

Sygn. akt *XVII AmA 160/11*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 listopada 2014 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w składzie:

Przewodniczący:	<i>SSO Dariusz Dąbrowski</i>
Protokolant:	Sekretarz sądowy Wioleta Żochowska

po rozpoznaniu w dniu 5 listopada 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) *Spółki Akcyjnej w D.i (...)spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.*

przeciwko *Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

przy udziale zainteresowanego (...) *spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.*

***o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję***

na skutek odwołania powodów od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 maja 2010 roku Nr (...)

***orzeka:***

1. zmienia zaskarżoną decyzję w punkcie II (drugim) w ten sposób, że obniża karę pieniężną nałożoną na (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W. do kwoty 699656,23 zł (sześćset dziewięćdziesiąt dziewięć tysięcy sześćset pięćdziesiąt sześć złotych, 23/100),
2. zmienia zaskarżoną decyzję w punkcie III (trzecim) w ten sposób, że obniża karę pieniężną nałożoną na (...) Spółkę Akcyjną w D. do kwoty 1820308,50 zł (jeden milion osiemset dwadzieścia tysięcy trzysta osiem złotych, 50/100),
3. oddala odwołania w pozostałym zakresie,
4. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania.

SSO Dariusz Dąbrowski

Sygn. akt *XVII AmA 160/11*

## UZASADNIENIE

W dniu 24 maja 2010 roku Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany w dalej „Prezesem UOKiK” lub „Prezesem Urzędu”) wydał decyzję nr (...), w której:

I. na podstawie art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu

postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów zawarcie przez (...) S.A. z siedzibą w D., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.i(...)Sp. z o.o. z siedzibą w W. na krajowym rynku hurtowego obrotu farbami i lakierami porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na ustalaniu detalicznych cen odsprzedaży farb i lakierów (...) S.A. stosowanych przez (...) Sp. z o.o. oraz (...) Sp. z o.o. i stwierdził jej zaniechanie z dniem 31 grudnia 2006 roku.

II. na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, nałożył na (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 39 005 835,16 zł (trzydzieści dziewięć milionów pięć tysięcy osiemset trzydzieści pięć zł 16/100), płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji konsumentów (pkt I sentencji decyzji).

III. na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 103a ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nałożył na (...) S.A. z siedzibą w D. karę pieniężną w wysokości 9 317 704,18 zł (dziewięć milionów trzysta siedemnaście tysięcy siedemset cztery zł 18/100), płatną do budżetu państwa, z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (pkt I sentencji decyzji).

IV. na podstawie art. 103 a ust. 1 w związku z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, odstąpił od nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, na (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (pkt I sentencji decyzji).

V. na podstawie art. 72 i art. 75 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, obciążył kosztami postępowania antymonopolowego i zobowiązał do uiszczenia na rzecz Prezesa Urzędu:

- (...) S.A. z siedzibą w D. w kwocie 539,05 zł (słownie: pięćset trzydzieści dziewięć i 5/100 złotych);
- (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w kwocie 234,90 zł (słownie: dwieście trzydzieści cztery i 90/100 złote);
- (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w kwocie 251,75 zł (słownie: dwieście pięćdziesiąt jeden i 75/100 złotych).

Odwołanie od powyższej decyzji złożyła (...) S.A. z siedzibą w D. zaskarżył ją w części, to jest co do: pkt III decyzji, w którym Prezes UOKiK nałożył na powoda karę pieniężną w kwocie 9.317.704,18 zł (dziewięć milionów trzysta siedemnaście tysięcy siedemset cztery złote osiemnaście groszy) - z uwagi na fakt, że Prezes UOKiK obowiązany był w niniejszej sprawie całkowicie odstąpić od wymierzenia kary w stosunku do (...), albo co najmniej wymierzyć powodowi karę znacznie niższą niż wskazana w pkt III Decyzji ze względu na uczestnictwo powoda w programie łagodzenia kar, a ponadto:

(i) nawet gdyby przyjąć, iż Prezes UOKiK w prawidłowy sposób ustosunkował się do uczestnictwa powoda (oraz (...)) w programie łagodzenia kar i wyciągnął z tego prawidłowe wnioski dla wymiaru kary, to należałoby przyjąć, że wskazana kara nałożona na powoda została wymierzona w nadmiernej wysokości, w wyniku wadliwej oceny przesłanek wymiaru kary;

(ii) pkt IV Decyzji, w którym Prezes UOKiK odstąpił od nałożenia kary pieniężnej na (...) Sp. z o.o. - ze względu na wadliwą ocenę uczestnictwa (...) w programie łagodzenia kar i wyciągnięcie z tego uczestnictwa błędnych wniosków w zakresie wymiaru kary, a to przede wszystkim z uwagi na fakt, że to (...) była inicjatorem zawartego w niniejszej sprawie porozumienia antykonkurencyjnego, a także że nie zaprzestała stosowania niedozwolonych praktyk w chwili złożenia stosownego wniosku.

Powód wniósł o zmianę Decyzji w zakresie jej pkt III poprzez odstąpienie od nałożenia na powoda kary pieniężnej albo nałożenie na powoda kary pieniężnej w wysokości 50.000 złotych lub w innej wysokości istotnie mniejszej niż określona w Decyzji, a ponadto o zmianę Decyzji w pkt IV w zakresie, w jakim ze względów prawnych będzie to konieczne dla uwzględnienia wniosku Powoda o zmianę pkt III Decyzji, względnie o uchylenie pkt III i IV Decyzji. Nadto (...) S.A. wniosła o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie wskazanych w uzasadnieniu odwołania dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania w tym dowodów z zeznań wskazanych przez powoda świadków.

Powód (...) S.A. zarzucił wydanej przez pozwanego decyzji:

1) naruszenie art. 103a ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z § 7 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 18 maja 2004 roku w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie, polegające na ich niezastosowaniu w stosunku do powoda, poprzez zaniechanie odstąpienia od wymierzenia powodowi kary pieniężnej, a to w wyniku nieuwzględnienia przy wymiarze kary, jako okoliczności stanowiącej podstawę do całkowitego odstąpienia od wymierzenia kary, faktu, iż powód jako pierwszy z uczestników porozumienia w sposób skuteczny złożył wniosek o odstąpienie lub obniżenie wymiaru kary, dostarczając Prezesowi UOKiK informacji o istnieniu zakazanego porozumienia, wystarczającej do wszczęcia postępowania antymonopolowego, oraz przedstawiając organowi, z własnej inicjatywy, dowód umożliwiający wydanie decyzji, o której mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, a następnie współpracował z Prezesem UOKiK w toku postępowania w pełnym zakresie, dostarczając niezwłocznie wszelkie dowody, którymi powód dysponował, oraz udzielając niezwłocznie wszelkich informacji związanych ze sprawą, a także zaprzestał uczestnictwa w porozumieniu nie później niż w dniu poinformowania Prezesa UOKiK o istnieniu porozumienia i przedstawienia dowodu, o którym mowa powyżej, a nadto nie występował w charakterze inicjatora zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia i nie nakłaniał innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu;

2) naruszenie art. 103a ust. 2 i art. 103a ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 104 i art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, polegające na ich niezastosowaniu lub niewłaściwym zastosowaniu w stosunku do powoda, poprzez zaniechanie obniżenia wymierzonej powodowi kary pieniężnej w stopniu uzasadnionym okolicznościami niniejszej sprawy, przez co doszło do nałożenia na powoda kary nadmiernie surowej, a to w wyniku nieuwzględnienia przy wymiarze kary, jako kluczowej okoliczności łagodzącej, faktu, iż Powód jako pierwszy z uczestników porozumienia w sposób skuteczny złożył wniosek o odstąpienie lub obniżenie wymiaru kary, dostarczając Prezesowi UOKiK informacji o istnieniu zakazanego porozumienia, wystarczającej do wszczęcia postępowania antymonopolowego, oraz przedstawiając organowi, z własnej inicjatywy, dowód umożliwiający wydanie decyzji, o której mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy, a następnie współpracował z Prezesem UOKiK w toku postępowania w pełnym zakresie, dostarczając niezwłocznie wszelkie dowody, którymi powód dysponował, oraz udzielając niezwłocznie wszelkich informacji związanych ze sprawą, a także zaprzestał uczestnictwa w porozumieniu nie później niż w dniu poinformowania Prezesa UOKiK o istnieniu porozumienia i przedstawienia dowodu, o którym mowa powyżej, a nadto nie występował w charakterze inicjatora zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia i nie nakłaniał innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu;

3) naruszenie art. 103a ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, polegające na błędnej wykładni zawartej w tym przepisie przesłanki: „nie był inicjatorem zawarcia porozumienia”, gdyż wykładnia Organu koncentruje się przede wszystkim na okoliczności pierwszeństwa czasowego w dokonaniu określonej czynności (tj. komunikowaniu ustalonej wysokości cen odprzedaży), podczas gdy termin „inicjator zawarcia porozumienia” w rozumieniu art. 103a ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów powinien oznaczać podmiot najbardziej zaangażowany i aktywny w zawarciu, wykonywaniu i podtrzymywaniu porozumienia w całym czasie jego trwania;

4) naruszenie art. 103a ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, polegające na jego nieuzasadnionym zastosowaniu w stosunku do (...) i zwolnienie (...) z kary pieniężnej pomimo faktu, iż (...) była w niniejszej sprawie inicjatorem zakazanego porozumienia antykonkurencyjnego oraz nakłaniała innych przedsiębiorców do udziału w porozumieniu, a także nie zaprzestała zakazanych praktyk po dniu złożenia wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary, a ponadto jakoś jej współpracy z organem - wbrew twierdzeniom organu - nie zasługiwała na pozytywną ocenę i nie jest prawdą, że bez informacji i dowodów przedstawionych przez (...) niemożliwe byłoby stwierdzenie istnienia praktyki antykonkurencyjnej objętej wydaną w niniejszej sprawie Decyzją przy czym powód już w tym miejscu wskazuje, że ma interes prawny w podniesieniu niniejszego zarzutu i zaskarżeniu Decyzji w zakresie jej pkt IV, gdyż w razie uznania, że wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary złożony przez (...) nie był skuteczny - odpowiedni wniosek Powoda musiałby być traktowany jako chronologicznie pierwszy skuteczny wniosek leniency złożony w sprawie, co mogłoby mieć istotny wpływ na rozmiar nałożonej na powoda kary pieniężnej;

5) naruszenie art. 104 i art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, polegające na ich niewłaściwym zastosowaniu, poprzez:

(i) nieuzasadnione zaostrenie kary nałożonej na Powoda o 40% (pkt 380 Decyzji), którego Organ nie poparł należyтым objaśnieniem przesłanek, którymi się kierował;

(ii) nieuzasadnione zaostrenie kary nałożonej na Powoda o 30% (pkt 389 Decyzji), którego Organ nie poparł należyтым objaśnieniem przesłanek, którymi się kierował;

6) naruszenie art. 104 w związku z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, polegające na ich niewłaściwym zastosowaniu, poprzez wymierzenie Powodowi kary nadmiernie surowej, w konsekwencji:

(i) dokonania przez Prezesa UOKiK błędnej oceny, że zawarte w niniejszej sprawie porozumienie antykonkurencyjne należało do kategorii bardzo poważnych naruszeń prawa konkurencji - podczas gdy, jako porozumienie o charakterze wertykalnym w odniesieniu do Powoda, mogło być ono kwalifikowane przy nakładaniu kary na Powoda co najwyżej jako naruszenie „poważne”, lecz nie „bardzo poważne” w rozumieniu wydanych przez Prezesa UOKiK „Wyjaśnień w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję”;

(ii) dokonania przez Prezesa UOKiK błędnej oceny, że zawarte w niniejszej sprawie porozumienie antykonkurencyjne miało charakter eksploatacyjny - podczas gdy brak było w niniejszej sprawie jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że działanie na szkodę odbiorców finalnych (konsumentów) było w jakimkolwiek momencie objęte zamiarem (...) oraz że istniał związek przyczynowy pomiędzy zachowaniami (...) a jakimkolwiek negatywnymi skutkami dla odbiorców finalnych (konsumentów);

( (...)) przyjęcia przez Prezesa UOKiK, że zawarte w niniejszej sprawie porozumienie antykonkurencyjne objęło wszystkie produkty (...) (około 300 produktów) - które to ustalenie było błędne co najmniej dla okresu przed 2005 rokiem;

(iv) dokonania przez Prezesa UOKiK błędnej oceny, iż ustalona w niniejszej sprawie charakterystyka produktów i ich odbiorców może przemawiać za zaostreniem kary nałożonej na Powoda - podczas gdy nie wskazano żadnych argumentów przemawiających za uznaniem, że produkty (...) są nadzwyczaj istotne dla szczególnie wrażliwych

odbiorców, jak również że mają szczególne znaczenie dla innych sektorów gospodarki, a jedynie wówczas Organ może zaostrzyć wymiar kary w związku z oceną przesłanki charakterystyki produktów i ich odbiorców;

(v) pominięcia przez Prezesa UOKiK przy wymiarze kary nałożonej na Powoda analizy przesłanki potencjału ekonomicznego i siły negocjacyjnej / przetargowej poszczególnych uczestników porozumienia, która to przesłanka w stanie faktycznym niniejszej sprawy przemawiała za obniżeniem kary wymierzonej Powodowi;

(vi) przypisania przez Prezesa UOKiK nadmiernej wagi okoliczności długotrwałości porozumienia antykonkurencyjnego, przyjęcia nieuzasadnionych kryteriów zaostrzenia kary z tego tytułu oraz nieuwzględnienia faktu, iż pomimo względnej długotrwałości porozumienia w niniejszej sprawie nie mogło być mowy o zwielokrotnieniu skutków porozumienia w takim stopniu, jaki wynikałby z samej oceny czasu trwania porozumienia;

