



Sygn. akt III SK 43/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 czerwca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jolanta Strusińska-Żukowska (przewodniczący)

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

SSA Ewa Stefańska

Protokolant Grażyna Niedziałkowska

w sprawie z powództwa P. S.A. w C., L. sp. z o.o. w W., O. sp. z o.o. w W.,
Syndyka masy upadłości N. S.A. w upadłości likwidacyjnej w K., M. sp. z o.o. w P.,
S. sp. z o.o. w W. przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i
Konsumentów

z udziałem C. sp. z o.o. w W.

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 13 czerwca 2017 r.

skarg kasacyjnych stron powodowych: P. S.A. w C., L. sp. z o.o. w W., O. sp. z o.o.
w W., Syndyka masy upadłości N. S.A. w upadłości likwidacyjnej w K., S. sp. z o.o.
w W.

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. akt VI ACa (...),

**1. uchyla zaskarżony wyrok ze skargi kasacyjnej S. sp. z o.o.
w W. i w tym zakresie przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu w**

(...) do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego,

2. oddala pozostałe skargi kasacyjne,

3. zasądza od P. S.A. w C., L. sp. z o.o. w W., O. sp. z o.o. w W. oraz Syndyka masy upadłości N. S.A. w upadłości likwidacyjnej w K. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwoty po 1080 (tysiąc osiemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.

UZASADNIENIE

Decyzją z 18 września 2006 r., (...) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm., dalej jako uokik 2000) stwierdził stosowanie przez P. – W. S.A. z siedzibą w W. (dalej jako P.W.) P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako P.), O. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako O.), C. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako C.), L. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako L.), N. S.A. z siedzibą w K. (dalej jako N.), S. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako S.), M. Sp. z o.o. z siedzibą w P. (dalej jako M.) praktyki ograniczającej konkurencję przez zawarcie porozumienia na krajowym rynku hurtowego obrotu farbami i lakierami, polegającego na ustalaniu cen odsprzedaży następujących produktów: (...), co naruszało zakaz określony w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik 2000; nakazał zaniechanie jej stosowania oraz na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 uokik 2000; nałożył kary pieniężne w następującej wysokości: na P.W. - 32.086.150 zł; na P. - 16.930.275 zł; na O. - 4.644.440 zł; na L. - 32.646.180 zł; na N. - 13.992.497 zł; na S. - 8.794.242 zł; na M. - 342.029 zł; na C. - 50.000 zł.

Odwołanie od powyższej decyzji Prezesa Urzędu wnieśli P.W., P., O., L., N., S., M.. Wyrokiem z 29 maja 2008 r., XVII Ama (...) Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną decyzję przez dodanie po słowach „na krajowym rynku obrotu farbami i lakierami” słowa „dekoracyjnymi” oraz zmniejszył kary nałożone na L. do kwoty 17.000.000 zł a na S. do kwoty 4.500.000

zł, a w pozostałym zakresie oddalił odwołanie i orzekł o kosztach postępowania. Apelację od powyższego wyroku Sądu Okręgowego wnieśli wszyscy powodowie oraz Prezes Urzędu. Wyrokiem z 9 października 2009 r., VI ACa (...) Sąd Apelacyjny w (...) uchylił wyrok Sądu Okręgowego w całości i przekazał temu Sądowi sprawę do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny uznał za podstawową wadę zaskarżonego orzeczenia brak ustaleń dotyczących udziału każdego z powodów w zawarciu i realizacji porozumienia. Sąd Apelacyjny uznał za zbyt daleko idące stanowisko przyjęte przez Sąd Okręgowy, że samo otrzymanie oferty cenowej, zawierającej informacje o monitorowaniu cen i ustalaniu minimalnych cen odsprzedaży oraz brak negatywnej reakcji na tę informację, dowodzi udziału w porozumieniu. Porozumienie wymaga, w ocenie Sądu Apelacyjnego, chociażby dorozumianego wyrażenia zgody na propozycję, milczącej aprobaty. Niezbędne jest więc wykazanie w jaki sposób każda ze spółek uczestniczących w porozumieniu swoim zachowaniem dawała wyraz takiej aprobaty i jakie dowody, również zgromadzone w toku postępowania administracyjnego, stanowią podstawę dokonania takich ustaleń.

Sąd Apelacyjny zwrócił również uwagę na niezasadne oddalenie przez Sąd pierwszej instancji wniosków dowodowych zgłaszanych przez strony. Dopiero przeprowadzenie zawnioskowanych dowodów pozwoli na ocenę, czy wyniki postępowania dowodowego skutecznie podważają ustalenia przeprowadzone w trakcie postępowania administracyjnego.

Sąd Apelacyjny uznał również wszystkie apelacje za zasadne w zakresie obejmującym wysokość nałożonych na powodów kar pieniężnych, mimo niezasadności niektórych z podniesionych zarzutów. Za niezasadne uznał Sąd Apelacyjny zarzuty dotyczące konieczności przyjęcia za podstawę wymiaru kary przychodu osiągniętego z obrotu towarami, objętymi porozumieniem. W ocenie Sądu drugiej instancji, z art. 101 uokik 2000 wynika, że podstawą ustalenia wysokości kary pieniężnej jest przychód osiągnięty przez przedsiębiorstwo w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Ograniczenie podstawy wymiaru kary do przychodu osiągniętego z produktów objętych porozumieniem skutkowałoby, zdaniem Sądu Apelacyjnego, niewypełnieniem przez karę pieniężną

jej funkcji prewencyjnej oraz represyjnej, gdyż karę w takiej wysokości przedsiębiorca mógłby uwzględnić przy kalkulacji kosztów porozumienia naruszającego konkurencję.

Sąd Apelacyjny za bezzasadne uznał również zarzuty Prezesa Urzędu dotyczące uwzględnienia nie tylko procentowego, ale również kwotowego wymiaru kary nakładanej na uczestników porozumienia. Sąd drugiej instancji podzielił przy tym stanowisko Sądu Okręgowego, że jakkolwiek, co do zasady, kara obliczana jest od przychodu osiągniętego przez przedsiębiorcę, uwzględnia zatem jego potencjał ekonomiczny, to jednak na wysokość kary wpływa stopień zaangażowania w zawarcie porozumienia oraz jego realizację, co może uzasadniać dokonanie korekty wysokości kar nałożonych na poszczególnych przedsiębiorców. Korekta taka wymaga jednak określenia zasad jej stosowania w stosunku do każdego z przedsiębiorców biorących udział w porozumieniu i w tym zakresie zarzuty Prezesa Urzędu, kwestionującego obniżenie kary w stosunku do L. i S., należało uznać za zasadne.

Sąd Apelacyjny podkreślił również, że ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd pierwszej instancji, a w szczególności brak istotnych ustaleń dotyczących zakresu zaangażowania każdego z podmiotów w podjęciu i realizacji porozumienia oraz czasu trwania porozumienia i osiągniętych przez powodów korzyści, wynikających po części z nieuwzględnienia zgłaszanych przez powodów wniosków dowodowych, uniemożliwiły dokonanie oceny zasadności nałożonych kar pieniężnych.

Wyrokiem z 26 czerwca 2012 r., XVII AmA (...) Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (wyrok SOKiK II), po ponownym rozpoznaniu sprawy zmienił zaskarżoną decyzję przez dodanie po słowach „na krajowym rynku obrotu farbami i lakierami” słowo „dekoracyjnymi” oraz zmniejszył wymiar kar pieniężnych nałożonych na powodów, obniżając je następująco: dla P.W. do kwoty 19.252.690 zł, dla P. do kwoty 5.643.425 zł, dla O. do kwoty 1.548.146 zł, dla L. do kwoty 10.882.060 zł, dla N. do kwoty 2.332.082 zł, dla S. do kwoty 1.465.707 zł oraz dla M. do kwoty 57.004 zł. W pozostałym zakresie Sąd Okręgowy oddalił odwołania i rozstrzygnął o kosztach postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił, że powodowie należeli do sieci D. (D. – Z.) i publikowali gazetki reklamowe, w których umieszczane były produkty objęte promocją cenową (w tym na stronach www). W gazetkach tych reklamowane były również produkty P.W. Do końca 2004 r. sieci D. prowadziły stały monitoring cen konkurentów i w ten sposób dopasowywały swoją ofertę cenową, aby była ona lepsza bądź przynajmniej tożsama z ofertą proponowaną przez inną sieć. Z tego powodu systematycznie spadała marża uzyskiwana przez P.W. i sieci D. ze sprzedaży produktów objętych porozumieniem. Sąd Okręgowy ustalił, że P.W. zmierzało do wprowadzenia w 2005 r. nowych cen hurtowych na swoje produkty w związku z niskim poziomem osiąganego marży. Pierwsze informacje o zamierzonych podwyżkach cen zakupu zostały przedstawione sieciom D. na początku grudnia 2004 r. W dniu 1 stycznia 2005 r. P.W. wprowadził nowy, wspólny dla wszystkich klientów cennik. Z *Informacji handlowej* z 18 stycznia 2005 r. dotyczącej podwyżki cen na produkty P.W., wynikało, że w przypadku braku akceptacji nowych cen, P.W. zaprzestanie realizacji dostaw, a przeprowadzana podwyżka służyć ma rozwijaniu sprzedaży i zwiększeniu udziału w rynku przy współpracy ze wszystkimi kontrahentami zainteresowanymi dystrybucją wyrobów produkcji P.W. Mimo protestów odbiorców, P.W. po 20 stycznia 2005 r. nie realizował dostaw produktów do wszystkich partnerów przesyłających zamówienia w cenach sprzed 1 stycznia 2005 r. Jednocześnie z wprowadzeniem nowego cennika, P.W. skierował do sieci handlowych ofertę polegającą na udzieleniu dodatkowego rabatu, tzw. rabatu stabilizacyjnego, w zamian za stosowanie cen detalicznych dla klientów finalnych na poziomie wskazanym przez P.W. Stosowanie przez którykolwiek z marketów innych cen niż minimalne, sugerowane przez P.W., miało się wiązać się z utratą rabatu stabilizacyjnego przez całą sieć lub odmową dostaw.

Sąd Okręgowy ustalił, że termin wprowadzenia programu stabilizacji cen, planowany na początek 2005 r., pokrywał się ze zmianą cenników zakupu (w hurcie) na produkty P.W. dla sieci handlowych. Na spotkaniach handlowych, których przedmiotem były negocjacje warunków handlowych na 2005 r. i ustalenie podwyżki cen na produkty P.W., poruszane były również propozycje wprowadzenia programu stabilizacji cen. W dniu 2 lutego 2005 r. P.W. przesłał do pozostałych spółek informacje, iż proces ustalania cen sugerowanych, rozpoczęty 28 stycznia

2005 r., powinien zostać zakończony do 4 lutego 2005 r. P.W. w piśmie tym poinformował, że wszyscy partnerzy handlowi są zgodni co do poziomu cen sugerowanych.

Sąd Okręgowy ustalił także, że P.W. zapewniało swoich kontrahentów, iż wszyscy partnerzy handlowi składają zamówienia w cenach obowiązujących od dnia 1 stycznia 2005 r., wprowadzając jednocześnie rynkowe ceny sugerowane na wskazaną grupę wyrobów. Ponadto, P.W. informował, że „zgodnie z zawartymi porozumieniami proces podwyższenia cen do poziomu cen sugerowanych, rozpoczęty w piątek ubiegłego tygodnia, powinien zostać zakończony w obecny piątek tj. do dnia 4 lutego 2005 r.” oraz że wszyscy odbiorcy współpracujący z P.W. „otrzymali informacje o nowych cenach w identycznej formie i w tym samym terminie. Wszystkim odbiorcom P.W. zaproponował także identyczne warunki promocyjne na produkty podlegające stabilizacji cen”. Sąd Okręgowy ustalił ponadto, że nowe ceny sprzedaży weszły do sklepów, a przedsięwzięcie zaczęło funkcjonować. Sąd Okręgowy ustalił, że P.W., nie chcąc dopuścić do zmiany cen przez pozostałych kontrahentów, powiadamiał sieci o każdej, nawet niewielkiej, zmianie cen u konkurencji. Pomimo obowiązywania programu stabilizacyjnego, gazetki reklamowe nadal były wydawane, z tym że ceny sugerowane były wskazywane jako ceny odniesienia. Ceny sugerowane pojawiały się jako zwykłe ceny sprzedaży produktów objętych postępowaniem. Stosowano natomiast promocje w zakresie wybranych farb i lakierów, polegające na dołączaniu do nich bezpłatnych produktów dodatkowych. Miało to stworzyć u konsumenta wrażenie, że „cena sugerowana” jest ceną promocyjną, a więc niższą niż u konkurencji.

Stroną inicjującą zawarcie przedmiotowego porozumienia był P.W., który stworzył program stabilizacji cen, a także nakłonił pozostałe strony postępowania do przestrzegania jego zasad. W dniu 28 stycznia 2005 r. P.W. przesłał sieciom informację handlową potwierdzającą wprowadzenie rabatu stabilizacyjnego. W tejże wiadomości zostało raz jeszcze wyjaśnione, że podstawowym zamierzeniem „programu stabilizacji cen” jest „znaczne poprawienie marżowania kluczowych produktów P.W. i rozwiązanie konfliktów cenowych na rynku farb i lakierów w Polsce”. Wstępny termin do jakiego miał obowiązywać program stabilizacyjny został ustalony na dzień 30 maja 2005 r., z zaznaczeniem jednakże,

że w przypadku osiągnięcia założonych celów stabilizacji cen, oferta będzie kontynuowana w następnych okresach.

Sąd Okręgowy ustalił, że wszyscy dystrybutorzy objęci podmiotowym zakresem tego postępowania co do zasady wprowadzili „sugerowane” przez producenta ceny, bądź ceny wyższe od sugerowanych, zdarzały się jednak przypadki nieznacznego odbiegania poniżej poziomu cen sugerowanych w stosunku do poszczególnych produktów.

Sąd Okręgowy uznał, że zgromadzone w sprawie dowody pozwalają stwierdzić, iż między P.W. a pozostałymi spółkami będącymi uczestnikami niniejszego postępowania doszło do zawarcia zakazanego porozumienia, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik 2000, polegającego na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W ocenie Sądu Okręgowego, warunki wprowadzenia i realizacji stosowania cen sugerowanych przez P.W. jako cen detalicznych odnośnie produktów wskazanych przez P.W. w *Liście informacyjnym i Informacji handlowej* zostały wyraźnie zaakceptowane przez uczestników postępowania, doszło zatem do zawarcia porozumienia cenowego. Zdaniem Sądu Okręgowego, o koordynacji działań podejmowanych w celu realizacji porozumienia świadczy obszerna korespondencja, prowadzona drogą elektroniczną między organizatorem porozumienia a jego uczestnikami, w tym informowanie na bieżąco poszczególnych uczestników porozumienia o stosowaniu cen sugerowanych przez inne podmioty, a także stosowanie sankcji w postaci wstrzymania dostaw towarów objętych porozumieniem.

Wykonując zalecenia wynikające z wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) uchylającego poprzedni wyrok, Sąd Okręgowy wyjaśnił, że o zaakceptowaniu przez L. propozycji cen sugerowanych, o których była mowa w emailu z 2 lutego 2005 r. zawierającym informacje o wprowadzeniu przez P.W. cen sugerowanych na wybrane produkty świadczy treść korespondencji mailowej z 2 i 3 lutego 2005 r. Treść tej korespondencji, a także emaila z 9 lutego 2005 r., świadczy, że L. wiedział o zawiązanym porozumieniu co do stosowania sugerowanych przez P.W. cen z

rabatem stabilizacyjnym, akceptował to porozumienie i nadzorował, aby sieciowe sklepy stosowały ceny sugerowane przez P.W.

