

Sygn. akt 677/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 grudnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Anna Orłowska

Sędziowie: SA Małgorzata Manowska

SO (del.) Beata Waś (spr.)

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska

po rozpoznaniu w dniu 19 grudnia 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa I. W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanych: (...) i wspólnicy spółki jawnej w C., Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego (...) spółki z o.o. w G., J. W., (...) spółki z o.o. z siedzibą we W., Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego (...) spółki jawnej M. B., I. B. w W., (...) spółki jawnej w Ż., R. B., (...) spółki jawnej w P., (...) spółki jawnej w W., (...) spółki jawnej w K., Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego (...) spółki z o.o. w B., (...) spółki z o.o. w U., (...) S.A. w K., Firmy Handlowej (...) spółki jawnej w G., J. K., A. N., M. M., (...) spółki jawnej W. M. E. M. i wspólnicy w R., (...) spółki z o.o. w W., Przedsiębiorstwa (...) spółki z o.o. w G., Przedsiębiorstwa Handlowo-Produkcyjnego (...) S.A. w K., Przedsiębiorstwa Handlu (...) spółki z o.o. w B., Przedsiębiorstwa Handlu (...) spółki z o.o. w B., Przedsiębiorstwa (...) i (...) spółki jawnej w L., (...) spółki z o.o. w K., (...) spółki jawnej w O., (...) spółki z o.o. w W., Towarzystwa (...) S.A. w K., P. W., B. W., Syndyka Masy Upadłości Zakładów (...) S.A. w C. T. S., M. Z., Centrum Handlowo Usługowego spółki z o.o. w M. i (...) spółki z o.o. w Z.

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 6 września 2011 r., sygn. akt XVII AmA 126/09

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- 1. uchyla decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31 grudnia 2008 r. nr (...) w zakresie punktu I b) 2, I d) 5, oraz I e) 4;**
- 2. zasądza od pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz powoda I. W. kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu.**

II. zasądza od pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz powoda I. W. kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VI ACa 677/12

UZASADNIENIE

Decyzją Nr (...)z dnia 31 grudnia 2008r. pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego przeciwko Zakładom (...) S.A. w C. w upadłości oraz innym przedsiębiorcom:

a) na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez Zakłady (...) S.A. w C. oraz przedsiębiorców:

1. (...) Sp. z o.o. w K.,
2. (...) sp.j., w P.,
3. (...) Sp. z o.o. w U.,
4. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe (...) Sp. z o.o. w G.,
5. (...) Sp. z o.o. w W.,
6. M. M. prowadzącego działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe - (...) w Ł.,
7. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe (...) sp.j. M. B., I. B. w W.,
8. Przedsiębiorstwo Handlu (...) Sp. z o.o. w B.,
9. „(...)”, sp.j. w C.,
10. (...) sp.j. w K.,
11. Przedsiębiorstwo Handlowe (...) Sp. z o.o. w G.,
12. (...) sp.j. w L.,
13. J. W. prowadzącego działalność gospodarczą jako Hurtownia (...) w Ł.,
14. (...) Sp. z o.o. w W.,
15. Towarzystwo (...) S.A. w K.,
16. (...) sp.j. w O.,

niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku krajowym sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów poprzez ustalanie pomiędzy Zakładami (...) S.A. w C. oraz wyszczególnionymi powyżej przedsiębiorcami (partnerami) w umowach handlowych dotyczących sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez (...) S.A. w C., cen sprzedaży tych towarów przez partnerów, co stanowiło naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i nakazał zaniechanie jej stosowania, b) na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez Zakłady (...) S.A. w C. oraz wskazanych poniżej przedsiębiorców niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku krajowym

sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów, poprzez ustalanie pomiędzy Zakładami (...) S.A. w C. oraz tymi przedsiębiorcami w umowach handlowych dotyczącymi sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez (...) S.A. w C., cen sprzedaży tych towarów przez partnerów, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 04.02.2008 r., przez:

1. (...) S.A. w K.;

z dniem 11.04.2006 r. przez:

2. I. W. prowadzącego działalność gospodarczą jako (...) w K.;

3. (...) Sp. z o.o., w Z.;

