



Sygn. akt I NSK 7/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 stycznia 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marcin Łochowski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Paweł Księżak

SSN Adam Redzik

w sprawie z powództwa T. S.A. w D.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
z udziałem zainteresowanych P. sp. z o.o. w upadłości w D. i C. sp. z o.o. w W.
o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję
oraz z powództwa P. sp. z o.o. w upadłości w D.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
z udziałem zainteresowanych T. S.A. w D. i C. sp. z o.o. w W.
o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych w dniu 30 stycznia 2019 r.
skargi kasacyjnej pozwanego od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 17 października 2016 r., sygn. akt VI ACa (...),

uchyla zaskarżony wyrok częściowo, tj. w punkcie drugim w zakresie, w jakim apelacja pozwanego została oddalona, oraz w punkcie trzecim w całości i przekazuje sprawę w tej części do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...),

pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją z dnia 24 maja 2010 r. nr (...) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm. – dalej, jako: „u.o.k.k.”) zawarcie przez T. S.A. w D., C. sp. z o.o. w W. i P. sp. z o.o. w W. na krajowym rynku hurtowego obrotu farbami i lakierami porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na ustalaniu detalicznych cen odsprzedaży farb i lakierów T. S.A. stosowanych przez C. sp. z o.o. oraz P. sp. z o.o. i stwierdził jej zaniechanie z dniem 31 grudnia 2006 r.

W konsekwencji, Prezes UOKiK: (1) nałożył na P. sp. z o.o. karę pieniężną w wysokości 39.005.835,16 zł, płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 5 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., (2) nałożył na T. S.A. karę pieniężną w wysokości 9.317.704,18 zł, płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 5 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., (3) odstąpił od nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., na C. sp. z o.o. z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. Nadto, na podstawie art. 72 i 75 w zw. z art. 131 ust. 1 u.o.k.k. rozstrzygnął o kosztach postępowania antymonopolowego.

Po rozpoznaniu odwołań T. S.A. oraz P. sp. z o.o. Sąd Okręgowy w W. – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 28 listopada 2014 r. zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że w punkcie II. obniżył karę pieniężną nałożoną na P. sp. z o.o. do kwoty 699.656,23 zł, a w punkcie III. obniżył karę pieniężną nałożoną na T. S.A. do kwoty 1.820.308,50 zł, oddalając odwołania w pozostałym zakresie oraz znosząc wzajemnie między stronami koszty postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił, że T. S.A. jest częścią [...] koncernu farbiarskiego T., który zajmuje się produkcją farb i powłok malarskich na użytek profesjonalistów, użytkowników-amatorów oraz przemysłu. Spółka produkuje wyroby farbiarskie pod

następującymi markami: T., B., P. Produkty T. obejmują farby i lakiery (przeznaczone do malowania powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych), tynki, środki do drewna, środki do przygotowania gruntu, narzędzia. W okresie objętym przedmiotowym postępowaniem najważniejszym wyrobem powódki były farby marki „J.”.

C. sp. z o.o. prowadzi na terenie Polski działalność w zakresie sprzedaży detalicznej artykułów budowlanych, dekoracyjnych, a także elementów wyposażenia wnętrz i ogrodów, poprzez utworzoną w tym celu sieć handlową marketów budowlanych (D.). W okresie objętym decyzją, jak też obecnie, oferuje produkty T. należące do następujących grup: farby i tynki, środki do drewna, przygotowanie gruntu, narzędzia we wszystkich sklepach należących do spółki. Sklepy te działają pod firmami C. i B.

Podobnie, P. sp. z o.o. prowadzi na terenie Polski działalność w zakresie sprzedaży detalicznej oraz artykułów budowlanych, dekoracyjnych, jak również elementów wyposażenia wnętrz i ogrodów, poprzez utworzoną w tym celu sieć handlową marketów budowlanych (markety D.). P. oferuje szeroką gamę produktów T. we wszystkich sklepach należących do spółki.

Sąd Okręgowy podzielił ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UOKiK, co do produktów, których dotyczyło zawarte porozumienie cenowe. Porozumienie dotyczyło ponad 300 farb i lakierów produkowanych przez T. S.A. Porozumienie obejmowało cały asortyment wskazywany w cenniku przedstawianym przez producenta sklepom C. i P., nie wyłączając farb do mieszalników. Skutek porozumienia został wywarty na najważniejsze i najbardziej rozpoznawalne produkty producenta, określane przez świadków, jako „t.”. Skutek porozumienia co do pozostałych produktów był, w ocenie Sądu Okręgowego, znacznie łagodniejszy.

Według Sądu pierwszej instancji, co najmniej od 2000 r. do 30 grudnia 2006 r. poziom minimalnych cen odsprzedaży farb i lakierów produkowanych przez T. S.A. był uzgadniany z C. sp. z o.o. W roku 2002 do porozumienia cenowego przystąpił P. sp. z o.o. Uzgodnienia pomiędzy uczestnikami porozumienia w początkowej fazie polegały na ustalaniu minimalnych cen odsprzedaży wybranych produktów T. Natomiast od roku 2004 nastąpiła intensyfikacja działań pomiędzy

uczestnikami porozumienia. Miało to miejsce w zasadzie do końca 2006 r. Mimo różnego nasilenia oddziaływania porozumienia i jego skutków na ustalonym rynku właściwym oraz różnym okresie przystępowania do niego poszczególnych jego uczestników, Sąd Okręgowy uznał, że porozumienie to miało charakter ciągły i jednolity.

Sąd pierwszej instancji w pełni podzielił ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UOKiK, co do tego, iż inicjatorem porozumienia, był producent – T. S.A. Producent ustalał wysokość minimalnych sugerowanych cen sprzedaży i przysyłał je pozostałym uczestnikom porozumienia w cennikach. Pilnował również, aby ceny produktów należących do „t.” nie spadały poniżej sugerowanych cen minimalnych, a doprowadzenie do tego stanu zajmowało osobom zatrudnionych w spółce T. około połowę czasu pracy.

Sąd Okręgowy zgodził się także z ustaleniami Prezesa UOKiK, dotyczącymi rynku właściwego. Rynkiem, na którym doszło do zawarcia porozumienia co do ustalenia minimalnych cen sprzedaży był krajowy rynek hurtowego obrotu farbami i lakierami, natomiast skutek zawartego porozumienia nastąpił na lokalnych detalicznych rynkach sprzedaży farb i lakierów przez sieci D. obejmujących obszar całego kraju.

W dniu 5 stycznia 2007 r. C. sp. z o.o. złożyła na podstawie art. 103a u.o.k.k. wniosek o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej. T. sp. z o.o. złożyła taki wniosek w dniu 8 maja 2008 r.