Następnie Sąd Okręgowy wskazał, że P. został poinformowany w e-mailu z 2 lutego 2005 r. o ustaleniach ze wszystkimi partnerami sieci D. o wprowadzeniu cen sugerowanych na wybrane produkty P.W., zaś z korespondencji mailowej z 7 lutego 2005 r. wynika, że P.W. stosował formy nacisku na P. w celu stosowania sugerowanych przez P.W. cen, grożąc wstrzymaniem dostaw oraz informując o koordynacji zmiany cen we wszystkich marketach i posiadaniu deklaracji wszystkich marketów, że ceny się zmieniają. P. przyjął ceny zakupu oferowane przez P.W. oraz stwierdził, że współpraca trwa cały czas, co w ocenie Sądu Okręgowego przesądza o jego świadomym uczestnictwie w porozumieniu.

W ocenie Sądu Okręgowego, także mail z 2 lutego 2005 r. dotyczący ustaleń co do rozpoczętego 28 stycznia 2005 r. procesu wprowadzania cen sugerowanych na wybrane produkty P.W., który miał być zakończony do dnia 4 lutego 2005 r. skierowany do O., które wcześniej zostało poinformowane o zaproponowanym także C. systemie regulacji cen na rynku na całkowicie identycznych warunkach handlowych, świadczy o jego udziale w niedozwolonym porozumieniu. Dowodem na to jest treść e-maila z 9 marca 2005 r., w której zawarta została prośba skierowana przez O. do P.W. o zagwarantowanie cen na jednym poziomie.

Sąd Okręgowy stwierdził, że S. wyraził zgodę na realizowanie oferty dotyczącej rabatów stabilizacyjnych pod warunkiem wprowadzenia rabatów stabilizacyjnych dla określonych produktów o pojemności 20l, o czym świadczy treść korespondencji mailowej, wymienianej między spółkami. Sąd Okręgowy zwrócił także uwagę, iż z treści zeznań świadków wynika, że S. zaakceptował cennik przesłany przez P.W. zawierający ceny detaliczne i poziom rabatowania tych cen. Ponadto, przez cały 2005 r. sprzedawał produkty P.W. w opakowaniach 20l po cenach uwzględniających przyznane rabaty. Stosowanie się do cen sugerowanych określonych w piśmie z 28 stycznia 2005 r. było akceptacją tych cen. W ocenie Sądu Okręgowego powyższe dowody wykazują, że S. wiedział o porozumieniu w zakresie cen sugerowanych przez P.W., którego uczestnikami były podmioty wymienione w mailach zawierających ofertę z 28 stycznia 2005 r.

Sąd Okręgowy uznał, że M. mailem z 27 stycznia 2005 r. zostało poinformowane o dostawach towarów w cenach obowiązujących wszystkich partnerów handlowych P.W. od 1 stycznia 2005 r., zaś z treści odpowiedzi z 27 stycznia 2005 r. wynika, że M. doszło z P.W. do porozumienia w zakresie stosowanej przez P.W. polityki cenowej, wstępnie zaakceptowało propozycję części cen i warunków, a pomimo to P.W. wszczął akcję wstrzymania dostaw. M. zostało także poinformowane mailem z 2 lutego 2005 r. o ustaleniach ze wszystkimi partnerami sieci D., a dotyczących procesu wprowadzenia cen sugerowanych na wybrane produkty P.W., a fakt ten potwierdziły także zaznania świadka.

Sąd Okręgowy zwrócił także uwagę na treść korespondencji mailowej z 2 lutego 2005 r., z której wynika, że P.W. prosi N. o zmianę końcówek na wyroby objęte programem cen sugerowanych zgodnie z wcześniej przesłanym listem, gdyż P.W. monitorując ceny zauważył, iż system komputerowy N., które wprowadziło ceny sugerowane przez P.W. już 29 stycznia 2005 r., w wyniku automatycznego „zakładania” końcówek cen pokazuje ceny detaliczne różniące się od cen sugerowanych przez P.W. na drugim miejscu po przecinku. Mail ten zawierał też informację, że ze wszystkimi pozostałymi partnerami handlowymi P.W. uzgodnił identyczne ceny jak na przesłanej N. liście. Wskazując na treść dalszej korespondencji prowadzonej między uczestnikami porozumienia a P.W., w tym mail P.W. do N. z 28 lutego 2005 r., Sąd Okręgowy stwierdził, N. podporządkowała się żądaniom P.W.

Sąd Okręgowy uznał, że opisane wyżej zachowania organizatora i uczestników porozumienia cenowego dowodzą, że doszło do akceptacji propozycji cenowych P.W. skutkujących zawarciem porozumienia w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt uokik 2000. Uczestnicy porozumienia wyrazili oczekiwany przez P.W. zamiar odpowiedniego zachowania się na rynku, zaakceptowali tym samym mechanizm nagradzania lub sankcjonowania, określony przez organizatora porozumienia wraz z propozycjami cenowymi.

Odnosząc się do wysokości wymierzonych kar, Sąd Okręgowy wskazał, że odzwierciedlają one wprawdzie potencjał ekonomiczny przedsiębiorców biorących udział w porozumieniu, długotrwałość praktyki i jej wpływ na terytorium Polski, jak też fakt niekaralności powodów, jednak w ocenie Sądu Okręgowego kary te są

nadmiernie wygórowane. Sąd Okręgowy stwierdził, że wprowadzie porozumienie wertykalne, jakiego dopuścili się powodowie, jest jednym najpoważniejszych naruszeń prawa konkurencji, jednak celem i skutkiem zawartego porozumienia było ograniczenie konkurencji wewnątrzmarkowej na wybrane produkty jednego producenta. Przedmiotowe porozumienie, jakkolwiek wyeliminowało konkurencję pomiędzy jego uczestnikami, tj. sklepami wielkopowierzchniowymi, to jednak nie wpływało na ograniczenie konkurencji międzymarkowej, nie było zatem tak groźne, jak porozumienie naruszające zasady swobodnej konkurencji międzymarkowej.

Uwzględniając stopień oraz okoliczności naruszenia ustawy, które miało miejsce po raz pierwszy w przypadku wszystkich powodów, Sąd Okręgowy za zasadne uznał obniżenie wysokości nałożonych decyzją Prezesa Urzędu kar. Stwierdzając za słuszne nałożenie najwyższej kary na organizatora zakazanego porozumienia, Sąd Okręgowy uznał, że kara odpowiadająca 50% kary maksymalnej jest zbyt wysoka, zatem obniżył tę karę do wysokości 30% kary maksymalnej, tj. 3% uzyskanego przez P.W. przychodu, a więc do kwoty 19.251.690 zł. Określając wysokość kar nałożonych na pozostałych powodów, Sąd Okręgowy uwzględnił ich stopień zaangażowania w porozumienie. Uznając, iż zgromadzony materiał dowodowy wskazuje na większe zaangażowanie L., P., i O., niż pozostałych przedsiębiorców, Sąd Okręgowy obniżył nałożone na te spółki kary do kwot stanowiących 1% przychodu każdego z przedsiębiorców. Sąd Okręgowy wskazał, że N., M. i S. wykazały się mniejszą aktywnością w realizacji porozumienia, co mogło wynikać ze struktury organizacyjnej w jakiej te podmioty działają, charakteru działalności oraz z faktu, że udział produktów w ogólnej sprzedaży dokonanej w 2005 r. był w przypadku N. niewielki, a osiągnięte przez te spółki korzyści były niewysokie. Sąd Okręgowy uznał więc za zasadne obniżenie nałożonych na te spółki kar do kwot stanowiących 0,5% przychodu każdego z przedsiębiorców.

Sąd Okręgowy uwzględnił, że kara pieniężna jest nakładana i wykonywana w celu zachowania i przestrzegania obowiązującego porządku, ale powinna pozostawać we właściwej proporcji do potencjału ekonomicznego sprawcy oraz korzyści jakie osiągnął, powinna być też ustalona w wysokości odczuwalnej dla każdego z przedsiębiorców.

Powodowie zaskarżyli wyrok Sądu Okręgowego apelacjami.

P.W. zaskarżył wyrok w części oddalającej odwołanie, zarzucając naruszenie: 1) art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik 2000, przez błędne uznanie, że strony zawarły porozumienie ograniczające konkurencję na krajowym rynku hurtowego obrotu farbami i lakierami dekoracyjnymi polegające na ustaleniu cen odsprzedaży określonych produktów; 2) art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 386 § 6 k.p.c., przez niedokonanie wszechstronnej analizy całego materiału dowodowego; 3) art. 101 ust. 2 pkt 1 uokik 2000, przez błędne przyjęcie, że zachowanie P.W. uzasadnia nałożenie kary pieniężnej; 4) art. 104 uokik 2000, przez nałożenie kary pieniężnej, której wysokość jest nadal rażąco nieadekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności zarzucanego naruszenia przepisów ustawy.

N. S.A. zaskarżył wyrok w części oddalającej odwołanie, zarzucając naruszenie: 1) art. 5 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 11 ust. 1 uokik 2000, przez przyjęcie, że zachowanie opisane w pkt I ppkt 1 decyzji stanowi zakazaną praktykę ograniczającą konkurencję; 2) art. 10 ust. 3 oraz art. 101 ust. 2 pkt 1 uokik 2000, przez przyjęcie, iż domniemane porozumienie trwało do daty wydania decyzji oraz że zachodzą przesłanki do nałożenia kary pieniężnej oraz nałożenie kary w wysokości 2.332.082 zł bez uwzględnienia indywidualnych okoliczności łagodzących dotyczących skarżącego, takich jak brak jakiejkolwiek inicjatywy w zawarciu porozumienia, brak kontroli innych uczestników w zakresie przestrzegania warunków porozumienia oraz uporczywe niestosowanie się przez skarżącego do cen zalecanych przez P.W. co doprowadziło w istocie do fiaska próbę stabilizacji cen na rynku; 3) art. 233 § 1 k.p.c., przez niewyjaśnienie istotnych dla sprawy okoliczności dotyczących ustalenia, czy zachowanie N. istotnie jest równoznaczne z zawarciem porozumienia ograniczającego konkurencję i błędną interpretację stanu faktycznego przez oparcie wyroku na dowodach budzących wątpliwości co do ich wiarygodności, jak również przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów - w szczególności zaś przyjęcie jako dowód wyjaśnień składanych przez C. i P.W. bez wskazania, z jakich powodów wyjaśnienia innych uczestników postępowania uznano za niewiarygodne, co narusza także art. 328 § 2 k.p.c.; 4) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego przez przyjęcie, że N. było uczestnikiem porozumienia stanowiącego

zakazana praktykę ograniczającą konkurencję, że zastosowało się do cen sugerowanych przez P.W.

O. zaskarżył wyrok w części oddalającej odwołanie, zarzucając naruszenie: 1) art. 233 § 1 k.p.c., przez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego materiału dowodowego, a w konsekwencji błędne uznanie, że skarżąca była uczestnikiem porozumienia antykonkurencyjnego, podczas gdy działała ona wyłącznie w charakterze pełnomocnika S. D. sp. z o.o. i S. M. sp. z o.o., a w rezultacie nie można jej przypisać udziału w porozumieniu, że zachowanie skarżącej wywołało skutek rynkowy w postaci dostosowania cen detalicznych farb i impregnatów do poziomu sugerowanego, podczas gdy powódka nie działała na rynku sprzedaży detalicznej farb i impregnatów i miała jedynie uprawnienie do negocjowania cen zakupu przy zawieraniu umów w imieniu i na rzecz S. D. sp. z o.o. i S. M. sp. z o.o., a spółki te miały zagwarantowaną swobodę cenową w zakresie cen odsprzedaży; 2) art. 479¹² § 1 k.p.c., przez oparcie rozstrzygnięcia na dowodach objętych prekluzją dowodową, jako niepowołanych przez pozwanego w zaskarżonej decyzji ani w odpowiedzi na odwołanie; 3) art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik 2000, przez przyjęcie, że działania skarżącej noszą znamiona zakazanej praktyki antykonkurencyjnej, pomimo iż powódka nie złożyła żadnego oświadczenia o przystąpieniu do porozumienia, nie uczestniczyła w rynku sprzedaży detalicznej farb i lakierów, nie wykonywała porozumienia, nie stosowała cen sugerowanych i nie zostały spełnione przesłanki celu oraz skutku antykonkurencyjnego w działaniu skarżącej; 4) art. 101 ust. 1 pkt 1 uokik 2000, przez orzeczenie kary pieniężnej; 5) art. 233 § 1 k.p.c. przez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego materiału dowodowego, przez uznanie, że skarżąca nie zaniechała uczestnictwa w porozumieniu ograniczającym konkurencję, mimo iż dowody wskazują na zaniechanie praktyki z dniem 16 czerwca 2005 r.; 6) art. 10 ust. 3 uokik 2000, przez uznanie, że w sytuacji istnienia dowodów zgromadzonych przez organ istnieje dodatkowy wymóg dowodzenia zaniechania praktyki przez powoda; 7) art. 101 ust. 1 pkt 1 i art. 104 uokik 2000, przez orzeczenie kary pieniężnej niewspółmiernej do stopnia naruszenia przez skarżącego interesu publicznego, stopnia jego zawinienia oraz okoliczności sprawy.

S. zaskarżył wyrok w części oddalającej odwołanie, zarzucając naruszenie:

1) art. 233 § 1 k.p.c., przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, co polegało na bezzasadnym pominięciu zasadniczej części zeznań świadka J. T., oparciu ustaleń na fragmencie zeznań świadka J. Ł., mimo że świadek temu fragmentowi zeznań zaprzeczył oraz przyjęciu, że powód nie udowodnił zaniechania udziału w rzekomej praktyce antymonopolowej; 2) art. 233 § 1 k.p.c., art. 242 k.p.c. w zw. z art. 162 k.p.c., przez nieprzeprowadzenie dowodu z uzupełniającego przesłuchania świadka J. Ł.; 3) art. 328 § 2 k.p.c., przez pominięcie faktu, że powódka nie posiada sklepów typu D. oraz faktycznych różnic pomiędzy asortymentem i pojemnością produktów będących przedmiotem postępowania a asortymentem i pojemnością produktów znajdujących się w ofercie powódki i nieodniesienie się w uzasadnieniu w sposób indywidualny do zachowania poszczególnych podmiotów; 4) art. 479¹² k.p.c. przez oparcie rozstrzygnięcia na dowodach niepowołanych przez Prezesa Urzędu w decyzji ani w odpowiedzi na odwołanie; 5) art. 5 ust. 1 uokik 2000, przez przyjęcie, że działania powoda noszą znamiona zakazanej praktyki antykonkurencyjnej, mimo że nie zostały spełnione przesłanki celu oraz skutku antykonkurencyjnego w działaniu skarżącego, powód nie złożył żadnego oświadczenia o przystąpieniu do porozumienia, a sytuacja uznana za porozumienie była wynikiem wykorzystania przez P.W. przewagi kontraktowej; 6) art. 101 ust. 1 pkt 1 uokik 2000, przez orzeczenie kary pieniężnej pomimo niestosowania przez powoda praktyki ograniczającej konkurencję; 7) art. 101 ust. 1 i 104 uokik 2000, przez orzeczenie kary pieniężnej niewspółmiernej do stopnia naruszenia przez powoda interesu publicznego, stopnia jego zawinienia i okoliczności sprawy.

