



Sygn. akt I NSK 8/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 lipca 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Ewa Stefańska (przewodniczący)

SSN Leszek Bosek (sprawozdawca)

SSN Grzegorz Żmij

Protokolant Jolanta Włostowska

w sprawie z powództwa Cementowni "W." S.A. z siedzibą w T., Cementowni "O." S.A. z siedzibą w O., D. sp. z o.o. z siedzibą w N., G. S.A. z siedzibą w C., C. sp. z o.o. z siedzibą w W., C. O. S.A. z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

z udziałem zainteresowanego L. S.A. z siedzibą w M.

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych w dniu 29 lipca 2020 r.,

na skutek skarg kasacyjnych powodów oraz skargi kasacyjnej pozwanego od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 27 marca 2018 r., sygn. akt VI AGa (...)

I. zmienia zaskarżony wyrok w części, tj. w punkcie I.1a tiret drugie w ten sposób, że stwierdza zaniechanie praktyk ograniczających konkurencję przez G. SA z siedzibą w C. z dniem 23 czerwca 2006 r., a także w punkcie I.1b w ten sposób, że zmienia wyrok Sądu Okręgowego w W. - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13 grudnia 2013 r., sygn. XVII

AmA (...) w części obejmującej punkt 2 podpunkt 1 w ten sposób, że oddala odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8 grudnia 2009 r., nr DOK-(...) w zakresie kary pieniężnej nałożonej na G. S.A z siedzibą w C.;

II. uchyla zaskarżony wyrok w części, tj. w punkcie I.1.a tiret drugie i b w zakresie, w jakim dotyczy C. O. S.A. z siedzibą w W., C. sp. z o.o. z siedzibą w W., D. Sp. z o.o. z siedzibą w N., Cementowni "W." S.A. z siedzibą w T. i Cementowni "O." S.A. z siedzibą w O. oraz przekazuje w tym zakresie sprawę Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego;

III. oddala wszystkie skargi kasacyjne w pozostałym zakresie;

IV. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz G. S.A. z siedzibą w C. koszty postępowania kasacyjnego, powierzając ich obliczenie referendarzowi sądowemu w Sądzie Apelacyjnym w (...).

UZASADNIENIE

Decyzją z 8 grudnia 2009 r. o nr DOK-(...), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik 2000) w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik 2007) oraz art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską uznał za praktyki ograniczające konkurencję na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego porozumienia polegające na ustalaniu cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego (naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik 2000 oraz zakazu, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. a Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską), na podziale rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego (naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 3 uokik 2000 oraz zakazu, o którym mowa w art. 81 ust. 1 lit. c TWE), a także na wymianie poufnych informacji

handlowych (naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 5 ust. 1 uokik 2000 oraz zakazu, o którym mowa w art. 81 ust. 1 TWE), które zostały zawarte pomiędzy 1) L. S.A. z siedzibą w M.; 2) G. S.A. z siedzibą w C.; 3) Grupą O. S.A. z siedzibą w K.; 4) C. sp. z o.o. z siedzibą w W.; 5) D. sp. z o.o. z siedzibą w S.; 6) Cementownią W. S.A. z siedzibą w T.; 7) O. S.A. z siedzibą w O. Prezes UOKiK nakazał zaniechanie stwierdzonych praktyk. Za stwierdzone naruszenia Prezes UOKiK wymierzył: 1) G. S.A. z siedzibą w C. karę pieniężną w wysokości 62.414.187,02 zł; 2) Grupę O. S.A. z siedzibą w K. karę pieniężną w wysokości 104.966.579,70 zł; 3) C. sp. z o.o. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 115.563.631,17 zł; 4) D. sp. z o.o. z siedzibą w S. karę pieniężną w wysokości 66.702.267,48 zł; 5) Cementowni W. S.A. z siedzibą w T. karę pieniężną w wysokości 43.295.439,45 zł; 6) Cementowni O. S.A. z siedzibą w O. karę pieniężną w wysokości 18.643.372,70 zł. Prezes UOKiK odstąpił od wymierzenia kary pieniężnej L. S.A., mając na względzie to, że spółka ta, jako pierwsza powiadomiła organ o porozumieniu sprzecznym z prawem konkurencji, a także współpracowała z nim w pełnym zakresie, dostarczając niezwłocznie wszelkie dowody, którymi dysponowała i udzielając wszelkich informacji, jakie posiadała, zarówno z własnej inicjatywy, jak i na żądanie organu antymonopolowego.

Jednocześnie Prezes UOKiK nie stwierdził stosowania praktyk ograniczających konkurencję ze strony Cementowni N. S.A. z siedzibą w K., E. Sp. z o.o. z siedzibą w D., Cementowni R. S.A. z siedzibą w R. oraz w tym zakresie umorzył postępowanie.

Od tej decyzji odwołania wniosły wszystkie spółki ukarane karą pieniężną i zarzuciły naruszenia przepisów postępowania oraz prawa materialnego, zarówno krajowego, jak i prawa Unii Europejskiej.

Wyrokiem z 13 grudnia 2013 r., XVII AmA (...) Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną decyzję Prezesa UOKiK w ten sposób, że stwierdził zaniechanie przez G. S.A. z siedzibą w C. praktyk ograniczających konkurencję z dnia 23 czerwca 2006 r. (pkt 1) oraz obniżył kary pieniężne nałożone na skarżące spółki odpowiednio 1) w przypadku G. S.A. z siedzibą w C. do kwoty 51.335.668,82 zł, 2) w przypadku Grupy O. S.A. z siedzibą w W. do kwoty 90.104.358,18 zł, 3) w przypadku C. sp. z o.o. z siedzibą w W. do

kwoty 93.895.450,32 zł, 4) w przypadku D. sp. z o.o. z siedzibą w N. do kwoty 54.195.592,32 zł, 5) w przypadku Cementowni „W.” S.A. z siedzibą w T. do kwoty 35.177.544,55 zł, 6) w przypadku Cementowni „O.” S.A. z siedzibą w O. do kwoty 15.147.740,31 zł (pkt 2). Odwołania w pozostałej części SOKiK oddalił (pkt 3) oraz zasądził koszty postępowania od pięciu powodów na rzecz pozwanego (pkt 4) oraz koszty postępowania od pozwanego na rzecz G. S.A. (pkt 5).

Sąd I instancji ustalił, że na początku lat 90-tych XX wieku funkcjonowało w Polsce co najmniej 21 zakładów zajmujących się produkcją cementu (cementownie lub przemiałownie cementu). W wyniku konsolidacji sektora cementowego i przekształceń dokonanych w ramach poszczególnych grup kapitałowych, w 2006 r. na krajowym rynku pozostało co najmniej 13 zakładów zajmujących się produkcją cementu, powstał także jeden nowy zakład. Prezes Urzędu ustalił w toku postępowania, że zdolność produkcyjna istniejących zakładów cementowych pozwala - przy uwzględnieniu pełnego wykorzystania wszystkich pieców istniejących w przemyśle, na wyprodukowanie rocznie około 20 mln ton cementu. Wszystkie zakłady są sprywatyzowane, w pełni zrestrukturyzowane i po gruntownej modernizacji, a instalacje cementowni w Polsce należą do najnowocześniejszych w Europie. SOKiK dokonał krótkiego opisu przedsiębiorców działających w sektorze cementowym, będących stronami i uczestnikami postępowania w sprawie:

1) G. S.A. z siedzibą w C. - największy krajowy producent cementu w Polsce. Od 1993 r. przedsiębiorca ten jest powiązany kapitałowo z międzynarodową grupą H. - jednym z największych producentów cementu i innych materiałów budowlanych na świecie, która poprzez podmiot zależny C. B.V. jest właścicielem 100% akcji G. S.A. Podstawową działalnością G. S.A. jest produkcja i sprzedaż cementów portlandzkich czystych C. I, cementów portlandzkich wieloskładnikowych, C. II oraz cementów hutniczych C. III. Prezesem G. S.A. był niezmiennie od 1991 r. A. B.

2) E. Sp. z o.o. w D. zlokalizowany jest na terenie (...) Specjalnej Strefy Ekonomicznej i związku z tym od początku działalności, tj. od 2000 r. korzystał ze zwolnień z podatków i opłat. Od momentu uruchomienia produkcji, E. Sp. z o.o. prowadził ścisłą współpracę z G. S.A. W dniu 25 marca 2003 r. G. S.A. nabył 75% udziałów przemiałowni cementu E. Sp. z o.o., a w dniu 14 kwietnia 2003 r.

pozostałe 25% udziałów i od tego dnia posiada nieprzerwanie 100% udziałów E. Sp. z o.o.

3) L. S.A. z siedzibą w M. jest częścią Grupy L. - światowego lidera w dziedzinie produkcji materiałów budowlanych, a także największego producenta cementu na świecie. Działalność produkcyjna L. S.A. prowadzona jest obecnie w dwóch zakładach: Cementowni M. oraz Cementowni K. Cementownia M. jest zlokalizowana w miejscowości M., w odległości 35 km na południowy zachód od K. Asortyment cementów produkowanych przez Cementownię M. obejmuje szeroką gamę cementów portlandzkich (C. I), cementów portlandzkich z dodatkami mineralnymi (C. II) oraz cement hutniczy (C. III). Cementownia K. jest zlokalizowana w miejscowości B., ok. 20 km na zachód od I. Asortyment Cementowni K. obejmuje szeroką gamę cementów portlandzkich (C. I), cementów portlandzkich z dodatkami mineralnymi (C. II). W analizowanym okresie funkcję prezesa Cementowni M. S.A. (do 29 października 1999 r.), następnie L. Polska S.A. (od 29 października 1999 r.) oraz L. S.A. (od 29 kwietnia 2005 r.) pełnił A. T.

4) Grupa O. z siedzibą w K. należy do międzynarodowego koncernu C. („C.”), znajdującego się w gronie największych producentów materiałów budowlanych na świecie. Obecnie jedynym akcjonariuszem Grupy O. S.A. jest C. Poland B.V. Asortyment cementów produkowanych przez Grupę O. S.A. obejmuje cementy portlandzkie, portlandzkie wieloskładnikowe, hutnicze, wiertnicze, spoiwa specjalistyczne, mieszanki cementowe, zaprawy budowlane. Funkcję prezesa zarządu Cementowni O. S.A. od 1998 r. do 2002 r. pełnił A. P., którego na stanowisku prezesa zastąpił D. Od dnia 31 maja 2006 r. A. P. został ponownie prezesem zarządu Grupy O. S.A.

5) Cementownia R. S.A. zlokalizowana jest w R. nieopodal C. W 1997 r. po nabyciu przez Cementownię O. S.A. pakietu kontrolnego R. S.A., rozpoczął się proces przejmowania i kontroli Cementowni R. S.A. przez Grupę O. S.A. Cementownia R. S.A. obecnie wytwarza szeroki asortyment cementów specjalnych, które są uzupełnieniem oferty Grupy O. S.A. W okresie od 1998 r. do chwili obecnej co najmniej 3 członków rady nadzorczej Cementowni R. S.A. zasiadało jednocześnie w zarządzie Grupy O. S.A.

6) C. sp. z o.o. z siedzibą w W. jest jednym z wiodących w kraju producentów cementu, betonu towarowego i kruszyw. Spółka należy do jednego z największych na świecie koncernów produkujących materiały budowlane - C., który jest obecny na polskim rynku od 1 marca 2005 r., tj. od przejęcia koncernu R. W chwili obecnej produkcja C. sp. z o.o. prowadzona jest przez zakłady cementowe w C. i w R. oraz przemiałownię w G. Cementownia C. jest producentem cementów portlandzkich, portlandzkich popiołowych oraz cementów komunikacyjnych. Cementownia R. jest producentem cementów portlandzkich, cementów z dodatkiem żużla granulowanego, cementów hutniczych, cementów wieloskładnikowych oraz cementów komunikacyjnych. W C. sp. z o.o. (wcześniej R. Polska Sp. z o.o.) funkcje, prezesa zarządu pełnili: od 1998 r. do 28 czerwca 2001 r. P. S., do 14 lutego 2002 r. S. B., a następnie do 2008 r. R. K.

7) D. sp. z o.o. z siedzibą w S.-N. pod K. należy do koncernu D. AG, będącego jednym z większych producentów materiałów budowlanych na świecie. Oferta sprzedaży D. sp. z o.o. obejmuje szeroką paletę cementów, w tym cementy portlandzkie C. I, cementy portlandzkie wieloskładnikowe C. II, cementy hutnicze C. III. Funkcję prezesa zarządu D. Polska sp. z o.o. (dawniej Cementowni N.) od 1 października 1999 r. pełnił K. K., od 1 stycznia 2005 r. odpowiedzialny za pion sprzedaży.

8) Cementownia W. S.A. zlokalizowana jest w T. koło D. w województwie (...). Większościowym (99,84%) właścicielem cementowni jest spółka P. mbH z siedzibą w D. Cementownia W. S.A. jest powiązana kapitałowo z Cementownią O. S.A. z siedzibą w O. Prezesem zarządu Cementowni W. S.A. do dnia 30 czerwca 2005 r. była Z. K., którą zastąpił na tym stanowisku D. G.

9) Cementownia O. S.A. jest zlokalizowana w O., 99,94% udziałów spółki należy do M. mbH z siedzibą w D., a pozostałe 0,06% do pracowników. W ofercie handlowej Spółki znajdują się cementy portlandzkie, cementy portlandzkie żużlowe, cementy portlandzkie wieloskładnikowe, cementy hutnicze oraz spoiwa stabilizacyjne. W okresie od 1998 r. do dnia 7 czerwca 2005 r. stanowisko prezesa zarządu spółki zajmował Z. Ł., a następnie A. R.

W dalszej kolejności Sąd I instancji scharakteryzował formy współpracy pomiędzy przedsiębiorcami w sektorze cementowym oraz opisał niedozwolone

praktyki, stanowiące przedmiot zaskarżonej decyzji Prezesa UOKIK, polegające na wymianie poufnych informacji handlowych, ustalaniu wielkości udziałów rynkowych oraz ustalaniu cen.

Charakter współpracy między przedsiębiorcami działającymi w sektorze cementowym w Polsce był determinowany zmianami politycznymi i gospodarczymi w okresie transformacji ustrojowej. Przed tymi zmianami wszyscy producenci zrzeszeni byli w Zrzeszeniu (...) - organizacji centralnie zarządzającej działalnością wszystkich przedsiębiorstw cementowych w Polsce. W okresie tym przemysł cementowy w Polsce funkcjonował w stanie wyłączającym, zarówno *de facto* jak i *de iure*, istnienie konkurencji rynkowej. Wszyscy producenci cementu w Polsce byli stowarzyszeni w ww. Zrzeszeniu. Wzajemne ustalenia warunków produkcji i sprzedaży między dyrektorami cementowni były czymś normalnym, i odbywały się pod auspicjami władz państwowych. Natomiast transformacja ustrojowa doprowadziła do zmian zasad współpracy wynikających między innymi z tego, że sektor cementowy w znacznej części został sprywatyzowany. W tym czasie właścicielami większości cementowni w Polsce stały się światowe koncerny cementowe, m.in. L., H., D., C., R., M. W wyniku tych zmian, producenci cementu, których działalność do tej pory była centralnie zarządzana, stali się formalnie konkurentami prowadzącymi działalność w warunkach gospodarki wolnorynkowej. Transformacja ustrojowa doprowadziła również do zmian w organizacji branżowych organizacji zrzeszających przedsiębiorców działających w sektorze cementowym. W dniu 14 sierpnia 1990 r. zostało zarejestrowane Stowarzyszenie (...) i (...) z siedzibą w K., które od 1 stycznia 2005 r. zrzesza wyłącznie producentów cementu, a od czerwca 2005 r. zmieniło nazwę na Stowarzyszenie (...). Według ustaleń poczynionych przez Prezesa UOKIK, celami Stowarzyszenia określonymi w statucie są m.in.: działanie na rzecz rozwoju przemysłu cementowego, reprezentowanie interesów branżowych przemysłu cementowego wobec administracji rządowej i samorządowej, promocja i upowszechnianie wiedzy na temat produktów przemysłu cementowego. S(...) zbiera także dane od poszczególnych zakładów cementowych dotyczące m.in. ich wielkości produkcji i sprzedaży cementu oraz klinkieru.

W obliczu konkurencji cenowej między producentami cementu, wynikającej z nowych wolnorynkowych warunków, wielu z nich postanowiło przeciwdziałać pogorszeniu swojej sytuacji finansowej, odwołując się do mechanizmu znanego im z okresu gospodarki planowej, tzn. wzajemnych ustaleń i rozmów. Uzgodnienia pomiędzy producentami cementu miały miejsce co najmniej od 1998 r. Producenci omawiali i uzgadniali pomiędzy sobą przede wszystkim wielkość udziałów rynkowych przypisanych poszczególnym producentom cementu oraz ustalali ceny cementu i kwestie związane z podwyżkami tych cen. Producenci cementu wymieniali i omawiali pomiędzy sobą poufne informacje dotyczące wielkości sprzedaży cementu, co pozwalało im kontrolować uzgodnienia dotyczące wielkości udziałów rynkowych. W uzgodnieniach uczestniczyli wszyscy więksi producenci cementu szarego w Polsce, tj. L. S.A., G. S.A., Grupa O. S.A., C. sp. z o.o. Cementownia W. S.A. i Cementownia O. S.A. (należące do grupy M.) oraz D. sp. o.o. Przedsiębiorcy ci określali siebie m.in. jako „klub” lub „Grupa (...)”.

Spotkania pomiędzy reprezentantami poszczególnych producentów cementu, na których dokonywano opisanych w tej decyzji ustaleń, nie były oparte na określonym schemacie i miały charakter zarówno wielostronny, jak i dwustronny. Częstotliwość kontaktów zależała, co do zasady, od potrzeby omówienia szczegółowych kwestii z zakresu uzgodnień opisanych w decyzji prezesa UOKiK. Spotkania wielostronne najczęściej odbywały się przy okazji innych wydarzeń takich jak posiedzenia S(...). Producenci cementu kontaktowali się ze sobą także telefonicznie. Spotkania odbywały się na różnych szczeblach: zazwyczaj na szczeblu prezesów zarządu (najczęściej były to spotkania dwustronne) lub dyrektorów odpowiedzialnych za sprawy handlowe (częściej były to spotkania wielostronne). Spotkania i kontakty pomiędzy przedstawicielami producentów cementu w Polsce SOKiK usystematyzował w następujący sposób:

- spotkania „kartelowe” (tj. spotkania/kontakty, których celem było omówienie kwestii wielkości udziałów, wysokości cen, nieprzestrzegania ustaleń, itp.) na poziomie władz spółek (najczęściej prezesów zarządów);

- spotkania „kartelowe” dyrektorów ds. handlowych. W okresie 1998-2002 r. spotkania te miały charakter wielostronny. Były poświęcone minimalnym cenom powiatowym cementu oraz udziałom historycznym, w szczególności terminom i

wielkościom podwyżek cen oraz sprawdzeniu ich wykonania. Na tych spotkaniach omawiano odkryte przypadki nieprzestrzegania cen minimalnych oraz kwestie przekroczenia lub niewykonania przez poszczególnych producentów sprzedaży na poziomie wynikającym z udziałów historycznych.

Po 2002 r. zmienił się charakter i częstotliwość spotkań. Były to, co do zasady, spotkania lub kontakty dwustronne, choć często zdarzały się wyjątki, nie były to już jednak spotkania wszystkich producentów cementu. Po 2004 r. nie odbywały się już stricte „kartelowe” spotkania, a te które były dotyczyły sprzedaży wykraczającej poza udziały uzgodnione historyczne, negocjacji tych udziałów lub zaniżonych danych dotyczących ilości sprzedaży C. sp. z o.o.

Jeśli chodzi o praktykę polegającą na wymianie poufnych informacji handlowych, to jak ustalił Sąd I instancji, wraz z utworzeniem S(...) powstał system wymiany informacji. Stowarzyszenie w okresie 1994-2002 co miesiąc gromadziło informacje o wielkości produkcji klinkieru oraz cementu, sprzedaży klinkieru ogółem oraz na eksport i sprzedaży cementu w kraju oraz na eksport. Zestawienia miesięczne były udostępniane jedynie członkom S(...), a zestawienia roczne także osobom trzecim. Niezależnie od ww. sposobów zbierania danych, równolegle producenci cementu wymieniali się bezpośrednio danymi od 1998 r. na temat swojej bieżącej, miesięcznej sprzedaży cementu w Polsce. Producenci cementu ustalali koordynatora takiej wymiany, który zmieniał się i był wybierany spośród osób odpowiedzialnych u poszczególnych przedsiębiorców za przekazywanie danych. Koordynatorami byli F. S. z G. S.A. i J. W. z L. S.A., nie wiadomo w jakiej kolejności, ale na pewno ostatnim był A. S. z Grupy O. S.A.

Dane były wymieniane najczęściej telefonicznie, na początku każdego nowego miesiąca, a w tym celu producenci cementu posiadali odrębne telefony komórkowe na karty prepaid, ale korzystano z nich sporadycznie. Podczas takich kontaktów poszczególni producenci cementu przekazywali dane dotyczące swojej łącznej sprzedaży cementu w poprzednim miesiącu, a następnie otrzymywali dane dotyczące sprzedaży pozostałych producentów.

Sąd I instancji ustalił, że jeśli chodzi o praktykę polegającą na ustalaniu wielkości udziałów, to po zakończeniu prywatyzacji polskiego sektora cementowego polscy producenci cementu podjęli próby stabilizacji udziałów rynkowych

poszczególnych uczestników obrotu rynkowego, a działania w tym zakresie rozpoczęto co najmniej w 1998 r. Ustalenia dotyczące udziałów rynkowych producentów cementu zostały dokonane przez odwołanie się do ich „historycznych” udziałów, tj. danych dotyczących produkcji i sprzedaży cementu przez poszczególnych producentów realizowanej w okresie gospodarki nakazowo-rozdzielczej. Istniał pewien poziom akceptacji dla udziałów rynkowych konkretnych cementowni, który z reguły odbiegał od udziałów wskazanych przez poszczególne cementownie o ok. 1-2%. Pomimo braku ustalenia wielkości udziałów można wskazać, że część uczestników kartelu w początkowym okresie jego funkcjonowania odwoływała się do następującej wielkości udziałów przysługujących poszczególnym jego uczestnikom: - CBR/H. (tj. G.) - 23,7%; - L. - 22,6%; - C./Grupa O. - 19,5%; - R./C. - 15,7%; - D.- 9,5%; - M. (tj. Cementownia W. i O.) - 9%.

W następstwie późniejszych zmian na rynku, udziały ustalone dla poszczególnych producentów cementu uległy zmianie w taki sposób, że w rozumieniu niektórych uczestników kartelu od 2003 r. przedstawiały się następująco: - H. - 26,42%; - L. - 21,49%; - C. - 18,13%; - R. - 14,5% - D. - 8,88%; - M. - 10,58%. Do takich wielkości udziałów odwoływano się w późniejszym okresie funkcjonowania kartelu.

Trzecia zmiana udziałów została ujawniona wskutek zaniżania przez C. Sp. z o.o. przekazywanych do Kancelarii Prawa Własności Przemysłowej O. oraz bezpośrednio konkurentom informacji o wielkości sprzedaży cementu. C. sp. z o.o. osiągnął udział w rynku polskim w wysokości ok. 18%, powyżej udziału historycznego. Sprawa wiązała się dodatkowo z alokacją CO₂. W związku z tym przedstawiciele producentów cementu, prowadzili na przełomie 2005/2006 rozmowy co do podjęcia działań mających doprowadzić do zmniejszenia sprzedaży cementu przez tego przedsiębiorcę, tak aby jego udział w rynku wrócił do poziomu „historycznego”, tj. ok. 14,5%. Wywierano także na C. sp. z o.o. presję, aby znalazł rozwiązanie sytuacji. W wyniku rozmów prowadzonych na poziomie władz producentów L. S.A., G. S.A. i Grupy O. S.A. i C. sp. z o.o. uzgodniono, że C. sp. z o.o. zmniejszy w 2006 r. swoją sprzedaż o 200 tys. ton (w 2006 r. sprzedaż miała się kształtować na poziomie ok. 1.980 tys. ton). Ponadto przedsiębiorca ten jako

pierwszy miał ogłosić podwyżkę cen cementu z dniem 1 czerwca 2006 r. W przypadku, gdy któryś z producentów cementu przekroczył w danym okresie przypadający mu „historyczny” udział, pozostali gracze wyrażali swoje „niezadowolenie” z takiej sytuacji podczas rozmów i spotkań opisanych powyżej. W takiej sytuacji zdarzały się rekompensaty *ad hoc*. Przedsiębiorca, który utracił część rynku miał możliwość skierowania korzystniejszej oferty do odbiorców wyznaczonych przez producenta, który przekroczył ustalony udział w rynku. Rekompensaty miały miejsce przede wszystkim przed 2003 r. W późniejszym okresie, jeśli dany przedsiębiorca przekroczył akceptowany przez większość konkurentów udział w rynku przy najbliższej podwyżce cen jako pierwszy ją wprowadzał. W ten sposób, tj. przez okresowe utrzymywanie różnic w cenach i odpowiednio zaplanowane podwyżki, producenci cementu byli w stanie regulować wielkość sprzedaży cementu, a co za tym idzie wielkość udziałów rynkowych przysługujących poszczególnym producentom.

Sąd I instancji stwierdził także, że ustalanie cen miało miejsce co najmniej od 1998 r. i można je podzielić na okres 1998-2000 (kiedy ustalano ceny minimalne cementu dla poszczególnych powiatów, podwyżki tych cen, czas i kolejność ich wprowadzania) oraz po roku 2002 (kiedy ustalano podwyżki cen cementu oraz ich czas i kolejność wprowadzenia). W pierwszym okresie ustalono system minimalnych cen powiatowych cementu. Uzgodnienia w tym przedmiocie nastąpiły pod koniec 1998 r. podczas spotkania przedstawicieli władz (dyrektorów ds. handlowych) głównych producentów cementu w C. Ceny powiatowe w powiatach zachodniej Polski kalkulowane były w oparciu o cenę bazową i koszty transportu z zakładu G.; w powiatach Polski centralnej - z zakładu w M. i w powiatach Polski wschodniej - z zakładu w O., ewentualnie w C. Z uwagi na powyższe, ceny minimalne były różne w różnych powiatach. Dla danego powiatu była ustalana jedna cena powiatowa. Cementownie od ceny minimalnej ustalonej dla danego powiatu odejmowały koszty transportu, wyliczone zgodnie z uzgodnionymi średnimi (rynkowymi) kosztami transportu za kilometr, do swojego zakładu i w ten sposób obliczały cenę *ex works* dla danego zakładu. Na potrzeby systemu, w początkowym okresie jego funkcjonowania, producenci posługiwali się mapami Polski, na których naniesione były powiaty przyporządkowane do

poszczególnych cementowni, a w późniejszym okresie korzystano (zamiast z mapy Polski) z tabel z cenami i odległościami. Podwyżki cen minimalnych były wprowadzane na początku danego roku, choć zdarzały się również podwyżki w okresie letnim. Nie było sztywnych reguł dotyczących terminu wprowadzania podwyżek w ramach systemu cen minimalnych, jednak w praktyce były one wprowadzane w I kwartale każdego roku kalendarzowego. O kolejności wprowadzania podwyżek cen minimalnych decydowała wysokość udziału w rynku uzyskanego przez producentów cementu w ostatnim półroczu lub roku. Ustalenia dotyczące wprowadzenia podwyżek przewidywały najczęściej, że oficjalne podwyżki (nowe cenniki) zostaną wprowadzone przez poszczególnych producentów w odstępach 1-2 tygodni. Stosowania systemu powiatowych cen minimalnych zaprzestano po 2000/2001 r., bowiem okazał się nieskuteczny. System ten nie funkcjonował zgodnie z założeniami ponieważ był sztywny i nie uwzględniał realiów zmieniającego się rynku produkcji i sprzedaży cementu.

Zmodyfikowany system uzgadniania cen polegał na ustalaniu przez producentów cementu jednej dla całej Polski, wyrażanej, co do zasady, procentowo, wysokości podwyżki ceny cementu bazowego C. I 32,5 R luzem, natomiast pozostałe elementy zmodyfikowanego systemu były w założeniu analogiczne jak w systemie minimalnych cen powiatowych, tzn. zarówno sposób wprowadzania podwyżek (co do zasady w I kwartale roku, ewentualnie dodatkowo w połowie roku, w kolejności wynikającej z przekroczenia udziałów historycznych), jak również sposób kształtowania cen pozostałych rodzajów cementu w oparciu o uzgodnione relacje cen poszczególnych cementów do ceny cementu bazowego pozostały w niezmienionej postaci. Dla ustalenia cen innych gatunków cementu, jakie powinny obowiązywać po podwyżce, posługiwano się elementem systemu cen minimalnych, tj. różnicami cen poszczególnych gatunków cementu. Decyzje w zakresie procentowej wysokości podwyżki zapadały na podstawie ustaleń prezesów spółek cementowych. Szczegółowe zasady wprowadzania podwyżek cen, w tym przeliczenia przyjętej przez prezesów procentowej podwyżki na konkretną kwotę podwyżki, ustalali dyrektorzy handlowi. Ustalenia dotyczące wprowadzenia podwyżek przewidywały najczęściej, że oficjalne podwyżki (nowe cenniki) zostaną wprowadzone przez poszczególnych producentów w odstępach 1-2 tygodni.

Kolejność wprowadzania podwyżek była zmienna i zależała od wielkości przyrostu posiadanego przez poszczególnych producentów cementu udziału w rynku w ostatnim okresie.

W praktyce, już w pierwszej połowie roku spółki cementowe zmieniały wielkość cen swoich produktów, jednak nie w uzgodnieniu z konkurentami, lecz samodzielnie, w bezpośrednich negocjacjach z klientami, ograniczając tym samym wielkość sprzedaży realizowaną przez inne spółki cementowe. Nieprzestrzeganie przez poszczególne spółki cementowe ustaleń poczynionych przez ich szefów na początku roku wynikało z aspiracji każdej z tych spółek do zwiększenia udziału rynkowego. Wraz z upływem czasu po 2002 r. ustalenia dotyczące cen oraz podwyżek cen były oraz bardziej nieformalne i nabierały charakteru bardziej informacyjnego (sygnalizowanie przez poszczególnych uczestników rozmów ich zamiarów co do podwyżek lub informowania o podwyżkach wprowadzonych „indywidualnie”), a nie wyraźnego ustalania i określania wysokości i sposobu podwyżki. W praktyce jednak, na poziomie władz spółek spotkania i rozmowy na temat podwyżek cen w dalszym ciągu miały miejsce. L. S.A. i G. S.A. zaczęły wysyłać sygnały (np. przy okazji spotkań S(...)) o planowanych podwyżkach, mając świadomość, że wówczas reszta rynku również podwyższy swoje ceny.