(vii) pominięcia i/lub zanegowania przez Prezesa UOKiK działania Powoda na żądanie i pod przymusem innych przedsiębiorców (przede wszystkim (...)) oraz przypisania niedostatecznej wagi okolicznościom łagodzącym, które mają być wzięte pod uwagę przy wymiarze kary, a w szczególności poprzez stwierdzenie, że jedyną okolicznością łagodzącą było w niniejszej sprawie zaprzestanie udziału w porozumieniu przed wszczęciem postępowania przez organ ochrony konkurencji,

(viii) przypisania przez Prezesa UOKiK Powodowi statusu inicjatora porozumienia antykonkurencyjnego, stwierdzenia, że Powód groził innym przedsiębiorcom i nakłaniał ich do udziału w porozumieniu, a także że faktycznie stosował wobec nich środki odwetowe z powodu niestosowania się do treści porozumienia, a także przypisania nadmiernej wagi przesłankom określającym okoliczności obciążające z punktu widzenia wymiaru kary za naruszenie prawa konkurencji, jak również nieuwzględnienia faktu, iż przy wymiarze kary za okoliczność obciążającą uważa się „rolę lidera lub inicjatora”, co dalece wykracza poza sam stan pozostawiania „inicjatorem” porozumienia,

(ix) bardzo istotnego przekroczenia wymiaru kary wystarczającego do osiągnięcia prewencyjnej funkcji kary;

**7) naruszenie art. 103a ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 104 w zwi#zku z art. 103a ust. 2 i art. 103a ust. 3 pkt 1 w zwi#zku z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów oraz w zwi#zku z art. 2 Konstytucji RP i art. 6 i art. 8 k.p.a., w zwi#zku z art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, polegaj#ce na ich niezastosowaniu lub niew#a#ciwym zastosowaniu w stosunku do Powoda, poprzez naruszenie przy wymiarze kary w niniejszej sprawie zasad pewno#ci prawa oraz zaufania do organów pa#stwa, w zwi#zku z wymierzeniem kary w sposób odbiegaj#cy od jednolitej dotychczas oraz powszechnie znanej (w tym znanej Powodowi) linii orzeczniczej organu ochrony konkurencji w tego rodzaju sprawach.**

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł również (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., zaskarżając decyzję w części, to jest w zakresie pkt I, II oraz w części pkt V dotyczącej (...), wnosząc o uchylenie w stosunku do powoda w całości pkt. I, II Decyzji oraz pkt V w zakresie obciążającym powoda kosztami postępowania antymonopolowego, a w przypadku nieuwzględnienia powyższego o zmianę pkt II poprzez obniżenie wysokości kary pieniężnej i wymierzenia jej w jak najniższej wysokości. Nadto powód wniósł o dopuszczenie wskazanych przez niego w odwołaniu dowodów na okoliczności w niej wskazane, przesłuchanie wskazanych w odwołaniu świadków, przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności przez niego wskazane oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania według norm przepisanych.

(...) Sp. z o.o. zarzucił zaskarżonej decyzji:

1. naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a mianowicie poprzez uznanie że powód zawarł z (...) S.A. oraz (...) Sp. z o.o. na

krajowym rynku hurtowego obrotu farbami i lakierami porozumienie ograniczające konkurencję polegające na ustalaniu detalicznych cen odsprzedaży farb i lakierów (...) stosowanych przez (...) oraz (...).

2. naruszenie § 8 pkt. 1 rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2002 roku w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a mianowicie poprzez przyjęcie, że ceny sugerowane dotyczące produktów (...) ograniczały powoda w ustalaniu jego cen sprzedaży i że ceny te w przypadku powoda miały w rzeczywistości charakter cen minimalnych lub były cenami o określonej wysokości (sztywnymi);

3. naruszenie art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji wszczęcie przez pozwanego w dniu 3 stycznia 2007 roku postępowania wobec powoda w sytuacji, kiedy do końca roku w którym zaprzestał on stosowania zarzucanych przez pozwanego praktyk, tj. do końca roku 2005 upłynął okres dłuższy niż jeden rok;

4. naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a mianowicie poprzez nałożenie kary na powoda w sytuacji, w której ani nie zawarł on, ani nie uczestniczył w porozumieniu z (...) i z (...) na krajowym rynku hurtowego obrotu farbami i lakierami polegającym na ustalaniu detalicznych cen odsprzedaży farb i lakierów (...);

5. naruszenie art. 101 ust. 1 pkt. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie poprzez przyjęcie, że będący podstawą do obliczenia wysokości kary przychód jest wyłącznie przychodem uzyskanym przez powoda ze sprzedaży wszystkich jego produktów w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, a nie że przychodem będącym podstawą do obliczania wysokości kary jest przychód uzyskany ze sprzedaży towarów objętych niedozwolonym porozumieniem w takim roku, a przychód uzyskany ze sprzedaży wszystkich towarów określa jedynie maksymalną granicę wysokości kary;

6. naruszenie art. 104 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a mianowicie poprzez niedokonanie indywidualizacji wysokości nałożonej kary wynikającej z indywidualnej oceny zachowania powoda w niniejszej sprawie, a w szczególności poprzez nieuwzględnienie w stosunku do powoda okoliczności łagodzących, w tym czasu trwania zarzucanego porozumienia, stopnia zawinienia, skutków zarzucanego porozumienia, potencjału ekonomicznego powoda, faktycznego niestosowania się przez powoda do porozumienia, braku wcześniejszych naruszeń, niewielkich korzyści finansowych, jak również poprzez nieprawidłową ocenę okoliczności obciążających;

7. naruszenie art. 7 i 77 k.p.a. w związku z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 233 k.p.c. w związku z art. 81 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na niewyjaśnieniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy oraz braku wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, a w szczególności dowolności w ustalaniu zakresu produktów objętych zarzucanym porozumieniem oraz dowolności w ustalaniu trwania zarzucanego porozumienia;

8. naruszenie art. 107 § 1 i § 3 k.p.a. w związku z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na niejasnym i nieprecyzyjnym określeniu w osnowie decyzji produktów objętych zarzucanym porozumieniem, a w szczególności niewymienieniem szczegółowo ani w osnowie ani w uzasadnieniu decyzji tych produktów, co powoduje, że rozstrzygnięcie jest niezrozumiałe dla uczestników postępowania, a w tym powoda;

9. naruszenie art. 62 ust. 1 i 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na wydaniu decyzji w sytuacji braku prawomocnego rozstrzygnięcia zażalenia powoda z dnia 28 kwietnia 2010 roku co do odmowy nieudostępnienia (...) informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powoda;

Pismem procesowym z dnia 18 października 2011 roku (...) zarzucił dodatkowo pozwanemu naruszenie art. 7 i 77 § 1 k.p.a. w związku z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez zaniechanie wszechstronnego

wyjaśnienia istotnego stanu faktycznego sprawy, w szczególności poprzez niewyjaśnienie możliwości istnienia horyzontalnego porozumienia pomiędzy producentami farb i lakierów w Polsce, co mogło mieć wpływ na ocenę istnienia porozumienia zarzucanego powodowi, względnie na wysokość kary nałożonej na (...), jak również poprzez zaniechanie zebrania i rozpoznania materiału dowodowego w tym zakresie. (...) podtrzymał wszystkie dotychczasowe swoje twierdzenia, zarzuty i wnioski i wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w uzasadnieniu pisma procesowego na okoliczności tam wskazane.

Pismem procesowym z dnia 7 listopada 2011 roku powód (...) podtrzymał w całości swoje stanowisko zajęte w odwołaniu od przedmiotowej decyzji i odniósł się do twierdzeń (...) zawartych w jego odwołaniu.

W odpowiedzi na odwołanie (...) powód (...) pismem procesowym z dnia 3 lutego 2012 roku oświadczył, iż nie popiera on odwołania w części obejmującej zarzuty wymienione w pkt. II.1, II.4 odwołania i popiera odwołanie w części obejmującej zarzuty wymienione w pkt. II.2, II.5 i II.6 kwestionując niektóre okoliczności wskazane przez (...) w ramach uzasadnienia zarzutu II.6 oraz przedstawił swoje stanowisko względem odwołania (...).

W odpowiedzi na odwołania (...) zainteresowany (...) Sp. z o.o. (zwany dalej (...)) wniósł o oddalenie odwołania w zakresie pkt. III (i)-(ii) odwołania (...), dopuszczenie dowodu z zeznań świadków wskazanych przez zainteresowanego na okoliczności przez niego wskazane, dopuszczenie dowodu z zeznań stron i dokumentów wskazanych przez zainteresowanego, zarządzenie na podstawie art. 153 § 1 lub § 2 k.p.c. odbycia całego posiedzenia przy drzwiach zamkniętych i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych

W odpowiedzi na odwołanie (...) zainteresowany (...) wniósł o oddalenie wniosku (...) o przesłuchanie świadka, odbycie na podstawie art. 153 § 1 lub § 2 k.p.c. całego posiedzenia przy drzwiach zamkniętych i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych. Zainteresowany wskazał, iż nie jest w stanie ustosunkować się do znacznej części twierdzeń (...), gdyż dotyczą one relacji między nim a (...).

W odpowiedzi na odwołania powoda (...) pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o oddalenie odwołania w całości, oddalenie wniosków dowodowych powoda i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Pozwany podniósł, iż w jego ocenie podniesione przez powoda wnioski są bezzasadne i podtrzymał decyzję w jej dotychczasowym brzmieniu, przedstawiając swoje stanowisko w kwestii podniesionych przez (...) twierdzeń.

W odpowiedzi na odwołania powoda (...) pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o oddalenie odwołania (...) w całości, oddalenie wniosków dowodowych powodów i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Pozwany podniósł, iż w jego ocenie podniesione przez powoda wnioski są bezzasadne i podtrzymał decyzję w jej dotychczasowym brzmieniu, przedstawiając swoje stanowisko w kwestii podniesionych przez (...) twierdzeń.

W replice z dnia 17 stycznia 2012 roku (...) na odpowiedź (...) powód wniósł o oddalenie wszystkich wniosków dowodowych (...), uwzględnienie odwołania (...) w całości i odniósł się do twierdzeń (...).

W odpowiedzi na pismo procesowe (...) z dnia 17 stycznia 2012 roku (...) wniósł o oddalenie wniosku powoda i odniósł się do poszczególnych twierdzeń (...) przedstawiając swoje stanowisko.

W replice z dnia 16 lutego 2012 roku (...) na odpowiedź pozwanego powód wniósł o oddalenie wszystkich wniosków zawartych w odpowiedzi pozwanego i uwzględnienie odwołania w całości oraz ustosunkował się do wywodów pozwanego zawartych w odpowiedzi.

W piśmie procesowym z dnia 20 lutego 2012 roku zainteresowany wskazał, iż przynajmniej część twierdzeń (...) jest sprzeczna z wcześniejszym stanowiskiem powoda wyrażonym w postępowaniu antymonopolowym przedstawiając swoje stanowisko w tej kwestii.

W pismach procesowych z dnia 24 lutego 2012 roku i dnia 8 marca 2012 roku powód (...) podtrzymał swoje stanowisko i odniósł się do twierdzeń zainteresowanego przecząc wywodom (...).

W piśmie z dnia 26 marca 2012 roku zainteresowany odniósł się do twierdzeń (...) zawartych w piśmie z dnia 8 marca 2012 roku i przedstawił swoje stanowisko.

W piśmie procesowym z dnia 12 kwietnia 2012 roku powód (...) zaprzeczył twierdzeniom (...) zawartym w piśmie z dnia 26 marca 2020 roku i przedstawił swoje stanowisko.

W pismach procesowych z dnia 14 czerwca 2012 roku, 18 lipca 2012 roku powód (...) podtrzymał swoje stanowisko w sprawie przedstawiając nowe twierdzenia.

W pismach procesowych z dnia 29 czerwca 2012 roku, 6 sierpnia 2012 roku i 2 grudnia 2012 roku (...) podtrzymał swoje stanowisko w sprawie przedstawiając nowe twierdzenia.

Na rozprawie w dniu 31 marca 2014 roku Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów postanowił połączyć do wspólnego rozpoznania i wyrokowania sprawy o sygnaturze XVII AmA 160/11 i XVII AmA 161/11 i sprawy prowadzić w dalszym ciągu pod sygnaturą XVII AmA 160/11 zakreślając pozostałą sygnaturę.

### **Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:**

Stronami postępowania w niniejszej sprawie są następujący przedsiębiorcy:

1) (...) S.A. jest przedsiębiorcą wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr (...). Przedsiębiorca jest częścią fińskiego koncernu farbiarskiego (...), który zajmuje się produkcją farb i powłok malarskich na użytek profesjonalistów, użytkowników-amatorów oraz przemysłu. (...) S.A jest wynikiem konsolidacji marek: (...), (...), (...), (...) i (...). Spółka produkuje wyroby farbiarskie pod następującymi markami: (...), (...), (...). Produkty (...) obejmują następujące kategorie: farby i lakiery (przeznaczone do malowania powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych, tynki, środki do drewna, przygotowanie gruntu, narzędzia. W okresie objętym przedmiotowym postępowaniem najważniejszym wyrobem powódki były farby marki (...).

2) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. jest przedsiębiorcą wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego pod pozycją (...). Przedsiębiorca prowadzi na terenie Polski działalność w zakresie sprzedaży detalicznej artykułów budowlanych, dekoracyjnych, a także elementów wyposażenia wnętrz i ogrodów, poprzez utworzoną w tym celu sieć handlową marketów budowlanych - markety (...), z jęz. ang. „(...) (...) w okresie objętym decyzją, jak też obecnie, oferuje produkty powoda (...) należące do następujących grup: farby i tynki, środki do drewna, przygotowanie gruntu, narzędzia we wszystkich sklepach należących do spółki. Sklepy te działają pod szyldami (...) i (...).

3) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. jest przedsiębiorcą wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego pod pozycją (...) - prowadzi na terenie Polski działalność w zakresie sprzedaży detalicznej oraz artykułów budowlanych, dekoracyjnych, a także elementów wyposażenia wnętrz i ogrodów, poprzez utworzoną w tym celu sieć handlową tzw. marketów budowlanych (markety (...)). (...) oferuje szeroką gamę produktów (...) we wszystkich marketach należących do spółki.

Sąd podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UOKiK, co do produktów, których dotyczyło zawarte przez powyżej wskazanych przedsiębiorców porozumienie cenowe. Porozumienie dotyczyło ponad 300 farb i lakierów produkowanych przez (...) S.A. Porozumienie obejmowało cały asortyment wskazywany w cenniku przedstawianym przez Producenta sklepom (...) i (...), nie wyłączając farb do mieszalników.

Jednakże skutek porozumienia został wywarty na najważniejsze i najbardziej rozpoznawalne produkty Producenta, określane przez świadków słuchanych przed Sądem, jako „top – 20”. Skutek porozumienia co do pozostałych produktów był znacznie łagodniejszy i w zasadzie trudno jest jednoznacznie określić w jakiej mierze ceny na te produkty były rzeczywiście utrzymywane zgodnie z ustalonym porozumieniem. Były to produkty znacznie słabiej sprzedające się i mniej rozpoznawane na rynku przez konsumentów. W tym miejscu należy zauważyć, że asortyment

produktów będących najważniejszą częścią porozumienia był płynny i w przypadku mniejszego zainteresowania kupujących jakimś produktem, mógł go zastąpić inny, także do grupy „top – 20” mógł wejść nowy produkt, jeżeli wolą stron porozumienia zostałyby on odpowiednio zareklamowany i zaczął cieszyć się powodzeniem wśród konsumentów. Produkty należące do grupy „top – 20” przynosiły około 3/4 obrotów generowanych pomiędzy Producentem a Detalistami będącymi uczestnikami porozumienia. Wreszcie skutek porozumienia nie nastąpił co do farb przeznaczonych do mieszalników. Były one co prawda objęte porozumieniem, jednakże wobec różnego obliczania cen sprzedaży farby po zmieszaniu konsumentowi w sklepie (...), wpływanie na ceny takiego produktu w całym okresie trwania porozumienia nie była możliwa.

Do najważniejszych farb i lakierów objętych porozumieniem, nad których ceną minimalną przedsiębiorcy czuwali na bieżąco („top – 20”) należy zaliczyć: Farba Jedyńka Emulsyjna 10 l biała, Farba Jedyńka Emulsyjna 12 l biała, Jedyńka Gold 3 l, Jedyńka Strong, Farba Jednowarstwowa Kuchnia i Łazienka 3 l kolory, Jedyńka emalia alkaidowa biała 0,75 l, Jedyńka Fasadowa biała 10 l, Premium Akryl 2 baza matowa, Designer Vfarg M7 Baza A 9,4.

Co najmniej od 2000 r. do 30 grudnia 2006 r. poziom minimalnych cen odsprzedaży farb i lakierów produkowanych przez (...) Polska był uzgadniany z (...). W roku 2002 do porozumienia cenowego przystąpił (...). Uzgodnienia pomiędzy stronami postępowania w początkowej fazie polegały na ustalaniu minimalnych cen odsprzedaży przez (...), a następnie wchodzącego do porozumienia (...), wybranych produktów (...). Natomiast od roku 2004 nastąpiła intensyfikacja działań pomiędzy stronami porozumienia. Miało to miejsce w zasadzie do końca 2006 roku. Mimo różnego nasilenia oddziaływania porozumienia i jego skutków na ustalonym rynku właściwym oraz różnym okresie przystępowania do niego poszczególnych jego uczestników, należy uznać, że porozumienie to miało charakter ciągły i jednolity

Sąd w pełni podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UOKiK, co do faktu, iż inicjatorem porozumienia, którego dotyczy postępowanie był (...) S.A. Wszelkie propozycje wprowadzenia minimalnych cen sprzedaży były proponowane przez Producenta. Także jedynie Producent ustalał wysokość minimalnych sugerowanych cen sprzedaży i przysyłał je pozostałym uczestnikom porozumienia w cennikach. Także Producent pilnował aby ceny produktów należących do „top – 20” nie spadały poniżej sugerowanych cen minimalnych, a doprowadzenie do tego stanu zajmowało osobom zatrudnionych w spółce około połowę czasu pracy.

Sąd podziela także ustalenia Prezesa UOKiK dotyczące rynku właściwego występującego w sprawie. Rynkiem właściwym, na którym doszło do zawarcia porozumienia co do ustalenia minimalnych cen sprzedaży był krajowy rynek hurtowego obrotu farbami i lakierami, natomiast skutek zawartego porozumienia nastąpił na lokalnych detalicznych rynkach sprzedaży farb i lakierów przez sieci (...) obejmujących obszar całego kraju.

W dniu 5 stycznia 2007 roku (...) sp. z o.o. złożyła na podstawie art. 103a ustawy z dnia 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów wniosek o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej.

W dniu 8 maja 2008 r. (...) sp. z o.o. złożyła na podstawie art. 103a ustawy z dnia 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów wniosek o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej.

Przychód (...)S.A. będący podstawą do obliczenia wymiaru kary wyniósł (...)zł.

Przychód (...)sp. z o.o. będący podstawą do obliczenia wymiaru kary wyniósł (...)zł.

Powyższy stan faktyczny został ustalony na podstawie dokumentów załączonych przez strony do pism procesowych oraz znajdujących się w aktach administracyjnych. Prawdopodobności powyższych dowodów strony nie kwestionowały, a Sąd uznał je za w pełni wiarygodne.

Sąd uzupełnił postępowanie dowodowe poprzez przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków i przesłuchania stron.

Oceniając zeznania świadków i stron Sąd zauważa, że wielokrotnie wydarzenia bardziej odległe w czasie były lepiej pamiętane niż bliższe składanym zeznaniom, często odpowiadano „nie pamiętam” lub „nie potrafię powiedzieć

dlaczego”, zeznania były niespójne, a wręcz wykluczające się, unikano operowania datami, faktami, nazwiskami. Sąd odnosząc się do poszczególnych zarzutów podda ocenie poszczególne wypowiedzi świadków, pomijając zeznania świadków G. J. i S. G. (1) albowiem nic nie wniosły do sprawy.

Sąd oddalił wniosek powoda (...) o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu handlu, marketingu i instytucji rynkowych, albowiem nie miał on znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a przedłużyłby jedynie postępowanie.

### **Sąd Okręgowy zważył co następuje:**

Odwołania (...)S.A. w D.i (...)sp. z o.o. okazały się częściowo zasadne, co skutkowało znacznym obniżeniem kar w stosunku do wymierzonych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Sąd omówi w pierwszej kolejności zarzuty stawiane skarżonej decyzji przez (...) S.A. w D..

W pierwszej kolejności Sąd omówi zarzuty dotyczące nieprawidłowo ustalonego stanu faktycznego przez Prezesa UOKiK oraz określone w odwołaniu nr 1) i 3) i 4).

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 103a ust. 1 ustawy z dnia 15.12.2000 roku w zw. z §7 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 18.05.2004 roku w sprawie trybu postępowania w przypadku wystąpienia przedsiębiorców do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie. Prezes UOKiK prawidłowo ocenił, iż (...)jako pierwsza wystąpiła z wnioskiem leniency, a nadto jak ustalono Producent był inicjatorem porozumienia.

Zgodnie z treścią art. 103a ust. 1 ustawy Prezes Urzędu, z zastrzeżeniem ust. 4, odstępuje od nałożenia kary, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 1 lub pkt 2, na przedsiębiorcę biorącego udział w porozumieniu, o którym mowa w art. 5 ust. 1 lub art. 81 Traktatu WE, jeżeli przedsiębiorca ten spełnia łącznie następujące warunki:

1) jako pierwszy z uczestników porozumienia:

a) dostarczy Prezesowi Urzędu informację o istnieniu zakazanego porozumienia, wystarczającą do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub

b) przedstawi Prezesowi Urzędu, z własnej inicjatywy, dowód umożliwiający wydanie decyzji, o której mowa w art. 9 lub art. 10

- jeżeli Prezes Urzędu nie posiadał w tym czasie informacji i dowodów wystarczających do wszczęcia postępowania antymonopolowego lub wydania decyzji, o której mowa w art. 9 lub art. 10;

2) współpracuje z Prezesem Urzędu w toku postępowania w pełnym zakresie, dostarczając niezwłocznie wszelkie dowody, którymi dysponuje, albo którymi może dysponować i udzielając niezwłocznie wszelkich informacji związanych ze sprawą, z własnej inicjatywy lub na żądanie Prezesa Urzędu;

3) zaprzestał uczestnictwa w porozumieniu nie później, niż w dniu poinformowania Prezesa Urzędu o istnieniu porozumienia lub przedstawienia dowodu, o którym mowa w pkt 1 lit. b;

4) nie był inicjatorem zawarcia porozumienia i nie nakłaniał innych przedsiębiorców do uczestnictwa w porozumieniu.

Natomiast §7 rozporządzenia stanowi, że w razie zwrotu wniosku lub w przypadku jego nieuwzględnienia wniosek ten nie będzie brany pod uwagę przy ustalaniu kolejności złożonych wniosków dla celów stosowania art. 103a ust. 1-4 i art. 103b ustawy. Odniesienie do §7 jest bezpodstawne, gdyż wniosek leniency nie został zwrócony, a Sąd rozpoznający odwołanie nie posiada uprawnień, aby na tym etapie postępowania dokonać jego zwrotu lub stwierdzić, że powinien zostać zwrócony.

Odnosząc się do twierdzeń Producenta, który podnosi, że nie on był inicjatorem porozumienia, a rola ta przypadła Castoramie, to Sąd w pełni podzielił ustalenia poczynione w tym zakresie przez Prezesa UOKiK. W praktyce orzeczniczej przyjęto jednoznacznie, że inicjatorem porozumienia jest przedsiębiorca, który odegrał wiodącą rolę w zawarciu porozumienia, który z własnej inicjatywy stworzył system porozumienia cenowego, a następnie skierował taki system do pozostałych uczestników nakłaniając ich do jego zastosowania.

Niekwestionowanym jest, że w 1999 roku miały miejsce na rynku „wojny cenowe” obejmujące także produkty (...), a w szczególności najważniejszy jej produkt – Jedynekę Emulsyjną Białą (dowód: zeznania słuchanego w charakterze strony A. T. (1) (dowód zeznania z dnia 22.09.2014 roku, np. 1.38). Niskie marże na farby prowadziły do progu opłacalności produkcji. Dlatego też zawarcie porozumienia i jego wykonanie było przede wszystkim korzystne dla Producenta, który w ten sposób mógłby kontrolować ceny na półce sklepowej, aby nie obniżyły się poniżej opłacalnego poziomu oraz uniknąć wojen cenowych prowadzących do nadmiernej obniżki cen sprzedaży, a tym samym marży, będącej zarobkiem (...). Na rok 2000 jako początek porozumienia wskazał sam Producent, a zdaniem Sądu właśnie ta data w połączeniu z „wojną cenową” jaka miała miejsce w 1999 roku, wskazuje na (...) jako inicjatora porozumienia. Podobne wnioski płyną z zeznań S. G. (2), który wskazał, że niskie ceny chciała zachowywać (...), co nie było korzystne dla (...) (zeznania z dnia 20.05.2014 roku, czas 2.10 i nast.).

Sąd nie znajduje podstaw, aby uznać wniosek Producenta, który wskazuje, że (...) mając silną pozycję negocjacyjną miała zainicjować porozumienie, za prawidłowy. Sąd podziela w tej kwestii stanowisko zaprezentowane przez zainteresowanego, który wskazał, że silna pozycja negocjacyjna odbiorcy powoduje, że nie musi on stosować się do sugestii dostawcy. Dostawcy zależy na utrzymaniu cen minimalnych odsprzedaży, aby utrzymać marże na wysokim poziomie, a czym ważniejszy i bardziej rozpoznawalny produkt, tym większe znaczenie ma utrzymanie jego odpowiedniej ceny. Miało to także odzwierciedlenie w przedmiotowym postępowaniu, gdzie głównym zainteresowaniem inicjatora porozumienia cieszyły się produkty określone mianem „top – 20”.

To (...) odgrywała rolę wiodącą w porozumieniu. Sami pracownicy Producenta określali się mianem „Policji cenowej (...)”. (dowód: mail z 20.06.2005 r. k 17145 (447-449) t. 88). Co prawda świadkowie zgłoszeni przez powoda (...), a szczególnie K. C. próbował słuchany przed Sądem umniejszać znaczenie hasła „Policja cenowa (...)”, jednak nie zaprzeczył temu, że pracownicy Producenta tak o sobie mówili. (dowód: zeznania świadka z dnia 9.06.2014 roku, czas 2.20.43). Niezaprzeczalnie to (...) w przypadku gdy cena na rynku spadła poniżej umówionej ceny, dokonywała interwencji. Brak jest jakiegokolwiek dowodu na to, aby pracownicy (...) lub (...) dokonywali interwencji na rynku i mogli mieć bezpośredni wpływ na ceny sprzedaży produktów Producenta w sklepach należących do innych uczestników rynku, zwracali się o odpowiednie interwencje do pracowników (...).