W ocenie Sądu Okręgowego, Prezes UOKiK prawidłowo ocenił, iż C. sp. z o.o. jako pierwsza wystąpiła z wnioskiem leniency, a nadto producent był inicjatorem porozumienia. Sąd Okręgowy zważył, że w praktyce orzeczniczej przyjęto jednoznacznie, że inicjatorem porozumienia jest przedsiębiorca, który odegrał wiodącą rolę w zawarciu porozumienia, z własnej inicjatywy stworzył system porozumienia cenowego, a następnie skierował taki system do pozostałych uczestników nakłaniając ich do jego zastosowania.

Sąd pierwszej instancji uznał za okoliczność niekwestionowaną przez żadną ze stron, występowanie w 1999 r. tzw. „wojen cenowych”, obejmujących też produkty T., a w szczególności najważniejszy produkt – „J.”. Niskie marże na farby prowadziły do progu opłacalności produkcji. Dlatego zawarcie porozumienia i jego

wykonanie było przede wszystkim korzystne dla producenta, który w ten sposób mógłby kontrolować ceny na półce sklepowej, aby nie obniżyły się poniżej opłacalnego poziomu oraz uniknąć wojen cenowych prowadzących do nadmiernej obniżki cen sprzedaży, a tym samym marży. Rok 2000, jako początek porozumienia, wskazał sam producent, a zdaniem Sądu Okręgowego właśnie ta data w połączeniu z „wojną cenową” jaka miała miejsce w 1999 r., wskazuje na T. jako inicjatora porozumienia. Tym samym nie mógł wobec tego przedsiębiorcy zostać zastosowany art. 103a u.o.k.k., wobec treści pkt 4 tego przepisu.

Według Sądu pierwszej instancji, brak było podstaw do oceny zawartego porozumienia jako „bardzo poważnego”. Porozumienie zawarte między przedsiębiorcami miało charakter mieszany – wertykalno-horyzontalny. Brak było dowodów na to, że uczestnicy porozumienia C. sp. z o.o. i P. sp. z o.o. mieli między sobą jakiekolwiek kontakty bezpośrednie związane z porozumieniem. Znali co prawda ceny minimalne, za jakie powinni sprzedawać produkty i akceptowali zawarte porozumienie dotyczące cen minimalnych, jednakże była to dolna granica minimalna poza jaką cena spaść nie powinna. Powyżej tej ceny obaj konkurenci mieli wolność w ustalaniu ceny sprzedaży, producent nie ustalił ceny sztywnej na swoje produkty. Sąd Okręgowy przyjął, że porozumienie można zakwalifikować jako „naruszenie poważne” konkurencji.

Prezes UOKiK uznał, że porozumienie obejmowało wszystkie produkty producenta. Sąd pierwszej instancji tezę tą uznał za udowodnioną, jednakże, w ocenie Sądu Okręgowego, zgromadzony materiał dowodowy dał asumpt do stwierdzenia różnych skutków porozumienia w zależności od produktu. Wpływ różnego skutku porozumienia cenowego dla różnych produktów, wywierał istotny wpływ na wymiar kary dla uczestników porozumienia. System dystrybucji farb i lakierów w Polsce jest bardzo dobrze rozwinięty, a sieć sklepów tak D., jak i „rynku tradycyjnego” jest bardzo duża. Nie jest to zatem produkt ani o szerokim zapotrzebowaniu przez konsumenta, ani trudno dostępny, wobec czego nie było podstaw do zaostrzenia kary z uwagi na specyfikę rynku, na którym doszło do porozumienia.

Według Sądu Okręgowego, twierdzenia pozwanego, że wzrost cen farb producenta mógłby prowadzić do wzrostu cen innych produktów lub usług są

gołosłowne i nie zostały w żaden sposób udowodnione. Sąd pierwszej instancji podzielił zarzut producenta w zakresie błędnej oceny Prezesa UOKiK, który stwierdził, że zawarte porozumienie miało charakter eksploatacyjny. Jest to przesłanka o bardzo skomplikowanym charakterze i rzeczywiście mogąca uzasadniać zaostrenie kary, o ile zostanie udowodniona. W ocenie Sądu Okręgowego, porozumienie wywarło skutek jedynie na kilkanaście produktów powoda, a nadto miały one swoje substytuty na ustalonym rynku właściwym.

Mając na uwadze fakt, że to producent był inicjatorem i koordynatorem porozumienia, nie było podstaw dla stwierdzenia, że działał on pod przymusem pozostałych uczestników porozumienia. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, pozostali uczestnicy zмовы byli aktywnymi uczestnikami porozumienia, podobnie jak T., który porozumienie koordynowała. Ponieważ porozumienie trwało od 2000 do 2006 r., to było to porozumienie długotrwałe.

Sąd Okręgowy uznał, że kara zastosowany wobec producenta naruszała zasadę proporcjonalności. Współpraca z Prezesem UOKiK przez inicjatora porozumienia i jego głównego koordynatora, wobec którego nie mogło być zastosowane dobrodziejstwo leniency, nie wykluczała zastosowania wobec niego znacznych środków łagodzących. Niewątpliwie T. S.A. przedstawiła Prezesowi UOKiK bardzo znaczącą ilość materiału dowodowego, którego nie mógł przedstawić uczestnik objęty programem leniency, dzięki czemu można było dokonać całościowego ustalenia stanu faktycznego sprawy, a w szczególności ustalić pełny zakres uczestników porozumienia. Takie zachowanie powoda, w ocenie Sądu pierwszej instancji, powinno zostać nagrodzone i znaleźć odpowiednie odzwierciedlenie w wymiarze kary. Sąd Okręgowy, powołując się na Wytyczne Komisji Europejskiej z dnia 28 czerwca 2006 r. w sprawie metody ustalania wysokości grzywien nakładanych na podstawie art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003 wskazał, że wśród okoliczności łagodzących wymieniono: aktywną współpracę przedsiębiorstwa z Komisją, wykraczającą poza zakres prawnego zobowiązania do współpracy i dostarczenia dowodu na zaprzestaniu naruszenia przepisów. Obie przesłanki, w opinii Sądu pierwszej instancji, producent spełnił i powinny one znaleźć pełniejsze odzwierciedlenie w wymierzonej temu przedsiębiorcy karze.

Zdaniem Sądu Okręgowego, Prezes UOKiK nie przedstawił natomiast żadnego dowodu na to, że P. sp. z o.o. brał udział w porozumieniu przed 2002 r. Tak więc Sąd uznał, że P. przystąpił do tego porozumienia w roku 2002, zmieniając w tym zakresie ustalenia poczynione przez Prezesa UOKiK w zaskarżonej decyzji.