L. zaskarżył wyrok w części oddalającej odwołanie, zarzucając naruszenie:

1) art. 233 § 1 k.p.c., przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz dowolność wyprowadzanych wniosków i bezpodstawne przyjęcie, że skarżący realizował rzekome antykonkurencyjne porozumienie w przedmiocie cen minimalnych produktów P.W. z tzw. „Listy (...)”, że skarżący pełnił aktywną rolę w realizacji antykonkurencyjnego porozumienia, w szczególności większą niż pozostałe strony postępowania, że czerpał z faktu podwyżki cen detalicznych produktów P.W. znaczne korzyści finansowe oraz że nie zaprzestał stosowania praktyki przed dniem wydania zaskarżonej decyzji Prezesa Urzędu, a

co za tym idzie, że praktyka ta miała charakter długotrwały; 2) art. 386 § 6 k.p.c., przez niedostosowanie się do wytycznych Sądu Apelacyjnego w postaci zaniechania ustaleń odnoszących się do udziału każdego z powodów w realizacji antykonkurencyjnego porozumienia oraz zaniechania wszechstronnej analizy materiału dowodowego, w tym dowodów i okoliczności, które mogą świadczyć o faktycznym zaprzestaniu realizacji porozumienia przez poszczególnych przedsiębiorców będących stronami niniejszego postępowania; 3) art. 6 k.c. w zw. z art. 10 ust. 1 i 2 w zw. z art. 11 ust. 1 uokik 2000, przez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że na Prezesie Urzędu nie spoczywa ciężar dowodu w zakresie udowodnienia istnienia porozumienia, realizacji porozumienia i czasu jego trwania; 4) art. 6 ust. 1 oraz ust. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej jako EKPC), art. 2 Protokołu nr 7 do EKPC oraz art. 41 ust. 2 lit. b i art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 45 Konstytucji RP, przez naruszenie zasady równości broni i zasady kontradiktoryjności polegającej na ograniczeniu przewodu sądowego jedynie do potwierdzenia twierdzeń jednej ze stron, tj. Prezesa Urzędu przy jednoczesnym zupełnym pominięciu dowodów z dokumentów przedstawionych przez skarżącego oraz uwzględnienie przesłanki przychodu ze sprzedaży produktów objętych porozumieniem jedynie wobec niektórych stron postępowania; 5) art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik 2000, przez jego błędną subsumpcję do stanu faktycznego sprawy i błędne przyjęcie, że skarżący zawarł antykonkurencyjne porozumienie w przedmiocie cen minimalnych produktów P.W. z tzw. „Listy (...)”; 6) art. 10 ust. 1 i 2 w zw. z art. 11 ust. 1 uokik 2000, przez niestwierdzenie zaniechania stosowania przez skarżącego praktyki ograniczającej konkurencję; 7) art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 104 uokik 2000, przez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na wybiórczym posłużeniu się przesłankami mającymi wpływ na wymiar kary i pominięcie przy ocenie wymiaru kary nałożonej na skarżącego kryterium biernego udziału w naruszeniu oraz kryterium wartości sprzedaży dóbr mających związek z naruszeniem przepisów ustawy i przyjęcie, że istnieją przesłanki do nałożenia na skarżącego wysokiej kary pieniężnej w kwocie 10.882.060 zł.

Wyrok został również zaskarżony przez P. Sp. z o.o. oraz M.

Prezes Urzędu zaskarżył wyrok w części, w zakresie obniżenia nałożonych

na powodów kar, zarzucając naruszenie: 1) art. 233 § 1 k.p.c., przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i dokonanie jego oceny z pominięciem istotnej okoliczności, a mianowicie faktu, że mimo wertykalnego charakteru zawartego przez strony porozumienia wywołało ono na rynku skutki analogiczne do porozumienia horyzontalnego, gdyż wszyscy odbiorcy P.W. z segmentu D. wprowadzili ustalone ceny odsprzedaży, co może być kwalifikowane jako najcięższe naruszenie prawa ochrony konkurencji, a także wyprowadzenie z zebranego w sprawie materiału dowodowego wniosków wzajemnie sprzecznych przez uznanie, że kary wymierzone zaskarżoną decyzją są nadmiernie wygórowane, mimo równoczesnego stwierdzenia, iż kary nałożone przez Prezesa Urzędu odzwierciedlają potencjał ekonomiczny przedsiębiorców biorących udział w porozumieniu, długotrwałość trwania praktyki, wpływ tej praktyki na całe terytorium Polski oraz fakt niekaralności powodów i przy równoczesnym obniżeniu tych kar z uwagi na fakt, że kara powinna pozostawać we właściwej proporcji do potencjału ekonomicznego sprawcy oraz korzyści jakie osiągnął; 2) art. 328 § 2 k.p.c., przez nieprzytoczenie podstawy prawnej i faktycznej na jakich zostało oparte rozstrzygnięcie, że kara pieniężna nałożona przez Prezesa Urzędu w zaskarżonej decyzji powinna być obniżona w sposób wskazany w wyroku; 3) art. 104 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 1 uokik 2000, przez przyjęcie, że kara nałożona na P.W. powinna być obniżona z 5% do 3% osiągniętych przez tę spółkę przychodów, mimo że przedsiębiorca ten był inicjatorem porozumienia, przyjęcie, że kary nałożone na L., P. i O. powinny być obniżone z 3% do 1% przychodów, bez podania okoliczności łagodzących mających wpływ na tak istotne obniżenie kar nałożonych przez Prezesa Urzędu, przyjęciu że kary nałożone na N., M. oraz S. powinny być obniżone z 3% do 0,5% osiągniętych przychodów z uwagi na fakt, że podmioty te wykazały się mniejszą aktywnością w realizacji porozumienia i osiągnęte przez nie korzyści finansowe z realizacji porozumienia były niewysokie, uznanie, że okolicznością łagodzącą, mającą wpływ na obniżenie kary jest brak wcześniejszego naruszenia przez przedsiębiorców przepisów uokik 2000 oraz uznanie, że kara w zmniejszonej wysokości spełni funkcje represyjne, prewencyjne i wychowawcze.

Wyrokiem z 12 czerwca 2015 r., VI ACa (...) Sąd Apelacyjny w (...) oddalił wszystkie apelacje i wzajemnie zniósł koszty postępowania między stronami.

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., gdyż dokonane przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne znajdują oparcie w wynikach przeprowadzonego postępowania dowodowego, obejmującego przede wszystkim dokumenty zgromadzone w toku postępowania przed Prezesem Urzędu, a także dokumenty złożone do akt w toku postępowania sądowego i zeznania świadków, a dokonana przez ten Sąd ocena dowodów nie przekracza granic swobodnej oceny wskazanych w art. 233 § 1 k.p.c. Wszechstronne rozważenie zebranego materiału oznacza uwzględnienie wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych środków dowodowych, mających znaczenie dla ich mocy dowodowej i wiarygodności. Ocena dokonana przez Sąd pierwszej instancji, zdaniem Sądu Apelacyjnego, odpowiada zasadniczo wskazanym wyżej kryteriom. Przeprowadzone dowody, istotne dla rozstrzygnięcia, zostały przez Sąd Okręgowy przywołane i omówione w sposób O.ektywny, rzetelny i wszechstronny. Postawienie zarzutu obraży art. 233 § 1 k.p.c. nie może polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego przyjętego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów; skarżący może tylko wykazywać, posługując się wyłącznie argumentami jure, że Sąd rażąco naruszył ustanowione w wymienionym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy. Jeżeli zatem z materiału dowodowego Sąd wyprowadza wnioski logicznie, poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena Sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dawały się wysnuć wnioski odmienne.

Za niezasadny uznał Sąd Apelacyjny także zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. przez nieprzeanalizowanie całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. może polegać na dokonaniu przez Sąd oceny dowodów z naruszeniem zasad określonych w tym przepisie. Prawidłowe postawienie takiego zarzutu wymaga zatem wskazania konkretnego dowodu przeprowadzonego w sprawie, którego zarzut ten dotyczy i podania, w czym skarżący upatruje wadliwą jego ocenę. Zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału nie stanowi o naruszeniu art. 233 § 1 k.p.c.

Naruszeniem tego przepisu nie jest także pominięcie przez Sąd przy wyrokowaniu określonej okoliczności faktycznej, nawet jeżeli strona uważa ją za okoliczność istotną dla rozstrzygnięcia sprawy. Sąd Apelacyjny w W. uznał, że Sąd pierwszej instancji trafnie oparł się na korespondencji prowadzonej przez inicjatora porozumienia - P.W. - z jego uczestnikami w czasie trwania porozumienia, gdyż te dowody, których wiarygodności skarżący skutecznie nie podważyli, przedstawiają rzeczywisty obraz sytuacji istniejącej w czasie prowadzenia korespondencji.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał zarzuty podniesione w apelacji S. dotyczące pominięcia zasadniczej części zeznań świadka J. T. W ocenie Sądu Apelacyjnego, ocena zeznań tego świadka dokonana przez Sąd Okręgowy była prawidłowa, zeznania te pozostają w sprzeczności zarówno z dokumentami znajdującymi się w aktach sprawy, w tym treścią korespondencji mailowej przywołanej przez Sąd Okręgowy, jak też z zeznaniami świadka J. Ł., który jednoznacznie potwierdził fakt zaakceptowania cennika zawierającego sugerowane ceny detaliczne i poziom rabatowania tych cen oraz fakt kształtowania cen przez spółkę zgodnie z sugestiami P.W. i poziomem marż. Bezzasadny był także w ocenie Sądu Apelacyjnego zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., art. 242 k.p.c. w zw. z art. 162 k.p.c. przez oddalenie wniosku o uzupełniające przesłuchanie świadka J. Ł. Artykuł 233 § 1 k.p.c. dotyczy wyłącznie oceny dowodów przeprowadzonych w toku postępowania, nie zaś wniosków dowodowych oddalonych przez Sąd, nie ma też podstaw do uznania, że doszło do naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów art. 242 k.p.c. czy art. 162 k.p.c. Skarżący nie postawił tym samym żadnych zarzutów procesowych w świetle których Sąd Apelacyjny mógłby rozważyć zasadność oddalenia wniosku dowodowego skarżącego, ponadto w trakcie składania zeznań przez świadka obecny był pełnomocnik skarżącego, który mógł zadawać świadkowi pytania celem wyjaśnienia okoliczności istotnych, zaś pełnomocnik, na kolejnej rozprawie, zgłaszając wniosek o uzupełniające przesłuchanie świadka, nie określił jakie okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy podlegały wykazaniu za pomocą tego dowodu.

Odnosząc się do podniesionych w apelacji N. zarzutów naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. przez oparcie ustaleń Sądu Okręgowego na dowodach

budzących wątpliwości co do ich wiarygodności Sąd Apelacyjny wskazał, że skarżący nie podważył w treści apelacji oceny konkretnych dowodów stanowiących podstawę ustaleń faktycznych. Zasadnie zatem Sąd Okręgowy uznał, że skoro skarżący bezspornie znał treść pism kierowanych do innych przedsiębiorców, w których P.W. wskazywał, że N. jest uczestnikiem porozumienia i się nie zdystansował ani nie zaprzeczył treści tych pism, należy uznać, iż w sposób dorozumiany wyraził zgodę na zawarcie porozumienia. Istotne jest bowiem to, że miał wiedzę o wysokości cen sugerowanych określonych produktów; wiedzę o tym, którzy konkurenci te ceny stosują, a więc mógł przewidywać ich zachowania rynkowe. Skoro więc jednoznacznie nie zdystansował się do uzgodnień, należy uznać, że brał udział w porozumieniu.

Za niezasadny Sąd Apelacyjny uznał podniesiony przez skarżącego P.W. zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. przez niedokonanie analizy całego materiału dowodowego z uwagi na brak odniesienia zarzutów apelacji do konkretnych dowodów. Ponadto, w ocenie Sądu Apelacyjnego, jednoznaczna treść dokumentów w tym korespondencji prowadzonej z uczestnikami porozumienia, świadczy o zainicjowaniu przez skarżącego porozumienia i woli jego utrzymywania.

Za bezzasadny uznał Sąd Apelacyjny także podniesiony przez skarżącego O. zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i w konsekwencji błędne uznanie, że skarżący uczestniczył w porozumieniu, podczas gdy był on jedynie pełnomocnikiem S. D. sp. z o.o. i S. M. sp. z o.o., nie działał na rynku sprzedaży detalicznej farb i lakierów i miał jedynie uprawnienie do negocjowania cen zakupu przy zawieraniu umów w imieniu i na rzecz obu tych spółek. Skarżący nie kwestionuje skutecznie ustaleń dotyczących jego zachowania w zakresie przyjęcia cen wskazanych przez inicjatora porozumienia, zaś kwestia czy uczestnik porozumienia bezpośrednio stosuje ceny sugerowane, czy też ceny te stosują inne podmioty z nim powiązane nie ma znaczenia dla oceny udziału w porozumieniu. Nie ulega wątpliwości, że to skarżący prowadził korespondencję z P.W. dotyczącą stosowania cennika powiązanego z marżami i - aprobując te ceny i marże - stał się uczestnikiem porozumienia, nawet jeśli jego działania nie miały bezpośredniego wpływu na rynek.

Sąd Apelacyjny nie znalazł też podstaw do uwzględnienia podniesionego

przez skarżącego L. zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz dowolność wyprowadzanych wniosków i bezpodstawne przyjęcie, że skarżący realizował rzekome antykonkurencyjne porozumienie w przedmiocie cen minimalnych produktów P.W. z tzw. „Listy (...)”; że skarżący pełnił aktywną rolę w realizacji antykonkurencyjnego porozumienia, w szczególności większą niż pozostałe strony postępowania; że czerpał z faktu podwyżki cen detalicznych produktów P.W. znaczne korzyści finansowe oraz że nie zaprzestał stosowania praktyki przed dniem wydania zaskarżonej decyzji Prezesa Urzędu, a co za tym idzie, że praktyka ta miała charakter długotrwały. Tak sformułowany zarzut nie odnosi się do konkretnych dowodów wskazanych przez Sąd Okręgowy i potwierdzających udział skarżącego w porozumieniu cenowym oraz stopień jego zaangażowania.

Trafnie bowiem Sąd Okręgowy wskazał, że o zaakceptowaniu przez L. propozycji cen sugerowanych, o których była mowa w e-mailu z dnia 2 lutego 2005 r., zawierającym informacje o wprowadzeniu przez P.W. cen sugerowanych na wybrane produkty świadczy treść korespondencji mailowej wymienianej między A. K. z L. a A. H. z P.W. w dniach 2 i 3 lutego 2005 r. Spółka L. wiedziała o zawiązanym porozumieniu co do stosowania sugerowanych przez P.W. cen z rabatem stabilizacyjnym, akceptowała to porozumienie i nadzorowała, aby sieciowe sklepy stosowały ceny sugerowane przez P.W., o czym świadczy treść e-maili wysyłanych do pracowników w ramach sieci przez K. W. Skarżący nie zakwestionował skutecznie dowodów na jakich oparł się Sąd Okręgowy dokonując powyższych ustaleń.

Sąd Apelacyjny za bezzasadny uznał też zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. sformułowany w apelacji wniesionej przez Prezesa Urzędu uznając, iż zarzut ten nie został odniesiony ani do oceny dowodów, ani do ustaleń faktycznych, a jedynie do określenia charakteru porozumienia i jego skutków, co należy jednak do sfery zastosowania prawa materialnego.

