



Sygn. akt III SK 38/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 października 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dawid Miąsik (przewodniczący)

SSN Zbigniew Korzeniowski

SSN Andrzej Wróbel (sprawozdawca)

Protokolant Joanna Porowska

w sprawie z powództwa Banku Millenium S.A. w Warszawie, Banku BGŻ BNP Paribas S.A. w Warszawie, DnB Bank Polska S.A. w Warszawie, Banku Ochrony Środowiska S.A. w Warszawie, Banku Pocztowego S.A. w Bydgoszczy, Banku BPH S.A. w Gdańsku, ING Bank Śląski S.A. w Katowicach, Deutsche Bank Polska S.A. w Warszawie, Banku Zachodniego WBK S.A. we Wrocławiu, mBank S.A. w Warszawie, (dawniej BRE Bank S.A. w Warszawie), Getin Noble Bank S.A. w Warszawie (dawniej Getin Bank S.A. w Warszawie), Banku Handlowego w Warszawie S.A. w Warszawie, Plus Bank S.A. w Warszawie (dawniej Invest Bank S.A. w Warszawie), Banku Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie, Credit Agricole Bank Polska S.A. we Wrocławiu (dawniej Lukas Bank S.A. we Wrocławiu), Powszechnej Kasy Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie, Nordea Bank Polska S.A. w Gdyni (obecnie Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie), HSBC Bank Polska S.A. w Warszawie, MasterCard Europe sprl w Waterloo Belgia
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
z udziałem zainteresowanych: Polskiej Organizacji Handlu i Dystrybucji w Warszawie, VISA Europe Limited w Londynie (Wielka Brytania), VISA International

Service Association w Wilmington (Stany Zjednoczone Ameryki Północnej),
 Związku Banków Polskich
 o ochronę konkurencji i nałożenie kar pieniężnych,
 po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
 Publicznych w dniu 11 października 2017 r.,
 skarg kasacyjnych: Banku Millenium S.A. w Warszawie, Banku BGŻ BNP Paribas
 S.A. w Warszawie, Banku Pocztowego S.A. w Bydgoszczy, Banku BPH S.A. w
 Gdańsku, ING Bank Śląski S.A. w Katowicach, Deutsche Bank Polska S.A. w
 Warszawie, Banku Zachodniego WBK S.A. we Wrocławiu, mBank S.A. w
 Warszawie, Banku Handlowego w Warszawie S.A. w Warszawie, Plus Bank S.A. w
 Warszawie, Banku Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie, Credit Agricole Bank
 Polska S.A. we Wrocławiu, Powszechnej Kasy Oszczędności Bank Polski S.A. w
 Warszawie oraz VISA Europe Limited w Londynie (Wielka Brytania)
 od wyroku Sądu Apelacyjnego w W.
 z dnia 6 października 2015 r.,

1. odrzuca skargę kasacyjną VISA Europe Limited w Londynie,

2. uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Apelacyjnemu w W. do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego,

3. zasądza od VISA Europe Limited na rzecz Polskiej Organizacji Handlu i Dystrybucji kwotę 1080 (tysiąc osiemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Decyzją z 29 grudnia 2006 r., DAR-15/2006, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes UOKiK), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek P. z siedzibą w W., przeciwko Visa International Service Association z siedzibą w Wilmington (Stany Zjednoczone Ameryki), Visa Europe Limited z siedzibą w Londynie (Wielka Brytania),

MasterCard Europe Sprl z siedzibą w Waterloo (Belgia), Związkowi Banków Polskich oraz bankom wydającym karty płatnicze w systemach Visa i MasterCard, tj.: Bankowi Millenium SA. z siedzibą w Warszawie, Bankowi Gospodarki Żywnościowej SA. z siedzibą w Warszawie, Bankowi Inicjatyw Społeczno-Ekonomicznych SA. z siedzibą w Warszawie, Bankowi Ochrony Środowiska S.A. z siedzibą w Warszawie, Bankowi Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, Bankowi Pocztowemu S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, Bankowi BPH S.A. z siedzibą w Krakowie, ING Bankowi Śląskiemu S.A. z siedzibą w Katowicach, Deutsche Bankowi PBC S.A. z siedzibą w Warszawie, Bankowi Zachodniemu WBK S.A. z siedzibą we Wrocławiu, BRE Bankowi S.A. z siedzibą w Warszawie, Bankowi Handlowemu w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, Fortis Bankowi S.A. z siedzibą w Warszawie, Getin Bankowi S.A. z siedzibą w Katowicach, Invest Bankowi S.A. z siedzibą w Warszawie, Kredyt Bankowi S.A. z siedzibą w Warszawie, Nordea Bankowi Polska S.A. z siedzibą w Gdyni, Lukas Bankowi S.A. z siedzibą we Wrocławiu, Powszechnej Kasie Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie, HSBC Bankowi Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, pod zarzutem stosowania praktyk ograniczających konkurencję, określonych w art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) oraz w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm., zwanej dalej uokik lub uokik 2000):

I. na podstawie art. 3 i art. 5 w związku z art. 35 Rozporządzenia Rady (WE) Nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. (Dz. Urz. WE L 1 z 4 stycznia 2003 r.) i art. 24 ust. 1a uokik, jak również na podstawie art. 9 uokik,

1. uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską oraz w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik, praktykę polegającą na uczestniczeniu przez Bank Millenium S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Inicjatyw Społeczno-Ekonomicznych S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Pocztowy S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, Bank BPH S.A. z siedzibą w Krakowie, ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach, Deutsche Bank PBC S.A. z

siedzibą w Warszawie, Bank Zachodni WBK S.A. z siedzibą we Wrocławiu, BRE Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Handlowy w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, Fortis Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Getin Bank S.A. z siedzibą w Katowicach, Invest Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Kredyt Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Lukas Bank S.A. z siedzibą we Wrocławiu, Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Nordea Bank Polska S.A. z siedzibą w Gdyni w porozumieniu ograniczającym konkurencję na rynku usług acquiringowych związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane przez konsumentów towary i usługi za pomocą kart płatniczych na terytorium Polski poprzez wspólne ustalanie wysokości stawek opłaty *interchange* pobieranej od transakcji dokonywanych kartami systemu Visa w Polsce i nakazał zaniechanie jej stosowania;

2. uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską oraz w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik, praktykę polegającą na uczestniczeniu przez Bank Millenium S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Ochrony Środowiska S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank BPH S.A. z siedzibą w Krakowie, ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach, Bank Zachodni WBK S.A. z siedzibą we Wrocławiu, BRE Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Handlowy w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, Getin Bank S.A. z siedzibą w Katowicach, Invest Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Kredyt Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Nordea Bank Polska S.A. z siedzibą w Gdyni, Lukas Bank S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie w porozumieniu ograniczającym konkurencję na rynku usług acquiringowych związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane przez konsumentów towary i usługi za pomocą kart płatniczych na terytorium Polski poprzez wspólne ustalanie wysokości stawek opłaty *interchange* pobieranej od transakcji dokonywanych kartami systemu MasterCard w Polsce i nakazał zaniechanie jej stosowania;

II. na podstawie art. 10 ust. 2 uokik uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik praktykę polegającą

na uczestniczeniu przez HSBC Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w porozumieniu ograniczającym konkurencję na rynku usług acquiringowych związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane przez konsumentów towary i usługi za pomocą kart płatniczych na terytorium Polski poprzez wspólne ustalanie wysokości stawek opłaty *interchange* pobieranej od transakcji dokonywanych kartami systemu Visa w Polsce i stwierdził zaniechanie jej stosowania przez ten Bank z dniem 30 listopada 2001 r.;

III. na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. w związku z art. 80 uokik umorzył jako bezprzedmiotowe postępowanie przeciwko HSBC Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawie naruszenia art. 81 ust. 1 Traktatu w drodze uczestnictwa w porozumieniu ograniczającym konkurencję na rynku usług acquiringowych związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane przez konsumentów towary i usługi za pomocą kart płatniczych na terytorium Polski poprzez wspólne ustalanie wysokości stawek opłaty *interchange* pobieranej od transakcji dokonywanych kartami systemu Visa w Polsce;

IV. na podstawie art. 3 i art. 5 w związku z art. 35 Rozporządzenia Rady (WE) Nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. i art. 24 ust. 1a uokik, jak również na podstawie art. 11 ust. 1 uokik nie stwierdził stosowania przez Visa International Service Association z siedzibą w Wilmington (Stany Zjednoczone Ameryki), Visa Europe Limited z siedzibą w Londynie (Wielka Brytania), MasterCard Europe Sprl z siedzibą w Waterloo (Belgia), banki wydające karty płatnicze w systemach Visa i MasterCard, tj.: Bank Millenium S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Inicjatyw Społeczno-Ekonomicznych S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Ochrony Środowiska S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Pocztowy S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, Bank BPH S.A. z siedzibą w Krakowie, ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach, Deutsche Bank PBC S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Zachodni WBK S.A. z siedzibą we Wrocławiu, BRE Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Handlowy w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, Fortis Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Getin Bank S.A. z siedzibą w

Katowicach, Invest Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Kredyt Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Nordea Bank Polska S.A. z siedzibą w Gdyni, Lukas Bank S.A. z siedzibą we Wrocławiu, Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie, HSBC Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Związek Banków Polskich praktyki ograniczającej konkurencję wskazanej w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 6 uokik, polegającej na koordynacji działań w celu ograniczenia dostępu przedsiębiorców, nie będących członkami w/w porozumień emitentów, do rynku usług acquiringowych związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane przez konsumentów towary i usługi za pomocą kart płatniczych na terytorium Polski;

V. na podstawie art. 3 i art. 5 w związku z art. 35 Rozporządzenia Rady (WE) Nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. i art. 24 ust. 1a uokik, jak również na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik, w związku ze stwierdzeniem praktyk ograniczających konkurencję w zakresie wskazanym w punktach I i II decyzji, nałożył na Bank Millenium S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w kwocie 12.158.370 zł, na Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w kwocie 9.649.500 zł, na Bank Inicjatyw Społeczno-Ekonomicznych S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w kwocie 2.894.850 zł, na Bank Ochrony Środowiska S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w kwocie 2.894.850 zł, na Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w kwocie 16.597.140 zł, na Bank Pocztowy S.A. z siedzibą w Bydgoszczy karę pieniężną w kwocie 2.894.850 zł, na Bank BPH S.A. z siedzibą w Krakowie karę pieniężną w kwocie 14.667.240 zł, na ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach karę pieniężną w kwocie 14.088.270 zł, na Deutsche Bank PBC S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w kwocie 2.894.850 zł, na Bank Zachodni WBK S.A. z siedzibą we Wrocławiu karę pieniężną w kwocie 14.088.270 zł, na BRE Bank S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w kwocie 7.719.600 zł, na Bank Handlowy w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w kwocie 10.228.470 zł, na Fortis Bank S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w kwocie 2.894.850 zł, na Getin Bank S.A. z siedzibą w Katowicach karę pieniężną w kwocie 4.824.750 zł, na Invest Bank S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w kwocie 4.824.750 zł, na Kredyt Bank S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w kwocie 12.158.370 zł,

na Nordea Bank Polska S.A. z siedzibą w Gdyni karę pieniężną w kwocie 4.824.750 zł, na Lukas Bank S.A. z siedzibą we Wrocławiu karę pieniężną w kwocie 7.719.600 zł, na Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w kwocie 16.597.140 zł, na HSBC Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w kwocie 192.990 zł.

VI. na podstawie art. 90 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nadał decyzji w punkcie I rygor natychmiastowej wykonalności.

Od powyższej decyzji odwołania wnieśli:

- Bank Millenium S.A. (sygn. XVII AmA 109/07);
- Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. w Warszawie (sygn. XVII AmA 110/07);
- Bank DnB Nord Polska S.A. w Warszawie (sygn. XVII AmA 111/07),
- Bank Ochrony Środowiska S.A. w Warszawie (sygn. XVII AmA 112/07),
- Bank Pocztowy S.A. w Bydgoszczy (sygn. XVII AmA 113/07),
- Bank BPH S.A. w Krakowie (sygn. XVII AmA 114/07),
- ING Bank Śląski S.A. w Katowicach (sygn. XVII AmA 115/07),
- Deutsche Bank PBC S.A. w Warszawie (sygn. XVII AmA 116/07),
- Bank Zachodni WBK S.A. w Warszawie (sygn. XVII AmA 117/07),
- BRE Bank S.A. w Warszawie (sygn. XVII AmA 118/07),
- Fortis Bank S.A. w Warszawie (sygn. XVII AmA 119/07),
- Getin Noble Bank S.A. w Katowicach (sygn. XVII AmA 120/07),
- Bank Handlowy w Warszawie S.A. w Warszawie (sygn. XVII AmA 121/07),
- Invest Bank S.A. w Warszawie (sygn. XVII AmA 122/07),
- Kredyt Bank S.A. w Warszawie (sygn. XVII AmA 123/07),
- Bank Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie (sygn. XVII AmA 124/07),
- Nordea Bank Polska S.A. w Gdyni (sygn. XVII AmA 125/07),
- Lukas Bank S.A. we Wrocławiu (sygn. XVII AmA 126/07),
- Bank Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie (sygn. XVII AmA 127/07),
- HSBC Bank Polska S.A. w Warszawie (sygn. XVII AmA 128/07),
- MasterCard Europę Sprl w Waterloo, Belgia (sygn. XVII AmA 129/07).

Wyrokiem z dnia 12 listopada 2008 r., Sąd Okręgowy w W. zmienił zaskarżoną decyzję w zakresie punktów I, II, III i V w ten sposób, że: nie stwierdził stosowania praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na uczestniczeniu przez banki w porozumieniu ograniczającym konkurencję na rynku usług acquiringowych związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane przez konsumentów towary i usługi za pomocą kart płatniczych na terytorium Polski poprzez wspólne ustalanie wysokości stawek opłaty *interchange* pobieranej od transakcji dokonywanych kartami systemu Visa i systemu MasterCard w Polsce, a także oddalił odwołanie MasterCard Europe Sprl z siedzibą w Waterloo (Belgia).

Na skutek apelacji wniesionych przez pozwanego Prezesa UOKiK oraz powoda MasterCard Europe Sprl z siedzibą w Waterloo (Belgia), wyrokiem z dnia 22 kwietnia 2010 r., wydanym w sprawie o sygn. akt VI ACa .../09, Sąd Apelacyjny w W. uchylił zaskarżony wyrok w całości i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji. Wskazał, że ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy powinien dokonać oceny zarzutów zawartych w odwołaniach od decyzji Prezesa UOKiK, odnosząc je do prawidłowo ustalonego rynku właściwego. W szczególności sąd pierwszej instancji ma zbadać ewentualne istnienie przesłanek uzasadniających wyłączenie przedmiotowych porozumień spod zakazu, wynikających z art. 81 ust. 3 TWE oraz z art. 7 ust. 1 w związku z art. 11 ust. 2 uokik. Powinien mieć na uwadze brzmienie art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003, zgodnie z którym to przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw ubiegający się o wyłączenie na mocy art. 81 ust. 3 Traktatu ma obowiązek udowodnienia, że przesłanki określone w tym przepisie są spełnione.

Na skutek ponownego rozpoznania sprawy, wyrokiem z dnia 21 listopada 2013 r., Sąd Okręgowy w W. zmienił zaskarżoną decyzję w punkcie V w ten sposób, że nałożył na: Bank Millenium S.A. w Warszawie karę pieniężną w kwocie 634.071 zł, Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. w Warszawie karę pieniężną w kwocie 1.861.354 zł, Bank DnB NORD Polska S.A. w Warszawie karę pieniężną w kwocie 42.717 zł, Bank Ochrony Środowiska S.A. w Warszawie karę pieniężną w kwocie 64.281 zł, Bank Pocztowy S.A. w Bydgoszczy karę pieniężną w kwocie 25 438 zł, Bank BPH S.A. w Krakowie karę pieniężną w kwocie 9.950.442 zł, ING

Bank Śląski S.A. w Katowicach karę pieniężną w kwocie 403.209 zł, Deutsche Bank PBC S.A. w Warszawie karę pieniężną w kwocie 25.157 zł, Bank Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu karę pieniężną w kwocie 286.419 zł, Bank Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu, w zakresie kary nałożonej na Kredyt Bank S.A. w Warszawie, na skutek przejęcia przez Bank Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu i wstąpienia w ogół praw i obowiązków Kredyt Banku S.A. w Warszawie - karę pieniężną w kwocie 2.531.242 zł, BRE Bank S.A. w Warszawie karę pieniężną w kwocie 1.027.202 zł, BNP Paribas Bank Polska S.A. w Warszawie karę pieniężną w kwocie 59.748 zł, Getin Noble Bank S.A. w Warszawie karę pieniężną w kwocie 70.522 zł, Bank Handlowy w Warszawie S.A. w Warszawie karę pieniężną w kwocie 1.775.720 zł, Invest Bank S.A. w Warszawie karę pieniężną w kwocie 98.657 zł, Bank Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie karę pieniężną w kwocie 14.045.545 zł, Nordea Bank Polska S.A. w Gdyni karę pieniężną w kwocie 2.586 zł, Credit Agricole Bank Polska S.A. we Wrocławiu karę pieniężną w kwocie 1.084.587 zł, Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie karę pieniężną w kwocie 10.358.622 zł, HSBC Bank Polska S.A. w Warszawie karę pieniężną w kwocie 7.677 zł, oraz oddalił odwołania w pozostałym zakresie.

Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne. Wskazane w zaskarżonej decyzji banki (emitenci) w ramach prowadzonej działalności gospodarczej wydają swoim klientom karty płatnicze, kredytowe i debetowe w systemie Visa lub MasterCard. Konsumenci mogą przy ich użyciu dokonywać płatności za towary lub usługi nabywane od sprzedawców lub wytwórców (akceptantów). Za usługę rozliczenia transakcji dokonanej z użyciem karty płatniczej systemu Visa lub MasterCard pobierana jest każdorazowo opłata zwana *domestic interchange fee*, która stanowi prowizję emitenta karty. W dniu 16 lutego 1993 r. Bank Depozytowo-Kredytowy w Lublinie S.A. z siedzibą w Lublinie, Bank Gdański S.A. z siedzibą w Gdańsku, Bank Inicjatyw Gospodarczych BIG S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Przemysłowo-Handlowy S.A. z siedzibą w Krakowie, Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach, Bank Zachodni S.A. z siedzibą we Wrocławiu, Kredyt Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Pomorski Bank Kredytowy S.A. z siedzibą w Szczecinie, Powszechna Kasa

Oszczędności Bank Polski z siedzibą w Warszawie, Powszechny Bank Gospodarczy w Łodzi S.A. z siedzibą w Łodzi i Wielkopolski Bank Kredytowy S.A. z siedzibą w Poznaniu zawarły umowę o utworzeniu Forum Visa Polska. W umowie ustalono, że do zadań Forum należy „ustalanie zasad współpracy między bankami - członkami i nie członkami Forum Visa Polska w zakresie funkcjonowania i obsługi kart Visa” (§ 3 pkt 4 umowy), a także „określanie kierunków rozwoju i promocji kart Visa w Polsce oraz podejmowanie wspólnych działań w tym zakresie” (§ 3 pkt 5 umowy). Tego samego dnia Forum Visa Polska podjęło uchwałę nr 1, która weszła w życie z dniem 10 września 1993 r., oraz uchwałę nr 2, obowiązującą od dnia 10 grudnia 1993 r. Uchwała nr 1 przewidywała, że „Centra Rozliczające ustają wspólnie stawki opłat i prowizji związanych z przeprowadzaniem transakcji w Polsce przy użyciu kart Visa oraz stawki za usługi świadczone na rzecz banków członków Forum Visa Polska. Stawki opłat i prowizji, o których mowa, obowiązują po zaakceptowaniu ich przez Forum”. W uchwale nr 2 ustalono natomiast m.in. „jednolitą krajową stawkę prowizji krajowej za obsługę kart (domestic *interchange fee*) w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa] ceny transakcyjnej” (§ 4 pkt 1 uchwały). W kolejnych latach wysokość stawek opłat i prowizji ulegała zmianom. W dniu 1 czerwca 1996 r. weszła w życie, ustalona na posiedzeniu Forum Visa Polska w dniach 16-17 maja 1996 r., stawka opłaty *interchange* dla transakcji elektronicznych w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa]. Została ona następnie zmniejszona uchwałą Forum Visa Polska z dnia 4 czerwca 1998 r. do poziomu [tajemnica przedsiębiorstwa].

W dniu 9 listopada 2000 r. Visa International i banki członkowskie systemu Visa zawarły umowę o utworzeniu Organizacji Krajowej Visa Polska, która zastąpiła Forum Visa Polska. W umowie ustalono, że do zadań Organizacji należy ustanawianie krajowych stawek *interchange*, przy czym prawo do głosu w tej kwestii będzie przysługiwało wyłącznie bankom (pkt 1 § 5 umowy). Głównym organem decyzyjnym Organizacji Krajowej Visa Polska jest Komitet Decyzyjny Visa Polska, powoływany spośród banków członkowskich Visa International. W dniu 23 października 2003 r. Komitet Decyzyjny podjął uchwałę nr 14, którą zatwierdził stawki opłaty *interchange* na poziomie [tajemnica przedsiębiorstwa] dla transakcji krajowych z użyciem kart elektronicznych i [tajemnica przedsiębiorstwa] dla

transakcji z wykorzystaniem pozostałych kart, jako obowiązujące od dnia 1 maja 2004 r. dla krajowych transakcji w Polsce. W maju 2004 r. stosowane przez banki stawki opłaty *interchange* dla kart Visa zostały określone na poziomie [tajemnica przedsiębiorstwa] i [tajemnica przedsiębiorstwa], wprowadzono również stawkę dla linii lotniczych w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa]. W następstwie przeprowadzonych analiz kosztowych stawki opłat *intercharge* dla transakcji kartami Visa zostały zmienione od 21 stycznia 2006 r. Obniżona została stawka standardowa do wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa] i stawka dla transakcji elektronicznych do wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa], wprowadzono również stawkę dla handlu elektronicznego w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa] i dla transakcji kartami chipowymi w wysokości od [tajemnica przedsiębiorstwa] do [tajemnica przedsiębiorstwa]. W dniu 17 listopada 1994 r. banki: American Bank In Poland S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Handlowy w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie i Powszechny Bank Kredytowy S.A. z siedzibą w Warszawie utworzyły Forum Europay Polska (tzw. MasterCard Forum Poland). Jednym z głównych zadań statutowych Forum było „określanie zasad dotyczących funkcjonowania systemu płatniczego w Polsce opartego na Europay International w zakresie transakcji krajowych”. Na pierwszym posiedzeniu Forum uchwalono jednolitą stawkę opłaty *interchange* w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa] wartości transakcji. Przy jej ustalaniu kierowano się wysokością stawki obowiązującej w systemie Visa. Na spotkaniu Forum Europay Polska w dniu 11 czerwca 1997 r. wysokość stawek opłaty *interchange* została zmieniona. Ustalono następujące wysokości stawek opłat: dla transakcji kartą debetową Maestro w terminalu POS, potwierdzana podpisem [tajemnica przedsiębiorstwa]; dla transakcji kartą debetową Maestro w terminalu POS, potwierdzana kodem PIN [tajemnica przedsiębiorstwa]; dla transakcji kartą kredytową EuroCard/MasterCard bez użycia terminalu POS [tajemnica przedsiębiorstwa]; dla transakcji kartą kredytową EuroCard/MasterCard w terminalu POS [tajemnica przedsiębiorstwa]. Kolejna zmiana wysokości stawek opłaty *interchange* została uzgodniona przez banki na spotkaniu w dniu 26 lipca 2000 r. Stawki opłaty *interchange* dla transakcji kartami kredytowymi w oparciu o podpis

wzrosły z [tajemnica przedsiębiorstwa] do [tajemnica przedsiębiorstwa], natomiast stawki opłaty *interchange* dla transakcji kartami kredytowymi w oparciu o PIN wzrosły z [tajemnica przedsiębiorstwa] do [tajemnica przedsiębiorstwa]. Powyższe stawki obowiązywały do dnia 1 czerwca 2004 r. kiedy wprowadzono nowe stawki: dla kart debetowych [tajemnica przedsiębiorstwa] wartości transakcji autoryzowanych w oparciu o PIN i [tajemnica przedsiębiorstwa] - w oparciu o podpis; dla kart z odroczoną płatnością/kredytowych [tajemnica przedsiębiorstwa] wartości transakcji autoryzowanych w oparciu o PIN i [tajemnica przedsiębiorstwa]; dla kart MC Electronic [tajemnica przedsiębiorstwa]. Następną zmianą wysokości stawek opłaty *interchange* w systemie MasterCard została wprowadzona od dnia 1 stycznia 2006 r., w wyniku przeprowadzenia analizy kosztowej.

Sąd Okręgowy ustalił, że w Polsce działają trzy odrębne systemy rozliczania transakcji dokonanych przez posiadaczy kart na rynku krajowym, zrealizowanych z zastosowaniem kart płatniczych wydanych przez polskie banki. Są to: Krajowy System Rozliczeniowy należący do PolCard S.A (KSR), Europay Domestic Clearing and Settlement System (EDCSS) prowadzony przez MasterCard Europę, oraz Visa National Net Settlement System (VNNSS) należący do Visa International. Systemy Visa i MasterCard rozliczają transakcje dokonane kartami płatniczymi należącymi do własnych organizacji, natomiast KSR rozlicza transakcje zrealizowane wszystkimi rodzajami kart płatniczych, które zostały wydane przez polskie banki. Wszystkie trzy krajowe systemy działają na zasadzie kompensaty należności i zobowiązań uczestników oraz korzystają z pomocy tego samego pośrednika rozliczeniowego. Pośrednik rozlicza otrzymane z poszczególnych systemów kwoty netto za pośrednictwem Krajowej Izby Rozliczeniowej S.A. Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że system rozliczeń kart płatniczych w Polsce charakteryzuje się zaangażowaniem dwóch pośredników rozliczeniowych przed dokonaniem finalnego rozrachunku w systemie SORBNET w Centrali NBP. Schemat rozliczeń poszczególnych systemach jest podobny, różni się jedynie terminami przesyłania wyników kompensaty do banku rozliczeniowego, a w konsekwencji różnymi terminami dokonywania rozliczeń przez bank rozliczeniowy identycznych rodzajów operacji w Krajowej Izbie Rozliczeniowej. Krajowy System Rozliczeniowy (KSR) jako jedyny spełnia przesłanki systemu rozliczeniowego w rozumieniu przepisów

ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o ostateczności rozrachunku w systemach płatności i systemach rozrachunku papierów wartościowych oraz zasadach nadzoru nad tymi systemami (jednolity tekst: Dz.U. z 2013 r., poz. 246) i podlega nadzorowi Prezesa NBP. Pozostałe dwa systemy, jako nie podlegające prawu polskiemu, nie mieszczą się w ustawowej definicji systemu rozliczeniowego i nie są objęte nadzorem Prezesa NBP. Sąd Okręgowy wskazał, że transakcje dokonane z zastosowaniem kart płatniczych systemów Visa i MasterCard rozliczane są w tzw. systemie czterostronnym w następujących etapach:

(1) posiadacz karty realizuje płatność w punkcie handlowo-usługowym (u akceptanta). Jeżeli kwota transakcji przekracza limit (*floor limit*) przyznany danemu punktowi handlowemu przez agenta rozliczeniowego (którym w systemach Visa i MasterCard jest acquirer lub inny podmiot działający na jego zlecenie), konieczny jest proces autoryzacji. Podczas autoryzacji bank (emitent) wyraża posiadaczowi karty zgodę na bezgotówkowe dokonanie płatności. Limity transakcyjne dla akceptantów są uzależnione od punktu handlowego akceptującego płatność, rodzaju karty oraz organizacji płatniczej, która wydała kartę. Limity ustalane są przez agentów rozliczeniowych, z którymi akceptanci mają podpisane umowy o współpracy. PolCard jako operator KSR pełni również funkcję acquirera. Operacje rozpoznania karty, sprawdzenia kwoty limitu transakcji dla konkretnego akceptanta oraz limitu ustalonego przez bank dla danej karty przeprowadzane są poprzez terminal zainstalowany u akceptanta. Jeżeli kwota transakcji nie przekracza limitu transakcyjnego danego akceptanta, terminal realizuje transakcję automatycznie, bez łączenia się z agentem rozliczeniowym, sprawdzając jedynie, czy karta nie została wycofana z obiegu. W przypadku, gdy kwota transakcji przekracza ustalony dla akceptanta limit, terminal automatycznie łączy się z agentem, który inicjuje proces autoryzacji. Jeśli akceptant nie jest wyposażony w odpowiedni terminal, autoryzacja jest wykonywana telefonicznie przez sprzedawcę. Po autoryzacji następuje sfinalizowanie transakcji i wydanie towaru lub zrealizowanie usługi na rzecz posiadacza karty;

(2) akceptant (sprzedawca) przesyła informacje o dokonanych transakcjach i zapytanie o autoryzację do agenta rozliczeniowego, z którym podpisał umowę;

(3) jeżeli istnieje taka potrzeba, agent przesyła zapytanie o autoryzację do banku (emitenta karty);

(4) bank (emitent) przesyła agentowi odpowiedź zwrotną;

(5) jeżeli bank wyraził zgodę na przeprowadzenie transakcji, agent przesyła odpowiedź autoryzacyjną do akceptanta i transakcja jest finalizowana, zaś posiadacz karty otrzymuje towar lub usługę. Akceptant przesyła do agenta rozliczeniowego informacje o dokonanych transakcjach. Do godziny 6:00 agent rozliczeniowy przesyła dane dotyczące transakcji do systemu KSR;

(6) w godzinach 6:00-11:00 w KSR odbywa się sesja rozliczeniowa. O godzinie 11:00 raporty i pliki z przetworzonymi transakcjami są udostępniane na serwerze dla uczestników KSR. PolCard przekazuje także do banku rozliczeniowego raport rozliczeń netto, zawierający informacje o kwotach netto dla poszczególnych uczestników KRS;

(7) w tym samym dniu bank rozliczeniowy przekazuje za pośrednictwem KIR S.A. noty obciążeniowe w systemie SYBIR (uznawany jest bank rozliczeniowy), a następnie w systemie ELIXIR dokonywane są uznania banków z pozycją kredytową netto;

(8) finalny rozrachunek transakcji dostarczonych przez bank rozliczeniowy następuje na sesjach rozrachunkowych KIR S.A. w systemie SORBNET w Centrali NBP, w wyniku czego następuje przesłanie zbioru z transakcjami, na podstawie którego bank (emitent), który wydał kartę, obciąża rachunek klienta (posiadacza karty);

(9) agent rozliczeniowy przekazuje środki na rzecz akceptanta, na wskazany przez niego w umowie rachunek bankowy. Faktyczna data uznania rachunku akceptanta uzależniona jest od umowy między akceptantem i agentem rozliczeniowym, a więc może nastąpić również przed dokonaniem rozliczenia w systemie KSR. Uznanie rachunku akceptanta nie jest jednak równe kwocie transakcji, na którą konsument dokonał zakupu u akceptanta, albowiem kwota ta jest pomniejszana o prowizję pobraną przez acquirera. Pobierana przez acquirera kwota zawiera w sobie rzeczywiste wynagrodzenie acquirera oraz opłatę *interchange*, która jest wynagrodzeniem banku (emitenta karty) od każdej transakcji dokonanej u akceptanta z zastosowaniem karty wydanej przez ten bank.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że wysokość prowizji pobieranej przez acquirera musi być wyższa od opłaty *interchange*, albowiem w przeciwnym razie acquirer po odprowadzeniu opłaty należnej bankowi (emitentowi) nie uzyskałby żadnego wynagrodzenia za swoje usługi. Kwota prowizji ustalana jest w drodze negocjacji pomiędzy acquirerem i akceptantem, natomiast wysokość opłaty *interchange* ustalana jest przez banki, które emitują karty płatnicze.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że we wspólnym ustalaniu krajowych stawek opłaty *interchange* uczestniczyły następujące banki: Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie - w systemie Visa od 1993 r. i w systemie MasterCard od 1995 r.; Bank Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie - w systemach Visa i MasterCard od 1993 r.; Bank BPH S.A. w Krakowie - w systemie Visa od 1993 r. i w systemie MasterCard od 1994 r.; Bank Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu oraz ING Bank Śląski S.A. w Katowicach - w systemie Visa od 1993 r. i w systemie MasterCard od 1997 r.; Kredyt Bank S.A. w Warszawie - w systemie Visa od 1993 r. i w systemie MasterCard od 1996 r.; Bank Millenium S.A. w Warszawie - w systemie Visa od 1993 r. i w systemie MasterCard od 1995 r.; Bank Handlowy w Warszawie S.A. w Warszawie - w systemie Visa od 1998 r. i w systemie MasterCard od 1994 r.; Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. w Warszawie - w systemie Visa od 1997 r. i w systemie MasterCard od 1996 r.; BRE Bank S.A. w Warszawie i Getin Bank S.A. w Gdyni - w systemach Visa i MasterCard od 1999 r.; Lukas Bank S.A. we Wrocławiu, Nordea Bank Polska S.A. w Gdyni oraz Invest Bank S.A. w Warszawie - w systemach Visa i MasterCard od 2000 r.; Bank DbN Nord S.A. w Warszawie - wyłącznie w systemie Visa od 1999 r.; Bank Ochrony Środowiska S.A. w Warszawie wyłącznie w systemie MasterCard od 1999 r.; Deutsche Bank PBC S.A. w Warszawie, Fortis Bank Polska S.A. w Warszawie oraz Bank Pocztowy S.A. w Bydgoszczy – wyłącznie w systemie Visa odpowiednio od 1996 r., 1998 r. i 2000 r.; HSBC Bank Polska S.A. w Warszawie - wyłącznie w systemie Visa od marca 1999 r. do 30 listopada 2001 r. Banki te we wskazanych okresach były emitentami kart płatniczych w systemach Visa i/lub MasterCard.

