

Wyrok z dnia 23 listopada 2011 r.

III SK 21/11

1. Porozumienie, o którym mowa w art. 4 pkt 4 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.) obejmuje nie tylko umowy w rozumieniu cywilnoprawnym (art. 4 pkt 4 lit. a tej ustawy), ale także dokonane przez przedsiębiorców uzgodnienia, bez względu na ich formę (art. 4 pkt 4 lit. b tej ustawy). Porozumieniami ograniczającymi konkurencję są więc takie relewantne rynkowo zachowania przedsiębiorców, których źródłem jest poczynienie ustaleń co do sposobu działania na rynku, niezależnie od tego, czy przybrały one formę wiążącej umowy.

2. Wertykalne porozumienie cenowe nie jest objęte zakazem z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów tylko wtedy, gdy spełnia warunki rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 142, poz. 1189 ze zm.), co dotyczy w szczególności porozumień, w których ustalono maksymalną cenę odsprzedaży lub wprowadzono rekomendacje cenowe.

Przewodniczący SSN Jerzy Kwaśniewski, Sędziowie SN: Halina Kiryło, Maciej Pacuda (sprawozdawca).

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 listopada 2011 r. sprawy z powództwa „R.P.” Spółki z o.o. i W. - Spółki Komandytowej w Ś.Ś. (poprzednio R. Ceramika Budowlana Spółki z o.o. w Ś.Ś.) oraz S.G. Dystrybucja Budowlana Spółki z o.o. w W. przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z udziałem zainteresowanych: Andrzeja O., B. Spółki z o.o. w R., Przedsiębiorstwa Ceramicznego B.S. Spółki z o.o. w N.S., Budowlanego Centrum Dystrybucji Spółki z o.o. w Z.G., Mirosława M., Leszka B., Barbary F., M.P. Spółki z o.o. w K., M. Spółki z o.o. w Z.G., P. Spółki z o.o. w R.W., Firmy P. Spółki jawnej w K., W.S. Dach Hurtownia Pokryć Dachowych Spółki z o.o. w P., Materiały Budowlane W. Spółki z o.o. w C.W., Materiały Budowlane S. Spółki z o.o. w W., B. Materiały Bu-

dowlane i Pokrycia Dachowe Edward i Krzysztof B. Spółki jawnej w C., Tadeusza P., Przedsiębiorstwa Handlowo-Budowlanego T. Arkadiusz T., Jarosława T. Spółki jawnej w L. (poprzednio Przedsiębiorstwo Handlowo Budowlane T. Urszula T., Jarosław T. spółka jawna w Lesznie), Krzysztofa S., Mariusza P. o ochronę konkurencji i karę pieniężną, na skutek skargi kasacyjnej strony powodowej „R.P.” Spółki z o.o. i W. Spółki Komandytowej w Ś.Ś. (poprzednio R. Ceramika Budowlana Spółka z o.o. w Ś.Ś.) od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 lipca 2010 r. [...]

1. o d d a l i ł skargę kasacyjną,
2. zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

U z a s a d n i e n i e

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) decyzją z dnia 29 czerwca 2007 r. [...] (dalej - decyzja) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony treścią art. 5 ust. 1 pkt 1 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 ustawa) porozumienie zawarte pomiędzy R. Ceramika Budowlana Sp. z o.o. w Ś.Ś. (powód) a 20 przedsiębiorstwami działającymi na krajowym rynku sprzedaży dachówki ceramicznej (uczestnicy), polegające na ustaleniu cen odsprzedaży dachówki R.-miedziana odbiorcom końcowym i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 31 października 2005 r. oraz nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości 622.165,75 zł.

Powód zaskarżył powyższą decyzję odwołaniem.

Sąd Okręgowy-Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie wyrokiem z dnia 7 maja 2009 r. oddalił odwołanie powoda. Sąd pierwszej instancji ustalił, że powód produkuje między innymi dachówki, przy czym specjalizuje się w produkcji dachówek ceramicznych zakładkowych o nazwie handlowej „dachówka średzka fali- sta”. Powód prowadzi sprzedaż wyrobów poprzez sieć odbiorców hurtowych na terenie całego kraju. W 2005 r. powód postanowił wprowadzić promocję na dachówkę ceramiczną koloru miedzianego (dalej określaną jako dachówka R.-miedziana). W związku z tym wysłał do odbiorców hurtowych pismo, w którym poinformował ich, że z dniem 12 lipca 2005 r. zostaje wprowadzana promocja na dachówkę R.-miedziana.

Promocja polegała na sprzedaży przedmiotowej dachówki klientom detalicznym w cenie brutto w wysokości 27,49 zł/m². W piśmie zawarto zastrzeżenie o następującej treści: „Warunkiem promocji jest przestrzeganie przez Państwa ceny sprzedaży w/w ceny”. W zamian za sprzedaż dachówki R.-miedziana w powyższej cenie detalicznej powód obniżył cenę hurtową sprzedaży o około 30-40%, z możliwością uzyskania dodatkowego rabatu za dokonanie płatności gotówką. W piśmie z dnia 12 lipca 2005 r. powód prosił o potwierdzenie faksem akceptacji warunków promocji. Dystrybutorzy uczestniczący w postępowaniu antymonopolowym potwierdzili gotowość wzięcia udziału w promocji, akceptując jej warunki. Przedmiotowa promocja była także przedmiotem dyskusji na spotkaniu Zarządu powoda z przedstawicielami regionalnymi w dniu 11 lipca 2005 r. W notatce sporządzonej na okoliczność tego spotkania stwierdzono, że sprzedaż w cenie innej niż ustalona będzie oznaczała wstrzymanie dostaw dachówki dla danego sprzedawcy. W okresie promocji, przedłużonym do 31 października 2005 r., dystrybutorzy towarów powoda stosowali zróżnicowane ceny detaliczne, sprzedając dachówkę R.-miedziana zarówno po cenach wyższych, jak i po cenach niższych a także po cenie promocyjnej. Powód nie podjął zaś żadnych działań dyscyplinujących lub sankcjonujących sprzedaż po cenie innej niż określona w piśmie z 12 lipca 2005 r.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że powód i dystrybutorzy zawarli porozumienie polegające na ustaleniu ceny sprzedaży detalicznej dachówki R.-miedziana. Do zawarcia przedmiotowego porozumienia doszło w wyniku wysłania przez powoda do swoich odbiorców hurtowych pisma informującego o promocji na dachówkę R.-miedziana z zastrzeżeniem, że warunkiem skorzystania z przedmiotowej promocji jest przestrzeganie ustalonej ceny, a następnie potwierdzenie i zaakceptowanie przez dystrybutorów drogą faksową warunków udziału w promocji. Stroną inicjującą zawarcie porozumienia był przy tym powód.

