

Sygn. akt *XVII AmA 132/10*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 października 2013r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: **SSO Maria Witkowska**

Protokolant: sekretarz sądowy Patrycja Żuk

po rozpoznaniu w dniu 10 października 2013r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania Przedsiębiorstwa Handlowego (...) Sp. z o.o. w K.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem uczestników:

(...) sp.j. w C.

(...) sp.j. w R.,

„Firmy Handlowo - Usługowej (...), M. O. i B. (...) Spółka jawna” w E.,

(...) Sp. z o.o. w W.,

(...)sp.j. w C.,

(...) S.A. w W.,

(...)w K.,

(...) Sp. z o.o. w U.,

S. Z. Przedsiębiorstwo Producyjno - Handlowe (...) w N.,

(...) Sp. z o.o. z siedzibą we W.,

Fabryki (...) S.A. w L.,

D. M. P.H.U (...) w B.,

(...) Sp. z o.o. w O.,

(...) Przedsiębiorstwo (...)Sp.j. w S.,

Przedsiębiorstwa (...)sp.j. w L.,

Firmy (...)sp.j. w S.,

W. M. (1) oraz (...) s.c. „Z. W. M.” w Z.,

M. K. P.H.U. (...) w G.,
M. M. (3) Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe - (...) w Ł.,
M. W. Firma Handlowo- Produkcyjna (...) Skład (...)w B.,
L. Ć. Przedsiębiorstwo Usługowo- Handlowe (...) w S.,
D. W. Firma Handlowo-Usługowa (...) w J.,
Przedsiębiorstwa Handlowego(...) Spółka jawna w T.,
(...) Sp. z o.o. w L.,
S. O. Firma (...) w N.,
Grupa (...) S.A. w B.,
T. Ć. Przedsiębiorstwo- Produkcyjno- Handlowo- Usługowe (...) w D.,
(...) Sp. z o.o. w P.,
Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego (...) Sp. z o.o. w K.,
(...) Sp. z o.o. w B.,
Przedsiębiorstwa (...) sp.j. w R.,
A. M. (2) Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...) w S.,
G. S. Hurtownia (...) w B.,
P. G. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...) w B.,
Hurtowni (...) Sp. z o.o. w D.,
(...) Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Handlowo- Usługowe Sp. z o.o. w T.,
A. S. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...)
A. S. w G.,
Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. w J. P.,
„(...) Sp. z o.o. w B.,
(...) Sp. z o.o. Sp. komandytowa w B. (dawniej (...)sp.j. w P.),
R. M. Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługowo- Handlowe (...) w P.,
P. K. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) P. K. w M.,
E. Ż. PPHU (...) Hurtownia (...) w K.,
(...) Sp. z o.o. w Z.,
H. D. (...) Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowo-Produkcyjne w K.,
Zakładu Usługowo- Handlowego (...) sp.j. w S.,

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

A. M. (3) (...) w P.,

R. B. (...) w K.,

(...) - Firma Handlowa(...), spółka jawna w Ł.,

(...)Spółka jawna (...)w R.,

(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (dawniej (...) Spółka jawna) w K.

Przedsiębiorstwa Handlu (...) S.A. w P.,

T. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą(...)” w D.

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania Przedsiębiorstwa Handlowego (...) Sp. z o.o. w K. od Decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 grudnia 2009 roku Nr (...)

1) **zmienia zaskarżoną Decyzję w ten tylko sposób, że w pkt I c) ppkt 43 obniża nałożoną na Przedsiębiorstwo Handlowe (...) Sp. z o.o. w K. karę pieniężną do kwoty 178.230,00 zł (sto siedemdziesiąt osiem tysięcy dwieście trzydzieści złotych),**

2) **oddala odwołanie w pozostałej części,**

3) **zasądza od Przedsiębiorstwa Handlowego (...) Sp. z o.o. w K. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.**

Sygn. akt XVII AmA 132/10

UZASADNIENIE

Decyzją Nr (...) z dnia 28 grudnia 2009r. pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego przeciwko Fabryce (...) S.A. w L. oraz innym przedsiębiorcom :

a) na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję zawarcie przez Fabrykę (...) S.A. w L. 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 Fabryką (...) S.A. w L. oraz wskazanymi poniżej przedsiębiorcami w umowach handlowych dotyczących sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez (...) S.A. w L., cen sprzedaży tych towarów przez przedsiębiorców:

1. (...) Sp. z o.o. we W.,

2. D. M. P.H.U (...) w B.,

3. Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowo-Produkcyjne (...) Sp. z o.o. w W.,

4. (...) Sp. z o.o. w O.,

5. (...) Przedsiębiorstwo (...)sp.j. w S.,
6. Przedsiębiorstwo (...)sp.j. w L.,
7. (...)sp.j. w S.,
8. Firma Handlowa (...)sp.j. w S.,
9. „Firma Handlowo-Usługowa (...)spółka jawna” w E.,
10. W. M.oraz Z. M.Handel Hurtowy s.c. (...)” w Z.,
11. M. K. P.H.U. (...) w G.,
12. M. M. (3) Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe - (...) w Ł.,
13. M. W. Firma Handlowo-Produkcyjna (...) Skład (...)w B.,
14. L. Ć. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe (...) w S.,
15. D. W. Firma Handlowo-Usługowa (...) w J.,
16. Przedsiębiorstwo Handlowe (...) B. D. (1), Ł. D. sp.j. w T.
17. (...) Sp. z o.o. w L.,
18. S. O. Firma (...) w N.,
19. Grupę (...) SA w B.,
20. T. Ć. Przedsiębiorstwo-Produkcyjno-Handlowo-Usługowe (...) w D.,
21. „(...)Sp. z o.o. w P.,
22. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) Sp. z o.o. w K.,
23. (...) Sp. z o.o. w B.,
24. Przedsiębiorstwo (...)sp.j. w R.,
25. A. M. (2) Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...) w S.,
26. G. S. Hurtownia (...) w B.,
27. P. G. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...) w B.,
28. Hurtownię (...) Sp. z o.o. w D.,
29. (...) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Sp. z o.o. w T.,
30. S. Z. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe (...) w N.,
31. A. S. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) w G.,
32. Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. w J. P.,
33. (...) Sp. z o.o. w B.,

34. (...)sp.j. w P.,
35. R. M. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe (...) w P.,
36. (...) sp.j. w R.,
37. P. K. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) w M.,
38. E. Ż. PPHU (...) Hurtownia (...) w K.,
39. (...) sp.j. w C.,
40. (...) Sp. z o.o. w Z.,
41. Przedsiębiorstwo Handlowe (...) Sp. z o.o. w G.,
42. H. D. (...) Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne w K.,
43. Zakład Usługowo-Handlowy (...) sp.j. w S.,
44. (...) Sp. z o.o. w Z.,
45. A. M. (3) (...) w P.,
46. R. B. (...) w K.,
47. „(...)”, spółka jawna w Ł.,
48. (...) Sp. z o.o. w R.,
49. I. S. (...)w K.,
50. (...) sp.j. w K.,
51. Przedsiębiorstwo Handlu (...) S.A. w P.,
52. (...) Sp. z o.o. w U.,
53. (...) S.A. w W.,
54. T. M. (...) w D.,

co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i stwierdził zaniechanie jej stosowania przez ww. przedsiębiorców z dniem 01.01.2007r., za wyjątkiem Przedsiębiorstwa Handlowego(...)sp.j. w T., który zaniechał stosowania tej praktyki z dniem 06.05.2006r.