Za bezzasadny Sąd Apelacyjny uznał podniesiony przez skarżących zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., gdyż utrwalony jest pogląd, że zarzut obrazy tego przepisu może być skutecznym zarzutem apelacji tylko wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie posiada wszystkich koniecznych elementów, bądź

zawiera tak kardynalne braki, które uniemożliwiają kontrolę instancyjną, zaś uzasadnieniu zaskarżonego wyroku takich zarzutów postawić nie można, odpowiada ono bowiem wszelkim wymogom art. 328 k.p.c. Nie może zaś stanowić w ocenie Sądu Apelacyjnego podstawy tak postawionego zarzutu wskazywanie, że Sąd nie zawarł w uzasadnieniu pełnej, zdaniem skarżących, argumentacji odnoszącej się do wyrażonego w orzeczeniu stanowiska.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał także podniesiony w apelacjach zarzut naruszenia art. 386 § 6 k.p.c. uznając, że Sąd Okręgowy zrealizował wskazania wynikające z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 9 października 2009 r. W uzasadnieniu wcześniejszego wyroku Sąd Apelacyjny wskazał, że sam fakt otrzymania oferty cenowej P.W. zawierającej informację o podjętej inicjatywie monitorowania cen i ustalenia minimalnych cen odsprzedaży oraz brak negatywnej reakcji na tę informację nie dowodzi udziału w porozumieniu, gdyż porozumienie wymaga co najmniej dorozumianego wyrażenia akceptacji propozycji, milczącej aprobaty, zatem konieczne jest wskazanie, w jaki sposób każda ze spółek uczestniczących w porozumieniu swoim zachowaniem dawała wyraz tej aprobacie i jakie dowody, także zgromadzone w toku postępowania administracyjnego, stanowią podstawę tych ustaleń. Sąd Okręgowy uzupełnił postępowanie dowodowe zgodnie z wnioskami zgłoszonymi przez skarżących i w oparciu o te dowody, jak też dowody zgromadzone wcześniej, w tym dowody stanowiące podstawę wydanej decyzji dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych odnoszących się do zachowania każdej ze spółek pozwalających na uznanie, iż brały one udział w porozumieniu i pozwalających na ocenę zasadności wysokości kary nałożonych na spółki. Trafnie także w ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy ocenił skutki wskazanych zachowań podmiotów jako świadczące o uczestnictwie w zakazanym porozumieniu.

Przechodząc do zarzutów naruszenia prawa materialnego, Sąd Apelacyjny podniósł, że zakazem z art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik 2000 objęty jest uzgodniony przez przedsiębiorców zamiar zrezygnowania (w całości lub w części) ze swej suwerenności w zakresie podejmowania decyzji gospodarczych. Cel (zamiar) porozumienia powinien być ustalany na podstawie kryteriów Obiektywnych. W szczególności, jeśli treść porozumienia zawiera oczywiste ograniczenia

konkurencji (hard-core restrictions), nie jest konieczne badanie rzeczywistego zamiaru stron ani także kontekstu ekonomicznego. Przy interpretacji celu określonego porozumienia należy uwzględniać zatem Obiektywne kryteria, oderwane od subiektywnych zamiarów stron czy motywów działania. Cel porozumienia powinien jednoznacznie wynikać z jego treści, a w przypadku nieformalnych uzgodnionych praktyk, z całokształtu zachowań na rynku określonych przedsiębiorców lub ich związków. W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy zasadnie uznał, że porozumienie co do ustalenia cen na niektóre produkty, zaproponowane przez P.W., wynika z treści korespondencji oraz zachowań podmiotów, do których oferta ta została skierowana, a które zaaprobowały sugerowane ceny i miały świadomość, którzy z konkurentów w porozumieniu biorą udział.

Sąd drugiej instancji podkreślił, że porozumienia cenowe zaliczają się do najcięższych naruszeń przepisów prawa konkurencji, a tym samym prawie zawsze są one sprzeczne z prawem. Zakaz obejmuje ustalenie cen „wprost” (przy czym chodzić może zarówno o ceny sztywne - ustalone na określonym poziomie, jak i o ceny minimalne, czy o ustalenie pewnych wiążących uczestników rynku przedziałów cenowych), ale objęte są nim również wszelkie porozumienia dotyczące pewnych składników ceny (np. porozumienia odnośnie do wielkości przyznawanych rabatów, porozumienia dotyczące stawek roboczogodziny czy też porozumienia dotyczące elementów przyjmowanych do kalkulacji ceny). Niedopuszczalne jest również jakiekolwiek inne ograniczenie swobody prowadzenia polityki cenowej (np. przez przyjęcie ustalenia, że ceny nie będą zmieniane bez zgody konkurentów, czy też że zmiany ceny będą zawsze poprzedzone publicznym ogłoszeniem nowego cennika z określonym wyprzedzeniem). Zakazane są również porozumienia co do tych aspektów prowadzonej działalności gospodarczej, które mają przełożenie na ceny (np. porozumienie odnośnie do warunków udzielanej gwarancji czy też odnośnie do braku odpłatności za usługi dodatkowe).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, prawidłowo Sąd pierwszej instancji uznał, że zawarte porozumienie uniemożliwiło jego uczestnikom reagowanie na zaistniałą na rynku sytuację i dostosowywanie stosowanych przez siebie cen do posunięć cenowych konkurentów oraz własnej sytuacji kosztowej. Przez zawarcie

porozumienia naruszona została niezależność uczestników porozumienia w zakresie podejmowania samodzielnych decyzji odnośnie ustalania własnej strategii rynkowej przy kształtowaniu cen detalicznych. Dzięki przystąpieniu do porozumienia, przedsiębiorcy z dużą dozą prawdopodobieństwa mogli przewidzieć wysokość cen stosowanych przez konkurentów. W konsekwencji, istotnie zmniejszona została niepewność co do zachowania na rynku innych przedsiębiorców, która to niepewność jest istotą mechanizmów konkurencji. Niewątpliwie w takich przypadkach dochodzi do ograniczenia konkurencji - jeśli ograniczenie to utożsamia się z ograniczeniem swobody decyzyjnej stron w zakresie ustalania cen. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, celem umów zawierających postanowienia o stosowaniu cen minimalnych jest bowiem ograniczenie konkurencji tzw. wewnątrzmarkowej. Nawet w przypadku niestosowania przez niektórych dystrybutorów przedmiotowych postanowień, dystrybutorzy mieli wiedzę o cenach produktów objętych porozumieniem, która mogła stanowić dla nich punkt odniesienia w zakresie cen minimalnych, bowiem porozumienie cenowe znosi niepewność co do wzajemnego zachowania się przedsiębiorców uczestniczących w dystrybucji określonych wyrobów. W tym kontekście udział skarżących w porozumieniu cenowym zorganizowanym przez P.W. został ustalony i uprawnia oraz uzasadnia postawienie wszystkim przedsiębiorcom zarzutu z art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik 2000.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał także zarzuty dotyczące naruszenia art. 10 i 11 uokik 2000 oraz art. 6 k.c. odnoszonego do kwestii rozkładu ciężaru dowodu co do wykazania zaniechania udziału w porozumieniu. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie zachodziły przesłanki wydania przez Prezesa Urzędu decyzji określonej w art. 11 ust 1 uokik 2000, gdyż fakt stosowania przez powodów praktyki naruszającej konkurencję został prawidłowo ustalony w toku postępowania administracyjnego. Stwierdzając istnienie praktyki naruszającej zakaz z art. 5 ust. 1 uokik 2000, Prezes Urzędu nie ma obowiązku ustalania z urzędu, czy praktyka ta ustała przed dniem wydania decyzji wskazanej w art. 9 uokik 2000. Zgodnie z art. 10 ust. 3 uokik 2000, to na przedsiębiorcy spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie art. 10 ust. 2 uokik 2000, tj. wydanie decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie

jej stosowania. Wskazany wyżej przepis jako norma szczególna wyłącza stosowanie ogólnej zasady wynikającej z art. 6 k.c.

Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko Sądu Okręgowego, że powodowie nie przedstawili dowodów pozwalających na stwierdzenie, że doszło do zaniechania stosowania stwierdzonej praktyki w toku postępowania administracyjnego prowadzonego przez Prezesa Urzędu. Za niewystarczające należy uznać twierdzenia i dowody zmierzające do wykazania, że powodowie nie stosowali się w pełni do reguł określonych przez inicjatora porozumienia, w tym nie w pełni stosowali ceny sugerowane na określone produkty. Tylko bowiem jasny i konkretny przekaz odnośnie zaprzestania udziału w porozumieniu mógłby świadczyć o zaniechaniu stosowania praktyki zniekształcającej konkurencję i nawet współudział bierny w naruszeniu może być podstawą uznania odpowiedzialności przedsiębiorcy, także gdy nie stosował on w praktyce zapadłych uzgodnień, które miały cel niezgodny z zasadami konkurencji, chyba że zdystansowałby się on publicznie od tych uzgodnień. Udział w porozumieniu jest ujmowany bardzo szeroko i nawet przy przyjęciu, że przedsiębiorca samodzielnie ustalał wysokość cen należy uznać, iż uczestniczył on biernie w niedozwolonym porozumieniu. Decydujące znaczenie ma bowiem fakt, że powodowie, akceptując określoną przez P.W. politykę cenową, przystąpili do porozumienia mając wiedzę o jego charakterze, czym stworzyli wrażenie, że będą przestrzegać jego postanowień, zarówno co do cen sugerowanych, jak i związanych z tym marż. Także w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 października 2009 r. Sąd Apelacyjny wskazał, że o ile ciężar wykazania istnienia porozumienia obciąża Prezesa Urzędu, o tyle zgodnie z jednoznaczną treścią art. 10 ust. 3 uokik 2000 ciężar wykazania zaprzestania zachowań naruszających zakazy określone w art. 5 uokik 2000 obciąża przedsiębiorcę.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 101 i 104 uokik 2000, sformułowanych we wszystkich apelacjach, Sąd Apelacyjny uznał, że nie ma podstaw do przyjęcia jako podstawy naliczania kary przychodu z obrotu towarami objętymi porozumieniem. Z treści art. 101 ust. 1 uokik 2000 wynika, że podstawą ustalenia wysokości kary jest przychód osiągnięty przez przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Ponadto Sąd Apelacyjny

uznał, że przyjęcie jako podstawy jedynie przychodu z obrotu towarami objętymi porozumieniem skutkowałoby tym, że nałożona kara nie spełniałaby ani roli prewencyjnej, ani penalnej, gdyż ewentualną wysokość tak określanej kary przedsiębiorca mógłby uwzględniać przy kalkulacji kosztów porozumienia naruszającego konkurencję.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał także zarzuty Prezesa Urzędu dotyczące uwzględniania nie tylko procentowego, ale także kwotowego wymiaru kary nakładanej na poszczególnych uczestników porozumienia. Sąd Apelacyjny podzielił w tym zakresie stanowisko Sądu Okręgowego, iż jakkolwiek co do zasady kara obliczana jest od przychodu osiągniętego przez przedsiębiorcę, a więc uwzględnia jego potencjał ekonomiczny, to jednak na wysokość kary ma też wpływ stopień zaangażowania podmiotów w doprowadzenie do porozumienia i jego realizację, co może uzasadniać stosowną korektę wysokości kar nałożonych na poszczególnych przedsiębiorców, wskazując, że korekta taka wymaga jednak określenia zasad jej dokonania i szczegółowego wyjaśnienia przyczyn zastosowania jej lub braku zastosowania do każdego z przedsiębiorców biorących udział w porozumieniu. W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy w zakresie rozstrzygnięcia o wysokości nałożonych na przedsiębiorców kar uwzględnił powyższe okoliczności, a tym samym nie naruszył art. 386 § 6 k.p.c. Nie ulega wątpliwości, że porozumienie dotyczące ustalenia cen sprzedaży towarów jest jednym z najcięższych naruszeń prawa konkurencji, godzącym zarówno w konkurencję, jak i prawa konsumentów, zatem zawarcie takiego porozumienia uzasadnia zastosowanie środków pełniących funkcję zarówno represyjną, korygującą zachowania przedsiębiorcy naruszającego przepisy ustawy, jak i prewencyjną, gdyż ryzyko nałożenia kary ma zniechęcić innych przedsiębiorców do podejmowania takich działań. Wymierzona kara powinna mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny. Powinna przyczynić się do zapewnienia trwałego zaprzestania w przyszłości naruszania zasad konkurencji, aby zaś skutecznie zapobiegać próbom pojawienia się w przyszłości sprzecznych z ustawą zachowań, kara musi być ustalona w wysokości odczuwalnej dla przedsiębiorcy. W ocenie Sądu Apelacyjnego, kary nałożone na powodów w wysokości wskazanej przez Sąd Okręgowy pełnią zarówno funkcję represyjną, będąc formą dolegliwości związanej

z naruszeniem ustawy, jak i funkcję prewencyjną i wychowawczą - zniechęcając zarówno ukaranych przedsiębiorców, jak i innych przedsiębiorców do stosowania praktyk naruszających konkurencję. Tak określone kary odpowiadają w pełni wymogom określonym przepisami art. 104 uokik 2000, a więc uwzględnia długotrwały okres stosowania praktyki, stopień i okoliczności naruszenia ustawy.

Określenie wysokości kar pieniężnych wymienionych w art. 101 ust. 1 uokik 2000 nastąpiło w oparciu o sposób „procentowy”, a jedynym kryterium, na podstawie którego ma być ustalana wysokość kary pieniężnej jest odpowiedni ułamek osiągniętego przez przedsiębiorcę przychodu. Ustawodawca tym samym odstąpił od określania zarówno dolnej granicy kary jak i jej wysokości maksymalnej, z wyjątkiem braku możliwości przekroczenia 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Przyjęcie takiego rozwiązania oznacza, że wysokość kar jest ściśle uzależniona od rozmiarów i zakresu działalności gospodarczej prowadzonej przez ukaranego przedsiębiorcę. Fakt, iż odwołujący przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą w dużym zakresie i osiąga z tego tytułu określony przychód, znajduje odzwierciedlenie w wysokości kary ustalonej w sposób określony art. 101 ust. 1 uokik 2000.

W dalszej kolejności Sąd drugiej instancji wyjaśnił, że Sąd Okręgowy wziął pod uwagę fakt, że porozumienie wertykalne, jakiego dopuścili się powodowie jest jednym najpoważniejszych naruszeń prawa konkurencji, jednak celem i skutkiem zawartego porozumienia było ograniczenie konkurencji wewnątrzmarkowej na wybrane produkty jednego producenta, a tym samym nie wpływało na ograniczenie konkurencji międzymarkowej. Sąd Okręgowy wziął też pod uwagę stopień oraz okoliczności naruszenia ustawy, które miało miejsce po raz pierwszy w przypadku wszystkich powodów. Powyższe okoliczności zasadnie Sąd Okręgowy uznał za uzasadniające obniżenie kar nałożonych przez Prezesa Urzędu.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, trafnie uznał Sąd Okręgowy, że uzasadnione jest nałożenie najwyższej kary na organizatora zakazanego porozumienia, tj. P.W. i wymierzył tę karę w kwocie odpowiadającej 3% uzyskanego przez Spółkę przychodu. Określając wysokość kar nałożonych na pozostałych powodów Sąd Okręgowy trafnie uwzględnił ich stopień zaangażowania w porozumienie. Sąd Apelacyjny zaaprobował ustalenie, że zaangażowanie L., P. i O. było wyższe niż

pozostałych przedsiębiorców, co uzasadnia określenie wysokości kar nałożonych na te spółki do kwot stanowiących 1% przychodu każdego z przedsiębiorców. Sąd Okręgowy trafnie też wskazał, że N., M. i S. wykazały się mniejszą aktywnością w realizacji porozumienia, biorąc pod uwagę strukturę organizacyjną w jakiej te podmioty działają (M.), charakter działalności (S.) oraz faktu, że udział produktów P.W. w ogólnej sprzedaży dokonanej przez przedsiębiorcę w 2005 r. był niewielki (N.), a osiągnięte przez te spółki korzyści były niewysokie, obniżając nałożone na te spółki kary do kwot stanowiących 0,5% przychodu każdego z przedsiębiorców. Tym samym Sąd Okręgowy uwzględnił zarówno konieczność odniesienia wysokości kar we właściwej proporcji do potencjału ekonomicznego sprawcy, jak i korzyści jakie osiągnął, ustalając jednocześnie kary w wysokości odczuwalnej dla każdego z przedsiębiorców. Biorąc pod uwagę charakter naruszenia uokik 2000 jakiego powodowie się dopuścili Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do dalszego obniżenia kar, których wysokość jest adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności zarzucanego naruszenia przepisów ustawy.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał zarzuty podniesione w apelacji Prezesa Urzędu, gdyż konieczność oceny wysokości nałożonych kar z punktu widzenia stopnia zaangażowania każdego z powodów oraz skutków jakie porozumienie wywołało czy mogło wywołać na rynku doprowadziła do uzasadnionej korekty uwzględniającej wszystkie okoliczności sprawy.