W dniu 17 stycznia 2001 r. Polska Organizacja Handlu i Dystrybucji (POHiD) wystąpiła do Prezesa UOKiK z wnioskiem o wszczęcie postępowania w sprawie

stosowania przez Visa International w Warszawie, Europay International S.A. w Warszawie, Visa Forum Polska w Warszawie, Europay Forum Polska w Warszawie, Radę Wydawców Kart Płatniczych przy Związku Banków Polskich oraz 25 banków praktyk ograniczających konkurencję na rynku kart płatniczych ogólnego przeznaczenia. W dniu 23 kwietnia 2001 r. Prezes UOKiK wydał postanowienie o wszczęciu postępowania administracyjnego przeciwko wymienionym we wniosku podmiotom pod zarzutem stosowania praktyk ograniczających konkurencję, polegających na zawarciu porozumień ograniczających konkurencję na rynku kart płatniczych ogólnego przeznaczenia na terytorium Polski poprzez: zawarcie porozumień cenowych mających na celu wspólne ustalanie wysokości opłaty *interchange* pobieranej od transakcji dokonywanych kartami płatniczymi systemów Visa i Europay/Eurocard/MasterCard w Polsce oraz koordynację działań w celu ograniczenia dostępu do rynku przedsiębiorców nienależących do stowarzyszeń emitentów, co mogło stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 i 6 uokik, a także ustalanie w ramach stowarzyszeń emitentów zasad i warunków zawieranych umów, co mogło stanowić naruszenie art. 5 ust. 1 uokik. W toku postępowania administracyjnego banki zajmowały stanowisko, że istnienie opłaty *interchange* w czterostronnych systemach płatniczych jest konieczne dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania systemu oraz efektywności ustalania wielkości stawek opłaty *interchange* w drodze wielostronnych porozumień. Ponadto ujednolicenie opłaty *interchange* jest konieczne dla rozwoju systemu i umożliwia uwzględnienie całości interesów banków (emitentów kart) i acquirersów. Opłata *interchange* zapewnia bowiem bankom zwrot nakładów poniesionych na rozwój infrastruktury informatycznej obsługującej rynek kart płatniczych i odpowiednią rentowność, co pozwala na funkcjonowanie i rozwój systemu bez ponoszenia nadmiernych kosztów przez konsumentów. Ustalanie opłaty *interchange* w jednolitej wysokości banki tłumaczyły wysokimi kosztami ponoszonymi na rozwój systemu płatności kartami oraz kosztami funkcjonowania tego systemu. Szczególnie wskazywano na koszty związane z gwarantowaniem akceptantowi płatności z tytułu dokonanej transakcji; windykacją długu oraz odpowiedzialność za samą windykację; finansowaniem okresu wolnego od odsetek, wynikającego z kredytowania posiadaczy kart w

okresie od daty transakcji do chwili faktycznego pobrania środków z rachunku bieżącego posiadacza karty; przetwarzaniem danych dotyczących samej transakcji. Zdaniem banków konieczność ponoszenia powyższych kosztów, a także etap rozwoju polskiego rynku kart płatniczych uzasadniają ustalenie w Polsce opłaty *interchange* na poziomie wyższym niż w innych krajach.

Banki nie kwestionowały swojego uczestnictwa w wielostronnym ustalaniu wysokości opłaty *interchange*, jednakże twierdziły, że zaletą takiego działania jest obniżenie kosztów negocjacji, które byłyby wyższe w przypadku konieczności prowadzenia rozmów dwustronnych. Wskazywały, że ustalenie opłaty *interchange* w drodze porozumienia pozwala na wynegocjonowanie jej na poziomie korzystnym i akceptowalnym przez emitentów oraz akceptantów. Zdaniem banków istnienie porozumień w przedmiocie wysokości opłaty *interchange* nie eliminuje, nie ogranicza i nie narusza w inny sposób konkurencji na rynku właściwym kart płatniczych ogólnego przeznaczenia na terytorium Polski. Natomiast rezygnacja z powyższego modelu ustalania opłaty *interchange* miałaby ujemne skutki w postaci: wyższych kosztów bilateralnego ustalania wysokości opłat; pojawienia się zachowań anty konkurencyjnych polegających na przyjmowaniu przez akceptantów jedynie kart wydanych przez wybranych emitentów (co skutkowałoby eliminowaniem z rynku mniej atrakcyjnych emitentów); zróżnicowania opłat i produktów (co utrudniłoby sprawne rozliczanie transakcji dokonanych przy użyciu kart, a z punktu widzenia akceptantów dzieliłoby klientów na „lepszych i gorszych”, utrudniając konsumentom dostęp do punktów akceptujących karty i wpływając na zmniejszenie korzyści dla samych akceptantów).

Ponadto organizacje Visa i MasterCard twierdziły, że porozumienia w sprawie opłaty *interchange* nie były objęte zakazem z art. 81 ust. 1 TWE, ponieważ były to porozumienia horyzontalne zawarte między konkurentami. Wskazały, że z Obwieszczenia Komisji Europejskiej w sprawie wytycznych dotyczących zastosowania art. 81 ust. 1 TWE do horyzontalnych porozumień o współpracy (Dz. Urz. WE C 3 z 6 stycznia 2001 r.) wynika, iż porozumienia te nie podlegają zakazowi zawartemu w art. 81 ust. 1 TWE ze względu na swoją naturę. Związek Banków Polskich podkreślił, że w przedmiotowych porozumieniach nie występują klauzule prowadzące do ograniczenia akceptacji kart wydanych przez banki nie

uczestniczące w porozumieniach o rozliczeniach wielostronnych. Natomiast banki zaznaczyły, że członkostwo w systemach Visa i MasterCard jest dobrowolne i otwarte dla wszystkich podmiotów spełniających warunki uzyskania licencji.

Postanowieniem z dnia 26 kwietnia 2004 r. Prezes UOKiK zmienił postanowienie o wszczęciu postępowania w zakresie rynku właściwego, który został zdefiniowany jako „rynek usług związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane przez konsumentów towary i usługi za pomocą kart płatniczych na terytorium Polski”. Postanowieniem z dnia 15 marca 2006 r., sprostowanym postanowieniem z dnia 11 sierpnia 2006 r., Prezes UOKiK ponownie zmienił postanowienie o wszczęciu postępowania w sprawie poprzez doprecyzowanie podmiotów, przeciw którym prowadzone jest postępowanie. Prezes UOKiK wyjaśnił, że na kierunek prowadzonego przez niego postępowania wpłynęło wydanie w dniu 24 lipca 2002 r. przez Komisję Europejską decyzji dotyczącej ustalania transgranicznej wielostronnej opłaty *interchange* Visa (sprawa COMP/29.373), w której Visa International została zobowiązana do przedstawienia Komisji Europejskiej analiz kosztów związanych z opłatą *interchange*.

W latach 2003-2004 na spotkaniach przedstawicieli banków z organem administracyjnym omawiana była możliwość obniżenia stawek opłaty *interchange*, co wiązało się z opracowaniem przez banki i przedstawieniem do akceptacji Prezesa UOKiK kalkulacji kosztów związanych z krajową opłatą *interchange*. Organ administracyjny uznał, że dla właściwego rozstrzygnięcia sprawy konieczne jest zbadanie analiz kosztów związanych z działaniem systemu kart płatniczych, mając na uwadze fakt, iż nałożenie przez Komisję Europejską na Visa International obowiązku sporządzenia kalkulacji kosztów miało na celu ustalenie maksymalnej dopuszczalnej stawki opłaty *interchange* w transakcjach transgranicznych. Dlatego Prezes UOKiK uwzględnił wniosek POHiD o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia kosztów funkcjonowania systemu kart płatniczych w Polsce i ich odzwierciedlenia w poziomie istniejącej opłaty *interchange*. Opinia została sporządzona na podstawie dokumentów dotyczących banków uczestniczących w postępowaniu, złożonych przez Visa i MasterCard. Treść opinii biegłego została zakwestionowana przez banki oraz Visa i MasterCard.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2006 r. Prezes UOKiK zawiadomił strony o zakończeniu zbierania materiału dowodowego i możliwości zapoznania się z aktami sprawy. Pismem z dnia 27 września 2006 r. POHiD ponownie wniosła o doprecyzowanie wyznaczonego w sprawie rynku właściwego poprzez jego określenie jako „rynek usług acquiringowych związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane przez konsumentów towary i usługi za pomocą kart płatniczych na terenie Polski”. Postanowieniem z dnia 3 października 2006 r. Prezes UOKiK zmienił postanowienie o wszczęciu postępowania poprzez określenie rynku właściwego zgodnie z wnioskiem. Pismem z dnia 21 listopada 2006 r. strony zostały ponownie poinformowane o możliwości zapoznania się z aktami sprawy i ustosunkowania się do zarzutów, także w zakresie określenia rynku właściwego.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy odniósł się do wniosków dowodowych oraz zarzutów sformułowanych przez powodów w odwołaniach. Sąd pierwszej instancji wskazał, że z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż banki emitujące karty płatnicze w systemach Visa i MasterCard ustalały w drodze wielostronnych porozumień jednolitą wysokość opłat *interchange*, stanowiących prowizję emitenta karty płatniczej od każdej transakcji dokonanej z użyciem tej karty. Informacja o wysokości opłaty *interchange* była przekazywana acquirerom i uwzględniana przy rozliczaniu każdej transakcji dokonanej z użyciem karty. W toku postępowania administracyjnego banki nie kwestionowały faktu ustalania wysokości opłat *interchange* w wielostronnych uzgodnieniach, wskazywały jednakże na zalety takiego rozwiązania, polegające na uniknięciu konieczności prowadzenia wielu rozmów dwustronnych, które nie pozwoliłyby na utworzenie jednolitego i sprawnego systemu rozliczania transakcji dokonywanych przy użyciu kart płatniczych. Jednakże, zdaniem Sądu Okręgowego, pozytywne skutki przyjętego przez banki rozwiązania nie zmieniają faktu, że jednolita wysokość opłaty *interchange* jest efektem porozumień podmiotów działających na tym samym szczeblu obrotu (porozumienie horyzontalne). W tej sytuacji drugorzędne znaczenie ma kwestia, czy wysokość tej opłaty została ustalona na poziomie uzasadnionym kosztowo i czy nie jest wygórowana. Przedmiotem oceny w postępowaniu antymonopolowym był bowiem sam fakt zawarcia przez banki

porozumienia o ustaleniu opłat *interchange* w jednolitej wysokości, a także ocena, czy na rynku właściwym wystąpiły wynikające tego faktu negatywne skutki w postaci naruszenia swobodnego działania instrumentów rynkowych. Ocenie tej nie podlegała natomiast kwestia, czy opłata *interchange* nie jest zbyt wysoka i w ten sposób nie narusza interesów uczestników obrotu, tj. akceptantów oraz pośrednio konsumentów. Dlatego Sąd pierwszej instancji uznał za nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy zgłoszone przez powodów, wnioski dowodowe, zmierzające do wykazania, że uzyskana w postępowaniu administracyjnym opinia biegłego na okoliczność czy koszty ponoszone przez banki w związku z emisją kart płatniczych i funkcjonowaniem systemu kartowego uzasadniają wysokość opłaty *interchange* ustalonej w drodze wielostronnego porozumienia. Sąd Okręgowy oddalił także zgłoszone przez: Bank Milenium S.A., BGŻ S.A., BPH S.A., ING BŚ S.A., Bank Zachodni WBK S.A., Bank Handlowy w Warszawie S.A., Invest Bank S.A., Bank Pekao S.A. oraz Lucas Bank S.A. wnioski o dopuszczenie dowodów:

- z opinii biegłego - instytucji zajmującej się badaniami konsumenckimi, sporządzonej w drodze badania przeprowadzonego na odpowiedniej grupie posiadaczy kart płatniczych oraz akceptantów kart płatniczych, na okoliczności: czy posiadacze i akceptanci kart płatniczych postrzegają płatności dokonywane za pomocą tych kart jako rynek odrębny od innych form płatności (takich jak gotówka, czeki, polecenia zapłaty oraz karty wydawane przez sieci sklepów); czy posiadacze kart płatniczych uznają inne formy płatności za substytut płatności kartami płatniczymi poprzez weryfikację, czy w sytuacji trwałego wzrostu opłat za korzystanie z kart płatniczych o 10% posiadacze kart byliby skłonni do rezygnacji lub ograniczenia z korzystania z kart płatniczych i większego korzystania z którejkolwiek alternatywnej formy płatności; czy akceptanci kart płatniczych uznają inne formy płatności za substytut płatności kartami płatniczymi poprzez weryfikację, czy w sytuacji trwałego wzrostu opłat za przyjmowanie płatności kartami płatniczymi o 10% akceptanci byliby skłonni zrezygnować z akceptowania lub ograniczyć akceptowanie kart płatniczych i zwiększyć korzystanie z którejkolwiek podanych wyżej form płatności; czy system płatności kartami płatniczymi i inne wymienione formy płatności stanowią odrębne rynki produktowe w rozumieniu ustawy;

- z opinii biegłego z zakresu bankowości i finansów na okoliczności: czy warunkiem prawidłowego funkcjonowania i rozwoju otwartego wielostronnego systemu płatności kartami płatniczymi, takimi jak Visa lub MasterCard, jest możliwie największe zrównoważenie popytu na korzystanie z kart płatniczych ze strony posiadaczy kart oraz akceptantów kart; czy stopień cenowej elastyczności popytu za usługi związane z płatnościami za pomocą kart płatniczych ze strony posiadaczy kart oraz akceptantów kart jest różny; czy zasadne jest wyodrębnianie w ramach segmentu usług związanych z płatnościami za pomocą kart płatniczych odrębnego rynku usług acquiringowych (w rozumieniu zaskarżonej decyzji); czy opłata *interchange* jest niezbędna dla prawidłowego i efektywnego funkcjonowania i rozwoju czterostronnych systemów kart płatniczych w Polsce; czy w czterostronnych systemach kart płatniczych występują zjawiska subsydiowania skrośnego i jakie są ich ewentualne skutki oraz potencjalne płynące z nich ograniczenia innowacyjności w systemach; jakie są niezbędne składniki i prawidłowy sposób ustalania kosztów opłaty *interchange* w czterostronnych systemach płatności kartami; czy kwestionowane porozumienia przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego; w jakim stadium rozwoju znajdują się systemy kart płatniczych w Polsce; jakie są relacje między wysokością opłaty *interchange* a poziomem kosztów ponoszonych przez banki w związku z utworzeniem i funkcjonowaniem systemu kartowego Visa i MasterCard; czy kwestionowane porozumienia zapewniają nabywcom lub użytkownikom odpowiednią część korzyści.

Uzasadniając oddalenie powyższych wniosków dowodowych Sąd pierwszej instancji wskazał, że nie obejmują one konkretnych twierdzeń co do istnienia faktów, które w przypadku uznania ich za sporne mogłyby stać się przedmiotem dowodu. Sąd Okręgowy podkreślił, że przedmiotem oceny w niniejszej sprawie jest zarzut zawarcia przez banki niedozwolonego porozumienia dotyczącego opłat na rynku usług acquiringowych. Dla oceny tego zarzutu nie ma znaczenia sposób zachowania się posiadaczy kart i akceptantów na innych rynkach, nawet powiązanych ze sobą. Powodowie nie podnosili natomiast zarzutu, że ich pozycja na rynku właściwym uzasadnia wyłączenie porozumienia spod ustawowego zakazu, np. z uwagi na nie posiadanie przez banki pozycji dominującej wskutek

uwzględnienia substytutów, bądź uznanie porozumienia za bagatelne. Sąd pierwszej instancji wskazał, że także opinia biegłego z zakresu finansów i bankowości nie miałaby istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, skoro powodowie nie twierdzili, że brak porozumienia emitentów kart płatniczych o wysokości opłaty *interchange* prowadzi do nierównowagi popytu na korzystanie z kart płatniczych oraz, że warunkiem funkcjonowania i rozwoju otwartego wielostronnego systemu płatności kartami płatniczymi (takiego jak Visa lub MasterCard) jest ustalanie tych opłat wyłącznie w wielostronnym porozumieniu. Dlatego dla oceny zaskarżonej decyzji nie ma znaczenia wykazanie, że warunkiem prawidłowego funkcjonowania i rozwoju otwartego wielostronnego systemu płatności kartami płatniczymi jest możliwie największe zrównoważenie podaży i popytu na korzystanie z kart płatniczych ze strony posiadaczy kart i ich akceptantów, ani kwestia, czy stopień elastyczności cenowej na usługi związane z płatnościami za pomocą kart płatniczych ze strony powyższych grup odbiorców usług acquiringowych jest zróżnicowany. Zarzucana w decyzji praktyka dotyczy bowiem zawarcia niedozwolonych porozumień cenowych na rynku usług acquiringowych, którego uczestnikami są akceptanci i acquirerzy, a nie posiadacze kart płatniczych. Według Sądu Okręgowego przedmiotem oceny w niniejszej sprawie nie są też kwestie: niezbędności opłaty *interchange* dla prawidłowości i efektywności funkcjonowania i rozwoju czterostronnych systemów płatności kartami płatniczymi w Polsce, występowania w związku z ich działaniem subsydiowania skrośnego, ewentualnych i potencjalnych skutków ograniczenia innowacyjności tych systemów, a także niezbędnych składników i prawidłowego sposobu ustalania opłaty *interchange*, relacji między wysokością opłaty *interchange* a kosztami ponoszonymi przez banki (emitentów kart), poziomu rozwoju systemów kart płatniczych w Polsce. Natomiast we wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, czy kwestionowane porozumienia przyczyniają się do polepszania produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego i czy kwestionowane porozumienia zapewniają nabywcom lub użytkownikom odpowiednią część korzyści, powodowie nie oznaczyli konkretnych faktów, które miały być przedmiotem dowodu. Sąd Okręgowy oddalił zgłoszone przez: Bank Milenium S.A., BGŻ S.A., BPH S.A., ING BŚ S.A., Bank Zachodni

WBK S.A., Bank Handlowy w Warszawie S.A., Invest Bank S.A., Bank Pekao S.A. oraz Lucas Bank S.A. wnioski o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków [...] na okoliczności związane z działalnością banków w segmencie kart płatniczych, albowiem uznał, że prywatna opinia świadków nie ma wpływu na ocenę zarzucanej praktyki. Sąd pierwszej instancji oddalił również wniosek Getin Bank S.A. o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka C. Ż. na okoliczność wysokości przychodów osiągniętych przez ten bank z tytułu opłaty *interchange* w latach 1999-2005, albowiem uznał, że wysokość tych przychodów nie ma wpływu na dopuszczalność zawarcia porozumień, ani na wielkość nakładanej z tytułu stwierdzonego naruszenia kary pieniężnej. Sąd pierwszej instancji oddalił zgłoszone przez: BGŻ S.A., Bank Zachodni S.A., Bank Handlowy w Warszawie S.A., Invest Bank S.A., Bank Pekao S.A. i Lucas Bank S.A. wnioski o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu bankowości i finansów na okoliczności: (a) wpływu kredytu na wzrost skumulowanej wielkości konsumpcji; (b) jaką część ogólnych kosztów funkcjonowania czterostronnych systemów kart płatniczych Visa i MasterCard w Polsce ponoszą emitenci kart; (c) relacji między stawkami opłaty *interchange* w ramach systemów Visa i MasterCard w Polsce a poziomem kosztów alternatywnych akceptantów (kosztów tworzenia alternatywnych systemów rozliczeń kartowych przez akceptantów) oraz kosztów oferentów, tj. banków (emitentów kart); (d) łącznego kosztu społecznego obrotu gotówką; (e) roli przyzwyczajień konsumentów w doborze sposobu rozliczeń z tytułu nabywanych dóbr i usług; (f) czy zakwestionowane porozumienia są porozumieniami - ograniczającymi konkurencję w najmniejszym stopniu, który jest konieczny do osiągnięcia postępu technicznego i gospodarczego przy równoczesnym zapewnieniu nabywcom lub użytkownikom odpowiedniej części korzyści wynikających z funkcjonowania czterostronnych systemów kart płatniczych Visa i MasterCard w Polsce; (g) czy ograniczenia wynikające z porozumień zakwestionowanych w zaskarżonej decyzji są obiektywnie nieodzowne co do ich treści, nasilenia oraz czasu trwania dla zapewnienia rozwoju technicznego i gospodarczego); (h) jakie są relacje między wysokością opłaty *interchange* a poziomem kosztów ponoszonych przez banki (emitentów kart) w związku z utworzeniem i funkcjonowaniem systemów kartowych Visa i MasterCard w Polsce

(osobno w odniesieniu do obsługi w ramach tych systemów kart kredytowych i debetowych), oraz czy uzasadnione jest stosowanie odmiennych metodologii i uwzględnianie odmiennych kategorii kosztów przy ustalaniu optymalnych stawek opłaty *interchange* dla obsługi kart kredytowych i debetowych w ramach tych systemów; (i) czy w czterostronnym systemie płatności kartami opartym na zasadzie akceptacji wszystkich kart („honour all cards rule”) niezbędne jest wielostronne ustalanie opłaty *interchange* oraz czy zobowiązanie do przyjęcia wszelkich wpłat i zakaz ustalania cen *ex post* może pełnić rolę tej zasady przy założeniu takiej samej efektywności systemu, oraz czy wymóg ustalania opłaty *interchange* w drodze bilateralnych negocjacji: przyczyni się do podwyższenia kosztów związanych z taką opłatą poprzez uwzględnienie kosztów takich negocjacji, umożliwi bankom (emitentom kart) nadużywanie zasady honorowania wszystkich kart w negocjacjach z acquireraami, co może mieć istotny wpływ na ostateczną wysokość opłaty *interchange*, przyczyni się do wzrostu barier wejścia nowego gracza do danego systemu kartowego; (j) czy krajowe systemy kartowe PIN, Dankort oraz Bank Axept są porównywalne z systemami Visa i MasterCard, w szczególności, jeżeli chodzi o rozmiar, stopień efektywności oraz możliwości oferowane użytkownikom kart płatniczych, oraz czy stanowią one prawidłowy punkt odniesienia w badaniach ww. systemów czterostronnych (Visa, MasterCard). Uzasadniając oddalenie powyższych wniosków dowodowych Sąd pierwszej instancji wskazał, że są to wnioski spóźnione, albowiem w przedmiotowej sprawie miały zastosowanie przepisy art. 479¹² § 1 i art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. Dlatego na wnoszących odwołania spoczywał obowiązek podania już w odwołaniach wszystkich twierdzeń oraz dowodów na ich poparcie, pod rygorem utraty prawa ich powoływania w toku postępowania. Jedynie wówczas, gdyby powodowie wykazali, że powołanie dowodów w odwołaniu nie było możliwe albo, że potrzeba ich powołania wynikała później, mogliby je powołać w terminie dwutygodniowym od dnia, w którym powołanie ich stało się możliwe lub wynikała potrzeba ich powołania. Tymczasem powodowie zgłaszając wnioski dowodowe nie wykazali istnienia powyższej przesłanki, co uzasadniało ich oddalenie. Sąd Okręgowy oddalił także inne wnioski dowodowe stron postępowania.

W ocenie Sądu pierwszej instancji niezasadne są podniesione przez powodów zarzuty naruszenia art. 11 ust. 6 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 poprzez prowadzenie postępowania i wydanie zaskarżonej decyzji mimo trwającego przed Komisją Europejską postępowania w sprawie opłat *interchange* stosowanych w ramach systemu MasterCard (sprawa COMP/34.579), albowiem nie istniała przedmiotowa i podmiotowa tożsamość między zaskarżoną decyzją Prezesa UOKiK a decyzją Komisji Europejskiej z dnia 19 grudnia 2007 r. (COMP/34.579). Decyzja Komisji Europejskiej dotyczy transgranicznej wielostronnej opłaty *interchange* w systemie MasterCard i została skierowana m.in. do MasterCard Europę Spł., a decyzja Prezesa UOKiK dotyczy krajowej wielostronnej opłaty *interchange* w systemach Visa i MasterCard, przy czym jej adresatami są działające na terytorium RP banki uczestniczące w porozumieniu. Skoro Komisja Europejska, którą zgodnie z treścią art. 11 ust. 3 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 Prezes UOKiK miał obowiązek niezwłocznie powiadomić o wszczęciu postępowania na podstawie art. 81 TWE, nie wszczęła postępowania w sprawie, krajowy organ antymonopolowy był uprawniony do prowadzenia postępowania i wydania zaskarżonej decyzji w oparciu o przepisy prawa krajowego oraz art. 81 TWE.

Odwołując się do poglądu wyrażonego uprzednio przez Sąd Apelacyjny, Sąd Okręgowy stwierdził, że z uwagi na brak tożsamości spraw wszczętych przez Komisję Europejską i Prezesa UOKiK, przedmiotowej sprawy nie dotyczy bezpośrednio art. 16 ust. 1 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003, wprowadzający zasadę jednolitego stosowania wspólnotowego prawa konkurencji i zakazujący sądom krajowym orzekania w sprawach porozumień, decyzji lub praktyk na mocy art. 81 lub 82 TWE w sposób sprzeczny z decyzją wydaną przez Komisję. Zasada jednolitego stosowania wspólnotowego prawa konkurencji dotyczy bowiem konkretnych porozumień, decyzji lub praktyk ocenionych przez Komisję w konkretnych decyzjach, a nie orzecznictwa Komisji w ogólności.

Dlatego Sąd pierwszej instancji uznał za nietrafny zarzut naruszenia art. 3 i art. 6 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003, art. 10 TWE, a także podstawowych zasad pewności prawa, poprzez sprzeczność zaskarżonej decyzji z decyzją Komisji Europejskiej z dnia 24 lipca 2002 r. (nr COMP/29.373) o przyznaniu Visa

indywidualnego wyłączenia. Sąd Okręgowy podkreślił, że wyłączenie to dotyczyło innego podmiotu i przedmiotu (organizatora systemu oraz wielostronnej opłaty transgranicznej, a nie banków w zakresie ich działań na rynku krajowym i zawartego przez banki porozumienia dotyczącego opłaty *interchange* na krajowym rynku usług acquiringowych).

Odnosząc się do zarzutów wszczęcia i prowadzenia postępowania oraz wydania zaskarżonej decyzji na wniosek podmiotu nie uprawnionego i nie posiadającego interesu prawnego w żądaniu wszczęcia postępowania, Sąd Okręgowy uznał je za chybione i wskazał, że ze statutu POHiD wynika, iż każdy z jej członków musi być pracodawcą działającym w branży sprzedaży detalicznej lub hurtowej artykułów spożywczych i innych, stanowiących szybko zbywalne towary konsumpcyjne (art. 7 ust. 2 statutu). Oznacza to, że w rozumieniu art. 4 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów POHiD jest związkiem zrzeszającym przedsiębiorców. Zgodnie zaś z treścią art. 84 ust. 1 pkt 1 uokik z wnioskiem o wszczęcie postępowania antymonopolowego, w związku z podejrzeniem naruszenia przepisów ustawy, może wystąpić przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców. Ponieważ zadaniem związku przedsiębiorców jest reprezentowanie interesów jego członków, interes prawny związku przedsiębiorców wyraża się interesem zrzeszonych w nim podmiotów, tj. przedsiębiorców. W ocenie Sądu Okręgowego powołane okoliczności są wystarczające do uznania, że występujący z wnioskiem podmiot spełnia przesłanki określone w art. 84 ust. 1 pkt 1 uokik.

Za niesłuszny uznał także podniesiony przez Bank HSBC zarzut naruszenia art. 93 uokik poprzez wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciw temu podmiotowi po upływie roku od zaniechania przez niego stosowania zarzucanych praktyk ograniczających konkurencję. Wskazał, że postanowienie Prezesa UOKiK o wszczęciu postępowania antymonopolowego zostało wydane w dniu 23 kwietnia 2001 r., zaś z zebranego materiału dowodowego wynika, że Bank HSBC S.A. zaprzestał uczestniczenia w systemie Visa i ustalania opłaty *interchange* w porozumieniu wielostronnym z dniem 30 listopada 2001 r. Oznacza to, że postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte przed upływem roku od daty zaprzestania przez Bank naruszania przepisów ustawy.

Analizując podniesione przez powodów zarzuty dotyczące nieprawidłowego wyznaczenia rynku właściwego oraz ostatecznego zdefiniowania tego rynku dopiero w październiku 2006 r., Sąd Okręgowy podkreślił, że prawidłowe wyznaczenie w postępowaniu antymonopolowym rynku właściwego ma podstawowe znaczenie dla dokonania oceny zachowań podmiotów, którym zarzucane jest stosowanie zakazanej praktyki. Wyjaśnił, że wyznaczenie rynku właściwego determinuje możliwość przypisania przedsiębiorcy zarzutu dopuszczenia się praktyki ograniczającej konkurencję. Najczęściej praktyki ujawniają się tylko na tym samym rynku właściwym, na którym przedsiębiorca ma pozycję dominującą. Jednakże w przypadku niektórych praktyk konieczne jest wyznaczenie dwóch rynków właściwych: rynku pozycji dominującej (rynku podstawowego) oraz rynku powiązanego, na którym ujawniają się efekty posiadania pozycji dominującej na rynku podstawowym (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2009 r., sygn. akt III SK 31/08). Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że do tej właśnie kwestii nawiązywał zarzut powodów naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1 oraz art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także art. 81 ust. 1 TWE w związku z art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003, oparty na stanowisku, że do uznania porozumienia za naruszające art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik konieczne jest, aby porozumienie było zawarte na tym samym rynku, na którym wywołuje ono skutek w postaci naruszenia (ograniczenia) konkurencji. Skarżący podnosili bowiem, że nie istnieje odrębny rynek usług acquiringowych, a przyjęta w decyzji Prezesa UOKiK definicja nie uwzględnia substytutów.

Sąd Okręgowy wskazał, że w kwestii prawidłowości ustalenia rynku właściwego wypowiedział się uprzednio Sąd Apelacyjny, zaś Sąd pierwszej instancji podzielił to stanowisko. Wyjaśnił, że jest to stanowisko zbieżne z poglądami Komisji Europejskiej wyrażonymi w decyzjach z 9 sierpnia 2001 r. i 24 lipca 2002 r. (Visa I, Visa II) oraz z 19 grudnia 2007 r. (MasterCard), w których Komisja określiła rynek właściwy pod względem produktowym jako rynek usług acquiringowych świadczonych dla płatności kartami płatniczymi. Sąd pierwszej instancji ocenił jako nietrafne także zarzuty odnoszące się do ostatecznego wyznaczenia rynku właściwego dopiero na końcowym etapie postępowania antymonopolowego. Wskazał, że norma zawarta w art. 84 ust. 3 uokik nie nakłada

na Prezesa UOKiK obowiązku określenia rynku właściwego już w postanowieniu o wszczęciu postępowania. Sąd Okręgowy odwołał się do uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2004 r. (sygn. akt III SK 32/04), w którym wyrażono pogląd, że określenie rynku właściwego jest elementem istotnym i koniecznym jedynie dla rozstrzygnięcia zawartego w decyzji kończącej postępowanie. W niniejszej sprawie w postępowaniu administracyjnym określenie rynku właściwego ulegało zmianom, lecz każdorazowo strony były o tej zmianie zawiadamiane.

Sąd pierwszej instancji zgodził się z pozwanym, że określenie rynku właściwego w toku postępowania antymonopolowego może ulegać zmianie w miarę dokonywania przez organ antymonopolowy nowych ustaleń. Gdyby przyjąć, że nie jest dopuszczalna zmiana pierwotnie określonego rynku właściwego pomimo dokonania nowych ustaleń, każdorazowo konieczne byłoby umorzenie dotychczasowego postępowania i wszczęcie kolejnego postępowania dotyczącego praktyki przedsiębiorców na nowo wyznaczonym rynku właściwym. Jednakże, zdaniem Sądu Okręgowego, takie założenie byłoby błędne, skoro z przepisów prawa nie wynika obowiązek organu antymonopolowego wyznaczenia rynku właściwego na konkretnym etapie postępowania. Redefinicja rynku właściwego jest więc dopuszczalna, przy czym obowiązkiem organu antymonopolowego jest zapewnienie stronom możliwości udziału w postępowaniu na każdym jego etapie, w celu umożliwienia prawidłowej ochrony ich interesów. Sąd pierwszej instancji zaznaczył, że w postępowaniu poprzedzającym wydanie zaskarżonej decyzji wszyscy uczestnicy postępowania byli reprezentowani przez profesjonalnych pełnomocników, którym postanowienie Prezesa UOKiK z dnia 3 października 2006 r. zostało doręczone. Strony zostały również powiadomione o możliwości zapoznania się z aktami sprawy i miały możliwość wypowiedzenia się w toku postępowania także w kwestii na nowo określonego rynku właściwego. Ponieważ prawa stron w postępowaniu administracyjnym nie zostały naruszone, nie zasługują na uwzględnienie zarzuty naruszenia art. 84 ust. 3 i art. 66 uokik oraz art. 10 k.p.a.

Za nietrafne uznał Sąd Okręgowy również zarzuty naruszenia art. 5 ust. 1 i art. 9 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE w związku z art. 156 § 1 pkt 5 k.p.a. poprzez nieprecyzyjne i niejednoznaczne określenie w sentencji decyzji stwierdzonej praktyki uznanej za ograniczającą konkurencję. Według powodów z sentencji

decyzji nie wynika jasno, czy sprzeczne z przepisami jest każde wspólne ustalanie opłaty *interchange*, czy tylko ustalanie jej na niewłaściwym, zbyt wysokim poziomie. Według Sądu pierwszej instancji sentencja zaskarżonej decyzji nie pozostawia wątpliwości, że niedozwolona praktyka polega na udziale banków w porozumieniu dotyczącym wspólnego ustalania wysokości stawek opłaty *interchange* pobieranej od transakcji dokonywanych kartami płatniczymi systemów Visa i MasterCard, które ograniczało konkurencję na rynku usług acquiringowych, związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane przez nich towary lub usługi, za pomocą kart płatniczych na terytorium Polski.

Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że postawiony bankom w zaskarżonej decyzji zarzut nie dotyczył samego faktu stosowania opłaty *interchange*, ani pobierania tej opłaty w wygórowanej wysokości, lecz zawarcia porozumienia dotyczącego ustalania stawek opłaty *interchange* pobieranej od każdej krajowej transakcji dokonanej z pomocą karty płatniczej systemu Visa lub MasterCard, co prowadziło do naruszenia konkurencji pomiędzy acquirermi poprzez wyznaczenie minimalnego pułapu stawek tych opłat (wartości minimalnej), poniżej którego nie mogą zejść acquirery przy ustalaniu opłaty pobieranej od akceptantów za obsługę transakcji kartowych. Zgodnie z treścią art. 5 ust. 1 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE zakazem objęte są właśnie porozumienia, których celem lub skutkiem jest ustalanie bezpośrednio lub pośrednio cen lub innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów lub usług. Natomiast okoliczność, czy ceny były wyłącznie efektem uzgodnień uczestników porozumienia, czy wynikały z obiektywnej kalkulacji, ma dla oceny istnienia anty konkurencyjnego porozumienia znaczenie drugorzędne.

Sąd Okręgowy odniósł się także do stanowiska niektórych powodów, którzy odwoływali się do wchodzącej w życie z dniem 1 stycznia 2014 r. nowelizacji ustawy o usługach płatniczych (Dz.U. z 2011 r. Nr 99, poz. 1175 ze zm.), dopuszczającej możliwość stosowania opłaty *interchange* w wysokości nie wyższej niż 0.5% wartości-transakcji. Zdaniem powodów uchwalenie tej nowelizacji, bez jednoczesnego ustanowienia zakazu ustalania wysokości opłaty w porozumieniach zawieranych przez banki, prowadzi do depenalizacji tej praktyki i uzasadnia uchylenie zaskarżonej decyzji. Sąd pierwszej instancji zauważył, że nowelizacja

ustawy polegała na ustanowieniu maksymalnej wysokości opłaty *interchange*, jaką będą mogli pobierać emitenci kart płatniczych od każdej transakcji dokonanej kartą płatniczą. Jednakże opłata *interchange* będzie ustalana przez organizatora systemu, a nie w drodze porozumień banków. Tymczasem praktyka uznana w zaskarżonej decyzji za niedozwoloną polegała na zawarciu przez banki należące do systemu porozumienia dotyczącego ustalenia opłaty *interchange* w wysokości minimalnej, a praktycznie sztywnej. Takie działanie jest uznawane za jedno z najpoważniejszych naruszeń swobody konkurencji. Sąd Okręgowy podkreślił, że nie ma podstaw do przyjęcia, aby nowelizacja ustawy miała prowadzić do depenalizacji praktyki, której stosowanie przez powodów zostało stwierdzone w zaskarżonej decyzji.