4. Firmę Handlową (...) sp.j. w G.;

5. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) Sp. z o.o. w B.;

6. (...) sp.j. w W.;

7. (...) Sp. z o.o. we W.;

8. Przedsiębiorstwo Handlu (...) Sp. z o.o. w B.;

9. (...) sp.j. w Ż.;

10. M. Z. prowadzącą działalność gospodarczą jako (...) we W.;

11. P. W. i B. W. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą jako P.H.U. (...) s.c. w K.;

12. Centrum Handlowo-Usługowe Sp. z o.o. w M.;

13. R. B. prowadzącego działalność gospodarczą, jako (...) w K.;

z dniem 12.04.2006 r., przez:

14. Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjne (...) S.A. w K.,

15. (...) Sp. j. W. M., E. M. i wspólnicy w R.

z dniem 01.02.2008 r., przez:

16. J. K. z C. prowadzącą działalność gospodarczą jako (...) s.c. w K.,

c) postępowanie umorzył jako bezprzedmiotowe w stosunku do A. N. z R. prowadzącej działalność gospodarczą jako (...) s.c. w K..

d) na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów nałożył, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I.a i I.b, sentencji niniejszej Decyzji, kary pieniężne, w tym między innymi na I. W. prowadzącego działalność gospodarczą jako (...) w K. karę pieniężną w wysokości 78.593 zł.

e) na podstawie art. 77 w zw. z art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów postanowił obciążyć przedsiębiorców kosztami opisanego w punkcie I.a i I.b postępowania, w tym I. W. prowadzącego

działalność gospodarczą jako (...) w K., kwotą 41 zł oraz zobowiązał tych przedsiębiorców do ich zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Od powyższej Decyzji odwołanie wniósł I. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) w K., który zaskarżając ją w części, tj. w zakresie pkt I b) 2, I d) 5 oraz I e) 4 /w dotyczącym go zakresie/, zarzucił naruszenie:

- art. 93 u.o.k.k. w zw. z art. 105 § 1 k.p.a. przez wszczęcie i prowadzenie postępowania antymonopolowego wobec powoda mimo upływu okresu przedawnienia wszczęcia postępowania administracyjnego,

- art. 6 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. przez przyjęcie dopuszczenia się przez powoda praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na bezpośrednim ustalaniu cen odsprzedaży, mimo że kwestionowana w tym zakresie umowa łącząca powoda z (...) S.A. nigdy nie była wykonywana,

- art. 106 ust. 1 w zw. z art. 111 u.o.k.k. przez nałożenie na powoda kary pieniężnej w nieproporcjonalnej do zakresu przewinienia wysokości.

Podnosząc powyższe odwołujący wniósł o uchylenie zaskarżonej Decyzji i umorzenie postępowania wobec niego, względnie o zmianę zaskarżonej decyzji i umorzenie postępowania wobec odwołującego lub stwierdzenie niestosowania przez niego zarzucanej mu praktyki mającej polegać na zawarciu z Zakładami (...) S.A. porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów. Względnie, z ostrożności procesowej, odwołujący wniósł o zmianę pkt I d) 5 zaskarżonej Decyzji i zmniejszenie nałożonej na niego kary. Wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, a ponadto o: dopuszczenie i przeprowadzenie wszystkich dowodów z dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia; dopuszczenie i przeprowadzenie pozostałych dowodów, powołanych w treści uzasadnienia; oraz na podstawie art. 479¹⁷ § 2 k.p.c. o przeprowadzenie rozprawy.

Wyrokiem z dnia 6 września 2011 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie oraz zasądził od I. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) z siedzibą w K. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło na podstawie następujących ustaleń faktycznych.