W ocenie Sądu Okręgowego Prezes Urzędu zasadnie przyjął, że ustalona przez powoda cena odsprzedaży dachówki była ceną sztywną, a nie ceną sugerowaną. O takim charakterze tej ceny świadczy zastrzeżenie, że warunkiem promocji jest przestrzeganie dokładnie określonej ceny (27,49 zł/m²). Dla stwierdzenia praktyki zarzucanej powodowi decydujące znaczenie ma zaś sam fakt uzgodnienia cen, ustalony przy uwzględnieniu treści porozumienia i dorozumianej intencji jego uczestników w chwili jego zawierania, natomiast nie ma znaczenia, czy ceny ustalone były rzeczywiście stosowane przez przedsiębiorców działających na rynku. Pismo powo-

da z dnia 12 lipca 2005 r. miało ten skutek, że wyłączało konkurencję między dystrybutorami i odebrało każdemu z nich swobodę decydowania o wysokości ceny detalicznej. Wobec powyższego Sąd Okręgowy uznał, że zawarte porozumienie stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy i w oczywisty sposób narusza interes publiczny, o którym mowa w art. 1 ust. 1 ustawy.

Sąd Okręgowy podzielił również stanowisko Prezesa Urzędu, zgodnie z którym rynkiem właściwym w sprawie jest rynek sprzedaży dachówki ceramicznej, a nie rynek wszelkiego rodzaju pokryć dachowych. Blacha i papa nie tworzą z dachówką ceramiczną jednej grupy produktowej, gdyż różnią się ceną, właściwościami, jakością oraz możliwością uznania ich za substytuty przez nabywców. Także dachówki betonowe nie stanowią substytutu dla dachówek ceramicznych z uwagi na inne parametry techniczne oraz cenę niższą około 15-30%. Za prawidłowością wyodrębnienia dachówek ceramicznych jako odrębnego rynku produktowego przemawiają również okoliczności związane z realizacją procesu inwestycyjnego.

Zdaniem Sądu Okręgowego porozumienie miało charakter porozumienia wertykalnego. Nie było ono jednak objęte żadnym z wyłączeń ustanowionych w przepisach ustawy lub wydanych na ich podstawie przepisach wykonawczych, ponieważ przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. Nr 142, poz. 1189; zm. Dz.U. z 2004 r., Nr 95, poz. 951, dalej określanego jako rozporządzenie z 13 sierpnia 2002 r.) nie stosuje się do porozumień, które mają na celu lub powodują ograniczenie prawa nabywcy do ustalania cen poprzez narzucenie przez dostawcę ceny minimalnych lub sztywnych. Dlatego wielkość udziału w rynku powoda nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego apelacją w całości, zarzucając naruszenie art. 1 ust. 1 i 2, art. 4 pkt 4 oraz art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy, poprzez błędne uznanie, że zachowanie stron w ramach promocji dachówki R.-miedziana stanowiło porozumienie ograniczające konkurencję; art. 56 k.c. i art. 65 § 1 k.c., poprzez uznanie, że zachowania stron stanowiły oświadczenie woli, które należało tłumaczyć jako porozumienie w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy naruszające art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy, a nie jako szereg czynności składających się na zorganizowanie i przeprowadzenie prawnie dopuszczalnej sprzedaży promocyjnej; art. 5 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 4

pkt 8 ustawy, poprzez uznanie, że rynkiem właściwym jest krajowy rynek sprzedaży dachówki ceramicznej oraz naruszenie art. 227, 233 i 299 k.p.c.

Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 22 lipca 2010 r. oddalił apelację powoda. Sąd drugiej instancji nie uwzględnił zarzutów naruszenia przepisów prawa procesowego, uznając ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego i ich ocenę prawną za prawidłowe. W zakresie dotyczącym zarzutów naruszenia przepisów prawa materialnego Sąd Apelacyjny uznał z kolei, że Sąd Okręgowy trafnie ustalił, iż poprzez wystąpienie przez powoda z pismem z dnia 12 lipca 2005 r. oraz przyjęcie przez dystrybutorów wskazanych w decyzji Prezesa Urzędu zawartej w nim propozycji co do udziału w organizowanej promocji na określonych warunkach, doszło do uzgodnienia oznaczającego nawiązanie porozumienia, o jakim mowa w art. 4 pkt 4 lit b ustawy. Przedmiotem tego porozumienia było zaś ustalenie ceny sprzedaży detalicznej dachówek R.-miedziana w okresie promocji na tę dachówkę. Przestrzeganie ustalonej przez powoda ceny detalicznej sprzedaży było bowiem warunkiem promocji. W myśl art. 4 pkt 4 lit. b ustawy porozumienie może zaś zostać nawiązane w jakikolwiek sposób i w jakiegokolwiek formie. Istotne jest jedynie, aby treść uzgodnień między przedsiębiorcami odnosiła się do kwestii wpływających na ich decyzje rynkowe. Okoliczność, że uzgodnienia towarzyszyły promocji polegającej na obniżeniu ceny hurtowej dachówki dla dystrybutorów nie podważa zatem ustaleń w przedmiocie zawiazania porozumienia dotyczącego ceny detalicznej sprzedawanej w okresie promocji dachówki.

Sąd Apelacyjny podzielił również ocenę Sądu Okręgowego w kwestii kwalifikacji ceny ustalonej w przedmiotowym porozumieniu jako ceny sztywnej, to jest ściśle określonej co do wysokości. W piśmie z 12 lipca 2005 r. podano bowiem cenę detaliczną dachówki w określonej kwocie i zastrzeżono, że przestrzeganie tej ceny jest warunkiem promocji. Przesądza to kwestię, że przedmiotem uzgodnienia była cena detaliczna sztywna. Twierdzenia niektórych uczestników postępowania, jakoby cena ta była przez nich traktowana jako cena sugerowana, nie stanowią podstawy dla odmiennej oceny jej charakteru, ponieważ są sprzeczne z treścią uzgodnień wynikających z pisma z 12 lipca 2005 r. oraz pism i faksów dystrybutorów potwierdzających akceptację warunków promocji. Kwalifikacji przedmiotowych uzgodnień jako porozumienia ustalającego cenę sprzedaży detalicznej nie podważa również bezsporna okoliczność, zgodnie z którą dystrybutorzy będący uczestnikami porozumienia nie zawsze stosowali się do uzgodnionego poziomu ceny detalicznej. Analogicznie uznał