Sąd pierwszej instancji za niezasadny uznał także podniesiony przez powodów zarzut nieprawidłowego określenia adresatów decyzji i skierowanie jej do banków, które nie zawarły porozumienia, albowiem zarzucane porozumienie miałoby stanowić w istocie akt związku przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit. c uokik. Sąd Okręgowy zauważył, że z uchwał o utworzeniu Forum Visa Polska oraz Forum Europay Polska jednoznacznie wynika, że ich celem było „ustalanie stawek opłat i prowizji związanych z przeprowadzaniem transakcji w Polsce przy użyciu kart Visa” oraz „określanie zasad dotyczących funkcjonowania systemu płatniczego w Polsce opartego na Europay International w zakresie transakcji krajowych”. Uczestnikami obydwu forów były banki, na które organizatorzy systemów Visa i MasterCard scedowali uprawnienia do podejmowania decyzji w przedmiocie ustalania wysokości stawek opłat *interchange* obowiązujących w Polsce. Na tej podstawie uchwały dotyczące stawek opłaty *interchange* były podejmowane przez przedstawicieli banków uczestniczących w systemach, a nie przez organy systemów Visa i MasterCard. Sąd Okręgowy wskazał dodatkowo, iż za trafnością powyższego stanowiska przemawia także fakt, że ilość głosów przysługujących każdemu z banków w głosowaniu nad uchwałami była uzależniona od spełnienia określonych w umowie lub statucie warunków związanych m.in. z ilością wydanych kart. Prawo do udziału w decydowaniu o wysokości opłat *interchange* przysługiwało wyłącznie bankom i nawet jeżeli nie wszystkie banki uczestniczyły w podejmowaniu każdej z uchwał określających wysokość tych opłat,

to nie sprzeciwiały się one ustaleniom dokonany przez pozostałe podmioty biorące bezpośrednio udział w głosowaniu nad uchwałami. Nie zasługują więc na uwzględnienie twierdzenia banków, że nie uczestniczyły w zakazanym porozumieniu naruszającym konkurencję na rynku właściwym.

Niesłuszny okazał się też zarzut naruszenia art. 107 § 1 i 3 k.p.a. w związku z art. 80 uokik polegający na sprzeczności rozstrzygnięcia decyzji z jej uzasadnieniem, a także braku jednoznacznego i spójnego wskazania w uzasadnieniu decyzji, jakie zachowanie stron uzasadniało postawienie im w punkcie 1.1 decyzji zarzutu ograniczenia konkurencji. W ocenie Sądu Okręgowego wynika to jednoznacznie z treści uzasadnienia zaskarżonej decyzji, obejmującego w szczególności wywody dotyczące rynku właściwego, odczuwalności i antykonkurencyjności porozumień, będące efektem ustaleń poczynionych w toku postępowania przez organ antymonopolowy i w sposób spójny nawiązujące do sentencji decyzji.

Sąd pierwszej instancji nie podzielił też zgłoszonego przez powodów zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 6 ust. 1 i art. 9 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE i art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 poprzez uznanie, że zarzucane porozumienia naruszają konkurencję na rynku właściwym pomimo, iż nie wywierają one odczuwalnego wpływu na konkurencję, takie ograniczenie w rzeczywistości nie występuje, rynek jest dostatecznie konkurencyjny i rozwija się systematycznie, a jego uczestnicy mają dostateczną swobodę w negocjowaniu cen i innych warunków umów. Sąd Okręgowy odwołał się do ustaleń Komisji Europejskiej w przywoływanych wyżej decyzjach, z których wynika, że między uczestnikami systemu występują relacje na trzech poziomach. Poszczególne rynki są ze sobą powiązane, a występowanie opłaty *interchange* w relacji między emitentami i acquireraami wywołuje skutki na rynku usług acquiringowych. Wpływ ten wynika z faktu, że wszyscy uczestnicy są objęci trójpoziomymi zależnościami. Błędne jest więc twierdzenie, że banki nie mogą być adresatami decyzji, ponieważ nie zawarły porozumienia dotyczącego ustalania cen sprzedaży usług acquiringowych, skoro ich porozumienie wywiera wpływ na konkurencję na tym rynku. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że opłata *interchange* stanowiła 80 do 90% wartości opłaty pobieranej przez acquireraów od akceptantów. Będąc znaczącym

elementem składowym opłaty ponoszonej przez akceptantów od każdej transakcji dokonanej z użyciem karty płatniczej, opłata miała znaczący wpływ na wysokość prowizji agentów rozliczeniowych, która nie mogła być niższa od wysokości opłaty *interchange*. Ustalenie prowizji w wysokości poniżej poziomu opłaty *interchange*, ustalonej w stałej wysokości w drodze porozumienia banków, skutkowałoby prowadzeniem działalności w warunkach poniżej kosztów. Sąd pierwszej instancji zgodził się z pozwanym, że bez istnienia tego elementu poziom ukształtowanej przez konkurencję prowizji pobieranej od akceptantów mógłby być niższy. Dlatego przyjął, że wysokość opłaty *interchange* ograniczała możliwości manewrowania przez agentów rozliczeniowych ceną świadczonych usług (prowizją) jako instrumentem konkurencji na rynku usług acquiringowych w negocjacjach z akceptantami. Sąd pierwszej instancji podkreślił, że uzyskiwanie przez acquirersów zróżnicowanej marży wynikało z ich większej siły rynkowej lub jakości świadczonych usług oraz w pewnym stopniu ceny, lecz zawsze było ograniczone narzuconym przez banki elementem kosztowym działalności w postaci opłaty *interchange*. Za nie trafne uznał więc twierdzenie powodów o dostatecznej swobodzie uczestników rynku w negocjowaniu cen i innych warunków umów. Wskazał, że na poziom marży acquirersów mogła mieć wpływ również siła nabywczą akceptantów. Jednak wobec oceny prawnej dokonanej uprzednio przez Sąd Apelacyjny odnoszącej się do prawidłowego wyznaczenia rynku właściwego, twierdzenia powodów, że zakazane porozumienia nie zostały zawarte na rynku usług acquiringowych, a decyzja została skierowana do podmiotów, które nie zawarły porozumienia dotyczącego ustalania cen lub innych warunków sprzedaży usług acquiringowych, nie miały znaczenia dla oceny zaskarżonej decyzji.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie ma również podstaw do uznania, że przedmiotowe porozumienia mają znaczenie bagatelne. Wynika to ze znajdujących się w aktach administracyjnych informacji dotyczących ilości wyemitowanych przez banki kart płatniczych, a także ilości i wartości przeprowadzonych corocznie transakcji, przy jednoczesnym uwzględnieniu informacji, jaki procent opłaty pobieranej przez acquirera stanowi opłata *interchange*. Sąd pierwszej instancji podał, iż z danych Narodowego Banku Polskiego wynika, że w 2005 r. wartość transakcji kartowych w punktach detalicznych wyniosła 32.217.000.000 zł, zaś

ogólna liczba wydanych kart płatniczych wynosiła 20.370.311 sztuk. Porównanie tych informacji z danymi przedstawionymi przez banki uczestniczące w porozumieniach zawartych w systemach Visa i MasterCard wskazuje, że na koniec 2005 r. ponad 80% kart płatniczych w Polsce zostało wyemitowanych przez powodowe banki. Ponieważ każdy z Banków działał równocześnie jako emitent kart oraz acquirer przy obsłudze innych transakcji, na podstawie przedstawionych informacji trzeba przyjąć, że udział w rynku właściwym uczestników porozumienia dotyczącego wspólnego ustalania stawek krajowej opłaty *interchange* w systemach Visa i MasterCard w 2005 r. przekroczył poziom 80%. Nie można więc twierdzić, że był w takim stopniu nieznaczny, że nie wywierał odczuwalnego wpływu na konkurencję na rynku właściwym. Sąd pierwszej instancji stwierdził, że analiza danych z lat wcześniejszych potwierdziłaby jedynie powyższe stanowisko, ponieważ Visa i MasterCard od czasu wejścia na rynek były największymi systemami kart płatniczych w Polsce i ich udział w rynku wzrastał systematycznie. Sąd pierwszej instancji uznał za nietrafne twierdzenie powodów, jakoby z brzmienia punktów 68 i 106 decyzji Komisji Europejskiej w sprawie Visa wynikało, że porozumienie w sprawie opłaty *interchange* nie ogranicza konkurencji cenowej pomiędzy acquirerami. Wyjaśnił, że z powołanych fragmentów decyzji, jak również z treści jej punktu 64 wynika, że opłata *interchange* co prawda nie eliminuje całkowicie konkurencji między acquirerami, ale na pewno „wywiera skutek w postaci zakłócenia zachowania banków-acquirerów w stosunku do klientów”, ponieważ opłata *interchange* „z dużym prawdopodobieństwem stanowi faktyczny próg minimalny dla opłat pobieranych od akceptantów”.

Sąd Okręgowy nie zgodził się również z twierdzeniami powodów, że zawarte porozumienia nie ograniczają konkurencji na rynku właściwym, ponieważ mimo ich istnienia rośnie ilość wydawanych corocznie kart płatniczych oraz liczba i wartość transakcji bezgotówkowych i liczba urządzeń akceptujących karty płatnicze i terminali POS. W ocenie Sądu pierwszej instancji okoliczności te świadczą o rosnącym popycie użytkowników kart na korzystanie z możliwości dokonywania transakcji kartami płatniczymi, z czym wiąże się pozytywna reakcja akceptantów. Wzrost zainteresowania użytkowników korzystaniem z kart płatniczych może być następstwem wzrostu ilości rachunków bankowych i jest okolicznością występującą

na rynku usług bankowych. Nie stanowi jednak dowodu, że istniejące porozumienie banków nie ogranicza konkurencji pomiędzy acquireraми na rynku właściwym, na którym reakcje użytkowników kart w ogóle nie występują. Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że nawet jeżeli opłata *interchange* jest niezbędnym elementem zbilansowania czterostronnego systemu kart płatniczych, a jej istnienie jest uzasadnione ekonomiczne, to okoliczność ta nie ma znaczenia dla oceny zawarcia przedmiotowych porozumień. Zakazane jest bowiem samo porozumienie, niezależnie od tego, czy wywołało ono jakikolwiek skutek na rynku właściwym. Jeżeli wywołuje ono lub potencjalnie może wywołać skutki na danym rynku właściwym, jest uważane za przejaw praktyki ograniczającej konkurencję. Dlatego nietrafne są zarzuty powodów oparte na twierdzeniu, że przy wydawaniu zaskarżonej decyzji i organ antymonopolowy nie przeprowadził testu niezbędności, z wyznaczeniem tzw. punktu odniesienia. Nie zasługują na uwzględnienie również zarzuty wskazujące na nieprawidłowość przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego w toku postępowania administracyjnego, skoro jej wnioski nie stanowiły podstawy do wydania zaskarżonej decyzji. Sąd Okręgowy podkreślił, że pobieranie przez emitentów opłaty *interchange* nie jest niedozwolone, jednak porozumienia dotyczące jej ustalenia podlegają ocenie według przepisów art. 81 ust. 1 TWE i art. 5 ust. 1 uokik, co znajduje potwierdzenie w stanowisku wyrażonym przez Komisję Europejską w decyzji Visa (pkt 60 decyzji), zgodnie z którym zasadność porozumień może być wykazywana w oparciu o art. 81 ust. 3 TWE. Ponadto powodowie nie kwestionowali ustalenia, że do stycznia 2006 r. wysokość stawek opłaty *interchange* w systemach Visa i MasterCard nie była ustalana w oparciu o koszty, ponieważ ich ustalenia nie poprzedzało przeprowadzenie analizy kosztowej.

Sąd pierwszej instancji wyjaśnił ponadto, że wobec powiązań kapitałowych banków o charakterze międzynarodowym, sytuacja finansowa banku w jednym z krajów członkowskich Unii Europejskiej może mieć bezpośredni wpływ na pozostałe banki tej samej grupy kapitałowej znajdujące się w innych państwach członkowskich, a więc pośrednio na handel pomiędzy tymi państwami. W sytuacji, gdy w stwierdzonym decyzją Prezesa UOKiK porozumieniu uczestniczyło 20 banków będących spółkami akcyjnymi, których akcje mogą należeć do podmiotów mających siedzibę na terenie Unii Europejskiej lub poza nią, nie można wykluczyć,

że porozumienie mogło wywrzeć bezpośredni lub pośredni wpływ, rzeczywisty lub potencjalny na wymianę handlową między państwami członkowskimi.

Sąd Okręgowy nie podzielił również podniesionych przez powodów zarzutów naruszenia art. 11 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Uokik oraz art. 81 ust. 3 TWE w związku z art. 1 ust. 2 i art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 poprzez przyjęcie, że zarzucane porozumienia nie spełniają przesłanek zwolnienia spod zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Wskazał, że określone w przepisach prawa przesłania zwolnienia spod zakazu stosowania praktyk dzielą się na pozytywne i negatywne. Przy tym, jeżeli praktyki ograniczające konkurencję występują na określonym rynku właściwym, to również przesłanki uzasadniające objęcie tych praktyk zwolnieniem spod zakazu ich stosowania muszą wystąpić na tym samym rynku właściwym. Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że niezbędnym warunkiem przyjęcia, iż porozumienie spełnia przesłanki wyłączenia spod zakazu, jest wykazanie istnienia łącznie wszystkich czterech przesłanek, zaś zgodnie z treścią art. 6 k.c. i art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 ciężar dowodu w tej kwestii spoczywa na uczestnikach porozumienia. Tymczasem w przedmiotowej sprawie żadna z powyższych przesłanek nie została spełniona.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że pierwszą przesłanką zwaną przesłanką podniesienia efektywności, jest przyczynianie się porozumienia do polepszania produkcji lub dystrybucji produktów oraz popieranie postępu technicznego lub gospodarczego. Wystąpienie dowolnej z wymienionych korzyści jest wystarczające do uznania tej przesłanki za spełnioną. Wystarczy więc wykazanie, że porozumienie przyczynia się do poprawy produkcji lub dystrybucji, ewentualnie popiera rozwój techniczny albo gospodarczy, a ewentualne pozytywne skutki porozumienia będą przeważały nad negatywnymi. Jednak porozumienia, które przyczyniają się wyłącznie do redukcji kosztów, nie mogą być uznane za spełniające przesłankę podniesienia efektywności, ponieważ tego rodzaju efekty są postrzegane jako subiektywne korzyści podmiotów uczestniczących w porozumieniu. Sąd Okręgowy wyjaśnił, iż mając na uwadze, że w zaskarżonej decyzji rynek właściwy określono jako rynek usług acquiringowych, związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane za pomocą kart płatniczych towary i usługi, przyjąć należy, że produktem

występującym na rynku usług acquiringowych jest usługa, którą acquirerzy świadczą na rzecz użytkowników kart płatniczych i akceptantów. Oznacza to, że w celu stwierdzenia występowania przesłanki podniesienia efektywności, wyłączającej zakaz w stosunku do stwierdzonego porozumienia, powodowie powinni wykazać, iż porozumienie pozytywnie wpływało na produkcję, dystrybucję, postęp techniczny lub gospodarczy związany z produktem acquirerów, czyli świadczoną przez nich usługą. Według Sądu pierwszej instancji odwołaniach dążyli do wykazania, że porozumienia w sprawie opłaty *interchange* potencjalnie prowadzą do wzrostu wydajności czterostronnego systemu kart płatniczych jako produktu oferowanego wspólnie przez emitentów kart i acquirerów. Podkreślali, że indywidualnie działające banki nie byłyby zdolne do stworzenia systemu działającego tak wydajnie, jak system czterostronny. Wskazywali, że opłata *interchange* jest związana z systemem czterostronnym i konieczna dla zapewnienia jego prawidłowego funkcjonowania, albowiem przyczynia się do równomiernego rozłożenia kosztów działalności ponoszonej przez emitentów kart i acquirerów w związku z funkcjonowaniem systemu, które dzielone są pomiędzy posiadaczy kart i akceptantów proporcjonalnie do otrzymywanych usług. Powodowie twierdzili także, iż ustalony w drodze porozumień banków poziom opłaty *interchange* w Polsce przynosi korzyści jego uczestnikom, polegające na polepszeniu dystrybucji towarów. Zdaniem Sądu Okręgowego argumentacja powodów dotyczy korzyści wynikających z czterostronnego systemu kart płatniczych, a nie korzyści będących skutkiem porozumień zawieranych w sprawie wspólnego ustalania stawek opłaty *interchange*. Wynika to z błędnego założenia przyjętego przez powodów, że w przedmiotowej sprawie rynek właściwy powinien być określony jako rynek kart płatniczych, a nie rynek usług acquiringowych. Okoliczności wskazywane przez powodów nie wiążą się z rynkiem właściwym oraz występującym na nim produktem, czyli usługą świadczoną przez acquirerów, a więc nie mogą stanowić dowodu istnienia przesłanki wyłączenia porozumień spod zakazu. Efekty porozumienia występują bowiem na innym rynku (usług bankowych) i wpływając na alokację opłaty *interchange* pobieranej przez banki, prowadzą do wzrostu wydajności produktu w postaci czterostronnego systemu kart płatniczych. Dlatego należy uznać, że porozumienie służy subiektywnym korzyściom jego uczestników,

a nie konsumentom. Nie przyczynia się także do spełnienia przesłanki podniesienia efektywności, albowiem nie dotyczy produktu występującego na określonym w sprawie rynku właściwym. Stąd brak jest podstaw do uznania, że została spełniona pierwsza z przesłanek wyłączających zakaz w stosunku do porozumień, których dotyczy zaskarżona decyzja.

Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że uzasadniając istnienie drugiej pozytywnej przesłanki wyłączającej zakaz stosowania praktyk, powodowie powoływali się na korzyści uzyskiwane przez posiadaczy kart i akceptantów wynikające ze stosowania jednolitej opłaty *interchange*. W szczególności wskazywali na nieponoszenie wyłącznie przez jedną z tych grup użytkowników całości kosztów obsługi i rozwoju systemu, uzyskanie przez posiadaczy kart większej zdolności nabywczej dzięki kredytowi, a z drugiej strony większy dostęp akceptantów do rozległej rzeszy klientów i wzrost ich przychodów, z jednoczesnym obniżeniem kosztów obsługi transakcji wobec braku opłat dotyczących ochrony i transportu gotówki. Powodowie wskazywali ponadto, że funkcjonowanie czterostronnego systemu płatności kartami przyczynia się do rozwoju handlu internetowego, co także jest korzystne dla kupujących i akceptantów.

Sąd Okręgowy zauważył, że również w przypadku tej przesłanki powodowie skupili się na korzyściach wynikających ze stosowania opłaty *interchange* oraz funkcjonowania systemu czterostronnego. Stwierdził, że wykazywanie tego rodzaju korzyści nie ma znaczenia dla oceny istnienia przesłanek wyłączenia spod zakazu porozumienia wymienionych w art. 7 ust. 1 uokik oraz w art. 81 ust. 3 TWE. Nie przedstawiono bowiem korzyści, jakie przynosi użytkownikom porozumienie w sprawie wspólnego ustalenia stawek opłaty *interchange*, lecz korzyści wynikające z funkcjonowania systemu czterostronnego i stosowania opłaty *interchange*, które w praktyce mogą być większe dla samych uczestników porozumienia, niż dla użytkowników. Powodowie nie udowodnili jaki pozytywny wpływ na sytuację użytkowników miało istnienie porozumień, a więc istnienie drugiej przesłanki wyłączającej zakaz również nie zostało wykazane.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że istnienie trzeciej przesłanki wyłączenia spod zakazu powodowie uzasadniali twierdzeniem, iż opłata *interchange* nie ogranicza bankom możliwości stosowania własnej polityki cenowej wobec klientów,

którą emitenci kart mogą kształtować swobodnie, niezależnie od poziomu tej opłaty. Zdaniem powodów mechanizm ustalania opłaty *interchange* zapewniał możliwość jej ustalenia na optymalnym poziomie, równoważącym interesy wszystkich uczestników systemu. Według Sądu Okręgowego argumentacja ta nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem zarzucany uczestnikom niedozwolonego porozumienia negatywny skutek nie dotyczył stosowania opłaty *interchange*, ani ustalenia opłaty *interchange* na niewłaściwym poziomie, lecz był związany z ustalaniem stawek w drodze wielostronnych porozumień. Sąd pierwszej instancji stwierdził, że fakt, iż opłata *interchange* nie ograniczała polityki cenowej emitentów kart na rynku usług bankowych, nie wykluczał wpływu porozumień w sprawie wspólnego ustalania stawek tej opłaty na rynek usług acquiringowych i działania acquirersów, jako przedsiębiorców świadczących usługi na tym rynku, poprzez ograniczenie konkurencji na rynku właściwym.

Sąd Okręgowy nie zgodził się z poglądem powodów, że w ustalaniu opłaty *interchange* uczestniczyli zarówno emitenci, jak i acquirersy, którzy akceptują opłatę *interchange* i mają udział w zyskach płynących z jej pobierania. Podkreślił, że zgodnie z zasadami podejmowania decyzji obowiązującymi w ramach forów Visa i MasterCard, uchwały w sprawach wysokości opłat *interchange* podejmowali tylko przedstawiciele banków. Nie można więc przyjąć, że porozumienia w sprawie wspólnego ustalania stawek opłaty *interchange* nie nakładały na acquirersów nadmiernych ograniczeń, a wynikające z porozumień ograniczenia były konieczne.

Według Sądu pierwszej instancji wykazanie istnienia czwartej przesłanki wyłączającej spod zakazu wymagałoby udowodnienia, że porozumienia nie eliminują konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części towarów. Oznacza to, że wyłączeniu podlegają porozumienia, które nie znoszą całkowicie konkurencji na rynku właściwym. Sąd Okręgowy uznał, że porozumienia dotyczące wspólnego ustalania stawek opłaty *interchange* ograniczają znacząco konkurencję na wyznaczonym rynku właściwym i mają niekorzystny skutek dla konsumentów. Stwierdził, iż wskazana przez powodów okoliczność, że Visa i MasterCard oraz banki wydające karty płatnicze nie koordynowały działań w celu ograniczenia innym przedsiębiorcom, którzy nie byli członkami porozumień emitentów, dostępu do rynku usług acquiringowych, nie ma istotnego znaczenia dla negatywnej oceny

samych porozumień. Pomimo niestwierdzenia koordynacji działań powodów w zakresie ograniczenia dostępu do rynku właściwego nie można twierdzić, że negatywne oddziaływanie porozumień nie ograniczało konkurencji i nie utrudniało dostępu innym przedsiębiorcom do tego rynku. Wywołanie przez porozumienia skutku w postaci istotnego ograniczenia konkurencji, automatycznie skutkowało zawężeniem tego rynku. W efekcie dostęp nowych przedsiębiorców do tego rynku był utrudniony, proporcjonalnie do wpływu wywieranego przez porozumienie. Ponieważ Sąd Okręgowy uznał, że nie został zapewniony wystarczający stopień konkurencyjności rynku właściwego, występowanie czwartej przesłanki wyłączającej nie zostało udowodnione.

Sąd Okręgowy uznał za niezasadne także zarzuty dotyczące naruszeń proceduralnych zaistniałych w postępowaniu administracyjnym. Uznał, że zarzuty te nie mogą prowadzić do uchylenia zaskarżonej decyzji. Podkreślił, że w postępowaniu przed SOKiK powodowie mieli możliwość zakwestionowania ustaleń faktycznych Prezesa UOKiK oraz zgłoszenia wniosków dowodowych zmierzających do udowodnienia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Sąd pierwszej instancji wskazał, że powodowie w odwołaniach zarzucali m.in.: niewyjaśnienie lub pominięcie przez Prezesa UOKiK okoliczności dotyczących: niskiego udziału ilościowego kart wydawanych przez dany bank w rynku kart w Polsce i niewielkich dochodów uzyskiwanych w związku z tym z tytułu opłaty *interchange*; braku możliwości banku jako wydawcy kart płatniczych wywierania wpływu na wysokość stawek rozliczeniowych uzgadnianych pomiędzy akceptantami i acquirerami; niewyjaśnienie stanu faktycznego sprawy i oparcie rozstrzygnięcia na domysłach i spekulacjach; nieuwzględnienie słusznego interesu strony oraz interesu społecznego, gdyż organ nie rozważał konsekwencji wydanej decyzji i potencjalnych szkód, jakie może ponieść strona; przyjęcie, że zastosowanie jednolitej stawki opłaty *interchange* prowadzi do zaburzenia konkurencji między acquirerami, którzy ponoszą straty wykonując działalność gospodarczą na przedmiotowym rynku; przyjęcie, że konsument nie ponosi żadnych kosztów posługiwania się gotówką przy dokonywaniu zakupów; przyjęcie, że przelewy i polecenia zapłaty są środkami płatności niesubstytucyjnymi względem kart płatniczych; ogólne i dowolne wskazanie w uzasadnieniu decyzji, iż bliżej

nieokreślona część banków wydaje się mieć wysokie niemal wszystkie koszty, bez przytoczenia dowodów na uzasadnienie tego twierdzenia. W ocenie Sądu pierwszej instancji tego rodzaju zarzuty nie mogły stanowić podstawy uchylenia zaskarżonej decyzji z uwagi na ich ogólny charakter i niewielkie znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Według Sądu Okręgowego nieskuteczne były zarzuty naruszenia art. 8 w związku z art. 12 k.p.a. i art. 92 uokik poprzez prowadzenie postępowania antymonopolowego przez okres sześciu lat, co nie pogłębiało zaufania do organu administracyjnego, a także błędnego pouczenia o środku zaskarżenia rygoru natychmiastowej wykonalności, skoro wszyscy uczestnicy postępowania byli reprezentowani przez zawodowych pełnomocników. Jako nieistotne Sąd pierwszej instancji ocenił również zarzuty dotyczące uchybień zaistniałych w postępowaniu antymonopolowym w związku z przeprowadzonym dowodem z opinii biegłego. Celem dopuszczenia tego dowodu było bowiem ustalenie kosztów funkcjonowania systemu kart płatniczych w Polsce i ich odzwierciedlenia w poziomie istniejącej opłaty *interchange*. Tymczasem zaskarżona decyzja dotyczy zawarcia porozumienia polegającego na wspólnym ustalaniu wysokości stawek opłaty *interchange*, a nie ustalenia stawek tej opłaty w wysokości nieuczciwej i przynoszącej nieuczciwe korzyści. Dlatego okoliczności będące przedmiotem opinii nie miały istotnego wpływu na treść rozstrzygnięcia. Ponadto, z uwagi na zmianę określenia rynku właściwego, Prezes UOKiK przy wydawaniu decyzji nie oparł się na tym dowodzie.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że zgodnie z art. 5 ust. 1 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE zakazane jest już samo porozumienie, niezależnie od tego, czy został osiągnięty jego skutek zamierzony lub ewentualny. Prezes UOKiK musiał więc udowodnić fakt zawarcia przez Banki porozumienia dotyczącego cen lub innych warunków, oraz iż celem lub skutkiem tego porozumienia było zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na rynku właściwym. Dlatego za bezprzedmiotowe uznał Sąd Okręgowy zarzuty naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 81 uokik poprzez: wydanie decyzji w oparciu o materiał dowodowy niekompletny i uniemożliwiający wszechstronne przeanalizowanie sprawy, dokonanie ustaleń faktycznych nie popartych materiałem dowodowym,

nieudowodnienie posiadania przez banki (emitentów kart płatniczych) siły rynkowej wobec acquirerów, posiadania przez acquirerów siły rynkowej wobec akceptantów, a także niedostateczne uzasadnienie przyjęcia definicji rynku właściwego. Zdaniem Sądu Okręgowego z art. 231 k.p.c. w związku z art. 80 uokik wynika, że w postępowaniu antymonopolowym dopuszczalne jest uznanie za udowodnione faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, o ile wnioski takie można wyprowadzić z innych faktów (domniemanie faktyczne). Oznacza to, iż udowodnienie stosowania praktyk monopolistycznych w postępowaniu sądowym może nastąpić także na podstawie dowodów pośrednich, przy zastosowaniu domniemań faktycznych.

Zdaniem Sądu Okręgowego na ocenę prawidłowości zaskarżonej decyzji nie miało wpływu ewentualne naruszenie art. 65 ust. 4 uokik oraz art. 10 k.p.a. w związku z art. 80 uokik poprzez niewłączenie do materiału dowodowego raportów i analiz, na których Prezes UOKiK oparł rozstrzygnięcie. W odwołaniach nie wskazano bowiem, o które raporty i analizy chodzi, a ponadto w postępowaniu sądowym strony miały dostęp do wszystkich dowodów zebranych w toku postępowania administracyjnego i mogły składać zarzuty oraz wnioski procesowe. Za nieskuteczny Sąd pierwszej instancji uznał też zarzut naruszenia art. 39 w związku z art. 40 § 2, art. 7, art. 9 i art. 10 § 1 k.p.a. poprzez nedoręczenie pełnomocnikowi Nordea Bank S.A. pism procesowych składanych w postępowaniu administracyjnym przez pozostałych uczestników. Prezes UOKiK pismem z dnia 21 listopada 2006 r. zawiadomił bowiem pełnomocników stron o zakończeniu zbierania materiału dowodowego i możliwości zapoznania się z aktami sprawy. Zawiadomienie to zostało doręczone m.in. pełnomocnikowi Nordea Bank S.A., który miał możliwość zapoznania się z materiałem dowodowym i pismami stron, a także przedstawienia swojego stanowiska w sprawie. Analogicznie Sąd Okręgowy ocenił zgłoszony przez Getin Noble Bank S.A. zarzut naruszenia art. 10 § 1, art. 107 § 1 i art. 109 § 1 k.p.a. poprzez doręczenie mu jedynie wyciągu decyzji, tj. wersji decyzji nie zawierającej informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał, że doręczenie decyzji w wersji nie zawierającej danych objętych wyłączeniem wglądu nie oznacza doręczenia wyciągu decyzji, lecz całej decyzji z uwzględnieniem zasady utajnienia informacji niejawnych.

Sąd Okręgowy wskazał, że w zakresie nałożonych w decyzji kar powodowie zarzucili Prezesowi UOKiK naruszenie: (1) art. 101 ust. 1 pkt 1 i art. 104 uokik poprzez nałożenie kar pieniężnych w sposób całkowicie dowolny, w wysokości nieproporcjonalnej do stwierdzonych naruszeń, nieuwzględnienie w dostatecznym stopniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy, w tym stwierdzonej nieumyślności w zarzucanych naruszeniach przepisów chroniących konkurencję oraz stopnia naruszenia interesu społecznego; (2) art. 101 ust. 2 pkt 1 uokik poprzez nałożenie kar pieniężnych pomimo nieudowodnienia stosowania praktyk ograniczających konkurencję; (3) art. 112 uokik poprzez ustalenie wysokości kar pieniężnych z przekroczeniem maksymalnego okresu pięcioletniego liczonego od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, jako okresu, który może być uwzględniony, biorąc pod uwagę zarzucane naruszenie przepisów ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów, co miało prowadzić do przyjęcia zbyt długiego okresu uczestnictwa i nałożenia kary w zawyżonej wysokości.

Zdaniem powodów wysokość kar pieniężnych powinna uwzględniać w sposób odpowiedni fakt, że działanie banków było nieumyślne, tymczasem z tego tytułu Prezes UOKiK obniżył nałożone na banki kary jedynie o 14% maksymalnego wymiaru kary. Ponadto skarżący zarzucili organowi antymonopolowemu pominięcie faktu znikomego stopnia naruszenia przez nich interesu publicznoprawnego, a także nie udowodnienie naruszenia interesu konsumentów. Podnieśli też nieuwzględnienie niskiego udziału kart wydawanych przez ukarane banki w ogólnej liczbie kart w Polsce i niskiego poziomu dochodów uzyskiwanych przez nie z tego tytułu. Zakwestionowali prawidłowość przyjętej przez Prezesa UOKiK metodologii obliczania kar pieniężnych, która nie pozwoliła na uwzględnienie w całości okoliczności łagodzących. Wskazywali na brak indywidualnego uwzględnienia w decyzji skutków działań poszczególnych banków oraz uzyskanych przez nich korzyści, co miało prowadzić do dowolności i zbytnej uznaniowości organu przy nakładaniu kar. Zdaniem powodów banki mające marginalny wpływ na rynek i uzyskujące przychody stanowiące niewielki procent przychodów realizowanych przez największe banki zostały obciążone karami znacznie bardziej dla nich

dolegliwymi, niż największe banki. Skarżący wskazywali też na precedensowy charakter sprawy, wyjątkowo złożony stan prawny i faktyczny oraz brak wypracowanego przez europejskie organy d/s konkurencji jednolitego modelu oceny działań będących przedmiotem decyzji. Ponadto według powodów przyjęta przez Prezesa UOKiK metoda odzwierciedlania okresu uczestnictwa banków w porozumieniach przy ustalaniu wysokości nałożonych kar pieniężnych, prowadziła do nieproporcjonalnego przyrostu kary w stosunku do okresu uczestnictwa w porozumieniach. Ich zdaniem metoda ta nie uwzględnia także maksymalnego ustawowego okresu przynależności do porozumienia, który zgodnie z art. 112 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powinien być liczony przy uwzględnieniu naruszeń poprzednio obowiązującej ustawy, w okresie nie dłuższym niż 5 lat od dnia wejścia w życie ustawy obowiązującej w czasie, kiedy prowadzone było postępowanie administracyjne i została wydana zaskarżona decyzja, tj. począwszy od dnia 1 kwietnia 1996 r., obejmując stan faktyczny po 1 kwietnia 2001 r. Według skarżących ustalony w ten sposób okres przynależności do porozumienia powinien wynosić 10 lat i 8 miesięcy.

Kolejnym kryterium, które według powodów nie zostało prawidłowo uwzględnione w zaskarżonej decyzji, była liczba wyemitowanych przez banki i aktywnych kart na koniec 2005 r. Wskazali, że liczba kart aktywnych na rynku, wyemitowanych w ramach każdego systemu przez poszczególne banki, była na koniec 2005 r. znacznie wyższa niż w latach poprzednich. Dlatego przyjęcie za podstawę wyliczenia kar pieniężnych ilości kart wydanych do roku 2005 doprowadziło do pominięcia okoliczności, że w poprzednich latach ilość kart danego banku lub systemu mogła być znikoma. Zdaniem skarżących niektórzy z nich, pomimo formalnej przynależności do systemu, rozpoczynali wydawanie kart dopiero w kolejnych latach, lub wydane przez nich karty były nieaktywne. Według powodów kryterium ilości kart powinno być wzięte pod uwagę łącznie z informacjami o sytuacji ekonomicznej danego banku, albowiem przyjęcie jedynie kryterium ilości wyemitowanych kart prowadziłoby do swoistej penalizacji ich sukcesu gospodarczego.