Zakłady (...) S.A. z siedzibą w C. zawarły z szeregiem przedsiębiorców tj.: (...) Sp. z o.o. w K., (...) sp.j. w P., (...) Sp. z o.o. w U., Przedsiębiorstwem Produkcijno-Handlowo- Usługowym (...) Sp. z o.o. w G., (...) Sp. z o.o. w W., M. M. prowadzącym działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo Produkcijno Handlowo Usługowe - (...) w Ł., Przedsiębiorstwem Produkcijno-Handlowo- Usługowym (...) sp.j. M. B., I. B. w W., Przedsiębiorstwem Handlu (...) Sp. z o.o. w B., (...), sp.j. w C., (...) sp.j. w K., Przedsiębiorstwem Handlowym (...) Sp. z o.o. w G., Przedsiębiorstwem (...) A. i M. R. sp.j. w L., J. W. prowadzącym działalność gospodarczą jako Hurtownia (...) w Ł., (...) Sp. z o.o. w W., Towarzystwem (...) S.A. w K., (...) sp.j. w O., (...) S.A. w K., I. W. prowadzącym działalność gospodarczą jako (...) w K., (...) Sp. z o.o. w Z., Firmą Handlową (...) I. K., J. P. sp.j. w G., Przedsiębiorstwem Handlowo-Usługowym (...) Sp. z o.o. w B., D. M. P. Z. (...) sp.j. w W., (...) Sp. z o.o. we W., Przedsiębiorstwem Handlu (...) Sp. z o.o. w B., (...) J.H. K. sp.j. w Ż., M. Z. prowadzącą działalność gospodarczą jako (...) we W., P. W. i B. W. prowadzącym wspólnie działalność gospodarczą jako P.H.U. (...) s.c. w K., Centrum Handlowo-Usługowym Sp. z o.o. w M., R. B. prowadzącym działalność gospodarczą, jako (...) w K., Przedsiębiorstwem Handlowo-Produkcyjnym (...) S.A. w K., (...) Sp. j. W. M., E. M. i wspólnicy w R., J. K. z C. prowadzącą działalność gospodarczą jako (...) s.c. w K., umowy handlowe dotyczące sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez (...) S.A., cen sprzedaży tych towarów przez partnerów. Inicjatorem przedmiotowego porozumienia były (...) S.A., które przygotowały zakwestionowany wzorzec umowy.

Z treści wymienionych umów handlowych wynika, iż partner zobowiązany jest do sprzedawania wyrobów (...) S.A. z minimalną marżą od cen zakupu wyrobów tego przedsiębiorcy (pkt 2.7.5). W przypadku odbiorców hurtowych i sieci detalicznych marża wynosiła najczęściej 2%, natomiast w przypadku odbiorców detalicznych 5%. Marży minimalnej

nie określono w powyższy sposób jedynie w dwóch przypadkach, przy czym w jednym z nich wskazano, iż sprzedaż detaliczna wyrobów (...) S.A. powinna odbywać się po cenach nie niższych niż cena fabryczna wyrobu. Odstępstwa od tych warunków obowiązywały tylko wtedy, gdy zostały one wyraźnie potwierdzone pisemnie przez (...) S.A. (§ 2 umowy). (...) S.A. zastrzegły sobie również prawo wglądu do faktur wystawionych przez partnera w zakresie sprzedaży ich wyrobów. Zgodnie z pkt 2.7.6 tych umów w przypadku nie stosowania się przez partnera do uregulowań dotyczących odsprzedaży wyrobów (...) S.A. po cenach minimalnych istniała możliwość zastosowania kar umownych takich jak: pisemne upomnienie partnera, odebranie przysługującego rabatu lub zerwanie umowy.

Analogiczna umowa została zawarta w dniu 02 kwietnia 2003r. między (...) S.A. a I. W. prowadzącym działalność gospodarczą jako (...) I. W. w K..

W dniu 03 sierpnia 2004 r. (...) S.A. wystawiły temu Przedsiębiorcy ostatnią fakturę za zakupione przez niego od Spółki produkty. W dniu 10 kwietnia 2006 r. została wypowiedziana przedmiotowa umowa zawarta między stronami. W dniu 18 grudnia 2007 r. wszczęto postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez (...) S.A. oraz wskazanych 32 przedsiębiorców niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję.

Dnia 31 grudnia 2008 r. Prezes UOKiK wydał zaskarżoną Decyzję, w której przesądził na podstawie zgromadzonych w postępowaniu umów handlowych, że (...) S.A. zawarły z wymienionymi przedsiębiorcami, w tym z I. W. prowadzącym działalność gospodarczą jako (...) I. W. w K., niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję.