Sąd Apelacyjny w odniesieniu do dalszego dostarczania dachówki tym dystrybutorom, którzy nie respektowali poziomu ceny promocyjnej. W przypadku porozumień, których celem jest ograniczenie konkurencji, nie ma bowiem potrzeby weryfikowania skutków porozumienia. Porozumienie wertykalne, którego przedmiotem jest ustalenie sztywnej ceny odsprzedaży jest zaś porozumieniem, którego celem jest ograniczenie konkurencji. Przemawia za tym wyłączenie zastosowania art. 6 ustawy do porozumień z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz pominięcie tego rodzaju porozumień w katalogu porozumień objętych zakresem wyłączenia grupowego ustanowionego na mocy rozporządzenia z 13 sierpnia 2002 r. W przypadku porozumień tego rodzaju naganny jest sam zamiar zrezygnowania w całości lub w części z suwerenności w zakresie podejmowania decyzji gospodarczych. Skoro zaś ustalono, że w niniejszej sprawie zawarto porozumienie, na mocy którego dystrybutorzy zrzekli się swobodnego kształtowania cen z dalszymi odbiorcami, doszło do uzgodnienia, które ogranicza konkurencję ze względu na cel. Powyższych konkluzji nie podważyły twierdzenia powoda, co do rzeczywistego celu porozumienia (stworzenie wszystkim uczestnikom obrotu możliwości zakupu dachówek ceramicznych po cenie niższej niż stosowana przed promocją, promowanie dachówki ceramicznej koloru miedzianego). Subiektywne zamiary stron porozumienia nie są bowiem relewantne dla oceny ich antykonkurencyjnego oddziaływania. Nie ma również znaczenia okoliczność, że dystrybutorzy faktycznie nie respektowali ceny sztywnej oraz nie ponieśli z tego powodu negatywnych konsekwencji, ponieważ dla bytu praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystarczające jest samo zawarcie porozumienia.

Sąd Apelacyjny nie podzielił również zarzutów pozwanego co do rynku właściwego. Wyjaśnił w tym zakresie, że w toku postępowania administracyjnego powód nie kwestionował ustaleń Prezesa Urzędu w przedmiocie rynku właściwego. Stosowny zarzut podniósł dopiero w odwołaniu, ale nie powołał żadnych wniosków dowodowych na okoliczność odmiennego wyznaczenia granic produktowych rynku właściwego. Stosowny wniosek złożył dopiero na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2009 r., wnosząc o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Sąd Okręgowy prawidłowo zaś przedmiotowy wniosek oddalił jako spóźniony w świetle art. 479²⁸ § 3 w związku z art. 479¹² § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny nie dopatrzył się wadliwości w argumentacji Sądu Okręgowego co do prawidłowości ustaleń w tym zakresie. Ponadto zdaniem Sądu Apelacyjnego niewłaściwe wyznaczenie rynku właściwego nie mogło mieć

wpływu na rozstrzygnięcie, ponieważ zawarcie porozumienia cenowego stanowi naruszenie art. 5 ust. 1 ustawy uniezależnione od wielkości udziału dostawcy w rynku właściwym.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie: 1) art. 4 pkt 4 lit b oraz art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 1 ust. 1 i 2 ustawy, poprzez niewłaściwe zastosowanie i błędne uznanie, że w niniejszej sprawie miało miejsce stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję, mogącej wywołać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a przez to błędne uznanie, że zachodzi w niniejszej sprawie konieczność podjęcia działań w celu ochrony interesu publicznego; 2) art. 4 pkt 4 lit b oraz art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy, poprzez niewłaściwe zastosowanie i wydanie orzeczenia nie odpowiadającego prawu skutkiem nieprawidłowej kwalifikacji zachowań powoda i jego odbiorców hurtowych w okresie od 12 lipca 2005 do 31 października 2005 r. jako uzgodnienia w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit b ustawy; 3) art. 4 pkt 8 ustawy, poprzez błędne uznanie w oparciu o niewystarczający i jednostronnie rozpatrzony materiał dowodowy, że rynkiem właściwym w sprawie jest krajowy rynek sprzedaży dachówki ceramicznej, a nie co najmniej krajowy rynek sprzedaży dachówki betonowej i ceramicznej; 4) § 10 pkt 1 rozporządzenia z dnia 13 sierpnia 2002 r., poprzez błędne uznanie ceny podanej w piśmie powoda z 12 lipca 2005 r. za cenę sztywną, a nie za rekomendowaną cenę sprzedaży.

Zaskarżonemu wyrokowi powód zarzucił także naruszenie przepisów prawa procesowego, to jest: 1) art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 65 § 1 i 2 k.c., poprzez błędne przyjęcie, że pismo powoda informujące o promocji z dnia 12 lipca 2005 r. i potwierdzenia przesłane do powoda przez niektórych dystrybutorów były oświadczeniem woli, które należało tłumaczyć jako dokonanie uzgodnień, o których mowa w art. 4 pkt 4 lit. b ustawy, przy czym Sąd drugiej instancji w uzasadnieniu wyroku nie wyjaśnił przyczyn, dla których odmówił wiarygodności i mocy dowodowej dowodom przeciwnym, to jest twierdzeniom niektórych uczestników postępowania co do sposobu traktowania ceny określonej w piśmie powoda z 12 lipca 2005 r. jako ceny rekomendowanej; 2) art. 227 k.p.c., poprzez zaniechanie przeprowadzenia dowodu w celu prawidłowego ustalenia rynku właściwego; 3) art. 232 zdanie 2 k.p.c., poprzez zaniechanie przeprowadzenia z urzędu w niezbędnym zakresie uzupełniającego postępowania dowodowego, co w konsekwencji doprowadziło do niezastosowania art. 11 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 i § 8 pkt 1 rozporządzenia z dnia 13 sierpnia