Ponadto powodowie zarzucili, że przyjęte przez Prezesa UOKiK kryterium uczestnictwa przez dany Bank w zebraniu założycielskim było sztuczne i

uproszczone, a w szczególności nie spełniało postulatu wynikającego z punktu 29 Wytycznych w sprawie kar, który nakazuje uwzględnienie indywidualnej roli przedsiębiorcy w porozumieniu. Zdaniem skarżących zastosowanie przez Prezesa UOKiK powyższej metody spowodowało, że nałożone kary pieniężne mają nadmiernie represyjny charakter. Skutkiem zaliczenia banków do określonych przedziałów procentowych (grup) było także odejście od zasady indywidualizacji kary, co uniemożliwiło pełne odzwierciedlenie wszystkich okoliczności obciążających i łagodzących dotyczących każdego z powodów.

Sąd Okręgowy podał, że Prezes UOKiK nie zgodził się z twierdzeniami powodów, a w szczególności z zarzutem naruszenia art. 112 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Pozwany wyjaśnił, że uprzednie naruszenie przepisów wcześniej obowiązującej ustawy antymonopolowej może zostać uwzględnione przy wymierzaniu kary pieniężnej jedynie wówczas, gdy zostało stwierdzone ostateczną decyzją lub prawomocnym wyrokiem sądu. Wobec braku takich rozstrzygnięć dotyczących praktyki powodów i rynku krajowego, powołany przepis w niniejszej sprawie nie ma zastosowania, a więc zarzut jego naruszenia jest bezpodstawny. Organ antymonopolowy stwierdził, że wysokość poszczególnych kar pieniężnych ustalił zgodnie z treścią art. 104 uokik, biorąc pod uwagę: okres, stopień i okoliczności naruszenia przepisów ustawy. Podkreślił również, że fakt nieumyślności działania powodów został uwzględniony w decyzji w dostatecznym stopniu. Jednakże uwzględnione zostały także antykonkurencyjny, długotrwały charakter porozumień oraz ich istotny wpływ na rynek właściwy i znaczna szkodliwość dla rozwoju konkurencji.

Według Prezesa UOKiK przyjęta przez niego maksymalna kara pieniężna stanowiąca równowartość 5 mln euro jest niższa od przychodów, jakie z tytułu uczestnictwa w porozumieniach mogły w ciągu roku uzyskać największe banki. Organ antymonopolowy uwzględnił fakt, że umyślne działanie banków nie zostało udowodnione, obniżając najwyższe kary pieniężne o 14% w stosunku do maksymalnej wysokości. Pozwany nie zgodził się też z zarzutem nieproporcjonalnego przyrostu kar w stosunku do długości okresu uczestnictwa banków w porozumieniach, na skutek przyjęcia przedziałów czasowych uczestnictwa w tych porozumieniach i przyporządkowania im odpowiednich

wartości procentowych. Wskazał, że biorąc pod uwagę nie tylko długość okresu uczestnictwa w porozumieniach, lecz także: liczbę wyemitowanych kart, fakt uczestnictwa w spotkaniach inauguracyjnych i fakt zaprzestania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, zrealizował zasadę indywidualizacji kar pieniężnych nałożonych na poszczególne banki. Organ antymonopolowy ocenił jako niezasadne zarzuty zsumowania okresów uczestnictwa w obu systemach oraz przyjęcia za jeden z elementów wpływających na wysokość kary liczby kart wyemitowanych na koniec 2005 r. Powołując się na treść art. 104 uokik wskazał, że podstawą do ustalenia wysokości kary pieniężnej są przychody przedsiębiorcy osiągnięte w roku poprzedzającym rok wydania decyzji o nałożeniu kary. Odnosząc się do zarzutu uwzględnienia w ogólnej ilości kart również kart nieaktywnych, Prezes UOKiK wyjaśnił, że wzywał banki do podania ilości kart aktywnych i swoje ustalenia oparł w całości na informacjach uzyskanych od powodów. Zastosowanie kryterium udziału w spotkaniach założycielskich organ antymonopolowy uzasadnił koniecznością uwzględnienia kierowniczej roli w porozumieniu tych banków, które uczestniczyły w zebraniach. Wskazał również, iż zaliczenie każdego z banków do określonej grupy było konsekwencją wyemitowania określonej liczby kart oraz uczestniczenia w porozumieniach przez określoną liczbę lat. Ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes UOKiK uwzględnił fakt, że najwyższa kara możliwa do orzeczenia na podstawie przepisów ustawy (w ich względniejszym dla sprawcy brzmieniu) stanowi równowartość 5 mln euro, jednak nie może przekroczyć 10% przychodu osiągniętego przez przedsiębiorcę w roku poprzedzającym rok nałożenia kary. Pozwany przyjął, że kara w tej wysokości nie przekroczy rocznego poziomu przychodu największych banków z tytułu udziału w porozumieniu.

W celu uzyskania efektu prewencyjnego/kary poprzez jej odczuwalną dolegliwość dla przedsiębiorcy, Prezes UOKiK ustalił kwotę bazową w wysokości 19.299.000 zł. Od takiej kwoty obliczał kwoty częściowe dla każdego z banków, przy czym suma kwot częściowych odpowiadała wysokości kary nałożonej na dany bank. Przy ustaleniu wysokości kar pieniężnych organ antymonopolowy jako przesłanki obciążające uwzględniał: okres, stopień i okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także ilość wydanych na koniec 2005 r. kart płatniczych oraz fakt uczestniczenia przez bank w spotkaniach założycielskich. Za okoliczność

łagodzącą pozwany uznał zaprzestanie uczestnictwa w porozumieniu, przy czym przesłanka ta dotyczyła tylko Banku HSBC S.A. Ustalając czas uczestnictwa w porozumieniu Prezes UOKiK odrębnie liczył lata udziału banku w każdym z systemów.

Sąd Okręgowy za zasadne uznał podniesione przez powodów zarzuty przez powodów zarzuty dotyczące metody ustalenia wysokości kar pieniężnych i wynikającego z niej braku indywidualizacji nałożonych kar. W ocenie Sądu pierwszej instancji zastosowany w decyzji klucz ustalania wysokości indywidualnych kar nałożonych na poszczególne banki był dotknięty błędem metodologicznym, albowiem do ustalenia kwoty bazowej, na podstawie której obliczono wysokość kar pieniężnych uczestnictwa w porozumieniu mogą przekraczać równowartość 5 mln euro. Podstawą do przyjęcia tego założenia była szacunkowa ocena organu antymonopolowego, według której roczny przychód wszystkich banków z uczestnictwa w porozumieniach w 2005 r. przekraczał 400 mln zł. Ponieważ jednak w aktach sprawy brak informacji dotyczących rocznych dochodów uzyskanych w 2005 r. przez poszczególne banki z tytułu uczestnictwa w porozumieniach, przyjęte przez Prezesa UOKiK założenia w tym zakresie nie mają oparcia w materiale dowodowym, a więc są bezpodstawne. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że zgodnie z art. 101 ust. 2 pkt 1 uokik, ustalając wysokość kar pieniężnych pozwany powinien kierować się informacją o wysokości przychodu uzyskanego przez każdy z banków uczestniczących w porozumieniu w roku poprzedzającym rok nałożenia kary. Na podstawie tej informacji powinien obliczyć kwotę bazową kary dla każdego banku, stosując identyczny współczynnik procentowy. Następnie, uwzględniając liczbę wydanych kart oraz liczbę i wartość operacji wykonanych kartami danego banku w roku 2005, organ antymonopolowy powinien ustalić wymiar kary nakładanej na każdego z powodów. W ocenie Sądu pierwszej instancji jedynie taka metoda obliczania wysokości kar pieniężnych pozwalała na uwzględnienie indywidualnej sytuacji każdego banku i zróżnicowanie kar w zależności od zakresu udziału każdego z powodów w porozumieniu. Według Sądu Okręgowego uwzględnienie okoliczności udziału banku w zebraniu założycielskim nie jest konieczne. Natomiast zastosowana przez Prezesa UOKiK metoda doprowadziła do nałożenia na małe banki, uzyskujące relatywnie

niewysokie przychody, karzaledwie kilkakrotnie niższych od kar nałożonych na banki o najwyższym przychodzie. Ponadto zdaniem Sądu Okręgowego, w zaskarżonej decyzji pozwany nie w szczególności w znikomym stopniu uwzględnił okoliczność nieumyślnego charakteru działania banków uczestniczących w porozumieniach. Wobec wadliwości przyjętej przez Prezesa UOKiK metodologii obliczenia kar, Sąd Okręgowy zmienił zaskarżoną decyzję w części dotyczącej nałożonych na przedsiębiorców kar pieniężnych. Jako podstawę obliczenia kar Sąd pierwszej instancji przyjął wysokość przychodów uzyskanych przez każdy z banków w 2000 r., podaną przez powodów w toku postępowania administracyjnego na wezwanie organu antymonopolowego. Następnie obliczył dla każdego z powodów kwotę bazową, z zastosowaniem równego dla wszystkich banków współczynnika procentowego w wysokości 0,01%. W ocenie Sądu pierwszej instancji przyjęcie powyższego współczynnika było uzasadnione występowaniem w niniejszej sprawie wielu okoliczności łagodzących, a także stwierdzonej przez Prezesa UOKiK nieumyślności działania banków. Obliczoną dla każdego z powodów kwotę bazową Sąd Okręgowy powiększył z uwzględnieniem kryterium okresu uczestnictwa w porozumieniu oraz ilości kart wydanych przez bank na koniec 2005 r. Ponieważ Sąd pierwszej instancji uznał za zasadny zarzut naruszenia art. 112 uokik, przy ustalaniu okresu uczestnictwa w porozumieniu jako maksymalny przyjął okres 10 lat i 8 miesięcy. Pozwalało to na podwyższenie kwoty bazowej maksymalnie o 11% przy udziale w jednym porozumieniu (po 1% za 1 rok uczestnictwa) i maksymalnie o 22% przy uczestnictwie dwóch porozumieniach. Z tytułu ilości wydanych kart kwota bazowa ulegała podwyższeniu o 1% za każde 100.000 kart. Według Sądu Okręgowego powyższa metoda ustalania wysokości kar pieniężnych pozwoliła na ich indywidualizację w oparciu o przychód uzyskany przez każdego z powodów, zgodnie z treścią art. 101 ust. 2 pkt 1 uokik.

Od wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów apelacje wnieśli powodowie: Credit Agricole Bank Polska S.A. we Wrocławiu (dawniej: Lukas Bank S.A. we Wrocławiu), ING Bank Śląski S.A. w Katowicach, Bank BPH S.A. w Gdańsku, Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie, Bank Handlowy w Warszawie S.A. w Warszawie, Bank Millenium S.A. w Warszawie, Bank Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu, Bank Polska Kasa Opieki S.A. w

Warszawie, Deutsche Bank PBC S.A. w Warszawie, HSBC Bank Polska S.A. w Warszawie, Bank Poczty S.A. w Bydgoszczy, Bank BGŻ BNP Paribas S.A. w Warszawie (dawniej: Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. w Warszawie), mBank S.A. w Warszawie (dawniej: BRE Bank S.A. w Warszawie), pozwany Prezes UOKiK, a także zainteresowani: POHiD oraz Visa Europe Limited w Londynie.

Apelacjami powodowie: Credit Agricole Bank Polska S.A. we Wrocławiu, ING Bank Śląski S.A. w Katowicach, Bank BPH S.A. w Gdańsku, Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie, Bank Handlowy w Warszawie S.A. w Warszawie, Bank Millenium S.A. w Warszawie, Bank Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu oraz Bank Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie zaskarżyli wyrok w punktach II i III oraz punkcie I odpowiednio podpunkty 1, 6, 7, 9, 10, 14, 16, 18 i 19, domagając się uchylenia zaskarżonego wyroku w całości, zniesienia postępowania w zakresie dotkniętym nieważnością i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji, ewentualnie zmiany wyroku w zaskarżonych częściach poprzez zmianę punktu I i odpowiednich podpunktów punktu V decyzji, w ten sposób, iż nie stwierdza się stosowania przez banki praktyk ograniczających konkurencję polegających na uczestnictwie w porozumieniach ograniczających konkurencję na rynku usług acquiringowych związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane przez konsumentów towary i usługi za pomocą kart płatniczych na terytorium Polski poprzez wspólne ustalanie wysokości stawek opłaty *interchange* pobieranej od transakcji dokonywanych kartami systemu Visa i MasterCard w Polsce, oraz nie nakłada się na powodów kar pieniężnych, bądź poprzez uchylenie decyzji w punkcie I i punkcie V w odpowiednich podpunktach, ewentualnie uchylenia wyroku w zaskarżonej części i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Powodowie zarzucili wyrokowi Sądu Okręgowego:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, tj.:

1.1. naruszenie art. 227 w związku z art. 217 § 2 k.p.c. (w wersji obowiązującej do dnia 2 maja 2012 r. - w związku z treścią art. 9 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz

niektórych innych ustaw) w związku z art. 278 § 1 i art. 232 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków powodów i zainteresowanych o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych z powołaniem się na: (i) nieistotność wniosków dla rozpoznania sprawy oraz (ii) brak sformułowania prawidłowej tezy dowodowej, pomimo, że wnioski te były sformułowane w sposób prawidłowy i nie pozostawiały wątpliwości co do ich treści, dotyczyły okoliczności istotnych dla sprawy, zaś należyte rozpoznanie sprawy wymagało zasięgnięcia wiadomości specjalnych, jak również naruszenie art. 240 § 1 k.p.c. poprzez niedokonanie zmiany uprzednio wydanych postanowień dowodowych pomimo zajścia przesłanek do takiej zmiany;

1.2. naruszenie art. 479¹² § 1 k.p.c. (w wersji obowiązującej do dnia 2 maja 2012 r. - w związku z treścią art. 9 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw) w związku z art. 227 i art. 217 § 2 i art. 217 § 2 k.p.c. (w wersji obowiązującej do dnia 2 maja 2012 r. - w związku z treścią art. 9 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw) poprzez oddalenie wniosków dowodowych powodów i zainteresowanych zgłoszonych później niż w odwołaniach od decyzji jako spóźnionych, pomimo iż spełnione były przesłanki późniejszego niż w pozwie (odwołaniu) powołania tych wniosków dowodowych, jak również naruszenie art. 240 § 1 k.p.c. poprzez niedokonanie zmiany uprzednio wydanych postanowień dowodowych pomimo zajścia przesłanek do takiej zmiany;

1.3. naruszenie art. 227 w związku z art. 217 § 2 k.p.c. (w wersji obowiązującej do dnia 2 maja 2012 r. - w związku z treścią art. 9 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw) w związku z art. 258 § 1 i art. 232 oraz art. 479¹² § 1 k.p.c. (w wersji obowiązującej do dnia 2 maja 2012 r. - w związku z treścią art. 9 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw) i art. 299 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków powodów i zainteresowanych o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków z powołaniem się na: (i) nieistotność wniosków dla rozpoznania sprawy, (ii) brak sformułowania prawidłowej tezy dowodowej oraz, w odniesieniu do części wniosków (iii) ich spóźnione powołanie, pomimo, że wnioski te były sformułowane w sposób

prawidłowy i nie pozostawiały wątpliwości co do ich treści, dotyczyły okoliczności istotnych dla sprawy, zaś zeznania świadków mogły stanowić istotne uzupełnienie dowodu z opinii biegłych, ponadto zaś wszystkie wnioski dowodowe zostały zgłoszone w ustawowym terminie, jak również poprzez pominięcie wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron;

1.4. naruszenie art. 227 w związku z art. 217 § 2 k.p.c. (w wersji obowiązującej do dnia 2 maja 2012 r. - w związku z treścią art. 9 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw) w związku z art. 244 i art. 245 oraz art. 479¹² § 1 k.p.c. (w wersji obowiązującej do dnia 2 maja 2012 r. - w związku z treścią art. 9 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw) poprzez oddalenie, względnie pominięcie wniosków dowodowych banków o przeprowadzenie dowodów z dokumentów, pomimo, że dokumenty te wykazywały okoliczności istotne dla rozpoznania sprawy, tezy dowodowe były prawidłowo sformułowane a dokumenty w każdym przypadku zostały powołane w ustawowym terminie (w szczególności poprzez oddalenie wszystkich wniosków dowodowych złożonych po dniu 31 maja 2010 r.);

1.5. naruszenie art. 227 oraz art. 233 § 1 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności faktycznych, dla wykazania których zostały zgłoszone wnioski dowodowe (co przełożyło się również na nierozpoznanie istoty sprawy) oraz naruszenia art. 386 § 6 k.p.c. poprzez niezrealizowanie wytycznych Sądu Apelacyjnego w W. zawartych w wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 r. w wyniku zaniechania przeprowadzenia postępowania dowodowego w zakresie przesłanek wyłączenia zarzucanego porozumienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję;

1.6. naruszenie art. 227, art. 231, art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 6 k.c. i art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego, sprzeczną z zasadą wszechstronnej i swobodnej oceny dowodów analizę materiału zgromadzonego w niniejszej sprawie, dokonanie ustaleń sprzecznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz nieznanających oparcia w treści tego materiału (w szczególności poprzez błędne

zastosowanie instytucji domniemań faktycznych), czego konsekwencją było poczynienie szeregu błędnych ustaleń faktycznych, w tym dotyczących braku niezbędności wielostronnie ustalonej opłaty *interchange* dla systemu oraz braku spełnienia przez tę opłatę warunków zwolnienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, jak również poprzez ustalenie okoliczności faktycznych, z których korzystne dla siebie skutki prawne wywodził pozwany, pomimo nieprzedstawienia przez pozwanego dowodów na poparcie tych okoliczności (względnie pomimo oparcia się przez pozwanego na dowodach niedopuszczalnych i obarczonych wadami dyskwalifikującymi je jako środki dowodowe), jedynie z powołaniem się na fakt nieprzedstawienia dowodów przeciwnych przez powodów;

1.7. naruszenie art. 229 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie faktu przyznania przez pozwanego okoliczności, iż zarzucane porozumienia nie tworzyły możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów (usług acquiringowych);

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

2.1. naruszenie art. 84 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 4 pkt 2 i art. 85 ust. 3 uokik oraz art. 105 § 1 i art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. poprzez odmowę uchylenia decyzji, pomimo, że została ona wydana w wyniku wszczęcia i przeprowadzenia postępowania antymonopolowego na wniosek podmiotu nieuprawnionego, tj. organizacji pracodawców niebędącej „związkiem przedsiębiorców” oraz nielegitymującej się własnym interesem prawnym we wszczęciu postępowania;

2.2. naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 i art. 9 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE (obecnie art. 101 ust. 1 TFUE) w związku z art. 156 § 1 pkt 2 i pkt 5 oraz art. 7, art. 8, art. 9, art. 10 i art. 73 kpa w związku z art. art. 2, 20, 21, 22 i 64 Konstytucji RP poprzez odmowę uchylenia decyzji pomimo nieprecyzyjnego i niejednoznacznego określenia w jej sentencji stwierdzonej praktyki uznanej za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakazy ustanowione w przepisach prawa, co w sposób trwały uniemożliwia wykonanie decyzji przez strony, a także pomimo faktu, iż została ona wydana z rażącym pogwałceniem prawa do efektywnej obrony powodów w postępowaniu administracyjnym;

2.3. naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 i art. 9 w związku z art. 4 pkt 4 lit. b) i c) uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE (obecnie: art. 101 ust. 1 TFUE) poprzez odmowę uchylecia lub zmiany decyzji pomimo nieprawidłowego określenia adresata decyzji i skierowania punktów I i V decyzji do wskazanych tam banków, pomimo że zarzucane porozumienie stanowi w istocie akt związku przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit. c) uokik, przy czym związek ten charakteryzuje się szczególnymi cechami, które powodują, iż bankom nie można przypisać udziału w porozumieniu antykonkurencyjnym;

2.4. naruszenie art. 84 ust. 3 i art. 66 uokik oraz art. 156 § 1 pkt 2 w związku z art. 10 kpa poprzez odmowę uchylecia decyzji pomimo faktu, iż w toku postępowania poprzedzającego jej wydanie ostateczne określenie rynku właściwego nastąpiło dopiero bezpośrednio przed wydaniem zaskarżonej decyzji, przez co doszło do istotnego ograniczenia prawa strony do czynnego udziału w postępowaniu oraz możliwości ustosunkowania się do wszystkich podnoszonych w postępowaniu zarzutów;

2.5. naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 i art. 9 w związku z art. 4 pkt 8 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE (obecnie: art. 101 ust. 1 TFUE) w związku z art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu poprzez nieskorygowanie nieprecyzyjnego i błędnego określenia rynku właściwego i uznanie, iż rynkiem tym jest rynek usług acquiringowych związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane przez konsumentów towary i usługi za pomocą kart płatniczych na terytorium Polski, pomimo iż nie istnieje odrębny rynek usług acquiringowych, a nadto przyjęta w sprawie definicja rynku nie uwzględnia substytutów;

2.6. naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 oraz art. 9 uokik, jak również art. 81 ust. 1 TWE (obecnie: art. 101 ust. 1 TFUE) w związku z art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 poprzez odmowę uchylecia decyzji, pomimo iż była ona skierowana do podmiotów, które nie zawarły porozumienia dotyczącego ustalenia cen lub innych warunków sprzedaży usług acquiringowych;

2.7. naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 6 ust. 1 i art. 9 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE (obecnie: art. 101 ust. 1 TFUE) i art. 2 Rozporządzenia

Rady (WE) nr 1/2003 poprzez uznanie, iż zarzucane porozumienia ograniczają konkurencję na rynku właściwym, pomimo że porozumienia te nie wywierają odczuwalnego wpływu na konkurencję;

2.8. naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 i art. 9 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE (obecnie: art. 101 ust. 1 TFUE) w związku z art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 poprzez uznanie, iż zarzucane porozumienia ograniczają konkurencję na rynku właściwym, pomimo że uczestnicy w/w rynku posiadają dostateczną swobodę w negocjowaniu cen i innych warunków umów, a przynajmniej nie wykazano, iż tego rodzaju swoboda jest wyłączona lub istotnie ograniczona;

2.9. naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 i art. 9 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE (obecnie: art. 101 ust. 1 TFUE) w związku z art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 poprzez uznanie, iż zarzucane porozumienia ograniczają konkurencję na rynku właściwym, pomimo że takie ograniczenie w rzeczywistości nie występuje, a rynek ten jest dostatecznie konkurencyjny i rozwija się w sposób stały i systematyczny;

2.10. naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 i art. 9 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE (obecnie: art. 101 ust. 1 TFUE) w związku z art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 poprzez uznanie, iż zarzucane porozumienia ograniczają konkurencję na rynku właściwym, pomimo że porozumienia te są niezbędne dla prawidłowego i efektywnego funkcjonowania oraz rozwoju systemów kart płatniczych w Polsce, wobec czego o ich ewentualnym oddziaływaniu anty konkurencyjnym mogłaby być mowa jedynie w razie ustalenia, że banki (emitenci kart płatniczych) określają stawki opłaty na poziomie nieuzasadnionym kosztowo, czego nie wykazano;

2.11. naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 i art. 9 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE (obecnie: art. 101 ust. 1 TFUE) w związku z art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 poprzez uznanie, iż zarzucane porozumienia skutkują negatywnym zjawiskiem subsydiowania użytkowników kart przez osoby płacące gotówką oraz mogą prowadzić do ograniczenia innowacyjności w systemach płatniczych, mimo iż zjawisko subsydiowania skrośnego jest zjawiskiem normalnym w gospodarce rynkowej, zaś systemy kartowe przyczyniają się w znaczący sposób do rozwoju gospodarczego, technicznego i społecznego;

2.12. naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 i art. 9 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE (obecnie: art. 101 ust. 1 TFUE) w związku z art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 poprzez ustalenie, iż stawki opłaty *interchange* w systemach Visa i MasterCard nie były ustalane w oparciu o obiektywne podstawy, lecz były wyłącznie efektem uzgodnień banków;

2.13. naruszenie art. 81 ust. 1 TWE (obecnie: art. 101 ust. 1 TFUE) w związku z art. 2 i art. 3 ust. 1 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 poprzez ustalenie, że zarzucane porozumienia mają wpływ na handel między państwami członkowskimi, pomimo że wpływ taki albo w ogóle nie zachodzi, albo jest niedostrzegalny, a przynajmniej pozwany nie przedstawił żadnego dowodu co do zaistnienia tej przesłanki;

2.14. naruszenie art. 11 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 uokik oraz art. 81 ust. 3 TWE (obecnie: art. 101 ust. 3 TFUE) w związku z art. 1 ust. 2 i art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 poprzez przyjęcie, że zarzucane porozumienia nie spełniają wskazanych w w/w przepisach przesłanek zwolnienia spod zakazów praktyk ograniczających konkurencję, pomimo że porozumienia te przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego, zapewniają nabywcom lub użytkownikom odpowiednią część wynikających stąd korzyści oraz nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia powyższych celów i nie stwarzają zainteresowanym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów;

2.15. naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 6 ust. 1 i art. 9 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE (obecnie: art. 101 ust. 1 TFUE) i art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 w związku z art. 38a ust. 1 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz.U. Nr 199, poz. 1175 ze zm.) wprowadzonym na mocy ustawy z dnia 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o usługach płatniczych, wykładanych w związku z art. 2, 20, 21, 22 i 64 Konstytucji RP i art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności poprzez uznanie, że zarzucane porozumienia ograniczają konkurencję na rynku właściwym, pomimo że interwencja ustawodawcy w ramach ustawy nowelizującej dotyczyła wyłącznie

wysokości opłaty *interchange*, nie ingerowała zaś w zastany wielostronny sposób jej ustalania, a nawet gdyby uznać, że zachowania powodów były nielegalne na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, to stan prawny został zmieniony ustawą nowelizującą w kierunku zniesienia bezprawności takich zachowań, co powinno było zostać uwzględnione przy rozstrzyganiu niniejszej sprawy;

2.16. naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik poprzez rozstrzygnięcie o nałożeniu kary pieniężnej, pomimo iż nie doszło po stronie powodów do zarzucanego naruszenia przepisów chroniących konkurencję, a przynajmniej w niniejszej sprawie powinno znaleźć zastosowanie wyłączenie z art. 11 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 uokik oraz art. 81 ust. 3 TWE (obecnie: art. 101 ust. 3 TFUE);

2.17. naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 104 uokik poprzez nałożenie kary pieniężnej, która jest nieproporcjonalna do stwierdzonych naruszeń i nie uwzględnia w dostatecznym stopniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy, które powinny wpływać na złagodzenie jej wymiaru (w tym stwierdzonej nieumyślności w zarzucanych naruszeniach przepisów chroniących konkurencję) oraz została wyliczona z zastosowaniem niespójnej i nieprzejrzystej metody, istotnie utrudniającej weryfikację dokonanych obliczeń;

3. naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. polegające na braku należytego uzasadnienia wyroku, a w szczególności braku dostatecznego wyjaśnienia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenia faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej;

4. nierozpoznanie istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c. w związku z uznaniem, że wystarczające dla przypisania adresatom decyzji odpowiedzialności za delikty prawa konkurencji było samo stwierdzenie zawarcia porozumień, niezależnie od tego, iż działanie powodów nie miało na celu ograniczenia konkurencji, Sąd pierwszej instancji nie zgromadził danych wystarczających dla uznania, że porozumienia te wywarły skutek na rynku właściwym, a ponadto porozumienia te nie mogły być kwalifikowane jako bezprawne w świetle prawa konkurencji, a co najmniej powinny być kwalifikowane

jako spełniające przesłanki wyłączenia spod zakazu porozumień antykonkurencyjnych;

5. nieważność postępowania w związku z pozbawieniem powodów możliwości obrony swych praw (art. 379 pkt 5 k.p.c.) w wyniku m.in. utajnienia istotnych fragmentów decyzji wobec powodów oraz zawarcia informacji istotnych dla rozstrzygnięcia w załączniku do decyzji utajnionym względem powodów.

Ponadto powodowie w apelacjach zawarli wnioszek o rozpoznanie przez Sąd Apelacyjny w trybie art. 380 k.p.c. wszystkich postanowień dowodowych wydanych przez Sąd pierwszej instancji, a następnie o zmianę tych postanowień i dopuszczenie wszystkich dowodów zawnioskowanych przez powodów na okoliczności wskazane w treści pism procesowych (zgodnie z ich zestawieniem zawartych w załączniku nr 2 do apelacji).

Apelacją Deutsche Bank PBC S.A. w Warszawie zaskarżył wyrok w punktach II oraz I podpunkt 8, domagając się:

- zmiany wyroku w zaskarżonej części poprzez: zmianę punktu 1.1 decyzji poprzez niestwierdzenie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przez adresatów decyzji w porozumieniu ograniczającym konkurencję na rynku usług acquiringowych, związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane przez konsumentów towary i usługi za pomocą kart płatniczych na terytorium Polski poprzez wspólne ustalanie wysokości stawek opłaty *interchange* pobieranej od transakcji dokonywanych kartami oraz uchylenie punktu V.9 decyzji w całości, ewentualnie

- uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Powód zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego:

1. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik postępowania, tj.:

- a) art. 217 § 2 w związku z art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków złożonych przez powoda o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków [...], jako niemających znaczenia dla rozstrzygnięcia, podczas gdy zeznania tych świadków miały znaczenia dla rozstrzygnięcia jako zmierzające do wykazania

zaistnienia przesłanki wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE (dawniej art. 81 ust. 3 TWE) oraz art. 7 w związku z art. 11 ust. 2 uokik;

b) art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i zaniechanie wszechstronnego rozważania materiału dowodowego, co skutkowało przyjęciem, że nie zostały spełnione przesłanki wyłączenia porozumienia powodów w sprawie ustalenia opłaty *interchange* spod zakazu z art. 101 ust. 1 TFUE (dawniej art. 81 ust. 1 TWE) i 5 ust. 1 uokik, podczas gdy ze zgromadzonego w toku postępowania administracyjnego materiału dowodowego wynikało, że przesłanki te zostały spełnione;

c) art. 328 § 2 k.p.c. polegające na:

(i) sporządzeniu uzasadnienia zaskarżonego wyroku, które nie poddaje się kontroli instancyjnej, ponieważ zawiera szereg stwierdzeń, co do których brak odniesienia w materiale dowodowym, jak również które nie nawiązują do twierdzeń stron, ani nie pozostają w związku z istotą sporu, oraz są sformułowane w sposób, który uniemożliwia wyodrębnienie stanowiska Sądu wobec każdego z powodów w niniejszym postępowaniu;

(ii) wadliwym sporządzeniu uzasadnienia zaskarżonego wyroku poprzez brak wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, brak wskazania dowodów na których Sąd się oparł, jak również sporządzenia uzasadnienia w sposób wewnętrznie sprzeczny;

2. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a) art. 101 ust. 1 TFUE (dawniej art. 81 ust. 1 TWE) i art. 5 ust. 1 uokik poprzez jego zastosowanie, podczas gdy porozumienie to podlegało wyłączeniu spod zakazów określonych w tych przepisach;

b) art. 4 ust. 3 TUE poprzez nieuwzględnienie praktycznych wytycznych dotyczących stosowania kryteriów wyłączenia określonych w art. 101 ust. 3 TFUE zawartych w decyzji Komisji Europejskiej z dnia 24 lipca 2002 r. dotyczącej wielostronnych opłat *interchange* w systemie Visa, które powinny stanowić punkt odniesienia przy ocenie, czy krajowe opłaty *interchange* podlegają wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję;

c) art. 101 ust. 3 TFUE (poprzednio art. 81 ust. 3 TWE) oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 11 ust. 2 uokik poprzez ich niezastosowanie, podczas gdy przesłanki

wylączenia porozumienia spod zakazu określonego w art. 101 ust. 1 TFUE (poprzednio art. 81 ust. 1 TWE) i art. 5 uokik zostały spełnione;

d) art. 101 ust. 3 TFUE (poprzednio art. 81 ust. 3 TWE) oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że w ramach przesłanek indywidualnego wylączenia należy rozpatrywać wpływ opłaty *interchange* jedynie na ustalony rynek właściwy, tj. rynek związany z usługami świadczonymi przez acquirersów, podczas gdy przepisy te nie dają podstawy do zawężenia rozpatrywania wpływu porozumienia, w kontekście zaistnienia przesłanek wylączenia, tylko na ustalony rynek właściwy;

e) art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik poprzez nałożenie na powoda kary pieniężnej, pomimo, że nie doszło do zarzucanego w decyzji naruszenia zakazu z art. 81 ust. 1 TWE oraz art. 5 ust. 1 uokik, względnie porozumienie podlegało wylączeniu spod zakazu na mocy art. 81³ TWE i art. 7 w związku art. 11 ust. 2 uokik.

Apelacją HSBC Bank Polska S.A, w Warszawie zaskarżył wyrok w punktach II oraz I podpunkt 20, domagając się:

- zmiany punktu I podpunkt 20 zaskarżonego wyroku poprzez zmianę decyzji w punkcie V podpunkt 20 i orzeczenie, że nie obciąża się powoda karą oraz punktu II zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie zaskarżonej decyzji w zakresie dotyczącym powoda i uznanie, że nie stanowi ograniczenia konkurencji i naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik, praktyka polegająca na uczestniczeniu przez powoda w porozumieniu zawiązanym z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane towary i usługi za pomocą kart płatniczych na terytorium Polski poprzez wspólne ustalanie wysokości stawek opłaty *interchange* pobieranej od transakcji dokonywanych kartami systemu Visa w Polsce, ewentualnie

- uchylenia wyroku w zaskarżonej części i przekazania sprawy Sądowi pierwszej instancji celem ponownego rozpoznania sprawy po przeprowadzeniu postępowania dowodowego.