Na podstawie powyższych ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy uznał, że Decyzja w zaskarżonej przez powoda części tj. co do pkt I b) 2, I d) 5 oraz I e) 4 jest słuszna i ma oparcie w przepisach prawa, w tym w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), albowiem powód naruszył przepis art. 6 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy, ale zaniechał przedmiotowego naruszenia przed wszczęciem postępowania antymonopolowego i wydaniem Decyzji w tej sprawie - a tym samym powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Jak wskazał Sąd Okręgowy powód brał udział w zakazanym na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy porozumieniu, które ujawnione na krajowym rynku sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych miało formę pisemną w postaci umów. Miało też charakter porozumienia wertykalnego - pionowego, gdyż wiązało przedsiębiorców na różnych szczeblach obrotu. Przedsiębiorcy działający jako partnerzy, (a faktycznie niejednokrotnie jako dystrybutorzy towarów) tak jak I. W. prowadzący działalność gospodarczą jako (...) I. W. w K. zawierali umowy handlowe z Zakładami (...) S.A. produkującymi farby i lakiery, z zamiarem zakupu tych towarów oraz ich dalszej odsprzedaży. Z treści wymienionych umów handlowych wynikało, iż partner zobowiązany jest do sprzedawania wyrobów (...) S.A. z minimalną marżą od cen zakupu wyrobów tego przedsiębiorcy (pkt 2.7.5). W przypadku odbiorców hurtowych i sieci detalicznych marża wynosiła 2%, natomiast w przypadku odbiorców detalicznych 5%. Marży minimalnej nie określono w powyższy sposób jedynie w dwóch przypadkach, przy czym w jednym z nich wskazano, iż sprzedaż detaliczna wyrobów (...) S.A. powinna odbywać się po cenach nie niższych niż cena fabryczna wyrobu. Odstępstwa od tych warunków obowiązywały tylko wtedy, gdy zostały one wyraźnie potwierdzone pisemnie przez (...) S.A. (§ 2 umowy). (...) S.A. zastrzegły sobie również prawo wglądu do faktur wystawionych przez partnera w zakresie sprzedaży ich wyrobów. Zgodnie z pkt 2.7.6 tych umów w przypadku nie stosowania się przez partnera do uregulowań dotyczących odsprzedaży wyrobów (...) S.A. po cenach minimalnych istniała możliwość zastosowania kar umownych takich jak: pisemne upomnienie partnera, odebranie przysługującego rabatu lub zerwanie umowy. Wskazane umowy handlowe zawierane przez przedsiębiorców były jednolitej treści.

Powyższe w ocenie Sądu Okręgowego uprawniało stwierdzenie, że zawarte przez Zakłady (...) S.A. w C. oraz szereg przedsiębiorców porozumienie polegało na bezpośrednim ustalaniu w umowach handlowych między Zakładami (...) S.A. w C. oraz przedsiębiorcami cen odsprzedaży przez przedsiębiorców — partnerów wyrobów produkowanych i sprzedawanych im przez (...) S.A., a celem tego porozumienia było wyeliminowanie konkurencji pomiędzy partnerami (...) S.A., poprzez zobowiązanie ich do odsprzedaży wyrobów z minimalną marżą określoną w umowie handlowej.

W ocenie Sądu Okręgowego spełnione zostały zatem wszystkie przesłanki uznania przedmiotowego porozumienia za niedozwolone w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odnosząc się natomiast do uczestnictwa w w/w niedozwolonym porozumieniu powoda I. W. prowadzącego działalność gospodarczą jako (...) I. W. w K., Sąd Okręgowy wskazał, iż trwało ono od 2 kwietnia 2003 r. tj. od zawarcia umowy z Zakładami (...) S.A. do dnia jej wypowiedzenia w dniu 10 kwietnia 2006 r. Jak bowiem zauważył Sąd I instancji, powołując się w tym zakresie na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości /z dnia 07 stycznia 2004 r. C-204/00 P/, tylko jasny i konkretny przekaz odnośnie zaprzestania udziału w porozumieniu mógł świadczyć o zaniechaniu stosowania praktyki zniekształcającej konkurencję i nawet współudział bierny w naruszeniu mógł być podstawą uznania odpowiedzialności przedsiębiorcy także gdy nie stosował on w praktyce zapadłych uzgodnień, które miały cel niezgodny z zasadami konkurencji, chyba że zdystansowałyby się on publicznie od uzgodnień zapadłych w ramach kartelu.