nia 2002 r.; 4) art. 233 § 1 k.p.c., poprzez zaniechanie rozważania zebranego materiału dowodowego, z którego jednoznacznie wynikało, że dachówkę ceramiczną po promocyjnej cenie 27,49 m² kupowali również ci dystrybutorzy, którzy nie potwierdzili udziału w promocji, co doprowadziło do błędnego uznania, że również z tymi dystrybutorami doszło do zawarcia porozumienia z art. 4 pkt 4 lit. b i art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy; 5) art. 382 k.p.c., poprzez wydanie zaskarżonego wyroku wyłącznie w oparciu o materiał dowodowy zebrany w postępowaniu przed organem antymonopolowym oraz w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, a zatem bez dokonania własnych ustaleń faktycznych; 6) art. 385 i 378 § 1 w związku z art. 328 § 2 i 391 § 1 k.p.c., poprzez nierozpoznanie zarzutu błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania art. 1 ust. 2 ustawy; w zakresie rozpoznania zarzutu naruszenia art. 1 ust. 1 porzeczanie na stwierdzeniu, że czynności powoda i uczestników postępowania naruszyły interes publiczny w rozumieniu tego przepisu; arbitralne uznanie, że w przedmiotowej sprawie nie było konieczne ustalanie rzeczywistych zamiarów powoda i uczestników postępowania, ani też kontekstu gospodarczego pisma powoda z 1 lipca 2005.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powoda Prezes Urzędu wniósł o jej oddalenie. Prezes Urzędu podniósł, że o zawarciu porozumienia w niniejszej sprawie świadczy wysłanie w dniu 12 lipca 2005 r. przez powoda pisma do dystrybutorów o przedstawionej powyżej treści oraz potwierdzenie drogą faksową gotowości do wzięcia udziału w przedmiotowej promocji i akceptacji jej warunków. Przedmiotem porozumienia było uzgodnienie ceny detalicznej sprzedaży dachówki R.-miedziana w okresie promocji. Uzgodnienie takie negatywnie oddziaływało na konkurencję poprzez ograniczenie przez strony porozumienia swobody w stosunkach z osobami trzecimi w wyniku dokonanej koordynacji zachowań rynkowych (z odwołaniem się do wyroku TS z dnia 14 lipca 1972 r. w sprawie ICI Ltd przeciwko Komisji, Rec 1972, s. 619 oraz do wyroku SPI z dnia 14 maja 1998 r. w sprawie T-347/94 Mayr-Melnhö Kartongesellschaft GmbH przeciwko Komisji, Rec. 1998, s. II-1751).

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

1. Podstawowym założeniem interpretacyjnym skargi kasacyjnej powoda, zarówno w odniesieniu do zarzutów odnoszących się do przepisów prawa materialnego, jak i prawa procesowego, jest przekonanie o wadliwości kwalifikacji ustalonego w niniejszej sprawie zachowania powoda i członków jego sieci dystrybucji jako porozu-

mienia ograniczającego konkurencję w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy. Argumentacja powoda zmierza bowiem do podważenia poglądu wyrażonego w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego, zgodnie z którym w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy doszło do zawarcia porozumienia, którego przedmiotem było ustalenie ceny detalicznej sprzedaży dachówki R.-miedziana jako ceny sztywnej, co w konsekwencji uniemożliwiło zastosowanie przepisu art. 6 ustawy, bądź wydanego na podstawie art. 7 ustawy rozporządzenia z dnia 13 sierpnia 2002 r.

2. Weryfikacja trafności powyższego założenia interpretacyjnego, a przez to poszczególnych zarzutów podniesionych w podstawach skargi kasacyjnej, wymaga uprzedniego ustalenia standardu prawnego obowiązującego w zakresie wertykalnych porozumień cenowych pod rządami ustawy. W świetle zapatrywań prawnych wyrażonych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, powód dopuścił się naruszenia zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję z art. 5 ust. 1 ustawy, zawierając z dystrybutorami porozumienie, na podstawie którego ustalono detaliczną cenę sprzedaży dachówki R.-miedziana w okresie promocji.

3. W pierwszej kolejności należy zważyć, że ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 4 pkt 4 posługuje się szeroką definicją porozumienia. Definicja ta obejmuje nie tylko umowy w rozumieniu cywilnoprawnym (art. 4 pkt 4 lit. a ustawy), ale także dokonane przez przedsiębiorców uzgodnienia, bez względu na ich formę (art. 4 pkt 4 lit. b ustawy). Ta kategoria form współdziałania profesjonalnych uczestników rynku pozwala uznawać za porozumienia ograniczające konkurencję takie relewantne rynkowo zachowania przedsiębiorców, których źródłem jest poczynienie ustaleń co do sposobu działania na rynku, niezależnie od tego, czy ustalenia te przybrały formę wiążącej umowy (wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06, OSNP 2008 nr 1-2, poz. 25). Instytucja porozumień w prawie antymonopolowym, postrzegana całościowo, nie pokrywa się bowiem z koncepcją umowy w rozumieniu prawa cywilnego. Potwierdza to struktura przepisu art. 4 pkt 4 ustawy, która jednoznacznie rozstrzyga, że z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji umowy są tylko jedną z postaci porozumień jako kolektywnych praktyk ograniczających konkurencję.

4. Do zawarcia porozumienia wertykalnego zasadniczo dochodzi w wyniku wyraźnej akceptacji przez członków sieci dystrybucji oczekiwań dostawcy towarów (organizatora sieci) co do sposobu działania dystrybutorów na rynku. Do zawarcia takiego porozumienia może wyjątkowo dojść w drodze milczącego zaakceptowania

przedmiotowych oczekiwań poprzez ich faktyczne wdrożenie przez członków sieci dystrybucji w sposobie prowadzenia, przez nich działalności gospodarczej (zob. np. wyrok Sądu Okręgowego z dnia 7 listopada 2005 r., XVII Ama 26/2004, Dz. Urz. UOKiK 2006 nr 1, s. 40). Bez takiego wdrożenia nie można zaś mówić o dokonaniu między członkami sieci dystrybucji a jej organizatorem uzgodnień wymaganych przez art. 4 pkt 4 ustawy. Przepis ten nie obejmuje bowiem swym zakresem jednostronnych działań przedsiębiorcy, który wykorzystuje posiadaną pozycję rynkową do narzucenia określonych zachowań innym przedsiębiorcom (członkom sieci dystrybucji), nawet gdy są one rozbieżne z ich interesami gospodarczymi.

5. Z punktu widzenia kwalifikacji zachowania powoda i uczestników postępowania jako praktyki ograniczającej konkurencję przybierającej postać porozumienia, podstawowe znaczenie ma zatem rozstrzygnięcie kwestii, czy w świetle zgromadzonych w sprawie dowodów uzasadniona była konkluzja, zgodnie z którą powód i uczestnicy ustalili między sobą sposób działania na rynku w zakresie detalicznej ceny sprzedaży dachówki R.-miedziana.