Powód zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 227, 244, 245, 258, 278 § 1, 299 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych powodów i zainteresowanych,

w tym wniosków o dopuszczenie dowodów z dokumentów, zeznań świadków, opinii biegłych i przesłuchania stron, co skutkowało niewyjaśnieniem okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy dla wykazania których zgłoszono te wnioski;

2. naruszenie przepisu art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów;

3. naruszenie przepisu art. 227 k.p.c. w związku z art. 1 ust. 2 uokik z poprzez błędne przyjęcie, że obowiązkiem pozwanego jest jedynie uprawdopodobnienie, a nie udowodnienie, że określona praktyka ograniczała swobodę konkurencji na danym rynku;

4. naruszenie przepisów art. 85 ust. 3 w zw. z art. 84 ust. 1 uokik poprzez niezastosowanie tych przepisów i niewydanie postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania ze względu na złożenie wniosku przez podmiot nieuprawniony;

5. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 5 ust. 1 pkt 1 i art. 9 uokik oraz art. 81 ust. 1 Traktatu Wspólnoty Europejskiej i art. 2 Rozporządzenia Rady (ER) nr 1/2003 poprzez uznanie, że zarzucane porozumienia ograniczają konkurencję na rynku właściwym, pomimo że porozumienia te nie wywierają ani nie mogą wywierać istotnego wpływu na konkurencję a uczestnicy tego rynku posiadają dostateczną swobodę w ustalaniu cen;

6. naruszenie przepisów art. 11 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 uokik oraz art. 81 ust. 3 Traktatu Wspólnoty Europejskiej w związku z art. 1 ust. 2 i art. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 poprzez przyjęcie, że zarzucane porozumienia nie spełniają przesłanek zwolnienia spod zakazu praktyk ograniczających konkurencję, pomimo że przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów albo postępu technicznego lub gospodarczego zapewniając nabywcom bądź użytkownikom słuszną część wynikających stąd korzyści oraz nie nakładają na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia takich celów a także nie dają przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w zakresie znacznej części danych produktów;

7. naruszenie przepisów art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik poprzez nałożenie kary pieniężnej pomimo, że nie doszło po stronie powodów do naruszenia przepisów

chroniących konkurencję, a ponadto wyliczenia jej wysokości w sposób nieczytelny i niezrozumiały dla adresatów;

8. naruszenie przepisów art. 6 k.c. poprzez przyjęcie, że to na powódzie spoczywał ciężar dowodu w niniejszej sprawie, a nie na pozwanym, w wyniku czego Sąd uznał, że powód nie udowodnił, że porozumienia zawarte pomiędzy bankami w sprawie sposobu wzajemnych rozliczeń i pobierania opłaty *interchange* nie mogą ograniczać konkurencji;

9. naruszenie przepisów art. 93 uokik poprzez wszczęcie postępowania przeciwko powodowi po upływie roku od zaprzestania przez niego uczestnictwa w kwestionowany przez pozwanego porozumieniu, co doprowadziło do wydania decyzji w gruncie rzeczy w toku nieważnego postępowania administracyjnego;

10. naruszenie przepisów art. 328 § 2 k.p.c. poprzez nie wskazanie w treści uzasadnienia faktów, które Sąd uznał za udowodnione, dowodów, które uznał za wiarygodne oraz dowodów, które uznał za niewiarygodne i przyczyn takiego stanowiska oraz nie wyjaśnienie przez Sąd podstaw prawnych wyroku, co świadczy o nie rozpoznaniu przez Sąd istoty sprawy;

11. naruszenie przepisów art. 7 i art. 77 § 1 k.p.a. poprzez nieuwzględnienie przywołanych przepisów przy wydaniu wyroku i pominięcie, że organ miał obowiązek z urzędu przeprowadzić postępowanie dowodowe w celu wszechstronnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy, a skutkiem tego zaniechania winno być uchylenie w całości zaskarżonej decyzji, gdyż jeśli przyjąć by za zasadne stanowisko Sądu, że to powód powinien wykazać, że zawarte pomiędzy bankami porozumienia nie naruszają przepisów uokik, to sytuacja prawna powoda uległa diametralnej zmianie na gorszą, co jest nie do pogodzenia z zasadami państwa prawa;

12. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 3 i art. 5 w związku z art. 35 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 poprzez niewłaściwe zastosowanie;

13. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik poprzez ich niezastosowanie oraz przepisu art. 4 pkt 8 uokik poprzez nieprawidłowe ustalenie definicji „rynku właściwego” oraz błąd w ustaleniach faktycznych poprzez błędne przyjęcie definicji „acquirera” i definicji „rynku

właściwego” oraz poprzez przyjęcie założenia, że dokonywanie płatności kartami płatniczymi jest osobnym rynkiem od innych form płatności.

Apelacją Bank Pocztowy S.A. w Bydgoszczy zaskarżył wyrok w punktach II oraz I podpunkt 5, domagając się zmiany wyroku w zaskarżonej części poprzez uchylenie decyzji w całości i uznanie, że wspólne ustalenie opłaty *interchange* nie stanowi praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską oraz art. 5 ust. 1 uokik, lub uchylenie decyzji w całości i uznanie, że porozumienie dotyczące opłaty *interchange* spełnia kryteria określone w art. 81 ust. 3 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską oraz art. 7 ust. 1 uokik, a zatem jest wyłączone spod zakazu określonego w art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską oraz art. 5 ust. 1 uokik, a także uchylenia kary pieniężnej nałożonej w punkcie 1.5 zaskarżonego wyroku.

Powód zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego:

1. naruszenie prawa materialnego, tj.:

- art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik oraz art. 81 ust. 1 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską poprzez uznanie, że uczestniczenie w porozumieniu dotyczącym wspólnego ustalania wysokości stawek opłaty *interchange* stanowi praktykę ograniczającą konkurencję;

- art. 5 ust. 1 uokik oraz art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską poprzez jego niewłaściwe zastosowanie wskutek stwierdzenia, że wielostronne porozumienia dotyczące opłaty *interchange* są niezgodne z prawem, pomimo braku analizy sytuacji konkurencji na rynku polskim w obliczu braku takiego porozumienia;

2. naruszenie prawa procesowego mające wpływ na rozstrzygnięcie, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów poprzez uznanie, że uczestniczenie w porozumieniu dotyczącym wspólnego ustalania wysokości stawek opłaty *interchange* stanowi praktykę ograniczającą konkurencję bez przeprowadzenia analizy anty konkurencyjnego celu lub skutku tego porozumienia.

Apelacją mBank S.A. w Warszawie zaskarżył wyrok w punktach II oraz I podpunkt 11, domagając się:

- uchylenia zaskarżonego wyroku w całości, zniesienia postępowania w zakresie dotkniętym nieważnością i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji, ewentualnie

- zmiany wyroku w zaskarżonej części poprzez: zmianę punktu I podpunkty 1 i 2 decyzji w ten sposób iż nie stwierdza się stosowania przez powoda praktyk polegających na uczestniczeniu w porozumieniach ograniczających konkurencję oraz zmianę punktu V podpunkt 11 decyzji poprzez odstąpienie od nałożenia na powoda kary, względnie o obniżenie kary pieniężnej i wymierzenie jej w jak najniższej symbolicznej wysokości, ewentualnie

- uchylenia zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Powód zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego:

1. naruszenie prawa procesowego mające wpływ na rozstrzygnięcie, tj.:

(a) art. 233 § 1 w związku z art. 227 k.p.c. poprzez niedokonanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, naruszenie zasady wszechstronnej oceny materiału dowodowego oraz przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów, przyjęcie ustaleń nie znajdujących oparcia w materiale dowodowym poprzez dowolne i nieuzasadnione przyjęcie, że kwestia legalności porozumienia banków na rynku usług acquiringowych może być rozpatrywana wyłącznie w odniesieniu do relacji acquiringowej w oderwaniu od pozostałych relacji pomiędzy uczestnikami czterostronnych systemów kart płatniczych Visa i MasterCard, co skutkowało rezygnacją z wszechstronnego badania przesłanek wyłączenia indywidualnego i błędnym przyjęciem, iż porozumienie nie spełnia tych przesłanek;

(b) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku, które nie poddaje się kontroli instancyjnej, ponieważ zawiera twierdzenia, które nie zostały poparte żadnymi dowodami;

(c) art. 224 § 1 w związku z art. 479¹² § 1 k.p.c. poprzez oddalenie jako spóźnionych wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda, innych powodów i zainteresowanych, w okresie po złożeniu odwołań, pomimo że zgłaszający wykazali przesłanki ustawowe ich dopuszczalności, w szczególności powód wykazał, że

potrzeba ich powołania wystąpiła w związku z twierdzeniami zawartymi w piśmie procesowym pozwanego;

(d) art. 217 § 2 w związku z art. 227 i art. 278 § 1 i art. 386 § 6 k.p.c. poprzez brak wyjaśnienia istotnych okoliczności faktycznych i nierozpoznanie istoty sprawy, niewykonanie wytycznych Sądu Apelacyjnego w W. z wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 r. co do dalszego postępowania, zobowiązujących Sąd pierwszej instancji do rozważenia całokształtu okoliczności sprawy, w szczególności spełniania przesłanek wyłączenia indywidualnego spod zakazu porozumień, co mogło być dokonane jedynie poprzez ponowne przeprowadzenie postępowania dowodowego i uwzględnienie dowodów, których przedmiotem były fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy; niezgodne z tymi wytycznymi oraz niezastosowanie art. 240 § 1 k.p.c. i zaniechanie zmiany wydanych wadliwie w pierwszym etapie postępowania w I instancji postanowień dowodowych;

(e) art. 479^{31a} § 3 k.p.c. przez jego nieprawidłowe zastosowanie, tj. poprzez zmianę decyzji jedynie w zakresie jej punktu 5, zamiast uchylenia decyzji w obliczu naruszenia przez pozwanego przepisów postępowania administracyjnego, w sposób mający wpływ na rozstrzygnięcie;

(f) art. 379 pkt 5 k.p.c. poprzez pozbawienie powoda prawa do obrony, co skutkuje nieważnością postępowania;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez ich niewłaściwą wykładnię i błędne zastosowanie:

(a) art. 1 uokik poprzez zmianę lub odmowę uchylenia decyzji i przyjęcie, że decyzja jest podjęta w interesie publicznym, co skutkowało nieprawidłowym oddaleniem odwołania powoda;

(b) art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik i art. 81 ust. 1 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 101 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej) poprzez przyjęcie, że porozumienie banków w sprawie *interchange* ogranicza konkurencję na rynku właściwym, pomimo iż materiał dowodowy zgromadzony przez Sąd w toku postępowania nie udowadnia, iż porozumienie ma na celu lub, iż jego skutkiem jest ograniczenie konkurencji;

(c) art. 7 uokik oraz art. 81 ust. 3 TWE skutkujące uznaniem, że porozumienie nie podlega wyłączeniu spod zakazu anty konkurencyjnych

porozumień; skutkujące uznaniem za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w ww. przepisach, praktykę polegającą na uczestniczeniu, między innymi przez powoda w porozumieniu ograniczającym konkurencję na rynku usług acquiringowych związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane przez konsumentów towary i usługi za pomocą kart płatniczych na terytorium Polski, poprzez wspólne ustalanie wysokości stawek opłaty *interchange* pobieranej od transakcji dokonywanych kartami systemu Visa i MasterCard w Polsce i nakazem zaniechania jej stosowania;

(d) art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik poprzez nałożenie na powoda kary pieniężnej, pomimo że nie doszło do naruszenia zakazu z art. 81 ust. 1 TWE lub art. 5 uokik, względnie porozumienie podlegało wyłączeniu spod zakazu określonego w w/w przepisach na podstawie art. 7 uokik lub art. 81 ust. 3 TWE;

(e) art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 104 uokik poprzez nałożenie na powoda kary pieniężnej mimo istnienia przesłanek do odstąpienia od jej nałożenia; ewentualnie poprzez nieuwzględnienie w odpowiednim stopniu przesłanek wymiaru kary oraz okoliczności sprawy, co skutkowało nałożeniem jej w nieproporcjonalnej nadmiernie wygórowanej kwocie; ewentualnie również poprzez zastosowanie niezrozumiałej i nietransparentnej metodologii obliczenia kary nie poddającej się weryfikacji, oraz dopuszczającej powstanie nierówności ze względu na niejednolite uwzględnianie kategorii przychodu jako podstawy wymiaru kary.

Powód w apelacji wnosił ponadto o rozpatrzenie podstawie art. 380 k.p.c. prawidłowości podjętych przez Sąd Okręgowy postanowień dowodowych, w szczególności postanowienia z dnia 12 listopada 2008 r. o oddaleniu wniosków dowodowych, o ich zmianę oraz o dopuszczenie zawnioskowanych dowodów (zgodnie z wykazem zawartym w załączniku nr 2 do apelacji), z uwzględnieniem przesłanek ich zgłoszenia później niż w odwołaniu.

Apelacją Bank BGŻ BNP Paribas S.A. w Warszawie zaskarżył wyrok w punktach II i III oraz I podpunkt 2, domagając się:

- uchylenia zaskarżonego wyroku w całości, zniesienia postępowania w zakresie dotkniętym nieważnością i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji, ewentualnie

- zmiany wyroku w zaskarżonej części poprzez: zmianę punktu I podpunkty 1 i 2 decyzji w ten sposób, że nie stwierdza się stosowania przez powoda praktyk polegających na uczestniczeniu w porozumieniu ograniczających konkurencję, a także punktu V podpunkt 2 decyzji poprzez nie nakładanie na powoda kary, względnie o obniżenie kary pieniężnej i wymierzenie jej w jak najniższej, symbolicznej wysokości, ewentualnie

- uchylenia zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Powód zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego:

1. naruszenie prawa procesowego mające wpływ na rozstrzygnięcie, tj.:

(a) art. 233 § 1 w związku z art. 227 k.p.c. poprzez niedokonanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, naruszenie zasady wszechstronnej oceny materiału dowodowego oraz przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów, przyjęcie ustaleń nie znajdujących oparcia w materiale dowodowym poprzez dowolne i nieuzasadnione przyjęcie, że kwestia legalności porozumienia banków na rynku usług acquiringowych może być rozpatrywana wyłącznie w odniesieniu do relacji acquiringowej w oderwaniu od pozostałych relacji pomiędzy uczestnikami czterostronnych systemów kart płatniczych Visa i MasterCard, co skutkowało rezygnacją z wszechstronnego badania przesłanek wyłączenia indywidualnego i błędnym przyjęciem, iż porozumienie nie spełnia tych przesłanek;

(b) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku, które nie poddaje się kontroli instancyjnej, ponieważ zawiera twierdzenia, które nie zostały poparte żadnymi dowodami;

(c) art. 224 § 1 w związku z art. 479¹² § 1 k.p.c. poprzez oddalenie jako spóźnionych wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda, innych powodów i zainteresowanych, w okresie po złożeniu odwołań, pomimo że zgłaszający wykazali przesłanki ustawowe ich dopuszczalności, w szczególności powód wykazał, że potrzeba ich powołania wystąpiła w związku z twierdzeniami zawartymi w piśmie procesowym pozwanego;

(d) art. 217 § 2 w związku z art. 227 i art. 278 § 1 i art. 386 § 6 k.p.c. poprzez brak wyjaśnienia istotnych okoliczności faktycznych i nierozpoznanie istoty sprawy,

niewykonanie wytycznych Sądu Apelacyjnego w W. z wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 r. co do dalszego postępowania, zobowiązujących Sąd pierwszej instancji do rozważenia całokształtu okoliczności sprawy, w szczególności spełniania przesłanek wyłączenia indywidualnego spod zakazu porozumień, co mogło być dokonane jedynie poprzez ponowne przeprowadzenie postępowania dowodowego i uwzględnienie dowodów, których przedmiotem były fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy; niezgodne z tymi wytycznymi oraz niezastosowanie art. 240 § 1 k.p.c. i zaniechanie zmiany wydanych wadliwie w pierwszym etapie postępowania w I instancji postanowień dowodowych;

(e) art. 479^{31a} § 3 k.p.c. przez jego nieprawidłowe zastosowanie, tj. poprzez zmianę decyzji jedynie w zakresie jej punktu 5, zamiast uchylenia decyzji w obliczu naruszenia przez pozwanego przepisów postępowania administracyjnego, w sposób mający wpływ na rozstrzygnięcie;

(f) art. 379 pkt 5 k.p.c. poprzez pozbawienie powoda prawa do obrony, co skutkuje nieważnością postępowania;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez ich niewłaściwą wykładnię i błędne zastosowanie:

(a) art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik i art. 81 ust. 1 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 101 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej) poprzez przyjęcie, że porozumienie banków w sprawie *interchange* ogranicza konkurencję na rynku właściwym, mimo iż pozwany ani Sąd nie udowodnili, iż porozumienie ma na celu lub jego skutkiem jest ograniczenie konkurencji;

(b) art. 7 uokik oraz art. 81 ust. 3 TWE skutkujące uznaniem, że porozumienie nie podlega wyłączeniu spod zakazu anty konkurencyjnych porozumień; skutkujące uznaniem za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w ww. przepisach, praktykę polegającą na uczestniczeniu, między innymi przez powoda w porozumieniu ograniczającym konkurencję na rynku usług acquiringowych związanych z regulowaniem zobowiązań konsumentów wobec akceptantów z tytułu płatności za nabywane przez konsumentów towary i usługi za pomocą kart płatniczych na terytorium Polski, poprzez wspólne ustalanie

wysokości stawek opłaty *interchange* pobieranej od transakcji dokonywanych kartami systemu Visa i MasterCard w Polsce i nakazem zaniechania jej stosowania;

(c) naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik poprzez nałożenie na powoda kary pieniężnej, pomimo że nie doszło do naruszenia zakazu z art. 81 ust. 1 TWE lub art. 5 uokik, względnie porozumienie podlegało wyłączeniu spod zakazu określonego w w/w przepisach na podstawie art. 7 uokik lub art. 81 ust. 3 TWE;

(d) naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 104 uokik poprzez nałożenie na powoda kary pieniężnej pomimo istnienia przesłanek do odstąpienia od jej nałożenia; ewentualnie poprzez nieuwzględnienie w odpowiednim stopniu przesłanek wymiaru kary oraz okoliczności sprawy, co skutkowało nałożeniem jej w nieproporcjonalnej nadmiernie wygórowanej kwocie; ewentualnie również poprzez zastosowanie niezrozumiałej i nietransparentnej metodologii obliczenia kary nie poddającej się weryfikacji, oraz dopuszczającej powstanie nierówności ze względu na niejednolite uwzględnianie kategorii przychodu jako podstawy wymiaru kary.

Powód w apelacji wnosił ponadto o rozpatrzenie podstawie art. 380 k.p.c. prawidłowości podjętych przez Sąd Okręgowy postanowień dowodowych, o ich zmianę oraz o dopuszczenie zawnioskowanych dowodów (zgodnie z wykazem zawartym w załączniku nr 2 do apelacji).

Apelacją Prezes UOKiK zaskarżył wyrok w punktach III oraz I podpunkty 1-20, domagając się:

- zmiany wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie odwołań powodów w całości, ewentualnie: zmiany punktu I podpunkty 1-20 wyroku poprzez nałożenie na powodów kar pieniężnych w sposób odzwierciedlający wagę naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej, ewentualnie

- uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Pozwany zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego:

- naruszenie prawa materialnego przez błędną jego wykładnię, tj.:

1. naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik przez jego błędną wykładnię, a w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie, poprzez nałożenie kar, które w wymiarze procentowym nie odzwierciedlają wagi naruszenia

ustawy antymonopolowej, a biorąc pod uwagę ogólną kwotę przychodów powodów i ich potencjał gospodarczy, nie spełniają ani funkcji represyjnej, ani prewencyjnej;

2. naruszenie art. 112 uokik poprzez błędne zastosowanie, a przy tym nie podanie motywów, jakimi kierował się Sąd nie akceptując wykładni przepisu prezentowanej przez Prezesa UOKiK;

3. naruszeniu art. 104 uokik poprzez nałożenie na powodów kar w wysokości niewspółmiernej do stopnia naruszenia interesu publicznoprawnego, rażąco niskiej w stosunku do przychodów powodowych banków, a przez to nałożenie jej na poziomie nie spełniającym żadnej z funkcji kary;

- naruszeniu przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj.

1) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewskazanie w uzasadnieniu wyroku, w części dotyczącej kary pieniężnej, podstawy faktycznej, tj. ustalenia faktów, które Sąd uznał za udowodnione, dowodów na których się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej oraz niepodanie i niewyjaśnienie podstawy prawnej rozstrzygnięcia, oraz naruszenie art. 479^{31a} § 3 k.p.c. na skutek orzeczenia o zmianie decyzji w części dotyczącej kary pomimo, że nie istniały ku temu żadne podstawy;

2) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z zebrany materiał dowodowy wskutek ustalenia, iż w materiale tym brak jest informacji dotyczących dochodów banków z tytułu uczestnictwa w zawartym porozumieniu za 2005 r., a w konsekwencji uznanie, iż brak było podstaw do wymierzenia kar pieniężnych w sposób wskazany w decyzji.

Apelacją POHiD zaskarżyła wyrok w punktach I i III, domagając się:

- zmiany zaskarżonego wyroku w punkcie I zaskarżonego poprzez oddalenie odwołań powodów, ewentualnie w ten sposób, że wysokość kar pieniężnych nałożonych na powodów zostanie obliczona przy uwzględnieniu okoliczności obciążających powodów, ewentualnie

- uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Zainteresowany zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego:

I. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.: art. 101 ust. 1 pkt 1 oraz art. 104 uokik przez nałożenie na powodów kar pieniężnych w wysokości zbyt niskiej w stosunku do: wagi stwierdzonych naruszeń, stopnia zawinienia powodów, stopnia szkodliwości kwestionowanej praktyki dla rynku właściwego oraz interesu publicznego, stopnia trudności w odwracaniu skutków stwierdzonych naruszeń oraz zasięgu geograficznego stosowania przez powodów kwestionowanej praktyki;

II. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie wszystkich istotnych elementów stanu faktycznego oraz dokonanie oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego w sposób niebiorący pod uwagę, przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych nakładanych na powodów za naruszenie przepisów ustawy, okoliczności obciążających powodów, pomimo ich wykazania w toku postępowania;

b) art. 328 § 2 k.p.c. przez niewyjaśnienie w uzasadnieniu orzeczenia podstawy prawnej i faktycznej rozstrzygnięcia w zaskarżonej części, uniemożliwiające należyte wywiedzenie zarzutów apelacji w zakresie naruszenia przepisów prawa materialnego oraz znacznie utrudniające kontrolę rozstrzygnięcia Sądu;

c) art. 100 k.p.c. oraz art. 98 k.p.c. polegającego na bezzasadnym przyjęciu, że w okolicznościach niniejszej sprawy zachodzą podstawy do zniesienia wzajemnie kosztów postępowania pomiędzy stronami, podczas gdy w zakresie rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji o stwierdzeniu stosowania przez powodów praktyki ograniczającej konkurencję, a więc rozstrzygnięcia będącego podstawowym przedmiotem oraz celem prowadzonego postępowania, Sąd Okręgowy oddalił odwołania powodów, natomiast w zakresie rozstrzygnięcia dotyczącego wysokości kar pieniężnych za naruszenie przepisów ustawy, Sąd ten uwzględnił odwołania powodów tylko w nieznaczej części, a zatem prawidłowe zastosowanie zaskarżonych przepisów powinno doprowadzić do niezastosowania art. 100 k.p.c. oraz przyjęcia, że powodowie oraz zainteresowani wspierający powodów powinni zostać uznani za stronę przegrywającą i ponoszącą koszty postępowania zgodnie z art. 98 k.p.c.

Apelacją Visa Europe Limited w Londynie zaskarżyła wyrok w całości, domagając się jego uchylenia w całości i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Zainteresowany zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego:

I. naruszenie prawa materialnego, tj.:

1) art. 101 ust. 3 TFUE (poprzednio art. 81 ust. 3 Traktatu) oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 11 ust. 2 uokik poprzez błędną wykładnię i uznanie, że w ramach przesłanek wyłączenia porozumień w sprawie krajowej opłaty *interchange* spod zakazu dotyczącego porozumień ograniczających konkurencję należy rozpatrywać wpływ opłaty *interchange* jedynie na rynek usług świadczonych przez acquirerów, bez konieczności badania takiego wpływu na inne rynki właściwe oraz stopnia niezbędności opłaty *interchange* i stopnia eliminacji konkurencji na rynku;

2) art. 4 ust. 3 TUE w związku z art. 101 ust. 3 TFUE poprzez nieuwzględnienie praktycznych wytycznych dotyczących stosowania kryteriów wyłączenia określonych w art. 101 ust. 3 TFUE zawartych w decyzji Komisji Europejskiej z dnia 24 lipca 2002 r. dotyczącej wielostronnych opłat *interchange* w systemie Visa (Decyzja Visa II), które powinny stanowić punkt odniesienia przy ocenie, czy porozumienia w sprawie krajowej opłaty *interchange* podlegają wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję;

II. naruszenie prawa procesowego, tj.:

1) art. 278 § 1, art. 286, art. 227 i art. 236 w związku art. 386 § 4 i 6 k.p.c. i z art. 101 ust. 3 TFUE (poprzednio art. 81 ust. 3 Traktatu) oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 11 ust. 2 uokik w kontekście wytycznych Sądu Apelacyjnego w W. zawartych w wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 r., polegający na oddaleniu wniosków dowodowych zmierzających do wykazania przesłanek uzasadniających wyłączenie przedmiotowych porozumień spod zakazu dotyczącego porozumień ograniczających konkurencję i pomimo konieczności skorzystania w tym zakresie z wiadomości specjalnych, zaniechanie dopuszczenia dowodu z opinii biegłego, w szczególności w zakresie sprecyzowanym w piśmie Visa z dnia 29 listopada 2011 r.;

2) art. 278 § 1, art. 286, art. 233 § 1 w związku art. 386 § 4 i 6 k.p.c. i z art. 101 ust. 3 TFUE (poprzednio art. 81 ust. 3 Traktatu) oraz art. 7 ust. 1 w związku

z art. 11 ust. 2 uokik w kontekście wytycznych Sądu Apelacyjnego zawartych w wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 r. i przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów poprzez pominięcie stanowiska strony zawartego w opinii prof. B. Y. z dnia 24 listopada 2011 r. dotyczącej ekonomicznej zasadności opłaty MIF w czterostronnym systemie kart płatniczych oraz opinii p. R. C. ze spółki D. LLP dotyczącej zasadności uwzględnienia niektórych kategorii kosztów dla celów ustalenia krajowej opłaty *interchange* i pomimo konieczności skorzystania w tym zakresie z wiadomości specjalnych, zaniechanie dopuszczenia dowodu z opinii biegłego, w szczególności w zakresie sprecyzowanym w piśmie Visa z dnia 29 listopada 2011 r.;

3) art. 278 § 1, art. 286, art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 101 ust. 3 TFUE (poprzednio art. 81 ust. 3 Traktatu) oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 11 ust. 2 uokik i uznanie za nie mającej znaczenia dla sprawy opinii biegłego dopuszczonej przez Prezesa UOKiK w postępowaniu antymonopolowym, która zmierzała do ustalenia istnienia przesłanek wyłączenia (w kontekście Decyzji Visa II) i zaniechania przeprowadzenia ponownej opinii biegłego pomimo wadliwości opinii dopuszczonej przez Prezesa UOKiK i konieczności skorzystania w tym zakresie z wiadomości specjalnych;

4) art. 328 § 2 k.p.c. przez sporządzenie uzasadnienia wyroku, które nie poddaje się kontroli instancyjnej, ponieważ zawiera szereg twierdzeń, które nie zostały poparte żadnymi dowodami i nie nawiązują do twierdzeń stron ani nie pozostają w związku z istotą sporu.

Powodowie: Credit Agricole Bank Polska S.A. we Wrocławiu, ING Bank Śląski S.A. w Katowicach, Bank BPH S.A. w Gdańsku, Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie, Bank Handlowy S.A. w Warszawie, Bank Millenium S.A. w Warszawie, Bank Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu, Bank Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie, Deutsche Bank PBC S.A. w Warszawie, HSBC Bank Polska S.A. w Warszawie, Bank Pocztowy S.A. w Bydgoszczy, Bank BGŻ BNP Paribas S.A. w Warszawie, mBank S.A. w Warszawie, a także zainteresowana Visa Europę Limited w Londynie przyłączyli się nawzajem do wniesionych przez siebie apelacji oraz wnosili o oddalenie apelacji wniesionych

przez pozwanego Prezesa UOKiK i zainteresowaną Polską Organizację Handlu i Dystrybucji.

Pozwany Prezes UOKiK i zainteresowana POHiD przyłączyli się nawzajem do wniesionych przez siebie apelacji oraz wnosili o oddalenie apelacji wniesionych przez powodowe banki i zainteresowaną Visa Europę Limited w Londynie.

Sąd Apelacyjny w W. wyrokiem z 6 października 2015 r., uwzględnił apelacje wniesione przez pozwanego Prezesa UOKiK oraz zainteresowaną Polską Organizację Handlu i Dystrybucji zasługiwały na uwzględnienie. Natomiast za niezasadne uznał apelacje wniesione przez powodów Credit Agricole Bank Polska S.A. we Wrocławiu, ING Bank Śląski S.A. w Katowicach, Bank BPH S.A. w Gdańsku, Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie, Bank Handlowy w Warszawie S.A. w Warszawie, Bank Millenium S.A. w Warszawie, Bank Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu, Bank Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie, Deutsche Bank PBC S.A. w Warszawie, HSBC Bank Polska S.A. w Warszawie, Bank Pocztowy S.A. w Bydgoszczy, Bank BGŻ BNP Paribas S.A. w Warszawie, mBank S.A. w Warszawie oraz zainteresowaną Visa Europę Limited w Londynie.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy dokonał w większości prawidłowych ustaleń faktycznych, w związku z czym Sąd Apelacyjny przyjął je za własne, za wyjątkiem tej ich części, która dotyczy podstaw określenia wysokości kar pieniężnych. Również ocena prawna Sądu pierwszej instancji została uznana za trafną, oprócz rozważań odnoszących się do metody określenia wysokości kar pieniężnych.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego trafne były podniesione w apelacji przez pozwanego Prezesa UOKiK zarzuty naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niewskazanie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku – w części dotyczącej nałożonych na powodów kar pieniężnych – faktów uznanych za udowodnione, oceny dowodów oraz podstawy prawnej rozstrzygnięcia, a także sprzeczności istotnych ustaleń Sądu Okręgowego z zebrany materiał dowodowy wobec ustalenia, że w postępowaniu antymonopolowym nie zebrano informacji dotyczących dochodów banków z tytułu uczestnictwa w porozumieniach za 2005 r., co skutkowało uznaniem, iż brak było podstaw do wymierzenia kar pieniężnych w

sposób wskazany w zaskarżonej decyzji. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy ograniczył się do przytoczenia stanowisk stron odnośnie prawidłowości przyjętej w decyzji metodologii obliczenia kar pieniężnych oraz wskazania własnej metodologii, wobec uznania, że „zastosowany przez pozwanego klucz ustalania wysokości indywidualnych kar pieniężnych był dotknięty błędem metodologicznym”. Zdaniem Sądu pierwszej instancji błąd ten miał polegać na przyjęciu przez Prezesa UOKiK wadliwego założenia, że przychody największych banków uzyskiwane w ciągu roku z tytułu uczestnictwa w porozumieniu mogły przekraczać równowartość 5 mln euro, podczas gdy w aktach sprawy brak jest informacji dotyczących rocznych dochodów uzyskanych przez poszczególnych powodów z tytułu uczestnictwa w porozumieniach w roku 2005. Dlatego Sąd pierwszej instancji przyjął inną niż organ antymonopolowy metodologię obliczenia wysokości nałożonych na powodów kar pieniężnych, odwołując się do wartości przychodów ogółem uzyskanych przez banki w 2005 r. i ustalając równy dla wszystkich banków współczynnik w wysokości 0,01% przychodu jako podstawę obliczenia kwoty bazowej. Ponadto Sąd pierwszej instancji nie uwzględnił jako okoliczności obciążającej faktu uczestniczenia przez bank w zebraniach założycielskich forów Visa i MasterCard. Natomiast przypisał większą wagę okoliczności nieumyślnego charakteru naruszenia prawa antymonopolowego przez banki oraz uwzględnił szereg dodatkowych okoliczności łagodzących.

Miał również rację Prezes UOKiK zarzucając w apelacji naruszenie: art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik przez jego błędną wykładnię i nałożenie na powodów kar pieniężnych, które w wymiarze procentowym nie odzwierciedlają wagi naruszenia ustawy antymonopolowej, a także nie spełniają funkcji represyjnej i prewencyjnej; art. 104 uokik poprzez nałożenie na powodów kar pieniężnych w wysokości niewspółmiernej do stopnia naruszenia interesu publicznoprawnego i rażąco niskiej w stosunku do przychodów powodów; art. 112 uokik poprzez błędne zastosowanie i nie podanie motywów, jakimi kierował się Sąd pierwszej instancji nie akceptując wykładni przepisu prezentowanej przez Prezesa UOKiK.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego zgodnie z treścią art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w

wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 5 ustawy (w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 6 i art. 7 uokik) lub naruszenia zakazu określonego w art. 8 ustawy, lub dopuścił się naruszenia art. 81 lub art. 82 TWE. Miał więc rację pozwany podnosząc w apelacji, że nieodwołanie się w zaskarżonej decyzji przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych wprost do przesłanki wysokości przychodu uzyskanego przez banki w roku poprzedzającym nałożenie kary, nie stanowiło naruszenia powołanego przepisu. Przepis ten przewiduje bowiem jedynie, że nałożona na przedsiębiorcę kara pieniężna nie może przekroczyć 10% osiągniętego przez niego przychodu w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

Dodatkowo organ antymonopolowy uwzględnił wcześniejsze brzmienie art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik, który ograniczał wysokość dopuszczalnej kary pieniężnej do równowartości 5 mln euro. Przyjmując, że największe banki w 2005 r. osiągnęły z tytułu uczestnictwa w porozumieniach przychody większe niż powyższy pułap kary, organ antymonopolowy oparł się na danych dotyczących obsłużonych przez nie transakcji kartowych oraz stawkach opłat *interchange*. Dlatego bezpodstawne było w ocenie Sądu Apelacyjnego twierdzenie Sądu Okręgowego, że powyższe założenie Prezesa UOKiK nie było oparte na konkretnych danych.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego z art. 104 uokik wynika, że przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 101-103 uokik, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. Słusznie podniósł pozwany w apelacji, że kary pieniężne nałożone na powodów w decyzji spełniały powyższe kryteria, albowiem Prezes Urzędu Konkurencji i Konsumentów wziął pod uwagę fakt, iż banki uczestniczyły w porozumieniach ograniczających konkurencję na rynku usług acquiringowych, długotrwały charakter naruszenia, wagę naruszenia dla gospodarki i rozwoju rynku. Wymierzając kary pieniężne poszczególnym bankom organ antymonopolowy uwzględnił: czas uczestnictwa banku w porozumieniu, jego udział w spotkaniach założycielskich, liczbę wyemitowanych kart płatniczych poszczególnych systemów, brak umyślności działania i ewentualnie zaniechanie

stosowania praktyki. Wbrew twierdzeniom Sądu Okręgowego były to kary pieniężne wymierzone indywidualnie każdemu z powodów, uwzględniające dotyczące go okoliczności faktyczne.

W ocenie Sądu Apelacyjnego wymogów tych nie spełniała metodologia przyjęta przez Sąd pierwszej instancji, który jako podstawę obliczenia kar pieniężnych przyjął wartość przychodu uzyskanego przez poszczególnych powodów w 2005 r., a następnie obliczył kwoty bazowe z zastosowaniem równego dla wszystkich banków współczynnika 0,01%, które powiększył z uwzględnieniem kryterium okresu uczestnictwa w porozumieniu (o 1% za każdy rok uczestnictwa w jednym porozumieniu, lecz nie więcej niż 11%) oraz ilości kart wydanych przez bank na koniec 2005 r. (o 1% za każde 100.000 kart). Ponadto zastosował zbiorczo do wszystkich powodów pakiet okoliczności łagodzących, nie analizując zasadności przyjęcia każdej z nich i nie wskazując wpływu każdej z nich na wymiar kary pieniężnej. Rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego należy więc ocenić jako całkowicie uznaniowe, a przez to nieweryfikowalne.