W świetle powyższego, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Sąd Okręgowy podniósł, że bez znaczenia dla odpowiedzialności powoda /w kontekście zaniechania stosowania niedozwolonej praktyki/ pozostawał fakt, iż ostatnia faktura wystawiona przez Zakłady (...) S.A. miała datę 3 sierpnia 2004 r. Oznaczało to bowiem wyłącznie brak realizacji umowy, a nie zdystansowanie się od treści porozumienia, które nadal obowiązywało. Za dzień zaprzestania stosowania niedozwolonych praktyk Sąd Okręgowy w przypadku powoda uznał bowiem moment wypowiedzenia przez niego przedmiotowej umowy tj. dzień 10 kwietnia 2006 r., co z kolei oznaczało, że wszczęcie przez Prezesa UOKiK postępowania antymonopolowe w stosunku do powoda w dniu 18 grudnia 2007 r. nastąpiło przed upływem terminu przedawnienia określonym w art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem Prezes UOKiK mógł bowiem wszcząć postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję w stosunku do powoda do końca 2007 r.

Sąd Okręgowy za nietrafny uznał również zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oparty na twierdzeniu powoda, iż nie dopuścił się praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na bezpośrednim ustaleniu cen odsprzedaży z uwagi na fakt, że zakwestionowana umowa nie była przez niego wykonywana, o czym miałyby świadczyć różnorodna wysokość stosowanej przez niego marży, różna od tej ustalonej w umowie z Zakładami (...) S.A.

Sąd Okręgowy powtórnie powołując się na wymieniony wyrok Trybunału Sprawiedliwości stwierdził, iż udział w porozumieniu jest ujmowany bardzo szeroko i nawet fakt, że powód samodzielnie ustalał wysokość cen, nie wykluczał uznania, iż uczestniczył on biernie w niedozwolonym porozumieniu. Decydujące znaczenie miał bowiem fakt, podpisania umowy dotyczącej stosowania przez niego „cen minimalnych” i tym samym przystąpienie do porozumienia.

Uznając zatem, że powód brał udział w zakazanym porozumieniu Sąd Okręgowy stwierdził, że nałożenie na niego przez Prezesa UOKiK w zaskarżonej Decyzji kary pieniężnej było w okolicznościach niniejszej sprawy, w oparciu o normę art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy okik, uzasadnione i zgodne z zasadą celowości i proporcjonalności.

Również wysokość wymierzonej powodowi kary Sąd Okręgowy uznał za odpowiednią, jako odpowiadającą dyrektywom jej wymiaru określonym w art. 111 ustawy okik, a zatem uwzględniającą między innymi okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c. wniesione przez powoda odwołanie oddalił.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód, który zaskarżając przedmiotowe orzeczenie w całości zarzucił Sądowi I instancji naruszenie:

a). art. 93 u.o.k.k. w zw. z art. 105 § 1 k.p.a. przez ich niezastosowanie i przyjęcie, że w stosunku do powoda nie zaszyły przesłanki przedawnienia wszczęcia postępowania administracyjnego;

b). art. 93 u.o.k.k. przez jego błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, iż zaprzestanie uczestnictwa w porozumieniu ograniczającym konkurencję wymaga na potrzeby rozpoczęcia biegu terminu przedawnienia antymonopolowego wyraźnego oświadczenia przedsiębiorcy, a w szczególności wypowiedzenia umowy;

c). art. 106 ust. 1 w zw. z art.111 u.o.k.k. przez nałożenie na powoda kary pieniężnej w nieproporcjonalnej do zakresu przewinienia wysokości.