Uzgodnienia producentów cementu dotyczyły także ograniczenia sprzedaży do pośredników (tj. workowni i mieszalni), którzy traktowani byli przez producentów cementu jak konkurenci na rynku sprzedaży cementu. Workownie cementu to przedsiębiorcy, którzy kupowali cement luzem i pakowali go do worków z logo producenta albo w worki z własnym logo, i odsprzedawali na rynku. Decyzje o ograniczeniu sprzedaży cementu do workowni były uzgadniane i omawiane zasadniczo na spotkaniach dyrektorów handlowych. Mieszalnie, określane także mianem przesypowni, to odbiorcy cementu, którzy kupują cement lepszej jakości/czysty, następnie mieszają go z popiołami lub innymi dodatkami i sprzedają go jako cement innej marki, zazwyczaj workowany.

Mieszalnie stosowały niskie ceny, co w ocenie cementowni było niekorzystne i groziło wojną cenową. Dodatkowo, w opinii producentów cementu, jakość cementu pochodzącego z mieszalni była bardzo często zła i nie spełniała wymaganych prawem norm. Ponadto, zgodnie z oświadczeniami wnioskodawców,

zdarzało się, że - pomimo braku zgody producenta „czystego” cementu - mieszalnie wykorzystywały logo cementowni, od których nabywały ww. cement lub logo jakiegokolwiek cementowni, która produkowała tą markę cementu. Zdaniem Prezesa UOKiK, z uwagi na powyższe, cementownie rozmawiały na temat złej jakości oraz niskiej ceny cementu oferowanego przez mieszalnie, a w rozmowach tych podkreślano, że sprzedaż do tych odbiorców nie leży w interesie producentów cementu. Rozmowy producentów cementu na temat mieszalni miały ograniczyć całkowicie dostęp tych klientów do cementów czystych.

Ustalenia miały charakter ogólny, nie obejmowały szczegółów ponieważ wydawało się, że wszystkie spółki cementowe zgadzają się, że nie chcą współpracować z tymi klientami. Uzgodnienia te miały miejsce co najmniej od 2003 r. W efekcie SOKiK uznał, że producenci cementu: L. S.A., G. S.A., Grupa O. S.A., C. sp. z o.o., D. sp. z o.o., Cementownia W. S.A. i Cementownia O. S.A. zawarli porozumienie, które było rodzajem koordynacji pomiędzy wyżej wymienionymi podmiotami, pozwalającym na świadome zastąpienie związanego z konkurencją ryzyka praktyczną współpracą producentów w zakresie ustalania cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego, podziału rynku i wymiany informacji.

SOKiK nie podzielił zarzutów kwestionujących przebieg postępowania dowodowego prowadzonego przez Prezesa UOKiK i dokonanych na tej podstawie w postępowaniu antymonopolowym ustaleń faktycznych. Sąd uwzględnił jedynie zarzut dotyczący wcześniejszego zaprzestania działalności kartelowej przez G. S.A. z siedzibą w C.. Z tych względów zmienił zaskarżoną decyzję Prezesa UOKiK stwierdzając zaniechanie przez G. S.A. z siedzibą w C. praktyk ograniczających konkurencję z dniem 23 czerwca 2006 r.

Jedynie częściowo uwzględnione zostały zawarte w odwołaniach zarzuty dotyczące wadliwego zastosowania art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE), art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 TWE (obecnie art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu UE). Sąd I instancji uznał zasadność tych zarzutów w części, w której kwestionowały zastosowanie wskazanych regulacji unijnych w stosunku do działalności kartelu przed 1 maja 2004 r. Jak wskazał w tym zakresie SOKiK, w

odniesieniu do okresów sprzed daty przystąpienia Polski do UE antykonkurencyjne skutki kartelu należy oceniać wyłącznie zgodnie z krajowym prawem konkurencji, a w odniesieniu do późniejszych okresów należy je oceniać na podstawie art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003.

Sąd I instancji zmienił zaskarżoną decyzję Prezesa UOKiK obniżając nałożone na przedsiębiorców kary pieniężne. W ocenie SOKiK organ antymonopolowy przy wymiarze kary przyjął niewłaściwą metodologię jej obliczenia w świetle art. 101 ust. 1 uokik 2000 przewidującego ustawowe maksimum kary w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Ponadto przy wymiarze kary Prezes UOKiK nie uwzględnił konieczności zastosowania art. 81 TWE jedynie do okresu po 1 maja 2004 r., a nadto nie uwzględnił występujących w tej sprawie okoliczności łagodzących.

Apelacje od wyroku SOKiK wnieśli wszyscy powodowie oraz pozwany Prezes UOKiK.

Wyrokiem z 27 marca 2018 r., VI AGa (...) Sąd Apelacyjny w (...) zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że: w decyzji Prezesa UOKiK w miejsce art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów wskazał podstawę prawną w postaci art. 10 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stwierdził zaniechanie praktyk ograniczających konkurencję i opisanych w powyższych punktach z dniem 30 czerwca 2006 r. (pkt I.1.a); obniżył nałożone kary pieniężne w stosunku do: - Grupy O. S.A. z siedzibą w W. do kwoty 92.491.343,06 zł, - C. sp. z o.o. z siedzibą w W. do kwoty 69.443.992,20 zł, - D. sp. z o.o. z siedzibą w N. do kwoty 31.406.794,64 zł, - Cementowni „W.” S.A. z siedzibą w T. do kwoty 23.191.117,02 zł, - Cementowni „O.” S.A. z siedzibą w O. do kwoty 11.937.371,27 zł (pkt I.1.b); oddalił odwołania w pozostałym zakresie (pkt. I.2); koszty postępowania wzajemnie zniósł (pkt I.3); oddalił apelacje w pozostałej części (pkt II); koszty postępowania apelacyjnego wzajemnie zniósł (pkt III).

Większość zarzutów Sąd Apelacyjny uznał za bezzasadne. Za bezzasadne uznane zostały najdalej idące zarzuty podniesione w tej sprawie w apelacji D. sp. z o.o. dotyczące nieważności postępowania przed sądem okręgowym z uwagi na

rozpoznanie sprawy przez sąd w składzie sprzecznym z przepisami prawa. Sąd II instancji nie podzielił również zawartego w apelacji spółki D. zarzutu nierozpoznania istoty sprawy przez Sąd I instancji. Niezasadny, a przy tym nie do końca zrozumiały, był zarzut zawarty w apelacji Cementowni „W.” S.A. wskazujący na naruszenie art. 9 k.p.c. poprzez włączenie do akt postępowania sądowego jedynie części akt administracyjnych, na podstawie których pozwany wydał decyzję. Wbrew wywodom skarżącego, procedura cywilna nie zna instytucji „włączenia do akt postępowania sądowego akt postępowania administracyjnego”. Zawarte w aktach postępowania administracyjnego dokumenty stanowią dowody, które mogą być przeprowadzone przed sądem rozpoznającym odwołanie, zgodnie z zasadami wynikającymi z Kodeksu postępowania cywilnego. Brak było jakichkolwiek okoliczności, które wskazywałyby na bezprawne naruszenie zasady jawności postępowania przed sądem okręgowym i tym samym naruszenie art. 9 k.p.c. Uzasadnienie wydanego wyroku sporządzone przez SOKIK zawiera zarówno wskazanie podstawy faktycznej, jak i wyjaśnienie podstawy prawnej wydanego rozstrzygnięcia. Jest więc zgodne z wymogami przewidzianymi w art. 328 § 2 k.p.c. Za niezasadne uznał Sąd Apelacyjny zarzuty zawarte w apelacjach Grupy O. S.A., Cementowni „W.” S.A., Cementowni „O.” S.A. oraz C. sp. z o.o. i D. sp. z o.o. dotyczące naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i współwystępujące z nimi zarzuty dokonania przez sąd okręgowy wadliwych ustaleń faktycznych. Podobnie zarzuty i wywody podnoszone przez D. nie zdołały w ocenie Sądu II instancji skutecznie podważyć dokonanych przez SOKIK ustaleń, w tym wiarygodności oświadczeń *leniency*. Również w tym wypadku zarzuty apelacyjne stanowiły przede wszystkim polemikę z oceną dowodów przeprowadzonych przez sąd okręgowy, a także opartych na niej wnioskowaniach i wynikających stąd ustaleniach. Niezasadnie Grupa O. S.A. zarzucała też brak możliwości realizacji prawa do obrony z uwagi na nieprecyzyjne sformułowanie przez Prezesa UOKiK zarzutów zawartych w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego i wydanej decyzji kończącej to postępowanie. Wydane przez Prezesa UOKiK postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego określało zarzucane powodom praktyki ograniczające konkurencję - ustalanie cen i innych warunków sprzedaży cementu, podział rynku produkcji i sprzedaży cementu, wymiana poufnych

informacji handlowych, a także wskazywało ich kwalifikację prawną. W postanowieniu wskazano uczestników zarzucanych praktyk, określono również, że praktyki dotyczyły rynku produkcji i sprzedaży cementu. Podobnie w wydanej decyzji Prezes UOKiK określił krąg podmiotów tworzących kartel objęty decyzją, sprecyzował przez nazwanie i podanie podstawy prawnej zachowania antykonkurencyjne przypisane poszczególnym uczestnikom kartelu, określił również rynek właściwy w odniesieniu do którego praktyki te zostały ustalone. W ramach zarzutów naruszenia art. 479^{31a} § 3 k.p.c. Grupa O. podnosiła również nieuwzględnienie przez sąd okręgowy rażącej wadliwości zaskarżonej decyzji polegającej na braku przedstawienia dowodu potwierdzającego spełnienie obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej o planowanej decyzji nakazującej zaprzestanie naruszenia. Sąd I instancji trafnie w ocenie Sądu Apelacyjnego wskazał, że sposób procedowania z Komisją określa rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu. Zgodnie z art. 27 ust. 2 rozporządzenia 1/2003, prawo wzglądu do akt nie obejmuje korespondencji między Komisją a organami ochrony konkurencji Państw Członkowskich lub między tymi ostatnimi, Dotyczy to również dokumentów sporządzonych na mocy art. 11 rozporządzenia, a więc dokumentów dotyczących notyfikacji planowanej decyzji organu. Wbrew wywodom skarżącego, zasada autonomii proceduralnej nie przemawia za tym, aby w tym wypadku, wbrew treści rozporządzenia 1/2003, zastosowanie miała ogólna zasada wynikająca z art. 106 k.p.a. Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK (pkt 10), w dniu 14 września 2009 r. Prezes UOKiK przedstawił Komisji przewidywaną decyzję w tej sprawie, Komisja zaś nie zgłosiła zastrzeżeń do projektu decyzji. W ramach zarzutów naruszenia art. 479^{31a} § 3 k.p.c. Cementowania W. wskazywała również na brak uwzględnienia przez SOKiK kwalifikowanej wadliwości zaskarżonej decyzji polegającej na bezpodstawnym wyłączeniu przez pozwanego na podstawie art. 62 ust. 1 uokik 2000 w stosunku do skarżącego jawności części elementów decyzji, co skutkowało naruszeniem prawa skarżącego do obrony swoich słusznych interesów. Wywody apelacji nie wskazywały jednak, w jaki sposób ograniczenie wglądu do materiału dowodowego ograniczyło lub wyłączyło w tej sprawie prawo skarżącego do obrony jego

słusznym interesów. Ponadto brak wykazania naruszenia przez Prezesa UOKiK art. 62 ust. 1 uokik 2000, wyłączyło skuteczność tego zarzutu. Również jako niezasadny Sąd Apelacyjny ocenił zbliżony zarzut spółki D., która w złożonej apelacji zarzuca naruszenie przez sąd okręgowy art. 109 § 1 k.p.a. w związku z art. 10 § 1 k.p.a. oraz art. 62 uokik 2000 przez uznanie za niemające znaczenia z punktu widzenia obrony praw D. sp. z o.o. doręczenia tej spółce jedynie wyciągu z decyzji Prezesa UOKiK. Podnoszone przez D. uchybienie nie miało wpływu na możliwość realizacji prawa skarżącego do obrony. W złożonej apelacji ocena wyrażona przez sąd okręgowy nie została skutecznie podważona.

Nie można było też zdaniem Sądu Apelacyjnego podzielić zawartego w apelacji Grupy O. S.A. zarzutu naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1 i art. 104 oraz art. 112 uokik 2000 poprzez niezastosowanie do oceny działań skarżących przepisów ustawy z 2000 roku w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2001 r., do 30 kwietnia 2004 r., a także analogicznych zarzutów odnoszących się do kwestii intertemporalnych zawartych w apelacji Cementowni W. S.A. Dla oceny zachowań skarżących znajduje zastosowanie, zgodnie z ogólną regułą *tempus regit actum*, uokik 2000 w brzmieniu obowiązującym w dniu 30 czerwca 2006 r.

Niezasadne są zawarte w apelacjach Cementowni „W.” S.A. oraz Cementowni „O.” S.A. zarzuty naruszenia art. 81 ust. 1 TWE (art. 101 ust. 1 TFUE), art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 TWE (obecnie art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) poprzez zastosowanie przepisów unijnych do rozstrzygnięcia tej sprawy pomimo braku ustalenia wpływu zarzucanych praktyk na rynek Unii Europejskiej, w tym nieustalenia udziału polskich producentów cementu w rynku Unii Europejskiej. Zarzuty te, zawarte uprzednio w odwołaniach wniesionych od decyzji Prezesa UOKiK, były przedmiotem analizy dokonanej przez sąd ochrony konkurencji i konsumentów. Podzielić należy wnioski tego sądu. Sąd okręgowy wskazał, że przepisy unijne znajdują zastosowanie wówczas, gdy dane porozumienie antykonkurencyjne może wywierać wpływ na handel między państwami członkowskimi, a nie jedynie wówczas, gdy wpływ taki rzeczywiście istnieje.

Jak wskazał Sąd Okręgowy, odwołując się w tym zakresie do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, uznaje się, że przesłanka potencjalnego wpływu porozumienia lub praktyk na handel między państwami członkowskimi jest spełniona wówczas, gdy na podstawie całokształtu obiektywnych okoliczności prawnych lub faktycznych, możliwe jest przewidzenie z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa, że dana praktyka lub porozumienie może wywierać bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny, wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi, w sposób budzący obawę, że może to przeszkodzić w realizacji celów jednolitego rynku między państwami członkowskimi. W rozpoznawanej sprawie kartel zorganizowany został na poziomie krajowym przez głównych producentów cementu i tym samym mógł z samej jego istoty wpłynąć na handel między państwami członkowskimi w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE. Producenci tworzący kartel posiadali nieomal 100% udziałów w rynku cementu. Tym samym porozumieniem kartelowym było objęte całe terytorium państwa członkowskiego.

Niezasadny jest również podniesiony przez Cementownię W. S.A. zarzut naruszenia art. 81 ust. 1 TWE, art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 TWE (obecnie art 101 ust. 1 TFUE) poprzez błędne przyjęcie, że skarżący wraz z Cementownią O. S.A. nie może być uznany za *single economic unit*. została wyczerpująco rozważona przez SOKiK. Sąd Apelacyjny podzielił zarówno przedstawione w tym zakresie rozważania, jak i wynikające z nich wnioski.

Niezasadny, a przy tym nie do końca zrozumiały, był w ocenie Sądu II instancji zawarty w apelacji złożonej przez Cementownię W. zarzut naruszenia art. 81 ust. 1 TWE oraz art 131 ust. 1 uokik 2007 w związku z art. 2 i 32 ust. 1 Konstytucji RP poprzez zastosowanie przepisów wspólnotowych do okresu sprzed wejścia Polski do Unii Europejskiej, to jest do objętego zaskarżoną decyzją okresu od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 30 kwietnia 2004 r. Sąd okręgowy, korygując w tym zakresie stanowisko Prezesa UOKiK, uznał, że przepisy art. 81 ust. 1 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 nie znajdują zastosowania do porozumień antykonkurencyjnych, które występowały przed dniem akcesji Polski

do Unii Europejskiej. W efekcie w odniesieniu do okresu sprzed daty przystąpienia Polski do UE antykonkurencyjne skutki kartelu należy oceniać wyłącznie zgodnie z krajowym prawem konkurencji, a w odniesieniu do późniejszych okresów należy je oceniać na podstawie art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003. Tak więc art. 81 TWE i art. 3 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 znajduje zastosowanie w takim zakresie, w jakim chodzi o nałożenie kary ze względu na możliwe antykonkurencyjne skutki kartelu w okresie od dnia 1 maja 2004 r. Natomiast antykonkurencyjne skutki kartelu, które dotyczą okresu do dnia 30 kwietnia 2004 r. mogą być oceniane tylko zgodnie z krajowym prawem konkurencji. Takiego ujęcia nie przekreśla jednolity i ciągły charakter działań kartelowych, które miały miejsce w tej sprawie. Skarżący dostrzega powyższe wywody SOKiK, podnosi jednak, że sąd pierwszej instancji zastosował to rozumowanie do orzeczenia w przedmiocie kary, nie zastosował zaś go w pozostałej części wyroku. Pomimo bardzo obszernej apelacji, skarżący nie sprecyzował bliżej tego zarzutu. Uniemożliwia to bliższe odniesienie się do niego.

Częściowo podzielił natomiast Sąd Apelacyjny zawarte w apelacjach Grupy O. S.A., Cementowni „W.” S.A., Cementowni „O.” S.A. oraz C. sp. z o.o. zarzuty dotyczące naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i w efekcie dokonanie przez SOKiK wadliwych ustaleń co do czasu trwania zakazanych porozumień. Sąd I instancji w tym zakresie podzielił zasadniczo ustalenia Prezesa UOKiK, zgodnie z którymi porozumienia antykonkurencyjne pomiędzy skarżącymi trwały co najmniej od 1998 r. W ocenie Sądu Apelacyjnego, ustalenie co do zakończenia porozumienia antykonkurencyjnego w połowie 2006 r. nie tylko przez G., ale również pozostałych uczestników kartelu, wynika nie tyle z konieczności spełnienia się w stosunku do G. warunku *leniency*, o którym mowa w art. 103a ust. 2 pkt 2 uokik 2000, co z oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Materiał dowodowy zebrany w tej sprawie przez Prezesa UOKiK i uzupełniony w toku postępowania przed sądem okręgowym wykazuje, że kartel powodów faktycznie funkcjonował do końca czerwca 2006 r. Trafne w tym zakresie okazały się zarzuty skarżących. Uznać należy bowiem, że ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że ostatnie działania realizujące uzgodnienia kartelu utworzonego przez skarżących miały miejsce w czerwcu 2006 r., kiedy

wprowadzona została podwyżka cen zmierzająca do skorygowania (zmniejszenia) udziału w rynku produkcji cementu spółki C.

Wszyscy skarżący w złożonych apelacjach zakwestionowali zarówno wysokość orzeczonych przez sąd okręgowy kar pieniężnych, jak i przyjętą przez sąd okręgowy metodę i podstawę ich wymierzenia. Podniesione w tym zakresie zarzuty odnosiły się do kilku zagadnień. Po pierwsze, najdalej idące zarzuty sformułowane przez skarżących podnosiły niezgodność z Konstytucją RP regulacji zawartej w art. 101 ust. 1 uokik 2000. Po drugie, podniesione przez skarżących zarzuty dotyczyły wadliwej wykładni dokonanej przez sąd okręgowy art. 101 ust. 1 uokik 2000 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 w tym również w zw. z art. 2 i 42 Konstytucji RP. Po trzecie, skarżący podnieśli zarzuty odnoszące się do błędnej metodologii przyjętej przez sąd okręgowy przy ustalaniu wysokości nałożonych kar, w tym również popełnionych w tym zakresie błędów rachunkowych.

W toku rozpoznawania apelacji Sąd Apelacyjny powziął istotne wątpliwości odnośnie do konstytucyjności art. 101 ust. 1 uokik 2000, w szczególności jego zgodności z zasadą prawidłowej legislacji (dostatecznej określoności przepisów prawa), wywodzoną z art. 2 Konstytucji. Punktem wyjścia stanowiska Sądu Apelacyjnego stał się wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 3 listopada 2004 r., K 18/03, w którym za niezgodny z art. 2 Konstytucji uznano art. 7 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Przepis ten, w ust. 1, nakazywał orzeczenie wobec podmiotu zbiorowego, za czyn określony w ustawie, kary pieniężnej w wysokości do 10% przychodu osiągniętego w roku podatkowym poprzedzającym wydanie orzeczenia. Uznana przez TK za niekonstytucyjną konstrukcja wymiaru kary była, zdaniem Sądu II instancji, analogiczna do przewidzianej w art. 101 ust. 1 uokik 2000, w myśl którego wysokość kary pieniężnej nie może przekroczyć 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

Sąd Apelacyjny zwrócił ponadto uwagę na niejasność i niedookreśloność pojęcia przychodu w rozumieniu art. 101 ust. 1 uokik 2000. Jego definicję umieszczono w art. 4 pkt 15 uokik 2000, zgodnie z którym, ilekroć w ustawie jest mowa o przychodzie, rozumie się przez to przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy, w

rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym. Definicja ta, zdaniem Sądu II instancji, była sprzeczna z treścią art. 101 ust. 1 uokik 2000, a sprzeczności tej nie można usunąć w drodze wykładni. Przyjęcie, że zawarte w art. 101 ust. 1 u.o.k.k. regulacje dotyczące wymiaru kary pieniężnej stanowią *lex specialis* w stosunku do definicji z art. 4 pkt 15 uokik 2000 prowadziłyby do wniosku, iż zakres normy wynikającej z ostatniego przepisu jest pusty, gdyż tylko przepisy uokik 2000 dotyczące wymiaru kary pieniężnej (art. 101, art. 102, art. 103a i art. 103b) posługują się pojęciem przychodu. Z drugiej strony, zastosowanie przy nakładaniu kary pieniężnej definicji przychodu zawartej w art. 4 pkt 15 uokik 2000 następowałoby wbrew treści normy sankcjonującej. Ponadto Sąd Apelacyjny przyjął, że tryb wymiaru maksymalnej kary pieniężnej przewidziany w uokik 2000, rodzi wątpliwości interpretacyjne w kontekście pojęcia przychodu na gruncie prawa podatkowego.

Sąd II instancji zarzucił ponadto art. 101 ust. 1 uokik 2000 to, że abstrahuje od wysokości przychodu podmiotu odpowiedzialnego osiągniętego w czasie popełnienia czynu sankcjonowanego karą pieniężną, czego skutkiem jest zerwanie związku pomiędzy popełnionym czynem, a wysokością kary za ten czyn. W rezultacie mechanizm ustalania wysokości kary nie tylko uniemożliwia podmiotom odpowiedzialnym przewidzenie konsekwencji swoich zachowań, ale w istocie wyznaczenie tych konsekwencji pozostawia zdarzeniom niezależnym i zewnętrznym w stosunku do tych podmiotów (jak np. czas trwania postępowania antymonopolowego).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, tożsamość konstrukcji wymiaru kary określonych w dawnym art. 7 u.o.p.z. i art. 101 ust. 1 uokik 2000 oraz podobieństwo charakteru, celów i funkcji tych przepisów, sytuujących je w sferze szeroko ujmowanego „prawa represyjnego”, sprawiają, że wywody Trybunału zawarte w wyroku K 18/03, zachowują aktualność i uzasadniają wątpliwości co do zgodności tego przepisu z zasadą prawidłowej legislacji, stanowiącej element zasady państwa prawa (art. 2 Konstytucji).

Postanowieniem z 5 kwietnia 2017 r., P 17/16 TK zdecydował umorzyć postępowanie ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. Trybunał Konstytucyjny uznał, że rozstrzygnięcie sprawy zawisłej przed warszawskim Sądem

Apelacyjnym nie jest zależne od odpowiedzi na zadane pytanie prawne. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego nie można stwierdzić, że sąd w sposób zadowalający wyjaśnił związek trybunalskiej odpowiedzi z rozstrzygnięciem toczącej się przed nim sprawy. Wbrew swojemu tytułowi („Związek pomiędzy pytaniem prawnym a rozstrzygnięciem sprawy zawistej przed sądem apelacyjnym”), część III uzasadnienia pytania prawnego w rzeczywistości odnosi się do kwestii intertemporalnych zasadności dalszego stosowania w sprawie art. 101 ust. 1 uokik 2000 oraz nieuczynienia przedmiotem zarzutu normy międzyczasowej zawartej w art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Jeśli chodzi o argumenty świadczące o spełnieniu przesłanki funkcjonalnej, sąd ograniczył się do lakonicznej deklaracji, że „rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego w przedmiocie przedstawionego pytania prawnego, będzie miało wpływ na wynik rozpoznawanej (...) sprawy”. W ocenie Trybunału, sąd pytający może zapobiec powstaniu zastrzeżeń natury konstytucyjnej. W tym celu powinien był, przyjmując założenie niesprzeczności zhierarchizowanego systemu prawa, wywieść z przepisów uokik 2000 i zastosować normę prawną, która w jego ocenie odpowiadałaby standardowi konstytucyjnemu. Określając wysokość kar pieniężnych, stosownie do zmienionych ustaleń faktycznych, sąd może zastosować art. 104 uokik 2000, nakazujący uwzględnić w szczególności takie okoliczności, jak okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. W ocenie Trybunału, te i inne niewymienione w powołanym przepisie kryteria wymiaru kary pieniężnej (jak np. adekwatność sankcji do stopnia zagrożenia interesu publicznoprawnego lub ekonomiczny potencjał sprawcy zob. wyrok Sądu Najwyższego z 27 czerwca 2000 r., I CKN 793/98, LEX nr 50870) stanowiłyby właściwy punkt oparcia prokonstytucyjnej wykładni zakwestionowanego przepisu. W ten sposób sąd pytający mógłby samodzielnie rozwiązać powstałe w sprawie dwie zasadnicze wątpliwości natury konstytucyjnej. Z jednej strony, nie narażając się na zarzut dokonywania wykładni *contra legem*, mógłby „zneutralizować” problem nieprzystających do siebie definicji przychodu z art. 4 pkt 15 i art. 101 ust. 1 uokik 2000, z drugiej zaś skorygować, mogącą być w danych okolicznościach uznaną za krzywdzącą, wysokość kary obliczoną w stosunku do przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

Uwzględniając to postanowienie TK, Sąd Apelacyjny stwierdził, że przepis art. 101 ust. 1 uokik 2000 stanowi jedynie normę wskazującą na maksymalną wysokość możliwej do wymierzenia kary. Ustawowe maksimum uwzględnia przy tym aktualną sytuację finansową przedsiębiorcy w chwili wymierzenia kary i z tych względów odwołuje się do pojęcia przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok wydania orzeczenia nakładającego karę. Analogiczna konstrukcja wyznaczająca maksymalny pułap wymierzonej kary przewidziana została w rozporządzeniu 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, którego przepisy przy ustalaniu maksymalnego wymiaru kary pieniężnej odwołują się do obrotu uzyskanego w roku obrotowym poprzedzającym wydanie decyzji. Tym samym uznać, że przepis art. 101 ust. 1 uokik 2000 regulując ustawowe maksimum nałożonej kary pieniężnej nie przesądza o samej podstawie ustalenia kary. W tym zakresie dyrektywy wymiaru kary zawarte zostały w art. 104 uokik 2000, wskazujące na konieczność uwzględnienia przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej takich okoliczności, jak: okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. Brak zatem podstaw, aby przychód osiągnięty przez przedsiębiorcę, jako podstawa wyjściowa ustalenia wysokości nałożonej kary, abstrahował od pojęcia przychodu określonego w art. 4 pkt 15 uokik 2000. Uznać więc należy, że przychód będący podstawą ustalenia wysokości kary stanowi przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy, w rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym (art. 4 pkt 15 uokik 2000). Zarazem wysokość konkretnej kary ustalonej w oparciu o przychód przedsiębiorcy uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania, nie może przekraczać 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok wydania decyzji nakładającej karę, a więc przekraczać ustawowego maksimum kary określonego w art. 101 ust. 1 uokik 2000. Wskazać należy, że takie rozumienie przychodu, jako podstawy ustalenia konkretnej, jednostkowej kary nie tylko pozostaje zgodne z definicją przychodu zawartą w art. 4 pkt 15 uokik 2000, ale również zapobiega rozerwaniu związku pomiędzy czasem popełnieniem czynu, a wysokością nałożonej kary, co uznane zostało przez Trybunał Konstytucyjny

w wyroku z 3 listopada 2004 r., K 18/03, za sprzeczne z zasadą demokratycznego państwa prawnego.

Sąd Apelacyjny uwzględnił w znacznym zakresie zarzuty wskazane w trzeciej z wyróżnionych powyżej grup zarzutów, dotyczące wadliwej metodologii przyjętej przez Sąd Okręgowy przy ustalaniu nałożonych kar pieniężnych.

Po pierwsze, Sąd I instancji błędnie przyjął jako podstawę ustalenia wymierzonych kar pieniężnych, zgodnie z art. 101 ust. 1 uokik 2000, przychód podatkowy osiągnięty w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, a więc przychód za rok 2008.

Po drugie, Sąd I instancji uznał, że okoliczności uwzględnione przez Prezesa UOKiK przy ustalaniu wysokości kary, takie jak: natura naruszenia, specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy, długotrwałość naruszenia oraz okoliczności łagodzące i obciążające, powinny być ustalane w ramach maksymalnego ustawowego progu 10% przychodu określonego w art. 101 ust. 1 uokik 2000. Doprowadziło to Sąd I instancji do ustalenia, że każde ze wskazanych przesłanek może mieć co najwyżej 2,5% wpływ na wymiar orzeczonej kary. Takie podejście trafnie zakwestionowane zostało przez skarżących.

Zasadnie w ocenie Sądu II instancji Prezes UOKiK zakwestionował również metodologię przyjętą przez Sąd I instancji przy obliczaniu kary w odniesieniu do długotrwałości naruszenia prawa krajowego i unijnego. Trafnie w złożonej apelacji Prezes UOKiK podniósł, że metoda dzieląca ustalone przez sąd okręgowy maksimum (2,5% przychodu) na dwie równe części (1,25% za długość naruszenia prawa krajowego i 1,25% za długość naruszenia prawa unijnego) prowadzi w praktyce do nielogicznych skutków.

Sąd Apelacyjny ustalając wymiar kar dla poszczególnych uczestników za podstawę ich obliczenia przyjął ustalone w toku postępowania przychody przedsiębiorców za rok 2005.

Ustalając wysokość kar pieniężnych Sąd Apelacyjny w (...), zgodnie z dyrektywami wynikającymi z art. 104 uokik 2000, uwzględnił dodatkowe okoliczności obciążające i łagodzące, takie jak: natura naruszenia, wpływ naruszenia na rynek, okres trwania naruszenia, rola poszczególnych przedsiębiorców w dokonanym naruszeniu. Sąd w tym zakresie uwzględnił

metodologię zastosowaną w tej sprawie przez Prezesa UOKiK w oparciu o (aktualnie w dacie podejmowana przez Prezesa UOKiK zaskarżonej decyzji) wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję z dnia 29 grudnia 2008 r. Wyjaśnienia te nie mają wprawdzie charakteru normatywnego, jednakże ich opracowanie i publikacja w Dzienniku Urzędowym UOKiK ma istotny walor informacyjny dla przedsiębiorcy, obiektywizuje ustawowe dyrektywy wymiaru kary wskazane w art. 104 uokik 2000 oraz pozwala przedsiębiorcy na wstępne oszacowanie kary, którą mogłoby być zagrożone podjęte przez niego działania niezgodne z przepisami ustawy.

Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko i wywody Prezesa UOKiK oraz Sądu I instancji, że naruszenia będące przedmiotem decyzji Prezesa miały charakter naruszeń bardzo poważnych. Stanowiły porozumienia horyzontalne, dotyczyły zarówno ustalania cen, jak i podziału rynku oraz zawarte zostały pomiędzy podmiotami mającymi prawie 100% udziału w rynku. Miały na celu stabilizację rynku poprzez utrwalenie uzgodnionych udziałów rynkowych. Zasadnie tym samym Prezes UOKiK uznał, że wysokość kary pieniężnej należało, zgodnie z tym kryterium, ustalić na poziomie 3% przychodu.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego Prezes UOKiK zasadnie zwiększył karę o 70% mając na uwadze konsekwencje zniekształcenia konkurencji na rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego dla bezpośrednich odbiorców tego produktu (przedsiębiorcy budowlani), jak i odbiorców pośrednich. Zasięg geograficzny praktyki w wyniku uczestniczenia w niej właściwie wszystkich istotnych producentów cementu szarego objął obszar całego kraju.

Z uwagi na długotrwałość naruszenia Prezes UOKiK podwyższył kwotę bazową stanowiącą podstawę wymiaru kary o 200% ustalając, że naruszenie prawa krajowego trwało co najmniej 11 lat, zaś naruszenie prawa unijnego co najmniej 5 lat. Sąd Apelacyjny dokonując w tym zakresie odmiennych ustaleń faktycznych uznał, że naruszenie prawa krajowego trwało 8 lat, zaś naruszenie prawa unijnego 2 lata. Uzasadnia to podwyższenie kwoty bazowej o 150%, w miejsce przyjętego przez Prezesa UOKiK podwyższenia o 200%.

Uwzględniając okoliczności obciążające i łagodzące Prezes UOKiK do tych pierwszych zaliczył: wiodącą rolę w kartelu trzech podmiotów - L. S.A., G. S.A. oraz

Grupy O. S.A. Okolicznością obciążającą wszystkich uczestników kartelu była umyślność działania. Wśród okoliczności łagodzących Prezes UOKiK wskazał relatywnie mniejszą lub bierną rolę w kartelu mniejszych producentów cementu szarego: C. sp. z o.o., D. sp. z o.o., Cementowni O. i Cementowni W.. W stosunku do podmiotów odgrywających wiodącą rolę w kartelu (L. S.A., G. S.A. oraz Grupy O. S.A.) Prezes UOKiK nie stwierdził żadnych okoliczności łagodzących. W efekcie w stosunku do tych trzech podmiotów wymiar kar podlegał zwiększeniu o 50%.

Akceptując przytoczone wywody Prezesa UOKiK, Sąd Apelacyjny w (...) ostatecznie ustalił następującą wysokość kar w relacji procentowej do przychodu za rok 2005: - G. S.A. - 19,125%; - Grupa O. S.A. - 19,125%; - C. sp. z o.o. - 12,75%; - D. sp. z o.o. - 12,75%; - Cementownia „W.” S.A. - 12,75%; - Cementownia „O.” S.A. - 12,75%.

Kwotowa wysokość kar w odniesieniu do poszczególnych przedsiębiorców przedstawia się następująco: - G. S.A. - 132.604.318,59 zł; - Grupa O. S.A. - 92.491.343,06 zł; - C. sp. z o.o. - 69.443.992,20 zł; - D. sp. z o.o. - 31.406.794,64 zł; - Cementownia W. S.A. - 23.191.117,02 zł; - Cementownia „O.” S.A. - 11.937.371,27 zł

Ustalone w powyższych sposób kwoty wymierzonych kar nie przekraczają ustawowego maksimum przewidzianego w art. 101 ust. 1 uokik 2000.

Od przedmiotowego wyroku Sądu Apelacyjnego wszyscy powodowie oraz pozwany Prezes UOKiK wnieśli skargi kasacyjne do Sądu Najwyższego.

G. S.A. zaskarżyła wyrok w części tj.:

1) w punkcie I.1.a w zakresie, w jakim wyrok nie wskazuje wprost w rozstrzygnięciu faktycznej daty zaniechania przez Powoda praktyk ograniczających konkurencję opisanych w punkcie pierwszym, drugim, trzecim, czwartym, piątym i szóstym decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 8 grudnia 2009 r. nr DOK-(...), a przyjęta w rozstrzygnięciu zaskarżonego wyroku data zakończenia przez powoda wskazanych powyżej praktyk jest błędna;

2) w punkcie I.2 w zakresie oddalenia odwołania powoda,

3) w punkcie II w zakresie oddalenia apelacji powoda, oraz

4) w punkcie I.3 i punkcie III - w zakresie zniesienia kosztów postępowania odwoławczego i apelacyjnego przysługujących powodowi.

Wyrokowi spółka G. zarzuciła:

1) naruszenie przepisów postępowania - art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie, poprzez wewnętrzną sprzeczność uzasadnienia zaskarżonego wyroku oraz sprzeczność uzasadnienia wyroku z jego rozstrzygnięciem uniemożliwiającą kontrolę kasacyjną, przez przyjęcie w sentencji zaskarżonego wyroku, jakoby zaniechanie przez G. praktyk ograniczających konkurencję nastąpiło w dniu 30 czerwca 2006 r., w sytuacji, w której z ustalonego stanu faktycznego, znajdującego również odzwierciedlenie w treści uzasadnienia wyroku jednoznacznie wynika, że zaniechanie praktyki przez G. nastąpiło najpóźniej w dniu 23 czerwca 2006 r.;

2) naruszenie przepisów postępowania - art. 386 § 1 k.p.c. mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie, poprzez zmianę wyroku SOKiK w całości, w sytuacji, w której wyrok mógł i powinien być zmieniony jedynie w części, tj. tylko w zakresie, w jakim nie rozstrzygał o dacie zaniechania przez pozostałych powodów praktyk ograniczających konkurencję, przy jednoczesnym utrzymaniu w mocy rozstrzygnięcia w przedmiocie daty zaniechania praktyk ograniczających konkurencję przez powoda, ponieważ ta została ustalona przez SOKiK w sposób prawidłowy, a w konsekwencji nieuprawnione przyjęcie przez Sąd Apelacyjny w wydanym wyroku, że powód zaniechał uczestnictwa w porozumieniu ograniczającym konkurencję w dniu 30 czerwca 2006 r., a nie w dniu 23 czerwca 2006 r., a nadto w zakresie uwzględnienia apelacji pozwanego i zmianę wyroku SOKiK w części dotyczącej nałożonej na powoda kary pieniężnej poprzez przywrócenie jej wysokości do kwoty określonej w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r. nr DOK-(...) (tj. 62.414.187,02 zł), podczas gdy kara ta powinna zostać obniżona do kwoty 34.667.795,71 zł;

3) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 10 ust. 1 i 2 w zw. z art. 103a ust. 2 pkt 2 uokik 2000, poprzez jego błędne zastosowanie polegające na przyjęciu w sentencji zaskarżonego wyroku innej daty zaniechania przez powoda praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa w decyzji Prezesa

UOKiK z 8 grudnia 2009 r. nr DOK-(...) oraz pominięciu w sentencji zaskarżonego wyroku faktycznej daty zaniechania przez powoda tych praktyk;

4) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 104 w zw. z art. 103 a ust. 2 i 3 pkt 1 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 uokik 2000 oraz w zw. z art. 2 Konstytucji RP poprzez jego błędne zastosowanie i nałożenie na powoda kary pieniężnej, której wysokość została ustalona z naruszeniem zasady państwa prawnego, poprzez zerwanie związku pomiędzy wysokością orzeczonej kary a czasem stosowania praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa w decyzji Prezesa UOKiK;

5) naruszenie przepisu prawa materialnego - art. 103a ust. 2 uokik 2000, poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że okoliczność współpracy powoda z pozwanym w toku postępowania antymonopolowego stanowi podstawową przesłankę zastosowania programu łagodzenia kar, a tym samym na przyjęciu, że współpraca powoda z pozwanym w toku postępowania antymonopolowego została już uwzględniona przy redukcji kary nałożonej na powoda, w związku z zastosowaniem programu łagodzenia kar, podczas gdy prawidłowa interpretacja art. 103a ust. 2 uokik 2000 nie pozwalała na zaliczenie okoliczności współpracy powoda z pozwanym w ramach postępowania antymonopolowego do warunków, od których uzależniona była redukcja kary nakładanej na G. w związku z zastosowaniem programu łagodzenia kar;

6) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 uokik 2000 poprzez jego błędne zastosowanie i pominięcie okoliczności współpracy powoda z pozwanym w toku postępowania antymonopolowego jako dodatkowej okoliczności łagodzącej, która mogła i powinna być uwzględniona przy orzekaniu o wysokości kary nakładanej na G., a w konsekwencji nałożenie na powoda zaskarżonym wyrokiem kary w rażąco wygórowanej wysokości zarówno w stosunku do kary wynikającej z wyroku SOKiK, jak i do kary, jaką Sąd Apelacyjny mógł i powinien nałożyć przy zachowaniu związku pomiędzy wysokością kary, a czasem popełnienia czynu stanowiącego jej źródło;

7) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 104 w zw. z art. 103a ust. 2 i art. 103a ust. 3 i art. 101 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 uokik 2000 poprzez naruszenie przepisu prawa materialnego przez jego błędne zastosowanie i nieuwzględnienie w

wystarczającym stopniu przy ocenie wymiaru kary nałożonej na powoda, jako okoliczności łagodzącej, faktu przyznania zawarcia zakazanego porozumienia, przedstawienia Prezesowi UOKiK, z własnej inicjatywy, dowodu, który w istotny sposób przyczynił się do wydania decyzji kończącej postępowanie oraz zaprzestania uczestnictwa w porozumieniu nie później niż w momencie przedstawienia ww. dowodu, a tym samym z naruszeniem zasady indywidualizacji nałożonej kary - czego konsekwencją było utrzymanie w mocy rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK wymierzającego karę nałożoną na powoda.

Wskazując na powyższe zarzuty, spółka G. wniosła o:

- 1) uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) w zaskarżonej części i przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania wraz z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego;
- 2) ewentualnie o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) w zaskarżonej części oraz wyroku sądu pierwszej instancji w części zaskarżonej oddaloną apelacją i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania SOKiK wraz z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego;
- 3) uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty sprawy w drodze zmiany wyroku sądu drugiej instancji poprzez stwierdzenie, że Powód zaniechał stosowania praktyk ograniczających konkurencję w dniu 23 czerwca 2006 r. oraz poprzez zmianę pkt XXV ppkt 1) decyzji Prezesa UOKiK z 8 grudnia 2009 r. nr DOK-(...) poprzez obniżenie kary pieniężnej nałożonej na powoda do kwoty 34.667.795,71 zł;
- 4) w każdym przypadku, o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania kasacyjnego wraz z kosztami zastępstwa prawnego według norm przepisanych, a w przypadku zmiany zaskarżonego wyroku, zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Grupa O. S.A. także zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego w części tj.:

- 1) w punktach I.1.b, I.2 oraz I.3 w którym Sąd Apelacyjny zmienił wyrok SOKiK z 13 grudnia 2013 r. (XVII AmA (...)) w ten sposób, że częściowo zmienił zaskarżoną decyzję Prezesa UOKiK nr DOK-(...) z 8 grudnia 2009 r. nałożył na

Grupę O. karę pieniężną w wysokości 92.491.343,06 zł oraz oddalił odwołanie powoda w pozostałym zakresie i zniósł koszty postępowania;

2) w punkcie II - w zakresie oddalenia apelacji powoda w pozostałej części;

3) w punkcie III odnośnie do kosztów postępowania apelacyjnego.

Przedmiotowemu wyrokowi grupa O. zarzuciła:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 101 ust. 1 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 i art. 10 ust. 2 uokik 2000 oraz art. 2 Konstytucji RP poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że w sprawach porozumień ograniczających konkurencję, które zostały zaprzestane przed wszczęciem postępowania antymonopolowego, maksymalną wysokość kary pieniężnej wyznacza 10% przychodów osiągniętych w roku poprzedzającym nałożenie kary, nie zaś 10% przychodów osiągniętych w roku poprzedzającym wszczęcie postępowania;

2) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 104, art. 101 ust. 1 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 oraz zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP przez ich niewłaściwe zastosowanie i wymierzenie kary pieniężnej w wysokości przekraczającej próg 10% przychodów w roku poprzedzającym wszczęcie postępowania;

3) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 uokik 2000, zasady równego traktowania stron oraz proporcjonalności wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i nałożenie na powoda kary pieniężnej w wysokości pozostającej w rażącej dysproporcji do kar pieniężnych wymierzonych pozostałym stronom postępowania, zarówno w wysokości nominalnej, jak i relacji procentowej do maksymalnego zagrożenia ustawowego wynikającego z art. 101 ust. 1 Ustawy;

4) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 uokik 2000 oraz zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i wymierzenie kary pieniężnej wyliczonej zgodnie z algorytmem przewidzianym w dokumencie pt. „Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję”, a nadto błędnym przypisaniu wagi poszczególnych kryteriów wyznaczania kary wskazanym w tym dokumencie;

5) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 uokik 2000 oraz zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i wymierzenie powodowi kary pieniężnej nieuwzględniającej zachodzących wobec niej okoliczności łagodzących, a to: (i) faktu zaniechania praktyki przed wszczęciem postępowania antymonopolowego, co sprawia, że poziom szkodliwości praktyki był znacznie mniejszy niż przyjął to Sąd Apelacyjny, (ii) braku rzeczywistej realizacji porozumienia przez powoda, a także jego (iii) wcześniejszej niekaralności za naruszenia prawa konkurencji.

6) naruszenie przepisów postępowania - art. 382 w zw. z art. 378 i art. 391 § 1 k.p.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i nierozpoznanie sprawy w granicach apelacji, polegające na nierozpoznaniu wszystkich zarzutów apelacji, tj. zarzutów:

a) naruszenia prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 245 i art. 227 k.p.c. poprzez pominięcie wniosków płynących z opinii prof. dr hab. A. F. ze spółki C. sp.j. w Ł., zatytułowanej „Ekonomiczna argumentacja uzasadniająca odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r. (DOK-(...)) w sprawie porozumienia producentów cementu na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego” (punkt 2 *petitum* apelacji);

b) naruszenia prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez newszechstronne rozważenie zebranego w sprawie materiału dowodowego i dokonanie istotnych ustaleń faktycznych sprzecznie z zasadami logiki na skutek przyjęcia, że indywidualna polityka handlowa i cenowa Grupy O. była prowadzona w granicach wyznaczonych ramami porozumienia, co stoi w sprzeczności z ustaleniem Sądu Okręgowego, że uzgodnienia podwyżek cen i podziału rynku nie były realizowane przez Grupę O., a zatem polityka handlowa i cenowa Grupy O. nie mogła być prowadzona zgodnie z zakresem i w ramach porozumienia (punkt 3 *petitum* apelacji);

c) naruszenia prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnych ustaleń faktycznych bez oparcia o materiał dowodowy i przyjęcie, że porównanie średnich cen cementu z uwzględnieniem inflacji, kosztów energii i kosztów sprzedaży nie jest miarodajne dla oceny korzyści odniesionych przez uczestnika porozumienia (punkt 4 *petitum* apelacji);

d) naruszenia prawa materialnego, tj. art. 104 w zw. z art. 101 Ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i nieuwzględnienie przy wymiarze kary pieniężnej nałożonej na Grupę O. okoliczności łagodzących, takich jak (i) brak rzeczywistej realizacji porozumienia i rzeczywistych negatywnych efektów porozumienia wywołanych działaniami Grupy O., (ii) brak uzyskania nieuzasadnionych korzyści po stronie powoda oraz (iii) brak wcześniejszych naruszeń prawa konkurencji przez powoda (punkt 11 *petitum* apelacji).

7) naruszenie przepisów postępowania - art. 378 § 1, 382 i art. 328 § 2 w zw. z art. 385 i art. 391 § 1 k.p.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i oddalenie apelacji powoda w pozostałej części pomimo niedokonania ustaleń istotnych dla rozstrzygnięcia, a to na skutek nierozpoznania zarzutów apelacji sformułowanych w punktach 2-4 *petitum* apelacji, których rozpoznanie pozwoliłoby wykazać, że porozumienie nie było faktycznie realizowane przez Grupę O., a zatem nie mogło odnieść rzeczywistego antykonkurencyjnego skutku, bądź ten skutek był istotnie ograniczony, co w konsekwencji miałoby wpływ na wymiar kary.

Powołując powyższe zarzuty, Grupa O. wniosła o:

1) uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania wraz z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego; względnie

2) uchylenie i zmianę wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) w zaskarżonej części i w konsekwencji częściową zmianę zaskarżonej Decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DOK-(...) oraz nałożenie na powoda kary pieniężnej istotnie niższej od kary wymierzonej, a także zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych.

C. sp. z o.o. zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego w (...) w pkt II w zakresie, w jakim jej dotyczy oraz w pkt III znoszącym koszty postępowania.

Przedmiotowemu wyrokowi spółka C. zarzuciła:

1) naruszenie prawa materialnego - art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 15 i art. 104 uokik 2000 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że okoliczność osiągania przychodu ze sprzedaży innych produktów niż objęte porozumieniem, w sytuacji gdy inni uczestnicy porozumienia (w tym jego inicjatorzy i liderzy) osiągnęli przychód

wyłącznie ze sprzedaży produktu objętego porozumieniem, nie stanowi okoliczności, którą należy uwzględnić przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, co skutkowało niewłaściwym zastosowaniem ww. przepisów, tj. pominięciem przy wymiarowaniu kary nałożonej na powoda okoliczności, iż C. osiąga przychód nie tylko ze sprzedaży cementu, tj. produktu, którego dotyczyło porozumienie ograniczające konkurencję, ale również ze sprzedaży betonu towarowego i kruszyw (okoliczność bezsporna) w sytuacji, gdy pozostali uczestnicy porozumienia (w tym jego inicjatorzy i liderzy) osiągają przychód wyłącznie ze sprzedaży cementu, podczas gdy sprzedają beton i kruszyw zajmują się inne spółki z ich grup kapitałowych, co doprowadziło do wymierzenia powodowi kary uwzględniającej cały przychód powoda osiągnięty w 2005 r., tj. z naruszeniem konstytucyjnej zasady równego traktowania;

2) naruszenie prawa materialnego - art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 15 i art. 104 uokik 2000 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w zw. z art. 2 Konstytucji RP poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że okoliczność osiągania przychodu ze sprzedaży innych produktów niż objęte porozumieniem nie stanowi okoliczności, którą należy uwzględnić przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, co skutkowało niewłaściwym zastosowaniem ww. przepisów, tj. obliczeniem kary nałożonej na C. za udział w porozumieniu ograniczającym konkurencję na rynku cementu szarego w Polsce z uwzględnieniem całego przychodu spółki, w tym przychodu z tytułu sprzedaży betonu towarowego i kruszyw, produktów niezwiązanych z i nieobjętych ww. porozumieniem, co doprowadziło do naruszenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności;

3) naruszenie prawa materialnego - art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik 2000 w brzmieniu obowiązującym od 1 maja 2004 r. w związku z art. 104 uokik 2000 poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i nałożenie na powoda kary pieniężnej na podstawie tych przepisów zamiast na podstawie art. 101 ust. 2 pkt 1 uokik 2000 w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 kwietnia 2004 r., mimo tego, iż przepisy obowiązujące w okresie do 30 kwietnia 2004 r. były względniejsze dla powoda, w związku z czym powinny znaleźć zastosowanie zgodnie z zasadą, iż w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary, zasady sądowej weryfikacji

prawidłowości orzeczenia organu regulacji powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej;

4) naruszenie prawa procesowego - art. 479^{31a} § 3 k.p.c. przez jego niezastosowanie w związku z wadliwą wykładnią art. 110 k.p.a. w zw. z art. 126 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik 2000 przez uznanie, że dopuszczalna jest zmiana postanowienia Prezesa UOKiK o wszczęciu postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję po jego wszczęciu i zawiadomieniu o tym stron tego postępowania, a tym samym, że dopuszczalna jest zmiana zakresu przedmiotowego tego postępowania w jego trakcie, podczas gdy zgodnie z przepisem art. 110 k.p.a., stosowanym w postępowaniu antymonopolowym na mocy odesłania z art. 126 k.p.a. i art. 80 uokik, Prezes UOKiK jest związany postanowieniem o wszczęciu postępowania z uwagi na brak jakiejkolwiek normy prawnej zezwalającej mu na jego następczą zmianę. Przyjęcie poglądu dopuszczającego następczą zmianę postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego doprowadziło do wadliwego określenia zakresu przedmiotu postępowania, podlegającego kontroli instancyjnej sądu I instancji i sądu II instancji, a co za tym idzie, wydania zaskarżonego rozstrzygnięcia w zakresie niepozwalającym stronie na skuteczną obronę swoich praw w postępowaniu administracyjnym i w postępowaniu odwoławczym (sądowym), co z kolei doprowadziło do nieuwzględnienia odwołania a następnie apelacji powoda (art. 479^{31a} § 3 k.p.c.);

5) naruszenie prawa procesowego - art. 479¹² § 1 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia przez C. odwołania od decyzji Prezesa UOKiK w zw. z art. 479²⁸ § 1 pkt 1 k.p.c. oraz art. 479²⁸ § 3 k.p.c. w zw. z art. art. 78 ust. 2 uokik 2000 przez uznanie, że niedopuszczalne jest zaprzeczenie przez stronę postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK okolicznościom ustalonym w toku tego postępowania przez organ je prowadzący w odwołaniu od decyzji kończącej to postępowanie, a zatem, że możliwe jest uznanie za przyznane i niezaprzeczone przez stronę tego postępowania w jego toku okoliczności, którym strona zaprzeczyła w odwołaniu od decyzji kończącej to postępowanie; podczas gdy właściwe zastosowanie wskazanych przepisów powinno było doprowadzić Sąd Apelacyjny do przyjęcia, że do chwili wniesienia odwołania włącznie strona

postępowania antymonopolowego ma prawo podnosić wszystkie twierdzenia i dowody oraz wypowiadać się na temat wszelkich okoliczności faktycznych i prawnych, w tym również zaprzeczać okolicznościom uznanym za ustalone przez Prezesa UOKiK w toku postępowania przez niego prowadzonego. Niewłaściwe zastosowanie wskazanych przepisów doprowadziło do pozbawienia powoda możliwości obrony swoich praw w postępowaniu zarówno przed Sądem I instancji, jak i przed Sądem II instancji, a wpływ tego naruszenia na ostateczne rozstrzygnięcie wyraża się w wadliwym pominięciu przez Sąd Apelacyjny okoliczności, które powinny były zostać uwzględnione przy wymiarowaniu kary pieniężnej nałożonej na powoda;

6) naruszenie prawa procesowego - art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez wadliwe sporządzenie uzasadnienia zaskarżonego wyroku, w tym w szczególności przez pominięcie wskazania kompleksowej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, pominięcie wskazania faktów, które Sąd uznał za udowodnione i relewantne dla rozpoznanej sprawy, a także pominięcie wyjaśnienia, dlaczego niektórych zarzutów co do podstaw rozstrzygnięcia sądu I instancji, Sąd Apelacyjny nie uwzględnił; uzasadnienie wyroku sądu II instancji zawiera w tym zakresie tak istotne luki, że nie da się ich odtworzyć na podstawie pozostałych fragmentów uzasadnienia, co w konsekwencji powoduje, że powód nie jest w stanie poznać przyczyn, dla których wniesiona przez niego apelacja nie została uwzględniona.

Wskazując na powyższe zarzuty, spółka C. wniosła o:

1) uchylenie i zmianę zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w pkt II.2 w ten sposób, że Sąd Najwyższy uchyla punkty II, IV i VI decyzji Prezesa UOKiK oraz zmienia punkt XXV przez uchylenie kary lub znaczące jej obniżenie, a także zmienia pkt II.3 przez zasądzenie na rzecz powodowa od Prezesa UOKiK kosztów postępowania według norm przepisanych oraz pkt III przez zasądzenie na rzecz powoda od Prezesa UOKiK kosztów postępowania apelacyjnego;

2) ewentualnie o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w zaskarżonej części i przekazanie w tym zakresie sprawy do ponownego rozpoznania.

D. sp. z o.o. zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego w części obejmującej pkt I.1.b *tiret* 3, pkt I.2 oraz pkt II sentencji - w zakresie kary pieniężnej nałożonej na D. Sp. z o.o.

Spółka D. przedmiotowemu wyrokowi zarzuca naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest art. 101 ust. 1 pkt 1, w związku z art. 104 oraz art. 1 ust. 1 uokik 2000 przez niewłaściwe zastosowanie, poprzez orzeczenie kary pieniężnej niewspółmiernej do stopnia naruszenia przez D. sp. z o.o. interesu publicznego, stopnia winy, oraz nieuwzględniających podstawowych zasad wymiaru kary, w tym zasady proporcjonalności. Powołując się na ten zarzut, spółka wnosi o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...), z pozostawieniem temu sądowi orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Cementownia W. S.A. zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego w części tj.:

- 1) w pkt I.1a - w zakresie uznającym, że powód stosował praktykę ograniczającą konkurencję przed dniem 30 czerwca 2006 r.;
- 2) w pkt I.1b - w zakresie, nakładającym na powoda karę pieniężną;
- 3) w pkt I.2 - w zakresie oddalającym odwołanie powoda;
- 4) w pkt 1.3;
- 5) w pkt II - w zakresie oddalającym apelację powoda;
- 6) w pkt III - w całości.

Cementownia W. przedmiotowemu wyrokowi zarzuciła:

- 1) naruszenie przepisów postępowania - art. 479^{31a} §3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 126 kpa i art. 110 kpa - przez nieudzielenie powodowi ochrony prawnej (oddalenie apelacji), mimo że decyzja obarczona jest kwalifikowanymi naruszeniami procedury administracyjnej, związanymi z: - dokonaniem przez pozwanego zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, polegającej na rozszerzeniu zarzutów stawianych powodowi o przepisy prawa wspólnotowego, mimo że przepisy uokik 2000 w brzmieniu obowiązującym w dniu 30 czerwca 2006 r. w związku z art. 126 k.p.a. i art. 110 kpa nie upoważniały Prezesa UOKiK do takiej zmiany, a wada ta nie podlegała konwalidacji w postępowaniu sądowym, - tym, że rozstrzygnięcie zawarte w decyzji dotyczyło innego przedmiotu niż przedmiot sprawy wskazany w postanowieniach pozwanego wszczynających postępowanie antymonopolowe (postępowanie prowadzono w odniesieniu do rynku cementu, decyzja dotyczy rynku cementu szarego); - bezpodstawnym i rażąco szerokim wyłączeniem przez pozwanego w stosunku

do powoda w trybie art. 62 ust. 1 uokik 2000 jawności części elementów decyzji (uzasadnienia i załączników), przez co nie spełnia ona podstawowych wymogów prawidłowego rozstrzygnięcia administracyjnego sprecyzowanych w art. 107 § 1 i 3 k.p.a., w stopniu uzasadniającym stwierdzenie jej nieważności w trybie art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a., - które to uchybienia istotnie ograniczyły prawo powoda do obrony swoich słuszných interesów w postępowaniu przed pozwanym;

2) naruszenie przepisów postępowania - art. 378 § 1 k.p.c. w zw. z art. 382 k.p.c., art. 380 k.p.c. oraz art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1, 2 i 3 k.p.c., art. 227 k.p.c. i art. 278 § 1 k.p.c. - przez zaaprobowanie uchybień dowodowych Sądu I instancji, polegających na oddaleniu wniosku powoda o przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z dziedziny budownictwa i materiałów budowlanych na okoliczność odrębności produktowej cementu specjalnego (produkowanego i sprzedawanego przez powoda) w stosunku do cementu szarego, pomimo że celowość przeprowadzenia tego dowodu wynikała w sposób oczywisty z opinii prywatnej przedstawionej przez powoda w piśmie procesowym z dnia 3 stycznia 2013 r. oraz dostrzeżonej przez Sądy obu instancji i pozwanego różnicy przeznaczenia tych dwóch rodzajów cementu. Skutkiem powyższego uchybienia był brak prawidłowych ustaleń faktycznych w zakresie rynku właściwego, na jakim działał powód, co m.in. spowodowało zawyżenie nałożonej na powoda kary pieniężnej;

3) naruszenie przepisów postępowania - art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez sporządzenie uzasadnienia wyroku w sposób niespełniający kodeksowych wymagań, w tym w części wyjaśniającej wyliczenie kary pieniężnej w sposób nadmiernie lakoniczny, niejasny i wewnętrznie sprzeczny (zastosowanie wskazanego jako podstawę wyliczenia kary algorytmu prowadzi do innego wyniku, niż wskazany przez Sąd Apelacyjny), skutkiem czego wyrok w tej części wymyka się kontroli kasacyjnej;

4) naruszenie przepisów postępowania - art. 177 § 1 pkt 3¹ k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez odmowę zawieszenia postępowania do czasu rozpatrzenia przez TSUE pytań prejudycjalnych skierowanych do TSUE przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z 26 września 2017 r., III SK 39/16, o co wnosił powód w piśmie procesowym z dnia 22 stycznia 2018 r., mimo że wynik postępowania przed TSUE

miał istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (do dziś odpowiedź TSUE nie została jeszcze udzielona);

4) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 w zw. z art. 2, art. 8, art. 32 ust. 1, art. 42 oraz art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji w zw. z art. 1a, art. 12 i art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (dalej „ustawy o CIT”) przez niewłaściwe zastosowanie, polegające na wymierzeniu kary pieniężnej na podstawie normy prawnej niezgodnej z Konstytucją, która to niezgodność znajduje potwierdzenie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 3 listopada 2004 r., K 18/03, dotyczącym normy prawnej o brzmieniu tożsamym z normą zastosowaną w niniejszej sprawie. Skutkiem uznania przez Sąd Apelacyjny niekonstytucyjności art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik 2000 powinna być odmowa jego zastosowania, a w rezultacie uchylenie decyzji i umorzenie postępowania;

- ewentualnie, na wypadek gdyby Sąd Najwyższy uznał, że Sąd Apelacyjny w (...) nie był uprawniony do niezastosowania niezgodnej z Konstytucją normy prawnej, Cementownia zarzuciła naruszenie:

5) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 i art. 104 uokik 2000 w zw. z art. 2, art. 8, art. 32 ust. 1, art. 42 oraz art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji w zw. z art. 1a, art. 12 i art. 27 ust. 1 ustawy o CIT przez błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że maksymalna wysokość kary pieniężnej powinna być ustalona w oparciu o przychód uzyskany w roku rozliczeniowym poprzedzającym nałożenie kary, nie zaś w roku poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania, na skutek której wysokość wymierzonej powodowi kary została rażąco zawyżona, jak też na nierównym traktowaniu stron postępowania przy wymiarze kary pieniężnej przez samodzielne ustalenie przychodu Grupie O. w inny sposób niż pozostałym stronom postępowania, tj. jako przychodu nie będącego przychodem uzyskanym w roku podatkowym z naruszeniem art. 4 pkt 15 uokik 2000 oraz art. 27 ust. 1 ustawy o CIT;

6) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 w zw. z art. 2, art. 8,

art. 32 ust. 1, art. 42 oraz art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji w zw. z art. 1a, art. 12 i art. 27 ust. 1 ustawy o CIT przez błędną wykładnię, polegającą na bezpodstawnym i automatycznym przyjęciu, że wątpliwości co do wykładni przepisów Ustawy 2000 zachodzą wyłącznie w odniesieniu do aspektu czasowego, tj. momentu ustalenia przychodu będącego podstawą ustalenia wysokości kary, nie zaś do treści normatywnej pojęcia „przychód uzyskany”, podczas gdy sposób, w jaki sformułowane zostało odesłanie do czynnika, od którego uzależniona jest wysokość kary administracyjnej, nie realizuje zasady szczególnej określoności przepisów sankcyjnych, co przekłada się również na potencjalne (i uzależnione od arbitralnej decyzji organu stosującego prawo), nierówne traktowanie podmiotów znajdujących się w tożsamej sytuacji faktycznej i prawnej. Błędna wykładnia polegała również na bezpodstawnym utożsamieniu przez Sąd Apelacyjny pojęcia „przychodu uzyskanego” z przychodem wynikającym z rocznego zeznania podatkowego o wysokości dochodu podlegającego opodatkowaniu, podczas gdy z uwagi na posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem „przychodu uzyskanego”, pod rozważę należało brać wyłącznie przychód rzeczywiście uzyskany, nie zaś należny a nieotrzymany, na skutek czego doszło do nieuzasadnionego zawyżenia nałożonej na powoda kary,

7) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 w zw. z art. 23 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Gospodarczą obecnie art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej przez błędną wykładnię, polegającą na dokonaniu analizy metodologii ustalania wysokości kary oraz momentu odniesienia dla jej ustalenia w oparciu o: - treść Rozporządzenia 1/2003 oraz wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a rozporządzenia 1/2003 pomimo tego, że regulacje te nie mają zastosowania w odniesieniu do naruszenia zasad konkurencji na obszarze krajowym, a przy tym z uwagi na posługiwanie się pojęciem „obrotu”, a nie „przychodu”, w żadnej mierze nie można ich uznać za regulacje analogiczne do obowiązujących w porządku krajowym oraz wyjaśnienia Prezesa UOKiK w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za

stosowanie praktyk ograniczających konkurencję z dnia 29 grudnia 2008 r., pomimo tego że po pierwsze, zostały one wydane już po zaniechaniu praktyk ograniczających konkurencję, a po drugie nie stanowią źródła powszechnie obowiązującego prawa, która to błędna wykładnia doprowadziła do nieuzasadnionego zawyżenia nałożonej na powoda kary;

8) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 112 uokik 2000 przez błędne zastosowanie polegające na przyjęciu, że w świetle ustalonego stanu faktycznego, zgodnie z którym powód nie przejawiał aktywnej postawy w antykonkurencyjnym porozumieniu, ani też nie czerpał z niego jakichkolwiek korzyści, co więcej - towarem, determinującym wysokość uzyskiwanych przez powoda przychodów, nie był cement szary, którego dotyczyło wskazane przez Sąd Apelacyjny porozumienie i ukaranie powoda w takiej samej proporcji, jak inni uczestnicy, co do których z ustalonego w sprawie stanu faktycznego bezsprzecznie wynika, że w sposób aktywny uczestniczyli w zмовie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady praworządności, polegającego na nieproporcjonalnym ukaraniu powoda, a dodatkowo przez nie rozważenie konsekwencji dla sprawy wynikających z art. 112 uokik 2000, wyłączającego - ze względu na upływ 5 lat od dnia wejścia w życie uokik 2000 - możliwość uwzględniania innych uczestników przy ustalaniu kary pieniężnej jakichkolwiek działań anty konkurencyjnych mających miejsce przed wejściem w życie tej ustawy,

9) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 4 § 1 k.k. *per analogiam* przez jego niezastosowanie oraz art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik w związku z art. 6 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw przez niewłaściwe zastosowanie i nałożenie na powoda kary pieniężnej w wysokości wynikającej z brzmienia przepisu art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik 2000 obowiązującego po dniu 1 maja 2004 r. także w stosunku do zarzucanych powodowi czynów popełnionych do dnia 30 kwietnia 2004 r. oraz z pominięciem analizy względności dla Powoda przepisów ustaw antymonopolowych obowiązujących w okresie, którego dotyczyły zarzucone czyny, tj. ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym; uokik 2000 w brzmieniu obowiązującym przed dniem

30 kwietnia 2004 r., jak też przepisów uokik 2007 obowiązującej w dacie nałożenia kary,

10) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik 2000 w zw. z art. 23 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 przez ich błędne zastosowanie, polegające na nieuwzględnieniu tego, że kalkulacja kary pieniężnej nakładanej w związku z naruszeniem art. 81 ust. 1 TWE powinna odnosić się do przychodów związanych z rynkiem, w którym miało dojść do zarzucanego naruszenia, co w ustalonych okolicznościach sprawy powinno doprowadzić do nałożenia na powoda kary pieniężnej odnoszącej się do przychodu uzyskanego na rynku cementu szarego, a nie na rynku cementu specjalnego;

11) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik 2000 w związku z art. 104 uokik 2000 przez błędne zastosowanie i w rezultacie wadliwe wyliczenie wysokości kary nałożonej na powoda, o którym świadczy m.in. to, że algorytm wyliczenia kary przedstawiony na s. 119 i 120 uzasadnienia wyroku prowadzi do innych wyników, niż przedstawione przez Sąd Apelacyjny na s. 121 tego uzasadnienia oraz w sentencji wyroku,

12) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 81 ust. 1 TWE oraz art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia 1/2003 poprzez ich błędną wykładnię prowadzącą do niewłaściwego zastosowania, polegającą na błędnym przyjęciu, że rzekome porozumienie zawarte pomiędzy krajowymi producentami cementu szarego miało wpływ na handel między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, mimo braku jakichkolwiek ustaleń w zakresie rzeczywistego możliwego wpływu polskiego rynku cementu szarego na rynek Unii Europejskiej;

13) naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 93 uokik 2000 poprzez niezastosowanie i błędne przyjęcie, że w sprawie nie doszło do przedawnienia dopuszczalności wszczęcia postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję na rynku Unii Europejskiej, pomimo że zaprzestanie praktyk ograniczających konkurencję nastąpiło zgodnie z wyrokiem w dniu 30 czerwca 2006 r., a postępowanie antymonopolowe w sprawie naruszenia przepisów uokik 2000 w zakresie porozumienia na rynku Unii Europejskiej zostało

wszczęte przez pozwanego w dniu 12 listopada 2008 r., a więc już po terminie warunkującym dopuszczalność wszczęcia określonym w art. 93 uokik 2000.

Wskazując na powyższe zarzuty, Cementownia „W.” wniosła o:

1) uchylenie wyroku w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty przez zmianę wyroku Sądu Okręgowego, polegającą na: a) uchyleniu decyzji w zakresie odnoszącym się do powoda w całości; b) ewentualnie uchyleniu decyzji w zakresie odnoszącym się do powoda w całości i niestwierdzeniu stosowania przez powoda żadnej praktyki ograniczającej konkurencję; c) względnie, w razie nieuwzględnienia powyższych wniosków odstąpieniu od wymierzenia powodowi kary pieniężnej lub jej dalszym obniżeniu;

2) ewentualnie uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu;

a w każdym przypadku:

3) zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za postępowanie przed Sądem I i II instancji oraz kosztów postępowania kasacyjnego;

4) rozpoznanie sprawy na rozprawie.

Cementownia „O.” S.A. zaskarżyła przedmiotowy wyrok Sądu Apelacyjnego w części tj.:

1) punkt I.1.a w zakresie uznającym, iż Cementownia „O.” S.A. stosowała praktyki ograniczające konkurencję przed dniem 30 czerwca 2006 r.,

2) punkt I.1.b w zakresie nakładającym na powoda karę pieniężną w wysokości 11.937.371,27 zł;

3) punkt I.2. w zakresie oddalającym odwołanie powoda;

4) punkt I.3.;

5) punkt II, w zakresie oddalającym apelację powoda;

6) punkt III.

Zaskarżonemu wyrokowi Cementownia „O.” zarzuciła:

1) naruszenie prawa materialnego - art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 oraz w zw. z art. 2, art. 8, art. 32 ust. 1, art. 42 i art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji poprzez niewłaściwe

zastosowanie polegające na wymierzeniu powodowi kary pieniężnej na podstawie normy prawnej o brzmieniu tożsamym z normą prawną uznaną za niezgodną z Konstytucją RP w myśl wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 listopada 2004 r. (K 18/03), tj. poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na wymierzeniu powodowi kary pieniężnej na podstawie normy prawnej niezgodnej z Konstytucją RP;

2) naruszenie prawa materialnego - art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 pkt 15 i art. 104 uokik 2000 w zw. z art. 2, art. 8, art. 32 ust. 1, art. 42 oraz art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji RP poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że maksymalna wysokość kary pieniężnej powinna być ustalona w oparciu o przychód uzyskany w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, nie zaś w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania, wskutek czego wysokość kary pieniężnej nałożonej na powoda jest rażąco zawyżona;

3) naruszenie prawa materialnego - art. 131 ust. 1 uokik 2000 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu metodologii ustalenia wysokości kary pieniężnej w oparciu o Wyjaśnienia pozwanego w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję (dokument z dnia 29 grudnia 2008 r., stosowany od dnia 1 stycznia 2009 r.), pomimo tego, że normy zawarte w tym dokumencie nie stanowią źródła powszechnie obowiązującego prawa;

4) naruszenie prawa materialnego - art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 104 uokik 2000 poprzez niewłaściwe zastosowanie skutkujące rażącym naruszeniem zasady proporcjonalności kary będącym rezultatem nieuzasadnionego zaniechania uwzględnienia okoliczności łagodzących w procesie ustalania wysokości kary oraz poprzez nieprawidłowe obliczenie wysokości kary pieniężnej nałożonej na powoda (w oparciu o Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar w szczególności wobec przyjęcia takiego algorytmu obliczenia tej kary, którego zastosowanie w myśl wskazań Sądu II instancji prowadzi do wyniku odmiennego niż objęty wyrokowaniem);

5) naruszenie prawa materialnego - art. 101 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 3 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr

1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 TWE poprzez ich błędną wykładnię skutkującą nieuzasadnionym uznaniem, że porozumienie zawarte pomiędzy krajowymi producentami cementu szarego miało wpływ na handel między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, to jest uznaniem dokonany mimo braku jakichkolwiek ustaleń w zakresie wpływu polskiego rynku cementu szarego na rynek unijny;

6) naruszenie prawa materialnego - art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 93 uokik 2000 - poprzez ich niezastosowanie skutkujące błędnym przyjęciem, że w niniejszej sprawie nie doszło do przedawnienia dopuszczalności wszczęcia postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję na rynku Unii Europejskiej, wobec wszczęcia przez pozwanego postępowania antymonopolowego w zakresie porozumienia na rynku unijnym dopiero w dniu 12 listopada 2008 r., a więc ze znacznym przekroczeniem terminu wynikającego z art. 93 uokik 2000, tj. terminu dopuszczającego możliwość wszczęcia takiego postępowania;

7) naruszenie prawa procesowego - art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia zaskarżonego wyroku w sposób niezapewniający dostatecznie precyzyjnego wyjaśnienia podstawy faktycznej i prawnej wyroku, w szczególności w zakresie podstaw i sposobu obliczenia kary pieniężnej nałożonej na powoda, przy jednoczesnym przyjęciu takiego algorytmu obliczenia tej kary, którego zastosowanie w myśl wskazań Sądu II instancji prowadzi do wyniku odmiennego niż objęty wyrokowaniem;

8) naruszenie prawa procesowego - art. 177 § 1 pkt 3¹ k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez odmowę zawieszenia przedmiotowego postępowania do czasu rozpatrzenia przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytań prejudycjalnych skierowanych do TSUE przez Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 26 września 2017 r. (w sprawie III SK 39/16), dla których odpowiedzi TSUE będą miały w sposób oczywisty istotne znaczenie z punktu widzenia oceny stanu faktycznego i prawnego niniejszej sprawy, a w konsekwencji - dla jej rozstrzygnięcia;

9) naruszenie prawa procesowego - art. 479^{31a} § 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 126 k.p.a. i art. 110 k.p.a. poprzez nieuprawnione uznanie, iż decyzja pozwanego nie jest obarczona oczywistym naruszeniem procedury administracyjnej w zakresie w jakim pozwany dokonał zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, polegającej na rozszerzeniu zarzutów stawianych powodowi o przepisy prawa wspólnotowego, wbrew treści przepisów ustawy z 2000 r. w zw. z art. 126 k.p.a. i art. 110 k.p.a., które nie mogły stanowić i nie stanowiły podstawy dla dokonania przez organ administracji (pozwanego) zmiany ww. postanowienia.

Powołując się na powyższe zarzuty, Cementownia O. wniosła o:

1) uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi II instancji oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego, w tym o kosztach zastępstwa prawnego według norm przepisanych,

2) rozpoznanie sprawy na rozprawie.

Prezes UOKiK zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w (...) w części: w pkt I.1 i 3, w pkt II w zakresie oddalenia apelacji pozwanego oraz w pkt III. Przedmiotowemu wyrokowi pozwany zarzucił naruszenie prawa materialnego tj.:

1) art. 10 ust. 3 uokik 2000 polegające na jego błędnej wykładni przez pominięcie, że ciężar dowodowy w przedmiocie zaprzestania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję spoczywa na przedsiębiorcy;

2) art. 10 ust. 1 i 2 uokik 2000 przez jego zastosowanie wskutek stwierdzenia zaniechania praktyk ograniczających konkurencję opisanych w pkt I-VI decyzji Prezesa UOKiK z 8 grudnia 2009 r. nr DOK-(...) z dnia 30 czerwca 2006 r., podczas gdy zachowania uznane za praktyki ograniczające konkurencję w postaci zakazanych porozumień ograniczających konkurencję, o których mowa w art. 5 ust. 1 ww. ustawy oraz art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (tekst skonsolidowany Dz.Urz. UE C 321 E, z 29 grudnia 2006 r., s. 37) [na dzień wydania decyzji art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (tekst skonsolidowany Dz.Urz. UE C 115, z 9 maja 2008 r., s. 47)], miały charakter działania (porozumienia) ciągłego i jednolitego, wymagającego stwierdzenia jego zaniechania jako całości przez wszystkich jego uczestników, w tym

przedsiębiorców, którzy złożyli wnioski o odstąpienie od wymierzenia kary lub jej obniżenie, o których mowa w art. 103a ww. ustawy, przy uwzględnieniu, że na ocenę tego zaniechania nie może wpływać uwzględnienie przez Prezesa UOKiK ww. wniosków, których odpowiednio warunkiem, zgodnie z art. 103a ust. 1 pkt 3 oraz 103a ust. 2 pkt 2 powołanej ustawy, jest zaprzestanie uczestnictwa w takim działaniu (porozumieniu).

3) art. 4 pkt 15 uokik 2000 przez jego zastosowanie w odniesieniu do praktyk ograniczających konkurencję, które nie zostały zaniechane, podczas gdy w tej sytuacji podstawą wymiaru kary pieniężnej za stosowanie tych praktyk powinien być przychód (obecnie obrót) osiągnięty w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, o którym mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy (obecnie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2017 r. o ochronie konkurencji i konsumentów - t.j. Dz.U. 2018, poz. 798 ze zm.).

Formułując powyższe zarzuty, Prezes UOKiK wniósł o:

1) uchylenie zaskarżonego wyroku w części objętej zakresem zaskarżenia i przekazanie sprawy do ponownego jej rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...) wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania za obie instancje według norm przepisanych;

2) ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w części objętej zaskarżeniem oraz orzeczenie co do istoty sprawy poprzez zmianę wyroku SOKiK przez oddalenie odwołań powodów w całości i zasądzenie na rzecz pozwanego kosztów postępowania według norm przepisanych, oddalenie apelacji powodów w całości oraz zasądzenie od powodów na rzecz pozwanego zwrotu kosztów postępowania przed Sądem Apelacyjnym według norm przepisanych;

3) w każdym przypadku o zasądzenie na rzecz pozwanego kosztów postępowania przed Sądem Najwyższym.

Powodowie w odpowiedziach na skargę kasacyjną pozwanego wnieśli o jej oddalenie. Pozwany w odpowiedziach na skargi kasacyjne powodów wniósł o ich oddalenie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Pierwszym i zasadniczym zagadnieniem w sprawie jest wykładnia przepisów art. 101 ust. 1 uokik 2000 i art. 4 pkt 15 uokik 2000 oraz zgodność z Konstytucją RP normy prawnej z nich zrekonstruowanej, będącej podstawą nałożonych na skarżących kar pieniężnych. Uwzględnienie sformułowanych w skargach kasacyjnych zarzutów dotyczących wykładni wskazanych przepisów lub niezgodności z Konstytucją RP zrekonstruowanej z nich normy prawnej, musiałoby skutkować uchynieniem zaskarżonego wyroku.

Artykuł 101 ust. 1 uokik 2000 stanowił, że Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Artykuł 4 pkt 15 uokik 2000 stanowił, że przez przychód należy rozumieć przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy.

Sąd Najwyższy stwierdza, że tylko łączne odczytanie przepisów art. 4 pkt 15 i art. 101 ust. 1 uokik 2000 pozwala na prawidłowe zrekonstruowanie normy prawnej, przy czym pierwszy przepis określa podstawę ustalenia kary (przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania), a drugi przepis określa jej maksymalny wymiar (10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary). Tylko w ten sposób treść normatywna wyrażona w obu przepisach znajdzie wyraz w treści zrekonstruowanej normy prawnej. Wykładnia językowa i systemowa art. 101 ust. 1 uokik 2000 nie pozostawia wątpliwości, że przy ustalaniu wysokości kary Prezes UOKiK powinien uwzględnić wysokość przychodu przedsiębiorcy osiągniętego w roku poprzedzającym nałożenie kary.

Wykładnia nie może prowadzić do pozbawienia przepisu ustawy jakiegokolwiek zakresu zastosowania, chyba że jest on niezgodny z Konstytucją RP lub prawem międzynarodowym, w tym prawem Unii Europejskiej (uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 8 stycznia 2020 r., I NOZP 3/19 (zasada prawna)). Niedopuszczalna byłaby więc wykładnia prowadząca do rekonstrukcji normy wyłącznie z art. 4 pkt 15 uokik 2000, jak również wyłącznie z art. 101 ust. 1 uokik 2000. Z tego samego powodu wykluczyć należy również wykładnię

pomijająca część przepisu art. 101 ust. 1 uokik 2000, który wyraźnie wskazuje na przychód „osiągnięty w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary”.

Nie ulega wątpliwości konieczność uwzględniania objaśnień określań ustawowych zawartych w tzw. słowniczkach ustawy z zakresu prawa publicznego w procesie rekonstrukcji normy prawnej. Objasnienia mają walor normatywny, a nie opisowy, wyrażają normy prawne (por. *S. Grzybowski*, Wypowiedź normatywna oraz jej struktura formalna, Kraków 1961, s. 31-33, 34).

Ponadto, Sąd Najwyższy stwierdza, że zrekonstruowana przez Sąd II instancji norma prawna nie narusza Konstytucji RP. W procesie wykładni i stosowania prawa sądy powszechne są wprawdzie zobowiązane do kontroli konstytucyjności norm, ale w niniejszej sprawie nie ma wątpliwości, że Sąd Apelacyjny w (...) nie przekroczył granic dopuszczalnej wykładni, ani nie naruszył obowiązku odmowy zastosowania przepisu, który w oczywisty sposób nie jest objęty domniemaniem zgodności z Konstytucją RP.

Sąd Najwyższy doskonale zdaje sobie sprawę z zarzutów stawianych Trybunałowi Konstytucyjnemu w niektórych sprawach – zostały one precyzyjnie udokumentowane (por. zamiast wielu *M. Pyziak-Szafnicka*, Trybunał Konstytucyjny á rebours, PiP 5/2020, s. 25-45) – niemniej podkreśla, że w polskim modelu ustrojowym kontrola konstytucyjności ustaw jest co do zasady domeną Trybunału Konstytucyjnego (wyroki Trybunału Konstytucyjnego z: 4 października 2000 r., P 8/00; 31 stycznia 2001 r., P 4/99; 4 grudnia 2001 r., SK 18/00; uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 7 grudnia 2010 r., III CZP 86/10; wyroki Sądu Najwyższego z: 5 lutego 2009 r., I CSK 331/08; 3 grudnia 2008 r., V CSK 310/08; a także *Z. Czeszejko-Sochacki*, Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym, Warszawa 2003, s. 351-391; *L. Garlicki*, Komentarz do art. 178 Konstytucji, w: *L. Garlicki* (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. IV, Warszawa 2005 – z późniejszą modyfikacją poglądu w: *L. Garlicki*, Sądy a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Przegląd Sądowy 7-8/2016, s. 22-23; *A. Mączyński*, Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy, Państwo i Prawo 2000, nr 5; *W. Sanetra*, Sąd Najwyższy w systemie wymiaru sprawiedliwości, Przegląd Sądowy 1999, nr 7-8; *P. Tuleja*, Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy), Kraków 2003; *A. Wasilewski*, Granice

władzy sądowniczej wobec władzy ustawodawczej w świetle zasady trójpodziału władz (przyczynek do dyskusji), w: A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Ius et Lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002; K. Wojtyczek, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013, s. 140; S. Wronkowska, W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji, PiP 2001, nr 9 – z późniejszą modyfikacją tego poglądu S. Wronkowska w: *Sądownictwo konstytucyjne. Teoria i praktyka*, t. II, red. M. Granat, Warszawa 2019; A. Wróbel, Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 4 października 2000 r., (P 8/2000), Przegląd Sejmowy 2001, nr 6, s. 96 i n.; A. Zieliński, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 26 września 2000 r., III CKN 1089/00, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2001, nr 4, s. 218 i n. 17; A. Zoll, Trybunał Konstytucyjny i Sąd Najwyższy, w: F. Rymarz, A. Jankiewicz (red.), *Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia, Studia i Materiały*, t. XV, Warszawa 2001).

W orzecznictwie wyrażany jest wprawdzie pogląd, że sąd jest zobowiązany do odmowy zastosowania przepisu ustawy, jeżeli jest on wtórnie niekonstytucyjny (uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 8 stycznia 2020 r., I NOZP 3/19 (zasada prawna); wyroki Sądu Najwyższego: z 2 czerwca 2020 r., I NO 192/19; 20 lutego 2018 r., V CSK 230/17; 17 marca 2016 r., V CSK 377/15 i orzeczenia Sądu Najwyższego cytowane przez K. Gonerę, Rozproszona kontrola konstytucyjności w systemie kontroli skoncentrowanej - według orzecznictwa Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego, w: *Sądownictwo konstytucyjne. Teoria i praktyka*, t. II, red. M. Granat, Warszawa 2019 r., s. 149-180; pierwotnie analogiczny obowiązek wypracowano w orzecznictwie sądów administracyjnych – por. R. Hauser, J. Trzeciński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2010, s. 28 i n. 18 i cytowane tam orzecznictwo), ale przepisy będące przedmiotem wykładni i zastosowania w niniejszej sprawie nie są wtórnie niekonstytucyjne, nie można również uznać, że są z innego powodu w oczywisty sposób pozbawione domniemania konstytucyjności.

Sąd Najwyższy nie mógł pominąć faktu, że Sąd Apelacyjny w (...) zwrócił się w niniejszej sprawie o wyjaśnienie istniejących wątpliwości konstytucyjnych do

Trybunału Konstytucyjnego. W odpowiedzi Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że obowiązkiem Sądu Apelacyjnego w (...) jest dokonanie wykładni i zastosowanie tych przepisów (por. postanowienie TK z 5 kwietnia 2017 r., P 17/16). Trybunał Konstytucyjny stwierdził nawet wprost, że: *„podniesiony przez Sąd Apelacyjny w (...) zarzut nie miałby dostatecznie silnych podstaw, aby wzruszyć domniemanie zgodności art. 101 ust. 1 u.o.k.k. z Konstytucją (...) Zawarcie porozumienia kartelowego - będące jednym z zachowań sankcjonowanych przez art. 101 u.o.k.k. - jest działaniem zgodnym z wolą stron tej umowy i ma na celu zwiększenie ich zysków. Gdyby zgodzić się z argumentami apelujących cementowni i podzielić wątpliwości sądu pytającego, okazałoby się, że sankcja przewidziana w art. 101 ust. 1 u.o.k.k. powinna być tak ukształtowana, by nie naruszać interesów uczestników kartelu. W istocie sąd pytający zakłada, że u.o.k.k. powinna stwarzać możliwość kalkulacji kary pieniężnej, tj. ustalenia z góry - już w chwili zawierania porozumienia kartelowego - czy ta zdecydowanie naganna praktyka antyrynkowa się opłaca, tzn. czy przyniesie jej uczestnikom zyski przewyższające karę. Takie rozumienie sankcji, o której mowa w art. 101 ust. 1 u.o.k.k. naruszałoby w sposób rażący zasady państwa prawnego.”*

Z orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego wynika, że przepisy art. 101 ust. 1 uokik 2000 i art. 4 pkt 15 uokik 2000 nie utraciły domniemania konstytucyjności, a obowiązkiem Sądu Apelacyjnego w (...) było dokonanie ich wszechstronnej wykładni i zastosowanie. Uwzględniając więc nakaz bezpośredniego stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (art. 8 ust. 2 Konstytucji RP), Sąd Najwyższy stwierdza, że norma prawna będąca podstawą nałożonych na skarżących kar pieniężnych, zrekonstruowana przez Sąd Apelacyjny w (...) w zaskarżonym wyroku, jest zgodna z Konstytucją RP.

Drugim niezwykle istotnym zagadnieniem prawnym w sprawie, a zarazem wadą zaskarżonego wyroku, jest dopuszczalność przyjęcia daty 30 czerwca 2006 r. za dzień zaniechania udziału w kartelu przez wszystkich powodów. Sąd Apelacyjny w (...) nie wyjaśnił bowiem w uzasadnieniu, dlaczego właśnie tę datę uznaje za dzień zaprzestania praktyk ograniczających konkurencję. Nie wynika to również z ustaleń poczynionych przez sąd pierwszej instancji oraz Prezesa UOKiK, których Sąd Apelacyjny w tym zakresie nie zakwestionował.

W ocenie Sądu Najwyższego ustalenia faktyczne sądów obu instancji pozwalają jedynie stwierdzić w przypadku spółki G. S.A. z siedzibą w C. datę zaniechania udziału w kartelu, ale i w tym przypadku nie jest nią data 30 czerwca 2006 r., lecz 23 czerwca 2006 r. Za tym wnioskiem przemawia, jak to prawidłowo przyjął Sąd I instancji, fakt podjęcia współpracy przez tego powoda z Prezesem UOKiK w ramach programu *leniency*. Dlatego w tym zakresie zaskarżony wyrok wymagał zmiany. Za datę zaniechania praktyki ograniczającej konkurencję należało w przypadku spółki G. uznać dzień 23 czerwca 2006 r.

Jeżeli chodzi o pozostałych powodów (O., C., D., O., W.), to w świetle poczynionych przez Sądy obu instancji ustaleń faktycznych, którymi Sąd Najwyższy jest związany, nie jest możliwe stwierdzenie z jaką datą nastąpiło zaniechanie ich udziału w porozumieniu ograniczającym konkurencję. Z poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych nie wynika, że twierdzenie Prezesa UOKiK, iż w dniu wydania przez niego decyzji praktyka antykonkurencyjna nie została zaniechana, tj. niedozwolone praktyki dalej miały miejsce, było bezpodstawne. Sąd Apelacyjny powinien tę kluczową okoliczność wyjaśnić przy ponownym rozpoznawaniu sprawy.

Ponieważ czas udziału w nielegalnym porozumieniu ma istotne znaczenie dla ustalenia wysokości kary, a ustalenie daty zaniechania praktyki w przypadku pozostałej szóstki powodów nie jest w ustalonym stanie faktycznym możliwe, należało uchylić wyrok Sądu Apelacyjnego także w części dotyczącej kar nałożonych na powodów, z wyjątkiem spółki G. Sąd Apelacyjny powinien ustalić czas udziału w nielegalnym porozumieniu w stosunku do piątki powodów (O., C., D., O., W.), a następnie ocenić adekwatność wymierzonej kary zgodnie z przyjętą w zaskarżonym wyroku metodologią, która jest prawidłowa.

W przypadku spółki G. data zaniechania praktyki jest jasna, dlatego nie ma potrzeby przeprowadzania dodatkowych ustaleń faktycznych, a zatem możliwe jest wymierzenie kary na podstawie ustalonych faktów. W tym zakresie Sąd Najwyższy dostrzegł jednak niespójność między treścią sentencji, a uzasadnieniem zaskarżonego wyroku - o ile w sentencji Sąd Apelacyjny w (...) nie zmienił wysokości kary nałożonej na spółkę G., utrzymując ją na tym samym na poziomie określonym przez sąd I instancji, to w uzasadnieniu wyliczył karę dla spółki G. według nowej metodologii (132.604.318,59 zł), a następnie wyraził przekonanie, że

zastosowanie programu łagodzenia kar w stosunku do spółki G. powoduje obniżenie kary dla tego przedsiębiorcy do poziomu przyjętego przez Prezesa UOKiK w wydanej w tej sprawie decyzji (62.414.187,02 zł). Brak jednak odzwierciedlenia tego fragmentu uzasadnienia w sentencji, w której Sąd Apelacyjny zmodyfikował wysokości kar jedynie w odniesieniu do pozostałej piątki powodów, pomijając spółkę G., co oznacza, że kara pozostała na poziomie 51.335.668,82 zł, ustalonym przez sąd I instancji. Konieczna okazała się zmiana zaskarżonego wyroku przez przywrócenie wysokości kary nałożonej na spółkę G. do poziomu określonego w decyzji Prezesa UOKiK.