Na wymiar kary nałożonej na P. sp. z o.o. miał wpływ krótszy okres w jakim powód był uczestnikiem porozumienia od pozostałych podmiotów. Obniżając karę wymierzoną temu powodowi, Sąd pierwszej instancji miał na uwadze fakt, iż był on znacznie mniej aktywnym członkiem porozumienia niż pozostali jego uczestnicy, a nadto złą sytuację finansową w jakiej obecnie znalazł się P. sp. z o.o.

Sąd pierwszej instancji doszedł do przekonania, że T. S.A., C. sp. z o.o. i P. sp. z o.o. zawarły porozumienie, którego celem było świadome zastąpienie związanego z konkurencją ryzyka praktyczną współpracą producenta z detalistami w zakresie ustalania sugerowanych minimalnych cen odsprzedaży konsumentom farb i lakierów produkowanych przez T. S.A. co naruszyło art. 5 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. Sąd Okręgowy zważył, że kara nałożona na odwołujących uwzględnia w należyty sposób okoliczności stwierdzonego naruszenia przepisów u.o.k.k.

Wymiar kary ustalony w zaskarżonej decyzji uwzględnia dyrektywy określone w art. 104 u.o.k.k., tj. okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy, a także przychody osiągane przez odwołujących. Sąd pierwszej instancji w przeważającej części nie zgodził się z zapatrywaniami Prezesa UOKiK, co do okoliczności łagodzących i obciążających przyjętych w decyzji, jako czynniki wpływające na wymiar kary. Sąd uznał, że istnieją podstawy do zmiany wysokości kary ze względu na: niewłaściwie przyjętą metodologię wymiaru kary oraz konieczność uwzględnienia dodatkowych czynników, jak nie odniesienie się przez Prezesa UOKiK do różnych skutków, które wystąpiły w stosunku do różnych grup towarów objętych porozumieniem, czy brak uwzględnienia części okoliczności łagodzących.

Apelacje od tego wyroku zostały wniesione przez T. S.A., P. sp. z o.o. oraz Prezesa UOKiK. Wyrokiem z dnia 17 października 2016 r. Sąd Apelacyjny oddalił wszystkie apelacje oraz zniósł wzajemnie między stronami koszty postępowania apelacyjnego.

Sąd drugiej instancji podzielił ustalenia faktyczne i ocenę prawną Sądu

Okręgowego. W szczególności Sąd Apelacyjny zaaprobował obniżenie nałożonych na uczestników porozumienia kar pieniężnych. Według Sądu Apelacyjnego, obniżone kary są bowiem adekwatne do stopnia naruszeń przepisów u.o.k.k. przez poszczególnych uczestników porozumienia oraz spełniają swój cel represyjny, prewencyjny i edukacyjny.

Odnosząc się do apelacji Prezesa UOKiK Sąd Apelacyjny wskazał, że porozumienie objęło wszystkie produkty producenta, ale skutek nie był jednakowy dla wszystkich produktów. Sąd odwoławczy podniósł również, że porozumienie nie wyeliminowało konkurencji, a jedynie ją ograniczyło, z uwagi na to, że porozumienie obejmowało jedynie część przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą na rynku właściwym. Sąd Apelacyjny stwierdził nadto, że dokonane przez Sąd I instancji obniżenie kar pieniężnych, wbrew zarzutom apelacji, jest zasadne i wynika ze szczegółowo przedstawionych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku okoliczności.

Skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego wniósł Prezes UOKiK. W skardze kasacyjnej pozwany zaskarżył ten wyrok w części, tj. w punkcie II., w zakresie, w jakim apelacja pozwanego została oddalona oraz w punkcie III., zarzucając Sądowi Apelacyjnemu naruszenie:

1) art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 104 u.o.k.k. przez jego błędną wykładnię i uznanie, że: (a) ograniczające konkurencję porozumienie polegające na ustalaniu minimalnych cen odsprzedaży jest mniej szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania konkurencji na rynku i mniej szkodliwe dla odbiorców końcowych niż ograniczające konkurencję porozumienie polegające na ustalaniu cen sztywnych, podczas gdy oba te rodzaje porozumień są równie szkodliwe dla funkcjonowania konkurencji i w tym samym stopniu godzą w dobrobyt konsumentów, (b) charakter eksploatacyjny porozumienia zależy od zaistnienia przesłanki w postaci ekonomicznego pokrzywdzenia końcowego nabywcy, podczas gdy o eksploatacyjnym charakterze porozumienia decyduje przede wszystkim rodzaj interesów innych uczestników rynku, w które porozumienie godzi, co w konsekwencji doprowadziło do nadmiernego, niewspółmiernego do stopnia naruszenia przepisów ustawy obniżenia nałożonych kar pieniężnych dla T. S.A oraz P. sp. z o.o.;

2) art. 103a ust. 2 oraz art. 101 ust. 1 pkt 1 i art. 104 u.o.k.k. przez: (a) błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż przedsiębiorca, który jest inicjatorem oraz liderem zмовы i równocześnie złożył na podstawie art. 103a u.o.k.k. wniosek o odstąpienie od wymierzenia lub obniżenie kary pieniężnej nie może otrzymać kary łagodniejszej aniżeli jej uczestnik, który w porozumieniu uczestniczył krócej i z mniejszą intensywnością, (b) nieuwzględnienie przy zmianie wysokości kary pieniężnej dla T. S.A. okoliczności, iż przedsiębiorca ten złożył jako drugi wniosek o odstąpienie od wymierzenia lub obniżenie kary pieniężnej, co doprowadziło to znaczącego obniżenia kary pieniężnej nałożonej na ten podmiot na podstawie okoliczności łagodzących wynikających z art. 104 u.o.k.k. oraz miało bezpośredni wpływ na zmniejszenie kary pieniężnej nałożonej na P. sp. z o.o. i w konsekwencji doprowadziło do wadliwego określenia kar pieniężnych nałożonych na te podmioty, (c) ustalenie wysokości kary nałożonej na wnioskodawcę leniency T. S.A. bez wskazania, jaka kara zostałaby nałożona na tego przedsiębiorcę oraz niewskazania przez Sąd Apelacyjny wysokości zastosowanej wobec tego przedsiębiorcy redukcji kary;

3) art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. przez błędne uznanie, że kara nałożona w decyzji na stronę postępowania naruszała zasadę proporcjonalności ze względu na fakt, że Prezes UOKiK nałożył w innym czasie, na innego przedsiębiorcę, w innych okolicznościach faktycznych karę niższą co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego obniżenia kary pieniężnej nałożonej na T. S.A.;

4) art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 oraz w zw. z art. 45 u.o.k.k. przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przekazanie przez przedsiębiorcę informacji żądanych przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 45 u.o.k.k. stanowi element współpracy, który powinien mieć wpływ na obniżenie kary pieniężnej;

5) art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 104 u.o.k.k. przez błędne uznanie, że najważniejszą okolicznością decydującą o stopniu (wadze) naruszenia ustawy jest okoliczność rzeczywistych skutków rynkowych naruszenia, podczas gdy o stopniu naruszenia decyduje także w znacznej mierze specyfika (natura) naruszenia, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego obniżenia kary pieniężnej nałożonej

na T. S.A. i P. sp. z o.o.