Skargi kasacyjne od powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego wnieśli wszyscy powodowie z wyjątkiem M. Z uwagi na ustanowienie zarządcy tymczasowego, sprawa ze skargi P. została wyłączona do odrębnego rozpoznania.

P.W. w skardze kasacyjnej zarzucił naruszenie: 1) art. 9 uokik 2000 przez jego nieuzasadnione zastosowanie i stwierdzenie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik 2000 wraz z nakazem jej zaniechania, podczas gdy ani w toku postępowania administracyjnego, ani sądowego nie wykazano stosowania zarzucanej praktyki po dniu 31 maja 2005 r., co w konsekwencji doprowadziło do nałożenia na powoda kary pieniężnej w rażąco wygórowanej wysokości; 2) art. 10 ust. 1 i ust. 2 uokik 2000 przez ich niezastosowanie w ustalonym przez Sąd Apelacyjny w (...) stanie faktycznym sprawy, wskazującym na zaniechanie stosowania zarzucanej P.W. praktyki,

najpóźniej 31 maja 2005 r., co w konsekwencji doprowadziło do nałożenia na powoda kary pieniężnej w rażąco wygórowanej wysokości; 3) art. 10 ust. 3 uokik 2000 w związku z art. 6 EKPC przez jego błędną wykładnię sprowadzającą się do przyjęcia, że na powodzie spoczywał ciężar udowodnienia zaprzestania naruszenia art. 5 uokik 2000 w sytuacji, w której powód zaprzeczał stosowaniu zarzucanego mu porozumienia ograniczającego konkurencję ab initio oraz korzysta w postępowaniu z przywileju wolności od samooskarżania, które to naruszenie w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego orzeczenia o stosowaniu praktyki ograniczającej konkurencję w dniu wydania decyzji i nakazania jej zaniechania oraz nałożenia na powoda kary pieniężnej w rażąco wygórowanej wysokości; 4) art. 101 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 104 uokik 2000 przez błędne przyjęcie za podstawę wymiaru kary pieniężnej nałożonej na powoda całego przychodu osiągniętego przez spółkę i zaniechanie miarkowania jej wymiaru w stosunku do wysokości przychodu osiągniętego przez P.W. ze sprzedaży towarów, których dotyczy praktyka oraz skali korzyści, jakie rzekomo odniosła spółka z tytułu udziału w zarzucanym porozumieniu; 5) art. 104 uokik 2000 poprzez nałożenie na P.W. kary pieniężnej, której wysokość jest w dalszym ciągu rażąco nieadekwatna w stosunku do okresu, stopnia oraz okoliczności zarzucanego naruszenia przepisów uokik; 6) art. 382 k.p.c. przez oddalenie apelacji powoda z pominięciem zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności korespondencji mailowej spółki z 16 czerwca 2005 r., która przemawiała za uznaniem, że zarzucana spółce praktyka została zaniechana przed wydaniem decyzji w sprawie. P.W. wniósł o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) w zaskarżonej części i przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania wraz z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego; ewentualnie o: uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) w zaskarżonej części oraz wyroku Sądu pierwszej instancji w części zaskarżonej oddaloną apelacją P.W. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w W. wraz z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego. W przypadku zaś nieuwzględnienia przez Sąd Najwyższy zarzutów natury procesowej, o: uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty sprawy w drodze zmiany wyroku sądu pierwszej instancji przez stwierdzenie, że

P.W. zaniechał stosowania zarzucanej praktyki ograniczającej konkurencję najpóźniej w dniu 16 czerwca 2005 r. oraz uchylenie lub dalsze istotne obniżenie kary pieniężnej nałożonej na powoda oraz w każdym przypadku o zasądzenie na rzecz P.W. kosztów postępowania kasacyjnego, według norm przepisanych i nakazanie Prezesowi Urzędu zwrotu spełnionego przez spółkę świadczenia w postaci zapłaty kary pieniężnej w wysokości 19.251.690 zł wraz z odsetkami do dnia spełnienia świadczenia restytucyjnego.

L. zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie: 1) art. 10 ust. 3 w zw. z art. 9 uokik 2000 w zw. z art. 6 k.c. w zw. z art. 231 k.p.c., w zw. z art. 232 k.p.c. oraz w zw. z art. 7 i 77 ust. 1 k.p.a. w zw. z art. 80 uokik 2000, w zw. z art. 104 uokik 2000 w zw. z art. 101 ust. 1 2000 uokik, przez błędną wykładnię skutkującą przyjęciem, że Prezes Urzędu nie ma obowiązku udowodnienia czasu trwania zakazanego porozumienia; 2) art. 101 ust. 1 uokik w zw. z art. 104 uokik 2000, przez jego niewłaściwe zastosowanie przejawiające się w: a) braku zastosowania zasady proporcjonalności i przyjęcia wartości wynikającej ze sprzedaży towarów objętych zakaznym porozumieniem jako podstawy (kwoty bazowej) do ustalenia wymiaru kary; b) braku zastosowania zasady proporcjonalności i dostosowania wymiaru kary do okoliczności niskiego udziału towarów objętych zakaznym porozumieniem w stosunku do całego przychodu skarżącego, w sposób równorzędny wobec wskazanych w decyzji przedsiębiorców dopuszczających się zawarcia zakazanego porozumienia określonego w art. 5 uokik. L. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości przez zmianę wyroku Sądu Okręgowego, a w przypadku nieuznania zasadności zarzutu wskazanego w pkt 1) i uznaniu zasadności zarzutu wskazanego w pkt 2) o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie I i II w zakresie, w jakim dotyczy L., przez zmianę wyroku Sądu Okręgowego przez zmianę Decyzji Prezesa Urzędu z dnia 18 września 2006 r. nr (...) w pkt V i obniżenie kary pieniężnej.

S. zarzucił naruszenie: 1) art. 378 § 1, art. 382 oraz art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., przez nierozpoznanie przez Sąd Apelacyjny wszystkich zarzutów podniesionych przez powoda, w szczególności dotyczących udziału powoda w zarzucanym jej porozumieniu, polegające na: a) nieodniesieniu się do zarzutów apelacji podniesionych przez powoda, iż Sąd Okręgowy w W. (dalej

„SOKiK”): pominął istotne dla rozstrzygnięcia fakty co do udziału S. w porozumieniu, że: - powód nie posiada sklepów typu D., prowadził (i prowadzi) działalność gospodarczą całkowicie odmienną od działalności prowadzonej przez pozostałych uczestników rzekomej praktyki ograniczającej konkurencję, a tym samym do S. nie mogą odnosić się te elementy uzasadnienia orzeczenia, które wskazują na zakazane działania sieci D., czyli pozostałych uczestników rzekomego porozumienia, - powód nie mógł spełniać strategicznych - zdaniem Sądu - założeń porozumienia przewidujących, że ceny w gazetkach reklamowych nie mogły być ustalane poniżej poziomu sugerowanego, bowiem nie drukowała gazetek, - powód nie złożył żadnego oświadczenia o przystąpieniu do porozumienia dotyczącego cen produktów, których dotyczy niniejsze postępowanie, tj.: (...), zaś uzgodniła rabaty dla innych produktów (o większych pojemnościach); b) zdawkowym i niepełnym odniesieniem się przez Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku w części dotyczącej nałożonej kary pieniężnej do istotnych okoliczności podnoszonych przez powoda, w szczególności dotyczących znikomej sprzedaży powoda przedmiotowych produktów, niewywierania przez powoda wpływu na konkurencję wewnątrzmarkową między marketami D., możliwości zaistnienia konieczności zaspokojenia roszczeń odszkodowawczych nabywców, będących wyłącznie profesjonalistami, oraz krótkiego okresu udziału powoda w porozumieniu dotyczącym towarów wymienionych w punkcie 1 powyżej, co doprowadziło Sąd Apelacyjny do nierozpoznania istoty sprawy i do wydania przez Sąd Apelacyjny wadliwego rozstrzygnięcia w sprawie; 2) art. 382 i art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., polegające na: a) przyjęciu przez Sąd Apelacyjny za własne ustaleń faktycznych SOKiK, przy równoczesnym pominięciu zeznań złożonych przez świadka J. T. na rozprawie przeprowadzonej w dniu 21 lutego 2012 r., jak również zeznań świadka J. Ł. na rozprawie w dniu 28 lipca 2011 r. i niewyjaśnieniu przyczyn, dla których zeznania te zostały pominięte; b) przyjęciu przez Sąd Apelacyjny za własne ustaleń faktycznych SOKiK, bez dostatecznych merytorycznych rozważań tych kwestii, w sytuacji gdy zarzuty apelacji obejmowały m.in. pominięcie przez SOKiK w uzasadnieniu jego wyroku dowodów i okoliczności istotnych dla oceny udziału S. w porozumieniu, w szczególności pominięcie dowodów, iż S.: - nie posiadał sklepów typu D., a tym samym nie mogą odnosić się

do S. te elementy uzasadnienia orzeczenia, które wskazują na zakazane działania sieci D., czyli innych uczestników rzekomej praktyki, - prowadził działalność gospodarczą odmienną od działalności prowadzonej przez pozostałe sieci handlowe będące uczestnikami przypisanej stronom postępowania praktyki ograniczające konkurencję i niekonkurowanie z nimi, a w rezultacie nie miał możliwości oddziaływania na konkurencję na rynku sprzedaży detalicznej sieci D., - nie publikował gazetek reklamowych, w sytuacji gdy publikowanie w nich cen miało być, zdaniem Sądu Apelacyjnego, kluczowym elementem konstytuującym zakazane porozumienie; 3) art. 5 ust. 1 pkt. 1 uokik 2000, przez przyjęcie, że S. uczestniczyła w zakazanym porozumieniu antykonkurencyjnym, dotyczącym ustalania przez sieci D. cen towarów: (...) pomimo iż S.: a) nie prowadził i nie prowadzi marketów D., a w związku z tym nie konkurował z pozostałymi uczestnikami postępowania; b) nie prowadził monitoringu cen tych towarów, c) nie publikował gazetek reklamowych; d) nie był adresatem wspólnego cennika, bowiem ustalony został on przez P.W. dla marketów D.; e) nie otrzymał od P.W. „Listu informacyjnego”, z którego wynikałoby, że „P.W. uzgodnił z centralami zakupów ceny sugerowane i w przypadku rozbieżności w ich wysokości w jakimkolwiek markecie na terenie Polski, miał on w ciągu trzech dni odpowiednio »zareagować«, w celu powrotu do cen sugerowanych”; f) nie przekazał P.W. jakiegokolwiek akceptacji dla programu „stabilizacyjnego” dla towarów objętych porozumieniem, a tym bardziej wyraźnej akceptacji; g) wobec braku zainteresowania tymi towarami uzgodniła z P.W. rabaty dla innych towarów, które miały dla niej wartość handlową, a w związku z tym nie zostały spełnione przesłanki celu oraz skutku antykonkurencyjnego w działaniu S.; 4) art. 101 ust. 1 pkt 1 z dnia 15 uokik 2000 przez orzeczenie kary pieniężnej; 5) art. 10 ust. 1 i 3 uokik 2000 przez niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do: a) uznania, że pomimo iż organ orzekający pozyskał i zaliczył do dowodów w sprawie dowody zaniechania praktyki przez powoda, spoczywał na nim dodatkowy wymóg dowodzenia zaniechania praktyki; b) jak również do nieuznania, że porozumienie ekspirowało z dniem 16 czerwca 2005 r.; 6) art. 101 ust. 1 pkt 1 i art. 104 uokik 2000 przez orzeczenie kary pieniężnej niewspółmiernej do stopnia naruszenia przez S. interesu publicznego, stopnia jego zawinienia oraz okoliczności sprawy. S. wniosło o uchylenie wyroku

Sądu Apelacyjnego w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Apelacyjny wraz z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego, alternatywnie o uchylenie w zaskarżonej części wyroku Sądu Apelacyjnego i orzeczenie o niestosowaniu przez S. praktyki polegającej na udziale w porozumieniu cenowym, w różnych wariantach, bądź o uchylenie kary pieniężnej nałożonej na S. względnie dalsze, znaczące obniżenie tej kary - stosownie do stopnia naruszenia interesu publicznego działaniami S., okresu stosowania praktyki i korzyści uzyskanych przez nią z tytułu stosowania praktyki.

O. zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie: 1) art. 378 § 1, art. 382 oraz art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez nierozpoznanie lub pozorne rozpoznanie przez Sąd Apelacyjny wszystkich zarzutów podniesionych przez powoda, polegające na: a) nieodniesieniu się do zarzutów apelacji podniesionych przez powoda, iż Sąd Okręgowy w W. pominął istotne dla rozstrzygnięcia fakty co do udziału O. w porozumieniu: - iż powód działała wyłącznie w charakterze pełnomocnika S. D. Sp. z o.o. i S. M. Sp. z o.o., a w rezultacie nie można mu było przypisać udziału w porozumieniu; - że działanie rynkowe powoda nie mogło wywołać skutku rynkowego w postaci dostosowania cen detalicznych farb i impregnatów do poziomu wskazanego przez P.W., bowiem O. nie działało na rynku sprzedaży detalicznej farb i impregnatów i miało jedynie uprawnienie do negocjowania cen zakupu przy zawieraniu umów w imieniu i na rzecz S. D. Sp. z o.o. i S. M. Sp. z o.o., a spółki te miały zagwarantowaną swobodę cenową w zakresie cen odsprzedaży; - że powód nie posiadała sklepów typu D., prowadził (i prowadzi) działalność gospodarczą całkowicie odmienną od działalności prowadzonej przez pozostałych uczestników rzekomej praktyki ograniczającej konkurencję, a tym samym bezpośrednio do O. nie mogą odnosić się te elementy uzasadnienia orzeczenia, które wskazują na zakazane działania sieci D., czyli pozostałych uczestników rzekomego porozumienia; - powód nie złożyła żadnego oświadczenia o przystąpieniu do porozumienia dotyczącego cen produktów, których dotyczy niniejsze postępowanie; b) zdawkowym i niepełnym odniesieniu się przez Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku w części dotyczącej nałożonej kary pieniężnej do istotnych okoliczności podnoszonych przez powoda, w szczególności

do braku przychodów z tytułu sprzedaży towarów, których dotyczyło porozumienie i nieuzyskania żadnych korzyści przez O. na skutek przypisanej jej praktyki; co doprowadziło do nierozpoznania istoty sprawy przez Sąd Apelacyjny i do wydania przez ten Sąd wadliwego rozstrzygnięcia w sprawie; 2) art. 382 i art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., polegające na pominięciu dowodów z dokumentu - e-maili P.W. z dnia 1 czerwca 2005 r. - na okoliczność zaniechania praktyki z tą datą, na skutek czego przyjęcie, że O. i pozostali przedsiębiorcy uznani za uczestników porozumienia ograniczającym konkurencję na krajowym rynku hurtowego obrotu farbami i lakierami, polegającym na ustalaniu cen odsprzedaży nie zaniechali uczestnictwa w tym porozumieniu; 3) art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik 2000, przez przyjęcie, że O. uczestniczyło w zakazanym porozumieniu antykonkurencyjnym, dotyczącym ustalania przez sieci D. cen towarów: (...) pomimo iż: a) powód nie złożył żadnego oświadczenia o przystąpieniu do porozumienia, b) powód nie uczestniczył w rynku sprzedaży ww. towarów, nie prowadził bowiem marketów D., nie wykonywał porozumienia, nie stosowała cen sugerowanych przez P.W., c) nie konkurował z pozostałymi uczestnikami postępowania, a w związku z tym nie zostały spełnione przesłanki celu oraz skutku antykonkurencyjnego w działaniu O.; 4) art. 101 ust. 1 pkt 1 u uokik przez orzeczenie kary pieniężnej; 5) art. 10 ust. 1 i 3 uokik 2000, przez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, iż w sytuacji pozyskania przez organ orzekający i włączenia do dowodów w sprawie istnieje dodatkowy wymóg dowodzenia zaniechania praktyki przez powoda, jak również nieuznanie, że porozumienie ekspiowało z dniem 16 czerwca 2005 r.; 6) art. 101 ust. 1 pkt 1 i art. 104 uokik 2000, przez orzeczenie kary pieniężnej niewspółmiernej do stopnia naruszenia przez O. interesu publicznego, stopnia jej zawinienia oraz okoliczności sprawy.

N. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie: 1) art. 5 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 11 ust. 2 uokik 2000, przez przyjęcie, że N. było uczestnikiem porozumienia stanowiącego zakazaną praktykę ograniczającą konkurencję; 2) art. 10 ust. 3 oraz art. 101 ust. 2 pkt 1 uokik 2000, przez przyjęcie, że zachodzą przesłanki do nałożenia kary pieniężnej oraz nałożenie kary w wysokości 2.332.082 zł, bez uwzględnienia indywidualnych okoliczności łagodzących takich jak: brak jakiejkolwiek inicjatywy w zawarciu porozumienia, brak kontroli innych

uczestników w zakresie przestrzegania warunków porozumienia oraz przede wszystkim uporczywe niestosowanie się przez N. do cen zalecanych przez P.W., co doprowadziło w istocie do fiaska próby stabilizacji cen na rynku; 3) art. 233 § 1 k.p.c., przez niewyjaśnienie istotnych dla sprawy okoliczności dotyczących ustalenia, czy zachowanie N. istotnie jest równoznaczne z zawarciem porozumienia ograniczającego konkurencję i błędną interpretację stanu faktycznego przez oparcie wyroku na dowodach budzących wątpliwości co do ich wiarygodności, jak również przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów - w szczególności zaś przyjęcie jako dowód wyjaśnień składanych przez C. Sp. z o.o. i P.W., bez wskazania, z jakich powodów wyjaśnienia innych uczestników postępowania uznano za niewiarygodne, co narusza także art. 328 § 2 k.p.c. N. wniosło o zmianę zaskarżonego wyroku przez uznanie, że N. nie stosowało praktyki ograniczającej konkurencję na rynku, a tym samym uchylenie w stosunku do N. w całości decyzji Prezesa Urzędu z 18 września 2006 r., sygn. Nr (...) lub uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku, przez znaczące obniżenie nałożonej na N. kary pieniężnej poniżej kwoty 2.332.082 zł.

W odpowiedzi na skargi kasacyjne powodów Prezes Urzędu wniósł o ich oddalenie i zasądzenie kosztów.

Sąd Najwyższy zważył co, następuje:

Skargi kasacyjne powodów okazały się niezasadne, z wyjątkiem skargi kasacyjnej S. w zakresie wysokości kary pieniężnej.

Na wstępie należy jednak podkreślić, że choć Sąd Najwyższy dostrzega potrzebę zmiany dotychczasowego paradygmatu oceny wertykalnych porozumień cenowych w krajowym prawie ochrony konkurencji, to jednak stan faktyczny niniejszej sprawy nie kwalifikuje się ani do zmiany dotychczasowej linii orzeczniczej w zakresie statusu pionowych porozumień cenowych, ani do dodatkowego zmniejszenia wysokości kary pieniężnej nałożonej na dostawcę towarów objętych porozumieniem cenowym (organizatora) oraz jego uczestników (ze wspomnianym wyżej wyjątkiem). Objęta tajemnicą przedsiębiorstwa treść korespondencji, na podstawie której potwierdzono w postępowaniu sądowym ustalenia Prezesa Urzędu, w sposób jednoznaczny dowodzi, że stronom porozumienia (a zwłaszcza

organizatorowi) towarzyszyła przy jego zawieraniu motywacja zasługująca na szczególnie negatywną ocenę. Jednocześnie nie można stwierdzić racjonalnych ekonomicznie okoliczności, które nie tyle usprawiedliwiałyby stosowanie tego rodzaju praktyki ograniczającej konkurencję, co wskazywałyby na przekroczenie przez Prezesa UOKiK granic swobodnego uznania przy ferowaniu wysokości sankcji za stwierdzone naruszenie.

W pierwszej kolejności Sąd Najwyższy postanowił ustosunkować się do skargi kasacyjnej N., gdyż kwestionuje się w niej przypisanie temu podmiotowi udziału w porozumieniu. Podniesiony w tym zakresie zarzut naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 11 ust. 2 uokik 2000 jest bezpodstawny, ponieważ Sąd drugiej instancji przyjął (w ślad za Sądem Okręgowym), że N. był uczestnikiem porozumienia na podstawie analizy cen (z uwzględnieniem marginalnych odstępstw od poziomu cen minimalnych stosowanych przez N.), korespondencji mailowej oraz braku negatywnej reakcji na naciski P.W. (por. wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 5 grudnia 2006 r. w sprawie T-303/02 *Westfalen Gassen Nederland BV p. Komisji*, ECLI:EU:T:2006:374, pkt 76). Niezależnie od powyższego, ze znajdujących się w aktach postępowania i uwzględnionych przez Sądy maili kierowanych do N., wynika, że powód wprowadził ceny objęte ustaleniami a tylko program komputerowy modyfikował ich końcówki (stąd niewielkie różnice w porównaniu do poziomu cen objętego uzgodnieniami). Te ustalenia wystarczają do stwierdzenia udziału N. w porozumieniu, a Sąd Apelacyjny mógł na ich podstawie uznać, że skoro ustalenia Sądu Okręgowego pozwalają na konkluzję, zgodnie z którą N. znał treść pism kierowanych do innych przedsiębiorców i nie zdystansował się wyrażnie do zapewnień P.W. adresowanych do pozostałych stron postępowania, że się dostosuje do jego nacisków, to wyraziło dorozumianą zgodę na zawarcie i wykonywanie porozumienia. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika dla Sądu Najwyższego, że N. miał wiedzę o programie jednolitych cen, o cenach stosowanych przez konkurentów, o tym jak wszyscy uczestnicy porozumienia mają się zachowywać, a więc mógł przez to przewidzieć ich zachowania rynkowe. Na tej podstawie można było przypisać N. udział w porozumieniu, zaś z faktu, że organizator porozumienia naciskał na N. by w pełni (to znaczy co do grosza) dostosował się do stawek cen ustalonych w ramach

porozumienia, nie można wyprowadzić przeciwstawnej konkluzji o braku udziału N. w porozumieniu objętym decyzją.

Za oczywiście bezpodstawny należało uznać zarzut naruszenia art. 10 ust. 3 w związku z art. 101 ust. 2 pkt 1 uokik 2000 przez przyjęcie, że zachodzą przesłanki do nałożenia kary bez uwzględnienia indywidualnych okoliczności łagodzących. Powołanych przepisów nie można naruszyć w taki sposób, skoro art. 10 ust. 3 uokik 2000 dotyczył rozkładu ciężaru dowodu w zakresie zaprzestania stosowania praktyki a art. 101 ust. 2 pkt 1 uokik 2000 stanowił podstawę prawną dla nałożenia kary pieniężnej za podawanie nieprawdziwych danych w dokumentach składanych w ramach postępowania w sprawie kontroli koncentracji. Niezależnie od powyższego Sąd Najwyższy stwierdza, że Sąd drugiej instancji uwzględnił pośrednio takie okoliczności, stwierdzając w ślad za Sądem Okręgowym mniejszą aktywność N. oraz niewielki udział przychodów ze sprzedaży towarów objętych porozumieniem w przychodach ogółem.

Pomijając wadliwą konstrukcję podstaw skargi kasacyjnej N. w tym zakresie, podniesiona w uzasadnieniu argumentacja dotycząca wymiaru kary w kontekście oceny jej proporcjonalności przy uwzględnieniu wysokości przychodów uzyskanych z tytułu sprzedaży towarów objętych porozumieniem oraz korzyści w postaci marży brutto, i tak nie zostałyby uwzględnione przez Sąd Najwyższy z następujących względów. Jak wyjaśniono już w uzasadnieniach wyroków Sądu Najwyższego z 10 stycznia 2017 r., III SK 61/15 (LEX nr 2238232) oraz z 20 kwietnia 2017 r., III SK 25/16 (LEX nr 2310100), z przepisów uokik nie można wyprowadzić obowiązku Prezesa Urzędu ustalania przychodu przedsiębiorcy ze sprzedaży towaru objętego praktyką, które to naruszenie skutkowałby koniecznością uchylenia decyzji bądź orzeczenia Sądu. Takie rozstrzygnięcie w postępowaniu kasacyjnym jest możliwe tylko w przypadku braku uzasadnienia decyzji lub wyroku w przedmiocie kary pieniężnej lub poprzestania na ogólnym odniesieniu się do jej procentowego wymiaru (wyrok Sądu Najwyższego z 20 kwietnia 2016 r., III SK 42/14, LEX nr 1710374). Orzecznictwo Sądu Najwyższego dopuszcza zmianę wysokości kary pieniężnej, gdy z okoliczności faktycznych sprawy wynika, że orzeczona w decyzji kara - mieszcząca się w granicach wyznaczonych przez art. 101 ust. 1 uokik 2000 - jest jednak nieproporcjonalna z uwagi na skalę przychodu ze sprzedaży towarów,

których dotyczy praktyka bądź odniesionych z niej korzyści (por. wyrok z 20 kwietnia 2016 r., III SK 24/14, OSNP 2017 nr 5, poz. 64), chyba że funkcje kar pieniężnych i inne względy przemawiają za zignorowaniem tej okoliczności (wyrok z 4 marca 2014 r., III SK 34/13, LEX nr 1463897). Różnorodność stanów faktycznych, charakteru naruszeń, chronionych wartości, skali działania przedsiębiorców nie pozwalają na wypracowanie jednolitego dla każdej sprawy antymonopolowej standardu miarkowania przez Prezesa Urzędu wysokości nakładanej kary.

Argumentacja skargi kasacyjnej N. stwarza okazję do uzupełnienia dotychczasowego orzecznictwa Sądu Najwyższego w tym zakresie o kolejne wskazówki, jakimi należy się kierować przy ocenie proporcjonalności kar pieniężnych nakładanych za praktyki ograniczające konkurencję, w przypadku których można zidentyfikować i choćby szacunkowo obliczyć korzyści, jakie przedsiębiorca odniósł (mógł odnieść) wskutek udziału w niedozwolonym porozumieniu. W niniejszej sprawie za korzyść taką należy uznać marże brutto ze sprzedaży produktów objętych porozumieniem. Wbrew wywodom skargi N., z punktu widzenia oceny proporcjonalności kary pieniężnej nie ma znaczenia jaka część wypracowanej marży może zostać przypisana zawarciu porozumienia. Zawieranie i wykonywanie porozumień ograniczających konkurencję należy sankcjonować w taki sposób, by naruszenie reguł konkurencji było całkowicie nieopłacalne dla uczestników porozumienia. Dlatego Sąd Najwyższy nie znajduje podstaw do zakwestionowania jako nieproporcjonalnej kary pieniężnej, której wysokość pozbawia przedsiębiorcę całości korzyści uzyskanych z działalności, której dotyczy porozumienie (w niniejszej sprawie całości wygenerowanej marży ze sprzedaży produktów objętych porozumieniem). W dalszej kolejności Sąd Najwyższy stwierdza, że realizacja funkcji represyjnej kary pieniężnej oraz funkcji prewencyjnej (zarówno w wymiarze prewencji szczególnej jak i ogólnej) uzasadnia przyjęcie generalnego założenia, zgodnie z którym kara w wysokości 10-krotności dających się zidentyfikować korzyści materialnych, nie może być *a priori* uznana za karę nieproporcjonalną. Przypomnieć należy, że w wyroku Sądu Najwyższego z 20 kwietnia 2017 r., III SK 25/16 (LEX nr 2310100), za proporcjonalną uznano ostatecznie karę pieniężną, której wysokość odpowiadała właśnie takiemu

iloczynowi dających się wyliczyć w pieniądzu korzyści, jakie odniósł przedsiębiorca z tytułu praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów (por. ustalenia zawarte w poprzedzającym to orzeczenie wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) z 21 sierpnia 2015 r., VI ACa (...), wydanym po uchyleniu wcześniejszego wyroku w tej sprawie przez Sąd Najwyższy wyrokiem z 20 kwietnia 2016 r., III SK 24/14). Aby zrealizować swoje funkcje, kara pieniężna musi być odczuwalna. Przywołany powyżej mnożnik zapewnia, zdaniem Sądu Najwyższego, realizację tych funkcji przy jednoczesnym poszanowaniu zasady proporcjonalności w tych przypadkach, w których stwierdzono naruszenie istotnego dla prawa ochrony konkurencji zakazu, a kara mieści się jednocześnie w dolnych granicach jej maksymalnego wymiaru.

Nieuzasadniona okazała się także podstawa procesowa skargi kasacyjnej N.. Zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie jest zarzutem podlegającym weryfikacji w ramach postępowania kasacyjnego (wyrok Sądu Najwyższego z 19 sierpnia 2015 r., II PK 218/14, LEX nr 1797090). Z kolei art. 328 § 2 k.p.c. dotyczy wymogów konstrukcyjnych uzasadnienia wyroku. Nie odnosi się do merytorycznej prawidłowości procesu myślowego, który doprowadził do określonego orzeczenia. Uzasadnienie wyroku, jako zasadnicze powody rozstrzygnięcia, powstaje już w czasie narady sędziów, a sporządzenie go na piśmie i podpisanie są czynnościami *ex post*, stanowiącymi tylko utrwalenie motywów uzgodnionych podczas narady (uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 24 maja 2012 r., III CZP 77/11, OSNC 2012 nr 11, poz. 123). Dlatego zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. może być usprawiedliwiony wówczas, gdy motywy wyroku są tak skonstruowane, że uniemożliwiają kontrolę oceny toku wyводу, który doprowadził do rozstrzygnięcia. Sąd Najwyższy nie może bowiem samodzielnie rekonstruować motywów i racji, którymi kierował się sąd drugiej instancji ferując zaskarżone orzeczenie (wyrok Sądu Najwyższego z 30 stycznia 2014 r., IV CSK 258/13, LEX nr 1433726). Stąd też 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 przewidzianą w art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. (wyrok z 2 grudnia 2014 r., I UK 139/14, LEX nr 1621322 i powołane w nim wcześniejsze orzecznictwo). Ponieważ z pisemnych motywów zaskarżonego wyroku wynikają przesłanki, jakimi kierował się

Sąd Apelacyjny przy wydaniu zaskarżonego orzeczenia, zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. jest oczywiście bezpodstawny.