Podnosząc powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie powództwa i uchylenie decyzji Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2008 r. nr (...) w części odnoszącej się do powoda, tj. w zakresie pkt I b) 2, I d) 5 oraz I e) 4 i umorzenie postępowania antymonopolowego wobec powoda, względnie o zmianę zaskarżonej decyzji i umorzenie postępowania wobec powoda lub stwierdzenie niestosowania przez powoda zarzucanej mu praktyki mającej polegać na zawarciu z Zakładami (...) SA porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów, względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania, względnie, z ostrożności procesowej, o zmianę zaskarżonego wyroku i zmniejszenie nałożonej na powoda kary pieniężnej. Nadto skarżący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego na rzecz powoda, wg norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja jest zasadna a podniesione w niej zarzuty trafne.

Sąd Apelacyjny nie podzielił wykładni art. 93 u.o.k.k. dokonanej przez Sąd I instancji, zgodnie z którym nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania upłynął rok. Dla oceny rozstrzygnięcia istotne zatem będzie ustalenie, w którym momencie dochodzi do zaprzestania praktyk ograniczających konkurencję. Czy chwilą tą będzie jak uznał Sąd Okręgowy chwila wypowiedzenia przez powoda umowy czy też jak chce skarżący chwila faktycznego zaprzestania stosowania niedozwolonej praktyki.

Unormowaniem ogólnym regulującym instytucję przedawnienia w ustawie antymonopolowej jest art. 76 u.o.k.k., co wynika zarówno z jego wykładni literalnej (dotyczy "postępowania" - bez precyzowania, w jakim przedmiocie), jak i z wykładni systemowej (zamieszczony on został wśród przepisów ogólnych regulujących zasady postępowania przed Prezesem UOKiK). Zaś artykuł 93 u.o.k.k. jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 76 u.o.k.k. Ten pierwszy ma zastosowanie bowiem tylko do postępowań w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję (a zatem znajdzie zastosowanie w niniejszej sprawie). Wprowadzono w nim krótszy termin przedawnienia, wynosi on 1 rok, obliczany od końca roku, w którym zaprzestano stosowania zakazanych praktyk

W doktrynie za przeważający należy uznać pogląd, który Sąd Apelacyjny w pełni podziela, że zaprzestanie stosowania praktyki polegającej na naruszeniu art. 6 u.o.k.k. ma miejsce wtedy, gdy strony faktycznie zaprzestały realizacji porozumienia. Przyjąć należy, iż w przypadku, gdy praktyka ma postać umowy o charakterze antykonkurencyjnym wówczas termin przedawnienia obliczać należy od końca roku, w którym zaprzestano stosowania takiej umowy antykonkurencyjnej (K.Kochutek, M.Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Lex 2008; D. Miąsik, T. Skoczny Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2009; E. Modzelewska – Wąchal Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002.)

Już bowiem z samego sformułowania „zaprzestano stosowania”, wynika, że chodzi w tym wypadku o zaprzestanie działania a więc faktycznego wykonywania porozumienia a nie o formalne istnienie porozumienia mimo braku działania. Przemawia za tym także brzmienie innych przepisów ustawy, które nie wymagają dla porozumienia ograniczającego konkurencję żadnej szczególnej formy, nie musi ono przybierać także formy umowy. Oznacza to, że z punktu widzenia celów ustawy tj. ochrony konkurencji, bez znaczenia pozostaje fakt sformalizowania porozumienia. Istotne natomiast jest to, czy podjęte zostały działania zmierzające do ograniczenia konkurencji.

Tym samym per analogiam należy uznać, że dla zakończenia stosowania porozumienia nie jest potrzebne wyraźne (w sposób formalny) od niego odstąpienie poprzez np. złożenie oświadczenia woli o odstąpieniu od niego. Oznaczałoby to w konsekwencji, że w przypadku nieformalnych porozumień chwilą „zaprzestania stosowania”, byłaby to chwila faktycznego zaprzestania nieuczciwych praktyk a w przypadku sformalizowanego porozumienia chwila jego wypowiedzenia. Tak sztywne stanowisko mogłoby doprowadzić jak słusznie wskazuje skarżący do konsekwencji, które nie dają się pogodzić z celem ustawy, a mianowicie należałoby przyjąć, że doszło do zaniechania stosowania praktyk ograniczających konkurencję wobec wypowiedzenia umowy mimo, że nie doszło do faktycznego zaniechania stosowania tych praktyk.