W konsekwencji skarżący wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu.

W odpowiedziach na skargę kasacyjną powodowie wnieśli o jej oddalenie oraz zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna jest oparta na uzasadnionych podstawach, chociaż nie wszystkie sformułowane w niej zarzuty są trafne.

1. Nie jest zasadny sformułowany w ramach pierwszej podstawy skargi zarzut naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 104 u.o.k.k., chociaż nie sposób odmówić trafności części argumentów przytoczonych przez skarżącego dla uzasadnienia tego zarzutu.

Skarżący wywodzi, że przyjęcie przez Sąd Okręgowy, a za nim przez Sąd Apelacyjny, iż zawarte przez powodów porozumienie ustalające minimalne ceny sprzedaży było mniej szkodliwe dla konkurencji niż porozumienie ustalające ceny sztywne sprzedaży oraz, iż porozumienie to nie miało charakteru eksploatacyjnego, wynika z błędnej wykładni art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 104 u.o.k.k. Rzecz jednak w tym, że żaden z tych przepisów nie daje podstaw do wyróżnienia spośród praktyk wskazanych w przepisach u.o.k.k. kategorii praktyk eksploatacyjnych, a także do gradacji porozumień ustalających ceny sprzedaży z punktu widzenia ich szkodliwości dla konkurencji.

Przepis art. 5 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. definiuje zakazane porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym polegające na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów. Z kolei art. 101 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. stanowi podstawę do nałożenia przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorcę, który dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 5 u.o.k.k., a więc zawarł zakazane porozumienie, kary w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Natomiast zgodnie z art. 104 u.o.k.k. przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 101-103 u.o.k.k., należy uwzględnić w szczególności okres,

stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. Trudno z tych przepisów zdekodować normę prawną, która dawałaby podstawę do zakwalifikowania porozumienia zawartego przez strony jako praktyki eksploatacyjnej lub oceny porozumienia polegającego na ustaleniu cen sztywnych, jako mniej lub bardziej szkodliwego dla konkurencji niż porozumienie ustalającego ceny minimalne.

W niniejszej sprawie oba sądy przy ocenie wymierzonej przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. kary pieniężnej odwołały się do różnorodnych okoliczności, które powinny mieć wpływ na wymiar kary, w tym do takich czynników jak kwalifikacja porozumienia stron jako praktyki nieeksploatacyjnej i oceny stopnia szkodliwości zawartego porozumienia dla konkurencji. Te dwa zagadnienia powinny więc zostać rozważone jako przesłanki (czynniki) wymiaru kary. Argumentacja na tej płaszczyźnie uzasadniałby zatem ewentualnie zarzut naruszenia art. 104 u.o.k.k. Innymi słowy, zarzut pozwanego sprowadza się do twierdzenia, że sądy dokonały błędnej oceny charakteru zawartego porozumienia, co miało wpływ na wysokość nałożonej na jego uczestników kar.

Przepisy u.o.k.k. z 2000 r. w odróżnieniu od obecnie obowiązującej u.o.k.k. z 2007 r. nie określały bliżej katalogu okoliczności, które powinny być brane pod rozwagę przy wymiarze kary. Przepis art. 104 u.o.k.k. stwierdzał jedynie, że przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy.

Orzecznictwo wypracowało jednak szereg przesłanek, uwzględnianych przy wymiarze kary. Nie pretendując do skonstruowania wyczerpującej listy tych czynników można wskazać, że wymierzając karę trzeba mieć przede wszystkim na względzie zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 1 Konstytucji RP), tj. aby kara była proporcjonalna do rodzaju i szkodliwości konkretnej praktyki oraz skutków przez nią wywołanych (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2009 r., III SK 5/09). Zasada proporcjonalności ma również znaczenie w innym aspekcie, uzasadniając wyłącznie sankcje o stopniu dolegliwości niezbędnym dla osiągnięcia zamierzonego celu. Kara powinna być też zindywidualizowana, aby należycie spełniała funkcje represyjną i prewencyjną (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27

czerwca 2000 r., I CKN 793/98). Przy wymiarze kary istotna jest nadto szkodliwość zarzucanego czynu, adekwatność kary do stopnia zagrożenia interesu publicznoprawnego, możliwości finansowe adresata decyzji, potencjał ekonomiczny naruszydela, korzyści finansowe, jakie naruszydca uzyskał wskutek stosowania praktyki (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 2007 r., III SK 16/07). Nie bez znaczenia jest też charakter naruszenia, rodzaj naruszonego dobra, znaczenie praktyki dla funkcjonowania mechanizmu rynkowego, a w ramach funkcji represyjnej i prewencyjnej – konieczność ekonomicznej odczuwalności kary w stosunku do zakresu (skali) działalności przedsiębiorcy i rentowności tej działalności (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2014 r., III SK 34/13).

Na tle przepisów u.o.k.k. z 2000 r. nie był to z pewnością zamknięty katalog przesłanek wymiaru kary. Oznacza to, że takie czynniki jak szkodliwość porozumienia dla konkurencji, czy jego eksploatacyjny charakter mogą rzutować na wysokość wymierzonej przedsiębiorcy kary pieniężnej.

Nie ma racji skarżący twierdząc, że porozumienie polegające na ustalaniu minimalnych cen sprzedaży jest równie szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania konkurencji na rynku jak porozumienie polegające na ustalaniu cen sztywnych. Nie dokonując bliższej analizy pojęcia konkurencji jako przedmiotu ochrony w świetle przepisów u.o.k.k., trzeba zgodzić się z wywodami obu sądów, że porozumienie ustalające minimalne ceny sprzedaży nie musi całkowicie wykluczać konkurencji cenowej między dystrybutorami, a jedynie tą konkurencję ogranicza. Nie budzi przecież wątpliwości, że dystrybutorzy, będący uczestnikami tego rodzaju porozumienia mogą konkurować cenowo nie tylko między sobą, ale także z innymi przedsiębiorcami na rynku, nie będącymi stronami porozumienia, w tym oferującymi produkty substytucyjne. To, na ile taka konkurencja jest realna, uzależnione jest przede wszystkim od relacji ustalonej w porozumieniu ceny minimalnej do ceny rynkowej produktów substytucyjnych. Jeżeli cena minimalna będzie niższa lub równa cenie rynkowej dóbr substytucyjnych, to konkurencja cenowa między uczestnikami porozumienia oraz między uczestnikami a innymi przedsiębiorcami będzie istnieć, chociaż w ograniczonym zakresie. Również ustalenie ceny minimalnej na poziomie wyższym niż cena rynkowa dóbr

substytucyjnych nie wyklucza konkurencji cenowej między uczestnikami porozumienia.