Przechodząc do skargi kasacyjnej S., Sąd Najwyższy uznał za niezasadne podniesione w niej zarzuty procesowe naruszenia art. 382 k.p.c. w zw. z 378 § 1 w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. w zw. art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 382 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. w zw. art. 391 § 1 k.p.c. Przypomnieć należy na wstępie, że w apelacji S. zarzucił naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na pominięciu zasadniczej części zeznań J. T., oparciu ustaleń faktycznych na fragmencie zeznań J. Ł., bezzasadnym przyjęciu, że S. nie udowodniła zaniechania udziału. W dalszej kolejności zarzucono naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. przez pominięcie w uzasadnieniu specyfiki działania S. (brak sklepów D., gazetek, monitorowanie cen, innej klienteli) oraz art. 5 uokik 2000 (brak oświadczenia o przystąpieniu do porozumienia, niespełnienia przesłanki celu lub skutku działania, wykorzystywania przez P.W. przewagi kontraktowej – tu powód sam sO.e zaprzecza raz pisząc, że był zmuszony do przyjęcia praktyki narzuconej przez P.W. a z drugiej strony, że udział produktów P.W. w jego sprzedaży był nieistotny). Co do kary, to powód w apelacji wskazywał na działanie na rynku hurtowym, śladową sprzedaż produktów objętych porozumieniem oraz nieoferowanie 3 z 10 towarów objętych porozumieniem. W tym zakresie Sąd Najwyższy zwraca uwagę, że w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Apelacyjny zbiorczo odniósł się do zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wskazując, że zarzut ten nie odnosi się – także w przypadku S. – do oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego dokonanej przez Sąd Okręgowy, lecz sprowadza się do przedstawienia alternatywnej wersji stanu faktycznego. Sąd drugiej instancji odniósł się także do zarzutów obejmujących pominięcie zeznań świadków. Wyjaśnił przyczyny pominięcia tych zeznań. Natomiast rzeczywiście, Sąd Apelacyjny w W. nie odniósł się do zarzutów apelacji S. dotyczących pominięcia istotnych dla rozstrzygnięcia faktów dotyczących udziału S. w porozumieniu, polegających na tym, że S. nie prowadził sklepów D., nie monitorował cen, nie publikował gazetek reklamowych. W tym zakresie Sąd Apelacyjny w (...) dokonał zbiorczej oceny, zgodnie którą porozumienie wynika z treści korespondencji oraz zachowań podmiotów, do których skierowana została

oferta P.W.. Skoro podzielił ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego, to należy sięgnąć do tych ustaleń. Wynika z nich, że analiza cen wskazywała na to, że także S. stosował ceny określone w ofercie P.W., choć tylko w odniesieniu do tych produktów, które miał w swojej ofercie. W dalszej kolejności należy przypomnieć, że maile kierowane do pozostałych stron postępowania (k. (...) akt administracyjnych) adresowane są także do S.. Nie można zatem twierdzić, że S. nie miał wiedzy o porozumieniu ani w nim nie uczestniczył. Okoliczność, że w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, jak również w poprzedzającym go wyroku Sądu Okręgowego, mowa o sieciach D., nie ma znaczenia dla oceny zasadności zarzutów procesowych skargi kasacyjnej S. Choć należy przyznać rację skarżącemu, że nie jest podmiotem prowadzącym sieć takich sklepów, to okoliczność ta nie ma znaczenia dla kwalifikacji udziału S. w porozumieniu. Należy bowiem pamiętać, że S. zarzucono udział w praktyce ograniczającej konkurencję polegającej na udziale w porozumieniu zawartym na krajowym rynku hurtowego obrotu farbami i lakierami. Praktyka przypisana S. nie została zatem zdefiniowana jako praktyka ograniczająca konkurencję na rynku sprzedaży detalicznej w sieciach D., a tylko w takim wypadku status S. jako hurtowni dla profesjonalistów miałby znaczenie w kontekście przypisania jej udziału w niedozwolonym porozumieniu.

W świetle powyższych uwag, odnoszących się do ustaleń faktycznych jakimi kierowały się Sady obu instancji, a w szczególności zaskarżonego wyroku, nie można także podzielić zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1 uokik 2000. Okoliczność, że S. nie prowadził marketów D. a przez to nie konkurowała z pozostałymi uczestnikami postępowania, nie ma znaczenia dla przypisania S. udziału w takim porozumieniu, o jakim stanowi decyzja Prezesa Urzędu. Choć z ustaleń nie wynika, by S. prowadził monitoring cen, czy publikował gazetki reklamowe, to jednak z maili w aktach postępowania (por. karty przywołane powyżej) wynika, że S. był adresatem wspólnego cennika. Nawet gdyby przyjąć założenie forsowane w skardze – a nie oparte na ustaleniach faktycznych postępowania sądowego – zgodnie z którym cennik ten został ustalony tylko dla marketów D. (a S. nie jest takim marketem), to S. otrzymał od P.W. pisma odnoszące się do praktyki, o którą chodzi i wyraził zgodę na realizowanie oferty rabatów stabilizacyjnych pod warunkiem wprowadzenia rabatów dla interesujących go pojemności (zob. mail

k. (...)). Treść wymienionej przez S. z P.W. korespondencji uzasadnia konkluzję, zgodnie z którą mimo braku w ofercie niektórych produktów objętych porozumieniem, S. i tak zawarł porozumienie, którego przedmiotem było ustalenie cen odsprzedaży produktów wymienionych w decyzji. Okoliczność, że S. nie oferował wszystkich tych produktów oznacza jedynie, że tego porozumienia w tym zakresie nie wykonywał. Natomiast uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 5 uokik 2000 przez zastosowanie tego przepisu w sytuacji braku jakiegokolwiek akceptacji przez S. propozycji P.W., stanowi polemikę z ustaleniami faktycznymi, którymi Sąd Najwyższy jest związany i których powód nie podważył skutecznie w ramach procesowej podstawy skargi. Niezależnie od powyższego, lektura materiału dowodowego postępowania administracyjnego przywołanego w ramach ustaleń faktycznych przez Sąd Okręgowy nie pozwala żadną miarą na podzielenie argumentacji skargi, zgodnie z którą S. nie był zainteresowany produktami objętymi porozumieniem a tylko produktami tym porozumieniem nieobjętymi (por. mail k. 2642).

Niezasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 10 ust. 1 i 3 uokik 2000, ponieważ w ustaleniach faktycznych nie ma podstaw do przyjęcia założenia, zgodnie z którym porozumienie przestało być przez S. wykonywane z dniem 16 czerwca 2005 r., to jest z dniem wysłania maila przez P.W. po rozpoczęciu przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów kontroli. Nie można uznać treści tego maila, informującego strony niniejszego postępowania o niezgodności ustalania cen z prawem konkurencji, za dowód zaprzestania stosowania praktyki. O zaprzestaniu takim, ze strony powoda, nie świadczą również argumenty wskazujące na wycofanie niektórych produktów ze sprzedaży i rezygnację z rabatów na pojemności 10l w zamian za rabaty dla pojemności 20l. Z ustaleń Sądu Okręgowego wynika bowiem, że ceny produktów oferowanych przez skarżącego były zasadniczo zbieżne z cenami „sugerowanymi” określonymi przez P.W.

Za bezpodstawny należało także uznać zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1 uokik 2000, gdyż tego przepisu nie można naruszyć przez orzeczenie kary pieniężnej za wyjątkiem sytuacji, w której nie doszło do stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję (art. 101 ust. 1 pkt 1 uokik 2000).

Za zasadny Sąd Najwyższy uznał natomiast zarzut naruszenia art. 101 ust. 1

pkt 1 i art. 104 uokik 2000 przez orzeczenie kary pieniężnej niewspółmiernej do stopnia naruszenia przez S. interesu publicznego, stopnia jego zawinienia oraz okoliczności sprawy. Sądy obu instancji uwzględniły hasłowo, że charakter działalności oraz niewysokie korzyści osiągnięte przez S. uzasadniały obniżenie kary. Powód podnosił, że 1) nie otrzymał wszystkich informacji od P.W., zatem nie miał wiedzy, że ceny sugerowane są cenami minimalnymi; 2) nie publikował gazetek reklamowych więc zakaz promowania się w nich niższą ceną jego nie dotyczył; 3) nie wyraził akceptacji dla cen, 4) nie kontrolował cen. Powołane okoliczności zostały uwzględnione przez Sąd drugiej instancji, o czy świadczy podzielenie stanowiska Sądu pierwszej instancji w zakresie ogólnego odwołania się do przesłanek uzasadniających obniżenie kary. W uzasadnieniu Sądu Okręgowego przyjęto bowiem, że inni uczestnicy porozumienia wykazali się większą, w stosunku do S., aktywnością w jego realizacji. W dalszej kolejności powód powołuje się na niewielki obrót, wskazując kwotę 38.000 zł oraz na pismo o rezygnacji z rabatów na pojemności 10l. Odnosząc się w pierwszej kolejności do tego ostatniego argumentu, Sąd Najwyższy stwierdza, że rezygnacja z rabatów na opakowania 10l nie oznacza, że powód nie stosował się do cen sugerowanych na te pojemności a jedynie, że w zamian za stosowanie cen na 10l (co znajduje potwierdzenie w przywołanych przez Sąd Okręgowy mailach) powód oczekiwał rabatów na opakowania o pojemności 20l, których sprzedaż była dla niego istotniejsza. Spółka twierdzi, że przedłożyła dowody na te okoliczności ale nie znajduje to odzwierciedlenia w ustaleniach postępowania sądowego. W apelacji nie wskazywała zaś żadnych dowodów na okoliczność wymiaru kary, nie można więc zarzucać, że Sąd Apelacyjny w W. orzekając ponownie nie uwzględnił dowodów na etapie rozstrzygania o wysokości kary. Sąd Najwyższy uznał jednak, że Sąd drugiej instancji nie uwzględnił należycie dolegliwości nałożonej na powoda kary pieniężnej w kontekście niespornej między stronami w toku postępowania sądowego okoliczności, jaką jest znikomy obrót towarami objętymi porozumieniem (38.000 zł). Choć zakazane i sankcjonowane jest samo zawieranie porozumień ograniczających konkurencję o treści takiej jak porozumienie, w którym brał udział powód, to z uwagi na charakter prowadzonej przez powoda działalności (hurtownia dla profesjonalistów), odrębny od działalności pozostałych stron postępowania

prowadzących markety budowlane (z zastrzeżeniem szczególnego statusu O.), udział S. w praktyce objętej decyzją Prezesa Urzędu nie miał istotnego znaczenia ani dla zawarcia i realizacji porozumienia ani dla wywołania przez jego realizację skutków negatywnych dla nabywców farb. Z tych względów, kara pieniężna w wysokości 1.465.707 zł została uznana za nieproporcjonalną. Jednocześnie, ze względu na konieczność realizacji względów prewencji ogólnej i szczególnej oraz wynikającą z akt sprawy postawę S. (akceptacja cen ustalonych dla opakowań o pojemności 10l w zamian za rabaty na opakowania o pojemności 20l), zasługującą na jednoznacznie negatywną ocenę, Sąd Najwyższy nie znajduje podstaw dla zastosowania przywołanej powyżej koncepcji oceny proporcjonalności kary pieniężnej (na poziomie 10-krotności korzyści w postaci marży ze sprzedaży). Kara wyliczona w ten sposób byłaby kwotowo nieodczuwalna dla powoda, w przeciwieństwie kary w przedziale od 500.000 do 1.000.000 zł.

Przechodząc do skargi kasacyjnej O., Sąd Najwyższy uznał ją za bezpodstawną z następujących względów.

Zarzut naruszenia art. 378 § 1, art. 382 oraz art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez nierozpoznanie lub pozorne rozpoznanie przez Sąd Apelacyjny wszystkich zarzutów podniesionych przez powoda jest niezasadny z tych samych względów, jakie przedstawiono w odniesieniu do analogicznego zarzutu w skardze kasacyjnej S.. Skoro praktyka ograniczająca konkurencję polegała w niniejszej sprawie na porozumieniu na krajowym rynku hurtowego obrotu farbami i lakierami, to podmiot taki jak O. działa na tym rynku, ponieważ negocjuje w imieniu powiązanych ze sobą kapitałowo podmiotów warunki zakupu towarów sprzedawanych przez te podmioty odbiorcom detalicznym. Dlatego okoliczność, że w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku oraz poprzedzającego go wyroku Sądu pierwszej instancji zawarte są odniesienia do działających na szczeblu detalicznym sieci marketów D., nie przesądza o zasadności zarzutów odnoszących się do braku koniecznych ustaleń pozwalających przypisać praktykę ograniczającą konkurencję podmiotom uczestniczącym w zawarciu i realizacji porozumienia, które nie prowadzą marketów budowlanych. Dodatkowo Sąd Najwyższy wyjaśnia, że w ramach porozumienia, o które chodzi w niniejszej sprawie, O. działało jako podmiot ułatwiający zawarcie i wykonywanie porozumienia, gdyż występowała w

charakterze „organizatora” po stronie powiązanych kapitałowo podmiotów prowadzących markety budowlane pod marką O. Sąd Najwyższy podziela stanowisko Prezesa UOKiK, że w sytuacji gdy centrala zakupowa otrzymuje informacje o porozumieniu, a następnie potwierdzone zostanie, że poszczególne sklepy wchodzące w skład sieci ustalają ceny zgodnie z zasadami porozumienia, to istnieją podstawy do przyjęcia, że to centrala zakupowa przekazała powiązanym kapitałowo podmiotom zajmującym się faktycznie sprzedażą towarów objętych porozumieniem informacje o tym, jak mają się zachowywać spółki prowadzące sklepy, by centrala mogła realizować zakupy na warunkach przewidzianych w ramach programu rabatu stabilizacyjnego.

Sąd Najwyższy uznał także za niezasadny zarzut naruszenia art. 382 i art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., polegający na pominięciu dowodów z dokumentu (e-maili P.W. z 16 czerwca 2005 r.) na okoliczność zaniechania praktyki z tą datą. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że skoro podstawą procesową skargi kasacyjnej może być tylko takie naruszenie przepisów, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, to skarżący powinien wskazać w jaki sposób dowód taki został przeprowadzony przez Sąd Okręgowy, ewentualnie gdzie stosowny dokument znajduje się w aktach postępowania administracyjnego. Z punktu widzenia charakteru postępowania kasacyjnego chybione jest formułowanie hasłowego zarzutu o nieuwzględnieniu przez Sąd drugiej instancji jakiegoś dokumentu znajdującego się w aktach postępowania. W dalszej kolejności Sąd Najwyższy stwierdza, że powyższy zarzut procesowy jest chybiony, ponieważ powołana przez skarżącego korespondencja P.W. o treści „zgodnie z obowiązującymi przepisami Unii Europejskiej żaden producent - w tym P.W. S.A. w żaden sposób nie może wpływać na politykę cenową stosowaną w niezależnych punktach sprzedaży. Pracownicy obsługujący sieci marketów budowlanych (D.) w P.W. S.A. mogą jedynie sugerować ceny sprzedaży na konkretne wyroby, lecz decyzja o stosowaniu lub nie, cen sugerowanych jest niezależną decyzją dystrybutorów. W trakcie omawiania sugerowanych cen na produkty P.W. S.A. przez zespół pracowników obsługujących markety budowlane D. zabronione jest omawianie cen sprzedaży produktów P.W. S.A. wdrożonych przez innych konkurentów na rynku” dowodzi tylko, że P.W. postanowił poinformować

pozostałych uczestników porozumienia, że wpływanie przez producenta na politykę cenową punktów sprzedaży nie niezgodne z obowiązującymi przepisami UE.

Sąd Najwyższy nie uwzględnił także zarzutów naruszenia prawa materialnego. Uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1 uokik 2000 byłoby możliwe, gdyby uznać za niewystarczające ustalenia postępowania sądowego odnoszące się do O.. Tymczasem z uwzględnionej przez Sąd Okręgowy przy konstruowaniu podstawy faktycznej orzeczenia korespondencji mailowej wynikało, iż O. zostało poinformowane o zaproponowanym systemie regulacji cen. Z kolei z faktu zwrócenie się przez O. do P.W. o zagwarantowanie cen na jednym poziomie można wyprowadzić konkluzję, że O. wiedziało o istnieniu porozumienia.

Sąd Najwyższy nie znalazł także podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 10 ust. 1 i 3 uokik 2000. Na okoliczność zaniechania stosowania praktyki O. powołuje mail od P.W. z 16 czerwca 2005 r., argumentując, że skoro to P.W. był organizatorem i gwarantem przestrzegania poziomu cen, a także jedynym łącznikiem między sieciami, to brak aktywności P.W. w realizacji programu stabilizacji cen oznacza, że program został zakończony. Jak już wyjaśniono powyżej, w tym zakresie Sąd Najwyższy stwierdza, że nie ma żadnych podstaw, by z treści maila z 16 czerwca 2005 r. wyprowadzić konkluzję o zaprzestaniu stosowania praktyki przypisanej O. w zaskarżonym wyroku.