Ponieważ Sąd Najwyższy rozpoznaje skargę kasacyjną w granicach zaskarżenia oraz w granicach podstaw (art. 398¹³ k.p.c.), wszystkie sformułowane przez skarżących zarzuty zostały rozpoznane przez Sąd Najwyższy odrębnie, zgodnie z kolejnością ich sformułowania w skargach kasacyjnych.

1. Skarga kasacyjna G. S.A. z siedzibą w C.

1.1. Zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie, poprzez wewnętrzną sprzeczność uzasadnienia zaskarżonego wyroku oraz sprzeczność uzasadnienia wyroku z jego rozstrzygnięciem uniemożliwiającą kontrolę kasacyjną, przez przyjęcie w sentencji zaskarżonego wyroku, jakoby zaniechanie przez G. praktyk ograniczających konkurencję nastąpiło w dniu 30 czerwca 2006 r., w sytuacji, w której z ustalonego stanu faktycznego, znajdującego również odzwierciedlenie w treści uzasadnienia wyroku jednoznacznie wynika, że zaniechanie praktyki przez G. nastąpiło najpóźniej w dniu 23 czerwca 2006 r.

Zarzut ten okazał się trafny, ale z innych powodów, niż wskazuje skarżący. Zarzut naruszenia art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. może być skuteczny jedynie w wyjątkowych przypadkach, gdy treść uzasadnienia orzeczenia sądu drugiej instancji uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wywodu, który doprowadził do wydania orzeczenia lub w przypadku zastosowania prawa materialnego do niedostatecznie jasno ustalonego stanu faktycznego (wyroki Sądu Najwyższego z: 18 października 2019 r., I NSK 60/18; 22 marca 2019 r., I CSK 257/18; 30 sierpnia 2018 r., I UK 205/17; 16 października 2009 r., I UK 129/09;

18 lutego 2005 r., V CK 469/04; 14 listopada 2000 r., V CKN 1211/00; 11 maja 2000 r., I CKN 272/00; 13 maja 1997 r., II CKN 112/97).

Uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego nie jest wewnętrznie sprzeczne, bo pozostaje spójne z częścią sentencji mówiącą o dacie zakończenia porozumienia. Sąd Apelacyjny wyjaśnił, że „ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż ostatnie działania realizujące uzgodnienia kartelu utworzonego przez skarżących miały miejsce w czerwcu 2006 r., kiedy wprowadzona została podwyżka cen zmierzająca do skorygowania (zmniejszenia) udziału w rynku produkcji cementu spółki C.”. To skutkowało uznaniem przez Sąd Apelacyjny, że wszyscy uczestnicy zakazanego porozumienia, w tym powód, zaniechali uczestnictwa w nim z końcem czerwca - tj. z dniem 30 czerwca 2006 r.

Sąd Apelacyjny jednak zastosował prawo materialne do niedostatecznie jasno ustalonego stanu faktycznego - z uzasadnienia nie wynika jasno, dlaczego uznał on za datę zakończenia porozumienia akurat dzień 30 czerwca 2006 r. Taki wniosek nie wynika z ustaleń faktycznych organu antymonopolowego, ani sądu I instancji, a własnych ustaleń faktycznych Sąd Apelacyjny w tym zakresie nie przeprowadził. Co więcej, teza o zaniechaniu udziału w zakazanym porozumieniu przez wszystkich uczestników kłóci się z ustaleniami faktycznymi Prezesa UOKiK, wedle których uzgodnione podwyżki cen miały jeszcze miejsce 10 lipca 2006 r. (pkt 265 decyzji).

Sąd Najwyższy nie może przesądzić, czy wspomniana okoliczność faktyczna została ustalona prawidłowo, ponieważ w postępowaniu kasacyjnym podnoszenie zarzutów co do ustaleń faktycznych jest niedopuszczalne (art. 398³ § 3 k.p.c.). Sąd Najwyższy może jednak wskazać na mankamenty uzasadnienia, które w tym przypadku przesądzają o uznaniu zasadności zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c.

1.2. Zarzut naruszenia art. 386 § 1 k.p.c. mający istotny wpływ na rozstrzygnięcie, poprzez zmianę wyroku SOKiK w całości, w sytuacji, w której wyrok mógł i powinien być zmieniony jedynie w części, tj. tylko w zakresie, w jakim nie rozstrzygał o dacie zaniechania przez pozostałych powodów praktyk ograniczających konkurencję, przy jednoczesnym utrzymaniu w mocy rozstrzygnięcia w przedmiocie daty zaniechania praktyk ograniczających konkurencję przez powoda, ponieważ ta została ustalona

przez SOKiK w sposób prawidłowy, a w konsekwencji nieuprawnione przyjęcie przez Sąd Apelacyjny w wydanym wyroku, że powód zaniechał uczestnictwa w porozumieniu ograniczającym konkurencję w dniu 30 czerwca 2006 r., a nie w dniu 23 czerwca 2006 r., a nadto w zakresie uwzględnienia apelacji pozwanego i zmianę wyroku SOKiK w części dotyczącej nałożonej na powoda kary pieniężnej poprzez przywrócenie jej wysokości do kwoty określonej w decyzji Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r. nr DOK-(...) (tj. 62.414.187,02 zł), podczas gdy kara ta powinna zostać obniżona do kwoty 34.667.795,71 zł.

Zarzut jest zasadny w części dotyczącej ustalenia daty zaniechania porozumienia. Zgodnie z art. 386 § 1 k.p.c. w razie uwzględnienia apelacji sąd drugiej instancji zmienia zaskarżony wyrok i orzeka co do istoty sprawy. Jeżeli zmiana wyroku zaskarżonego apelacją nie jest wyłącznie następstwem naruszenia przez sąd pierwszej instancji prawa materialnego, to Sąd II instancji orzekając reformatoryjnie powinien dokonać własnych ustaleń faktycznych i własnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego. Sąd drugiej instancji jest zobowiązany wskazać w uzasadnieniu, na jakich dowodach te ustalenia oparł, a także umotywić, jakim dowodom odmówił wiarygodności (postanowienie Sądu Najwyższego z 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98; wyrok Sądu Najwyższego z 26 września 2000 r., I PKN 54/00,).

W niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny skorygował częściowo ustalenia faktyczne Sądu I instancji, wskazując, że praktyk antykonkurencyjnych zaniechała nie tylko spółka G., ale wszystkie strony porozumienia, a zaniechanie nastąpiło z dniem 30 czerwca 2006 r. ze strony wszystkich uczestników porozumienia, a nie z dniem 23 czerwca 2006 r. W uzasadnieniu Sąd Apelacyjny ograniczył się jednak do stwierdzenia, że „ostatnie działania realizujące uzgodnienia kartelu utworzonego przez skarżących miały miejsce w czerwcu 2006 r., kiedy wprowadzona została podwyżka cen zmierzająca do skorygowania (zmniejszenia) udziału w rynku produkcji cementu spółki C.”. Jak wynika z ustaleń faktycznych Prezesa UOKiK, uzgodnione podwyżki cen zostały wprowadzone kolejno w dniach 1 czerwca (C.), 12 czerwca (W.), 13 czerwca (D.), 15 czerwca (O.), 19 czerwca (O.) oraz 10 lipca (L.) 2006 r. (pkt 265 decyzji). Ustalenia Prezesa UOKiK stoją więc w sprzeczności

ze stwierdzeniem Sądu Apelacyjnego, że podwyżki nastąpiły po raz ostatni w czerwcu 2006 r., bo według tego pierwszego jeszcze w lipcu tego samego roku podwyżki dokonała spółka L. Co więcej, Prezes UOKiK ustalił, że spółki także w późniejszym okresie uzgadniały między sobą ceny - przykładowo 1 września 2006 r. L. i G. zaczęły wysyłać jednostronne sygnały o planowanych podwyżkach, mając świadomość, że wówczas reszta rynku również podwyższy swoje ceny. Sąd Apelacyjny jako Sąd II instancji miał pełne prawo te ustalenia zakwestionować, ale powinien to szczegółowo uzasadnić. Tymczasem z uzasadnienia wyroku nie wynika, jakie konkretnie okoliczności faktyczne świadczą o tym, że zaniechanie udziału w porozumieniu nastąpiło właśnie dniu 30 czerwca 2006 r. (a nie w dniu 23 czerwca 2006 r. lub jakimkolwiek innym), i to nie tylko ze strony spółki G., ale ze strony wszystkich uczestników porozumienia.

Zarzut nie zasługuje natomiast na uwzględnienie w zakresie odnoszącym się do wysokości kary, która adekwatnie została przywrócona przez Sąd Apelacyjny do poziomu określonego w decyzji Prezesa UOKiK. Powód w ogóle nie uzasadnił tego zarzutu, ograniczając się jedynie do wyrażenia ogólnej dezaprobaty z kierunku rozstrzygnięcia.

1.3. Zarzut naruszenia art. 10 ust. 1 i 2 w zw. z art. 103a ust. 2 pkt 2 uokik 2000, poprzez jego błędne zastosowanie polegające na przyjęciu w sentencji zaskarżonego wyroku innej daty zaniechania przez powoda praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa w decyzji Prezesa UOKiK z 8 grudnia 2009 r. nr DOK-(...) oraz pominięciu w sentencji zaskarżonego wyroku faktycznej daty zaniechania przez powoda tych praktyk.

Zarzut ten okazał się trafny. Zgodnie z art. 10 uokik 2000, jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać zakazy kartelowe, organ antymonopolowy nie wydaje decyzji nakazującej zaniechanie praktyki antykonkurencyjnej (ust. 1), lecz wydaje decyzję stwierdzającą zaniechanie jej stosowania (ust. 2). Prezes UOKiK obniża karę przedsiębiorcy uczestniczącemu w kartelu, jeśli przedstawił mu z własnej inicjatywy istotny dowód na istnienie porozumienia, a zarazem jeśli zaprzestał uczestnictwa w porozumieniu nie później, niż w momencie przedstawienia tego dowodu (art. 103a ust. 2 pkt 1-2 uokik 2000).

W niniejszej sprawie Prezes UOKiK wydał decyzję nakazującą zaniechanie udziału w kartelu wszystkim uczestnikom, która została skorygowana przez Sąd I instancji przez stwierdzenie zaniechania udziału w porozumieniu przez spółkę G. z dniem przedstawienia organowi antymonopolowemu istotnych informacji na temat kartelu, tj. z dniem 23 czerwca 2006 r., co zostało zakwestionowane przez Sąd II instancji, który za datę zaniechania udziału uznał 30 czerwca 2006 r., nie wyjaśniając jednak dokładnie motywów takiej modyfikacji, o czym była już mowa.

Z ustaleń faktycznych sądu I instancji wynika, że datą zaniechania udziału w porozumieniu przez spółkę G. był dzień, w którym przedstawiła organowi antymonopolowemu informacje na temat istniejącego kartelu, tj. 23 czerwca 2006 r. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem Prezesa UOKiK, który w odpowiedzi na skargę kasacyjną powoda stwierdza, że „pozytywne rozpatrzenie wniosków o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej oraz o obniżenie kary pieniężnej nie przesądza o rozstrzygnięciu przez Prezesa Urzędu w zakresie zaniechania lub braku zaniechania stosowania przez przedsiębiorcę będącego wnioskodawcą *leniency* praktyki ograniczającej konkurencję”. Jak stanowił mający zastosowanie w niniejszej sprawie art. 103a uokik 2000, jednym z koniecznych warunków obniżenia kary jest zaprzestanie uczestnictwa w porozumieniu nie później, niż w momencie przedstawienia dowodu, o którym mowa w pkt 1” (art. 103a ust. 2 pkt 2 uokik 2000), czyli dowodu, który w sposób istotny przyczyni się do wydania decyzji o uznaniu porozumienia za ograniczające konkurencję. Skoro Prezes UOKiK dokonał redukcji kary nałożonej na spółkę G., uwzględniając jej wniosek *leniency* (pkt 648-649 decyzji), to tym samym uznał spełnienie koniecznej przesłanki z art. 103a ust. 2 pkt 2 uokik 2000, a co za tym idzie, przyznał, że zaprzestała ona udziału w porozumieniu z dniem potwierdzenia podejrzeń Prezesa UOKiK o istnieniu porozumienia, tj. z dniem 23 czerwca 2006 r. Gdyby spółka G. nie zaprzestała udziału w porozumieniu w dniu przedstawienia dowodu na istnienie kartelu, to decyzja o redukcji kary byłaby bezpodstawna wobec niespełnienia przesłanki z art. 103a ust. 2 pkt 2 uokik 2000.

1.4. Zarzut naruszenia art. 104 w zw. z art. 103 a ust. 2 i 3 pkt 1 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 uokik 2000 oraz w zw. z art. 2 Konstytucji RP poprzez jego błędne zastosowanie i nałożenie na powoda kary pieniężnej,

której wysokość została ustalona z naruszeniem zasady państwa prawnego, poprzez zerwanie związku pomiędzy wysokością orzeczonej kary a czasem stosowania praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa w decyzji Prezesa UOKiK.

Zarzut okazał się nietrafny. Nie można zgodzić się z twierdzeniem, że Sąd Apelacyjny przy miarkowaniu kary powinien był ustalić jej wysokość wyłącznie z uwzględnieniem przychodu powoda z roku poprzedzającego wszczęcie postępowania antymonopolowego (2005 r.). Nie jest przy tym jasne, w jaki sposób taki kierunek rozstrzygnięcia służyłby dochowaniu „zasady przewidywalności kary pieniężnej”, na którą powód powołuje się w skardze kasacyjnej. Artykuł 101 ust. 1 uokik 2000 wyraźnie stanowił, że Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę karę w wysokości nie większej niż 10% „przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary”. Wykładnia językowa tego przepisu nie pozostawia więc wątpliwości, że przy ustalaniu wysokości kary Prezes UOKiK nie tylko może, ale powinien uwzględnić wysokość przychodu przedsiębiorcy osiągniętego w roku poprzedzającym nałożenie kary. Trudno mówić o zaskoczeniu czy naruszeniu jakichś uzasadnionych oczekiwań przedsiębiorcy w sytuacji, gdy organ antymonopolowy postąpił zgodnie z dosłownym brzmieniem przepisu.

Niezależnie od tego należy pamiętać, że przy ustalaniu wysokości kary organ antymonopolowy powinien uwzględnić również wysokość przychodu w roku poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania antymonopolowego, co wynika z art. 4 pkt 15 uokik 2000. Sąd Apelacyjny oba czynniki uwzględnił, brak jest więc podstaw do uwzględnienia omawianego zarzutu.

1.5. Zarzut naruszenia art. 103a ust. 2 uokik 2000, poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że okoliczność współpracy powoda z pozwanym w toku postępowania antymonopolowego stanowi podstawową przesłankę zastosowania programu łagodzenia kar, a tym samym na przyjęciu, że współpraca powoda z pozwanym w toku postępowania antymonopolowego została już uwzględniona przy redukcji kary nałożonej na powoda, w związku z zastosowaniem programu łagodzenia kar, podczas gdy prawidłowa interpretacja art. 103a ust. 2 uokik 2000 nie pozwalała na

zaliczenie okoliczności współpracy powoda z pozwanym w ramach postępowania antymonopolowego do warunków, od których uzależniona była redukcja kary nakładanej na G. w związku z zastosowaniem programu łagodzenia kar.

Zarzut ten Sąd Najwyższy uznaje za nietrafny. Nie da się zaprzeczyć, że o ile art. 103a ust. 1 uokik wyrażnie uzależnia odstąpienie od kary od współpracy przedsiębiorcy z Prezesem UOKiK, to takiego warunku nie wskazuje art. 103a ust. 2 uokik 2000 w odniesieniu do obniżenia kary. Pozostanie przy literalnym rozumieniu tego przepisu prowadziłoby jednak do trudnych do zaakceptowania, niedorzecznych wręcz, rezultatów. Gdyby interpretować art. 103a ust. 2 uokik 2000 dosłownie i w oderwaniu od art. 103a ust. 1 uokik 2000, tak jak chce powód, to oznaczałoby, że przedsiębiorca mógłby ubiegać się o znaczące obniżenie kary tylko i wyłącznie na podstawie przedstawienia jednego dowodu, który będzie mógł zostać wykorzystany przez organ antymonopolowy przy wydaniu decyzji sankcjonującej uczestników kartelu. Prowadziłoby to do sytuacji, w której przedsiębiorca po udostępnieniu dowodu nie tylko mógłby odmówić jakiegokolwiek dalszej współpracy z Prezesem UOKiK, ale wręcz sabotować dalsze postępowanie, ukrywając inne dowody i ostrzegając innych uczestników kartelu przez dochodzeniem, a organ antymonopolowy i tak nie miałby innego wyjścia, tylko musiałby obniżyć takiemu przedsiębiorcy karę z uwagi na udostępnienie wcześniej jednego przydatnego dowodu.

W ocenie Sądu Najwyższego przepisy określające kompetencje organu antymonopolowego powinny być interpretowane z uwzględnieniem konstytucyjnej zasady sprawności i rzetelności działania instytucji publicznych, czyli w taki sposób, aby mógł on efektywnie wywiązać się ze wszystkich powierzonych mu przez ustawodawcę zadań (podobnie uchwała Sądu Najwyższego z 9 lipca 2019 r., I NSZP 1/19). Prezes UOKiK słusznie wskazuje w odpowiedzi na skargę kasacyjną powoda, że obowiązek współpracy przedsiębiorcy z organem antymonopolowym w pełnym zakresie (a nie tylko w zakresie przedstawienia istotnego dowodu) stanowi warunek konieczny dla zapewnienia efektywności programu łagodzenia kar. Innymi słowy, organ antymonopolowy nie mógłby efektywnie chronić konkurencji, gdyby przedsiębiorcy, którzy stosowali praktyki antykonkurencyjne, mogli skorzystać z

redukcji kary tylko w zamian za przedstawienie jednego dowodu istnienia porozumienia, niezależnie od ich późniejszej postawy w postępowaniu antymonopolowym. W konsekwencji mogłoby się okazać, że Prezes UOKiK byłby zobowiązany do redukcji kary nawet wobec takiego przedsiębiorcy, który zaraz po przedstawieniu istotnego dowodu zaczął utrudniać dalsze postępowanie.

Artykuł 103a ust. 2 uokik 2000 należy więc interpretować systemowo, z uwzględnieniem art. 103a ust. 1 tejże ustawy oraz celowościowo, w świetle celów instytucji, jaką jest program *leniency*. Nieprzypadkowo instytucja obniżenia kary została uregulowana w obrębie tego samego artykułu, co instytucja odstąpienia od nałożenia kary (*argumentum a coherentia*). Obie instytucje stanowią część programu *leniency* oraz służą temu samemu celowi: zachęceniu przedsiębiorców do współpracy z organem antymonopolowym przy wykrywaniu praktyk zakłócających konkurencję. Można powiedzieć, że program *leniency* pełni swego rodzaju funkcję rehabilitacyjną, dając szansę przedsiębiorcy na poprawę reputacji oraz naprawienie części szkód wyrządzonych wolnemu rynkowi przez udział w antykonkurencyjnym porozumieniu. Z tych względów należy uznać, że Prezes UOKiK przy podejmowaniu decyzji o redukcji kary pieniężnej może i powinien brać również pod uwagę okoliczność współpracy przedsiębiorcy z organem antymonopolowym.

1.6. Zarzut naruszenia art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 uokik 2000 poprzez jego błędne zastosowanie i pominięcie okoliczności współpracy powoda z pozwanym w toku postępowania antymonopolowego jako dodatkowej okoliczności łagodzącej, która mogła i powinna być uwzględniona przy orzekaniu o wysokości kary nakładanej na G., a w konsekwencji nałożenie na powoda zaskarżonym wyrokiem kary w rażąco wygórowanej wysokości zarówno w stosunku do kary wynikającej z wyroku SOKiK, jak i do kary, jaką Sąd Apelacyjny mógł i powinien nałożyć przy zachowaniu związku pomiędzy wysokością kary, a czasem popełnienia czynu stanowiącego jej źródło.

Zarzut ten okazał się nietrafny. Stosownie do art. 104 uokik 2000, przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 101-103, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego

naruszenia przepisów ustawy. Katalog przesłanek branych pod uwagę przez organ antymonopolowy przy miarkowaniu kary ma charakter otwarty. Jedną z okoliczności łagodzących, niewymienionych wprost w tym przepisie, ale bez wątpienia mających prawne znaczenie przy miarkowaniu kary, jest współpraca przedsiębiorcy z organem antymonopolowym.

Zarzut naruszenia art. 104 uokik 2000 powiązany jest z omówionym powyżej zarzutem art. 103a ust. 2 uokik 2000. Jak zostało już powiedziane, Prezes UOKiK przy podejmowaniu decyzji o redukcji kary pieniężnej może i powinien brać również pod uwagę okoliczność współpracy przedsiębiorcy z organem antymonopolowym. Okoliczność łagodząca w postaci współpracy powoda z organem antymonopolowym została już uwzględniona przy redukcji kary pieniężnej na podstawie art. 103a ust. 2 uokik 2000. W takiej sytuacji organ antymonopolowy nie miał obowiązku uwzględniania tej okoliczności łagodzącej po raz drugi.

1.7. Zarzut naruszenia art. 104 w zw. z art. 103a ust. 2 i art. 103a ust. 3 i art. 101 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 uokik 2000 poprzez naruszenie przepisu prawa materialnego przez jego błędne zastosowanie i nieuwzględnienie w wystarczającym stopniu przy ocenie wymiaru kary nałożonej na powoda, jako okoliczności łagodzącej, faktu przyznania zawarcia zakazanego porozumienia, przedstawienia Prezesowi UOKiK, z własnej inicjatywy, dowodu, który w istotny sposób przyczynił się do wydania decyzji kończącej postępowanie oraz zaprzestania uczestnictwa w porozumieniu nie później niż w momencie przedstawienia ww. dowodu, a tym samym z naruszeniem zasady indywidualizacji nałożonej kary - czego konsekwencją było utrzymanie w mocy rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK wymierzającego karę nałożoną na powoda.

Zarzut ten jest nietrafny. W tym miejscu należy przypomnieć, że kognicja Sądu Najwyższego w sprawach zarzutów dotyczących kar pieniężnych, z racji związania podstawą faktyczną oraz oceną dowodów, ogranicza się do kontroli zgodności orzeczenia sądu drugiej instancji w zakresie respektowania prawnych kryteriów wymiaru kary pieniężnej i obowiązujących w tym zakresie ustawowych bądź orzeczniczych standardów. Sąd Najwyższy nie rozstrzyga, czy określony poziom kary pieniężnej jest w okolicznościach faktycznych sprawy właściwy, lecz

weryfikuje, czy orzekając w tym przedmiocie sąd drugiej instancji w sposób zgodny z obowiązującymi unormowaniami umotywował swoje stanowisko w tym zakresie (wyroki Sądu Najwyższego z: 15 maja 2014 r., III SK 54/13; 10 września 2019 r., I NSK 46/18; 9 października 2019 r., I NSK 63/18; 24 października 2019 r., I NSK 74/18; 24 października 2019 r., I NSK 12/19).

Sąd Apelacyjny sposób przekonujący wyjaśnił, jakie przesłanki wymiaru kary zostały wzięte pod rozwagę przy ocenie wysokości kary z punktu widzenia art. 104 uokik 2000. Fakt przyznania się do zawarcia zakazanego porozumienia, przedstawienie dowodu przydatnego do wydania decyzji kończącej postępowanie oraz zaprzestanie uczestnictwa w porozumieniu został uwzględniony w wystarczającym stopniu przez organ antymonopolowy oraz przez Sąd Apelacyjny, który podzielił jego ocenę, przywracając wysokość kary do poziomu określonego w decyzji Prezesa UOKiK. Sąd Apelacyjny oprócz okoliczności łagodzących słusznie jednak uwzględnił także okoliczności obciążające: wiodącą rolę spółki G. obok spółki L. oraz spółki O. w zakazanym porozumieniu, długi czas trwania porozumienia, szczególnie szkodliwy charakter tego porozumienia oraz konsekwencje zniekształcenia konkurencji na rynku produkcji cementu. Nie można też zapominać, że spółka G. zdecydowała się na przyznanie do udziału w porozumieniu oraz na współpracę dopiero po wszczęciu postępowania wyjaśniającego oraz przeprowadzeniu przez Prezesa UOKiK kontroli wraz z przeszukaniem pomieszczeń i rzeczy w siedzibie powodowej spółki. W świetle tych okoliczności kara na poziomie 5% uzyskanego przez G. S.A. przychodu w 2008 r., nie jest w ocenie Sądu Najwyższego rażąco wygórowana.

2. Skarga kasacyjna Grupy O. S.A. z siedzibą w K.

2.1. Zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 i art. 10 ust. 2 uokik 2000 oraz art. 2 Konstytucji RP poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że w sprawach porozumień ograniczających konkurencję, które zostały zaprzestane przed wszczęciem postępowania antymonopolowego, maksymalną wysokość kary pieniężnej wyznacza 10% przychodów osiągniętych w roku poprzedzającym nałożenie kary, nie zaś 10% przychodów osiągniętych w roku poprzedzającym wszczęcie postępowania.

Zarzut ten Sąd Najwyższy uznał za nietrafny. W uzasadnieniu skargi kasacyjnej skarżąca wywodzi, że w przypadku praktyk ograniczających konkurencję, które zostały zaprzestane przed wszczęciem postępowania antymonopolowego, kara pieniężna nie powinna przekroczyć 10% przychodów przedsiębiorcy osiągniętych w roku poprzedzającym wszczęcie postępowania, jeżeli rok ten był zarazem ostatnim pełnym rokiem uczestnictwa w antykonkurencyjnej praktyce. Taka wykładnia jednak nie ma oparcia w przepisach prawa.

Art. 101 ust. 1 uokik 2000 stanowi, że „Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary”. Interpretacja art. 101 ust. 1 uokik 2000 musi uwzględniać definicję legalną przychodu z art. 4 pkt 15 uokik 2000, zgodnie z którym należy przezeń rozumieć przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy (wykładnia systemowa). Łączne zastosowanie art. 4 pkt 15 i art. 101 ust. 1 uokik 2000 prowadzi do konkluzji, że pierwszy przepis określa podstawę ustalenia kary (przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania), a drugi przepis określa jej maksymalny wymiar (10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary).

Sugerowany przez powoda sposób rozumienia pojęcia przychodu stanowi niedozwolony zabieg interpretacyjny, jakim jest wykładnia *per non est*, ponieważ opiera się tylko na definicji z art. 4 pkt 15 uokik 2000, natomiast ignoruje fragment art. 101 ust. 1 uokik 2000, który mówi wyraźnie o przychodzie „osiągniętym w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary”. Wykładnia językowa i systemowa wymaga, aby oba przepisy interpretować łącznie, a nie w oderwaniu od siebie.

Nie można się też zgodzić z twierdzeniem powoda, że taka wykładnia gwarantuje skorelowanie sankcji z sytuacją podmiotu w chwili naruszenia oraz stanowi realizację dyrektywy *lex mitior agit*. Przyjęcie takiej interpretacji jest oczywiście korzystne dla powoda w tej konkretnej sytuacji, ale byłoby skrajnie niekorzystne dla przedsiębiorcy w sytuacji, w której jego kondycja finansowa

uległaby pogorszeniu w toku postępowania antymonopolowego, tzn. przychód osiągnięty w roku poprzedzającym nałożenie kary okazałby się niższy od przychodu osiągniętego z roku sprzed wszczęcia postępowania antymonopolowego. Wówczas przedsiębiorca byłby zmuszony do zapłaty kary przekraczającej jego aktualne możliwości finansowe.

W tym miejscu należy podkreślić, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 3 listopada 2004 r., K 18/03, na który powołuje się skarżąca w skardze kasacyjnej, dotyczył odmiennego problemu prawnego, niż ten powstały w niniejszej sprawie. W wyroku tym TK uznał za niezgodną z konstytucyjną zasadą określoności konstrukcję kary pieniężnej przewidzianą w art. 7 ust. 1 ustawy z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. nr 197, poz. 1661 oraz z 2004 r. nr 93, poz. 889 i nr 191, poz. 1956). Artykuł 7 ust. 1 tej ustawy stanowił, że za czyn określony w ustawie wobec podmiotu zbiorowego orzeka się karę pieniężną w wysokości do 10% przychodu określonego w trybie przepisów o podatku dochodowym od osób prawnych, osiągniętego w roku podatkowym poprzedzającym wydanie orzeczenia. Trybunał uznał, że zwiążanie wymiaru kary pieniężnej z przychodem (wydatkami) podmiotu zbiorowego za rok poprzedzający wydanie orzeczenia całkowicie zrywa związek pomiędzy popełnionym czynem a wysokością kary. W ocenie TK wymiar kary, nieskorelowany z sytuacją gospodarczą podmiotu zbiorowego w chwili popełnienia czynu, ale uzależniony od przyszłych zdarzeń gospodarczych, nie pozwalał przewidzieć konsekwencji zachowania niezgodnego z prawem.

Ustawa kontrolowana przez TK nie miała odpowiednika art. 4 pkt 15 uokik 2000 nakazującego uwzględnienie przy wymiarze kary przychodu sprzed roku wszczęcia postępowania. Artykuł 7 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary określał nie tylko maksymalny wymiar kary, ale również samą podstawę jej ustalenia. Słusznie więc Trybunał uznał, że przyjęta konstrukcji kary pieniężnej całkowicie abstrahuje od sytuacji gospodarczej przedsiębiorcy w chwili popełnienia czynu.

Inaczej jest w niniejszej sprawie - art. 101 ust. 1 uokik 2000 określa jedynie maksimum kary pieniężnej, natomiast podstawę do jej ustalenia określa art. 4 pkt 15 uokik 2000.

Sąd Apelacyjny, ustalając wysokość kary dla spółki O., słusznie za podstawę przyjął przychód z roku poprzedzającego wszczęcie postępowania antymonopolowego (483.614.865,69 zł w 2005 r.), korygując błędną metodologię sądu I instancji, który przyjął za podstawę przychód osiągnięty w roku poprzedzającym rok nałożenia kary. Tym sposobem zostaje zachowany związek między wymiarem kary, a czasem popełnienia deliktu prawa konkurencji przez przedsiębiorcę.

2.2. Zarzut naruszenia art. 104, art. 101 ust. 1 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 oraz zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i wymierzenie kary pieniężnej w wysokości przekraczającej próg 10% przychodów w roku poprzedzającym wszczęcie postępowania.

Zarzut ten jest nietrafny. Jak zostało to już wskazane przez Sąd Najwyższy, art. 4 pkt 15 uokik 2000 określa podstawę ustalenia kary (przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania), natomiast art. 101 ust. 1 uokik 2000 określa jej maksymalny wymiar (10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary). Kara pieniężna może przekraczać 10% przychodu przedsiębiorcy osiągniętego w roku poprzedzającym wszczęcie postępowania, o ile nie przekracza 10% przychodu tego przedsiębiorcy osiągniętego w roku poprzedzającym wymierzenie kary. Tak też było w tym przypadku.