b) na podstawie art. 105 ust. 1 kpa w zw. z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów umorzył jako bezprzedmiotowe postępowanie antymonopolowe w sprawie zawarcia przez Towarzystwo (...) S.A. w K. i Fabrykę (...) SA w L. niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku krajowym sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, polegającego na bezpośrednim ustalaniu cen sprzedaży towarów, co może stanowić naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez ustalanie pomiędzy powyżej wskazanymi przedsiębiorcami w umowach handlowych dotyczących sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez (...) SA w L., cen sprzedaży tych towarów przez (...) SA.

c) na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. 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 sentencji

niniejszej decyzji, kary pieniężne na wskazanych przedsiębiorców, w tym na Przedsiębiorstwo Handlowe (...) Sp. z o.o. w G. (obecnie w K.) karę w wysokości 202.316 zł.

d) na podstawie art. 77 w zw. z art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów postanowił obciążyć tych przedsiębiorców kosztami opisanego w pkt I.a postępowania, w tym Przedsiębiorstwo Handlowe (...) Sp. z o.o. w G. (obecnie w K.) kwotą 45 zł, oraz zobowiązał tych przedsiębiorców do ich zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Od niniejszej Decyzji odwołanie złożył powód – Przedsiębiorstwo Handlowe (...) Sp. z o.o. w K. i wniósł o uchylenie zaskarżonej Decyzji w całości i rozstrzygnięcie co do istoty sprawy poprzez uznanie, że zawarcie przez odwołującego się umowy z Fabryką (...) S.A. w L. nie stanowiło praktyki ograniczającej konkurencję, a także, że nie stanowiło niedozwolonego porozumienia w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów; oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych i dopuszczenie dowodu z zebranych w toku postępowania antymonopolowego dokumentów.

Powód zarzucił Decyzji:

1. naruszenie przepisu art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów polegające na uznaniu, iż odwołujący się poprzez zawarcie umowy z Fabryką (...) S.A. w L. dopuścił się czynu stanowiącego praktykę ograniczającą konkurencję i niedozwolone porozumienie w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów;

2. naruszenie przepisu art. 8 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego niezastosowanie, pomimo, iż zawarte przez odwołującego się porozumienie nie stwarzało mu, Fabryce (...) S.A. w L. oraz pozostałym uczestnikom postępowania możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku oferowanych przez nich towarów.

Rozpoznając odwołanie Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

Fabryka (...) S.A. w L. zawarła z szeregiem przedsiębiorców tj.:

1. (...) Sp. z o.o. we W.,
2. D. M. P.H.U (...) w B.,
3. (...) Sp. z o.o. w W.,
4. (...) Sp. z o.o. w O.,
5. (...) Przedsiębiorstwo (...)Sp.j. w S.,
6. Przedsiębiorstwem (...)sp.j. w L.,
7. (...)sp.j. w C.,
8. Firmą Handlową(...) sp.j. w S.,
9. „Firma Handlowo-Usługowa (...)spółka jawna” w E.,
10. W. M. (1) oraz Z. M.Handel Hurtowy s.c(...) w Z.,
11. M. K. P.H.U. (...) w G.,
12. M. M. (3) Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe - (...) w Ł.,

13. M. W. Firma Handlowo-Produkcyjna (...) Skład (...)w B.,
14. L. Ć. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe (...) w S.,
15. D. W. Firma Handlowo-Usługowa (...) w J.,
16. Przedsiębiorstwem Handlowym (...)Spółka jawna w T.,
17. (...) Sp. z o.o. w L.,
18. S. O. Firma (...) w N.,
19. Grupą (...) SA w B.,
20. T. Ć. Przedsiębiorstwo-Produkcyjno-Handlowo-Usługowe (...) w D.,
21. (...) Sp. z o.o. w P.,
22. Przedsiębiorstwem Handlowo-Usługowym (...) Sp. z o.o. w K.,
23. (...) Sp. z o.o. w B.,
24. Przedsiębiorstwem (...)sp.j. w R.,
25. A. M. (2) Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...) w S.,
26. G. S. Hurtownia (...) w B.,
27. P. G. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...) w B.,
28. Hurtownią (...) Sp. z o.o. w D.,
29. (...) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Sp. z o.o. w T.,
30. S. Z. Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe (...) w N.,
31. A. S. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) w G.,
32. Przedsiębiorstwem (...) Sp. z o.o. w J. P.,
33. (...) Sp. z o.o. w B.,
34. (...)sp.j. w P.,
35. R. M. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe (...) w P.,
36. (...) sp.j. w R.,
37. P. K. Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe (...) P. K. w M.,
38. E. Ź. PPHU (...) Hurtownia (...) w K.,
39. (...) sp.j. w C.,
40. (...) Sp. z o.o. w Z.,
41. Przedsiębiorstwem Handlowym (...) Sp. z o.o. w G.,

42. H. D. (...) Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne w K.,
43. Zakładem Usługowo-Handlowym (...) sp.j. w S.,
44. (...) Sp. z o.o. w Z.,
45. A. M. (3) (...) w P.,
46. R. B. (...) w K.,
47. (...) - Firma Handlowa, B. G., K. G., spółka jawna w Ł.,
48. (...) Sp. z o.o. w R.,
49. I. S. (...)w K.,
50. (...) sp.j. w K.,
51. Przedsiębiorstwem Handlu (...) S.A. w P.,
52. (...) Sp. z o.o. w U.,
53. (...) S.A. w W.,
54. T. M. (...)w D.,

umowy handlowe obowiązujące w 2005 (umowy handlowe z dnia 10 stycznia 2005r.) i 2006r. (umowy handlowe z dnia 02 stycznia 2006r.), zawierające tożsame postanowienia, dotyczące sprzedaży wyrobów produkowanych i sprzedawanych przez Fabrykę (...) S.A. w L., cen sprzedaży tych towarów przez odbiorców. Inicjatorem przedmiotowego porozumienia była Fabryka (...) S.A. w L., która przygotowała zakwestionowany wzorzec umowy na 2005r. wraz z aneksami (k. 634 – 646 akt adm.) oraz na 2006r. wraz z aneksami (k. 620-633 akt adm.). Fabryka (...) S.A. opracowała także „Deklarację przestrzegania zasad sprzedaży” (k. 10382 akt adm.) jako towarzyszącą umowie handlowej z 03 stycznia 2005r., która została niezwłocznie wycofana z obrotu i zastąpiona umową właściwą z dnia 10 stycznia 2005r., o której mowa powyżej.