Bezpodstawne okazały się także zarzuty dotyczące kary pieniężnej. Przepisu art. 101 ust. 1 pkt 1 uokik 2000 nie można naruszyć przez orzeczenie kary pieniężnej za praktykę ograniczającą konkurencję, skoro jest to przepisy kompetencyjny, upoważniający Prezesa Urzędu do nakładania kary pieniężnej z tego tytułu. Nie ma także podstaw do uznania zarzutu naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1 i art. 104 uokik 2000 przez wymierzenie rażąco wysokiej kary. W świetle wywodów poczynionych w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 10 ust. 3 uokik 2000, nie ma podstaw do uznania maila P.W. z 16 czerwca 2005 r. za dowód zaprzestania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przez jej uczestników. Z kolei w skardze kasacyjnej nie przedstawiono ustaleń postępowania administracyjnego lub sądowego, na podstawie których można byłoby przyjąć, że kara w wysokości wymierzonej w postępowaniu sądowym jest ewidentnie nieproporcjonalna (wyrok Sądu Najwyższego z 15 maja 2014 r., III SK 54/13,

OSNP 2015 nr 11, poz. 156).

Odnosząc się do skargi kasacyjnej P.W., Sąd Najwyższy uznał ją za niezasadną, kierując się następującymi względami.

Naruszenia art. 10 ust. 3 uokik 2000 w związku z art. 6 EKPC P.W. upatruje w przyjęciu, że spoczywał na nim ciężar dowodu w zakresie zaprzestania naruszenia art. 5 uokik 2000, podczas gdy powód zaprzeczał w ogóle stosowaniu porozumienia ograniczającego konkurencję i korzystał w tym zakresie z przywileju wolności od samooskarżania. W tym zakresie przypomnieć należy na wstępie, że zgodnie z wyrokiem Sądu Pierwszej Instancji z 12 grudnia 2012 r. w sprawie T 352/09 *Novácke chemické závody a.s.* (ECLI:EU:T:2012:673, pkt 112) wolność od samooskarżania w prawie unijnym oznacza, że Komisja nie może zmusić przedsiębiorstwa do tego, by udzieliło ono odpowiedzi wiążących się z przyznaniem zaistnienia naruszenia, którego wykazanie należy do Komisji. Akceptując zastosowanie zasady wolności od samooskarżania w krajowym prawie ochrony konkurencji, z ograniczeniami wynikającymi z potrzeby zapewnienia organowi ochrony konkurencji instrumentów pozwalających na poczynienie stosownych ustaleń w oparciu o dowody znajdujące się w posiadaniu przedsiębiorcy, Sąd Najwyższy stwierdza, że zastosowanie art. 10 ust. 3 uokik 2000 w zakresie w jakim nakłada na przedsiębiorcę ciężar dowodu, że praktyka została zaniechana, nie narusza wolności od samooskarżania, jeżeli z faktu przedstawienia stosownych dowodów oraz z ich treści nie będą wyprowadzane przez organ lub sądy ustalenia w przedmiocie samego naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję a jedynie ustalenia co do daty zaprzestania stosowania praktyki. Z uzasadnienia ocenianego zarzutu wynika, że powód przyjmuje założenie, zgodnie z którym skoro zaprzeczał stosowaniu zarzucanego mu porozumienia ograniczającego konkurencję, uznając przypisane mu zachowanie za działanie jednostronne, to nie może jednocześnie dowodzić - bez naruszenie wspomnianej wolności oraz zaprzeczania samemu sO.e - że zaprzestał stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przed wydaniem decyzji przez Prezesa Urzędu. Jednakże, zdaniem Sądu Najwyższego, nawet w przypadku przyjęcia takiej linii obrony na etapie postępowania administracyjnego i obawy przed wspomnianym wykorzystaniem dowodów przedstawionych na okoliczność zastosowania art. 10

uokik 2000 przeciwko przedsiębiorcy (na użytek stosowania art. 5 uokik 2000), powód mógł przedstawić - zarówno na etapie postępowania przed organem jak i postępowania odwoławczego - dowody wskazujące na to, że po 31 maja 2005 r. zachowywał się w sposób odbiegający od przypisywanego mu przez organ „jednostronnego” (w jego ocenie) zachowania. Artykuł 10 ust. 3 uokik 2000 nie wyłącza dokonania przez sądy orzekające w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu odmiennej oceny dowodów, mających przemawiać za zaniechaniem stosowania praktyki w dacie wydania decyzji z art. 10 a nie z art. 9 uokik 2000. Dopuszczalna jest wówczas zmiana przez sąd decyzji organu z decyzji z art. 9 uokik 2000 na decyzję z art. 10 uokik 2000. Natomiast zestawiając art. 10 ust. 3 uokik z art. 7 k.p.a. nie ulega wątpliwości, że przywołany przepis uokik jest *lex specialis* w stosunku do k.p.a. W kontekście zaniechania stosowania praktyki rozwiązanie takie jest pragmatycznie uzasadnione - nie można oczekiwać od organu ochrony konkurencji by także w toku postępowania antymonopolowego zobligowany był do dokonywania przeszukań lub kontroli celem zgromadzenia dodatkowego materiału dowodowego, dotyczącego zaniechania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, w sytuacji gdy organ zgromadził już dowody uzasadniające, w jego ocenie, przypisania przedsiębiorcy takiej praktyki.

W dalszej kolejności Sąd Najwyższy stwierdza, że bezpodstawny jest zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 104 uokik 2000 przez błędne przyjęcie za podstawę wymiaru kary pieniężnej nałożonej na powoda całego przychodu osiągniętego przez P.W., ponieważ przepisów tych nie można naruszyć w taki sposób (por. wyrok Sądu Najwyższego z 10 stycznia 2017 r., III SK 61/15, LEX nr 2238232). Dają one możliwość wyboru różnych opcji wyliczenia kary, określając jedynie jej górną granicę. Natomiast co do zaniechania miarkowania wymiaru kary w stosunku do wysokości przychodu osiągniętego przez P.W. ze sprzedaży towarów, których dotyczy praktyka oraz skali korzyści jakie mógł odnieść P.W. z udziału w zaskarżonym porozumieniu, to w skardze powoda nie ma argumentów odnoszących się do dowodów zgromadzonych w toku postępowania, które pozwoliłby uznać, że kara orzeczona w wysokości 3% przychodów jest karą nieproporcjonalną z uwagi na korzyści ze sprzedaży towarów objętych porozumieniem.

Odnosząc się zaś do zarzutu naruszenia art. 104 uokik 2000, przypomnieć należy, że nieproporcjonalności kary P.W. upatrywał w: wadliwym ustaleniu okresu trwania praktyki (w jego ocenie praktyka została zaniechana 31 maja 2005 r.), nieuwzględnieniu braku korzyści z praktyki, ponieważ sprzedaż produktów objętych porozumieniem nie poprawiła się, nałożeniu przez Prezesa Urzędu znacznie niższych kar w podobnych postępowaniach (z odwołaniem do decyzji Prezesa Urzędu nr RKT-35/2009, RKT-44/2009, RB-28/2011, RGD-32/2010), nieuwzględnieniu znikomego wpływu na rynek (wąskie ramy czasowe, ograniczona liczba produktów objętych promocją, skierowanie promocji tylko do niektórych odbiorców), nieuwzględnieniu braku recydywy oraz współpracy z Prezesem UOKiK w trakcie postępowania, a także pominięciu zaniechanie stosowania praktyki przed wszczęciem postępowania (promocja do 31 maja 2005 r.).

Jak już wyjaśniono powyżej, z ustaleń postępowania sądowego nie wynika, by praktyka została zaniechana 31 maja 2005 r. Treść korespondencji wymienianej między P.W. a pozostałymi uczestnikami porozumienia, uwzględnionej na użytek tych ustaleń, znajdującej się w aktach postępowania sądowego i administracyjnego, nie uzasadnia założenia, zgodnie z którym praktyka została zaprzestana w tej dacie przez P.W., tylko na tej podstawie, że P.W. wstępnie planował oferowanie rabatu stabilizacyjnego do tej właśnie daty. Po zapoznaniu się z uwzględnionymi przez Sądy obu instancji dokumentami, zawartymi na przywołanych w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego kartach akt administracyjnych, Sąd Najwyższy stwierdza, że działań P.W. nie można określić mianem „krótkotrwałej promocji”, która mogłaby ewentualnie uzasadniać (gospodarczo i konsumencko) wprowadzenie minimalnych cen odsprzedaży. Dlatego też Sąd Najwyższy nie uznał za zasadny zarzutu naruszenia art. 9 uokik 2000 przez zastosowanie oraz art. 10 ust. 1 i 2 uokik 2000 przez niezastosowanie, nie znajdując w tej korespondencji podstaw dla zrekonstruowania ustalenia faktycznego, że przypisane P.W. ustalanie cen zakończono najpóźniej 31 maja 2005 r. (jako dniu planowej wstępnie daty zakończenia realizacji pierwszego etapu programu kształtowania cen).

Deklarowany w skardze kasacyjnej P.W. brak trwalszych korzyści odniesionych z zawarcia i realizacji porozumienia nie uzasadnia tezy o nieproporcjonalności obniżonej przez Sąd pierwszej instancji i utrzymanej w

zaskarżonym wyroku kary. Jak już wspomniano wcześniej, cele kary pieniężnej oraz względy polityki ochrony konkurencji realizowanej przez Prezesa Urzędu, uzasadniają nakładanie odczuwalnych, a niekiedy wręcz bardzo dotkliwych sankcji. Należy jedynie oczekiwać, by w decyzji nakładającej takie kary zawarte zostało odpowiednio pogłębione uzasadnienie wskazujące na różne wartości, okoliczności i przesłanki, które przemawiały za takim poziomem wymierzonej sankcji. Brak takiej argumentacji, zarówno w decyzji jak i w toku postępowania sądowego, uzasadniał redukcję kary pieniężnej z przyczyn wyjaśnionych w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego i potwierdzonych w zaskarżonym wyroku Sądu Apelacyjnego. Stanowisku Sądów obu instancji jest w tym zakresie przekonujące dla Sądu Najwyższego. Z ustaleń postępowania sądowego ani z argumentacji skargi kasacyjnej P.W. nie wynika zaś, by zmniejszona przez Sąd pierwszej instancji kara pieniężna przekraczała zastosowany przy ocenie skargi kasacyjnej N. miernik proporcjonalności sankcji z art. 101 ust. 1 pkt 1 uokik 2000. Z kolei ukształtowana po wydaniu decyzji w niniejszej sprawie praktyka Prezesa Urzędu w zakresie wysokości kar pieniężnych nakładanych w przypadku wertykalnych porozumień cenowych, nie może stanowić miarodajnego i właściwego miernika oceny proporcjonalności „wcześniejszej” kary pieniężnej z przyczyn wyjaśnionych już w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 26 października 2016 r., III SK 54/15 (LEX nr 2188808).

Za niezasadną należało także uznać skargą kasacyjną L.. Zarzut naruszenia przepisów uokik i k.p.a. w oraz k.c. i k.p.c. w zakresie skutków ustalania czasu trwania praktyki dla treści decyzji administracyjnej oraz wymiaru kary pieniężnej okazał się bezpodstawny w świetle argumentacji przedstawionej powyżej w odniesieniu do analogicznych zarzutów skargi kasacyjnej P.W.. Jak już wyjaśniono na wstępie, analiza treści dokumentów uwzględnionych przez SOKiK przy ponownym rozpoznawaniu odwołań, przy uwzględnieniu funkcji kar pieniężnych, obniżeniu ich wysokości w postępowaniu sądowym oraz akceptacji wykorzystania sposobu kształtowania ich wysokości przez Prezesa UOKiK jako wyraźnego sygnału co do nietolerowanych zachowań uczestników rynku, doprowadziła Sąd Najwyższy do konkluzji, że przy ocenie legalności decyzji z 2006 r. nie było podstaw do zawężenia zakresu zastosowania art. 10 ust. 3 uokik 2000 tylko do

przesłanek treści decyzji stwierdzającej naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję (co miałoby tę konsekwencję, że w przypadku powołania się na brak zaniechania stosowania praktyki przy wymierzaniu kary, to organ powinien wykazać ten fakt).

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że na etapie postępowania kasacyjnego Sąd Najwyższy nie może zastępować Sądu drugiej instancji w ustaleniach faktycznych ani weryfikować poprawności poczynionych w sprawie ustaleń w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. Zajmuje się jedynie oceną zarzutów naruszenia prawa procesowego (w zakresie rekonstrukcji tych ustaleń) oraz prawa materialnego (np. w kontekście adekwatności ustaleń do zastosowanych norm). Okoliczność, że w toku postępowania sądowego powód podnosił argumenty i przedstawiał dowody uzasadniające, w jego ocenie, stwierdzenie wobec niego zaniechania stosowania praktyki przed wydaniem decyzji przez Prezesa UOKiK, zaś dowody te nie zostały uwzględnione przez Sąd drugiej instancji, bądź też dowody zgromadzone w aktach postępowania administracyjnego zostały pominięte przez Sąd przy rekonstrukcji (weryfikacji) faktycznych podstaw zaskarżonej decyzji, nie ma znaczenia dla oceny zarzutu naruszenia art. 10 uokik 2000, gdy Sąd drugiej instancji opierał się na ustaleniu, że powód nie wykazał zaprzestania stosowania przypisanej mu praktyki ograniczającej konkurencję.

Z kolei w świetle argumentacji przedstawionej w odniesieniu do skarg kasacyjnych N. oraz P.W., za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 w zw. z art. 104 uokik 2000. Skarżący podaje, że przychody ze sprzedaży towarów objętych porozumieniem wyniosły w jego przypadku za cały 2005 r. 6.830.000 zł, co stanowi 0,47% przychodów przedsiębiorcy ogółem. Nałożono zaś na niego karę w wysokości 10.882.060 zł. Jak wyjaśniono powyżej, przychód ze sprzedaży towarów objętych porozumieniem (praktyką) może być jednym z kryteriów ustalania dolegliwości wysokości kary. Jednocześnie, kara obliczona jako ułamek takiego przychodu z reguły nie będzie spełniała swoich funkcji oraz nie będzie realizowała przesłanki proporcjonalności sankcji, gdyż będzie w oderwaniu od potencjału ekonomicznego naruszydela. Odwołanie się do przychodu ze sprzedaży towarów objętych przypisaną przedsiębiorcy praktyką służy dostarczeniu kryterium, za pomocą którego można weryfikować dodatkowo

realną dolegliwość kary pieniężnej nałożonej nawet w dolnych granicach wysokości przewidzianej w art. 101 uokik 2000, w przypadku przedsiębiorców wielobranżowych, o szerokim spektrum działalności, gdy przypisana mu praktyka dotyczy tylko wąskiego wycinka prowadzonej działalności. Wówczas bowiem kara pieniężna wymierzona w wysokości niskiej procentowo lecz istotnej kwotowo może być nadmiernie dolegliwa dla karanego przedsiębiorcy, nawet przy uwzględnieniu funkcji represyjnej i prewencyjnej kary pieniężnej oraz podstawowych okoliczności obciążających. L. jest takim przedsiębiorcą, jednakże stosując zabieg wypracowany na użytek skargi kasacyjnej N., w braku szczegółowych danych w skardze powoda co do wysokości uzyskiwanej marży, Sąd Najwyższy nie ma podstaw do uznania za nieproporcjonalną nałożonej ostatecznie kary pieniężnej (zwłaszcza przy uwzględnieniu ustaleń postępowania sądowego, zgodnie z którymi L. wykazał większą aktywność w zawarciu i realizacji porozumienia w porównaniu do innych uczestników porozumienia).

Mając powyższe na względzie sąd oddalił skargi kasacyjne powodów z wyjątkiem skargi kasacyjnej S., której uwzględnienie uzasadniało uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania w zakresie dotyczącym wymiaru kary pieniężnej dla tego powoda. O kosztach rozstrzygnięto stosownie do art. 98 § 1 k.p.c. przy uwzględnieniu stawek obowiązujących na dzień wszczęcia postępowania kasacyjnego.

r.g.