Ponieważ powód dopatrywał się naruszenia zasady proporcjonalności w samej metodologii miarkowania kary pieniężnej, która została już uznana przez Sąd Najwyższy za prawidłową, nie ma potrzeby szerszego odnoszenia się do tego zarzutu.

2.3. Zarzut naruszenia art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 uokik 2000, zasady równego traktowania stron oraz proporcjonalności wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i nałożenie na powoda kary pieniężnej w wysokości pozostającej w rażącej dysproporcji do kar pieniężnych wymierzonych pozostałym stronom postępowania, zarówno w wysokości nominalnej, jak i relacji procentowej do maksymalnego zagrożenia ustawowego wynikającego z art. 101 ust. 1 ustawy.

Zarzut ten jest nietrafny. Jak zostało to już stwierdzone powyżej, kognicja Sądu Najwyższego nie obejmuje oceny, czy określony poziom kary pieniężnej jest w okolicznościach faktycznych sprawy właściwy. Sąd Najwyższy jedynie weryfikuje, czy orzekając w tym przedmiocie Sąd II instancji w sposób zgodny z obowiązującymi unormowaniami umotywował swoje stanowisko w tym zakresie.

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku jasno wynika, że wysokość kary uwzględnia szczególnie istotną okoliczność obciążającą, jaką jest wiodąca rola spółki O. w zakazanym porozumieniu, obok spółki L. oraz spółki G.. Pozostali liderzy porozumienia skorzystali z programu *leniency* - spółka L. została całkowicie zwolniona z kary, bo jako pierwsza z wszystkich uczestników porozumienia podjęła współpracę z Prezesem UOKiK, natomiast spółka G. została ukarana karą w zredukowanym wymiarze, z uwagi na podjęcie współpracy jako drugi w kolejności uczestnik porozumienia.

2.4. Zarzut naruszenia art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 uokik 2000 oraz zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i wymierzenie kary pieniężnej wyliczonej zgodnie z algorytmem przewidzianym w dokumencie pt. „Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję”, a nadto błędnym przypisaniu wagi poszczególnych kryteriom wyznaczania kary wskazanym w tym dokumencie.

Zarzut ten jest w ocenie Sądu Najwyższego nietrafny. Zastosowanie przez Sąd Apelacyjny metodologii miarkowania kar określonej w „Wyjaśnieniach w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję” Prezesa UOKiK, nie świadczy o sprzeczności z art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 uokik 2000. Powód błędnie wywodzi, że skoro sąd drugiej instancji przy kontroli decyzji organu antymonopolowego nie jest związany praktyką Prezesa UOKiK, jak to wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 15 maja 2014 r., III SK 54/13, to ów Sąd nie może poprzestać na prostym przyjęciu metodologii wyznaczania wysokości kary przyjętej w wytycznych Prezesa UOKiK. „Wyjaśnienia” Prezesa UOKiK są aktem prawa wewnętrznego i jako takie nie wiążą one sądu, co jednak nie oznacza, że nie może on zastosować przyjętej w nich metodologii, znajdującej podstawę w normach ustawy.

2.5. Zarzut naruszenia art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 uokik 2000 oraz zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i wymierzenie powodowi kary pieniężnej nieuwzględniającej zachodzących wobec niej okoliczności łagodzących, a to: (i) faktu zaniechania praktyki przed wszczęciem postępowania antymonopolowego, co sprawia, że poziom szkodliwości praktyki był znacznie mniejszy niż przyjął to Sąd Apelacyjny, (ii) braku rzeczywistej realizacji porozumienia przez powoda, a także jego (iii) wcześniejszej niekaralności za naruszenia prawa konkurencji.

Zarzut ten jest nietrafny. Zaniechanie praktyki przed wszczęciem postępowania antymonopolowego nie stanowi *per se* okoliczności łagodzącej, organ antymonopolowy ma jedynie obowiązek wziąć pod uwagę czas trwania udziału w porozumieniu, co zresztą uczynił, podobnie jak Sąd Apelacyjny.

Zarzut odnoszący się do nieuwzględnienia braku rzeczywistej realizacji porozumienia jest niedopuszczalny w postępowaniu kasacyjnym, ponieważ odnosi się do ustaleń faktycznych i oceny dowodów (art. 398³ § 3 k.p.c.) poczynionych już przez sądy pierwszej i drugiej instancji, które ustaliły, że spółka O. odgrywała wiodącą i czynną rolę w porozumieniu. Wcześniejsza niekaralność za naruszenia prawa konkurencji nie jest okolicznością łagodzącą w rozumieniu art. 104 uokik 2000. Z punktu widzenia tego przepisu jedynie wcześniejsza karalność (tzw. recydywa antymonopolowa) stanowi okoliczność wymagającą uwzględnienia przy miarkowaniu kary, ale ma ona charakter obciążający. O ile zatem recydywa antymonopolowa stanowi okoliczność obciążającą, to brak recydywy antymonopolowej nie stanowi okoliczności łagodzącej. Przestrzeganie obowiązującego prawa jest konstytucyjnym obowiązkiem (art. 83 Konstytucji RP) każdego, zaś przedsiębiorca nie może oczekiwać swego rodzaju „nagrody” za poszanowanie przepisów prawa konkurencji.

2.6. Zarzut naruszenia art. 382 w zw. z art. 378 i art. 391 § 1 k.p.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i nierozpoznanie sprawy w granicach apelacji, polegające na nierozpoznaniu wszystkich zarzutów apelacji, tj. zarzutów:

a) naruszenia prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 245 i art. 227 k.p.c. poprzez pominięcie wniosków płynących z opinii prof. dr hab. A. F. ze spółki C. sp.j. w Ł., zatytułowanej „Ekonomiczna argumentacja uzasadniająca odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK z dnia 8 grudnia 2009 r. (DOK-(...)) w sprawie porozumienia producentów cementu na krajowym rynku produkcji i sprzedaży cementu szarego” (punkt 2 *petitum* apelacji);

b) naruszenia prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez newszechstronne rozważenie zebranego w sprawie materiału dowodowego i dokonanie istotnych ustaleń faktycznych sprzecznie z zasadami logiki na skutek przyjęcia, że indywidualna polityka handlowa i cenowa Grupy O. była prowadzona w granicach wyznaczonych ramami porozumienia, co stoi w sprzeczności z ustaleniem Sądu Okręgowego, że uzgodnienia podwyżek cen i podziału rynku nie były realizowane przez Grupę O., a zatem polityka handlowa i cenowa Grupy O. nie mogła być prowadzona zgodnie z zakresem i w ramach porozumienia (punkt 3 *petitum* apelacji);

c) naruszenia prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnych ustaleń faktycznych bez oparcia o materiał dowodowy i przyjęcie, że porównanie średnich cen cementu z uwzględnieniem inflacji, kosztów energii i kosztów sprzedaży nie jest miarodajne dla oceny korzyści odniesionych przez uczestnika porozumienia (punkt 4 *petitum* apelacji);

d) naruszenia prawa materialnego, tj. art. 104 w zw. z art. 101 ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i nieuwzględnienie przy wymiarze kary pieniężnej nałożonej na Grupę O. okoliczności łagodzących, takich jak (i) brak rzeczywistej realizacji porozumienia i rzeczywistych negatywnych efektów porozumienia wywołanych działaniami Grupy O., (ii) brak uzyskania nieuzasadnionych korzyści po stronie powoda oraz (iii) brak wcześniejszych naruszeń prawa konkurencji przez powoda (punkt 11 *petitum* apelacji).

Zarzuty te są nietrafne. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że zarzuty te są w większości dosłownym powtórzeniem zarzutów z apelacji. W tym miejscu należy przypomnieć, że Sąd Najwyższy nie jest Sądem III instancji, a skarga kasacyjna nie powinna być traktowana jako forma dodatkowej apelacji.

Określony w art. 378 § 1 k.p.c. obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji oznacza zakaz wykraczania przez sąd drugiej instancji poza te granice oraz nakaz rozważenia wszystkich podniesionych w apelacji zarzutów i wniosków (postanowienie Sądu Najwyższego z 21 sierpnia 2003 r., III CKN 392/01; uchwała Sądu Najwyższego z 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07).

Sąd Apelacyjny z tego obowiązku się wywiązał. Sąd odniósł się do zarzutów naruszenia art. 233 k.p.c. wskazując m.in., że „[n]iezasadne są zawarte w apelacji[i] Grupy O. SA (...) dalsze zarzuty dotyczące naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i współwystępujące z nimi zarzuty dokonania przez sąd okręgowy wadliwych ustaleń faktycznych. Podkreślić należy, że Sąd Okręgowy szczegółowo ustalił stan faktyczny w tej sprawie, powołując dowody stanowiące podstawę dokonanych ustaleń. Ustalenie te dokonane zostały na podstawie oświadczeń wnioskodawców *leniency*, które znalazły potwierdzenie w innych dowodach przeprowadzonych w tej sprawie, przywołanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Zawarte w apelacjach zarzuty skarżących stanowią w znacznej mierze polemikę z ustaleniami sądu pierwszej instancji, a także z przeprowadzoną przez sąd okręgowy oceną dowodów. Zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c., sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. (...) Nie jest natomiast wystarczające samo przekonanie skarżącego o innej, niż przyjął to sąd pierwszej instancji, ocenie przeprowadzonych dowodów, ich doniosłości i wiarygodności (zob. m.in. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 1998 r., II CKN 4/98; oraz z 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000). Jak podkreśla się w orzecznictwie Sądu Najwyższego, tylko w wypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (zob. w szczególności wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002 r., II CKN 817/00).”.

Sąd Apelacyjny odniósł się też do zarzutów naruszenia prawa materialnego, nie podzielając stanowiska powoda o wystąpieniu w jego sprawie okoliczności łagodzących braku rzeczywistej realizacji porozumienia i braku czerpania z niego

korzyści: „Trafnie sąd okręgowy wskazał, że na wiodącą rolę Grupy O. w kartelu, obok L. i G., wskazują oświadczenia wnioskodawców *leniency*, które zostały potwierdzone poprzez zeznania świadków. Grupa O. S.A. była w gronie wiodących uczestników porozumienia, zaś jej przedstawiciel A. S. był jednym z trzech koordynatorów wymiany informacji pomiędzy uczestnikami porozumienia w ramach tzw. systemu równoległego. Jak wskazał sąd okręgowy, udział przedstawiciela Grupy O. S.A. jako koordynatora w sposób jednoznaczny świadczy o wiodącej roli i istotnym zaangażowaniu tego przedsiębiorcy w organizację skutecznego funkcjonowania porozumienia ograniczającego konkurencje na krajowym rynku sprzedaży cementu szarego. Sąd okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przedstawił również inne okoliczności świadczące o tym, że skarżący nie był podmiotem biernie akceptującym ustalenia pozostałych uczestników porozumienia, zaś jego rola w tym porozumieniu była istotna.” Jeśli chodzi zaś o trzecią przywołaną przez powoda okoliczność, jaką jest brak wcześniejszych naruszeń prawa, to nie jest to okoliczność łagodząca w rozumieniu art. 104 uokik 2000, o czym była już mowa powyżej.

2.7. Zarzut naruszenia art. 378 § 1, 382 i art. 328 § 2 w zw. z art. 385 i art. 391 § 1 k.p.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i oddalenie apelacji powoda w pozostałej części pomimo niedokonania ustaleń istotnych dla rozstrzygnięcia, a to na skutek nierozpoznania zarzutów apelacji sformułowanych w punktach 2 - 4 *petitum* apelacji, których rozpoznanie pozwoliłoby wykazać, że porozumienie nie było faktycznie realizowane przez Grupę O., a zatem nie mogło odnieść rzeczywistego antykonkurencyjnego skutku, bądź ten skutek był istotnie ograniczony, co w konsekwencji miałoby wpływ na wymiar kary.

Zarzut ten jest niedopuszczalny, bo opiera się na kwestionowaniu ustaleń faktycznych (art. 398³ § 3 k.p.c.). Sądy obu instancji dokonały niezbędnych ustaleń faktycznych, natomiast nie podzieliły stanowiska spółki O. o rzekomym braku faktycznego jej udziału w porozumieniu, wręcz przeciwnie, przypisały jej wiodącą rolę w tym porozumieniu. Sąd Najwyższy nie jest władny zakwestionować tych ustaleń.

3. Skarga kasacyjna C. sp. z o.o. z siedzibą w W.

3.1. Zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 15 i art. 104 uokik 2000 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że okoliczność osiągania przychodu ze sprzedaży innych produktów niż objęte porozumieniem, w sytuacji gdy inni uczestnicy porozumienia (w tym jego inicjatorzy i liderzy) osiągaliby przychód wyłącznie ze sprzedaży produktu objętego porozumieniem, nie stanowi okoliczności, którą należy uwzględnić przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, co skutkowało niewłaściwym zastosowaniem ww. przepisów, tj. pominięciem przy wymiarowaniu kary nałożonej na powoda okoliczności, iż C. osiąga przychód nie tylko ze sprzedaży cementu, tj. produktu, którego dotyczyło porozumienie ograniczające konkurencję, ale również ze sprzedaży betonu towarowego i kruszyw (okoliczność bezsporna) w sytuacji, gdy pozostali uczestnicy porozumienia (w tym jego inicjatorzy i liderzy) osiągają przychód wyłącznie ze sprzedaży cementu, podczas gdy sprzedają betonu i kruszyw zajmują się inne spółki z ich grup kapitałowych, co doprowadziło do wymierzenia powodowi kary uwzględniającej cały przychód powoda osiągnięty w 2005 r., tj. z naruszeniem konstytucyjnej zasady równego traktowania.

Zarzut ten jest nietrafny. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zarzut naruszenia zasady równości nie został należycie uzasadniony - powód nie sprecyzował, na czym dokładnie polega naruszenie zasady równości w jego przypadku: czy kwestionuje podobieństwo do innych uczestników porozumienia czy też uznaje istnienie takiego podobieństwa, ale oczekuje zróżnicowania jego sytuacji prawnej w stosunku do pozostałych członków porozumienia ze względu na relewantne wartości konstytucyjne. W tym drugim przypadku trudno mówić o naruszeniu zasady równości, bo dotyczy on w istocie odstępstwa od zasady równego traktowania.

C. wraz z pozostałymi członkami kartelu stanowi grupę podmiotów podobnych, których cechą wspólną jest udział w praktyce antykonkurencyjnej na rynku cementu, co uzasadnia wymierzenie mu kary w podobnym wymiarze. Odmienne (łagodniejsze) potraktowanie nie uzasadnia okoliczność, że tylko część przychodu powoda stanowiła korzyść z udziału w zakazanym porozumieniu

na rynku cementu - nie jest to kryterium różnicujące, które mogłoby zostać uznane za relewantne w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie TK.

Wbrew sugestiom powoda, z orzecznictwa Sądu Najwyższego nie wynika standard wymagający obniżenia kary pieniężnej w sytuacji, gdy tylko część przychodu przedsiębiorcy stanowi bezpośrednią korzyść płynącą z udziału w kartelu. Taka wykładnia stałaby w sprzeczności z celem art. 4 pkt 15 uokik 2000, który za podstawę wymierzenia kary uznaje cały przychód przedsiębiorcy z danego roku, a nie tylko wydzieloną jego część, ściśle powiązaną z praktyką antykonkurencyjną, jakiej się dopuścił.

Sąd Najwyższy wyraził stanowisko, że zasada równego traktowania nie wymaga bezwzględnie, aby kary pieniężne wymierzano uczestnikom praktyki antykonkurencyjnej na jednakowym poziomie, odpowiadającym określonemu procentowi przychodów ze sprzedaży. Organ antymonopolowy może i powinien odstąpić od zasady równego traktowania uczestników porozumienia wobec tych przedsiębiorców, dla których przychody z uczestnictwa w nim miały znikome znaczenie gospodarcze (wyrok Sądu Najwyższego z 15 maja 2014 r., III SK 44/13). Nie stoi to na przeszkodzie kierowaniu się przez Prezesa UOKiK pojmowaną przez niego zasadą równego traktowania w znaczeniu formalnym, zgodnie z którą każdemu karanemu przedsiębiorcy uczestniczącemu w niedozwolonym porozumieniu w tym samym charakterze należy wymierzyć karę w wysokości odpowiadającej takiemu samemu procentowemu poziomowi jego przychodów (postanowienie Sądu Najwyższego z 19 listopada 2014 r., III SK 16/14). Każdorazowo organ antymonopolowy, a także kontrolujące go sądy, powinny szczegółowo uzasadnić wysokość wymierzonej kary pieniężnej.

Jak wynika z ustaleń faktycznych Prezesa UOKiK, które zostały podzielone przez Sądy obydwu instancji, przychody ze sprzedaży cementu nie stanowiły dla C.u znikomej korzyści gospodarczej - spółka ta posiadała wysoki, 18-procentowy udział w krajowym rynku cementu, a przez pewien czas zatajała dane o rosnącej sprzedaży przed innymi uczestnikami kartelu (pkt 188-203 decyzji). Trafnie podnosi więc Prezes UOKiK w odpowiedzi na skargę kasacyjną, że nie można przyjąć, że sprzedaż cementu jest dla powoda aktywnością marginalną, o znikomym znaczeniu

gospodarczym - wręcz przeciwnie - stanowi ona znaczący element działalności gospodarczej powoda.

3.2. Zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 15 i art. 104 uokik 2000 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w zw. z art. 2 Konstytucji RP poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że okoliczność osiągnięcia przychodu ze sprzedaży innych produktów niż objęte porozumieniem nie stanowi okoliczności, którą należy uwzględnić przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, co skutkowało niewłaściwym zastosowaniem ww. przepisów, tj. obliczeniem kary nałożonej na C. za udział w porozumieniu ograniczającym konkurencję na rynku cementu szarego w Polsce z uwzględnieniem całego przychodu spółki, w tym przychodu z tytułu sprzedaży betonu towarowego i kruszyw, produktów niezwiązanych i nieobjętych ww. porozumieniem, co doprowadziło do naruszenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności.

Zarzut ten w ocenie Sądu Najwyższego jest nietrafny. Beton towarowy i kruszywa, choć nie były wprost objęte porozumieniem, adresowane są do podobnej grupy nabywców na rynku zdominowanym przez powoda oraz pozostałych uczestników kartelu. Z orzecznictwa Sądu Najwyższego nie wynika, jak zdaje się sugerować powód, że fakt osiągnięcia przychodu ze sprzedaży innych produktów niż objęte porozumieniem musi skutkować obniżeniem kary. Wręcz przeciwnie, Sąd Najwyższy w swym orzecznictwie bardzo ostrożnie podchodzi do tego kryterium, wskazując, że zasada proporcjonalności wymaga, aby miarkowanie kary pieniężnej za praktyki antykonkurencyjne nie sprowadzało się jedynie do uwzględnienia jednego kryterium, jakim jest wielkość przychodu z działalności prowadzonej w segmencie rynkowym, na którym dopuszczono się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, bądź do korzyści odniesionych przez przedsiębiorcę rzeczywiście lub potencjalnie ze stosowania takiej praktyki (wyroki Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 2011 r., III SK 45/10 oraz z 4 marca 2014 r., III SK 34/13). Co więcej, w orzecznictwie tym podkreśla się, że tam gdzie prawne granice zachowań przedsiębiorców na rynku zostały już wyznaczone w orzecznictwie sądowym, dopuszczalne jest orzekanie kar pieniężnych lub nakładanie wyższych kar pieniężnych niż w przypadku praktyk, które cechuje swoista „nowość” (wyrok

Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 2011 r., III SK 45/10). Tak było też i w niniejszej sprawie - nielegalność porozumienia, w którym powód uczestniczył przez wiele lat, nie budziła wątpliwości w świetle ugruntowanego orzecznictwa antymonopolowego. Uzasadniało to wyższy wymiar kary. Co więcej, trafnie wskazuje Prezes UOKiK, że charakter przedmiotowego naruszenia zasad konkurencji w postaci zawarcia porozumienia horyzontalnego dotyczącego zarówno ustalania cen, jak i podziału rynku, a także jego skala oraz stopień naruszenia interesu publicznego przez przedmiotowe porozumienie, nie przemawiały za skorzystaniem przez Sąd Apelacyjny z możliwości nałożenia na powoda kary ustalonej w oparciu o jedynie ułamek osiągniętych przez niego przychodów.

3.3. Zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik 2000 w brzmieniu obowiązującym od 1 maja 2004 r. w związku z art. 104 uokik 2000 poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i nałożenie na powoda kary pieniężnej na podstawie tych przepisów zamiast na podstawie art. 101 ust. 2 pkt 1 uokik 2000 w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 kwietnia 2004 r., mimo tego, iż przepisy obowiązujące w okresie do 30 kwietnia 2004 r. były względniejsze dla powoda, w związku z czym powinny znaleźć zastosowanie zgodnie z zasadą, iż w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacji powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej.

Zarzut nietrafny. W orzecznictwie Sądu Najwyższego dopuszcza się, co prawda, stosowanie w drodze *analogii legis* z art. 4 § 1 Kodeksu karnego do postępowań antymonopolowych, ale tylko w sytuacji braku w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów materialnoprawnej normy intertemporalnej (wyroki Sądu Najwyższego z 9 marca 2004 r., III SK 19/04 oraz z 2 października 2008 r., III SK 3/08).

W uzasadnieniu skargi kasacyjnej powód sugeruje, że powinien znaleźć do niego zastosowanie art. 101 ust. 2 pkt 1 uokik 2000 w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2001 r. do 30 kwietnia 2004 r.: „Prezes Urzędu może nałożyć, w drodze decyzji, na przedsiębiorcę karę pieniężną: 1) w wysokości stanowiącej równowartość od 1.000 do 5.000.000 euro, jednak nie większej niż 10% przychodu

osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 5, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 6 i 7, lub naruszenia zakazu określonego w art. 8”. Wbrew temu, co twierdzi powód, analogia z prawa karnego jest w tym przypadku niedopuszczalna, ponieważ ustawa nowelizacyjna zawiera własną normę intertemporalną, która ma tu zastosowanie. Stosownie do art. 6 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw, która usunęła ograniczenie kwotowe kary pieniężnej z art. 101 uokik 2000, „[d]o postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 [o ochronie konkurencji i konsumentów], w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.”

Przepis ten nie pozostawia wątpliwości, że art. 101 ust. 2 pkt 1 uokik 2000 w brzmieniu obowiązującym do 30 kwietnia 2004 r. nie mógł znaleźć zastosowania do powoda. Po pierwsze, postępowanie antymonopolowe w sprawie powoda i pozostałych uczestników kartelu zostało wszczęte 28 grudnia 2006 r., a więc po wejściu w życie wspomnianej nowelizacji. Po drugie, nawet jeśli wspomniane postępowanie zostało wszczęte przed 1 maja 2004 r., to i tak znalazłoby do niego zastosowanie nowe brzmienie przepisu. Artykuł 101 ust. 2 pkt 1 uokik 2000 w brzmieniu do 30 kwietnia 2004 r. mógłby znaleźć zastosowanie do powoda tylko wtedy, gdyby postępowanie w jego sprawie zostało wszczęte i zakończone przed 1 maja 2004 r.

3.4. Zarzut naruszenia art. 479^{31a} § 3 k.p.c. przez jego niezastosowanie w związku z wadliwą wykładnią art. 110 k.p.a. w zw. z art. 126 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik 2000 przez uznanie, że dopuszczalna jest zmiana postanowienia Prezesa UOKiK o wszczęciu postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję po jego wszczęciu i zawiadomieniu o tym stron tego postępowania, a tym samym, że dopuszczalna jest zmiana zakresu przedmiotowego tego postępowania w jego trakcie, podczas gdy zgodnie z przepisem art. 110 k.p.a., stosowanym w postępowaniu antymonopolowym na mocy odesłania z art. 126 k.p.a. i art. 80 uokik, Prezes UOKiK jest związany postanowieniem o wszczęciu postępowania z uwagi na brak jakiegokolwiek normy prawnej zezwalającej mu na jego następczą zmianę.

Przyjęcie poglądu dopuszczającego następczą zmianę postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego doprowadziło do wadliwego określenia zakresu przedmiotu postępowania, podlegającego kontroli instancyjnej Sądu I instancji i Sądu II instancji, a co za tym idzie, wydania zaskarżonego rozstrzygnięcia w zakresie niepozwalającym stronie na skuteczną obronę swoich praw w postępowaniu administracyjnym i w postępowaniu odwoławczym (sądowym), co z kolei doprowadziło do nieuwzględnienia odwołania a następnie apelacji powoda (art. 479^{31a} § 3 k.p.c.).

Zarzut ten w ocenie Sądu Najwyższego jest nieadekwatny, bo opiera się na przepisie dotyczącym postępowania przed sądem pierwszej instancji. Zgodnie z art. 479^{31a} § 3 k.p.c. w razie uwzględnienia odwołania, sąd ochrony konkurencji i konsumentów zaskarżoną decyzję albo uchyla, albo zmienia w całości lub w części i orzeka co do istoty sprawy. Jednocześnie sąd stwierdza, czy zaskarżona decyzja została wydana bez podstawy prawnej albo z rażącym naruszeniem prawa.

Przepis art. 479^{31a} k.p.c. nie może stanowić samodzielnej podstawy zarzutu formułowanego w ramach podstawy kasacyjnej, bo określa on katalog rozstrzygnięć, jakie może wydać sąd pierwszej instancji, w ramach prowadzonego postępowania zainicjowanego wniesieniem odwołania od decyzji Prezesa UOKiK. Przepis ten nie może być bezpośrednio naruszony przez sąd drugiej instancji (wyrok Sądu Najwyższego z 13 grudnia 2019 r., I NSK 6/19).

Na marginesie warto odnotować, że z przytoczonego przez powoda orzecznictwa bynajmniej nie wynika, że zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania jest bezwzględnie niedopuszczalna. Przytoczone przez powoda orzecznictwo sądów antymonopolowych odnosi się do modyfikacji zakresu przedmiotowego postępowania, czyli opisu zarzucanych czynów, natomiast nie wyklucza ono dopuszczalności zmiany kwalifikacji prawnej tych samych czynów.

3.5. Zarzut naruszenia art. 479¹² § 1 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia przez C. odwołania od decyzji Prezesa UOKiK w zw. z art. 479²⁸ § 1 pkt 1 k.p.c. oraz art. 479²⁸ § 3 k.p.c. w zw. z art. 78 ust. 2 uokik 2000 przez uznanie, że niedopuszczalne jest zaprzeczenie przez stronę

postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK okolicznościom ustalonym w toku tego postępowania przez organ je prowadzący w odwołaniu od decyzji kończącej to postępowanie, a zatem, że możliwe jest uznanie za przyznane i niezaprzeczone przez stronę tego postępowania w jego toku okoliczności, którym strona zaprzeczyła w odwołaniu od decyzji kończącej to postępowanie; podczas gdy właściwe zastosowanie wskazanych przepisów powinno było doprowadzić Sąd Apelacyjny do przyjęcia, że do chwili wniesienia odwołania włącznie strona postępowania antymonopolowego ma prawo podnosić wszystkie twierdzenia i dowody oraz wypowiadać się na temat wszelkich okoliczności faktycznych i prawnych, w tym również zaprzeczać okolicznościom uznanym za ustalone przez Prezesa UOKiK w toku postępowania przez niego prowadzonego. Niewłaściwe zastosowanie wskazanych przepisów doprowadziło do pozbawienia powoda możliwości obrony swoich praw w postępowaniu zarówno przed Sądem I, jak i przed Sądem II instancji, a wpływ tego naruszenia na ostateczne rozstrzygnięcie wyraża się w wadliwym pominięciu przez Sąd Apelacyjny okoliczności, które powinny były zostać uwzględnione przy wymiarowaniu kary pieniężnej nałożonej na powoda.

Zarzut ten jest w ocenie Sądu Najwyższego nietrafny. Zarzut stanowi powtórzenie zarzutu powoda z jego apelacji, który Sąd Apelacyjny uznał za niezasadny. Sąd Apelacyjny słusznie stwierdził, że „dokonana przez sąd okręgowy ocena zgromadzonych w tej sprawie dowodów mieści się w granicach wynikających z art. 233 k.p.c., zaś skarżący w wywodach zawartych w apelacjach oceny tej skutecznie nie podważyli. W znacznej części zawarte w apelacjach zarzuty stanowią przede wszystkim polemikę z ustaleniami dokonanymi przez sąd okręgowy, w tym próbę własnej, odmiennej od dokonanej przez sąd okręgowy, oceny dowodów”.

Wbrew twierdzeniom powoda Sąd Apelacyjny nie wyraził poglądu, że niedopuszczalne jest zaprzeczenie przez stronę postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK okolicznościom ustalonym w toku tego postępowania przez organ je prowadzący w odwołaniu od decyzji kończącej to postępowanie. Sąd Apelacyjny nie uznał jedynie za wiarygodne twierdzeń powoda odnoszących

się do ustaleń faktycznych, przyjmując za własne ustalenia Prezesa UOKiK, do czego miał prawo.

3.6. Zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art 391 § 1 k.p.c. przez wadliwe sporządzenie uzasadnienia zaskarżonego wyroku, w tym w szczególności przez pominięcie wskazania kompleksowej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, pominięcie wskazania faktów, które Sąd uznał za udowodnione i relewantne dla rozpoznanej sprawy, a także pominięcie wyjaśnienia, dlaczego niektórych zarzutów co do podstaw rozstrzygnięcia sądu I instancji, Sąd Apelacyjny nie uwzględnił; uzasadnienie wyroku Sądu II instancji zawiera w tym zakresie tak istotne luki, że nie da się ich odtworzyć na podstawie pozostałych fragmentów uzasadnienia, co w konsekwencji powoduje, że Powód nie jest w stanie poznać przyczyn, dla których wniesiona przez niego apelacja nie została uwzględniona.

Zarzut ten Sąd Najwyższy uznaje za nietrafny. Jak wskazał Sąd Najwyższy powyżej, zarzut naruszenia art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. może być skuteczny jedynie w wyjątkowych przypadkach, gdy treść uzasadnienia orzeczenia sądu drugiej instancji uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia lub w przypadku zastosowania prawa materialnego do niedostatecznie jasno ustalonego stanu faktycznego. Taka sytuacja nie miała miejsce w przypadku zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego, którego uzasadnienie jest obszerne i wyczerpujące, w tym również w zakresie przyczyn, dla których apelacja spółki C. została oddalona. Uzasadnienie Sądu Apelacyjnego jest obszerne i szczegółowe, wyczerpująco odnosi się do relewantnych okoliczności faktycznych i problemów prawnych.

4. Skarga kasacyjna D. sp. z o.o. z siedzibą w S..

Zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1, w związku z art. 104 oraz art. 1 ust. 1 uokik 2000 przez niewłaściwe zastosowanie, poprzez orzeczenie kary pieniężnej niewspółmiernej do stopnia naruszenia przez D. sp. z o.o. interesu publicznego, stopnia winy, oraz nieuwzględniających podstawowych zasad wymiaru kary, w tym zasady proporcjonalności.