Zgodnie z § 5 pkt 5.2.6 tych umów handlowych odbiorca zobowiązany był m.in. do dołożenia w miarę możliwości, z uwzględnieniem postanowień punktu 5.2.13 tej umowy oraz w zakresie dozwolonym obowiązującymi przepisami prawa starań, aby sprzedaż wyrobów (...) S.A. na każdym ze szczebli dystrybucji odbywała się z uwzględnieniem zasad uczciwej konkurencji. „Przejawiać się to powinno w zakazie stosowania cen nieuczciwych, za które uważane będą ceny, które w sposób znaczny odbiegają od cen cennikowych lub sugerowanych” za wyjątkiem promocji, „a także w zapobieganiu nieuzasadnionemu różnicowaniu cen wyrobów na każdym ze szczebli dystrybucji, (...) nie sprzedawania tych wyrobów po cenach dumpingowych lub rażąco niskich, zawierających nieuzasadnione lub/i zróżnicowane opusty, rabaty bądź inne instrumenty finansowe wpływające na cenę wyrobu, której stosowanie może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji i wpływać na zachwianie równowagi rynkowej oraz zdrową konkurencję”. Powyższe zalecenia (...) S.A. „podyktowane są w szczególności stosownymi przepisami prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i troską o dobre imię i pozycję rynkową (...) S.A., które mogą doznać uszczerbku również poprzez dalsze działania odbiorcy”. Dalej ten punkt umowy zawiera uregulowanie, iż „odbiorca zobowiązuje się do uwzględnienia w swoich działaniach zaleceń wymienionych w zdaniach poprzednich oraz uprzedniego uzgadniania z Dostawcą stosowanych warunków przy wprowadzeniu wyrobów Dostawcy na niższe szczeble dystrybucji w zakresie ich zgodności z zasadami uczciwej konkurencji oraz polityki handlowej Dostawcy, jak również dołożenia staranności, aby sprzedaż detaliczna wyrobów Dostawcy odbywała się w sugerowanych cenach nie niższych niż cena cennikowa wyrobu zgodnie z cennikiem o którym mowa w § 9 umowy” tj. z cennikiem aktualnym w momencie podpisania umowy. Ponadto „(...)” S.A. zobowiązała się w umowie do pisemnego powiadamiania odbiorców o każdorazowej zmianie cen na 30 dni przed

rozpoczęciem obowiązywania nowych cen oraz przesłania pisemnego powiadomienia o szczegółach tej zmiany na 14 dni przed dniem rozpoczęcia ich obowiązywania (§ 9 pkt 9.4 umowy).

Umowa ta regulowała ponadto w § 5 pkt 5.2.8 i pkt 5.2.10, iż (...) S.A. zastrzegła sobie prawo wglądu do dokumentów związanych ze sprzedażą przez odbiorcę jej wyrobów oraz iż na żądanie (...) S.A. odbiorcy prześlą jej sprawozdania finansowe oraz sprawozdania statystyczne za wskazane przez nią okresy.

Zgodnie z treścią § 5 pkt 5.2.13 umowy odbiorcy byli również zobowiązani do „przestrzegania zasad polityki handlowej Dostawcy, a w szczególności zasad uczciwej konkurencji przejawiających się również w zakazie stosowania cen nieuczciwych, za które były uważane ceny, które w sposób znaczący odbiegają od cen cennikowych lub sugerowanych”, za wyjątkiem okresów promocji.

Z kolei § 10 pkt 1 umowy przewidywał wysokość opustów podstawowych przyznanych przez (...) S.A. odbiorcom, w zależności od ich aktywności na rzecz (...) S.A., szerokości sprzedawanego asortymentu, przestrzegania terminów płatności oraz przestrzegania pozostałych warunków handlowych ustalonych w tej umowie, w wysokości wskazanej w § 10 pkt 2 umowy. Jednakże stosownie do § 10 pkt 5 tej umowy w przypadku nie stosowania się odbiorców do polityki handlowej (...) S.A. przedsiębiorca ten miał prawo do jednostronnej zmiany wcześniej ustalonych warunków handlowych.

§ 13 pkt 13.3 umowy przewidywał, iż rażące naruszenie jej postanowień przez odbiorców, a w szczególności w razie powtarzającego się niestosowania się odbiorców do zasad uczciwej konkurencji lub polityki handlowej (...) S.A. upoważniało tego przedsiębiorcę do jej rozwiązania ze skutkiem natychmiastowym.

Do przedmiotowej umowy z 2006r. (...) S.A. oraz wszyscy odbiorcy zawarli w dniu 02 stycznia 2006r. aneksy o numerach (...) o analogicznej treści, różniące się wszelako wielkością opustów w zależności od wielkości sprzedaży wyrobów (...) S.A.

Aneks nr (...) dotyczył uszczegółowienia zapisów zawartych w § 10 umowy tj. wielkości przyznanego odbiorcy opustu w zależności od wielkości sprzedaży towarów (...) S.A. w poszczególnych miesiącach roku. Jednakże aneks ten w § 2 pkt 9 przewidywał, iż wszelkie upusty mogą zostać wstrzymane przez (...) S.A. w przypadku naruszenia zasad uczciwej konkurencji lub/i zasad polityki handlowej tego przedsiębiorcy opisanych w punktach 5.2.1-5.2.17 umowy handlowej. Przy czym „w przypadku wątpliwości co do zasad przestrzegania umowy handlowej odbiorca winien poddać się kontroli odpowiednich dokumentów w tym zakresie przez Dostawcę” (§ 10 pkt 9 aneksu).

Z kolei aneks nr (...) przewidywał przyznanie odbiorcom dalszych dodatkowych opustów kwartalnych od obrotów netto do określonej w tych aneksach wysokości za należyte realizowanie przez odbiorców polityki handlowej (...) S.A. Podstawowymi kryteriami oceny odbiorców w zakresie realizowania polityki handlowej (...) S.A. było rzetelne realizowanie przede wszystkim umowy handlowej za rok 2006, a zwłaszcza postępowanie zgodnie z postanowieniami punktów 5.2.1-5.2.17 tej umowy (§ 2 pkt 1 aneksu).

W 2006r. odbiorców oprócz umów obowiązywały też dwa wykazy cen stworzone przez (...) S.A. Pierwszy cennik obowiązywał ich od 30 maja 2005r. do 22 lutego 2006r. (k. 685 akt adm.), drugi cennik obowiązywał od 23 lutego 2006r. (k. 686 akt adm.).

Cenniki „(...)S.A. zawierające ceny, do których odnosiły się zapisy przedmiotowych umów handlowych były zamieszczane na stronie internetowej producenta (okoliczność bezsporna k. 1203, 2064, 2081, 2130, 2131 akt adm.).

Wszystkie umowy handlowe były stosowane przez (...) S.A i powodów oraz wymienionych wyżej przedsiębiorców do dnia 31.12.2006 r., za wyjątkiem przedsiębiorcy Przedsiębiorstwo Handlowe(...)sp. j. w T., który zaniechał jej stosowania z dniem 6.05.2006 r.

Analogiczna umowa jak ta z dnia 02 stycznia 2006r. została zawarta między Fabryką (...) S.A. w L. a Przedsiębiorstwem Handlowym (...) Sp. z o.o. w K. w dniu 01 kwietnia 2006r. (k. 566-570 akt adm.) i obowiązywała do 31 grudnia 2006 roku.

Od 2007 r. (...) S.A. zmieniła wzór umowy handlowej zawieranej z odbiorcami od 2007 r. w zakresie brzmienia § 5 umowy, zobowiązując odbiorców do dołożenia staranności aby sprzedaż detaliczna jej wyrobów odbywała się w sugerowanych cenach, które w sposób znaczny i nieuzasadniony nie będą odbiegać od ceny cennikowej wyrobu zgodnie z cennikiem, o którym mowa w § 9 tej umowy, tj. cennikiem z dnia wskazanego w tym postanowieniu umowy. Umowy handlowe obowiązujące w 2007 r. zawierane były w oparciu o wzór z dokonaną zmianą § 5 (k. 327- 483 akt adm.).

Postanowieniem z dnia 14 grudnia 2007r. wszczęto postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem zawarcia przez Fabrykę (...) S.A. w L. oraz szereg przedsiębiorców niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję (k. 1-2 akt adm.).

W toku postępowania jeden z przedsiębiorców T. Ć. prowadzący działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo-Produkcyjno- Handlowo- Usługowe (...) w D. przedstawił dokumentację mającą znaczenie dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, w tym własną korespondencję z Fabryką (...) S.A. dotyczącą ustalania cen na produkty (...) S.A. (k. 10809 – 10831 akt adm.).