O wiodącej roli Producenta w porozumieniu świadczy także fakt systemu ustalania cen na produkty (...). Został on bezspornie, zdaniem Sądu zaprojektowany i wdrożony przez Producenta. To Producent wpisywał do cennika sugerowane ceny sprzedaży oferowanych produktów. To powód przekazywał w ten sposób wypełnione cenniki pozostałym uczestnikom porozumienia, oczekując, że zaakceptują i wdrożą je do wykonania. Co do zasady wszelkie propozycje wprowadzenia cen minimalnych i ich zmian wychodziły od Producenta. Powód nie przedstawił żadnego dowodu na to, że propozycje takie wychodziły od innego uczestnika porozumienia. Wskazują na powyższe także treści maili, przytaczanych również przez pozwanego w treści decyzji (k. 1031(1) t. 9, k. 1963 t. 9, k. 1998 t. 9, k. 6323 t. 39, k. 17145(57) t. 87). Strony nie zaprzeczyły treści tych wiadomości, Sąd uznał je więc za odpowiadające prawdzie.

Nieracjonalne są w tym kontekście twierdzenia Producenta, że to (...) była wiodącym uczestnikiem porozumienia. Gdyby tak było to inni uczestnicy porozumienia zwracaliby się do Zainteresowanego o regulację rynku zgodnie z porozumieniem, a ceny przyjmowane przez (...) byłyby odbierane jako ustalone ceny minimalne odsprzedaży. Racjonalnym jest wszak, że jeżeli obowiązuje porozumienie cenowe, na podstawie którego ustalane są ceny minimalne odsprzedaży, to ceny półkowe lidera, przy przyjęciu, że jest to (...), stanowią te minimalne ceny. Stanowisku Producenta, że to Zainteresowany ustalał ceny minimalne przeczą także dowody, na które wskazał pozwany, a które zdaniem Sądu polegają na prawdzie, ich prawdziwości i treści nie zaprzeczył powód. Są to maile przesyłane przez pracowników Zainteresowanego do pracowników Producenta (k. 1019 t. 6, k. 6447 t. 34, k. 6530 t. 34, k. 6503 t.39). Ich

treść jednoznacznie wskazuje na fakt, iż pracownicy zainteresowanego proszą o sprawdzenie, czy ich ceny są zgodne z ustaleniami. Jeżeli to Zainteresowany byłby autorem minimalnych cen wynikających z porozumienia, to jaki byłby cel tej korespondencji. W tym samym okresie, co jest faktem notorycznym, Producent przeprowadził zmwie cenowej na tzw. „rynku tradycyjnym”, której był także inicjatorem. K. C. w jednym z maili wskazuje, że Producent „stoi na stanowisku, że przestrzeganie cen sugerowanych na rynku jest naszym wspólnym interesem. Podejmujemy kroki, aby ten incydent miał jak najmniejszy rozdzźwięk i przeszedł bez echa także tradycyjnej dystrybucji” (k. 17145 (43) t. 87). Zdaniem Sądu świadczy to o istniejącej korelacji w regulacji cen w sklepach (...) i tradycyjnych. Takie postępowanie było poza możliwościami (...), nie miała ona możliwości wpływu na rynek tradycyjny. Znalazło to także potwierdzenie w zeznaniach świadka K. C. (zeznania z dnia 9.06.2014 roku, czas: 53,19; 1,18,59).

Przeprowadzone postępowanie dowodowe świadczy także jednoznacznie, że to do (...) zwracali się inni uczestnicy porozumienia o przeprowadzenie interwencji w razie odstępstw od ustalonych cen minimalnych. To właśnie pracownicy Producenta starali się łagodzić spory, a nawet groźbami wpływać na pozostałych uczestników porozumienia w celu jego wyegzekwowania. Dowodem powyższego są chociażby zeznania świadka K. C. (zeznania z dnia 9.06.2014 roku, czas: 2.03.56), który wskazał, że kierował on groźby zablokowania dostaw do sklepów w przypadku braku podwyższenia ceny. Dodać należy, że takich możliwości nie miała (...), brak jest jakichkolwiek dowodów na to, że to do niej zwracał się inny przedsiębiorca o regulację cen na rynku właściwym. W tym miejscu należy zauważyć, że nielogiczne i zupełnie niewiarygodne są te części zeznań świadków S. G. (2) i S. K., w których oświadczają oni, że dla Producenta żadnego znaczenia nie mają ceny detaliczne, po jakich sprzedawane są ich produkty, tym bardziej, że w innym miejscu zeznali oni, iż „cenniki fabryczne” były tworzone w oparciu o ceny rynkowe. Za jakikolwiek nacisk na Producenta przez innych uczestników porozumienia trudno uznać zapytania o wysokość cen detalicznych u konkurentów, wobec tego, że takie pytania zadawali także detaliści nie będący uczestnikami porozumienia. Kierowanie takich zapytań do Producenta świadczy tylko i wyłącznie, zdaniem Sądu, że to (...) była postrzegana jako lider istniejącego porozumienia cenowego. Stąd też właśnie do Producenta były kierowane wszelkie okazy niezadowolenia z powodu naruszenia wysokości cen minimalnych, ponieważ to on powinien nad prawidłową realizacją porozumienia czuwać.

Niewątpliwie stosunki między Producentem a Zainteresowanym były specyficzne. Jak wskazał sam Producent – Zainteresowany był dla niego szczególnym klientem, generującym jeden z największych obrotów dla powoda. Prowadziło to do specjalnego traktowania (...) i stosowaniu wobec niej wielu ustępstw co do marż i rabatów. Nie stanowi to jednak dowodu na to, że inicjatorem i liderem porozumienia był Zainteresowany.

Dowodem na zainicjowanie porozumienia przez (...) nie są także zeznania świadka K. C. dotyczące spotkania zorganizowanego przez Zainteresowanego dla dostawców w dniu 13 grudnia 2004 roku (zeznania świadka z dnia 9.06.2014 roku, czas: 1,38,13; 1,40,06). Wskazać należy, że świadek nie zeznawał co do faktów, a jedynie mówił o swoich przekonaniach i przypuszczeniach, nie potrafiąc jednak skonkretyzować źródeł, z których wiedział o tym, że Zainteresowany żąda regulacji cen od dostawców. Nadto zeznania te są niewiarygodne w obliczu stwierdzeń świadka, jakoby za przykład stawiany był inny producent (...) S.A. Jak wynika z treści Decyzji Prezesa UOKiK z dnia 18.09.2006 r. nr (...), producent ten rozpoczął proceder regulacji cen w końcu stycznia 2005 roku, tak więc nie mógł być stawiany za przykład w grudniu 2004 roku.

Niezasadne są także wywody powoda dotyczące lokalnego charakteru przedmiotowego porozumienia. Zdaniem Sądu nie ma wątpliwości, że porozumienie miało charakter centralnie zorganizowany i zarządzany przez Producenta. Natomiast samo wykonanie porozumienia było niejednokrotnie przekazywane na poziom lokalny, jednakże brak jest jakiegokolwiek dowodu na to, aby same ustalenia co do cen były dokonywane lokalnie. K. C. wskazuje w swoich zeznaniach (zeznania z dnia 26.05.2014 roku, czas: 2,19,04; 3,19,16), że kontakty między oboma przedsiębiorcami miały charakter centralny, a wszelkie działania lokalne były wynikiem ustaleń centralnych. Podobnie zeznał świadek A. D. (zeznania z dnia 20.05.2014 roku), który stwierdził, że wszelkie informacje dotyczące cen w sklepach oraz naciskami co do zmian cen na ustalone, były przekazywane do centrali powoda, to centrala koordynowała monitoring cen w sklepach, wytyczne co do cen minimalnych wychodziły z siedziby powoda. Żaden z przedstawionych dowodów nie wskazuje na to, że do koordynowania cen dochodziło bezpośrednio między sklepami a lokalnymi przedstawicielami

Producenta. Także centralny system zarządzania porozumieniem wynika z zeznań świadka K. C., który stwierdził, że nie słyszał, aby były zawierane lokalne porozumienia podobne do porozumienia centralnego (zeznania z dnia 26.05.2014 roku, czas: 2,19,04).

Mając powyższe na uwadze, Sąd nie miał wątpliwości, że inicjatorem oraz podmiotem wiodącym w zawartym porozumieniu był powód (...) S.A. Tym samym nie mógł wobec niego być zastosowany art. 103a ustawy o ochronie konsumentów i konkurencji, wobec treści pkt 4) powyższego przepisu.

Bezzasadnym jest również zarzut powoda (...) nieprawidłowego przyjęcia przez Prezesa UOKiK, iż to Producent jako pierwszy złożył prawidłowy wniosek leniency. Jak wyżej wskazano odstąpić od nałożenia kary Prezes UOKiK może jeżeli przedsiębiorca spełni łącznie przesłanki opisane w art. 103a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Niewątpliwie to (...) jako pierwszy z uczestników porozumienia przekazała o nim informację Prezesowi UOKiK (pismo z dnia 20 grudnia 2006 roku) oraz złożyła stosowny wniosek o odstąpieniu od nałożenia lub obniżenie kary pieniężnej w dniu 5 stycznia 2007 roku. Wniosek ten został uzupełniony pismem z dnia 2 lutego 2007 roku. Prezes UOKiK pismem z dnia 6 lutego 2007 roku poinformował Zainteresowanego, że jego wniosek jest pierwszym złożonym w sprawie. Producent nie przedstawił żadnego dowodu wskazującego na fakt złożenia przez niego wniosku przed Zainteresowanym. (...) nie udowodniła także, aby Zainteresowany wypełnił którąkolwiek z negatywnych przesłanek uniemożliwiających objęcie jej wnioskiem leniency. Niezaprzeczalnie Zainteresowany współpracował z Prezesem Urzędu w toku postępowania w pełnym zakresie, co nie zostało zanegowane przez pozwanego, który ma co do tego faktu wiedzę najpełniejszą, brak jest także przesłanek dla uznania, że Prezes UOKiK miałby w tym zakresie przedstawić nieprawdziwe informacje. Brak jest także dowodu na to, iż Zainteresowany zaprzestał uczestnictwa w porozumieniu po poinformowaniu Prezesa Urzędu o istnieniu porozumienia. Nielogiczne są wnioski Producenta, wskazującego, że on zaprzestał uczestnictwa w porozumieniu w połowie 2006 roku, natomiast Zainteresowany brał w nim udział jeszcze w 2007 roku. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że jest to niezgodne z twierdzeniem Producenta zamieszczonym we wniosku leniency z 8 maja 2008 roku, gdzie stwierdził, że porozumienie obowiązywało do kwietnia 2006 roku, co także nie polegało na prawdzie, gdyż obowiązywało do końca roku 2006. Także świadkowie powołani na okoliczność trwania (...) w porozumieniu w roku 2007 nie potwierdzili tego wniosku. Przede wszystkim A. D., stwierdził, że nie przypomina sobie jakiegokolwiek incydentu z ustalaniem cen w 2007 roku (zeznania z dnia 20.05.2014 roku). Podobnej treści zeznania złożył przełożony A. T. (2) R. (zeznania z dnia 6.06.2014 roku, czas: 5.00.00). Jak wcześniej wskazał Sąd, Zainteresowany nie był ani inicjatorem porozumienia, ani nie nakłaniała innych przedsiębiorców do uczestniczenia w porozumieniu.

Mając powyższe na uwadze Sąd uznał, że (...) prawidłowo, jako pierwsza złożyła wniosek o odstąpienie lub obniżenie kary i Prezes UOKiK prawidłowo zastosował wobec Zainteresowanego procedurę leniency.

W tym miejscu należy zauważyć, że powód (...) nie miał interesu prawnego w zaskarżeniu pkt IV decyzji polegającej na odstąpieniu od nałożenia kary pieniężnej na Zainteresowanego. Jak wyżej wskazano Sąd uznał, że Zainteresowany jako pierwszy złożył prawidłowy wniosek leniency do Prezesa UOKiK, a Prezes Urzędu uznał, że jest to pierwszy złożony w tej sprawie wniosek. Konstrukcja przepisów dotyczących wniosku leniency wskazuje, że tylko pierwszy z przedsiębiorców, którzy złożyli skuteczny wniosek może skorzystać z dobrodziejstwa leniency. Taka konstrukcja prowadzi do konstatacji, że Producent nie może zostać uznany za pokrzywdzonego na skutek odstąpienia przez Prezesa UOKiK od nałożenia na Zainteresowanego kary. Powyższe prowadzi do ustalenia braku gravamen w zaskarżeniu Decyzji w zakresie pkt IV. Dodać należy, że treść art. 103a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie pozwala na uzyskanie statusu pierwszego wnioskodawcy leniency w postępowaniu sądowym, stanowi to bowiem domenę Prezesa UOKiK w postępowaniu administracyjnym.

Mając powyższe rozważania na uwadze za bezzasadny należy uznać zarzut określony w pkt 2 odwołania. Prezes Urzędu przyjął, że pierwszym przedsiębiorcą, który złożył wniosek leniency był Zainteresowany i to on ma podstawy do ubiegania się o odstąpienie wobec niego od wymierzenia kary. Prezes UOKiK nie znalazł żadnych podstaw aby ten wniosek (...) zwrócić, a jak wyżej wskazano zmiana statusu pierwszego wnioskodawcy na etapie postępowania

sądowego jest niemożliwa. Tym samym nie było możliwości odstąpienia od wymierzenia kary, gdyż Producent był drugim wnioskodawcą leniency.