Trafnie zarzucił pozwany w apelacji, że ustalając wysokość kar pieniężnych Sąd pierwszej instancji wadliwie uwzględnił jedynie ilość kart wydanych przez poszczególne banki, pomijając wartość dokonanych za ich pomocą transakcji. Ponadto przyjęte przez Sąd Okręgowy dane dotyczące przychodów poszczególnych banków są nieporównywalne, jako oparte na różnych założeniach, a przez to nie mogły być podstawą do prawidłowego ustalenia wysokości kar pieniężnych. Skoro zaś nałożone w zaskarżonym wyroku kary pieniężne nie są ściśle powiązane z wielkością korzyści odniesionych przez poszczególne banki z tytułu udziału w zakazanych porozumieniach, nie są one zgodne z wytycznymi wynikającymi z art. 104 uokik.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego niesłuszne było uznanie przez Sąd Okręgowy za okoliczności łagodzące m.in. subiektywnego przekonania banków o korzyściach wynikających z uczestniczenia w zawieranych porozumieniach, nieuchronności uczestniczenia przez banki w tych porozumieniach, a także roli organizatorów systemów Visa i MasterCard w kształtowaniu sytuacji banków, skoro powodowie zawierali porozumienia całkowicie dobrowolnie i mieli świadomość treści obowiązującego prawa antymonopolowego. Ponadto ma rację pozwany podnosząc

w apelacji, że zastosowanie metodologii przyjętej przez Sąd pierwszej instancji skutkowało pozbawieniem nałożonych na banki kar pieniężnych funkcji represyjnej, prewencyjnej i wychowawczej. Rażąco niskie kary nie stanowią bowiem odczuwalnej dolegliwości dla naruszcyciela i nie odstraszaają od ewentualnych przyszłych naruszeń prawa antymonopolowego.

Ponadto z art. 112 uokik wynika, że przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o którym mowa w art. 104 ustawy, uwzględnia się również okoliczność naruszenia przepisów ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów w okresie 5 lat od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy. Ustalając wysokość kar pieniężnych Sąd Okręgowy odwołał się do powyższego przepisu i przyjął maksymalny czas uczestnictwa w porozumieniu na 10 lat i 8 miesięcy, jednakże nie uzasadnił dlaczego przepis ten miałby znaleźć zastosowanie w niniejszej sprawie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego ma rację pozwany podnosząc w apelacji, że ustawodawca ograniczył stosowanie art. 112 uokik do okresu 5 lat od dnia wejścia w życie uokik 2000 r., a więc uprzednie naruszenie przepisów prawa antymonopolowego (tzw. recydywa) może być brane pod uwagę przy wymierzaniu kary pieniężnej jedynie wówczas, gdy stwierdzone zostało ostateczną decyzją Prezesa UOKiK lub prawomocnym wyrokiem SOKiK, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca w odniesieniu do żadnego z powodów.

Z tych przyczyn apelacja wniesiona przez pozwanego Prezesa UOKiK podlegała uwzględnieniu, co skutkowało częściową zmianą zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie wszystkich odwołań w całości.

Z przyczyn wskazanych powyżej uwzględnieniu podlegała także apelacja wniesiona przez Polską Organizację Handlu i Dystrybucji, która zarzucała naruszenie m.in.: art. 101 ust. 1 pkt 1 oraz art. 104 uokik przez nałożenie na powodów nieadekwatnych kar pieniężnych, art. 328 § 2 k.p.c. przez niewyjaśnienie w uzasadnieniu orzeczenia podstawy prawnej i faktycznej rozstrzygnięcia, art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie wadliwej oceny materiału dowodowego w zakresie dotyczącym wysokości kar pieniężnych.

Natomiast zarzuty podniesione w pozostałych apelacjach nie były w ocenie Sądu Apelacyjnego trafne. Podniesione w apelacjach powodów: Credit Agricole

Bank Polska S.A. we Wrocławiu, ING Bank Śląski S.A. w Katowicach, Bank BPH S.A. w Gdańsku, Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie, Bank Handlowy w Warszawie S.A. w Warszawie, Bank Millenium S.A. w Warszawie, Bank Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu oraz Bank Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie, zarzuty oznaczone numerami 1.1-1.6 zmierzały do podważenia prawidłowości decyzji procesowych Sądu pierwszej instancji dotyczących postępowania dowodowego. Sąd Okręgowy zasadnie oddalił powyższe wnioski dowodowe jako nie mające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, co szczegółowo wyjaśnił w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, zaś Sąd Apelacyjny podziela te poglądy. Dlatego nie było podstaw do przeprowadzania postępowania dowodowego we wnioskowanym zakresie przed Sądem odwoławczym.

Zamierzonego skutku nie mógł odnieść również zarzut oznaczony numerem 1.7, albowiem zgodnie z treścią art. 5 ust. 1 uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Wyeliminowanie konkurencji na rynku właściwym jest to najdalej idący skutek antykonkurencyjny porozumienia, który zachodzi wówczas, gdy dotychczas samodzielni i rywalizujący ze sobą przedsiębiorcy całkowicie rezygnują z dalszego ekonomicznego współzawodnictwa. Jednakże zdaniem Sądu Apelacyjnego zakazem objęte są także ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, zaś w zaskarżonej decyzji Prezes UOKiK zarzucił powodom uczestniczenie w porozumieniach jedynie ograniczających konkurencję, a nie ją całkowicie eliminujących.

Niesłuszne były też zarzuty oznaczone numerami 2.1-2.17, które stanowiły powtórzenie zarzutów wyartykułowanych we wniesionych przez powodów odwołaniach od decyzji i zostały szczegółowo przeanalizowane przez Sąd Okręgowy, co znalazło odzwierciedlenie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Sąd Apelacyjny w całości podzielił poglądy Sądu pierwszej instancji w tym zakresie. W szczególności słuszny był pogląd Sądu Okręgowego, że dla istnienia zakazanych praktyk bez znaczenia jest okoliczność, czy stawki opłat *interchange* były ustalane na poziomie uzasadnionym kosztowo, czy też nie, albowiem prawnie relewantny jest sam fakt zawarcia antykonkurencyjnych porozumień. Miał również rację Sąd pierwszej instancji przyjmując, że skarżący nie udowodnili, aby zawarte

przez nich porozumienia były wyłączone spod zakazu praktyk ograniczających konkurencję na podstawie art. 7 ust. 1 uokik oraz art. 81 ust. 3 TWE.

Odnośnie zarzutów dotyczących legitymacji POHiD do żądania wszczęcia postępowania antymonopolowego, banków jako uczestników porozumień antykonkurencyjnych oraz błędnego określenia rynku właściwego, Sąd Apelacyjny dodatkowo wskazał, że kwestie te zostały już przesądzone w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w W. z dnia 22 kwietnia 2010 r., zaś zgodnie z treścią art. 386 § 6 k.p.c. ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania wyrażone w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji wiążą zarówno sąd, któremu sprawa została przekazana, jak i sąd drugiej instancji, przy ponownym rozpoznaniu sprawy.

Sąd Apelacyjny nie uwzględnił także zarzutów naruszenia przez Sąd pierwszej instancji art. 328 § 2 k.p.c., nieważności postępowania na skutek pozbawienia powodów możliwości obrony swoich praw (art. 379 pkt 5 k.p.c.) oraz nierozpoznania istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c. W ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego – poza częścią dotyczącą wymiaru kar pieniężnych – spełnia wymagania określone w art. 328 § 2 k.p.c., albowiem obejmuje szczegółowe ustalenia stanu faktycznego, wnikliwą ocenę dowodów, a także obszerne omówienie każdego z podniesionych w odwołaniach zarzutów wraz z ich oceną prawną. Z uzasadnienia tego wynika również, iż prawo powodów do obrony nie zostało naruszone wobec zastosowania przepisów obowiązującego prawa dotyczących ograniczeń jawności części materiału dowodowego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, mając na uwadze treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku, Sądowi Okręgowemu nie można było również skutecznie zarzucić nierozpoznania istoty sprawy, skoro wszystkie zarzuty podniesione przez odwołujących się zostały rozpoznane. Sąd wskazał, że zgodnie z treścią art. 5 ust. 1 uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W przypadku wystąpienia antykonkurencyjnego celu porozumienia, nie jest więc konieczne wykazywanie jego antykonkurencyjnego skutku. W ocenie Sądu Apelacyjnego porozumienia powodów miały tego rodzaju charakter, że ze swej istoty powodowały antykonkurencyjny skutek na rynku właściwym, co wynikało

z uzasadnienia zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK. Również w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd pierwszej instancji wyjaśnił szczegółowo mechanizm wpływania sztywnych opłat *interchange* na rynek usług acquiringowych, co jest równoznaczne z wywoływaniem przez porozumienia skutku na tym rynku.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego niezasadny był wniosek powodów o skierowanie pytań prawnych do Trybunału Sprawiedliwości UE, albowiem - jak słusznie stwierdził Sąd Okręgowy – ich treść zmierzała nie do wyjaśnienia wątpliwości co do wykładni przepisów prawa unijnego, lecz w rzeczywistości do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy co do meritum. Tymczasem właściwy do dokonania kontroli merytorycznej zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK jest wyłącznie sąd krajowy.

Bezpodstawne były także zarzuty podniesione w apelacjach przez pozostałych powodów: Deutsche Bank PBC S.A. w Warszawie, HSBC Bank Polska S.A. w Warszawie, Bank Poczty S.A. w Bydgoszczy, Bank BGŻ BNP Paribas S.A. w Warszawie, mBank S.A. w Warszawie oraz zainteresowaną Visa Europe Limited w Londynie.

Nie miał racji Deutsche Bank PBC S.A. w Warszawie zarzucając Sądowi pierwszej instancji naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie wadliwego uzasadnienia wyroku (z przyczyn wskazanych powyżej), art. 233 k.p.c. poprzez wadliwe ustalenie iż skarżący nie udowodnili, aby zawarte przez nich porozumienia były wyłączone spod zakazu praktyk ograniczających konkurencję (z przyczyn wskazanych powyżej) oraz art. 217 § 2 w związku z art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych (z przyczyn wskazanych powyżej). Odnosząc się do zgłoszonych zarzutów naruszenia prawa materialnego (punkt 2 lit. a-e), Sąd Apelacyjny w podzielił poglądy Sądu pierwszej instancji w tym zakresie, za wyjątkiem kwestii wymiaru kary pieniężnej.

Nietrafne były podniesione przez HSBC Bank Polska S.A. w Warszawie zarzuty naruszenia art. 227, 244, 245, 258, 278 § 1 i 299 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych (z przyczyn wskazanych powyżej), art. 233 k.p.c. poprzez wadliwą ocenę dowodów (z przyczyn wskazanych powyżej), art. 227 k.p.c. poprzez przyjęcie, że pozwany nie był zobowiązany do udowodnienia anty konkurencyjnego skutku praktyki (z przyczyn wskazanych powyżej) oraz art. 328 § 2 k.p.c. poprzez

sporządzenie wadliwego uzasadnienia wyroku (z przyczyn wskazanych powyżej). Odnosząc się do zgłoszonych zarzutów naruszenia prawa materialnego (punkty 5-8 i 12-13) oraz proceduralnego (punkty 9 i 11), Sąd Apelacyjny podzielił poglądy Sądu pierwszej instancji w tym zakresie, za wyjątkiem kwestii wymiaru kary pieniężnej. Dodatkowo wskazał, że Sąd Okręgowy nie mógł naruszyć art. 7 i 77 § 1 k.p.a., albowiem nie jest organem administracji i powołanych przepisów nie stosuje.

Nie miał racji Bank Pocztowy S.A. w Bydgoszczy zarzucając Sądowi pierwszej instancji naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez wadliwą ocenę dowodów (z przyczyn wskazanych powyżej). Natomiast odnosząc się do zgłoszonych zarzutów naruszenia prawa materialnego (punkt 1), Sąd Apelacyjny podzielił poglądy Sądu pierwszej instancji w tym zakresie, za wyjątkiem kwestii wymiaru kary pieniężnej.

W ocenie Sądu Apelacyjnego niesłusznie zarzucali w apelacjach Bank BGŻ BNP Paribas S.A. w Warszawie oraz mBank S.A. w Warszawie naruszenie: art. 233 § 1 w związku z art. 227 k.p.c. poprzez wadliwą ocenę dowodów (z przyczyn wskazanych powyżej), art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie wadliwego uzasadnienia wyroku (z przyczyn wskazanych powyżej), art. 224 § 1 w związku z art. 479¹² § 1 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych jako spóźnionych (Sąd odwoławczy podzielił w tym zakresie pogląd Sądu pierwszej instancji), art. 217 § 2 w związku z art. 227, art. 278 § 1 i art. 386 § 6 k.p.c. poprzez nierozpoznanie istoty sprawy (z przyczyn wskazanych powyżej) oraz nieważność postępowania z uwagi na pozbawienie prawa do obrony (z przyczyn wskazanych powyżej). Natomiast odnosząc się do zgłoszonych zarzutów naruszenia prawa materialnego (punkt 2 a-d), Sąd Apelacyjny podzielił poglądy Sądu pierwszej instancji w tym zakresie, za wyjątkiem kwestii wymiaru kary pieniężnej. Wobec niezasadności zarzutów obu apelacji dotyczących oddalenia wniosków dowodowych, nie było podstaw do przeprowadzania postępowania dowodowego we wnioskowanym zakresie przed Sądem odwoławczym.

Bezzasadne były także zarzuty podniesione przez Visa Europę Limited w Londynie dotyczące naruszenia prawa procesowego, tj. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie wadliwego uzasadnienia wyroku (z przyczyn wskazanych powyżej) oraz przepisów o postępowaniu dowodowym (z przyczyn wskazanych powyżej).

Odnosząc się do zgłoszonych zarzutów naruszenia prawa materialnego (punkty 1 i 2), Sąd Apelacyjny w całości podzielił poglądy Sądu pierwszej instancji w tym zakresie. Wskazał dodatkowo, że o ile wpływ opłaty *interchange* na inne rynki niż rynek właściwy mógł występować, to występowanie antykonkurencyjnego wpływu tej opłaty na rynek właściwy było przesłanką wystarczającą do stwierdzenia antykonkurencyjnego charakteru zawartych porozumień. Jeśli zaś chodzi o uzasadnienie decyzji Visa II, to słuszny był pogląd Sądu Okręgowego, iż dotyczy ono innego stanu faktycznego, a w szczególności innych podmiotów i innego rynku właściwego. Przy tym, Prezes UOKiK w zaskarżonej decyzji nie negował potrzeby istnienia opłat *interchange*, a jedynie niedozwolony sposób ich ustalania. Dlatego argumentację zaprezentowaną w uzasadnieniu apelacji Sąd Apelacyjny ocenił jako nie dotyczącą istoty sprawy.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie skargi kasacyjne wnieśli Bank Millenium S.A. w Warszawie, Bank BGŻ BNP Paribas S.A. w Warszawie, Bank Pocztowy S.A. w Bydgoszczy, Bank BPH S.A. w Gdańsku, ING Bank Śląski S.A. w Katowicach, Deutsche Bank Polska S.A. w Warszawie, Banku Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu, mBank S.A. w Warszawie, Bank Handlowy w Warszawie S.A. w Warszawie, Plus Bank S.A. w Warszawie, Bank Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie, Credit Agricole Bank Polska S.A. we Wrocławiu, Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie oraz VISA Europe Limited w Londynie oraz DnB Bank Polska S.A. w Warszawie, Bank Ochrony Środowiska S.A. w Warszawie, Getin Noble Bank S.A. w Warszawie oraz HSBC Bank Polska S.A. w Warszawie.

Postanowieniem z 4 kwietnia 2017 r., III SK 38/16, Sąd Najwyższy przyjął do rozpoznania skargi kasacyjne Banku Millenium S.A. w Warszawie, Banku BGŻ BNP Paribas S.A. w Warszawie, Banku Poczтового S.A. w Bydgoszczy, Banku BPH S.A. w Gdańsku, ING Bank Śląski S.A. w Katowicach, Deutsche Bank Polska S.A. w Warszawie, Banku Zachodniego WBK S.A. we Wrocławiu, mBank S.A. w Warszawie, Banku Handlowego w Warszawie S.A. w Warszawie, Plus Bank S.A. w Warszawie, Banku Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie, Credit Agricole Bank Polska S.A. we Wrocławiu, Powszechnej Kasy Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie oraz VISA Europe Limited w Londynie. Tym samym postanowieniem

odmówił przyjęcia do rozpoznania skarg kasacyjnych DnB Bank Polska S.A. w Warszawie, Banku Ochrony Środowiska S.A. w Warszawie, Getin Noble Bank S.A. w Warszawie oraz HSBC Bank Polska S.A. w Warszawie.

W skargach kasacyjnych przyjętych do rozpoznania skarżący zarzucili zarówno naruszenia przepisów postępowania, które miały istotny wpływ na wynik sprawy jak i naruszenia prawa materialnego.

W tożsamie sformułowanych skargach kasacyjnych Bank Millenium S.A. w Warszawie, Bank BPH S.A. w Gdańsku, ING Bank Śląski S.A. w Katowicach, Deutsche Bank Polska S.A. w Warszawie, Banku Zachodni WBK S.A. we Wrocławiu, Bank Handlowy w Warszawie S.A. w Warszawie, Plus Bank S.A. w Warszawie, Bank Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie, Credit Agricole Bank Polska S.A. we Wrocławiu, Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. w Warszawie zarzucił naruszenie przepisów postępowania mogących mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

(i) naruszenie art. 378 § 1 k.p.c. poprzez jego błędne zastosowanie i niezrealizowanie nakazu (zaniechanie) ponownego merytorycznego rozpoznania sprawy w granicach apelacji przez Sąd Apelacyjny, co przejawiało się w braku dokonania przez Sąd Apelacyjny własnych ustaleń faktycznych i poddania ich ocenie pod kątem zastosowania prawa materialnego, zaakceptowaniu przez Sąd Apelacyjny oddalenia przez Sąd I instancji zgłoszonych przez powodów, istotnych dla sprawy wniosków dowodowych i nieprzeprowadzeniu żadnych dowodów w postępowaniu apelacyjnym, przez co naruszono również art. 176 ust. 1 Konstytucji RP wprowadzający zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego - co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż prawidłowe zastosowanie powyższych przepisów powinno doprowadzić Sąd Apelacyjny do uchylenia lub zmiany decyzji Prezesa UOKiK;

(ii) naruszenie art. 386 § 6 k.p.c. poprzez niezrealizowanie wskazań z pierwszego wyroku Sądu Apelacyjnego w sprawie powodów obligujących do zbadania przy ponownym rozpoznaniu sprawy istnienia przesłanek uzasadniających wyłączenie porozumień spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję określonych w Ustawie (art. 7 ust. 1 w związku z art. 11 ust. 2 Ustawy) jak również w art. 81 ust. 3 TWE (obecnie: art. 101 ust. 3

TFUE) w związku z art. 1 ust. 2 i art. 2 Rozporządzenia 1/2003, poprzez nieprzeprowadzenie postępowania dowodowego w powyższym zakresie i oddalenie wniosków dowodowych Powoda o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu bankowości i finansów, z zeznań świadków, przesłuchania stron oraz z dokumentów na okoliczności potwierdzające wystąpienie przesłanek wyłączenia - co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż zaistnienie przesłanek z art. 7 ust. 1 w związku z art. 11 ust. 2 uokik, jak również z art. 81 ust. 3 TWE (obecnie: art. 101 ust. 3 TFUE) oznaczałoby, że porozumienie nie podlegało zakazowi wyrażonemu w art. 5 uokik i art. 81 ust. 1 TWE (obecnie: art. 101 ust. 1 TFUE) i tym samym wykluczona była możliwość stwierdzenia praktyki naruszającej konkurencję i nałożenie kary;

(iii) naruszenie art. 227 k.p.c. w związku z art. 217 § 2 k.p.c. i w związku z art. 244 k.p.c., art. 245 k.p.c., art. 258 § 1 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c. i art. 299 k.p.c., naruszenie art. 232 k.p.c., naruszenie art. 240 § 1 k.p.c., naruszenie art. 479¹² § 1 k.p.c. w związku z art. 9 ust. 7 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (wszystkie wymienione wyżej przepisy stosowane w związku z art. 391 § 1 k.p.c.) oraz naruszenie art. 382 k.p.c. poprzez ich błędne zastosowanie i uznanie za prawidłowe następujących działań lub zaniechań SOKiK: (a) oddalenia przez SOKiK wniosków dowodowych powodów, w tym Powoda, i zainteresowanych o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych, (b) oddalenia przez SOKiK wniosków dowodowych powodów, w tym Powoda, i zainteresowanych zgłoszonych później niż w odwołaniach od decyzji Prezesa UOKiK jako spóźnionych, (c) oddalenia przez SOKiK wniosków dowodowych powodów, w tym Powoda, i zainteresowanych o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków, (d) oddalenia przez SOKiK, względnie pominięcia przez SOKiK wniosków dowodowych powodów, w tym Powoda, i zainteresowanych o przeprowadzenie dowodów z dokumentów, (e) pominięcie wniosków dowodowych powodów, w tym Powoda, o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron, (f) niedokonania przez SOKiK zmiany uprzednio wydanych postanowień dowodowych pomimo zajścia przesłanek do takiej zmiany, jak również naruszenie art. 380 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie i art. 382 k.p.c. poprzez jego błędne zastosowanie, a w efekcie nierozpoznanie postanowień dowodowych

SOKiK, niedokonanie zmiany tych postanowień i niedopuszczenie wszystkich dowodów zawnioskowanych przez powodów, w tym Powoda, na okoliczności wskazane w treści pism procesowych złożonych przez powodów, w tym Powoda, pomimo złożenia stosownego wniosku przez powodów, jak również naruszenie art. 386 § 4 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie i nieuchylenie Wyroku SOKiK pomimo tego, że postępowanie dowodowe w sprawie powinno zostać przeprowadzone w całości - co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż prawidłowe zastosowanie powyższych przepisów powinno doprowadzić do dopuszczenia wszystkich dowodów, zawnioskowanych przez powodów, w tym Powoda, dokonania przez Sąd Apelacyjny odmiennych ustaleń faktycznych niż te, które legły u podstaw Zaskarżonego Wyroku i w konsekwencji do zmiany Wyroku SOKiK i uchylenia decyzji Prezesa UOKiK;

(iv) naruszeniu art. 479^{31a} § 3 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c., a także art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. w zw. z art. 10 k.p.a., art. 66 uokik, jak również art. 42 ust. 2 Konstytucji RP (poprzez ich błędne zastosowanie i uznanie przez Sąd Apelacyjny za prawidłowe nieuwzględnienia odwołań przez SOKiK pomimo tego, że przepisy uokik w związku z art. 126 k.p.a. i art. 110 k.p.a. nie upoważniały Prezesa UOKiK do zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania zakończonego wydaniem decyzji Prezesa UOKiK zaskarżonej w niniejszej sprawie, zaś postanowienie to było zmienione trzykrotnie, w tym dwukrotnie w zakresie określenia rynku właściwego - co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż prawidłowe zastosowanie powyższych przepisów powinno prowadzić do zmiany wyroku SOKiK i uchylenia decyzji Prezesa UOKiK;

(v) naruszeniu przepisu art. 386 § 2 k.p.c. w zw. z art. 379 pkt 5 k.p.c. oraz w zw. z art. 66 uokik, art. 156 § 1 pkt 2, art. 10 k.p.a., art. 7 i 42 ust. 2 Konstytucji RP, art. 6 EKPCz, art. 6 ust. 2 TUE oraz art. 9 § 1 k.p.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, tj. nieuchylenie zaskarżonego wyroku SOKiK i niezniesienie postępowania w zakresie dotkniętym nieważnością (tj. w całości), a także naruszeniu przez Sąd Apelacyjny przepisu art. 379 § 5 k.p.c. w zw. z art. 66 uokik, art. 156 § 1 pkt 2, art. 10 k.p.a., art. 7 i 42 ust. 2 Konstytucji RP, art. 6 EKPCz, art. 6 ust. 2 TUE oraz art. 9 § 1 k.p.c. poprzez pozbawienie Powoda możliwości obrony swych praw w postępowaniu apelacyjnym, a to w wyniku uniemożliwienia ww.

bankom (zarówno na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego, jak i postępowania apelacyjnego) dostępu do kluczowych części decyzji Prezesa UOKiK oraz Załącznika do decyzji Prezesa UOKiK, mimo że ochrona tajemnicy przedsiębiorcy nie stanowi uzasadnienia dla utajnienia wobec adresata decyzji jej integralnej części, a także przez utajnienie wobec ww. banków istotnej części opinii biegłego E. GmbH będącej podstawą merytoryczną Decyzji - co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż prawidłowe zastosowanie powyższych przepisów powinno było doprowadzić do uchylenia wyroku SOKiK, zniesienia postępowania w części dotkniętej nieważnością oraz przekazania sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania;

(vi) naruszeniu przepisu art. 328 § 2 k.p.c. w związku z 391 § 1 k.p.c., wykładanych w zgodzie z art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i sporządzenie uzasadnienia wyroku nieodpowiadającego wymogom art. 328 § 2 k.p.c., a przez to niepoddającego się kontroli kasacyjnej, w szczególności niezawierającego dostatecznego wyjaśnienia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym: ustalenia faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej (choćby poprzez odniesienie się do ustaleń Sądu I instancji), a także niezawierającego dostatecznego wyjaśnienia podstawy prawnej rozstrzygnięcia, w tym odniesienia się do niektórych zarzutów wniesionych w niniejszej sprawie przez strony apelacji - co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, albowiem uniemożliwia kontrolę przesłanek, którymi kierował się Sąd Apelacyjny wydając zaskarżony wyrok.

Jeżeli chodzi o naruszenie przepisów prawa materialnego, to wskazane banki zarzuciły:

(i) naruszenie przepisów art. 5 ust. 1 pkt 1 i art. 9 w zw. z art. 4 pkt 4 lit. b) i c) uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE (obecnie: art. 101 ust. 1 TFUE) poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że prawidłowym adresatem decyzji Prezesa UOKiK były wskazane w niej banki, gdy tymczasem będące przedmiotem decyzji Prezesa UOKiK praktyki stanowiły decyzje związków przedsiębiorców, a zatem adresatami tej decyzji mogłyby być jedynie organizacje kartowe;

(ii) naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik i art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik poprzez niezastosowanie art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik będące skutkiem błędnej wykładni tego przepisu, polegającej na przyjęciu, że o ewentualnym jego zastosowaniu może przesądzać udział uczestników porozumienia ograniczającego konkurencję w rynku właściwym w roku kalendarzowym poprzedzającym rok wydania decyzji przez Prezesa UOKiK stwierdzającej naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik;

(iii) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 2 uokik oraz art. 81 ust. 3 TWE (obecnie: art. 101 ust. 3 TFUE) i art. 1 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003, dotyczących wyłączeń spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję poprzez ich niezastosowanie, będące skutkiem błędnej ich wykładni, polegającej na przyjęciu, że:

a) jeżeli praktyki ograniczające konkurencję występują na określonym rynku właściwym, to również przesłanki uzasadniające objęcie tych praktyk zwolnieniem spod zakazu ich stosowania (wskazane w ww. przepisach) muszą wystąpić na tym samym rynku;

b) porozumienie, które prowadzi do wzrostu wydajności produktu w postaci czterostronnego systemu kart płatniczych nie może być uznane za przyczyniające się do polepszania produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego, jako że służy ono „subiektywnym korzyściom jego uczestników”;

c) jeżeli korzyści wynikające z porozumienia mogą być większe dla samych jego uczestników niż dla użytkowników, to porozumienie nie może być uznane za zapewniające nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z niego korzyści;

d) jeżeli porozumienie ogranicza konkurencję na rynku właściwym, to nie może być uznane za nienakładające na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia celów w postaci polepszania produkcji, dystrybucji towarów lub postępu technicznego lub gospodarczego;

e) jeżeli porozumienie ogranicza znacząco konkurencję na rynku właściwym i ma niekorzystny skutek dla konsumentów, to nie może być uznane za niestwarzające możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów;

(iv) naruszenie przepisów art. 5 ust. 1 pkt 1 i art. 9 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE (obecnie: art. 101 ust. 1 TFUE) i art. 2 Rozporządzenia nr 1/2003, w związku z art. 38a ust. 1 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz.U. z 2011 r. Nr 199, poz. 1175 z późn. zm.) (dalej: UUP) (wprowadzonym na mocy ustawy z dnia 30 sierpnia 2013 roku o zmianie ustawy o usługach płatniczych - dalej: Ustawa Nowelizująca UUP), poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w tym pominięcie wskazań wynikających z art. 2, art. 20, art. 21 ust. 1, art. 22, art. 42 i art. 64 Konstytucji RP, art. 6 ust. 2 TUE oraz art. 6 EKPCz i art. 1 Protokołu nr 1 do EKPCz, poprzez uznanie, że zarzucane porozumienia ograniczają konkurencję na rynku właściwym, pomimo że – nawet gdyby uznać, że zachowania powodów były sprzeczne z przepisami prawa konkurencji na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego - to stan prawny został zmieniony Ustawą Nowelizującą UUP w kierunku zniesienia bezprawności takich zachowań, gdyż interwencja ustawodawcy w ramach Ustawy Nowelizującej UUP dotyczyła wyłącznie wysokości opłaty *interchange*, nie ingerując w zastany wielostronny sposób jej ustalania;

(v) naruszenie przepisu art. 104 uokik poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie - polegające na nieuwzględnieniu lub nienależytym uwzględnieniu właściwych dyrektyw doboru i oceny przesłanek wymiaru kary, w tym pominięcie wskazań wynikających z art. 2, art. 21 ust. 1, art. 22, art. 42 i art. 64 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, z art. 6 ust. 2 TUE, jak również z art. 18 EKPCz oraz z art. 1 Protokołu nr 1 do EKPCz, czego konsekwencją było rozstrzygnięcie o nałożeniu kary pieniężnej, która została wymierzona w sposób dowolny i uznaniowy, nie spełnia wymogu indywidualizacji kary, jest rażąco i oczywiście nieproporcjonalna do stwierdzonych naruszeń, oczywiście i w stopniu rażącym przekracza wymiar kary wystarczający do osiągnięcia prewencyjnej i wychowawczej funkcji kary oraz nie uwzględnia w należyтым stopniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy, które powinny wpływać na złagodzenie kary, w tym:

a) nieumyślnego charakteru naruszeń, braku po stronie uczestników porozumień zamiaru/celu ograniczenia konkurencji;

b) faktu naruszenia interesu publicznoprawnego jedynie w stopniu nieznacznym, w szczególności z uwagi na brak naruszenia interesów konsumentów;

c) faktu występowania po stronie uczestników porozumień istotnych trudności w rozpoznaniu bezprawności porozumień, a wręcz usprawiedliwionego przekonania o tym, że podlegają one wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję;

d) działania uczestników porozumień w usprawiedliwionym przekonaniu o fakcie generowania przez porozumienia korzyści dla konsumentów oraz korzyści dla interesu społecznego (gospodarki narodowej);

e) działania uczestników porozumień w usprawiedliwionym przekonaniu o braku racjonalnej ekonomicznie alternatywy wobec uczestnictwa w porozumieniach,

(vi) naruszenie przepisów art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 104 uokik poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, będące konsekwencją naruszenia art. 112 uokik poprzez jego błędną wykładnię, polegających na rozstrzygnięciu o nałożeniu kary pieniężnej, która została ustalona z przekroczeniem maksymalnego okresu pięcioletniego liczonego od dnia wejścia w życie uokik, jako okresu, który może być uwzględniony biorąc pod uwagę zarzucane naruszenie przepisów ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów.

Wskazane banki wniosły o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego oraz poprzedzającego go wyroku SOKiK w całości, zniesienie postępowania w zakresie dotkniętym nieważnością (tj. w całości, gdyż zdaniem Powoda nieważnością dotknięte jest postępowanie przed SOKiK oraz przed Sądem II instancji w całości) i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, na zasadzie art. 386 § 2 k.p.c. w związku z art. 398²¹ k.p.c. oraz art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach procesu, przy uwzględnieniu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym, według norm przepisanych; ewentualnie – w razie uwzględnienia przesłanek dotyczących nieważności postępowania wyłącznie w odniesieniu do

postępowania przed Sądem II instancji o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości, zniesienie postępowania w zakresie dotkniętym nieważnością (tj. w zakresie całego postępowania przed Sądem II instancji) i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Apelacyjny, na zasadzie art. 386 § 2 k.p.c. w związku z art. 398²¹ k.p.c., z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach procesu, przy uwzględnieniu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym, według norm przepisanych; ewentualnie – w razie uwzględnienia przesłanek dotyczących nieważności postępowania, jeśli za uzasadnioną uznana zostanie podstawa kasacyjna naruszenia przepisów postępowania o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi II instancji do ponownego rozpoznania, na zasadzie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach procesu, przy uwzględnieniu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym, według norm przepisanych; ewentualnie - na wypadek gdyby podstawa kasacyjna naruszenia przepisów postępowania została uznana za nieuzasadnioną o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości (lub w odpowiedniej części) i orzeczenie co do istoty sprawy, na zasadzie art. 398¹⁶ k.p.c., poprzez oddalenie apelacji Prezesa UOKiK i apelacji POHiD oraz uwzględnienie apelacji ww. banków w całości (lub w odpowiedniej części) oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz ww. banków zwrotu kosztów procesu za wszystkie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym, według norm przepisanych; w każdym z przypadków określonych powyżej – o uwzględnienie w orzeczeniu Sądu Najwyższego, względnie objęcie wskazaniemi podlegającymi uwzględnieniu w orzeczeniach Sądów niższych instancji, rozstrzygnięcia w przedmiocie zwrotu na rzecz ww. banków – w całości lub w odpowiedniej części – świadczeń przez nie spełnionych w wykonaniu zaskarżonego wyroku oraz zwrotu kosztów procesu i kosztów postępowania.