Przedsiębiorstwo Handlowe (...) Sp. z o.o. w K. uzyskało w 2008r. przychód w wysokości [tajemnica przedsiębiorcy] (k. 9225 akt adm. i załącznik nr 6 do Decyzji).

Dnia 28 grudnia 2009r. Prezes UOKiK wydał zaskarżoną Decyzję, w której przesądził na podstawie zgromadzonych w postępowaniu umów handlowych, że Fabryka (...) S.A. w L. zawarła z wymienionymi przedsiębiorcami, w tym Przedsiębiorstwem Handlowym (...) Sp. z o.o. w K., niedozwolone porozumienie ograniczające konkurencję.

W toku postępowania sądowego przekształceniu uległa spółka (...) Spółka jawna w K., jej następcą prawnym jest (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w K. (k. 390-396 akt sąd.).

W toku postępowania sądowego przekształceniu uległa też spółka (...)Sp.j. w P., jej następcą prawnym jest (...) Sp. z o.o. Sp. komandytowa w P. (k. 530-534 akt sąd.).

Przedsiębiorstwo Handlowe (...) Sp. z o.o. wpisane do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr (...) zmieniło siedzibę z G. na K. (k. 62-69, 525-529 akt sąd.).

W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

Zaskarżona Decyzja jest słuszna co do zasady i znajduje uzasadnienie w przepisach prawa, stąd podnoszone w odwołaniu przez powoda Przedsiębiorstwo Handlowe (...) Sp. z o.o. w K. zarzuty nie mogą skutkować jej uchynieniem. Odwołanie zasługuje na uwzględnienie tylko w nieznaczącej części dotyczącej wymiaru kary pieniężnej, wobec czego w tym zakresie Decyzja została zmieniona.

W ocenie Sądu Prezes UOKiK prawidłowo przyjął, iż zawarte pomiędzy (...) S.A. a przedsiębiorcami, w tym Przedsiębiorstwem Handlowym (...) Sp. z o.o. w K. porozumienie było porozumieniem określonym w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, do zawarcia którego doszło na krajowym rynku sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, które spowodowało naruszenie interesu publicznoprawnego konkurentów i konsumentów.

Zgodnie z powyżej wskazanym przepisem art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych

warunków zakupu lub sprzedaży towarów. W myśl art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest zatem nie tylko ustalanie cen, ale także i ich elementów, tj. np. marż handlowych, wszelkich narzutów do cen, rabatów, upustów, jak i innych składników kalkulacyjnych ceny mających wpływ na ostateczny poziom cen. Przy czym zakazane są porozumienia cenowe mające na celu ustalenie zarówno konkretnego poziomu cen, jak i cen minimalnych, w związku z ustaleniem których przedsiębiorcy będący stronami porozumienia nie mogą stosować cen niższych niż określone w relacjach z kontrahentami. Dla określenia celu podstawowe znaczenie ma obiektywny cel, a nie subiektywne wyobrażenie jego stron o zamiarach czy motywach działania. Antykonkurencyjny cel nie musi wynikać ze wszystkich postanowień porozumienia, wystarczającym jest, iż zawierać ono będzie tylko poszczególne klauzule zmierzające do ograniczenia lub eliminacji konkurencji (K. Kohutek Komentarz do art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów LEX 2008). Zagrożenie dla konkurencji musi być realne, aby uznać je za naruszenie konkurencji, przy czym nie ma znaczenia, czy postanowienia niedozwolonego porozumienia zostały wprowadzone w życie.

W tym miejscu należy również wskazać, że w świetle art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez porozumienia rozumie się umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Z kolei zgodnie z art. 4 pkt 6 ustawy szczególnym rodzajem porozumień są porozumienia dystrybucyjne zawierane między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu, których celem jest zakup towarów dokonywany z zamiarem ich dalszej odsprzedaży.

W niniejszym przypadku ujawnione na prawidłowo ustalonym krajowym rynku sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych porozumienie miało formę pisemną w postaci dwustronnych umów handlowych zawieranych pomiędzy dystrybutorami a producentem - Fabryką (...) S.A.- tj. wymienionych w Decyzji identycznych porozumień pionowych na linii (...) S.A. – dystrybutorzy, które składają się w jedno porozumienie cenowe ograniczające konkurencję. Miało też charakter porozumienia wertykalnego – pionowego, gdyż wiązało przedsiębiorców na różnych szczeblach obrotu.

Przedsiębiorcy będący odbiorcami towarów (a faktycznie działający niejednokrotnie jako dystrybutorzy towarów), tak jak Przedsiębiorstwo Handlowe (...) Sp. z o.o. w K., zawierali umowy handlowe z Fabryką (...) S.A., poprzez zaakceptowanie ich treści i podpisanie, które to umowy regulowały warunki zakupu towarów przez odbiorców Fabryki (...) S.A. oraz warunki dalszej odsprzedaży towarów przez tych odbiorców.

Przedmiotowe umowy zgromadzone przez Prezesa UOKiK stanowią bezpośrednie dowody zawarcia przez powoda oraz innych przedsiębiorców zakazanego porozumienia cenowego polegającego na uzgodnieniu stosowania w obrocie handlowym cen minimalnych. Celem i zamiarem porozumienia zawartego pomiędzy produkującym wyroby (...) S.A. a poszczególnymi przedsiębiorcami było ustalenie ceny na szczeblu obrotu detalicznego, co świadczy o horyzontalnym efekcie porozumienia.

Treść zawieranych umów handlowych, a w szczególności zawarty w § 5 pkt 5.2.6 dotyczący obowiązków odbiorców wskazuje, iż odbiorca zobowiązany został do uzgodnień ze (...) jako dostawcą towarów - przy wprowadzaniu wyrobów dostawcy na niższe szczeble dystrybucji - w zakresie polityki handlowej również do tego, aby sprzedaż detaliczna wyrobów (...) S.A. odbywała się po cenach nie niższych niż cena wynikająca z cennika, o jakim mowa w § 9 umowy. Przy czym należy zwrócić uwagę na fakt zobowiązania odbiorców do sprzedaży wyrobów po cenach zasadniczo nie odbiegających od cen cennikowych, przy jednoczesnym zaznaczeniu, aby odbiorca nie sprzedawał wyrobów po cenach dumpingowych, rażąco niskich, zawierających zróżnicowane upusty, rabaty bądź inne instrumenty finansowe wpływające na cenę wyrobu. Trzeba więc zgodzić się z Prezesem UOKiK, że tym samym odbiorcy zostali zobowiązani do stosowania cen nie niższych niż ceny cennikowe, a nie zostały im te ceny zasugerowane, rekomendowane, czy też polecane. Interpretacji tej nie może zmienić fakt zastosowania w umowie, w tym w jej § 5 zapisów o „cenach sugerowanych”, czy zaleceniach dostawcy, a także wprowadzenia do umowy mylącego wskazania, aby sprzedaż wyrobów dostawcy na każdym ze szczebli dystrybucji odbywała się z uwzględnieniem zasad uczciwej konkurencji.

W świetle pkt 5.2.6 umowy stosowanie zasad uczciwej konkurencji powinno przejawiać między innymi w zakazie stosowania cen nieuczciwych, za które w rozumieniu tego zapisu umowy będą uważane ceny, które w znaczny sposób odbiegają od cen cennikowych lub sugerowanych. Nie można zatem mówić o uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy poziom cen został odbiorcom narzucony poprzez określenie, iż nie mogą być one niższe niż ceny cennikowe lub sugerowane, przy czym za niezastosowanie się do tych zasad polityki handlowej groziły odbiorcom daleko idące sankcje. Ponadto co istotne, w tym miejscu dokonano rozróżnienia pomiędzy cenami cennikowymi, a sugerowanymi.