Sąd uznał za w przeważającej części prawidłowe zarzuty podniesione przez (...) S.A. określone w pkt od 5) do 7), co prowadziło w konsekwencji do znacznego obniżenia kary wobec przedsiębiorcy.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów opisanych w punkcie 6) odwołania, to należy podnieść, że brak było podstaw do ocenienia zawartego porozumienia jako „bardzo poważnego”. Zdaniem Sądu porozumienie zawarte między przedsiębiorcami miało charakter mieszany – wertykalno – horyzontalny. Nie przedstawiono żadnego dowodu na to, że uczestnicy porozumienia (...) i (...) mieli między sobą jakiekolwiek kontakty bezpośrednie związane z przedmiotowym porozumieniem. Znali co prawda ceny minimalne, za jakie powinni sprzedawać produkty (...)i akceptowali zawarte porozumienie dotyczące cen minimalnych, jednakże była to dolna granica minimalna poza jaką cena spaść nie powinna. Powyżej tej ceny obaj konkurenci mieli wolność w ustalaniu ceny sprzedaży, producent nie ustalił ceny sztywnej na swoje produkty. Nawet przyjmując, że porozumienie miało charakter przypominający działalność kartelu, w którym producent pełni rolę nadzorca ustalającego cenę, to jednak jak wyżej wskazano z uwagi na ustalenie jedynie minimalnej ceny odsprzedaży, trudno niniejsze porozumienie uznać za typowy kartel cenowy. Nie można zgodzić się też z twierdzeniem pozwanego, że stwierdzona praktyka miała skutki analogiczne do horyzontalnych porozumień cenowych, albowiem doszło do eliminacji konkurencji w wymiarze poziomym (pomiędzy konkurentami) w zakresie sprzedaży farb i lakierów Producenta. Konkurencja ta nie została w całości wyeliminowana, a jedynie ograniczona, poprzez ustalenie ceny minimalnej, a skutki porozumienia były różne dla różnych produktów, o czym w dalszej części wywodów. Wobec powyższego Sąd przyjął, że porozumienie można zakwalifikować jako „naruszenie poważne” konkurencji.

Prezes Urzędu uznał, że porozumienie obejmowało wszystkie produkty Producenta. Sąd tezę tą uznał za udowodnioną i podtrzymuje ją w swoim rozstrzygnięciu, jednakże zgromadzony materiał dowodowy dał asumpt do stwierdzenia różnych skutków porozumienia w zależności od produktu.

Niewątpliwie porozumienie będące przedmiotem niniejszego postępowania obejmowało wszystkie produkty Producenta oferowane sieciom (...). Część ustaleń dokonywanych pomiędzy uczestnikami porozumienia polegała na wymianie cenników zawierających ceny minimalne i nie wyróżniały one w żaden sposób produktów ważniejszych lub mniej ważnych. Każdy z produktów posiadał określoną cenę minimalną odsprzedaży. Żaden ze słuchanych świadków nie potrafił określić dlaczego wskazano ceny minimalne dla wszystkich produktów, a miały być stosowane dla wybranych produktów. Tak więc porozumienie objęło wszystkie produkty. Jednakże skutek nie był jednakowy dla wszystkich produktów. Przeprowadzone postępowanie dowodowe prowadzi do ustalenia, że ze względu na skutek jaki wywarło porozumienie na rynku właściwym można podzielić je na trzy grupy. I tak z zeznań wszystkich świadków, a także zgromadzonej korespondencji mailowej wynika jednoznacznie, że uczestnicy porozumienia utrzymywanie cen minimalnych narzuconych przez Producenta odnosili do grupy produktów określonych mianem „top – 20”. Do grupy tej należały produkty sztandarowe Producenta generujące najwyższe obroty, sięgające nawet  $\frac{3}{4}$ , tak w kontaktach pomiędzy (...) a sklepami, jak też najchętniej kupowanymi przez klientów sieci. Największe znaczenie dla umawiających się stron miała farba Jedynka Emulsyjna Biała – sprzedawana w opakowaniach 10 lub 12 litrowych. Najszerzej zakres produktów wchodzących do „top – 20” opisał świadek K. C. (dowód: zeznania złożone na rozprawie w dniu 9.06.2014 r. – 23.43, 1.07.13, 3.35.33). Z zeznań świadków wynika, że skład „top – 20” nie był stały i mógł ulegać zmianie w zależności od popularności towaru wśród konsumentów. Pozostałe produkty mimo, że były objęte porozumieniem co do stosowania cen minimalnych, w zasadzie nie przynosiły skutku antykonkurencyjnego. Co prawda sporadycznie mogły się zdarzać interwencje co do produktów spoza grupy określanej mianem „top – 20”, co tylko potwierdza, że porozumienie obejmowało wszystkie produkty, ale w ogólnym oglądzie rynku, porozumienie w stosunku do tych produktów nie wywierało żadnego skutku lub bardzo minimalny. Trzecią częścią produktów, których dotyczyło porozumienie, a co do których nie wywarło żadnego skutku – były farby do mieszalników. Ceny sugerowane przesyłane w mailach obejmowały także te farby – co przyznał także Producent (k. 1902), ale uczestnicy porozumienia nie dążyli do ustalenia ich cen. Przede wszystkim polityka obliczania cen gotowych farb z mieszalnika obu sklepów

(...) uczestniczących w porozumieniu, była inna, przez co niemożliwe było ich porównanie. Fakt ten nie był podważany przez żadną ze stron niniejszego postępowania.

Wpływ różnego skutku porozumienia cenowego dla różnych produktów musiał wywrzeć istotny wpływ na wymiar kary dla uczestników porozumienia. Przede wszystkim należy mieć tu na uwadze fakt, że istotny skutek dla rynku miała bardzo ograniczona ilość produktów Producenta. Co prawda produkty „top – 20” miały znaczny procentowy udział w obrotach pomiędzy (...) i pozostałymi uczestnikami porozumienia, a także były najpopularniejsze wśród nabywców, jednakże ilościowo było to około 20 produktów z gamy ponad 300 jakim zostało objęte porozumienie. Sąd stoi na stanowisku, że dla prawidłowej oceny powagi naruszenia, a co za tym idzie wysokości wymierzonej kary, decydujący jest skutek, jaki niedozwolone porozumienie wywiera na rynku właściwym. W świetle aktualnego orzecznictwa sądów krajowych w krajach Unii Europejskiej, ale także Stanów Zjednoczonych, jak również orzecznictwa ETS, jasnym jest, że właśnie skutek ekonomiczny jaki wywarło na rynku właściwym niedozwolone porozumienie naruszające konkurencję stanowi najważniejszy element, który wpływa na ocenę ważkości naruszenia i wymierzonej w związku z tym kary. Zdaniem Sądu wystąpienie skutku tylko co do niewielkiej części asortymentu Producenta, nawet jeżeli były to najważniejsze jego produkty, musiało prowadzić do radykalnego obniżenia kary wymierzonej przez Prezesa UOKiK. Przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało bowiem jednoznacznie, że porozumienie obejmowało wszystkie produkty Producenta oferowane sieciom (...), ale skutek wystąpił tylko i wyłącznie do niewielkiej grupy produktów, określanej przez świadków, a także same strony mianem „top – 20”.

Nie są znane Sądowi powody uznania przez Prezesa UOKiK produktów Producenta jako mających szerokie zastosowanie, a przez to, że zniekształcenie konkurencji miało negatywne konsekwencje dla licznych podmiotów, a co za tym idzie spowodowało to zaostrzenie kary. Zdaniem Sądu farby i lakiery nie są specjalnymi produktami, mającymi szerokie zastosowanie dla zwykłego konsumenta. Przeciętny konsument dokonuje zakupu farby średnio co 3 – 5 lat, a lakieru jeszcze rzadziej. Nie jest to produkt podstawowy i w przypadku braku środków, jego zakup jest odkładany na inny okres. Poza tym farby i lakiery produkowane przez powoda mają kilka substytutów na rynku o podobnej cenie i jakości (fakt przyznany przez pozwanego rozprawa z dnia 22.09.2014 roku, czas: 2,02). Niezaprzeczalnie system dystrybucji farb i lakierów w Polsce jest bardzo dobrze rozwinięty, a sieć sklepów tak (...), jak i „rynku tradycyjnego” jest bardzo duża. Nie jest to więc produkt ani o szerokim zapotrzebowaniu przez konsumenta, ani trudno dostępny, wobec czego nie było podstaw do zaostrzenia kary z uwagi na specyfikę rynku, na którym doszło do porozumienia. Należy przy tym dodać, że twierdzenia pozwanego, że wzrost cen farb Producenta mógłby prowadzić do wzrostu cen innych produktów lub usług są gołosłowne i nie zostały w żaden sposób udowodnione.

Powyższe należy odnieść do zarzutu Producenta dotyczącego błędnej oceny Prezesa UOKiK, który stwierdził, że zawarte porozumienie miało charakter eksploatacyjny. Uzasadnienie tej przesłanki zostało zawarte w punkcie 340 uzasadnienia skarżonej decyzji. Sąd podziela stanowisko skarżącego, że jest to przesłanka o bardzo skomplikowanym charakterze i rzeczywiście mogąca uzasadniać zaostrzenie kary, o ile zostanie udowodniona. Sąd stoi na stanowisku, że pozwany musiałby udowodnić, że Producent umyślnie zawarł porozumienie dotyczące regulacji ceny minimalnej, w zamiarze ekonomicznego pokrzywdzenia końcowego nabywcy produktu. Takiego dowodu pozwany nie przeprowadził. Pozwany w żaden sposób nie wykazał związku przyczynowego pomiędzy zawarciem porozumienia a negatywnymi skutkami ekonomicznymi dla przeciętnego konsumenta. Jak wyżej wskazano skutek porozumienia wywarło jedynie na kilkanaście produktów powoda, a nadto miały one swoje substytuty na ustalonym rynku właściwym.

Sąd nie znalazł podstaw do uznania za prawidłowy zarzut oznaczony nr 6 (v), w którym Producent podniósł, że pozwany pominął analizę przesłanki ekonomicznej i siły negocjacyjnej uczestników porozumienia, a także faktu działania powoda pod przymusem. Mając na uwadze fakt, że to Producent był inicjatorem i koordynatorem porozumienia, co jednoznacznie zostało udowodnione w postępowaniu dowodowym, nie ma żadnego logicznego umotywowania dla stwierdzenia, że działał on pod przymusem pozostałych uczestników porozumienia. Nie ulega przy tym wątpliwości, że pozostali uczestnicy zmowy byli aktywnymi uczestnikami porozumienia, podobnie jak (...), który porozumienie koordynował. Co do Producenta, to brak jest także podstaw do przyjęcia, aby Prezes UOKiK nie wziął

pod uwagę jego potencjału ekonomicznego i siły negocjacyjnej a Sąd w pełni podziela ustalenia poczynione w tej mierze przez Urząd w decyzji.

Bezasadny jest także zarzut przyjęcia nieprawidłowej daty zakończenia trwania porozumienia w stosunku do Producenta, a przez to nieprawidłowe ustalenie dotyczące długości porozumienia. W uzasadnieniu zarzutu powód (...) kwestionował datę kończąca porozumienie ustaloną przez Prezesa UOKiK, jednakże żaden ze świadków zgłoszonych przez Producenta nie potrafił wskazać daty zakończenia porozumienia. Najczęściej odwoływali się do historycznego zdarzenia określanego mianem „sprawy (...)”. Pozwany słusznie wskazuje, że sprawa ta stała się powszechnie znana w dniu 18 września 2006 roku kiedy została wydana decyzja (...). Zebrany materiał dowodowy nie uwiarygadnia tezy, że ten dzień był końcem porozumienia w przedmiotowej sprawie, przede wszystkim z tego powodu, że w sprzedaży pozostawały produkty w cenach uzgodnionych w porozumieniu. Analiza cen dokonana przez pozwanego, przekonywująco uzasadnia, że porozumienie trwało do 30 grudnia 2006 roku, kiedy sprzedano ostatnie towary po cenach ustalonych w porozumieniu. Nawet jeżeli inne dowody nie wskazują, że do tego dnia trwały interwencje cenowe Producenta, to nie zostały zmienione ceny wynikające z porozumienia, co dowodzi trwania tego porozumienia do dnia określonego w decyzji. Brak jest także podstaw do uznania, że datą graniczną mogło być przeprowadzone przeszukanie w siedzibach dystrybutorów, gdyż nie zmieniło to zachowania uczestników porozumienia. Jak wynika z oświadczeń samego powoda porozumienie funkcjonowało jeszcze w 2006 roku, a przeszukania miały jednak miejsce w czerwcu 2005 roku. Mając na uwadze fakt, że porozumienie trwało, czemu nie zaprzecza sam powód od 2000 roku do 2006, to brak jest podstaw, aby uznać, że nie było to porozumienie długotrwałe. Za takie bowiem uznano w dotychczasowej praktyce orzeczniczej (wyroki w sprawach XVII AmA 46/03, XVII AmA 119/04) praktyki trwające powyżej roku, a Sąd w pełni podziela powyższe stanowisko. Co do zarzutów dotyczących przedawnienia wszczęcia postępowania antymonopolowego Sąd wypowie się w dalszej części uzasadnienia.