Za taką interpretacją pojęcia „zaprzestano stosowania”, opowiedział się także Sąd Najwyższy wskazując, że zaniechanie stosowania praktyki to rzeczywiste zaprzestanie zachowania, a zatem zaprzestanie wykonywania działań lub podjęcia działań, w przypadku praktyki przybierającej postać zaniechania, które kwalifikowane jest jako naruszające konkurencję. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lipca 2009r. III SK 10/09

Zauważyć należy, że w praktyce, w przypadku umów, które jedynie określają zasady współpracy tak jak w przypadku umowy łączącej powoda z Zakładami (...) S.A. w C. często dochodzi do zaniechania współpracy bez formalnego wypowiedzenia umowy albowiem strony nie są zobowiązane do konkretnych zachowań np. zakupu określonej ilości jakiegoś towaru. Może zatem dojść do sytuacji w której w obrocie prawnym funkcjonuje wiele umów mimo, że nie są wykonywane

Natomiast doktryna zgodnie podkreśla, że wprowadzenie art.93 przedmiotowej ustawy miało na celu zharmonizowanie ochrony przed praktykami ograniczającymi konkurencję na rynku z zasadą pewności obrotu. Brak tego uregulowania stwarzałby sytuację niepewności przez nieograniczony czas, zarówno przedsiębiorcom stosującym praktyki, podmiotom dotkniętym nimi, a także innym uczestnikom rynku. Upływ czasu od daty zaniechania określonej praktyki sprawia, że zmiana stosunków gospodarczych ukształtowanych w tym okresie oraz w czasie, jaki byłby konieczny do rozstrzygnięcia sprawy, nie uzasadniają zastosowania instrumentów prawa antymonopolowego. Wskazane powyżej cele są zbieżne z ratio legis instytucji przedawnienia unormowanej w przepisach kodeksu cywilnego. Podobnie jak w przypadku przepisów u.o.k.k., podstawową ich funkcją jest określenie ram czasowych realizowania uprawnień (w przypadku k.c. - roszczeń), bez których strony pozostawałyby przez nieograniczony okres w niepewności co do swej sytuacji prawnej.

Sąd Okręgowy w swojej argumentacji oparł się na wyroku Trybunału Sprawiedliwości /z dnia 07 stycznia 2004 r. C-204/00 P/ wywodząc, że w przedmiotowej sprawie nie doszło do przedawnienia wszczęcia postępowania antymonopolowego albowiem zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości tylko jasny i konkretny przekaz odnośnie zaprzestania udziału w porozumieniu świadczy o zaniechaniu praktyki ograniczającej konkurencję” a za taki przekaz można zdaniem Sądu I instancji uznać wyłącznie wypowiedzenie umowy. Sąd Apelacyjny nie podziela tej argumentacji. Wymóg jasnego i konkretnego przekazu ma charakter czysto oceny nie wynikający z żadnych przepisów. W ocenie Sądu Apelacyjnego zaprzestanie jakiegokolwiek współpracy gospodarczej pomiędzy stronami porozumienia w sposób wystarczający konkretyzuje wolę stron. Dlatego nieusprawiedliwionym jest stanowisko Sądu I instancji, że jedynie oświadczenie woli o wypowiedzeniu umowy można zakwalifikować jako jasny i konkretny przekaz, także dlatego, że w przypadku porozumień niesformalizowanych tak pojmowany jasny i konkretny przekaz nigdy by nie nastąpił.

Już tylko na marginesie wskazać należy, że słusznie podniósł skarżący, że przywołany wyrok Trybunału Sprawiedliwości wydany w nieco odmiennym stanie faktycznym.

Z tych względów Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 par 1 zmienił zaskarżony wyrok i na podstawie art. 479⁵³ par.2 kpc uchylił zaskarżoną decyzję w części dotyczącej powoda o kosztach procesu za drugą instancję rozstrzygając na zasadzie odpowiedzialności za wynik sporu stosownie do przepisu art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. oraz § 14 ust 3 pkt 3 w zw. z § 12 ust 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności

radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (Dz. U. z 2002 roku Nr 163, poz. 1349 ze zm).