Sąd zważył, iż ceny sugerowane nie są zakazane tylko wtedy, gdy nie mają charakteru cen sztywnych, czy minimalnych. Takie podejście znajduje odzwierciedlenie nie tylko w świetle rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 listopada 2007r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 230, poz. 1691) oraz poprzednio obowiązującego rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 142, poz. 1189 ze zm.), ale również i w ustawodawstwie Komisji Europejskiej, tj. Obwieszczeniu Komisji „Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych” (Dz. Urz. WE 2000/C 291/O1) oraz rozporządzenia Komisji (WE) z dnia 22 grudnia 1999r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. WE 1999/L 336/21). Za cenę sugerowaną może być więc uznana jedynie taka cena, która jest wyłącznie propozycją, czyli rekomendacją producenta, czy dostawcy wobec swojego odbiorcy. Przy czym odbiorca musi mieć pełną swobodę w zakresie stosowania się do tej sugestii. Dostawca nie może zatem w żaden sposób wywierać na odbiorcę bezpośrednio lub pośrednio wpływu w przedmiocie cen. W przeciwnym bowiem przypadku cena taka staje się ceną narzuconą.

Tymczasem, jak wynika z § 5 pkt 5.2.8 i 5.2.10 umowy, (...) S.A. zastrzegła sobie prawo kontroli i monitoringu działalności odbiorców na rynku w zakresie związanym ze sprzedażą jej wyrobów. Wymienione uregulowania wskazują na istnienie narzędzi, za pomocą których (...) S.A. starała się wpływać na decyzje cenowe swoich odbiorców. Ponadto w myśl § 13 pkt 13.3 umowy oraz § 10 pkt 10.5 umowy (...) S.A. przewidziała dla siebie nie tylko prawo do zmiany warunków handlowych, ale i do rozwiązania umowy w przypadku nie stosowania się odbiorcy do zasad uczciwej konkurencji lub polityki handlowej dostawcy, przejawiającej się w ocenie Sądu w kontekście całej umowy i zawartych do niej aneksów między innymi w stosowaniu cen nie niższych niż cennikowych określonych w umowie. Zagrożenie wyżej wymienionymi sankcjami przemawia za tym, iż nie można przyjąć, by ceny wskazane w umowach handlowych jako sugerowane istotnie mogłyby być dowolnie stosowane przez dystrybutorów, skoro istniała ze strony producenta możliwość podjęcia działań rodzących dla dystrybutorów negatywne skutki za stosowanie odmiennych cen, niż zgodne z polityką handlową (...) S.A., czyli cen niższych niż cennikowe. Nie ma przy tym znaczenia, czy kontrola i monitoring, jak również określone w umowie sankcje były stosowane przez organizatora porozumienia, istotny jest bowiem sam fakt możliwości zastosowania w praktyce wyżej omówionych postanowień umowy ograniczających swobodę prowadzenia przedmiotowej działalności przez przedsiębiorców będących stronami umów zawartych ze (...) S.A. i wpływ jaki owe sankcje wywierały na swobodę decyzyjną dystrybutora. Uzasadnionym jest zatem przyjęcie, iż zagrożenie sankcjami wpływało na stosowanie się do uregulowań narzuconych przez (...) S.A.

O wpływaniu przez (...) S.A. na kształtowanie cen odsprzedaży świadczy również istnienie systemu dodatkowych rabatów i premii za stosowanie się przez odbiorców do polityki handlowej (...) S.A. Aneks nr (...) przewidywał bowiem przyznanie odbiorcom dodatkowych opustów kwartalnych za należyte realizowanie przez odbiorców polityki handlowej (...) S.A., podczas gdy podstawowymi kryteriami oceny odbiorców w zakresie realizowania polityki handlowej (...) S.A. było rzetelne realizowanie umowy handlowej na rok 2006, w tym postępowanie zgodnie z postanowieniami punktów 5.2.1- 5.2.17 tej umowy, czyli nie sprzedawanie wyrobów (...) S.A. poniżej cen wynikających z cennika. Z kolei aneks nr (...) zawarty z odbiorcami przewidywał, iż wszelkie opusty mogą zostać wstrzymane w przypadku naruszenia zasad uczciwej konkurencji lub/i zasad polityki handlowej opisanych w punktach 5.2.1- 5.2.17 umowy, czyli również w zakresie sprzedaży wyrobów (...) S.A. poniżej cen wynikających z cennika.

Powyższe potwierdza więc tezę, iż (...) S.A. poprzez zakładanie w umowach handlowych oraz dotyczących się jej aneksach systemu monitoringu i kontroli, groźby rozwiązania umowy w przypadku nie stosowania się do jej polityki handlowej

m.in. w zakresie ustalania cen odsprzedaży oraz przyznania systemu dodatkowych upustów za stosowanie się do jej polityki handlowej, w sposób bezpośredni i pośredni wpływała na kształtowanie przez odbiorców cen odsprzedaży jej wyrobów, co oznacza, iż ceny określone w umowie handlowej jako sugerowane były w rzeczywistości cenami narzuconymi odbiorcom.

Ponadto należy zwrócić uwagę na fakt opracowania przez (...) S.A. „Deklaracji przestrzegania zasad sprzedaży” podpisanej tylko przez część odbiorców w 2005r. Z treści przedmiotowej deklaracji jednoznacznie wynika, iż miała ona na celu zobowiązanie podpisujących ją odbiorców do stosowania upustów nie wyższych niż oznaczone w tej deklaracji, a także do stosowania cen nie niższych niż ceny cennikowe, przez co (...) S.A. wyznaczyła ceny minimalne, jakie mogli stosować odbiorcy. Nawet jeśli powyższa deklaracja, jak twierdzi (...) S.A. obowiązywała zaledwie kilka dni, trzeba podkreślić, iż uszczegółowiła ona zapisy zawarte w umowie handlowej na 2005r., tym samym bez wątpienia potwierdzając intencje (...) S.A. co do ustalenia cen minimalnych odsprzedaży przez odbiorców jej wyrobów.

W tym kontekście doniosłe znaczenie mają również dowody stanowiące korespondencję pomiędzy (...) S.A. a jednym z odbiorców – T. Ć., z której to wynika, iż (...) S.A. uzależniła zwrot kosztów promocji dla tego odbiorcy od zastosowania się przez niego do zaproponowanych przez (...) S.A. cen minimalnych. Ponadto w korespondencji tej skierowanej do dystrybutorów (...) S.A. informuje o zamiarze bardzo wnikliwego analizowania przestrzegania zapisów umowy handlowej (k. 10831 akt adm.) Wskazać w tym miejscu należy na okoliczność wyrażania przez (...) S.A. zgody na przeprowadzenie promocji, przy równoczesnym przedstawieniu minimalnych cen detalicznych wyrobów objętych promocją podanych w gazetkach reklamowych, czy też na prośbę o przesłanie projektu gazetki reklamowej do ostatecznej akceptacji. Nadto istotne znaczenie dowodowe ma także „Regulamin promocji – VIII 2006 r.” (k.10834 akt adm.) skierowany do dystrybutorów posiadających podpisaną umowę handlową z (...) S.A. na rok 2006 świadczący o ustaleniu cen odsprzedaży niektórych wyrobów do sklepów po wskazanych przez (...) S.A. cenach.