Sąd uznał za zasadny zarzut podniesiony przez powoda (...) w punkcie 7) odwołania. Niewątpliwie pozwany działa w ramach uznania administracyjnego, jest ono jednak ograniczone przez obowiązujące przepisy, w tym zasady wynikające tak z Konstytucji (art. 2), jak i kodeksu postępowania administracyjnego (np. art. 6, 8 k.p.a.). Dotychczasowe orzecznictwo Prezesa UOKiK rozróżniało uczestników postępowania, którzy zaniechując naruszeń podejmowali współpracę z Urzędem, od tych podmiotów, które zaprzeczały swojego udziału w sprzecznych z prawem porozumieniach. Znajdowało to swój wyraz przede wszystkim w wymiarze kary. Tymczasem w przedmiotowej sprawie nie sposób odnieść wrażenia, że wymierzona kara jest nadzwyczaj surowa, tak wobec Producenta, jak i wobec drugiego z powodów – (...) (o przesłankach obniżenia kary wobec tego powoda Sąd wypowie się w dalszej części uzasadnienia). Wymiar kary zastosowany wobec Producenta narusza także z całą pewnością zasadę proporcjonalności. Nie sposób bowiem nie powołać w tym wypadku decyzji Prezesa UOKiK z dnia 28 grudnia 2009 roku wydanej w sprawie RKT-410-03/07/MK, a dotyczącej Fabryki (...) S.A. w L. (dowód k. 387 i nast. akt sądowych). Producent ten będący bezpośrednim konkurentem powoda, co więcej mającym swą siedzibę w sąsiedztwie siedziby powoda, także został uznany za inicjatora porozumienia na tym samym rynku właściwym, nie przyznał się do udziału w porozumieniu, a mimo to został ukarany nieporównywalnie mniejszą karą pieniężną. Zdaniem Sądu nie mają tu znaczenia niewątpliwie pewne różnice w obu sprawach (okres porozumienia, zakres porozumienia), jednakże wyjątkowa rozbieżność pomiędzy wysokością kary orzeczoną w obu sprawach jest niczym nieuzasadniona.

Sąd stoi na stanowisku, że współpraca z Prezesem Urzędu przez inicjatora porozumienia i jego głównego koordynatora, wobec którego nie mogło być zastosowane dobrodziejstwo leniency, nie może wykluczać zastosowania wobec niego znacznych środków łagodzących. Niewątpliwie powód przedstawił Prezesowi UOKiK bardzo znaczącą ilość materiału dowodowego, którego nie mógł przedstawić uczestnik objęty programem leniency, dzięki czemu można było dokonać całościowego ustalenia stanu faktycznego sprawy, a w szczególności ustalić pełny zakres uczestników porozumienia. Takie zachowanie powoda powinno zostać nagrodzone i znaleźć odpowiednie odzwierciedlenie w wymiarze kary. W tym miejscu należy za powodem wskazać na Wytyczne Komisji Europejskiej z dnia 28.06.2006 roku w sprawie metody ustalania wysokości grzywien nakładanych na podstawie art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003 (Dziennik Urzędowy C 210, 01/09/2006, s. 0002-0005), która wśród okoliczności łagodzących wymienia: aktywną współpracę przedsiębiorstwa z Komisją, wykraczającą poza zakres prawnego zobowiązania do współpracy i

dostarczenie dowodu na zaprzestaniu naruszenia przepisów. Obie powyższe przesłanki Producent spełnił i zdaniem Sądu powinny one znaleźć pełniejsze odzwierciedlenie w wymierzonej przedsiębiorcy karze. Co więcej, zdaniem Sądu, przedstawione przez powoda dowody, w tym z zeznań świadków, dały asumpt do ustalenia innych skutków porozumienia niż ustalił to Prezes Urzędu.

Sąd wskazał powyżej, że skutek przedmiotowego porozumienia był inny niż to wynika z zaskarżonej decyzji, na co jednoznacznie wskazują dowody zebrane w postępowaniu, a zaproponowane także przez Producenta. Jak wyżej już nadmieniono to skutek, zdaniem Sądu, powinien mieć najważniejszy wpływ na wymiar kary oraz ocenę niedozwolonego porozumienia cenowego. Oczywiście konstrukcja zastosowana w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (zarówno z roku 2000, jak i 2007), przewiduje jako delikt samo porozumienie cenowe, choćby skutek nie nastąpił. Jednakże Sąd stoi na stanowisku, że dla rynku i dla zachowania konkurencji na ustalonym rynku właściwym, większe znaczenie ma ekonomiczny skutek zawartego porozumienia, niż samo zawarcie porozumienia bez jego konsekwencji. Zniekształcenie konkurencji, zdaniem Sądu następuje tylko i wyłącznie wówczas kiedy porozumienie jest realizowane, a na rynku właściwym jest odczuwalny skutek takiego porozumienia. Sąd w tym składzie dał temu wyraz w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie XVII AmA 55/12.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego postępowania, należy stwierdzić, że co prawda porozumienie obejmowało wszystkie produkty Producenta, jednakże skutek wystąpił w zasadzie tylko do około 20 z nich i powinno to znaleźć swoje odzwierciedlenie w wymierzonej karze. Prezes Urzędu w swojej decyzji zupełnie nie odniósł się do różnego skutku dla różnych towarów producenta, w zasadzie w decyzji opisany został skutek dla grupy towarów określanych mianem „top – 20”, pominięty zaś, lub raczej połączony z tą częścią skutek, lub jego brak co do innych towarów. To zaś miało bezpośredni wpływ na nadmiernie surową karę nałożoną na Producenta.

W tym miejscu należy także odnieść się zarzutu określonego w pkt 5) odwołania, który dotyczy obostrzenia kary nałożonej na Producenta. Częściowo, o czym już była wyżej mowa zarzut ten jest zasadny. Niewątpliwie pierwsza z przyczyn obostrzenia kary – z uwagi na specyfikę rynku oraz działalności przedsiębiorcy – została niedostatecznie wyjaśniona w decyzji, a także nie wystąpiły wszystkie motywy, którymi mógł się kierować Prezes UOKiK, stosując to obostrzenie. Jak wyżej wskazano rynek właściwy nie jest rynkiem wyjątkowo specyficznym i nie ma szczególnego znaczenia dla konsumentów, towary Producenta nie stanowią w żadnej mierze towarów niezbędnych dla funkcjonowania przeciętnego konsumenta. Mieć tu należy na względzie fakt, że sieci (...) są jednak przeznaczone dla przeciętnego konsumenta. Tymczasem oprócz stwierdzenia zawartego w uzasadnieniu pozwany nie przeprowadził żadnego dowodu na to, że porozumienie miało negatywne konsekwencje dla **licznych** przedsiębiorców i konsumentów. Należy przy tym zauważyć, że Prezes Urzędu nie udowodnił, że zakończenie porozumienia spowodowało obniżenie cen farb i lakierów Producenta. Pozwany nie przeprowadził dowodu na to, że po pierwsze ceny po zakończeniu porozumienia spadły, a po drugie, że istnieje związek przyczynowy pomiędzy porozumieniem, a szkodą jakiegokolwiek przedsiębiorcy lub konsumenta. Nastąpiło tylko i wyłącznie tego typu założenie Prezesa UOKiK, co doprowadziło do podwyższenia kary o 40% wobec Producenta.

Z punktu 381 uzasadnienia wynika, że długotrwałe naruszenie zwiększyło negatywne skutki dla innych uczestników rynku, co prowadził do przyjęcia przez Prezesa Urzędu potrzebę zwiększenia kary o wielkość maksymalną 200%. Niewątpliwie długotrwały charakter niedozwolonego porozumienia stanowi okoliczność obciążającą, jednakże przyjęcie, że skutek porozumienia był tak znaczny, że musi prowadzić do tak radykalnego zaostrzenia kary wymaga pewnej inicjatywy dowodowej ze strony Organu. Należałoby przeprowadzić choćby częściowe badanie rynku, wskazujące na rzeczywistą szkodę innych uczestników rynku, będących pokrzywdzonymi w wyniku praktyk ograniczających konkurencję, wskazać przynajmniej ogólnie grupy podmiotów pokrzywdzonych przypisanym naruszeniem. Niewątpliwie nastąpiło odkształcenie konkurencji w grupie towarów określonych mianem „top – 20”. Była ona odczuwalna w obrębie przede wszystkim bezpośrednio konkurujących z uczestnikami porozumienia innych sklepów (...) lub tzw. „rynku tradycyjnego”, który był objęty innym niedozwolonym porozumieniem z inicjatywy Producenta. Trudno natomiast doszukać się konsumenta lub innego typu przedsiębiorcy (np. firmy budowlanej), który w wyniku narzucenia przez (...) cen minimalnych został pokrzywdzony. Oprócz ogólnikowych stwierdzeń, które znalazły się w skarżonej decyzji, brak jest w tej mierze dowodu przeprowadzonego przez pozwanego. Mając powyższe

na uwadze Sąd uznał, że długotrwałość naruszenia może stanowić podwyższenie kary o 1,2%, ale brak jest przesłanek do zastosowania zaostrzenia o 200%.

Odnosząc się do zarzutów przedstawionych przez powoda (...), to część z nich jest na tyle skutecznych, że skutkowały one bardzo znacznym obniżeniem wymierzonej wobec niego kary pieniężnej.

Co do pierwszego zarzutu naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15.12.2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, to jest on w przeważającej części bezzasadny.

Zgodnie z treścią powyższego przepisu 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. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem organów antymonopolowych dla istnienia antykonkurencyjnego porozumienia wystarczające jest wyrażenie wspólnej woli działania na rynku w określony sposób, ograniczający ich autonomię decyzyjną. Nie ma przy tym znaczenia, wbrew twierdzeniom powoda, brak zawarcia takiego porozumienia na piśmie (tak: Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 23.11.2011 roku wydanego w sprawie III SK 21/11, publ. OSNP 2012/21-22/276), co więcej nieświadomość naruszenia zakazów wynikających z ustawy nie ma znaczenia dla samej możliwości kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy jako praktyki ograniczającej konkurencję (tak: Sąd najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 20.02.2014 roku wydanego w sprawie III SK 26/13, publ. LEX nr 1448754). Zgodnie z powyższym, dla stwierdzenia istnienia praktyki zarzucanej w skarżonej decyzji, która polega na zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję, wystarczające jest wykazanie, że strony porozumienia ustalały minimalny poziom cen odsprzedaży farb i lakierów produkowanych przez Producenta. Przedmiotowe porozumienie polegało na tym, że dystrybutor nie będzie sprzedawał produktów Producenta po cenach niższych niż uzgodnione, mógł natomiast sprzedawać po cenach równych lub wyższych. Zgromadzone dowody, w szczególności korespondencja mailowa prowadzona pomiędzy pracownikami powoda dowodzi zawarcia porozumienia cenowego (dowód k. 1966 t. 9, k. 1968 t. 9, k. 4859 t. 32, k. 6558 t. 39, k. 6572 t.39, k. 6578 t. 39, k. 6583 t. 39). Treść powyższych informacji zawiera sformułowania „pomimo sugerowanych przez Państwa cen sprzedaży, do których my się dostosowujemy”, „poza (...), który dopasował się do Waszych sugestii”, które jednoznacznie wskazują na zawarcie porozumienia dotyczącego cen minimalnych. Nadto dowodem jednoznacznie obrazującym zachowanie powoda (...) są wykresy cen sprzedaży farby Jedyńki oraz innych produktów Producenta (k. 213 – 238 akt XVII AmA 161/11) w należących do niego sklepach w okresie 2003 – 2006, kiedy nie spadały one poniżej ustalonych cen minimalnych. Dodać należy, że wobec powyżej przedstawionych dowodów za niewiarygodne uznać należy zeznania świadka M. K., która starała się wykazać, że powód nie brał udziału w porozumieniu cenowym z Producentem. Świadek twierdziła, że używała technik negocjacyjnych, które miały służyć uzyskaniu jak najniższych cen zakupu, podczas gdy okazywane jej informacje mailowe dotyczyły cen sprzedaży, brak jest w nich jakiegokolwiek informacji o cenach zakupu. Podobnie niespójne i nielogiczne były zeznania świadka dotyczące cen wskazanych w cenniku z dnia 17 maja 2005 roku, bowiem w treści maila przesłanego do świadka dotyczącego tego cennika przez pracownika Producenta (k. 4859 t. 32) można przeczytać: „przesyłam ponownie cennik na 2005 r. z załączonymi minimalnymi cenami sprzedaży sugerowanymi przez (...) (...). Dołączenie minimalnej sprzedaży ma na celu regulację rynku.” Strony, a także świadek nie zaprzeczyli treści powyższej informacji. To samo dotyczy e zasadzie zeznań świadka K. M., która jednakże zasłaniała się głównie niepamięcią szczegółów sprawy.

Powód nie przedstawił żadnej korespondencji handlowej, z której wynikałoby, że nie zamierzał brać udziału w ustalaniu cen minimalnych, a następnie wprowadzeniu tych cen w sieci sklepów oraz ich stosowania co do produktów objętych zakresem „top – 20”.

Sąd chciałby także zwrócić uwagę na treść korespondencji mailowej z dnia 6.07.2004 roku wysłanej od Producenta do powoda o treści: „Chciałbym przedstawić ofertę (...)na wyżej wymienione produkty dla (...) wraz z sugerowanymi najniższymi akceptowanymi cenami sprzedaży na rynku detalicznym. Oferta jest w ten sposób przedstawiona, aby uniknąć bezsensownego ciągnięcia cen produktów w dół. Chcemy wspólnie z (...) zarabiać pieniądze, a nie rozdawać je bezsensownie na rynku. W tym celu została określona najniższa cena detaliczna widoczna na półce w

sklepie. W przypadku nie przestrzegania minimalnych cen detalicznych będziemy zmuszeni do interwencji w celu natychmiastowej zmiany nie odpowiedniej ceny. Jednakże będziemy także interweniowali w przypadkach zgłaszanych przez (...) o cenach niezgodnych z ustaleniami u innych dystrybutorów (...).” (k. 17798, t. 102). Zdaniem Sądu treść powyższej korespondencji jednoznacznie przesądza o tym, że powód był uczestnikiem przedmiotowego porozumienia cenowego. Powód nie przedstawił żadnego dowodu na to, że negatywnie odpowiedział na powyższy list, że nie zaakceptował jego treści. Co więcej mail ten jest kierowany do świadka M. K., wobec jego treści zeznania tego świadka tym bardziej należy ocenić negatywnie.