6. W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że warunki wprowadzenia i realizacji akcji promocyjnej określone przez powoda w piśmie z dnia 12 lipca 2005 r. zostały wyraźnie zaakceptowane przez uczestników postępowania. Doszło zatem do zawarcia porozumienia poprzez akceptację warunków sformułowanych przez powoda. Powód nie może zatem skutecznie powoływać się na jednostronny charakter podejmowanych przezeń działań (w postaci ogłoszenia promocji polegającej na sprzedaży dachówki R.-miedziana po określonej cenie detalicznej), ani na niedostosowanie się członków sieci dystrybucji do wyrażonych w piśmie z dnia 12 lipca 2005 r. oczekiwań powoda (pomimo ich werbalnego zaakceptowania) i faktyczne nierespektowanie zakazu sprzedaży po cenie określonej w powyższym piśmie. Z ustaleń poczynionych przez Sądy obu instancji, a nie zakwestionowanych skutecznie przez powoda w postępowaniu przed Sądem Apelacyjnym, wynika bowiem niezbitnie, że stosowna akceptacja cenowych warunków promocji miała miejsce. Potwierdzając zaś warunki promocji członkowie sieci dystrybucji wyrazili oczekiwany przez powoda zamiar odpowiedniego zachowywania się na rynku. W niniejszej sprawie mamy zatem do czynienia z bezpośrednio sformułowanymi i wyrażonymi oświadczeniami dystrybutorów powoda w zakresie cenowych warunków sprzedaży dachówki R.-miedziana w okresie promocyjnym. Wyłącza to możliwość oceny zachowania powoda jako samodzielnego, jednostronnego określenia warunków, na jakich zamierza on sprzedawać to-

wary członkom sieci dystrybucji (wyrok TS z 6 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-2 i 3/01 Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, Rec. 2004, s. 23). Zdaniem Sądu Najwyższego wyłącznie w przypadku, gdyby członkowie sieci dystrybucji powoda nie potwierdzili zasad realizacji promocji dachówki R.-miedziana, możliwa byłaby konstatacja, że w okolicznościach faktycznych sprawy nie doszło do zawarcia porozumienia cenowego, skoro dystrybutorzy sprzedawali dachówkę R.-miedziana po cenach odbiegających od oczekiwanej przez powoda. Samo wysłanie pisma z dnia 12 lipca 2005 r. oraz reakcja członków sieci dystrybucji na to pismo, polegająca na składaniu zamówień na dachówkę R.-miedziana (przy jednoczesnym ignorowaniu zakładanego przez powoda poziomu ceny detalicznej), nie dostarczyłyby bowiem dostatecznej podstawy faktycznej dla przyjęcia tezy o dokonaniu przez powoda i dystrybutorów uzgodnień prowadzącym do zawarcia porozumienia w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy. W niniejszej sprawie, jak wynika z ustaleń Sądu Okręgowego podtrzymanych przez Sąd Apelacyjny, stosowne uzgodnienia miały jednakże miejsce. Dystrybutorzy powoda będący uczestnikami niniejszego postępowania potwierdzili bowiem akceptację podstawowego warunku promocji, jakim była sprzedaż po cenie detalicznej wynoszącej 27,49 za m² dachówki R.-miedziana.

7. Do zawarcia porozumienia, o którym mowa w art. 4 pkt 4 ustawy wystarczające jest, by uzgodnienie zostało dokonane przez dwóch przedsiębiorców. Nie ma zatem potrzeby, z punktu widzenia kwalifikacji zachowania powoda jako porozumienia w myśl tego przepisu, by stosowne uzgodnienia poczynił on ze wszystkimi członkami własnej sieci dystrybucji. Z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego wynika zaś jednoznacznie, że Sąd ten uznał za porozumienie w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy uzgodnienia poczynione między powodem a tymi członkami sieci dystrybucji, którzy potwierdzili udział w promocji na warunkach określonych przez powoda. Wbrew zarzutowi kasacyjnemu Sąd Apelacyjny nie uznał natomiast za strony porozumienia tych dystrybutorów, którzy nie wyartykułowali stosownego potwierdzenia względem powoda.

8. W świetle powyższego wyводу za oczywiście bezpodstawny należy uznać zarzut naruszenia art. 4 pkt 4 lit. b ustawy, poprzez nieprawidłowe zakwalifikowanie zachowań powoda i jego odbiorców hurtowych jako porozumienia w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit. b ustawy. Przepis ten odnosi się bowiem do formy ustalenia przez przedsiębiorców zasad działania na rynku, a nie okoliczności towarzyszących ich wprowadzeniu lub wpływu na konkurencję. Z tych samych przyczyn niezasadne okazały się

także zarzuty prawa procesowego dotyczące tej kwestii, to jest art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 65 k.c. oraz art. 233 § 1 k.p.c.

9. Należy zatem rozważyć, czy porozumienie zawarte przez powoda z dystrybutorami, którzy potwierdzili akceptację warunków promocji przedstawionych w piśmie z dnia 12 lipca 2005 r. prawidłowo zostało zakwalifikowane przez Sąd Apelacyjny jako porozumienie ograniczające konkurencję zakazane na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy.

10. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie ulega wątpliwości, że powód i dystrybutorzy-uczestnicy postępowania są przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami w rozumieniu art. 4 pkt 10 ustawy, lecz są podmiotami działającymi na różnych szczeblach obrotu. W konsekwencji, jak wspomniano powyżej, oceniane w niniejszej sprawie porozumienie ma charakter porozumienia wertykalnego. Niewłaściwe jest zatem upatrywanie negatywnego oddziaływania na konkurencję porozumienia między powodem a uczestnikami postępowania w koordynacji ich działań na rynku prowadzącego do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego. Argumentacja taka jest zasadna w przypadku porozumień poziomych o kartelowym charakterze, a nie dla porozumień wertykalnych. W przypadku tych ostatnich o takim działaniu na konkurencję można byłoby mówić wówczas, gdyby zawarcie porozumienia między producentem (organizatorem sieci dystrybucji) a członkami sieci sprzedaży służyło wdrożeniu porozumienia poziomego między dostawcami danego towaru lub ukryciu poziomego charakteru porozumienia zawartego przez samych dystrybutorów. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy brak ustaleń uzasadniających taką argumentację w zakresie negatywnego wpływu ocenianego porozumienia na konkurencję.