Niezwykle wymownym jest przy tym, że omawiane wyżej umowy handlowe zawierane przez przedsiębiorców były jednolitej treści, gdyż jednolita była polityka handlowa (...) S.A.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zawarte przez Fabrykę (...) S.A. w L. oraz szereg przedsiębiorców porozumienie polegało na bezpośrednim ustalaniu w umowach handlowych między Fabryką (...) S.A. w L. oraz przedsiębiorcami minimalnych cen odsprzedaży przez przedsiębiorców – odbiorców wyrobów produkowanych i sprzedawanych im przez Fabrykę (...) S.A. w L.. Celem i zamiarem przedmiotowego porozumienia było zatem ustalenie ceny na szczeblu obrotu detalicznego. Organizator porozumienia - Fabryka (...) S.A. w L. warunkami umowy handlowej wpływał na zachowania hurtowników tym samym ograniczając ich swobodę gospodarczą poprzez narzucenie im konieczności sprzedaży towarów po takiej cenie, aby osiągnąć cenę detaliczną nie niższą niż cena cennikowa.

Tego typu porozumienie cenowe uznawane za jedno z „najcięższych” rodzajów porozumień nie podlega wyłączeniu spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Zgodnie bowiem z przepisem art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do porozumień, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy nie stosuje się wyłączeń o jakich mowa w art. 7 ust. 1 ustawy. Ponadto art. 8 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, iż Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia wyłączyć określone rodzaje porozumień spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Podobne uregulowania zawierał również art. 7 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W dniu 13 sierpnia 2002r. zostało wydane na podstawie art. 7 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 142, poz. 1189 ze zm.) obowiązujące do dnia 31 grudnia 2007r. Natomiast od dnia 01 stycznia 2008r. obowiązuje rozporządzenie z dnia 19 listopada 2007r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 230, poz. 1691). Jednakże zarówno w myśl § 10 pkt 1 ww. rozporządzenia z 2002r. jak i § 7 pkt 1 rozporządzenia z 2007r. wyłączenia określonych porozumień spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie stosuje się do porozumień wertykalnych, które bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub w powiązaniu z innymi

okolicznościami zależnymi od stron tych porozumień, mają na celu lub powodują ograniczenie prawa nabywcy do ustalania cen sprzedaży poprzez narzucanie przez dostawcę m.in. minimalnych cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem. Powyższe oznacza, że ustalanie przez strony porozumienia cen minimalnych odsprzedaży towarów nie podlega wyłączeniu na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, rozporządzenia z dnia 13 sierpnia 2002r., jak i rozporządzenia z 19 listopada 2007r. i świadczy o wysoce negatywnym oddziaływaniu tego typu porozumienia, które nie może podlegać usankcjonowaniu. Stąd też w ocenie Sądu nie można uznać w niniejszej sprawie, aby kwestionowane porozumienie co do cen minimalnych mogło zostać wyjęte spod zakazu z art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w oparciu o przepis art. 8 ust. 1 ustawy, który stanowi, że zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, nie stosuje się do porozumień, które jednocześnie:

- 1) przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
- 2) zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;
- 3) nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- 4) nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

Powód nie udowodnił zaistnienia tych okoliczności do czego był zobowiązany na podstawie art. 8 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a co więcej zdaniem Sądu wymienione przesłanki nie zostały spełnione w niniejszym przypadku.

W kontekście przytoczonego art. 8 ust. 1 pkt 4 ustawy należy podnieść, iż z jednakowej treści umów zawartych przez przedsiębiorców wynika bezspornie, iż celem tego porozumienia było wyeliminowanie konkurencji pomiędzy odbiorcami Fabryki (...) S.A. poprzez zobowiązanie ich do odsprzedaży wyrobów co najmniej po minimalnej cenie określonej w umowie handlowej - poprzez odniesienie się do cen cennikowych, de facto pod groźbą zastosowania konkretnych sankcji. Porozumienie to niewątpliwie oddziaływało na konkurencję na rynku krajowym farb i lakierów oraz wyrobów pomocniczych, albowiem ingerowało w mechanizm rywalizacji rynkowej pomiędzy dystrybutorami działającymi na innym szczeblu obrotu niż przedsiębiorca inicjujący porozumienie tj. (...) S.A. Ograniczona stała się konkurencja wewnątrzmarkowa dystrybutorów w odniesieniu do towarów objętych cenami minimalnymi właśnie z tego powodu, że ceny te zgodnie z treścią umów handlowych miały zostać ujednocnione. W sytuacji oferowania przez dystrybutorów zakupionych u producenta (...) S.A. towarów na kolejny szczebel dystrybucji (do sklepu) nie mogli oni kształtować ceny wg rachunku ekonomicznego, przy uwzględnieniu ponoszonych kosztów, co w konsekwencji wpływało na cenę detaliczną, która przez to była wyższa niż mogłaby być w warunkach swobodnej konkurencji. Nie miało przy tym znaczenia, czy poszczególni dystrybutorzy posiadali wiedzę o swoich konkurentach mających podpisane takie same umowy o współpracy handlowej, gdyż ujednocnienie cen było faktem niezależnie od tego, czy dystrybutorzy znali przyczynę tego zjawiska.

Rezygnacja z suwerenności decyzyjnej odbiorców w związku ze zgodą na zawarcie w umowach handlowych uregulowań ograniczających im samodzielność w zakresie ustalania cen prowadzi bowiem do wyłączenia swobodnej gry rynkowej, objawiającej się zazwyczaj w konkurowaniu o klienta poprzez obniżanie cen, marży. Ustalanie minimalnych cen odsprzedaży ogranicza możliwość reagowania przez dystrybutora na impulsy rynkowe w postaci aktualnego popytu i podaży na rynku właściwym, a w efekcie zniekształca działanie mechanizmów konkurencji w ten między innymi sposób, iż ceny kształtują się na wyższym poziomie niż w przypadku gry wolnorynkowej. Zdaniem Sądu wyeliminowanie konkurencji miało zatem prowadzić do zwiększenia zysków zarówno dostawcy jak i odbiorców, którzy zgodnie z treścią porozumienia utrzymywaliby ceny na określonym poziomie, nie będąc zmuszonym ich obniżyć.

Dodania również wymaga, iż zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji, a zatem niekoniecznym jest wystąpienie skutku stosowania niedozwolonej praktyki w postaci ograniczenia bądź wyłączenia konkurencji. Wystarczającym jest bowiem zamiar przedsiębiorców rezygnacji

ze swej suwerenności decyzyjnej lub jej części, w niniejszym przypadku co do autonomicznego kształtowania cen odsprzedaży.

Dzięki uczestnictwu w tym porozumieniu przedsiębiorcy mogli jednak z dużym prawdopodobieństwem przewidzieć wysokość cen stosowanych przez konkurentów, co ma wpływ na ograniczenie konkurencji „wewnątrzmarkowej”. Stosownie bowiem do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 października 1972r. w sprawie 8/72, którego nie można pominąć w niniejszej sprawie, „ustalanie cen, nawet tych, które zaledwie stanowią ceny docelowe, wpływa na konkurencję, ponieważ takie ceny docelowe umożliwiają wszystkim uczestnikom kartelu przewidzenie w zasadnie prawdopodobnym stopniu, jaka będzie polityka cenowa realizowana przez ich konkurentów”. Przy czym należy zwrócić uwagę, że dla określenia celu porozumienia podstawowe znaczenie ma obiektywny cel umowy, a nie subiektywne wyobrażenia jej stron o celach czy motywach działania.