W ocenie Sądu Najwyższego zarzut okazał się nietrafny. W uzasadnieniu skargi kasacyjnej spółka D. podnosi, że Sąd Apelacyjny:

(1) nie uwzględnił faktu zaniechania przez D. sp. z o.o. praktyki przed wszczęciem postępowania antymonopolowego;

(2) nie uwzględnił zindywidualizowanego udziału D. sp. z o.o. w jednolitej i ciągłej praktyce;

(3) ustalił karę w wysokości 12,75% przychodów za rok 2005, a zatem w wysokości wyższej niż 10% przychodów D. sp. z o.o. w roku poprzedzającym zaniechanie praktyki, obciążając tym samym spółkę karą wyższą jedynie w związku z tym, że jej przychody po zaniechaniu praktyki wzrosły;

(4) ustalił kwotę kary w sposób sprzeczny ze strefą motywacyjną wyrażoną w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego,

Jeśli chodzi o argument (1), to jak wynika z ustaleń faktycznych Sądu Apelacyjnego, spółka D. zaniechała udziału w zakazanym porozumieniu z dniem 30 czerwca 2006 r., a postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte w dniu 28 grudnia 2006 r. Nie można jednak potraktować tej okoliczności jako łagodzącej, ponieważ nie miała ona istotnego znaczenia dla oceny wagi naruszenia prawa. Spółka zaniechała udziału przed wszczęciem postępowania antymonopolowego, ale już po wszczęciu przez Prezesa UOKiK postępowania wyjaśniającego (26 kwietnia 2006 r.), po przeprowadzeniu kontroli w siedzibie D., wówczas Cementowni N. (przełom maja i czerwca 2006 r.) oraz po złożeniu zawiadomień o istnieniu kartelu przez spółki L. i G. (21 i 23 czerwca 2006 r.). Spółka zaprzestała naruszeń prawa dopiero wtedy, gdy już wiedziała, że organ antymonopolowy dysponuje informacjami na temat istnienia niedozwolonego porozumienia, w którym uczestniczy.

Jeśli chodzi o argument (2), to trafnie wskazuje Prezes UOKiK w odpowiedzi na skargę, że ustalone przez niego działania producentów cementu, tj. ustalanie cen, uzgadnianie wielkości udziałów, czy wymiana informacji stanowiły nierozzerwalne części jednego, wspólnego planu, w którym uczestniczyli wszyscy producenci cementu szarego w Polsce poza Cementownią N. S.A. Zgodnie z koncepcją jednego, ciągłego naruszenia nie jest konieczne wykazanie, że poszczególny jego uczestnik brał udział, wyrażał wyraźną zgodę lub był świadomy każdego poszczególnego aspektu lub przejawu zakazanego porozumienia w całym okresie, w którym taki przedsiębiorca stosował się do wspólnego schematu działań

(Decyzja Komisji z 21 października 1998 r. sprawa IW/35.691 - Pre-Insulated pipe cartel, Dz.Urz. WE z 1999 r., L 24/1, pkt 134; decyzja Komisji z 11 listopada 2011 r. sprawa COMP/37.152 - Plasterboard, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37152/37152_72_1.pdf, pkt 426-427; wyrok ETS z 8 lipca 1999 r. w sprawie C-49/92P Anie Partecipazioni SpA, Zb. Orz. z 1999 r., I-4125, pkt 78-81, 83-85 i 203 oraz decyzja Komisji z 3 maja 2006 r. sprawa COMP/38.620 - Hydrogen Peroxide and Perborate, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38620/38620_380_4.pdf, pkt 327; wyrok Sądu UE z 5 czerwca 2012 r. w sprawie T-214/06 Imperial Chemical Industries v Komisja, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C.T,F&num=T-214/06&td=AL>, pkt. 84 i wskazane tam orzecznictwo). W sprawie Herkules v Komisja, Sąd Pierwszej Instancji uznał, iż sztucznym byłoby dzielenie takiego ciągłego zachowania, charakteryzującego się jednym celem, na oddzielne naruszenia (orzeczenie SPI sprawa T-7/89 SA Herkules Chemicals NV v Komisja, Zb.Orz. z 1991 r., 11-1711, pkt 262-263 oraz decyzja Komisji w sprawie IV/35.691, Pre-Insulated pipe cartel, Dz.Urz. WE z 1999 r., L 24/1, pkt 131, decyzja Komisji w sprawie Citrid acid, Dz.Urz. WE z 2002 r., L 239/18, pkt 143).

Jeśli chodzi o argument (3), wbrew twierdzeniom powoda wysokość kary została zindywidualizowana tj. dostosowana do wagi naruszeń prawa, których dopuściła się spółka D. oraz ich konsekwencji dla rynku.

Jeśli chodzi o argument (4), to w ocenie Sądu Najwyższego brak jest sprzeczności między sentencją w zakresie wysokości kary a jej uzasadnieniem.

5. Skarga kasacyjna Cementowni W. S.A. z siedzibą w T.

5.1. Zarzut naruszenia art. 479^{31a} § 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 126 k.p.a. i art. 110 k.p.a. - przez nieudzielenie powodowi ochrony prawnej (oddalenie apelacji), mimo że decyzja obarczona jest kwalifikowanymi naruszeniami procedury administracyjnej, związanymi z: - dokonaniem przez pozwanego zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, polegającej na rozszerzeniu zarzutów stawianych powodowi o przepisy prawa wspólnotowego, mimo że przepisy uokik 2000 w brzmieniu obowiązującym w dniu 30 czerwca 2006 r. w związku z art. 126

k.p.a. i art. 110 k.p.a. nie upoważniały Prezesa UOKiK do takiej zmiany, a wada ta nie podlegała konwalidacji w postępowaniu sądowym, - tym, że rozstrzygnięcie zawarte w decyzji dotyczyło innego przedmiotu niż przedmiot sprawy wskazany w postanowieniach pozwanego wszczynających postępowanie antymonopolowe (postępowanie prowadzono w odniesieniu do rynku cementu, decyzja dotyczy rynku cementu szarego); - bezpodstawnym i rażąco szerokim wyłączeniem przez pozwanego w stosunku do powoda w trybie art. 62 ust. 1 uokik 2000 jawności części elementów decyzji (uzasadnienia i załączników), przez co nie spełnia ona podstawowych wymogów prawidłowego rozstrzygnięcia administracyjnego sprecyzowanych w art. 107 § 1 i 3 k.p.a., w stopniu uzasadniającym stwierdzenie jej nieważności w trybie art. 156 § 1 pkt 2) k.p.a., - które to uchybienia istotnie ograniczyły prawo powoda do obrony swoich słuszných interesów w postępowaniu przed pozwanym.

Zarzut ten okazał się bezzasadny. Podobnie jak w przypadku skargi C., należy zauważyć, że wskazany przepis odnosi się do postępowania przed sądem pierwszej instancji - nie mógł on więc zostać naruszony przez sąd drugiej instancji, a to wyrok tego ostatniego sądu jest przedmiotem oceny Sądu Najwyższego.

Na marginesie należy odnotować, że powód podobnie jak C. błędnie definiuje pojęcie zakresu przedmiotowego postępowania. W wyroku z 3 października 2013 r., III SK 67/12, na który powołuje się powód, Sąd Najwyższy stwierdzając niedopuszczalność zmiany przedmiotowego zakresu postępowania, odnosił się do zmiany opisu zarzucanego czynu - w pierwszym postanowieniu o wszczęciu postępowania Prezes UOKiK chciał zbadać, czy powód nadużył pozycji dominującej tylko i wyłącznie poprzez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych przy wykorzystaniu opisanych w postanowieniu zasad sprzedaży. Postanowieniem o zmianie postanowienia o wszczęciu postępowania Prezes UOKiK uczynił przedmiotem postępowania ustalenie negatywnego oddziaływania na konkurencję zachowania powoda polegającego na odmowie świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych. Zakres przedmiotowy - opis czynu zarzucanego przedsiębiorcy - uległ zatem rozszerzeniu.

Nie jest rozszerzeniem zakresu przedmiotowego modyfikacja kwalifikacji prawnej badanego czynu, tak jak było w niniejszej sprawie.

5.2. Zarzut naruszenia art. 378 § 1 k.p.c. w zw. z art. 382 k.p.c., art. 380 k.p.c. oraz art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1, 2 i 3 k.p.c., art. 227 k.p.c. i art. 278 § 1 k.p.c. - przez zaaprobowanie uchybień dowodowych Sądu I instancji, polegających na oddaleniu wniosku powoda o przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z dziedziny budownictwa i materiałów budowlanych na okoliczność odrębności produktowej cementu specjalnego (produkowanego i sprzedawanego przez powoda) w stosunku do cementu szarego, pomimo że celowość przeprowadzenia tego dowodu wynikała w sposób oczywisty z opinii prywatnej przedstawionej przez powoda w piśmie procesowym z dnia 3 stycznia 2013 r. oraz dostrzeżonej przez Sądy obu instancji i pozwanego różnicy przeznaczenia tych dwóch rodzajów cementu. Skutkiem powyższego uchybienia był brak prawidłowych ustaleń faktycznych w zakresie rynku właściwego, na jakim działał powód, co m.in. spowodowało zawyżenie nałożonej na powoda kary pieniężnej.

Zarzut ten jest nietrafny. Sąd Apelacyjny nie ma obowiązku uwzględnić wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, jeśli uzna, że nie jest to konieczne do ustalenia istotnych faktów niezbędnych do rozstrzygnięcia sprawy.

Wynikający z art. 378 § 1 k.p.c. obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji oznacza z jednej strony zakaz wykraczania przez sąd drugiej instancji poza te granice, z drugiej zaś nakaz wzięcia pod uwagę i rozważenia wszystkich podniesionych w apelacji zarzutów i wniosków. W konsekwencji, sąd drugiej instancji może - a jeżeli je dostrzeże, powinien - naprawić wszystkie stwierdzone w postępowaniu apelacyjnym naruszenia przez sąd pierwszej instancji prawa materialnego, niezależnie od tego, czy zostały wytknięte w apelacji, pod warunkiem, że mieszczą się w granicach zaskarżenia, zaś wynikający z brzmienia art. 378 § 1 zdanie pierwsze k.p.c. obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji powinien być rozumiany jako nakaz rozważenia wszystkich podniesionych w apelacji zarzutów. Rozpoznanie „sprawy” w granicach apelacji oznacza, że sąd drugiej instancji nie koncentruje się jedynie na ocenie zasadności zarzutów

apelacyjnych, lecz rozstrzyga merytorycznie o zasadności zgłoszonych roszczeń procesowych (wyrok Sądu Najwyższego z 29 listopada 2016 r., II PK 242/15). Nie można tego przepisu naruszyć w ten sposób, że Sąd nie wypowie się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku w sposób wyczerpujący do każdego zarzutu procesowego podniesionego przez apelującego (wyrok Sądu Najwyższego z 4 października 2017 r., III SK 49/16).

Nietrafny jest też zarzut naruszenia art. 278 k.p.c. W orzecznictwie Sądu Najwyższego dopuszcza się możliwość podniesienia zarzutu naruszenia art. 278 k.p.c. w skardze kasacyjnej w sytuacji, gdy sąd w zaskarżonym wyroku samodzielnie wypowiedział się w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych, z pominięciem dowodu z opinii biegłego (wyroki Sądu Najwyższego z: 24 października 2018 r., II CSK 623/17; 21 marca 2017 r., I CSK 447/15; 4 października 2017 r., III SK 49/16; 8 września 2015 r., I UK 430/14; 24 czerwca 2015 r. I UK 345/14; 5 lutego 2014 r., V CSK 140/13; 19 grudnia 1990 r., I PR 148/90).

Taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszej sprawie, ponieważ pozyskanie wiadomości specjalnych z zakresu różnic chemicznych pomiędzy różnymi gatunkami cementu nie było potrzebne do ustalenia rynku właściwego.

Prezes UOKiK ustalił rynek właściwy uwzględniając produkt - cement szary i obszar-terytorium Polski. Definiując rynek właściwy organ posłużył się obowiązującymi normami i ze względu na nie wyróżnił grupę cementów powszechnego użytku (wg EN 197-1 zharmonizowanej normy europejskiej, która w 2002 r. została zatwierdzona jako Polska Norma PN-EN 197-1:2002) oraz grupę cementów specjalnych (wg normy PN-B-19707:2003 i PN-EN 197-1:2002/A1 2005) zaliczając je do cementu szarego. Prezes UOKiK zaznaczył, że mimo licznych gatunków cementu szarego, które różnią się między sobą właściwościami, w zależności od proporcji współtworzących je składników oraz w zależności od przyjętego procesu ich produkcji, cement szary jest produktem homogenicznym, nie wymagającym węższej segmentacji. Przemawia za tym (i) produkcja na bazie jednego wspólnego dla nich produktu, (ii) w ogólnym zastosowaniu poszczególne gatunki cementu szarego mogą być używane zamiennie, (iii) produkt finalny musi

spełniać standardy wynikające z norm, (iv) nie są znane produkty mogące być uznane za substytuty cementu szarego.

Jak słusznie wskazał Sąd I instancji, którego pogląd Sąd II instancji w pełni podzielił, dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na wykazanie innych właściwości chemicznych klinkieru nie podważyłoby ustalenia rynku produktowego, bowiem o substytucyjności towarów decydują nabywcy. Ponadto wnosząca odwołanie nie wyjaśniła, w jakim zakresie przyjęta przez nią definicja rynku wyłączałaby wszelki rzeczywisty wpływ kartelu na zdefiniowany przez nią rynek cementów specjalistycznych. Twierdzenie, iż cement specjalistyczny należy do innego rynku produktowego w żadnym wypadku nie podważa okoliczności, że porozumienie stanowiło jednolite naruszenie bez wyodrębniania gatunków cementu.

5.3. Zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez sporządzenie uzasadnienia wyroku w sposób niespełniający kodeksowych wymagań, w tym w części wyjaśniającej wyliczenie kary pieniężnej w sposób nadmiernie lakoniczny, niejasny i wewnętrznie sprzeczny (zastosowanie wskazanego jako podstawę wyliczenia kary algorytmu prowadzi do innego wyniku, niż wskazany przez Sąd Apelacyjny), skutkiem czego wyrok w tej części wymyka się kontroli kasacyjnej.

Zarzut ten jest nietrafny. Jak już podkreślono, zarzut naruszenia art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. może być skuteczny jedynie w wyjątkowych przypadkach, gdy treść uzasadnienia orzeczenia sądu drugiej instancji uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia lub w przypadku zastosowania prawa materialnego do niedostatecznie jasno ustalonego stanu faktycznego. Taka sytuacja nie miała miejsca w przypadku zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego, którego uzasadnienie jest obszerne i wyczerpujące, w tym również część wyjaśniająca wyliczenie kary pieniężnej. Wbrew twierdzeniu powoda, Sąd Apelacyjny nie popełnił błędu w wyliczeniach, co zostanie wyjaśnione jeszcze poniżej, przy odniesieniu się do zarzutu naruszenia art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik 2000 w związku z art. 104 uokik 2000.

5.4. Zarzut naruszenia art. 177 § 1 pkt 3¹ k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez odmowę zawieszenia postępowania do czasu rozpatrzenia przez TSUE pytań prejudycjalnych skierowanych do TSUE przez Sąd Najwyższy

w postanowieniu z 26 września 2017 r., III SK 39/16, o co wnosił powód w piśmie procesowym z 22 stycznia 2018 r., mimo że wynik postępowania przed TSUE miał istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zarzut ten jest nietrafny, bo choć istniał związek między przedmiotem postępowania, a pytaniami prejudycjalnymi Sądu Najwyższego, to Sąd Apelacyjny miał prawo, ale nie miał obowiązku zawieszenia postępowania. Kompetencja do zawieszenia postępowania w sytuacji, gdy rozstrzygnięcie sprawy zależy od wyniku postępowania toczącego się przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej ma bowiem charakter fakultatywny (postanowienie Sądu Najwyższego z 18 lipca 2018 r., III UZ 10/18). Brak obowiązku zawieszenia postępowania nie oznacza co prawda, że sąd dysponuje w tej mierze całkowitą swobodą (wyrok Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2009 r., IV CSK 358/08), ale w tym przypadku Sąd Najwyższy nie widzi podstaw do zakwestionowania celowości decyzji Sądu Apelacyjnego.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że treść wyroku TSUE w tej sprawie nie miała wpływu na wynik postępowania. Trybunał Sprawiedliwości odpowiedział na pytania z postanowienia Sądu Najwyższego z 26 września 2017 r., III SK 39/16 w wyroku z 3 kwietnia 2019 r. w sprawie C-617/17, wskazując, że wyrażoną w art. 50 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej zasadę *ne bis in idem* należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się ona temu, aby krajowy organ ochrony konkurencji nałożył na przedsiębiorstwo, w ramach jednej i tej samej decyzji, dwie grzywny - jedną za naruszenie krajowego prawa konkurencji, a drugą – za naruszenie art. 82 WE. Tym samym nałożenie na powoda w ramach jednej decyzji Prezesa UOKiK kary łącznej za naruszenie krajowego i unijnego prawa konkurencji było zgodne z art. 50 Karty praw podstawowych. Zawieszenie postępowania przez Sąd Apelacyjny doprowadziłoby więc wyłącznie do jego zbędnego wydłużenia.

5.5. Zarzut naruszenia art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 w zw. z art. 2, art. 8, art. 32 ust. 1, art. 42 oraz art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji w zw. z art. 1a, art. 12 i art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych przez niewłaściwe zastosowanie, polegające na wymierzeniu kary pieniężnej

na podstawie normy prawnej niezgodnej z Konstytucją, która to niezgodność znajduje potwierdzenie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 3 listopada 2004 r., K 18/03, dotyczącym normy prawnej o brzmieniu tożsamym z normą zastosowaną w niniejszej sprawie. Skutkiem uznania przez Sąd Apelacyjny niekonstytucyjności art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik 2000 powinna być odmowa jego zastosowania, a w rezultacie uchylenie decyzji i umorzenie postępowania.

Zarzut ten jest nietrafny. Po pierwsze, Sąd Najwyższy nie podziela stanowiska powoda o niekonstytucyjności art. 101 ust. 1 uokik 2000. Jak już wyjaśniono, Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 3 listopada 2004 r., K 18/03 uznał za niezgodną z konstytucyjną zasadą określoności konstrukcję kary pieniężnej przewidzianą w art. 7 ust. 1 ustawy z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Ustawa kontrolowana przez TK nie miała odpowiednika art. 4 pkt 15 uokik 2000 nakazującego uwzględnienie przy wymiarze kary przychodu sprzed roku wszczęcia postępowania. Artykuł 7 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary określał nie tylko maksymalny wymiar kary, ale również samą podstawę jej ustalenia. Słusznie więc Trybunał uznał, że przyjęta konstrukcji kary pieniężnej całkowicie abstrahowała od sytuacji gospodarczej przedsiębiorcy w chwili popełnienia czynu. Inaczej jest w niniejszej sprawie - art. 101 ust. 1 uokik 2000 określa jedynie maksimum kary pieniężnej, natomiast podstawę do jej ustalenia określa art. 4 pkt 15 uokik 2000. Tym samym związek wysokości kary z sytuacją gospodarczą powoda w chwili popełnienia przez niego deliktu prawa konkurencji jest zachowany.

Po drugie, nie można się zgodzić z zarzutem powoda, że niekonstytucyjności art. 101 ust. 1 uokik 2000 należy upatrywać w nieprecyzyjności określenia „przychód”, o czym ma świadczyć wyrok TK z 3 listopada 2004 r., K 18/03. W ocenie Sądu Najwyższego porównanie pojęcia przychodu z art. 101 ust. 1 uokik 2000 do pojęcia przychodu z zakwestionowanego przez TK art. 7 ust. 1 uopz jest nieadekwatne. Trybunał rzeczywiście uznał pojęcie „przychodu określonego w trybie przepisów o podatku dochodowym od osób prawnych” za nieprecyzyjne, ale jedynie w odniesieniu do takich podmiotów zbiorowych, które nie podlegają

opodatkowaniu podatkiem od osób prawnych, w szczególności takich, które nie mają obowiązku prowadzenia ksiąg rachunkowych oraz ewidencji przychodów i wydatków. Trybunał zwrócił uwagę, że karze pieniężnej na podstawie art. 7 uopz podlegają również jednostki organizacyjne pozbawione osobowości prawnej (spółek cywilnych, jawnych, partnerskich, komandytowych, komandytowo-akcyjnych), które nie płacą podatku od osób prawnych - wspólnicy takich podmiotów płacą jedynie podatek od osób fizycznych. Tymczasem przychód wymienionych podmiotów zbiorowych nadal miał być ustalany w taki sam sposób, jak w przypadku osób prawnych - w takiej sytuacji rzeczywiście było to poważnie utrudnione, a niekiedy wręcz niemożliwe, co przemawiało za uznaniem art. 7 ust. 1 uopz za sprzeczny z zasadą określoności dekodowaną z art. 2 Konstytucji RP.

Wszyscy powodowie w niniejszej sprawie natomiast są osobami prawnymi, prowadzą więc księgi rachunkowe i płacą podatek od osób prawnych. W ich przypadku nie istnieją trudności z ustaleniem przychodu. Sąd Apelacyjny słusznie zatem ustalił przychód powoda w oparciu o najbardziej obiektywne źródło, jakim jest jego zeznanie podatkowe.

Po trzecie, nawet w razie istnienia obiektywnych wątpliwości co do zgodności przepisu ustawy z Konstytucją RP Sąd Apelacyjny w (...) nie mógł odmówić jego zastosowania w realiach analizowanej sprawy, a to z uwagi choćby na jasne stanowisko w tej sprawie wyrażone w cytowanym już postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego.

5.6. Zarzut naruszenia art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 i art. 104 uokik 2000 w zw. z art. 2, art. 8, art. 32 ust. 1, art. 42 oraz art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji w zw. z art. 1a, art. 12 i art. 27 ust. 1 ustawy o CIT przez błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że maksymalna wysokość kary pieniężnej powinna być ustalona w oparciu o przychód uzyskany w roku rozliczeniowym poprzedzającym nałożenie kary, nie zaś w roku poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania, na skutek której wysokość wymierzonej powodowi kary została rażąco zawyżona, jak też na nierównym traktowaniu stron postępowania przy wymiarze kary pieniężnej przez samodzielne ustalenie przychodu Grupie O. w inny sposób

niż pozostałym stronom postępowania, tj. jako przychodu nie będącego przychodem uzyskanym w roku podatkowym z naruszeniem art. 4 pkt 15 uokik 2000 oraz art. 27 ust 1 ustawy o CIT.

Zarzut ten w ocenie Sądu Najwyższego jest nietrafny. Jak już podkreślono powyżej, wykładnia art. 101 ust. 1 uokik 2000 musi uwzględniać definicję przychodu z art. 4 pkt 15 uokik 2000. Sugerowany przez powoda sposób rozumienia przychodu sprowadza się do ignorowania treści art. 4 pkt 15 uokik 2000, co jest niezgodne z wymogami wykładni językowej, a zwłaszcza z zakazem wykładni *per non est*.

Trafnie Sąd Apelacyjny wyjaśnił, że art. 101 ust. 1 uokik 2000 reguluje ustawowe maksimum nałożonej kary pieniężnej, natomiast podstawą ustalenia kary jest przychód uzyskany w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania na podstawie ustawy w rozumieniu art. 4 pkt 15 uokik 2000.

5.7. Naruszenie art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 w zw. z art. 2, art. 8, art. 32 ust. 1, art. 42 oraz art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji w zw. z art. 1a, art. 12 i art. 27 ust. 1 ustawy o CIT przez błędną wykładnię, polegającą na bezpodstawnym i automatycznym przyjęciu, że wątpliwości co do wykładni przepisów uokik 2000 zachodzą wyłącznie w odniesieniu do aspektu czasowego, tj. momentu ustalenia przychodu będącego podstawą ustalenia wysokości kary, nie zaś do treści normatywnej pojęcia „przychód uzyskany”, podczas gdy sposób, w jaki sformułowane zostało odesłanie do czynnika, od którego uzależniona jest wysokość kary administracyjnej, nie realizuje zasady szczególnej określoności przepisów sankcyjnych, co przekłada się również na potencjalne (i uzależnione od arbitralnej decyzji organu stosującego prawo), nierówne traktowanie podmiotów znajdujących się w tożsamej sytuacji faktycznej i prawnej. Błędna wykładnia polegała również na bezpodstawnym utożsamieniu przez Sąd Apelacyjny pojęcia „przychodu uzyskanego” z przychodem wynikającym z rocznego zeznania podatkowego o wysokości dochodu podlegającego opodatkowaniu, podczas gdy z uwagi na posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem „przychodu uzyskanego”, pod rozważę należało brać wyłącznie przychód rzeczywiście uzyskany, nie zaś należny a

nieotrzymany, na skutek czego doszło do nieuzasadnionego zawyżenia nałożonej na powoda kary.

Zarzut jest nietrafny. Słusznie Sąd Apelacyjny wymierzył karę pieniężną w oparciu o przychód zadeklarowany w zeznaniu podatkowym powoda.

Z art. 101 ust. 1 uokik 2000 jasno wynika, iż przychód stanowiący podstawę ustalania kary jest przychodem w rozumieniu obowiązujących przedsiębiorcę przepisów o podatku dochodowym od osób prawnych. Trafnie wskazuje pozwany w odpowiedzi na skargę kasacyjną powoda, że przychód w rozumieniu uokik 2000 jest więc tożsamy z przychodem, na podstawie którego ustalane są zobowiązanie przedsiębiorcy z tytułu podatku dochodowego. Przychód ten jest ujawniany w deklaracji podatkowej przedsiębiorcy. Takie rozwiązanie jest najbardziej optymalne z punktu widzenia efektywności i transparentności systemu karania. Po pierwsze, przychody podatkowe ustalane są zgodnie z ustalonymi w odpowiednich przepisach regułami, zaś nieprawidłowości w ich określaniu zagrożone są dotkliwymi sankcjami, co powoduje, iż są to kwoty wiarygodne i co do zasady niewymagające dodatkowej weryfikacji. Po drugie, reguły ustalania przychodów podatkowych są co do zasady jednolite dla wszystkich podmiotów, co zapewnia, że podstawa nakładania kary jest równa dla wszystkich przedsiębiorców. Wspomniany przepis zapewniał tym samym, że kary za delikty antymonopolowe będą ustalane na podstawie kwot możliwie pewnych i niezmanipulowanych, niewymagających dodatkowych ustaleń ze strony organu antymonopolowego lub sądów oraz obliczanych na tych samych zasadach dla wszystkich karanych przedsiębiorców.

Jak zostało to już wskazane powyżej, konstrukcja ustalania kary pieniężnej w oparciu o przychód w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym od osób prawnych została zakwestionowana przez TK jedynie w zakresie odnoszącym się do podmiotów zbiorowych niemających osobowości prawnej. Powtarzanie wywodów w tym zakresie jest zbędne. Z przytoczonego przez powoda wyroku Trybunału Konstytucyjnego K 18/03 w żaden sposób nie wynika niekonstytucyjność pojęcia przychodu użytego w art. 101 ust. 1 uokik 2000.

5.8. Zarzut naruszenia art. 131 ust. 1 uokk 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 pkt 15 uokk 2000 o w zw. z art. 23 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł

konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Gospodarczą obecnie art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej przez błędną wykładnię, polegającą na dokonaniu analizy metodologii ustalania wysokości kary oraz momentu odniesienia dla jej ustalenia w oparciu o: - treść Rozporządzenia 1/2003 oraz wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a rozporządzenia 1/2003 pomimo tego, że regulacje te nie mają zastosowania w odniesieniu do naruszenia zasad konkurencji na obszarze krajowym, a przy tym z uwagi na posługiwanie się pojęciem „obrotu”, a nie „przychodu”, w żadnej mierze nie można ich uznać za regulacje analogiczne do obowiązujących w porządku krajowym oraz wyjaśnienia Prezesa UOKiK w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję z dnia 29 grudnia 2008 r., pomimo tego że po pierwsze, zostały one wydane już po zaniechaniu praktyk ograniczających konkurencję, a po drugie nie stanowią źródła powszechnie obowiązującego prawa, która to błędna wykładnia doprowadziła do nieuzasadnionego zawyżenia nałożonej na powoda kary.

Zarzut ten w ocenie Sądu Najwyższego jest nietrafny. Przepisy prawa unijnego miały zastosowanie do niniejszej sprawy, bo przedmiotem postępowania było istnienie porozumienia naruszającego nie tylko krajowe, ale również unijne prawo konkurencji.

Wbrew twierdzeniom skarżącego, Sąd Apelacyjny nie stosował wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie nakładania kar. Sąd Apelacyjny stosował wyłącznie metodologię wynikającą z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz wyjaśnień Prezesa UOKiK. Natomiast wytyczne Komisji Europejskiej zostały powołane przez sąd II instancji jedynie jako dodatkowy argument przemawiający za prawidłowością zastosowanej przez Sąd interpretacji kwestionowanych przepisów.

5.9. Zarzut naruszenia art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 112 uokik 2000 przez błędne zastosowanie polegające na przyjęciu, że w świetle ustalonego stanu faktycznego, zgodnie z którym powód nie przejawiał aktywnej postawy w antykonkurencyjnym porozumieniu, ani też nie czerpał z niego jakichkolwiek korzyści, co więcej -

towarem, determinującym wysokość uzyskiwanych przez powoda przychodów, nie był cement szary, którego dotyczyło wskazane przez Sąd Apelacyjny porozumienie i ukaranie powoda w takiej samej proporcji, jak inni uczestnicy, co do których z ustalonego w sprawie stanu faktycznego bezsprzecznie wynika, że w sposób aktywny uczestniczyli w zмовie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady praworządności, polegającego na nieproporcjonalnym ukaraniu powoda, a dodatkowo przez nie rozważenie konsekwencji dla sprawy wynikających z art. 112 uokk 2000, wyłączającego - ze względu na upływ 5 lat od dnia wejścia w życie uokk 2000 - możliwość uwzględniania innych uczestników przy ustalaniu kary pieniężnej jakichkolwiek działań anty konkurencyjnych mających miejsce przed wejściem w życie tej ustawy.