Nie można przy tym ujmować pojęcia konkurencji w taki sposób, jak czyni to skarżący, sprowadzając ten mechanizm w zasadzie jedynie do podnoszenia dobrobytu konsumentów (skarga kasacyjna pozwanego – k. 3113-3114). Pod pojęciem konkurencji należy rozumieć proces rywalizacji niezależnych przedsiębiorców, który prowadzi do podniesienia poziomu dobrobytu konsumentów. Konkurencja jest zjawiskiem pozytywnym, prowadzącym do podniesienia efektywności całej gospodarki. Wymusza dbanie o konsumentów i ich interesy, poprzez oferowanie im coraz lepszych produktów, dodatkowych usług, nowych technologii, itp. Dlatego ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni mechanizm konkurencji przed wszelkiego rodzaju próbami jego ograniczenia, eliminacji lub zniekształcenia przez jedną z grup uczestników rynku – przedsiębiorców (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06). Innymi słowy, konkurencja między przedsiębiorcami, wraz z innymi mechanizmami wolnorynkowymi, pozwala na efektywną alokację zasobów w gospodarce, co z kolei umożliwia wytwarzanie dóbr i oferowanie usług o jak najwyższej jakości w jak najniższej cenie. W świetle przepisów u.o.k.k. można wobec tego postawić tezę, że konkurencja podlega ochronie nie ze względu na nią samą (jako dobro samoistne), ale przede wszystkim ze względu na jej pozytywne dla gospodarki i ogółu społeczeństwa, w tym konsumentów, następstwa. Tak akcentowany przez skarżącego „dobrobyt konsumentów” jest jedynym z pozytywnych efektów konkurencji między przedsiębiorstwami. Porozumienie ustalające cenę minimalną sprzedaży godzi w interesy konsumentów (dobrobyt konsumentów), powodując koniecznością nabywania dóbr objętych tym porozumieniem po wyższej cenie (a więc ogranicza jeden z pozytywnych skutków konkurencji), to jednak nie wyłącza całkowicie konkurencji (między uczestnikami porozumienia oraz między uczestnikami a innymi przedsiębiorcami) ujmowanej, jako mechanizm rywalizacji przedsiębiorców.

Słusznie zatem sądy w niniejszej sprawie przyjęły, że charakter ocenianego porozumienia ustalającego ceny minimalne – w kontekście potencjalnie możliwych innych porozumień, ustalających ceny sztywne – nie może zostać uznany za

okoliczność wpływającą za zaostrenie kary, skoro nie eliminuje całkowicie konkurencji cenowej.

Natomiast, klasyfikacja porozumienia stron jako praktyki eksploatacyjnej, wbrew wywodom sądów, nie powinna budzić wątpliwości. W pewnym uproszczeniu można stwierdzić, że praktyki eksploatacyjne godzą przede wszystkim w interesy kontrahentów przedsiębiorcy, a przy porozumieniach wertykalnych – w interesy nabywców końcowych, przynosząc przedsiębiorcom stosującym takie praktyki nieuzasadnione korzyści. Typowym przykładem takiej praktyki jest nadużywanie pozycji dominującej polegające na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści (art. 8 ust. 2 pkt 6 u.o.k.k.). Natomiast, praktyki antykonkurencyjne godzą bezpośrednio w interesy konkurentów.

Sąd Okręgowy, a za nim Sąd Apelacyjny, przyjął, że porozumienie będące przedmiotem postępowania nie może być uznane za eksploatacyjne, ponieważ Prezes UOKiK nie wykazał, że uczestnicy tego porozumienia zawarli je w celu ekonomicznego pokrzywdzenia nabywcy końcowego. Nadto, pozwany nie wykazał związku przyczynowego między zawartym porozumieniem a negatywnymi skutkami ekonomicznymi dla konsumentów. Prowadzi to do wniosku, że w ujęciu sądów orzekających w sprawie określona praktyka może zostać uznana za eksploatacyjną tylko wówczas, gdy zarówno celem tej praktyki, jak i jej skutkiem jest ekonomiczne pokrzywdzenie nabywcy końcowego. Z kolei skarżący wywodzi, że dla zakwalifikowania danej praktyki jako eksploatacyjnej jest istotny jej charakter, czyli rodzaj interesów innych uczestników rynku, w które ta praktyka godzi.

Według Sądu Najwyższego, dla oceny danej praktyki jako eksploatacyjnej istotne jest określenie rodzaju interesów, w jakie praktyka godzi oraz jej celu. W tym kontekście przyjęcie przez sądy, że celem porozumienia było zakończenie wojen cenowych (rywalizacji cenowej), a nie pokrzywdzenie nabywcy końcowego (uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego – k. 3070-3071), jest pewnym eufemizmem. Oczywiste jest przecież, że celem zawarcia porozumienia było osiągnięcie przez jego uczestników większych przychodów, a co za tym idzie maksymalizacja zysków, co zresztą Sąd Apelacyjny przyjmuje (k. 3081). Dobitnie świadczy o tym chociażby treść maila z dnia 6 czerwca 2004 r. przesłanego od T.

S.A. do P. sp. z o.o., w którym jego autor stwierdza wprost: „Oferta jest w ten sposób przedstawiona, aby uniknąć bezsensownego ciągnięcia cen produktów w dół. Chcemy wspólnie z P. zarabiać pieniądze, a nie rozdawać je bezsensownie na rynku” (k. 3071). W tym kontekście, nie można więc uznać, że cel zawarcia porozumienia był inny niż doprowadzenie do sytuacji, w której uczestnicy porozumienia będą osiągać bezpośrednie finansowe korzyści z jego funkcjonowania, których nie osiągnęliby, gdyby działali w warunkach nielimitowanej porozumieniem konkurencji. Zwiększenie zysków mogło przy tym nastąpić, tylko kosztem końcowego nabywcy – konsumenta. Zatem eksploatacyjny cel zawartego porozumienia jest jednoznaczny, również w aspekcie ekonomicznego pokrzywdzenia końcowego nabywcy.

Wobec tego argumentacja sądów, że porozumienie nie miało charakteru eksploatacyjnego, a co za tym idzie nie ma podstaw do zaostrenia kary z tego powodu, jest oparta na błędnym założeniu co do charakteru praktyki będącej przedmiotem postępowania.