Powyższe wnioski uzasadniają twierdzenie, że w niniejszej sprawie został naruszony interes publicznoprawny konkurentów, a w efekcie także konsumentów. Przy czym w ocenie Sądu interes publicznoprawny konkurentów i konsumentów objawia się w warunkach niezakłóconej konkurencji. Tylko bowiem wtedy przedsiębiorcy i konsumenci mają gwarancję realizacji konstytucyjnej wolności gospodarczej i ochrony swoich praw, w tym w szczególności do współzawodnictwa w celu uzyskania przewagi na rynku pozwalającej na uzyskanie maksymalnych korzyści ekonomicznych ze sprzedaży towarów i usług przy maksymalnym zaspokojeniu potrzeb konsumentów po jak najniższej cenie. Tymczasem niedozwolona praktyka była niewątpliwie ukierunkowana, aby pozbawić przedsiębiorców możliwości swobodnego kształtowania cen sprzedawanych towarów, co jest odczuwalne dla ostatecznych odbiorców tych towarów.

Tym samym w opinii Sądu spełnione zostały wszystkie przesłanki uznania danego porozumienia za niedozwolone w świetle przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jak wynika z akt sprawy powód Przedsiębiorstwo Handlowe (...) Sp. z o.o. w K. zawarł w dniu 01 kwietnia 2006 r. tego typu umowę handlową z Fabryką (...) S.A., która to umowa stanowi dowód uczestnictwa w opisywanym niedozwolonym porozumieniu, wobec wyrażenia przez powoda woli stosowania postanowień określających „ceny minimalne” produktów w razie ich dalszej odsprzedaży. Przy czym trzeba stwierdzić, że istotne znaczenie w tym względzie ma zwłaszcza fakt zaakceptowania i podpisania umowy zawierającej zakwestionowaną treść przez powoda, co pozwala uznać, iż zgodził się on na warunki współpracy z (...) S.A. określone w umowie, których celem miało być wyeliminowanie konkurencji. Dowodzi to zdaniem Sądu, iż powód uczestniczył w wykrytej przez pozwanego zмовie cenowej.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że (...) S.A. jako sprzedawca farb i lakierów zorganizował swoją działalność w sposób zwyczajowy, tworząc sieć dystrybutorów produkowanych przez niego towarów. Warunki współpracy z dystrybutorami zostały określone we wzorcu umownym przygotowanym przez (...) S.A. Skoro producent narzucał warunki umów, oznaczało to, iż istotnym jest dla niego przyjęcie przez przedsiębiorców, w tym powoda, danych warunków. Z kolei przyjęcie przez wszystkich dystrybutorów tych warunków mogło odnieść zamierzony, pełny skutek na rynku w postaci wyeliminowania konkurencji. Nadto nieracjonalnym, bo nieprzydatnym dla osiągnięcia zamierzonego celu byłoby określanie przez (...) S.A. ceny minimalnej tylko w jednej, czy części umów. Stąd też jasnym dla przedsiębiorców musiało być, iż (...) S.A. chciała w dany sposób zorganizować swoją sieć. W przeciwnym wypadku producent nie narzucałby przygotowanych przez siebie warunków współpracy w tym zakresie. Nie ma przy tym znaczenia, czy odbiorcy mieli wiedzę na temat wszystkich czy konkretnych kontrahentów mających podpisane takie same umowy handlowe ze (...) S.A., istotny jest bowiem cel porozumienia, a nie liczba przedsiębiorców w nim uczestniczących.

Sąd uznał, iż Prezes UOKiK prawidłowo przyjął, że powód zaniechał stosowania niedozwolonej praktyki dopiero z dniem 01 stycznia 2007r., albowiem umowa handlowa zawierająca zakwestionowaną treść, którą podpisał powód obowiązywała do 31 grudnia 2006r., a na 2007r. (...) S.A. przygotowała nowy wzorec umowny różniący się w

kwestionowanym zakresie od poprzedniego. Natomiast tylko jasny i konkretny przekaz odnośnie zakończenia udziału w porozumieniu świadczy o zaniechaniu stosowania praktyki zniekształcającej konkurencję.

Sąd zajął przedmiotowe stanowisko mając na uwadze istotny w tym kontekście wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 07 stycznia 2004 r. C-204/00 P, który wskazał m.in., iż „jeżeli przedsiębiorstwo milcząco popiera inicjatywę, która ze względu na swój antykonkurencyjny charakter jest niezgodna z prawem, nie dystansując się publicznie od jej treści lub nie zawiadamiając o niej organów administracyjnych, to skutecznie zachęca do kontynuowania naruszeń i utrudnia jego wykrycie. Ten współdziałal stanowi bierny sposób uczestnictwa w naruszeniu, tym samym może on być podstawą uznania odpowiedzialności tego przedsiębiorstwa. Co więcej, okoliczność, że przedsiębiorstwo nie stosuje w praktyce uzgodnień zapadłych podczas spotkania, które miało cel niezgodny z zasadami konkurencji, nie może zwolnić go od odpowiedzialności za udział w kartelu, chyba że zdystansowało się ono publicznie od uzgodnień zapadłych w ramach kartelu.” W ocenie Sądu niezależnie więc od działań przedsiębiorców w ramach porozumienia zaniechanie porozumienia powinno nastąpić w sposób wyraźny, wskazujący na zdystansowanie się do jego treści, co w przypadku powoda miało miejsce dopiero wobec upływu okresu, na który umowa została zawarta.

W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości nie ma również znaczenia dla przypisania uczestnictwa w niedozwolonym porozumieniu ewentualna okoliczność niestosowania przez przedsiębiorców uzgodnionych cen. Sąd powtórnie powołuje się na wymieniony wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 07 stycznia 2004 r. C-204/00 P, podnosząc, iż udział w porozumieniu jest ujmowany bardzo szeroko i nawet przy przyjęciu, że przedsiębiorca samodzielnie ustalał wysokość cen, należy uznać, iż uczestniczył biernie w niedozwolonym porozumieniu. Decydujące znaczenie ma bowiem fakt, iż odbiorcy podpisując umowę dotyczącą stosowania przez nich „cen minimalnych” przystąpili do porozumienia mając wiedzę jako profesjonalni uczestnicy rynku o jego charakterze, czym stworzyli wrażenie, że będą przestrzegać obowiązujących ich postanowień, zwłaszcza wobec określonych w umowie konsekwencji ich niestosowania i że w razie podjęcia decyzji co do zakupów towarów w (...) S.A. sprzedaż będzie podporządkowana rygorom zawartym w łączącej strony umowie handlowej.

Prezes UOKiK wydając zaskarżoną Decyzję oparł się słusznie na przepisie art. 11 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, albowiem zachowanie rynkowe Przedsiębiorcy przestało naruszać zakaz określony w art. 6 ustawy z dniem 01 stycznia 2007r. W takim właśnie przypadku wydaje się decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdza zaniechanie jej stosowania.

Oceniając zebrany w niniejszej sprawie materiał dowodowy i uznając, że powód brał udział w zakazanym porozumieniu Sąd stanął na stanowisku, że zasadnym było wymierzenie powodowi kary jako takiej.

Przepis art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) stanowi, iż Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 tej ustawy, w zakresie niewylączonym na podstawie art. 7 i 8.

W niniejszym postępowaniu Sąd ustalił, że powód dopuścił się naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy, przy czym zawarte niedozwolone porozumienie, w którym brał udział nie podlegało wyłączeniu z zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Z tych względów należało uznać, że w przedmiotowej sprawie zachodziły podstawy do nałożenia na powoda kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o okik.