11. Porozumienia wertykalne stanowią istotny instrument w kształtowaniu sieci dystrybucji i generalnie uznawane są za prokonkurencyjne, z uwagi na ich pozytywny wpływ na konkurencję między producentami (dostawcami) substytucyjnych towarów kosztem zmniejszenia konkurencji wewnątrzmarkowej (między sprzedawcami tego samego towaru pochodzącego od tego samego dostawcy). Problematyka wertykalnych ograniczeń cen odsprzedaży wiąże się z problematyką dystrybucji towarów we współczesnej gospodarce, w której z zasady producent lub dostawca towarów na dany rynek produktowy i geograficzny zmuszony jest docierać do klienta za pośrednictwem wyspecjalizowanych przedsiębiorców zajmujących się działalnością handlową. Prowadzenie własnej sieci dystrybucji jest bowiem zbyt kosztowne, a ponadto

wymaga innego rodzaju wiedzy i zdolności niż działalność wytwórcza. Alternatywą dla integracji pionowej i prowadzenia własnej sieci sprzedaży (sklepy firmowe) jest korzystanie z pośredników, nad którymi dostawca chciałby zachować pewną kontrolę. Z ekonomicznego punktu widzenia dystrybutor hurtowy lub sprzedawca detaliczny traktowani są jako podmioty działające na zlecenie producenta (dostawcy) i reprezentujący go bezpośrednio w relacjach z klientami (konsumentami).

12. Pionowe porozumienia, których przedmiotem jest ustalenie sztywnej ceny odsprzedaży uważane są generalnie za porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji. Tradycyjnie przyjmowano, że porozumienia tego rodzaju miały antykonkurencyjny charakter, ponieważ ograniczały wolność przedsiębiorców zajmujących się dystrybucją (hurtową lub detaliczną) w zakresie kształtowania własnej polityki cenowej. Ograniczenie konkurencji było rezultatem wyłączenia możliwości konkurowania ceną o klienta z innymi sprzedawcami (hurtowymi lub detalicznymi). Jednakże nawet współcześnie porozumienia tego rodzaju nadal można traktować jako tak zwane oczywiste ograniczenia konkurencji niezależnie od tego, czy wyznacznikiem ograniczenia konkurencji będzie negatywny wpływ zachowania porozumiewających się przedsiębiorców na zakres wyboru lub interesy ekonomiczne konsumentów, czy też na samą efektywność działania (odmiennie wyrok SN USA w sprawie *Leegin Creative Leather Prods., Inc. przeciwko PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), w którym odstąpiono od domniemania negatywnego wpływu tego rodzaju porozumień na konkurencję). Ustalenie ceny sztywnej odsprzedaży z zasady powoduje, że cena sprzedaży detalicznej zostaje ukształtowana na innym, z reguły wyższym, poziomie niż w braku takiego ograniczenia, kiedy to jej poziom kształtowany byłby przez sprzedawcę w sposób odpowiadający jego planom i oczekiwaniom gospodarczym, intensywności popytu oraz rozwojowi konkurencji ze strony innych sprzedawców. Obok minimalnych cen odsprzedaży, sztywne ceny odsprzedaży to jedyne wertykalne ograniczenie w porozumieniach dystrybucyjnych, które nie pozwala odsprzedawcy na zwiększenie wolumenu sprzedaży w drodze obniżenia ceny. Porozumienie o takiej treści uniemożliwia sprzedawcom konkurowanie ceną z innymi członkami sieci tej samej dystrybucji (rozumianej jako sieć sprzedaży konkretnego towaru, konkretnego dostawcy). Nie pozwala także na posługiwanie się ceną przez sprzedawców zbywających substytucyjne względem siebie towary pochodzące od różnych dostawców do kształtowania konkurencji między towarami tych dostawców. W ten sposób oddziałuje nie tylko na cenową konkurencję wewnątrzmarkową, ale także międzymarkową.

13. Porozumienia ustalające sztywne ceny odsprzedaży mogą zaburzać efektywność alokacyjną. Ułatwiają zawarcie i wykonywanie zmowy kartelowej między producentami (dostawcami) towarów. Członkowie takiego kartelu mają mniejszą motywację do łamania jego ustaleń z racji większej transparentności działania dystrybutorów i szybszej możliwości wychwycenia przypadków niedochowywania uzgodnionych horyzontalnie warunków działania przez pozostałych uczestników porozumienia. Sztywne ceny odsprzedaży ułatwiają również zawarcie i wykonywanie zmowy kartelowej między członkami sieci dystrybucji, zwłaszcza gdy sprzedaż towarów koncentruje się na kanałach dystrybucji charakteryzujących się oligopolistyczną strukturą rynku. Zgodnie z koncepcją podnoszenia kosztów konkurentów, posługiwanie się sztywnymi cenami sprzedaży może także prowadzić do ogólnego podniesienia poziomu cen substytucyjnych towarów na rynku nawet bez horyzontalnego porozumienia się przez producentów (dostawców) albo sprzedawców. Wprowadzenie cen tego rodzaju, zwłaszcza w przypadku towarów mających status produktów wiodących lub markowych na danym rynku, zachęca bowiem sprzedawców do wymuszania na konkurentach tego producenta zaoferowania im równie korzystnych warunków sprzedaży ich towarów. Dotyczy to w szczególności tych rynków, na których substytucyjne towary sprzedawane są przy wykorzystaniu tych samych kanałów dystrybucji w postaci przedsiębiorców sprzedających równocześnie towary pochodzące od wielu konkurujących ze sobą dostawców. Sztywne ceny sprzedaży, w zakresie w jakim powodują zwiększenie marży sprzedawców uzyskiwanej ze zbytu towarów konkretnego producenta (dostawcy), mogą również prowadzić do wykorzystywania asymetrii informacji w ich relacjach z potencjalnymi nabywcami i kierowania ich zainteresowania ku towarom objętym sztywną ceną odsprzedaży, mimo iż w ofercie sprzedawcy będą znajdować się towary w lepszym stopniu zaspokajające oczekiwania nabywcy.

14. Sztywne ceny odsprzedaży mogą również negatywnie oddziaływać na poziom efektywności produkcyjnej. W braku konkurencji cenowej między sprzedawcami producent (dostawca) będzie poddany mniejszej presji sprzedawców na obniżenie ceny hurtowej celem zwiększenia marży detalicznej, co z kolei zmniejsza bodźce do redukcji kosztów. Analogiczny skutek sztywne ceny sprzedaży mogą wywołać w obszarze dystrybucji towarów. Mając świadomość braku presji cenowej ze strony innych odsprzedawców, handlowcy związani postanowieniami ustanawiającymi sztywne ceny sprzedaży będą w mniejszym stopniu skłonni do podejmowania działań obniżających ich koszty działania, aczkolwiek każda redukcja kosztów będzie prowadzić

do zwiększenia marży detalicznej. Ceny sztywne mogą również prowadzić do oferowania zbędnych usług towarzyszących sprzedaży.