2. Zasadny jest natomiast zarzut sformułowany w ramach drugiej podstawy skargi – naruszenia art. 103a ust. 2 oraz art. 101 ust. 1 pkt 1 i art. 104 u.o.k.k. Sąd Apelacyjny przyjął, że przedsiębiorca, który jest inicjatorem oraz liderem zmowy i równocześnie złożył na podstawie art. 103a ust. 1 u.o.k.k. wniosek o odstąpienie od wymierzenia lub obniżenie kary pieniężnej nie może otrzymać kary łagodniejszej aniżeli uczestnik, który w porozumieniu uczestniczył krócej i z mniejszą intensywnością. Sąd Najwyższy nie podziela tego stanowiska.

Zgodnie z art. 103a ust. 2 u.o.k.k. jeżeli przedsiębiorca uczestniczący w porozumieniu, o którym mowa w art. 5 ust. 1 u.o.k.k., nie spełnia warunków, o których mowa w art. 103a ust. 1 u.o.k.k., Prezes UOKiK obniża karę, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., nakładaną na tego przedsiębiorcę, jeżeli spełnia on łącznie następujące warunki: 1) przedstawi Prezesowi Urzędu, z własnej inicjatywy, dowód, który w istotny sposób przyczyni się do wydania decyzji, o której mowa w art. 9 lub art. 10 u.o.k.k., 2) zaprzestał uczestnictwa w porozumieniu nie później, niż w momencie przedstawienia tego dowodu. Sąd Apelacyjny ustalił, że T. S.A. była inicjatorem porozumienia oraz, że spełnia przesłanki określone w art. 103a ust. 2 u.o.k.k. Dlatego też Prezes UOKiK obniżył nałożoną na tego przedsiębiorcę karę.

Chybiony jest prezentowany przez Sąd Apelacyjny pogląd, że wymierzenie inicjatorowi porozumienia kary wyższej niż uczestnikowi porozumienia byłoby sprzeczne z zasadą proporcjonalności. Nie jest, co prawda, jasne, w jaki sposób tak ustalona kara naruszałaby tę zasadę, ale Sąd Najwyższy nie zgadza się przede wszystkim z błędnym założeniem, które legło u podstaw tej tezy. Brak bowiem wystarczających argumentów, aby przyjąć, że kary nakładane na uczestników porozumienia powinny pozostawać w określonej abstrakcyjnie do siebie relacji, stanowiąc swoisty system naczyń połączonych, w którym obniżenie kary wymierzonej jednemu z uczestników porozumienia musi skutkować automatyczną zmianą wysokości kar nałożonych na pozostałych uczestników.

Nie ulega wątpliwości, że kary nałożone na poszczególnych uczestników porozumienia powinny zostać ustalone przy zastosowaniu tych samych przesłanek przy uwzględnieniu okoliczności danej sprawy, zarówno wspólnych dla wszystkich uczestników (charakter porozumienia, rynek, na którym porozumienie wywarło skutek, stopień naruszenia interesów konkurentów lub konsumentów itp.), jak i różnicujących ich sytuację (np. czas udziału w porozumieniu, sposób wykonywania porozumienia, zachowanie w trakcie postępowania przed Prezesem UOKiK itp.). Istotne jest, aby na tej płaszczyźnie była przestrzegana zasada równości w tym znaczeniu, że te same czynniki zostaną uznane za tak samo istotne wobec wszystkich uczestników i będą odgrywały taką samą rolę przy wymiarze kary w stosunku do każdego z uczestników z osobna. W efekcie wymierzone kary, na których wysokość będzie wpływał przede wszystkim przychód poszczególnych uczestników (art. 101 ust. 1 u.o.k.k.), mimo różnic kwotowych będą zindywidualizowane, odpowiadając wadze naruszenia przepisów przez każdego z uczestników przy uwzględnieniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy.

Inaczej rzecz ujmując, wysokość kary powinna zostać ustalona odrębnie w odniesieniu do każdego z uczestników porozumienia przy zastosowaniu takich samych przesłanek (czynników) wymiaru kary i uwzględnieniu okoliczności indywidualizujących sytuację każdego uczestnika. Przy prawidłowym zastosowaniu tych kryteriów ustalone kary będą zgodne z art. 101 ust. 1 i 104 u.o.k.k., mimo że wysokość kwotowa poszczególnych kar będzie od siebie, czasami nawet znacznie, odbiegać.

Nie jest natomiast tak, że kara nałożona na inicjatora porozumienia stanowi górną granicę wymierzonych kar, a w konsekwencji kary nałożone na pozostałych uczestników porozumienia muszą być niższe. Celnie wskazuje skarżący, że w takim wypadku najkorzystniejszym rozwiązaniem dla uczestników porozumienia byłoby, aby jego inicjatorem był podmiot o najmniejszym, a wręcz znikomym, przychodzie. Wówczas kary nałożone na pozostałych uczestników o znacznych przychodach byłyby dla nich ekonomicznie nieodczuwalne, a więc nie spełniałyby swoich podstawowych celów.

Zasadny jest również zarzut, dotyczący niedostatecznego wyjaśnienia przez oba sądy, w jakim stopniu na wysokość kary wymierzonej T. S.A. wpłynęło złożenie przez tego uczestnika porozumienia wniosku na podstawie art. 103a u.o.k.k., a w jakim – złagodzenie kary nastąpiło na podstawie art. 104 u.o.k.k. Sąd Okręgowy wskazał, że wobec T. S.A. nie mogło zostać zastosowane dobrodziejstwo leniency. To stanowisko zostało zaaprobowane przez Sąd Apelacyjny. Z drugiej strony, sąd I instancji uznał za zasadne obniżenie nałożonej na tego uczestnika porozumienia kary, odwołując się do jego zachowaniu w toku postępowania, tj. aktywnej współpracy z Prezesem UOKiK oraz dostarczenia znacznej części materiału dowodowego.

Rzecz w tym, że T. S.A. spełniła warunki określone w art. 103a ust. 2 u.o.k.k. Przedsiębiorca, aby uzyskać złagodzenie kary na podstawie tego przepisu powinien: 1) przedstawić Prezesowi UOKiK, z własnej inicjatywy, dowód, który w istotny sposób przyczyni się do wydania decyzji, o której mowa w art. 9 lub art. 10 u.o.k.k., 2) zaprzestać uczestnictwa w porozumieniu nie później, niż w momencie przedstawienia dowodu, o którym mowa w art. 103a ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. W takim wypadku Prezes UOKiK wymierza karę kierując się kryteriami wskazanymi w art. 103a ust. 3 u.o.k.k. Zatem aktywna współpraca z Prezesem UOKiK i przedstawienie materiału dowodowego były podstawą obniżenia kary dla T. S.A. Bez wątpienia te same okoliczności, które uzasadniają zastosowanie wobec uczestnika przepisu art. 103a ust. 2 u.o.k.k. nie mogą być brane pod rozwagę, jako okoliczności łagodzące, uwzględniane na podstawie art. 104 u.o.k.k. Prowadziłoby to bowiem do dwukrotnego uwzględniania tych samych przesłanek i nadmiernego łagodzenia kary nakładanej na konkretnego uczestnika porozumienia.