Jeśli chodzi natomiast o rzeczywiste wymierzenie kary przez Prezesa UOKiK, Sąd stanął na stanowisku, iż pomimo, że przepis art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje jedynie fakultatywne nałożenie kary, w okolicznościach niniejszej sprawy jest ono konieczne przede wszystkim wobec charakteru i wagi naruszenia przez powoda przepisów ustawy, które to naruszenie należy określić jako poważne. Sąd

przyjął zatem, że Prezes UOKiK działając w ramach uznania administracyjnego podjął słuszną decyzję o nałożeniu kary. W ocenie Sądu wymiar kary zgodny był z zasadą celowości i proporcjonalności.

Ponadto, Sąd miał na względzie, iż przedsiębiorcom biorącym udział w niedozwolonym porozumieniu, nie będącymi jego inicjatorami, także została wymierzona kara pieniężna.

Analizując sam wymiar kary ustalony przez Prezesa UOKiK uwzględnienia wymagały zwłaszcza dyrektywy wymiaru kary określone w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 111, a zatem między innymi okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

Przede wszystkim Sąd miał na uwadze, że powód był uczestnikiem porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku krajowym sprzedaży hurtowej farb, lakierów i wyrobów pomocniczych, którego istotą było ustalenie minimalnych cen odsprzedaży wyrobów (...) S.A. przez dystrybutorów.

Przy czym zaznaczenia wymaga, że porozumienie dotyczące ustalenia cen sprzedaży towarów jest jednym z najcięższych naruszeń prawa konkurencji. Sąd podziela stanowisko prezentowane w doktrynie, iż szczególna szkodliwość porozumień cenowych wiąże się z tym, że w sposób bezpośredni pozbawiają one konsumentów możliwości zakupu towaru lub usługi po cenie niższej niż ustalona w drodze zakazanego przez przepis art. 6 ust. 1 pkt. 1. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów porozumienia. Przedsiębiorcy będący stronami porozumienia zyskują komfort działania niemożliwy w warunkach konkurencji, co sprawia, że nie muszą zabiegać o kontrahentów np. wyższą jakością produktów czy poprzez obniżanie cen. (A. Stawicki (red.), E. Stawicki (red.), J. Baehr, J. Kreuger, T. Kwieciński, M. Radwański, B. Turno, A. Wędrychowska-Karpińska, A. Wiercińska-Krużewska, A. Wierciński, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX, 2010). Oddziaływanie tego typu porozumienia jest zatem odczuwalne przez klientów odbiorców działających w warunkach porozumienia. Negatywne skutki porozumienia wynikają już tylko z samego faktu zawarcia w umowie handlowej zapisu, na skutek którego uległa zmniejszeniu niepewność co do poczynań konkurentów w zakresie ustalania cen, co przekłada się na ograniczenie konkurencji „wewnątrzmarkowej” na farby, lakiery i wyroby pomocnicze (...) S.A.

Podkreślić należy, że powód nie był inicjatorem zakazanego porozumienia, co stanowi okoliczność łagodzącą, tym niemniej przedsiębiorcy, którzy działają profesjonalnie na rynku muszą zdawać sobie sprawę z ograniczeń, jakie nakłada na przedsiębiorców działających na rynku ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Przedsiębiorcy powinni mieć zatem wiedzę, że treść zakwestionowanej umowy zobowiązuje ich do stosowania uzgodnionych cen. Mimo to powód przystąpił do umowy, która naruszała przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Natomiast jeśli chodzi o czas trwania powoda w zakazanym porozumieniu, Sąd stwierdził, że powód, w porównaniu z innymi przedsiębiorcami, był związany umową ze (...) S.A. przez krótszy okres. W roku 2006 przedsiębiorcy uczestniczący w porozumieniu zawarli umowy ze (...) S.A. jako jego inicjatorem w dniu 02 stycznia 2006r. i prawie wszystkich przedsiębiorców, poza jednostkowym wyjątkiem, umowa ta obowiązywała do 31 grudnia 2006r, podczas gdy powód zawarł kwestionowaną umowę dopiero 01 kwietnia 2006r. W ocenie Sądu okoliczność ta powinna mieć wpływ na wymiar kary. Tymczasem jak wynika z treści załącznika do Decyzji objętego tajemnicą przedsiębiorców, Prezes UOKiK przy kalkulowaniu kary wymierzonej powodowi, zastosował podwyższenie tej kary - tak jak i w stosunku do pozostałych przedsiębiorców - o dany, identyczny procent z uwagi na długotrwałość naruszenia (załącznik nr 6: zestawienie dotyczące sposobu kalkulowania kary k.10912-10913 akt adm.). Podwyższenia tego nie zastosowano już natomiast wobec innego przedsiębiorcy- tj. Przedsiębiorstwa Handlowego (...)sp. j. w T., który zaniechał praktyki w maju 2006r. (załącznik nr. 3: zestawienie dotyczące sposobu kalkulowania kary k.10905 akt adm.). Wskazuje to zatem, zdaniem Sądu, iż Prezes UOKiK nie wymierzył powodowi kary adekwatnej do okresu naruszenia przez niego przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i odpowiedniej w porównaniu z okresem naruszenia wskazanych przepisów przez pozostałych uczestników porozumienia.

Poza tym Sąd miał na uwadze, że porozumienie zostało zaniechane przed wszczęciem postępowania antymonopolowego, ale po uzyskaniu przez organ antymonopolowy informacji o zawarciu porozumienia, w toku postępowania wyjaśniającego dotyczącego badania rynku farb i lakierów.

Mając powyższe na względzie, Sąd zważył, że kara w wysokości 178.230,00 zł będzie karą odpowiednią w stosunku do Przedsiębiorstwa Handlowego (...) Sp. z o.o. w K.. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że nałożona na powoda kara pieniężna stanowi ok. [tajemnica przedsiębiorstwa] % kary maksymalnej w rozumieniu art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy. W ocenie Sądu kara ta spełni w szczególności swoją funkcję represyjną i prewencyjną, zapobiegając podobnym naruszeniom w przyszłości.

Ponadto Sąd stwierdził, iż wysokość kary została ustalona w relacji do ogólnej kwoty przychodu osiągniętego przez przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, gdyż tylko kara odnosząca się do przychodu ogółem może być realnie odczuwalna dla przedsiębiorcy, a tym samym spełnić swoją funkcję. Tak więc nie nominalna wysokość kary świadczy o jej wielkości, ale jej procentowy udział w przychodzie, a im wyższe przychody osiągane przez przedsiębiorcę tym wyższy wymiar kary. Ze względu zatem na osiągnięte przez powoda w 2008r. przychody kara pieniężna w mniejszej wysokości niż wymierzona nie spełniłaby swojej funkcji.

Mając powyższe na uwadze Sąd uznał, że zaskarżona Decyzja znajduje oparcie w przepisach prawa i jest trafna co do faktycznego stosowania przez powoda niedozwolonej praktyki, jednakże ustalone okoliczności niniejszej sprawy uzasadniają zmniejszenie nałożonej przez Prezesa UOKiK na powoda kary pieniężnej do kwoty 178.230,00 zł.

Z tych względów Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną Decyzję jedynie w punkcie I c) ppkt 43 dotyczącym kary pieniężnej nałożonej na powoda poprzez obniżenie tej kary, na podstawie art. 479^{31a} § 3 k.p.c., oddalając odwołanie powoda w pozostałej części w oparciu o art. 479^{31a} § 1 k.p.c.

O kosztach zastępstwa procesowego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. obciążając tymi kosztami powoda w całości, wobec tego, że pozwany uległ przeciwnikowi tylko w nieznacznej części żądania.

SSO Maria Witkowska