Mając powyższe na uwadze Sąd z całym przekonaniem uznał, że (...) Polska był uczestnikiem przedmiotowego porozumienia, a jego zachowanie wyczerpało przesłanki opisane w treści art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Natomiast Sąd powziął wątpliwości co do ustalonej przez pozwanego daty przystąpienia powoda (...) do porozumienia. Postępowanie przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem cywilnym, w którym mają zastosowanie zasady wynikające z kodeksu postępowania cywilnego, w tym zasada kontrydiktoryjności. Na pozwanym ciąży obowiązek przedstawienia dowodów na poparcie wnioskowanych tez, mimo występowania specyficznego, właściwego dla postępowania antymonopolowego standardu dowodu. Prezes UOKiK nie przedstawił żadnego dowodu na to, że (...) brał udział w porozumieniu przed rokiem 2002. Pozwany nie wskazał żadnej korespondencji mailowej pomiędzy producentem a powodem, nie przedstawił żadnego dowodu osobowego, który wskazywałby na ustalenie cen minimalnych na produkty (...) przed tą datą w sieci powoda. Co więcej główny produkt będący przedmiotem porozumienia – Farba Emulsyjna Jedynka Biała – wprowadzono do systemu sprzedażowego powoda w styczniu 2002 roku, nie ma przy tym znaczenia, czy produkt ten był sprzedawany w opakowaniach o pojemności 10 czy 12 litrów. Tak więc Sąd uznał, że (...) przystąpił do porozumienia w roku 2002, zmieniając ustalenia poczynione przez Prezesa UOKiK w skarżonej decyzji.

Sąd uznał, że 2. z zarzutów zgłoszonych przez Powoda – a dotyczący naruszenia §8 pkt 1 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13.08.2002 roku w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz. U. Nr 142, poz. 1189) nie zasługuje na uznanie. Do powyższego zarzutu odniesienie mają wszelkie powyżej przedstawione rozważania dotyczące uczestnictwa powoda w porozumieniu. Jak wynika z treści §10 pkt 1 wskazanego powyżej Rozporządzenia wyłączenia nie mają zastosowania 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 ceny sprzedaży przez narzucenie przez dostawcę minimalnych lub o określonej wysokości (sztywnych) cen sprzedaży towarów objętych porozumieniem. Nie ma żadnych wątpliwości, że uczestnicy porozumienia ustalali ceny minimalne odsprzedaży farb i lakierów Producenta. Tym samym brak było podstaw do zastosowania §8 ust. 1 Rozporządzenia.

Nieprawidłowy jest także zarzut naruszenia art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegający na przedawnieniu możliwości wszczęcia postępowania wobec powoda. Jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia podobny zarzut podniósł także powód (...). Jest on również nieprawidłowy.

Zgodnie z treścią art. 93 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie wszczyna się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Poza sporem jest fakt, iż Prezes Urzędu wydał postanowienie o wszczęciu postępowania w dniu 22.12.2006 roku, a w dniu 29.12.2006 roku wydał stosowane zawiadomienia, które zostały doręczone powodom już w 2007 roku.

Kluczowym zagadnieniem dla stwierdzenia, czy w danym przypadku upłynął termin przedawnienia, jest ustalenie daty zaprzestania stosowania zakazanej praktyki. Ustalenie tej daty jest konsekwencją przyjęcia, jak należy rozumieć niedozwolone porozumienie, czy jest to szereg odrębnych porozumień, czy jedno ciągłe. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem naruszenie może wynikać nie tylko z pojedynczego działania, ale również z szeregu działań, a nawet z zachowania o charakterze ciągłym, nawet jeżeli jeden lub więcej elementów tego szeregu działań lub tego zachowania ciągłego mogłyby stanowić same w sobie i odrębnie naruszenie. Tym samym, jeżeli różne działania wpisują się w „plan

ogólny” ze względu na ich identyczny cel zakłócający konkurencję na ustalonym rynku właściwym, można przypisać odpowiedzialność za te działania w zależności od udziału w naruszeniu rozpatrywanym w całości (wyroki: ww. w sprawie Komisja przeciwko A. P., pkt 81; jak też z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P A. P. i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-123, pkt 258).

Ustalenia Sądu prowadzą do ustalenia, że porozumienie polegające na ustaleniu minimalnych cen odsprzedaży produktów (...) zostało zawarte pomiędzy Producentem, a dwoma dystrybutorami – (...) i (...), z tym, że ten drugi dystrybutor wszedł do porozumienia w 2002 roku. Sąd w całości przyjmuje ustalenia pozwanego, który stwierdził, że porozumienie to było ciągle i jednolite. Porozumienie ciągle wyróżnia się istnieniem jednolitego, antykonkurencyjnego celu uzgodnień, w tym wypadku, zakłócenie konkurencji polegające na ustaleniu minimalnych cen odsprzedaży określonych produktów, oraz takim samym charakterem – ustaleniem minimalnych cen sprzedaży na tym samym rynku produktowym. Niewątpliwie zarówno cel, jak i charakter porozumienia w przedmiotowej sprawie był przez cały okres jego trwania jednolity. Producent od 2000 roku z jednym, a od 2002 roku z dwoma dystrybutorami w sposób ciągły i nieprzerwany ustalał ceny minimalne sprzedaży detalicznej na produkty Producenta. Ceny były ustalane na wszystkie produkty (...), a brak skutku co do wszystkich produktów, na które ustalane były ceny, nie ma wpływu na ciągłość i jednolitość porozumienia. Powodowie nie przedstawili żadnego dowodu na to, że w okresie trwania porozumienia nastąpiła jakakolwiek przerwa. Nadto dwóch uczestników porozumienia przyznało, że trwało ono od roku 2000 do roku 2006. Żaden z uczestników porozumienia (przyjmując, iż (...) był uczestnikiem porozumienia od roku 2002) nie wykonał żadnej czynności, z której wynikałoby, że rezygnuje z uczestnictwa w nim. Nie ma także znaczenia dla ustalenia jednolitości i ciągłości porozumienia fakt, że ustalenia co do wysokości cen minimalnych były czynione zazwyczaj w pierwszym okresie roku, było to związane z faktem prowadzenia rozmów handlowych co do współpracy w danym roku. Co więcej Sąd podziela wnioski poczynione przez Prezesa UOKiK, że ta regularność świadczy o ciągłym i jednolitym charakterze porozumienia.

Co do daty zakończenia porozumienia Sąd wypowiedział się już we wcześniejszych wywodach. Podkreślić tylko ponownie należy, że na uwzględnienie nie zasługuje wniosek powoda (...), który podnosił, że porozumienie, nawet o ile istniało, zostało zaniechane po 17.06.2005 roku, kiedy to Prezes Urzędu dokonał w jego siedzibie kontroli z przeszukaniem. Brak jest podstaw do przyjęcia, że samo przeprowadzenie kontroli przynosi skutek w postaci zaniechania przez przedsiębiorcę udziału w porozumieniu. Powód nie wykazał żadnym dowodem związku przyczynowego pomiędzy wskazanymi faktami. Nadto co ważne pozwany przedstawił dowody w formie korespondencji mailowej z dnia 21.06.2005 roku i 24.06.2005 roku (k. 1962 i 1966 t. 9), z których wynika, że po dokonaniu przeszukania w jego siedzibie kontynuowano niedozwoloną praktykę.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, że żadna z odwołujących się stron nie udowodniła, co stało się w roku 2005, aby można uznać ten rok za zakończenie praktyki.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego doręczenia uczestnikom porozumienia informacji o wszczęciu postępowania już w roku 2007, co powoduje przedawnienie postępowania, to zgodnie z art. 84 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu wydaje postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego i zawiadamia o tym strony. Wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję może mieć miejsce jedynie z urzędu. Inicjowane jest ono wydanym przez Prezesa UOKiK, na podstawie art. 49 ust. 1 w zw. z art. 88 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów postanowieniem. Przyjmuje się na gruncie ustawy antymonopolowej, że wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję ma miejsce w dniu wydania postanowienia w tym przedmiocie, nie zaś w dacie doręczenia stronie zawiadomienia o wszczęciu postępowania (tak: K. Ł., „Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję.”, LEX 2011).

Mając powyższe na uwadze zarzut przedawnienia możliwości wszczęcia przedmiotowego postępowania przez Prezesa UOKiK jest całkowicie niezasadny.

Wobec faktu udowodnienia powodowi (...) uczestnictwa w przedmiotowym porozumieniu zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (określony w odwołaniu nr 4) jest bezpodstawny. Sąd odniósł się do tego zarzutu powyżej.

Bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegający zdaniem powoda (...) na oparciu się przy wymiarze kary na przychodzie uzyskanym ze sprzedaży wszystkich produktów, a nie jedynie będących przedmiotem porozumienia. Zgodnie z treścią powyższego przepisu Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Treść przepisu jest jednoznaczna i nie wymaga zabiegów interpretacyjnych zastosowanych w uzasadnieniu odwołania przez powoda. Gdyby racjonalny ustawodawca miał zamiar ograniczyć możliwość obliczania kary co do części przychodu, to oznaczyłby to odpowiednio w ustawie, tymczasem jak wskazano zapis przepisu jest jednoznaczny.

Bezpodstawny jest także zarzut określony przez powoda w odwołaniu nr 8, a dotyczący naruszenia art. 107§1 i 3 k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Pozwany w decyzji jednoznacznie stwierdził, że porozumienie dotyczyło wszystkich farb i lakierów produkowanych przez Producenta, a zostało szczegółowo opisane w uzasadnieniu. Sąd podzielił ustalenia Prezesa Urzędu poczynione co do przedmiotu i celu porozumienia. Zdaniem Sądu treść decyzji jest zrozumiała, a uzasadnienie spełnia wymogi określone art. 107 k.p.a. Nadto należy zauważyć, że ewentualne naruszenie przepisów postępowania administracyjnego nie jest przedmiotem postępowania sądowego i nie stanowi samoistnej podstawy uchylecia decyzji w tym postępowaniu. Celem postępowania jest merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór powstający pomiędzy stronami dopiero po wydaniu zaskarżonej decyzji, a nie przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego. Wniesienie do Sądu odwołania od decyzji administracyjnej wszczyna dopiero cywilne, pierwszoinstancyjne postępowanie sądowe, w którym Sąd dokonuje własnych ustaleń, rozważając całokształt materiału dowodowego, na co wielokrotnie wskazywał tak Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jak też Sąd Apelacyjny oraz Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach (np.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 roku, sygn. akt III CRN 120/91, wyroku z dnia 19 stycznia 2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98, wyrok SOKiK z dnia 18 lutego 2004 roku o sygn. akt XVII AmT 2/03).

Bezpodstawny jest także zarzut naruszenia art. 62 ust. 1 i 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegający na wydaniu decyzji, mimo braku prawomocnego rozstrzygnięcia wcześniejszego zażalenia powoda. Zgodnie z treścią art. 123 § 2 k.p.a. postanowienia dotyczą poszczególnych kwestii wynikających w toku postępowania, lecz nie rozstrzygają o istocie spraw, chyba że przepisy kodeksu stanowią inaczej. Postanowienie, o którym mówi skarżący dotyczyło kwestii wypadkowych, a nie istoty sprawy i nie wstrzymywało zgodnie z treścią art. 143 k.p.a. rozpoznania sprawy.

Odnosząc się zaś do treści zarzutu określonego przez powoda (...) nr 6, a dotyczącym naruszenia art. 104 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, to Sąd uznał go za zasadny, co prowadziło do zmniejszenia wymierzonej kary.

Większość argumentów dotyczących powoda (...), odnoszą się także do powoda (...) i nie będą ponownie szczegółowo przytaczane. Sąd wskaże jedynie, że także do tego powoda odnoszą się rozważania dotyczące skutków porozumienia, które należy zróżnicować co do produktów zaliczonych do kategorii „top – 20”, pozostałych produktów Producenta i farb do mieszalnika. Na wymiar kary musi mieć niewątpliwie, co wcześniej zostało wykazane, krótszy okres w jakim powód był uczestnikiem porozumienia od pozostałych podmiotów. Poza tym, jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia produktów Producenta nie można traktować jako specjalnego znaczenia dla klienta, czy faktu, iż zachwianie konkurencji miało bardzo duży wpływ na konsumentów lub innych przedsiębiorców. W tym miejscu zgodzić się należy z wywodami powoda dotyczącymi wielkości zakłócenia konkurencji międzymarkowej, nawet w stosunku do produktów z kategorii „top – 20”. Sąd zgadza się z powodem, że produkty objęte przedmiotowym porozumieniem, w tym także te, co do których porozumienie wywarło skutek miały swoje substytuty w produktach innych konkurencyjnych w stosunku do (...) producentów. Nie zostało zanegowane oświadczenie powoda co do

udziałów jakie produkty Producenta zajmowały w danych kategoriach farb. Klienci sklepów (...) mieli do wyboru kilka podobnych produktów, które były ustawiane obok siebie (zeznania świadka K. C. z dnia 26.05.2014, czas 3.12).