Sąd Najwyższy nie wyklucza, że współpraca T. S.A. z Prezesem UOKiK wykroczała poza ramy przesłanek z art. 103a ust. 2 u.o.k.k. W takim wypadku uprawnione byłoby, mimo złagodzenia kary na podstawie art. 103a ust. 3 u.o.k.k., dodatkowe jej obniżenie, jedynie pod warunkiem, że T. S.A. zachowała się w sposób wykraczający poza wymagania stawiane przez art. 103a ust. 2 u.o.k.k. Brak jednak w tym zakresie ustaleń faktycznych obu sądów oraz stosownych wywodów prawnych.

Słusznie podnosi również Prezes UOKiK, że analiza uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie pozwala na odtworzenie toku rozumowania sądów co do tego, w jaki sposób została ustalona wysokość kary nałożonej na T. S.A., w szczególności, w jakim stopniu kara ta została obniżona na podstawie art. 103a ust. 3 u.o.k.k., a w jakim zakresie miały na jej wysokość wpływ inne okoliczności. Nie chodzi tu przy tym wyłącznie o uchybienie w zakresie sporządzenia uzasadnienia (art. 328 § 2 k.p.c.), ale o naruszenie art. 103a ust. 3 i art. 104 u.o.k.k., skoro nie jest możliwe zrekonstruowanie zastosowanej przez sądy metodologii ustalenia wysokości kary.

Zdaniem Sądu Najwyższego, sąd, wymierzając karę uczestnikowi porozumienia, korzystającemu z dobrodziejstwa art. 103a ust. 3 u.o.k.k. powinien w pierwszej kolejności wskazać, jaka jest wysokość kary ustalona na podstawie tego przepisu, następnie wskazać dodatkowe okoliczności rzutujące na wysokość kary, wyjaśniając, czy i w jakim stopniu wpływają na złagodzenie lub zaostrzenie kary, a dopiero na końcu określić ostateczną wysokość kary. Brak argumentacji w tym zakresie wyklucza kontrolę prawidłowości wymiaru kary.

3. Trafnie też zarzuca skarżący, że Sąd Okręgowy, a za nim Sąd Apelacyjny, naruszyły art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. przez błędne uznanie, iż kara nałożona w decyzji na stronę postępowania naruszała zasadę proporcjonalności ze względu na fakt, że Prezes UOKiK nałożył w innym czasie, na innego przedsiębiorcę, w innych okolicznościach faktycznych karę niższą co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego obniżenia kary pieniężnej nałożonej na T. S.A.

Sąd Najwyższy zwraca uwagę, że kara nałożona na przedsiębiorcę za naruszenie zakazu określonego w art. 5 u.o.k.k. powinna być zindywidualizowana,

czyli wymierzona przy uwzględnieniu wszystkich istotnych okoliczności danej sprawy. Punktem wyjścia do ustalenia jej wysokości jest zgodnie z art. 101 ust. 1 u.o.k.k. wysokość przychodu osiągniętego przez przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, ewentualnie zredukowana na podstawie art. 103a ust. 3 u.o.k.k. Następnie Prezes UOKiK powinien wziąć pod rozwagę przewidziane w przepisach u.o.k.k. i wypracowane w orzecznictwie przesłanki wymiaru kary. Prawidłowe zastosowanie tych czynników powinno doprowadzić do wymierzenia kary adekwatnej do wagi (stopnia szkodliwości) danej praktyki. Odnoszenie się przy wymierzaniu kary do wysokości kar nałożonych na innych przedsiębiorców w tej samej lub innej sprawie jest sprzeczne z zasadą indywidualizacji kary.

Sądy, przyjmując, że naruszenie zasady proporcjonalności może nastąpić przez nałożenie na przedsiębiorcy kary w wysokości odbiegającej od kary nałożonej na innego przedsiębiorcę w innej sprawie, mylą się na dwóch płaszczyznach.

Po pierwsze, w ten sposób mogłoby ewentualnie dojść do naruszenia zasady równości, a nie proporcjonalności. Nałożenie na jednego przedsiębiorcę kary zdecydowanie bardziej dolegliwej niż w podobnych okolicznościach na innego przedsiębiorcę, może uzasadniać zarzut nierównego potraktowania tych przedsiębiorców. Prawidłowe zastosowanie przesłanek wymiaru kary powinno jednak pozwolić na uniknięcie tego rodzaju zarzutów.

Po drugie, nie jest trafny pogląd, że punktem odniesienia dla ustalenia wysokości kary nakładanej na danego przedsiębiorcę za konkretne naruszenie może być wysokość kar nakładanych na innych przedsiębiorców za podobne naruszenia w innych sprawach. Przyjęcie takiej tezy, nakładałoby na Prezesa UOKiK oraz sądy rozpatrujące odwołania od decyzji obowiązek analizowania kar nakładanych w podobnych sprawach. Mając na względzie, że wysokość kary jest uzależniona od wielu przesłanek takie badanie nie mogłoby się ograniczać do odniesienia się wyłącznie do samej wysokości kary, ale skutkowałoby koniecznością przeanalizowania wszystkich okoliczności wziętych pod rozwagę przy jej wymierzeniu, co musiałoby oznaczać konieczność zapoznania się z – co najmniej – aktami postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK,

uzasadnieniem decyzji oraz orzeczeniami sądów zapadłymi na skutek odwołania. Nie jest przy tym jasne, jakie powinno być kryterium wyboru spraw wziętych do porównania oraz, w jaki sposób należałoby uwzględniać różnice w stanach faktycznych. Trudno byłoby zwłaszcza uniknąć zarzut arbitralnego doboru spraw. Tak ogólnie naszkicowane trudności techniczne wskazują na wadliwość przyjętej przez sądy metodologii ustalania wysokości kary.

Ponadto, według Sądu Najwyższego, przepisy art. 101 ust. 1 oraz art. 104 u.o.k.k. nie pozwalają na interpretację prowadzącą do konkluzji, że o wysokości kary mogą decydować czynniki zewnętrzne wobec danego postępowania, tj. w szczególności wysokość kary wymierzonej innemu przedsiębiorcy w innej sprawie.