15. Powyższe okoliczności powodują, że porozumienia ustalające sztywne ceny sprzedaży budzą wątpliwości z punktu widzenia celów prawa ochrony konkurencji *in abstracto*, niezależnie od tego jakie wartości w danym systemie prawnym uważane są za godne ochrony. Uzasadnia to w przekonaniu Sądu Najwyższego utrzymanie stanowiska, zgodnie z którym porozumienia tego rodzaju należą do tej kategorii grupowych praktyk ograniczających konkurencję, której celem jest ograniczenie konkurencji. Jednakże przynajmniej w pewnych okolicznościach stosowanie sztywnych cen odsprzedaży w porozumieniach zawieranych przez producentów (dostawców) z członkami sieci dystrybucji może być prokonkurencyjne.

16. Prokonkurencyjny charakter cen sztywnych należy łączyć z sytuacjami, w których ograniczenie konkurencji cenowej między członkami sieci dystrybucji towarów dostarczanych przez konkretnego producenta (dostawcy) ułatwia wejście na rynek. Zapewnienie wyższej marży członkom sieci dystrybucji pozwala bowiem przekonać sprzedawców do wprowadzenia towarów nowego gracza na rynku do własnej oferty handlowej. Zwiększa dostępność jego towarów w różnego rodzaju placówkach i pozwala stworzyć odpowiednio zagęszczoną sieć sprzedaży. Dostępność towarów jest zaś kluczowa z punktu widzenia dotarcia do odbiorcy finalnego, wzmocnienia jego zainteresowania nowym produktem (wywołanego odpowiednimi akcjami marketingowymi) oraz samej możliwości zakupu w miejscu i w sposób najdogodniejszy dla nabywcy. Ochrona określonego poziomu marży sprzedawcy może być także niezbędna do tego, aby skłonić go do informowania klientów o nowym produkcie, zachęcania do jego zakupu oraz dostarczania (jeżeli jest to konieczne) odpowiednich informacji pozwalających na odpowiednie korzystanie z zakupionego towaru. Wejście na dany rynek nowego gracza, niezależnie od tego, na ile okaże się skuteczne, podnosi poziom konkurencji międzymarkowej między dotychczasowymi uczestnikami rynku, którzy przynajmniej w założeniu powinni zareagować na działania nowego konkurenta. Niezależnie od tego, czy do takiej reakcji dojdzie i jaką przybierze ona postać, wejście nowego uczestnika rynku poszerza zakres wyboru, z jakiego mogą korzystać konsumenci.

17. Klasycznym uzasadnieniem dla posługiwania się sztywnymi cenami odsprzedaży jest zachęcenie sprzedawcy detalicznego do podejmowania czynności towarzyszących samej sprzedaży poprzez zapobieżenie efektowi „jazdy na gapę”. Efekt ten

polega na korzystaniu przez część członków sieci dystrybucji z działań prowadzących do zwiększenia sprzedaży podejmowanych, a zatem także finansowanych, przez innych sprzedawców wchodzących w skład sieci. W modelowym założeniu koncepcji efektu gapowicza potencjalny klient zostanie zachęcony do nabycia danego towaru przez dealera intensywnie reklamującego się w prasie lokalnej, posiadającego odpowiednio usytuowany i wyposażony salon oraz wyszkolonych sprzedawców, lecz po uzyskaniu potrzebnych do podjęcia decyzji o zakupie informacji nabywca zawrze stosowną umowę z innym członkiem sieci sprzedaży, który nie oferując usług towarzyszących samej sprzedaży, a przez to nie ponosząc ich kosztów, może zaoferować korzystniejszą cenę. Wówczas sztywna cena odsprzedaży powoduje, że cena towaru konkretnego dostawcy zaoferowana nabywcy przez sprzedawcę przestaje być czynnikiem decydującym o zakupie u konkretnego sprzedawcy. Powyższe uogólnienie jest kwestionowane we współczesnym piśmiennictwie, które uznaje, że większość rynków nie jest dotknięta problemem efektu „jazdy na gapę”. Na niewielu rynkach świadczone są rzeczywiście takie usługi towarzyszące sprzedaży, które mogłyby być objęte efektem gapowicza. Nie wszystkie towary wymagają także świadczenia tego rodzaju usług z uwagi na zakres informacji, jakie producenci (dostawcy) zobowiązani są dostarczać konsumentom niezależnie od sprzedawców. Ponadto wiele informacji potencjalny nabywca może uzyskać korzystając ze współczesnych środków komunikacji masowej. Wreszcie, samo posługiwanie się sztywnymi cenami odsprzedaży nie jest skutecznym instrumentem zachęty do świadczenia usług towarzyszących sprzedaży, skoro nie obliguje członka sieci dystrybucji do podejmowania jakichkolwiek działań w tym zakresie. Nie wyklucza ponadto posługiwania się przez członków sieci dystrybucji innymi niż konkurencja ceną sposobami przechwytywania klienteli od innych sprzedawców działających w tej samej sieci. W konsekwencji należy przyjąć, że zapobieganie efektowi „jazdy na gapę” może stanowić uzasadnienie dla posługiwania się sztywnymi cenami odsprzedaży w wyjątkowych sytuacjach lub na niektórych rynkach.

18. Posługiwanie się sztywnymi cenami odsprzedaży można również uznać za prokonkurencyjne, gdy będzie podyktowane potrzebą zapewnienia jednolitego wizerunku i charakteru działania sieci sprzedaży, a także skutecznego przeprowadzenia krótkoterminowych kampanii promocyjnych opierających się na niskiej cenie (Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych, Dz.Urz.UE z 19 maja 2010 r., C 130, s. 1, pkt 225).

19. Przedstawiony powyżej kontekst ekonomiczny porozumień ustalających sztywne ceny odsprzedaży nie zwalnia jednak Sądu Najwyższego z konieczności respektowania ustalonych przez samego ustawodawcę standardów w zakresie prawnej oceny porozumień tego rodzaju. Znajdujące zastosowanie w niniejszej sprawie przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przepisy wykonawcze do ustawy akcentują bowiem pierwszoplanowe znaczenie konkurencji cenowej wśród różnych form konkurencji, samodzielność kształtowania polityki cenowej przez uczestników rynku oraz – co wynika z aksjologii ustawy i ustawy zasadniczej (art. 76 Konstytucji) - interesy konsumentów.