Zarzut ten jest nietrafny. Powód pod pozorem zarzutu naruszenia prawa materialnego kwestionuje ustalenia faktyczne, co jest niedopuszczalne w postępowaniu kasacyjnym. Wbrew twierdzeniom powoda, w świetle stanu faktycznego ustalonego przez sądy obydwu instancji powód przejawiał aktywną postawę w antykonkurencyjnym porozumieniu i czerpał z niego korzyści. Sądy obu instancji zgodnie ustaliły, że cementownia W. była uczestnikiem porozumienia, które było rodzajem koordynacji pomiędzy wyżej wymienionymi podmiotami, pozwalającym na świadome zastąpienie związanego z konkurencją ryzyka praktyczną współpracą producentów w zakresie ustalania cen i innych warunków sprzedaży cementu szarego, podziału rynku i wymiany informacji. W szczególności należy przypomnieć, że w świetle stanu faktycznego ustalonego przez sądy obydwu instancji cementownia W. uczestniczyła w spotkaniach kartelowych dyrektorów handlowych w latach 1998-2002, które były poświęcone minimalnym cenom powiatowym cementu oraz udziałom historycznym, w szczególności terminom i wielkościom podwyżek cen oraz sprawdzeniu ich wykonania. Na tych spotkaniach omawiano odkryte przypadki nieprzestrzegania cen minimalnych oraz kwestie przekroczenia lub niewykonania przez poszczególnych producentów sprzedaży na poziomie wynikającym z udziałów historycznych. Cementownia W. reprezentowała na tych spotkaniach nie tylko siebie, ale również cementownię O.

5.10. Zarzut naruszenia art. 4 § 1 k.k. *per analogiam* przez jego niezastosowanie oraz art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik w związku z art. 6 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw przez niewłaściwe zastosowanie i nałożenie na powoda kary pieniężnej w wysokości wynikającej z brzmienia przepisu art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik 2000 obowiązującego po dniu 1 maja 2004 r. także w stosunku do zarzucanych powodowi czynów popełnionych do dnia 30 kwietnia 2004 r. oraz z pominięciem analizy względności dla Powoda przepisów ustaw antymonopolowych obowiązujących w okresie, którego dotyczyły zarzucone czyny, tj. ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym; uokik 2000 w brzmieniu obowiązującym przed dniem 30 kwietnia 2004 r., jak też przepisów uokik 2007 obowiązującej w dacie nałożenia kary.

Zarzut ten jest nietrafny. Jak zostało to już wskazane w przypadku skargi C.u, analogia z art. 4 § 1 Kodeksu karnego byłaby dopuszczalna, gdyby w prawie konkurencji nie było odpowiedniej normy intertemporalnej. Tymczasem taka norma istniała i wynikała z art. 6 przytoczonej powyżej ustawy nowelizującej, który wyraźnie ograniczał zastosowanie przepisów w brzmieniu obowiązującym do 30 kwietnia 2004 r. do postępowań zakończonych przed dniem wejścia w życie tej ustawy, tj. 1 maja 2004 r. Postępowanie antymonopolowe przeciwko powodowi zostało tymczasem wszczęte dopiero 28 grudnia 2006 r. Artykuł 101 ust. 1 uokik 2000 w brzmieniu obowiązującym do 30 kwietnia 2004 r. nie mógł mieć zastosowania do powoda.

Nie można się zgodzić z tezą powoda, jakoby zastosowanie art. 6 ustawy nowelizującej uokik 2000 oraz art. 131 ust. 1 uokik 2007 ograniczało się wyłącznie do przepisów proceduralnych. Takiej tezy nie da się wywieść z przytoczonego przez powoda wyroku Sądu Najwyższego z 3 października 2013 r., III SK 67/12, który w ogóle nie dotyczył zagadnienia znaczenia pojęcia przepisów przejściowych stosowanych do postępowań wszczętych przed wejściem w życie nowelizacji. Sąd Najwyższy wypowiadał się na temat innej kwestii - stwierdził jedynie, że „art. 131 ust. 1 uokik 2007 wykluczał możliwość uwzględniania po wejściu w życie uokik 2007 wniosków o zmianę postanowienia o wszczęciu postępowania. Jak wynika z

tego przepisu, stosowanie „przepisów dotychczasowych” dotyczy postępowań wszczętych pod rządami uokik 2000. W okresie obowiązywania tej ustawy postępowania uruchamiane przez Prezesa Urzędu wszczynano w drodze postanowienia o wszczęciu postępowania. Zatem dopiero od wydania takiego postanowienia można mówić o postępowaniu wszczętym i niezakończonym w rozumieniu art. 131 uokik 2007 i tylko do czynności podejmowanych w ramach takiego postępowania stosuje się przepisy dotychczasowe.”.

Artykuł 6 ustawy nowelizującej stanowi, że „[d]o postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 [o ochronie konkurencji i konsumentów], w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą”. Z kolei art. 131 ust. 1 uokik 2007 stanowi, że „[d]o postępowań wszczętych na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i niezakończonych do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.” Gdyby ustawodawca chciał ograniczyć zasięg tych norm intertemporalnych do przepisów proceduralnych uokik 2000, to by je wymienił wprost – tymczasem oba przepisy przejściowe mówią o ogólnie „przepisach” uokik 2000, a więc nie tylko tych o charakterze proceduralnym, ale również tych o charakterze materialnoprawnym.

5.11. Zarzut naruszenia art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik 2000 w zw. z art. 23 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 przez ich błędne zastosowanie, polegające na nieuwzględnieniu tego, że kalkulacja kary pieniężnej nakładanej w związku z naruszeniem art. 81 ust. 1 TWE powinna odnosić się do przychodów związanych z rynkiem, w którym miało dojść do zarzucanego naruszenia, co w ustalonych okolicznościach sprawy powinno doprowadzić do nałożenia na powoda kary pieniężnej odnoszącej się do przychodu uzyskanego na rynku cementu szarego, a nie na rynku cementu specjalnego.

Nie jest trafny zarzut naruszenia art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik 2000 w zw. z art. 23 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 przez ich błędne zastosowanie. Jak już wskazano powyżej, cement specjalny pomimo pewnych różnic chemicznych jest przedmiotem obrotu na tym samym rynku właściwym co cement szary. Jak zostało to już wskazane powyżej, Prezes UOKiK

ustalił rynek właściwy uwzględniając produkt - cement szary i obszar - jako terytorium Polski. Definiując rynek właściwy organ posłużył się obowiązującymi normami i ze względu na nie wyróżnił grupę cementów powszechnego użytku (wg EN 197-1 zharmonizowanej normy europejskiej, która w 2002 roku została zatwierdzona jako Polska Norma PN-EN 197- 1:2002) oraz grupę cementów specjalnych (wg normy PN-B-19707:2003 i PN-EN 197-1:2002/A1 2005) zaliczając je do cementu szarego. Prezes UOKiK słusznie zaznaczył, że mimo licznych gatunków cementu szarego, które różnią się między sobą właściwościami, w zależności od proporcji współtworzących je składników oraz w zależności od przyjętego procesu ich produkcji, cement szary jest produktem homogenicznym, nie wymagającym węższej segmentacji. Brak jest więc podstaw do zróżnicowania między rynkiem cementu szarego a rynkiem cementu specjalnego przy wymierzaniu kary pieniężnej za delikt antymonopolowy.

5.12. Zarzut naruszenia art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik 2000 w związku z art. 104 uokik 2000 przez błędne zastosowanie i w rezultacie wadliwe wyliczenie wysokości kary nałożonej na powoda, o którym świadczy m.in. to, że algorytm wyliczenia kary przedstawiony na str. 119 i 120 uzasadnienia wyroku prowadzi do innych wyników, niż przedstawione przez Sąd Apelacyjny na str. 121 tego uzasadnienia oraz w sentencji wyroku.

Zarzut nietrafny. To powód, nie Sąd Apelacyjny, popełnił błąd w swoich wyliczeniach. Sąd Apelacyjny, tak samo jak Prezes UOKiK w swojej decyzji, za punkt wyjścia przyjął ustalenie wysokości kary na poziomie 3% przychodu. Następnie, podobnie jak Prezes UOKiK, mając na uwadze konsekwencje zniekształcenia konkurencji na rynku produkcji i sprzedaży, podwyższył karę o 70% ($3\% + 70/100 \times 3\% = 5,1\%$). Odmienne niż Prezes UOKiK Sąd Apelacyjny ocenił długotrwałość naruszenia prawa. Prezes UOKiK, wychodząc z założenia, że naruszenie prawa krajowego trwało co najmniej 11 lat, zaś naruszenie prawa unijnego co najmniej 5 lat, podwyższył karę o 200%, a zatem wysokość kary na tym etapie obliczeń wyniosła: $5,1\% + 200/100 \times 5,1\% = 15,3\%$ (pkt 606 decyzji). Sąd Apelacyjny, korygując ustalenia faktyczne, zdecydował się na podwyższenie

kary o 150%, co dało finalną w przypadku spółek C., D., Warty i Odry wartość: $5,1\% + 150/100 \times 5,1\% = 12,75\%$.

Tymczasem powód przedstawił następujące obliczenia w skardze kasacyjnej: „[3 % (kwota bazowa - s. 119/7 in principio) + 70 % * 3 % (s. 119 in medio) * 150 % (str. 120 in principio) = (3% + 2,1 %) * 150 % = 7,65 %, a nie 12,75 % (str. 121 in principio).”.

Nie można się też zgodzić z twierdzeniem, że skrócenie okresu naruszenia prawa przez powoda z 16 do 10 lat powinno proporcjonalnie skutkować obniżeniem współczynnika podwyższenia z 200% na 125% a nie 150% ($10/16 * 200\% = 125\%$, a nie 150%). Jak zostało już powiedziane, kognicja Sądu Najwyższego w ocenie wysokości kar pieniężnych jest ograniczona. Wysokość obniżki pozostawiona jest uznaniu organu antymonopolowego i kontrolujących go sądów, z żadnego przepisu prawa nie wynika metodologia proponowana przez skarżącego.

5.13. Zarzut naruszenia art. 81 ust. 1 TWE oraz art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia 1/2003 poprzez ich błędną wykładnię prowadzącą do niewłaściwego zastosowania, polegającą na błędnym przyjęciu, że rzekome porozumienie zawarte pomiędzy krajowymi producentami cementu szarego miało wpływ na handel między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, mimo braku jakichkolwiek ustaleń w zakresie rzeczywistego możliwego wpływu polskiego rynku cementu szarego na rynek Unii Europejskiej.

Zarzut ten jest nietrafny. Przesłanka potencjalnego wpływu porozumienia lub praktyk na handel między państwami członkowskimi jest spełniona wówczas, gdy na podstawie całokształtu obiektywnych okoliczności prawnych lub faktycznych, możliwe jest przewidzenie z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa, że dana praktyka lub porozumienie może wywierać bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny, wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi, w sposób budzący obawę, że może to przeszkodzić w realizacji celów jednolitego rynku między państwami członkowskimi. W rozpoznawanej sprawie kartel zorganizowany został na poziomie krajowym przez głównych producentów cementu i tym samym mógł z samej jego istoty wpłynąć na handel między państwami członkowskimi w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE. Producenci

tworzący kartel posiadali nieomal 100% udziałów w rynku cementu. Tym samym porozumieniem kartelowym było objęte całe terytorium państwa członkowskiego.

5.14. Zarzut naruszenia art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 93 uokik 2000 poprzez niezastosowanie i błędne przyjęcie, że w sprawie nie doszło do przedawnienia dopuszczalności wszczęcia postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję na rynku Unii Europejskiej, pomimo że zaprzestanie praktyk ograniczających konkurencję nastąpiło zgodnie z wyrokiem w dniu 30 czerwca 2006 r., a postępowanie antymonopolowe w sprawie naruszenia przepisów uokik 2000 w zakresie porozumienia na rynku Unii Europejskiej zostało wszczęte przez Pozwanego w dniu 12 listopada 2008 r., a więc już po terminie warunkującym dopuszczalność wszczęcia określonym w art. 93 uokik 2000.

Zarzut ten w ocenie Sądu Najwyższego jest nietrafny. Stosownie do art. 93 uokik 2000 nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Postanowienie o wszczęciu postępowania zostało wydane już 28 grudnia 2006 r. 12 listopada 2008 r. zostało natomiast wydane postanowienie o zmianie postanowienia o wszczęciu. Zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania nie jest tym samym, co wszczęcie nowego postępowania. Oczywiście jest, że zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania może nastąpić dopiero po wszczęciu postępowania, czyli zdarzeniu przerywającym bieg przedawnienia, o którym mowa w art. 93 uokik 2000. Słusznie zatem uznał Sąd Apelacyjny, że organ krajowy prowadził jedno postępowania antymonopolowe, początkowo jedynie na podstawie przepisów krajowych prawa konkurencji, następnie zaś również w oparciu o przepisy prawa unijnego. Zważywszy na tożsamość przedmiotową i podmiotową oraz tożsamość chronionego w ramach tego postępowania interesu prawnego, uznać należy, że zmianie w toku prowadzonego postępowania uległa jedynie kwalifikacja prawna poprzez uwzględnienie przez organ z urzędu także przepisów prawa unijnego.

6. Skarga kasacyjna Cementowni O. S.A. z siedzibą w O.

6.1. Zarzut naruszenia art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 oraz w zw. z art. 2, art. 8, art. 32 ust. 1,

art. 42 i art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na wymierzeniu powodowi kary pieniężnej na podstawie normy prawnej o brzmieniu tożsamym z normą prawną uznaną za niezgodną z Konstytucją RP w myśl wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 listopada 2004 r., K 18/03, tj. poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na wymierzeniu powodowi kary pieniężnej na podstawie normy prawnej niezgodnej z Konstytucją RP.

Zarzut ten jest nietrafny. Co do oceny konstytucyjności art. 101 ust. 1 uokik 2000 Sąd Najwyższy już wypowiadał się powyżej, nie ma więc potrzeby powtarzania wcześniejszych wywodów. W tym miejscu należy jedynie zwrócić uwagę, że wbrew twierdzeniom powoda, norma wysłowiona w art. 7 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, która była przedmiotem kontroli TK w wyroku z 3 listopada 2004 r., K 18/03, nie jest tożsama z normą wynikającą z art. 101 ust. 1 uokik 2000. Inaczej niż w przypadku ustawy, która była przedmiotem kontroli TK, konstrukcja kary pieniężnej w art. 101 ust. 1 uokik 2000 umożliwia zachowanie związku z sytuacją gospodarczą przedsiębiorcy w chwili popełnienia czynu, dzięki uwzględnieniu definicji przychodu z art. 4 pkt 15 uokik 2000.

6.2. Zarzut naruszenia art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 pkt 15 i art. 104 uokik 2000 w zw. z art. 2, art. 8, art. 32 ust. 1, art. 42 oraz art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji RP poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że maksymalna wysokość kary pieniężnej powinna być ustalona w oparciu o przychód uzyskany w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, nie zaś w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia postępowania, wskutek czego wysokość kary pieniężnej nałożonej na powoda jest rażąco zawyżona.

Zarzut ten jest nietrafny. Z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego wynika jasno, że wysokość kary pieniężnej nałożonej na cementownię O. została ustalona w oparciu o przychód z roku poprzedzającego rok wszczęcia postępowania, tj. przychód z 2005 r. (kwota 93.626.441,32 zł). Co do trafności wykładni pojęcia przychodu w świetle art. 4 pkt 15 oraz art. 101 ust. 1 uokik 2000 Sąd Najwyższy wypowiedział się już kilkakrotnie powyżej.

6.3. Zarzut naruszenia art. 131 ust. 1 uokik 2000 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 4 pkt 15 uokik 2000 poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu metodologii ustalenia wysokości kary pieniężnej w oparciu o Wyjaśnienia pozwanego w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję (dokument z dnia 29 grudnia 2008 r., stosowany od dnia 1 stycznia 2009 r.), pomimo tego, że normy zawarte w tym dokumencie nie stanowią źródła powszechnie obowiązującego prawa.

Zarzut ten w ocenie Sądu Najwyższego jest nietrafny. Oczywiście jest, że „Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję”, opublikowane w Dzienniku Urzędowym UOKiK w 2008 r. (Dz.Urz. UOKiK 2008, nr 4, poz. 33) nie stanowią źródła powszechnie obowiązującego prawa, lecz są informacją o sposobie stosowania przepisów przez organ antymonopolowy, mającą w najlepszym razie status aktu prawa wewnętrznego, który wiąże jedynie pracowników Urzędu. Przygotowanie i podanie takiego dokumentu do publicznej wiadomości leży jednak w interesie przedsiębiorców, ma bowiem na celu zwiększenie transparentności w zakresie metodologii ustalania wysokości kar pieniężnych oraz umożliwienie przedsiębiorcom samodzielnego, wstępnego oszacowanie kary, którą jest zagrożone działanie niezgodne z prawem.

Tym niemniej należy przyznać powodowi rację, gdy wskazuje na niekonsekwencję Sądu Apelacyjnego, gdy stwierdza, że praktyki antykonkurencyjne zostały zaniechane przed dniem 30 czerwca 2006 r., a przy ustalaniu wysokości kar za te praktyki odwołuje się do dokumentu, który został opublikowany w dniu 29 grudnia 2008 r.

6.4. Zarzut naruszenia art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 104 uokik 2000 poprzez niewłaściwe zastosowanie skutkujące rażącym naruszeniem zasady proporcjonalności kary będącym rezultatem nieuzasadnionego zaniechania uwzględnienia okoliczności łagodzących w procesie ustalania wysokości kary oraz poprzez nieprawidłowe obliczenie wysokości kary pieniężnej nałożonej na powoda (w oparciu o „Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar” w szczególności wobec przyjęcia takiego

algorytmu obliczenia tej kary, którego zastosowanie w myśl wskazań Sądu II instancji prowadzi do wyniku odmiennego niż objęty wyrokowaniem).

Zarzut ten jest nietrafny. Wbrew twierdzeniu powoda wyrażonemu w uzasadnieniu jego skargi kasacyjnej, naruszenie zasady proporcjonalności nie jest tu oczywiste. Powód powołał się tylko na jedną konkretną okoliczność łagodzącą, która w jego ocenie powinna była zostać uwzględniona - brak tzw. recydywy antymonopolowej, czyli niepopelnienie deliktów antymonopolowych w okresie poprzedzającym zawarcie porozumienia.

Stosownie do art. 104 u.o.k.k. przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów u.o.k.k., a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Z wykładni językowej przepisu wyraźnie wynika, że organ antymonopolowy ma wziąć pod uwagę przy miarkowaniu kary „uprzednie naruszenie przepisów ustawy” przez przedsiębiorcę, a nie «brak» uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. O ile zatem recydywa antymonopolowa stanowi okoliczność obciążającą, to brak recydywy antymonopolowej nie stanowi okoliczności łagodzącej. Należy ponownie podkreślić, że przestrzeganie obowiązującego prawa jest konstytucyjnym obowiązkiem (art. 83 Konstytucji RP), nie można więc oczekiwać swego rodzaju „premii” za poszanowanie przepisów prawa. Sam fakt przestrzegania prawa konkurencji przez przedsiębiorcę w okresie poprzedzającym popełnienie deliktu antymonopolowego nie daje podstaw do oczekiwania obniżenia kary pieniężnej za późniejsze naruszenie.

Do zarzutu błędu w wyliczeniu kary pieniężnej Sąd Najwyższy odniesie się przy okazji omówienia zarzutów dotyczących naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.

6.5. Zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 3 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 TWE poprzez ich błędną wykładnię skutkującą nieuzasadnionym uznaniem, że porozumienie zawarte pomiędzy krajowymi producentami cementu szarego miało wpływ na handel między państwami członkowskimi

Unii Europejskiej, to jest uznaniem dokonany mimo braku jakichkolwiek ustaleń w zakresie wpływu polskiego rynku cementu szarego na rynek unijny.

Zarzut ten w ocenie Sądu Najwyższego jest nietrafny. Jak zostało już to powiedziane powyżej, w świetle dotychczasowego orzecznictwa polskiego i unijnego nie jest konieczne istnienie rzeczywistego wpływu na handel, wystarczy sama możliwość jego wystąpienia, a więc wystarczającym jest, że działania polegające na zawarciu antykonkurencyjnego porozumienia są w stanie wywołać takie skutki, bez względu na to czy rzeczywiście je wywołują. Ponadto należy zauważyć, że w dniu 14 września 2009 r. Prezes UOKiK przedstawił projekt decyzji Komisji Europejskiej, która nie zgłosiła do niego zastrzeżeń (pkt 10 decyzji).

6.6. Zarzut naruszenia art. 131 ust. 1 uokik 2007 w zw. z art. 93 uokik 2000 - poprzez ich niezastosowanie skutkujące błędnym przyjęciem, że w niniejszej sprawie nie doszło do przedawnienia dopuszczalności wszczęcia postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję na rynku Unii Europejskiej, wobec wszczęcia przez pozwanego postępowania antymonopolowego w zakresie porozumienia na rynku unijnym dopiero w dniu 12 listopada 2008 r., a więc ze znacznym przekroczeniem terminu wynikającego z art. 93 u uokik 2000 tj. terminu dopuszczającego możliwość wszczęcia takiego postępowania.

Zarzut nietrafny. Stosownie do art. 93 uokik 2000 nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Postanowienie o wszczęciu postępowania zostało wydane już 28 grudnia 2006 r. 12 listopada 2008 r. zostało natomiast wydane postanowienie o zmianie postanowienia o wszczęciu. Jak zostało tu już powiedziane, zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania nie jest tym samym, co wszczęcie nowego postępowania. Oczywiście jest, że zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania może nastąpić dopiero po wszczęciu postępowania, czyli zdarzeniu przerywającym bieg przedawnienia, o którym mowa w art. 93 uokik 2000. Słusznie zatem uznał Sąd Apelacyjny, że organ krajowy prowadził jedno postępowanie antymonopolowe, początkowo jedynie na podstawie przepisów krajowych prawa konkurencji, następnie zaś również w oparciu o przepisy prawa unijnego. Zważywszy na tożsamość przedmiotową i

podmiotową oraz tożsamość chronionego w ramach tego postępowania interesu prawnego, uznać należy, że zmianie w toku prowadzonego postępowania uległa jedynie kwalifikacja prawna poprzez uwzględnienie przez organ z urzędu także przepisów prawa unijnego.

6.7. Zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia zaskarżonego wyroku w sposób niezapewniający dostatecznie precyzyjnego wyjaśnienia podstawy faktycznej i prawnej wyroku, w szczególności w zakresie podstaw i sposobu obliczenia kary pieniężnej nałożonej na powoda, przy jednoczesnym przyjęciu takiego algorytmu obliczenia tej kary, którego zastosowanie w myśl wskazań Sądu II instancji prowadzi do wyniku odmiennego niż objęty wyrokowaniem.

Zarzut ten jest nietrafny. To powód, nie Sąd Apelacyjny, popełnił błąd w swoich wyliczeniach. Sąd Apelacyjny, tak samo jak Prezes UOKiK w swojej decyzji, za punkt wyjścia przyjął ustalenie wysokości kary na poziomie 3% przychodu. Następnie, podobnie jak Prezes UOKiK, mając na uwadze konsekwencje zniekształcenia konkurencji na rynku produkcji i sprzedaży, podwyższył karę o 70% ($3\% + 70/100 \times 3\% = 5,1\%$). Odmienne niż Prezes UOKiK Sąd Apelacyjny ocenił długotrwałość naruszenia prawa. Prezes UOKiK, wychodząc z założenia, że naruszenie prawa krajowego trwało co najmniej 11 lat, zaś naruszenie prawa unijnego co najmniej 5 lat, podwyższył karę o 200%, a zatem wysokość kary na tym etapie obliczeń wyniosła: $5,1\% + 200/100 \times 5,1\% = 15,3\%$ (pkt 606 decyzji). Sąd Apelacyjny, korygując ustalenia faktyczne, zdecydował się na podwyższenie kary o 150%, co dało finalną w przypadku spółek C., D., Warty i Odry wartość: $5,1\% + 150/100 \times 5,1\% = 5,1\% + 7,65\% = 12,75\%$.

Tymczasem to powód w swojej skardze kasacyjnej popełnił błąd, wskazując, że na tym etapie „wartość kwoty bazowej wzrosła z poziomu 5,1% do 7,65% ($5,1\% + 150/100 \times 5,1\% = 7,65\%$)” – w sposób oczywisty zapominając o zsumowaniu wyniku iloczynu $150/100 \times 5,1\%$ z wartością 5,1%.

6.8. Zarzut naruszenia art. 177 § 1 pkt 3¹ k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez odmowę zawieszenia przedmiotowego postępowania do czasu rozpatrzenia przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytań prejudycjalnych skierowanych do TSUE przez Sąd Najwyższy

postanowieniem z dnia 26 września 2017 r. (w sprawie III SK 39/16), dla których odpowiedzi TSUE będą miały w sposób oczywisty istotne znaczenie z punktu widzenia oceny stanu faktycznego i prawnego niniejszej sprawy, a w konsekwencji - dla jej rozstrzygnięcia.

Zarzut ten jest nietrafny, podobnie jak w przypadku skargi cementowni Warty, w której padł taki sam zarzut. Sąd Apelacyjny nie miał obowiązku zawieszenia postępowania, choć istniał związek między przedmiotem postępowania, a pytaniami prejudycjalnymi SN. Co więcej wyrok TSUE z 3 kwietnia 2019 r. w sprawie C-617/17 potwierdził słuszność praktyki łączenia w jednej decyzji kary za naruszenia krajowego prawa konkurencji oraz kary za naruszenie unijnego prawa konkurencji. Zawieszenie postępowania przez Sąd Apelacyjny doprowadziłoby wyłącznie do jego zbędnego wydłużenia.

6.9. Zarzut naruszenia art. 479^{31a} § 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 126 k.p.a. i art. 110 k.p.a. poprzez nieuprawnione uznanie, iż decyzja pozwanego nie jest obarczona oczywistym naruszeniem procedury administracyjnej w zakresie w jakim pozwany dokonał zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, polegającej na rozszerzeniu zarzutów stawianych powodowi o przepisy prawa wspólnotowego, wbrew treści przepisów ustawy z 2000 r. w zw. z art. 126 k.p.a. i art. 110 k.p.a., które nie mogły stanowić i nie stanowiły podstawy dla dokonania przez organ administracji (pozwanego) zmiany ww. postanowienia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Trafnie wskazuje Prezes UOKiK, że w niniejszej sprawie nie miała miejsca zmiana opisu zachowania przedsiębiorców (co jest niedopuszczalne), a jedynie zmiana materialnoprawnej kwalifikacji zarzucanego zachowania (co jest już dopuszczalne).

7. Skarga kasacyjna Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

7.1. Zarzut naruszenia art. 10 ust. 3 uokik 2000 polegające na jego błędnej wykładni poprzez pominięcie, że ciężar dowodowy w przedmiocie zaprzestania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję spoczywa na przedsiębiorcy.

Zarzut ten jest trafny. Stosownie do art. 10 ust. 3 uokik 2000, ciężar udowodnienia okoliczności, o których mowa w ust. 1 [zaniechanie udziału w zakazanym porozumieniu lub nadużywania pozycji dominującej], spoczywa na przedsiębiorcy lub związku przedsiębiorców. Jak wskazuje się w literaturze, przepis ten zwalnia Prezesa UOKiK z obowiązku poszukiwania dowodów wskazujących na zaistnienie faktu zaniechania udziału w zakazanym porozumieniu (K. Kohutek, uwagi do art. 10, w: K. Kohutek et al, *Ochrona konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX 2005; E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 129). Słusznie więc Prezes UOKiK podnosi w skardze kasacyjnej, że każdy z powodów odrębnie mógł (i powinien był) przedstawić - zarówno na etapie postępowania antymonopolowego, jak i na etapie postępowania sądowego - dowody wskazujące na to, że w określonej dacie zachowywał się w sposób odbiegający od przypisywanego mu przez organ zachowania.

Sąd Apelacyjny przyjął zaś założenie, że skoro Prezes UOKiK nie przedstawił dowodów, że praktyka była nadal stosowana w dniu wydania decyzji, to należy uznać, że oświadczenie przedsiębiorcy o zaniechaniu praktyki przez przedsiębiorcę ma ten skutek, że Prezes UOKiK musi wykazać, iż przedsiębiorca nadal stosuje praktykę.

7.2. Zarzut naruszenia art. 10 ust. 1 i 2 uokik 2000 przez jego zastosowanie wskutek stwierdzenia zaniechania praktyk ograniczających konkurencję opisanych w pkt I-VI decyzji Prezesa UOKiK z 8 grudnia 2009 r. nr DOK-(...) z dnia 30 czerwca 2006 r., podczas gdy zachowania uznane za praktyki ograniczające konkurencję w postaci zakazanych porozumień ograniczających konkurencję, o których mowa w art. 5 ust. 1 ww. ustawy oraz art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (tekst skonsolidowany Dz.Urz. UE C 321 E, z 29 grudnia 2006 r., s. 37) [na dzień wydania decyzji art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (tekst skonsolidowany Dz.Urz. UE C 115, z 9 maja 2008 r., s. 47)], miały charakter działania (porozumienia) ciągłego i jednolitego, wymagającego stwierdzenia jego zaniechania jako całości przez wszystkich jego uczestników, w tym przedsiębiorców, którzy złożyli wnioski o odstąpienie od

wymierzenia kary lub jej obniżenie, o których mowa w art. 103a ww. ustawy, przy uwzględnieniu, że na ocenę tego zaniechania nie może wpływać uwzględnienie przez Prezesa UOKiK ww. wniosków, których odpowiednio warunkiem, zgodnie z art. 103a ust. 1 pkt 3 oraz 103a ust. 2 pkt 2 powołanej ustawy, jest zaprzestanie uczestnictwa w takim działaniu (porozumieniu).

Zarzut ten trafny. Sąd Apelacyjny nie wykazał, dlaczego za dzień zaniechania udziału w porozumieniu wszystkich przedsiębiorców uznał właśnie datę 30 czerwca 2006 r. W uzasadnieniu nie można znaleźć ani jednego konkretnego faktu, z którego Sąd Apelacyjny wywodziłby wniosek, że z dniem 30 czerwca 2006 r. wszyscy członkowie kartelu przestali dopuszczać się naruszenia prawa konkurencji.

7.3. Zarzut naruszenia art. 4 pkt 15 uokik 2000 poprzez jego zastosowanie w odniesieniu do praktyk ograniczających konkurencję, które nie zostały zaniechane, podczas gdy w tej sytuacji podstawą wymiaru kary pieniężnej za stosowanie tych praktyk powinien być przychód (obecnie obrót) osiągnięty w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, o którym mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy (obecnie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2017 r. o ochronie konkurencji i konsumentów - t.j. Dz.U. 2018, poz. 798 ze zm.).

Zarzut jest nietrafny. Jak już podkreślono, Sąd Apelacyjny słusznie przyjął, że art. 4 pkt 15 uokik 2000 jest podstawą do wyliczenia kary pieniężnej, natomiast art. 101 ust. 1 uokik 2000 wyznacza jedynie maksymalny próg kary. Wykładnia proponowana przez Prezesa UOKiK interpretuje pojęcie przychodu z art. 101 ust. 1 uokik 2000 w oderwaniu od art. 4 pkt 15 uokik 2000, co w oczywisty sposób kłóci się z dyrektywami wykładni systemowej.

Mając na uwadze wskazane okoliczności Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji, na podstawie art. 398¹⁵ i art. 398¹⁶ k.p.c. O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 w związku z art. 108 § 2 i art. 398²¹ k.p.c.