Obniżając karę wymierzoną powodowi (...), Sąd miał na uwadze fakt, iż był on znacznie mniej aktywnym członkiem porozumienia niż pozostali jego uczestnicy. Niewątpliwie powód dostosowywał się do polityki utrzymywania sugerowanych cen minimalnych na produkty (...). Zebrany materiał dowodowy unaocznia, że potrafił aktywnie wskazywać Producentowi, gdzie porozumienie nie jest przestrzegane, żądając interwencji, jednakże nie może to prowadzić do nieproporcjonalnego wymierzenia mu kary w porównaniu do kar wymierzonych innym uczestnikom porozumienia, nie tylko w przedmiotowej sprawie. W tym miejscu Sąd chciałaby zauważyć, że Prezes Urzędu nie może kierować się wymierzając karę tylko i wyłącznie matematycznym obliczeniem jej wysokości, stosując przyjęte przez siebie zasady procentowego zmniejszania lub zwiększania jej wymiaru wychodząc z przychodu osiągniętego przez Spółkę. Wewnętrzne regulacje Prezesa Urzędu wydane w tym zakresie nie mają żadnej podstawy normatywnej. Podstawą wymiaru kary mogą być tylko przesłanki wskazane w treści art. 101 – 104 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Ugruntowane orzecznictwo ukształtowane wyrokami Sądu Najwyższego jednoznacznie przyjęło, że wymierzając karę pieniężną za popełnione delikty administracyjne, należy mieć na względzie zasady wymiaru kary opisane w kodeksie karnym. Tymczasem w przedmiotowej sprawie doszło do sytuacji, kiedy inicjator i lider zмовы, jakim był Producent otrzymał karę czterokrotnie łagodniejszą niż jej uczestnik, który w porozumieniu uczestniczył krócej i z mniejszą intensywnością. Jest to zdaniem Sądu naruszenie zasad wymiaru kary. Sąd nie może zgodzić się na sytuację, w której sprawca, któremu przypisano także sprawstwo kierownicze, jest traktowany o wiele bardziej łagodnie niż jeden z uczestników porozumienia.

Sąd wziął wreszcie pod uwagę obniżając powodowi wymierzona karę, złą sytuację finansową w jakiej obecnie znalazł się (...) sp. z o.o. Pozostałe strony postępowania nie zaprzeczyły oświadczeniom złożonym w tym zakresie przez powoda (k. 1937, rozprawa z dnia 5.11.2014 roku). Powód stanął przed groźbą upadłości, a kara w wymiarze zaproponowanym przez Prezesa UOKiK najprawdopodobniej spowodowałaby zakończenie działalności spółki. Powyższa okoliczność nie pozostała bez wpływu na wysokość wymierzonej przez Sąd kary.

Po rozpatrzeniu materiału dowodowego i analizie zarzutów, Sąd doszedł do przekonania, że (...) S.A. w D., (...) sp. z o.o. w W.i (...)sp. z o.o. w W. zawarły porozumienie, którego celem było świadome zastąpienie związanego z konkurencją ryzyka praktyczną współpracą producenta z detalistami w zakresie ustalania sugerowanych minimalnych cen odsprzedaży konsumentom farb i lakierów produkowanych przez (...) S.A. co naruszyło art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ma zastosowanie do zachowań przedsiębiorców w takim zakresie, w jakim ustawodawca dopuścił funkcjonowanie mechanizmu rynkowego, pozostawiając uczestnikom rynku autonomię woli w zakresie kształtowania własnych zachowań rynkowych. Niniejsza ustawa określa, w myśl art. 1 ust. 1, warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 maja 2001 roku wydanego w sprawie I CKN 1217/98 (publ. OSNC 2002/1/13) wskazał, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów określa cel przyjętej regulacji, jakim jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrony przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk monopolistycznych oraz ochrona interesów konsumentów. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, że ma ona charakter publicznoprawny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Znajduje zatem zastosowanie wówczas, gdy zagrożony lub naruszony jest interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonuje prawidłowo kiedy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Stosownie do treści art. 5 ust. 1 ustawy zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. Oznacza to, że dla podjęcia przez organ antymonopolowy decyzji stwierdzającej praktykę ograniczającą konkurencję w postaci porozumienia między przedsiębiorcami wystarczy udowodnić tylko jedną z nich.

Ograniczenie konkurencji w wyniku zawarcia porozumienia musi wystąpić na rynku właściwym. W rozpatrywanym stanie faktycznym, Prezes UOKiK trafnie uznał, iż porozumienie zawarte zostało na krajowym rynku hurtowego obrotu farbami i lakierami.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż celem ustanowienia zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, zawartego w art. 5 ustawy, jest ochrona konkurencji rozumianej jako współzawodnictwo niezależnie działających podmiotów zmierzających do osiągnięcia podobnych celów gospodarczych, której nieodzownym elementem jest niezależne i powiązane z ryzykiem, ustalanie przez przedsiębiorców własnej strategii rynkowej. Prawidłowe działanie mechanizmu stabilnej i efektywnej konkurencji wymaga, aby uczestnicy rynku w sposób samodzielny, a jednocześnie w oparciu o rachunek ekonomiczny, podejmowali decyzje w zakresie określenia swoich zachowań oraz strategii na rynku, w szczególności cen, za jakie zamierzają sprzedawać oferowane przez siebie towary lub usługi.

Odnosnie kwestii zasadności zastosowania w niniejszej sprawie kary pieniężnej i jej wysokości, to kara nałożona na odwołujących uwzględnia w należyty sposób okoliczności stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta. Faktem jest, że ma ona charakter fakultatywny, o czym przesądza treść art. 101 ust. 1 Ustawy. Jednakże nakładanie kar pieniężnych (względnie samo zagrożenie nimi) stanowi istotny instrument, który przyczynić się ma do przestrzegania przepisów Ustawy przez przedsiębiorców, a także stosowania się przezeń do treści orzeczeń organów antymonopolowych. Kara pieniężna za stosowanie praktyk antykonkurencyjnych ma charakter represyjno-wychowawczy i jest ona nakładana i wykonywana w celu zachowania i przestrzegania obowiązującego porządku prawnego (por. wyrok SN z dnia 27 czerwca 2000 r. I CKN 793/08). Tak więc ma ona na celu prewencję, tj. zapobieganie w przyszłości tego rodzaju naruszeniom przepisów ustawy, a także represję, czyli stanowić ma odczuwalną dolegliwość za jej naruszenie.

Wymiar kary ustalony w zaskarżonej decyzji uwzględnia dyrektywy określone w art. 104 Ustawy, tj. okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy, a także przychody osiągnięte przez odwołujących. Sąd jak wykazano powyżej w przeważającej części nie zgodził się z zapatrywaniami Prezesa UOKiK co do okoliczności łagodzących i obciążających przyjętych w decyzji jako czynniki wpływające na wymiar kary. Sąd rozpoznający sprawę uznał, że istnieją podstawy do zmiany wymiaru kary ze względu na: niewłaściwie przyjętą metodologię wymiaru kary oraz konieczność uwzględnienia dodatkowych czynników, jak nie odniesienie się przez Organ do różnych skutków, które wystąpiły w stosunku do różnych grup towarów objętych porozumieniem czy brak uwzględnienia części okoliczności łagodzących.

Sąd przyjął, że natura naruszenia, specyfika rynku oraz działalności przedsiębiorcy, długotrwałość naruszenia i okoliczności obciążające winne być kalkulowane w ramach maksymalnego ustawowego progu (...) przychodu, co oznacza, że każda z tych przesłanek może mieć co najwyżej (...) wpływ na wymiar kary.

Jednakże dokonana analiza natury naruszenia i specyfiki rynku oraz działalności przedsiębiorcy uprawnia do zastosowania kary na poziomie poniżej (...) przychodu. Naruszenie miało co prawda charakter horyzontalno - wertykalny, polegało na zastąpieniu mechanizmów gospodarki wolnorynkowej wspólnymi ustaleniami, porozumienie dotyczyło ustalania cen, ale nie spowodowało naruszenia konkurencji na rynku międzymarkowym, każdy z produktów objętych porozumieniem posiadał swój substytut na rynku i był dostępny w sklepach należących do uczestników porozumienia. Poza tym należy mieć na uwadze, że ustalenia były dokonywane tylko co do cen minimalnych produktów, nie ograniczając w niczym konkurencji powyżej narzuconej przez Producenta ceny. Okolicznością łagodzącą w stosunku do kryteriów przyjętych przez Prezesa UOKiK jest też niewątpliwie brak skutku do farb z mieszalnika, oraz w zasadzie niewykazany skutek co do pozostałych produktów spoza grupy określanej mianem „top – 20”. Sąd w inny sposób niż Prezes Urzędu przyjął także założenia specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia, nie znajdując podstaw do zaliczenia go jako okoliczność obciążająca. Sąd uznał także, że Prezes nie wykazał aby porozumienie przyniosło negatywne konsekwencje dla **licznych** podmiotów. Wszelkie powyższe skutki powodowały,

że Sąd nie uznał obostrzeń kary zastosowanych przez Prezesa UOKiK za prawidłowe, co zmierzało do znaczącego złagodzenia wymierzonych kar.

Sąd wziął także pod uwagę aktywną współpracę Producenta z Prezesem Urzędu w trakcie postępowania administracyjnego. Mimo, że (...) nie mogła otrzymać dobrodziejstwa płynącego z programu leniency, to Sąd uznał, że jej działania po zakończeniu porozumienia uprawniają do przyjęcia, iż wymierzona jej kara powinna kształtować się w wysokości 0,8% przychodu. Taka kara spełnia wszelkie wymogi prewencji ogólnej i szczególnej, wypełnia zasady proporcjonalności w stosunku do kar wymierzanych za podobne naruszenia wobec jej konkurentów na rynku producentów farb i lakierów, czym nie wpłynie na zachwianie konkurencji nadmiernie wymierzoną karą tylko wobec jednego konkurentów.

Wszystkie opisane powyżej kryteria odnoszą się też do powoda (...). Dodać przy tym należy, że w kryterium długotrwałości okresu naruszenia przepisów ustawy zgodnie z art. 101 ust. 1 Ustawy należy uwzględnić okres naruszenia zakazu określonego w art. 5. Naruszenie przepisów przez (...) było krótsze niż przyjął Prezes Urzędu, co także winno znaleźć odzwierciedlenie w wymiarze kary.

Kryteria wymienione w art. 104 Ustawy nie stanowią katalogu zamkniętego, kwestia wymiaru kary powinna być uzależniona także od istnienia okoliczności łagodzących bądź obciążających. W przedmiotowej sprawie umyślność działania obciąża wszystkich uczestników, ale różny był stopień zaangażowania w porozumienie. Sąd stoi na stanowisku, że (...) był najmniej zaangażowanym uczestnikiem porozumienia, co uprawnia Sąd do przyjęcia wymiaru kary na poziomie (...) przychodu.

Z tym, że Sąd jak wyżej wskazano stoi na stanowisku, że prawidłowe zastosowanie zasad wymiaru kary powinno się odzwierciedlać także tym, że kara wymierzona uczestnikowi porozumienia powinna być niższa niż dla inicjatora i lidera porozumienia. Nadto Sąd jak wskazano powyżej miał na uwadze obecną sytuację finansową (...). Zwrócić bowiem trzeba uwagę na to, że ochrona konkurencji nie może zmierzać do jej uszczuplenia lub zlikwidowania, a wymierzenie kary nadmiernej mogłoby doprowadzić nawet do upadłości jednego z uczestników porozumienia. Nie można tracić z pola widzenia także osób zatrudnianych przez powoda, które mogłyby być narażone na utratę pracy z uwagi na, co do zasady, słuszne działania organów powołanych do ochrony konkurencji. Stąd Sąd uznał za należyte zmniejszenie kary stanowiącej (...) przychodu o 90%. Kara nawet w takim wymiarze spełni wszelkie zasady prewencji ogólnej i szczególnej. Dodać przy tym należy, co odnosi się także do drugiego z powodów, że samo postępowanie odniosło pozytywny skutek, gdyż od zaprzestania naruszeń, od kiedy upłynęło ponad 8 lat, wobec uczestników postępowania nie stwierdzono podobnego typu nieprawidłowości.

Wobec powyższego Sąd uznał, że zaskarżona decyzja znajduje oparcie w przepisach prawa, a ustalone okoliczności niniejszej sprawy w pełni uzasadniają zmianę wysokości nałożonej kary pieniężnej.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 479<sup>(31a)</sup> §1 i 3 k.p.c. zmienił zaskarżoną przez powoda decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 maja 2010 roku nr (...) orzekając jak w sentencji.

Kierując się względami słuszności i brakiem dysproporcji w poniesionych przez strony kosztach Sąd uznał za właściwe znieść wzajemnie między stronami (powodami, zainteresowanym i pozwanym) koszty procesu w oparciu o art. 100 k.p.c. Przepis ten stanowi wyjątek od zasady odpowiedzialności strony za wynik procesu, wyrażonej w art. 98 k.p.c., promujący uczciwe zachowanie się strony powodowej. Zgodnie art. 100 k.p.c. w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań koszty będą wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone. Sąd może jednak włożyć na jedną ze stron obowiązek zwrotu wszystkich kosztów, jeżeli jej przeciwnik uległ tylko co do nieznacznej części swego żądania albo gdy określenie należnej mu sumy zależało od wzajemnego obrachunku lub oceny sądu. Zdaniem Sądu słusznym jest odstąpienie od ogólnej reguły w zakresie rozliczania kosztów zastępstwa procesowego