne ceny odsprzedaży mogą zaburzać efektywność alokacyjną. Ułatwiają zawarcie i wykonywanie zmowy kartelowej między producentami (dostawcami) towarów. Mogą również negatywnie oddziaływać na poziom efektywności produkcyjnej. W braku konkurencji cenowej między sprzedawcami producent (dostawca) będzie poddany mniejszej presji sprzedawców na obniżenie ceny hurtowej celem zwiększenia marży detalicznej, co z kolei zmniejsza bodźce do redukcji kosztów. Powyższe okoliczności powodują, że porozumienia ustalające sztywne ceny sprzedaży budzą wątpliwości z punktu widzenia celów prawa ochrony konkurencji *in abstracto*, co uzasadnia - zdaniem Sądu Najwyższego - utrzymanie stanowiska, zgodnie z którym porozumienia tego rodzaju należą do tej kategorii grupowych praktyk ograniczających konkurencję, której celem jest ograniczenie konkurencji.

Jednocześnie, w pewnych okolicznościach stosowanie sztywnych cen odsprzedaży w porozumieniach zawieranych przez producentów (dostawców) z członkami sieci dystrybucji może być prokonkurencyjne. Dotyczy to sytuacji, w których ograniczenie konkurencji cenowej między członkami sieci dystrybucji towarów dostarczanych przez producenta (dostawcę) ułatwia wejście na rynek.

Zapewnienie wyższej marży członkom sieci dystrybucji pozwala bowiem przekonać sprzedawców do wprowadzenia towarów nowego producenta (dostawcy) do własnej oferty handlowej. Posługiwanie się sztywnymi cenami odsprzedaży można również uznać za prokonkurencyjne, gdy będzie podyktowane potrzebą zapewnienia jednolitego wizerunku i charakteru działania sieci sprzedaży, a także skutecznego przeprowadzenia krótkoterminowych kampanii promocyjnych opierających się na niskiej cenie (zob. Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz.Urz. UE z 19 maja 2010 r., C 130, s. 1, pkt 225).

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: (1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów. Według art. 7 ust. 1 u.o.k.k. (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k., nie stosuje się do porozumień zawieranych między: (1) konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5 % (porozumienia horyzontalne); (2) przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, jeżeli udział w rynku posiadany przez któregokolwiek z nich w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10 % (porozumienia wertykalne). Jednakże art. 7 ust. 2 u.o.k.k. (w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji) przewiduje, że przepisów ust. 1 nie stosuje się do przypadków określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-3 i 7 u.o.k.k., a więc m.in. porozumień polegających na ustalaniu cen. Oznacza to, że do przedmiotowego porozumienia nie można zastosować reguły *de minimis*, pozwalającej uznać porozumienie za bagatelne w przypadku, gdy kryterium wielkości udziału w rynku przedsiębiorców będących stronami porozumienia, wskazuje na niespełnienie warunku „odczuwalności” takiego porozumienia dla struktury konkurencji na rynku relewantnym. Porozumienia bagatelne są wyłączone spod zakazu zawierania porozumień antykonkurencyjnych.

Sąd Najwyższy w obecnym składzie podziela pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 listopada 2011 r. (III SK 21/11, OSNP 2012 nr 21-22, poz. 276), że kontekst ekonomiczny porozumień ustalających sztywne ceny

odsprzedaży nie zwalnia z konieczności respektowania ustalonych przez ustawodawcę standardów w zakresie prawnej oceny porozumień tego rodzaju. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów akcentują bowiem pierwszoplanowe znaczenie konkurencji cenowej wśród różnych form konkurencji, samodzielność kształtowania polityki cenowej przez uczestników rynku oraz interesy konsumentów. W konsekwencji poglądy zakładające prokonkurencyjny charakter wertykalnych porozumień cenowych nie mogą być podstawą do przyjęcia możliwości stosowania do nich przepisów o porozumieniach bagatelnych. Do stanowiska tego Sąd Najwyższy nawiązał w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 maja 2014 r. (III SK 44/13, OSNP 2015 nr 12, poz. 168), podtrzymując dokonaną w tym orzeczeniu generalną kwalifikację porozumień ustanawiających minimalne bądź sztywne ceny odsprzedaży jako porozumień należących do kategorii „ograniczających konkurencję ze względu na cel”. Jednakże wskazał, że powyższa kwalifikacja porozumień tego rodzaju, jak również brak wyłączenia takich porozumień z zakazu porozumień ograniczających konkurencję w ramach instytucji porozumień bagatelnych, nie uzasadnia jednolicie rygorystycznego stosowania zakazu z art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. wraz z przewidzianymi w ustawie sankcjami do wszelkiego rodzaju wertykalnych porozumień cenowych. Z poglądem tym należy się zgodzić, albowiem nie w każdym przypadku porozumienia należące do tej kategorii dochodzi do zagrożenia interesu publicznego czy też naruszenia wartości istotnych dla prawa antymonopolowego, a także aktualizacji - motywowanej każdorazowo potrzebą realizacji interesu publicznego - konieczności nałożenia kary pieniężnej. Przy tym, w judykaturze przyjmuje się, że naruszenie interesu publicznego polega tu na zawarciu porozumienia dotyczącego zasadniczego parametru konkurencji na rynku, jakim jest cena (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2008 r., III SK 40/07, OSNP 2009 nr 19-20, poz. 272).

Sąd Najwyższy nie podziela natomiast poglądu skarżącego o irrelevantności prawidłowości wyznaczenia rynku właściwego w niniejszej sprawie, z uwagi na wyłączenie możliwości zastosowania art. 7 u.o.k.k. Prawidłowe wyznaczenie rynku właściwego ma bowiem podstawowe znaczenie dla poprawnego zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego: z 14 września 2006 r., III SK 13/06, OSNP 2007 nr 17-18, poz. 265;

z 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011 nr 9-10, poz. 144; z 23 listopada 2011 r., III SK 21/11, OSNP 2012 nr 21-22, poz. 276). Należy przy tym zauważyć, że Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ograniczył się do lakonicznego zakwestionowania prawidłowości ustaleń organu antymonopolowego w zakresie rynku właściwego. Natomiast powód w toku postępowania nie tylko nie przedstawił alternatywnej metodologii wyznaczenia rynku właściwego, która - jego zdaniem - powinna znaleźć zastosowanie w niniejszej sprawie, lecz w ogóle nie kwestionował ustaleń Prezesa Urzędu w tym zakresie. W szczególności powód nie twierdził, ani nie przedstawił dowodów na okoliczność, że przedmiotowe porozumienie wpływało na handel między państwami członkowskimi. Takich argumentów nie przedstawił także Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, ograniczając się do zarzucenia Prezesowi Urzędu niewyjaśnienia tej kwestii.

Niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 1 ust. 1 u.o.k.k. poprzez uznanie, że nie doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, a w związku z tym brak jest podstaw do stwierdzenia, że powód naruszył interes publiczny. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku takie twierdzenia bowiem nie wynikają. Sąd Apelacyjny wskazał jedynie, że - w jego cenie - uchybienia dotyczące określenia rynków właściwych i pozycji na nich uczestników porozumienia uniemożliwiają ustalenie, czy przedmiotowe porozumienie było w stanie zapobiec konkurencji, ograniczyć ją albo zakłócić. Ponadto stwierdził, że bez dokonania ustaleń dotyczących rynków właściwych i pozycji uczestników porozumienia na tych rynkach, niemożliwe jest stwierdzenie czy porozumienie to godzi w interes publiczny.

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