Bank BGŻ BNP Paribas S.A. w Warszawie oraz mBank S.A. w Warszawie w podobnie sformułowanych skargach kasacyjnych zarzucił naruszenie przepisów postępowania mogących mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

(a) naruszenie art. 386 § 6 k.p.c. w zw. z 227 k.p.c. w zw z 391 k.p.c. poprzez pominięcie oceny prawnej i wskazań co do dalszego postępowania wyrażonych w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 22 kwietnia 2010 r.,

w szczególności zobowiązania SOKiK do zbadania przesłanek uzasadniających wyłączenie indywidualne z art. 7 ust. 1 uokik oraz art. 81³ TWE, poprzez nieuzasadnioną odmowę przeprowadzenia postępowania dowodowego, przy czym okoliczność ta miała wpływ na rozstrzygnięcie, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego utrzymania błędnego stanowiska SOKiK skutkującego oddaleniem apelacji;

(b) naruszenie art. 227 k.p.c. w zw. z art. 391 k.p.c. w zw. z 380 k.p.c. w zw. z 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 244 k.p.c., art. 245 k.p.c., art. 258 § 1 k.p.c., 278 § 1 k.p.c., 299 k.p.c., 232 k.p.c., 240 § 1 k.p.c. w zw. z art. 479¹² § 1 k.p.c. w zw. z art. 9 ust. 7 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (wymienione przepisy w zw. z art. 391 k.p.c.) oraz 382 k.p.c. poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i uznanie za prawidłowe wadliwych rozstrzygnięć SOKiK w zakresie (i) niedopuszczenia dowodów na okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy tj. dla oceny czy porozumienie w sprawie opłaty *interchange* jest niezgodne z art. 5 ust. 1 uokik oraz czy spełnia przesłanki wyłączenia indywidualnego, (ii) oddaleniem wniosków dowodowych zgłoszonych później niż w odwołaniach jako spóźnionych, (iii) oddaleniem lub pominięciem wniosków dowodowych z zeznań świadków, dokumentów, przesłuchania stron (iv) niezastosowanie art. 380 k.p.c., pomimo wniosków powodów, co skutkowało nierozpoznanie istoty sprawy i błędnym utrzymaniem przez Sąd Apelacyjny stanowiska SOKiK poprzez oddalenie apelacji;

(c) naruszenie art. 385 k.p.c. i art. 479^{31a} § 3 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. w związku z art. 6 ust. 1 EKPCz oraz 42 ust. 2 Konstytucji polegające na oddaleniu apelacji i tym samym nieudzieleniu żądanej ochrony prawnej, w sytuacji gdy SOKiK w wyroku nie uchylił decyzji Prezesa UOKiK wydanej z naruszeniem art. 84 ust. 3 uokik w zw. z art. 126 k.p.a. i 110 k.p.a. przez zmianę postanowienia o wszczęciu postępowania oraz art. 66 uokik oraz art. 10 k.p.a. poprzez określenie rynku właściwego dopiero bezpośrednio przed wydaniem decyzji Prezesa UOKiK, co skutkowało istotnym ograniczeniem prawa strony do czynnego udziału w postępowaniu oraz ograniczeniem możliwości ustosunkowania się do wszystkich

zarzutów podnoszonych w decyzji; zatem prowadzić powinno do uwzględnienia apelacji przez uchylenie zaskarżonego wyroku SOKiK i decyzji Prezesa UOKiK;

(d) naruszenie art. 385 k.p.c. w związku z art. 479^{31a} § 3 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. w związku z art. 6 ust. 1 EKPCz oraz 42 ust. 2 Konstytucji polegające na oddaleniu apelacji i tym samym nieudzieleniu żądanej ochrony prawnej, w sytuacji, gdy Prezes UOKiK przy wydawaniu Decyzji opierał się na utajnionych dla fragmentach Decyzji oraz opinii biegłego EEMC, które zawierały istotne informacje mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy przez Prezesa UOKiK, co skutkowało istotnym ograniczeniem prawa strony do czynnego udziału w postępowaniu oraz ograniczeniem możliwości ustosunkowania się do wszystkich zarzutów podnoszonych w decyzji Prezesa UOKiK; zatem prowadzić powinno do uwzględnienia apelacji przez uchylenie zaskarżonego wyroku SOKiK i decyzji Prezesa UOKiK;

(e) naruszenie art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 6 EKPC poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie polegające na sporządzeniu pisemnego uzasadnienia w sposób uniemożliwiający kontrolę instancyjną, a w szczególności niewyjaśnieniu podstaw faktycznych rozstrzygnięcia, brak nawiązania do twierdzeń ww. powodów i ograniczenie się do bezrefleksyjnego sporządzenia ewidencji zarzutów podniesionych przez ww. powodów oraz do zatwierdzenia stanowiska SOKiK uniemożliwiający ocenę sfery motywacyjnej Sądu Apelacyjnego w zakresie wytykanych przez ww. powodów uchybień SOKiK.

(f) Naruszenie 378 § 1 k.p.c. w zw. z 176 Konstytucji w zw. z art. 6 EKPC polegające na braku rozpoznania apelacji powoda w granicach zaskarżenia, co skutkowało pozbawieniem powoda dwuinstancyjnego postępowania w ramach zasady apelacji pełnej; prawidłowe zastosowanie tych przepisów prowadzić powinno do uwzględnienia apelacji przez uchylenia zaskarżonego wyroku SOKiK i decyzji Prezesa UOKiK.

Dodatkowo BGŻ BNP Paribas zarzucił naruszenie art. 385 k.p.c. w związku z art. 479^{31a} § 3 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. w związku z art. 105 § 1 k.p.a. poprzez utrzymanie w mocy wyroku SOKiK poprzez oddalenie apelacji ww. powodów w sytuacji, w której w związku z brakiem sukcesji odpowiedzialności antymonopolowej spółki przejmowanej przez spółkę przejmującą Sąd Apelacyjny

powinien zmienić zaskarżony wyrok SOKiK poprzez uchylenie Decyzji i umorzenie postępowania w zakresie dotyczącym BNP Paribas.

Ponadto Bank BGŻ BNP Paribas S.A. w Warszawie oraz mBank S.A. w Warszawie zarzucił naruszenie prawa materialnego, a mianowicie:

(a) naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że porozumienie w sprawie ustalania opłaty *interchange* jako porozumienie horyzontalne dotyczące cen narusza konkurencję przez cel, co pozostaje w sprzeczności z utrwaloną wykładnią w świetle orzecznictwa unijnego odnoszącego się do spraw istotowo takich samych, co skutkowało nierozpoznanie zgłaszanych przez powodów zarzutów w zakresie niezrealizowania wymogu analizy obiektywnej konieczności porozumienia oraz uznaniem, że w odniesieniu do takich porozumień nie ma możliwości uwzględnienia okoliczności ekonomicznych oraz ścisłych powiązań ekonomicznych, jako okoliczności prawnie relewantnych w świetle zastosowania art. 7 ust. 1 uokik oraz art. 81 ust. 3 TWE;

(b) naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 1 ust. 1 uokik oraz art. 81 ust. 1 TWE poprzez błędną wykładnię art. 5 ust. 1 pkt 1 dokonana z pominięciem art. 1 ust. 1 uokik i nieuwzględnienie przesłanki interesu publicznego skutkujące uznaniem, iż kwestia obiektywnej konieczności istnienia wspólnie ustalonej opłaty *interchange* nie jest okolicznością uwzględnianą przy kwalifikowaniu porozumienia banków jako ograniczającego konkurencję, oraz uznaniu, że nie istnieje potrzeba uwzględniania okoliczności braku występowania alternatywnego wobec porozumienia i realnego do zastosowania (dostępnego stronom) rozwiązania (tzw. punkt odniesienia czy też scenariusz kontrfaktyczny) (ang. *counterfactual*), przy czym powodowie zaprezentowali argumentację oraz zawnioskowali dowody na okoliczność, iż porozumieniu jako obiektywnie koniecznemu nie można przypisać antykonkurencyjnego charakteru;

(c) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy oraz art. 81 ust. 3 TWE poprzez błędną wykładnię polegającą na tym, iż Sąd Apelacyjny uznał, iż wyłączenie indywidualne może być stosowane jedynie do porozumień, które generują efektywności i korzyści na rynku właściwy, którego dotyczy porozumienie, tymczasem wykładnia tych przepisów prowadzi do wniosku, że relewantne dla

wylączenia indywidualnego efektywności i korzyści mogą wystąpić również na innym rynku właściwym niż rynek porozumienia;

(d) naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 104 w zw. z art. 1 ust. 1 uokik poprzez błędną wykładnię i nienależyte zastosowanie i nałożenie na Powoda kary pieniężnej mimo istnienia przesłanek do odstąpienia od jej nałożenia, co było wynikiem niezastosowania bądź ewentualnie naruszenia ww. przepisów poprzez nałożenie kary w sposób uznaniowy, nieuwzględniający konieczności indywidualizacji kary oraz nienależytego zastosowania dyrektyw wymiaru kary przez niewzięcie pod uwagę: (i) braku interesu publicznego w karaniu (ii) precedensowego charakteru (iii) braku zawinienia (iv) konieczności respektowania zasady proporcjonalności; ewentualnie poprzez nieuwzględnienie w odpowiednim stopniu przesłanek wymiaru kary oraz okoliczności sprawy, co skutkowało nałożeniem jej w nieproporcjonalnej nadmiernie wygórowanej kwocie.

Bank BGŻ BNP Paribas S.A. w Warszawie oraz mBank S.A. w Warszawie wniósł o uchylenie na zasadzie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. zaskarżonego wyroku w całości oraz poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego w W. Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 21 listopada 2013 r. w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania wraz pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia co do kosztów postępowania kasacyjnego, w tym kosztów zastępstwa prawnego. Ewentualnie wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu wraz z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego, w tym kosztach zastępstwa prawnego. Ponadto wniósł, aby Sąd Najwyższy uwzględnił w swoim orzeczeniu, ewentualnie wskazał, aby sądy niższych instancji uwzględniły w swoim orzeczeniu, rozstrzygnięcie, lub wskazówki dla sądów niższej instancji o rozstrzygnięciu kwestii zwrotu na rzecz powodów spełnionych świadczeń w postaci kary pieniężnej - całości lub odpowiedniej części.

Bank Pocztowy S.A. w Bydgoszczy zarzucił w skardze kasacyjnej zarzucił naruszenie przepisów postępowania, co miała istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie naruszenie art. 378 § 1, 382 i art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie apelacji powoda pomimo niedokonania przez Sąd Apelacyjny ustaleń faktów istotnych dla rozstrzygnięcia, które dotyczyły możliwości spełnienia

przez wielostronnie ustalaną opłatę *interchange* warunków indywidualnego wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE i art. 7 ust. 1 uokik. Ponadto zarzucił naruszenie prawa materialnego, a mianowicie:

1) naruszenie art. 101 ust. 3 TFUE i art. 7 ust. 1 uokik w zw. z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) i art. 2 TUE poprzez ich niezastosowanie i: a) dokonanie wykładni przesłanek art. 101 ust. 3 TFUE i art. 7 ust. 1 uokik z pominięciem oceny prawnej wyrażonej w decyzji Komisji Europejskiej z 24 lipca 2002 r. dotyczącej transgranicznej wielostronnie ustalonej opłaty *interchange* w systemie Visa (COMP/29.373), która powinna była stanowić punkt odniesienia do oceny, czy krajowa opłata *interchange* w systemie Visa stosowana w okresie 1993-2006 podlega indywidualnemu wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję na podstawie ww. przepisów; oraz b) wydanie wyroku, który jest sprzeczny z poglądem wyrażonym w decyzji Komisji Europejskiej z 24 lipca 2002 r., bez ważnych powodów uzasadniających odejście od ocen w niej wyrażonych, co narusza zasadę prounijnej wykładni prawa krajowego i zasadę lojalności.

2) art. 101 ust. 3 TFUE i art. 7 ust. 1 uokik w zw. z art. 2 TUE i art. 2 Konstytucji RP, tj. zasady pewności prawa, zasady uzasadnionych oczekiwań i zasady nieretroaktywności poprzez ich niezastosowanie i niedokonanie rozróżnienia pomiędzy sytuacją prawną członków systemu Visa i MasterCard, a to wobec uwzględnienia orzecznictwa Komisji Europejskiej i sądów europejskich dotyczącego opłaty *interchange* w systemie MasterCard dla oceny zachowania powoda, który w okresie objętym decyzją Urzędu (1993:2006) nie był członkiem systemu MasterCard.

3) art. 101 ust. 3 TFUE i art. 7 ust. 1 uokik w zw. z art. 2 TUE i art. 2 Konstytucji RP, tj. zasady pewności prawa, zasady uzasadnionych oczekiwań i zasady nieretroaktywności poprzez ich niezastosowanie i pominięcie poglądów Komisji Europejskiej wyrażonych w decyzji z 24 lipca 2002 r., która w dniu wydania decyzji Prezesa Urzędu była jedyną decyzją Komisji Europejskiej dotyczącą wielostronnie ustalonej opłaty *interchange*, oraz uwzględnienie przy ocenie zachowań uczestników porozumienia mających miejsce przed dniem wydania decyzji Prezesa Urzędu, tj. przed 29 grudnia 2006 r., poglądów wyrażonych w

późniejszych decyzjach Komisji Europejskiej i orzecznictwie europejskim dotyczącym opłaty *interchange*.

4) art. 101 ust. 3 TFUE i art. 7 ust. 1 uokik poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że w ramach przesłanek indywidualnego wyłączenia należy rozpatrywać jedynie wpływ opłaty *interchange* na rynek właściwy w sprawie bez konieczności badania takiego wpływu na inne rynki właściwe, a także że dla oceny przesłanek wyłączenia nie ma znaczenia fakt, czy opłata *interchange* została ustalona na poziomie uzasadnionym kosztowo.

5) art. 101 ust. 1 TFUE i art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i stwierdzenie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w ww. przepisach, podczas gdy nie dokonano właściwych ustaleń faktycznych odnośnie do możliwości wyłączenia analizowanego porozumienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE i art. 7 ust. 1 uokik.

6) art. 3 pkt 1 uokik, art. 7 EKPCz i art. 15 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz.U. z 1977 r. Nr 39, poz. 167) poprzez ich niezastosowanie i pominięcie zasady działania ustawy względniejszej dla sprawcy deliktu antymonopolowego, a także faktu, że rygorów uokik nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych odrębnymi ustawami, oraz niewłaściwe zastosowanie art. 101 ust. 1 TFUE i art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik poprzez stwierdzenie praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w tych przepisach, a także niezastosowanie art. 38a ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (jednolity tekst: Dz.U. z 2014 r., poz. 873 ze zm.; „ustawa o usługach płatniczych”), który wszedł w życie w dniu 1 stycznia 2014 r. i który zalegalizował mechanizm ustalania opłat *interchange* w systemach płatniczych, wprowadzając ograniczenia jedynie co do ich wysokości.

7) art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 uokik poprzez jego niewłaściwe zastosowanie na skutek nałożenia na powoda kary pieniężnej, której wysokość jest rażąco nieadekwatna do wysokości przychodów powoda, stopnia zawinienia powoda, który pozostawał w przekonaniu o legalnym charakterze wielostronnego ustalania opłaty *interchange*, wcześniejszej niekaralności powoda za delikt

antymonopolowy, a także która nie uwzględnia precedensowego charakteru niniejszej sprawy.

W związku z powyższym Bank Pocztowy wniósł o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie w zaskarżonej części i przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania wraz z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego; względnie uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w zaskarżonej części i oddalenie apelacji pozwanego i POHiD w Warszawie, a także zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych.

Visa Europe Ltd zarzuciła w skardze kasacyjnej naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy tj.:

- art. 217 § 2 i § 3 k.p.c. (w brzmieniu obowiązującym do 2 maja 2012 r.) oraz 479¹² § 1 k.p.c. (w brzmieniu obowiązującym w okresie od 20 marca 2007 r. do 2 maja 2012 r.) w związku z art. 227 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c. oraz art. 232 zdanie drugie k.p.c. i art. 380 k.p.c., 382 k.p.c. i 391 § 1 k.p.c., art. 6 ust. 1 EKPCz art. 42 ust. 2 i 45 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji polegające na nieprzeprowadzeniu przez Sąd drugiej instancji (a wcześniej także sąd I instancji) postępowania dowodowego w zakresie spełnienia warunków wyłączenia indywidualnego (o którym mowa w art. 7 uokik i art. 81 ust. 3 TWE), w sytuacji, gdy fakty te mogły mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i obrony interesów przedsiębiorców, a postępowanie dowodowe w tym zakresie mogłoby doprowadzić do uznania, iż brak jest możliwości przypisania odpowiedzialności Bankom, a brak jest w tym zakresie stosownych ustaleń Sądu pierwszej instancji;

- art. 385 k.p.c. przez oddalenie apelacji powodów pomimo naruszenia przez sąd pierwszej instancji art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. wskutek nieudzielenia ochrony prawnej powodowi w sytuacji, gdy Prezes UOKiK dokonał zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego (zmiana w zakresie określenia rynku właściwego) pomimo braku podstawy prawnej do takiej zmiany, co doprowadziło do naruszenia art. 84 ust. 3 oraz art. 66 uokik w zw. z art. 6 ust. 1 oraz ust. 3 lit. a EKPCz oraz art. 10 k.p.a. polegające na naruszeniu prawa stron postępowania do obrony poprzez dokonanie zmiany treści postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego.

Ponadto Visa Europe Ltd zarzuciła naruszenie prawa materialnego tj.:

1) art. 7 ust. 1 uokik w zw. z art. 5 ust. 1 oraz w związku z art. 11 ust. 2 uokik i art. 81 ust. 3 w zw. z art. 81 ust. 1 TWE w zw. z art. 3 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (rozporządzenie 1/2003), przejawiające się w błędnej wykładni art. 7 ust. 1 uokik i art. 81 ust. 3 TWE polegającej na uznaniu, bez uprzedniego uwzględnienia kontekstu ekonomicznego, specyfiki porozumienia i jego celu gospodarczego, że wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie podlegają porozumienia horyzontalne, których przedmiotem jest ustalanie cen;

2) naruszenie prawa materialnego tj. art. 7 ust. 1 uokik w zw. z art. 11 ust. 2 uokik i art. 81 ust. 3 TWE w zw. z art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003, przejawiające się w błędnej wykładni art. 7 ust. 1 uokik i art. 81 ust. 3 TWE skutkującej przyjęciem, że przesłanki tzw. wyłączenia indywidualnego spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję mają odnosić się wyłącznie do rynku, na którym zawarte zostało porozumienie ograniczające konkurencję;

3) naruszenie art. 10 TWE (obecnie art. 4 ust. 3 TFUE) w związku z art. 5 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 2 uokik i w zw. z art. 81 ust. 3 TWE, skutkujące naruszeniem zasady lojalnej współpracy i nieuwzględnieniem orzeczenia unijnego w sprawie, która nie dotyczy co prawda identycznego stanu faktycznego (który był przedmiotem oceny przez organ unijny), ale dotyczy stanu faktycznego, który w swej istocie odpowiada sytuacji będącej przedmiotem indywidualnej decyzji Komisji Europejskiej: brak zastosowania wskazanej normy unijnej oraz nieuwzględnienie orzeczenia unijnego skutkowało w niniejszej sprawie zakwalifikowaniem przez sąd krajowy porozumienia jako zakazane na gruncie zarówno prawa unijnego, jaki krajowego, podczas gdy organ unijny w wiążącej decyzji uznał, że istotowo zbliżone porozumienie powinno zostać wyłączone spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję na gruncie TWE (TFUE).

W związku z powyższym wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz wyroku Sądu Okręgowego w W. XVII Wydział Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 21 listopada 2013 r. w całości i przekazanie

sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w W. XVII Wydział Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ewentualnie wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu . W każdym zaś razie wniosła o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

1. Sąd Najwyższy w sentencji wyroku odrzucił skargę kasacyjną VISA Europe Limited w Londynie. Przesłanką zaskarżenia orzeczenia w postępowaniu cywilnym, w tym zaskarżenia wyroku sądu drugiej instancji skargą kasacyjną jest istnienie interesu prawnego w zaskarżeniu, określanego mianem *gravamen*, który oznacza pokrzywdzenie polegające na niekorzystnej dla strony różnicy między zgłoszonym przez nią żądaniem a sentencją orzeczenia, wynikającej z porównania zakresu żądania i treści rozstrzygnięcia (wyrok SN z 8 grudnia 2009 r., I UK 195/09). *Gravamen* stanowi warunek dopuszczalności środka zaskarżenia, a jego brak prowadzi do jego odrzucenia, chyba że interes publiczny wymaga merytorycznego rozpoznania tego środka (uchwała SN z 15 maja 2014 r., III CZP 88/13). W rozpatrywanej sprawie skarga kasacyjna została wniesiona przez VISA Europe od wyroku Sądu Apelacyjnego z 6 października 2015 r.. Tymczasem sentencja tego wyroku nie prowadzi do pokrzywdzenia VISA Europe. Takiego charakteru nie ma zmiana wyroku Sądu Okręgowego w W. - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 21 listopada 2013 r., przez oddalenie wszystkich odwołań od decyzji Prezesa UOKiK z 29 grudnia 2006 r., DAR-15/2006, w całości, ponieważ VISA Europe nie wносиła odwołania od tej decyzji. Merytorycznego rozpoznania skargi kasacyjnej VISA Europe nie wymaga interes publiczny. W związku z tym skarga kasacyjna VISA Europe podlega odrzuceniu.

2. Jeżeli chodzi o pozostałe skargi kasacyjne, to okazały się zasadne, choć tylko część podniesionych w nich zarzutów zasługiwała na uwzględnienie.

3. Odnosząc się w pierwszej kolejności do podniesionych w skargach kasacyjnych BGŻ BNP Paribas i mBank dwóch zarzutów naruszenia prawa

materialnego (po pierwsze, zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik 2000 oraz art. 81 ust. 1 TWE przez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że porozumienie w sprawie ustalania opłaty *interchange* jako porozumienie horyzontalne dotyczące cen narusza konkurencję przez cel oraz, po drugie, zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1 w uokik 2000 oraz art. 81 ust. 1 TWE przez uznanie, iż kwestia obiektywnej konieczności istnienia wspólnie ustalonej opłaty *interchange* nie jest okolicznością uwzględnianą przy kwalifikowaniu porozumienia banków jako ograniczającego konkurencję, oraz uznaniu, że nie istnieje potrzeba uwzględniania okoliczności braku występowania alternatywnego wobec porozumienia i realnego do zastosowania rozwiązania), Sąd Najwyższy na wstępie zauważa, że porozumienie ograniczające konkurencję może być zaklasyfikowane na gruncie art. 5 ust. 1 uokik 2000 (art. 6 ust. 1 uokik 2007) i art. 81 ust. 1 TWE (obecnie art. 101 ust. 1 TFUE) albo jako porozumienie zakazane ze względu na cel albo jako porozumienie zakazane ze względu na skutek. W przypadku porozumienia zakazanego ze względu na cel nie jest konieczne wykazanie wystąpienia antykonkurencyjnych skutków danego porozumienia. Trybunał Sprawiedliwości UE przyjmuje, że zakaz porozumień ze względu na cel odnosi się do porozumień charakteryzujących się wystarczająco dużym stopniem szkodliwości dla konkurencji (wyrok z 11 września 2014 r. w sprawie C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204, pkt 49). Dlatego skutków tych nie trzeba wykazywać. Bezsporne jest, że zakazane ze względu na cel są zmowy cenowe konkurentów (kartele), co do których zakłada się wysokie prawdopodobieństwo skutków w postaci wzrostu cen oraz ograniczenia podaży i jakości dóbr i usług.

4. W wypadku porozumień zakazanych ze względu na skutek konieczne jest wykazanie przez organ ochrony konkurencji negatywnych skutków rynkowych porozumienia. W prawie ochrony konkurencji sposób klasyfikowania porozumień danego rodzaju jako zakazanych ze względu na skutek jest przedmiotem sporów. Przyjąć jednak można, że porozumienia zakazane ze względu na skutek to takie, których charakter nie pozwala przesądzić z dużym stopniem prawdopodobieństwa ich antykonkurencyjnej natury. W ich przypadku wystąpienie skutków antykonkurencyjnych nie jest pewne; możliwe jest także, że obok skutków antykonkurencyjnych wywrą one także skutki prokonkurencyjne. Dlatego konieczne

jest wykazanie, że porozumienie będące przedmiotem oceny wywarło negatywne skutki antykonkurencyjne.

5. Horyzontalne porozumienia cenowe są zazwyczaj klasyfikowane jako porozumienia zakazane ze względu na cel. Z góry wiadomo bowiem, że ich zawarcie prowadzić będzie do wzrostu cen i bardziej ograniczonej dostępności lub niższej jakości danego produktu lub usługi. Od zasady takiej występować mogą jednak wyjątki. Dla rozstrzyganej sprawy ma znaczenie to, że Komisja Europejska w sprawach dotyczących opłaty *interchange* dostrzega, że decyzji związków przedsiębiorców ustalających wysokość tych opłat nie można zaklasyfikować jednoznacznie jako zakazanych ze względu na cel (por. decyzję KE z 19 grudnia 2007 r. w sprawie COMP/34.579 – *MasterCard*, COMP/36.518 – *EuroCommerce*, COMP/38.580 – *Commercial Cards*, pkt 407). Mając to na uwadze, wykazuje ich antykonkurencyjne skutki (ww. decyzja, pkt 408 i nast.). Takie podejście KE akceptują sądy UE (por. wyrok TSUE z 11 września 2014 r. w sprawie C-382/12 *Mastercard*, ECLI:EU:C:2014:2201, pkt 186 i wyrok Sądu UE z 24 maja 2012 r. w tej samej sprawie, ECLI:EU:T:2012:260, pkt 141).

6. Dlatego Sąd Najwyższy uznaje, że porozumienie ustalające wysokość opłaty *interchange* nie można traktować jako porozumienia zakazanego ze względu na cel. Przy przyjęciu takiego założenia, SN za relewantne uznaje to, że wysokość opłaty *interchange* nie musi pozostawać w bezpośrednim związku z ceną płaconą przez ostatecznego konsumenta za dany produkt lub usługę oraz to, że tego rodzaju porozumienie obok negatywnych skutków dla konkurencji może wywierać także skutki pozytywne. Sąd Najwyższy akceptuje także argumentację powodów, że ich intencją przy zawieraniu porozumienia nie było ograniczenie konkurencji. Mając to na uwadze, Sąd Najwyższy przyjmuje, że sądy niższych instancji rozstrzygające niniejszą sprawę powinny były dokonać oceny, czy porozumienie to wywarło antykonkurencyjny skutek. Równocześnie jednak przyjąć można, że analiza ta – ze względu na to, że mamy do czynienia z horyzontalnym porozumieniem cenowym oraz, że możliwość wystąpienia takiego rodzaju skutków została przesądzona w praktyce decyzyjnej Komisji – może mieć charakter uproszczony, odpowiadający podejściu Prezesa UOKiK w decyzji będącej przedmiotem odwołania powodów. Kluczowe dla rozstrzyganej sprawy jest

natomiast ustalenie, czy porozumieniu powodów może podlegać wyłączeniu na podstawie art. 7 w związku z art. 11 uokik 2000 (art. 8 uokik 2007) i z art. 81 ust. 3 TWE (art. 101 ust. 3 TFUE).

7. Uzupełniając podkreślić należy, że wykładnia językowa polskiego i unijnego prawa ochrony konkurencji nie stoi na przeszkodzie zastosowania instytucji wyłączenia do porozumień zakazanych ze względu na cel jak i ze względu na skutek. Zarówno w prawie unijnym jak i w prawie polskim znane są przypadki zastosowania instytucji wyłączenia do porozumienia zakazanego ze względu na cel. W praktyce jednak instytucja wyłączenia będzie częściej znajdować zastosowanie w przypadku porozumień zakazanych ze względu na skutek – po stwierdzeniu, że dane porozumienie wywiera antykonkurencyjny skutek (pierwszy etap analizy), organ ochrony konkurencji dojdzie do wniosku, że ze względu na zidentyfikowane prokonkurencyjne skutki danego porozumienia spełnione są przesłanki wyłączenia opisane w ww. przepisach (drugi etap analizy). Doprowadzi to do wyłączenia takiego porozumienia spod zakazu.

8. Odnosząc powyższe do zarzutów BGŻ BNP Paribas i mBank, stwierdzić należy, że Sąd Okręgowy w sposób wystarczający opisał antykonkurencyjne cechy porozumienia powodów; ocena taka została utrzymana w zaskarżonym wyroku Sądu Apelacyjnego. Co prawda Sąd Okręgowy faktycznie sformułował w uzasadnieniu błędną, jednoznaczną ocenę co do braku znaczenia ekonomicznego kontekstu porozumienia dla możliwości przypisania odpowiedzialności antymonopolowej. Jak wskazuje jednak uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego błąd ten mógł mieć znaczenie w odniesieniu do przesłanek wyłączenia, nie zaś stwierdzenia antykonkurencyjnego charakteru porozumienia na gruncie art. 5 ust. 1 uokik 2000 i art. 81 ust. 1 TWE. Podkreślić należy także, że ani uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego ani Sądu Apelacyjnego nie wskazuje jednoznacznie, że sąd ten stoi na stanowisku, że wobec horyzontalnych porozumień cenowych instytucja wyłączenia nie może znaleźć zastosowania. Tezie takiej przeczy dokonanie przez Sąd Okręgowy i zaakceptowanie przez Sąd Apelacyjny . oceny co do tego, że porozumienie powodów nie może podlegać wyłączeniu. Podniesione w tym zakresie zarzuty BGŻ BNP Paribas i mBank nie są więc w ocenie Sądu Najwyższego trafne.

9. Zarzuty te nie zasługują także na uwzględnienie w części dotyczącej nieuwzględnienia konieczności (niezbędności) porozumienia powodów dla funkcjonowania czterostronnego systemu płatniczego. Sąd Najwyższy przyjmuje, że - w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego – Sąd drugiej instancji mógł przyjąć, że możliwie jest, by system taki funkcjonował bez jednolitej ustalonej w drodze porozumienia banków opłaty *interchange*. Innymi słowy, choć nie można wykluczyć, że porozumienie ustalające jednolitą opłatę *interchange* mogło być pomocne w należyтым funkcjonowaniu systemu czterostronnego, to jednak nie można traktować go jako niezbędnego. Brak obiektywnej konieczności takiego porozumienia potwierdza powołany wyżej wyrok TSUE w sprawie *Mastercard* (zob. pkt 94 uzasadnienia wyroku).

10. Jeżeli chodzi natomiast o brak rozważenia przez sądy scenariusza kontrfaktycznego, to SN – zważywszy na opisaną już dopuszczalność uproszczonej analizy – akceptuje wyrok Sądu Apelacyjnego i Sądu Okręgowego jako odpowiadający w tym zakresie prawu. Na marginesie zauważyć można, że w świetle wyroków sądów UE w sprawie *Mastercard* zakaz ustalania wysokości opłaty pobieranej od akceptantów już po dokonanej transakcji (tzw. zakaz *ex-post pricing*) jest dopuszczalnym scenariuszem kontrfaktycznym (wyrok TSUE w sprawie *Mastercard*, pkt 110-112).

11. W drugiej kolejności Sąd Najwyższy rozpoznał zarzuty dotyczące kwestii, czy prokonkurencyjne korzyści brane pod uwagę przy badaniu podstaw do wyłączenia porozumienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję powinny wystąpić na rynku właściwym porozumienia. Rozpoznaniu podlegał więc trzy tożsame zarzuty: zarzuty skarg kasacyjnych Banku Millennium, BPH, ING-Bank Śląski, Deutsche Bank, Banku Zachodniego WBK, Banku Handlowego, Plus Bank, PKO S.A., Credit Agricole i PKO BP dotyczący błędnej wykładni art. 7 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 2 uokik 2000 oraz art. 81 ust. 3 TWE i art. 1 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003; zarzuty skarg kasacyjnych BGŻ BNP Paribas i mBank dotyczące błędnej wykładni art. 7 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 2 uokik 2000 oraz art. 81 ust. 3 TWE, a także zarzut skargi kasacyjnej Banku Pocztowego dotyczący błędnej wykładni art. 101 ust. 3 TFUE i art. 7 ust. 1 uokik 2000. Zarzuty te nie zasługują w ocenie Sądu Najwyższego na uwzględnienie. Sprowadzają się one do twierdzenia, że Sąd

Okręgowy, a za nim Sąd Apelacyjny dokonały błędnej wykładni przepisów prawa materialnego przyjmując, że prokonkurencyjne skutki opisane w pierwszej przesłance wyłączeniowej muszą wystąpić na rynku właściwym, na którym zmaterializowały się negatywne skutki antykonkurencyjne. Taka wykładnia jest tymczasem w świetle charakteru porozumienia ustalającego opłatę *interchange* dopuszczalna – wykluczyć należy bowiem co do zasady możliwość wyłączenia spod zakazu w sytuacji, gdy prokonkurencyjne korzyści występują wyłącznie na innym (nawet jeśli powiązanym) rynku.

12. Sąd Najwyższy podziela stanowisko Komisji Europejskiej zawarte w Wytycznych KE dotyczących stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu (Dz.U. C 101 z 27.4.2004, pkt 43) oraz wykładnię tego przepisu dokonaną przez TSUE w ww. wyroku w sprawie *Mastercard*. Co do zasady rację mają powodowie twierdząc, że badanie wystąpienia skutków prokonkurencyjnych powinno także obejmować rynki powiązane z rynkiem właściwym (a nie być do niego ograniczone). Równocześnie konieczne jest, by – przynajmniej częściowo – beneficjentami porozumienia ograniczającego konkurencję były podmioty w odniesieniu do których antykonkurencyjne skutki wystąpiły. Na gruncie rozstrzyganej sprawy przynajmniej część korzyści z porozumienia powodów ustalających jednolitą opłatę *interchange* powinni byli odnieść akceptanci. Sąd Najwyższy podziela pogląd TSUE, że w przypadku gdy skutki ograniczające konkurencję zostały stwierdzone tylko na jednym rynku dwustronnego systemu, korzyści wynikające ze środka ograniczającego na odrębnym rynku powiązanym z rynkiem właściwym, nie mogą same w sobie kompensować negatywnych skutków, które wystąpiły na rynku właściwym, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z różnymi konsumentami na tych rynkach; na rynku właściwym są nim akceptanci, na rynku powiązanym – użytkownicy kart (zob. wyrok w sprawie *Mastercard*, pkt 242, por. też pkt 43 ww. Wytycznych KE).

13. Sąd Najwyższy nie uwzględnił także zarzutu Banku Millennium, BPH, ING-Bank Śląski, Deutsche Bank, Banku Zachodniego WBK, Banku Handlowego, Plus Bank, PKO S.A., Credit Agricole i PKO BP naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1 i art. 9 uokik 2000 oraz art. 81 ust. 1 TWE przez przyjęcie, że prawidłowym adresatem decyzji Prezesa UOKiK w sprawie powodów były wskazane w niej banki, gdy

tymczasem adresatami decyzji powinny były być organizacje kartowe. Przyjąć należy, że orzekające w sprawie sądy niższych instancji w sposób trafny przypisały odpowiedzialność naruszenia przepisów prawa ochrony konkurencji bankom, nie zaś organizacjom kartowym. W świetle ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy w Warszawie nie budzi wątpliwości, że wysokość opłaty *interchange* była ustalana przez banki, nie zaś przez organizacje kartowe. Bez znaczenia dla rozstrzyganej sprawy jest w ocenie Sądu Najwyższego fakt, że decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Visa II adresowana była do Visa International. Stan faktyczny sprawy będącej przedmiotem decyzji Komisji był odmienny – dotyczył wysokości transgranicznej opłaty *interchange*, nie zaś wysokości opłaty *interchange* na rynku krajowym (polskim). Ponadto, z samej treści decyzji w sprawie Visa II wynika, że adresatem decyzji Komisji mogłyby być również banki jako przedsiębiorcy uczestniczący w porozumieniu (zob. pkt 55 decyzji Komisji w sprawie Visa II).