20. Należy zatem rozważyć, czy art. 5 ust. 1 ustawy pozwala na uwzględnienie poglądów zakładających prokonkurencyjny charakter wertykalnych ograniczeń cenowych przy stosowaniu wynikającego z tego przepisu zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W szczególności zaś oceny wymaga, czy z punktu widzenia kwalifikacji zachowania powoda jako niedozwolonej praktyki za prawnie relewantne można uznać argumenty podniesione w skardze kasacyjnej, a dotyczące okoliczności towarzyszących wprowadzeniu sztywnej ceny sprzedaży (promocja cenowa) oraz faktycznego zaniechania egzekwowania wymogu respektowania przez dystrybutorów powoda ustalonego poziomu cen.

21. Przepis art. 5 ust. 1 ustawy zakazuje porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Do porozumień tego rodzaju zaliczono w art. 5 ust. 1 pkt 1 porozumienia polegające na ustaleniu cen sprzedaży towarów. Porozumienia tego rodzaju są zakazane (art. 5 ust. 1 ustawy) bez względu na wielkość udziału w rynku stron porozumienia oraz wertykalny lub horyzontalny charakter (art. 6 ust. 2 ustawy). Ustawa wyłącza jednak zastosowanie zakazu z art. 5 ust. 1 do porozumień, które spełniają warunki rozporządzenia Rady Ministrów wydanego na podstawie art. 7 ustawy oraz do porozumień które, stosownie do art. 11 ust. 2 ustawy, nie będąc objęte takim rozporządzeniem, spełniają przesłanki wymienione w art. 7 ustawy. Z powyższego wynika, że wertykalne porozumienie ustalające sztywną cenę odsprzedaży, jako porozumienie ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy, należące w świetle przedstawionego powyżej wyводу do kategorii porozumień negatywnie oddziałujących na konkurencję ze względu na cel, nie będzie zakazanym porozumieniem tylko wtedy, gdy będzie objęte zakresem zastosowania rozporządzenia z 13 sierpnia 2002 r. albo, gdy powód wykazałby, że spełnione zostały przesłanki wymienione w art. 7 ust. 1 ustawy.

22. W tym zakresie Sąd Najwyższy stwierdza, że rozporządzenie z 13 sierpnia 2002 r. wyłącza spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję tylko porozumienia, w których ustalono maksymalną cenę odsprzedaży lub wprowadzono rekomendacje cenowe. Wbrew argumentacji skargi kasacyjnej, treść porozumienia jakie zostało zawarte w niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości subsumcyjnych. Powód jasno określił, że warunkiem udziału w promocji jest sprzedaż dachówki R.-miedziana po ściśle określonej cenie. Ponadto ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że w dacie zawierania porozumienia powód zamierzał egzekwować od członków sieci dystrybucji respektowanie obowiązku sprzedaży wyłącznie po określonej przez niego cenie detalicznej. W tych okolicznościach Sąd Apelacyjny trafnie uznał cenę ustaloną w porozumieniu zawartym z udziałem powoda za cenę sztywną, do której nie stosuje się wyłączenia przewidzianego w rozporządzeniu z dnia 13 sierpnia 2002 r. Z powyższego wynika, że nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 4 pkt 4 lit b ustawy oraz § 8 rozporządzenia z 13 sierpnia 2002 r., a także zarzut naruszenia 232 zdanie 2 k.p.c.

23. Na dokonaną powyżej kwalifikację porozumienia jako zakazanej praktyki ograniczającej konkurencję nie wpływa rezygnacja z dyscyplinowania dystrybutorów nie stosujących się do poczynionych ustaleń. Nieistotny jest również „promocyjny” kontekst zawarcia porozumienia. O ile należy zaakceptować prawo dostawcy do organizowania promocji cenowych i upewnienia się, nawet i w drodze uzgodnień z członkami sieci dystrybucji, że jego zamierzenia promocyjne zostaną wdrożone przez członków sieci dystrybucji, o tyle kontekst wprowadzenia ceny minimalnej wskazujący na „prokonkurencyjny” charakter takiego ograniczenia jest relewantny wyłącznie na etapie oceny przesłanek zastosowania art. 7 ust. 1 ustawy. Sąd Najwyższy jest jednak związany podstawami skargi kasacyjnej powoda, które nie obejmują zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. Do przepisu tego powód odwołał się bowiem wyłącznie w zbiegu z art. 4 pkt 8 ustawy oraz art. 11 ust. 2 i § 8 pkt 1 rozporządzenia z dnia 13 sierpnia 2002 r., a zatem wyłącznie w kontekście zarzutu wadliwej kwalifikacji porozumienia jako ustalającego sztywną cenę odsprzedaży niekorzystającego z wyłączenia ustanowionego na mocy powyższego rozporządzenia.

24. Bezzasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 385 i 378 § 1 w związku z art. 328 § 2 i 391 § 1 k.p.c. oraz 232 zdanie 2 k.p.c. w związku z art. 1 ust. 1 i 2 ustawy. Naruszenie interesu publicznego polega bowiem na zawarciu porozumienia dotyczącego zasadniczego parametru konkurencji na rynku, jakim jest cena (wyrok

Sadu Najwyższego z 5 czerwca 2008 r., III SK 40/07, OSNP 2009 nr 19-20, poz. 272).

25. Nieuzasadniony okazał się również zarzut naruszenia art. 4 pkt 8 ustawy oraz art. 382 k.p.c. i 227 k.p.c. Sąd Najwyższy nie podziela zapatrywań Sądu Apelacyjnego w przedmiocie irrelewantności prawidłowości wyznaczenia rynku właściwego w niniejszej sprawie, z uwagi na wyłączenie możliwości zastosowania art. 6 ustawy. Prawidłowe wyznaczenie rynku właściwego ma podstawowe znaczenie dla poprawnego zastosowania przepisów ustawy (wyroki Sądu Najwyższego: z 14 września 2006 r., III SK 13/06, OSNP 2007 nr 17-18, poz. 265; z 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011 nr 9-10, poz. 144). Jednakże powód, poza werbalnym zakwestionowaniem prawidłowości ustaleń w zakresie rynku właściwego w niniejszej sprawie, którymi to ustaleniami Sąd Najwyższy jest związany, nie przedstawił żadnej metodologii wyznaczania rynku właściwego, która powinna znaleźć zastosowanie w niniejszej sprawie, a której pominięcie przez Sąd drugiej instancji doprowadziłoby do wydania orzeczenia o odmiennej treści.

26. Mając powyższe na względzie oraz opierając się na treści art. 398¹⁴ k.p.c., Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną powoda. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do art. 108 § 1 k.p.c. oraz § 12 ust. 4 w związku z § 14 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

=====