4. Słuszny jest też zarzut wypełniający kolejną podstawę skargi kasacyjnej, dotyczący naruszenia art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 oraz w zw. z art. 45 u.o.k.k. przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przekazanie przez przedsiębiorcę informacji żądanych przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 45 u.o.k.k. stanowi element współpracy, który powinien mieć wpływ na obniżenie kary pieniężnej.

Stosownie do art. 45 ust. 1 u.o.k.k. przedsiębiorcy i związki przedsiębiorców są obowiązani do przekazywania wszelkich koniecznych informacji i dokumentów na żądanie Prezesa UOKiK. Rację ma skarżący, podnosząc, że wykonywanie obowiązków nałożonych na przedsiębiorcę przez ustawę nie może być poczytywane za okoliczność łagodzącą, rzutującą na obniżenie kary.

Sąd Okręgowy, a za nim Sąd Apelacyjny, przyjął, iż inicjator porozumienia (T. S.A.) „przedstawił znaczącą ilość materiału dowodowego”, co powinno zostać nagrodzone. Oczywiście współpraca z Prezesem UOKiK w toku postępowania może być uznana za okoliczność łagodzącą. Jednak tylko wówczas, jeżeli wykracza poza obowiązki ustawowe, w tym ten przewidziany w art. 45 u.o.k.k. Nadto, w wypadku uczestnika porozumienia, korzystającego z dobrodziejstwa art. 103a ust. 3 u.o.k.k. – o czym była mowa wcześniej – wyłącznie, gdy wykracza poza zakres współpracy wyznaczony przez art. 103a ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. W ocenie Sądu Najwyższego, zachowanie, stanowiące tylko i wyłączne realizację obowiązku wynikającego z ustawy lub uwzględniane przy wymierzaniu kary na podstawie art. 103a ust. 2 i 3 u.o.k.k., powinno być dla wysokości kary, co do zasady,

irrelevantne.

Obniżając karę wymierzoną w zaskarżonej decyzji z uwagi na współpracę przedsiębiorcy z Prezesem UOKiK sąd winien natomiast wskazać, w jakich konkretnych zachowaniach przedsiębiorcy dopatruje się wykroczenia poza ustawowe obowiązki. Tego elementu zabrakło, zarówno w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego, jak i Sądu Apelacyjnego. Z tego względu zarzut naruszenia art. 45 u.o.k.k. w zw. z art. 104 u.o.k.k. Sąd Najwyższy uznał za zasadny.

5. Nie jest natomiast trafny zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 104 u.o.k.k. przez błędne uznanie, że najważniejszą okolicznością decydującą o stopniu (wadze) naruszenia ustawy jest okoliczność rzeczywistych skutków rynkowych naruszenia, podczas gdy o stopniu naruszenia decyduje także w znacznej mierze specyfika (natura) naruszenia, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego obniżenia kary pieniężnej nałożonej na T. S.A. i P. sp. z o.o.

Zasadniczą trudność sprawia prawidłowe odczytanie treści tego zarzutu. Oba sądy przyjęły bowiem, że rzeczywisty, ekonomiczny skutek zawartego porozumienia powinien mieć najważniejszy wpływ na ocenę tego porozumienia, a co za tym idzie – wymiar kary (uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego – k. 2267-2268). Natomiast, według skarżącego, o stopniu naruszenia przepisów ustawy decydują też inne czynniki, w tym charakter samego naruszenia. W ocenie Sądu Najwyższego, między tak ujętymi stanowiskami nie ma sprzeczności.

Sąd Okręgowy, a za nim Sąd Apelacyjny, uznał, że rzeczywisty skutek porozumienia jest najważniejszą okolicznością uwzględnianą przy wymiarze kary, ale oczywiście nie jedyną. Nie zanegował więc konieczności brania pod rozwagę innych okoliczności. Wynika to zresztą wprost z uzasadnień obu wyroków, poświęconych w znacznej części analizie różnorodnych okoliczności wpływających na wymiar kary. Również charakter (natura) naruszenia przepisów u.o.k.k. nie umknął uwadze obu sądów.

W istocie zatem zarzut Prezesa UOKiK odnosi się do określonej gradacji czynników branych pod uwagę przy wymiarze kary. Zdaniem skarżącego, nie można uznać rzeczywistego skutku zawartego porozumienia za czynnik najważniejszy, czyli pierwszorzędny, wpływający w największym stopniu na wysokość kary. Według Sądu Najwyższego tak zarysowany spór ma w istocie

charakter jedynie werbalny. Nie chodzi przecież o to, aby przy ocenie danej praktyki budować hierarchicznie uszeregowany katalog przesłanek wpływających na wymiar kary, określając dokładnie ich kolejność (istotność). Zarówno Prezes UOKiK, jak i sądy mają natomiast obowiązek – w zakresie swojej kognicji – poddać analizie poszczególne okoliczności rzutujące na wysokość kary, przypisać im odpowiednie znaczenie (wagę) i odpowiednio je uzasadnić. Bez znaczenia jest przy tym nazwanie określonej przesłanki ważniejszą, pierwszą, kolejną, czy ostatnią. Istota problemu sprowadza się do tego, że każdy z istotnych czynników wpływających na wysokość kary powinien zostać uwzględniony w odpowiednim dla danej okoliczności zakresie.

Nie sposób natomiast nie dostrzec, że rzeczywisty skutek analizowanego porozumienia dla konkurencji na rynku właściwym, a także dla konsumentów musi być wzięty pod rozwagę przy ocenie stopnia szkodliwości tego porozumienia, a co za tym idzie wymiaru kary. Kwestią do rozważenia pozostaje, jakie skutki przedmiotowe porozumienie wywarło i czy uprawnione jest przyjęcie, jak to uczynił Sąd Okręgowy, że porozumienie to miało znikomy (nieznaczny) wpływ na rynek farb i lakierów. Jeżeli tak, to trafne byłoby stwierdzenie, iż tak ocenione skutki porozumienia nie przemawiają za zaostrzeniem kary nałożonej na uczestników porozumienia. Na tej płaszczyźnie skarga kasacyjna pozwanego nie zawiera jednak stosownego wyводу.

Dlatego zarzut sformułowany w ramach ostatniej podstawy skargi kasacyjnej nie został przez Sąd Najwyższy uznany za zasadny.

Z tego względu, uznając część zarzutów skargi kasacyjnej za zasadne, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. uchylił zaskarżony wyrok częściowo, tj. w punkcie drugim w zakresie, w jakim apelacja pozwanego została oddalona, oraz w punkcie trzecim w całości i przekazał sprawę w tej części do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...), pozostawiając temu Sądowi zgodnie z art. 108 § 2 k.p.c. w zw. z art. 398²¹ k.p.c. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.