14. Sąd Najwyższy nie znajduje również podstaw do uwzględnienia zarzutu Banku Millenium, BPH, ING-Bank Śląski, Deutsche Bank, Banku Zachodniego WBK, Banku Handlowego, Plus Bank, PKO S.A., Credit Agricole i PKO BP błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania art. 5 ust. 1 pkt 1 i art. 9 uokik 2000 oraz art. 81 ust. 1 TWE i art. 2 Rozporządzenia nr 1/2003 w związku z art. 38a ust. 1 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz.U. z 2011 r., Nr 199, poz. 1175 z późn. zm.) przez uznanie, że zarzucane porozumienia ograniczają konkurencję na rynku właściwym, pomimo że ustawa z dnia 30 sierpnia 2013 r. o zmianie ustawy o usługach płatniczych zniósła bezprawność porozumienia oraz analogicznego zarzutu Banku Pocztowego. Sprowadzają się one do twierdzenia, że orzekające w sprawie sądy powinny były uwzględnić zniesienie nielegalności porozumienia powodów przez powołaną wyżej ustawę nowelizującą ustawę o usługach płatniczych. W ocenie Sądu Najwyższego nowelizacja ustawy o usługach płatniczych nie doprowadziła do zalegalizowania porozumienia banków ustalających jednolitą opłatę *interchange*. Ustawą uregulowano wyłącznie maksymalną wysokość opłaty *interchange* jako odpowiedni procent (0,2 albo 0,3%) wartości jednostkowej krajowej transakcji płatniczej. Jej wysokość jest poniżej tego poziomu elastyczna i pozostawiona do decyzji przedsiębiorców. Fakt uregulowania w prawie powszechnie obowiązującym maksymalnej wysokości opłaty *interchange*

nie oznacza, że legalne – z mocą wsteczną – stało się wspólne ustalanie wysokości tej opłaty przez podmioty prywatne. Co więcej – inaczej niż ustawa nowelizująca – porozumienie powodów przewidywało sztywną, a nie wyłącznie maksymalną, wysokość tej opłaty. Podkreślić przy tym należy, że lektura uzasadnienia nowelizacji prowadzi do wniosku, że ustawodawca podjął interwencję ponieważ dostrzegł funkcjonowanie na rynku zachowań antykonkurencyjnych, nie zaś dlatego, że uważał, że występujące zachowania rynkowe nie są szkodliwe.

15. Bezzasadny jest podniesiony przez Bank Millenium, BPH, ING-Bank Śląski, Deutsche Bank, Bank Zachodni WBK, Bank Handlowego, Plus Bank, PKO S.A., Credit Agricole i PKO BP zarzut błędnej wykładni art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik 2000, polegającej na przyjęciu, że o ewentualnym jego zastosowaniu może przesądzać udział uczestników porozumienia ograniczającego konkurencję w rynku właściwym w roku kalendarzowym poprzedzającym rok wydania decyzji przez Prezesa UOKiK. W świetle bowiem treści art. 6 ust. 2 uokik 2000 wyłączenia, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik 2000 nie stosuje w odniesieniu do porozumienia opisanego w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik 2000 (tj. porozumienia cenowego). W sentencji decyzji Prezesa UOKiK w sprawie powodów Prezes UOKiK stwierdził naruszenie przez nich art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik 2000. Oznacza to, że o wyłączeniu na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik 2000 nie mogło być mowy.

16. Na uwzględnienie nie zasługują także zarzuty Banku Pocztowego naruszenia art. 101 ust. 3 TFUE i art. 7 ust. 1 uokik 2000 przez nieuwzględnienie przez orzekające w sprawie powodów sądy podejścia wypracowanego w decyzji Komisji Europejskiej w sprawie Visa II oraz uwzględnienie orzecznictwa KE i sądów UE dotyczącego opłaty *interchange* w systemie MasterCard dla oceny zachowania powoda, który w okresie objętym decyzją Prezesa UOKiK nie był członkiem systemu MasterCard. Oczywiście krajowe organy ochrony konkurencji i sądy powinny kierować się dyrektywą prounijną wykładni, co wiązać należy z braniem pod uwagę podejścia wypracowanego w orzecznictwie unijnym. Nie oznacza to jednak, że istnieje obowiązek wydawania takich samych rozstrzygnięć w sprawach różniących się stanem faktycznym. W tym kontekście należy podkreślić, że stan faktyczny sprawy będącej przedmiotem decyzji Komisji w sprawie Visa II był odmienny od stanu faktycznego w sprawie powodów – dotyczył wysokości

transgranicznej opłaty *interchange*, nie zaś wysokości opłaty *interchange* na rynku polskim. W uzasadnieniu decyzji w sprawie VISA II Komisja wyraźnie wskazuje, że transgraniczny charakter badanej opłaty *interchange* ma dla niej istotne znaczenie i jest okolicznością odróżniającą tą opłatę od opłat *interchange* ustalanych na poziomie krajowym. W szczególności uzasadnienie decyzji Komisji wskazuje, że dostrzega ona związek pomiędzy wysokością transgranicznej opłaty *interchange* a podwyższonym ryzykiem, które ponoszą uczestnicy systemów związanych z płatnościami transgranicznymi. Z decyzji Komisji wywieść można dopuszczalność bardziej rygorystycznego podejścia przy badaniu przesłanek wyłączenia w odniesieniu do danej wysokości krajowej opłaty *interchange*, zwłaszcza, że może być ona wyższa od wysokości opłaty transgranicznej ocenianej przez Komisję w sprawie Visa II. Ponadto należy zauważyć, że sądy biorą pod uwagę stan prawny obowiązujący w momencie wyrokowania, co odnosić należy również do orzecznictwa unijnego, tym bardziej, że wykładnia prawa unijnego dokonana przez Trybunał Sprawiedliwości UE wiąże nie od daty wydania orzeczenia, lecz od daty wejścia w życie przepisu poddanego interpretacji.

17. Powodowe banki sformułowały zarzuty dotyczące nałożonych na nie kar w związku z zawarciem porozumienia ustalającego opłatę *interchange*. Bank Millennium, BPH, ING-Bank Śląski, Deutsche Bank, Bank Zachodni WBK, Bank Handlowy, Plus Bank, PKO S.A., Credit Agricole i PKO BP zarzuciły naruszenie art. 104 uokik 2000 przez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, co doprowadziło do wymierzenia kary w sposób dowolny i uznaniowy, wbrew wymogu indywidualizacji kary oraz w wysokości nieproporcjonalnej do stwierdzonych naruszeń oraz nie uwzględnieniu okoliczności łagodzących. BGŻ BNP Paribas i mBank zarzuciły naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 104 w zw. z art. 1 ust. 1 uokik 2000 przez błędną wykładnię i nienależyte zastosowanie i nałożenie na te banki kary pieniężnej mimo istnienia przesłanek do odstąpienia od jej nałożenia. Ponadto – ewentualnie – wskazane banki zarzuciły naruszenie ww. przepisów przez nieuwzględnienie w odpowiednim stopniu przesłanek wymiaru kary oraz okoliczności sprawy, co skutkowało nałożeniem jej w nieproporcjonalnej wysokości. Bank Pocztowy zarzucił naruszenie art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 uokik 2000 przez jego niewłaściwe zastosowanie na skutek nałożenia na powoda kary

pieniężnej, której wysokość była rażąco nieadekwatna do wysokości przychodów powoda, stopnia zawinienia powoda, który pozostawał w przekonaniu o legalnym charakterze wielostronnego ustalania opłaty *interchange*, wcześniejszej niekaralności powoda za delikt antymonopolowy, a także która nie uwzględnia precedensowego charakteru niniejszej sprawy. Sąd Najwyższy uznał, że wskazane zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Sądu Najwyższego powodowie nie przedstawili wystarczających argumentów wskazujących na błędną wykładnię przez Sąd Apelacyjny art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 104 uokik. Podkreślić należy, że w części odnoszącej się do kar uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego jest rozbudowane. Sąd Najwyższym nie znajduje podstaw do ingerowania w rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego w tym zakresie. W szczególności powodowie nie wykazali rażącej nieproporcjonalności kary. Tylko zaś w takim przypadku skarga kasacyjna w części dotyczącej kary mogłaby zasługiwać na uwzględnienie (wyrok SN z 15 maja 2014 r., III SK 54/13). Podkreślić należy, że w swoim orzecznictwie Sąd Najwyższy nie znajduje podstaw do zakwestionowania jako nieproporcjonalnej kary pieniężnej nawet wtedy, gdy jej wysokość pozbawia przedsiębiorcę całości korzyści uzyskanych z działalności, której dotyczy porozumienie (zob. wyrok SN z 13 czerwca 2017 r., III SK 43/16). Zauważyć należy ponadto, że przy wymiarze kary wzięto pod uwagę brak umyślności działań powodów, a wymierzone kary stanowiły niewielki procent przychodu przez nich osiągniętego.

18. Bezzasadny okazał się podniesiony przez Bank Millenium, BPH, ING-Bank Śląski, Deutsche Bank, Bank Zachodni WBK, Bank Handlowy, Plus Bank, PKO S.A., Credit Agricole i PKO BP zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 104 uokik 2000 przez ich niewłaściwe zastosowanie, będące konsekwencją naruszenia art. 112 uokik 2000 przez jego błędną wykładnię, polegających na rozstrzygnięciu o nałożeniu kary pieniężnej, która została ustalona z przekroczeniem maksymalnego okresu pięcioletniego liczonego od dnia wejścia w życie uokik 2000, jako okresu, który może być uwzględniony biorąc pod uwagę zarzucane naruszenie przepisów ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów. W ocenie Sądu Najwyższego art. 104 uokik 2000 daje możliwość brania pod uwagę

przy wymiarze kary uprzedniego naruszenia przepisów uokik. Przepis art. 112 uokik 2000 rozciąga taką możliwość na wcześniejsze naruszenia ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. W rozstrzyganej sprawie uzasadnienie decyzji Prezesa UOKiK nie wskazuje, by kara została podwyższona przez Prezesa UOKiK ze względu na wcześniejsze naruszenie przepisów prawa ochrony konkurencji. Przepis art. 112 uokik nie znajdował więc w niniejszej sprawie zastosowania.

19. Jeżeli chodzi o zarzuty naruszenia prawa procesowego, które miały mieć istotny wpływ na wynik sprawy, to nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty Banku Millenium, BPH, ING-Bank Śląski, Deutsche Bank, Banku Zachodniego WBK, Banku Handlowego, Plus Bank, PKO S.A., Credit Agricole, PKO BP oraz BGŻ BNP Paribas i mBank naruszenia art. 386 § 6 k.p.c. przez niezrealizowanie wskazań co do dalszego postępowania zawartych w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego z 22 kwietnia 2010 r. Sąd Okręgowy w zgodzie z zaleceniami Sądu Apelacyjnego zawartymi w wyroku z 22 kwietnia 2010 r. poczynił bowiem w uzasadnieniu wyroku własne ustalenia, dlaczego w jego ocenie przesłanki wyłączeniowe nie są spełnione. Sąd Apelacyjny te ustalenia w wyraźny sposób podtrzymał. Nie można w tej sytuacji twierdzić, że doszło do naruszenia art. 386 § 6 k.p.c.

20. Sąd Najwyższy nie uwzględnił także zarzutów banku Millenium, BPH, ING-Bank Śląski, Deutsche Bank, Banku Zachodniego WBK, Banku Handlowego, Plus Bank, PKO S.A., Credit Agricole, PKO BP oraz BGŻ BNP Paribas i mBank dotyczące naruszenia przepisów postępowania, w tym art. 479^{31a} § 3 k.p.c., w związku ze zmianą postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego w zakresie określenia rynku właściwego w trakcie postępowania administracyjnego. W ocenie Sądu Najwyższego Prezes UOKiK był uprawniony do dokonania takiej zmiany. Stanowiła ona bowiem przejaw doprecyzowania zarzutu stawianego powodowi, nie zaś – co niedozwolone w świetle wyroku SN z 3 października 2013 r. w sprawie III SK 67/12 – rozszerzenia stawianych zarzutów. W wyroku z 7 maja 2004 r., III SK 32/04, SN przesądził, że określenie rynku właściwego jest koniecznym elementem decyzji Prezesa UOKiK. Rozwijając ten wyrok przyjąć należy, że nie ma przeszkód, by Prezes UOKiK w związku z nowymi informacjami uzyskanymi w trakcie prowadzonego postępowania doprecyzowywał sposób

określenia rynku właściwego wskazany w pierwotnym postanowieniu o wszczęciu postępowania w sprawie pod warunkiem, że stronom zapewniona zostanie realna możliwość wypowiedzenia się w tym zakresie przed wydaniem decyzji. Prawidłowość określenia rynku właściwego powinna być także przedmiotem kontroli sądowej w postępowaniu odwoławczym. W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy trafnie stwierdził, że strony postępowania administracyjnego miały możliwość wypowiedzenia się co do sposobu określenia rynku właściwego zanim Prezes UOKiK wydał decyzję w sprawie. Prawidłowość określenia rynku właściwego był także przedmiotem oceny sądów, w tym Sądu Apelacyjnego w wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 r.

21. Sąd Najwyższy nie uwzględnił także zarzutu naruszenia przepisów postępowania w związku z brakiem dostępu powodów do informacji utajnionych ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa i tym samym pozbawieniem możliwości obrony oraz możliwości czynnego udziału w postępowaniu. Bank Millenium, BPH, ING-Bank Śląski, Deutsche Bank, Banku Zachodniego WBK, Banku Handlowego, Plus Bank, PKO S.A., Credit Agricole, PKO BP swój zarzut w tym zakresie ujęły jako zarzut nieważności postępowania (naruszenie art. 379 pkt 5 k.p.c. i art. 386 § 2 k.p.c.) a BGŻ BNP Paribas i mBank jako naruszenie art. 385 k.p.c.

22. Podkreślić należy, że pomimo utajnienia w stosunku do powodów istotnych części uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK nie można uznać, że powodowie nie brali bądź nie mogli brać udziału w postępowaniu sądowym (por. wyrok SN z dnia 13 czerwca 2002 r., V CKN 1057/00, LEX nr 55517). Sąd Najwyższy przyjmuje w swoim orzecznictwie, że pozbawienie strony możliwości obrony swych praw polega na tym, że z powodu wadliwości procesowych sądu lub strony przeciwnej strona nie mogła brać i nie brała udziału w postępowaniu lub jego istotnej części, nie zaś gdy mimo naruszenia przepisów procesowych strona podjęła czynności procesowe (wyrok SN z dnia 7 października 2009 r., III CSK 35/09, LEX nr 572042). Nie ma wątpliwości, że powodowie uczestniczyli w postępowaniu przed Sądem Okręgowym, a następnie w postępowaniu apelacyjnym, formułując wnioski dowodowe także co do okoliczności, które zostały w decyzji Prezesa UOKiK utajnione. Zauważyć należy również, że powodowie nie

podnosili w odwołaniu od decyzji zarzutu naruszenia prawa do obrony w związku z utajnieniem fragmentów decyzji Prezesa UOKiK, co świadczyć może, że pierwotnie nie traktowali tego utajnienia jako istotnego ograniczenia ich praw procesowych. Mając to na uwadze, nie może być w ocenie Sądu Najwyższego mowy o nieważności postępowania z powodu pozbawienia możliwości obrony swoich praw oraz nieuzasadnionym ograniczeniem możliwości czynnego udziału w postępowaniu.

23. W celu uniknięcia jednak podobnego rodzaju problemów w przyszłości należy sugerować, by Prezes UOKiK – w zgodzie z postulatami formułowanymi w polskiej literaturze od 2009 r. w nawiązaniu do podejścia Komisji Europejskiej – zmienił swoją praktykę ograniczania stronom postępowania dostępu do materiału dowodowego zawartego w aktach sprawy (art. 69 ust. 1 uokik), tak by nie zachodziło ryzyko naruszenia prawa stron do wysłuchania. Podkreślić należy, że art. 69 ust. 1 uokik pozwala na ograniczenie dostępu do materiału dowodowego ze względu na konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa tylko w niezbędnym zakresie. Prezes UOKiK rozstrzygając po raz pierwszy o ograniczeniu dostępu do materiału dowodowego lub modyfikując wcześniejsze postanowienie wydane na podstawie art. 69 ust. 1 uokik (brak jest przeszkód prawnych w tym zakresie) powinien mieć na uwadze prawo do wysłuchania stron i nie ograniczać dostępu do tego rodzaju informacji, które stanowić będą dowód naruszenia w sprawie. Nawiązując do orzecznictwa unijnego (por. wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 29 czerwca 1995 r. w sprawie T-30/91 Solvay, ECLI:EU:T:1995:115) wskazać należy, że w szczególności niedopuszczalne jest pozbawienie stron dostępu do dowodów dla nich korzystnych (dowodów mogących wskazywać, że nie doszło do naruszenia prawa ochrony konkurencji). Wymóg taki odnosić również należy do sposobu uzasadniania decyzji Prezesa UOKiK.

24. Sąd Najwyższy nie uwzględnił zarzutu banku Millenium, BPH, ING-Bank Śląski, Deutsche Bank, Banku Zachodniego WBK, Banku Handlowego, Plus Bank, PKO S.A., Credit Agricole, PKO BP oraz BGŻ BNP Paribas i mBank naruszenia przez Sąd Apelacyjny w Warszawie art. 378 § 1 k.p.c. polegającego na braku ponownego merytorycznego rozpoznania sprawy w granicach apelacji oraz zarzutu wskazanych banków co do naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. przez brak dostatecznego

wyjaśnienia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. W ocenie Sądu Najwyższego Sąd Apelacyjny nie zaniedbał obowiązku merytorycznego rozpoznania sprawy i obowiązku prawidłowego uzasadnienia swojego wyroku. Prawdą jest, że uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego jest lakoniczne. Sąd ten wyraźnie wskazał na s. 109 uzasadnienia, że w jego ocenie Sąd Okręgowy dokonał w większości prawidłowych ustaleń faktycznych i dlatego przyjął je jako własne. Posłużenie się taką formułą, jakkolwiek z perspektywy perswazyjności uzasadnienia niedoskonałe, nie stanowi w świetle orzecznictwa SN naruszenia przepisów procedury cywilnej. Zauważyć należy, że naruszenie przez sąd drugiej instancji art. 328 § 2 k.p.c. przez sporządzenie uzasadnienia nieodpowiadającego wymaganiom, jakie stawia wymieniony przepis, może jedynie wyjątkowo wypełniać podstawę kasacyjną (wyrok z 2 grudnia 2014 r., I UK 139/14).

25. Sąd Najwyższy nie uwzględnił także zarzutu BGŻ BNP Paribas naruszenia art. 385 k.p.c. przez utrzymanie w mocy wyroku sądu pierwszej instancji przez oddalenie apelacji w sytuacji, w której w związku z brakiem sukcesji odpowiedzialności antymonopolowej spółki przejmowanej przez spółkę przejmującą Sąd Apelacyjny powinien zmienić zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego poprzez uchylenie Decyzji i umorzenie postępowania w zakresie dotyczącym BNP Paribas. W ocenie Sądu Najwyższego nie może być wątpliwości, że w momencie wydawania decyzji przez Prezesa UOKiK BNP Paribas miał pełną podmiotowość prawną i był właściwym adresatem decyzji Prezesa UOKiK. Decyzja ta nie została więc skierowana do podmiotu nieistniejącego czy też podmiotu nie będącego stroną w sprawie (por. wyrok SN z 6 kwietnia 2017 r., III SK 15/16).

26. Na uwzględnienie zasługują natomiast zarzuty Banku Millenium, BPH, ING-Bank Śląski, Deutsche Bank, Banku Zachodniego WBK, Banku Handlowego, Plus Bank, PKO S.A., Credit Agricole, PKO BP, BGŻ BNP Paribas i mBank w zakresie w jakim dotyczą one naruszenia przepisów postępowania przez nieuzasadnione oddalenie wniosków dowodowych powodów na okoliczność istnienia podstaw do wyłączenia porozumienia powodów spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

27. Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie wielokrotnie podkreślał, że Sąd Okręgowy jest obowiązany zbadać merytorycznie sprawę z odwołania od decyzji

Prezesa UOKiK (zob. np. wyrok SN z 30 maja 2004 r., III SK 44/04). Ze względu na specyfikę prawa ochrony konkurencji może się to wiązać z przeprowadzeniem postępowania dowodowego z opinii biegłego i z zeznań świadków. Konieczne będzie też często uwzględnienie w procesie orzekania wniosków płynących z analizy o charakterze ekonomicznym. W rozstrzyganej sprawie oddalenie przez Sąd Okręgowy wszystkich wniosków dowodowych powodów, co zostało zaakceptowane w wyroku Sądu Apelacyjnego, należy uznać za nieprawidłowe. Sąd Okręgowy znaczącą część uzasadnienia poświęcił wyjaśnieniu dlaczego wnioski dowodowe powodów, które miały zmierzać – zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu – do wykazania istnienia przesłanek wyłączenia indywidualnego, są bezzasadne. Przyczyną oddalenia wielu wniosków dowodowych powodów był albo brak ich znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy albo rygorystyczne uznanie, że wnioski dowodowe były sprekludowane. Sąd Okręgowy potraktował tak m.in. wnioski dowodowe zmierzające do uzasadnienia wysokości opłaty *interchange* ustalonej przez powodów oraz tego czy kwestionowanie porozumienia zapewnia część korzyści nabywcom lub użytkownikom (por. m.in. s. 66-70, 71, 80, 91, 105 i 112 uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego). W szczególności oddalone zostały wnioski Banku Millenium, BGŻ, BPH, Banku Zachodniego WBK, Banku Handlowego i PKO S.A. o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu bankowości i finansów m.in. na okoliczność, czy kwestionowane porozumienia zapewniają nabywcom lub użytkownikom odpowiednią część korzyści.

28. W ocenie Sądu Najwyższego wysokość opłaty *interchange* ma znaczenie dla rozstrzyganej sprawy odnośnie do podstaw do wyłączenia indywidualnego w zakresie w jakim pozwala na ustalenie, czy część korzyści z tytułu zawarcia porozumienia odnieśli akceptanci jako użytkownicy systemu czterostronnego. Prawdą jest, że przedmiotem decyzji Prezesa UOKiK w sprawie powodów było zawarcie przez nich porozumienia ustalającego wysokość opłaty *interchange* (nie zaś ustalenie przez banki opłaty *interchange* w danej wysokości), a więc wysokość opłaty *interchange* była nerelewantna przy ocenie, czy porozumieniu banków wywiera antykonkurencyjny skutek w rozumieniu art. 5 uokik 2000 r. i art. 81 ust. 1 TWE. Jej wysokość ma jednak znaczenie przy ocenie podstaw do wyłączenia z art. 7 w związku z art. 11 uokik 2000 (obecnie art. 8 ust. 1 uokik) oraz art. 81 ust. 3

TWE (obecnie art. 101 ust. 3 TFUE). Jej ustalenie bowiem na odpowiednio niskim poziomie kosztowym może przesądzić o tym, że antykonkurencyjne porozumienie będzie przynosić prokonkurencyjne korzyści (także akceptantom) w stopniu pozwalającym na stwierdzenie wystąpienia przesłanek wyłączenia indywidualnego (por. decyzję Komisji Europejskiej w sprawie Visa II oraz rozumowanie Prezesa UOKiK w decyzji w sprawie powodów). Rację może mieć pozwany, że w świetle ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego co do braku ustalania przez powodów do 2006 r. wysokości opłaty *interchange* na zasadzie kosztowej oraz jej ustalenia na znacznie wyższym poziomie niż ta podlegająca ocenie Komisji Europejskiej w sprawie Visa II, prawdopodobieństwo dowiedzenia przez powodów, że akceptanci byli beneficjentami odpowiedniej części korzyści powstałych na skutek zawarcia porozumienia powodów nie jest duże. Sprawdzenie, czy jest tak w istocie jest jednak zadaniem rozpoznających sprawę sądów. Powinny one poddać efektywnej kontroli sądowej ustalenia Prezesa UOKiK co do braku wystąpienia pierwszej i drugiej przesłanki wyłączeniowej. Stwierdzenie przez Sąd Okręgowy, że brak jest podstaw do wyłączenia porozumień powodów spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję uznać należy – przy oddaleniu wskazanych wniosków dowodowych powodów – za przedwczesne.

29. Sąd Najwyższy za błędne uznaje także bardzo rygorystyczne stosowanie przez Sąd Okręgowy reguł prekluzji dowodowej. Podkreślić należy, prekluzja dowodowa ma służyć usprawnieniu postępowania cywilnego, nie zaś być przeszkodą w merytorycznym rozpoznaniu sprawy przez sąd. W szczególności nie można oczekiwać od powoda, by z góry przewidywał on zarzuty, jakie wobec jego twierdzeń podniesie pozwany (wyrok Sądu Najwyższego z 12 stycznia 2012 r., IV CSK 182/11; zob. szerzej wyrok Sądu Najwyższego z 28 stycznia 2015 r., III SK 27/14). Nietrafne było dlatego uznanie wniosków dowodowych powodów zgłoszonych w replice na odpowiedź pozwanego za sprekludowane, w sytuacji gdy służyły one wyjaśnieniu istotnych okoliczności sprawy i pozostawały w związku z zarzutami podniesionymi w odwołaniach od decyzji Prezesa UOKiK. Za takim podejściem przemawia także zapoczątkowane wyrokiem z 14 kwietnia 2010 r., III SK 1/10, orzecznictwo Sądu Najwyższego, wskazujące, że w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK i organów regulacji nakładających dolegliwe

kary pieniężne stosować należy standardy obowiązujące w sprawach karnych. W kontekście wymogów płynących z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wiązać to należy z obowiązkiem merytorycznego charakteru kontroli sądowej. Formalistyczne stosowanie reguł prekluzji dowodowej nie służy osiągnięciu tego celu.

30. W związku z przekazaniem sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, Sąd ten powinien przeprowadzić uzupełniające postępowanie dowodowe na okoliczność tego czy wysokość opłaty *interchange* była uzasadniona kosztowo w taki sposób, by odpowiednią część korzyści z tytułu zawarcia porozumienia odnosili także akceptanci. Decyzja Komisji z 24 lipca 2002 r. w sprawie COMP/29.373 (Visa II) sugeruje, że przy odpowiednim skalkulowaniu wysokości opłaty *interchange* nie można tego wykluczyć. Równocześnie – nawet jeśli takie korzyści akceptantów zostaną stwierdzone – całość korzyści, które wystąpiły na rynkach powiązanych z rynkiem właściwym wskutek zawarcia porozumienia powodów ustalającego wysokość opłaty *interchange* musi być wystarczająco duża, by zrekompensować antykonkurencyjne skutki porozumienia powodów (por. wyrok w sprawie *Mastercard*, pkt 241). Na marginesie zauważyć należy, że nie chodzi tutaj ogólnie o korzyści z funkcjonowania czterostronnego systemu płatniczego, a korzyści uzyskane przez akceptantów w związku ze „wspólnym ustalaniem wysokości opłaty *interchange*” (por. sentencję decyzji Prezesa UOKiK w sprawie powodów wyznaczającą zakres postępowania sądowego w odwołaniu od tej decyzji).

31. Konieczne jest, by Sąd Apelacyjny orzekając o prawidłowości ustaleń Prezesa UOKiK co do braku podstaw do wyłączenia brał pod uwagę informacje, na które Prezes UOKiK powołuje się w uzasadnieniu decyzji, a które nie zostały stronom postępowania udostępnione ze względu na potrzebę ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Chodzi w szczególności o istotne dla możliwości wyłączenia porozumienia powodów dane kosztowe, które Prezes UOKiK brał pod uwagę badając wysokość opłaty *interchange*, informacje o kategoriach kosztowych branych przez UOKiK w tym zakresie pod uwagę (m.in. kosztów gwarancji płatności) oraz informacje pochodzące z przeprowadzonej w postępowaniu administracyjnym opinii biegłego (por. informacje utajnione dla powodów na s. 66, s. 69, s. 71-79

decyzji Prezesa UOKiK). Oczywistym jest przy tym, że Sąd Apelacyjny rozpoznając ponownie sprawę powinien korzystać z pełnej (tj. w całości jawnej) wersji uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK. Taka też wersja decyzji powinna być – jeżeli Sąd Apelacyjny tak przesądzi – przekazana biegłemu.

32. W związku z uwzględnieniem zarzutów prawa procesowego w zakresie dotyczącym oddalenia wniosków dowodowych powodów na okoliczność istnienia podstaw do wyłączenia na uwzględnienie zasługiwał także zarzut Banku Pocztowego naruszenia art. 101 ust. 1 TFUE i art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik 2000 przez ich niewłaściwe zastosowanie i stwierdzenie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję podczas gdy nie dokonano właściwych ustaleń faktycznych odnośnie do możliwości wyłączenia analizowanego porozumienia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję na podstawie art. 101 ust. 3 TFUE i art. 7 ust. 1 uokik 2000 oraz zarzut Banku Pocztowego naruszenia art. 378 § 1, art. 382 i art. 328 § 2 k.p.c. przez oddalenie apelacji powoda pomimo niedokonania przez sąd apelacyjny ustaleń faktów istotnych dla rozstrzygnięcia, które dotyczyły możliwości spełnienia przez wielostronnie ustalaną opłatę *interchange* warunków indywidualnego wyłączenia z art. 101 ust. 3 TFUE i art. 7 ust. 1 uokik 2000.

33. Na uwzględnienie zasługuje także zarzut skarg kasacyjnych Banku Millennium, BPH, ING-Bank Śląski, Deutsche Bank, Banku Zachodniego WBK, Banku Handlowego, Plus Bank, PKO S.A., Credit Agricole i PKO BP błędnej wykładni art. 7 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 2 uokik 2000 oraz art. 81 ust. 3 TWE polegającej na przyjęciu, że: 1) porozumienie, które prowadzi do wzrostu wydajności produktu w postaci czterostronnego systemu kart płatniczych nie może być uznane za przyczyniające się do polepszania produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego, jako że służy ono „subiektywnym korzyściom jego uczestników”; 2) jeżeli korzyści wynikające z porozumienia mogą być większe dla samych jego uczestników niż dla użytkowników, to porozumienie nie może być uznane za zapewniające nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z niego korzyści; 3) jeżeli porozumienie ogranicza konkurencję na rynku właściwym, to nie może być uznane za nienakładające na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia celów w postaci polepszania produkcji, dystrybucji towarów lub postępu

technicznego lub gospodarczego; 4) jeżeli porozumienie ogranicza znacząco konkurencję na rynku właściwym i ma niekorzystny skutek dla konsumentów, to nie może być uznane za niestwarzające możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów. Sąd Najwyższy zgadza się ze skarżącymi, że poglądy wyrażone przez Sąd Okręgowy budzą uzasadnione wątpliwości.

34. Jeżeli chodzi o pierwszy i drugi element wyżej opisanego zarzutu, to z pewnością fakt odniesienia przez przedsiębiorców zawierających porozumienie korzyści z jego tytułu nie jest przeszkodą do wyłączenia porozumienia spod zakazu (przy założeniu, że korzyści odnoszą też inne podmioty, w tym akceptanci). Istotą systemu wyłączeń spod zakazu jest to, że porozumienie ma przynosić prokonkurencyjne korzyści. W pełni dopuszczalnym jest to, by część z tych korzyści (ale nie ich całość) odnosili przedsiębiorcy, którzy porozumienie zawarli.

35. Jeżeli chodzi natomiast o trzeci i czwarty element wyżej opisanego zarzutu, to wskazać należy, że stwierdzony w ramach analizy na podstawie art. 5 uokik 2000 i art. 81 ust. 1 TWE antykonkurencyjny charakter porozumienia, w tym wystąpienie negatywnych skutków dla konsumentów, nie przesądza sam w sobie o braku możliwości spełnienia trzeciej (niezbędność ograniczeń wprowadzonych porozumieniem) i czwartej (brak wyeliminowania konkurencji) przesłanki wyłączeniowej. Jak Sąd Najwyższy już wyjaśnił, konstrukcja systemu wyłączeń polega na tym, że najpierw stwierdzany jest antykonkurencyjny charakter porozumienia, a następnie badana jest możliwość wyłączenia takiego antykonkurencyjnego porozumienia spod zakazu. Badając przesłanką trzecią, organ ochrony konkurencji lub sąd może dojść do wniosku, że istniały inne mniej dolegliwe dla konkurencji środki osiągnięcia prokonkurencyjnych korzyści (co skutkować będzie brakiem wyłączenia porozumienia spod zakazu). Nie można jednak z faktu stwierdzenia antykonkurencyjnego charakteru porozumienia na gruncie art. 5 uokik 2000 i art. 81 ust. 1 TWE wywodzić automatycznie, że trzecia przesłanka wyłączeniowa nie jest spełniona. Jeżeli chodzi zaś o czwartą przesłankę wyłączeniową, to w jej ramach jest badane, czy porozumienie doprowadziło do eliminacji konkurencji, nie zaś czy porozumienie to prowadziło (tylko) do jej ograniczenia. Nie można więc ze stwierdzenia ograniczenia konkurencji na gruncie

art. 5 uokik 2000 i art. 81 ust. 3 TWE wywodzić automatycznie, że porozumienie to prowadzi do jej eliminacji. Równocześnie zauważyć należy, że przedsiębiorca jest zobowiązany dowieść, że każda z czterech przesłanek wyłączeniowych jest spełniona. Nie ma więc potrzeby by sąd badał, czy przesłanka trzecia i czwarta jest spełniona, jeżeli stwierdzi, że przedsiębiorca nie dowiódł okoliczności opisanych w analizowanej łącznie pierwszej i drugiej przesłance wyłączeniowej (por. praktykę decyzyjną KE odzwierciedloną także w decyzji Prezesa UOKiK w sprawie powodów).

36. Na uwzględnienie zasługuje ponadto zarzut Banku Pocztowego błędnej wykładni art. 101 ust. 3 TFUE i art. 7 ust. 1 uokik 2007 przez przyjęcie, że dla oceny przesłanek wyłączenia nie ma znaczenia fakt, czy opłata *interchange* została ustalona na poziomie uzasadnionym kosztowo. Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, że badając, czy porozumienie może podlegać wyłączeniu, sądy niższych instancji nie mogły abstrahować od ekonomicznego kontekstu porozumienia. Ustalenie, czy dane antykonkurencyjne porozumienie wywiera także prokonkurencyjne korzyści ze swojej natury musi się wiązać z wzięciem pod uwagę ekonomicznych uwarunkowań tychże korzyści. W odniesieniu do stawek *interchange* wiąże się to z koniecznością zbadania, czy opłata *interchange* została ustalona na poziomie uzasadnionym kosztowo w sposób przynoszący korzyści także akceptantom. Dowiedzenie przez banki, że jest ona ustalona na poziomie uzasadnionym kosztowo prowadzi do wyłączenia porozumienia ustalającego opłatę *interchange* w takiej wysokości spod zakazu. Sąd Najwyższy nie podziela zatem podtrzymanej przez Sąd Apelacyjny oceny Sądu Okręgowego co do braku znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy relacji pomiędzy wysokością opłaty *interchange* a kosztami ponoszonymi przez banki (zob. s. 70 uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego). Wysokość opłaty *interchange* nie miała w świetle kształtu zarzutu Prezesa UOKiK znaczenia przy klasyfikacji porozumienia banków jako naruszającego art. 5 ust. 1 uokik 2000 i art. 81 ust. 1 TWE. Jest jednak istotna przy analizie przesłanek wyłączenia z art. 7 w związku z art. 11 uokik 2000 i art. 81 ust. 3 TWE.

Mając to na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.

kc

